

2 | MittBayNot

Begründet 1864

März/April 2009 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

Herausgeberbeirat: Notar a. D.
Dr. Hermann Amann, Notare Dr. Johann Frank,
Dr. Susanne Frank, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Prof. Dr. Dieter Mayer, Dr. Jörg Mayer,
Dr. Eckhard Wälzholz

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Anja Heringer,
Dr. Markus Vierling
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFSÄTZE

Die Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsgesetzes

Von Notarassessoren Dr. *Brigitte Bauer*, LL. M. EUR, München,
und *Lucas Wartenburger*, Rosenheim

Am 1.1.2009 ist das Gesetz zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsgesetzes (Erbschaftsteuerreformgesetz – ErbStRG) in Kraft getreten.¹ Damit hat ein Verfahren, das durch den Beschluss des BVerfG vom 7.11.2006² ausgelöst wurde, sein zumindest vorläufiges Ende gefunden. Diesem Beschluss zufolge war § 19 ErbStG nicht mit dem Grundgesetz vereinbar, da nach dieser Vorschrift ein einheitlicher Steuersatz auf unterschiedlich und deshalb gleichheitswidrig bewertete wirtschaftliche Einheiten und Wirtschaftsgüter angewendet wurde. Das BVerfG hatte eine Übergangsfrist zur Weiteranwendung des bisherigen ErbStG bis zum 31.12.2008 gewährt. Gerade rechtzeitig zum Ablauf dieser Frist wurde zwischen den Regierungsparteien ein Kompromiss gefunden. Die neuen Vorschriften finden gemäß § 37 ErbStG auf Erwerbe Anwendung, für die die Steuer nach dem 31.12.2008 entsteht. Lediglich für Erwerbe von Todes wegen, für die die Steuer nach dem 31.12.2006 und vor dem 1.1.2009 entstanden ist, kann nach Maßgabe von Art. 3 ErbStRG rückwirkend bis zum 30.6.2009 die Anwendung des neuen Rechts mit Ausnahme der erhöhten Freibeträge beantragt werden. Ein weitergehendes Wahlrecht existiert nicht. Die neuen erbschaftsteuerlichen und bewertungsrechtlichen Regelungen zeichnen sich durch folgende Eckdaten aus:

A. Allgemeine Änderungen des ErbStG

I. Freibeträge und Steuersätze

Als vorteilhaft für die Steuerpflichtigen fällt die Erhöhung der Freibeträge nach § 16 ErbStG auf. Dies betrifft vor allem Personen, die der Steuerklasse I zuzuordnen sind. Es verbleibt bei der von § 15 ErbStG vorgenommenen Einteilung der Steuerpflichtigen in drei Steuerklassen. Der persönliche Freibetrag für Schenkungen und Zuwendungen von Todes wegen an den Ehegatten innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren ist von 307.000 € auf 500.000 € angestiegen, § 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Auch dem eingetragenen Lebenspartner wird durch § 16 Abs. 1 Nr. 6 ErbStG ein persönlicher Freibetrag von 500.000 € eingeräumt. Ferner steht dem Lebenspartner nunmehr auch der besondere Versorgungsfreibetrag nach § 17

ErbStG zu. Im Übrigen verbleibt der Lebenspartner jedoch in der Steuerklasse III und hat die seinen Freibetrag übersteigenden Zuwendungen mit den für die Steuerklasse III geltenden höheren Steuersätzen zu versteuern. Für beschenkte und hinterbliebene Kinder bzw. Stiefkinder hat sich der Freibetrag von 205.000 € auf 400.000 € pro Elternteil erhöht, § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG. Gleiches gilt für die Kinder vorverstorbenen Kinder oder Stiefkinder. Auch im Übrigen steht den Enkelkindern jetzt ein von 51.200 € auf 200.000 € angewachsener Freibetrag zu, § 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG. Für Eltern und Voreltern, die beim Erwerb von Todes wegen, d. h. beim Vorversterben ihrer Kinder bislang einen Freibetrag von 51.200 € hatten, ist nach § 16 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG ein Freibetrag von 100.000 € vorgesehen.

Personen, die den Steuerklassen II und III zuzuordnen sind, werden – mit Ausnahme des Lebenspartners – seit dem 1.1.2009 gleich behandelt. Ihnen wird gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 5 bzw. Nr. 7 ErbStG ein einheitlicher steuerlicher Freibetrag von 20.000 € gewährt. Eine Schenkung an nahe stehende Geschwister bzw. Nichten und Neffen wird genauso besteuert wie eine Schenkung an nicht verwandte Personen. Aus § 19 ErbStG ergeben sich für Personen der Steuerklassen II und III

¹ Siehe Art. 6 ErbStRG. Lediglich die in Art. 4 des Gesetzes enthaltene Änderung der Vorschriften über die Gutachterausschüsse in den §§ 192 ff. BauGB tritt erst am 1.7.2009 in Kraft.

² BVerfG, BStBl II 2007, S. 192 = MittBayNot 2007, 161 m. Anm. Wälzholz.

ferner gewichtige Änderungen im Hinblick auf die anzuwendenden Steuersätze. Für diese Personen wird der Eingangsteuersatz einheitlich auf 30 % erhöht. Dieser Steuersatz gilt bis zu einem steuerpflichtigen Erwerb von 6 Mio. €. Übersteigt der steuerpflichtige Erwerb 6 Mio. € so zahlen Personen der Steuerklasse II und III einheitlich 50 % Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer. Für Personen der Steuerklasse I beschränkt sich die Änderung in § 19 ErbStG dagegen auf eine Glättung der Tarifstufen, ab denen die für sie unverändert bleibenden Steuersätze anzuwenden sind. Eine Tochter, die künftig einen steuerlichen Wert von 475.000 € geschenkt bekommt, hat hierfür 5.250 € an Schenkungsteuer zu entrichten. Einer Nichte, die von ihrer kinderlosen Tante einen Betrag von 475.000 € geschenkt bekommt, erwächst dagegen eine schenkungsteuerliche Belastung von 142.500 €.

II. Steuerbefreiung des Familienheims

Die Bestimmung des § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG, wonach das Familienheim zu Lebzeiten zwischen Ehegatten steuerfrei unentgeltlich übertragen werden kann, wurde um zwei weitere Steuervergünstigungen des Familienheims im Todesfall erweitert. Damit soll dem Anliegen Rechnung getragen werden, dass die eigengenutzte Immobilie, das sog. Familiengebrauchsvermögen, unabhängig von der geänderten Immobilienbewertung und ohne Verbrauch der persönlichen Freibeträge steuerfrei im Erbfall innerhalb der Kernfamilie weitergegeben werden kann. Kernfamilie bedeutet, dass die Steuerbefreiungen auf Ehegatten, Lebenspartner, Kinder und Kinder verstorbener Kinder beschränkt sind. Personen der Steuerklassen II und III werden ausgenommen. Kinderlose Personen können Immobilien im langjährigen Familienbesitz also nicht privilegiert auf nahestehende Nichten oder Neffen übertragen. Zwei kinderlose Geschwister, die das ihnen gehörende Elternhaus gemeinsam bewohnen, müssen den Übergang des Familienheims im Todesfall des Erstversterbenden auf den Überlebenden voll versteuern, obwohl gerade in diesem Fall bei Beziehern geringer Renten Härtefälle denkbar sind. Hier kann nach der geltenden Gesetzesfassung nur die unten erläuterte Stundungsmöglichkeit (Ziff. V) nach § 28 Abs. 3 Satz 2 ErbStG helfen.

Vor dem Hintergrund europarechtlicher Vorgaben können Familienheime im Sinne der Steuerbefreiungen des § 13 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG nunmehr bebaute Grundstücke gemäß § 181 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 BewG sein, die im Inland, einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes belegen sind.

Die Steuerbefreiung des § 13 Abs. 1 Nr. 4 b ErbStG sieht vor, dass beim Erwerb von Todes wegen das Eigentum oder Mit-eigentum an einer Immobilie im vorgenannten Sinn steuerfrei auf den überlebenden Ehegatten oder Lebenspartner übergehen kann. Voraussetzung hierfür ist, dass der Erblasser dort bis zum Erbfall eine Wohnung zu eigenen Wohnzwecken genutzt hat und diese Wohnung beim Erwerber unverzüglich zur Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt wird (Familienheim). War der Erblasser aus zwingenden Gründen an einer Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bis zum Erbfall gehindert, so wird die Steuerbefreiung dennoch gewährt. Die Steuerbefreiung fällt jedoch insgesamt mit Wirkung für die Vergangenheit weg,³ wenn der Erwerber das Familienheim innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb nicht mehr zu Wohnzwecken selbst nutzt, es sei denn, er ist aus zwingenden Gründen an einer Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken gehindert.

³ Es gibt kein Abschmelzen der Zehn-Jahres-Frist, sondern die Steuerbefreiung entfällt bei Nichteinhaltung der Frist vollständig.

§ 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG dehnt diese Vergünstigung auch auf Kinder und Kinder verstorbener Kinder aus. Voraussetzung für die Steuerbefreiung ist auch hier, dass das erwerbende Kind die Immobilie unverzüglich zur Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt. Ferner darf die Wohnfläche bei einem Erwerb durch Kinder 200 Quadratmeter nicht übersteigen. Die darüber hinausgehende Wohnfläche ist anteilmäßig in die Bemessungsgrundlage für die Erbschaftsteuer mit einzuberechnen. Wiederum fällt die Steuerbefreiung mit Wirkung für die Vergangenheit weg, wenn der Erwerber das Familienheim innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb nicht mehr zu Wohnzwecken selbst nutzt, es sei denn, er ist aus zwingenden Gründen an einer Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken gehindert.

Selbstnutzung im Sinne dieser Vorschriften bedeutet ebenso wie im Rahmen des § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG, dass sowohl Erblasser als auch Erbe in der von Todes wegen übergegangenen Immobilie den Mittelpunkt ihres familiären Lebens hatten bzw. haben.⁴ Die Tatbestandsbeschreibung zeigt, dass die neuen Steuerbefreiungen des § 13 Abs. 1 Nr. 4 b und 4 c ErbStG sehr eng gefasst sind. Ein überlebender Ehegatte kann eine für eine Person viel zu große und zu aufwendig zu unterhaltende Immobilie häufig schon aus finanziellen Gründen nicht für zehn Jahre weiter bewohnen. Im Hinblick auf die Vererbung von Immobilien auf Kinder ist die Tatbestandserfüllung noch schwieriger, da das beerbte Kind selten zusammen mit den Eltern ein Haus bewohnt haben wird. Es müsste daher anlässlich des Erbfalls seinen bisherigen Wohnsitz aufgeben und in der ererbten Immobilie den Erstwohnsitz und Lebensmittelpunkt begründen.

Das Gesetz trifft keine Aussage darüber, was als zwingender Grund, der einer Selbstnutzung entgegenstehen muss, anerkannt ist. In den im Internet abrufbaren Informationen des BMF⁵ über die Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts wird hierzu lediglich ausgeführt, dass es zwingende objektive Gründe, wie z. B. Tod oder erhebliche Pflegebedürftigkeit im Sinne von Pflegestufe III sein müssen. Bedenkt man, dass bereits die Einstufung in Pflegestufe II nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 SGB XI erfordert, dass die betreffende Person mindestens dreimal täglich bei der Körperpflege, Ernährung und Mobilität oder mehrfach wöchentlich bei der hauswirtschaftlichen Versorgung der Hilfe bedarf, so scheint die Schwelle für einen zwingenden Grund sehr hoch gesetzt. Es stellt sich die Frage, wie ein hinterbliebener Ehepartner allein ein Haus bewohnen soll, wenn er dreimal täglich die Hilfe einer Pflegeperson benötigt. Finanzielle oder berufliche Gründe, z. B. zu hohe laufende Neben- und Instandhaltungskosten für Empfänger kleiner Renten oder der zwingende Wohnsitz an einem anderen Beschäftigungsort werden vom BMF überhaupt nicht genannt.

Gegen eine weitreichende Anerkennung finanzieller oder beruflicher Gründe spricht, dass ohne Selbstnutzung die Rechtfertigung der Steuerbefreiung im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG im Verhältnis zu anderen Wirtschaftsgütern und Vermögensarten schwieriger wird.⁶ Der Gesetzeswortlaut selbst gibt allerdings keinen Hinweis darauf, dass die zwingenden Gründe so eng auszulegen sind. Zumindest bei gesundheitlichen Einschränkungen oder nachweisbaren finanziellen Engpässen sollte die Schwelle daher im Wege der Auslegung nicht zu hoch angesetzt werden. Ansonsten handelt es sich vor

⁴ Siehe hierzu Abschn. R 43 I EStR.

⁵ www.bundesfinanzministerium.de/DE/Wirtschaft_und_Verwaltung/Steuern/Veroeffentlichungen/01_Steuerarten/Erbschaft_Schenkungssteuerrecht/081_Erbschaftsteuer.html.

⁶ Siehe hierzu *Geck*, ZEV 2008, 557, 558.

Erreichen der Pflegestufe III um eine Steuerbefreiung für gesunde und finanziell unabhängige hinterbliebene Ehegatten und Kinder, die glücklicherweise ihren Arbeitsplatz in Reichweite des Wohnsitzes ihrer Eltern haben.

Ein Verkauf des Familienheims innerhalb der Zehn-Jahres-Frist kombiniert mit einer anschließenden Rückmietung bis zum Ablauf der zehn Jahre erfüllt dem Wortlaut nach das Erfordernis des „Selbstbewohnens“.⁷ Gleiches gilt für den Verkauf oder die Übertragung gegen Nießbrauchsvorbehalt. Ob diese Konstruktion anerkannt wird, wird man abwarten müssen, da dann dem Sinn und Zweck nach jedenfalls kein Familiengebrauchsvermögen mehr vorliegt. Nach der Gesetzesbegründung⁸ wird die Veräußerung als schädlicher Verstoß gegen das Nutzungsgebot sogar ausdrücklich erwähnt, auch wenn dies keinen Anhalt im Gesetzeswortlaut gefunden hat.

Im Ergebnis werden die Steuerbefreiungen des § 13 Abs. 1 Nr. 4 b und 4 c ErbStG in der Nachlassplanung in vielen Fällen keine wesentliche Rolle spielen und lebzeitige Überlassungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge insbesondere im Hinblick auf den Wegfall des § 25 ErbStG nicht entbehrlich machen. Wenn die Tatbestandserfüllung des § 13 Abs. 1 Nr. 4 b und c ErbStG nach den persönlichen Lebensumständen der Beteiligten möglich erscheint und Bestandteil ihrer Nachlassplanung ist, muss bei der Testaments- bzw. Erbvertragsgestaltung aber darauf geachtet werden, dass der überlebende Ehegatte bzw. das betreffende Kind Alleinerbe werden bzw. ihnen die Immobilie im Wege eines Vermächtnisses oder einer Teilungsanordnung allein zufällt. Andernfalls lässt sich die vollständige Nutzung dieser sachlichen Steuerbefreiung noch durch eine Erbauseinandersetzung erreichen, indem der alleinnutzende Erbe die Immobilie allein erhält. Sollte der die Immobilie Nutzende gar nicht Erbe geworden sein, kann unter Umständen noch eine Ausschlagung gegen Abfindung helfen, § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG.

III. Steuerbefreiung für zu Wohnzwecken vermietete Grundstücke

Bei bebauten Grundstücken oder Grundstücksteilen, die zu Wohnzwecken vermietet sind, gewährt § 13 c ErbStG nunmehr generell einen 10 %igen Wertabschlag von dem Grundbesitzwert, der nach dem BewG anzusetzen ist. Voraussetzung ist, dass die Grundstücke weder zu einem begünstigten Betriebsvermögen noch zu einem begünstigten Vermögen eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs i. S. d. § 13 a ErbStG gehören. Aus europarechtlichen Gründen wird dieser Bewertungsabschlag nicht auf inländischen Grundbesitz beschränkt, sondern auch dann gewährt, wenn die Immobilie in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums gelegen ist. Der Wertabschlag vom gemeinen Wert wird durch Gemeinwohlgründe gerechtfertigt. Gefördert werden soll das Angebot einer Vielzahl von Mietwohnungen im Eigentum von Privatpersonen zur angemessenen Wohnraumversorgung der Bevölkerung.⁹ Wird der Erwerb einer solchen Immobilie angedacht und soll der Kaufpreis hierfür von den Eltern zur Verfügung gestellt werden, so kann aufgrund dieses Bewertungsabschlages nach wie vor

eine mittelbare Grundstücksschenkung durchgeführt werden.¹⁰

IV. Wegfall der Abzugsbeschränkung für vorbehaltene Nutzungen und Renten

Überlassungen zu Lebzeiten ermöglichen im Hinblick auf den Wegfall des § 25 ErbStG eine steueroptimierte Übertragung von Immobilien auf die nachfolgende Generation, ohne dass es auf das Selbstbewohnen als Familienheim ankommt. Nach § 25 ErbStG konnte der Kapitalwert der dem Schenker oder dessen Ehegatten vorbehaltenen Nutzungsbefugnis an der übertragenen Immobilie bislang nur durch eine Steuerstundung bzw. Abzinsung im Falle der Sofortzahlung berücksichtigt werden. Nunmehr kann der nach §§ 14, 16 BewG zu berechnende Kapitalwert des Nießbrauchs von dem nach dem BewG anzusetzenden Wert der überlassenen Immobilie abgezogen werden.¹¹ Hintergrund der Abzugsbeschränkung des § 25 ErbStG war der bisherige niedrige bewertungsrechtliche Wertansatz vor allem von Immobilien. Hätte man den Abzug zugelassen, so hätte der Kapitalwert der vorbehaltenen Nutzungen und Leistungen den Steuerwert des Grundstücks häufig aufgezehrt bzw. hätte sogar zu einem negativen Saldo geführt.¹² Mit dem Ansatz des gemeinen Werts für Immobilien ist der Zweck der Norm entfallen.¹³ Der Kapitalwert der vorbehaltenen Nutzungen kann gemäß § 10 Abs. 6 Satz 6 ErbStG nur dann nicht vom gemeinen Wert abgezogen werden, wenn die vorbehaltenen Nutzungen schon als Grundstücksbelastungen nach H 163 ErbStH und H 177 ErbStH im Rahmen der Ermittlung des gemeinen Werts durch Gutachten nach § 198 BewG berücksichtigt wurden.

Beispiel:

Zwei 60-jährige Eltern sind Miteigentümer eines Zweifamilienhauses, für das sich nach dem Vergleichswertverfahren ein Verkehrswert von 1 Mio. € ergibt. Eine Wohnung wird von den Eltern selbst bewohnt, die andere gleich große Wohnung ist vermietet. Die Eltern wollen die Immobilie bis zum Tod des Längerlebenden in dieser Weise nutzen. Danach soll die Immobilie auf ihre Tochter übergehen, welche dort aber nicht ihren Wohnsitz begründen will.

Bei einer Übertragung im Rahmen des Erbfalls wäre die Steuerbefreiung des § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG nicht anwendbar. Bei einem Erwerb von Todes wegen nach dem längerlebenden Ehegatten wäre nur der Freibetrag von 400.000 € sowie der 10 %ige Abschlag nach § 13 c ErbStG vom Wert der vermieteten Wohnung in Höhe von 50.000 € von der Bereicherung der Tochter abziehbar. Dies würde zu einer Steuerbelastung von 15 % auf die verbleibende Bemessungsgrundlage von 550.000 €, d. h. zu einer Steuerschuld von 82.500 € führen.

Anzudenken ist daher eine lebzeitige Überlassung gegen Vorbehaltsnießbrauch im Wege der vorweggenommenen Erbfolge. Aufgrund des Wegfalls von § 25 ErbStG kann der Kapitalwert des Nießbrauchs vom Verkehrswert der Immobilie abgezogen werden. Der Kapitalwert des Nießbrauchs berechnet sich nach § 14 Abs. 1 BewG aus dem Jahreswert mul-

⁷ Siehe hierzu *Geck*, ZEV 2008, 557, 559.

⁸ BT-Drucks. 16/11107, S. 10. Die Begründung des Finanzausschusses, der diese Regelung neu in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht hat, wurde unverändert vom Bundestag übernommen.

⁹ Siehe S. 44, 60, 61 der Begründung zum Regierungsentwurf des ErbStRG, abzurufen unter: www.bundesfinanzministerium.de/nr_53848/DE/BMF/Startseite/Aktuelles/Aktuelle_Gesetze/Gesetzentwurfe_Arbeitsfassungen/052_a.property=publicationFile.pdf.

¹⁰ Siehe hierzu *Klümper-Neusel*, Erbfolgebesteuerung, 2009, S. 12, 13, 14.

¹¹ Siehe hierzu *Spiegelberger/Spindler/Wälzholz*, Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht, Kap. 2 Rdnr. 451; zur Berechnung des Kapitalwerts des Nießbrauchs siehe ferner *Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche*, Handbuch der Vermögensnachfolge, 6. Aufl., S. 494.

¹² Siehe hierzu *Troll/Gebel/Jülicher*, § 25 ErbStG Rdnr. 3 ff.

¹³ Siehe S. 63 der Begründung zum Regierungsentwurf des ErbStRG (Fn. 9).

tipliziert mit einem Vervielfältiger, der bis zum 31.12.2008 der Anlage 9 zum BewG entnommen werden konnte. Mit Inkrafttreten des ErbStRG wurde die Anlage 9 zum BewG aufgehoben, da ihr die allgemeine „Sterbetafel für die Bundesrepublik Deutschland 1986/88 nach dem Gebietsstand seit dem 3.10.1990“ zugrunde lag. Die vom Statistischen Bundesamt jährlich herausgegebenen Sterbetafeln belegen jedoch, dass die Lebenserwartung seither deutlich gestiegen ist. Daher führte das Abstellen auf die Anlage 9 zu einer zu niedrigen Bewertung von Nutzungen und Leistungen auf Lebenszeit.¹⁴ Gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 BewG ist der Vervielfältiger nunmehr direkt nach der aktuellen Sterbetafel des Statistischen Bundesamtes zu ermitteln und ab dem 1. Januar des auf die Veröffentlichung der Sterbetafel durch das Statistische Bundesamt folgenden Kalenderjahres anzuwenden. Ausgehend von einem unveränderten Zinssatz von 5,5 %, ist der Kapitalwert als Mittelwert zwischen jährlich vorschüssiger und jährlich nachschüssiger Zahlungsweise zu berechnen, § 14 Abs. 1 Satz 3 BewG.

Zur Erleichterung der Anwendung stellt das BMF gemäß § 14 Abs. 1 Satz 4 BewG die Vervielfältiger nach Lebensalter und Geschlecht der Berechtigten in einer Tabelle zusammen und veröffentlicht diese zusammen mit der Sterbetafel im Bundessteuerblatt. Die für Bewertungsstichtage ab dem 1.1.2009 anzuwendende Tabelle wurde mit BMF-Schreiben vom 20.1.2009 als Anlage zu § 14 Abs. 1 BewG bekanntgegeben.¹⁵ Nach § 14 Abs. 3 BewG ist vorliegend der höhere Vervielfältiger für die Mutter maßgeblich. Aus der vorgenannten Tabelle ergibt sich für eine 60-jährige Frau ein Vervielfältiger von 13,679 (gegenüber einem Vervielfältiger von 12,034 nach der früheren Anlage 9). Der Jahreswert des Nießbrauchs beträgt 28.800 €. ¹⁶ Somit berechnet sich der Kapitalwert des Nießbrauchs wie folgt: $28.800 \text{ €} \times 13,679 = 393.955,20 \text{ €}$. Abzugsfähig von dem nach § 13 c ErbStG verminderten Verkehrswert der Immobilie ist der Kapitalwert des Nießbrauchs nach § 10 Abs. 6 Satz 5 ErbStG jedoch nur mit dem Betrag, der dem Verhältnis des nach Anwendung des § 13 c ErbStG anzusetzenden Wert dieses Vermögens zu dem Wert vor Anwendung des § 13 c ErbStG entspricht. Im vorliegenden Fall sind demnach vom steuerlichen Wert der Immobilie in Höhe von 950.000 € 95 % des Kapitalwerts des Nießbrauchs, das sind 374.257,44 €, abzuziehen.¹⁷ Im Ergebnis gehen daher nur 575.742,56 € in die steuerliche Bemessungsgrundlage ein, was von den persönlichen Steuerfreibeträgen nach beiden Elternteilen ohne weiteres abgedeckt wird. Die Übertragung ist also steuerfrei möglich.

V. Stundungsmöglichkeit

Die Steuerstundungsvorschrift des § 28 ErbStG wurde um einen Abs. 3 ergänzt. Nach § 28 Abs. 3 Satz 1 ErbStG kann

die auf den Erwerb von zu Wohnzwecken vermieteten Immobilien entfallende Erbschaftsteuer auf Antrag bis zu zehn Jahre gestundet werden, soweit die Steuer nur durch Veräußerung des Vermögens aufgebracht werden kann. Auch Erwerber von selbstgenutzten Ein- oder Zweifamilienhäusern oder Wohnungseigentum können gemäß § 28 Abs. 3 Satz 2 ErbStG die auf den Erwerb der selbstgenutzten Immobilie entfallende Erbschaftsteuer auf Antrag bis zu zehn Jahre stunden lassen, wenn sie die Immobilie sonst zur Begleichung der Steuer veräußern müssten. Auf diese Steuerstundungsmöglichkeit werden vor allem Personen, die die Voraussetzungen der Steuerbefreiungen des § 13 Abs. 1 Nr. 4 b und c ErbStG nicht erfüllen, beim Erwerb von Familiengebrauchsvermögen außerhalb der Kernfamilie in Härtefällen zurückgreifen müssen. Nach § 28 Abs. 3 Satz 3 ErbStG ist die Stundung auch nach Aufgabe der Selbstnutzung weiterzugewähren, wenn die Immobilie dann zu Wohnzwecken vermietet wird. Die Stundung endet spätestens dann, wenn die Immobilie gemäß § 7 ErbStG verschenkt wird, § 28 Abs. 3 Satz 4 ErbStG.¹⁸

VI. Vermeidung einer steuerlichen Doppelbelastung

Die durch den Ansatz des gemeinen Werts erhöhte erbschaftsteuerliche Bemessungsgrundlage kann bei steuerverstrickten Wirtschaftsgütern zu einer Doppelbelastung mit Erbschaftsteuer und Einkommensteuer führen. Relevant wird dies im Falle einer Realisierung von Substanzwertsteigerungen durch Veräußerung oder Entnahme nach dem Erbfall. Durch den neuen § 35 b EStG kann eine Doppelbelastung vermieden werden, indem auf Antrag eine Ermäßigung der Einkommensteuer gewährt wird, wenn in der einkommensteuerlichen Bemessungsgrundlage realisierte Substanzwertsteigerungen enthalten sind, die bereits in diesem oder in den vier vorangegangenen Veranlagungszeiträumen in die erbschaftsteuerliche Bemessungsgrundlage eingeflossen sind.¹⁹

Beispiel:

Kauft eine Privatperson einen Acker für 10.000 € und wird dieser Acker nach sieben Jahren Bauland mit einem Verkehrswert von 100.000 €, so sind 100.000 € als erbschaftsteuerliche Bemessungsgrundlage anzusetzen, wenn die Privatperson im 8. Jahr verstirbt. Im 9. Jahr nach dem Ankauf (durch den Erblasser) verkauft der Erbe den Acker zum Verkehrswert von 100.000 €. Nach § 23 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 EStG hat der Erbe 90.000 € als Veräußerungsgewinn bei der Ermittlung seiner Einkünfte für die Einkommensteuer anzusetzen. Nach Maßgabe des § 35 b Satz 2 EStG kann die Erbschaftsteuer auf Antrag auf die Einkommensteuer angerechnet werden, soweit eine Doppelbelastung vorliegt.

B. Neue Bewertung des Grundbesitzes nach dem BewG

I. Überblick

Die Bewertung von Immobilien wird auf eine neue Grundlage gestellt. Zielsetzung ist eine gleichmäßige Belastung der Steuerpflichtigen durch Bemessungsgrundlagen, die den Wert der unentgeltlich zugewendeten Wirtschaftsgüter realitätsge-recht abbilden. Dies soll durch die neuen Vorschriften für die

¹⁴ Siehe hierzu S. 65, 66 der Begründung zum Regierungsentwurf des ErbStRG (Fn. 9).

¹⁵ MittBayNot 2009, 172 (in diesem Heft).

¹⁶ Hierbei wird von einer Monatsmiete bzw. üblichen Monatsmiete von 1.200 € pro Wohnung ausgegangen und dies gemäß § 15 Abs. 2 BewG auf ein Jahr gerechnet. Gemäß § 16 BewG ist der Jahreswert des Nießbrauchs begrenzt auf den 18,6-fachen Teil des nach dem BewG ermittelten Werts der Immobilie. $950.000 \text{ €} \div 18,6$ ergibt einen maximal ansetzbaren Jahreswert von 51.075,27 €, was weit über dem im Beispiel angenommenen tatsächlichen Jahreswert von 28.800 € liegt, so dass die Begrenzung vorliegend nicht relevant ist.

¹⁷ Der nach § 13 c ErbStG verminderte Wert der Immobilie in Höhe von 950.000 € steht zum Verkehrswert der Immobilie in Höhe von 1.000.000 € im Verhältnis 95/100.

¹⁸ Zu § 28 Abs. 3 ErbStG siehe *Geck*, ZEV 2008, 557, 560, welcher der Regelung aufgrund des erforderlichen Nachweises, dass die Steuer ansonsten nur durch eine Veräußerung aufgebracht werden kann, wenig Bedeutung beimisst.

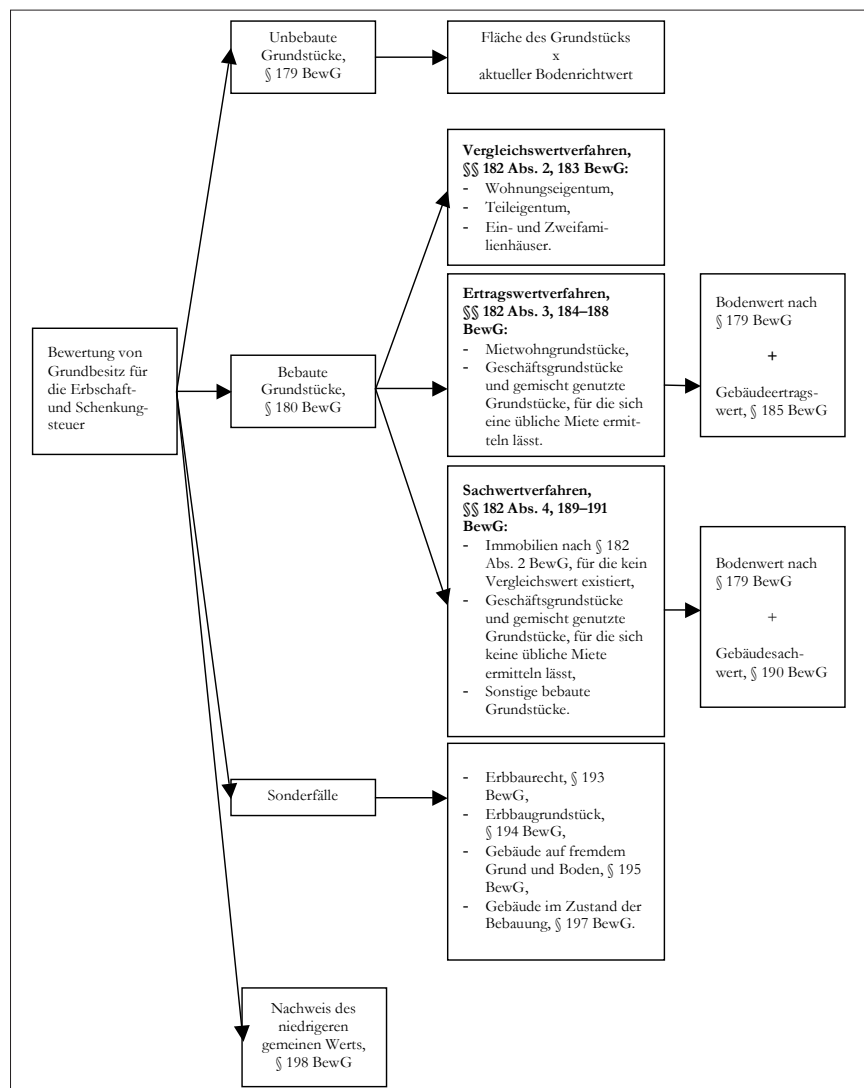
¹⁹ Siehe hierzu *Geck*, ZEV 2008, 557, 563, 564

Bewertung von Grundbesitz im sechsten Abschnitt des Bewertungsgesetzes gewährleistet werden. § 12 Abs. 3 ErbStG sieht vor, dass Grundbesitz mit dem auf den Bewertungsstichtag nach § 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BewG festgestellten Wert anzusetzen ist. In dem Feststellungsbescheid nach §§ 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 157 Abs. 1 BewG ist der Grundbesitzwert unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse und der Wertverhältnisse zum Bewertungsstichtag einheitlich und gesondert festzustellen. Die hierbei maßgeblichen Bewertungsregeln für Grundbesitz finden sich in den §§ 179, 182 bis 196 BewG. Diesen Bewertungsvorschriften vorangestellt schreibt § 177 BewG vor, dass der Grundstücksbewertung der gemeine Wert nach § 9 BewG, d. h. der Preis, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des zu bewertenden Grundbesitzes bei einer Veräußerung zu erzielen wäre, zugrunde zu legen ist. Die neuen Bewertungsvorschriften bezwecken eine – aus Gründen der Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens gebotene – typisierende Annäherung an den gemeinen Wert.²⁰

Die bis Ende 2008 für die erbschaft- und schenkungsteuerliche Wertermittlung anzuwendenden §§ 138 ff. BewG²¹ hatten dagegen mit dem Ansatz des Bodenrichtwertes abzüglich eines 20 %igen Sicherheitsabschlags bzw. dem 12,5-fachen Jahresrohertrag abzüglich eines Altersabschlags zu einem steuerlichen Grundbesitzwert geführt, der in der Regel nur ca. 50–60 % des Verkehrswertes erreichte. Vor allem bei bebautem Grundbesitz führen die neuen Wertermittlungsvorschriften daher zu einer gewichtigen Verbreiterung der Bemessungsgrundlage. Dies relativiert auch für die Steuerpflichtigen der Steuerklasse I die Vergünstigungen, die die Reform durch die Erhöhung der Freibeträge mit sich bringt.

Zum Grundvermögen im Sinne der nachfolgend dargestellten Bewertungsvorschriften zählen nach § 176 BewG der Grund und Boden, die Gebäude, die sonstigen Bestandteile und das Zubehör (§ 176 Abs. 1 Nr. 1 BewG), das Erbbaurecht (§ 176 Abs. 1 Nr. 2 BewG) sowie das Wohnungs- und Teileigentum und das Wohnungs- und Teilerbbaurecht (§ 176 Abs. 1 Nr. 3 BewG), soweit es sich nicht um land- und forstwirtschaftliches Vermögen (§ 158 BewG) oder um Betriebsgrundstücke (§ 99 BewG) handelt.

Die geänderte Immobilienbewertung lässt sich überblicksartig wie folgt darstellen (siehe Tabelle rechts):



²⁰ Siehe S. 76 der Begründung zum Regierungsentwurf des ErbStRG (Fn. 9).

²¹ Die §§ 138 ff. BewG sind seit dem 1.1.2009 nur noch für die Wertermittlung im Rahmen der Grunderwerbsteuer heranzuziehen.

eindeutigere Zuordnung des zu bewertenden Grundstücks erlauben sollen. Kann kein Bodenrichtwert ermittelt werden, so ist dieser aus den Werten vergleichbarer Flächen abzuleiten. Der festgestellte Bodenrichtwert ist mit der Quadratmeterzahl zu multiplizieren. Der bislang vom Bodenrichtwert gemäß § 145 Abs. 3 BewG vorzunehmende 20%ige Wertabschlag entfällt dagegen nach neuer Rechtslage für die erbschaft- und schenkungsteuerliche Bewertung.

III. Wertermittlungsmethoden für bebaute Grundstücke

Bei bebauten Grundstücken soll eine Annäherung an den gemeinen Wert in Anlehnung an die Wertermittlungsverordnung²² durch drei verschiedene Bewertungsmethoden nach Maßgabe der §§ 182 ff. BewG gewährleistet werden.²³ Ursprünglich sollten die Einzelheiten der Wertermittlung gemäß § 182 Abs. 5 BewG-RegE außerhalb des BewG in einer Rechtsverordnung geregelt werden. Im Hinblick auf Art. 80 GG wurden diese Regelungen nunmehr weitgehend inhaltsgleich in das BewG selbst übernommen. Die durch die WertV vorgesehene Verkehrswertermittlung wird vereinfacht, indem die einzelnen Wertermittlungsmethoden direkt einer bestimmten Art bebauter Grundstücke zugeordnet werden (siehe obige Abbildung). Für diese Zuordnung werden bebaute Grundstücke durch § 181 BewG in Ein- und Zweifamilienhäuser, Mietwohngrundstücke, Wohnungs- und Teileigentum, Geschäftsgrundstücke, gemischt genutzte Grundstücke und sonstige bebaute Grundstücke eingeteilt.

1. Vergleichswertverfahren

Im Vergleichswertverfahren nach § 183 BewG sind gemäß § 182 Abs. 2 BewG Wohnungs- und Teileigentum sowie Ein- und Zweifamilienhäuser zu bewerten. Die Zuordnung zum Vergleichswertverfahren wird damit begründet, dass sich bei diesen Grundstücksarten der Geschäftsverkehr aufgrund der weitgehenden Gleichartigkeit der Gebäude an Vergleichswerten orientiere.²⁴ Bei Anwendung des Vergleichswertverfahrens sind die tatsächlich realisierten Kaufpreise für Vergleichsgrundstücke heranzuziehen, die hinsichtlich ihrer wertbeeinflussenden Merkmale mit dem zu bewertenden Grundstück übereinstimmen, § 183 Abs. 2 BewG. Grundlage hierfür sind in erster Linie die von den Gutachterausschüssen gemäß §§ 192 ff. BauGB mitgeteilten Vergleichspreise. Anstelle der Kaufpreise für Vergleichsgrundstücke können von den Gutachterausschüssen auch Vergleichsfaktoren für geeignete Bezugseinheiten herangezogen werden, wobei dann der Bodenwert gesondert nach § 179 BewG anzusetzen ist, wenn die Vergleichsfaktoren sich nur auf das Gebäude beziehen. Wertbeeinflussende Belastungen privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Art werden nach § 183 Abs. 3 BewG im Vergleichswertverfahren nicht berücksichtigt.

2. Ertragswertverfahren

Im Ertragswertverfahren zu bewerten sind gemäß § 182 Abs. 3 BewG Mietwohngrundstücke sowie Geschäftsgrundstücke und gemischt genutzte Grundstücke, für die sich eine übliche

Miete ermitteln lässt. Mietwohngrundstücke sind in § 181 Abs. 3 BewG als Grundstücke definiert, die zu mehr als 80 % der Wohn- oder Nutzfläche zu Wohnzwecken genutzt werden, aber weder Ein- und Zweifamilienhäuser sind noch nach dem WEG aufgeteilt sind. Diese Grundstücke werden als typische Renditeobjekte eingestuft, bei denen der nachhaltig erzielbare Ertrag für die Werteinschätzung am Grundstücksmarkt im Vordergrund stehe.²⁵ Der Ertragswert einer dementsprechend zu bewertenden Immobilie setzt sich nach § 184 Abs. 3 BewG zusammen aus dem Bodenwert und dem Gebäudeertragswert, wobei mindestens der Bodenwert anzusetzen ist.

Der Bodenwert ist nach § 184 Abs. 2 BewG der Wert des unbebauten Grundstücks i. S. d. § 179 BewG.

Der Gebäudeertragswert wird nach § 185 BewG wie folgt berechnet: Zunächst ist der Rohertrag des bebauten Grundstücks zu ermitteln, worunter man gemäß § 186 Abs. 1 BewG das vertraglich vereinbarte Entgelt für die Benutzung des bebauten Grundstücks für einen Zeitraum von zwölf Monaten versteht. Weicht das vertraglich vereinbarte Entgelt um mehr als 20 % von der üblichen Miete ab oder werden das Grundstück oder Teile davon selbst genutzt, nicht genutzt oder unentgeltlich zum Gebrauch überlassen, so ist nach § 186 Abs. 2 BewG die übliche Jahresmiete anzusetzen, die für vergleichbare Räume erzielt wird. Von dem auf diese Weise ermittelten Rohertrag der Immobilie sind nach § 185 Abs. 1 BewG die Bewirtschaftungskosten i. S. d. § 187 BewG, d. h. die bei gewöhnlicher Bewirtschaftung nach Erfahrungssätzen anzusetzenden Verwaltungs-, Betriebs-, Instandhaltungskosten und das Mietausfallwagnis abzuziehen. Mangels Erfahrungssätzen ist von den pauschalierten Bewirtschaftungskosten gemäß Anlage 23 zum BewG auszugehen. Das Ergebnis ist der Reinertrag des bebauten Grundstücks. Vom Reinertrag des bebauten Grundstücks ist sodann nach § 185 Abs. 2 BewG die Verzinsung des Bodenwerts mit dem von den Gutachterausschüssen zu ermittelnden Liegenschaftszins abzuziehen. Liegenschaftszins ist gemäß § 188 Abs. 1 BewG der Zinssatz mit dem der Verkehrswert von Grundstücken im Durchschnitt marktüblich verzinst wird. Stehen den Gutachterausschüssen keine geeigneten Liegenschaftszinssätze zur Verfügung, so sind nach § 188 Abs. 2 BewG für Mietwohngrundstücke pauschal 5 %, für gemischt-genutzte Grundstücke 5,5 % bzw. 6 % und für Geschäftsgrundstücke 6,5 % anzusetzen. Das Ergebnis ist der Gebäudereinertrag. Aus dem Gebäudereinertrag wird schließlich gemäß § 185 Abs. 3 BewG der Gebäudeertragswert berechnet, indem der Gebäudereinertrag mit dem sich aus Anlage 21 des BewG ergebenden Vervielfältiger kapitalisiert wird. Der Kapitalisierungsfaktor berechnet sich aus der Restnutzungsdauer des Gebäudes und dem Liegenschaftszinssatz. Ziel dieser teilweise pauschalisierenden Regelungen ist eine Wertermittlung ohne Ortsbesichtigung und ohne Sachverständigengutachten.²⁶

3. Sachwertverfahren

Als dritter Bewertungsweg ist das Sachwertverfahren gemäß § 182 Abs. 1, 4, 189–191 BewG vorgesehen. Das Sachwertverfahren ist relevant, wenn es für die Werteinschätzung am Grundstücksmarkt in erster Linie auf die gewöhnlichen Herstellungskosten ankommt, was vor allem bei eigengenutzten Immobilien oder Immobilien in entlegeneren Gebieten der Fall ist. Das Sachwertverfahren nimmt eine subsidiäre Stel-

²² Verordnung über die Grundsätze für die Ermittlung der Verkehrswerte von Grundstücken (Wertermittlungsverordnung – WertV) vom 6.12.1988, BGBl I, S. 2209, geändert durch Art. 3 des Bau- und Raumordnungsgesetzes vom 18.8.1997, BGBl I, S. 2081.

²³ Siehe hierzu Wiegand, DStR 2008, Beihefter zur Erbschaftsteuerreform, S. 94 sowie Spiegelberger/Spindler/Wälzholz, Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht, Kap. 2 Rdnr. 453 ff.

²⁴ Siehe S. 79 der Begründung zum Regierungsentwurf des ErbStRG (Fn. 9).

²⁵ Siehe S. 79 der Begründung zum Regierungsentwurf des ErbStRG (Fn. 9).

²⁶ Siehe S. 80 der Begründung zum Regierungsentwurf des ErbStRG (Fn. 9).

lung ein, wenn es für eine Immobilie weder einen typischen Kaufpreis noch einen üblichen Ertrag gibt.²⁷ Es ist daher zum einen anzuwenden für Immobilien, die an sich im Vergleichswertverfahren zu bewerten sind, für die aber kein Vergleichswert gefunden werden kann, § 182 Abs. 4 Nr. 1 BewG. Zum anderen ist das Sachwertverfahren bei Geschäftsgrundstücken und gemischt genutzten Grundstücken heranzuziehen, für die sich keine übliche Miete ermitteln lässt, § 182 Abs. 4 Nr. 2 BewG, und für alle sonstigen bebauten Grundstücke, § 182 Abs. 4 Nr. 3 BewG.

Ebenso wie beim Ertragswertverfahren ist auch bei Anwendung des Sachwertverfahrens der Wert der Gebäude getrennt vom Bodenwert zu ermitteln, § 189 Abs. 1 BewG. Der Bodenwert ist gemäß § 189 Abs. 2 BewG der Wert des unbebauten Grundstücks, § 179 BewG.

Bei der Ermittlung des Gebäudesachwerts ist gemäß § 190 Abs. 1 BewG von den Regelherstellungskosten des Gebäudes auszugehen. Die Regelherstellungskosten sind die gewöhnlichen Herstellungskosten je Flächeneinheit, so wie sie sich aus der Anlage 24 zum BewG ergeben. Die Anlage 24 kann durch Rechtsverordnung geändert werden, wenn sich die marktüblichen gewöhnlichen Herstellungskosten ändern und dies daher zur Ermittlung des gemeinen Werts erforderlich ist. Die Pauschalisierung soll wiederum sicherstellen, dass nur in Ausnahmefällen ein Sachverständigengutachten und eine Ortsbesichtigung zur Wertfindung erforderlich sind. Der Gebäuderegulierungswert ergibt sich durch Multiplikation der Regelherstellungskosten mit der Brutto-Grundfläche des zu bewertenden Gebäudes. Nach § 190 Abs. 2 BewG ist vom Gebäuderegulierungswert eine Alterswertminderung abzuziehen, welche sich nach dem Verhältnis zwischen Gebäudealter und wirtschaftlicher Gesamtnutzungsdauer gemäß Anlage 22 zum BewG bestimmt. Bauliche Maßnahmen nach Bezugsfertigkeit des Gebäudes sind bei der Berechnung der Alterswertminderung zu berücksichtigen. Nach Abzug der Alterswertminderung müssen mindestens 40 % des Gebäuderegulierungswertes als Gebäudesachwert angesetzt werden.

Der Gebäudesachwert und der Bodenwert ergeben den vorläufigen Sachwert des zu bewertenden Grundbesitzes, § 189 Abs. 3 BewG. Dieser ist sodann zur Anpassung an den gemeinen Wert mit einer Wertzahl nach § 191 BewG zu multiplizieren. Diese Wertzahlen werden von den Gutachterausschüssen bei der Verkehrswertermittlung abgeleitet oder subsidiär aus der Anlage 25 zum BewG entnommen.

IV. Sonderfälle der Immobilienbewertung

1. Bewertung des Erbbaurechts, § 193 BewG

Nach § 193 Abs. 1 BewG ist der Wert eines Erbbaurechts im Vergleichswertverfahren nach § 183 BewG zu ermitteln, wenn Vergleichskaufpreise oder aus Kaufpreisen abgeleitete Vergleichsfaktoren vorliegen. Kann das Vergleichswertverfahren mangels Vergleichsmaterial nicht angewendet werden, so setzt sich der Wert des Erbbaurechts nach § 193 Abs. 2 BewG zusammen aus einem Bodenwertanteil und einem Gebäudewertanteil.

Der Bodenwertanteil ist der Wert des isolierten Rechts, auf dem Erbbaugrundstück ein Bauwerk zu haben. Bei der Wertermittlung dieses Rechts ist nach § 193 Abs. 3, 4 BewG von einer angemessenen Verzinsung des Bodenwerts des unbe-

bauten Erbbaugrundstücks i. S. d. § 179 BewG auszugehen. Angemessen ist nach § 193 Abs. 4 Satz 1 BewG die Verzinsung des Bodenwerts mit dem Liegenschaftszinssatz. Kann von den Gutachterausschüssen kein Liegenschaftszins mitgeteilt werden, so gelten die in § 193 Abs. 4 Satz 2 BewG genannten Zinssätze von 3 % für Ein- und Zweifamilienhäuser und vergleichbares Wohnungseigentum, 5 % für Mietwohngrundstücke und Wohnungseigentum mit mehr als zwei Einheiten, 5,5 % bzw. 6 % für gemischt genutzte Grundstücke und 6,5 % für Geschäftsgrundstücke. Gemäß § 193 Abs. 3, 4 BewG errechnet sich der Bodenwertanteil des Erbbaurechts sodann aus der Differenz zwischen der vorstehend erläuterten Verzinsung des Bodenwerts und dem vertraglich vereinbarten jährlichen Erbbauzins. Dieser Unterschiedsbetrag ist sodann über die Restlaufzeit des Erbbaurechts mit dem sich aus Anlage 21 ergebenden Vervielfältiger zu kapitalisieren.

Der Gebäudewertanteil ist der Gebäudeertragswert des aufstehenden Gebäudes nach § 185 BewG, soweit gemäß § 182 Abs. 3 BewG das Ertragswertverfahren angewendet werden kann. Ansonsten ist der Gebäudesachwert nach § 190 BewG anzusetzen. Gebäudeertragswert bzw. Gebäudesachwert sind um den Gebäudewertanteil des Erbbaugrundstücks nach § 194 Abs. 4 BewG zu vermindern, sofern der Eigentümer des Erbbaugrundstücks den bei Beendigung des Erbbaurechts verbleibenden Gebäudewert nicht oder nur teilweise entschädigen muss.

2. Bewertung des Erbbaugrundstücks, § 194 BewG

Auch für das Erbbaugrundstück legt § 194 Abs. 1 BewG die Anwendung des Vergleichswertverfahrens fest, wenn Vergleichskaufpreise oder aus Kaufpreisen abgeleitete Vergleichsfaktoren vorliegen. Ansonsten ist der Bodenwertanteil nach § 194 Abs. 2, 3 BewG zu ermitteln. Auszugehen ist vom Wert des unbebauten Grundstücks i. S. d. § 179 BewG. Dieser ist um die Restlaufzeit des Erbbaurechts abzuzinsen, wobei sich der Abzinsungsfaktor aus der Anlage 26 zum BewG ergibt. Dieser verminderte Bodenwert ist sodann zu erhöhen um die jährlichen Erbbauzinsen, die hierbei mit einem der Anlage 21 zum BewG zu entnehmenden Vervielfältiger zu kapitalisieren sind. Der Bodenwertanteil ist gemäß § 194 Abs. 2 BewG um einen Gebäudewertanteil gemäß § 194 Abs. 4 BewG zu erhöhen, wenn das Gebäude dem Grundstückseigentümer bei der Beendigung des Erbbaurechts entschädigungslos zufällt.

3. Gebäude auf fremdem Grund und Boden, § 195 BewG

Ein Gebäude auf fremdem Grund und Boden liegt vor, wenn das Gebäude, z. B. aufgrund einer Dienstbarkeit, einer anderen Person als dem Grundstückseigentümer steuerrechtlich zuzuordnen ist, § 39 Abs. 2 AO. In diesem Fall bestimmt sich der gemäß § 195 Abs. 1 BewG gesondert zu ermittelnde Wert des Gebäudes nach dem Gebäudeertragswert gemäß § 185 BewG, ersatzweise nach dem Gebäudesachwert gemäß § 190 BewG, jeweils mit den in § 195 Abs. 2 BewG vorgesehenen Modifizierungen. Als Wert des Grundstücks ist nach § 195 Abs. 1, 3 BewG der auf den Bewertungsstichtag abgezinsten Wert des unbebauten Grundstücks zuzüglich des über die Restlaufzeit kapitalisierten Nutzungsentgelts anzusetzen.

4. Gebäude im Zustand der Bebauung, § 196 BewG

Ein Gebäude im Zustand der Bebauung liegt vor, wenn mit den Bauarbeiten, d. h. zumindest mit den Abgrabungen oder der Einbringung von Baustoffen, bereits begonnen wurde, die

²⁷ Siehe hierzu S. 80 der Begründung zum Regierungsentwurf des ErbStRG (Fn. 9).

Gebäude bzw. Gebäudeteile jedoch noch nicht bezugsfertig i. S. d. § 178 Abs. 1 Satz 3 BewG sind. In diesem Fall sind dem Wert des nach den vorstehend erläuterten Vorschriften bewerteten Grundstücks die am Bewertungsstichtag bereits entstandenen Herstellungskosten hinzuzurechnen.

V. Nachweis des niedrigeren gemeinen Werts, § 198 BewG

Die Vorschriften über die Grundstücksbewertung enden mit § 198 BewG, welcher im Hinblick auf den gemeinen Wert als über den Bewertungsmethoden stehender Maßstab vorgibt, dass ein niedrigerer Wert festzustellen ist, wenn der Steuerpflichtige nachweist, dass der gemeine Wert tatsächlich geringer ist als das Ergebnis der typisierenden Wertermittlung nach den vorstehend dargelegten Methoden. Legt der Steuerpflichtige ein Gutachten vor, welches einen niedrigeren Verkehrswert glaubhaft darlegt, so kann er sich aufgrund dieser Öffnungsklausel dem anhand der angewendeten Wertermittlungsmethode gefundenen Annäherungswert seiner Immobilie entziehen.²⁸

C. Bewertung von noch nicht fälligen Versicherungsansprüchen

Nach den Vorgaben des BVerfG sind grundsätzlich alle Wirtschaftsgüter, d. h. auch noch nicht fällige Ansprüche aus Lebens-, Kapital- oder Rentenversicherungen mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Demzufolge wurde auch § 12 Abs. 4 BewG angepasst, welcher nun vorgibt, dass diese Ansprüche zwingend mit dem Rückkaufswert anzusetzen sind. Der Rückkaufswert entspricht dem gemeinen Wert. Bislang wurde ein Wert in Höhe von zwei Dritteln der eingezahlten Prämien angesetzt, wobei der Steuerpflichtige einen niedrigeren Rückkaufswert nachweisen konnte. Der Ansatz mit dem $\frac{2}{3}$ -Wert der eingezahlten Prämien war für die Steuerpflichtigen günstig, wenn Versicherungsansprüche kurz vor der Fälligkeit, d. h. zu einem Zeitpunkt, zu dem der Rückkaufswert höher war als zwei Drittel der eingezahlten Prämien, übertragen wurden. Dieser Gestaltungsspielraum ist nunmehr entfallen.

D. Bewertung von Betriebsvermögen

I. Ausgangssituation

Ansatzpunkt der verfassungsrechtlichen Kritik am alten Erbschaftsteuerrecht war die Vielfalt der Bewertungsmethoden, die nicht allein der Ermittlung der möglichst realistischen Bemessungsgrundlage, sondern auch einer teilweisen Steuererschonung dienten:²⁹

- Für Anteile an börsennotierten Gesellschaften wurde der jeweils stichtagsbezogene Kurswert zugrunde gelegt (§ 11 Abs. 1 BewG).
- Für sonstige Anteile an Kapitalgesellschaften wurde zunächst versucht, den Wert aus zeitnahen Verkäufen abzuleiten (§ 11 Abs. 2 Satz 2 BewG a. F.).
- Wo dies nicht möglich war, wurde der Wert anhand des sog. Stuttgarter Verfahrens (Abschn. R 96 ff. ErbStR) ermittelt, einem Übergewinnwertverfahren auf der Basis

eines Zinsfußes von 9 % und unter Ansatz der Steuerbilanzwerte (§ 12 Abs. 2 Satz 2 ErbStG a. F.).

- Für Anteile an Personenunternehmen wurden schließlich die ertragsteuerlichen Bilanzwerte (für Grundstücke die sog. Grundbesitzwerte) herangezogen (§ 12 Abs. 5 ErbStG a. F.). Hierbei wurden – anders als bei Schenkung von Privatvermögen – Schulden mit dem Nominalbetrag in Ansatz gebracht, auch wenn das Aktivvermögen unterbewertet war (sog. Saldomethode). Bei negativen Kapitalkonten konnte es hier sogar zu einer „Negativschenkung“ kommen, die durch das Aufsatteln von sonstigen Vermögenswerten steuerlich genutzt werden konnte.

Tatsächlich führten das Stuttgarter Verfahren meist und erst recht die Saldomethode zu deutlichen Abschlägen gegenüber dem realistischen Wert des Unternehmens, teilweise sogar zu extremer Unterbewertung. Die damit einhergehende Ungleichbehandlung zwischen börsennotierten Gesellschaften, sonstigen Kapitalgesellschaften und Personenunternehmen war durch die unterschiedliche Fungibilität der Anteile allein nicht mehr zu rechtfertigen.³⁰

II. Unternehmensbewertung

Von dieser an sich wenig überraschenden verfassungsrechtlichen Erkenntnis bis zu einem praktikablen neuen Recht ist es jedoch ein weiter Weg. Den vom BVerfG angemahnten richtigen (gemeinen) Wert eines Unternehmens gibt es nicht: Unternehmen sind, auch wenn sie dann und wann den Eigentümer wechseln, keine Handelsware und haben keinen objektiven Marktwert. Die Gegenleistung für einen Unternehmenskauf wird erst im Rahmen meist ausgedehnter Verhandlungen und nach genauer Prüfung des Kaufobjektes vereinbart. Wo kein Käufer vorhanden ist und daher keine Verhandlung stattfindet, gibt es auch keinen Preis.

Alle markt gängigen Verfahren der Unternehmensbewertung beruhen auf Erfahrungswerten und Durchschnittsfällen; sie können einem individuellen Unternehmen nicht gerecht werden und führen darüber hinaus zu durchaus verschiedenen Ergebnissen. Wer es genauer wissen möchte, muss das Unternehmen selbst unter die Lupe nehmen, ein teures und für Besteuerungszwecke nicht praktikables Unterfangen. Dies gilt im Bereich kleiner Unternehmen noch in verstärktem Umfang, denn diese sind häufig von besonderen Faktoren abhängig, die sich einer typisierten Unternehmensbewertung entziehen, etwa von persönlichen Kontakten des Inhabers oder von einzelnen Mitarbeitern. Dennoch war der Gesetzgeber verfassungsrechtlich gehalten, neue Modalitäten der Unternehmensbewertung zu entwickeln. Anstelle der ursprünglich vorgeschlagenen Verlagerung des Bewertungsrechts in eine Rechtsverordnung (AntBVBewV) sind nunmehr die §§ 199 ff. BewG geschaffen worden, die den Text des früheren Diskussionsentwurfs dieser Verordnung weitgehend übernehmen.

III. Neue Bewertungsverfahren

1. Vereinfachtes Ertragswertverfahren

Für die Bewertung unternehmerischen Vermögens ist Ausgangspunkt der zum Bewertungsstichtag (vgl. § 12 Abs. 2 und 5 ErbStG) festgestellte Unternehmenswert. Hierzu gelten zunächst gemäß § 12 Abs. 1 ErbStG die allgemeinen Bewertungsvorschriften (§§ 1–16 BewG); für Anteile an nicht börsennotierten Kapitalgesellschaften insbesondere § 11 Abs. 2 BewG: Sofern sich der Wert nicht aus zeitnahen Verkäufen

²⁸ Wiegand, DStR 2008, Beihefter zur Erbschaftsteuerreform, S. 94, 97.

²⁹ BVerfG, BStBl II 2007, S. 192 unter C I 3 b) bb) der Gründe = MittBayNot 2007, 161 m. Anm. Wälzholz.

³⁰ BVerfG, a. a. O., unter C II 1 der Gründe.

ableiten lässt, ist der Wert anhand der im Geschäftsverkehr üblichen Bewertungsmethode unter Berücksichtigung der Ertragsaussichten zu bestimmen. Dabei bildet die Summe des Aktivvermögens (nach Zeitwerten) abzüglich der Schulden die Untergrenze des Wertes. Entsprechendes gilt nach § 109 BewG für die Bewertung von gewerblichen oder freiberuflichen Personenunternehmen.

Für die Bewertung gilt nach § 199 BewG das neu geschaffene „vereinfachte Ertragswertverfahren“ der §§ 200 ff. BewG, soweit dieses nicht zu offensichtlich unzutreffenden Ergebnissen führt.³¹ Es handelt sich hierbei um ein reines Ertragswertverfahren, wonach der nachhaltig erzielbare Jahresertrag (§§ 201, 202 BewG) mit dem Kapitalisierungsfaktor (§ 203 BewG) zu multiplizieren ist. In § 11 Abs. 2 BewG heißt es dazu nebulös „Die §§ 199 bis 203 sind zu berücksichtigen“. Inwiefern dieses Bewertungsverfahren also bindend sein soll, ist unklar.³² Muss der Steuerpflichtige nachweisen, dass das vereinfachte Ertragswertverfahren zu offensichtlich unzutreffenden Ergebnissen führt, oder reicht es, dass er darlegt, dass ein Erwerber ein anderes Verfahren i. S. v. § 11 Abs. 2 BewG zugrunde legen würde?

2. Selbständige Bewertung mit dem Gemeinen Wert

Gemäß § 200 Abs. 2 BewG sollen jedoch für Zwecke der Ertragswertermittlung zunächst nicht betriebsnotwendige Vermögensteile und die dazugehörigen Schulden herausgerechnet und eigenständig mit dem gemeinen Wert bewertet werden.

Beispiel:

Das gutgehende Maschinenbauunternehmen des M befindet sich in dem Örtchen O. Da in O Gewerbegebiet stets Mangelware ist und M mit einer guten Geschäftsentwicklung für die nächsten Jahre rechnet, hat er in guten Zeiten eine an sein Betriebsgelände angrenzende Fläche auf Vorrat erworben. Diese ist derzeit an ein Sägewerk als Lagerplatz vermietet.

Für die „Unternehmenstätigkeit“ ist diese Fläche nicht erforderlich, sondern nur für die künftige Entwicklung des Unternehmens. Die Mieterträge fließen daher nicht in die Ertragswertberechnung ein; vielmehr ist die Fläche mit dem Grundbesitzwert (siehe oben B.) zu bewerten; dieser Wert ist mit dem Ertragswert zu addieren.

Fragwürdig ist die Intention des § 200 Abs. 3 BewG: Hält ein Unternehmen Beteiligungen an anderen Unternehmen, die nicht betriebsnotwendig sind, so kommt es zur separaten Bewertung nach § 200 Abs. 2 BewG. Dasselbe soll aber nach § 200 Abs. 3 BewG auch für solche Beteiligungen gelten, die nicht unter Abs. 2 fallen, also für betriebsnotwendige Beteiligungen. Ebenso sind nach § 200 Abs. 4 BewG auch innerhalb von zwei Jahren vor dem Bewertungsstichtag eingelegte sonstige betriebsnotwendige (!) Wirtschaftsgüter aus dem Ertragswertverfahren herauszurechnen.

Offenbar befürchtet der Gesetzgeber erhebliche Manipulationen durch die Verschiebung von Wirtschaftsgütern zwischen einzelnen Vermögenssphären im Vorfeld einer Übertragung und traut auch dem Abgrenzungskriterium „betriebsnotwendiges Vermögen“ keine große Wirkung zu. In der Tat sind

zahllose Fälle denkbar, in denen sich an dieser Frage Streit entzünden kann: Ist die in den Empfangsräumen einer Privatbank ausgestellte Kunstsammlung betriebsnotwendig oder nicht? Wie verhält es sich, wenn die Kunst im Chefzimmer ausgehängt ist? Oder aber im Vorgarten als Skulptur steht?

Wenn aber auch betriebsnotwendige Wirtschaftsgüter und Beteiligungen herausgerechnet werden sollen, stellen sich erhebliche Probleme: Soll eine vor zwei Jahren eingelegte Maschine als Substanz bewertet werden, so hat sie doch in der letzten Zeit zur Erzielung des Jahresertrages beigetragen. Belässt man es dabei, so kommt es zu einer unzumutbaren Doppelberücksichtigung; also muss man den Anteil der Maschine aus dem Jahresertrag herausrechnen (§ 202 Abs. 1 Nr. 2 lit. f) BewG).

Dasselbe gilt auch für die nach § 200 Abs. 3 BewG zu bewertenden Beteiligungen: Wenn sie betriebsnotwendig sind, so kann davon ausgegangen werden, dass ihr Nutzen über den reinen Dividendenertrag bzw. Gewinnanteil hinausgeht.³³

Beispiel:

Hochbaumeister B ist mit 10 % an einer Bauträger-GmbH beteiligt. Dies bringt zwar keine nennenswerte Dividende, aber sichert gelegentlich lukrative Aufträge für das Bauunternehmen. Konsequenterweise müssten diese Erträge beim Ertragswertverfahren unberücksichtigt bleiben. Der damit verbundene Aufwand und Diskussionsstoff ist schwer absehbar.

3. Nachhaltiger Jahresertrag

Ausgangspunkt der Ertragsbewertung ist der nachhaltig zu erzielende Jahresertrag. Dieser ist im Regelfall anhand des Durchschnitts der Betriebsergebnisse der letzten drei Wirtschaftsjahre vor dem Bewertungsstichtag zu ermitteln (§ 201 BewG). Eine Gewichtung dieser Ergebnisse wie beim früheren Stuttgarter Verfahren ist nicht mehr vorgesehen. Wie weit dieser vergangenheitsbezogene Wert bindend sein soll, ergibt sich nicht aus dem Gesetzeswortlaut. Gemäß § 201 Abs. 1 Satz 2 BewG ist der Durchschnittsertrag nur eine „Beurteilungsgrundlage“ für die Bestimmung des nachhaltig zu erzielenden Jahresertrages. Wenig später – in § 201 Abs. 2 Satz 4 BewG – heißt es jedoch: „Das Ergebnis stellt den Jahresertrag dar.“ Offenbar wollte sich der Gesetzgeber auch hier nicht festlegen.

Betriebsergebnis wiederum ist der gemäß § 202 BewG modifizierte einkommensteuerliche Gewinn, der durch den Betriebsvermögensvergleich (§ 4 Abs. 1 EStG) oder durch Einnahme-Überschussrechnung nach § 4 Abs. 3 EStG ermittelt wurde. Der Gewinn wird jedoch durch eine Vielzahl von Hinzurechnungen und Abzügen modifiziert:

- a) Zunächst sind bei Personenunternehmen die Effekte aus Sonder- und Ergänzungsbilanzen herauszurechnen.
- b) Hinzuzurechnen sind sodann
 - außerordentliche Aufwendungen und Veräußerungsverluste,
 - Sonderabschreibungen und Abschreibungen auf Firmenwert,
 - der Ertragsteuer- und Gewerbesteueraufwand.
- c) Abzuziehen sind
 - außerordentliche Erträge und Veräußerungsgewinne,

³¹ Die im früheren Entwurf vorgesehene Regel, wonach die vereinfachte Bewertung nicht für Großbetriebe i. S. v. § 3 der Betriebsprüfungsordnung gelten sollte, ist nicht Gesetz geworden.

³² Zu den Widersprüchen zwischen Gesetzeswortlaut und den Verlautbarungen des BMF vgl. auch *Geck*, ZEV 2008, 557, 560.

³³ Ähnliche Probleme stellten sich auch schon nach dem früheren Stuttgarter Verfahren, allerdings nur bei Beteiligungen oberhalb gewisser Schwellenwerte, vgl. Abschn. R 103 ErbStR; diese Vorgehensweise entspricht nicht den betriebswirtschaftlichen Standards, vgl. *Hannes/Onderka*, ZEV 2008, 173, 176.

- soweit nicht bei der Gewinnermittlung berücksichtigt: ein angemessener Unternehmerlohn sowie entsprechende Gehälter für mitarbeitende Familienangehörige,
- Ertragsteuer- und Gewerbesteuererstattungen.

d) Herauszurechnen sind ferner

- die Effekte durch Bildung oder Auflösung steuerwirksamer Rücklagen (z. B. nach § 6 b EStG),
- die Erträge und Aufwendungen im Zusammenhang mit isoliert zu bewertenden Wirtschaftsgütern (s. o. 2.),
- sonstige Vermögensveränderungen mit gesellschaftsrechtlichem Bezug gemäß § 202 Abs. 1 Nr. 3 BewG; gemeint sind damit verdeckte Gewinnausschüttungen bzw. verdeckte Einlagen, sofern sie nicht bereits auf der Ebene der Gewinnermittlung herausgerechnet worden sind.

Schließlich ist zur Abgeltung des Steueraufwands das (positive) Betriebsergebnis um 30 % zu verringern (§ 202 Abs. 3 BewG). Dies entspricht in etwa der Thesaurierungsbelastung in einer Kapitalgesellschaft (Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer und Solidaritätszuschlag) oder der nach § 34 a EStG zu erhebenden Steuer bei Personenunternehmen für nicht entnommene Gewinne (sog. Thesaurierungsbegünstigung). Die darüber hinausgehende Steuerbelastung im Ausschüttungsfall bzw. die Nachversteuerung nach § 34 a EStG wird erbschaftsteuerlich nicht berücksichtigt.

4. Kapitalisierungsfaktor

Der Kapitalisierungsfaktor ist nach § 203 BewG folgendermaßen zu ermitteln:

$$KF = 1/(BZ + 4,5 \%)$$

wobei KF der Kapitalisierungsfaktor und BZ der Basiszins ist. Der hier anzuwendende Basiszins ist nicht identisch mit dem des § 247 BGB. Er ist vielmehr aus der langfristig erzielbaren Rendite öffentlicher Anleihen zu Beginn eines Jahres abzuleiten, von der Deutschen Bundesbank zu ermitteln und im Bundessteuerblatt zu veröffentlichen. Gemäß BMF-Schreiben vom 7.1.2009 liegt der Basiszinssatz derzeit bei 3,61 %.³⁴

Bei einem Basiszins von 3,61 % ergibt sich ein Kapitalisierungszins von 8,11 % und damit ein Kapitalisierungsfaktor von 12,33. Dieser Wert scheint überzogen, wenn man die in der Transaktionspraxis gezahlten, durch Multiplikatormethoden ermittelten „Faktoren“ dagegen stellt. Allerdings ist der Vergleich nicht so einfach zu bewerkstelligen. Eine Kaufpreisformel kann z. B. lauten:

$$\text{Kaufpreis} = \text{EBIT} \times \text{Faktor} - \text{Schulden} + \text{Liquidität}$$

Der EBIT (Ertrag vor Zinsen und Steuern) ist nicht mit dem Jahresertrag nach § 202 BewG gleichzusetzen: Dieser berücksichtigt einen 30 %-Abschlag für den Steueraufwand und auch die Zinseffekte, soweit der Zinsabzug nicht an der „Zinsschranke“ des § 4 h EStG scheitert. Andererseits werden für erbschaftsteuerliche Zwecke die Schulden nicht herausgerechnet.

Anders als im früheren Gesetzesentwurf geplant gilt dieser Kapitalisierungsfaktor nur für das vereinfachte Ertragswertverfahren, nicht für die nach § 11 Abs. 2 BewG alternativ möglichen Verfahren. Dennoch ist die gesetzgeberische Entscheidung für einen einheitlichen (d. h. branchen- und risiko-

unabhängigen) Faktor ausgesprochen problematisch, sofern Abweichungen vom vereinfachten Ertragswertverfahren nur in Ausnahmefällen zugelassen werden.³⁵

E. Schwerpunkt: Vergünstigungen für Betriebsübergaben

Die Neuregelung der erbschaftsteuerlichen Vergünstigungen für die Übertragung betrieblichen Vermögens stand von Anfang an im Zentrum der Reformdiskussion. Entsprechend der Vorgabe des BVerfG konnte diese Privilegierung nicht länger über eine großzügige Bewertung, sondern nur über nachgelagerte Freibeträge und vergleichbare Verschonungen gewährt werden. Zu diesem Zweck wurden die §§ 13 a, 19 a ErbStG geändert und ein neuer § 13 b ErbStG eingefügt. Hierbei regelt § 13 b ErbStG die Frage, welche Vermögensteile als betriebliches Vermögen begünstigt sind. § 13 a ErbStG regelt die Vergünstigungstechnik; § 19 a ErbStG enthält wie bisher eine Tarifbegrenzung für Betriebsübernehmer der Steuerklassen II und III.

I. Anwendungsbereich (§ 13 b ErbStG)

§ 13 b ErbStG soll die nach dem neuen Recht gewährten umfangreichen Vergünstigungen auf das vom Gesetzgeber für förderungswürdig erachtete „begünstigte Vermögen“ beschränken. Dabei geht der Gesetzgeber davon aus, dass nicht alles, was ertragsteuerlich zu einem Betriebsvermögen gehört, auch erbschaftsteuerlich privilegiert werden soll. Zur Abgrenzung dient die neu geschaffene Kategorie „Verwaltungsvermögen“.

1. Begünstigtes Vermögen

Der Umfang des begünstigten Vermögens gemäß § 13 b Abs. 1 ErbStG entspricht weitgehend der Vorgängerregelung in § 13 a Abs. 4 ErbStG a. F. Die wichtigste Änderung besteht darin, dass die bisher auf inländisches Betriebsvermögen beschränkte Vergünstigung künftig auch Betriebsvermögen in EU/EWR-Mitgliedstaaten zugute kommt. Damit sind auch die Vorgaben der Entscheidung des EuGH in Sachen Jaeger/FA Kusel vom 17.1.2008, C-256/06³⁶ berücksichtigt, wonach die Beschränkung der erbschaftsteuerlichen Vergünstigungen auf inländisches Vermögen der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EG und 58 EG) widerspricht.

Nach wie vor gilt die Begünstigung für die Übertragung folgender Vermögenseinheiten:

- land- und forstwirtschaftliches Betriebsvermögen,
- gewerbliche oder freiberufliche Betriebe, Teilbetriebe, Mitunternehmeranteile und -teilanteile,
- Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, an deren Kapital der Schenker/Erblasser zuvor zu mindestens 25 % beteiligt war, wobei nach der Reform sog. poolgebundene Anteile zusammengerechnet werden können.

2. Verwaltungsvermögen

Eine der wesentlichen Neuschöpfungen der Erbschaftsteuerreform ist der in § 13 b Abs. 2 Satz 2 ErbStG enthaltene Begriff des „Verwaltungsvermögens“. Hierunter sind – vereinfacht gesagt – solche Vermögensteile zu verstehen, die nach Auffassung des Gesetzgebers ohne eine wesentliche Störung der Betriebsfortführung versilbert werden und daher auch

³⁴ Der Basiszinssatz gemäß § 247 BGB liegt nunmehr bei 1,62 %, also fast zwei Prozentpunkte darunter.

³⁵ Kritisch auch Hannes/Onderka, ZEV 2008, 173, 176; Piltz, DStR 2008, 745, 751.

³⁶ NJW 2008, 1936.

nach den allgemeinen Bestimmungen zur Steuer herangezogen werden könnten. Der Begriff des Verwaltungsvermögens ist jedoch nicht deckungsgleich mit dem auf der Bewertungsebene (siehe oben D. III) relevanten Begriff des „nicht betriebsnotwendigen Vermögens“.³⁷ Die Begründung des Regierungsentwurfes führt aus, dass „Vermögen, das in erster Linie der weitgehend risikolosen Renditeerzielung dient und in der Regel weder die Schaffung von Arbeitsplätzen noch zusätzliche volkswirtschaftliche Leistungen bewirkt“ nicht mehr begünstigt werden solle.³⁸

In der Vergangenheit wurden ertragsteuerliche Gestaltungsmöglichkeiten (Ansatz von gewillkürtem Betriebsvermögen; gewerblich infizierte oder gewerblich geprägte Personengesellschaft, Kapitalgesellschaft) in erheblichem Umfang genutzt, um die Anwendbarkeit der erbschaftsteuerlichen Vergünstigungen nach § 13 a ErbStG a. F. zu erreichen. Diesen Gestaltungsspielraum möchte der Gesetzgeber einschränken, indem

- Unternehmen, deren Betriebsvermögen zu mehr als 50 % bzw. 10 % („Option“ gemäß § 13 a Abs. 8 ErbStG) aus Verwaltungsvermögen besteht, die betrieblichen Vergünstigungen ganz versagt werden (§ 13 b Abs. 2 Satz 1 ErbStG);
- bei allen verbleibenden Unternehmen das sog. „junge Verwaltungsvermögen“ nicht an der betrieblichen Vergünstigung teilhat (§ 13 b Abs. 2 Satz 3 ErbStG – Zuführung innerhalb der letzten zwei Jahre);
- nicht betriebsnotwendiges Unternehmen und sonstiges junges Vermögen gesondert bewertet werden (s. o. D. III 2).

Die gesetzgeberische Schwierigkeit besteht allerdings darin, zu definieren, welche Wirtschaftsgüter überhaupt als Verwaltungsvermögen anzusehen sind. Der zu diesem Zweck geschaffene Katalog des § 13 b Abs. 2 Satz 2 ErbStG wurde zuletzt im Gesetzgebungsverfahren noch erheblich verändert und um zahlreiche Rückausnahmen ergänzt.

a) Fremdgenutzter Grundbesitz

Die größten Probleme bei der Abgrenzung zwischen Verwaltungsvermögen und begünstigtem Vermögen bereitet fremdgenutzter Grundbesitz. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass fremdgenutzter Grundbesitz grundsätzlich Verwaltungsvermögen darstellt (§ 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 ErbStG), versucht jedoch mit einer Vielzahl von Ausnahmen (lit. a–e) solche Gestaltungen abzufangen, in denen gleichwohl ein „Betrieb“ vorliegt.

aa) Betriebsaufspaltung und Sonderbetriebsvermögen

Kein Verwaltungsvermögen soll danach in folgenden Fällen vorliegen (§ 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 lit. a) ErbStG):

- in Fällen der Betriebsaufspaltung, wenn der Schenker/ Erblasser allein oder gemeinsam mit anderen sowohl das Besitz- als auch das Betriebsunternehmen beherrscht, oder
- bei Sonderbetriebsvermögen einer gewerblichen oder freiberuflichen Mitunternehmerschaft,

jeweils vorausgesetzt, dass die Mitunternehmerschaft bzw. die Betriebsgesellschaft den Grundbesitz selbst nutzt, also nicht an Dritte³⁹ untervermietet.

In beiden Fällen ist erforderlich, dass die Eigenschaft des Schenkers/Erblassers als Mitunternehmer bzw. als Doppelgesellschaftler (Mitglied der Gruppe, die sowohl das Besitz- als auch das Betriebsunternehmen beherrscht) auf den Erwerber „übergegangen ist“. Wie bei § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 2 lit. c) EStG (für die Geschäftsführereigenschaft) stellt sich auch hier die Frage, welche Anforderungen an den „Übergang“ zu stellen sind.

Beispiel:

Die ABC-GbR verpachtet ein Betriebsgrundstück an die ABC GmbH & Co. KG (mitunternehmerische Betriebsaufspaltung). A verschenkt seinen Anteil an der GbR an B; den Anteil am Betriebsunternehmen hält er jedoch zurück, wobei Letzteres weiterhin von B und C beherrscht wird (Mehrheitsprinzip).

Streng genommen liegt hier kein „Übergang“ vor, da B schon immer Doppelgesellschaftler war. Nach dem Sinn und Zweck der Norm kann hier jedoch kein Verwaltungsvermögen angenommen werden, da der betriebliche Zusammenhang gewahrt bleibt. Anders wäre es, wenn A den Anteil an den nicht an der Betriebsgesellschaft beteiligten D verschenkt. Zwar besteht bei fortgesetzter Beherrschung durch B und C die ertragsteuerliche Betriebsaufspaltung fort, jedoch wird D kein Doppelgesellschaftler.

In Fällen des Sonderbetriebsvermögens stellt sich die Frage der isolierten Übertragung nicht in dieser Form. Sonderbetriebsvermögen kann zwar ertragsteuerneutral unter Mitunternehmern verschenkt werden (§ 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 3 EStG), jedoch liegt bei einer isolierten Übertragung von Sonderbetriebsvermögen nach wie vor kein begünstigter Erwerb nach § 13 b Abs. 1 ErbStG vor.⁴⁰

bb) Verpachtungsfälle

Auch sonst wurde der Begriff des Verwaltungsvermögens in dem letztlich Gesetz gewordenen Entwurf des Finanzausschusses deutlich eingeschränkt. In manchen Verpachungskonstellationen wird der Grundbesitz weiterhin als Betriebsvermögen anerkannt.

(1) Betriebsvermögen liegt zum einen weiterhin bei der Verpachtung von gewerblichen oder freiberuflichen Betrieben an den eingesetzten Erben (§ 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 lit. b) aa) ErbStG) vor.

Was der Gesetzgeber hiermit gemeint hat, erschließt sich nicht aus dem Wortlaut. Er wollte ausweislich der Begründung des Finanzausschusses regeln, dass kein Verwaltungsvermögen vorliegt, wenn ein zuvor verpachteter Betrieb an den Pächter vererbt wird.⁴¹ Der Wortlaut bietet hierfür jedoch kaum Anhaltspunkte; danach kommt es darauf an, dass im Zusammenhang mit der Verpachtung der Pächter „durch eine letztwillige Verfügung oder eine rechtsgeschäftliche Verfügung als Erbe eingesetzt“ wurde. Mit der „rechtsgeschäftlichen Verfügung“ ist wohl der Erbvertrag gemeint (vgl. §§ 1937, 1941 BGB).⁴² Dass es hier gar nicht um die Erbeinsetzung, sondern um die tatsächliche Vererbung gehen soll, steht nicht im Gesetz.

⁴⁰ Zur erbschaftsteuerlichen Beurteilung bei über- oder unterquotaler Übertragung von Sonderbetriebsvermögen vgl. Abschn. R 51 Abs. 3 ErbStR.

⁴¹ Die Begründung des Finanzausschusses nennt hier tatsächlich nur den Erbfall, vgl. BT-Drucks. 16/11107, S. 13.

⁴² Nach Geck, ZEV 2008, 557, 561 ist hiermit ein Vertrag zugunsten Dritter gemeint, was jedoch im Hinblick auf die Wortwahl („als Erbe eingesetzt“) problematisch ist. Auch Geck, a. a. O., geht davon aus, dass ein Vermächtnis nicht gestaltungsicher ist.

³⁷ Vgl. Hannes/Onderka, ZEV 2008, 173, 176.

³⁸ BT-Drucks. 16/7918, S. 35 f.; vgl. – noch zu der restriktiveren Fassung des RegE – Piltz, ZEV 2008, 229.

³⁹ Zum Begriff des Dritten vgl. Geck, ZEV 2008, 557, 561.

Beispiel:

V verpachtet sein gut gehendes Einzelunternehmen unbefristet an P und setzt diesen testamentarisch als Erben ein. Später übergibt er den Verpachtungsbetrieb aber an E und ändert auch sein Testament bzgl. des Restvermögens wieder ab. Streng nach dem Wortlaut des Gesetzes würde hier kein Verwaltungsvermögen vorliegen; was jedoch vom Gesetzgeber nicht gewollt war.⁴³ Die vom Gesetzgeber gewollte Differenzierung zwischen lebzeitiger Schenkung und Vererbung des verpachteten Betriebes an den Pächter ergibt allerdings auch keinen Sinn.⁴⁴ Auch sonst ist nicht nachvollziehbar, warum die testamentarische oder „rechtsgeschäftliche“ Erbeinsetzung anders zu behandeln ist als beispielsweise ein Vermächtnis oder die Stellung als gesetzlicher Alleinerbe. Dem Gesetzgeber schwebte vermutlich vor, dass eine Art „Gesamtplan“ existieren muss, wonach schon zur Zeit der Verpachtung die spätere Vererbung an den Pächter vorgesehen war und sich dies (durch die Erbeinsetzung) manifestiert hat.

(2) Betriebsvermögen liegt ferner bei einer Verpachtung von gewerblichen oder freiberuflichen Betrieben an Dritte für eine Übergangszeit von max. zehn Jahren vor (beginnend nicht vor Vollendung des 18. Lebensjahres des Übernehmers), weil der Unternehmer die zur Fortführung erforderliche Qualifikation noch nicht erreicht hat (§ 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 lit. b) bb) ErbStG).

Beispiel:

Handwerksmeister H möchte sich zurückziehen und seinen Betrieb an den Sohn S (20 Jahre) übergeben. Da dieser noch in der Ausbildung ist, verpachtet H den Betrieb für zehn Jahre an den angestellten Meister M und übergibt anschließend an S. Nachdem S sieben Jahre vergeblich um den Meistertitel gekämpft hat, verkauft er den Betrieb an M und wandert aus.

In diesem Fall liegt kein Verwaltungsvermögen vor. Ob S die Qualifikation jemals erlangt, spielt nach dem Gesetzeswortlaut keine Rolle; es kommt ausschließlich darauf an, dass er sie zum Zeitpunkt der Übergabe noch nicht hat und dass der Pachtvertrag befristet ist. Danach kann festgehalten werden: Die lebzeitige Schenkung des Betriebes an eine andere Person als den Pächter kann u. U. begünstigt sein; die Schenkung an den Pächter selbst jedoch gemäß Begründung des Finanzausschusses nicht. Man kann nur hoffen, dass sich die Verwaltung bald einer (nach dem offenen Gesetzeswortlaut ohne weiteres möglichen) praxisgerechten Auslegung anschließt. Bis dahin ist die einer Übergabe vorgeschaltete Verpachtung (außer im land- und forstwirtschaftlichen Bereich) eine riskante Gestaltung.

(3) Wichtig ist in beiden Fällen,

- dass die Verpachtung beim Verpächter weiterhin zu gewerblichen oder freiberuflichen Einkünften führt, d. h. er darf gegenüber dem Finanzamt keine Betriebsaufgabe erklärt haben und
- dass das verpachtete Unternehmen seinerseits aktiv tätig ist und den Grundbesitz nicht weitervermietet oder verpachtet.

(4) Weiterhin sind begünstigt:

- jegliche land- und/oder forstwirtschaftliche Verpachtung (§ 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 lit. e) ErbStG);
- jegliche Nutzungsüberlassung innerhalb eines Konzerns i. S. v. § 4 h EStG, soweit keine weitere Nut-

zungsüberlassung an Dritte erfolgt (§ 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 lit. c) ErbStG).

cc) Wohnungsunternehmen

Die erstaunlichste Ausnahme vom Verwaltungsvermögen ist die in letzter Minute eingefügte Neuregelung nach § 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 lit. d) ErbStG.

Danach gehört Grundbesitz nicht zum Verwaltungsvermögen, wenn

- er sich im Betriebsvermögen einer Personengesellschaft oder im Vermögen einer Kapitalgesellschaft befindet,
- deren Hauptzweck in der Vermietung von Wohnungen i. S. v. § 181 Abs. 9 BewG besteht und
- die Vermietungstätigkeit einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb (§ 14 AO) erfordert.

Zunächst kann festgehalten werden, dass der Verweis auf § 14 AO ausgesprochen irreführend ist. Diese Vorschrift wird u. a. zur Abgrenzung zwischen privater Vermögensverwaltung und gewerblicher Tätigkeit und damit zur Ausfüllung des Gewerbebegriffs nach § 15 Abs. 2 EStG herangezogen. Ausweislich des § 14 AO stellt eine Tätigkeit, die sich auf die Nutzung vorhandenen Stammvermögens beschränkt, keinen „Geschäftsbetrieb“ dar. Etwas anderes ergibt sich, wenn die Tätigkeit auf das Erzielen von Gewinnen durch häufige Vermögensumschichtungen ausgerichtet ist, wie beispielsweise der sog. gewerbliche Grundstückshandel.

§ 13 b ErbStG meint nunmehr Unternehmen, zu deren Vermietungstätigkeit ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb erforderlich ist. Dies ist überraschend, denn bislang wurde bei der Abgrenzung zwischen privater Vermögensverwaltung und Gewerblichkeit der Umfang der Vermietungstätigkeit stets für wenig bedeutsam gehalten: Auch wer mehrere Straßenzüge vermietet, erzielt Vermietungseinkünfte nach § 21 EStG und wird nicht zum gewerblichen Berufsvermieter. An diese einkommensteuerliche Abgrenzung möchte die Erbschaftsteuer offenbar nicht anknüpfen. Vielmehr ist mit der Verweisung wohl gemeint, dass die Vermietungstätigkeit eine gewisse „Verwaltungsstruktur“ erfordert.⁴⁵

Beispiel:

A besitzt fünf vermietete Wohnungen in guter Lage in München (Wert je 500.000 €). Er übergibt diese sämtlich an seinen Sohn X. Im Regelfall wird man davon ausgehen können, dass die Vermietung von fünf Wohnungen noch keinen Geschäftsbetrieb erfordert; die Betriebsvermögensbegünstigung ist daher auch durch Einbringung in eine GmbH & Co. KG nicht erreichbar. Es bleibt bei dem 10 %-Abschlag nach § 13 c ErbStG. S muss mit einer Steuerlast von ca. 350.000 € rechnen.

Abwandlung:

A besitzt fünfzig derartige Wohnungen. Zur Bewältigung des Verwaltungsaufwandes hat er einen Techniker, einen Juristen und eine Sekretärin angestellt, die in einem angemieteten Büro arbeiten. Er bringt die Wohnungen in eine GmbH & Co. KG ein und übergibt anschließend die Gesellschaftsanteile an X. Durch die Einbringung werden die Wohnungen ertragsteu-

⁴³ BT-Drucks. 16/11107, S. 13.

⁴⁴ Ebenso Geck, ZEV 2008, 557, 561.

⁴⁵ Wo hier genau die Grenze zu ziehen ist, kann freilich noch nicht gesagt werden; vgl. Geck, ZEV 2008, 557, 562 („mittelständische Wohnungsunternehmen“). Die Begründung des Finanzausschusses, BT-Drucks. 16/11107, S. 14, spricht von einem in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb und verweist damit auf die Kriterien des § 1 Abs. 2 HGB.

erlich Betriebsvermögen. Verwaltungsvermögen liegt – je nach Grenzziehung – wohl nicht vor, da die Vermietung einen Geschäftsbetrieb erfordert. X zahlt, wenn er die Option nach § 13 a Abs. 8 ErbStG ausübt und die Wohnungen zehn Jahre behält, überhaupt keine Erbschaftsteuer.

b) Sonstiges Verwaltungsvermögen

Der Begriff des Verwaltungsvermögens beschränkt sich jedoch nicht auf Grundbesitz. Zum Verwaltungsvermögen gehören auch (§ 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 ErbStG):

- Minderheitsbeteiligungen an Kapitalgesellschaften: Ebenso wie bei der Frage, ob eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft an sich eine betriebliche Vermögenseinheit darstellt, wird auch bei im Betriebsvermögen befindlichen Beteiligungen auf die 25 %-Grenze zurückgegriffen. Auch hier können poolgebundene Anteile zusammengerechnet werden.
- Beteiligungen an gewerblichen oder freiberuflichen Mitunternehmerschaften oder Kapitalgesellschaften, deren Verwaltungsvermögen mehr als 50 % des Gesamtwertes beträgt.

Beteiligungen an vermögensverwaltenden Gesellschaften sind hier nicht eigens genannt, da bei diesen Gesellschaften das Gesamthandsvermögen nach § 39 AO anteilig den einzelnen Gesellschaftern als wirtschaftliche Eigentümer zuzurechnen ist; die Beteiligung an einer reinen Vermietungsgesellschaft fällt daher nicht unter § 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 ErbStG, sondern unter Nr. 1.

Die Grenze des zulässigen Verwaltungsvermögens liegt hier fix bei 50 %, und zwar auch dann, wenn die Befreiungsoption nach § 13 a Abs. 8 ErbStG gewählt wird (siehe dazu unten II. 2). Die Verweisung nach § 13 a Abs. 8 Nr. 3 ErbStG erstreckt sich ausdrücklich nur auf § 13 b Abs. 2 Satz 1 ErbStG, nicht auf Satz 2. Droht also die komplette Steuerbefreiung gemäß § 13 a Abs. 8 ErbStG daran zu scheitern, dass zu viel Verwaltungsvermögen vorhanden ist, hilft unter Umständen eine Vertiefung der Beteiligungsstruktur, wie das nachfolgende Beispiel zeigt.

Beispiel:

Das Unternehmen der X-KG (Wert des Betriebsvermögens: 10 Mio. €) besteht aus zwei Teilbetrieben (je 5 Mio. €), wobei zum Teilbetrieb 2 eine wertvolle Minderheitsbeteiligung (unter 25 %) an einer GmbH (2 Mio. €) gehört. Dadurch liegt der Anteil des Verwaltungsvermögens in der KG bei 20 %. Wird nun im Vorfeld einer Übertragung der Teilbetrieb 2 in eine Tochter-KG ausgegliedert, liegt das Verwaltungsvermögen dort bei 40 %, also noch unter der Grenze des § 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 ErbStG. In der X-KG wäre demnach überhaupt kein Verwaltungsvermögen mehr vorhanden, was die Option des § 13 a Abs. 8 ErbStG eröffnet.

Um sonstiges Verwaltungsvermögen handelt es sich auch bei

- Wertpapieren und vergleichbaren Forderungen (§ 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 ErbStG); was genau hierunter zu verstehen ist, bleibt unklar,⁴⁶ was umso erstaunlicher ist, als diese Fragen schon zum Entwurf des alten UntErlG intensiv diskutiert wurden, sowie
- Kunstgegenstände und ähnliche Kostbarkeiten, die jeweils nicht dem Hauptzweck des Unternehmens dienen (§ 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 ErbStG).

Der Begriff des „Hauptzwecks“ spielt bei der Abgrenzung des Verwaltungsvermögens allgemein eine große Rolle. Leider ist

er nirgends definiert und so klar auch nicht zu definieren, so dass viel Raum für Diskussionen und Streit eröffnet ist.⁴⁷

II. Vergünstigungen

1. Verschonungsabschlag und Abzugsbetrag

Rechtstechnisch wird die erbschaftsteuerliche Begünstigung des Betriebsvermögens gemäß § 13 a Abs. 1 ErbStG durch eine Kürzung der Bemessungsgrundlage bewerkstelligt (sog. Verschonungsabschlag). Etwas irreführend ist der Wortlaut („bleibt insgesamt außer Ansatz“), denn durch die Verweisung auf § 13 b Abs. 4 ErbStG ergibt sich, dass nur 85 % des Wertes des begünstigten Vermögens außer Ansatz bleiben. Die verbleibenden 15 % des Wertes sind grundsätzlich nach den allgemeinen Grundsätzen steuerpflichtig, jedoch wird hier nach § 13 a Abs. 2 ErbStG ein abschmelzender Freibetrag von maximal 150.000 € (Abzugsbetrag) angesetzt.

Beispiel:

Der Wert des begünstigten Vermögens beträgt 1,9 Mio. €. Nach Gewährung des Verschonungsabschlages von 85 % verbleiben 285.000 €. Hierauf wird der Abzugsbetrag gewährt; jedoch, da die Wertgrenze von 150.000 € überschritten ist, nur teilweise nach der Formel $225.000 - 285.000/2 = 82.500$ €. ⁴⁸ Steuerpflichtig verbleiben also 202.500 €. Sofern zusätzlich noch ein nicht ausgeschöpfter persönlicher Freibetrag besteht, kann die Übertragung (z. B. an Kinder, Ehegatten oder Enkel) praktisch steuerfrei vonstatten gehen.

Ähnlich wie die persönlichen Freibeträge entsteht der Abzugsbetrag alle zehn Jahre neu; allerdings kann er (wie der bisherige Freibetrag nach § 13 a ErbStG a. F.) nicht auf mehrere Erwerbsvorgänge verteilt werden und ist bezogen auf die Veräußererperson, nicht auf den Erwerber. Eine Vertragsklausel zur Verteilung des Freibetrages auf mehrere Erwerber ist somit überflüssig.

2. Vergünstigungsoption

Eine vollständige Steuerbefreiung für Betriebsvermögen kann nur durch die sog. „Option 2“ gemäß § 13 a Abs. 8 ErbStG erlangt werden. Diese Option kann nur einmalig und unwiderruflich durch Erklärung des Erwerbers gegenüber der Finanzverwaltung (nach der ausdrücklichen Begründung des Finanzausschusses⁴⁹ bis zur Bestandskraft des Steuerbescheides) ausübt werden.

Übersicht	Option 1	Option 2
Lohnsummenfrist	7 Jahre	10 Jahre
Mindestlohnsumme	650 % (d. h. ca. 93 % im Jahresdurchschnitt)	1.000 % (d. h. 100 % im Jahresdurchschnitt)
Behaltensfrist	7 Jahre	10 Jahre
Verwaltungsvermögen	max. 50 %	max. 10 %
Befreiung	85 %	100 %

⁴⁷ Ebenso Crezelius, DStR 2007, 2277, 2280.

⁴⁸ Der Gesetzeswortlaut ist insoweit allerdings nicht ganz eindeutig. Man könnte sich auch auf den Standpunkt stellen, dass der Abzugsbetrag bereits dann abgeschmolzen wird, wenn der Wert des Betriebsvermögens (vor Abzug des Verschonungsabschlages) 150.000 € übersteigt. Gegen diese Auslegung spricht jedoch sowohl die systematische Stellung des Abzugsbetrages (nach dem Verschonungsabschlag) als auch das Ergebnis: Anderenfalls würde der Abzugsbetrag weitgehend nur noch dann eine Rolle spielen, wenn der Verschonungsabschlag wegen einer Unterschreitung der Lohnsumme nicht gewährt wird.

⁴⁹ BT-Drucks. 16/11107, S. 13.

⁴⁶ Vgl. dazu Hannes/Onderka, ZEV 2008, 16, 21; Geck, ZEV 2008, 557, 562.

Der Grenzwert des Verwaltungsvermögens (10 %) ist regelungstechnisch keine Voraussetzung der Optionsausübung, sondern eine Rechtsfolge. Wird also die Option ausgeübt, obwohl das 10 %-Kriterium nicht erfüllt ist, so ist nicht etwa die Optionsausübung unwirksam, sondern die Privilegierung droht (wegen überschüssenden Verwaltungsvermögens) vollständig zu entfallen. Die von *Geck* vertretene Gegenauffassung⁵⁰ ist aus Beratersicht unbedingt vorzugswürdig, aber nach dem insoweit relativ klaren Gesetzeswortlaut nicht gesichert.

Allein dieses Risiko macht die Optionsausübung zu einer gestalterisch ausgesprochen heiklen Angelegenheit; sie sollte nur nach eingehender steuerlicher Prüfung in Betracht gezogen werden. In eine notarielle Schenkungsurkunde sollte weder die Optionsausübung noch eine Verpflichtung dazu aufgenommen werden.

3. Lohnsummenkontrolle

Die Privilegierung des Betriebsvermögens gegenüber sonstigem Vermögen bedarf nach den Ausführungen des BVerfG einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Diese wird aus der besonderen Sozialbindung des Produktivvermögens und der damit verbundenen Sicherung der Arbeitsplätze abgeleitet. Der Gesetzgeber hat es daher für erforderlich gehalten, die Gewährung der Vergünstigung von der Erhaltung bestehender Arbeitsplätze abhängig zu machen. (Dass überhaupt Arbeitsplätze gesichert werden, ist wohlgemerkt kein Erfordernis: Die Vergünstigung wird auch Betrieben gewährt, die überhaupt keine Arbeitnehmer beschäftigen.) Dies wird vereinfacht durch das sog. Lohnsummenkriterium gewährleistet: Sinkt die Lohnsumme innerhalb der Kontrollfrist unter einen gewissen Prozentsatz der Ausgangslohnsumme (Durchschnitt der letzten fünf Wirtschaftsjahre vor dem Steuerfall), so wird die Vergünstigung prozentual gekürzt. Der Begriff der Lohnsumme wird in § 13 a Abs. 4 ErbStG ausführlich definiert. Es handelt sich, vereinfacht gesagt, um die Summe aller Bruttolöhne, einschließlich Sonderzahlungen und Sachleistungen aller Art. Anteilig mit einzubeziehen ist auch die Lohnsumme von Tochtergesellschaften im EU/EWR-Raum, an denen eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung von mehr als 25 % besteht. Von der zwischenzeitlich geplanten Indexierung der Lohnsumme hat der Gesetzgeber glücklicherweise abgesehen.

Die Lohnsummenkontrolle entfällt bei Betrieben, die nicht mehr als zehn Beschäftigte haben oder deren Ausgangslohnsumme 0 € beträgt. (Ein Betrieb mit mehr als zehn Beschäftigten und einer Lohnsumme von 0 € ist zwar als Sklaverei verboten, aber dennoch erbschaftsteuerlich privilegiert!) Die Begründung des Regierungsentwurfs⁵¹ verweist wegen der Zahl der Beschäftigungsverhältnisse auf § 23 KSchG, was jedoch im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden hat. Die Übertragung der Zählweise des KSchG (Nichtberücksichtigung von Auszubildenden; teilweise Berücksichtigung von Teilzeitbeschäftigten) auf das ErbStG ist daher nicht gesichert; hier wäre dann allein „nach Köpfen“ zu zählen.

Beispiel:

Die Bruttolohnsumme des Produktionsunternehmens des H (15 Beschäftigte) betrug in den Jahren 03 bis 08 durchschnittlich 450.000 €. Außerdem ist H zu 50 % an einer Vertriebs-GmbH beteiligt, die 2 Beschäftigte hat (Durchschnittslohnsumme 100.000 €). Im Jahr 09 wird das Unternehmen

einschließlich der betrieblichen GmbH-Beteiligung von H an seine Tochter T übergeben (erbschaftsteuerlicher Wert: 3 Mio. €). Aufgrund schwieriger Marktbedingungen sinkt die Zahl der Beschäftigten auf 10; auch die GmbH entlässt im Jahr 10 einen Angestellten. Die Gesamtlohnsumme beträgt im Siebenjahreszeitraum beim Einzelunternehmen 2.150.000 € und bei der GmbH 460.000 €.

Ausgangslohnsumme: 450.000 € + 50 % x 100.000 € = 500.000 €

Mindestlohnsumme: 500.000 € x 650 % = 3.250.000 €

tatsächliche Lohnsumme: 2.150.000 € + 50 % x 460.000 € = 2.380.000 €, also 73,2 % der Mindestlohnsumme (diese wird um 26,8 % unterschritten)

Der gewährte Verschonungsabschlag: 85 % von 3.000.000 € = 2.550.000 € verringert sich um 26,8 % auf 1.866.600 €.

Bemessungsgrundlage: 3.000.000 € – 1.866.600 € = 1.133.400 € (kein Abzugsbetrag!)

Nach Abzug des persönlichen Freibetrags von 400.000 € verbleiben 733.400 €, was zu einer Steuer (19 % nach Klasse I) von 139.346 € führt. Ohne die Kürzung wäre nur eine Steuer von ca. 3.500 € zu zahlen gewesen, es kommt also zu einer Nachforderung von ca. 136.000 €.

Für diese Nachforderung haftet nach § 20 ErbStG auch der seinerzeitige Übergeber H. Ob der im Hinblick auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bedenklichen Ankündigung des BMF, diese Steuer beim Schenker nicht einzutreiben, zu trauen ist, mag jeder für sich entscheiden. Jedenfalls spricht einiges dafür, diesen Fall im Rahmen der Übergabe zu regeln, z. B. durch Aufnahme eines Rückforderungsrechtes.⁵²

4. Fortführungskontrolle

Abgesehen von der Lohnsummenkontrolle können sowohl der Verschonungsabschlag als auch der Abzugsbetrag verloren gehen, wenn der Erwerber gegen die siebenjährige (nicht wie zwischenzeitlich geplant 15-jährige) Behaltensfrist des § 13 a Abs. 5 ErbStG verstößt. Die Norm entspricht auf der Tatbestandsseite weitgehend dem § 13 a Abs. 5 ErbStG a. F., dessen Haltefrist fünf Jahre betrug.

Zum Verlust der Begünstigung führen insbesondere:

- Veräußerung eines Betriebes, Teilbetriebes, Mitunternehmeranteils oder Teilanteils,
- Betriebsaufgabe oder Veräußerung/Entnahme der wesentlichen Betriebsgrundlagen,
- Veräußerung von durch Einbringungsvorgänge nach §§ 20, 24 UmwStG erhaltenen Anteilen,
- Tätigung von Überentnahmen, wobei die Schädlichkeitsgrenze hier von 52.000 € auf 150.000 € angehoben wurde,
- Wegfall eines Stimmbindungsvertrages, der für die Anwendbarkeit des § 13 b ErbStG maßgeblich war,
- Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen; Auflösung, Kapitalherabsetzung oder Veräußerung der wesentlichen Betriebsgrundlagen der Gesellschaft mit Vermögensverteilung an die Gesellschafter.

Im Gegensatz zur früheren Gesetzesfassung und auch zu früheren Entwürfen des Reformgesetzes führen Umwandlungen von Kapitalgesellschaften i. S. d. §§ 3–16 UmwStG nicht mehr per se zur Nachversteuerung, sondern nur der Verkauf

⁵⁰ ZEV 2008, 557, 563.

⁵¹ BT-Drucks. 16/7918, S. 33.

⁵² Ebenso *Geck*, ZEV 2008, 557, 563.

oder die Aufgabe des nach der Umwandlung erhaltenen Unternehmens(anteils).

Eine der wichtigsten Änderungen des Reformgesetzes in letzter Minute bestand darin, dass die früher geplante sog. „Fallbeilregelung“ bei Verstößen gegen die Haltepflicht durch eine zeitanteilige Kürzung ersetzt wurde. Die einzige Ausnahme besteht im Fall der Überentnahmen: Diese werden stets über den Gesamtzeitraum hinweg betrachtet und führen daher nicht zu einer zeitanteiligen Kürzung. Dass im Fall der Überentnahmen die Vergünstigung insgesamt entfällt, hat der Gesetzgeber wohl nicht beabsichtigt, denn auch im Einleitungssatz des § 13 a Abs. 5 ErbStG findet sich die Formulierung „soweit“. Daher bleibt es bei der Altregelung gemäß Abschn. R 67 Abs. 1 ErbStR, wonach die Begünstigung entsprechend der Höhe der Überentnahmen gekürzt wird.⁵³

In allen anderen Fällen wird der Verschonungsabschlag nur anteilig in dem Verhältnis gekürzt, das dem Verhältnis der zur Zeit der Verfügung vollständig abgelaufenen Jahre seit dem Erwerb zur restlichen Behaltensfrist entspricht. Für die Funktionsweise der Nachversteuerung dürften auch hier die alten Prinzipien des Abschn. 67 ErbStR fortgelten.

Beispiel:

Von einem übergebenen Betrieb (Wert: 700.000 €) wird nach Ablauf von fünf Jahren ein Teilbetrieb, der 50 % des Wertes ausmacht, veräußert. Der auf diesen Teilbetrieb entfallende Verschonungsabschlag von ursprünglich 297.500 € ist daher um $\frac{2}{7}$ (85.000 €) zu kürzen. Vom Gesamtvermögen verbleiben nach Abzug des gekürzten Verschonungsabschlages 190.000 €. Hiervon entfallen allerdings nur 52.500 € auf das nicht veräußerte Vermögen (15 % von 350.000 €). Daher dürfte auch der Abzugsbetrag nur 52.500 € betragen.⁵⁴

Sofern der Erlös im Rahmen des nach § 13 b ErbStG begünstigten Vermögens reinvestiert wird oder sonst „in der Vermögensart verbleibt“, ist von der Nachversteuerung abzusehen.⁵⁵

5. Tarifbegrenzung

Ebenso wie das alte Recht sieht auch nach der Reform § 19 a ErbStG eine Tarifbegrenzung für die Übertragung betrieblichen Vermögens vor. Letztlich wird danach der Teil des begünstigten Betriebsvermögens, der nicht aufgrund des Verschonungsabschlages steuerfrei bleibt, nach dem Tarif der Steuerklasse I besteuert. Die Tarifbegrenzung greift daher nicht ein für das „junge Verwaltungsvermögen“.

Nicht ganz eindeutig lässt sich dem Gesetzeswortlaut entnehmen, ob auch der aufgrund einer Lohnsummenunterschreitung nicht mehr dem Verschonungsabschlag unterliegende Vermögensanteil tarifbegünstigt ist. Einerseits verweist § 19 a Abs. 2 ErbStG auf den „nicht unter § 13 b Abs. 4 fallenden Teil“, d. h. auf die verbleibenden 15 %. Andererseits ist die Aufteilung nach § 19 a Abs. 3 ErbStG nach dem Wert des Vermögens „nach Anwendung des § 13 a“ vorzunehmen, nach der hier vertretenen Ansicht also auch nach Kürzung der Vergünstigung gemäß § 13 a Abs. 1 ErbStG. Bei einem Verstoß gegen die Behaltensregeln des § 13 a Abs. 5 ErbStG entfällt die Tarifbegrenzung nicht zeitanteilig, sondern bei Teilbetriebs- oder Teilanteilsveräußerung bzw. Überentnahme wert-

anteilig, sonst vollständig. Diese Regelung dürfte insbesondere bei der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen innerhalb von sieben Jahren nach dem Ausscheiden eines anderen Mitgesellschafters relevant werden.⁵⁶

III. Überwachung und Nachversteuerung

Für die Überwachung der Lohnsumme und der Behaltensregeln ist der Steuerpflichtige selbst zuständig. Er hat gemäß § 13 a Abs. 6 ErbStG die Unterschreitung der Lohnsumme innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf der Lohnsummenfrist und die Verstöße gegen die Behaltensfrist innerhalb von einem Monat dem zuständigen Erbschaftsteuerfinanzamt im Wege einer Steuererklärung anzuzeigen. Die Festsetzungsverjährung tritt frühestens vier Jahre ein, nachdem die Finanzbehörde von diesen Tatsachen Kenntnis erlangt hat. Von der im Regierungsentwurf geplanten Selbstberechnung der Nachsteuer im Wege einer Steueranmeldung hat der Gesetzgeber abgesehen. Für begünstigtes Auslandsvermögen trifft den Steuerpflichtigen eine erweiterte Mitwirkungs- und Nachweispflicht nach § 13 a Abs. 7 ErbStG.

F. Ausblick

Der Gesetzgeber hat sich nach jahrelanger Diskussion kurz vor Ablauf der vom BVerfG gesetzten Frist zu einer Neuregelung der Erbschaft- und Schenkungsteuer durchringen können. Die vom BVerfG gestellte Aufgabe, ein „richtiges“ Bewertungssystem zu schaffen, war – wenn überhaupt – nur um den Preis der Praktikabilität lösbar.

Herausgekommen ist ein – auch aufgrund zahlreicher grundlegender Änderungen in letzter Minute – höchst kompliziertes Regelwerk. Es bedarf keiner hellseherischen Fähigkeiten um vorauszusagen, dass hier das letzte Wort noch nicht gesprochen ist. Zahlreiche Unstimmigkeiten führen zu neuen (teils altbekannten) verfassungsrechtlichen Bedenken,⁵⁷ so dass das Gesetzeswerk wohl schon bald wieder auf dem Tisch des BVerfG landen wird. Die fiskalische Bedeutung der Erbschaftsteuer ist marginal und kann all diesen Aufwand nicht rechtfertigen. Das Aufkommen betrug beispielsweise im Jahr 2006 ca. 3,7 Mrd. €, dies ist weniger als ein halber Prozentpunkt der Umsatzsteuer. Ob am Ende dieses Prozesses eine Abschaffung der Steuer nach österreichischem Vorbild, eine Verlagerung der Gesetzgebungs- oder Tarifkompetenz auf die Länder (wie bei der Grunderwerbsteuer) oder eine Beibehaltung des Status quo stehen wird, ist noch nicht abzusehen.

In der Beratungspraxis dürfte die Neuregelung zu erheblichen Problemen führen, da eine zuverlässige Bewertung kaum ohne die kostspielige Hinzuziehung eines Wirtschaftsprüfers bzw. Immobiliensachverständigen geleistet werden kann. Einige altbekannte Gestaltungen sind nach wie vor möglich; neue werden z. B. durch die Verästelungen des „Verwaltungsvermögens“ eröffnet.⁵⁸ Für die meisten Menschen wird jedoch schon die Anhebung der Freibeträge im engen Familienkreis dazu führen, dass die Erbschaft- und Schenkungsteuer schlicht keine Rolle mehr spielt. Umso erbitterter werden die wenigen verbleibenden Betroffenen nach Wegen suchen, diese Steuer zu vermeiden.

⁵³ A. A. offenbar *Geck*, ZEV 2008, 557, 563.

⁵⁴ Noch komplizierter wird die Berechnung, wenn außerdem die Mindestlohnsumme nicht erreicht wurde. Unklar ist auch, auf welcher Basis in diesen Fällen die Abschmelzung des Abzugsbetrages zu berechnen ist.

⁵⁵ Eine teilweise ähnliche Regelung war schon bisher in Abschn. R 63 ErbStR enthalten.

⁵⁶ Vgl. die – noch auf dem strengeren RegE beruhenden – Berechnungen von *Jülicher*, ZErB 2008, 214.

⁵⁷ Vgl. die im Ergebnis fruchtlose Aufforderung namhafter Verfassungs- und Steuerrechtler an den Bundespräsidenten, das Reformgesetz nicht zu unterzeichnen, dazu u. a. die Rheinische Post vom 11.12.2008, S. 1, „Steuer auf Erbe: Köhler soll Reform stoppen“.

⁵⁸ Vgl. *Roth/Fischl*, NJW 2008, 401.

Die Vermögensauseinandersetzung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in der notariellen Praxis

Von Notar Dr. Jürgen Schlögél, Vilshofen

Nichteheliche Lebensgemeinschaften sind fester Bestandteil des gesellschaftlichen Alltags in Deutschland und damit auch der notariellen Tätigkeit. Vorsorgende Regelungen für den Fall des Scheiterns der Lebensgemeinschaft finden sich demgegenüber relativ selten. Der nachfolgende Beitrag stellt die rechtliche Ausgangslage dar, behandelt aktuelle Fragen im Zusammenhang mit der Vermögensauseinandersetzung und bietet Formulierungsvorschläge für die Vertragsgestaltung an.

I. Vorbemerkungen

Nichteheliche Lebensgemeinschaften¹ sind – der gesellschaftlichen Entwicklung folgend – seit mehreren Jahrzehnten in der täglichen Arbeit des Notars ständig präsent und Gegenstand zahlloser Abhandlungen.² Bekanntermaßen lehnt der BGH bei der wirtschaftlichen Auseinandersetzung einer beendeten nichtehelichen Lebensgemeinschaft unter dem Stichwort „Abrechnungsverbot“ einen allgemeinen Vermögensausgleich ab; das persönliche Verhältnis der Lebenspartner überlagere das wirtschaftliche Verhalten, so dass auch diesbezüglich gerade keine Rechtsgemeinschaft anzunehmen ist.³

Damit wird jedoch ein Ausgleich nicht generell ausgeschlossen, sondern lediglich eine gegenseitige Verrechnung von im Rahmen der Haushalts- und Lebensführung der Lebensgemeinschaft erbrachten Geld- und Dienstleistungen. Die Ausgleichsmechanismen, die auch im Eherecht neben das eheliche Güterrecht treten – und damit im Ergebnis sämtliche Instrumentarien des Zivilrechts –, sind ohne weiteres anwendbar.⁴ Dementsprechend sind drei grundlegende Kategorien zu unterscheiden:⁵

- Ohne Ausgleich bleiben Leistungen des täglichen Lebens, die das Zusammenleben der Lebenspartner ermöglichen.
- Außerhalb der Spezifika von Ausgleichsfragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft sind weiterhin Leistungen, die nicht in deren unmittelbarem Zusammenhang erbracht wurden, so etwa Ansprüche aus regulären Arbeitsverträgen.
- Ausnahmsweise können Ausgleichsansprüche entstehen, wenn Leistungen weit über das zur Ermöglichung des

Zusammenlebens Erforderliche hinaus von einem Partner erbracht wurden.

II. Ausgleichsgrundsätze der Rechtsprechung

1. Gesellschaftsrechtlicher Ausgleich

Gesellschaftsrechtliche Ansprüche gemäß den Auseinandersetzungsregeln der §§ 730 ff. BGB bestehen nach der Rechtsprechung des BGH dann, wenn Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ausdrücklich oder konkludent einen entsprechenden Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben, somit einen über das gewöhnliche Zusammenleben hinausgehenden Zweck verfolgen.⁶ Anders als noch die frühere Rechtsprechung hat der BGH in jüngster Zeit die Kriterien für die Annahme einer solchen Ehegattengesellschaft verschärft. Genügte früher die rein faktische Willensübereinstimmung, so ist der nunmehr zuständige XII. Senat hiervon ausdrücklich abgerückt: Gerade weil die nichteheliche Lebensgemeinschaft vom Ansatz her eine Verbindung ohne Rechtsbindungswillen darstelle, sei ein solcher für die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Regelungen erforderlich.⁷ In Zweifelsfragen bietet sich eine entsprechende Heranziehung der Grundsätze zur Ehegatteninnengesellschaft an.⁸

In den praxisrelevanten Fällen des gemeinsamen Hausbaus auf dem Grundstück eines Partners bzw. im Miteigentum dieser Partner hat die Rechtsprechung hier oftmals auf die faktische Gemeinschaft zurückgegriffen und Ansprüche bejaht.⁹ Insbesondere durch die vorstehend geschilderten verschärften Anforderungen des BGH an die Annahme gesellschaftsrechtlicher Vereinbarungen ist es jedoch nicht anzunehmen, dass die Rechtsprechung auch in Zukunft vom schlüssigen Zustandekommen eines Gesellschaftsvertrags ausgehen wird.¹⁰ Denn im Regelfall des Erwerbs und der Bebauung des selbst genutzten Wohnhauses wird weniger die Vermögensbildung der Partner, als vielmehr die Verwirklichung der Lebensgemeinschaft im Vordergrund stehen. Ein über das gewöhnliche

¹ Durch die Einführung des Instituts der Lebenspartnerschaft (Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft – LPartG, BGBI 2001 I, S. 266) wäre es terminologisch exakter, von faktischen oder nicht-registrierten Lebensgemeinschaften zu sprechen, um auch nichteingetragene gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften zu erfassen, vgl. *Staudinger/Löhnig*, 2007, Anh. zu §§ 1297 ff. Rdnr. 10. Im Folgenden wird hiervon abgesehen, da der Begriff der nichtehelichen Lebensgemeinschaft als solcher Eingang in die gängige juristische Sprachpraxis gefunden hat. Die behandelten Fragen stellen sich uneingeschränkt auch bei nichteingetragenen gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften. Insofern ist – zivilrechtlich, nicht zwangsläufig auch sozialhilferechtlich – eine Gleichbehandlung geboten, *Schulz*, FamRZ 2007, 594; *Freiherr v. Proff*, NJW 2008, 446.

² Für umfangreiche aktuelle Darstellungen und Literaturnachweise vgl. etwa *Grziwotz*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 4. Aufl. 2006; *Hausmann/Hohloch*, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 2. Aufl. 2004; *Staudinger/Löhnig*, Anh. zu §§ 1297 ff. Rdnr. 1 ff.; *Burhoff*, ZAP 2000, 575; von *Proff* zu *Irnich*, RNotZ 2008, 313.

³ NJW 2008, 443, 444 m. w. N.

⁴ *Schulz*, FamRZ 2007, 594. Art 6 Abs. 1 GG steht dem nicht entgegen, da diese Regelungen gerade nicht das Bestehen einer Ehe voraussetzen, *Staudinger/Löhnig*, Anh. zu §§ 1297 ff. Rdnr. 65.

⁵ *Burhoff*, ZAP 2000, 575, 576.

⁶ NJW 1997, 3371; NJW 1999, 2962, 2984 ff.

⁷ BGH, FamRZ 2006, 607, 609; bestätigt durch BGH, NJW 2008, 443, 444.

⁸ So ausdrücklich *Schulz*, FamRZ 2007, 595; auch *Hoppenz*, FamRZ 2006, 610; gegen einen Gleichlauf unter Hinweis auf fehlende Vergleichbarkeit mangels Rechtspflichten einer ehelichen Lebensgemeinschaft hingegen *Staudinger/Löhnig*, Anh. zu §§ 1297 ff. Rdnr. 95. Für *Schulz* spricht, dass der XII. Senat des BGH bereits in NJW 1999, 2962, 2966 bei der Ehegatteninnengesellschaft einen zumindest schlüssig zustande gekommenen Vertrag verlangt hat und nun in FamRZ 2006, 607, 609 exakt dieselbe Formulierung bei der Lebenspartnerinnengesellschaft verwendet.

⁹ BGH, FamRZ 1965, 368; NJW 1986, 51; NJW 1992, 906.

¹⁰ Ablehnend ausdrücklich *Schulz*, FamRZ 2007, 597 unter Hinweis u. a. auf BGH, FamRZ 1999, 1580, 1583. Die dort getroffene Aussage bezieht sich jedoch auf eine Ehegatteninnengesellschaft, so dass entsprechende Rechtsprechung nur bei einem angenommenen Gleichlauf zur Lebenspartnerinnengesellschaft zu erwarten ist.

Zusammenleben hinausgehender Zweck im Sinne des BGH liegt dann gerade nicht vor.

Im Rahmen der Auseinandersetzung selbst liegen Problemfelder hier insbesondere in der Frage der Erstattung von Dienstleistungen, die zwar nach § 706 Abs. 3 BGB Beitragsbestandteil sein können, nach dem – dispositiven – § 733 Abs. 2 Satz 3 BGB jedoch im Rahmen der Auseinandersetzung grundsätzlich keine Berücksichtigung finden. Bisher war der BGH von einer Berücksichtigung ausgegangen, wenn die Dienstleistungen sich in dem gemeinsam geschaffenen Gegenstand als messbare Größe niedergeschlagen haben.¹¹ Nunmehr spricht viel dafür, dass in Folge der Änderung der Rechtsprechungslinie die bisher bei einer „faktischen Gesellschaft“ praktizierte nur entsprechende Anwendung¹² der §§ 730 ff. BGB mit entsprechend größerer Auslegungsfreiheit endgültig ad acta gelegt wurde. Denn wenn vom Vorliegen eines mindestens schlüssig zustande gekommenen Vertrages ausgegangen wird, kann nur noch die unmittelbare Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Regelungen die Konsequenz sein.¹³ Dann muss sich aber im jeweiligen Einzelfall den gesellschaftsvertraglichen Regelungen eine ausdrückliche Abweichung von § 733 Abs. 2 Satz 3 BGB entnehmen lassen und auch durch den beweispflichtigen Partner nachgewiesen werden.¹⁴

Auch im Übrigen ist die Bestimmung der Aufteilungsquote mit Schwierigkeiten verbunden. Konnte durch die bisherige analoge Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsvorschriften im Ergebnis „Billigkeitsrechtsprechung“ betrieben werden, muss nunmehr auf § 722 Abs. 1 BGB und den dort verankerte Halbteilungsgrundsatz rekurriert und ggf. eine abweichende Vereinbarung nachgewiesen werden.¹⁵

2. Bereicherungsrecht

Die Anwendung von § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB und § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB auf die Auseinandersetzung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft wird nicht mehr befürwortet;¹⁶ auch Rechtsprechung zu § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB (*condictio causa data non secuta*) ist vereinzelt geblieben.¹⁷ Der BGH schließt die Anwendung zwar in seiner

neuesten Rechtsprechung nicht grundsätzlich aus;¹⁸ für vermehrte Anwendungen in der künftigen Rechtsprechungspraxis finden sich jedoch keine Anzeichen; auch Literaturstimmen gehen davon aus, dass in Zukunft die Anwendung ein Ausnahmefall bleiben wird.¹⁹

3. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Insbesondere von weiten Teilen der Literatur favorisiert wird eine Lösung über den Wegfall der Geschäftsgrundlage.²⁰ Dabei wird unter Heranziehung der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung zu unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten davon ausgegangen, dass mit der Mitarbeit bzw. dem Einsatz sonstiger Mittel eines Lebenspartners ein Kooperationsvertrag eigener Art zustande gekommen ist, dessen Geschäftsgrundlage der Fortbestand der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist. Bei Scheitern derselben können sich dann Rückgewähransprüche nach den Regeln des § 313 BGB (Wegfall der Geschäftsgrundlage) ergeben.²¹

Die bisherige Rechtsprechung des BGH hatte solche Ansprüche grundsätzlich abgelehnt; das bewusste Fehlen einer Rechtsverbindlichkeit lasse eine Geschäftsgrundlage gar nicht erst entstehen, die dann durch die Trennung weggefallen sein könnte.²² Mit Urteil vom 9.7.2008²³ hat der BGH insofern eine Rechtsprechungsänderung vollzogen, die in der Literatur bereits erwartet wurde.²⁴ Nunmehr ist auch die Möglichkeit der Anwendung der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage auf die Auseinandersetzung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft vom BGH ausdrücklich anerkannt worden.

Ungeachtet der Anspruchsgrundlage hatten die ergangenen Urteile seitens der befassen Gerichte vielfach der Korrektur als ungerecht empfundener Ergebnisse gedient. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet war es nur folgerichtig, dass die vorstehend behandelte Verschärfung der Rechtsprechungsgrundsätze zur Anwendung von gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsansprüchen zu einer auch höchstrichterlich erfolgreichen Anerkennung dieses Rechtsinstituts im Rahmen der Abwicklung nichtehelicher Lebensgemeinschaften führen würde.²⁵

¹¹ BGH, NJW 1980, 1744 für Architektenleistungen; hieraus folgt auch, dass – wie bei der Frage des Vorliegens einer Gesellschaft – Unterhalts- und Betreuungsleistungen unberücksichtigt bleiben. Hieran wird nicht ganz unberechtigt kritisiert, dass der typischerweise wirtschaftliche schwächere Partner, der häusliche Tätigkeiten erbringt, benachteiligt wird; *Oehlmann/Stille*, FamRZ 2004, 151, 152; *Staudinger/Löhnig*, Anh. zu §§ 1297 ff. Rdnr. 96, 108.

¹² Hierzu etwa *Oehlmann/Stille*, FamRZ 2004, 151, 152. Auch *Soergel/Lange*, BGB, 12. Aufl., NEhelG, Rdnr. 85 betont die geringe Bindung an die gesetzlichen Regelungen.

¹³ So auch *Schulz*, FamRZ 2007, 597.

¹⁴ Hierbei gilt es nochmals festzustellen, dass sich diese Frage gar nicht stellt, wenn man – hat ein Partner lediglich Haushaltstätigkeiten erbracht – der bisher ergangenen Rechtsprechung zufolge gar nicht zur Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze gelangt.

¹⁵ Vgl. hierzu *Schulz*, FamRZ 2007, 597.

¹⁶ *Staudinger/Löhnig*, Anh. zu §§ 1297 ff. Rdnr. 112 m. Hinw. auf vereinzelte abweichende Rechtsprechung. Die faktische Lebensgemeinschaft selbst ist kein Rechtsgrund in diesem Sinne, der wegfallen könnte, da sie gerade keine Rechtspflichten begründet, *Hausmann/Hohloch*, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, E.4 Rdnr. 128; *Soergel/Lange*, NEhelG, Rdnr. 90. Die Leistungskondition soll wenigstens an § 814 BGB scheitern: *Grziwotz*, Nichtehele Lebensgemeinschaft, § 5 Rdnr. 35 – gegen diese Begründung wiederum etwa *Hausmann/Hohloch*, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, E.4 Rdnr. 129.

¹⁷ Vgl. die Nachweise und Kritik bei *Staudinger/Löhnig*, Anh. zu §§ 1297 ff. Rdnr. 115 ff.; *Hausmann/Hohloch*, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, E.4 Rdnr. 133 ff.

¹⁸ BGH, MittBayNot 2009, 137 m. Anm. *Bruch* (in diesem Heft); bei BGH, NJW 2008, 443, 444 lagen bereits die Anspruchsvoraussetzungen nicht vor.

¹⁹ *Langenfeld*, ZEV 2008, 494; *Bruch*, MittBayNot 2009, 142 (in diesem Heft).

²⁰ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 5. Aufl., § 44 Rdnr. 24; *Staudinger/Löhnig*, Anh. zu §§ 1297 ff. Rdnr. 128 ff.; *Schulz*, FamRZ 2007, 598.

²¹ *Schulz*, FamRZ 2007, 598.

²² Etwa NJW 1997, 3371, 3372; FamRZ 2004, 94, wobei hier allerdings bereits vertragliche Regelungen vorhanden waren.

²³ BGH, MittBayNot 2009, 137 m. Anm. *Bruch* (in diesem Heft).

²⁴ *Wellenhofer*, BOLMK 2008, 251335; tendenziell auch *Freiherr v. Proff*, NJW 2008, 446. Bereits in dem vom BGH, NJW 2008, 443 entschiedenen Fall wurde die Anwendung auch dieser Grundsätze nicht mehr generell abgelehnt, sondern konnte lediglich tatbestandsmäßig in dem zur Entscheidung gelangenden Fall nicht zur Anwendung kommen, so dass eine abschließende Entscheidung ausblieb. Der todkranke Lebenspartner hatte eine Zuwendung gemacht, die demgemäß nicht mehr in Erwartung des künftigen Bestandes der Lebensgemeinschaft gemacht sein konnte. Die Zuwendung wurde in den Urteilsgründen als „gemeinschaftsbezogene Zuwendung“ bezeichnet, was eine sicherlich nicht rein zufällige begriffliche Verwandtschaft zur ehebedingten Zuwendung darstellt.

²⁵ Das OLG Naumburg hat in NJW 2006, 2418 die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage angewandt. Allerdings lag insoweit ein Sonderfall vor, da die Geschäftsgrundlage ausdrücklich vertraglich festgehalten war.

Die angesprochene Rechtsprechungsänderung verlagert jedoch lediglich die Rechtsgrundlage, bietet aber nach wie vor keine sichere Gewähr für das Vorhandensein und die Durchsetz- und Nachweisbarkeit von Ausgleichsansprüchen, die bei Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ein Partner vom anderen verlangen kann. Auch in Zukunft ist daher der Rechtsgestalter aufgerufen, diese Rechtsunsicherheit durch (wenn möglich) präventive vertragliche Regelungen zu beseitigen. In der notariellen Praxis sicherlich der Hauptanwendungsbereich ist derjenige der Bebauung bzw. dem Erwerb eines Hausgrundstücks durch die bestehende nichteheliche Lebensgemeinschaft. Die grundlegenden Gestaltungsmöglichkeiten hierzu sollen im Folgenden untersucht werden.

III. Erwerbsrechte am Grundstück(santeil) des Partners

1. Ausgangssituation

In einer häufig anzutreffenden Beratungssituation wollen Lebenspartner ein Grundstück erwerben, das zur gemeinsamen Bebauung vorgesehen bzw. bereits bebaut ist. Hier werden die Partner häufig den Wunsch äußern, bei Scheitern der Lebensgemeinschaft ein Erwerbsrecht (ein- oder gegenseitig) am Grundstück(santeil) des anderen Partners gegen Leistung einer Abfindungszahlung zu erhalten. Grundsätzlich bieten sich hier zwei Lösungswege an:

a) Die Partner erwerben Miteigentum am Grundstück und es werden Auseinandersetzungsregelungen der Bruchteilsgemeinschaft vereinbart.²⁶ Auch der Erwerb durch nur einen Partner – etwa aus Haftungsgründen – ist hier denkbar. Soll das Grundstück im Wege vorweggenommener Erbfolge auf einen Partner übertragen werden, werden Erwerbsrechte des anderen Partners selten gewünscht sein; hier kommt z. B. der Abschluss eines Darlehensvertrages in Betracht.

b) Die Partner erwerben als Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der Gesellschaftsvertrag sieht entsprechende gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzungsregelungen vor. Wenn eine Außengesellschaft nicht gewünscht ist, kommt insofern auch die Begründung einer „Lebenspartner-Innengesellschaft“ in Betracht, ohne dass die formale Eigentumszuordnung im Grundbuch hiervon betroffen ist.

Rechtstechnisch lassen sich beide Konstellationen zufriedenstellend lösen.²⁷ Mit jeder Lösung sind jedoch nachstehend angesprochene Vor- und Nachteile verbunden, die eine sorgfältige Abwägung und Beratung in der Einzelfallsituation verlangen.

2. Pfändbarkeit eines rechtsgeschäftlichen Erwerbsrechts

Das Recht eines Lebenspartners, im Falle der Beendigung der Lebensgemeinschaft die Übertragung des dem anderen Partner gehörenden Miteigentumsanteils verlangen zu können, begründet einen vermögenswerten Anspruch, der bei einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Übertragungsberechtigten einer zwangsweisen Verwertung zu unterliegen droht.

a) Entsprechende Anwendbarkeit von § 852 Abs. 2 ZPO

Der BGH hat mit Urteil vom 20.2.2003²⁸ über die Pfändbarkeit von Rückforderungsrechten bei Ehegattenzuwendungen ent-

schieden. Während er bei einem freien Rückforderungsrecht die Anwendbarkeit von § 852 Abs. 2 ZPO ablehnte, wurde dies für ein Rückforderungsrecht ehebezogener Zuwendungen (nur) im Scheidungsfalle zumindest für möglich gehalten.²⁹ Ein Gläubiger solle in diesem Fall nicht in die den Ehegatten vorbehaltene Vermögensauseinandersetzung eingreifen und gegen den Willen des Ehegatten erzwingen können.³⁰

Der Regelungszweck des § 852 Abs. 2 ZPO besteht in einer gewissen Privilegierung des Schenkers bzw. Ehegatten in einer schwierigen, enttäuschenden oder sonst wie belastenden Lage.³¹ Diese Voraussetzung ist bei der Auseinandersetzung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sicherlich in gleicher Weise gegeben. Hier wie dort stehen sich Ehegatte und Lebenspartner in einer Situation gegenüber, die über eine rein vertragliche Beziehung weit hinausgeht. Die gemeinsame Finanzierung bzw. sonst erbrachten Leistungen stellen – unabhängig von der rechtlich exakten Einordnung im Rahmen von Auseinandersetzungsansprüchen – gemeinschaftsbezogene Zuwendungen dar, deren Rückabwicklung infolge des Wegfalls der Lebensgemeinschaft im Raum steht. Insofern spielt es auch keine Rolle, ob ein Rückforderungs- oder ein Erwerbsrecht vorliegt.³² Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als heute gesellschaftlich einer Ehe nahezu gleichgestellte Erscheinungsform ist gerade in den Fällen des gemeinsamen Immobilienerwerbs in gleichem Maße durch Dauerhaftigkeit und Solidarität geprägt, die Grenzen zur Ehe selbst zerfließen.³³ Insofern ist eine Gleichbehandlung im Rahmen des § 852 Abs. 2 ZPO angezeigt.³⁴

b) Rechtsgeschäftliche Alternativlösungen

In Reaktion auf die vorstehende BGH-Rechtsprechung wurden in der Literatur verschiedenste Lösungsmöglichkeiten vorgeschlagen. Untaugliche Wege sind dabei die Vinkulierung des Rückforderungsanspruchs und die Vereinbarung von dessen Höchstpersönlichkeit; auch eine auflösende Bedingung und ein Verzicht auf Vormerkungssicherung dürften nicht zum Ziel führen. Die Pfändbarkeit eines inhaltlich geänderten Rückübertragungsanspruchs, der dem Erwerbsberechtigten die Übertragung nach Wahl z. B. auch auf gemeinsame Kinder ermöglicht, ist äußerst unklar.³⁵

Münch hat vorgeschlagen, den Zuwendungsempfänger ein unwiderrufliches Angebot auf Anteilsübertragung abgeben zu lassen. Durch die persönliche Beziehung sei die Stellung als Angebotsempfänger nicht übertragbar und damit nicht pfändbar i. S. v. § 851 Abs. 1 ZPO; ein Gestaltungsrecht sei in der Annahmeposition gleichfalls nicht zu sehen.³⁶ Die Frage der

²⁹ Viele Stimmen in der Literatur lesen denn auch aus diesem Urteil die beschränkte Pfändbarkeit einer „reinen“ Scheidungsklausel heraus: Münch, Die Unternehmerehe, 2007, Rdnr. 272; Oertel, RNotZ 2003, 393, 395; Berringer, DNotZ 2004, 245, 258.

³⁰ BGH, DNotZ 2003, 298, 301; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 5. Aufl., Rdnr. 1185.

³¹ Baumbach/Lauterbach, ZPO, 66. Aufl., § 852 Rdnr. 2.

³² So auch Münch, Die Unternehmerehe, Rdnr. 305 für Ehegattenzuwendungen.

³³ Schulz, FamRZ 2007, 595; Grziwotz, Nichteeliche Lebensgemeinschaft, § 1 Rdnr. 10.

³⁴ Verfassungsrecht steht nicht entgegen. § 852 Abs. 2 ZPO ist nicht Ausfluss verfassungsrechtlicher Grundsätze, insbesondere Art. 6 Abs. 1 GG, da der dort weiter genannte Anspruch aus § 528 BGB kein Verwandtschafts- oder Eheverhältnis voraussetzt.

³⁵ Vgl. hierzu Berringer, DNotZ 2004, 245, 248 ff.; Koch/J. Mayer, ZEV 2007, 55, 58 ff.; bereits vor dem BGH-Urteil vom 20.2.2003 kritisch Mayer, Der Übergabevertrag, 2. Aufl., Rdnr. 266 ff.

³⁶ Münch, Die Unternehmerehe, Rdnr. 294 ff.; ders., Familienrechtliche Fortbildungsveranstaltung des Bayerischen Notarvereins e. V. vom 17.7.2004, S. 26 f.; vorsichtig zustimmend Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rdnr. 1191.

²⁶ Eingehend zu dieser Thematik Mayer, ZEV 2003, 453.

²⁷ Siehe die nachstehenden Formulierungsvorschläge zur Darlehens- und GbR-Lösung am Ende des Beitrags, ersterer basierend auf Mayer, ZEV 1999, 384. Milzer, NJW 2008, 1621 schlägt alternativ die Einrichtung eines Finanzierungspools in Form einer GbR vor.

²⁸ DNotZ 2003, 298.

Anwendbarkeit von § 852 Abs. 2 ZPO würde sich dann erübrigen. Die Ansicht ist jedoch kritisch zu sehen. Nach BGH „...[ähnelt das] Recht des Schuldners, die Rückauffassung zu verlangen, ... dem Wiederkaufsrecht (§ 456 BGB n. F.) oder einem Aneignungsrecht. Diese Rechte, bei denen es sich ebenfalls um selbständige Gestaltungsrechte handelt, sind ohne weiteres übertragbar.“³⁷

In Rechtsprechung und Literatur wird die Abtretbarkeit eines Angebots bejaht, wenn dies im Vertrag ausdrücklich zugelassen wird.³⁸ Ob daraus der entsprechende Gegenschluss der Unübertragbarkeit bei fehlender Vereinbarung gezogen werden kann, sei dahingestellt. In der Auseinandersetzungskonstellation, wie sie bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gegeben ist, spricht allerdings viel dafür, auch hier ein Gestaltungsrecht anzunehmen. Dieses verleiht dem Inhaber die Rechtsmacht, durch einseitigen Akt, meist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, eine Veränderung der bestehenden Rechtslage herbeizuführen.³⁹ Anders als in dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall würde die Angebotsannahme kein neues Rechtsverhältnis⁴⁰ zwischen Anbietendem und Annehmendem begründen; vielmehr entsteht mit der Annahme eine Umgestaltung der bisherigen, durch den Partnerschaftsvertrag geregelten Rechtsbeziehungen der Lebenspartner. Insofern spricht viel dafür, auch hier ein Gestaltungsrecht zu sehen, das gemäß §§ 413 i. V. m. 399 BGB übertragbar, und damit auch pfändbar i. S. v. § 851 Abs. 1 ZPO ist.⁴¹ Darüber hinaus wird auch der aus der Annahmesituation heraus entstehende künftige Rückübertragungsanspruch für pfändbar gehalten.⁴² Entscheidender Grund für die Zweifel an der Unpfändbarkeit der Annahmeposition ist jedoch der damit verbundene Entzug des Vermögensgegenstands aus der Zwangsvollstreckung. Maßgeblicher Aspekt für eine Bejahung der Pfändbarkeit des Rückforderungsanspruchs war für den BGH der Grundsatz, dass andernfalls das Grundstück weder durch Gläubiger des Ehemannes noch der Ehefrau aussichtsreich verwertet werden könnte; ein solches Ergebnis sei „untragbar“.⁴³ Der hieraus richtigerweise abgeleitete Grundsatz, dass es keine res extra commercium geben dürfe,⁴⁴ würde dadurch verletzt. Das LG Koblenz hat im Übrigen mit Entscheidung vom 27.6.2001⁴⁵ die Pfändbarkeit der Annahmefähigkeit eines Angebots des Vaters an seinen Sohn auf Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils und Miteigentumsanteils an einem Grundstück bejaht, offensichtlich ohne darin eine rechtliche Problematik zu erkennen.⁴⁶

Ein gängiger Weg könnte die Möglichkeit des Erwerbsberechtigten sein, auf sein Erwerbsrecht – ggf. nach Aufforde-

rung durch den Partner – verzichten zu können.⁴⁷ Allerdings steht auch hier noch die Klärung aus, ob ein solcher Verzicht einen Verstoß gegen §§ 133 InsO, 3 AnfG darstellt.⁴⁸

Die weitere Rechtsentwicklung bleibt insofern abzuwarten.

c) Pfändbarkeit bei gesellschaftsrechtlichen Regelungen

Bei einer Lebenspartner-GbR ergibt sich die Pfändbarkeit – unabhängig ob eine Innen- oder eine Außengesellschaft vorliegt – aus § 725 BGB.⁴⁹ Dessen zwingende Regelung gibt dem Gläubiger die Möglichkeit, über die Anteilspfändung die Gesellschaft fristlos zu kündigen; das Pfandrecht am Anteil setzt sich dann am Auseinandersetzungsguthaben fort.⁵⁰ Ein gesellschaftsvertragliches Kündigungsrecht lediglich für den Fall der Trennung der Lebenspartner könnte demnach vollständig übergangen werden; die Frage der Anwendung von §§ 851, 852 ZPO stellt sich hier nicht.⁵¹

Diesem offensichtlichen Nachteil steht aus haftungsrechtlicher Sicht der Vorteil⁵² für den wirtschaftlich solventen Gesellschafter-Partner gegenüber, durch gesellschaftsvertragliche Übernahme- und Abfindungsregelungen den Verlust der wirtschaftlichen Verfügungsbefugnis der betroffenen Immobilie durch Ausscheiden des Gesellschafters und Anwachsung des Gesamtvermögens der Gesellschaft auf ihn selbst zu vermeiden.⁵³ Darüber hinaus bietet es sich an, durch gesellschaftsvertragliche Regelungen im Rahmen der durch die Rechtsprechung gesetzten Grenzen bei bestimmten Kündigungs-/Auflösungsgründen die zu zahlende Abfindung herabzusetzen und so insbesondere bei Inanspruchnahme durch Gläubiger die Belastung des wirtschaftlich solventen Gesellschafter-Partners herabzusetzen.⁵⁴

Eine weitere interessante Option bietet sich in erbrechtlicher Hinsicht bei Vorhandensein von Kindern aus früheren Beziehungen, die im Todesfall auf das Hausgrundstück so geringe Ansprüche wie möglich erhalten sollen. Sofern eine gegenseitige Erbeinsetzung wenigstens bzgl. des Objektes gewünscht ist, kann ein Abfindungsausschluss beim Tod eines Gesell-

⁴⁷ Von Koch/J. Mayer, ZEV 2007, 55, 60 f. als „Verschweigungslösung“ bezeichnet; vgl. auch Berringer, DNotZ 2004, 245, 256.

⁴⁸ Im Bereich der nichtehelichen Lebensgemeinschaft liegt hier regelmäßig auch ein schenkungssteuerpflichtiger Vorgang, der aufgrund der niedrigen Freibeträge im Regelfall zu einer Zahlungspflicht führen wird, dies ist aber das geringere Übel für denjenigen Partner, der sich Pfändungsmaßnahmen gegen seinen Lebenspartner gegenübersieht.

⁴⁹ Von einer nur entsprechenden Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze – so dass die entsprechende Anwendung von § 725 BGB diskutiert werden könnte – kann nicht mehr ausgegangen werden, s. o. Abschnitt II. 2. b.

⁵⁰ Palandt/Sprau, § 725 Rdnr. 3.

⁵¹ Münch, Die Unternehmerehe, Rdnr. 190. Auch die „Verschweigungslösung“ von Koch/J. Mayer, ZEV 2007, 55, 60 f. steht hinter dem zwingenden Charakter des § 725 BGB zurück.

⁵² Etwas überzogen daher die Einschätzung von Münch, Die Unternehmerehe, Rdnr. 190, wonach die Ehepartner-GbR wegen § 725 BGB „untauglich“ sei.

⁵³ Folge der Pfändung auch bei der entsprechenden Anwendung von § 852 Abs. 2 ZPO ist über § 401 BGB der Vermerk der Pfändung an der im Grundbuch eingetragenen Vormerkung des berechtigten Schuldners mit der Wirkung, dass eine Verfügung über das Grundstück faktisch ausgeschlossen ist; Berringer, DNotZ 2004, 245, 255. Vgl. insofern BGH, DNotZ 1994, 780, 782 für die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs im Rahmen von § 852 ZPO sowie jüngst OLG Hamm, DNotZ 2008, 293, 295.

⁵⁴ Siehe hierzu § 6 des Formulierungsvorschlags zum Gesellschaftsvertrag; Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 2. A., Rdnr. 1536 in § 11.

³⁷ BGH, DNotZ 2003, 298, 300.

³⁸ RGZ 111, 46, 47 („... jedenfalls dann, wenn ...“); Staudinger/Busche, 2005, § 413 Rdnr. 11; Palandt/Grüneberg, 67. Aufl., § 413 Rdnr. 3.

³⁹ Schürnbrand, AcP 204 (2004), 177, 179.

⁴⁰ Staudinger/Bork, 2003, § 145 Rdnr. 34.

⁴¹ Zur Differenzierung zwischen Zweckbindung und Zweckbestimmung von Forderungen bei Pfändungen MünchKommZPO/Smid, 3. Aufl., § 851 Rdnr. 8 f.

⁴² Koch/J. Mayer, ZEV 2007, 55, 61.

⁴³ DNotZ 2003, 298, 302.

⁴⁴ Berringer, DNotZ 2004, 245, 247; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rdnr. 1185 einerseits zustimmend, in Rdnr. 1191 andererseits die Unpfändbarkeit in Betracht ziehend.

⁴⁵ RNotZ 2001, 391 f.

⁴⁶ LG Koblenz, RNotZ 2001, 391, 392; das Gericht problematisierte und bejahte lediglich die – nachgelagerte – Frage, ob eine Auflassungs- und Durchführungsvollmacht zum Vollzug des Vertrages pfändbar ist.

schafters vereinbart werden. Nach bisheriger Auffassung des BGH löst dies dann keine Pflichtteilsergänzungsansprüche aus, da der gegenseitige Ausschluss keine Schenkung i. S. d. § 2325 BGB darstellt; es liegt ein entgeltliches aleatorisches Geschäft vor, da jedem Gesellschafter das Risiko des Anteilsverlustes im Todesfall und die Chance auf Anteilsvergrößerung zusteht.⁵⁵ Die von der wohl herrschenden Meinung gemachte Einschränkung, dass bei großen Altersunterschieden doch von einer Schenkung i. S. d. § 2325 BGB ausgegangen wird,⁵⁶ dürfte auf den Regelfall der Gesellschafter einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht zutreffen.

Die Rechtslage diesbezüglich muss allerdings als unsicher bezeichnet werden, da der BGH selbst in Einzelfällen von der Möglichkeit einer Schenkung ausgeht.⁵⁷ Insbesondere in der Konstellation einer zweigliedrigen Gesellschaft und der dort mit einem Ausscheiden verbundenen Anwachsung werden schutzwürdige Interessen des verbleibenden Gesellschafters verneint.⁵⁸ Da die Entscheidung des BGH zu einer am Wirtschaftsverkehr teilnehmenden oHG ergangen ist, stellt sich darüber hinaus die Frage, ob bei einer rein vermögensverwaltenden GbR das Bestands- und Fortführungsinteresse in gleicher Weise gewertet würde. Zumindest in den Fällen, in denen nur ein Partner pflichtteilsberechtigter Abkömmlinge/Eltern hat, steht zu befürchten, dass die Rechtsprechung in einem Abfindungsausschluss starke Indizien einer Schenkung i. S. v. § 516 BGB sehen wird. Gestaltungsvorschläge in diese Richtung sollten daher mit der gebotenen Vorsicht gemacht werden.⁵⁹

3. Schenkungsteuerpflicht

a) Steuerbarkeit von Zuwendungen unter Lebenspartnern

Bei Leistungen der Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft – insbesondere der Finanzierung (Zins und Tilgung) einer Immobilie außerhalb gesellschaftsvertraglicher Regelungen – wurde jüngst die Frage diskutiert, ob und inwieweit eine Schenkungsteuerpflicht anzunehmen sei.⁶⁰ Hierbei ist zu differenzieren: In dem Bereich, in dem gemäß dem Postulat des Abrechnungsverbots der Rechtsprechung⁶¹ kein Ausgleich stattfindet, wird bereits das Vorliegen einer unentgeltlichen Leistung bzw. der Wille hierzu negiert. Im Rahmen der Leistungen zur gemeinsamen Lebensführung erfolgt keine gegenseitige Abrechnung, sondern werden diese im Rahmen des allgemein Üblichen als gleichwertig angesehen und erfüllen damit den Tatbestand der freigiebigen Zuwendung nicht.⁶² Insofern kommt es dann auf die Frage, ob insofern der Be-

freigungstatbestand des § 13 Nr. 12 ErbStG einschlägig sein könnte, nicht mehr an.

Erst im Bereich höherer Zuwendungen, die gemäß den Ausführungen vorstehend in Abschnitt II. 3 als – in der BGH-Diktion – gemeinschaftsbezogene Zuwendungen eingestuft werden können, ist prinzipiell von einer Unentgeltlichkeit im schenkungsteuerrechtlichen Sinne auszugehen.⁶³ Die jeweiligen Beiträge der Partner sind dann – wenn nicht ausnahmsweise eine echte Schenkung vorliegt – als gemeinschaftsbezogene Zuwendung objektiv unentgeltlich und im Bewusstsein einer fehlenden Rechtspflicht erbracht. Der Übergang hierbei dürfte fließend und von den Umständen des Einzelfalls,⁶⁴ insbesondere den finanziellen Verhältnissen der Partner, abhängig sein. Das FG München verneinte bei einer Übernahme anteiliger Zins- und Tilgungsleistungen für das im Miteigentum beider Partner stehende Anwesen in Höhe von jährlich ca. 4.600 € die Unentgeltlichkeit.⁶⁵ In der Literatur wird insofern die entsprechende Anwendung von § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG befürwortet.⁶⁶ Nachdem aber bereits die Einstufung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in die Steuerklasse I und damit eine Gleichstellung mit Ehegatten abgelehnt wurde⁶⁷ und auch in der Neufassung des ErbStG zwar (eingetragene) Lebenspartner, nicht aber nichteheliche Lebensgemeinschaften berücksichtigt werden,⁶⁸ ist eine diesbezügliche Rechtsprechung in Zukunft nicht zu erwarten.⁶⁹

§ 13 Nr. 12 ErbStG greift dann in aller Regel schon tatbestandsmäßig nicht ein, da bei Zuwendungen in dieser Größenordnung nicht mehr von Unterhaltszahlungen ausgegangen werden kann: Dieser erfasst nur laufende Zahlungen und keine Leistungen für den Erwerb bestimmter Gegenstände.⁷⁰ Soweit eine Ehe von den Partnern nicht ausgeschlossen wird, kann vertraglicherseits eine aufschiebend bedingte Zuwendung für den Fall der Eheschließung erfolgen, die dann höhere Freibeträge und ggf. die Anwendung von § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG ermöglicht.⁷¹

Sehen entsprechende vertragliche Vereinbarungen einen Ausgleich vor, ist dessen Durchführung schenkungsteuerrechtlich irrelevant, da ein entsprechender Rechtsanspruch besteht.⁷²

⁶³ Für die Besteuerung ehebedingter Zuwendungen etwa BFH, BStBl II 1994, S. 336; *Gebel*, BB 2000, 2017.

⁶⁴ *Gebel*, BB 2000, 2017, 2020.

⁶⁵ FG München, EFG 2006, 686, 687.

⁶⁶ *Grziwotz*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, § 22 Rdnr. 47.

⁶⁷ BFH, NJW 1983, 1080; wohl auch FG München, EFG 2006, 686, 687; *Bilsdorfer*, Finanz-Rundschau 1998, 673, 682.

⁶⁸ Vgl. §§ 13 Abs. 1 Nr. 4 a Satz 3, Nr. 4 b Satz 1, 15 Abs. 3, 16 Abs. 1 Nr. 6, 17 Abs. 1, 20 Abs. 2, 31 Abs. 3 ErbStG n. F.

⁶⁹ *Schlünder/Geißler*, ZEV 2007, 64, 67. Nach FG Schleswig-Holstein, BeckRS 2007, 26022522 ist die Einordnung in Steuerklasse III nicht zu beanstanden, verstößt insbesondere nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

⁷⁰ *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, 34. Aufl. 2007, § 13 Rdnr. 139. Nach *Weimer*, ZEV 2007, 317 ist dann zu differenzieren: Tilgungsleistungen als Bestandteil der Vermögensbildung unterfallen § 13 Nr. 12 ErbStG nicht, wohl aber Zinszahlungen als laufender Aufwand. Bei Annuitätendarlehen als nach wie vor typischer Finanzierungsform dürfte eine solche Differenzierung in der Praxis auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen.

⁷¹ *Grziwotz*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, § 22 Rdnr. 48. Ob dessen Empfehlung, die Unentgeltlichkeit unter Hinweis auf das Vorliegen einer gemeinschaftsbezogenen Zuwendung und Vereinbarung der Ausgleichsgrundsätze der § 730 ff. BGB auszuschließen, die Steuerbarkeit verhindert, ist im Hinblick auf § 29 ErbStG allerdings zu bezweifeln. Bei kleineren Beträgen steht sogar zu befürchten, dass damit die sich aus dem Abrechnungsverbot ergebende fehlende Unentgeltlichkeit ungewollt beseitigt und eine Besteuerung herbeigeführt wird.

⁷² Im Ergebnis auch FG München, EFG 2006, 686, 687, das bei fehlender vertraglicher Regelung von einem latenten Regressanspruch aus § 426 Abs. 2 BGB ausgeht.

⁵⁵ NJW 1981, 1956; *Palandt/Edenhofer*, § 2325 Rdnr. 15 m. w. N.; *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl., Rdnr. 1234. Kritisch mit beachtlichen Gründen MünchKommBGB/*Frank*, § 2325 BGB Rdnr. 25. Auch *Heckschen/Spiegelberger/Viskorf*, DAI-Tagung Grundstückserwerb und Immobiliengesellschaft am 28.2.2004, Frankfurt am Main, S. 129 f. äußern „Bedenken“, die allerdings nicht näher begründet werden.

⁵⁶ KG, DNotZ 1978, 109, 111 f.

⁵⁷ NJW 1981, 1956. Eine einseitige Begünstigung eines Lebenspartners – wie sie der BGH im entschiedenen Fall tendenziell anklingen lässt – liegt in den „Hausbau“-Fällen im Regelfall nicht vor, wenn von den Partnern gemeinsam gebaut und finanziert werden soll.

⁵⁸ DNotI-Report 1996, 87, 88, auch zu der Frage, wann – unterstellt man das Vorliegen einer Schenkung – der Fristlauf i. S. v. § 2325 Abs. 3 BGB beginnt. Die wohl h. M. sieht erst mit dem Tod die wirtschaftliche Entäußerung i. S. v. § 2325 Abs. 3 BGB als gegeben an, *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, Rdnr. 1234.

⁵⁹ So auch *Milzer*, NJW 2008, 1621.

⁶⁰ *Schlünder/Geißler*, ZEV 2007, 64; *Weimer*, ZEV 2007, 316 f.

⁶¹ S. o. II. 1.

⁶² *Grziwotz*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, § 22 Rdnr. 46.

Eine Bereicherungsabsicht zugunsten des anderen Partners durch überhöhte Zuwendungen ist in diesen Konstellationen aller Erfahrung nach kaum anzunehmen.⁷³

b) Steuerbarkeit von gesellschaftsvertraglich vereinbarten Leistungen

Die Erbringung von Leistungen (Tilgung und Verzinsung, ggf. Arbeitsleistungen usw.) an die Gesellschaft aufgrund bestehender gesellschaftsvertraglicher Verpflichtungen sind nach Auffassung der Finanzverwaltung keine freigiebigen Zuwendungen, unterliegen mithin nicht der Schenkungsteuerpflicht.⁷⁴ Ebenso stellt die Auseinandersetzung nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen dann keinen schenkungsteuerbaren Vorgang dar, wenn – was regelmäßig der Fall sein wird – die Abfindung am Verkehrswert oder den geleisteten Einlagen orientiert sein wird. Ein darüber hinausgehender Betrag ist schenkungsteuerpflichtig, § 7 Abs. 7 ErbStG.

Diese Grundaussagen dürfen jedoch nicht zu der Annahme verleiten, beliebige Leistungen könnten nicht steuerbar vereinbart werden. Denn die Nichtsteuerbarkeit gesellschaftsvertraglich vereinbarter Leistungen hat ihren Grund in der unterstellten Gegenläufigkeit unter den Gesellschaftern; der Vermögenserwerb beruht auf den beiderseits erbrachten Leistungen der Ehegatten.⁷⁵ Bei größeren Divergenzen kann und muss dies jedoch keinesfalls feststehen; vielmehr muss dann davon ausgegangen werden, dass der Gesellschafter mit seiner Leistung nicht nur die Förderung des Gesellschaftszweckes beabsichtigt – und dabei von einer Gleichwertigkeit der erbrachten Leistungen der Gesellschafter ausgeht –, sondern zumindest auch eine freigebige Zuwendung an den Mitgesellschafter bezweckt.⁷⁶ Allerdings dürfte die Spannweite bei entsprechenden gesellschaftsvertraglichen Regelungen deutlich höher sein als bei Bruchteilseigentum.⁷⁷

Auch die Gründung einer Gesellschaft kann schenkungsteuerliche Implikationen haben, wenn einem Gesellschafter dadurch unentgeltliche Zuwendungen gemacht werden.⁷⁸ Daher ist davon auszugehen, dass bei einer den Anteilsverhältnissen nicht entsprechenden Einlage eine steuerpflichtige Zuwendung vorliegen kann.⁷⁹ Die mit dem Gesellschaftseintritt verbundene Eingehung einer persönlichen Haftung wird als gesellschaftsimplizit verstanden und ist dementsprechend nicht bereicherungsmindernd zu berücksichtigen,⁸⁰ im Bereich der Vermögensverwaltung ist dieser Aspekt zudem auch zu vernachlässigen. Daher sollte darauf geachtet werden,

die Anteilsverhältnisse dem eingesetzten Eigenkapital anzupassen.

Abfindungsbeschränkende Klauseln sind gemäß § 7 Abs. 5 ErbStG zunächst unbeachtlich.⁸¹

4. Fazit

Wie stets ist es dem Einzelfall geschuldet, welche Vorgehensweise in der Beratungspraxis empfohlen wird. Haben die nichtehelichen Lebenspartner den Grundstückserwerbsvertrag noch nicht abgeschlossen, erscheint die Gestaltung über eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vorzugswürdig. Die bekannten Vorteile der GbR – Bindung des Vermögens in der Gesellschaft und Verfügungsverbot über einzelne Gesellschaftsgegenstände, Anwachsung des Gesellschaftsvermögens beim Ausscheiden eines Gesellschafters und damit Entzug vor Gläubigern, Reduzierungsmöglichkeit bzgl. des Abfindungsguthabens, Bestandssicherungsmöglichkeit im Todesfall⁸² – wiegen den Nachteil der persönlichen Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten mehr als auf; diese Problematik dürfte im Bereich der Lebensgemeinschaft auch eine eher untergeordnete Rolle spielen, da Finanzierung und Erwerb im Regelfall ohnehin gemeinschaftlich erfolgen. Die Kritik an der erhöhten Komplexität einer GbR im Vergleich zum Bruchteilseigentum⁸³ ist nur z. T. begründet, da die entscheidenden Problemfelder – Auseinandersetzungsregelung bei der Trennung sowie Gewinn-/Verlustverteilung – auch bei der Miteigentumslösung einer umfangreichen Klärung bedürfen.⁸⁴ Partner einer bewusst eingegangenen nichtehelichen Lebensgemeinschaft sind erfahrungsgemäß solchen Lösungen gegenüber aufgeschlossener als Ehepartner, da diese das Scheitern der Beziehung häufig in deutlich höherem Maße in Betracht ziehen. Hinzu kommen mögliche schenkungsteuerliche und pflichtteilsrechtliche Vorteile.

Am Ende dieses Beitrages findet sich ein Formulierungsvorschlag für einen Darlehensvertrag und einen Gesellschaftsvertrag.⁸⁵ Letzterer geht von einem Erwerb eines zur gemeinsamen Bebauung bestimmten Grundstücks durch eine nichteheliche Lebensgemeinschaft in Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus. Der Vertrag ist auf den dauerhaften Bestand als zweigliedrige Gesellschaft ausgerichtet. Hierbei sind folgende Gesichtspunkte zu beachten:

a) Ist der Grundstückserwerb bereits auf die Partner in Bruchteilsgemeinschaft vollzogen und wird aus Kostengründen eine Einbringung in eine GbR gescheut,⁸⁶ kann auch eine Ausgestaltung als reine Lebenspartner-Innengesellschaft gewählt werden. Die Einräumung und auch Auseinandersetzung löst zwar keine Grunderwerbsteuer aus,⁸⁷ doch fallen einige Vorteile insbesondere beim Vorversterben und Vermögensverfall eines Gesellschafters weg: Gläubigern steht der Zugriff auf

⁷³ Grziwotz, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, § 23 Rdnr. 68 f.; Burhoff, ZAP 2000, 575, 585.

⁷⁴ R 18 Abs. 2 und 7 ErbStR 2003; Schlünder/Geißler, ZEV 2007, 64, 66; dies., ZEV 2005, 505, 507 für die Ehegatteninnengesellschaft.

⁷⁵ Schlünder/Geißler, ZEV 2005, 505, 508. Die dort angesprochene Innengesellschaft ändert am Ergebnis nichts, da insofern von einer ex-post-Betrachtung ausgegangen wird, in der von vornherein eine Quotenverschiebung in Leistungshöhe berücksichtigt ist.

⁷⁶ Gebel, BB 2000, 2017, 2022; R 18 Abs. 3 ErbStR 2003 für Leistungen des Gesellschafters an Kapitalgesellschaften. Nach R 18 Abs. 3 Ziff. 2 ErbStR 2003 besteht bei nahe stehenden Personen nach der Finanzverwaltung eine Vermutung für ein entsprechendes Motiv.

⁷⁷ Dies ergibt sich auch durch die notwendige langfristige Betrachtung dahingehend, ob ein entsprechender Wille unterstellt werden kann, vgl. hierzu Gebel, BB 2000, 2017, 2023.

⁷⁸ Vgl. bei der Einbringung eines Einzelunternehmens in eine GmbH BFH, MittBayNot 2006, 272 m. Anm. Wälzholz.

⁷⁹ Langenfeld/Gail, Handbuch der Familienunternehmen, Teil VII Rdnr. 279. Entsprechendes gilt bei einem Erwerb zu Bruchteilen, wenn die Eigenkapitalmittel der beiden Partner für den Kauf- bzw. Bebauungsvorgang nicht den tatsächlichen Quoten entsprechen.

⁸⁰ Langenfeld/Gail, Handbuch der Familienunternehmen, Teil VII Rdnr. 277.

⁸¹ Meincke, § 7 ErbStG Rdnr. 127; a. A. unter Verweis auf den Gesetzeswortlaut Troll/Gebel/Jülicher, § 7 ErbStG, Rdnr. 381.

⁸² Siehe etwa Heckschen/Spiegelberger/Viskorf, DAI-Tagung Grundstückserwerb und Immobiliengesellschaft am 28.2.2004, Frankfurt am Main, S. 123.

⁸³ So Mayer, ZEV 2003, 453.

⁸⁴ Vgl. die unterschiedlichen, sehr komplexen Lösungswege bei Mayer, ZEV 2003, 453, 455 ff.

⁸⁵ Ein umfassender Formulierungsvorschlag für eine Trennungsvereinbarung mit Anteilsübertragung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ohne vorsorgende Vereinbarung findet sich bei Grziwotz, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, § 23 Rdnr. 76.

⁸⁶ Grunderwerbsteuerrechtlich ist die Einbringung bei quotaler Entsprechung steuerfrei, § 5 Abs. 1 GrEStG; anders, wenn ein Lebenspartner bisher Alleineigentümer war, § 5 Abs. 2 GrEStG.

⁸⁷ Boruttau, GrEStG, 16. Aufl., § 1 Rdnr. 175.

das Allein- bzw. Bruchteilseigentum zu; beim Versterben eines Gesellschafters sind flankierende erbrechtliche Regelungen erforderlich, die zudem Pflichtteilsansprüche auslösen.⁸⁸

b) Entscheidender Gesichtspunkt für die Auseinandersetzung ist die Frage der Abfindungszahlung an den ausscheidenden Lebenspartner. Der Vorschlag sieht eine Nichtberücksichtigung von laufenden Zins- und Tilgungsleistungen vor, so dass im Ergebnis nur eingebrachte Einlagen (= Eigenkapital) und der um objektbezogene Verbindlichkeiten bereinigte Verkehrswert des Objektes angesetzt wird. Hier sind selbstredend andere Vereinbarungen möglich, doch dürfte der Vorschlag bei in etwa gleich hohen laufenden Leistungen im Regelfall dem Ansinnen der Lebenspartner entsprechen. Dies entspricht auch der von der Rechtsprechung unterstellten Grundeinstellung in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, wonach laufende Beiträge zur Lebens- und Haushaltsführung im Sinne eines „Wirtschaftens aus einem gemeinsamen Topf“ gleich behandelt und damit finanzielle Beiträge nicht gegenüber erbrachten Arbeits- und Betreuungsleistungen privilegiert werden sollen.⁸⁹

c) Wird vom gegenseitigen Übernahmerecht kein Gebrauch gemacht, soll häufig das Objekt verkauft werden; „Knackpunkt“ in diesem Zusammenhang ist die Verteilung eines etwaigen Veräußerungsgewinns bzw. Verlusts. Mit dieser Problematik hat sich ausführlich bereits Mayer⁹⁰ beschäftigt. Der Vorschlag sieht insofern eine differenzierte Behandlung vor: Der Einsatz von Eigenkapital wird im Regelfall von den Partnern nicht als Investition im Sinne einer Gewinnbeteiligung gesehen werden; daher sieht der Vorschlag keine verhältnismäßige, sondern eine hälftige Beteiligung bei einer gewinnbringenden Veräußerung nach Vorabzug von Verbindlichkeiten und eingesetztem Eigenkapital vor. Auch ein etwaiger Veräußerungsverlust soll demnach – unabhängig von den Eigenkapitalquoten – je hälftig getragen werden.

Die Alternative geht vom Wunsch der Parteien aus, Zins- und Tilgungsleistungen ausdrücklich zu berücksichtigen. Sofern ein Partner weniger als vereinbart leistet und dies vom anderen Partner auf die Dauer der Lebensgemeinschaft übernommen wird, ist dies vorab zu berücksichtigen. Bei einem Verlust soll dies umgekehrt nicht zu Lasten dieses Partners gehen, so dass auf die vereinbarungsgemäß zu leistenden, und nicht die tatsächlich geleisteten Beiträge abgestellt wird.

d) Bedacht werden sollte die Wirkung der Finanzierung mit Hilfe von Lebensversicherungsverträgen, bei der also keine Tilgung des Darlehens selbst erfolgt, sondern in eine Lebensversicherung einbezahlt wird, mit der dann bei Auszahlung die Verbindlichkeiten weggefertigt werden. Hier wird sich dafür ausgesprochen, diese Beiträge als Zins- und Tilgungsleistungen außer Betracht zu lassen, da sie in der Vermögenssphäre des jeweiligen Partners verbleiben würden.⁹¹ Bei der konkreten Falllösung würde diese Auffassung jedoch dann zu ungerechtfertigten Ergebnissen führen, wenn die Partner in der Gesamtabrechnung Zins- und Tilgungsleistungen gerade nicht bedacht haben wollen. Denn die Befugnis eines Partners, den Anteil des anderen Partners gegen Abfindungszahlung übertragen erhalten und damit Alleineigentümer zu werden, ist an eine Verkehrswertberechnung nach Abzug der ob-

jektbezogenen Verbindlichkeiten gekoppelt. Diese sind bei isolierter Betrachtung der Darlehensverbindlichkeit in unveränderter Höhe vorhanden und kürzen dementsprechend den zu zahlenden Betrag.⁹² Das gewünschte Ergebnis wird in diesem Fall durch eine Abtretung der Lebensversicherung und den fiktiven Abzug beider Versicherungen von den Darlehensvaluta erreicht.

e) Im Hinblick auf eine künftige Eheschließung könnte vorgesehen werden, den jeweiligen Anteil der Gesellschafter im Zugewinnausgleich nicht zu berücksichtigen. Die vertragliche Regelung soll nach dem regelmäßigen Willen der Vertragsparteien abschließenden Charakter haben, und nicht durch – der Höhe nach ungewisse – Zugewinnausgleichsansprüche im Falle einer Scheidung unterlaufen werden.

IV. Schlussbemerkung

Vorstehende Ausführungen können die Komplexität der rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen der nichtehelichen Lebenspartner untereinander nur andeuten. Gerade der vermeintlich einfach gelagerte Fall des gemeinsamen Erwerbs und der Bebauung mit dem selbst genutzten Wohnhaus weist zahlreiche Lösungsansätze auf, deren Auswahl wie stets der jeweiligen Einzelfallsituation geschuldet sind. Da sich aller Voraussicht nach auch in Zukunft an der rechtlichen Konstruktion der Vermögensverhältnisse der nichtehelichen Lebensgemeinschaft und damit der Ausgangssituation, nichts ändern wird, ist es Aufgabe des Rechtsberaters, den rechtlich interessierten Partnern entsprechende Hilfestellung zu geben.

V. Formulierungsvorschläge

1. Gesellschaftsvertrag

§ 1 Einlageverpflichtung

1. Die Gesellschafter stellen der Gesellschaft zur Erfüllung des Gesellschaftszwecks bis zum ... einen Geldbetrag durch
 - a) Herrn X in Höhe von ... €, sowie durch
 - b) Frau Y in Höhe von ... € zur Verfügung.
2. Des Weiteren hat/wird die Gesellschaft ein Finanzierungs-darlehen in Höhe von ... € aufgenommen/aufnehmen. Die Zins- und Tilgungsbestimmungen sind den Gesellschaftern bekannt. Die Gesellschafter verpflichten sich insoweit, die Zins- und Tilgungsleistungen für dieses Darlehen zu gleichen Teilen zu tragen; dies gilt auch für etwaige Zwischenfinanzierungs- und Umschuldungsmaßnahmen und künftige Darlehen, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes zwischen den Gesellschaftern vereinbart wurde. Erbringt ein Gesellschafter Sonder-tilgungen, sind diese als Einlage i. S. v. Ziff. 1 zu behandeln.

⁹² Beispiel für reine Tilgung ohne Lebensversicherung bei hälftiger Beteiligung von Mann und Frau: Bei einem Verkehrswert von 250 T€ Eigenkapital des Mannes von 75 T€ und der Frau von 25 T€ und Restverbindlichkeiten von 80 T€ (Ausgangsdarlehen 150 T€, Tilgung in Höhe von 70 T€, davon Mann 50 T€, Frau 20 T€) würde sich ein Zahlungsbetrag des Mannes an die Frau im Falle der Übernahme von 60 T€ ergeben (Verkehrswert bereinigt um Verbindlichkeiten ergibt 170 T€, abzüglich Eigenkapital von Mann (75 T€) und Frau (25 T€) ergibt 70 T€, hiervon die Hälfte ergibt 35 T€, + eingesetztes Eigenkapital der Frau in Höhe von 25 T€ ergibt 60 T€). Damit werden im Ergebnis die erbrachten Tilgungsleistungen von 70 T€ beiden Partnern zu gleichen Teilen zugerechnet und darüber hinaus das Eigenkapital erstattet. Erfolgte die Finanzierung hingegen über eine Lebensversicherung, bleibt ein bereinigter Verkehrswert von 100 T€, abzüglich Eigenkapital ergibt 0, die Frau erhält 25 T€ Eigenkapital zurück. Auf ihre Lebensversicherung hat sie 20 T€ eingezahlt, so dass ihr wirtschaftlich 45 T€ zugute kommen.

⁸⁸ Wegen der unsicheren Rechtslage über die pflichtteilsrechtliche Wirksamkeit eines Abfindungsausschlusses sollten in jedem Fall flankierende Regelungen – insbesondere Pflichtteilsverzichtserklärungen der Abkömmlinge – angeregt werden.

⁸⁹ S. o. II. 1.

⁹⁰ ZEV 2003, 453, 455 ff. auch mit Formulierungsvorschlägen zu den einzelnen Lösungen.

⁹¹ Mayer, ZEV 2003, 453, 456.

3. Bei der Geburt gemeinsamer Kinder ruht die Einlagepflicht des die Kinder betreuenden Gesellschafters bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des jeweiligen Kindes; dies gilt auch, soweit er Elterngeld nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz – BEEG – bezieht.⁹³

Bei der Ausübung mindestens einer Halbtagsstätigkeit besteht die Verpflichtung dann in der Hälfte der bisher erbrachten Leistungen.

Alternative: Sofern ein Gesellschafter Elterngeld bezieht, reduziert sich die Einlagepflicht auf die Dauer des Bezugs auf ... % des bezogenen Elterngeldbetrags.⁹⁴

§ 2 Dauer der Gesellschaft

1. Regelungen zu Dauer, ggf. ordentliche Kündigung.
2. Im Fall einer Trennung kann jeder Gesellschafter die sofortige Auflösung der Gesellschaft verlangen. Eine Trennung gilt als erfolgt, wenn ein Gesellschafter sie dem anderen Gesellschafter per Einschreiben mitgeteilt hat. Dieses Verlangen geht einer sonstigen Kündigung vor. Für die Auseinandersetzung der Gesellschaft gilt dann § 8 dieses Vertrags.

§ 3 Gesellschafter

1. Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts sind:
 - a) Herr X zu ... %
 - b) Frau Y zu ... %.⁹⁵
2. Die Gesellschaftsanteile sind unveränderlich, so dass sich der Anteil eines jeden Gesellschafters insbesondere nicht durch Gewinne oder Verluste, Einlagen oder Entnahmen verändert.

§ 4 Ausscheiden eines Gesellschafters

Bei Kündigung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter, bei Verlangen der Auflösung wegen Trennung nach § 2 Abs. 2 dieses Vertrags und in allen sonstigen nicht von § 5 oder § 7 erfassten Fällen des Ausscheidens eines Gesellschafters wird die Gesellschaft aufgelöst.

§ 5 Ausschließung

1. Tritt in der Person eines Gesellschafters ein wichtiger Grund ein, der den anderen Gesellschafter zu einer außerordentlichen Kündigung nach § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB berechtigen würde, kann dieser Gesellschafter – anstatt die Gesellschaft außerordentlich zu kündigen – den erstgenannten Gesellschafter durch einstimmigen Beschluss aus der Gesellschaft ausschließen. Ein wichtiger Grund in diesem Sinne liegt insbesondere vor:
 - bei Kündigung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter,
 - bei Kündigung der Gesellschaft durch Gläubiger nach § 725 BGB,
 - bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters,

⁹³ Vgl. Mayer, ZEV 2003, 453, 454. Die vorgeschlagene Altersangabe entspricht der Grundregel des § 1615 I bzw. § 1570 BGB n. F. Da Elterngeld einen nicht unerheblichen Teil des Familieneinkommens darstellen kann, erscheint eine Berücksichtigung im Einzelfall gerechtfertigt.

⁹⁴ Die Angabe einer pauschalen Summe erscheint an dieser Stelle nicht sinnvoll, da bei mehreren aufeinanderfolgenden Geburten eine zwischenzeitlich – d. h. nach der Geburt des ersten Kindes – aufgenommene Erwerbstätigkeit in den ersten Jahren selten den Grad der vor der Geburt ausgeübten Tätigkeit erreicht.

⁹⁵ Die Quote sollte an die Eigenkapitalbeträge gemäß vorstehend § 1 angepasst werden vgl. Abschnitt III. 3. b.

- bei der Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Gesellschaftsanteil eines Gesellschafters.

Die Trennung der Lebenspartner stellt keinen Ausschlussgrund dar, da sie in diesem Vertrag eine gesonderte Regelung erfahren hat.

2. Der auszuschließende Gesellschafter hat kein Stimmrecht.
3. Der auszuschließende Gesellschafter scheidet mit Zugang des Ausschließungsbeschlusses aus der Gesellschaft aus. Das Gesellschaftsvermögen wächst dem verbleibenden Gesellschafter im Wege der Gesamtrechtsnachfolge zu. Der ausgeschiedene Gesellschafter erhält eine Abfindung gemäß § 6.

§ 6 Abfindung/Ausscheiden

1. Im Fall der Auflösung der Gesellschaft nach § 4 dieses Vertrags findet die Auseinandersetzung nach §§ 730 ff. BGB statt; im Fall des Auflösungsverlangens wegen Trennung gelten jedoch §§ 8, 9 dieses Vertrags.
2. Wenn ein Gesellschafter nach § 5 Abs. 3 dieses Vertrags ausscheidet, erhält er eine Abfindung.
3. Der Abfindungsbetrag bemisst sich nach dem Verkehrswert des Gesellschaftsvermögens,⁹⁶ insbesondere des Grundbesitzes und richtet sich nach der Höhe der Beteiligung des Gesellschafters gemäß § 3 dieses Vertrags. Der Abfindungsbetrag beläuft sich auf 50 % des Beteiligungswertes, dabei darf der Buchwert nicht unterschritten sein.⁹⁷
4. Maßgebend ist der Verkehrswert, den das Anwesen zum Zeitpunkt der Geltendmachung der Übertragung hat.

Können sich die Beteiligten über den maßgeblichen Verkehrswert nicht einigen, ist dieser auf Antrag eines Gesellschafters durch einen vom Präsidenten der zuständigen Industrie- und Handelskammer zu benennenden öffentlich bestellten und gerichtlich vereidigten Sachverständigen festzustellen.

Die Feststellung dieses Sachverständigen ist für beide Vertragsparteien verbindlich, es sei denn, dass innerhalb von vier Wochen nach Bekanntgabe des Gutachtens an die Gesellschaft von einem Gesellschafter verlangt wird, dass der Verkehrswert durch das Gutachten eines weiteren vom Präsidenten der zuständigen Industrie- und Handelskammer zu benennenden öffentlich bestellten und gerichtlich vereidigten Sachverständigen festzustellen ist. Weichen die von beiden Gutachtern festgestellten Verkehrswerte ab, ist für die Vertragsparteien der Mittelwert verbindlich. Die Kosten des bzw. der Gutachten hat die Gesellschaft zu tragen.

5. Das Abfindungsguthaben ist in fünf gleichen, unmittelbar aufeinanderfolgenden Jahresraten auszuzahlen. Die erste Rate ist ein Jahr nach dem Ausscheidungsstichtag zur Zahlung fällig. Ab diesem Zeitpunkt ist das restliche Abfindungsguthaben mit jährlich 4 % – vier vom Hundert – zu verzinsen. Zinsen sind jeweils mit den Jahresraten zu entrichten. Sicherheitsleistung kann nicht gefordert werden.

⁹⁶ Die Verkehrswertregelung lässt die Höhe der Zins-/Tilgungsleistungen außen vor. Sie stellt i. E. eine sanktionierende Regelung dar, die die Pauschalierung als gerechtfertigt erscheinen lässt. Bei großen Differenzen in der Beitragsleistung ist ggf. eine Anpassung vorzunehmen. Schenkungssteuerlich liegt in dieser Klausel kein Vorteil, da eine Wertdifferenz über § 7 Abs. 7 ErbStG besteuert wird. *Heckschen/Spiegelberger/Viskorf*, DAI-Tagung Grundstückserwerb und Immobilienengesellschaft am 28.2.2004, Frankfurt am Main, S. 127 halten eine Beschränkung auf 50 % für unbedenklich. Zur Zulässigkeit der Beschränkung von Klauselwerten vgl. etwa *Reimann*, ZEV 1994, 7.

⁹⁷ Diese Regelung ist anzupassen, wenn das Grundstück von einem Lebenspartner unentgeltlich – insbesondere im Wege vorweggenommener Erbfolge – erworben wurde.

§ 7 Versterben eines Gesellschafters

Beim Tod eines Gesellschafters scheidet dieser aus der Gesellschaft aus. Das Gesellschaftsvermögen wächst dem verbleibenden Gesellschafter im Wege der Gesamtrechtsnachfolge zu. Eine Abfindung wird nicht geschuldet.⁹⁸

Alternative: Bei dem Versterben eines Gesellschafters wird die Gesellschaft mit dessen Erben oder Vermächtnisnehmern fortgesetzt. Nachfolgeberechtigt sind jedoch nur gemeinsame Abkömmlinge der Gesellschaft. Sind solche nicht vorhanden, steht dem verbleibenden Gesellschafter ein Ausschließungsrecht gemäß § 5 dieses Vertrages zu; die Abfindung richtet sich nach § 6. Testamentsvollstreckung ist zulässig.

§ 8 Trennung der Lebenspartner

Im Fall einer Trennung der Lebenspartner mit einem Auflösungsverlangen nach § 2 Abs. 2 dieses Vertrags wird der Grundbesitz und das sonstige Vermögen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts folgendermaßen auseinandergesetzt, soweit die Lebenspartner nicht auf andere übereinstimmende Art die Auseinandersetzung gemeinschaftlich durchführen:

1. Derjenige Gesellschafter, der die höhere Beteiligung am Gesellschaftsvermögen hat, kann die Übernahme des Gesellschaftsanteils des verbleibenden Lebenspartners verlangen; bei gleicher Beteiligung ist im Nichteinigungsfalle gemäß § 9 vorzugehen.

Alternative: Bei gleicher Beteiligung ist derjenige übernahmeberechtigt, der höhere Zins- und Tilgungsleistungen erbracht hat.⁹⁹

Das Ausübungsrecht ist innerhalb von vier Wochen nach Trennung i. S. v. § 2 Abs. 2 auszuüben. Wird es in diesem Zeitraum nicht ausgeübt, steht dem anderen Partner ein inhaltsgleiches Übernahmerecht zu, welches gleichfalls innerhalb von vier Wochen auszuüben ist.

2. Dabei ist dem ausscheidenden Lebenspartner ein Betrag auszubehalten, der sich wie folgt errechnet:

Auszugehen ist vom Verkehrswert des Grundbesitzes unter Berücksichtigung von Grund und Boden. Der so errechnete Verkehrswert kürzt sich um die gesamten vorhandenen objektbezogenen Verbindlichkeiten, d. h. solchen, die zur Finanzierung des Erwerbs oder von Investitionen im weiteren Sinne auf den Grundbesitz samt Anwesen dienen.¹⁰⁰ Weiterhin kürzt sich der Betrag um das jeweils eingebrachte Eigenkapital der Lebenspartner gemäß § 1. Von dem sich so ergebenden Betrag

ist an den ausscheidenden Gesellschafter ... %¹⁰¹ auszubehalten; ist der so errechnete Betrag negativ, ist keine Erstattung durch den übernahmeberechtigten Gesellschafter zu leisten.

Zusätzlich ist dem ausscheidenden Gesellschafter sein eingebrachtes Eigenkapital gemäß § 1 zu erstatten, mindestens jedoch dieses Eigenkapital.¹⁰²

Nicht objektbezogene Verbindlichkeiten, die ausschließlich den Veräußerer bzw. Erwerber treffen, sind gesondert in Ansatz zu bringen.

Alternative (zur gesamten Ziff. 2): Dem ausscheidenden Lebenspartner ist dabei das von ihm eingebrachte Eigenkapital gemäß § 2 zu erstatten. Eine Verzinsung und Wertsicherung hat nicht zu erfolgen.

3. Für die Verkehrswertermittlung gilt die Regelung vorstehend § 6.

4. Der sich danach ergebende Betrag ist innerhalb von vier Wochen nach Geltendmachung des Übernahmerechts bzw. nach Vorliegen der entsprechenden Gutachten zu leisten. Die Anteilsübertragung hat aufschiebend bedingt zu erfolgen durch die Zahlung des geschuldeten Betrages und ggf. Vorliegen einer Freistellungserklärung berechtigter Gläubiger i. S. v. Ziff. 5. Der ausscheidende Gesellschafter verpflichtet sich, an einer Grundbuchberichtigung mitzuwirken. Der geschuldete Betrag ist bis zur Fälligkeit nicht zu verzinsen; dingliche Sicherung kann nicht verlangt werden.

5. Der übernahmeberechtigte Gesellschafter hat die den im Grundbuch eingetragenen Belastungen zugrundeliegenden Verbindlichkeiten, soweit sie im Innenverhältnis ihn treffen, zu übernehmen und den ausscheidenden Gesellschafter hiervon freizustellen. Die Anteilsübertragung kann von einer entsprechenden Bestätigung des im Grundbuch eingetragenen Gläubigers abhängig gemacht werden. Soweit derartige Verbindlichkeiten im Innenverhältnis den ausscheidenden Gesellschafter treffen, hat der übernahmeberechtigte Gesellschafter diese bis zur Höhe des nach den vorstehenden Bestimmungen zu leistenden Geldbetrages in Anrechnung auf diesen zu übernehmen und den ausscheidenden Gesellschafter ebenfalls hiervon freizustellen. Die Kosten der Anteilsübertragung und Grundbuchberichtigung trägt der übernahmeberechtigte Gesellschafter.¹⁰³

6. Der ausscheidende Gesellschafter verpflichtet sich bereits heute, anlässlich der Anteilsübertragung bei der Bestellung von Grundpfandrechten in beliebiger Höhe (nebst Zinsen und Nebenleistungen in Höhe von bis zu 28 % jährlich) am Gesellschaftsvermögen (= Grundbesitz) mitzuwirken, wenn sichergestellt ist, dass bis zum Vollzug der Anteilsübertragung nur Forderungen gesichert werden, die der Finanzierung des Auszahlungsbetrages gemäß vorstehender Ziff. 4 dienen.

§ 9 Auflösung der Gesellschaft durch Verkauf

Macht keiner der Gesellschafter von seinem Übernahmerecht gemäß § 8 Gebrauch, sind sich die Gesellschafter schon heute darüber einig, dass die Liquidation der Gesellschaft durch Veräußerung des Gesellschaftsvermögens (= Grundbesitz) zu erfolgen hat. Hierbei sind sie sich über die Verteilung des Gesellschaftsvermögens wie folgt einig:

¹⁰¹ Abhängig von der Höhe der Beteiligung.

¹⁰² Hier können ggf. weitere Kürzungen durch Zuwendungen von Eltern, Mitarbeit in der Familie usw. angesetzt werden; vgl. hierzu auch von Proff zu Irmich, RNotZ 2008, 313, 327 f.

¹⁰³ Schenkungssteuerlich ist zu beachten, dass § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften keine analoge Anwendung findet, BFH, NJW 1983, 1080.

⁹⁸ Erbschaftsteuerlich liegt in dieser Klausel kein Vorteil, da eine Wertdifferenz über § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG besteuert wird.

⁹⁹ Eine latente Störungsquelle stellt insofern die Berücksichtigung von Sondertilgungen gemäß § 1 Ziff. 2 dar, da kurzfristig Sondertilgungen zur Erlangung des Ausübungsrechts denkbar sind. Im Übrigen sind hier selbstverständlich auch andere Regelungen denkbar. So könnte man wie Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rdnr. 1218 einen Losentscheid durchführen. Bei vorhergehendem Erwerb des Grund und Bodens durch einen Gesellschafter im Wege vorweggenommener Erbfolge kann es sinnvoll sein, diesem das erste Übernahmerecht zu gewähren. Sind gemeinsame minderjährige Kinder vorhanden, könnte man dem Partner, der die Kinder betreut, dieses Wahlrecht einräumen, evtl. gestundet bis zur Vollendung eines bestimmten Lebensalters der Kinder. Vgl. auch den Formulierungsvorschlag für die Ehegattengesellschaft bei Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1536.

¹⁰⁰ Sofern eine Finanzierung über Lebensversicherung erfolgt: „Werden Verbindlichkeiten nicht getilgt, sondern über die Einzahlung in Lebensversicherungen abfinanziert, so hat der ausscheidende Gesellschafter diese Versicherung mit allen Rechten und Pflichten an den übernahmeberechtigten Gesellschafter abzutreten; das bei allen vorhandenen objektbezogenen Lebensversicherungen der Partner vorhandene Guthaben gilt als getilgte Verbindlichkeit im Sinne dieses Absatzes.“

Das nach Abzug der objektbezogenen Verbindlichkeiten verbleibende Guthaben wird nach Vorabzug des Eigenkapitalanteils gemäß § 1 je hälftig auf die Gesellschafter verteilt. Kann das Eigenkapital nicht vollständig zurückerstattet werden, wird das Guthaben verhältnismäßig auf die Gesellschafter verteilt. Verbleibt nach Kaufpreiszahlung noch ein Rest an Verbindlichkeiten, wird dieser – unabhängig von der Höhe des Eigenkapitals – je hälftig getragen. Eine Berücksichtigung der erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen erfolgt ausdrücklich nicht.

Alternative: Auszugehen ist vom Gesamtbetrag der von den Gesellschaftern zu leistenden Beiträge (Eigenkapital und Zins- und Tilgungsleistungen, soweit vereinbart). Soweit ein Partner durch die Betreuung gemeinsamer Kinder niedrigere Beiträge erbringt, stellen sich die Partner so, als hätten sie – auf die Dauer der Betreuung gerechnet – ihre Beiträge je hälftig erbracht. Sofern einer der Gesellschafter im Übrigen über seine vertragliche Einlagepflicht hinaus Beiträge anstelle des anderen Gesellschafters geleistet hat, kann er diese vorab erstattet verlangen. Das nach Abzug der objektbezogenen Verbindlichkeiten verbleibende Guthaben wird im Verhältnis zu leistenden Beiträgen zueinander verteilt. Dies gilt auch für einen Verlust.

Alternative hierzu: Erfolgt eine Veräußerung mit Verlust, soll der verbleibende Verlustanteil jedoch ausdrücklich von beiden Gesellschaftern zu gleichen Teilen getragen werden, unabhängig von den tatsächlich geleisteten Beiträgen.

§ 10 Abgeltungsklausel

Die Gründungsgesellschafter sind sich darüber einig, dass in jedem Falle der Beendigung der Gesellschaft nach diesem Vertrag aufgrund des gemeinsamen Erwerbs bzw. der Bebauung keinerlei sonstigen Ansprüche bestehen, insbesondere nicht hinsichtlich etwa erbrachter Mitnutzung, Haushaltsführung und Arbeitsleistungen. Auf alle weitergehenden Ansprüche wird verzichtet und der Verzicht wechselseitig angenommen.¹⁰⁴

2. Partnerschaftsvertrag

§ 1 Vorbemerkungen

– *Grundbuchstand* –

Den vorstehend bezeichneten Grundbesitz hat Frau ... von ihren Eltern übertragen erhalten. Auf dem Grundbesitz errichten derzeit die Erschienenen gemeinsam ein Einfamilienhaus.

Die vorbezeichnete Grundschuld sichert ein gemeinsames Darlehen der Erschienenen, für das Frau ... und Herr ... dem Kreditinstitut gegenüber ein persönliches Schuldanerkennnis mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung abgegeben haben. Auch intern werden die Darlehensverbindlichkeiten zu gleichen Teilen getragen. Darüber hinaus beteiligen sich beide Erschienenen mit erheblichen eigenen finanziellen Mitteln und Arbeitsleistungen am Bau des Einfamilienhauses.

§ 2 Darlehen

Frau ... – nachstehend „der Darlehensnehmer“ genannt – und

Herr ... – nachstehend „der Darlehensgeber“ genannt –

sind sich darüber einig, dass es sich bei den von Herrn ... zur Verfügung gestellten eigenen finanziellen Mitteln um ein Darlehen handelt.

Das Darlehen ist nicht zu verzinsen. Auf Wertsicherung wird verzichtet, desgleichen auf dingliche Absicherung sowie auf Absicherung durch Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens samt Zwangsvollstreckungsunterwerfung.

Das Darlehen kann mit einer Frist von zwei Monaten zum Ende eines jeden Kalenderquartals gekündigt werden und ist sodann in voller Höhe zur Rückzahlung fällig. Die Kreditgewährung erfolgt durch Herrn ... als Privatperson, so dass die Bestimmungen über Verbraucherkreditverträge nicht zur Anwendung gelangen.

Sollte der Darlehensgeber vor dem Darlehensnehmer versterben, so wird die Darlehensverbindlichkeit auf den Todeszeitpunkt erlassen, sofern nicht das Darlehen bereits gekündigt worden sein sollte und sofern nicht der Darlehensnehmer Erbe nach dem Darlehensgeber wird.

Der Notar wies darauf hin, dass über die vom Darlehensgeber geleisteten Beiträge schriftliche Aufzeichnungen getroffen werden sollten und dass vorstehende Vereinbarung lediglich zu einem Ersatz der materiellen Aufwendungen führen. Die eigene Arbeitsleistung, der selbstgeschaffene Wert des Hauses sowie eine etwaige künftige Wertsteigerung bzw. auch ein Wertverlust werden dagegen durch vorstehende Vereinbarungen nicht berücksichtigt.

§ 3 Zins und Tilgung gemeinsamer Darlehensverbindlichkeiten

Die Erschienenen beabsichtigen, die auf das in § 1 genannte Darlehen der ... Bank anfallenden Zins- und Tilgungsleistungen zu gleichen Teilen zu tragen. Sie sind sich jedoch darüber einig, dass bei Beendigung der nichtehelichen Lebenspartnerschaft, vor allem bei einer etwaigen Veräußerung des Hauses, ein Ausgleich der bis dahin erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen unabhängig von der jeweiligen Höhe von keinem Partner verlangt werden kann. Auf alle etwaigen gesetzlichen Ansprüche diesbezüglich (seien sie gesellschaftsrechtlicher oder sonstiger Natur, insbesondere auch im Hinblick auf § 313 BGB) wird verzichtet und der Verzicht hierauf wechselseitig angenommen. Hinsichtlich erbrachter Arbeitsleistungen Dritter – insbesondere Familienangehöriger – verpflichten sie sich zur gegenseitigen Freistellung hiervon.

Abweichende Regelungen u. a. für den Fall der Geburt gemeinsamer Kinder hinsichtlich der Zins- und Tilgungspflicht laufender Darlehen werden ausdrücklich nicht gewünscht.

§ 4 Sonstiges

Weitere Regelungen hierzu sind nicht gewünscht, insbesondere kein Erwerbsrecht des Darlehensgebers im Falle der Trennung. Regelungen über die Behandlung des vorstehenden Darlehensvertrages bzw. des gemeinsam errichteten Einfamilienhauses für den Fall der Eingehung der Ehe zwischen den Beteiligten werden gleichfalls nicht gewünscht. Auf die ggf. nur unzureichende Berücksichtigung im Zugewinnausgleich hat der Notar die Beteiligten hingewiesen.

¹⁰⁴ Genau genommen handelt es sich bei der Abgeltungsklausel um eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung ohne Satzungscharakter; bei der hier vorgesehenen personal-zweigegliederten Gesellschaft, bei der ein Mitgliederwechsel nicht vorgesehen ist, ist die Aufnahme einer solchen Klausel unschädlich; sie kann natürlich inhaltsgleich auch in die Mantelurkunde aufgenommen werden.

Bemessung des Unterhaltsbedarfs konkurrierender Ehegatten im Wege der Gleichteilung und Folgen für die Gestaltungspraxis

Von Notarassessor Sebastian Herrler, Erlangen

In seinen Entscheidungen vom 30.7.2008¹ und 1.10.2008² hat der BGH seine Rechtsprechung zu den wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen³ fortgeschrieben und auf das Hinzutreten eines neuen Ehegatten ausgedehnt. Danach sind Änderungen des verfügbaren Einkommens auch nach rechtskräftiger Scheidung bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs des früheren Ehegatten zu berücksichtigen und zwar selbst dann, wenn sie auf der Unterhaltspflicht gegenüber einem neuen Ehegatten beruhen. Die Verminderung des unterhaltsrelevanten Einkommens muss keinen Bezug zu den ehelichen Lebensverhältnissen der ersten Ehe aufweisen.⁴ Danach beträgt der Bedarf des früheren Ehegatten grundsätzlich *ein Drittel* des zur Verfügung stehenden (Gesamt-)Einkommens aller Beteiligten inklusive des Splittingvorteils aus der neuen Ehe (§§ 26, 32a Abs. 5 EStG). Auf das Rangverhältnis zwischen altem und neuem Ehegatten soll es insoweit nicht ankommen.

Wenngleich die *Dreiteilung* der verfügbaren Mittel aus *Vereinfachungsgründen*⁵ zu begrüßen ist, vermag diese Lösung nicht vollends zu überzeugen und könnte insbesondere bei der Gestaltung von Unterhaltsregelungen im Rahmen von Scheidungsfolgenvereinbarungen Schwierigkeiten bereiten. Im Folgenden sollen daher zunächst die Entscheidungen des BGH und ihre Begründung nachvollzogen sowie ihre Auswirkungen, vor allem auf noch nicht ausdrücklich entschiedene Aspekte der Unterhaltsberechnung, erörtert werden (Ziff. I). Im Anschluss wird der Ansatz des BGH kritisch beleuchtet, insbesondere unter Berücksichtigung der Kürzungs- und Befristungstatbestände des § 1578 b BGB und der nach wie vor strengen Rechtsprechung zur Inhalts- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen unter dem Gesichtspunkt des ehebedingten Nachteils (Ziff. II). Abschließend werden die Folgen der Dreiteilung für Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt und deren Bestandskraft thematisiert (Ziff. III).

I. Inhalt und Folgen der BGH-Entscheidung

1. Bedarfsermittlung im Wege der Dreiteilung

a) Bei zwei unterhaltsberechtigten (früheren) Ehegatten soll der Bedarf jedes Berechtigten grundsätzlich *ein Drittel des verfügbaren Gesamteinkommens* aller beteiligten Personen betragen. Die ehelichen Lebensverhältnisse nach § 1578 Abs. 1 BGB werden daher *uneingeschränkt durch eine später (auch nach der Rechtskraft der Scheidung) hinzutretende Unterhaltspflicht gegenüber einem neuen Ehegatten geprägt*.⁶ Die Begründung neuer Unterhaltsansprüche stellt kein aus unterhaltsrechtlicher Sicht vorwerfbares Verhalten dar, welches zur Nichtberücksichtigung der Zahlungsverpflichtung bei der Bedarfsermittlung führt.⁷ Dies soll nach dem BGH selbst dann gelten, wenn eine neue Unterhaltspflicht seitens eines sterilisierten Pflichtigen nach rechtskräftiger Ehescheidung infolge Adoption entsteht.⁸

Der BGH stützt die Dreiteilung maßgeblich auf sein – in diesen Entscheidungen konkretisiertes – Verständnis des *Halbteilungsgrundsatzes*. Danach dürfe der Unterhaltsbedarf eines unterhaltsberechtigten früheren Ehegatten nicht denjenigen Betrag übersteigen, welcher dem Verpflichteten selbst verbleibt. Die

Dreiteilung gilt unabhängig davon, ob die Unterhaltsberechtigten gleichrangig i. S. v. § 1609 BGB sind oder nicht.⁹ Das vom BGH zugrundegelegte Verständnis des § 1578 Abs. 1 BGB bietet keinen Raum mehr für eine (wie auch immer verstandene) Lebensstandsgarantie. Im Wesentlichen *begrenzen* die ehelichen Lebensverhältnisse im Zeitpunkt der Scheidung *lediglich die Höhe des Unterhaltsanspruchs*,¹⁰ bieten aber keinerlei Gewähr für die Aufrechterhaltung des Lebensstandards.¹¹

b) Grundlage der Dreiteilung ist die *Summe der bereinigten Nettoeinkommen* aller an der Unterhaltssituation beteiligten Personen. Vorab sind lediglich die Erwerbstätigkeitsboni, berufsbedingte Aufwendungen sowie die Zahlungsbeträge für einen etwaigen Kindesunterhalt (und gegebenenfalls Zahlungen an Berechtigte nach § 1615 I BGB, siehe unten Ziff. I.3) in Abzug zu bringen.¹² Im Unterschied zur bisherigen Rechtspre-

1 MittBayNot 2009, 144 (in diesem Heft) = FamRZ 2008, 1911.

2 MittBayNot 2009, 149 (in diesem Heft).

3 Vgl. hierzu BGHZ 166, 351 = FamRZ 2006, 683.

4 So ausdrücklich BGH, MittBayNot 2009, 149 (in diesem Heft).

5 Zu dieser Zielsetzung der Unterhaltsrechtsreform vgl. BT-Drucks. 16/1830, S. 14, 24, sowie Gerhardt/Gudeutsch, FamRZ 2007, 778.

6 Gleiches gilt für neu entstandene Unterhaltspflichten gegenüber nichtehelichen Elternteilen nach § 1615 I BGB sowie gegenüber Kindern.

7 Ein unterhaltsrechtlich vorwerfbares Verhalten bildet die Grenze für eine Fortschreibung der ehelichen Lebensverhältnisse (vgl. BGHZ 166, 351, 362 = FamRZ 2006, 683, 686; sowie BGH, MittBayNot 2009, 144 [in diesem Heft] = FamRZ 2008, 1911, 1914 und MittBayNot 2009, 149 [in diesem Heft]).

8 BGH, MittBayNot 2009, 149 (in diesem Heft). Kritisch hierzu Born, NJW 2009, 148.

9 BGH, MittBayNot 2009, 149 (in diesem Heft); MittBayNot 2009, 144 (in diesem Heft) = FamRZ 2008, 1911, 1914 ff.; Urt. v. 17.12.2008, XII ZR 9/07, Tz. 27 (bislang n.v.). Das Rangverhältnis der Unterhaltsberechtigten wird erst im Mangelfall relevant. Ebenso Gerhardt in Wendl/Staudigl, Das Unterhaltsrecht in der familiengerichtlichen Praxis, 7. Aufl. 2008, § 4 Rdnr. 391, 400 (Grundsatz der Gleichteilung). Gerhardt/Gudeutsch, FamRZ 2007, 778, befürworten die Dreiteilung noch ausdrücklich nur für *vor- und gleichrangige* später hinzutretende Unterhaltspflichten (so auch noch BGHZ 166, 351, 362 = FamRZ 2006, 683, 686).

10 In gewissem Umfang sind Steigerungen des Bedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen aber weiterhin denkbar (Einkommenserhöhung aufgrund Regelbeförderungen, Wegfall von Unterhaltspflichten gegenüber ehelichen Kindern, Wegfall von Belastungen aus ehebedingten Verbindlichkeiten, vgl. Bäumel in Göppinger/Wax, Unterhaltsrecht, 9. Aufl. 2008, Rdnr. 1086 m. w. N.).

11 BGH, MittBayNot 2009, 149 (in diesem Heft: „Rechtsprechung des Senats, die eine Lebensstandsgarantie ablehnt“); FamRZ 2008, 968, 971 f.; FamRZ 2008, 134, 135; FamRZ 2007, 793, 795; FamRZ 2006, 683, 685 f.; zuletzt BGH, Urt. v. 17.12.2008, XII ZR 9/07, Tz. 25 („Obergrenze“, bislang n.v.); Gerhardt in Wendl/Staudigl, Das Unterhaltsrecht in der familiengerichtlichen Praxis, § 4 Rdnr. 390. Kritisch Bäumel in Göppinger/Wax, Unterhaltsrecht, Rdnr. 1081; Maurer, FamRZ 2008, 975, 976.

12 Mleczo, NJW 2008, 3220.

chung¹³ ist insbesondere der *Splittingvorteil* der neuen Ehe in das zu verteilende Gesamteinkommen einzustellen. Angesichts der nunmehr wechselseitigen Beeinflussung der Unterhaltsansprüche der (früheren) Ehegatten und der daraus folgenden Herabsetzung des Bedarfs der ersten Ehefrau¹⁴ von einem Halb auf ein Drittel erscheint die Berücksichtigung des Splittingvorteils jedenfalls folgerichtig, da dadurch die Kürzung gegenüber der bisherigen Halbteilung teilweise zurückgenommen wird.¹⁵ Auch sonstige familienbezogene Zuschläge sind beim unterhaltsrelevanten Gesamteinkommen zu berücksichtigen.

c) Noch nicht ausdrücklich entschieden hat der BGH die Frage, wie sich eine Ersparnis aufgrund gemeinsamer Haushaltsführung in der neuen Ehe (*Wohnvorteil*) bei der Bedarfsmessung nach der Drittelmethode niederschlägt. Die aus dem Zusammenleben resultierenden finanziellen Vorteile müssen jedenfalls eine Modifizierung der Dreiteilung zur Folge haben.¹⁶ Teilweise wird aus Vereinfachungsgründen eine Erhöhung des Bedarfs des früheren Ehegatten um 10 % bei gleichzeitiger Kürzung des jeweiligen Bedarfs der zusammenlebenden Ehegatten um je 5 % befürwortet.¹⁷ Die Ausführungen des BGH im Urteil vom 1.10.2008 deuten jedoch darauf hin, dass der Wohnvorteil nicht pauschal zu berücksichtigen, sondern konkret zu ermitteln ist.¹⁸

2. Kontrollrechnung: Höchstgrenze fiktiver Bedarf nach Halbteilung

Ein etwaiges Eigeneinkommen eines Unterhaltsberechtigten erhöht den Bedarf des jeweils anderen Berechtigten ebenso wie der Splittingvorteil aus der neuen Ehe den Bedarf des früheren Ehegatten steigert (siehe Ziff. I.1). Hierin sieht der BGH zu Recht grundsätzlich keine ungerechtfertigte Subventionierung des konkurrierenden Berechtigten. Denn durch die Gesamteinkommenssteigerung wird der jeweilige Bedarf lediglich dem Leitbild der Halbteilung (Zwei-Personen-Konstellation) angenähert. Allerdings gilt dies nicht uneingeschränkt. Nach der Rechtsprechung des BVerfG zum Splittingvorteil steht dem ersten Ehegatten kein höherer Unterhaltsanspruch zu als ohne die neue Ehe.¹⁹ Gleiches gilt für eine Steigerung des Bedarfs durch das Einkommen des anderen (potentiell) Unterhaltsberechtigten. Somit ist die Berücksichtigung des Splittingvorteils aus der neuen Ehe sowie des bereinigten Erwerbseinkommens aller Beteiligten nur unbedenklich, solange der Unterhaltsanspruch des dadurch Begünstigten nicht höher ist als er bei Hinwegdenken des anderen Berechtigten wäre. Um eine ungerechtfertigte Besserstellung eines Unterhaltsgläubigers zu vermeiden, ist stets im Wege einer Kontrollrechnung festzustellen, ob der ermittelte Bedarf den

(fiktiven) Bedarf überschreitet, der sich bei Ausblendung des anderen Ehegatten ergäbe (Zwei-Personen-Konstellation). Letzterer begrenzt den Unterhaltsbedarfs jedes Berechtigten.²⁰

3. Konkurrenz: Nachehelicher Unterhalt und § 1615 I BGB

Die Ausführungen zum Bedarf konkurrierender unterhaltsberechtigter Ehegatten finden im Allgemeinen auch dann Anwendung, wenn sich ein Gläubiger auf den Anspruch aus § 1615 I BGB stützt. Dieser Unterhaltstatbestand wurde durch das Unterhaltsrechtsreformgesetz im Rang heraufgestuft (§ 1609 Nr. 2 BGB). Dennoch bemisst sich der Bedarf eines nichtehelichen Elternteils weiterhin ausschließlich nach seiner Lebensstellung, d. h. nach seinen *Einkommensverhältnissen vor Geburt* des Kindes (§§ 1615 I Abs. 3 Satz 1, 1610 Abs. 1 BGB). Dies gilt selbst dann, wenn die Eltern schon vor der Geburt des Kindes in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft zusammengelebt haben.²¹ Sind aus der Lebensgemeinschaft mehrere Kinder hervorgegangen, bestimmen allein die Verhältnisse bei Geburt des ersten Kindes den Bedarf.²² Der auf diese Weise ermittelte Bedarf wird durch den Bedarf nach der Dreiteilung (siehe Ziff. I.1) begrenzt (*Kappungsgrenze*), da der nichteheliche Elternteil nicht besser stehen dürfe als der (frühere) Ehegatte.²³

4. Mangelfall

Das Rangverhältnis nach § 1609 BGB ist dem BGH zufolge für die Bestimmung des Bedarfs der (früheren) Ehegatten bzw. des nichtehelichen Elternteils ohne jede Bedeutung. Es wird erst im Mangelfall, d. h. bei fehlender Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten (§ 1581 BGB) relevant. Beträgt beispielsweise das unterhaltsrelevante Einkommen des Pflichtigen nach Abzug des Kindesunterhalts (Zahlbetrag) weniger als 3.000 € und verfügen die Berechtigten über kein eigenes Einkommen, billigt die Rechtsprechung dem Unterhaltsschuldner einen *Ehegattenmindestselbstbehalt* von zur Zeit 1.000 € zu.²⁴ Das restliche Einkommen ist *unter gleichrangigen Berechtigten im Verhältnis ihrer Bedürftigkeit* zu verteilen. Besteht ein Rangverhältnis der Unterhaltsgläubiger, ist der vorrangig Berechtigte im Rahmen seiner Bedürftigkeit vollständig zu befriedigen. Der nachrangig Berechtigte erhält das hiernach verbleibende Einkommen.

II. Kritik an der Argumentation des BGH

1. Durch das vom BGH zugrundegelegte dynamische Verständnis der „ehelichen Lebensverhältnisse“ i. S. v. § 1578 Abs. 1 BGB werden die *Chancen* von Einkommenssteigerungen *ganz überwiegend der neuen Verbindung zugewiesen*, während der *frühere Ehepartner nur die Risiken* von Einkommensminderungen, des Hinzutretens neuer Unterhaltsgläubi-

¹³ BVerfG, NJW 2003, 3466, 3467 = FamRZ 2003, 1821, 1823 („Steuerliche Vorteile, die in Konkretisierung des Schutzauftrags aus Art. 6 Abs. 1 GG gesetzlich allein der bestehenden Ehe eingeräumt sind, dürfen ihr durch die Gerichte nicht wieder entzogen und an die geschiedene Ehe weitergegeben werden“).

¹⁴ Im Folgenden ist unter „Ehefrau“ stets der *unterhaltsberechtigte Ehegatte* und damit je nach Lage des Falles der Ehemann oder die Ehefrau zu verstehen. Dies dient einer besseren Lesbarkeit und spiegelt die Lebenswirklichkeit wider, da überwiegend die frühere Ehefrau einen Unterhaltsanspruch gegen ihren Mann hat.

¹⁵ Ebenso Gerhardt/Gutdeutsch, FamRZ 2007, 778, 779. A. A. Schürmann, FamRZ 2008, 313, 323.

¹⁶ Vgl. BGH, NJW 2008, 1373; vgl. Gerhardt in Wendt/Staudigl, Das Unterhaltsrecht in der familiengerichtlichen Praxis, § 1 Rdnr. 311 ff. m. zahlreichen w. N.

¹⁷ Gerhardt/Gutdeutsch, FamRZ 2007, 778, 781.

¹⁸ BGH, MittBayNot 2009, 149 (in diesem Heft).

¹⁹ NJW 2003, 3466, 3467 f. = FamRZ 2003, 1821, 1823 f.

²⁰ Vgl. BGH, MittBayNot 2009, 149 (in diesem Heft); MittBayNot 2009, 144 (in diesem Heft) = FamRZ 2008, 1911, 1916, Tz. 49; ausführlich Gerhardt/Gutdeutsch, FamRZ 2007, 778, 781 f.

²¹ BGH, NJW 2008, 3125, 3126 f.; NJW 2007, 2409, 2410; NJW 2005, 818 = FamRZ 2005, 442, 443 f. Vgl. näher Palandt/Diederichsen, BGB, 68. Aufl. 2009, § 1615 I Rdnr. 24. Kritisch Maurer, FamRZ 2008, 1831.

²² BGH, NJW 2008, 3125, 3127.

²³ BGH, NJW 2008, 3125, 3126; NJW 2007, 2409, 2410; NJW 2005, 818 = FamRZ 2005, 442, 443 f. Vgl. Maurer in Göppinger/Wax, Unterhaltsrecht, Rdnr. 1330, zu den insoweit maßgeblichen Wertungskriterien.

²⁴ BGHZ 166, 351, 356 ff. = FamRZ 2006, 683, 684; vgl. hierzu Gerhardt/v. Heintschel-Heinegg/Klein, Handbuch des Familienrechts, 6. Aufl. 2008, 6. Kapitel Rdnr. 434 m. w. N.

ger usw. zu tragen hat.²⁵ Diese „Erosion des Bedarfsbegriffs“²⁶ zulasten des früheren Ehegatten wird zusätzlich dadurch beschleunigt, dass sich nach der neuen Rechtsprechung nicht mehr nur vor- und gleichrangige später hinzutretende Unterhaltslasten bedarfsmindernd auswirken,²⁷ sondern sämtliche neuen Unterhaltspflichten bei der Bedarfsermittlung zu berücksichtigen sind.²⁸ Im Extremfall kann dies zur Folge haben, dass sich der Bedarf der betreuenden und nach § 1570 Abs. 1 BGB unterhaltsberechtigten früheren Ehefrau aufgrund der Wiederheirat des Pflichtigen und des damit einhergehenden Familienunterhaltsanspruchs der (nicht betreuenden) zweiten Ehefrau (§§ 1360 f. BGB)²⁹ von ein Halb auf ein Drittel, mithin um 16,66 % reduziert, was grundsätzlich auf die Höhe des Unterhaltsanspruchs durchschlägt.³⁰ Zwar könnte man in derartigen Fällen – trotz des grundsätzlich freien Entscheidungsrechts in § 1356 BGB der Ehegatten hinsichtlich einer Erwerbstätigkeit in der Ehe – eine *Erwerbsobliegenheit* der neuen Ehefrau annehmen und gegebenenfalls deren fiktive Einkünfte dem verteilungsfähigen Gesamtnettoeinkommen hinzurechnen. Allerdings wird auch danach nur bei ausreichend hohen tatsächlichen oder fiktiven Einkünften eine Belastung der betreuenden Ehefrau vermieden. Vor dem Hintergrund des Schutzzwecks des Betreuungsunterhalts, bei welchem das Wohl des gemeinschaftlichen Kindes im Mittelpunkt steht,³¹ und der Stärkung des Kindeswohls als Zielsetzung der Unterhaltsreform³² überzeugt jedenfalls die generelle Bestimmung des Bedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen im Wege der *Gleichteilung*³³ nicht. In seiner Entscheidung vom 17.12.2008 hat sich der BGH daher ein Hintertürchen offengehalten („Auf den Rang [der] neuen Unterhaltsansprüche kommt es bei der Bedarfsbemessung grundsätzlich nicht an“).³⁴

2. a) Die vom BGH für einen gleichmäßigen Verteilungsmaßstab angeführten Argumente sind ebenfalls nicht zwingend. Zum einen ist die bedarfsmäßige Gleichbehandlung zwischen früherem und gegenwärtigem Ehegatten – entgegen der Ansicht des BGH³⁵ – nicht notwendig in der Entscheidung vom 15.3.2006³⁶ angelegt. Dort wurden lediglich die Auswirkungen eines nach Rechtskraft der Scheidung auftretenden (vor- oder gleichrangigen) Unterhaltsanspruchs eines Kindes erörtert. Maßgebend für die Berücksichtigung dieser nachträglich entstandenen Zahlungspflicht bei der Bedarfsbemessung des früheren Ehegatten war für den BGH die Erwägung, dass der

geschiedene Ehegatte *nicht besser stehen solle, als er ohne die Scheidung stünde*.³⁷ Ohne eine Scheidung ist das Hinzutreten eines weiteren unterhaltspflichtigen Ehegatten jedoch ausgeschlossen (vgl. § 1306 BGB).³⁸ Möglich ist allerdings die Neubegründung eines Unterhaltsanspruchs nach § 1615 I BGB, welcher von seinen finanziellen Auswirkungen dem Ehegattenunterhalt gleichstehen kann.

b) Der vom BGH herangezogene *Halbteilungsgrundsatz*³⁹ erfordert ebenfalls keine Dreiteilung. Bislang wurde diesem Grundsatz entnommen, dass dem erwerbstätigen Unterhaltsschuldner ein die Hälfte seines bereinigten Nettoeinkommens maßvoll übersteigender Betrag verbleiben müsse. Daraus folgert der BGH, dass der Bedarf eines jeden Berechtigten nicht den Betrag überschreiten dürfe, welcher dem Pflichtigen zusteht. Unter dieser Prämisse kommt dem Erfordernis der „Prägung“ der ehelichen Lebensverhältnisse für bedarfsrelevante Veränderungen des Einkommens durch der Scheidung nachfolgende Umstände, welches bei der *Steigerung* der verfügbaren Mittel nach wie vor ausschlaggebend ist,⁴⁰ für später auftretende Zahlungspflichten und damit für eine *Minderung* des verteilungsfähigen Einkommens kaum mehr Bedeutung zu.⁴¹ Auch will nicht ohne weiteres einleuchten, weshalb der BGH bei der Bedarfsfeststellung in der Drei-Personen-Konstellation beim Unterhaltspflichtigen ansetzt. Letzterer ist durch den Mindestselbstbehalt von zur Zeit 1.000 € (siehe Ziff. I.4) ausreichend geschützt.⁴² Würde man den Bedarf hingegen ausgehend von den *prägenden* ehelichen Lebensverhältnissen der jeweiligen Unterhaltsberechtigten ermitteln, wichen die für die erste und zweite Ehefrau gefundenen Ergebnisse zwangsläufig voneinander ab. Der Bedarf der ersten Ehefrau wäre ohne Berücksichtigung der zweiten zu bestimmen (Halbteilungsgrundsatz). Bei der Berechnung des Bedarfs der Letztgenannten wäre demgegenüber die erste zu berücksichtigen, da der Verpflichtete im Zeitpunkt der zweiten Eheschließung bereits mit einer Unterhaltsverpflichtung vorbelastet war.⁴³ Nur dadurch würde dem Umstand Rechnung getragen, dass im maßgeblichen Zeitpunkt der Wiederheirat die frühere Ehefrau finanziell deutlich besser steht als die nachfolgende Ehefrau. Zwar erkennt auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung an, dass „ein unterschiedlicher Bedarf nach den

²⁵ Zu Recht kritisch: *Born*, NJW 2008, 1669, 1670; *Graba*, FamRZ 2008, 1217, 1222; *Grandel*, NJW 2008, 796, 797; *Maurer*, FamRZ 2008, 1985, 1986 f. Ebenso OLG Celle, FamRZ 2007, 1818, 1819 ff. Siehe aber Fn. 10.

²⁶ *Grandel*, NJW 2008, 796, 797.

²⁷ So noch BGHZ 166, 351, 362 = FamRZ 2006, 683, 686.

²⁸ So ausdrücklich BGH, MittBayNot 2009, 144 (in diesem Heft); FamRZ 2008, 968, 972 f.; a. A. *Palandt/Brudermüller*, § 1578 Rdnr. 54 (bei vorrangigem Unterhaltsanspruch der geschiedenen Ehefrau keine Gleichteilung). Aus diesem Grund kann dem BGH jedenfalls nicht der Vorwurf gemacht werden, er vermisse die Frage des Bedarfs mit der erst im Mangelfall auftretenden Rangfrage (so noch *Grandel*, NJW 2008, 796, 797).

²⁹ Vgl. insoweit BGH, MittBayNot 2009, 144 (in diesem Heft).

³⁰ Bei Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners kommt dem Vorrang der ersten Ehefrau (§ 1609 Nr. 2 BGB) keinerlei Bedeutung zu.

³¹ Vgl. BVerfG, FamRZ 2007, 965.

³² BT-Drucks. 16/1830, S. 1 f.

³³ Zu dieser Terminologie vgl. *Gerhardt* in *Wendl/Staudigl*, Das Unterhaltsrecht in der familiengerichtlichen Praxis, § 4 Rdnr. 391.

³⁴ XII ZR 9/07, Tz. 27 (bislang n.v.).

³⁵ BGH, MittBayNot 2009, 144 (in diesem Heft).

³⁶ BGHZ 166, 351 = FamRZ 2006, 683.

³⁷ BGHZ 171, 206 = FamRZ 2007, 793, 795; BGHZ 166, 351, 362 = FamRZ 2006, 683, 686.

³⁸ Ebenso *Schilling*, FF 2008, 279, 285.

³⁹ BGH, MittBayNot 2009, 144 (in diesem Heft). Vgl. hierzu auch BGHZ 166, 351, 362 = FamRZ 2006, 683, 686 m. w. N.

⁴⁰ An außergewöhnlichen Beförderungen des Pflichtigen soll der Unterhaltsberechtigte gerade nicht partizipieren (vgl. hierzu im Einzelnen *Palandt/Brudermüller*, § 1578 Rdnr. 22 ff. mit Beispielen). Vgl. hierzu auch Fn. 10. Nach einem aktuellen Urteil des BGH sind nacheheliche Einkommensteigerungen, die auf einem Karrieresprung beruhen, insoweit zu berücksichtigen, als sie neu hinzugekommene Unterhaltspflichten auffangen (Urt. v. 17.12.2008, XII ZR 9/07, Tz. 33, bislang n.v.).

⁴¹ *Maurer*, FamRZ 2008, 1919. Zweifeln hinsichtlich der grundsätzlich einheitlichen Bemessungsgrundlage für die Bedarfsermittlung aller Unterhaltsgläubiger: *Schürmann*, FamRZ 2008, 313, 325.

⁴² *Maurer*, FamRZ 2008, 1919, 1920.

⁴³ Freilich widerspräche eine Verteilung des verfügbaren Einkommens im Verhältnis 1:1 zwischen der ersten Ehefrau und den beiden gegenwärtigen Ehegatten der Zielsetzung der Unterhaltsreform. Denkbar wäre aber beispielsweise die Ermittlung des (rechnerischen) Bedarfs der ersten Ehefrau nach der Halbteilung und desjenigen der zweiten (vor- oder gleichrangigen) Ehefrau sowie des Pflichtigen nach der Drittelmethode. Da auf diese Weise mehr verteilt wurde als vorhanden ist, müsste der jeweilige Bedarf anteilig gekürzt werden. Zu anderen Bedarfsberechnungsmethoden vgl. *Grandel*, NJW 2008, 796, 798 ff.; *Schilling*, FF 2008, 279, 286 ff.; *Schürmann*, FamRZ 2008, 313, 324 f.

jeweiligen Lebensverhältnissen denkbar“ sei,⁴⁴ doch stellt sich diese Aussage in Anbetracht seiner nachfolgenden Ausführungen als bloßes Lippenbekenntnis heraus.⁴⁵

3. Schließlich weist die Ermittlung des Unterhaltsbedarfs der Ersthelferin nach § 1578 Abs. 1 BGB im Wege der Dreiteilung vor dem Hintergrund der durch das Unterhaltsrechtsreformgesetz eingefügten *obligatorischen* Herabsetzungs- und Befristungsbestimmung des § 1578 b BGB sowie der *stärkeren Betonung der Eigenverantwortlichkeit* in § 1569 BGB, welche sich unter anderem in der Verkürzung des Betreuungunterhalts (§ 1570 BGB) niederschlägt, eine überschießende Tendenz auf. Insbesondere die Herabsetzungsmöglichkeit bzw. -verpflichtung nach § 1578 b Abs. 1 BGB bietet ausreichend Raum für eine dem jeweiligen Einzelfall gerecht werdende Bemessung des Bedarfs. Dadurch würden eine pauschale Festlegung auf ein Drittel des verfügbaren Einkommens vermieden und der Aspekt des „ehebedingten Nachteils“ stärker in den Vordergrund gerückt, welcher insbesondere bei der (Inhalts- und Ausübungs-)Kontrolle ehevertraglicher Vereinbarungen ohnehin von wesentlicher Bedeutung ist.⁴⁶ Die Dreiteilung wird für die frühere Ehefrau häufig dazu führen, dass noch nicht einmal ein Ausgleich der ehebedingten Nachteile über die Bemessung des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs stattfindet. Werden hingegen ehebedingte Nachteile im Rahmen eines Ausschlusses bzw. einer Modifikation der gesetzlichen Scheidungsfolgen nicht hinreichend berücksichtigt, greift die Rechtsprechung konsequent in die (privatautonome) ehevertragliche Gestaltung ein. Diese Diskrepanz zwischen gesetzlichen Folgen und Reichweite der Vertragsfreiheit vermag nicht zu überzeugen. Insoweit erscheint eine Harmonisierung geboten. Abschließend ist zu bemerken, dass durch die erforderlichen Kontrollrechnungen (siehe Ziff. I.2) der der Unterhaltsreform zugrundeliegende Vereinfachungsgedanke nicht unerheblich relativiert wird.⁴⁷

III. Bestandskraft von Unterhaltsvereinbarungen?

Nach der Rechtsprechung des BGH vermindert sich durch das Hinzutreten eines neuen Ehegatten⁴⁸ in aller Regel der Bedarf

und damit auch der *gesetzliche* Unterhaltsanspruch des früheren Ehegatten. Daher werden durch einen *unverändert fortbestehenden – betragsmäßig bestimmten*, gegebenenfalls wertgesicherten – *vertraglichen* Unterhaltsanspruch des ersten Ehepartners⁴⁹ beschnitten. Solange der vereinbarte Unterhaltsanspruch nicht höher ist als der sich im Wege der Dreiteilung ergebende gesetzliche Anspruch des ersten Ehegatten, stellen sich allerdings ebenso wenig Probleme wie bei einer nach § 323 ZPO abänderbaren Unterhaltsvereinbarung. In beiden Fällen kann sich die vertragliche Zahlungspflicht entweder von vornherein nicht belastend für den hinzutretenden Ehegatten auswirken oder ist infolge der neu entstandenen Unterhaltspflicht herabzusetzen, so dass keine Nachteile für Letzteren entstehen.

Etwas anderes gilt hingegen, wenn der *vertragliche Unterhaltsanspruch* des ersten Ehegatten *unabänderlich ausgestaltet* ist,⁵⁰ und er den *gesetzlichen Anspruch nach der Dreiteilung übersteigt*.⁵¹ Trotz Hinzutretens einer weiteren Unterhaltslast besteht er in diesem Fall grundsätzlich unverändert fort. Damit wirkt sich die getroffene Unterhaltsabrede notwendig *zulasten des neuen Unterhaltsberechtigten und/oder des Unterhaltsschuldners* aus. Solange die Zweitehe Bestand hat und sich die Ehegatten auch nicht getrennt haben, treffen die Belastungen aus der Vereinbarung *beide gleichermaßen*, da lediglich ein Anspruch auf Familienunterhalt (§§ 1360 f. BGB) gegeben ist, kein Barunterhaltsanspruch. Die zweite Ehefrau hat jedenfalls in diesem Zeitraum die aus der Unterhaltsabrede resultierenden Nachteile, die Schlechterstellung gegenüber der Dreiteilung (gemeinsam mit dem Pflichtigen und etwaigen gemeinschaftlichen Kindern), zu tragen.

1. Wirksamkeitskontrolle, § 138 Abs. 1 BGB (1. Stufe der Inhaltskontrolle)

Mit Urteil vom 5.11.2008 hat der BGH entschieden, dass die Rechtsprechung zur *Inhaltskontrolle von Eheverträgen ebenso zugunsten des Unterhaltsverpflichteten* gilt.⁵² Im Falle einer evident einseitigen, durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigten und für den belasteten Ehegatten unzumutbaren Lastenverteilung kann dies zur Sittenwidrigkeit der Unterhaltsabrede nach § 138 Abs. 1 BGB gegeben ist. In dem der BGH-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt ging der vertraglich vereinbarte Anspruch *bereits bei Vertragsschluss* über das gesetzliche Maß hinaus. Zudem war bereits zu diesem Zeitpunkt für beide Parteien absehbar, dass dem Unterhaltsschuldner aufgrund der vertraglichen Zahlungspflicht weniger als das Existenzminimum verbleiben und er deshalb auf (ergänzende) Sozialleistungen angewiesen sein würde. Die darin liegende Verlagerung der wirtschaftlichen Risiken der Scheidung auf den Träger der Sozialhilfe verstößt gegen die guten Sitten,

⁴⁴ BGH, MittBayNot 2009, 144 (in diesem Heft).

⁴⁵ Anders als die Vorinstanz (OLG Karlsruhe, FamRZ 2007, 477 f.) hat der BGH in seinem Urteil vom 5.11.2008 den so verstandenen Halbteilungsgrundsatz jedenfalls nicht als Leitbild im Sinne eines unverzichtbaren Kerns des nachgelagerten Unterhalts angesehen (MittBayNot 2009, 152 [in diesem Heft]).

⁴⁶ Vgl. BGH, NJW 2008, 3426, 3428 (Inhaltskontrolle – Ausschluss Versorgungsausgleich bei Kinderbetreuung); NJW 2006, 3142, 3145 (Inhaltskontrolle – betragsmäßige Festlegung des Unterhaltsanspruchs ohne Wertsicherung + Schwangerschaft bei Vertragsschluss); NJW 2008, 1080, 1083 f. (Ausübungskontrolle); NJW 2005, 2386 (Inhalts- und Ausübungskontrolle); NJW 2005, 139, 140 (Ausübungskontrolle). Ebenso *Hahne* in Limmer, Scheidung, Trennung – Scheidungs- und Trennungsvereinbarungen, 2008, S. 8, 13 ff. Ausführlich hierzu: *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 2. Aufl. 2007, Rdnr. 532 ff., 668 ff. Der *topos* des „ehebedingten Nachteils“ nimmt auch im Übrigen in der jüngeren höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Unterhaltsrecht eine herausgehobene Stellung ein. So ist nach dem BGH eine lange Ehedauer im Sinne von § 1609 Nr. 2 BGB nur bei ehebedingten Nachteilen anzunehmen (FamRZ 2008, 1911, 1918, Tz. 66 = MittBayNot 2009, 144 [in diesem Heft]).

⁴⁷ So auch *Maurer*, FamRZ 2008, 1919, 1921.

⁴⁸ Bei einem nichtehelichen Elternteil als weiterem Unterhaltsgläubiger stellt sich die nachfolgend geschilderte Problematik in ähnlicher Weise. Zwar wirkt sich eine vertraglich begründete Zahlungspflicht gegenüber einem früheren Ehegatten nicht notwendig schon bei der Bedarfsbemessung aus. Derartige Zahlungspflichten sind aber jedenfalls auf der Ebene der Leistungsfähigkeit zu beachten. Aus Vereinfachungsgründen beschränken sich die folgenden Ausführungen auf das Konkurrenzverhältnis zwischen Ehegatten.

⁴⁹ Gleiches gilt gegebenenfalls für weitere, nachträglich hinzutretende Unterhaltsberechtigte (Kinder).

⁵⁰ Dadurch wird dem – häufig anzutreffenden – Wunsch der Vertragsteile nach endgültiger Klärung ihrer vermögensrechtlichen Beziehungen Rechnung getragen.

⁵¹ Angesichts dessen, dass im Zeitpunkt der Scheidungsfolgenvereinbarung die neue Unterhaltspflicht oftmals noch nicht begründet wurde, wird der vertragliche Anspruch nicht selten in Anlehnung an den Halbteilungsgrundsatz berechnet, so dass er bei Hinzutreten eines neuen Berechtigten regelmäßig höher sein wird als der dann bestehende gesetzliche Anspruch.

⁵² MittBayNot 2009, 152 (in diesem Heft). Vgl. hierzu auch *Pauling* in Wendt/Staudigl, Das Unterhaltsrecht in der familiengerichtlichen Praxis, § 6 Rdnr. 600 b f. m. w. N.

wenn nicht ausnahmsweise berechtigte Gründe für diese Gestaltung vorliegen.⁵³

a) Vorhersehbare Unterschreitung des Existenzminimums des Pflichtigen bzw. weiterer Unterhaltsberechtigter

In Anwendung dieser Grundsätze ist deshalb in der Vereinbarung einer unabänderlich ausgestalteten vertraglichen Unterhaltszahlungspflicht eine evident einseitige Lastenverteilung zu sehen, wenn der Verpflichtete deswegen *nicht mehr in der Lage* sein wird, seine *eigene Existenz zu sichern*. Das objektive Element der Sittenwidrigkeit liegt in der daraus resultierende *Belastung des Sozialhilfeträgers*. Bei Hinzutreten eines weiteren (unterhaltsberechtigten) Ehegatten steht die Hilfebedürftigkeit der durch die Eheschließung begründeten *Wirtschaftsgemeinschaft als Ganzes* in Rede (Familienunterhalt, §§ 1360 f. BGB).⁵⁴ Da das Sittenwidrigkeitsverdict auf den Aspekt „*Schädigung der Sozialhilfe*“ gestützt wird, macht es keinen Unterschied, ob der Pflichtige selbst oder ihm gegenüber unterhaltsberechtigte Dritte (Kinder, weiterer Ehegatte) aufgrund der das gesetzliche Maß (nunmehr) übersteigenden Zahlungspflicht auf Sozialleistungen angewiesen sind.⁵⁵ Bei der Beurteilung der Unterschreitung des Existenzminimums darf aber nicht allein auf das Einkommen des Pflichtigen abgestellt werden. Denn der zweite Ehegatte ist grundsätzlich zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verpflichtet, wenn das Einkommen des anderen zur Deckung des Familienunterhalts nicht ausreicht.⁵⁶ Eine derartige Verpflichtung kann allerdings entsprechend den zu § 1570 BGB geltenden Grundsätzen wegen Kinderbetreuung ausgeschlossen sein.

Wie der BGH in seiner Entscheidung vom 5.11.2008 betont hat, genügt die in der herbeigeführten Unterschreitung des Existenzminimums liegende evident einseitige Lastenverteilung allein nicht für die Bejahung der Sittenwidrigkeit. Bei der anzustellenden Gesamtwürdigung sind darüber hinaus *belastende subjektive Umstände* erforderlich.⁵⁷ Im Rahmen von familienrechtlichen Vereinbarungen spricht auch *keine tatsächliche Vermutung für eine verwerfliche Gesinnung des anderen Vertragsteils*.⁵⁸ Letztere wäre vielmehr konkret festzustellen. Bei der Fallgruppe „*Schädigung der Sozialhilfe*“ genügt in subjektiver Hinsicht die *Vorhersehbarkeit der Hilfebedürftigkeit* für beide Vertragsteile.⁵⁹ Insbesondere auf Seiten des ersten Ehegatten darf diese nicht leichtfertig angenommen werden. Weder die bloße Möglichkeit der Begründung weiterer Unterhaltspflichten noch konkrete Anhaltspunkte hierfür (fest geplante Hochzeit, Schwangerschaft der künftigen Frau) sind ausreichend für die Bejahung des subjektiven Elements. Anders als in dem vom BGH entschiedenen Fall (Unterschreitung des Existenzminimums des Ehegatten) ist

vorliegend eine dritte Person beteiligt, deren Einkommens- und Vermögensverhältnisse der früheren Ehefrau regelmäßig unbekannt sind. Ohne diese Informationen ist nicht ersichtlich, weshalb die Hilfebedürftigkeit der neuen Ehe für sie vorhersehbar gewesen sein sollte. Auf den Gesichtspunkt der Schädigung des Sozialhilfeträgers wird daher in dieser Konstellation nur ganz ausnahmsweise die Sittenwidrigkeit der Unterhaltsvereinbarung gestützt werden können.

b) Bloße Unterschreitung der gesetzlichen Verteilung nach der Dreiteilung?

Abgesehen von den vorstehend geschilderten Fälle der Herbeiführung der Sozialhilfebedürftigkeit könnte ein Sittenverstoß allgemein in der *Belastung der zweiten Ehefrau durch die Unterhaltsabrede* gesehen werden, da der neuen Ehe dadurch weniger verbleibt, als ihr nach der Dreiteilung zustünde („*Schädigung Dritter*“). Jedenfalls bei intakter (Zweit-)Ehe hat der neue Ehepartner die Nachteile der Unterhaltsvereinbarung (mit) zu tragen. In der Abweichung von der gesetzlich vorgesehenen Verteilung der finanziellen Mittel ist allerdings nach Ansicht des BGH keine evident einseitige Lastenverteilung zu sehen.⁶⁰ Vielmehr sind vertraglich begründete Unterhaltsschulden grundsätzlich *ebenso zu behandeln wie andere Verbindlichkeiten des Pflichtigen* auch. Der Berechtigte hat die aus der Minderung des verfügbaren Einkommens folgenden Nachteile hinzunehmen. Nicht jede Störung des Gerechtigkeitsempfindens kann als Grundlage des Sittenverstößes dienen. Bei wirtschaftlicher Betrachtung besteht für den neuen Ehegatten kein Unterschied, ob die Schulden aus einer Unterhaltsabrede oder der Eingehung einer sonstigen Verbindlichkeit, z. B. für Konsumzwecke resultieren. Auf diese Weise wird dem Ausnahmecharakter des Sittenwidrigkeitsverdicts Rechnung getragen.⁶¹ Ohne Belang ist insoweit, ob für den früheren Ehegatten die Begründung neuer Unterhaltspflichten vorhersehbar ist, da es schon am objektiven Element der Sittenwidrigkeit fehlt.⁶²

**2. Ausübungskontrolle, § 242 BGB
(2. Stufe der Inhaltskontrolle)**

Aufgrund der strengen Anforderungen an die Sittenwidrigkeit wird eine unabänderlich ausgestaltete Unterhaltsabrede, die sich am gesetzlichen Anspruch bei Vertragsschluss (Zwei-Personen-Konstellation) orientiert, in aller Regel nicht nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam sein. Man könnte aber bei Hinzutreten eines weiteren Unterhaltsberechtigten daran denken, die vertragliche *Zahlungspflicht im Wege der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB herabzusetzen*, da in der Unterhaltsvereinbarung unter Ausschluss der Abänderbarkeit i. S. v. § 323 ZPO eine Benachteiligung späterer Ehegatten angelegt ist, welche sich mit erneuter Eheschließung aktualisiert (*latente Benachteiligung Dritter*). Eine Inhaltskontrolle von Ehever-

⁵³ Vgl. BGH, MittBayNot 2009, 152 (in diesem Heft); BGHZ 86, 82, 90.

⁵⁴ Etwas anderes gilt bei einem hinzu gekommenen Berechtigten nach § 1615 I BGB. Da dem Pflichtigen gegenüber dem Barunterhaltsanspruch des nichtehelichen Elternteils sein Selbstbehalt zu verbleiben hat, droht in aller Regel allein die Hilfebedürftigkeit des Berechtigten nach § 1615 I BGB sowie des Kindes.

⁵⁵ Ohne Bedeutung ist insoweit, dass die Höhe des vertraglichen Anspruchs bei Vertragsschluss das gesetzliche Maß nicht überschritten hat (siehe Fn. 51), sofern bereits damals die Begründung weiterer Unterhaltspflichten für alle Beteiligten *ebenso konkret vorhersehbar* ist wie die dadurch hervorgerufene (oder gesteigerte) Sozialhilfebedürftigkeit.

⁵⁶ Palandt/Brudermüller, § 1360 Rdnr. 13.

⁵⁷ BGH, MittBayNot 2009, 152 (in diesem Heft) m. w. N.

⁵⁸ Näher hierzu BGH, MittBayNot 2009, 152 (in diesem Heft).

⁵⁹ BGH, MittBayNot 2009, 152 (in diesem Heft).

⁶⁰ MittBayNot 2009, 152 (in diesem Heft). Danach steht dem Unterhaltsberechtigten nach dem Halbteilungsgrundsatz nicht mehr zu als dem Pflichtigen verbleibt. Dies gilt in der Drei-Personen-Konstellation entsprechend (siehe oben Ziff. I.1.a).

⁶¹ Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, 13. Aufl. 1994, § 78 II 1 b = S. 451: *rechtsethisches Minimum*.

⁶² Außerhalb des Mangelfalls (Ziff. III.1.a) kann die Sittenwidrigkeit einer derartigen Unterhaltsvereinbarung aber z. B. darauf gestützt werden, dass der Pflichtige dadurch den *künftig hinzutretenden Berechtigten schädigen wollte*, was dem anderen Vertragsteil erkennbar war. Bei realistischer Betrachtung kommt die Eingehung einer derartigen Verpflichtung wohl nur in Betracht, wenn der Unterhaltsschuldner seine frühere Ehefrau (und damit mittelbar seine ehelichen Kinder) gegenüber einem voraussehbar alsbald hinzutretenden Berechtigten nach § 1615 I BGB besser stellen möchte.

trägen findet ebenfalls zugunsten des Unterhaltsverpflichteten statt. Wenngleich in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung bislang lediglich die Sittenwidrigkeit der Unterhaltsabrede thematisiert wurde, ist nicht ersichtlich, weshalb nicht im Grundsatz ebenso die Möglichkeit bestehen sollte, eine dem Unterhaltsschuldner nachteilige Vereinbarung infolge von dem Vertragsschluss nachfolgenden Entwicklungen im Wege der Ausübungskontrolle zu korrigieren.⁶³

a) Bloße Unterschreitung der gesetzlichen Verteilung nach der Dreiteilung?

Wurde die Abänderbarkeit vertraglich ausgeschlossen, sollen die ehelichen Lebensverhältnisse freilich nach dem Willen der Parteien gerade nicht fortgeschrieben werden. Möglicherweise ist hiervon jedoch dann eine Ausnahme zu machen, wenn sich der *Ausschluss* (auch) *zulasten einer an der Unterhaltsvereinbarung nicht beteiligten Person*, des neuen Unterhaltsgläubigers auswirkt. Zwar wurde die Ausübungskontrolle bisher – soweit ersichtlich – nur bei dem Unterhaltsberechtigten nachteiligen Vereinbarungen verwendet.⁶⁴ Ergab sich aus der Abbedingung der gesetzlichen Scheidungsfolgen „*im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe ... eine evident einseitige Lastenverteilung ..., die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten auch bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede sowie bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar ist*“, hatte eine Anpassung zu erfolgen. Dies wurde insbesondere dann angenommen, wenn „*die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zu Grunde liegenden Lebensplanung grundlegend [abgewichen ist]*“.⁶⁵

Im Unterschied zum soeben dargestellten Anwendungsbereich der Ausübungskontrolle ist in der vorliegenden Konstellation *keine einvernehmliche Änderung* der Lebensplanung erfolgt, sondern die Begründung neuer Unterhaltspflichten beruht auf einem *einseitigen* (wenn auch nicht pflichtwidrigem) Entschluss des Unterhaltsschuldners. Zudem hat die Änderung der maßgeblichen tatsächlichen Umstände nicht während, sondern *erst nach der Ehe* stattgefunden, so dass eine Anknüpfung an die eheliche Solidarität ausscheidet. Lediglich mit Blick auf die (allerdings nur latente) Benachteiligung Dritter ließe sich eine Korrektur rechtfertigen. Die *Belastung Dritter*, vor allem der gemeinsamen Kinder, stellt schon bislang einen Hauptanwendungsfall der Ausübungskontrolle dar.⁶⁶

Gegen eine Anwendung der Ausübungskontrolle sprechen aber neben den oben dargestellten noch weitere gewichtige Argumente. Es besteht ein *kategorialer Unterschied* zwischen einem vertraglichen und einem gesetzlichen Unterhaltsanspruch. Nach den Entscheidungen des BGH vom 30.7.2008 und 1.10.2008 ist das Vertrauen des Berechtigten in den ungeschmälernten Fortbestand des *gesetzlichen* Unterhaltsanspruchs nicht geschützt (wandelbare eheliche Lebensverhältnisse). Gleiches gilt hingegen nicht für vertragliche Zahlungsansprüche,

bei denen die Abänderbarkeit nach § 323 ZPO ausgeschlossen ist. Hier ist das Vertrauen des Anspruchsinhabers in den Fortbestand der Zahlungspflicht schutzwürdig. Zudem liegt in jeder Eingehung einer vertraglichen Verpflichtung des Unterhaltsschuldners eine latente Benachteiligung später hinzutretender Unterhaltsberechtigter. Wollte man die Anpassung auf diesen Gesichtspunkt stützen, würde der Grundsatz *pacta sunt servanda* für Dauerschuldverhältnisse erheblich ausgehöhlt. Weshalb vertragliche Unterhaltsverbindlichkeiten anders zu behandeln sein sollten als sonstige Schulden ist nicht ersichtlich. Somit ist kein Raum für eine Korrektur der vertraglichen Unterhaltspflicht allein wegen Hinzutretens eines weiteren unterhaltsberechtigten Ehegatten.

b) Unterschreitung des Existenzminimums des Pflichtigen bzw. weiterer Unterhaltsberechtigter

Vor dem Hintergrund der Entscheidung des BGH vom 5.11.2008 könnte man eine Ausnahme von der grundsätzlichen Nichtanwendbarkeit der Ausübungskontrolle für den Fall erwägen, dass der Pflichtige bzw. die weiteren ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten infolge der sich (nachträglich) als gegenüber dem gesetzlichen Maß überhöhten Zahlungspflicht auf Sozialleistungen angewiesen sind. Danach stellt sich die Berufung des ersten Ehegatten auf den Ausschluss der Abänderbarkeit möglicherweise als rechtsmissbräuchlich dar, mit der Folge, dass das verfügbare Nettoeinkommen des Pflichtigen vom Gericht unter Berücksichtigung der berechtigten Belange aller Beteiligten (Rangverhältnis; gesetzlicher Unterhaltsanspruch; schutzwürdiges Vertrauen in den Bestand der vertraglichen Vereinbarung, insbesondere aufgrund anderweitiger Kompensation – Übertragung von Vermögenswerten, Verzicht auf Zugewinn, Versorgungsausgleich) aufzuteilen wäre.

Eine derartige Ausnahme ist allerdings nicht gerechtfertigt. Es besteht kein relevanter Unterschied zwischen einer latenten Benachteiligung weiterer Unterhaltsgläubiger und des Sozialhilfeträgers. Letzterer ist nicht in gesteigertem Maße schutzwürdig. Schon bisher wurde der Aspekt der Schädigung Dritter im Rahmen der Inhaltskontrolle ausschließlich auf der ersten Stufe relevant. Latente Benachteiligungen, die sich erst nachträglich aktualisiert haben, blieben gänzlich ohne Auswirkungen. Im Falle der nachträglichen Überforderung des Schuldners wird dieser abschließend durch den Pfändungsschutz (§§ 850 c ff. ZPO) und das Insolvenzrecht (Restschuldbefreiung, §§ 286 ff. InsO) geschützt. Eine nachträgliche Korrektur vertraglich begründeter Zahlungspflichten nach § 242 BGB kann deshalb selbst im Falle der Unterschreitung des Existenzminimums nicht darauf gestützt werden, dass auf Seiten des Schuldners nach Vertragsschluss weitere Unterhaltslasten entstanden sind.

IV. Fazit

1. Der *gesetzliche* Unterhaltsanspruch des früheren Ehegatten wird künftig durch das Hinzutreten weiterer Unterhaltspflichtigen (Kinder, neuer Ehegatte, nichtehelicher Elternteil) nach rechtskräftiger Scheidung beeinflusst. Der Bedarf mehrerer unterhaltsberechtigter (früherer bzw. gegenwärtiger) Ehegatten bestimmt sich im Wege der gleichmäßigen Verteilung des gesamten unterhaltsrelevanten Nettoeinkommens aller Beteiligten zuzüglich des steuerlichen Splittingvorteils sowie sonstiger familienbezogener Zuschläge (*Gleichteilung*).

2. Anders stellt sich die Situation hingegen bei einem *vertraglich* begründeten Unterhaltsanspruch dar. Sofern dieser

⁶³ Vgl. hierzu *Pauling* in Wendl/Staudigl, Das Unterhaltsrecht in der familiengerichtlichen Praxis, § 6 Rdnr. 600 b f. m. w. N., der dies befürwortet.

⁶⁴ Näher zur Ausübungskontrolle: *Bergschneider*, Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen, 2008, S. 98 ff.; *Pauling* in Wendl/Staudigl, Das Unterhaltsrecht in der familiengerichtlichen Praxis, § 6 Rdnr. 609 ff.

⁶⁵ BGH, NJW 2007, 904, 905.

⁶⁶ Vgl. BGH, NJW-RR 1997, 897 f.; NJW 1995, 1148 f.; NJW 1992, 3164, 3165 f.; *Palandt/Brudermüller*, § 1408 Rdnr. 12.

unabänderlich ausgestaltet ist (Ausschluss der Abänderbarkeit nach § 323 ZPO), besteht er trotz Hinzutretens eines neuen Ehepartners sowie gegebenenfalls von Kindern unverändert fort und führt zu einer Abweichung von der Dreiteilung. Dies haben die hierdurch belasteten Personen, der Pflichtige und der neue Unterhaltsgläubiger, hinzunehmen. Vom Ausnahmefall einer durch die Unterhaltsabrede vorher-

sehbar herbeigeführten Sozialhilfebedürftigkeit des Unterhaltsschuldners respektive der Wirtschaftsgemeinschaft „Zweitehe“ abgesehen hat die Vereinbarung Bestand. Weder führt die Wirksamkeitskontrolle (§ 138 Abs. 1 BGB) zu einer Vernichtung der vertraglichen Zahlungspflicht noch kommt eine höhenmäßige Anpassung im Wege der Ausübungskontrolle (§ 242 BGB) in Betracht.

Die Sicherung des Erwerbers oder Treugebers eines Geschäftsanteils durch eine aufschiebend bedingte Abtretung nach Inkrafttreten des MoMiG

Von Notar Dr. Gerald Weigl, Schwabmünchen

Der durch das MoMiG neu geschaffene Gutgläubenserwerb gemäß § 16 GmbHG schafft neue Fragen bei der Absicherung des Erwerbers beim Kauf von Geschäftsanteilen bzw. des Treugebers beim Treuhandvertrag; nachfolgend wird versucht, Antworten und Gestaltungshinweise zu geben.

I. Problematik

§ 16 Abs. 3 GmbHG i. d. F. des MoMiG begründet nunmehr erstmals die Möglichkeit, einen Geschäftsanteil gutgläubig erwerben zu können. Ziel dieser Regelung war vor allem die Schaffung einer größeren Rechtssicherheit beim Anteilserwerb. Die Neuregelung führt jedoch zu einigen neuen Fragestellungen, insbesondere im Zusammenhang mit aufschiebend bedingten Anteilsübertragungen.¹ Hierzu zunächst folgender

Ausgangsfall:

Der Alleingesellschafter einer GmbH, V, möchte in den Ruhestand treten und seine GmbH „optimal“ verkaufen. Er verkauft daher zur notariellen Urkunde am 5.1.2009 seine GmbH-Beteiligung um 9.00 Uhr vor dem Notar A an K 1 und nochmals um 16.00 Uhr vor dem Notar B an K 2, jeweils mit sofortiger Wirkung und unbedingt und zum Kaufpreis von 500.000 €. Die Kaufpreise sind jeweils am 7.1.2009 fällig und werden dementsprechend am 7.1.2009 angewiesen. Die Notare A und B übersenden jeweils am 7.1.2009 die jeweilige berichtigte Gesellschafterliste an das Registergericht. Der Rechtspfleger ist irritiert, die Käufer nach Hinweis des Rechtspflegers ebenso, und V zufrieden irgendwo in Südamerika.

Da sich Schadensersatzansprüche gegen V nur schwer realisieren lassen, stellt sich primär die Frage, wer nun eigentlich die GmbH-Beteiligung erworben hat. Zur Klärung weiterer Risiken des Anteilserwerbers folgende

1. Abwandlung des Ausgangsfalls:

Die Abtretung an K 1 erfolgt im vorliegenden Fall aufschiebend bedingt durch die Kaufpreiszahlung. Die Kaufpreiszahlung (Kontogutschrift) erfolgt am 8.1.2009.

Und zur weiteren Verdeutlichung von Risiken des Treugebers bei der Treuhand an einer GmbH-Beteiligung folgende

2. Abwandlung des Ausgangsfalls:

V war tatsächlich nur Treuhänder der GmbH-Beteiligung; Treugeber war und ist seit Jahren T, zu dessen Gunsten im notariellen Treuhandvertrag eine aufschiebend bedingte Abtretung für den Fall der Beendigung des Treuhandverhältnisses vereinbart wurde, wobei die Veräußerung der Beteiligung ohne Zustimmung des T ohne weiteres die Beendigung des Treuhandvertrags zur Folge haben sollte.

II. Rechtslage

1. Lösung des Ausgangsfalls

Klar ist im Ausgangspunkt, dass infolge der ersten Beurkundung um 9.00 Uhr K 1 die GmbH-Beteiligung von V erworben hat. Allerdings könnte K 1 die GmbH-Beteiligung durch die Beurkundung um 16.00 Uhr an den gutgläubigen K 2 wieder verloren haben, wobei hier davon ausgegangen werden soll, dass V vor den Beurkundungen in der beim Registergericht hinterlegten Liste schon seit Jahren als alleiniger Inhaber der GmbH-Beteiligung eingetragen war. Die Übergangsvorschrift des § 3 Abs. 3 EGGmbHG stünde im Hinblick auf ihren begrenzten Anwendungsbereich dem Gutgläubenserwerb im Januar 2009 nicht entgegen.² § 16 Abs. 3 Satz 2 GmbHG ermöglicht einen gutgläubigen Erwerb aber nicht, wenn die Liste „weniger als drei Jahre unrichtig und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist.“

Im vorliegenden Fall ist die Liste nur wenige Stunden unrichtig. Die Unrichtigkeit ist dem Berechtigten K 1 auch nicht zuzurechnen, weil es praktisch kaum möglich ist, die berichtigte Liste schon einige Stunden später im Handelsregister

¹ Vgl. hierzu *Vossius*, DB 2007, 2299; *Mayer*, DNotZ 2008, 403, 415 ff.; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 393 ff.; *Wälzholz*, MittBayNot 2008, 425, 436; *Klöckner*, NZG 2008, 841; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894; *Preuss*, ZGR 2008, 676; *Reymann*, WM 2008, 2095, 2097. Vgl. auch DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2008, 185.

² § 3 Abs. 3 EGGmbHG und die dort vorgesehene hinausgeschobene Anwendbarkeit des § 16 Abs. 3 GmbHG bezieht sich nur auf Fälle einer am 1.11.2008 bestehenden Unrichtigkeit der Liste (s. u. Ziff. 4 und dort Fn. 10).

aufzunehmen.³ Aus diesem Grund verbleibt es auch nach neuem Recht beim Anteilserwerb des K 1. Daran würde sich im Übrigen nichts ändern, wenn K 2 seine Eintragung in der beim Handelsregister aufgenommenen Liste erreichen würde; damit würde lediglich die Möglichkeit für einen Gutgläubenserwerb bei einer späteren Veräußerung durch K 2 geschaffen.

2. Lösung der 1. Abwandlung

Durch die vereinbarte Bedingung (Eingang des Kaufpreises) konnte K 1 nicht schon am 5.1.2009 die Beteiligung erwerben, sondern frühestens am Tag des Bedingungseintritts, dem 8.1.2009. Da V am 5.1.2009 noch Inhaber der Beteiligung war, erwarb jedoch K 2 am 5.1.2009 durch die Beurkundung um 16.00 Uhr die Beteiligung des V.

Fraglich ist jedoch, ob K 2 die Beteiligung am 8.1.2009 bei Bedingungseintritt an K 1 verloren hat. Die insoweit relevanten Voraussetzungen des § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB (den K 1 beeinträchtigende Verfügung in der Schwebezeit) liegen ohne weiteres vor. Allerdings könnte K 2 die Beteiligung nach § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG gutgläubig frei von dem Anwartschaftsrecht des K 1 aus dessen aufschiebend bedingtem Erwerb erworben haben.

Die Anwendbarkeit des § 16 Abs. 3 GmbHG auf einen solchen Fall ist allerdings umstritten. Teils wird sie ohne weiteres bejaht,⁴ teils wird sie abgelehnt.⁵ Allgemein zur Anwendbarkeit von Gutgläubensvorschriften im Rahmen des § 161 Abs. 3 BGB findet sich die Aussage: „Wenn der Erwerber das Recht kraft guten Glaubens auch von einem Nichtberechtigten hätte erwerben können, ist er beim Erwerb vom (noch) Berechtigten erst recht schutzwürdig, vorausgesetzt, dass er hinsichtlich der Beschränkungen der Verfügungsmacht gutgläubig war.“⁶

Wendet man diesen Gedanken auf den vorliegenden Fall an, ergibt sich: Wäre K 1 zum Zeitpunkt der Beurkundung mit K 2 bereits wahrer Inhaber der Beteiligung gewesen, hätte K 2 nicht gutgläubig erwerben können (siehe oben Ziff. 1). Anders wäre dies wohl allenfalls dann zu beurteilen, wenn die Schwebezeit bis zum Bedingungseintritt schon länger als drei Jahre angedauert hätte (vgl. hierzu nachfolgend Ziff. 3) oder die „Unrichtigkeit“ der Liste K 1 zuzurechnen wäre (vgl. § 16 Abs. 3 Satz 2 GmbHG und oben Ziff. 1).

Da die Liste allerdings in der Schwebezeit tatsächlich richtig ist, könnte man K 1 die fehlende Aussagekraft der Liste hinsichtlich des Anwartschaftsrechts aus der aufschiebend bedingten Abtretung nur zurechnen, wenn man dieses Anwartschaftsrecht in der Liste verlautbaren könnte bzw. müsste. Von den Befürwortern der Anwendbarkeit des § 16 Abs. 3 GmbHG im Rahmen des § 161 Abs. 3 BGB wird in solchen Fällen die Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 16 Abs. 3 Sätze 3 ff. GmbHG für möglich gehalten.⁷ Primäre Zielrich-

tung des Widerspruchs ist allerdings nach der gesetzlichen Ausgestaltung die Vermeidung eines gutgläubigen Erwerbs bei einer *unrichtigen* Liste. In der Schwebezeit einer aufschiebend bedingten Abtretung ist die Liste allerdings nicht unrichtig, sondern lediglich ihre Aussagekraft beschränkt, so dass der Widerspruch, der sich gemäß § 16 Abs. 3 Satz 4 GmbHG a. E. gegen die (aktuelle) Berechtigung des eingetragenen Inhabers richten muss, selbst unrichtig wäre. Im Übrigen wurde vom Gesetzgeber wohl bewusst in Kauf genommen, dass gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG kein Gutgläubenserwerb hinsichtlich der Freiheit von irgendwelchen Belastungen eines Geschäftsanteils oder von Verfügungsbeschränkungen möglich ist.⁸ Es kann deshalb keine generelle Verpflichtung oder Obliegenheit eines aufschiebend bedingten Erwerbers zur Eintragung eines Widerspruchs (gegen eine *richtige* – nur in ihrer Aussagekraft beschränkten – Liste!) angenommen werden, um eine Zurechnung i. S. d. § 16 Abs. 3 Satz 2 GmbHG zu vermeiden.⁹

Daher sprechen in der 1. Abwandlung des Ausgangsfalls m. E. die überzeugenderen Gründe dafür, nach Bedingungseintritt den K 1 als Inhaber der Beteiligung anzusehen.

An diesem Ergebnis würde sich im Übrigen auch nichts ändern, wenn K 2 noch vor Bedingungseintritt als Inhaber des betreffenden Anteils in die beim Handelsregister aufgenommene Liste eingetragen würde. Dies könnte den Erwerb des K 1 mit Bedingungseintritt nicht verhindern, da K 1 den Anteil von V als Berechtigtem gemäß § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB erwirbt und nicht auf einen Gutgläubenserwerb angewiesen ist.

3. Lösung der 2. Abwandlung

Hier stellt sich die Frage, ob der Treugeber mit der Veräußerung an K 1 bzw. K 2 Inhaber der Beteiligung aufgrund des im Treuhandvertrag vereinbarten aufschiebend bedingten Erwerbs geworden ist. Dies wäre nur dann nicht der Fall, wenn K 1 oder K 2 die Beteiligung gutgläubig nach § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG erworben hätten.

Dies kommt nach den Überlegungen in vorstehend Ziff. 2 eigentlich allenfalls dann in Betracht, wenn der aufschiebend bedingte Erwerb des T vor mehr als drei Jahren erfolgt ist, der Treuhandvertrag also schon vor mehr als drei Jahren vereinbart wurde. Begründen könnte man dies mit der Überlegung, dass ohne weiteres ein gutgläubiger Erwerb von K 1 bzw. K 2 möglich wäre, wenn T den Anteil schon vor drei Jahren erworben hätte, aber nicht in der Liste eingetragen wäre. Skepsis mit einer Gleichstellung der beiden Fälle ergibt sich freilich daraus, dass es im letzteren Fall in der Hand des T gelegen hätte, eine berichtigte Liste beim Handelsregister einzureichen bzw. einreichen zu lassen, während es im ersten Fall des aufschiebend bedingten Erwerbs allenfalls die Möglichkeit eines Widerspruchs geben würde, dessen unmittelbarer Anwendungsbereich aber eigentlich gar nicht eröffnet ist (vgl. oben Ziff. 2). Außerdem erscheint die Anknüpfung daran, wie lange die Schwebezeit hinsichtlich der aufschie-

³ Vgl. Mayer, DNotZ 2008, 421; Wicke, GmbHG, 2008, § 16 Rdnr. 22.

⁴ So (jedoch jeweils ohne nähere Begründung) Vossius, DB 2007, 2301; Wachter, ZNotP 2008, 396 f. (mit Gestaltungsüberlegungen); Klöckner, NZG 2008, 842 (tendiert jedoch zwischenzeitlich dem Vernehmen nach zur gegenteiligen Meinung); Reymann, WM 2008, 2097.

⁵ So Preuss, ZGR 2008, 691 f.; v. Hoyerberg in Münchener Vertragshandbuch, Wirtschaftsrecht I, Band 2, 6. Aufl. 2009, Muster IV. 3, 4, Anm. 57.

⁶ Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 161 Rdnr. 3.

⁷ Vgl. Vossius, DB 2007, 2301; Wachter, ZNotP 2008, 396 f.; Wicke, GmbHG, § 16 Rdnr. 20; siehe auch Wälzholz, MittBayNot 2008, 425, 436.

⁸ Vgl. Mayer, DNotZ 2008, 417 f.; Klöckner, NZG 2008, 845; Vossius, DB 2007, 2302 f. (dieser bei Verfügungsbeschränkungen teilweise einen Gutgläubenserwerb bejahend, vgl. z. B. dort Beispiel 10); differenzierend auch Wicke, GmbHG, § 16 Rdnr. 20. Grundsätzlich a. A. wohl nur Reymann, WM 2008, 2095, der eine erhebliche analoge Ausweitung des § 16 Abs. 3 GmbHG vorschlägt; dies dürfte freilich nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, der trotz verschiedener Vorschläge zur Erweiterung des Anwendungsbereichs des Gutgläubenserwerbs im Gesetzgebungsverfahren diese nicht aufgegriffen hat.

⁹ So auch Preuss, ZGR 2008, 692.

bend bedingten Abtretung schon besteht (länger oder kürzer als drei Jahre), auch deshalb wenig überzeugend, weil dann in derartigen Fällen konsequenterweise die Möglichkeit bestehen müsste, dass die Beteiligten des Treuhandvertrags immer kurz vor Ablauf der drei Jahre die aufschiebend bedingte Abtretung aufheben und sodann wieder neu vereinbaren könnten, so dass dann die Dreijahresfrist immer wieder erneut zu laufen begänne.

Vor diesem Hintergrund macht es m. E. wenig Sinn, überhaupt die Möglichkeit eines Gutgläubenserwerbs nach § 16 Abs. 3 GmbHG im Rahmen des § 161 Abs. 3 BGB anzunehmen. Im Ergebnis wäre T, folgt man der hier vertretenen Auffassung, durch die aufschiebend bedingte Übertragung ausreichend gesichert, K 1 und K 2 können die treuhänderische Beteiligung nicht gutgläubig erwerben.

4. Weitere Fallkonstellationen und Problemfelder des § 16 Abs. 3 GmbHG

Weitere Unklarheiten des § 16 Abs. 3 GmbHG zeigen sich, wenn man von folgender weiterer Abwandlung des Ausgangsfalls ausgeht und den Sachverhalt etwas in die Zukunft verschiebt (z. B. Januar 2012), so dass der Anwendungsbereich des § 16 Abs. 3 GmbHG trotz der Übergangsvorschrift des § 3 Abs. 3 EGGmbHG auch hier eröffnet ist:

Abwandlung:

V war tatsächlich gar nicht Inhaber der GmbH-Beteiligung, aber schon länger als drei Jahre in der beim Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen (z. B. als vermeintlicher Erbe der Beteiligung oder infolge einer – unerkannt unwirksamen – Anteilsabtretung).¹⁰

a) In der vorstehenden Abwandlung des Ausgangsfalls erwirbt K 1 die GmbH-Beteiligung zunächst gutgläubig von V.

aa) Fraglich ist, ob K 1 die GmbH-Beteiligung durch einen gutgläubigen Erwerb von K 2 wieder verliert. Vom Wortlaut des § 16 Abs. 3 GmbHG ausgehend wäre ein solcher gutgläubiger Folgerwerb nicht von vornherein ausgeschlossen, da beim Erwerb des K 2 der Verkäufer V als Inhaber in die Liste eingetragen war und die Liste bereits länger als drei Jahre unrichtig ist (Stichwort: *mehrfache Unrichtigkeit der Liste*).¹¹ Zweifel an der Richtigkeit dieses Ergebnisses ergeben sich daraus, dass K 1 in diesem Fall keine reelle Möglichkeit hätte, sich vor dem Verlust seines Anteils zu schützen und sich ein gewisser Wertungswiderspruch zur Lösung des Ausgangsfalls (oben Ziff. 1) und zur nachfolgend unter b) behandelten Konstellation ergeben würde. Richtigerweise wird man daher § 16 Abs. 3 GmbHG so verstehen müssen, dass er einen Gutgläubenserwerb nur in den Fällen ermöglicht, in denen bei unterstellter Richtigkeit der Liste ein Gutgläubenserwerb möglich

ist. Da auch bei einer tatsächlichen Inhaberschaft des V ein Gutgläubenserwerb des K 2 nicht möglich wäre (vgl. oben Ziff. 1), scheidet dann auch in der vorstehenden Abwandlung ein Gutgläubenserwerb des K 2 aus. Es bleibt daher beim Gutgläubenserwerb des K 1. Anders wäre dies, wenn K 2 die Beteiligung zu einem Zeitpunkt erwerben würde, in dem K 1 die Unrichtigkeit der Liste zuzurechnen wäre, dieser also nicht zeitnah zu seinem Erwerb die Liste berichtigt hätte.

bb) Wie wäre es nun, wenn es K 2 gelänge, sich vor K 1 in die beim Handelsregister aufgenommene Liste eintragen zu lassen, und K 2 sofort danach die Beteiligung an einen gutgläubigen K 3 weiterveräußern würde? Eindeutig wäre hier die Antwort wohl nur, wenn man K 1 die Unrichtigkeit der Liste zurechnen könnte, weil die Weitergabe der auf K 1 berichtigten Liste nicht in zumutbarer Zeit erfolgte. Ist dies im Einzelfall nicht zu bejahen (der Notar von K 1 hat die Liste zeitnah, aber einige Stunden später als der Notar von K 2, an das Registergericht weitergeleitet), kann K 3 nur dann gutgläubig erwerben, wenn bei der Berechnung des Dreijahreszeitraums der Unrichtigkeit der Liste der Zeitraum, in dem V unrichtig eingetragen war, mit berücksichtigt wird (Stichwort: *mehrfache Unrichtigkeit einer Liste*)¹² – ein wertungsmäßig allerdings zweifelhaftes Ergebnis.

b) Kombiniert man die obige Abwandlung mit der 1. Abwandlung des Ausgangsfalls (V ist nur „Listenberechtigter“, K 1 erwirbt aufschiebend bedingt durch Kaufpreiszahlung), dürfte es im Grundsatz bei dem Ergebnis der 1. Abwandlung, wie oben in Ziff. 2 skizziert bleiben, also beim (gutgläubigen) Erwerb des K 1 mit Bedingungseintritt, jedoch mit folgender Besonderheit:

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Gutgläubigkeit i. S. d. § 16 Abs. 3 GmbHG ist im Grundsatz die Wirksamkeit der Abtretung. Nur wenn es sich bei einer aufschiebend bedingten Anteilsabtretung um einen letztlich nicht von den Vertragsteilen beeinflussbaren Bedingungseintritt handelt, z. B. Antrag auf kartellrechtliche Genehmigung, soll stattdessen auf die Einleitung des Bedingungseintritts abzustellen sein.¹³ Erfolgt eine Anteilsübertragung aufschiebend bedingt durch Kaufpreiszahlung, muss daher der Erwerber auch bei Bezahlung noch gutgläubig sein; ein Gutgläubenserwerb scheidet zudem aus, wenn die bisher unrichtige Liste vor einem solchen Bedingungseintritt berichtigt wurde. Ist K 2 bei der Kaufpreiszahlung des K 1 schon in der beim Handelsregister aufgenommenen Liste eingetragen, kann K 1 die GmbH-Beteiligung deshalb nicht mehr gutgläubig erwerben; hier liegt ein Unterschied zum Ergebnis in der 1. Abwandlung gemäß oben Ziff. 2.

c) aa) Kombiniert man die vorstehende Abwandlung mit der 2. Abwandlung des Ausgangsfalls (V ist nur „Listenberechtigter“ und hat die Beteiligung schon aufschiebend bedingt an den Treugeber T abgetreten), muss es m. E. im Grundsatz ebenfalls bei dem in Ziff. 3 skizzierten Ergebnis verbleiben, so dass T den Anteil mit Veräußerung an K 1 bzw. K 2 erwirbt. Ein Gutgläubenserwerb von K 1 oder K 2 scheidet aus.

bb) Wird K 1 (oder K 2) aufgrund der Veräußerung durch V in

¹⁰ Im Unterschied zu dem Ausgangsfall gemäß vorstehend Ziff. 1 – 3 ist hier die Liste bereits bei Inkrafttreten des MoMiG unrichtig, so dass einem Gutgläubenserwerb von K 1 (und ebenso von K 2) Anfang 2009 die Übergangsvorschrift des § 3 Abs. 3 EGGmbHG entgegen stünde, wonach bei einer zum 1.11.2008 bestehenden Unrichtigkeit der beim Handelsregister eingereichten Liste ein Gutgläubenserwerb frühestens ab dem 1.5.2008 bzw. 1.11.2011 (je nachdem, ob die Unrichtigkeit dem wahren Inhaber zuzurechnen ist oder nicht) erfolgen kann.

¹¹ Bei mehrfacher Unrichtigkeit der Liste soll im Grundsatz auf den erstmaligen Zeitpunkt der Unrichtigkeit (hier also der Eintragung des V) abzustellen sein, vgl. Mayer, DNotZ 2008, 420 f. (mit Hinweis auf die Begründung des Regierungsentwurfs); ferner Vossius, DB 2007, 2302 f. (Bsp. 12); Götz/Bressler, NZG 2007, 897. Vgl. hierzu noch nachfolgend im Text.

¹² So wohl im Grundsatz die derzeit überwiegende Auffassung, vgl. hierzu bereits Fn. 11 m. w. N.

¹³ Vgl. Mayer, DNotZ 2008, 421 f.; Wachter, ZNotP 2008, 396. Götz/Bressler, NZG 2007, 898 f., weisen zu Recht darauf hin, dass die vereinbarten Bedingungen i. d. R. zugleich Fälligkeitsvoraussetzungen für die Kaufpreiszahlung sind, an die wiederum die Wirksamkeit der Anteilsabtretung geknüpft ist. Praktisch wird es deshalb meistens auf die Gutgläubigkeit bei der Kaufpreiszahlung ankommen.

die beim Handelsregister aufgenommene Liste eingetragen und veräußert den Anteil später an einen gutgläubigen Erwerber E weiter, stellt sich wiederum die Frage, ob dieser den Anteil nur dann gutgläubig erwerben kann, wenn die Veräußerung durch K 1 (oder K 2) mehr als drei Jahre nach dem Erwerb (und damit dem Bedingungseintritt) erfolgt (vgl. auch oben a) oder – wenn die Veräußerung zu einem früheren Zeitpunkt erfolgt – dem T der Bedingungseintritt früher bekannt geworden ist und er nicht unverzüglich die Liste berichtigen hat lassen. Dies führt wiederum zur Folgefrage, ob bei einer mehrfachen Veräußerung durch Nichtberechtigte bei der Frage der Berechnung der Dreijahresfrist in jedem Fall auf die Gesamtdauer der Listenunrichtigkeit abzustellen ist (siehe zur mehrfachen Unrichtigkeit einer Liste bereits oben a) – dies harrt m. E. noch einer näheren Klärung.

cc) Wie steht es aber mit dem Gutgläubenserwerb von T, wenn vor Bedingungseintritt statt V der wahre Inhaber in die zum Handelsregister aufgenommene Liste eingetragen würde oder T von der Unrichtigkeit der Eintragung des V Kenntnis erlangen würde? Dies führt zu der Frage, zu welchem Zeitpunkt T gutgläubig sein bzw. die Liste unrichtig sein muss: bei Vereinbarung der Treuhand oder bei Bedingungseintritt. Die unter vorstehend b) genannte Auffassung, wonach es bei der Gutgläubigkeit bei einem nicht von den Vertragsteilen beeinflussbaren Bedingungseintritt auf die Einleitung des Bedingungseintritts ankommt, führt hier zu Subsumtionsschwierigkeiten, denn der Bedingungseintritt ist von V, jedoch nicht von T beeinflussbar. Ob man hier den wahren Inhaber oder T als schutzwürdiger ansieht, ist m. E. wiederum eine nicht einfach zu entscheidende Wertungsfrage.

III. Ergebnis und Folgerungen für die Praxis

1. Ergebnis für den Gutgläubenserwerb bei aufschiebend bedingter Abtretung

Die Möglichkeit zum Gutgläubenserwerb gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG schützt nach der hier vertretenen Auffassung nicht vor einer bereits erfolgten aufschiebend bedingten Abtretung. Das Anwartschaftsrecht des aufschiebend bedingten Erwerbers ist im Ergebnis der Belastung eines Anteils gleichgestellt, bei der ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb ebenfalls nicht möglich ist. Auf den ersten Blick mag dies überraschen, da der aufschiebend bedingte Erwerber dann „besser“ geschützt ist als ein wahrer Inhaber, der nicht in der Liste eingetragen ist. Dies liegt allerdings in der Konsequenz des § 16 Abs. 3 Satz 2 GmbHG begründet sowie darin, dass eine Eintragung von Belastungen oder eines aufschiebend bedingten Erwerbs als solchem in der Liste gesetzlich nicht vorgesehen ist.

Ist der aufschiebend bedingte Erwerber allerdings selbst auf einen Gutgläubenserwerb angewiesen, kann dieser aus verschiedenen Gründen scheitern (vgl. Ziff. II. 4. b) und c). Im Vergleich zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten des MoMiG bedeutet dies aber keine Verschlechterung für den Erwerber/Treugeber. Daraus folgt, dass die bisherige Praxis bei Geschäftsanteilsverkäufen und Treuhandverträgen sowie der „M & A“-Gestaltung insoweit unverändert bestehen bleiben und die aufschiebend bedingte Abtretung als wirksames Sicherungsinstrument einsetzen kann.

2. „Widerspruchslösung“

Da hierzu aber teilweise auch eine andere Meinung vertreten wird (siehe oben Ziff. II. 2.), kann der auf größtmögliche Sicherheit bedachte Vertragsgestalter zusätzliche Sicherungen des Anteilserwerbers bzw. des Treugebers in Betracht ziehen,

solange sich die hier vertretene Ansicht nicht eindeutig durchgesetzt hat. Unter diesem Aspekt könnte letztlich wieder an die Möglichkeit der Eintragung eines Widerspruchs in die Liste gedacht werden (siehe oben Ziff. 2). Hält man nämlich einen Gutgläubenserwerb gegenüber einem aufschiebend bedingten Erwerber für möglich, ist es fast zwingend, diesem eine Abwehrmöglichkeit dagegen einzuräumen – und da bleibt nach der gesetzlichen Ausgestaltung eigentlich nur ein solcher Widerspruch. Dies würde dann freilich bei Treuhandverträgen dazu führen, dass ein solcher Widerspruch während der gesamten Laufzeit der Treuhand und damit ggs. jahrelang in der Liste aufrechtgehalten werden muss. Weder das Registergericht noch die Vertragsteile der Treuhand wird dies begeistern.

Die Eintragung eines solchen Widerspruchs, der nach hier vertretender Auffassung – das sei noch mal klargestellt – eigentlich unnötig ist, schafft allerdings auch neue Probleme:

a) Das Gesetz behandelt z. B. nicht die Frage, wann bzw. auf wessen Veranlassung ein Widerspruch zu löschen ist. Eingetragen wird der Widerspruch auf Bewilligung des „Listeberechtigten“, hier also des Verkäufers; die Löschung darf dann allerdings nicht mehr in seiner Hand liegen, weil er dann die dadurch bewirkte Sicherung des Käufers jederzeit wieder zunichte machen könnte. Empfohlen wird deshalb, die Löschung bereits bei der Bewilligung des Widerspruchs zu regeln, und zwar in der Form, dass der Erwerber bzw. ggf. der hiermit beauftragte Notar lösungsberechtigt sein soll.¹⁴ Dies führt weiter zu der m. E. naheliegenden Überlegung, dass ein Widerspruch jeweils auf einen konkreten Widerspruchsbegünstigten bzw. stattdessen oder ergänzend auch auf einen konkreten Widerspruchssachverhalt bezogen sein muss.¹⁵ Dies sollte auch bei der Formulierung eines Widerspruchs beachtet werden, zugleich muss dann konsequenterweise das Registergericht bei Eintragung eines Widerspruchs zumindest durch Bezugnahme den Widerspruchsbegünstigten bzw. den konkreten Widerspruchssachverhalt erkennen lassen.

b) Hingewiesen wird des Weiteren darauf, dass die Eintragung eines Widerspruchs einen möglichen Gutgläubenserwerb des Erwerbers, zu dessen Gunsten der Widerspruch eingetragen wird, verhindern kann.¹⁶ Daran ist zwar richtig, dass ein Widerspruch nach § 16 Abs. 3 GmbHG einem Gutgläubenserwerb im Grundsatz entgegensteht. Bezieht man allerdings richtigerweise den Widerspruch auf einen konkreten Sachverhalt bzw. auf einen Widerspruchsbegünstigten, ist keineswegs mehr selbstverständlich, dass dann ein Gutgläubenserwerb generell ausgeschlossen ist; naheliegend ist vielmehr, dass ein Gutgläubenserwerb nur insoweit ausgeschlossen ist, wie auch der Widerspruch reicht. Ein Widerspruch zugunsten eines Erwerbers kann dann dessen eigenem Gutgläubenserwerb nicht entgegenstehen.

c) Bei Anwendung der Widerspruchsgestaltung könnte einem Erwerber fälschlich die Möglichkeit eines rechtssicheren Erwerbs suggeriert werden; ein solcher ist auch nach MoMiG nicht möglich und nicht zu gestalten. Der Notar sollte ggf. hierauf hinweisen.

¹⁴ Vgl. Wachter, ZNotP 2008, 397 (mit Formulierungsvorschlag); Klöckner, NZG 2008, 842. Nachteilig an diesen Vorschlägen ist, dass dann der Abtretungsvertrag zumindest auszugsweise beim Registergericht eingereicht werden muss; um dies zu vermeiden, könnte die Löschungserklärung ggf. „ausgelagert“ werden.

¹⁵ Vgl. auch Wicke, NotBZ 2009, 1, 15.

¹⁶ Vgl. Wachter, ZNotP 2008, 397; Wälzholz, MittBayNot 2008, 425, 436 (mit dem für mich etwas unklaren Lösungsvorschlag, wonach der Widerspruch erst nach Erwerb durch den Käufer erfolgen soll); a. A. Wicke, NotBZ 2009, 1, 15.

3. Alternative Sicherungen

Beim Unternehmenskauf lassen sich außer der Sicherung des Erwerbers durch eine aufschiebend bedingte Abtretung ggf. noch andere Sicherungsmöglichkeiten finden, z. B. die unbedingte Abtretung an den Erwerber verbunden mit einer Rückverpfändung des Anteils an den Veräußerer oder einer auflösenden Bedingung bei Rücktritt wegen Zahlungsverzugs. Aber auch diese weisen gewisse Nachteile bzw. Probleme auf, welche die Sicherung durch aufschiebend bedingte Abtretung nicht ohne weiteres ersetzen können.¹⁷

Eine weitere Möglichkeit wäre die sofortige sicherungsweise Übertragung der GmbH-Beteiligung auf eine zwischen Veräußerer und Erwerber übergangsweise ins Leben gerufene Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), welche die Beteiligung bis zum vereinbarten Übergangsstichtag treuhänderisch für den Veräußerer und danach treuhänderisch für den Erwerber hält, wobei der Veräußerer dann mit der vorgesehenen Kaufpreiszahlung vereinbarungsgemäß aus der GbR ausscheidet. Hier könnte dann unmittelbar nach Beurkundung des Anteilsverkaufs eine auf die GbR berichtigte Liste eingereicht werden und nach Ausscheiden des Veräußerers die auf den Erwerber berichtigte Liste.

Bei Treuhandverträgen könnte eine vollständige Absicherung des Treugebers gegen treuhandwidrige Verfügungen allerdings wohl nur erreicht werden, wenn der Treugeber Mitgesellschafter der GbR wird und als solcher in der Liste miteingetragen wird¹⁸ – eine für den Treugeber unter Geheimhaltungsgesichtspunkten meist nicht erwünschte Lösung!

4. Gestaltung der aufschiebend bedingten Abtretung

Bei der Formulierung einer aufschiebend bedingten Anteilsabtretung sollte der Bedingungseintritt und dessen Nachweis sorgfältig formuliert werden, um dem Notar die Ausstellung der Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 GmbHG nicht unnötig zu erschweren¹⁹, z. B.:

Formulierungsvorschlag:

Der Veräußerer tritt hiermit den/die gemäß Ziff. II. verkauften Geschäftsanteil/e an den Erwerber ab. Die Abtretung erfolgt aufschiebend bedingt durch den Eingang des vollständigen Kaufpreises beim Veräußerer, spätestens jedoch mit dem Eingang der nachfolgend genannten Mitteilung. Der Erwerber nimmt die Abtretung an. Der Veräußerer hat dem Notar den Zeitpunkt des Eingangs der Kaufpreiszahlung bzw. ggf. den Verzicht auf diesen Bedingungseintritt unverzüglich mitzuteilen.

5. Bedeutung der Listeneinreichung

Der Ausgangssachverhalt zeigt schließlich, wie wichtig eine unverzügliche Einreichung einer neuen Liste beim Handelsregister nach einer Anteilsabtretung im Einzelfall sein kann. Immerhin kann man nicht völlig ausschließen, dass Gerichte schon bei nicht allzu großen Verzögerungen die zwischenzeit-

liche Unrichtigkeit der Liste dem Erwerber zurechnen und dann einen gutgläubigen Erwerb nach § 16 Abs. 3 Satz 2 GmbHG bejahen könnten. In einem solchen Fall könnte dann sogar dem Notar eine Haftung wegen zu später Einreichung drohen. Aus diesem Grund sollte der Büroablauf im Notariat künftig eine möglichst kurze Einreichungszeit sicherstellen.

6. Bedeutung der Listeneinsicht

An Bedeutung wird die Einsicht in die beim Handelsregister aufgenommene Liste gewinnen: Legt der Erwerber Wert auf die Möglichkeit eines Gutgläubenserwerbs, sollte möglichst kurz vor Beurkundung noch eine Einsicht in die beim Handelsregister eingereichte Liste vorgenommen werden. Zwar kommt es für den Gutgläubenserwerb nicht auf eine konkrete Einsichtnahme des gutgläubigen Erwerbers in die Liste an,²⁰ doch hindert eine kurz vor Beurkundung erfolgte Berichtigung einer falschen Liste einen diesbezüglichen Gutgläubenserwerb.

Bei einem aufschiebend bedingten Erwerb kann sich dementsprechend eine Listeneinsicht nochmals unmittelbar vor der Kaufpreiszahlung empfehlen (vgl. Ziff. II. 4. b). Denkbar wäre zudem eine Vereinbarung, wonach die Kaufpreiszahlung an eine unmittelbar vor die Zahlung erfolgte „positive“ Einsichtnahme in die beim Registergericht aufgenommene Liste anknüpft, da dann eindeutig festgestellt werden kann, ob eine etwaige unrichtige Eintragung des Veräußerers bis dahin noch berichtigt wurde. Beauftragt werden könnte mit der Einsichtnahme auch der beurkundende Notar; ergänzt werden könnte dies ggf. mit einer entsprechenden notariellen Fälligkeitsmitteilung.²¹ Nach der Aufnahme der neuen Liste in das Handelsregister kann der betreffende Erwerber einen Ausdruck (quasi als Vollzugsmitteilung) erhalten; es sollte allerdings seitens des Notars nicht der irrtümliche Glaube hervorgerufen werden, dass die Eintragung in der Liste einen gesicherten Erwerb gewährleistet.

Ein Treugeber kann bei Zweifeln an der tatsächlichen Rechtsinhaberschaft des Treuhänders in regelmäßigen Abständen prüfen, ob der Treuhänder noch in der Liste als Inhaber aufgeführt ist; damit kann nach einer etwaigen Listenberichtigung rechtzeitig ein Ersatzanspruch gegen den Treuhänder geltend gemacht bzw. evtl. ein etwaiger Rechtsverlust bei zweifacher Weiterveräußerung vermieden werden (vgl. oben Ziff. II. 4. c).

Es besteht freilich auch kein Anlass, künftig zum „Listeneinsichts-Fetischist“ zu werden. Nach aller Erfahrung ändert sich der Listeneintrag zwischen der Ersteinsicht und der Eintragung des Erwerbers nur selten, auch ein krimineller „Doppelverkauf“ kommt kaum vor. Der wesentliche Unterschied zum Immobilienverkehr liegt darin, dass das Grundbuch auch Auskunft über die zwischenzeitliche Eintragung von Belastungen und Verfügungsbeschränkungen gibt, die Einsicht in die Gesellschafterliste hat damit nicht den Stellenwert einer Einsicht in das Grundbuch. Vor Pfändungen von Gläubigern des Anteilsveräußerers bzw. des Treuhänders ist der aufschiebend bedingte Erwerber/Treugeber genauso geschützt wie bisher.²²

Da auch nach Inkrafttreten des MoMiG ein rechtssicherer Anteilserwerb nicht gestaltbar ist, bleibt als wesentliche Absicherung des Anteilskäufers auch künftig die Rechtsmängelhaftung bzw. Garantien des Verkäufers.²³

¹⁷ Die Verpfändung gibt dem Veräußerer nur ein Verwertungsrecht. Bei der auflösend bedingten Rückübertragung geht das Stimmrecht sofort mit der Abtretung an den Erwerber auf diesen über; außerdem stellt sich dann für den Veräußerer wiederum die Frage, ob und inwieweit die bedingte Rückabtretung gutgläubensfest ist.

¹⁸ Lässt sich der Treugeber nicht als Mitgesellschafter in die Liste eintragen, droht gutgläubiger Erwerb bei treuhandwidrigen Verfügungen, vgl. *Vossius*, DB 2007, 2302.

¹⁹ Vgl. *Tebben*, RNotZ 2008, 452 f.

²⁰ *Wachter*, ZNotP 2008, 395.

²¹ Ähnlich *Wachter*, ZNotP 2008, 397 (zu einer notariellen Fälligkeitsmitteilung bei der „Widerspruchslösung“).

²² Vgl. *Vossius*, DB 2007, 2301.

²³ Vgl. *Klößner*, NZG 2008, 843; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 899.

IV. Zusammenfassung

Die Neuregelung des § 16 Abs. 3 GmbHG schafft verschiedene neue Probleme und Unklarheiten. Auch wenn der Veräußerer schon mehr als drei Jahre in der Gesellschafterliste eingetragen ist und der Erwerber dann an dessen Stelle in diese eingetragen wird, lässt sich für den Erwerber nicht mit Sicherheit feststellen, ob er tatsächlich Inhaber der Beteiligung geworden ist. Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Erleichterung der due diligence wird nur eingeschränkt erreicht. Ein für den Anteilserwerber vergleichbar mit einem Immobilienkäufer gesicherter Erwerb kann nicht gestaltet werden; auch § 16 Abs. 3 GmbHG bietet hierfür keine ausreichende Grundlage, sondern ermöglicht lediglich in (nicht wirklich steuerbaren) Einzelfällen einen Gutgläubenserwerb. Bei der Gestaltung von Anteilsverkäufen und Treuhandverträgen besteht deshalb kein Anlass für grundlegende Änderungen; der Notar sollte hier jedoch vermeiden, für den Anteilserwerber eine größere Erwerbssicherheit zu suggerieren, als sie tatsächlich besteht.

Will ein Anteilserwerber ganz sicher gehen, dass ihm sein erworbenener Anteil von niemanden später streitig gemacht wird, bleibt ihm – wie bisher – die Möglichkeit einer anschließenden Verschmelzung der erworbenen GmbH auf eine andere GmbH, deren Inhaberschaft dann eindeutig ist.

Unglücklich braucht man über die Neuregelung alles in allem nicht zu sein. Die Aussagekraft der Gesellschafterliste wurde (auch für die Frage der Stimmberechtigung) gestärkt, bestehende Gestaltungsmöglichkeiten – zumindest nach hier vertretener Auffassung – nicht verbaut und Erwerbsrisiken (wenn auch nur in eingeschränktem Maß) vermindert, bei Letzterem vorausgesetzt, dass bei einer Anteilsübertragung die neue Liste unverzüglich ans Registergericht weitergeleitet wird.

Wer mit der Neuregelung trotzdem „unglücklich“ ist, muss entweder auf eine Korrektur des Gesetzgebers warten oder nimmt diese im Wege „richterlicher Rechtsfortbildung“ vorweg und gestaltet § 16 Abs. 3 GmbHG durch großzügige Analogien zu einem allgemeinen Gutgläubenserwerb aus, verbunden mit einer grundbuchähnlichen Gesellschafterliste, in die auch Belastungen und Verfügungsbeschränkungen eintragbar sind.²⁴ Dies ist zwar mit klassischer Auslegung und Rechtsmethodik kaum darstellbar, aber seitdem der BGH auf vergleichbare Weise z. B. trotz ganz unterschiedlicher gesetzlicher Regelungssysteme die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in weiten Teilen der OHG gleichgestellt hat, muss man einräumen: „Nichts ist unmöglich“.

24 In diese Richtung *Reymann*, WM 2008, 2095. Dem Willen des Gesetzgebers dürfte dies freilich nicht entsprechen, vgl. bereits oben Fn. 8.

Das Eigenheimrentengesetz in der notariellen Praxis

Von Notar Dipl.-Kfm. Dr. *Andreas Nachreiner*, Mühldorf am Inn

Mit dem Eigenheimrentengesetz wird die selbstbewohnte Immobilie als Altersvorsorge im Rahmen der sog. „Riester-Rente“ gefördert. Nachfolgender Beitrag gibt einen Überblick über die neuen Regelungen.

1. Überblick

Das „Gesetz zur verbesserten Einbeziehung der selbstgenutzten Wohnimmobilie in die geförderte Altersvorsorge (Eigenheimrentengesetz – EigRentG)“¹ ist am 1.8.2008 in Kraft getreten. Ziel ist ausweislich des Gesetzentwurfs die „Erhöhung des Verbreitungsgrades und der Attraktivität der steuerlich geförderten Altersvorsorge“.² Dies soll durch Anwendung der Vorschriften über die sog. „Riester-Rente“, die in § 10 a EStG verankert ist, auf selbst genutzte eigene Wohnimmobilien und Genossenschaftswohnungen ermöglicht werden. Das Gesetz gilt für den gesamten Veranlagungszeitraum 2008.

Begründet wird das Gesetz damit, dass die Bildung von Wohneigentum bisher nicht begünstigt ist, obwohl das „mietfreie Wohnen im Alter“ eine Art der Altersvorsorge darstelle.³ Das durch das Gesetz eingeführte Eigenheimrentenmodell übernimmt die Systematik der „Riester-Rente“ insofern, als eine Förderung des Wohneigentums bis zur Auszahlungsphase mit einer nachgelagerten Besteuerung in der Auszahlungsphase einhergeht. Kern der Vorschrift bilden die geänderten §§ 92 a und 92 b EStG, die nicht zu einer Vereinfachung des Steuerrechts beitragen, ist doch § 92 a EStG immerhin fast drei DIN-A4-Seiten lang.

Schon bisher wurde durch § 92 a EStG das Eigenheim gefördert. Kapital aus einem gefördertem Altersvorsorgevertrag konnte danach zwar für das Eigenheim verwendet werden, musste aber in regelmäßigen Beträgen bis zum Beginn der Auszahlungsphase wieder zurückgezahlt werden. Diese Rückzahlungspflicht ist jetzt entfallen. Außerdem durfte der entnommene Betrag nur zur Anschaffung eingesetzt werden, während er nunmehr auch zur Entschuldung verwendet werden darf.⁴

2. Einzelheiten

Förderberechtigt sind – wie grundsätzlich bei der Altersvorsorgezulage – gemäß §§ 79 Satz 1, 10 a EStG nur in der gesetzlichen Rentenversicherung Pflichtversicherte und Beamte⁵ bzw. Steuerpflichtige, die pflichtversichert waren und die eine Rente wegen voller Erwerbsminderung oder Erwerbsunfähigkeit oder eine Versorgung wegen Dienstunfähigkeit beziehen.⁶ Begünstigt sind nur Wohnungen im Inland, die dem Berechtigten als Hauptwohnsitz dienen und die dessen Lebensmittel-

1 BGBl I, S. 1509.

2 BR-Drucks. 239/08, S. 1.

3 BR-Drucks. 239/08, S. 24.

4 Zur bisherigen Eigenheimförderung vgl. *Nachreiner*, MittBayNot 2002, 148.

5 Sowie die übrigen in § 10 a Abs. 1 Satz 1 EStG aufgeführten Gruppen.

6 § 92 a Abs. 1 Satz 2 EStG.

punkt darstellen.⁷ Auch die Anschaffung eines Miteigentumsanteils reicht aus.⁸ Ebenso können Dauerwohnrechte gefördert werden.⁹

Konkret werden zwei Förderansätze eingeführt: Zum einen können bis zu 75 %¹⁰ oder 100 % des in einem Altersvorsorgevertrag angesparten steuerlich geförderten Altersvorsorgevermögens für die Anschaffung, Herstellung¹¹ oder zur Entschuldung¹² einer selbstgenutzten Wohnimmobilie oder für den Erwerb von Genossenschaftsanteilen¹³ verwendet werden. Zum anderen werden zur Tilgung eines für eine Wohnimmobilie aufgenommenen Darlehen eingesetzte Mittel als Altersvorsorgebeiträge steuerlich gefördert. Zu diesem Zweck wurden Darlehensverträge in den Kreis der zertifizierbaren – und somit von der Finanzverwaltung als förderungsfähig anzuerkennenden – Altersvorsorgeverträge aufgenommen. Förderungsfähig sind reine Darlehensverträge,¹⁴ Kombinationen aus Spar- und Darlehensverträgen¹⁵ und Vorfinanzierungsverträge,¹⁶ bei denen bei Vertragsabschluss vereinbart wird, dass das Sparkapital zur Darlehenstilgung eingesetzt wird.¹⁷ Voraussetzung für die Zertifizierung ist in jedem Fall, dass die Darlehensgewährung nur bei einer wohnungswirtschaftlichen Verwendung i. S. d. § 92 a Abs. 1 Satz 1 EStG erfolgt. Auch Bausparverträge können in Form zertifizierter Altersvorsorgeverträge ausgegeben werden.¹⁸

Entscheidet sich der Förderberechtigte für die erste Alternative, muss er den Betrag, der aus einem Altersvorsorgebetrag ausgezahlt wird, zwar auf das Eigenheim verwenden, diesen aber nicht wieder in den Vertrag einzahlen, um die Förderung nicht zu verlieren. Bei Abschluss eines geförderten Altersvorsorgevertrages muss sich der Sparer noch nicht entscheiden, ob er später Wohneigentum anschaffen will.

Will er sofort gefördertes Wohneigentum erwerben, so bietet sich die zweite Alternative an, indem er einen geförderten Darlehensvertrag abschließt. Bei der zweiten Alternative werden die Tilgungsbeiträge gefördert, so dass neben den Tilgungsbeiträgen keine weiteren Altersvorsorgebeiträge geleistet werden müssen, um die steuerliche Förderung zu erhalten.

In der „Ansparphase“, egal ob Beiträge in einen Altersvorsorgevertrag oder Darlehenstilgungsbeiträge geleistet werden, erhält der Berechtigte die gesetzliche Zulage¹⁹ bzw. werden diese Beiträge steuerfrei gestellt, wenn sich im Rahmen der Einkommensteuererklärung herausstellt, dass dies für den Berechtigten günstiger ist. Darlehenszinsen werden nicht geför-

dert.²⁰ Die Zulage wird von der Zulagestelle direkt an den Darlehensgläubiger überwiesen. Eine Auszahlung an den Berechtigten ist nicht möglich.²¹

In der „Auszahlungsphase“ – dieser Begriff passt in diesem Fall mangels regelmäßiger Auszahlungen nicht – werden die sich aus den Beiträgen (im Fall eines Altersvorsorgevertrags) bzw. Tilgungsleistungen (im Fall eines Darlehensvertrags), Zulagen und Erträgen ergebenden Leistungen besteuert. Die Auszahlungsphase beginnt zwischen der Vollendung des 60. und des 68. Lebensjahres, regelmäßig mit Vollendung des 67. Lebensjahres.²² Die nachgelagerte Besteuerung erfolgt in beiden oben dargestellten Fällen durch die Bildung eines fiktiven Wohnförderkontos, das vom Anbieter zu führen ist. Auf diesem „Konto“ wird das in der Immobilie gebundene, steuerlich geförderte Kapital erfasst. Es bildet die Grundlage für die spätere nachgelagerte Besteuerung. Eine Besteuerung des Nutzwerts erfolgt nicht.

Die auf dem zu bildenden Wohnförderkonto laufend erfassten Beiträge werden bis zur Auszahlungsphase jährlich um 2 % erhöht, um einen Gleichlauf mit anderen Anlageprodukten zu erreichen und um den Vorteil der Nutzung der geförderten Immobilie schon vor Beginn der Auszahlungsphase, also vor Eintritt in den Ruhestand, gegenüber anderen Vorsorgeformen auszugleichen.²³ Die jährliche nachgelagerte Besteuerung erfolgt über einen Zeitraum von 17 bis 25 Jahren, je nachdem, wann die Auszahlungsphase beginnt. Mit Vollendung des 85. Lebensjahres ist die nachgelagerte Besteuerung abgeschlossen.²⁴ Statt jährlicher Besteuerung in der Auszahlungsphase kann der Förderberechtigte eine einmalige Besteuerung von 70 % des in der Immobilie gebundenen steuerlich geförderten Kapitals wählen.²⁵ Er muss dann aber für einen Zeitraum von mindestens 20 Jahren das geförderte Kapital der Altersversorgung belassen.

Der Stand des Wohnförderkontos kann jederzeit verringert werden, indem der Berechtigte einen Betrag auf einen Altersvorsorgevertrag einzahlt.²⁶ Dieser Betrag wird nicht noch einmal steuerlich gefördert. Statt der nachgelagerten Besteuerung auf Grundlage des Wohnförderkontos sind dann die Auszahlungen aus dem neuen Vertrag zu versteuern.²⁷

Wird die Immobilie nicht mehr selbst genutzt, so wird das auf dem Wohnförderkonto gesammelte Kapital – ohne Progressionsmilderung – auf einmal besteuert.²⁸ Eine Rückzahlung der Zulagen bzw. des Steuervorteils ist nicht vorgesehen.²⁹ Der auf dem Wohnförderkonto gebuchte Betrag kann aber förderunschädlich auf eine weitere förderfähige Wohnung verwendet³⁰ oder auf andere begünstigte Vorsorgeformen, z. B. einen Altersvorsorgevertrag eingezahlt werden.³¹ In diesem Fall kann der Begünstigte die ursprüngliche Förderung behalten,

⁷ Wohnungen von Angehörigen des Zulageberechtigten sind nicht förderfähig.

⁸ Myßen/Fischer, NWB Fach 3, S. 15117, 15129.

⁹ § 92 a Abs. 1 Satz 4 EStG.

¹⁰ Mit dieser Begrenzung soll verhindert werden, dass kleine Beträge in den Vorsorgeverträgen verbleiben, die für die Anbieter relativ hohe Verwaltungskosten verursachen. Vgl. Melchior, DStR 2008, 1405, 1406.

¹¹ § 92 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG.

¹² § 92 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG.

¹³ § 92 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG.

¹⁴ § 1 Abs. 1 a Satz 1 Nr. 1 AltZertG.

¹⁵ § 1 Abs. 1 a Satz 1 Nr. 2 AltZertG.

¹⁶ § 1 Abs. 1 a Satz 1 Nr. 3 AltZertG.

¹⁷ Vgl. Myßen/Fischer, NWB Fach 3, S. 15120.

¹⁸ Myßen/Fischer, NWB Fach 3, S. 15120; Melchior, DStR 2008, 1405, 1406.

¹⁹ Grundzulage in Höhe von jährlich 154 € und ggf. Kinderzulagen von 185 € bzw. 300 €, einmalig um 200 € erhöhte Grundzulage bei Förderberechtigten bis zum 25. Lebensjahr.

²⁰ Myßen/Fischer, NWB Fach 3, S. 15122.

²¹ Myßen/Fischer, NWB Fach 3, S. 15122.

²² § 92 a Abs. 2 Satz 5 Hs. 2 und 3; Melchior, DStR 2008, 1405.

²³ Vgl. die Begründung zu § 22 Nr. 5 Satz 4 EStG, BR-Drucks. 293/08, S. 38.

²⁴ § 22 Nr. 5 Satz 4 Alt. 1 i. V. m. § 92 a Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 und Satz 5 EStG.

²⁵ § 22 Nr. 5 Satz 5 i. V. m. § 92 a Abs. 2 Satz 6 EStG.

²⁶ § 92 a Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 EStG.

²⁷ Vgl. Myßen/Fischer, NWB Fach 3, S. 15131.

²⁸ § 22 Nr. 5 Satz 4 Alt. 2 i. V. m. § 92 a Abs. 3 Satz 5 EStG.

²⁹ Der Gesetzgeber rechnet offenbar damit, dass die Steuer auf das aufzulösende Wohnförderkonto mindestens genauso hoch ist wie die Summe der erhaltenen Zulagen bzw. gezogenen Steuervorteile.

³⁰ § 92 a Abs. 3 Satz 9 Nr. 1 EStG.

³¹ § 92 a Abs. 3 Satz 9 Nr. 2 EStG.

erhält aber für die Einzahlung keine nochmalige Förderung. Die Auszahlungen aus diesem Vertrag werden dann nachgelagert versteuert.

Eine unschädliche lebzeitige Übertragung der Wohnung samt Förderung auf Ehegatten oder Kinder ist nicht vorgesehen. Es spricht aber meines Erachtens nichts dagegen, das Eigentum unter Vorbehalt eines Nießbrauchs oder Wohnungsrechts auf Dritte zu übertragen, da die vorgenannten negativen Folgen nur an die Aufgabe der Nutzung zu eigenen Wohnzwecken, nicht aber an den Wechsel der Eigentümerstellung anknüpfen.

Verstirbt der Berechtigte vor vollständiger Rückführung des Wohnförderkontos, so ist der Restbetrag in dessen letzter Einkommensteuererklärung zu versteuern. Bei zusammenveranlagten Ehegatten kann jedoch der Ehegatte des verstorbenen Zulageberechtigten steuerunschädlich die Wohnung weiter selbst nutzen.³² Es wurde auch eine Sonderregelung für den Fall der richterlichen Zuweisung der Ehewohnung gemäß § 1361 b BGB³³ und eines beruflich bedingten Umzugs eingefügt.³⁴ Eine weitergehende Regelung, wonach auch die außergerichtliche Einigung der Ehegatten über die Wohnung anerkannt würde, fehlt. Es muss also immer der Weg über die richterliche Entscheidung gegangen werden; eine notarielle Scheidungsvereinbarung genügt nicht.

3. Relevanz für die notarielle Praxis

Nach der bisherigen Rechtslage bestand eine Verpflichtung des Berechtigten, die gewährten Zulagen und Steuervorteile bei einer schädlichen Verwendung zurückzuzahlen, für die unter bestimmten Voraussetzungen der Anbieter haftbar war. Denkbar war daher, dass sich der Anbieter gegen dieses Haftungsrisiko durch Eintragung eines Grundpfandrechts absichert.³⁵ Nachdem die Rückzahlungsverpflichtung und somit eine mögliche Haftung des Anbieters nunmehr entfallen sind, besteht auch kein Sicherungsbedürfnis mehr für den Anbieter.

Wird die Förderung durch Zulagen zu einem Darlehensvertrag in Anspruch genommen, wird regelmäßig der Anbieter zur Darlehenssicherung wie bei anderen Immobilienkrediten

auch die Eintragung einer Grundschuld auf dem Objekt verlangen. Während die Darlehensbestimmungen den Vorschriften der §§ 79 ff. EStG und dem Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz entsprechen müssen, ergeben sich für die Grundschuld keine Besonderheiten.

Wer ein Freund vieler Hinweise in notariellen Urkunden ist, mag in Kaufverträgen einen Hinweis aufnehmen, dass eine Sofortbesteuerung des auf dem Wohnförderkonto angesammelten Betrages droht, wenn der Berechtigte ein gefördertes Objekt nicht mehr zu eigenen Wohnzwecken nutzt. Verpflichtet ist der Notar hierzu freilich nicht, selbst wenn er Kenntnis davon hat, dass Gegenstand des Kaufvertrages ein gefördertes Objekt ist. Den Notar trifft keine steuerliche Belehrungspflicht.³⁶

Der Berechtigte hat gegenüber der zentralen Stelle – die Deutsche Rentenversicherung Bund³⁷ – die Anschaffung eines geförderten Objekts nachzuweisen. Hat also ein Käufer vor, das erworbene Objekt zum Gegenstand der Altersvorsorgeförderung zu verwenden und teilt er dies dem Notar mit, kann im Urkundsverteiler eine Abschrift des Kaufvertrages für die zentrale Stelle vorgesehen werden.

Am Rande seien noch die Folgen einer Zwangsversteigerung eines geförderten Objekts erwähnt: Das geförderte Altersvorsorgevermögen einschließlich Erträgen und Zulagen ist zwar nach § 97 EStG nicht übertragbar und damit auch nicht pfändbar (§ 851 Abs. 1 ZPO). Dieser Ausschluss bezieht sich jedoch nur auf Sparvermögen, nicht auf das in einer Immobilie gebundene Vermögen, auch wenn dieses teilweise steuerlich gefördert wurde. Wird in eine solche Immobilie im Rahmen der Zwangsversteigerung verwertet, handelt es sich um eine schädliche Verwendung im Sinne der Fördervorschriften. Der Zulageberechtigte hat dann das geförderte Kapital zu versteuern.³⁸

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass der Notar die Grundprinzipien der Eigenheimzulage kennen sollte, um etwaige Fragen der Beteiligten im Vorfeld einer Kaufvertragsbeurkundung einordnen zu können. Inwieweit das Eigenheimrentengesetz für Notare in der Praxis Auswirkungen haben wird, bleibt abzuwarten.

³² § 92 a Abs. 3 Satz 9 Nr. 3 EStG.

³³ § 92 a Abs. 3 Satz 9 Nr. 4 EStG.

³⁴ § 92 a Abs. 4 EStG.

³⁵ Vgl. *Nachreiner*, MittBayNot 2002, 148, 151.

³⁶ *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl., § 17 Rdnr. 264.

³⁷ § 81 EStG.

³⁸ *Myßen/Fischer*, NWB Fach 3, S. 15136.

BUCHBESPRECHUNGEN

Kanzleiter/Kössinger/Grziwotz (Hrsg.): Festschrift für Hans Wolfsteiner. Heymanns, 2008. 246 S., 78 €

Schüler, Kollegen und Freunde ehren *Hans Wolfsteiner*, einen herausragenden Notar und Wissenschaftler, in einer Festschrift zum 70. Geburtstag. Seine weitgefächerten Interessen, von denen ein Verzeichnis seiner Veröffentlichungen am Ende der Festschrift kündet, prägen die Themen der Festschrift – ausgehend vom beruflichen Wirken des Jubilars, seinen Verdiensten für das Notariat, seiner Außenwirkung über das Notariat hinaus, seinem besonderen Profil und seinen Vorlieben.

1. *Rainer Kanzleiter* beginnt sein Thema „Pflicht des Notars zur Belehrung über Steuerfolgen?“ mit einer launigen Reminiszenz an die Fortbildungsveranstaltungen für Notarassessoren, die *Hans Wolfsteiner* und er jahrelang gemeinsam in Fischbachau abgehalten haben. Zahlreiche inzwischen wohlbestallte Notarinnen und Notare werden mit diesen gemeinsamen Auftritten lebhaftere Erinnerungen verbinden, denn die Lehrmeister haben dabei nicht nur den Blick für das Zusammenspiel von Zivil- und Steuerrecht geschärft. Laut *Kanzleiter* trifft den Notar grundsätzlich keine steuerrechtliche Belehrungspflicht. Nimmt der Notar jedoch im Rahmen seiner Tätigkeit zu steuerlichen Fragen Stellung, so muss er für die Richtigkeit seiner Auskünfte einstehen. Soll er deswegen seine steuerrechtlichen Kenntnisse unter der Decke halten? Oder kann er den Beteiligten seine steuerliche Beurteilung offenbaren und gleichwohl seine Haftung dafür ablehnen, wenn er gleichzeitig die Beiziehung des Steuerberaters fordert? Muss er auf evidente steuerliche Nachteile eines Vertragsteils aufmerksam machen oder verbietet ihm dies seine Neutralitätspflicht? Diese Fragen harren noch einer Antwort.

2. Mit Nachwirkungen der Schuldrechtsreform, an der *Hans Wolfsteiner* auf Seiten der Notare tatkräftig mitgewirkt hat, befasst sich *Stephan Lorenz*, Ordinarius an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Zu den von ihm dargestellten Elementen der „Vertragserhaltung im Kaufrecht“ zählt er an vorderster Stelle den Primat des Nacherfüllungsanspruchs, der sich in einem Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung äußert sowie darin, dass der Käufer erst erfolglos eine Nachfrist gesetzt haben muss, bevor ihm Rechtsbehelfe zur Auflösung des Vertrags zu Gebote stehen. Dieses Konzept bezeichnet *Lorenz* als Exportschlager des deutschen Rechts. In solchem Licht erscheint die Schuldrechtsreform nicht mehr als aufgezwungene Notwendigkeit, sondern als wegweisender Schritt zu einem zeitgemäßen Kaufrecht.

Einem konkreten Problem des Nacherfüllungsanspruchs spürt *Günter Brambring* nach, der die Schuldrechtsreform für die Notare von den Vorarbeiten bis zur Verkündung begleitet hat. Gibt es eine „Vorteilsausgleichung ‚neu für alt‘ bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung“? Das Problem stellt sich, wenn beim Verkauf eines gebrauchten Hausgrundstücks ein größerer Zeitraum zwischen Vertragsschluss und Gefahrübergang liegt. Dann muss der Verkäufer nach der Rechtsprechung des BGH trotz des üblichen Ausschlusses von Mängelrechten für Sachmängel einstehen, die in dieser Zwischenzeit entstanden sind (BGH, DNotZ 2003, 687). Seit der Schuldrechtsreform kann der Käufer in einem solchen Fall Beseitigung des Mangels verlangen. Ist dies nur mittels Austausch eines irreparablen Bauteils durch ein neues möglich, erhält der Käufer einen höheren Wert als nach dem Kaufvertrag geschuldet war, z. B.

statt des alten Heizkessels einen neuen. Im Werkvertragsrecht muss der Besteller die dadurch erlangten Vorteile, insbesondere die verlängerte Lebensdauer des ausgetauschten Teils, ausgleichen. Zu Recht vertritt *Brambring* die Meinung, dass grundsätzlich auch der Käufer zu einem solchen Ausgleich „neu für alt“ verpflichtet ist. Besondere Aufmerksamkeit widmet er der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Käufer den Austausch und damit den Ausgleich „neu für alt“ akzeptieren muss, falls er nicht rechtzeitig erreichbar, nicht einverstanden oder finanziell überfordert ist. *Brambring* schließt mit seinem Beitrag eine Lücke in der Literatur zum Nacherfüllungsanspruch beim Kauf gebrauchter Immobilien.

3. Drei Autoren ehren den Jubilar in seiner Eigenschaft als Kommentator des Hypotheken- und Grundschuldrechts im *Staudinger*.

a) *Andrea Schmucker* widmet sich dem gesetzlichen Lösungsanspruch nach § 1179 a BGB. Laut BGH (MittBayNot 2007, 45) hilft dessen Vormerkungswirkung dem nachrangigen Gläubiger bei Insolvenz des Eigentümers nur dann, wenn die Vereinigung der vorrangigen Grundschuld mit dem Eigentum bereits vor Insolvenzeröffnung eingetreten ist, entweder durch Verzicht auf die vorrangige Grundschuld oder durch Zahlung auf diese selbst oder durch deren Abtretung an den Eigentümer. Damit der gesetzliche Lösungsanspruch greift, muss also der Anspruch des Eigentümers auf Rückgewähr der vorrangigen Grundschuld bei Insolvenzeröffnung bereits in einer der vorgenannten Varianten erfüllt sein. Der Eigentümer hat es in der Hand, dies zu verhindern und damit den Vormerkungsschutz des nachrangigen Grundschuldgläubigers zu vereiteln. Die Entscheidung des BGH hat die Sorge ausgelöst, auch außerhalb der §§ 1179, 1179 a BGB könnte es künftig um die Insolvenzfestigkeit der Vormerkung bedingter und künftiger Ansprüche schlecht bestellt sein (vgl. *Amann*, MittBayNot 2007, 13). *Schmucker* weist nach, dass die vom BGH konstatierte Schwäche der Löschungsvormerkung auf der in den §§ 1179, 1179 a BGB vorgenommenen Durchbrechung des sonst geltenden Identitätsgebots beruht, wonach bei Entstehung der Vormerkung zwischen dem Schuldner des vorgezeichneten Anspruchs und dem Inhaber des davon betroffenen Rechts Personengleichheit bestehen muss. Unter diesem Blickwinkel fügt sich die Entscheidung des BGH widerspruchsfrei in das System des Vormerkungsschutzes ein und gefährdet nicht die in der notariellen Praxis viel bedeutsameren Vormerkungen zum Schutz künftiger und bedingter Ansprüche. *Schmucker* teilt die Begabung *Wolfsteiners*, einer spröden Materie mit lebendiger, anschaulicher Sprache beizukommen.

b) *Herbert Grziwotz* beschäftigt sich unter dem Titel „Stehengebliebene Sicherungsgrundschuld und Zwangsversteigerung“ mit der Situation eines Ersteher, der den Zuschlag unter Fortbestand einer in das geringste Gebot aufgenommenen Grundschuld erhalten hat. Weil eine Übernahme der durch Grundschuld gesicherten Verbindlichkeit einschließlich des Sicherungsvertrags durch den Ersteher (§ 53 Abs. 2 ZVG) kaum einmal zustande kommt, trifft den Ersteher regelmäßig über sein Bargebot hinaus die dingliche Haftung für den Hauptsachebetrag der Grundschuld und für die Grundschuldzinsen für die Zeit ab dem Zuschlag (§ 56 Satz 2 ZVG), ohne dass er dieser dinglichen Haftung Einwendungen aus dem Sicherungsvertrag entgegenhalten kann. Den Hauptsachebetrag der Grundschuld wird er einkalkulieren und sein Barge-

bot um diesen reduzieren. Überraschend treffen kann ihn dagegen seine dingliche Haftung für die künftigen Grundschuldzinsen (dagegen nicht für die einmalige Nebenleistung, denn diese wird – anders als man *Grziwotz* missverstehen könnte – aus dem Bargebot beglichen). Die Grundschuldzinsen liegen bekanntermaßen zwischen 12 und 20 %, also weit höher als die üblichen Darlehenszinsen. Ist die stehengebliebene Grundschuld nicht mehr valuiert, muss die Grundschuldgläubigerin diese gemäß dem nach wie vor mit dem ursprünglichen Eigentümer (Rückgewährberechtigten) bestehenden Sicherungsvertrag an diesen abtreten, hilfsweise den Betrag, den sie kraft des dinglichen Anspruchs über ihre gesicherte Forderung hinaus vom Ersterher erhält, an den Rückgewährberechtigten auskehren. „Der glückliche Alteigentümer“ oder der Zessionar des Rückgewähranspruchs erhält infolgedessen Grundschuldzinsen, „die bei einer Kreditgewährung meist sogar sittenwidrig wären“. *Grziwotz* erörtert Ausgleichsmechanismen, um die wirtschaftlich ungerechtfertigten Folgen zu vermeiden. Solange freilich Rechtsprechung dazu fehlt, kann man m. E. dem Ersterher nur nachdrücklich raten, die Zinslast in sein Gebot einzukalkulieren und so schnell wie möglich die stehengebliebene Grundschuld zu tilgen, um das Auflaufen hoher Zinsen zu vermeiden.

c) *Johannes Hager*, Ordinarius an der Ludwig-Maximilians-Universität München, behandelt unter der allgemeinen Überschrift „Der Sicherungsvertrag bei der Grundschuld“ die Funktion des Sicherungsvertrags als teilweiser Ersatz der Akzessorietät. Vor allem befasst er sich mit der Anwendung einer der schwierigsten Vorschriften des Hypothekenrechts, nämlich des § 1157 BGB, auf die Grundschuld. Die Schwierigkeiten liegen bereits in der ungeklärten Frage, was Einreden gegen die Grundschuld i. S. d. § 1157 Satz 1 BGB überhaupt sind. Weitere Probleme bereitet z. B. die fehlende Erwähnung des § 893 BGB in § 1157 Satz 2 BGB. Ersichtlich lädt *Hager* den Meister des Grundschuldrechts zu einem Privatissimum ein, das nunmehr nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes im Lichte des neuen § 1192 Abs. 1 a BGB stattfinden müsste.

4. *Gregor Rieger* befasst sich mit der „Bindung von Rückforderungsvorbehalten an die Persönlichkeit des Schuldners“. Höchstpersönlichkeit hat laut *Rieger* zwei Komponenten, nämlich zum einen Ausschluss der Stellvertretung bei Abgabe von Willenserklärungen und zum anderen Unabtretbarkeit und Unvererblichkeit des höchstpersönlichen Rechts. Höchstpersönlichkeit kann zunächst vereinbart sein für die Zustimmung zu untersagten Verfügungen, z. B. zu einer Veräußerung. Dann ist die Zustimmungskompetenz weder übertragbar noch durch Stellvertreter ausübbar. Nach *Rieger* widerspricht dies allerdings in der Regel den Interessen der Beteiligten. Des Weiteren kann Höchstpersönlichkeit für die Geltendmachung des Rückübereignungsanspruchs vereinbart werden. Dadurch wird ein höchstpersönliches Gestaltungsrecht begründet, was zulässig ist und laut *Rieger* normalerweise dem Willen der Beteiligten entspricht. Freilich entwertet der Abschluss der Stellvertretung bei Ausübung des Gestaltungsrechts den Rückforderungsvorbehalt, wenn der Übergeber nicht mehr handlungsfähig ist und die Rückforderung den Zugriff von Gläubigern des Übernehmers auf den übertragenen Grundbesitz vereiteln soll. Zu der reziproken Frage, inwieweit vereinbarte Höchstpersönlichkeit des Gestaltungsrechts Schutz vor Gläubigern des Übergebers bieten kann, entwickelt *Rieger* anhand der Wertungen der §§ 851, 852 ZPO Lösungsansätze, die über den bisherigen Diskussionsstand hinausführen, aber zugegebenermaßen und unvermeidlich daran leiden, dass Rechtsprechung dazu fehlt.

Höchstpersönlichkeit kann schließlich für den durch die Ausübung des Gestaltungsrechts entstehenden Rückübereig-

nungsanspruch vereinbart werden. Damit lässt sich aber nur dessen Unabtretbarkeit (§§ 399 BGB, 851 Abs. 2 ZPO) und Unvererblichkeit erreichen. Ein Ausschluss der Stellvertretung bei anderen rechtsgeschäftlichen Verfügungen, also bei einem Erlass des Rückübereignungsanspruchs, scheitert dagegen an § 137 BGB. Ein mit ausreichender Vollmacht ausgestatteter Vertreter kann daher die Forderung erlassen, „gleich ob vor oder nach Ausübung des Gestaltungsrechts und Entstehung der Forderung“. Ebenso wenig kann durch vereinbarte Höchstpersönlichkeit verhindert werden, dass ein Vertreter die Löschung oder einen Rangrücktritt der Rückübereignungsvormerkung bewilligt. Die Vorschriften der GBO, die bei der Abgabe von Grundbucheintragungen Stellvertretung erlauben, sind nämlich als öffentliches Verfahrensrecht der Disposition der Beteiligten entzogen. Ein Betreuer kann zwar wegen des Schenkungsverbots nicht den Rückübereignungsanspruch, wohl aber die Vormerkung aufheben oder mit ihr im Rang zurücktreten, wenn dies dem mutmaßlichen Willen des Betreuten entspricht – so wie er laut *Rieger* auf die Ausübung des einem Vertreter zugänglichen Gestaltungsrechts verzichtet kann. Wer die Höchstpersönlichkeit des Rückforderungsvorbehalts interessengerecht gestalten will, ist bei *Rieger* so gründlich wie bisher nirgends beraten.

5. *Gerd H. Langhein* behandelt unter dem Thema „Mieter-vorkaufsrecht und Veräußerungsbeschränkung“ das Dreiecksverhältnis zwischen Verkäufer, Erstkäufer und Vorkaufsberechtigtem, wenn der Kaufvertrag zu seiner Wirksamkeit einer Genehmigung bedarf. Kann der Berechtigte sein Recht ausüben, bevor die Genehmigung erteilt ist? Kann im Einzelfall bereits zuvor die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts in Gang gesetzt werden? Ist die Genehmigung zum Erstvertrag noch nötig, wenn der Berechtigte, ohne diese abzuwarten, bereits nach Abschluss des Erstvertrags die Ausübung des Vorkaufsrechts wirksam erklärt hat? Nach *Langhein* lassen sich diese Fragen nicht für alle Genehmigungserfordernisse und für alle Vorkaufsrechte einheitlich beantworten. Vielmehr muss die Antwort zum einen aus dem Zweck des Genehmigungserfordernisses hergeleitet werden: Dient dieses der Überprüfung des Vertrages als solchem, z. B. des Kaufpreises, oder nur der Überprüfung des Erwerbers? Zum anderen hängt die Antwort laut *Langhein* vom Schutzzweck des Vorkaufsrechts ab. Mittels dieser Zweckorientierung gewinnt *Langhein* überzeugende Maßstäbe, die er exemplarisch und mit ebenso überzeugenden Ergebnissen auf das Zusammentreffen eines Vorkaufsrechts nach § 577 BGB mit einem Zustimmungserfordernis nach § 12 WEG anwendet. Aber auch derjenige, der mit einem anderen Vorkaufsrecht zu einem aus anderen Gründen schwebend unwirksamen Vertrag zu tun hat, wird in dem Beitrag von *Langhein* tragfähige Kriterien für sein Vorgehen finden.

6. Zur Stellung des Notars und zum notariellen Verfahren äußern sich gleich fünf Autoren.

a) *Stefan Zimmermann* erinnert mit seiner Abhandlung über „Die Organisation eines freien Notariats“ an die gemeinsamen Bemühungen von *Hans Wolfsteiner* und ihm um den Aufbau eines freien Notariats in den Reformstaaten Mittel- und Osteuropas. Er zieht eine erfreuliche Zwischenbilanz und nimmt dabei die Gelegenheit wahr, die Wesensmerkmale eines freien Notariats sowie die dafür nötigen gesellschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen herauszuarbeiten, ebenso auch die Anforderungen, die Bürger und Berufsstand an den freien Notar stellen dürfen. Alles in allem: Ein Beitrag zum besseren Verständnis der Funktionen eines unabhängig, selbständig und zugleich hoheitlich tätigen Teils der Justiz – auch im Blick auf die Gefahren, die dem lateinischen Notariat von der EU her drohen.

b) *Sebastian Ruhwinkel* untersucht unter dem Titel „Zwangsvollstreckung und Gesellschaft bürgerlichen Rechts“, welche Auswirkungen die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR auf eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch die GbR oder zugunsten der GbR sowie auf die Erteilung der Vollstreckungsklausel in beiden Konstellationen hat. Sein Fazit lautet: Obwohl manches einfacher geworden ist, bestehen immer noch genügend Möglichkeiten, die Vollstreckung gegen die GbR oder durch die GbR zu vereiteln, vor allem wegen des schwierigen Nachweises der Identität der GbR und wegen manipulierbarer Vertretungsverhältnisse. *Ruhwinkel* empfiehlt angesichts dessen, bei Verbindlichkeiten einer GbR auch eine persönliche Haftung der Handelnden zu titulieren und bei Forderungen der GbR eine titulierte Gesamtgläubigerschaft zwischen der GbR einerseits und ihren Gesellschaftern andererseits anzustreben. Der Neigung *Wolfsteiners*, gelegentlich gegen den breiten Strom der herrschenden Meinung zu schwimmen, frönt *Ruhwinkel* mit seinem Votum, die These von der Rechtsfähigkeit der GbR wieder aufzugeben, den Gesellschaftern die Übertragung ihrer Anteile zu erschweren, die Vertretung den allgemeinen Vollmachtsregeln zu unterstellen und überhaupt dem Schutz des Rechtsverkehrs Vorrang vor den Interessen der Gesellschafter einzuräumen, zumal diese allen Schwierigkeiten entgegen können, indem sie sich als OHG oder KG im Handelsregister eintragen lassen. Adressat dieser Empfehlung kann nach der zwischenzeitlichen Entscheidung des BGH zur Grundbuchfähigkeit der GbR (DNotZ 2009, 115) wohl nur noch der Gesetzgeber sein.

c) Den weltoffenen *Wolfsteiner* ehrt *Christian Hertel* mit seinem Beitrag „Zweisprachige Urkunden?“. Hinter dem Fragezeichen im Titel verbirgt sich entgegen erster Erwartung keine Skepsis des Autors gegenüber der zweisprachigen Urkunde. Das Fragezeichen könnte trefflich durch ein Ausrufungszeichen ersetzt werden. *Hertel* zeigt nämlich, dass das BeurkG ein breites Spektrum zweisprachiger Urkundsgestaltung erlaubt, nämlich die zweisprachige Anordnung sowohl bei erforderlicher Übersetzung in die Fremdsprache als auch bei Beurkundung in einer Fremdsprache und ebenso die zweisprachige Anordnung von Urschrift und Übersetzung trotz hinreichender Sprachkunde aller Beteiligten. Dabei richtet sich der maßgebliche Urkundentext stets nach einer der beiden Sprachen. Die Wiedergabe in der zweiten Sprache hat nur die Funktion einer Übersetzung. Zu Recht betont *Hertel*, dass die Beurkundung in zwei gleichwertigen Sprachfassungen zwar zulässig, aber nicht empfehlenswert ist, weil damit der Boden für Auslegungsprobleme gelegt wird. Falls die Beteiligten gleichwohl auf zwei gleichwertigen Sprachfassungen bestehen, sind auch beide zu verlesen. Außerdem empfiehlt *Hertel* dann eine Vereinbarung, welcher Sprache bei Abweichungen der Vorrang gebührt.

d) *Lorenz Fastrich*, Ordinarius an der Ludwig-Maximilians-Universität München, thematisiert in seinen „Bemerkungen zur Feststellung der Testierunfähigkeit“ die Frage, wie Gerichte und Notare mit dem Einfluss Dritter auf den betagten Erblasser umgehen sollen – eine Frage, deren Aktualität steigt, weil alte Menschen zunehmend nur noch eine einzige Bezugsperson haben. Seine Empfehlung, solche Dritte – auch in deren Interesse – möglichst nicht an der Beurkundung und an den Vorgesprächen mit dem Erblasser zu beteiligen, kann man nur unterstreichen (vgl. OLG Celle, MittBayNot 2008, 492, 494 m. Anm. *Winkler*). Mit Recht hält *Fastrich* die Orientiertheit des Erblassers über seine persönliche Situation, über sein Verhältnis zu seinen Verwandten, über frühere Verfügungen von Todes wegen, vor allem über Motive und Alternativen zur geplanten Regelung, für aussagekräftiger als das Langzeitgedächtnis oder (eher peinliche) Kurztests zu allgemeinen intel-

lektuellen Fähigkeiten. Bei Einflussnahme Dritter auf einen Testator, dessen Widerstandskraft infolge Altersgebrechlichkeit geschwächt ist, möchte *Fastrich* die Anforderungen der Rechtsprechung an den Beweis der Testierunfähigkeit mildern. Immer wichtiger wird angesichts dessen die einzelfallbezogene Dokumentation der Feststellungen des Notars über die Testierfähigkeit (dazu *Winkler*, a. a. O.).

e) *Winfried Kössinger* beschäftigt sich unter der Überschrift „Bewilligt wird Vollzug dessen, worüber Einigung besteht“ mit den in der Praxis angewandten Verfahren, die den Verkäufer gegen einen Eigentumsverlust vor Bezahlung des Kaufpreises schützen. Anders als sein Ausbildungsnotar *Hans Wolfsteiner* bevorzugt er nicht den Aufschub der Auflassung bis der Kaufpreis bezahlt ist, sondern die sog. Bewilligungslösung. Sein Augenmerk gilt weniger den Vor- und Nachteilen der einzelnen Verfahren, als vielmehr dem grundbuchrechtlichen Fundament der Bewilligungslösung, nämlich dem Verhältnis zwischen § 20 GBO und § 19 GBO. Insbesondere tritt er den gegen die Bewilligungslösung vorgebrachten Argumenten *Kesslers* (ZNotP 2005, 176) entgegen. Hierbei darf er sich durch den Beschluss des OLG Stuttgart (MittBayNot 2008, 122 m. Anm. *Demharter*) bestätigt fühlen, der kurz vor dem 70. Geburtstag von *Hans Wolfsteiner* ergangen ist, so dass *Kössinger* ihn nicht mehr verwerten konnte.

7. Zwei Aufsätze würdigen das ausgeprägte Interesse *Wolfsteiners* an der Gesetzgebung und seine unentwegte Entschlossenheit, dabei juristischen und wirtschaftlichen Sachverstand einzubringen.

a) *Hans-Frieder Krauß*, ehemals Assessor und inzwischen Amtsnachfolger von *Wolfsteiner*, legt dar, an welche Voraussetzungen „Gutgläubiger Erwerb gemäß §§ 106 F SachenRG der Volksrepublik China“ geknüpft ist. Laut *Krauß* ist das seit 1.10.2007 geltende Sachenrechtsgesetz eine Etappe auf dem Weg zu einer Gesamtkodifizierung des bürgerlichen Rechts. Es erfüllt den Verfassungsauftrag, wonach „rechtmäßig erworbenes Privateigentum nicht verletzt werden soll“, und lehnt sich in weiten Teilen an Grundprinzipien des deutschen Sachenrechts an. Der Wortlaut der maßgeblichen Bestimmungen, deren Entstehung der Verfasser beratend begleiten durfte, ist zweisprachig wiedergegeben, nämlich in chinesischen Schriftzeichen und deutscher Übersetzung. *Krauß* stellt anschaulich dar, wie während des gesamten Gesetzgebungsverfahrens um einen Ausgleich zwischen den Interessen des redlichen Erwerbers und dem Schutz des wahren Eigentümers gerungen wurde. Er vergleicht die Lösung des chinesischen Sachenrechtsgesetzes mit dem Gutglaubensschutz des BGB. Deutlich wird dabei auch, dass man sich ähnlichen Zielen auf verschiedenen Wegen nähern kann. Z. B. macht das chinesische Recht den gutgläubigen Erwerb davon abhängig, dass die Übertragung „zu einem vernünftigen Preis“ erfolgt. Dieses Merkmal lässt sich als gerichtliche Preiskontrolle missbrauchen, aber auch vernünftig dahin deuten, dass damit das nach deutschem Recht (ungeschrieben) erforderliche Verkehrsgeschäft verlangt wird sowie die nach deutschem Recht schädliche grobe Fahrlässigkeit beim Erwerb beweglicher Sachen in einen objektiven Anknüpfungspunkt gegossen ist. Wer wie *Wolfsteiner* oder *Krauß* ein Gesetzgebungsverfahren beratend begleitet, muss – nicht nur in China – mit der manchmal forschen Formulierungsausartung bekannter oder unbekannter Einflussträger leben. Entscheidend bleibt dann die Praxis der Gerichte, im chinesischen Sachenrecht etwa bei der Frage, ob der stärkere Schutz des wahren Eigentümers bei „verlorenen“ Sachen dem durch § 935 BGB verwirklichten Schutz des Eigentümers abhanden gekommener Sachen entspricht.

b) *Reinhold Kreile*, Rechtsanwalt und Ehrenpräsident der GEMA München, berichtet in seinen „Randbemerkungen zu einem Gesetzgebungsverfahren“ über die mehrfachen Versuche des Gesetzgebers, die Interessen zwischen Urhebern und IT-Industrie bei der Vergütung für die Herstellung privater Kopien auszugleichen. Er schildert das legislative Ringen um die angemessene Urhebervergütung von der Zeit des ersten Tonbandgeräts bis zu den nunmehr kaum noch überschaubaren privaten Vervielfältigungsmöglichkeiten. An Ironie und gelegentlichem Sarkasmus lässt *Kreile* es nicht fehlen, wohl auch in Anspielung auf sprachliche Vorlieben des Jubilars.

8. Dem Sportsfreund empfehle ich die unterhaltsame Lektüre der „Gedanken zur Geschichte des Sportrechts“ von *Dirk-Reiner Martens*, Rechtsanwalt in München. *Martens* spannt einen bunten Bogen von der Antike über das Mittelalter bis heute, der die Riten und Regeln sportlicher Veranstaltungen, die Regelverstöße und deren Ahndung ebenso umfasst wie die zu allen Zeiten drohenden Auswüchse. Eine zentrale Frage des Sportrechts sieht *Martens* zu Recht in der sachgerechten Verteilung der Regelungskompetenz zwischen den innersportlichen Organisationen und der staatlichen Gewalt. Für die Zeit ab 1970 verdeutlicht er dies an zahlreichen Beispielen, angefangen vom Bundesliga-Skandal der frühen siebziger Jahre über das Bosman-Urteil des EuGH bis zum nunmehr zentralen Kampf gegen Doping.

9. *Kai Woellert*, Notar in Wismar, erinnert mit dem Thema „David Mevius und sein ‚Commentarius von Wucherlichen Contracten‘ – ein Beispiel von Jurisprudenz als angewandte Wissenschaft in Umbruchzeiten“ an einen großen nordischen Rechtsgelehrten, der nicht nur als Kommentator gewirkt, Entscheidungssammlungen herausgegeben und eine für damalige Zeiten gewaltige Bibliothek aufgebaut hat, sondern neben seiner Professur stets in der praktischen Rechtsanwendung tätig war. *Woellert* stellt Leben und Werk von *David Mevius* unter die Aussage *Wolfsteiners*, „dass eine saubere Dogmatik das unübertroffen beste Werkzeug für die Praxis ist, dass aber in der angewandten Wissenschaft Jurisprudenz nur eine solche Theorie etwas taugt, die der Praxis standhält“. Man darf *Kai Woellert* dahin verstehen, dass dieser Grundsatz dem Juristen *David Mevius* durch die Wirren des Dreißigjährigen Krieges ebenso geholfen hat wie er heute dem Notar den Weg weisen kann durch zweifelhafte Vorgaben des Gesetzgebers.

Festschriften sind die Luxusgüter des juristischen Schrifttums, ein aufwändiges Geschenk der Autoren an den herausragenden Jubilar – wie aller Luxus nicht unentbehrlich. Deshalb droht ihrem Inhalt nicht selten das Schicksal versunkener Schätze. Ich empfehle die Festschrift für *Hans Wolfsteiner* als anregende Lektüre und Bereicherung des juristischen Gedankenaustausches. Nicht zuletzt lässt sich aus zahlreichen Beiträgen erheblicher praktischer Nutzen ziehen – wie stets aus den Schriften des Jubilars.

Notar a. D. Dr. *Hermann Amann*, Berchtesgaden

Bärmann: Wohnungseigentumsgesetz. 10., völlig neu bearb. Aufl., Beck, 2008. 1 778 S., 128 €

An den Auslagen und Regalen der Fachbuchhandlungen deutlich ablesbar, hat die am 1.7.2007 in Kraft getretene Novelle des Wohnungseigentumsgesetzes zwischenzeitlich eine wahre Publikationswelle ausgelöst, die neben verschiedener Neuauflagen eingeführter Werke auch zahl- und umfangreiche Erstauflagen vollständig neuer Nachschlagewerke und Sammlungen hervorgebracht hat. Umso bemerkenswerter ist, dass sich Verlag und Autorengruppe des von *Bärmann* begründeten Kommentars zum Wohnungseigentumsgesetz der Herausforderung stellten, ebenfalls mit einer Neuauflage und vergleichsweise zeitnah zur Gesetzesänderung die traditionelle Stellung dieses Kommentars als Maßstab und Orientierungspunkt seines Rechtsgebiets zu verteidigen.

Aus notarieller Sicht trifft bei der nunmehr 10. Auflage des *Bärmann* naturgemäß die Neubearbeitung der besonders „notarrelevanten“ Vorschriften im ersten und zweiten Abschnitt des Wohnungseigentumsgesetzes auf Neugier und Interesse. Dies nicht zuletzt deshalb, weil die Voraufgabe zwar durch ein verändertes Erscheinungsbild mit größerer Übersichtlichkeit und leichter Lesbarkeit gewinnen konnte, inhaltlich aber die Kommentierung zu den §§ 1–19 WEG nicht nur auf Zuspruch stieß. *Kreuzer* kritisierte beispielsweise „erhebliche Niveauunterschiede“, mangelnde Aufarbeitung aktueller Urteile und fehlende Konsequenz bei der Umsetzung der Schuldrechtsreform (MittBayNot 2003, 480).

Gleich drei neue Autoren (*Christian Armbrüster*, *Matthias Becker* und *Joachim Wenzel*) sind für die Neuauflage in den Bearbeiterkreis eingetreten und haben die Kommentierung

der §§ 1–19 WEG weitgehend neu gefasst. Vieles ist dabei aktualisiert worden und auch Themen der neuesten Diskussion finden sich jetzt mit großer Zuverlässigkeit: So befasst sich z. B. *Armbrüster* mit dem auf Tagungen zur WEG-Novelle gerne besprochenen Thema der teleologischen Reduktion von § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG bei groben Wertunterschieden der den jeweiligen Sondereigentumseinheiten zugewiesenen Sondernutzungsrechte. *Armbrüster* lehnt eine solche teleologische Reduktion ab und argumentiert, andernfalls würde die Zustimmungspflicht durch die „Hintertür“ von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise abhängig gemacht, die der Gesetzgeber gerade nicht gewollt habe (§ 5 Rdnr. 136).

Wenzel nimmt Stellung zur Eigentumsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft, an der er keinen Zweifel lässt (§ 10 Rdnr. 223) und befasst sich dabei auch mit der Rechtsprechung u. a. des LG Nürnberg-Fürth, wonach es den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung widerspricht, zum Ausschluss eines „faulen Schuldners“ Sondereigentumseinheiten im Entziehungsverfahren zu erwerben (ZMR 2006, 812). *Wenzel* spricht sich gegen diese Ansicht aus. Für die Praxis der Grundbuchämter sicherlich erleichternd betont er dabei, dass die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft nicht durch den Verbandszweck begrenzt wird, und dass die Frage, ob ein Erwerb zur ordnungsmäßigen Verwaltung gehört, nur im Wege der Beschlussanfechtung überprüft werden kann, nicht dagegen im Eintragungsverfahren durch das Grundbuchamt (§ 10 Rdnr. 224).

Bei aller Aktualität der Bearbeitung wird aber auch das „tägliche Handwerkszeug“ nicht vergessen. Beispielsweise fügt *Armbrüster* seiner Kommentierung zu § 5 WEG ein alphabetisch geordnetes Stichwortverzeichnis zur Raumeigenschaft

und Sondereigentumsfähigkeit ein (§ 5 Rdnr. 47 ff.). Dort bleibt *Armbrüster* einerseits „konventionell“ und spricht sich mit der herrschenden Rechtsprechung für die Sondereigentumsfähigkeit von Leitungen (z. B. von Zentralheizung, Klimaanlage und Wasser) aus, die sich im räumlichen Bereich einer Wohnungseigentumseinheit befinden (§ 5 Rdnr. 90). Andererseits ficht er aber auch den Kampf von starken Stimmen der Literatur gegen die Rechtsprechung mit und vertritt die Sondereigentumsfähigkeit auch der einzelnen Stellplätze des Duplex-Parkers (§ 5 Rdnr. 64).

Durch klare Gliederung, systematische Darstellung und feine dogmatische Differenzierungen kann insbesondere auch die Kommentierung von *Wenzel* zu § 10 WEG überzeugen. Der interessierte Leser kann hier auf eine reiche Fundgrube zu dieser im Rahmen der WEG-Novelle weitreichend verän-

derten Vorschrift stoßen. Abgerundet wird diese 100 Seiten umfassende Kommentierung u. a. durch eine auch für die notarielle Praxis aufschlussreiche Zusammenfassung des Meinungsstands zur Ausübung von Mängelrechten am Gemeinschaftseigentum (Anhang zu § 10).

Insgesamt präsentiert sich die 10. Auflage des *Bärman* als aktuelles und zuverlässiges Nachschlagewerk zum Wohnungseigentumsgesetz, das in der täglichen Praxis schnell Antwort gibt und deshalb zu Recht noch immer zu den Standardwerken auf dem Gebiet des Wohnungseigentumsrechts zählt. Dem (teil-)erneuerten Autoren-Team ist es gelungen, diesem Anspruch neuen Schwung zu geben. Nicht nur, wer bei der Voraufgabe ausgesetzt hatte, wird zugreifen.

Notar Dr. *Martin Leiß*, Rosenheim

Spielbauer/Then: WEG. ESV, 2008. 938 S., 98 €

Unter den Kommentaren, die seit dem Inkrafttreten der WEG-Reform neu erschienen sind, findet sich auch einer, der auf den ersten Blick wie ein Kurzkomentar wirkt, der aber mit seinen fast tausend Seiten weit mehr ist. Die Autoren dürften zumindest den Münchner Kollegen bekannt sein. *Thomas Spielbauer* ist Vizepräsident des LG München I und als solcher zuständig für die Notaraufsicht. Er ist aber auch – früher als Vorsitzender Richter am OLG München und nun in einer für Wohnungseigentumsrecht zuständigen Kammer am LG München I – seit langem mit Wohnungseigentumsrecht befasst. *Michael Then* ist seit vielen Jahren Rechtsanwalt in München und Vizepräsident der Rechtsanwaltskammer München.

Nach seinem Vorwort richtet sich der Kommentar an Richter, Rechtsanwälte und „versierte Verwalter“. Sieht man darüber hinweg, dass der eigene Berufsstand nicht genannt wird, bedeutet das nicht, dass das Werk für den Notar nicht geeignet wäre. Und das liegt nicht nur daran, dass man sein eigenes Schaffen aus einem anderen Blickwinkel gespiegelt bekommt – wer bei der Lektüre (wieder einmal) vorgeführt bekommt, wie statisch eine einmal errichtete Teilungserklärung in der Praxis wahrgenommen wird, wird zunächst kritisch seine eigenen Muster kontrollieren. Ein Ausdruck dieser Erfahrung eines Richters bzw. eines Rechtsanwaltes, aber auch Folge ihrer typischen Betätigung ist es, dass Gestaltungsempfehlungen für Teilungserklärungen kaum zu finden sind, dafür aber beispielsweise genaue und richtige Hinweise für die Anpassung von Mietverträgen an die rechtlichen Verhältnisse einer Wohnungseigentümergeinschaft (§ 13 Rdnr. 6 ff.). Umgekehrt zieht man als Notar daraus den Schluss, dass manche Teilungserklärungen wohl einer genaueren Überprüfung mit Blick auf die spätere Vermietung der Sondereigentumseinheiten, z. B. bei der Regelung der Kostenverteilung, bedürfen. Als weitere Beispiele für den anderen Blickwinkel, der zu Gestaltungsüberlegungen anregt, sollen hier die Ausführungen zum Lärmschutz bei der Renovierung von Altbauten (§ 14 Rdnr. 12 – 16) und zur Zulässigkeit der Anbringung von Parabolantennen (§ 14 Rdnr. 28 – 42) dienen. Dass diesen Themen vier bzw. sieben Seiten gewidmet sind, zeigt wie leidenschaftlich darüber offenbar gestritten wird.

Besonders überzeugend ist der Kommentar auch im Übrigen dort, wo er sich mit dem „Leben“ in der Wohnungseigen-

tümergeinschaft befasst. Folgt man beispielsweise der in § 22 Rdnr. 1 niedergelegten Prüfungsreihenfolge, wird man die Frage des Verwalters: „Können wir die bauliche Maßnahme durchführen, obwohl das Ehepaar K. im 3. Stock wieder dagegen ist?“ ohne Probleme schnell und richtig beantworten können. Pflichtlektüre für jeden Verwalter (auch und gerade für die nicht versierten) sollten die Ausführungen zur Beschlussammlung (§ 24 Rdnr. 49 ff.) werden. Denn nur wenn – was man bei manchen bezweifeln muss – die Verwalter die Sammlung so akkurat führen, wie *Spielbauer* es dort postuliert (und vielleicht sogar noch das vorgeschlagene Muster verwenden) wird der fromme Wunsch in § 6 Rdnr. 10 „Die Beschluss-Sammlung gemäß § 24 Rdnr. 7 gibt dem Veräußerer und dem Erwerber ... in Zukunft Sicherheit“ auch Wirklichkeit. Auch für den Verwalter gedacht, durchaus aber eine Hilfe bei der Beratung eines solchen, sind die Muster zu Wirtschaftsplänen und Betriebskostenabrechnungen in Anlage 1 bis 4 zu § 28.

Bei einer Erstauflage sucht der Leser, gerade wenn ihm eine Besprechung des Werkes aufgegeben ist, auch nach Kinderkrankheiten. Hier macht es der *Spielbauer/Then* schwer. Schreib- und sonstige redaktionelle Fehler (als einen solchen würde ich z. B. die „Schriftform gemäß § 4 Abs. 3 i. V. § 311 b Abs. 1 BGB“ in § 3 Rdnr. 8 einordnen) sind selten. Auch die Abstimmung zwischen den Kommentierungen der einzelnen Paragraphen klappt vorzüglich. Die einzige Stelle, die ich beim Lesen tatsächlich als „falsch“ bezeichnen würde, ist die Aussage in § 8 Rdnr. 2, dass Miteigentümern die Aufteilung durch einseitige Erklärung nach § 8 WEG verwehrt sei. Eine solche Teilung ist natürlich möglich, wenn die Miteigentümer an jeder Sondereigentumseinheit zu den gleichen Bruchteilen beteiligt werden, wie bisher am Grundstück.

Trotz dieser kleinen Kritikpunkte: An fast allen Stellen hinterlässt das Werk den schon geschilderten guten Eindruck. Die zitierte Rechtsprechung ist überwiegend jüngerer und jüngsten Datums. Die neueste Entscheidung, die ich gefunden habe, ist die des OLG Celle vom 26.2.2008 (DNotZ 2008, 616) zur Frage, ob die Wohnungseigentümergeinschaft selbst Wohnungseigentum in der eigenen Anlage erwerben kann (die übrigens von den Autoren abgelehnt wird, und zwar mit guten Gründen, wie ich finde).

Kommentiert werden neben dem WEG auch § 49 a GKG (Wohnungseigentumssachen) und die für die Vollstreckung

der Wohngeldforderung wichtigsten Vorschriften des ZVG (§§ 10, 45, 52, 156). Im Anhang zum Kommentarteil findet sich unter anderem eine Synopse von altem und neuem Recht.

Dem eigenen Anspruch, dem Leser verständliche und praxistaugliche Lösungen zu bieten, wird der Kommentar gerecht. Das Werk will in der Tradition klassischer Zivilrechtskommentare stehen und tut dies insoweit, als der Leser beim

Nachschlagen auch tatsächlich Antworten auf die Fragen findet, die ihn beschäftigen. Mein Fazit: Auch wenn man sich vielleicht die Frage stellt: „Warum noch ein WEG-Kommentar und warum gar in meinem Büro?“. Der *Spielbauer/Then* kann ohne weiteres mit anderen Kommentaren konkurrieren und ist eine sinnvolle Ergänzung meiner Bibliothek.

Notar Sebastian Ruhwinkel, Deggendorf

Sandhaus: Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen bei Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel. Duncker & Humblot, 2007. 376 S., 88 €

Der überwiegende Teil der in Deutschland erscheinenden juristischen Dissertationen ist für den Praktiker von geringem Interesse. Anders ist dies hinsichtlich der von *Sebastian Sandhaus* vorgelegten Dissertation, die von Prof. Dr. Ingo Saenger, Münster, betreut wurde. Jeder Gesellschafts- und Umwandlungsrechtler, der sich mit dem Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen vertieft beschäftigt hat, weiß, dass es kaum etwas Komplizierteres gibt. Zahlreiche Fragen sind insoweit ungeklärt, insbesondere hinsichtlich der genauen dogmatischen Herleitung und Begründung für die Anerkennung des Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen und der Ausübung sämtlicher Mitverwaltungsrechte durch den Nießbraucher bzw. Gesellschafter. Diese grundlegenden Schwierigkeiten setzen sich bei der Beantwortung der Frage fort, welches rechtliche Schicksal ein Nießbrauch am Gesellschaftsanteil im Rahmen von Umwandlungsvorgängen nach dem Umwandlungsgesetz hat.

Die Bedeutung des Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen hat seit dem 1.1.2008 deutlich zugenommen, weil insbesondere bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften und auch vermögensverwaltenden, aber gewerblich geprägten Personengesellschaften gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG der Vorbehalt von Versorgungsleistungen nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG nicht mehr zulässig ist, so dass an die Stelle der Versorgungsleistung typischerweise ein Nießbrauch bzw. Quotennießbrauch tritt (vgl. *Wälzholz*, DStR 2008, 273; *ders.*, MittBayNot 2008, 93).

Die Arbeit von *Sandhaus* fußt auf der Grundannahme der herrschenden Meinung, wonach die Vereinbarung eines Nießbrauches an einem Gesellschaftsanteil sowohl einer Personen- als auch einer Kapitalgesellschaft zulässig ist. Gleichzeitig folgt *Sandhaus* der herrschenden Meinung, nach der der Nießbraucher kein gesetzliches Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung zugewiesen erhält (BGH, DNotZ 1999, 607). *Sandhaus* berücksichtigt auch die Gegenauffassungen. Neben der gesetzlichen Verteilung der Mitverwaltungsrechte zwischen Gesellschafter und Nießbraucher bestehen selbstverständlich weitergehende vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten, mit denen Verwaltungsrechte dem Nießbraucher zugewiesen werden können. Auch diese Fragen schildert *Sandhaus*.

Der Kern der Dissertation in Teil 2 und Teil 3 befasst sich mit den Besonderheiten des Nießbrauchs im Rahmen von Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel. Die Ergebnisse der Arbeit lassen sich wie folgt für die Praxis zusammenfassen:

Durch den Grundsatz der dinglichen Surrogation setzt sich der Nießbrauch grundsätzlich im Rahmen von Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel an einem anstelle des bisherigen Gesellschaftsanteils gewährten Gesellschaftsanteil des Zielrechtsträgers fort. Anders ist dies hingegen, wenn entgegen den allgemeinen Grundsätzen auf eine Anteilsgewährung verzichtet wird, beispielsweise nach §§ 54, 55 UmwG im Rahmen einer Verschmelzung. In diesem Fall geht der Nießbrauch unter. Hier stellt sich die Frage nach Ersatzansprüchen und Schutzmöglichkeiten des Nießbrauchers. Bleibt im Rahmen der Umwandlung, wie beispielsweise beim Formwechsel, der Gesellschaftsanteil bestehen, so setzt sich der Nießbrauch hieran grundsätzlich fort.

Der Surrogationsgedanke kann auf Rechtskonflikte stoßen, wenn im Rahmen des übertragenen Rechtsträgers die Bestellung eines Nießbrauchs mit Übertragung von Mitverwaltungsrechten zulässig war, dies nach den gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen des aufnehmenden Rechtsträgers jedoch ausgeschlossen ist. Das dingliche Recht des Nießbrauchs besteht dann zwar fort, die Ausübung der Mitverwaltungsrechte, die auf den Nießbraucher nach den vertraglichen Abreden des Nießbrauchs übertragen werden sollen, kann jedoch nach den Bestimmungen des neuen Rechtsträgers beschränkt sein. Insoweit kommen die unterschiedlichen dogmatischen Ansätze zum Nießbrauch zu unterschiedlichen Ergebnissen.

Da die Dissertation *Sandhaus* noch auf der Grundlage des Rechtes vor Inkrafttreten des MoMiG verfasst wurde, wird noch die Frage der Anmeldebedürftigkeit des Nießbrauchs nach § 16 GmbHG diskutiert. Diese Problematik ist weggefallen. Es bedarf für die Wirksamkeit des Nießbrauchs gegenüber der Gesellschaft keiner Anmeldung mehr, da der Nießbrauch nicht in die im Handelsregister aufzunehmende Gesellschafterliste eingetragen werden kann und damit der Anwendungsbereich des § 16 GmbHG n. F. nicht eröffnet ist.

Ist ein Gesellschafter sowohl am übertragenden als auch am aufnehmenden Rechtsträger beteiligt und ist ausschließlich der Gesellschaftsanteil am übertragenden Rechtsträger mit einem Nießbrauch belastet, so setzt sich zwar grundsätzlich der Nießbrauch an dem im Rahmen der Verschmelzung neu gewährten Gesellschaftsanteil fort. Ist die aufnehmende Gesellschaft jedoch eine Personengesellschaft, so entsteht ein Konflikt mit dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Gesellschaftsanteils. *Sandhaus* löst diesen Konflikt, indem er eine Umwandlung des bisherigen Nießbrauchs in einen entsprechenden Quotennießbrauch annimmt. Dabei soll sich jedoch ein Vollrechtsnießbrauch mit Mitbestimmungsrechten in einen reinen Ertragsnießbrauch mit einer entsprechenden Quote umwandeln; dabei ändern sich dann allerdings die Mitwirkungsrechte. Dem kann m. E. nicht zugestimmt werden.

Erfolgt im Rahmen einer Umwandlung eine bare Zuzahlung, so setzt sich der Nießbrauch hieran fort. Gleiches soll gelten, wenn der Gesellschafter von dem Barabfindungsangebot nach §§ 29, 207 UmwG Gebrauch macht. Eine Zustimmung zur Annahme des Barabfindungsangebotes durch den Nießbraucher soll es hingegen nicht bedürfen.

In bestimmten Fällen (etwa stets wenn eine Beeinträchtigung des Nießbrauchs die Folge der Umwandlung ist) bedarf die Zustimmung des Gesellschafters zu der Umwandlungsmaßnahme nach § 1071 BGB der Zustimmung durch den Nießbraucher. Leider wird aus den Ausführungen von *Sandhaus* nicht immer deutlich, ob die Anwendung des § 1071 BGB lediglich das Innenverhältnis zwischen Nießbraucher und Nießbrauchsbesteller betrifft oder auch Auswirkungen auf die Wirksamkeit und Eintragungsfähigkeit des Umwandlungsbeschlusses selbst hat. Letzteres ist zu verneinen.

Dagegen soll der Nießbraucher nicht Adressat der umwandlungsgesetzlichen Informationsansprüche sein; diese sollen sich vielmehr stets an den Gesellschafter richten. Der Nießbraucher ist in solchen Fällen darauf angewiesen, seine Informationsansprüche gegen den Gesellschafter durchzusetzen.

Im Übrigen ist der Nießbraucher nach Ansicht von *Sandhaus* auf seine Rechte nach § 22, 204 UmwG und §§ 25, 205 UmwG zu verweisen (Schadensersatzansprüche). § 23 UmwG gewährt einem Gesellschafter einen Anspruch auf Einräumung gleichwertiger Rechte beim übernehmenden Rechtsträger. Dies gilt jedoch nicht für den Nießbraucher.

Die Arbeit von *Sandhaus* verdient höchstes Lob: Eine beeindruckende Arbeit! Einerseits zeigt sie dem Praktiker auf, wie komplex die Probleme des Nießbrauchs insbesondere im Rahmen von Unternehmensumstrukturierungen sein können und wie viele höchststrichterlich ungeklärte Rechtsfragen sich zu diesem Themenbereich ergeben. Gleichzeitig schlägt *Sandhaus* weitgehend taugliche Lösungen der Problemfälle vor. Die Dissertation gehört gewiss nicht in die Standardbibliothek eines jeden Notares. Gleichwohl ist jedem Notar, der Problemfälle von Nießbrauchsrechten im Rahmen von Umwandlungen lösen möchte, die Lektüre und Anschaffung wärmstens zu empfehlen. Er wird stets wertvolle Hinweise für die Lösung seiner Detailprobleme finden.

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

Formularbuch Recht und Steuern. 6. Aufl., Beck, 2008. 1 444 S., 148 € + CD-ROM

Das „Formularbuch Recht und Steuern“ ist in nunmehr 6. Auflage erschienen. Es wird ganz überwiegend von namhaften Rechtsanwältinnen bearbeitet, welche entweder Fachanwälte für Steuerrecht oder auch Steuerberater sind. Das Werk hat den Stand 1.4.2008 und berücksichtigt die Gesetzesänderungen seit der 5. Auflage im Jahre 2004 (z. B. SEStEG, Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes). Die Erbschaftsteuerreform und das MoMiG sind nach Angabe der Verfasser anhand der vorliegenden Gesetzesentwürfe in den Erläuterungen zu den Vertragsmustern berücksichtigt. In den Vertragsmustern selbst befinden sich folglich noch keine Formulierungsvorschläge, welche die Änderungen aufgrund des MoMiG berücksichtigen würden.

Die Autoren setzen sich das Ziel, dem insoweit nicht spezialisierten Berater gesellschaftsrechtlich alle wesentlichen Grundlagen der Gestaltung und Abfassung von Verträgen zu vermitteln. In steuerlicher Hinsicht sollen alle steuerlich denkbaren Folgen beim Abschluss von Gesellschaftsverträgen sowie sonstigen Verträgen erschöpfend erörtert werden. Dazu werden in bewährter Form im Anschluss an ein Vertragsmuster die zivil- und steuerrechtlichen Probleme und Folgen des Vertrags im Ganzen sowie in Bezug auf einzelne Vertragsklauseln erörtert.

Der Schwerpunkt des Formularbuchs liegt eindeutig beim Gesellschaftsrecht und Steuerrecht, welche zusammen fast 90 Prozent des Umfangs ausmachen. Es ist in fünf Abschnitte gegliedert: Teil A – Gesellschaftsverträge, Teil B – Sonstige Verträge, Teil C – Anträge im Besteuerungsverfahren, Teil D – Rechtsmittelverfahren und Teil E – Strafverfahren. Die Teile C, D und E sind typischerweise für die tägliche Arbeit des Notars nicht von Bedeutung, auf sie soll hier nicht näher eingegangen werden.

Zu den Teilen A und B ist anzumerken, dass die einzelnen Kapitel und deren Untergliederung alphabetisch sortiert sind.

So bestimmen die Anfangsbuchstaben der Gesellschaftsformen die Reihenfolge der Kapitel in Teil A. Das führt dazu, dass Personen- und Kapitalgesellschaften bunt vermischt sind. In den einzelnen Kapiteln folgen im Anschluss von A bis Z inhaltlich durcheinander die Musterverträge. Auch in Teil B sind die Kapitel nicht nach den Vertragstypen des BGB sortiert. Kaufvertragsmuster mit verschiedenen Kaufgegenständen finden sich so z. B. unter B.10 (Kauf eines Kraftfahrzeugs), B.17 (Praxisübertragungsvertrag) und B.21 (Unternehmenskauf).

Auch sonst wurden die Muster teils gut versteckt: Im Kapitel „A.3 – Einbringung“ findet sich ein ausführliches Muster zur GmbH-Sachkapitalerhöhung, während im Kapitel „A.6 – GmbH“ Ausführungen zur Sachkapitalerhöhung nur in den Erläuterungen zum Muster einer Barkapitalerhöhung enthalten sind. Leider fehlt dort jeder Querverweis auf das Muster in Kapitel A.3, ebenso wird im Stichwortverzeichnis unter „Kapitalerhöhung – Sacheinlagen“ nicht auf Kapitel A.3 hingewiesen.

Außerdem sollte man sich nicht von der Fülle an Mustern im Inhaltsverzeichnis täuschen lassen, denn einige Musterverträge kommen wiederholt vor, ohne dass sich daraus ein Mehrwert ergibt. So ist z. B. der Angehörigendarlehensvertrag im Muster B.1 fast wortlautgleich mit dem Darlehensvertrag in Muster B.5. Das Muster B.2 enthält einen GmbH-Geschäftsanteilskaufvertrag, der nur die wesentlichen Vertrags-elemente enthält, obwohl im Muster A.6.10 ein ebensolches, aber ausführlicheres Muster bereitgestellt wird und das Muster B.21.02 einen umfassenden Unternehmenskaufvertrag als Kauf sämtlicher GmbH-Geschäftsanteile enthält. Darüber hinaus wird die beeindruckende Liste an Mustern in Teil A dadurch relativiert, dass diese zum Teil nur aus dem Verweis auf ein Muster an anderer Stelle im Formularbuch bestehen.

Aus zivilrechtlicher Sicht ist festzuhalten, dass die Breite der behandelten Themen dazu führt, dass zwar eine Vielzahl von Rechtsgeschäften angesprochen wird, jedoch die einzelnen Muster samt Erläuterungen zum Teil nur die Grundzüge ent-

halten. Muster für Kapitalerhöhungen oder -herabsetzungen bei der Aktiengesellschaft gibt es z. B. nicht. Bei den Mustern für sog. Verfügungsverträge wie Erlass, befreiende Schuldübernahme und Schuldbeitritt vermisste ich zumindest einen Hinweis darauf, dass der Rechtsgrund (des Behaltendürfens) angegeben werden sollte, um die Kondition der Verfügung nach Bereicherungsrecht auszuschließen. Die Anmerkungen zu den Schönheitsreparaturen im Wohnraummietvertrag beschränken sich auf drei Zeilen, was angesichts der auch am 1.4.2008 schon vorliegenden Unzahl von BGH-Entscheidungen hierzu sehr knapp ist. Relativ schlank sind auch die zivilrechtlichen Ausführungen zur rechtsgeschäftlichen Übertragung eines Einzelunternehmens oder Teilbetriebs. Vor dem Hintergrund der Einzelrechtsnachfolge, des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes und des Abstraktionsprinzips sollte hier ein besonderes Augenmerk auf die Bezeichnung der zu übertragenden Wirtschaftsgüter und der dinglichen Erfüllungsgeschäfte (Abtretung, Einigung und Übergabe, Auflassung und Grundbucheintragung) gelegt werden. Ebenso sollten Regelungen zu Dauerschuldverhältnissen getroffen werden, welche hier grundsätzlich nicht kraft Gesetzes auf den neuen Rechtsträger übergehen.

Sehr ausführlich sind dagegen in Teil A die Muster der Gesellschaftsverträge samt zugehöriger Erläuterungen. Auch die Sonderformen der BGB-Gesellschaft (z. B. Unterbeteiligung, Gewinngemeinschaftsvertrag, Meta-Geschäft) sind umfangreich und verständlich dargestellt. Darüber hinaus enthält das Formularbuch an verschiedenen Stellen auch Darstellungen mehrerer Handlungsalternativen zu einer Rechtsfrage mit ihren Vor- und Nachteilen, wie z. B. die verschiedenen Möglichkeiten, eine GmbH & Co. KG in eine GmbH „umzuwandeln“. Im Übrigen eignet sich der zivilrechtliche Teil für die notarielle Arbeit vor allem, um sich bei nicht so alltäglichen Fällen einen schnellen ersten Überblick zu verschaffen, wie z. B. bei der EWIV oder den Grundlagen der Betriebsaufspaltung.

Wie bei jedem Formularbuch sollten die Musterformulierungen nicht ohne Prüfung übernommen werden, wobei sich hier oft nur Un genauigkeiten eingeschlichen haben. So werden Gesellschaften in den Vertragsmustern oft nur mit ihrer Firma, aber ohne ihren Sitz bezeichnet. In den Handelsregisteranmeldungen sind häufig noch Unterschriftenzeichnungen

zur Aufbewahrung beim Gericht vorgesehen. Bei Ausscheiden des Gesellschafters E aus einer BGB-Gesellschaft soll das Grundbuch dahingehend berichtigt werden, dass Grundstückseigentümer nur noch A, B, C und D sind (nicht die aus ihnen fortbestehende BGB-Gesellschaft).

Seine ganz große Stärke hat das Formularbuch Recht und Steuern in der steuerrechtlichen Darstellung. Wie beschrieben wird jedes Vertragsmuster in dieser Hinsicht kommentiert. Dabei werden die ertragsteuerlichen Folgen der einzelnen Rechtsgeschäfte ausführlich erläutert, wohingegen die Erläuterungen zur Erbschaft- und Schenkungsteuer sowie zur Grunderwerbsteuer sich regelmäßig darauf beschränken, dass so eine Steuer anfallen kann und welche Steuerbefreiungen möglicherweise in Betracht kommen. Für den Notar, der typischerweise nicht die steuerlichen Gestaltungen entwirft, sich aber über mögliche steuerliche Folgen seines Vertrages informieren möchte, reicht dieser Umfang jedoch aus.

Eine wichtige Hilfe ist das Formularbuch auch bei der Umsetzung steuerlicher Vorgaben in zivilrechtlicher Hinsicht, z. B. bei der Formulierung einer typisch oder atypisch stillen Gesellschaft oder eines Vorbehalts- oder Zuwendungsnießbrauchs. Ebenso bietet das Formularbuch Muster zur vertraglichen Umsetzung von steuerlichen Konstruktionen wie Betriebsaufspaltung oder Organschaft. So wird die Zusammenarbeit mit Steuerberatern, welche die Umsetzung steuerlicher Vorgaben vom Notar verlangen, sehr erleichtert.

Für die notarielle Praxis kann das Formularbuch Recht und Steuern daher demjenigen empfohlen werden, der sich für die steuerlichen Folgen seiner Verträge interessiert oder der steuerliche Vorgaben in seinen Verträgen umsetzen muss. Zivilrechtlich kann das Formularbuch vor allem bei der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen eine Hilfe sein, jedoch mit der Einschränkung, dass das MoMiG nicht in die Musterformulierungen eingearbeitet ist. Hinsichtlich der in der Notarpraxis wichtigen Grundstückskauf- und -überlassungsverträge, Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen sowie Testamente und Erbverträge bringt das Formularbuch Recht und Steuern in Bezug auf Musterformulierungen dagegen nur wenig Mehrwert.

Notarassessor *Sven Schünemann*, München

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. WEG § 16 Abs. 2 (*Kostentragungspflicht der „werdenden Wohnungseigentümergeinschaft“*)

Vor Entstehen einer Wohnungseigentümergeinschaft bilden die Erwerber, für die eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen und denen der Besitz an der erworbenen Wohnung übergeben worden ist, eine sog. werdende Gemeinschaft.

Sie sind verpflichtet, entsprechend § 16 Abs. 2 WEG die Kosten und Lasten des künftigen gemeinschaftlichen Eigentums zu tragen. Diese Verpflichtung entfällt nicht dadurch, dass eine Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtssinne entsteht (Abgrenzung zu BGHZ 107, 285 = DNotZ 1990, 371).

BGH, Beschluss vom 5.6.2008, V ZB 85/07; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Antragsgegnerin kaufte 1999 eine von den Verkäufern durch Teilung des ihnen gehörenden Grundstücks entstandene Eigentumswohnung. Zur Sicherung ihres Erwerbsanspruchs ist eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Die Antragsgegnerin nutzt die Wohnung jedenfalls seit dem Jahr 2001.

Neben den teilenden Eigentümern wurde erstmals im Jahr 2002 ein weiterer Miteigentümer in das Grundbuch eingetragen. Mit Ausnahme der Antragsgegnerin haben zwischenzeitlich auch alle anderen Käufer Eigentum an den von ihnen erworbenen Wohnungen erlangt.

Die Wohnungseigentümergeinschaft nimmt die Antragsgegnerin auf Zahlung der für die Jahre 2002 und 2003 beschlossenen Wohngehalte in Anspruch. Die Antragsgegnerin wendet ein, nicht Mitglied der Eigentümergeinschaft und daher nicht zur Zahlung des Wohngeldes verpflichtet zu sein.

Das AG hat die Antragsgegnerin zur Zahlung verpflichtet. Ihre sofortige Beschwerde ist erfolglos geblieben. Das OLG Stuttgart möchte auch die sofortige weitere Beschwerde zurückweisen. Es sieht sich daran durch den Beschluss des Brandenburgischen OLG vom 9.1.2006 (ZWE 2006, 447) gehindert und hat die Sache deshalb dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Vorlage ist statthaft (§§ 43 Abs. 1 Nr. 1, 45 Abs. 1 WEG a. F. i. V. m. § 28 Abs. 2 FGG). Das vorlegende Gericht meint, die Antragsgegnerin sei als Mitglied einer werdenden Eigentümergeinschaft entsprechend § 16 Abs. 2 WEG verpflichtet, die anteiligen Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums zu tragen. Daran habe sich nicht dadurch etwas geändert, dass infolge der Eintragung eines weiteren Miteigentümers zwischenzeitlich die eigentliche Wohnungseigentümergeinschaft entstanden sei. Die Gemeinschaft setze sich nunmehr aus Volleigentümern und der Antragsgegnerin als werdender Eigentümerin zusammen. Demgegenüber vertritt das Brandenburgische OLG die Auffassung, dass nur der Wohnungseigentümer im Rechtssinne nach § 16 Abs. 2 WEG hafte. Andere Umstände seien nicht geeignet, die Beitragspflicht zu begründen, das gelte insbesondere für die Mitgliedschaft in einer werdenden Eigentümergeinschaft. Diese Divergenz rechtfertigt die Vorlage.

III.

Die sofortige weitere Beschwerde ist zulässig (§ 45 Abs. 1 WEG a. F. i. V. m. §§ 27, 29 FGG), aber unbegründet. Das Beschwerdegericht hat zu Recht angenommen, dass die Antragsgegnerin gemäß § 16 Abs. 2 WEG zur Zahlung des für die Jahre 2002 und 2003 beschlossenen Wohngeldes verpflichtet ist.

Dem steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin noch nicht Eigentümerin der von ihr erworbenen Wohnung ist. Allerdings setzt die Haftung nach § 16 Abs. 2 WEG die Zugehörigkeit zu der Wohnungseigentümergeinschaft und damit grundsätzlich die Eigentümerstellung des Inanspruchgenommenen voraus (vgl. BGH, NJW 1994, 3352, 3353 = DNotZ 1995, 602). Demgemäß ist der noch nicht in das Grundbuch eingetragene Erwerber, der „seine“ Wohnung bereits nutzt, also faktisch in die Wohnungseigentümergeinschaft eingegliedert ist, nicht verpflichtet, Beiträge i. S. d. § 16 Abs. 2 WEG zu tragen (vgl. BGHZ 87, 138 = DNotZ 1984, 32; BGHZ 106, 113, 119 = DNotZ 1989, 422; BGHZ 107, 285, 288 = DNotZ 1990, 371; BGH, NJW 1994, 3352, 3353 = DNotZ 1995, 602). Dieser Grundsatz ist indessen für den Erwerb einer Eigentumswohnung bei voll eingerichteter Gemeinschaft aufgestellt worden. Er besagt nichts darüber, ob dies auch bei einem – hier gegebenen – Erwerb in der Entstehungsphase einer Wohnungseigentümergeinschaft gilt.

1. Dass künftige Wohnungseigentümer untereinander eine werdende Gemeinschaft bilden, auf welche die Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes, einschließlich § 16 Abs. 2 WEG, entsprechend anzuwenden sein könnten, hat der BGH bereits angedeutet (vgl. BGHZ 44, 43, 44 f.; BGH, NJW 1974, 1140, 1141; NJW 2004, 1798, 1800). In Literatur und Rechtsprechung werden hierzu unterschiedliche Auffassungen vertreten.

a) Nach einer Ansicht gilt auch in der Entstehungsphase einer Wohnungseigentümergeinschaft der Grundsatz, dass nur der eingetragene Eigentümer verpflichtet ist, die Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums nach § 16 Abs. 2 WEG zu tragen. Eine Vorverlagerung dieser Pflicht auf den werdenden Eigentümer wird abgelehnt (so OLG Brandenburg, ZWE 2006, 447; OLG Saarbrücken, NJW-RR 1998, 1094; NZM 2002, 610; *Sauren*, WEG, 4. Aufl., vor § 1 Rdnr. 14; *Belz* in FS Merle, 2000, S. 51 ff.).

b) Die überwiegende Auffassung spricht sich demgegenüber dafür aus, die Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes im Gründungsstadium einer Wohnungseigentümergeinschaft auf die noch nicht im Grundbuch eingetragenen Erwerber entsprechend anzuwenden. Die Käufer, für die eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen und denen die erworbene Wohnung bereits übergeben worden sei, bildeten eine sog. werdende Wohnungseigentümergeinschaft und hafteten daher entsprechend § 16 Abs. 2 WEG für die Lasten und Kosten des (künftigen) gemeinschaftlichen Eigentums. Sie verlören diese Rechtsstellung nicht dadurch, dass ein anderer Erwerber vor ihnen als Eigentümer eingetragen werde. Hierdurch gelange zwar die eigentliche Wohnungseigentümergeinschaft zur Entstehung. Diese setze sich dann aber aus den Volleigentümern und den werdenden Eigentümern zusammen (vgl. BayObLGZ 1987, 78, 83; 1990, 101; NJW-RR 1986, 178; WuM 1998, 178; OLG Frankfurt, ZMR 1993, 125; OLG Zweibrücken, NZM 1999, 322; OLG

Hamm, WuM 2000, 319; ZMR 2007, 712; OLG Jena, WuM 2001, 504; KG, WuM 2002, 683, 684; OLG Karlsruhe, ZMR 2003, 374; OLG Düsseldorf ZMR 2007, 126; OLG Köln, NJW-RR 2006, 445 unter ausdrücklicher Aufgabe von OLG Köln NZM 1999, 765; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 9. Aufl., vor § 43 Rdnr. 6; *Weitnauer/Lüke*, WEG, 9. Aufl., nach § 10 Rdnr. 5 a. E.; *Staudinger/Rapp*, BGB, 2005, § 8 WEG Rdnr. 26 a; *Palandt/Bassenge*, BGB, 67. Aufl., Einl. vor § 1 WEG Rdnr. 7 a. E.; *Bamberger/Roth/Hügel*, BGB, 2. Aufl., § 8 WEG Rdnr. 8 ff.; *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 8. Aufl., § 10 Rdnr. 8 ff.; *Jennißen/Grziwotz*, WEG, § 10 Rdnr. 97; *Riecke/Schmid/Elzer*, WEG, 2. Aufl., § 10 Rdnr. 27 f.; *Deckert/Drabert*, ETW, Gruppe 5 Rdnr. 176; *Wenzel*, Der Fachverwalter (2), S. 28, 31 ff.; *Gottschalg*, NZM 2005, 88, 90; teilweise a. A.: *Schmidt/Kahlen*, WEG, § 10 Rdnr. 34).

c) Weitergehend nimmt eine dritte Ansicht an, dass jeder, der eine Wohnung von dem teilenden Eigentümer erwerbe und sie aufgrund einer gesicherten Erwerbsposition besitze, wie ein Wohnungseigentümer zu behandeln sei, unabhängig davon, ob er in eine bereits bestehende oder erst im Entstehen begriffene Gemeinschaft eintrete. Zur Begründung wird angeführt, das Bedürfnis, die Anwendung des Wohnungseigentumsgesetzes auf das Gründungsstadium vorzuverlagern, bestehe für alle Ersterwerber gleichermaßen. Für eine unterschiedliche Behandlung, je nachdem, ob ein anderer Erwerber bereits im Grundbuch eingetragen sei oder nicht, gebe es keine sachliche Rechtfertigung (so *Soergel/Stürner*, BGB, 12. Aufl., § 10 WEG Rdnr. 2; *Coester*, NJW 1990, 3184, 3185; *Heismann*, Werdende Wohnungseigentümergeinschaft, S. 220 ff.; *ders.*, ZMR 2004, 10, 12; LG Ellwangen, NJW-RR 1996, 973).

2. a) Die beiden zuletzt genannten Auffassungen gehen zutreffend davon aus, dass ein Bedürfnis für eine vorverlagerte Anwendung der Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes auf das sog. Anlauf- oder Gründungsstadium einer Wohnungseigentümergeinschaft jedenfalls im Innenverhältnis, d. h. im Verhältnis zwischen dem teilenden Eigentümer und den Ersterwerbern, besteht. Da es nach der Konzeption des Gesetzes keine Ein-Personen-Gemeinschaft gibt (vgl. § 10 Abs. 7 Satz 4 WEG), entsteht bei einer Teilung nach § 8 WEG eine Wohnungseigentümergeinschaft erst, wenn zusätzlich zu dem aufteilenden Eigentümer ein Wohnungskäufer als Miteigentümer in das Grundbuch eingetragen wird (vgl. BayObLGZ 1990, 101, 102 f.; BayObLG, NJW-RR 2003, 874, 875; *Staudinger/Rapp*, § 8 WEG Rdnr. 24; *Jennißen/Grziwotz*, § 10 WEG Rdnr. 94; *Hügel/Elzer*, Das neue WEG-Recht, § 3 Rdnr. 99 ff.; a. A. OLG Saarbrücken, NJW-RR 1998, 1094; NZM 2002, 610, 611; *Becker* in FS Seuß, 2007, S. 19 ff.). Zwischen Verkauf und Übergabe der Wohnungen einerseits und der Eintragung des ersten Miteigentümers andererseits können aber Jahre liegen. Das gilt insbesondere bei einem Kauf vom Bauträger, wenn der Erwerber unter Berufung auf Gewährleistungsansprüche Kaufpreisanteile zurückhält, Auflassung und Eigentumsumschreibung jedoch erst nach vollständiger Bezahlung des Kaufpreises geschuldet sind (vgl. OLG Hamm, ZMR 2007, 712, 713; *Röll*, DNotZ 1993, 315, 316; *Deckert*, WE 1990, 151, 152 sowie *Seuss*, ZfgWBay 1986, 516 f.). Die Wohnanlage muss aber schon ab Bezugsfertigkeit und Übergabe der verkauften Wohnungen bewirtschaftet und verwaltet werden, was sinnvollerweise nicht allein dem Veräußerer überlassen bleiben, sondern unter Mitwirkung der künftigen Eigentümer nach den Regeln erfolgen sollte, deren Geltung die Beteiligten ohnehin anstreben.

Das Bedürfnis für eine entsprechende Anwendung des Wohnungseigentumsgesetzes auf diese Übergangsphase entfällt nicht deshalb, weil dessen vorzeitige Geltung vertraglich ver-

einbart werden könnte. Zwar wäre eine solche Vereinbarung wirksam (vgl. BGH, NJW 2005, 2622, 2623). Sie dürfte sich aber nicht auf das Verhältnis der Vertragsparteien beschränken, sondern müsste alle Erwerber gleichermaßen einbeziehen. Das gelänge nur, wenn der teilende Eigentümer den Abschluss jedes Erwerbsvertrages von entsprechenden Erklärungen der übrigen Käufer abhängig machte. Hiermit ist aber nicht zu rechnen, da der teilende Eigentümer der vorzeitigen Etablierung einer Rechtsgemeinschaft der Erwerber meist gleichgültig, im Hinblick auf die damit verbundene Beschränkung seiner Rechte unter Umständen sogar ablehnend gegenüberstehen wird.

b) In zeitlicher Hinsicht ist eine vorverlagerte Anwendung des Wohnungseigentumsgesetzes geboten, sobald die Käufer eine rechtlich verfestigte Erwerbsposition besitzen und infolge des vertraglich vereinbarten Übergangs von Lasten und Nutzungen der Wohnung ein berechtigtes Interesse daran haben, die mit dem Wohnungseigentum verbundenen Mitwirkungsrechte an der Verwaltung der Wohnanlage vorzeitig auszuüben. Beides ist mit der inzwischen ganz überwiegenden Meinung anzunehmen, wenn ein wirksamer, auf die Übereignung von Wohnungseigentum gerichteter Erwerbsvertrag vorliegt, der Übereignungsanspruch durch eine Auflassungsvormerkung gesichert ist und der Besitz an der Wohnung auf den Erwerber übergegangen ist (vgl. BayObLGZ 1990, 101, 102; OLG Frankfurt, ZMR 1993, 125; OLG Hamm, ZMR 2007, 712, 713; ZMR 2003, 776, 777; OLG Jena, WuM 2001, 504; OLG Karlsruhe, ZMR 2003, 374; OLG Köln, NJW-RR 2006, 445; *Weitnauer/Lüke*, WEG, 9. Aufl., nach § 10 Rdnr. 3; *Jennißen/Grziwotz*, § 10 Rdnr. 95; *Bärmann/Pick/Merle*, vor § 43 Rdnr. 5; *Wenzel*, Der Fachverwalter (2), S. 32 f.).

Unserheblich ist dagegen, ob die Wohnungsgrundbücher bereits angelegt sind (so zutreffend OLG Köln, ZfIR 1999, 601, 602; *Weitnauer/Lüke*, nach § 10 WEG Rdnr. 3; *Bärmann/Pick/Merle*, vor § 43 Rdnr. 6; *Jennißen/Grziwotz*, § 10 WEG Rdnr. 95; *Sauren*, vor § 1 WEG Rdnr. 9; *Wenzel*, Der Fachverwalter (2), S. 33; differenzierend: *Soergel/Stürner*, § 10 WEG Rdnr. 3; offengelassen von: BayObLGZ 1990, 101, 102 f.; NJW-RR 1997, 1443, 1444; OLG Hamm, ZMR 2000, 128, 129; ZMR 2003, 776, 777; a. A. KG, NJW-RR 1986, 1274; NJW-RR 2003, 589; OLG Jena, WuM 2001, 504; *Staudinger/Rapp*, § 8 WEG Rdnr. 25; *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, § 10 WEG Rdnr. 9; *Heismann*, Werdende Wohnungseigentümergeinschaft, S. 250). Zwar entsteht das Wohnungseigentum im Fall einer Teilung nach § 8 WEG erst mit dem Anlegen der Wohnungsgrundbücher (§ 8 Abs. 2 Satz 2 WEG). Der Anspruch auf Übereignung einer Wohnung kann aber schon vorher durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch des ungeteilten Grundstücks gesichert werden (vgl. BayObLGZ 1977, 155; OLG Frankfurt, DNotZ 1972, 180; OLG Köln, DNotZ 1985, 450; siehe auch BGH, NJW-RR 1993, 840). Hierdurch wird der Erwerber gegen einseitige Änderungen der Teilungserklärung in gleicher Weise geschützt wie der Berechtigte einer im Wohnungsgrundbuch eingetragenen Vormerkung (vgl. *Palandt/Bassenge*, § 8 WEG Rdnr. 5). Der gesicherte Anspruch darf sich allerdings nicht auf die Übertragung eines schlichten Miteigentumsanteils beschränken, sondern muss auf Erlangung von Wohnungseigentum gerichtet sein.

c) Die werdende Gemeinschaft besteht aus allen Erwerbern, bei denen die genannten Voraussetzungen vorliegen. Sie behalten ihre damit verbundenen Rechte und Pflichten auch dann, wenn ein anderer Erwerber vor ihnen als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wird. Allerdings wandelt sich die werdende Gemeinschaft zu diesem Zeitpunkt in eine Woh-

nungseigentümergeinschaft im Rechtssinne um. Diese setzt sich nun aber für eine Übergangszeit aus den Volleigentümern und den übrigen Mitgliedern der früheren (beendeten) werdenden Gemeinschaft zusammen (so zutreffend BayObLGZ 1990, 101, 105 f.; OLG Karlsruhe, ZMR 2003, 374; OLG Köln, NJW-RR 2006, 445; OLG Düsseldorf, ZMR 2007, 126; *Staudinger/Rapp*, § 8 WEG Rdnr. 26 a; *Bärmann/Pick/Merle*, vor § 43 WEG Rdnr. 6; *Weitnauer/Lüke*, nach § 10 WEG Rdnr. 5; *Jennißen/Grziwotz*, § 10 WEG Rdnr. 97; *Riecke/Schmid/Elzer*, § 10 WEG Rdnr. 27 f.; *Wenzel*, Der Fachverwalter (2), S. 33 f.). Andernfalls verlören infolge der Eintragung des ersten Käufers alle anderen Erwerber, die bisher mit Stimmrecht und den weiteren Rechten eines Wohnungseigentümers ausgestattet waren, diese Rechtsstellung, nur um sie später, nach ihrer eigenen Eintragung in das Grundbuch, wiederzuerlangen (so im Ergebnis noch OLG Köln, NZM 1999, 765; *Schmid/Kahlen*, WEG, § 10 Rdnr. 34). Das überzeugt nicht.

3. Dass ein Erwerber – zumindest im Innenverhältnis – wie ein Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft behandelt wird, obwohl er noch nicht im Grundbuch eingetragen ist, steht entgegen der Auffassung des Brandenburgischen OLG (ZWE 2006, 447) mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Einklang.

a) Der BGH hat die Rechtsfigur des werdenden Wohnungseigentümers nur bei der Veräußerung von Wohnungen aus einer vollständig und rechtlich in Vollzug gesetzten Wohnungseigentümergeinschaft heraus abgelehnt (sog. Zweiterwerb, vgl. BGHZ 87, 138 = DNotZ 1984, 32; BGHZ 106, 113 = DNotZ 1989, 422; BGHZ 107, 285 = DNotZ 1990, 371; NJW 1994, 3352, 3353 = DNotZ 1995, 602). Eine Festlegung, welche Rechtsregeln im Gründungsstadium einer Wohnungseigentümergeinschaft Anwendung finden und wann dieses Stadium als abgeschlossen anzusehen ist, ist mit den genannten Entscheidungen nicht verbunden (vgl. BGH, NJW-RR 1987, 1036, 1037; *Soergel/Stürner*, § 10 WEG Rdnr. 5; *Wenzel*, DNotZ 1993, 297, 302; *ders.*, Der Fachverwalter (2), S. 30 f.). Eine Notwendigkeit, beide Konstellationen gleich zu behandeln, folgt nicht schon daraus, dass jeweils die vorgezogene Anwendung des Wohnungseigentumsgesetzes auf noch nicht im Grundbuch eingetragene Erwerber in Rede steht. Während dies bei einem Zweiterwerb nur den Zeitpunkt eines Mitgliederwechsels innerhalb einer voll eingerichteten Wohnungseigentümergeinschaft betrifft, geht es im Fall des Ersterwerbs darum, Rechtsregeln für die von dem Wohnungseigentumsgesetz nicht erfasste Gründungsphase einer Wohnungseigentümergeinschaft zu schaffen.

b) Bei der Abgrenzung der für den Ersterwerb einerseits und den Zweiterwerb andererseits geltenden Grundsätze ist zu bedenken, dass die Übergangsphase von der werdenden bis zu einer voll eingerichteten Wohnungseigentümergeinschaft nur bei formaler Betrachtungsweise bereits mit der Eintragung des ersten Erwerbers endet (vgl. OLG Zweibrücken, NZM 1999, 322, 323). Nach diesem Zeitpunkt entfällt zwar die Notwendigkeit, eine Vor-Gemeinschaft zu etablieren, auf die das Wohnungseigentumsgesetz entsprechend angewendet werden kann. Durch die Anerkennung der werdenden Eigentümergemeinschaft soll darüber hinaus aber auch ein möglichst frühzeitiger Übergang der Entscheidungsmacht des teilenden Eigentümers auf die Erwerber erreicht werden (vgl. *Coester*, NJW 1990, 3184, 3185; *Heismann*, Werdende Wohnungseigentümergeinschaft, S. 220 ff.).

Würde bereits ab der Eintragung des ersten Erwerbers der allgemeine, für voll eingerichtete Gemeinschaften geltende Grundsatz eingreifen, wonach nur der eingetragene Eigentü-

mer Träger von Rechten und Pflichten nach dem Wohnungseigentumsgesetz sein kann (so BayObLGZ 1990, 101, 104; ZMR 2005, 462; *Bärmann/Pick/Merle*, § 25 Rdnr. 11 a. E.), endete die angestrebte zügige Verteilung der Stimmrechtsmacht des teilenden Eigentümers auf die künftigen Eigentümer zu einem – bezogen auf das „Demokratisierungsinteresse“ der Erwerber (vgl. *Heismann*, Werdende Wohnungseigentümergeinschaft, S. 220 ff.) – zufälligen Zeitpunkt. Gleichzeitig ergäbe sich eine unterschiedliche Behandlung von Ersterwerbern, deren sachliche Berechtigung sich bezweifeln lässt (vgl. OLG Brandenburg, ZWE 2006, 447, 448). Nur wenn in dem Zeitpunkt, in dem eine Auflassungsvormerkung für sie eingetragen bzw. ihnen der Besitz der gekauften Wohnung übertragen wird, noch kein anderer Erwerber in das Grundbuch eingetragen worden ist, erlangten sie nämlich die Rechte und Pflichten eines Wohnungseigentümers; andernfalls müssten sie hierauf bis zu ihrer eigenen Eintragung, also unter Umständen noch jahrelang, warten.

Dies könnte dafür sprechen, für einen gewissen Zeitraum auch solche Ersterwerber wie Wohnungseigentümer zu behandeln, die eine grundbuchrechtlich gesicherte Erwerbsposition und den Wohnungsbesitz erst nach der Eintragung des ersten Erwerbers erlangen (vgl. *Coester*, NJW 1990, 3184, 3185; *Heismann*, Werdende Wohnungseigentümergeinschaft, S. 220 f.; *Röll*, DNotZ 1993, 315, 318 f.; *Deckert*, WE 1990, 151, 152). Die Frage bedarf hier indessen keiner Entscheidung. Da die Antragsgegnerin nach den Feststellungen der Vorinstanzen bereits Mitglied der werdenden Gemeinschaft war, ist sie nach den oben zu III. 2. c) dargestellten Grundsätzen wie ein Mitglied der zwischenzeitlich entstandenen Wohnungseigentümergeinschaft zu behandeln. Sie schuldet daher gemäß § 16 Abs. 2 WEG die von der Gemeinschaft beschlossenen Beiträge.

Anmerkung:

Die Rechte und Verpflichtungen der Wohnungseigentümer untereinander und die Regelungen über die Verwaltung des Wohnungseigentums setzen das Vorhandensein einer Wohnungseigentümergeinschaft voraus. Das Entstehen einer Gemeinschaft erfordert, dass mindestens zwei personenverschiedene Eigentümer von Wohnungseigentumseinheiten im Grundbuch eingetragen sind. Solange nur eine Person als Eigentümer eingetragen ist, besteht kein Regelungsbedarf mit der Konsequenz, dass weder die gesetzlichen (§§ 10 ff. WEG) noch die in der Gemeinschaftsordnung vereinbarten Regelungen anzuwenden sind. Wurde das Wohnungseigentum gemäß § 3 WEG durch Vertrag verschiedener Miteigentümer begründet, so bewirkt der Grundbuchvollzug der entsprechenden Urkunde das Vorhandensein von mindestens zwei Wohnungseigentümern. Damit ist eine Wohnungseigentümergeinschaft entstanden, die in Vollzug gesetzt wird, sobald die ersten Rechtshandlungen in Bezug auf das Gemeinschaftsverhältnis oder in Bezug auf die Verwaltung vorgenommen werden.

Anders verhält es sich dagegen beim Begründungsvorgang gemäß § 8 WEG: Bei ihm setzt sich das Eigentumsverhältnis am ungeteilten Grundstück an den einzelnen, durch Teilung entstehenden Wohnungseigentumseinheiten fort. Der Alleineigentümer eines Grundstücks bleibt/wird Alleineigentümer aller entstehenden Wohnungseigentumseinheiten. Die Summe derselben bildet wiederum das ungeteilte Grundstück. Solange keine Rechtshandlungen in Bezug auf das Gemeinschaftsverhältnis und bezüglich der Verwaltung vorgenommen werden, stellt sich die Frage einer Anwendbarkeit der Vorschriften des WEG und der Gemeinschaftsordnung nicht.

Beim Begründungsvorgang gemäß § 8 WEG stellt sich das Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft jedoch wie folgt dar: Vom teilenden Alleineigentümer muss eine weitere Person Wohnungseigentum erworben haben. Der Erwerb von Wohnungseigentum vollzieht sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 873, 925 BGB. Vor Erklärung der Auflassung und deren Grundbuchamtlichem Vollzug hat danach kein Erwerber von Wohnungseigentum dieses im sachenrechtlichen Sinne erlangt. Der tatsächliche Geschehensablauf zeigt jedoch, dass dieser Zeitpunkt lange nach Fertigstellung des Vertragsobjektes und dessen Übergabe an den Erwerber liegt. Die Gründe für eine verzögerte Grundbucheintragung können vielfältig sein. Typische Fälle sind, dass der Kaufpreis vom Käufer noch nicht vollständig bezahlt ist, sei es, dass der Vertragsgegenstand noch nicht vollständig hergestellt ist (Außenanlagen) oder dass Mängel des Vertragsobjektes vorliegen und die Käufer deshalb Zurückbehaltungsrechte geltend machen. Zeigt sich der Mangel im Gemeinschaftseigentum, so wird das Zurückbehaltungsrecht von allen Käufern geltend gemacht werden. Gleichwohl sind nach Übergabe der Einheiten auf die Käufer auf diese Besitz, Nutzen und Lasten übergegangen und der aus dem Kaufvertrag resultierende schuldrechtliche Anspruch auf Eigentumsverschaffung wurde durch eine Auflassungsvormerkung am Vertragsobjekt im Grundbuch abgesichert.

Diese Phase der Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft lässt sich ihrerseits zeitlich wie folgt untergliedern:

1. Der aufteilende Eigentümer (Bauträger) ist nach wie vor als Alleineigentümer aller Einheiten eingetragen. Auf vormerkungsgesicherte Wohnungseigentumskäufer sind jedoch Besitz, Nutzen und Lasten übergegangen. Eine Wohnungseigentümergeinschaft im sachenrechtlichen Verhältnis ist damit noch nicht entstanden. Für diesen Fall schließt sich der BGH¹ der herrschenden Meinung an, die annimmt, dass die Vorschriften des WEG in dieser Phase des Gründungsstadiums entsprechend auf die in Entstehung begriffene Wohnungseigentümergeinschaft anzuwenden seien.² Methodisch gesehen geht es dabei um die Lückenfüllung im Gesetz mittels einer Analogie. Zutreffend weist der BGH³ daraufhin, dass die Bewirtschaftung und Verwaltung der Wohnanlage sinnvollerweise unter Mitwirkung aller künftigen Eigentümer nach den Regeln erfolgen sollte, deren Geltung die Beteiligten ohnehin anstreben. Die Alternative zur Analogie wäre eine schuldrechtliche Lösung, in der eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 705 ff. BGB zwischen dem teilenden Eigentümer und den künftigen Wohnungseigentümern angenommen wird.⁴ Die Annahme eines Gesellschaftsvertrages nach den §§ 705 ff. BGB wird jedoch durch den Willen der Vertragsbeteiligten nicht gedeckt. Er wäre auch ohne tiefgreifende Modifikationen des gesetzlichen Inhalts eines BGB-Gesellschaftsvertrages nicht zweckmäßig; man denke an die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, die gesamtschuldnerische Außenhaftung, die Unübertragbarkeit der Beteiligung sowie an die Auflösungsmöglichkeiten. Die Analogie zu den Regeln der entstandenen Wohnungseigentümergeinschaft ist daher für die werdende Eigentümergemeinschaft absolut interessengerecht. Sie entspricht auch dem subjektiven Rechtsempfinden der Erwerber, die sich nach Besitzübergang als „Wohnungseigentümer“ fühlen.

2. Neben dem teilenden Eigentümer (Bauträger) ist (mindestens) ein Erwerber von Wohnungseigentum als Wohnungseigentümer im Grundbuch eingetragen worden. Damit ist aus der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft eine vollwertige Wohnungseigentümergeinschaft entstanden. Die vormerkungsgesicherten Besitzer von Wohnungseigentum verlieren jedoch ihre Rechte und Pflichten, die sie im Rahmen einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft erlangt haben, durch die Beendigung derselben und ihren Übergang in eine in Vollzug gesetzte Gemeinschaft nicht. Die Wohnungseigentümergeinschaft setzt sich in dieser Phase aus Volleigentümern und werdenden Eigentümern zusammen.⁵

3. Nach Entstehen einer Wohnungseigentümergeinschaft durch die Eintragung eines vom teilenden Eigentümer verschiedenen weiteren Eigentümers erwirbt ein Dritter Wohnungseigentum, erlangt Besitz an der Wohnung und wird durch Vormerkung abgesichert. Dieser Erwerber tritt in eine rechtlich in Vollzug gesetzte Wohnungseigentümergeinschaft ein. Im Falle eines Zweiterwerbs (Erwerb von einem Wohnungseigentümer, der seinerseits von einem Voreigentümer erworben hat), ist es herrschende Meinung, dass der werdende Wohnungseigentümer (besser: Wohnungseigentumsanwärter⁶) im Innenverhältnis zu den anderen Wohnungseigentümern die Rechte und Verpflichtungen eines solchen erst mit seinem eigenen sachenrechtlichen Erwerb (Eintragung im Grundbuch) erwirbt.⁷ Ob dies auch für den Ersterwerb vom Bauträger gilt, konnte der BGH im entschiedenen Falle offen lassen. Aus den vorhergehenden Ausführungen des Senats ergibt sich jedoch die eindeutige Tendenz, auch auf diesen Wohnungseigentumserwerber ab Besitzübergang und Vormerkungssicherung die Regeln des Wohnungseigentums anzuwenden. Für den Status eines Wohnungseigentumserwerbers kann es keinen Unterschied machen, ob seine Vormerkung vor oder nach der Eigentumseintragung des zweiten Wohnungseigentümers erfolgt ist. Zu Recht spricht der Senat davon, dass sich die sachliche Berechtigung einer solchen unterschiedlichen Behandlung bezweifeln lasse.⁸

Die Entstehungsphase der Wohnungseigentümergeinschaft ist sonach für alle drei Zeitabschnitte gleich zu behandeln. Die vormerkungsgesicherten Erwerber von Wohnungseigentum haben nach Besitzübergang alle Rechte und Verpflichtungen eines im Grundbuch eingetragenen Wohnungseigentümers. Sie schulden insbesondere die Lasten und Kosten gemäß § 16 WEG und haben das Stimmrecht gemäß § 25 WEG. Nur die wohnungseigentumsrechtliche Betrachtung gewährt im Übrigen der rechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaft und rückgriffsberechtigten einzelnen Wohnungseigentümern das vollstreckungsrechtliche Vorrecht nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG, was in der Insolvenz des Bauträgers im Hinblick auf seine nicht verkauften Einheiten von großer Bedeutung ist.

Die Entscheidung des BGH ist daher vollumfänglich zu begrüßen.

Notar Dr. Manfred Rapp, Landsberg am Lech

¹ Unter III. 1 b) der Gründe.

² Bärmann/Wenzel, WEG, 10. Aufl., § 10 Rdnr. 16; Staudinger/Rapp, BGB, 2005, § 8 WEG Rdnr. 25.

³ Unter III. 2 a) der Gründe.

⁴ Belz in FS Merle, 2000, S. 61, 73.

⁵ BGH unter III. 2 c) der Gründe; BayObLGZ 1990, 106; Staudinger/Rapp, § 8 WEG Rdnr. 26 a; Bärmann/Wenzel, WEG, § 10 Rdnr. 17.

⁶ Bärmann/Wenzel, WEG, § 10 Rdnr. 5.

⁷ BGHZ 106, 113 = DNotZ 1989, 422; BGHZ 107, 285 = DNotZ 1990, 371; Wenzel, DNotZ 1993, 302; Staudinger/Rapp, § 8 WEG Rdnr. 26.

⁸ Unter III. 3 b) der Gründe.

2. BGB § 1092 Abs. 1, ZPO § 857 Abs. 3 (*Pfändbarkeit eines Wohnungsrechtes bei Aufhebung einer Ausübungsüberlassungsgestattung*)

Die Aufhebung einer Ausübungsüberlassungsgestattung lässt die Pfändbarkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit entfallen. Eine solche Vereinbarung unterliegt der Gläubigeranfechtung. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Beschluss vom 14.6.2007, IX ZR 170/06

Aus den Gründen:

Gemäß § 552 a ZPO weist das Revisionsgericht die von dem Berufungsgericht zugelassene Revision durch einstimmigen Beschluss zurück, wenn es davon überzeugt ist, dass die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nicht vorliegen und die Revision keine Aussicht auf Erfolg hat.

So verhält es sich hier:

1. Zulassungsvoraussetzungen

Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen, weil die Frage, ob die Aufhebung der Übertragbarkeit eines Wohnungsrechts die zuvor gegebene Pfändbarkeit derselben beiseitige oder ob eine solche nach den Grundsätzen der § 851 Abs. 2, § 857 Abs. 3 ZPO weiterhin gegeben sei, bislang noch nicht obergerichtlich entschieden worden sei.

a) Durch die Rechtsprechung des BGH ist bereits – zulasten des Klägers – geklärt, dass nur dann, wenn dem Berechtigten die Überlassung der Ausübung der Dienstbarkeit nach § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB gestattet ist, das dingliche Recht nach § 857 Abs. 3 ZPO gepfändet werden kann (BGH, WM 2006, 2226, 2227 f.). Im Streitfall haben die Parteien der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit die ursprünglich verabredete Gestattung der Übertragung der Ausübung mit ihrer Vereinbarung vom 20.1.2000 aufgehoben. Eine solche Vereinbarung ist jederzeit möglich und hat zur Folge, dass es vom Zeitpunkt der Aufhebung an bei dem Grundsatz des § 1092 Abs. 1 Satz 1 BGB verbleibt. Die Gestattung nach § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB muss nicht notwendigerweise dinglichen Charakter haben. Dieser ist nur erforderlich, wenn die Vereinbarung auch gegenüber dem Rechtsnachfolger des Grundstückseigentümers wirken soll (BGH, WM 2006, 2226, 2228). Reicht zur Gestattung i. S. d. § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB und damit zur Herbeiführung der Pfändbarkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auch eine bloß schuldrechtliche Vereinbarung aus, genügt für den Wegfall der Ausübungsüberlassungsgestattung eine gegenläufige Vereinbarung, wie sie die an der Einräumung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit Beteiligten im Streitfall getroffen haben. Die Revision zieht das nicht in Zweifel. Einer Grundsatzentscheidung bedarf es insoweit nicht.

b) Der Wegfall der Ausübungsüberlassungsgestattung lässt die Pfändbarkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit entfallen. Aus der von der Revision herangezogenen Entscheidung des 5. Zivilsenats des BGH vom 21.6.1985 (BGHZ 95, 99) ergibt sich keine andere Beurteilung. Die Entscheidung verhält sich zu dem Ausschluss der Überlassungsbefugnis des Nießbrauchers (§ 1059 Satz 2 BGB) und betrifft deshalb einen anderen Fall.

Der grundlegende Unterschied zwischen dem Nießbrauch und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit besteht darin, dass beim Nießbrauch die Ausübungsüberlassung nach § 1059 Satz 2 BGB dem Regelungsmodell entspricht, während sie bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB einer besonderen Vereinbarung bedarf. Beim Nießbrauch bedarf es mithin einer gegen-

läufigen vertraglichen Regelung, um die Ausübungsüberlassung auszuschließen (BGHZ 95, 99, 101), während bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit die vertragliche Vereinbarung die Ausübungsüberlassung überhaupt erst ermöglicht. Der Nießbrauch ist sonach verwertbarer Bestandteil des Vermögens des Nießbrauchers, die beschränkte persönliche Dienstbarkeit zählt demgegenüber nicht zum verwertbaren Vermögen des Berechtigten, weil dieser ihre Ausübung grundsätzlich nicht einem Dritten überlassen kann. Diese Unterscheidung ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz und bedarf ebenfalls keiner höchstrichterlichen Klarstellung.

2. Keine Erfolgsaussicht

Zum Zeitpunkt der Vereinbarung vom 29.7.2004 waren die dem Schuldner eingeräumten beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten mithin nicht (mehr) pfändbar, weil dem Schuldner seit der Vereinbarung vom 20.1.2000 deren Überlassung zur Ausübung an Dritte nicht gestattet war.

Infolgedessen kommt es darauf an, ob die Vereinbarung vom 20.1.2000 ihrerseits der Gläubigeranfechtung unterliegt.

Dies ist, ohne dass Grundsatzfragen aufgeworfen werden, von dem Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint worden.

a) Das Berufungsgericht hat den allein in Betracht zu ziehenden Anfechtungstatbestand der vorsätzlichen Benachteiligung (§ 3 Abs. 1 AnfG) zutreffend ausgelegt und angewendet. Es hat die Klage daran scheitern lassen, dass dem Beklagten eine Kenntnis von dem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners nicht nachzuweisen sei. Gegen diese tatrichterliche Würdigung wendet sich die Revision ohne Erfolg.

aa) Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass die Gewährung einer inkongruenten Deckung ein starkes Beweisanzeichen nicht nur für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des die Deckung gewährenden Teils darstellt, sondern auch für die Kenntnis des Anfechtungsgegners von diesem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz. Es hat indes mit Recht darauf verwiesen, dass es im zweiten Punkt darauf ankommt, ob der Anfechtungsgegner die Inkongruenz der ihm gewährten Deckung erkannt hat (BGH, WM 2004, 1583, 1585).

bb) Die Revision meint, es sei nicht zweifelsfrei, ob das Berufungsgericht durch den persönlichen Eindruck, den es von dem Beklagten gewonnen habe, den Nachweis als geführt ansehe, dass diesem die Inkongruenz im Rahmen der Vereinbarung vom 20.1.2000 nicht bewusst gewesen sei. Sie verweist hierzu darauf, der Vereinbarung sei auch für einen Laien zu entnehmen gewesen, dass die Bestimmung, die vom Beklagten eingeräumten Rechte sollten nunmehr höchstpersönlich sein und Dritten nicht mehr zur Ausübung überlassen werden, eine Einschränkung der bisher dem Schuldner und seiner Ehefrau zustehenden Rechte darstelle.

b) Durchgreifende Rechtsfehler werden hiermit nicht aufgezeigt. Im Übrigen kommt es nicht darauf an, ob dem Beklagten nach der Sachverhaltswürdigung des Berufungsgerichts die Inkongruenz im Rahmen der Vereinbarung vom 20.1.2000 bewusst war oder nicht. Selbst wenn man die Kenntnis von der Inkongruenz unterstellt, liegt hierin nur ein Beweisanzeichen für seine Kenntnis von dem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners, nicht hingegen der zwingende, unwiderlegliche Beweis für diese Kenntnis. Das Berufungsgericht hat deshalb mit Recht ergänzend geprüft, ob sich das etwa in der Inkongruenz liegende Beweisanzeichen für die Kenntnis des Beklagten von dem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners zu dessen Nachteil verdichten lasse. Es hat sich hiervon nicht überzeugen können. (...)

3. BGB §§ 313, 530 Abs. 1, 531 Abs. 2, 730 ff., 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 (*Ausgleichsansprüche beim Scheitern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft*)

- a) **Nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kommen wegen wesentlicher Beiträge eines Partners, mit denen ein Vermögenswert von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung (hier: Wohnhaus) geschaffen wurde, dessen Alleineigentümer der andere Partner ist, nicht nur gesellschaftsrechtliche Ausgleichsansprüche, sondern auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB) sowie nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung, vgl. etwa BGH, FamRZ 2004, 94 = MittBayNot 2004, 195 und BGH, NJW-RR 1996, 1473).**
- b) **Zur Abgrenzung von gemeinschaftsbezogener Zuwendung und Schenkung unter Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.**

BGH, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien, die bis 2003 auf einem der Klägerin gehörenden Hausgrundstück zusammenlebten, haben nach Beendigung ihrer nichtehelichen Lebensgemeinschaft wechselseitig Forderungen gegeneinander erhoben. Wegen des auf Räumung und Herausgabe des Grundstücks gerichteten Klagebegehrens ist der Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt worden, nachdem der Beklagte aus dem Haus ausgezogen war. Hinsichtlich der mit der Widerklage unter anderem erstrebten Herausgabe von Gegenständen haben die Parteien sich vergleichsweise geeinigt. Im Streit steht im Revisionsverfahren noch eine vom Beklagten erhobene Forderung in Höhe von noch 93.806,25 € zzgl. Zinsen.

Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Parteien lernten sich 1990 kennen und nahmen in der Folgezeit eine nichteheliche Lebensgemeinschaft in der Form auf, dass sie ihre jeweiligen Wohnungen beibehielten und sich regelmäßig besuchten. Im Jahr 1999 erwarb die Klägerin ein Grundstück, das mit einem Einfamilienhaus mit Einliegerwohnung bebaut wurde. Das Anwesen sollte den Parteien als gemeinsame Wohnung dienen; außerdem sollte dort die Tochter der Klägerin einziehen und der Beklagte, der als Mitarbeiter einer Bausparkasse tätig war, seine Büroräume einrichten. Zur Realisierung des Bauvorhabens, dessen Kosten mit 320.000 DM veranschlagt waren, trugen beide Parteien sowohl durch finanzielle Leistungen als auch durch Arbeitsleistungen bei. Im Februar 2000 wurde das Haus bezogen. Nachdem Anfang 2003 Spannungen in der Beziehung der Parteien aufgetreten waren, ließ die Klägerin den Beklagten auffordern, das Anwesen bis Ende September 2003 zu räumen und an sie herauszugeben. Dem Begehren kam der Beklagte nach Klageerhebung nach.

Mit seiner Widerklage verlangt er unter anderem einen Ausgleich für die von ihm für den Hausbau aufgewendeten finanziellen Mittel sowie für seine Arbeitsleistungen. Er hat – nach teilweiser Rücknahme der Widerklage – geltend gemacht, Zahlungen in Höhe von 163.910,77 DM (= 83.806,25 €) und Eigenleistungen im Umfang von jedenfalls 1.000 Stunden, für die er jeweils 10 € ansetzt, erbracht zu haben. Wegen der finanziellen Leistungen habe er auf seine Anlagen und Ersparnisse zur Alterssicherung zurückgegriffen, nachdem die Klägerin ihm die Einräumung eines lebenslangen Wohnrechts versprochen habe.

Die Klägerin ist der Widerklage entgegengetreten. Sie hat die Auffassung vertreten, die Zuwendungen des Beklagten seien als dessen Beitrag zu der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zu werten, und bestritten, die Einräumung eines Wohnrechts zugesagt zu haben.

Das LG hat die Widerklage abgewiesen; die Berufung des Beklagten blieb ohne Erfolg. Dagegen richtet sich dessen Revision, die der Senat in Höhe der Forderung von 93.806,25 € zzgl. Zinsen zugelassen hat.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, dem Beklagten stehe unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Zahlungsanspruch zu. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

Ein gesellschaftsrechtlicher Auseinandersetzungsanspruch nach den §§ 730 ff. BGB scheide aus, weil zwischen den Parteien als Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründet worden sei. Die insofern zu fordernde Willensübereinstimmung, die zumindest stillschweigend erfolgen müsse, setze voraus, dass die Partner einen über den typischen Rahmen der Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck verfolgt hätten und dass ihnen nach ihrer Vorstellung der geschaffene Wert gemeinschaftlich hätte zustehen sollen. Diene die Vermögensvergemeinschaftung hingegen nur der Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft, so könne darin keine BGB-Gesellschaft gesehen werden, weil andernfalls jede Lebensgemeinschaft eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts wäre. Da die Schaffung eines Familienheims im typischen Rahmen dessen liege, was normalerweise in einer Lebensgemeinschaft angestrebt werde, sei damit keine Gesellschaft begründet worden.

Ein Anspruch aus §§ 530 Abs. 1, 531 Abs. 2 BGB (Schenkungsverzicht wegen groben Undanks) sei ebenso wenig gegeben, denn eine Schenkung liege nicht vor. Zuwendungen unter Lebensgefährten erfolgten in der Regel zur Verwirklichung oder Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft und hätten keinen Schenkungscharakter. Anders als bei einer Schenkung würden sie nämlich nicht allein gegenüber dem anderen Partner erbracht, sondern zugunsten der Lebensgemeinschaft und damit auch an den Leistenden selbst. Davon sei auch bei größeren Zuwendungen, wie hier, auszugehen. Abgesehen davon liege auch kein Fall groben Undanks vor.

Der Beklagte könne auch nach § 812 Abs. 1 BGB keinen Ausgleich verlangen. Die Rückforderung unbenannter Zuwendungen sei bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft grundsätzlich ausgeschlossen. Ein solcher Anspruch könne nur ausnahmsweise bestehen, wenn über das in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft übliche Maß hinausgehende Leistungen oder ein gemeinsamer Vermögenseinsatz zur Bereicherung nur eines Partners geführt hätten. Diese Voraussetzungen seien hier nicht erfüllt; vielmehr hätten beide Parteien durch Geld- und Arbeitsleistungen etwa hälftig dasjenige erbracht, was üblicherweise zur Schaffung eines gemeinsam genutzten Einfamilienhauses aufzuwenden sei. Der Beklagte habe den Wert des Anwesens mit 400.000 DM bis 450.000 DM angegeben. Wenn er – entsprechend seiner Widerklageforderung – etwa 100.000 € beigesteuert habe, müsse der Rest von der Klägerin – bzw. ihren Eltern oder Geschwistern – aufgebracht worden sein. Darüber hinaus könne eine Bereicherung nur in dem Wertzuwachs liegen, den das Haus durch die Leistungen des Beklagten erfahren habe. Diesen Wertzuwachs habe er nicht dargelegt. Die Frage nach ersparten Aufwendungen der Klägerin stelle sich erst, wenn die ursprüngliche Bereicherung nicht mehr vorhanden sei. Schließlich werde die nichteheliche Lebensgemeinschaft auch nicht als Rechtsgrund i.S.d. § 812 BGB verstanden, sondern als tatsächlicher, außerrechtlicher Vorgang begriffen. Die Parteien erbrächten keine Leistungen zur Erfüllung eines

in Wirklichkeit nicht bestehenden oder später weggefallenen Rechtsgrundes. Von daher komme ohnehin nur ein Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB in Betracht. Der BGH habe es zwar für möglich gehalten, dass trotz formal-dinglicher Alleineigentümerstellung eines Partners das gemeinsam gebaute Haus bei wirtschaftlicher Betrachtung eine gemeinsame Wertschöpfung darstelle. Die insofern im Einzelfall zu treffende Entscheidung führe hier aber zu dem Ergebnis, dass nicht von der Absicht einer gemeinsamen Wertschöpfung ausgegangen werden könne. Unstreitig habe die Klägerin dem Beklagten kein Miteigentum einräumen wollen, damit nicht dessen Kinder aus geschiedener Ehe als Erben auf das Haus zugreifen könnten. Bei dieser Sachlage würde es der Interessenlage zuwiderlaufen, wenn dem Beklagten ein bereicherungsrechtlicher Ausgleichsanspruch zugebilligt werde.

Ihm stehe auch kein Anspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft sei dadurch gekennzeichnet, dass die Partner sich jederzeit voneinander trennen könnten. Sie stelle deshalb keine Geschäftsgrundlage dar, auf die vertraut werden könne. Deshalb gelte im Grundsatz, dass Leistungen, die ein Partner für das dem Zusammenleben dienende Wohnhaus erbringe, nicht auszugleichen seien. Etwas anderes gelte nur bei Vorliegen einer – hier nicht festzustellenden – Vereinbarung. Der Beklagte habe lediglich die Bereitschaft der Klägerin behauptet, ihm ein Wohnrecht einzuräumen, nicht hingegen, das Angebot auch angenommen und dessen Vollziehung gefordert zu haben. Die Begründung eines dinglichen Wohnrechts sei seinem Vortrag zufolge daran gescheitert, dass die Klägerin die Unterzeichnung des seit 1999 vorliegenden notariellen Entwurfs einer Wohnrechtsbestellung immer wieder hinausgezögert habe. Gegen die Einräumung eines nur schuldrechtlichen Wohnrechts als Ausgleich spreche der Umstand, dass der Beklagte per Dauerauftrag eine monatliche Miete von 500 DM an die Klägerin gezahlt habe.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung und den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

II.

1. Soweit das Berufungsgericht allerdings einen auf Herausgabe eines Geschenks gerichteten Anspruch des Beklagten aus §§ 530 Abs. 1, 531 Abs. 2 BGB verneint hat, begegnet dies keinen rechtlichen Bedenken. Von einer Schenkung des Beklagten kann nicht ausgegangen werden.

Nach der Rechtsprechung des Senats liegt eine Schenkung unter *Ehegatten* vor, wenn die Zuwendung nach deren Willen unentgeltlich im Sinne echter Freigiebigkeit erfolgt und nicht an die Erwartung des Fortbestehens der Ehe geknüpft, sondern zur freien Verfügung des Empfängers geleistet wird. Dagegen stellt eine Zuwendung unter *Ehegatten*, der die Vorstellung oder Erwartung zugrunde liegt, dass die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben werde, oder die sonst um der Ehe willen oder als Beitrag zur Verwirklichung oder Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft erbracht wird und darin ihre Geschäftsgrundlage hat, keine Schenkung, sondern eine ehebedingte Zuwendung dar (BGHZ 116, 167, 169 f. = FamRZ 1992, 300 = DNotZ 1992, 513; BGH, FamRZ 1990, 600, 601 = DNotZ 1991, 492; BGHZ 129, 259, 263 = FamRZ 1995, 1060, 1061 = DNotZ 1995, 937 und BGH, FamRZ 1997, 933 = DNotZ 1998, 823).

Diese Differenzierung kann auf Zuwendungen zwischen den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft übertragen werden. Hier wie dort erfolgen Zuwendungen, die der Verwirklichung der Lebensgemeinschaft dienen, zwar aufgrund der bestehenden persönlichen Beziehungen und Bindungen.

Sie führen aber regelmäßig nicht zu einer den Empfänger einseitig begünstigenden und frei disponiblen Bereicherung, sondern sollen der Lebensgemeinschaft und damit auch dem Schenker selbst zugute kommen (so auch *Hausmann/Hohloch*, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 2. Aufl., Kap. 4 Rdnr. 45 f.). Mit Rücksicht darauf hat das Berufungsgericht bei den der nichtehelichen Lebensgemeinschaft dienenden Leistungen des Beklagten zutreffend keinen Schenkungscharakter angenommen. Auch die Revision erhebt hiergegen keine Einwendungen.

2. Nach bisher ständiger Rechtsprechung des BGH werden gemeinschaftsbezogene Zuwendungen der Partner jedoch grundsätzlich nicht ausgeglichen. Zur Begründung ist ausgeführt worden, bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft stünden die persönlichen Beziehungen derart im Vordergrund, dass sie auch das die Gemeinschaft betreffende vermögensbezogene Handeln der Partner bestimmten und daher nicht nur in persönlicher, sondern auch in wirtschaftlicher Hinsicht grundsätzlich keine Rechtsgemeinschaft bestehe. Wenn die Partner nicht etwas Besonderes unter sich geregelt hätten, würden dementsprechend persönliche und wirtschaftliche Leistungen nicht gegeneinander aufgerechnet. Beiträge würden geleistet, sofern Bedürfnisse aufträten und, wenn nicht von beiden, so von demjenigen erbracht, der dazu in der Lage sei. Gemeinschaften dieser Art sei – ähnlich wie einer Ehe – die Vorstellung grundsätzlich fremd, für Leistungen im gemeinsamen Interesse könnten ohne besondere Vereinbarung „Gegenleistung“, „Wertersatz“, „Ausgleich“ oder „Entschädigung“ verlangt werden (BGHZ 77, 55, 58 f. = DNotZ 1981, 32; BGH, FamRZ 1992, 408; FamRZ 1993, 939, 940 = DNotZ 1994, 857; NJW-RR 1996, 1473; FamRZ 1997, 1533 = DNotZ 1998, 825 und FamRZ 2004, 94 = MittBayNot 2004, 195).

3. Allerdings kann nach der Rechtsprechung des BGH ein Ausgleich nach den Vorschriften über die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft in Betracht kommen, wenn die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten einen entsprechenden Gesellschaftsvertrag geschlossen haben. Eine rein faktische Willensübereinstimmung reicht für eine nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilende Zusammenarbeit dagegen nicht aus. Gerade weil die nichteheliche Lebensgemeinschaft vom Ansatz her eine Verbindung ohne Rechtsbindungswillen darstellt, ist ein solcher für die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Regelungen erforderlich (BGHZ 165, 1, 10 = MittBayNot 2006, 420). Das kann in Betracht kommen, wenn die Parteien die Absicht verfolgt haben, mit dem Erwerb eines Vermögensgegenstandes, etwa einer Immobilie, einen – wenn auch nur wirtschaftlich – gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer der Partnerschaft nicht nur gemeinsam genutzt werden, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch gemeinsam gehören sollte. Dabei können sich Indizien für ein nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu bewertendes Handeln zum Beispiel aus Planung, Umfang und Dauer des Zusammenwirkens ergeben. In die Gesamtwürdigung der in Betracht zu ziehenden Umstände sind ferner die Art des geschaffenen Vermögenswertes, die von den Parteien erbrachten Leistungen und ihre finanziellen Verhältnisse einzubeziehen (BGH, FamRZ 2003, 1542, 1543 = MittBayNot 2004, 47).

4. Einen solchen gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch hat das Berufungsgericht ebenfalls verneint. Seine Ausführungen hierzu halten allerdings nur im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Ein nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu bewertendes Handeln der Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft setzt, wie die Revision zu Recht rügt, nicht voraus,

dass diese einen über den typischen Rahmen dieser Gemeinschaft hinausgehenden Zweck verfolgen, wie das im Verhältnis von Ehegatten zueinander zu fordern ist, wenn gesellschaftsrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden (vgl. hierzu BGHZ 142, 137, 146 = DNotZ 2000, 514). Diese Differenzierung hat ihren Grund in der Ausgestaltung der Rechte und Pflichten in einer Ehe. Ehegatten sind zur ehelichen Lebensgemeinschaft, zur Rücksichtnahme bei der Wahl und Ausübung einer Erwerbstätigkeit sowie dazu verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten (§§ 1353 Abs. 1 Satz 2, 1356 Abs. 2 Satz 2, 1360 BGB). Insoweit erhält ein mitarbeitender Ehegatte bei Scheidung einer im gesetzlichen Güterstand geführten Ehe grundsätzlich bereits durch den Zugewinnausgleich einen angemessenen Ausgleich. Bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft bestehen dagegen weder rechtliche Mitarbeitspflichten noch güterrechtliche Ausgleichsmöglichkeiten. Das erlaubt hier eine großzügigere Anwendung gesellschaftsrechtlicher Auseinandersetzungsregeln (BGHZ 84, 388, 391; 142, 137, 146 = DNotZ 2000, 514; vgl. auch *Staudinger/Löhnig*, BGB, 2007, Anhang zu §§ 1297 ff. Rdnr. 95).

b) Gleichwohl sind die Voraussetzungen eines gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruchs nicht erfüllt. Nach den getroffenen Feststellungen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien zumindest konkludent einen Gesellschaftsvertrag in Bezug auf die Errichtung des Hauses geschlossen haben.

Verfolgen die Partner nämlich, wie hier, einen Zweck, der nicht über die Verwirklichung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft hinausgeht, bestehen grundsätzlich Zweifel an dem erforderlichen Rechtsbindungswillen. Denn in diesem Bereich haben Partner regelmäßig keine über die Ausgestaltung ihrer Gemeinschaft hinausgehenden rechtlichen Vorstellungen (so auch *Hausmann/Hohloch*, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Kap. 4 Rdnr. 69; *Staudinger/Löhnig*, Anhang zu §§ 1297 ff. Rdnr. 99).

Davon abgesehen hat das Berufungsgericht aber auch festgestellt, dass die formal-dingliche Alleinberechtigung der Klägerin von dem Beklagten vor dem Hintergrund akzeptiert worden ist, dass ihm kein Ausgleichsanspruch zustehen solle, dessentwegen seine Kinder aus geschiedener Ehe als Erben in das Haus vollstrecken könnten. War der Beklagte jedoch bereit, einen Wert zu schaffen, der von den Partnern nur gemeinsam genutzt, ihnen indessen nicht gemeinsam gehören sollte, kann trotz des Umfangs der behaupteten Leistungen nicht auf einen konkludent zustande gekommenen Gesellschaftsvertrag geschlossen werden.

5. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sowie nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) hat der BGH grundsätzlich verneint. Der Grundsatz, dass die Partner einer gescheiterten nichtehelichen Lebensgemeinschaft ihre persönlichen und wirtschaftlichen Leistungen nicht gegeneinander aufrechnen könnten, stehe der Annahme entgegen, das Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft lasse die Geschäftsgrundlage für die bisher erbrachten Leistungen entfallen. Ein Vertrag, dessen Geschäftsgrundlage wegfallen könne, liege nicht in dem Umstand, dass zwei Partner sich zu einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammenschlossen. Regelten sie ihre Beziehungen nicht besonders, so handele es sich um einen rein tatsächlichen Vorgang, der keine Rechtsgemeinschaft begründe (BGH, FamRZ 1996, 1141, 1142; NJW-RR 1996, 1473, 1474; FamRZ 1997, 1533, 1534 = DNotZ 1998, 825).

a) Diese Rechtsprechung ist, wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 31.10.2007 (FamRZ 2008, 247, 249) ausge-

führt hat, nicht ohne Kritik geblieben. Zwar wird mit unterschiedlicher Begründung überwiegend die Auffassung geteilt, ein Ausgleich habe für solche Leistungen auszuscheiden, die, wie die Erfüllung der laufenden Unterhaltsbedürfnisse oder die Entrichtung der Miete für die gemeinsam genutzte Wohnung, das Zusammenleben in der gewollten Art erst ermöglicht hätten. Solche Leistungen würden in dem Bewusstsein erbracht, dass jeder Partner nach seinen Möglichkeiten zur Gemeinschaft beizutragen habe, hätten ihren Unterhaltszweck erfüllt und könnten nach der Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht rückwirkend als zwecklos erachtet werden (*Soergel/Lange*, BGB, 12. Aufl., Nehel LG Rdnr. 26; *Hausmann/Hohloch*, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Kap. 4 Rdnr. 8 f.; *Staudinger/Löhnig*, Anhang zu §§ 1297 ff. Rdnr. 85; *Grziwotz*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 4. Aufl., § 5 Rdnr. 20, 29; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamR, 5. Aufl., § 44 Rdnr. 20; *Burger* in Schröder/Bergschneider, Familienvermögensrecht, 2. Aufl., Rdnr. 7.16 f.; *Coester*, JZ 2008, 315 f.; *Wellenhofer*, LMK 2008, 251355; *Schulz*, FamRZ 2007, 593, 594).

b) Wegen derjenigen Leistungen, die diesen Rahmen überschreiten und die bei einem oder beiden Partnern zur Bildung von die Beendigung der Lebensgemeinschaft überdauernden Vermögenswerten geführt haben, wird je nach Fallgestaltung über gesellschaftsrechtliche Ansprüche hinaus ein rechtlich schutzwürdiges Ausgleichsbedürfnis gesehen. Generell wird insofern darauf hingewiesen, die Entscheidung für eine nichteheliche Lebensgemeinschaft bedeute zwar eine Entscheidung gegen die Rechtsform der Ehe, enthalte aber keinen Verzicht darauf, Konflikte nach festen Rechtsregeln auszutragen (vgl. etwa *Soergel/Lange*, BGB, Nehel LG Rdnr. 6; *Wellenhofer*, LMK 2008, 251355). Wenn die Annahme einer gänzlichen Rechtsfreiheit des nichtehelichen Zusammenlebens ernst genommen werde, so müsse daraus gefolgert werden, dass Zuwendungen unter den Partnern ohne Rücksicht auf ihre Größenordnung ausschließlich dem außerrechtlichen Bereich zuzuweisen wären. Dies wäre indessen schon deshalb unhaltbar, weil die Partner mit solchen Zuwendungen zumindest dinglich ohne Zweifel Rechtsfolgen herbeiführen wollten; die Änderung der Rechtszuständigkeit sei aber bei Vermögensverschiebungen im Verhältnis der Partner zueinander ein nur innerhalb der Rechtsordnung erreichbares Ziel. Fordere die Änderung der Eigentumszuordnung einen hierauf gerichteten Rechtsfolgewillen der Partner, so werde ein solcher bezüglich des zugrundeliegenden Kausalgeschäfts nur schwerlich geleugnet werden können (*Hausmann/Hohloch*, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Kap. 4 Rdnr. 3).

Wenn andererseits im Rahmen einer Ehe einem Ehegatten überobligationsmäßige Leistungen erbracht würden, so beruhen diese nicht auf dem Eherecht, erfolgten aber gleichwohl nicht rechtsgrundlos. Sie beruhen auf einem (stillschweigenden) „familienrechtlichen Kooperationsvertrag sui generis“, wonach jede Seite das ihr Mögliche zur Sicherung und Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft beitrage und keine wechselseitige Verrechnung statfinde. Die gleiche (eherechtsunabhängige) Situation bestehe aber in der faktischen Lebensgemeinschaft. Das Fehlen einer rechtlichen Beziehung zwischen den Partnern bedeute nur, dass diese untereinander keinen Anspruch auf Zuwendungen hätten. Es heiße aber nicht, unbenannte Zuwendungen erfolgten rechtsgrundlos. Aufgabe des familienrechtlichen Kooperationsvertrages sei es lediglich, einen Behaltensgrund für die Zuwendung zu schaffen. So weit gehe aber auch die rechtliche Verbindung zwischen den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Bei Auflösung der Ehe greife beim

gesetzlichen Güterstand oder bei der Gütergemeinschaft das Eherecht korrigierend ein; diese Korrekturmöglichkeit fehle bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, soweit nicht etwas anderes vereinbart worden sei (*Coester*, JZ 2008, 315; *Lüderitz/Dethloff*, Familienrecht, 28. Aufl., § 8 Rdnr. 33). Ansprüche, die nach allgemeinen Regeln begründet seien, könnten indessen nicht deshalb versagt werden, weil die Partner unverheiratet zusammengelebt hätten (*Schulz*, FamRZ 2007, 593, 594).

Darüber hinaus erweise sich die Rechtsprechung des BGH als widersprüchlich: Zum einen werde ein Ausgleich wegen Störung der Geschäftsgrundlage bei Scheitern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft grundsätzlich ausgeschlossen; zum anderen werde aber die Abgrenzung zwischen einem familienrechtlichen Kooperationsvertrag – und damit die Lösung über die Grundsätze der Geschäftsgrundlagenstörung – und einer Innengesellschaft – also einem gesellschaftsrechtlichen Ausgleich – als fließend bezeichnet (*Lüderitz/Dethloff*, Familienrecht, § 8 Rdnr. 34).

c) Bei Zuwendungen, die über das hinausgehen, was unzweifelhaft nicht auszugleichen ist, werden vor allem Ansprüche aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB sowie solche nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage für möglich gehalten (vgl. etwa *Staudinger/Löhnig*, Anhang zu §§ 1297 ff. Rdnr. 112 ff.; *Soergel/Lange*, BGB, 96. Aufl., § 812 Rdnr. 91, 95; *Hausmann/Hohloch*, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Kap. 4 Rdnr. 153 ff.; *Grziwotz*, Nichtehele Lebensgemeinschaft, § 5 Rdnr. 42; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamR, § 24 Rdnr. 24; *Lüderitz/Dethloff*, Familienrecht, § 8 Rdnr. 35; *Schulz*, FamRZ 2007, 593, 598 ff.; *M. Lipp*, AcP 180 (1980), 537, 577 ff.; OLG Stuttgart, NJW-RR 1993, 1475, 1477; OLG Karlsruhe, NJW 1994, 948, 949). Der vorliegende Fall erfordert die Beantwortung der Frage, ob solche Ansprüche nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung in Betracht zu ziehen sind. Das ist zu bejahen.

6. Nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH konnte ein Ausgleichsanspruch in Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze auch dann bestehen, wenn die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht ausdrücklich oder stillschweigend einen entsprechenden Gesellschaftsvertrag geschlossen hatten, sondern wenn sie lediglich die Absicht verfolgt haben, mit dem Erwerb eines Vermögensgegenstandes einen – wenn auch nur wirtschaftlich – gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer der Partnerschaft nicht nur gemeinsam genutzt, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch gemeinsam gehören sollte (so etwa BGH, FamRZ 1997, 1533 = DNotZ 1998, 825; NJW-RR 1996, 1473; FamRZ 1992, 408). Der nunmehr zuständige erkennende Senat hat diese Rechtsprechung in seiner Entscheidung vom 28.9.2005 (BGHZ 165, 1, 10 = MittBayNot 2006, 420) insofern aufgegeben, als bis dahin die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften auch ohne zumindest schlüssig zustande gekommenen Gesellschaftsvertrag für möglich gehalten worden war, und hat die Auffassung vertreten, dass eine rein faktische Willensübereinstimmung nicht als ausreichend erachtet werden könne (siehe oben unter II 3). Diese geänderte Beurteilung, an der der Senat festhält, kann, wie der vorliegende Fall zeigt, zu einer Einschränkung des Anwendungsbereichs gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsansprüche führen. Denn gerade in den Fällen, in denen die in Rede stehende gemeinsame Wertschöpfung der Verwirklichung des nichtehelichen Zusammenlebens zu dienen bestimmt ist, werden häufig keine über die Ausgestaltung

der Lebensgemeinschaft hinausgehenden Vorstellungen der Partner und somit kein Rechtsbindungswillen festzustellen sein.

Eine Verkürzung der nach der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung bestehenden Ausgleichsmöglichkeiten ist indessen im Ergebnis nicht gerechtfertigt und würde auch den Bedürfnissen der Praxis nicht gerecht. Vielmehr sprechen gewichtige Gesichtspunkte dafür, ein Bedürfnis nach einem nicht auf die §§ 730 ff. BGB beschränkten Ausgleich anzuerkennen.

In einer Ehe stehen die persönlichen Beziehungen ebenfalls im Vordergrund und bestimmen das vermögensbezogene Handeln der Ehegatten, ohne dass daraus hinsichtlich überobligationsmäßiger Leistungen auf das Fehlen einer Rechtsgemeinschaft geschlossen würde. Insofern werden ehebezogene Zuwendungen angenommen, die nach Scheidung der Ehe, insbesondere bei Gütertrennung, zu Ausgleichsansprüchen nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage führen können (ebenso *Hausmann/Hohloch*, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Kap. 4 Rdnr. 4). Zudem vermag auch das Argument, der leistende Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft habe deren Scheitern bewusst in Kauf genommen, mithin nicht auf deren Bestand vertrauen dürfen, nicht länger zu überzeugen. Der Partner weiß zwar, dass die Lebensgemeinschaft jederzeit beendet werden kann, seiner Zuwendung wird aber regelmäßig die Erwartung zugrunde liegen, dass die Gemeinschaft von Bestand sein werde. Soweit er hierauf tatsächlich und für den Empfänger der Leistung erkennbar vertraut hat, erscheint dies schutzwürdig. Dass nur das Vertrauen von Ehegatten in die lebenslange Dauer ihrer Verbindung rechtlich geschützt ist (§ 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB), vermag mit Blick auf die hohe Scheidungsquote eine unterschiedliche Behandlung nicht überzeugend zu begründen (vgl. auch *Hausmann/Hohloch*, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Kap. 4 Rdnr. 156 f. und *Schulz*, FamRZ 2007, 593, 595).

Mit Rücksicht hierauf hält der Senat nicht daran fest, Ansprüche nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage oder die ungerechtfertigte Bereicherung wegen Zweckverfehlung kämen zwischen den Partnern einer beendeten nichtehelichen Lebensgemeinschaft grundsätzlich nicht in Betracht. Vielmehr ist bei Leistungen, die über das hinausgehen, was das tägliche Zusammenleben erst ermöglicht (vgl. II 5 a), im Einzelfall zu prüfen, ob ein Ausgleichsverlangen unter diesen rechtlichen Gesichtspunkten begründet ist. Dies gilt im Übrigen nicht nur für nichteheliche Lebensgemeinschaften, sondern würde auch für andere Formen des gemeinschaftlichen Lebens und Wirtschaftens gelten, wie sie etwa unter verwitweten Geschwistern, sonstigen Verwandten oder Freunden vorstellbar sind; auf einen sexuellen Bezug kommt es insoweit nicht an.

7. a) Nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB besteht für den Empfänger einer Leistung die Pflicht zur Herausgabe der Zuwendung, sofern der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist. Ein Bereicherungsanspruch wegen Fehlschlagens dieser Erwartung setzt voraus, dass darüber mit dem Empfänger der Leistung eine Willensübereinstimmung erzielt worden ist; einseitige Vorstellungen genügen nicht. Eine stillschweigende Einigung in diesem Sinne kann aber angenommen werden, wenn der eine Teil mit seiner Leistung einen bestimmten Erfolg bezweckt und der andere Teil dies erkennt und die Leistung entgegennimmt, ohne zu widersprechen (BGHZ 115, 261, 263 = FamRZ 1992, 160, 161 m. w. N.).

Die danach erforderliche finale Ausrichtung der Leistung auf einen nicht erzwingbaren Erfolg wird sich innerhalb einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder einer anderen auf Dauer angelegten Partnerschaft nur bezüglich solcher Zuwendungen oder Arbeitsleistungen feststellen lassen, die deutlich über das hinausgehen, was die Gemeinschaft Tag für Tag benötigt. Sie kann auch nicht allgemein in dem gegenwärtigen Zusammenleben mit dem Partner erblickt werden. Zu fordern ist vielmehr eine konkrete Zweckabrede, wie sie etwa dann vorliegen kann, wenn die Partner zwar keine gemeinsamen Vermögenswerte schaffen wollten, der eine aber das Vermögen des anderen in der Erwartung vermehrt hat, an dem erworbenen Gegenstand langfristig partizipieren zu können (*Hausmann/Hohloch*, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Kap. 4 Rdnr. 140 ff.; *Staudinger/Löhnig*, Anhang zu §§ 1297 ff. Rdnr. 115, 118).

b) Eine solche Zweckabrede hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Es hat darauf abgehoben, dem Beklagten sei zur Vermeidung eines Vollstreckungszugriffs seiner Kinder als Erben eines Ausgleichsanspruchs bewusst kein Miteigentum an dem Haus eingeräumt worden. Deshalb verbiete es die Interessenlage, ihm einen bereicherungsrechtlichen Ausgleichsanspruch zuzubilligen. Damit wird der Sachvortrag des Beklagten indessen nicht ausgeschöpft.

Nach dem vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Urteil des LG hat der Beklagte geltend gemacht, die Klägerin habe ihm ein lebenslanges Wohnrecht in dem Haus eingeräumt; deshalb habe er die erheblichen Mittel zugunsten des Bauvorhabens aufgewendet, zu diesem Zweck als Altersvorsorge gedachte Ersparnisse aufgelöst und darüber hinaus umfangreiche Eigenleistungen erbracht. Das Berufungsgericht, das in anderem Zusammenhang auf den betreffenden Vortrag eingegangen ist, hat diesen als für die Bestellung eines Wohnrechts unzureichend erachtet, weil der Beklagte sich nicht dazu erklärt habe, ob er das Angebot der Klägerin angenommen habe. Gegen die Einräumung eines schuldrechtlichen Wohnrechts spreche der Umstand, dass der Beklagte eine monatliche Miete von 500 DM an die Klägerin gezahlt habe.

Mit dieser Begründung kann die behauptete Zweckabrede indessen nicht ausgeräumt werden. Der Vollziehung eines zugesagten Wohnrechts bedurfte es insoweit nicht, vielmehr reicht es aus, wenn die Zuwendung des Beklagten – für die Klägerin erkennbar – diesem Zweck gedient hat und von ihr, ohne insoweit zu widersprechen, entgegengenommen worden ist. Hinsichtlich der Mietzahlungen des Beklagten hat die Revision im Übrigen zu Recht gerügt, nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Klägerin seien diese Zahlungen im Verhältnis zwischen den Parteien als Beitrag zu den Kosten der Lebensführung betrachtet worden. Dann können die Zahlungen aber nicht als dem Vorbringen des Beklagten entgegengesetzt gewertet werden.

c) Soweit das Berufungsgericht die Auffassung vertreten hat, der Beklagte habe den Wertzuwachs, den das Haus durch seine Zuwendungen erfahren habe, nicht dargelegt, hat es die Anforderungen an die Darlegungslast überspannt. Für das Bauvorhaben waren unstreitig Kosten von 320.000 DM veranschlagt. Die behaupteten Leistungen des Beklagten lassen sich hierzu in Beziehung setzen. Da das Haus seinen Angaben zufolge einen Wert von 400.000 DM bis 450.000 DM hat, liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, die Leistungen des Beklagten hätten sich nicht in dem Wert niedergeschlagen. Mit der gegebenen Begründung kann ein Bereicherungsanspruch danach nicht abgelehnt werden.

8. a) Daneben kommt ein Ausgleichsanspruch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313

BGB) in Betracht, soweit der gemeinschaftsbezogenen Zuwendung die Vorstellung oder Erwartung zugrunde lag, die Lebensgemeinschaft, deren Ausgestaltung sie gedient hat, werde Bestand haben. Die Rückabwicklung erfasst insoweit etwa Fälle, in denen es mangels Schaffung eines gemeinschaftlichen Vermögenswertes nicht zu gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsansprüchen kommt oder in denen eine Zweckabrede i. S. d. § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB nicht festzustellen ist. Sie hat allerdings nicht zur Folge, dass sämtliche Zuwendungen bei Scheitern der Beziehung auszugleichen wären. Auszuscheiden sind zunächst die im Rahmen des täglichen Zusammenlebens ersatzlos erbrachten Leistungen. Nicht anders zu beurteilen sind aber auch die Leistungen desjenigen Partners, der nicht zu den laufenden Kosten beiträgt, sondern größere Einmalzahlungen erbringt: Er kann insofern nicht besser gestellt werden als derjenige Partner, dessen Aufwendungen den täglichen Bedarf decken oder der sonst erforderlich werdende Beiträge übernimmt (BGH, FamRZ 2008, 247, 249).

b) Um gemeinschaftsbezogene Zuwendungen in dem vorgenannten Sinne handelt es sich allerdings nicht, soweit Arbeitsleistungen des Beklagten in Frage stehen. Solche Leistungen, die ein Partner zugunsten des anderen erbringt und mit denen er dessen Vermögen steigert, können begrifflich nicht als Zuwendungen angesehen werden, weil es insofern nicht zu einer Übertragung von Vermögenssubstanz kommt (BGHZ 84, 361, 365 = DNotZ 1983, 180; BGHZ 127, 48, 51). Daraus folgt aber nicht, dass Arbeitsleistungen – im Gegensatz zu gemeinschaftsbezogenen Leistungen – nach dem Scheitern einer Lebensgemeinschaft nicht zu Ausgleichsansprüchen führen können, denn wirtschaftlich betrachtet stellen sie ebenso eine geldwerte Leistung dar wie die Übertragung von Vermögenssubstanz.

Der BGH hat deshalb nach dem Scheitern einer Ehe einen Ausgleichsanspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage bejaht, wenn ein Ehegatte bei Gütertrennung für den Ausbau des im Eigentum des anderen stehenden Familienwohnheims in erheblichem Umfang Arbeitsleistungen erbracht hat. Wenn diese Arbeitsleistungen über erwiesene Gefälligkeiten und insbesondere über das, was etwa im Rahmen der Unterhaltungspflicht oder der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft an Beistandsleistungen geschuldet wird, weit hinausgehen, können die Umstände den Schluss auf einen stillschweigend zustande gekommenen besonderen familienrechtlichen Vertrag (sog. Kooperationsvertrag) zulassen, dessen Geschäftsgrundlage durch das Scheitern der Ehe entfallen ist (BGHZ 84, 361, 367 ff. = DNotZ 1983, 180).

Diese Beurteilung ist im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder sonstigen Partnerschaft im Grundsatz ebenfalls heranzuziehen. Sie kann etwa dann in Betracht kommen, wenn die Annahme eines konkludenten Gesellschaftsvertrags aufgrund der Fallgestaltung ausscheidet, die Arbeitsleistungen aber erheblich über bloße Gefälligkeiten oder das, was das tägliche Zusammenleben erfordert, hinausgehen und zu einem messbaren und noch vorhandenen Vermögenszuwachs des anderen Partners geführt haben. Da nichteheliches Zusammenleben allerdings keine Beistandspflichten begründet, kann – anders als im Verhältnis von Ehegatten zueinander – hier freilich nicht gefordert werden, dass der Rahmen derartiger Leistungen überschritten wird. Erbringt einer der Partner unter solchen Umständen Arbeitsleistungen, so kann davon auszugehen sein, dass diese Leistungen nach einer stillschweigenden Übereinkunft mit dem anderen Partner zur Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft erbracht werden und darin ihre Geschäftsgrundlage haben.

c) Bei der Abwägung, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang Zuwendungen zurückerstattet oder Arbeitsleistungen ausgeglichen werden müssen, ist zu berücksichtigen, dass der Partner es einmal für richtig erachtet hat, dem anderen diese Leistungen zu gewähren. Ein korrigierender Eingriff ist grundsätzlich nur gerechtfertigt, wenn dem Leistenden die Beibehaltung der durch die Leistungen geschaffenen Vermögensverhältnisse nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. Insofern erscheint es sachgerecht, auf den Maßstab zurückzugreifen, der für den Ausgleich von Zuwendungen unter Ehegatten gilt, die im Güterstand der Gütertrennung leben (vgl. hierzu BGH, FamRZ 1997, 933 = DNotZ 1998, 823 m. w. N.). Das Merkmal der Unbilligkeit impliziert zugleich, dass ein Ausgleich nur wegen solcher Leistungen in Betracht kommt, denen nach den jeweiligen Verhältnissen erhebliche Bedeutung zukommt. Maßgebend ist eine Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalls, in die auch der Zweck der Zuwendung einzubeziehen sowie zu berücksichtigen ist, inwieweit dieser Zweck erreicht worden ist.

Hinsichtlich der Frage, inwieweit wegen Arbeitsleistungen ein Ausgleich zu gewähren ist, muss zusätzlich beachtet werden, dass für die erbrachten Leistungen keine Bezahlung, sondern nur eine angemessene Beteiligung an dem gemeinsam Erarbeiteten verlangt werden kann (BGHZ 84, 361, 368 = DNotZ 1983, 180). Der Ausgleichsanspruch ist dabei in zweifacher Weise begrenzt: zum einen durch den Betrag, um den das Vermögen des anderen zur Zeit des Wegfalls der Geschäftsgrundlage noch vermehrt ist, zum anderen durch die ersparten Kosten einer fremden Arbeitskraft (vgl. insoweit zum Ausgleich unter Ehegatten *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht, 4. Aufl., § 1414 Rdnr. 24; *Haas*, FamRZ 2002, 205, 216, *Schulz*, FamRB 2005, 142, 145 f.).

Eine den danach maßgeblichen Anforderungen entsprechende Beurteilung des Sachverhalts hat das Berufungsgericht – auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des BGH – nicht vorgenommen.

9. Daher kann das angefochtene Urteil im Umfang des Revisionsangriffs keinen Bestand haben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das die erforderlichen Feststellungen, auch zur streitigen Höhe der Zuwendungen, nachzuholen haben wird.

10. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

Falls ein Bereicherungsanspruch dem Grunde nach zu bejahen sein sollte, dürfte § 815 BGB eine Kondiktion nicht ausschließen, denn eine beabsichtigte lebenszeitliche Dauer der nichtehelichen Lebensgemeinschaft war nicht von Anfang an unmöglich. Die Vorschrift greift allenfalls dann ein, wenn der Entreicherte selbst die Verbindung wider Treu und Glauben gelöst hat. Eine verschärfte Haftung gemäß § 820 Abs. 1 BGB dürfte ebenfalls nicht in Betracht kommen. Der Bestand der nichtehelichen Lebensgemeinschaft stellt keinen beabsichtigten Erfolg dar, dessen Eintritt ungewiss war. Die Partner wissen zwar um die jederzeitige Auflösbarkeit ihres Verhältnisses und konnten damit gegebenenfalls auch die Beendigung der gemeinsamen Nutzung vorhersehen. In der Regel wird es sich aber aus der Sicht des Empfängers nur um eine als entfernt angesehene Möglichkeit handeln, dass alles anders als erwartet kommen könne. Dies ist jedoch noch keine Ungewissheit i. S. d. § 820 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Im Übrigen dürfte die Saldotheorie bei den hier in Rede stehenden Ansprüchen nicht anwendbar sein (vgl. *Staudinger/Löhnig*, Anhang zu §§ 1297 ff. Rdnr. 120 f.; *Soergel/Lange*, BGB, 94. Aufl., § 815 Rdnr. 94).

Anmerkung:

1. System des Ausgleichs von Zuwendungen zwischen nichtehelichen Partnern

Die vorstehende Entscheidung des XII. Zivilsenats des BGH stellt das System des Ausgleichs von Zuwendungen zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf eine neue Basis und nähert dieses deutlich dem System an, welches die Rechtsprechung für den Ausgleich unbenannter Zuwendungen unter Ehegatten entwickelt hat. Der in der Entscheidung enthaltene Systemwechsel ist dennoch wenig überraschend, wenn man die in den letzten Jahren ergangenen Entscheidungen des BGH betrachtet. Bereits in einem Urteil desselben Senats aus dem Jahre 2005 wurde der bisherige Lösungsansatz des II. Zivilsenats offen in Frage gestellt.¹ Auch in einem weiteren Urteil aus dem Jahre 2007 deutete sich die Änderung der Rechtsprechung bereits vorsichtig an.²

Die aktuelle Entscheidung zeichnet sich durch eine genaue Auseinandersetzung mit der bisherigen Rechtsprechung und den in der Literatur vorgebrachten Argumenten und Lösungsansätzen aus. Maßgeblicher Angriffspunkt gegenüber der bisherigen Rechtsprechung, die auf dem Grundsatz der Nichtausgleichung von Zuwendungen unter nichtehelichen Partnern aufbaute, war der große systematische Unterschied zu den von der Rechtsprechung entwickelten Ausgleichsansprüchen unter Ehegatten.³ Während ein Ausgleich unbenannter Zuwendungen unter Ehegatten über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (jetzt § 313 BGB) im Grundsatz möglich ist,⁴ sollte dieser Lösungsweg im Falle einer nichtehelichen Partnerschaft mangels Rechtserheblichkeit des Vorgangs von vornherein versperrt sein. Die Anerkennung von Ausgleichsansprüchen in Härtefällen erfolgte vielmehr über eine entsprechende Anwendung gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsansprüche unabhängig vom Vorliegen eines (konkulent abgeschlossenen) Gesellschaftsvertrages.⁵ Der in diesem Zusammenhang herangezogene Begriff der gemeinschaftlichen Wertschöpfung⁶ war durchaus dehnbar. Dabei blieb unberücksichtigt, dass der maßgebliche Unterschied zwischen Zuwendungen unter Ehegatten und solchen zwischen nichtehelichen Partnern nur darin besteht, dass das Gesetz für Ehegatten ein vorrangiges güterrechtliches Ausgleichssystem⁷ bereithält, während dies bei nichtehelichen Partnern nicht der Fall ist. Dieser Umstand spricht für die Anerkennung von Ausgleichsansprüchen zwischen nichtehelichen Partnern, da entgegenstehende gesetzliche Vorgaben fehlen.

Der vom XII. Zivilsenat nunmehr vollzogene Systemwechsel ist vor diesem Hintergrund zu begrüßen. Auf der Grundlage der aktuellen Entscheidung wird der Ausgleich von Zuwendungen zwischen nichtehelichen Partnern in aller Regel über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zu suchen sein. Die rechtliche Situation ist mit derjenigen von im Güterstand der Gütertrennung verheirateten Ehe-

¹ BGHZ 165, 1, 10 = MittBayNot 2006, 420.

² BGH, FamRZ 2008, 247, 249.

³ Vgl. zusammenfassend zur früheren Rechtsprechung *Schulz*, FamRZ 2007, 593, 595 ff.

⁴ Vgl. hierzu *Bruch*, MittBayNot 2008, 173, 176.

⁵ Siehe z. B. BGH, FamRZ 1993, 939, 940 = DNotZ 1994, 857; BGH, FamRZ 1996, 1141.

⁶ BGHZ 77, 55, 57 = DNotZ 1981, 32; BGH, FamRZ 1992, 408; BGH, NJW-RR 1996, 1473.

⁷ Vgl. *Bruch*, MittBayNot 2008, 173, 176.

gatten vergleichbar.⁸ Diese Parallele wird durch den Senat ausdrücklich gezogen. Die Annahme einer Innengesellschaft zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft wird zukünftig den Ausnahmefall bilden, da bei Zuwendungen mit Bezug zum Zusammenleben der Partner der erforderliche (konkludente) Abschluss eines Gesellschaftsvertrages nicht feststellbar sein wird. Der Senat eröffnet zwar den Ausgleich der Zuwendungen über die *condictio ob rem* (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB). Trotz der detaillierten Ausführungen in der Entscheidung darf aber nicht verkannt werden, dass die Annahme einer konkreten Zweckabrede unter den Partnern erforderlich ist. In dem zu entscheidenden Fall kam eine solche in Betracht, da die Leistung nach dem Vortrag des zuwendenden Partners mit dem Ziel der Einräumung eines Wohnungsrechts zu seinen Gunsten erfolgte. Eine derart konkrete Zweckabrede dürfte allerdings oftmals nicht nachweisbar sein. Die Verfolgung des allgemeinen Zwecks der Förderung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft sollte hingegen nicht ausreichen, um eine hinreichend konkrete Zweckabrede im Sinne der *condictio ob rem* begründen zu können.⁹ Diese Fälle sollten aus meiner Sicht dem Ausgleich über den Wegfall der Geschäftsgrundlage vorbehalten bleiben.

2. Abgrenzung im Einzelfall

Auf Basis der vorliegenden Entscheidung wird eine der Hauptaufgaben des Rechtsanwenders darin bestehen, diejenigen Zuwendungen festzustellen, hinsichtlich welcher ein Ausgleich rechtlich in Betracht kommt.¹⁰ Der entscheidende Senat hat unter Anknüpfung an Stimmen in der Literatur¹¹ ausgeführt, dass ein Ausgleich bei solchen Leistungen grundsätzlich nicht möglich ist, welche im Rahmen des täglichen Zusammenlebens der Partner ersatzlos erbracht werden und somit die gemeinsame Lebensführung erst ermöglichen sollen. Insbesondere für die Entrichtung des Mietzinses für die gemeinsame Wohnung bzw. den Nutzungsvorteil in Bezug auf die im Eigentum des anderen Partners stehende Wohnung wird somit auch weiterhin keine Ausgleichsmöglichkeit bestehen.¹² Entscheidendes Argument für den Ausschluss eines Ausgleichs ist insoweit die Tatsache, dass diese Zuwendungen ihren Unterhaltszweck gerade erreicht haben und deshalb nicht nach der Beendigung der Lebensgemeinschaft rückwirkend als zwecklos erachtet werden können.¹³ Dasselbe Argument kann herangezogen werden, wenn die Lebensgemeinschaft nicht aufgrund einer Trennung der Partner, sondern

aufgrund des Todes eines Partners endet.¹⁴ Im Fall der Auflösung der Gemeinschaft durch den Tod eines Partners gilt dies sogar unabhängig vom Umfang der jeweiligen Zuwendung.

Trotz dieser Erwägungen darf jedoch nicht verkannt werden, dass die von den Partnern getätigten Zuwendungen nicht isoliert voneinander betrachtet werden dürfen. Zu einer derartigen isolierten Betrachtungsweise könnten manche Ausführungen des BGH zwar verleiten. Entscheidend muss jedoch die konkrete Ausgestaltung der jeweiligen Lebensgemeinschaft im vermögensrechtlichen Bereich sein. Eine pauschale Ablehnung der Berücksichtigung von Unterhaltsleistungen des täglichen Lebens kann zumindest dann nicht vorgenommen werden, wenn ein Ehegatte nahezu komplett diese Ausgaben bestritten und der andere Ehegatte dafür die außergewöhnlichen Ausgaben getätigt hat, z. B. die Tilgung von Darlehen, die zur Bezahlung des gemeinsamen Familienwohnheims aufgenommen wurden.¹⁵ Der hier typischerweise vorliegende innere Zusammenhang zwischen den Zuwendungen mit rein unterhaltsrechtlichem Bezug und den außergewöhnlichen Zuwendungen wird zwar nicht dazu führen, dass in diesem Fall ausnahmsweise Zuwendungen mit reinem Unterhaltsbezug als ausgleichsfähig anzusehen sind. Jedoch wird man die innere Verknüpfung der verschiedenartigen Zuwendungen als möglichen Ausschlussgrund bei der Frage zu prüfen haben, ob die außergewöhnlichen Zuwendungen, die in der Finanzierung des Familienheims bestanden haben, vollständig bzw. teilweise erstattungsfähig sind.

Der dogmatische Ansatz über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage hat des Weiteren zur Konsequenz, dass auch die subjektiven Erwartungen der Partner zum Zeitpunkt der Vornahme der Zuwendung berücksichtigt werden müssen. Ein nachträglicher Ausgleichsanspruch kann dann nicht angenommen werden, wenn der leistende Partner zum Zeitpunkt der Vornahme der Zuwendung in Hinblick auf die ihm bekannten Vermögensverhältnisse des anderen Partners nicht von einem späteren Ausgleich ausgehen konnte.¹⁶ Diese subjektive Erwartungshaltung bildet von vornherein die Geschäftsgrundlage für die vorgenommene Zuwendung. Eine spätere Störung der Geschäftsgrundlage im Fall der Trennung der Partner kann deshalb in diesem Fall nicht angenommen werden.

Notarassessor Dr. Alban Bruch, München

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Schlögel*, MittBayNot 2009, 100 (in diesem Heft).

⁸ So bereits *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 5. Aufl., § 44 Rdnr. 24.

⁹ Der BGH schließt die Annahme einer konkreten Zweckabrede aber dann nicht aus, wenn die Zuwendung in der Erwartung erfolgte, dass der Zuwendende an dem betreffenden Gegenstand langfristig partizipieren könne. Welche Bedeutung dieser Aspekt in der Rechtsprechung des BGH haben wird, werden allerdings erst die Folgeentscheidungen zeigen.

¹⁰ Vgl. zu den Rechtsfolgen von § 313 BGB auch *Schulz*, FamRZ 2007, 593, 599.

¹¹ *Grziwotz*, Nichteheleche Lebensgemeinschaft, 4. Aufl., § 5 Rdnr. 29; *Hausmann/Hohloch*, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 2. Aufl., S. 233; *Staudinger/Löhnig*, BGB, 2007, Anhang zu §§ 1297 ff. Rdnr. 85.

¹² Vgl. auch *Hausmann/Hohloch*, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, S. 233.

¹³ Vgl. auch *Hausmann/Hohloch*, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, S. 233.

¹⁴ BGH, FamRZ 2008, 247, 249; siehe hierzu auch *Coester*, JZ 2008, 315, 316, der sich eine noch deutlichere Klarstellung für diesen Fall gewünscht hätte und *Grziwotz*, FamRZ 2008, 250.

¹⁵ Vgl. *Hausmann/Hohloch*, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, S. 234.

¹⁶ Vgl. *Hausmann/Hohloch*, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, S. 234.

4. BGB §§ 1578 Abs. 1, 1609 Nr. 2 und 3 (*Unterhaltsbedarf bei mehreren Berechtigten*)

- a) **Schuldet der Unterhaltspflichtige sowohl einem geschiedenen als auch einem neuen Ehegatten Unterhalt, so ist der nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 Abs. 1 BGB) zu bemessende Unterhaltsbedarf jedes Berechtigten im Wege der Dreiteilung des Gesamteinkommens des Unterhaltspflichtigen und beider Unterhaltsberechtigter zu ermitteln.**
- b) **Ausnahmen von dieser Dreiteilung ergeben sich bei unterschiedlicher Rangfolge der Ansprüche (§ 1609 Nr. 2, 3 BGB) nur im Rahmen der Leistungsfähigkeit, wenn ein Mangelfall vorliegt (§ 1581 BGB).**
- c) **Ist der Unterhaltsbedarf eines geschiedenen Ehegatten durch den hinzu gekommenen Unterhaltsbedarf eines neuen Ehegatten herabgesetzt, ist im Rahmen der dann gebotenen Dreiteilung das Gesamteinkommen einschließlich des Splittingvorteils aus der neuen Ehe zugrunde zu legen (Aufgabe der Senatsrechtsprechung BGHZ 163, 84, 90 f. = FamRZ 2005, 1817, 1819).**
- d) **Das gilt ebenso für einen Familienzuschlag der Stufe 1 nach § 40 Abs. 1 BBesG (Aufgabe der Senatsrechtsprechung BGHZ 171, 206, 223 f. = FamRZ 2007, 793, 797 f.).**
- e) **Der Anspruch auf Aufstockungsunterhalt nach geschiedener Ehe ist nur dann mit dem Anspruch eines neuen Ehegatten auf Betreuungunterhalt gleichrangig, wenn nach langer Ehedauer auch ehebedingte Nachteile i. S. d. § 1578 b Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB vorliegen (§ 1609 Nr. 2 BGB). Auch insoweit ist darauf abzustellen, inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen.**

BGH, Urteil vom 30.7.2008, XII ZR 177/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der 1949 geborene Kläger und die 1948 geborene Beklagte hatten 1978 die Ehe geschlossen, aus der keine Kinder hervorgegangen sind. Nachdem die Parteien sich im Mai 2002 getrennt hatten, wurde die Ehe mit Urteil vom 12.4.2005 rechtskräftig geschieden.

Zuvor hatten die Parteien im Verbundverfahren einen Vergleich geschlossen, in dem sich der Kläger verpflichtet hatte, an die Beklagte nachehelichen Ehegattenunterhalt in Höhe von monatlich 600 € zu zahlen. Dabei gingen die Parteien von einem Einkommen des Klägers aus, das sich nach Abzug seiner Krankenversicherungsbeiträge und berufsbedingter Ausgaben auf 2.583 € monatlich belief. Ein Wohnvorteil in Höhe von 450 € monatlich wurde durch Zinsbelastungen in gleicher Höhe neutralisiert. Hinsichtlich der Beklagten gingen die Parteien von Einkünften aus, die sich abzüglich berufsbedingter Kosten auf 1.075 € beliefen. Zuzüglich einer erzielbaren Miete für eine Eigentumswohnung in Polen in Höhe von 100 € ergaben sich anrechenbare Einkünfte in Höhe von 1.175 € monatlich. Daraus ergab sich eine Einkommensdifferenz in Höhe von 1.408 € und der im Wege der Differenzmethode ($\frac{3}{7}$) errechnete Unterhaltsbetrag in Höhe von ca. 600 €.

Der Kläger ist nach wie vor als Lehrer berufstätig und erzielt Bezüge nach der Besoldungsgruppe A 12. Auch die Einkünfte der Beklagten, die seit 1992 durchgehend vollschichtig als Verkäuferin tätig ist, belaufen sich nach Abzug berufsbedingter Aufwendungen nach wie vor auf 1.075 € monatlich.

Der Kläger hat am 15.10.2005 erneut geheiratet. Außerdem erbringt er seit dem Einzug in die Ehwohnung am 17.10.2005 auch Unterhaltsleistungen für die bereits am 1.12.2003 in Polen geborene Tochter S. Auf diese zusätzlichen Unterhaltspflichten stützt der Kläger nunmehr seinen Antrag auf Wegfall der Unterhaltspflicht für die Zeit ab Oktober 2005 und auf Rückzahlung der seit Rechtshängigkeit der Abänderungsklage gezahlten Unterhaltsbeträge.

Das AG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das OLG der Klage teilweise stattgegeben; es hat die Unterhaltsverpflichtung des Klägers auf zuletzt 200 € monatlich herabgesetzt und die Beklagte verurteilt, an den Kläger insgesamt 2.800 € überzahlten Unterhalt zurückzuzahlen. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision der Beklagten ist zulässig und begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

1. Zu Recht hat das Berufungsgericht die Abänderungsklage allerdings für zulässig erachtet.

a) Der Kläger hat mit dem Hinzutreten der Unterhaltspflicht für seine neue Ehefrau und für sein Kind wesentliche Änderungen der dem Prozessvergleich zugrundeliegenden Geschäftsgrundlage vorgetragen (§ 323 Abs. 1 und 4 ZPO). Seine neue Ehefrau hat der Kläger am 15.10.2005, also nach Abschluss des abzuändernden Vergleichs, geheiratet. Auch die Unterhaltsleistungen für sein Kind hat er erst nach diesem Zeitpunkt aufgenommen. Zwar war die Tochter bereits am 1.12.2003 geboren. Sie hielt sich zunächst aber noch mit ihrer Mutter in Polen auf und hatte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts noch keine Unterhaltsansprüche geltend gemacht. Weil die Klage damit auf Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse nach Abschluss des Prozessvergleichs und somit auf eine geänderte Geschäftsgrundlage i. S. d. § 313 BGB gestützt ist, hat das Berufungsgericht sie zu Recht als zulässig erachtet.

b) In zulässiger Weise hat das Berufungsgericht den Prozessvergleich auch rückwirkend für die Zeit ab Änderung der maßgeblichen Umstände abgeändert.

Bei dem Prozessvergleich vom 22.3.2005 handelt es sich um eine Urkunde i. S. d. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, in der Leistungen der in § 323 Abs. 1 ZPO bezeichneten Art übernommen worden sind. Der Schuldner, der eine Herabsetzung seiner in einem Prozessvergleich vereinbarten Unterhaltspflicht begehrt, ist an die Beschränkungen des § 323 Abs. 3 ZPO nicht gebunden (vgl. BGH, FamRZ 1990, 989 m. w. N.). Denn der Abänderung steht insoweit – im Unterschied zur Abänderung eines Urteils – keine Rechtskraft entgegen, die den Bestand der Entscheidung bis zur Erhebung einer Abänderungsklage oder jedenfalls bis zum Verzugseintritt gewährleistet.

Eine rückwirkende Abänderung des Prozessvergleichs ist – entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten – auch nicht aus Gründen eines Vertrauensschutzes ausgeschlossen. Denn einem schutzwürdigen Vertrauen des Titelgläubigers wird durch die Regelung des § 818 Abs. 3 BGB hinreichend Rechnung getragen (vgl. *Wendl/Schmitz*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl., § 10 Rdnr. 165 d). Danach kann er gegenüber einem Anspruch auf Rückzahlung überzahlten Unterhalts die Einrede des Wegfalls der Bereicherung erheben. Weil diese Einrede nach § 818 Abs. 4 BGB erst für die Zeit ab Rechtshängigkeit der Rückforderungsklage entfällt, kann der Unterhaltsschuldner regelmäßig nur den in der Folgezeit überzahlten Unterhalt erstattet verlangen. Einer darüber hinausgehenden Einschränkung in dem Sinne, dass auch die Abänderung des Prozessvergleichs erst ab Rechtshängigkeit der Klage oder ab Verzug geltend gemacht werden kann, bedarf es nicht. Denn selbst wenn nach Erfolg einer Abänderungsklage schon für die Zeit vor Rechtshängigkeit der Rückforderungsklage Unterhalt ohne Rechtsgrund gezahlt worden wäre, bliebe es dabei, dass der überzahlte

Unterhalt regelmäßig erst für die Zeit ab Rechtshängigkeit zurückverlangt werden kann (BGH, FamRZ 1990, 989, 990). (...)

3. Die Revision der Beklagten ist auch begründet. Denn das Berufungsgericht hat schon ihren Unterhaltsbedarf nicht zutreffend ermittelt.

Im Ansatz zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass der Unterhaltsbedarf der Beklagten durch später hinzugekommene weitere Unterhaltspflichten beeinflusst werden kann. Nach der neueren Rechtsprechung des Senats sind spätere Änderungen des verfügbaren Einkommens grundsätzlich bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB) zu berücksichtigen, und zwar unabhängig davon, wann sie eingetreten sind, ob es sich um Minderungen oder Verbesserungen handelt oder ob die Veränderung auf Seiten des Unterhaltspflichtigen oder des Unterhaltsberechtigten eingetreten ist. Die Berücksichtigung einer nachehelichen Verringerung des verfügbaren Einkommens findet ihre Grenze erst in der nachehelichen Solidarität. Nur bei unterhaltsrechtlich vorwerfbarem Verhalten ist deswegen von einem fiktiven Einkommen auszugehen. Im Hinblick auf diese Betrachtungsweise sind auch sonstige Veränderungen der maßgeblichen Verhältnisse zu berücksichtigen, wenn sie Einfluss auf das dem Unterhaltspflichtigen verfügbare Einkommen haben (BGH, FamRZ 2008, 968, 972).

Treten weitere Unterhaltsberechtigte hinzu, wirkt sich auch das auf den Unterhaltsbedarf eines geschiedenen Ehegatten aus, ohne dass es insoweit auf den Rang der Unterhaltsansprüche ankommt (Fortführung von BGH, FamRZ 2008, 968, 972 f.; vgl. auch *Wendl/Gerhardt*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, § 4 Rdnr. 306). Die Berücksichtigung einer dadurch bedingten Einkommensminderung findet ihre Grenze ebenfalls erst in einem vorwerfbaren Verhalten, das – ähnlich wie bei der fiktiven Anrechnung vorwerfbar nicht erzielten Einkommens – unterhaltsbezogen sein muss. Das ist nicht der Fall, wenn ein geschiedener Unterhaltsschuldner eine neue Familie gründet. Auch in solchen Fällen wäre es verfehlt, die Unterhaltspflicht für ein neu hinzugekommenes Kind bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs eines früheren Ehegatten unberücksichtigt zu lassen. Das gilt in gleicher Weise für einen neuen Ehegatten (vgl. auch BGHZ 166, 351, 362 = FamRZ 2006, 683, 686). Denn das würde dazu führen, dass der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten das dem Unterhaltspflichtigen unter Berücksichtigung seiner weiteren Unterhaltspflicht für den eigenen Unterhalt verbleibende Einkommen übersteigen würde, was nur im Rahmen des Selbstbehalts korrigiert werden könnte. Eine weitere Unterhaltspflicht, die den Unterhaltsbedarf eines vorrangig Unterhaltsberechtigten nicht beeinflussen würde, würde zwangsläufig gegen den Halbteilungsgrundsatz verstoßen (vgl. BGHZ 166, 351, 362 f. = FamRZ 2006, 683, 686).

a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts leistet der Kläger seit dem Einzug in eine gemeinsame Wohnung am 17.10.2005 auch seinem Kind Unterhalt. Die seit diesem Zeitpunkt im gemeinsamen Zusammenleben tatsächlich geleisteten Unterhaltszahlungen wirken sich deswegen auch auf den Unterhaltsbedarf der Beklagten nach den ehelichen Lebensverhältnissen aus und zwar unabhängig davon, dass die Unterhaltspflicht erst nach Rechtskraft der Ehescheidung begonnen hat (BGH, FamRZ 2008, 968, 972). Vor der Bemessung des Unterhaltsanspruchs der Beklagten ist deswegen der sich aus der Düsseldorfer Tabelle ergebende Unterhaltsanspruch des Kindes vom Einkommen des Klägers abzusetzen.

b) Im Ansatz ist das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger seit dem 15.10.2005 seiner neuen Ehefrau Familienunterhalt schuldet. Auch dieser neu hinzugekommene Anspruch auf Familienunterhalt beeinflusst nach den vorstehenden Ausführungen den Unterhaltsbedarf der Beklagten nach den fortgeschriebenen ehelichen Lebensverhältnissen. Denn auch dadurch wird das dem Kläger verbleibende Einkommen ohne unterhaltsbezogenes Verschulden gemindert. Ließe man dies unberücksichtigt, erhielte die Beklagte höheren Unterhalt, als dem Kläger selbst von seinem Einkommen verbliebe, was mit dem Halbteilungsgrundsatz nicht vereinbar wäre (vgl. BGHZ 166, 351, 360 ff. = FamRZ 2006, 683, 685 f.).

Der Anspruch auf Familienunterhalt lässt sich zwar nicht ohne weiteres nach den zum Trennungsunterhalt oder nachehelichen Unterhalt entwickelten Grundsätzen bemessen. Denn er ist nicht auf die Gewährung einer – frei verfügbaren – laufenden Geldrente für den jeweils anderen Ehegatten, sondern vielmehr als gegenseitiger Anspruch der Ehegatten darauf gerichtet, dass jeder von ihnen seinen Beitrag zum Familienunterhalt entsprechend seiner nach dem individuellen Ehebild übernommenen Funktion leistet. Seinem Umfang nach umfasst der Anspruch auf Familienunterhalt gemäß § 1360 a BGB alles, was für die Haushaltsführung und die Deckung der persönlichen Bedürfnisse der Ehegatten und eventueller Kinder erforderlich ist. Sein Maß bestimmt sich aber ebenfalls nach den ehelichen Lebensverhältnissen, so dass § 1578 BGB als Orientierungshilfe herangezogen werden kann. Es begegnet deshalb keinen Bedenken, den Anspruch auf Familienunterhalt im Falle der Konkurrenz mit anderen Unterhaltsansprüchen auf die einzelnen Familienmitglieder aufzuteilen und in Geldbeträgen zu veranschlagen. Daher kann der anzusetzende Betrag insoweit in gleicher Weise wie der Unterhaltsbedarf eines getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten ermittelt werden (BGH, FamRZ 2007, 1081, 1083 und FamRZ 2003, 860, 864).

aa) Weil deswegen grundsätzlich sowohl eine schon bestehende als auch eine neu hinzu gekommene Unterhaltspflicht bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§§ 1361 Abs. 1, 1578 Abs. 1 BGB) zu berücksichtigen ist, beeinflussen sich die verschiedenen Unterhaltsansprüche wechselseitig.

Zwar ist im Rahmen der Unterhaltsansprüche eines geschiedenen und eines neuen Ehegatten im Ansatz ein unterschiedlicher Bedarf nach den jeweiligen ehelichen Lebensverhältnissen denkbar. Nach der neueren Rechtsprechung des Senats zu den wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen gleicht sich der höhere Bedarf eines früheren Ehegatten aber zwangsläufig dem unter Berücksichtigung mehrerer Unterhaltspflichten geringeren Bedarf eines neuen Ehegatten an. Denn der ursprünglich höhere Bedarf eines geschiedenen Ehegatten verringert sich schon deswegen, weil mit einem neuen Ehegatten ein weiterer Unterhaltsberechtigter hinzukommt, der das verfügbare Einkommen und damit auch den Unterhaltsbedarf des geschiedenen Ehegatten nach den ehelichen Lebensverhältnissen vermindert (BGHZ 166, 351, 361 f. = FamRZ 2006, 683, 685 f. und BGH, FamRZ 2008, 968, 972 f.). Auf diese Weise gleicht sich der Unterhaltsbedarf eines geschiedenen Ehegatten zwangsläufig an denjenigen eines neuen Ehegatten an.

bb) Außerdem ist bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs einer geschiedenen und einer neuen Ehefrau nach den ehelichen Lebensverhältnissen stets der Halbteilungsgrundsatz zu beachten. Dieser Grundsatz gebietet es bei der Bedarfsermittlung nur eines unterhaltsberechtigten Ehegatten, dem Un-

terhaltspflichtigen einen die Hälfte seines verteilungsfähigen Einkommens sogar maßvoll übersteigenden Betrag anrechnungsfrei zu belassen (BGHZ 166, 351, 362 f. = FamRZ 2006, 683, 686).

Ist der Unterhaltspflichtige – wie hier – neben einem geschiedenen Ehegatten auch einem neuen Ehegatten unterhaltspflichtig, kann dem Grundsatz der Halbteilung aber nicht entnommen werden, dass ihm stets die Hälfte seines eigenen Einkommens verbleiben muss, während sich die beiden Unterhaltsberechtigten die weitere Hälfte teilen müssten. Halbteilung im Sinne einer gegenseitigen Solidarität der jeweiligen Ehegatten bedeutet nicht, dass dem Unterhaltsschuldner stets und unabhängig von der Anzahl der Unterhaltsberechtigten die Hälfte seines eigenen unterhaltsrelevanten Einkommens verbleiben muss. Dies ist lediglich dann die Folge des Halbteilungsgrundsatzes, wenn das unterhaltsrelevante Einkommen nach Abzug des Kindesunterhalts auf den Unterhaltspflichtigen und einen geschiedenen Ehegatten aufzuteilen ist. Grund für die Halbteilung ist vielmehr der Gedanke, dass der Unterhaltsbedarf eines Unterhaltsberechtigten den Betrag nicht überschreiten darf, der dem Unterhaltspflichtigen verbleibt.

Ist nach Abzug des Kindesunterhalts neben einem früheren Ehegatten auch ein neuer Ehegatte unterhaltsberechtigt, führt der so verstandene „Halbteilungsgrundsatz“ deswegen dazu, dass dem Unterhaltspflichtigen ein Drittel seines unterhaltsrelevanten Einkommens verbleiben muss, während sich der Unterhaltsbedarf eines jeden unterhaltsberechtigten Ehegatten ebenfalls mit $\frac{1}{3}$ bemisst (vgl. *Wendl/Gutdeutsch*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, § 4 Rdnr. 390 ff.; *Wendl/Gerhardt*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, § 4 Rdnr. 305 ff.; *Gutdeutsch*, FamRZ 2006, 1072; *Gerhardt/Gutdeutsch*, FamRZ 2007, 778, 779; *Gutdeutsch*, FamRZ 2008, 661, 663; *Borth*, Unterhaltsrechtsänderungsgesetz, Rdnr. 298, 301; siehe auch OLG Düsseldorf, FamRZ 2008, 1254, 1255 und Nr. 15.5 der am 19.5.2008 neu gefassten Leitlinien des OLG Frankfurt, FamRZ 2008, 1504).

cc) Entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts ist die Dreiteilung des verfügbaren Einkommens auch dann geboten, wenn – wie hier – einer oder beide unterhaltsberechtigte Ehegatten eigene Einkünfte erzielen und damit ihren Unterhaltsbedarf teilweise selbst decken. Auch dann kann das eigene Einkommen eines Unterhaltsberechtigten nicht ohne Verstoß gegen den Halbteilungsgrundsatz unberücksichtigt bleiben. Sonst erhielte der Unterhaltsberechtigte mehr, als dem Unterhaltspflichtigen nach seinen Unterhaltsleistungen an den geschiedenen und den neuen Ehegatten verbliebe.

Der den beiden unterhaltsberechtigten (früheren) Ehegatten zustehende Unterhaltsbedarf bemisst sich in diesem Fall – ebenso wie der dem Unterhaltspflichtigen zu belassende Anteil seines eigenen Einkommens – aus einem Drittel aller verfügbaren Mittel (vgl. auch OLG Düsseldorf, FamRZ 2008, 1254, 1255 f.). Diese Berechnung schließt einen Verstoß gegen den Halbteilungsgrundsatz aus, weil dem Unterhaltspflichtigen stets ein Betrag verbleibt, der dem Bedarf jedes Unterhaltsberechtigten entspricht. Die Dreiteilung aller vorhandenen Einkünfte führt andererseits auch nicht etwa dazu, den Unterhaltsbedarf eines einkommenslosen Ehegatten zu Lasten der Einkünfte eines früheren Ehegatten auf unzulässige Weise zu erhöhen. Zwar lässt das eigene Einkommen eines unterhaltsberechtigten geschiedenen Ehegatten mittelbar auch den Unterhaltsbedarf des neuen Ehegatten anwachsen, wie sich aus der folgenden Vergleichsberechnung ergibt:

Bedarfsbemessung ohne Einkommen der Unterhaltsberechtigten:

Unterhaltsrelevantes Einkommen des Pflichtigen: 3.000 €
Bedarf des früheren und des neuen Ehegatten (je $\frac{1}{3}$): 1.000 €

Bedarfsbemessung mit Einkommen eines Unterhaltsberechtigten:

Unterhaltsrelevantes Einkommen des Pflichtigen: 3.000 €
Eigenes Einkommen eines Unterhaltsberechtigten: 600 €
Unterhaltsrelevantes Gesamteinkommen: 3.600 €
Bedarf des früheren und des neuen Ehegatten (je $\frac{1}{3}$): 1.200 €

Diese Erhöhung des Unterhaltsbedarfs auch des nicht erwerbstätigen Ehegatten ergibt sich in solchen Fällen allerdings nur vordergründig aus dem eigenen Einkommen des anderen Unterhaltsberechtigten. Denn isoliert würde sich der Unterhaltsbedarf jedes unterhaltsberechtigten Ehegatten aus der Summe seines eigenen Einkommens und des unterhaltsrelevanten Einkommens des Unterhaltspflichtigen ergeben. In dem oben angegebenen Fall betrüge er also für den erwerbslosen Ehegatten ($3.000 \text{ €} : 2 =$) 1.500 € und für den teilweise erwerbstätigen Ehegatten ($3.600 \text{ €} : 2 =$) 1.800 €. Nur weil der Unterhaltspflichtige einem weiteren (geschiedenen) Ehegatten unterhaltspflichtig ist, geht die Höhe dieses Unterhaltsbedarfs bis auf ein Drittel des verfügbaren Gesamteinkommens zurück. Ist der Bedarf eines unterhaltsberechtigten Ehegatten aber wegen seiner eigenen Einkünfte teilweise gedeckt, kann sein ungedeckter Unterhaltsbedarf den Unterhaltsbedarf des nicht erwerbstätigen Ehegatten auch nur in diesem geringeren Umfang mindern. Das beim Unterhaltspflichtigen noch verfügbare Einkommen kann dann bis zur Grenze der Halbteilung für eine Erhöhung des Unterhaltsanspruchs des weiteren Ehegatten verwendet werden. Das eigene Einkommen eines (früheren) Ehegatten erhöht deswegen nicht etwa den Unterhaltsbedarf eines neuen Ehegatten, sondern es führt dazu, dass der Unterhaltsbedarf nach dem Halbteilungsgrundsatz nur in geringerem Umfang bis zur Dreiteilung des gesamten verfügbaren Einkommens herabgesetzt wird (so auch OLG Düsseldorf, FamRZ 2008, 1254, 1255).

dd) Die Gründe, mit denen das OLG eine Dreiteilung des verfügbaren Gesamteinkommens abgelehnt hat, vermögen auch sonst nicht zu überzeugen. Das Verhältnis des Unterhaltspflichtigen zu zwei unterhaltsberechtigten (früheren) Ehefrauen ließe es zwar im Ansatz auch zu, das Einkommen einer der Ehefrauen nur isoliert im Verhältnis zu dieser Unterhaltsberechtigten zu berücksichtigen. Würde man die Unterhaltsansprüche der geschiedenen und der zweiten Ehefrau in solchen Fällen getrennt berechnen, ergäbe sich im Verhältnis des Unterhaltspflichtigen zu der Ehefrau mit dem eigenen Einkommen – wie schon ausgeführt – zwar ein höherer Unterhaltsbedarf, der aber teilweise durch das eigene Einkommen gedeckt wäre. Dem Ehemann verbliebe dann von seinem Einkommen mehr als $\frac{1}{3}$, weil er der Ehefrau mit eigenem Einkommen lediglich die Differenz bis zu ihrem Unterhaltsbedarf erstatten müsste. Das zeigt folgendes Berechnungsbeispiel mit einem – um den Erwerbstätigkeitsbonus bereinigten – Einkommen des Unterhaltspflichtigen in Höhe von 3.900 € und einem ebensolchen Einkommen einer Unterhaltsberechtigten in Höhe von 600 €. Würde die Unterhaltspflicht gegenüber dem anderen unterhaltsberechtigten Ehegatten lediglich als pauschale Unterhaltslast mit $\frac{1}{3}$ des Einkommens des Unterhaltspflichtigen berücksichtigt, wäre der Unterhaltsbedarf jedes Ehegatten wie folgt zu errechnen:

Unterhaltsbedarf der geschiedenen Ehefrau:

Unterhaltsrelevantes Einkommen des Unterhaltspflichtigen:	3.900 €
Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen unter Berücksichtigung $\frac{1}{3}$ als weitere Unterhaltspflicht ($(3.900 € \times \frac{2}{3} =) 2.600 € + 600 €$ eigenes Einkommen):	3.200 €
Unterhaltsbedarf der geschiedenen Ehefrau ($3.200 € \times \frac{1}{2}$):	1.600 €
abzüglich des eigenen Einkommens verbleibender Unterhaltsbedarf der geschiedenen Ehefrau:	<u>1.000 €</u>

Unterhaltsbedarf der zweiten Ehefrau:

Unterhaltsrelevantes Einkommen des Unterhaltspflichtigen:	3.900 €
Unterhaltsbedarf der zweiten Ehefrau neben einer geschiedenen Ehefrau ($3.900 € \times \frac{1}{3}$)	<u>1.300 €</u>

Diese isolierte Betrachtung würde also dazu führen, dass dem Unterhaltspflichtigen von seinen unterhaltsrelevanten 3.900 € ($- 1.000 € - 1.300 €$) 1.600 € verbleiben, während auch die teilerwerbstätige geschiedene Ehefrau einen Bedarf von ($600 € + 1.000 € =$) 1.600 € hätte. Der Bedarf der nicht erwerbstätigen zweiten Ehefrau wäre hingegen bei getrennter Berechnung und nur pauschaler Berücksichtigung der Unterhaltspflicht für die geschiedene Ehefrau auf 1.300 € begrenzt. Diese Lösung ließe unberücksichtigt, dass der Unterhaltspflichtige dem geschiedenen erwerbstätigen Ehegatten nicht in Höhe des vollen Bedarfs, sondern nur in Höhe des ungedeckten Unterhaltsbedarfs von monatlich 1.000 € unterhaltspflichtig wäre. Die isolierte Berechnung des Unterhaltsbedarfs einer geschiedenen und einer neuen Ehefrau würde also zu einer ungerechtfertigten Entlastung des Unterhaltspflichtigen führen. Denn diese Lösung liefe darauf hinaus, die Unterhaltspflicht gegenüber einem geschiedenen Ehegatten unabhängig davon zu berücksichtigen, in welcher Höhe überhaupt Unterhalt an ihn gezahlt wird. Wie beim Vorwegabzug des Kindesunterhalts (vgl. insoweit BGH, FamRZ 2008, 963, 967) entspricht die Bedarfsbemessung aber nur dann dem Halbteilungsgrundsatz, wenn nicht die abstrakte Unterhaltspflicht, sondern der Betrag berücksichtigt wird, der tatsächlich als Unterhalt geschuldet ist.

ee) Ausnahmen von dieser Dreiteilung sind bei unterschiedlicher Rangfolge der Ansprüche (§ 1609 Nr. 2, 3 BGB) nicht schon im Rahmen der Bedarfsbemessung, sondern erst im Rahmen der Leistungsfähigkeit geboten und wirken sich nur dann aus, wenn ein Mangelfall vorliegt (§ 1581 BGB; vgl. auch *Wendl/Gutdeutsch*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, § 4 Rdnr. 400). Denn auch wenn das unterhaltsrelevante Einkommen des Unterhaltspflichtigen nach Abzug des Kindesunterhalts – wie hier – weniger als 3.000 € beträgt, muss ihm als Ehegattenselbstbehalt stets mindestens ein Betrag verbleiben, der zwischen dem notwendigen und dem angemessenen Selbstbehalt liegt und den die Oberlandesgerichte zurzeit mit 1.000 € bemessen (BGHZ 166, 351, 356 ff. = FamRZ 2006, 683, 684; zur Ersparnis infolge gemeinsamer Haushaltsführung vgl. auch BGH, FamRZ 2008, 594, 597 f.). Während der Unterhaltsbedarf eines vorrangig unterhaltsberechtigten Ehegatten (§ 1609 Nr. 2 BGB) in Höhe eines Drittels des unterhaltsrelevanten Einkommens dann vorab zu befriedigen ist, ist der Unterhaltsanspruch des nachrangigen Ehegatten bis zu dem Betrag zu kürzen, der dem Unterhaltspflichtigen seinen Selbstbehalt belässt (*Wendl/Gutdeutsch*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, § 5 Rdnr. 122 ff., 131; *Gutdeutsch*, FamRZ 2008, 661, 662). Erzielt ein unterhaltspflichtiger Ehegatte beispielsweise unterhaltsrelevante Einkünfte, die sich auf monatlich 2.400 €

belaufen, ergeben sich im Mangelfall für eine nachrangige frühere Ehefrau (§ 1609 Nr. 3 BGB) und eine wegen Kindererziehung vorrangige neue Ehefrau (§ 1609 Nr. 2 BGB) folgende Unterhaltsansprüche:

Unterhaltsrelevante Einkünfte des Unterhaltspflichtigen:	2.400 €
Selbstbehalt des Unterhaltspflichtigen:	1.000 €
Unterhaltsanspruch des vorrangigen Ehegatten ($2.400 € : 3 =$)	800 €
Unterhaltsanspruch des nachrangigen Ehegatten ($2.400 € - 1.000 € - 800 € =$)	600 €

4. Auch soweit das Berufungsgericht den Unterhaltsbedarf der Beklagten ohne Berücksichtigung des Splittingvorteils des Klägers aus seiner neuen Ehe errechnet hat, hält dies unter Berücksichtigung der – nach Erlass des Berufungsurteils ergangenen – neueren Rechtsprechung des Senats der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

a) Allerdings hatte der Senat zuletzt in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs eines geschiedenen Ehegatten der Splittingvorteil eines wieder verheirateten Unterhaltspflichtigen außer Betracht zu lassen und eine fiktive Steuerberechnung anhand der Grundtabelle vorzunehmen ist (BGHZ 163, 84, 90 f. = FamRZ 2005, 1817, 1819). An dieser Rechtsprechung, die auf der isolierten Betrachtung des Unterhaltsbedarfs eines geschiedenen und eines neuen Ehegatten beruhte, hält der Senat nicht fest.

b) Der Unterhaltsbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen ist grundsätzlich auf der Grundlage des konkret verfügbaren Einkommens zu bemessen (vgl. BGH, FamRZ 2008, 968, 971 f.). Nacheheliche Entwicklungen bleiben nur dann unberücksichtigt, wenn sie nicht in der Ehe angelegt waren oder, im Falle eines Rückgangs des verfügbaren Einkommens, unterhaltsrechtlich vorwerfbar sind. Damit wirkt sich auch das Hinzutreten eines weiteren Unterhaltsberechtigten unabhängig von dessen Rangstellung auf den Unterhaltsbedarf des geschiedenen Ehegatten aus. Die sich daraus unter Berücksichtigung des Halbteilungsgrundsatzes ergebende Dreiteilung des Gesamteinkommens führt dazu, dass künftig nicht mehr ein ungekürzter Unterhaltsbedarf des geschiedenen Ehegatten einem geringeren Unterhaltsbedarf des neuen Ehegatten gegenübersteht. Die Unterhaltsansprüche beeinflussen sich vielmehr wechselseitig und gleichen sich somit einander an.

Die Berücksichtigung des Splittingvorteils der neuen Ehe im Rahmen des Unterhaltsanspruchs eines geschiedenen Ehegatten führt auf dieser Grundlage nicht mehr zu verfassungsrechtlich unzulässigen Ergebnissen (vgl. dazu BVerfG, FamRZ 2003, 1821, 1823 f.). Insbesondere wird dadurch der neuen Ehe nicht der ihr zustehende steuerrechtliche Vorteil entzogen. Denn mit der neuen Ehe steigt zwar in Folge des Splittingvorteils das Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen an; zugleich führt der hinzu gekommene Unterhaltsbedarf aber zu einer Kürzung des Unterhaltsbedarfs des geschiedenen Ehegatten. Der im Verhältnis zum neuen Ehegatten zu berücksichtigende Splittingvorteil nimmt deswegen im Ergebnis lediglich die Kürzung des Unterhaltsanspruchs des geschiedenen Ehegatten teilweise zurück (vgl. auch *Gerhardt/Gutdeutsch*, FamRZ 2007, 778, 779 und *Wendl/Gerhardt*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, § 1 Rdnr. 592 b [für gleichrangige Ansprüche]). Soweit dem geschiedenen Ehegatten nach der Rechtsprechung des BVerfG kein höherer Unterhaltsanspruch zustehen darf, als er ohne die neue Ehe des Unterhaltspflichtigen hätte (BVerfG, FamRZ 2003, 1821, 1823 f.), ist dies in besonders gelagerten Fällen,

in denen der neue Ehegatte wegen eigener Einkünfte keinen oder nur einen sehr geringen Unterhaltsbedarf hat, durch eine Kontrollberechnung sicherzustellen (vgl. auch OLG Düsseldorf, FamRZ 2008, 1254, 1256). Einem geschiedenen Ehegatten steht danach Unterhalt allenfalls in der Höhe zu, wie er sich ergäbe, wenn der Unterhaltspflichtige nicht neu geheiratet hätte und deswegen weder ein Splittingvorteil noch ein neuer unterhaltsberechtigter Ehegatte vorhanden wären.

Schließlich kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass im Falle einer Unterhaltspflicht für einen geschiedenen und einen neuen Ehegatten dem Splittingvorteil aus der neuen Ehe nach den §§ 26, 32 a Abs. 5 EStG der steuerliche Vorteil des begrenzten Realsplittings aus den Unterhaltszahlungen an den früheren Ehegatten nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG oder der Vorteil des § 66 a EStG im Rahmen einer Unterhaltszahlung nach § 1615 I Abs. 2 BGB gegenübersteht (vgl. auch BGH, FamRZ 2007, 1232, 1234 f. und DNotZ 2008, 937).

Für die Bemessung des Unterhaltsbedarfs der Beklagten im Wege der Dreiteilung wird das Berufungsgericht deswegen hier von dem unterhaltsrelevanten Einkommen des Klägers unter Einschluss seines Splittingvorteils ausgehen müssen.

c) Wenn schon der Splittingvorteil aus der neuen Ehe bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs der neuen und der geschiedenen Ehefrau zu berücksichtigen ist, gilt dies erst recht für den Familienzuschlag der Stufe 1 nach § 40 Abs. 1 BBesG. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht diesen Einkommensbestandteil des Klägers deswegen bei der Unterhaltsbemessung in voller Höhe berücksichtigt.

Einen Familienzuschlag der Stufe 1 nach § 40 Abs. 1 BBesG erhalten Beamte, Richter oder Soldaten u. a., wenn sie verheiratet oder wenn sie geschieden und aus der geschiedenen Ehe mindestens in Höhe des Familienzuschlags zum Unterhalt verpflichtet sind. Der Familienzuschlag ist deswegen – anders als der Splittingvorteil in der neuen Ehe – schon nicht stets der neuen Ehe vorbehalten und soll auch nicht nur deren Belastung mildern. Nach § 40 Abs. 1 Nr. 3 BBesG wird er vielmehr auch bewilligt, um die Unterhaltslasten aus einer geschiedenen Ehe abzumildern. In solchen Fällen entsteht durch die neue Ehe des Unterhaltspflichtigen keine finanzielle Veränderung. Der Familienzuschlag wird dann nicht erst durch die neue Ehe ausgelöst, weil er schon zuvor wegen der fortdauernden Unterhaltspflicht aus erster Ehe gewährt wurde. Einem unterhaltsberechtigten ersten Ehegatten kann der Anteil des Familienzuschlags deswegen nicht nachträglich durch Eingehung der zweiten Ehe vollständig entzogen werden. Andererseits ergibt sich aus der Begründung des Gesetzes zur Reform des öffentlichen Dienstrechts, mit dem der bis Juni 1997 geltende Ortszuschlag durch den neuen Familienzuschlag ersetzt wurde, dass damit die Funktion des „familienbezogenen Bezahlungsbestandteils“ verdeutlicht werden sollte. Sinn und Zweck des Familienzuschlags ist es danach, den unterschiedlichen Belastungen des Familienstands Rechnung zu tragen.

Diesen Funktionen des Familienzuschlags ist durch die neue Rechtsprechung des Senats zur Bemessung des Unterhaltsbedarfs einer geschiedenen und einer neuen Ehefrau in vollem Umfang genügt. Schon die wechselseitige Angleichung dieser Unterhaltsansprüche im Wege der Dreiteilung sorgt dafür, dass der Einkommensvorteil beiden Ehegatten in gleichem Umfang zugute kommt. An der entgegenstehenden früheren Rechtsprechung (vgl. BGHZ 171, 206, 223 f. = FamRZ 2007, 793, 797 f.) hält der Senat deswegen nicht mehr fest.

5. Auch soweit das Berufungsgericht einen Gleichrang der Unterhaltsansprüche der Beklagten und der neuen Ehefrau

des Klägers angenommen hat, hält dies der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Dabei ist wegen der Änderung der gesetzlichen Grundlagen allerdings zwischen der nach § 36 Nr. 7 EGZPO für Unterhaltsansprüche bis Ende 2007 anwendbaren früheren Rechtslage und dem durch das Unterhaltsänderungsgesetz für Unterhaltsansprüche ab dem 1.1.2008 geschaffenen neuen Unterhaltsrecht zu unterscheiden. (...)

b) Unterhaltsansprüche, die ab Januar 2008 fällig geworden sind, richten sich hingegen nach der durch das Unterhaltsrechtsreformgesetz in § 1609 BGB neu geregelten Rangfolge.

aa) Danach stehen als Unterhaltsberechtigte stets allein die minderjährigen, unverheirateten und die privilegierten volljährigen Kinder im ersten Rang. Im zweiten Rang stehen gemäß § 1609 Nr. 2 BGB alle Ansprüche auf Betreuungsunterhalt. Dazu zählt hier der Unterhaltsanspruch der neuen Ehefrau des Beklagten, weil sie ihr gemeinsames Kind betreut und erzieht, das im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem OLG noch keine drei Jahre alt war.

Während des Gesetzgebungsverfahrens zum Unterhaltsrechtsreformgesetz ist § 1609 Nr. 2 BGB allerdings noch dadurch ergänzt worden, dass auch die Unterhaltsansprüche von Ehegatten oder geschiedenen Ehegatten nach einer Ehe von langer Dauer im zweiten Rang stehen. Allerdings ist dabei nach § 1609 Nr. 2 BGB nicht mehr allein auf die Dauer der Ehe abzustellen. Vielmehr sind „bei der Feststellung einer Ehe von langer Dauer ... auch Nachteile i. S. d. § 1578 b Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB zu berücksichtigen“. Zu berücksichtigen ist im Rahmen der Rangfolge deswegen insbesondere, inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. Solche Nachteile können sich vor allem aus der Dauer der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes, aus der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit während der Ehe sowie aus der Dauer der Ehe ergeben (BT-Drucks. 16/6980, S. 10).

bb) Im Verhältnis der Parteien ist hier zwar ebenfalls – wie oben zum früheren Recht ausgeführt – von einer langen Ehedauer auszugehen. Die gesetzliche Neuregelung in § 1609 Nr. 2 BGB stellt für den Vorrang gegenüber anderen (geschiedenen) Ehegatten allerdings – wie die Begrenzung des nachehelichen Unterhalts nach § 1578 b BGB (vgl. insoweit BGHZ 174, 195 = FamRZ 2008, 134, 136) – zusätzlich darauf ab, ob ehebdingte Nachteile vorliegen (BT-Drucks. 16/6980, S. 10; vgl. auch *Wendl/Gutdeutsch*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, § 5 Rdnr. 114 ff.; *FAKomm-FamR/Klein*, 3. Aufl., § 1609 Rdnr. 17; *Schnitzler/Grandel*, Münchener Anwaltshandbuch, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 125). Der Anspruch der Beklagten auf Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 2 BGB bemisst sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen und will somit nicht nur ehebdingte Nachteile ausgleichen. Dieser Unterhaltsanspruch steht deswegen nur dann im zweiten Rang, wenn solche ehebdingten Nachteile positiv festgestellt werden können. Die Darlegungs- und Beweislast für Tatsachen, die über eine gleichrangige weitere Unterhaltspflicht zu einer Leistungsunfähigkeit führen können, trägt zwar der Unterhaltspflichtige (BGH, FamRZ 1988, 930, 931; vgl. auch *Wendl/Dose*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, § 6 Rdnr. 712). Hat dieser allerdings Tatsachen vorgetragen, die einen Wegfall ehebdingter Nachteile nahe legen, wie hier den Umstand, dass die Beklagte seit 1992 in ihrem erlernten Beruf als Verkäuferin vollschichtig arbeitet, obliegt es dem Unterhaltsberechtigten, Umstände darzulegen und zu beweisen, die für fortdauernde ehebdingte Nach-

teile und somit für einen Rang des Unterhaltsanspruchs nach § 1609 Nr. 2 BGB sprechen (zum ehebedingten Nachteil im Rahmen der Befristung des nachehelichen Unterhalts vgl. BGH, FamRZ 2008, 134, 136). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Parteien – auf der Grundlage des früheren Rechts – solches nicht vorgetragen. Die Aufhebung des Berufungsurteils und die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht gibt den Parteien Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag, soweit es im Rahmen der Rangvorschriften darauf ankommt.

cc) Wenn das Berufungsgericht auch nach ergänzendem Vortrag der Parteien keine ehebedingten Nachteile der Beklagten feststellen kann, wären ihre Unterhaltsansprüche für die Zeit ab Januar 2008 auf der Grundlage der gesetzlichen Neuregelung in § 1609 Nr. 2 und 3 BGB gegenüber dem Anspruch der neuen Ehefrau des Beklagten auf Betreuungsunterhalt also nachrangig. Sollte das Einkommen des Klägers dann nicht ausreichen, neben dem vorrangigen Unterhaltsanspruch des minderjährigen Kindes unter Wahrung des Ehegattenselbstbetrags (vgl. insoweit BGHZ 166, 351, 356 ff. = FamRZ 2006, 683, 684 f.) die im Wege der „Drittelmethode“ errechneten Unterhaltsansprüche der neuen Ehefrau des Klägers und der Beklagten abzudecken, würde sich der Anspruch der Beklagten bis auf die verbleibende Leistungsfähigkeit reduzieren, wenn nicht schon eine Befristung dieses Anspruchs nach § 1578 b BGB in Betracht kommt. (...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von Herrler, MittBayNot 2009, 110 (in diesem Heft).

5. BGB § 1578 Abs. 1 Satz 1 (*Nacheheliche Bedarfsprägung durch neuen Ehegatten und adoptiertes Kind*)

- a) **Bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs eines geschiedenen Ehegatten nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB) ist sowohl der Unterhaltsbedarf eines vom Unterhaltspflichtigen nachehelich adoptierten Kindes als auch der Unterhaltsbedarf seines neuen Ehegatten zu berücksichtigen (im Anschluss an BGH, FamRZ 2008, 968, 971 f. = DNotZ 2008, 533 und FamRZ 2008, 1911 = MittBayNot 2009, 149 (in diesem Heft).**
- b) **Der Wohnvorteil an der Familienwohnung setzt sich nach einem Verkauf des Grundstücks an den Zinsen aus dem Verkaufserlös und, bei Einsatz des Erlöses für den Erwerb eines neuen Grundstücks, an dem neuen Wohnvorteil fort. Kommt ein neuer Wohnvorteil nicht in Betracht, weil die Zinsbelastung der zusätzlich aufgenommenen Kredite den objektiven Wohnwert übersteigt, ist zu prüfen, ob eine Obliegenheit zur Vermögensumschichtung besteht (im Anschluss an BGH, FamRZ 2005, 1159, 1161 = MittBayNot 2007, 51 und FamRZ 2001, 1140, 1143).**

BGH, Urteil vom 1.10.2008, XII ZR 62/07; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Die Parteien streiten noch um nachehelichen Unterhalt für die Zeit ab Dezember 2005. Sie waren von Januar 1978 bis zur rechtskräftigen Ehescheidung im Juni 2004 verheiratet. Für den während der Ehe im Februar 1987 geborenen gemeinsamen Sohn hat der Beklagte bis einschließlich Dezember 2005 Unterhalt gezahlt.

Die Klägerin ist vollzeitig im öffentlichen Dienst berufstätig und erzielt ein bereinigtes monatliches Nettoeinkommen, das sich nach Abzug des Erwerbstätigenbonus im Jahre 2005 auf 1.385 € und im Jahre 2006 auf 1.297 € belief und seit 2007 1.174 € beträgt.

Der Beklagte ist als Verwaltungsangestellter tätig und erzielt seit 2006 ein jährliches Bruttoeinkommen in Höhe von 49.582,94 €. Er hat am 28.12.2004 erneut geheiratet und mit Beschluss vom (richtig) 1.7.2005 die am 8.6.1998 geborene Tochter seiner Ehefrau adoptiert. Die Ehefrau ist halbtags ebenfalls im öffentlichen Dienst tätig.

Während ihrer Ehe wohnten die Parteien in einem Einfamilienhaus des Beklagten, das dieser nach der Trennung im Jahre 2004 veräußerte. Von dem Verkaufserlös blieben dem Beklagten nach Abzug der Verbindlichkeiten 97.000 €. Der Beklagte hat davon trennungsbedingte Kosten in Höhe von 3.000 €, Kosten des Scheidungsverfahrens in Höhe von gerundet 7.150 € sowie ein Restdarlehen in Höhe von gerundet 9.660 € beglichen. Den Restbetrag hat er überwiegend für den Bau eines Einfamilienhauses, das er mit seiner neuen Familie bewohnt, verwendet. Der Wohnwert dieses Hauses mit einer Wohnfläche von 140 m² übersteigt die Zinsbelastungen aus den zusätzlich aufgenommenen Krediten nicht.

Die Klägerin erhielt als Zugewinnausgleich einen Betrag in Höhe von 53.000 €. Damit hat sie verschiedene Kosten getragen u. a. für den Kauf eines Pkw, Gerichtskosten, einen Eigenanteil an Zahnarztkosten, die Rückzahlung eines Darlehens sowie Zuwendungen und Schuldentilgung für ihre Kinder. Das Vermögen ist nach ihrem Vortrag bis auf einen Rest von 6.000 € verbraucht.

Das AG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das OLG den Beklagten verurteilt, an sie für die Zeit ab Dezember 2005 Unterhalt in gestaffelter Höhe, zuletzt ab Januar 2007 in Höhe von 237 € zu zahlen. Dagegen richtet sich die vom OLG zugelassene Revision des Beklagten.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das OLG.

II.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten in wesentlichen Punkten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Die Bemessung des Unterhaltsbedarfs der Klägerin nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB) entspricht nicht der – nach Erlass des Berufungsurteils ergangenen – neueren Rechtsprechung des Senats.

a) Soweit das Berufungsgericht bei der Bemessung des unterhaltsrelevanten Einkommens des Beklagten allerdings lediglich von dessen Erwerbseinkommen ausgegangen ist und dem weder ein fiktives Zinseinkommen noch einen Wohnvorteil hinzugerechnet hat, was die Revision als ihr günstig nicht angreift, ist dies – worauf es im Weiteren auch ankommt – aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

aa) Zwar ist der Vorteil mietfreien Wohnens als Gebrauchsvorteil i. S. d. § 100 BGB grundsätzlich dem unterhaltsrelevanten Einkommen hinzuzurechnen. Ist eine Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht mehr zu erwarten, bemisst sich der Gebrauchsvorteil grundsätzlich nach der objektiven Marktmiete. Wenn – wie hier – nur ein früherer Ehegatte Eigentümer ist und wegen einer ehevertraglichen Vereinbarung oder nach Zustellung des Scheidungsantrags ein weiterer Vermögenszuwachs nicht mehr ausgeglichen wird, können von dem Wohnvorteil lediglich die damit verbundenen Zinsbelastungen, nicht aber ein Tilgungsanteil abgesetzt werden (BGH, FamRZ 2008, 963, 964 ff.).

Wurde die frühere Ehewohnung veräußert, treten an die Stelle des Nutzungsvorteils die Vorteile, die der frühere Eigentümer in Form von Zinseinkünften aus dem Erlös des Eigentums zieht oder ziehen könnte (BGH, FamRZ 2005, 1159, 1161 = MittBayNot 2007, 51). Hier hat der Beklagte die aus dem Verkauf seines früheren Einfamilienhauses erlangten 97.000 € allerdings in den Bau eines neuen Einfamilienhauses investiert und erzielt deswegen daraus keine Zinseinkünfte mehr.

Zwar setzt sich der eheliche Wohnvorteil in solchen Fällen auch an dem daraus erwachsenen Wohnvorteil an dem neu erworbenen Eigentum fort. Weil die Zinsbelastung aus den zusätzlich aufgenommenen Krediten für das neue Einfamilienhaus aber den objektiven Wohnvorteil des neuen Hauses übersteigt, verbleibt dem Beklagten daraus gegenwärtig kein Gebrauchsvorteil.

bb) Im Ergebnis ist es auch nicht zu beanstanden, dass das OLG dem Beklagten keine fiktiven Zinsen zugerechnet hat.

Der Vorteil, der einem Ehegatten aus dem mietfreien Wohnen im eigenen Haus zuwächst und der deshalb bei der Ermittlung des unterhaltsrechtlich relevanten Einkommens dieses Ehegatten zu berücksichtigen ist, bemisst sich grundsätzlich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Für die Ermittlung der dem Beklagten zufließenden Einkünfte ist deshalb grundsätzlich von dessen tatsächlichem, um seinen Zinsaufwand gemindernten Wohnvorteil auszugehen. Zwar kann einen Ehegatten die Obliegenheit treffen, sein in einem Eigenheim gebundenes Vermögen zur Erzielung höherer Erträge umzuschichten. Ob eine solche Obliegenheit zur Vermögensumschichtung besteht, bestimmt sich jedoch nach Zumutbarkeitsgesichtspunkten, wobei unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles, auch der beiderseitigen früheren wie jetzigen Wohnverhältnisse, der Belange des Unterhaltsberechtigten und der des Unterhaltspflichtigen gegeneinander abzuwägen sind. Es kommt einerseits darauf an, ob der Unterhaltsberechtigte den Unterhalt dringend benötigt oder die Unterhaltslast den Unterhaltspflichtigen besonders hart trifft; andererseits muss dem Vermögensinhaber ein gewisser Entscheidungsspielraum belassen werden. Die tatsächliche Anlage des Vermögens muss sich als eindeutig unwirtschaftlich darstellen, ehe der betreffende Ehegatte auf eine andere Anlageform und daraus erzielbare Beträge verwiesen werden kann (BGH, FamRZ 2000, 950, 951; FamRZ 2001, 1140, 1143; FamRZ 2005, 1159, 1162 = MittBayNot 2007, 51; FamRZ 2006, 387, 391; vgl. auch *Wendl/Dose*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl., § 1 Rdnr. 429 ff.).

Hier hat der Beklagte den nach Abzug eines Restdarlehens, der Kosten des Scheidungsverfahrens und weiterer trennungsbedingter Kosten noch verbliebenen Verkaufserlös für den Erwerb des neuen Einfamilienhauses eingesetzt, dessen Wohnvorteil durch die hohe weitere Zinsbelastung neutralisiert wird. Dabei hat der Beklagte nur einen sehr geringen Anteil der Kosten für den Erwerb des Einfamilienhauses aufgebracht. Denn nach den Feststellungen des OLG musste der Beklagte zur Finanzierung weitere Darlehen mit einer Gesamtsumme von 250.000 € aufnehmen. Bei der Billigkeitsabwägung konnte andererseits nicht unberücksichtigt bleiben, dass auch die Parteien während ihrer Ehezeit in dem Einfamilienhaus des Beklagten lebten und durch dessen Wertentwicklung ein nicht unerheblicher Zugewinn entstanden ist. Entscheidend ist allerdings, dass auch die Klägerin die im Zugewinnausgleich erhaltenen 53.000 € überwiegend nachehelich verbraucht und das OLG ihr deswegen lediglich Zinseinkünfte aus den noch vorhandenen 6.000 € zugerechnet hat. Unter Berücksichtigung aller Umstände und des Entscheidungsspielraums des Beklagten als Vermögensinhaber ist es deswegen aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, wenn das OLG dem Beklagten keine fiktiven Vermögenseinkünfte zugerechnet hat.

b) Soweit das Berufungsgericht bei der Ermittlung des Unterhaltsbedarfs der Klägerin die Unterhaltspflicht des Beklagten gegenüber seiner nachehelich adoptierten Tochter unberücksichtigt gelassen hat, hält dies den Angriffen der Revision allerdings nicht stand.

aa) Bei der Bemessung des nachehelichen Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB) sind spätere Änderungen des verfügbaren Einkommens grundsätzlich zu berücksichtigen, und zwar unabhängig davon, wann sie eingetreten sind, ob es sich um Minderungen oder Verbesserungen handelt oder ob die Veränderung auf Seiten des Unterhaltspflichtigen oder des Unterhaltsberechtigten eingetreten ist. Die Berücksichtigung einer nachehelichen Verringerung des verfügbaren Einkommens findet ihre Grenze erst in der nachehelichen Solidarität. Nur bei unterhaltsbezogen schuldhaftem Verhalten ist deswegen von einem fiktiven Einkommen auszugehen. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, wenn ein Unterhaltsschuldner Kinder aus einer neuen Beziehung bekommt. Daher ist in solchen Fällen von den tatsächlichen Verhältnissen auszugehen und auch die neue Unterhaltspflicht bei der Bemessung des nachehelichen Unterhalts zu berücksichtigen (BGH, FamRZ 2008, 968, 971 f. = DNotZ 2008, 533).

An dieser – nach Erlass des Berufungsurteils ergangenen – Rechtsprechung hält der Senat auch unter Berücksichtigung der vom Berufungsgericht und in der Literatur geäußerten Bedenken (vgl. *Maurer*, FamRZ 2008, 975) fest. Ein Bezug des nachehelichen Rückgangs der Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu den Lebensverhältnissen der früheren Ehe ist nicht erforderlich. Eine Begrenzung ergibt sich lediglich durch die nacheheliche Solidarität der früheren Ehegatten, was ein unterhaltsrechtlich schuldhaftes Verhalten ausschließt. Soweit der Rückgang des verfügbaren Einkommens auf höhere Belastungen zurückzuführen ist, entsprach dies entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts schon der früheren Rechtsprechung des Senats. Waren solche nachehelich eingegangenen Verbindlichkeiten nicht in unterhaltsrechtlich vorwerfbarer Weise herbeigeführt, sondern z. B. auf Krankheits- oder Unfallkosten zurückzuführen, wurden sie auch berücksichtigt. Schließlich weist das Berufungsgericht selbst zutreffend darauf hin, dass auch in der früheren Rechtsprechung das Stichtagsprinzip nicht grenzenlos durchgehalten wurde. Gewöhnliche Einkommensänderungen oder der Wegfall von Belastungen, wie z. B. des Kindesunterhalts, wurden stets bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen berücksichtigt. Soweit das Berufungsgericht darauf hinweist, dass es der Unterhaltspflichtige damit in der Hand habe, den Bedarf eines geschiedenen Ehegatten zu beeinflussen, überzeugt dieses Argument nicht, weil solches auch dann der Fall wäre, wenn mit der früheren Rechtsprechung auf die Rechtskraft der Ehescheidung als Stichtag abgestellt würde. Auch dann konnte der unterhaltspflichtige Ehegatte nach der Trennung und vor der Rechtskraft der Scheidung einem weiteren Kind unterhaltspflichtig werden (vgl. BGH, FamRZ 1999, 367, 368 f.). Schließlich schließt die mit einer weiteren Unterhaltspflicht entstandene eigene Belastung des Unterhaltspflichtigen einen finanziellen Vorteil aus. Die Rechtsprechung des Senats stellt vielmehr darauf ab, dass der durch die weitere Unterhaltspflicht entstandene finanzielle Nachteil aus Gründen der Halbteilung nicht allein dem Unterhaltspflichtigen verbleibt.

bb) Danach ist bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs der Klägerin auch die Unterhaltspflicht des Beklagten gegenüber seiner nachehelich adoptierten Tochter zu berücksichtigen.

Ein Vertrauen des Unterhaltsberechtigten in die Fortgeltung der früheren Verhältnisse ist nach der Rechtsprechung des Senats, die eine Lebensstandardgarantie ablehnt und allein auf die zusätzlich entstandene – unterhaltsrechtlich nicht vorwerfbare – Verpflichtung abstellt, nicht geschützt. Deswegen kann auch die nacheheliche Adoption eines minderjährigen Kindes kein unterhaltsrechtlich vorwerfbares Verhalten

begründen; sie zieht im Interesse des Kindeswohls lediglich die Konsequenzen aus den schon entstandenen persönlichen Verhältnissen. Denn § 1741 Abs. 1 Satz 1 BGB setzt für die Annahme eines minderjährigen Kindes voraus, dass sie dem Wohl des Kindes dient und zu erwarten ist, dass zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht. Schon diese Voraussetzung und das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung nach § 1752 BGB schließen es aus, dass die Adoption allein mit dem Ziel ausgesprochen wird, die Unterhaltsansprüche eines geschiedenen Ehegatten zu kürzen. Deswegen unterscheidet sich die Annahme eines minderjährigen Kindes aus unterhaltsrechtlicher Sicht nicht von der Zeugung eines Kindes in einer neuen Lebensgemeinschaft.

Im Gegensatz zur Rechtsauffassung des Berufungsgerichts liegt darin auch kein Widerspruch zur Rechtsprechung des Senats, wonach Unterhaltsleistungen an ein Stiefkind in einer neuen Ehe unberücksichtigt bleiben. Denn wenn der Unterhaltspflichtige das Kind seines Ehegatten nicht adoptiert, entstehen zwischen ihm und dem Kind auch keine familiären Beziehungen, insbesondere keine Unterhaltungspflicht. Die Unterhaltsleistungen erfolgen in solchen Fällen allein auf freiwilliger Basis, was nach ständiger Rechtsprechung des Senats unterhaltsrechtlich nicht berücksichtigt werden kann (vgl. BGH, FamRZ 2005, 1817, 1820).

c) Von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent hat das Berufungsgericht auch die Unterhaltlast des Beklagten für seine neue Ehefrau unberücksichtigt gelassen. Auch das widerspricht der neueren Rechtsprechung des Senats.

Wenn der Unterhaltsschuldner eine neue Ehe eingeht, kann die neu hinzugekommene Unterhaltungspflicht bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs eines früheren Ehegatten nicht unberücksichtigt bleiben. Denn das würde dazu führen, dass der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten das dem Unterhaltspflichtigen nach Abzug seiner weiteren Unterhaltungspflicht für den eigenen Unterhalt verbleibende Einkommen übersteigt, was nur im Rahmen des Selbstbehalts korrigiert werden könnte. Eine weitere Unterhaltungspflicht, die den Unterhaltsbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen unberührt lässt, würde deswegen zwangsläufig gegen den Halbteilungsgrundsatz verstoßen.

Weil die neue Heirat des Beklagten unterhaltsrechtlich nicht vorwerfbar ist, muss auch die dadurch ausgelöste Unterhaltungspflicht bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs der Klägerin berücksichtigt werden. Dabei kommt es nach der neueren Rechtsprechung nicht darauf an, ob die hinzugetretene Unterhaltungspflicht für einen neuen Ehegatten gegenüber dem Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten vor-, gleich- oder nachrangig ist. Denn der Rang des Unterhaltsanspruchs wirkt sich erst über die Leistungsfähigkeit im Mangelfall aus (BGH, FamRZ 2008, 1911, 1913 ff. = MittBayNot 2009, 144 [in diesem Heft]).

Danach wird das Berufungsgericht auf der Grundlage des Vortrags der Parteien auch einen eventuellen Unterhaltsanspruch der neuen Ehefrau des Beklagten feststellen und im Wege der Dreiteilung bei der Bedarfsbemessung der Klägerin berücksichtigen müssen.

d) Auch soweit das Berufungsgericht den Unterhaltsbedarf der Klägerin auf der Grundlage des Erwerbseinkommens des Beklagten ohne den Splittingvorteil aus dessen neuer Ehe bemessen hat, hält dies der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

Zwar hatte der Senat im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerfG in der Vergangenheit entschieden, dass der Splitting-

vorteil einer neuen Ehe verbleiben müsse und der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten deswegen auf der Grundlage eines fiktiv zu ermittelnden Einkommens ohne den Splittingvorteil zu bemessen sei (BGHZ 163, 84, 90 f. = FamRZ 2005, 1817, 1819). Diese Rechtsprechung hat der Senat allerdings – nach Erlass des angefochtenen Urteils – unter Hinweis auf seine neuere Rechtsprechung zu den wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen für Fälle konkurrierender Unterhaltsansprüche eines geschiedenen und eines neuen Ehegatten fortentwickelt. Wenn der Bedarf des neuen Ehegatten als weitere Unterhaltungspflicht auch den fortgeschriebenen Bedarf des geschiedenen Ehegatten beeinflusst, was im Wege der Dreiteilung zu bemessen ist, führt die neue Ehe stets zu einer Kürzung der Unterhaltsansprüche des geschiedenen Ehegatten. Dann ist es ausreichend, den Unterhaltsbedarf des geschiedenen Ehegatten im Wege einer Kontrollberechnung auf die Höhe zu begrenzen, die bestünde, wenn weder die neue Ehefrau noch der durch diese Ehe entstandene Splittingvorteil vorhanden wäre (BGH, FamRZ 2008, 1911, 1916 f. = MittBayNot 2009, 144 [in diesem Heft]).

Das Berufungsgericht wird das unterhaltsrelevante Einkommen des Beklagten deswegen auf der Grundlage der tatsächlichen steuerlichen Verhältnisse feststellen müssen. Weil die Klägerin vollschichtig arbeitet und lediglich Aufstockungsunterhalt begehrt, die neue Ehefrau des Beklagten aber lediglich halbtags berufstätig ist, dürfte die neue Rechtsprechung des Senats zu einer Kürzung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin führen, was die Kontrollberechnung hier erübrigt. (...)

2. Sollte der Beklagte auf der Grundlage der Rechtsprechung des Senats zur Dreiteilung aller vorhandenen Einkünfte mit der Grenze einer Halbeilung des Einkommens der Parteien ohne Berücksichtigung des Splittingvorteils nicht alle Unterhaltsansprüche befriedigen können, wird das Berufungsgericht zusätzlich den Rang der Unterhaltsansprüche der Klägerin und der neuen Ehefrau des Beklagten berücksichtigen müssen.

Für die Unterhaltsansprüche bis Ende 2007, auf die noch das frühere Unterhaltsrecht anwendbar ist (§ 36 Nr. 7 EGZPO), dürfte deswegen nach § 1582 Abs. 1 BGB a. F. von einem Vorrang der Unterhaltsansprüche der Klägerin auszugehen sein. Für die Zeit ab Januar 2008 wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob der Unterhaltsanspruch der neuen Ehefrau im Hinblick auf das Alter der am 8.6.1998 geborenen Tochter noch als Betreuungsunterhalt in den zweiten Rang nach § 1609 Nr. 2 BGB fällt und ob für die Klägerin ehebedingte Nachteile entstanden sind, die ebenfalls für einen Rang ihres Anspruchs auf Aufstockungsunterhalt nach § 1609 Nr. 2 BGB sprechen könnten (BGH, FamRZ 2008, 1911, 1917 f. = MittBayNot 2009, 144 [in diesem Heft]).

3. Das Berufungsurteil ist deswegen aufzuheben. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, weil das Berufungsgericht keine Feststellungen zum unterhaltsrelevanten Nettoeinkommen des Beklagten unter Einschluss des Splittingvorteils und – nach seiner Rechtsauffassung konsequent – auch nicht zum konkurrierenden Unterhaltsanspruch der zweiten Ehefrau des Beklagten getroffen hat. Die Zurückverweisung gibt den Parteien Gelegenheit, insoweit mit Blick auf den Unterhaltsbedarf der Klägerin und den Rang der Unterhaltsansprüche ergänzend vorzutragen.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von Herrler, MittBayNot 2009, 110 (in diesem Heft).

6. BGB §§ 138 Abs. 1, 1585 c (*Ehevertragliche Inhaltskontrolle zugunsten des Verpflichteten*)

- a) **Eine Inhaltskontrolle von Eheverträgen kann nicht nur zugunsten des unterhaltbegehrenden Ehegatten veranlasst sein, sondern im Grundsatz auch zugunsten des auf Unterhalt in Anspruch genommenen Ehegatten.**
- b) **Für die Beurteilung, ob die subjektiven Elemente der Sittenwidrigkeit eines Ehevertrages vorliegen, kann jedenfalls dann nicht auf konkrete Feststellungen hierzu verzichtet werden, wenn ein Ehegatte dem anderen Leistungen verspricht, für die es keine gesetzliche Grundlage gibt. In solchen Fällen scheidet eine tatsächliche Vermutung für eine Störung der Vertragsparität aus.**
- c) **Eine Unterhaltsvereinbarung kann sittenwidrig sein, wenn die Ehegatten damit auf der Ehe beruhende Familienlasten zum Nachteil des Sozialleistungsträgers regeln. Das kann auch dann der Fall sein, wenn durch die Unterhaltsabrede bewirkt wird, dass der über den gesetzlichen Unterhalt hinaus zahlungspflichtige Ehegatte finanziell nicht mehr in der Lage ist, seine eigene Existenz zu sichern und deshalb ergänzender Sozialleistungen bedarf.**

BGH, Urteil vom 5.11.2008, XII ZR 157/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Leibrentenverpflichtung, die der Kläger zugunsten der Beklagten durch Ehevertrag eingegangen ist.

Der 1962 geborene Kläger, der türkischer Staatsangehöriger ist, und die 1953 geborene Beklagte heirateten am 12.12.1997. Die Ehe blieb kinderlos. Am 24.11.1999 schlossen die Parteien unter Hinzuziehung eines für die türkische Sprache allgemein vereidigten Dolmetschers einen notariell beurkundeten Ehevertrag, durch den in den Ziffern 1 bis 4 und 6 Vereinbarungen über die Gestaltung des ehelichen Zusammenlebens getroffen wurden. Ziffer 7 enthält einen wechselseitigen Unterhaltsverzicht für den Fall der Scheidung sowie die Verpflichtung des Klägers zur Zahlung einer Leibrente an die Beklagte. Im Einzelnen sieht Ziffer 7 folgende Regelung vor:

„Im Hinblick auf den Altersunterschied zwischen den Eheleuten regeln die Eheleute einen etwaigen nachehelichen Unterhaltsanspruch der Ehefrau durch eine Leibrente.

Für den Fall der Ehescheidung verzichten die Eheleute gegenseitig völlig auf jeden gesetzlichen Unterhalt und nehmen diesen Verzicht wechselseitig an.

Als Abfindung für ihren Verzicht erhält die Ehefrau die folgende Leibrente. Für diese Leibrente wird die entsprechende oder ergänzende Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über den nachehelichen Unterhalt ausdrücklich ausgeschlossen. Die Leibrente ist monatlich am 15. eines jeden Monats zu entrichten und beläuft sich auf monatlich 1.300 DM. Diese Leibrente erlischt mit dem Tode der Ehefrau. Sie erlischt weiter mit Beginn des ersten Monats, an dem die Ehefrau Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung bezieht. Ferner ruht der Anspruch auf Leibrente, sobald und solange die Ehefrau Einkünfte aus einer Vollerwerbstätigkeit bezieht.

(...) (Wertsicherungsklausel)

Weitergehende Anpassungen finden nicht statt. Insbesondere wird die Änderungsklage nach § 323 ZPO ausdrücklich ausgeschlossen.

Der Ehemann unterwirft sich wegen der Verpflichtung zur Zahlung obiger wertgesicherter Rente der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen.

Die Ehefrau verpflichtet sich jedoch ihrerseits, im Falle einer Ehescheidung sich nach Kräften um eine Vollerwerbstätigkeit als Bürokauffrau oder um eine vergleichbare Tätigkeit zu bemühen.“

Nach den Schlussbestimmungen des Ehevertrages soll für den Fall, dass die als Unterhaltersatz vereinbarte Leibrente unwirksam sein oder werden sollte, der Unterhaltsverzicht ebenfalls unwirksam sein.

Die Ehe wurde durch Urteil des AG – Familiengericht – vom 9.4.2002 rechtskräftig geschieden. Während der Ehe war der Kläger – abgesehen von einer kurzen Zeit der Arbeitslosigkeit Anfang des Jahres 2000 – durchgehend erwerbstätig, während die Beklagte bis August 2000 arbeitslos war und Arbeitslosengeld bezog. Seit September 2000 ist sie im Umfang von 20 Stunden pro Woche als Buchhalterin tätig.

Der Kläger hat die Feststellung begehrt, dass der Beklagten aus der notariellen Urkunde keine Leibrenten- oder Unterhaltsansprüche zustehen, sondern die Regelung insoweit nichtig ist. Er hat außerdem die Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde verlangt. Hilfsweise hat er Vollstreckungsgegenklage gegen die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde erhoben und höchst hilfsweise Abänderung der Leibrentenverpflichtung dahin beantragt, dass diese entfällt.

Das AG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das OLG das angefochtene Urteil abgeändert und festgestellt, dass der Beklagten keine Ansprüche auf Zahlung einer Leibrente aus Ziff. 7 des Ehevertrages zustehen; die Regelung in Ziff. 7 sei nichtig. Darüber hinaus hat es die Beklagte verurteilt, die ihr erteilte vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Urkunde an den Kläger herauszugeben. Dagegen richtet sich die – vom OLG zugelassene – Revision der Beklagten, mit der sie die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils erstrebt.

Aus den Gründen:

Die Revision ist nicht begründet. (...)

4. Die Grundsätze, die der Senat für die Inhaltskontrolle von Eheverträgen aufgestellt hat und die einer evident einseitigen, durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigten und für den belasteten Ehegatten unzumutbaren Lastenverteilung begegnen sollen (BGHZ 158, 81 = MittBayNot 2004, 270 m. Anm. *Brandt*), gelten, wie auch das OLG angenommen hat, nicht nur für den unterhaltbegehrenden Ehegatten, sondern im Grundsatz auch für den auf Unterhalt in Anspruch Genommenen. Auch auf dessen Seite kann eine erhebliche Unterlegenheitsposition vorliegen, die zu einer offensichtlich einseitigen Aufbürdung vertraglicher Lasten führt. Den Gerichten obliegt es insofern, den verfassungsrechtlichen Schutz vor einer mit dem Gedanken der ehelichen Solidarität nicht in Einklang zu bringenden unangemessenen Benachteiligung der im Einzelfall benachteiligten Partei zu gewähren (ebenso OLG Celle, FamRZ 2004, 1969 mit zust. Anm. *Bergschneider*).

5. Das Berufungsgericht hat eine zur Sittenwidrigkeit führende evident einseitige Belastung des Klägers darin gesehen, dass durch die Leibrentenverpflichtung bereits bei Vertragsschluss die Gefahr einer vom gesetzlichen Leitbild der Halbteilung und der Begrenzung des Unterhalts durch die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten erhebliche Abweichung begründet worden sei. Dem hält die Revision entgegen, ein solches Leitbild als unverzichtbarer Kern ehebender Unterhaltspflichten existiere nicht; die Halbteilung erfolge lediglich mangels anderweitiger Vereinbarungen. Insofern könne es dem Unterhaltspflichtigen aber nicht verwehrt sein, dem anderen Ehegatten umfangreichere Mittel zur Verfügung zu stellen, als er für sich selbst in Anspruch nehme. Auch seine Leistungsfähigkeit könne der Unterhaltspflichtige eigenverantwortlich einschätzen.

Diese Rügen sind teilweise gerechtfertigt.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats unterliegen u. a. die gesetzlichen Regelungen über den nachehelichen Unterhalt grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten. Die auf die Scheidungsfolgen bezogene Vertragsfreiheit stellt

sich dabei als notwendige Ergänzung des aus den §§ 1353, 1356 BGB folgenden Rechts der Ehegatten dar, ihre ehelichen Lebensverhältnisse eigenverantwortlich entsprechend ihren individuellen Vorstellungen und Bedürfnissen zu gestalten; die Vertragsfreiheit entspringt insoweit dem legitimen Interesse der Ehegatten, Abweichungen von den gesetzlichen Scheidungsfolgen zu vereinbaren, die zu dem individuellen Ehebild besser passen. So ist es den Ehegatten etwa unbekannt, bestimmte Lebensrisiken eines Partners (z. B. eine bereits vor der Ehe aufgetretene Krankheit) aus der wechselseitigen Verantwortung füreinander auszunehmen (BGHZ 158, 81, 94 f. = MittBayNot 2004, 270 m. Anm. *Brandt*). Die Ehegatten sind aber im Grundsatz auch frei zu bestimmen, in welcher Weise sie die Verteilung der die ehelichen Lebensverhältnisse prägenden Einkünfte für ihren jeweiligen naheheiligen Lebensbedarf vorsehen. Falls einer der Ehegatten sich insofern zu besonderer Großzügigkeit veranlasst sieht – etwa in Anerkennung besonderer während der Ehe erbrachter Leistungen des anderen Ehegatten –, ist dies (zunächst) seine privatautonome, von ihm selbst zu verantwortende Entscheidung (so auch *Palandt/Heinrichs*, BGB, § 138 Rdnr. 36; vgl. auch OLG Brandenburg, NJW-RR 2002, 578, 579; OLG Stuttgart, FamRZ 1998, 1296, 1297). Mit Rücksicht darauf ist der vom Berufungsgericht herangezogene Grundsatz der Halbteilung für sich betrachtet jedenfalls kein geeigneter Maßstab, um eine evident einseitige Lastenverteilung festzustellen, der – bei Vorliegen auch der erforderlichen subjektiven Voraussetzungen – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung durch die Rechtsordnung zu versagen ist.

b) aa) Anders verhält es sich indes mit der vom Berufungsgericht zur Begründung seiner Beurteilung weiterhin genannten Begrenzung des Unterhaltsanspruchs durch die finanzielle Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen. Die Notwendigkeit der Erbringung von Unterhaltsleistungen schränkt den Verpflichteten in seiner durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Handlungsfreiheit ein. Diese ist allerdings nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet, zu der auch das Unterhaltsrecht gehört, soweit es mit Art. 6 Abs. 1 GG in Einklang steht. Da die Anwendung unterhaltsrechtlicher Normen nicht zu verfassungswidrigen Ergebnissen führen darf, ist darauf Bedacht zu nehmen, dass der zu leistende Unterhalt nicht zu einer unverhältnismäßigen Belastung des Unterhaltspflichtigen führt. Wird die Grenze des Zumutbaren eines Unterhaltsanspruchs überschritten, ist die Beschränkung der Dispositionsfreiheit des Verpflichteten im finanziellen Bereich als Folge der Unterhaltsansprüche nicht mehr Bestandteil der verfassungsgemäßen Ordnung und kann vor dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG nicht bestehen. Grundvoraussetzung eines jeden Unterhaltsanspruchs ist damit die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen. Diese endet dort, wo er nicht mehr in der Lage ist, seine eigene Existenz zu sichern (BVerfG, FamRZ 2001, 1685 f. und FamRZ 2002, 1397, 1398 f.).

bb) Im Privatrechtsverkehr entfalten die Grundrechte ihre Wirkung als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen vor allem durch die zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB. Es ist Aufgabe der Gerichte, den verfassungsrechtlich gebotenen Schutz zu gewährleisten, um zu verhindern, dass sich die durch Art. 2 Abs. 1 GG ebenfalls geschützte Privatautonomie in eine Fremdbestimmung verkehrt (BVerfG 103, 89 = FamRZ 2001, 343, 345 = DNotZ 2001, 222).

cc) Da die Parteien einen etwaigen naheheiligen Unterhaltsanspruch der Beklagten nach Ziff. 7 des Ehevertrages ausdrücklich durch die Leibrente geregelt haben, kommt es für die Frage, ob durch die Leibrentenverpflichtung für den Kläger eine evident einseitige, seine Interessen nicht angemessen berücksichtigende Lastenverteilung begründet wor-

den ist, ebenso wie bei einer unmittelbar unterhaltsrechtlichen Regelung auf die Voraussetzung der Leistungsfähigkeit an. Das Berufungsgericht hat hierzu festgestellt, dem Kläger seien nach den für die Wirksamkeitskontrolle maßgeblichen Einkommensverhältnissen zum Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrages unter Berücksichtigung der Leibrente monatlich allenfalls 810 DM von seinem bereinigten Nettoeinkommen für den eigenen Bedarf verblieben. Dies sei weniger als $\frac{2}{3}$ des notwendigen Selbstbehalts (von 1.500 DM) der damals geltenden Düsseldorfer Tabelle. Dabei seien etwaige Unterhaltsverpflichtungen gegenüber den in der Türkei lebenden Kindern des Klägers noch nicht einmal berücksichtigt.

dd) Die Revision rügt insofern, das Berufungsgericht habe hinsichtlich der Einkommensverhältnisse des Klägers Vortrag der Beklagten übergangen. Diese habe behauptet, das Einkommen des Klägers zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses sei weitaus höher gewesen als 2.800 DM brutto monatlich; es werde bestritten, dass der in der Auskunft der Landesversicherungsanstalt für das Jahr 1999 ausgewiesene Betrag von 33.600 DM dem gesamten Einkommen des Klägers entsprochen habe, da dort lediglich sozialversicherungspflichtige Entgelte aufgeführt würden, der Kläger aber zeitweise einer nicht sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen sei.

Der Einwand bleibt ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat das Einkommen des Klägers für das Jahr 1999 dem gegenüber beiden Parteien ergangenen Steuerbescheid entnommen. Dass darin nicht sämtliche Einkünfte des Klägers aufgeführt worden seien, hat die Beklagte nicht geltend gemacht; Einkünfte aus sog. Schwarzarbeit hat sie selbst nicht behauptet.

ee) Bei einem verbleibenden Einkommen von allenfalls 810 DM monatlich wäre der Kläger aber nicht mehr in der Lage gewesen, seine eigene Existenz zu sichern. Das ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Betrag des notwendigen Selbstbehalts, da die betreffenden Sätze in der Regel geringfügig über dem nach sozialhilferechtlichen Grundsätzen ermittelten Existenzminimum liegen. Angesichts des Umstandes, dass der dem Kläger verbleibende Teil seines Einkommens aber deutlich unter dem notwendigen Selbstbehalt liegt, ist von einem nicht mehr gewährleisteten Existenzminimum auszugehen. Das wird durch den doppelten Eckregelsatz der Sozialhilfe (vgl. zu diesem früheren Maßstab BGH, FamRZ 1989, 272, 273; BVerfG, FamRZ 2001, 1685 f.) bestätigt, der zum 1.7.1999 für Alleinstehende in Baden-Württemberg monatlich 1.096 DM (548 DM x 2) betrug. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war mit einer erheblichen Einkommensverbesserung auf Seiten des Klägers auch nicht zu rechnen, erst recht nicht mit einer solchen, bei der sich die vereinbarten 1.300 DM monatlich als Beschränkung des gesetzlichen Unterhalts dargestellt hätten (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BGHZ 120, 272, 275 f. = DNotZ 1994, 43). Mit Rücksicht auf die Beeinträchtigung des Existenzminimums des Klägers begründet die vereinbarte Leibrente für diesen objektiv eine einseitige, durch die ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung.

6. Die Beurteilung, ob ein Ehevertrag wegen einer derartigen Lastenverteilung sittenwidrig und deshalb nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, erfordert indes zusätzlich eine Gesamtwürdigung, die neben den objektiv vorliegenden individuellen Verhältnissen beim Vertragsschluss die subjektiv von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen hat, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehe-

gatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen (BGHZ 158, 81, 100 = MittBayNot 2004, 270 m. Anm. *Brandt*). In diese Würdigung ist einzubeziehen, ob der Vertrag eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten widerspiegelt (BVerfG, FamRZ 2001, 243, 247; BGHZ 170, 77, 83 = MittBayNot 2007, 405 m. Anm. *Brandt*). In solchen Fällen gestörter Vertragsparität ist dem Ehevertrag die Wirksamkeit zu versagen.

a) Das Berufungsgericht hat zu den mit Ziff. 7 des Ehevertrages beabsichtigten Zwecken und den sonstigen Beweggründen für die Regelung keine Feststellungen getroffen. Es hat auch konkrete Umstände, die eine erheblich ungleiche Verhandlungsposition erkennen lassen, nicht ausmachen können. Entsprechende Feststellungen hat das Berufungsgericht allerdings für entbehrlich gehalten, weil angesichts des Umstands, dass die Parteien ohne nachvollziehbaren Grund eine evident einseitige, belastende Regelung getroffen hätten, eine tatsächliche Vermutung für eine Störung der subjektiven Verhandlungsparität spreche. Dabei sei für die Beklagte zumindest erkennbar gewesen, dass der Kläger nicht imstande gewesen sei, seine berechtigten Interessen angemessen zu vertreten. Dieser Auffassung vermag der Senat nicht zu folgen.

b) Der Kläger, der sich auf die Sittenwidrigkeit der Leibrentenverpflichtung beruft, muss die hierfür notwendigen Voraussetzungen darlegen und erforderlichenfalls beweisen. Nach der Rechtsprechung des Senats kann entsprechender Vortrag nicht deshalb für verzichtbar gehalten werden, weil die objektiven Gegebenheiten einen Rückschluss auf die subjektive Einstellung zuließen. Das kann für familienrechtliche Vereinbarungen nicht angenommen werden (BGH, FamRZ 1985, 788, 789; 1992, 1403, 1404). An dieser Auffassung hält der Senat fest.

aa) Richtig ist zwar, dass es Fälle gibt, in denen bereits ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung die Annahme zwingend nahe legt, dass der dadurch begünstigte Vertragspartner eine überlegene Verhandlungsposition bewusst oder grob fahrlässig zum Nachteil des anderen ausgenutzt hat. Die hierzu entwickelten Rechtsgrundsätze, die auf Austausch von Leistungen oder Gütern gerichtete Verträge betreffen, lassen sich auf familienrechtliche Verträge indessen nicht übertragen (a. A. für Fälle einer krassen objektiven Benachteiligung: *Schwab*, DNotZ Sonderheft 2001, 9, 15). So wurde etwa für die Frage, ob und in welcher Weise neben den objektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit von Finanzierungs-Leasingverträgen über bewegliche Sachen das subjektive Erfordernis einer verwerflichen Gesinnung des Leasinggebers hervorgetreten ist, nach damaliger Rechtslage unterschieden, ob es sich bei dem Leasingnehmer um einen privaten Endverbraucher, einen vollkaufmännischen oder minderkaufmännischen Leasingnehmer oder Freiberufler handelt. Nur im ersten Fall wurde eine verwerfliche Gesinnung vermutet, wenn der objektive Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB vorlag. Beim vollkaufmännischen Leasingnehmer war dagegen umgekehrt zu vermuten, dass die persönlichen Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit beim Leasinggeber nicht erfüllt waren. Bei Geschäften mit minderkaufmännischen Leasingnehmern oder Freiberuflern blieb es dagegen bei der allgemeinen Beweislastregel, dass derjenige, der sich auf die Nichtigkeit des Geschäfts beruft, die subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit darzulegen und zu beweisen hat (BGHZ 128, 255, 267 f.). Vergleichbares gilt z. B. auch für die Sittenwidrigkeit von Ratenkreditverträgen (vgl. BGHZ 98, 174, 178; 104, 102, 107).

bb) Daraus ergibt sich, dass bei Vorliegen der objektiven Sittenwidrigkeit nur dann eine verwerfliche Gesinnung vermutet werden kann, wenn einem der Vertragspartner aufgrund außerhalb des konkreten Vertragsinhalts vorliegender Umstände eine überlegene Verhandlungsposition zukommt. Davon kann im Verhältnis von Ehegatten zueinander indessen nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Selbst eine Schwangerschaft bei Abschluss des Ehevertrages ist nur ein Indiz für eine vertragliche Disparität, das Anlass gibt, den Vertrag einer verstärkten richterlichen Kontrolle zu unterziehen (BGH, FamRZ 2005, 1444, 1447 = MittBayNot 2006, 48 m. Anm. *Brandt* und FamRZ 2006, 1359, 1361 = DNotZ 2006, 920). Deshalb kann für die Beurteilung, ob die subjektiven Elemente der geltend gemachten Sittenwidrigkeit eines Ehevertrages vorliegen, auf konkrete Feststellungen hierzu jedenfalls für solche Fälle nicht verzichtet werden, in denen ein Ehegatte dem anderen Leistungen verspricht, für die es keine gesetzliche Grundlage gibt.

7. Danach kann das angefochtene Urteil mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Es erweist sich allerdings aufgrund der getroffenen Feststellungen aus anderen Gründen als richtig, so dass die Revision zurückzuweisen ist (§ 561 ZPO).

Die Leibrentenverpflichtung ist schon deshalb gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und daher nichtig, weil sie den Träger der Sozialleistung belasten würde.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats kann eine Vereinbarung, durch die Verlobte oder Eheleute für den Fall ihrer Scheidung auf nachehelichen Unterhalt verzichten, nach deren von Inhalt, Beweggrund und Zweck bestimmtem Gesamtcharakter gegen die guten Sitten verstoßen, falls die Vertragsschließenden dadurch zumindest grob fahrlässig eine Unterstützungsbedürftigkeit zu Lasten des Sozialleistungsträgers herbeiführen, auch wenn sie dessen Schädigung nicht beabsichtigen (vgl. etwa BGHZ 86, 82, 88 = FamRZ 1983, 137 und BGH, FamRZ 1985, 788, 790). Diese Rechtsprechung ist durch die Grundsätze, die der Senat zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen entwickelt hat (vgl. grundlegend BGHZ 158, 81 = MittBayNot 2004, 270 m. Anm. *Brandt*), nicht gegenstandslos geworden. Eine Unterhaltsabrede kann weiterhin sittenwidrig sein, wenn die Ehegatten damit auf der Ehe beruhende Familienlasten objektiv zum Nachteil des Sozialleistungsträgers regeln (BGH, FamRZ 2007, 197, 198 f. = DNotZ 2007, 128). Das gilt auch für den Fall, dass ein von den Ehegatten vereinbarter Unterhaltsverzicht einer auf das Verhältnis der Ehegatten zueinander bezogenen Inhaltskontrolle standhält, gleichwohl aber zur sozialhilferechtlichen Bedürftigkeit führt.

b) Die genannte Rechtsprechung muss gleichermaßen zur Anwendung gelangen, wenn die Ehegatten – wie vorliegend – einen über das Recht des nachehelichen Unterhalts hinausgehenden Ausgleich vereinbaren und dadurch bewirken, dass der über den gesetzlichen Unterhalt hinaus zahlungspflichtige Ehegatte finanziell nicht mehr in der Lage ist, seine eigene Existenz zu sichern und deshalb ergänzender Sozialleistungen bedarf. Auch bei dieser Fallgestaltung werden die wirtschaftlichen Risiken der Scheidung in unzulässiger Weise auf den Sozialleistungsträger verlagert. Eine solche sich zum Nachteil Dritter auswirkende vertragliche Gestaltung verstößt objektiv gegen die guten Sitten, sofern sie nicht auf Motiven beruht, die sie zu rechtfertigen vermögen (vgl. BGHZ 86, 82, 90).

c) Danach sind im vorliegenden Fall die objektiven Voraussetzungen eines nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrigen

Rechtsgeschäfts gegeben. Die Erfüllung der vereinbarten Leibrentenverpflichtung hätte – wie unter 5. ausgeführt – zur Folge, dass das Existenzminimum des Klägers nicht mehr gewährleistet wäre, so dass er teilweise auf Sozialleistungen angewiesen wäre. Dem kann – entgegen der Auffassung der Revision – nicht entgegengehalten werden, einer Existenzgefährdung des Klägers könne bereits durch den Schutz der Pfändungsfreigrenzen begegnet werden. Der Kläger braucht sich jedenfalls der Beklagten gegenüber nicht auf eine Beibehaltung der Leibrente im Wege der Zwangsvollstreckung verweisen zu lassen, sondern ist berechtigt, den Standpunkt einzunehmen, die vertraglich eingegangene Verpflichtung, die im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander nicht sittenwidrig ist, erfüllen zu müssen. Andernfalls müsste der Kläger auch damit rechnen, im Rahmen der Zwangsvollstreckung die eidesstattliche Versicherung abgeben zu müssen. Außerdem würden Rückstände zuzüglich Zinsen auflaufen. All dies kann dem Kläger nicht zugemutet werden.

Umstände, die zu einer sittlichen Rechtfertigung der Regelung führen könnten, sind weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Der Gesichtspunkt einer sog. „ritterlichen Scheidung“, der nach früherem Recht bei einer Scheidung aus Verschulden zum Tragen kommen konnte (vgl. BGHZ 86, 82, 86 f.), scheidet hier aus. Entgegen der Auffassung der Revision sind auch aus den weiteren ehevertraglichen Regelungen keine Anhaltspunkte dafür zu gewinnen, dass Ziff. 7 des Vertrages vor der Rechtsordnung Bestand haben könnte. Den unter den Ziffern 1 bis 4 und 6 aufgeführten Vereinbarungen, die maßgeblich das eheliche Zusammenleben im persönlichen Bereich betreffen, kommt keinerlei vermögensrechtliche Relevanz zu, so dass die unterschiedlichen Regelungskomplexe isoliert zu betrachten sind.

d) Nach den getroffenen Feststellungen ist auch der subjektive Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB erfüllt. Angesichts der Einkommensverhältnisse des Klägers und der Höhe der vereinbarten Leibrente lag es auf der Hand, dass er mit den ihm verbleibenden Mitteln nicht seinen existentiell notwendigen Lebensunterhalt bestreiten konnte, zumal er – wenn auch nur in geringem Umfang – regelmäßige Unterhaltsleistungen für seine in der Türkei lebenden Kinder erbrachte. Diese Auswirkungen der ehevertraglichen Regelung müssen den Parteien bewusst gewesen sein, zumindest aber haben sie sich dieser Erkenntnis grob fahrlässig verschlossen, was als ausreichend zu erachten ist (vgl. BGHZ 86, 82, 89).

8. Da die Leibrentenverpflichtung nichtig ist, kann der Kläger in entsprechender Anwendung von § 371 BGB die Herausgabe des Vollstreckungstitels verlangen (vgl. BGH, NJW 1994, 1161, 1162; 1994, 3225).

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von Herrler, MittBayNot 2009, 110 (in diesem Heft).

7. BGB §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 5 (*Genehmigungsfähigkeit der Schenkung einer Eigentumswohnung an Minderjährigen*)

Die an einen Minderjährigen erfolgte Übertragung von Eigentumswohnungen ist familiengerichtlich zu genehmigen, wenn dem Kind ein erheblicher Vermögensvorteil zugute kommt und sich die hiermit verbundenen Nachteile in Grenzen halten. Dies ist der Fall, wenn die Mietüberschüsse ausreichen, um den Kreditbelastungen nachzukommen, keine Mietstreitigkeiten oder -rückstände bestehen, eine Sanierung in den nächsten Jahren nicht erforderlich ist und sich der Veräußerer verpflichtet, bis zum Eintritt der Volljährigkeit des Erwerbers Fehlbeträge aus eigenen Mitteln auszugleichen. Der Genehmigung steht auch nicht die Bevollmächtigung des Veräußerers, Mietüberschüsse in eine Rücklage zu stellen und zur Instandhaltung und Darlehensverpflichtung zu verwenden, entgegen, wenn die Vollmacht nur bis zur Tilgung der Darlehensverpflichtungen als unwiderruflich vereinbart wird. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Brandenburg, Beschluss vom 23.9.2008, 10 UF 70/08

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist begründet. Entgegen der Auffassung des AG ist das durch notariellen Vertrag vom 18.5.2006 für die Kinder vorgenommene Rechtsgeschäft zu genehmigen.

1. Im Ergebnis zutreffend ist das AG davon ausgegangen, dass das am 18.5.2006 vorgenommene Rechtsgeschäft genehmigungsbedürftig ist.

a) Das Genehmigungserfordernis folgt vorliegend schon aus §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB.

aa) Nach der Vorschrift des §§ 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB bedarf es der Genehmigung zu einem Vertrag, der auf den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks gerichtet ist. Zu den entgeltlichen Verträgen im Sinne dieser Vorschrift zählen auch gemischte Schenkungen, d. h. Verträge, bei denen die Parteien die Gegenleistung bewusst niedriger ansetzen, als es dem Wert der Leistung entspricht (MünchKommBGB/Wagenitz, 5. Aufl., § 1821 Rdnr. 47). Dagegen ist eine Schenkung mit einer Belastung oder einer bei der Übertragung vollzogenen Belastung lediglich rechtlich vorteilhaft, weil die bestehende Belastung am Vorteil nichts ändert und es keinen Unterschied macht, ob die Belastung schon besteht oder mit dem Erwerb zu bewilligen ist. In beiden Fällen muss der Minderjährige aus dem Vermögen, das er vor Abschluss des Vertrages besaß, nichts ausgeben und seine Verpflichtungen bleiben auf das unentgeltlich Zugewendete beschränkt (OLG Köln, FamRZ 1998, 1326). Entgeltlichkeit ist dagegen gegeben, wenn die Haftung des Beschenkten nicht auf das unentgeltlich Zugewendete beschränkt bleibt (OLG Köln, FamRZ 1998, 1326; Palandt/Diederichsen, BGB, 67. Aufl., § 1821 Rdnr. 15).

bb) Vorliegend geht die Haftung der minderjährigen Kinder schon dadurch über das hinaus, was ihnen mit den Eigentumswohnungen zugewendet werden soll, als die Kinder nach Nr. II 2 des notariellen Vertrages nicht nur die dem in Abteilung 3 des Grundbuchs eingetragenen Grundpfandrecht zugrundeliegende Darlehensverbindlichkeit übernehmen, sondern darüber hinaus gegenüber dem jeweiligen Gläubiger der Grundschuld für den Eingang eines Geldbetrages in Höhe der hälftigen Grundschuldsumme zuzüglich der Leistungen an Zinsen die persönliche Haftung, aus der sie der jeweilige Gläubiger als Gesamtschuldner ohne vorheriger Voll-

streckung in den belasteten Grundbesitz in Anspruch nehmen kann. Ob darüber hinaus auch das in Nr. III des Vertrages geregelte Rückforderungsrecht (vgl. hierzu auch OLG Köln, FamRZ 1998, 1326) für einen entgeltlichen Erwerb spricht, kann dahinstehen.

b) Da das Rechtsgeschäft bereits nach § 1821 Nr. 5 BGB genehmigungsbedürftig ist, kann offen bleiben, ob sich ein Genehmigungserfordernis mit Rücksicht auf den in Nr. V des Vertrages geregelten Pflichtteilsverzicht auch aus § 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB bzw. aus § 2347 Abs. 1 BGB ergibt (vgl. hierzu *Palandt/Diederichsen*, § 1643 Rdnr. 3; *Schwer* in jurisPK-BGB, 3. Aufl. 2006, § 1643 Rdnr. 6) und ob wegen der persönlichen Schuldübernahme die Genehmigungsbedürftigkeit auch auf § 1822 Nr. 10 BGB i. V. m. § 1643 Abs. 1 BGB gestützt werden kann.

2. Entgegen der Auffassung des AG ist das Rechtsgeschäft familiengerichtlich zu genehmigen.

a) Maßstab der familiengerichtlichen Entscheidung über die Genehmigung des Rechtsgeschäfts, die nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen ist (BGH, FamRZ 1986, 970, 972; OLG Naumburg, OLGR 2002, 183, 185; *Schael* in *Verfahrenshandbuch in Familiensachen*, § 2 Rdnr. 155), ist das Kindeswohl. Dabei ist zwar einerseits der Sicherungsgedanke zu beachten (OLG Brandenburg, FamRZ 2004, 1049). Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der familiengerichtliche Genehmigungsvorbehalt eine Ausnahme von dem Grundsatz der elterlichen Autonomie darstellt, welche die ungeschmälerte Vertretungsmacht beinhaltet. Die Genehmigung darf daher nur versagt werden, wenn das in Aussicht genommene Rechtsgeschäft nach den im Zeitpunkt der Entscheidung zu beurteilenden Gesamtumständen nicht dem Interesse des Kindes entspricht. Durch den Genehmigungsvorbehalt soll nicht jedes Risiko von dem unter elterlicher Sorge stehenden Kind ferngehalten werden. Es genügt vielmehr, wenn im Ganzen gesehen der Vertrag für den Minderjährigen vorteilhaft ist (OLG Koblenz, OLGR 2006, 439; OLG Zweibrücken, FamRZ 2001, 181; FamRZ 2001, 136; *Palandt/Diederichsen*, § 1828 Rdnr. 8; *Lafontaine* in jurisPK-BGB, § 1828 Rdnr. 66 f.). Auch Vorteile ideeller Art und Familieninteressen sind zu berücksichtigen (*Palandt/Diederichsen*, § 1828 Rdnr. 8; *Lafontaine* in jurisPK-BGB, § 1828 Rdnr. 69).

b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist das vorgenommene Rechtsgeschäft genehmigungsfähig. Den minderjährigen Kindern wird mit der Übertragung der fünf Eigentumswohnungen ein erheblicher Vermögenswert übertragen. Die damit einhergehenden rechtlichen Nachteile halten sich in Grenzen. Die übrigen Umstände sprechen ebenfalls dafür, das Geschäft zu genehmigen.

aa) Soweit es die Übernahme der persönlichen Haftung durch die erwerbenden Kinder betrifft, ist zum einen zu beachten, dass nach den Feststellungen der Verfahrenspflegerin, die auf Veranlassung des AG zahlreiche Unterlagen in Bezug auf das Rechtsgeschäft, die Eigentumswohnungen und die Kreditbelastungen eingesehen und sich danach für eine Genehmigung des Rechtsgeschäfts ausgesprochen hat, die Mietüberschüsse ausreichen dürften, der Verpflichtung zur Tilgungs- und Zinsleistung nachzukommen. In Nr. IV 2 des Vertrages vom 18.5.2006 hat der Veräußerer zudem zugesichert, dass keine Mietrückstände beständen, keine Mietstreitigkeiten geführt würden und von Mietern weder eine Mietminderung noch ein Mieteinbehalt geltend gemacht würde. Die Verfahrenspflegerin hat in ihrem Bericht vom 30.11.2007 ferner darauf hingewiesen, dass die Wohnungen und das Gebäude bis auf eine Wohnung, die von einem langjährigen Mieter be-

wohnt werde, vor der Teilung umfassend saniert worden seien; in den nächsten Jahren seien keine größeren Reparaturen zu erwarten.

Zu berücksichtigen ist auch, dass sich der Veräußerer nach Nr. II 2 des Vertrages für den Fall, dass die Mieteinnahmen zur Tilgungs- und Zinszahlung nicht ausreichen sollten, bis zur Volljährigkeit des jüngsten Erwerbers verpflichtet, den Fehlbetrag mit eigenen Mitteln auszugleichen. Die Verfahrenspflegerin hat hierzu festgestellt, dass der Veräußerer als Eigentümer weiteren Wohneigentums mit Rücksicht auf die im Einkommensteuerbescheid für 2006 für ihn ausgewiesenen Einkünfte in der Lage sei, die von ihm eingegangene Verpflichtung zum Ausgleich des Fehlbetrages aus eigenen Mitteln abzusichern.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass für die Erwerber bei Eintritt der Volljährigkeit nach § 1629 a Abs. 1 Satz 1 BGB die Möglichkeit besteht, die Haftung auf den Bestand ihres bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandenen Vermögens zu beschränken. In die Haftungsbeschränkung sind auch familiengerichtlich genehmigte Verbindlichkeiten einbezogen (OLG Koblenz, OLGR 2006, 439; *Palandt/Diederichsen*, § 1629 a Rdnr. 5).

bb) Der Umstand, dass die Erwerber vom Zeitpunkt der Übergabe an die Grundsteuer zu tragen haben (vgl. auch Nr. IV 1d des Vertrages vom 18.5.1006), steht einer Genehmigung des Rechtsgeschäfts nicht entgegen (vgl. BGH, FamRZ 2005, 359; OLG Koblenz, OLGR 2006, 439).

cc) Die Anrechnung der Zuwendung auf Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche des Erwerbers zu 1. in Nr. V2 des Vertrages stellt für diesen keine Benachteiligung dar, ist also ebenfalls genehmigungsfähig. Denn der Wert etwaiger Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche bleibt ihm uneingeschränkt erhalten. Nur in Höhe des Wertes, der ihm vorweg zugewendet worden ist, kann er nicht erneute Leistung verlangen.

Im Erbfall ist der Erwerber zu 1., welcher der einzige Abkömmling des Veräußerers ist, noch zusätzlich abgesichert. Sollte er gesetzlicher Erbe oder Erbe aufgrund letztwilliger Verfügung werden, so wird dieses Recht nicht etwa durch einen Pflichtteilsanspruch der Ehefrau des Veräußerers beschränkt. Vielmehr hat die Ehefrau in Nr. V 1 des Vertrages hinsichtlich des gegenwärtigen Vertragsgegenstands auf ihr Pflichtteilsrecht verzichtet.

dd) Das vertragliche Rückforderungsrecht des Veräußerers nach Nr. III des Vertrages unterliegt im Hinblick auf die Genehmigungsfähigkeit keinen Bedenken. Es sind drei Rückforderungsgründe abschließend genannt, die den Veräußerer zur Inanspruchnahme dieses Rechts berechtigen. Ausdrücklich geregelt ist, dass die Erwerber die Rückübereignung vom Ersatz solcher Verwendungen, Investitionen oder Aufwendungen abhängig machen können, für welche ordnungsgemäße Rechnungen Dritter vorliegen, soweit hieraus noch eine Werterhöhung vorhanden ist. Damit ist sichergestellt, dass sich die Erwerber im Falle der Ausübung des Rückübereignungsrechts nicht schlechter stehen, als wenn es zur Übertragung der Eigentumswohnung auf sie gar nicht gekommen wäre. Im Falle der Rückübereignung hat der Veräußerer nach dem Vertrag jedenfalls die Grundstücksbelastungen zu übernehmen, die bereits heute eingetragen sind und solche, hinter die der Veräußerer mit seiner Vormerkung im Rang zurückgetreten ist. Auch dies stellt einen sachgerechten Interessenausgleich zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber bei Rückübereignung dar.

ee) Soweit in Nr. VI 1 des Vertrages geregelt ist, dass die Aufhebung der Gemeinschaft am Grundbesitz nie verlangt werden darf, handelt es sich ebenfalls um eine Bestimmung, die der familiengerichtlichen Genehmigung des gesamten Vertrages nicht entgegensteht.

Zunächst ist festzustellen, dass diese Bestimmung nicht etwa dazu führt, dass die beiden Kinder von jeder Verfügung über ihr Eigentum ausgeschlossen sind. Gemeinsame Verfügungen bleiben möglich. Ausgeschlossen werden soll, wie auch die Mutter mit ihrer Beschwerdebegründung klargestellt hat, lediglich, dass eines der Kinder als Miteigentümer im Wege der Teilungsversteigerung die Aufhebung der Gemeinschaft erzwingen kann.

Ferner ist zu beachten, dass die Aufhebung der Gemeinschaft nicht schlechthin ausgeschlossen ist. Dies sichert die Vorschrift des § 749 BGB. Gemäß § 749 Abs. 2 Satz 1 BGB kann in dem Fall, in dem das Recht, die Aufhebung zu verlangen, durch Vereinbarung für immer oder auf Zeit ausgeschlossen wird, die Aufhebung gleichwohl verlangt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Eine Vereinbarung, durch welche das Recht, die Aufhebung zu verlangen, diesen Vorschriften zuwider ausgeschlossen oder beschränkt wird, ist nichtig, § 749 Abs. 3 BGB. Mit Rücksicht auf die letztgenannte Bestimmung ist, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Parteien des notariellen Vertrages eine nichtige Regelung in den Vertrag mit aufnehmen wollen, davon auszugehen, dass die Aufhebung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, so wie in § 749 Abs. 2 Satz 1 BGB vorgesehen, weiterhin möglich ist.

ff) Anders, als vom AG angenommen, begegnet auch die dem Veräußerer nach Nr. IV 5 des Vertrages erteilte unbefristete und unter Befreiung der Beschränkungen des § 181 BGB erteilte Vollmacht keinen durchgreifenden Bedenken. Die Vollmacht geht dahin, den Erwerber bei allen die Verwaltung des Grundbesitzes betreffenden Angelegenheiten zu vertreten und dazu alle Erklärungen abzugeben, die notwendig und nützlich sind. Insbesondere ist ausdrücklich genannt die Ermächtigung, Erträge des Grundbesitzes für bestimmte Zwecke zu verwenden. Im Hinblick gerade auf diese Bestimmung haben die Parteien des notariellen Vertrages vom 18.5.2006 unter dem 18.10.2006 eine Vertragsänderung vorgenommen. Danach ist der Veräußerer als Bevollmächtigter verpflichtet, Mietüberschüsse in eine Rücklage zu stellen und diese insbesondere zur Instandhaltung des Vertragsgegenstandes und zur Darlehensrückzahlung zu verwenden. Soweit es die unbefristete Vollmachterteilung betrifft, ist nun festgelegt, dass die Vollmacht bis zur Tilgung der Darlehensverpflichtung unwiderruflich ist. Damit ist dem Bedenken des AG, das insbesondere auch darin bestand, dass der Veräußerer ursprünglich ermächtigt werden sollte, die Erträge des Grundbesitzes im Übrigen nach freiem Ermessen zu verwenden, Rechnung getragen. Schließlich sind die Erwerber auch dadurch geschützt, dass selbst eine unwiderrufliche Vollmacht aus wichtigem Grund widerrufen werden kann (BGH, WM 1969, 1009; WM 1985, 646; *Palandt/Heinrichs*, § 168 Rdnr. 6).

Die Vorschrift des § 1638 Abs. 1 BGB bleibt entgegen der Auffassung des AG von dem Vertrag unberührt. Die Mutter ist und bleibt Inhaberin der Vermögenssorge. In Ausübung derselben ist sie aber, wie hier geschehen, berechtigt, als gesetzliche Vertreterin der Kinder einen Dritten zu bevollmächtigen, in Bezug auf einen bestimmten Vermögensgegenstand die Verwaltung zu übernehmen.

gg) Soweit auf Seiten der Erwerber Risiken verbleiben, ist andererseits zu berücksichtigen, dass sie aufgrund des Übertragungsvertrages erhebliche wirtschaftliche Vorteile erlan-

gen. Auch die familiäre Situation spricht für die Genehmigung des Vertrages.

Der Erwerber zu 1. ist das alleinige Enkelkind des Veräußerers. Der Vater des Erwerbers zu 1. ist verstorben. Der Erwerber zu 1. ist somit der einzige Abkömmling des Veräußerers und daher neben der Ehefrau des Veräußerers dessen einziger gesetzliche Erbe, §§ 1924 Abs. 1, 1931 Abs. 1 BGB. Der Veräußerer verspricht sich, wie er mit seinem im März 2007 beim AG eingegangenen Schreiben deutlich gemacht hat, steuerliche Vorteile bei einer Übertragung des Grundbesitzes zu Lebzeiten.

Gewachsene Bindungen sprechen auch im Hinblick auf die Erwerberin zu 2. für die Genehmigung des Rechtsgeschäfts. Sie ist die später geborene Halbschwester des Erwerbers zu 1. Wie die Mutter der beiden Erwerber am 9.3.2007 vor dem AG erklärt, werde sie mit beiden Kindern und ihrem jetzigen Lebenspartner, welcher der Vater der Erwerberin zu 2. ist, vom Veräußerer und seiner Ehefrau als Familie behandelt. Insbesondere auch ihr Lebenspartner sei herzlich aufgenommen worden und werde vom Veräußerer und seiner Ehefrau mittlerweile wie ein Sohn behandelt. Diese Angaben hat der Lebenspartner bestätigt.

Anmerkung:

Nach den Entscheidungen des BGH in den letzten Jahren¹ beschäftigt die Überlassung von Grundbesitz auf Minderjährige weiterhin die Gerichte. Den Beschlüssen des OLG Brandenburg und auch des OLG München vom 6.3.2008² liegen dabei jeweils Konstellationen zugrunde, in denen Wohnungseigentum auf Minderjährige übertragen wird. Während für das OLG Brandenburg die Frage der familiengerichtlichen Genehmigungsfähigkeit im Vordergrund stand, musste sich das OLG München mit der rechtlich vorgelagerten Frage beschäftigen, ob für die gegenständliche Überlassung die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich war.

Für das OLG München lautete die entscheidende rechtsdogmatische Frage, ob bei der Übertragung einer Eigentumswohnung durch den Stiefvater die Mutter des Kindes nach §§ 1629 Abs. 1 Satz 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB von der Vertretung ausgeschlossen war. Nach dem Wortlaut des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB konnte die Mutter das Kind zweifelsohne nicht vertreten, da es sich um ein Rechtsgeschäft zwischen dem Ehegatten der Mutter und dem Kind handelte. Jedoch entspricht es der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass das Vertretungsverbot des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB aufgrund einer teleologischen Reduktion dann nicht eingreift, wenn das Rechtsgeschäft dem Kind lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt.³

In dem zu entscheidenden Fall wurde dem Kind eine zum Zeitpunkt der Überlassung nicht vermietete Eigentumswohnung übertragen, an der sich der Stiefvater als Veräußerer ein umfassendes Nießbrauchsrecht vorbehalten hatte. Im Rahmen der Vereinbarung des Nießbrauchsrechts wurde geregelt, dass der Stiefvater als Veräußerer sämtliche ordentlichen und außerordentlichen privaten und öffentlichen Lasten des Grundbesitzes zu tragen hatte. Bei einer vermieteten Eigentumswohnung wäre, zumindest nach der Rechtsprechung des BGH, ein lediglich rechtlicher Vorteil des Kindes a priori

¹ BGHZ 161, 170 = MittBayNot 2005, 408; BGHZ 162, 137 = DNotZ 2005, 625.

² MittBayNot 2008, 389.

³ Vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 3602 m. w. N.

abzulehnen gewesen,⁴ da der BGH schon die abstrakte Möglichkeit, dass bei einem Erlöschen des Nießbrauchsrechts durch den Tod des Veräußerers bei Minderjährigkeit des Erwerbers dieser in die Verpflichtungen aus dem Mietvertrag eintritt, als rechtlichen Nachteil wertet.

Da im Fall des OLG München die Wohnung nicht vermietet war, hat das OLG zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen auf Spezifika des Wohnungseigentumsrechts abgestellt. Bislang kam es nach der Rechtsprechung für die Frage der rechtlichen Vorteilhaftigkeit der Überlassung von Wohnungseigentum in erster Linie darauf an, ob die für die entsprechende Wohnanlage geltende Gemeinschaftsordnung im Vergleich zur gesetzlichen Rechtslage besondere Verschärfungen für den Erwerber, wie etwa Wiederaufbau- oder Versicherungspflichten enthielt. Das OLG zieht jedoch nicht die Gemeinschaftsordnung zur Begründung heran, sondern stützt sich insbesondere auf die Neuregelungen der WEG-Reform zur persönlichen Haftung der Wohnungseigentümer sowie zur erweiterten Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümerversammlung. Diese Argumentation überzeugt insbesondere durch die nach § 10 Abs. 8 WEG angeordnete persönliche Haftung des einzelnen Wohnungseigentümers für Verbindlichkeiten der Gemeinschaft, die während seiner Zugehörigkeit zur Gemeinschaft entstanden oder fällig geworden sind. Dies bedeutet nämlich, dass die Haftung des minderjährigen Eigentümers sich nicht auf den möglichen Verlust des zugewendeten Wohnungseigentums beschränkt, sondern ihm die Haftung mit seinem persönlichen Vermögen droht. Diese Konstellation ist vergleichbar mit der Übertragung vermieteten Eigentums ohne Nießbrauchsvorbehalt. Auch in diesen Fällen tritt der Minderjährige mit dem Eigentumserwerb in die schuldrechtlichen Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis ein, die ihm ebenfalls eine Haftung mit dem persönlichen Vermögen bescheren. Als Konsequenz aus der Entscheidung des OLG München dürfte sich daher bei der Überlassung von Wohnungseigentum auf Minderjährige generell die Bestellung eines Ergänzungspflegers empfehlen.

Im Falle der Entscheidung des OLG Brandenburg war die Annahme eines lediglich rechtlichen Vorteils für den Minderjährigen von vornherein ausgeschlossen. Der minderjährige Erwerber hatte nämlich aufgrund des Überlassungsvertrages sämtliche auf der Immobilie grundpfandrechtlich abgesicherten Verbindlichkeiten zu übernehmen und wegen dieser eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung abzugeben. Damit handelte es sich um einen zumindest teilentgeltlichen Vorgang, so dass die Genehmigungsbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts sich aus § 1821 Nr. 5 BGB ergibt. Das OLG stellt nun für die Beantwortung der Frage der Genehmigungsfähigkeit in einer Gesamtschau auf die rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen des dinglichen Erfüllungsgeschäfts ab. Zu erwarten war, dass das Gericht die Genehmigungsfähigkeit nicht an dem Rückforderungsrecht wegen Vorversterbens des minderjährigen Erwerbers und an der gegenüber dem Erwerber vorgenommenen Pflichtteilsanrechnung scheitern lassen würde.

Jedoch überrascht es, dass das OLG Brandenburg auch die Übernahme der persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten des Veräußerers durch den Minderjährigen sowie die damit einhergehende Zwangsvollstreckungsunterwerfung für die Genehmigung durch das Familiengericht letztlich nicht als hinderlich angesehen hat. Vielmehr entscheidet sich das OLG Brandenburg hier im Kern für eine „saldierende Betrachtung“. Das Gericht argumentiert strikt ökonomisch und führt aus, dass die erwartbaren Mietüberschüsse ausreichen dürften, um den Tilgungs- und Zinsverpflichtungen nachkom-

men zu können. Zwar wurden im zu entscheidenden Fall durch den Veräußerer diverse Versicherungen im Hinblick auf die Lukrativität der Immobilie abgegeben und auch von der Verfahrenspflegerin der hervorragende Zustand der Wohnimmobilie sowie die Zuverlässigkeit der bisherigen Mietzahlungen betont. Jedoch überrascht die wirtschaftliche Betrachtung des OLG im Vergleich zur Rechtsprechung des BGH, die für die Frage des lediglich rechtlichen Vorteils der Überlassung einer Mietwohnung unter Nießbrauchsvorbehalt sogar die abstrakte Gefahr eines Erlöschens des Nießbrauchs während der Minderjährigkeit des Erwerbers als ausreichend für die Ablehnung des rechtlichen Vorteils angesehen hat. Die Entscheidung des OLG Brandenburg rechtfertigt sich jedoch vor allem dadurch, dass der Veräußerer für den Fall, dass die Mietüberschüsse nicht ausreichen sollten, um die Zins- und Tilgungsleistungen zu erbringen, eine Freistellungsverpflichtung gegenüber dem minderjährigen Erwerber eingegangen ist. Zwar bleibt hier die klassische Schwäche sämtlicher Freistellungsverpflichtungen zu konstatieren, nämlich dass der Minderjährige das Insolvenzrisiko des Veräußerers zu tragen hat. Die Einschätzung der Wahrscheinlichkeit einer Verwirklichung dieses Risikos muss jedoch dem Familiengericht im Einzelfall überlassen bleiben.

Notar Tobias Fembacher, Greding

8. § 2325 Abs. 3 BGB (*Beginn der Zehn-Jahres-Frist bei vorbehaltenem Wohnrecht*)

Eine Schenkung gilt nicht i. S. v. § 2325 Abs. 3 BGB als geleistet, wenn der Erblasser den „Genuss“ des verschenkten Gegenstands nach der Schenkung nicht auch tatsächlich entbehren muss. Dies ist insbesondere der Fall, wenn sich der Schenker ein umfassendes Wohnungsrecht sowie ein umfassendes Rückforderungsrecht vorbehalten hat, so dass mit der Eigentumsumschreibung ein „spürbares“ Vermögensopfer nicht verbunden ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Urteil vom 25.6.2008, 20 U 2205/08

Aus den Gründen:

II.

1. Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber nicht begründet.

Zu Recht hat das LG erkannt, dass die Klägerin gegen die Beklagte wegen des mit notarieller Urkunde vom 6.11.1995 übergebenen Grundbesitzes einen Anspruch auf Ergänzung des der Klägerin zustehenden Pflichtteils hat. Gemäß § 2314 BGB ist die Beklagte auskunftspflichtig über den Wert der Nachlassgegenstände, der ggf. durch einen Sachverständigen zu ermitteln ist.

Die Schenkung des Grundbesitzes bleibt nicht wegen § 2325 Abs. 3 BGB unberücksichtigt, denn seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes sind nicht mehr als zehn Jahre verstrichen:

a) Ausgangspunkt der Anwendung des § 2325 Abs. 3 BGB und insbesondere zu der Frage, wann die Schenkung vollzogen ist, ist die Entscheidung des BGH vom 27.4.1994, DNotZ 1994, 784, die, soweit ersichtlich, Grundlage der inzwischen herrschenden Meinung geworden ist. In dieser Entscheidung führt der BGH u. a. aus: „... Deshalb gilt eine Schenkung nicht als i. S. v. § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB geleistet, wenn der Erblasser den ‚Genuss‘ des verschenkten Gegenstands nach der Schenkung nicht auch tatsächlich entbehren muss ... Der

⁴ Vgl. BGH, DNotZ 2005, 625.

„Genuss“ eines Hausgrundstücks besteht zwar auch in seinem wirtschaftlichen Wert, wie er für die Zwecke des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB errechnet und aufgeteilt werden kann. Es wäre aber nicht nur vom Tatsächlichen her verfehlt, ein Hausgrundstück allein unter dem Gesichtspunkt seines in Geld bemessenen Tauschwertes zu sehen. Auch rechtlich gehört zum Eigentum neben der Möglichkeit, es zu veräußern (oder seine Veräußerung zu verbieten), die Befugnis, es zu nutzen, (anderen die Nutzung einzuräumen oder zu verwehren).“

Um das Ziel des Gesetzgebers zu erreichen, mit § 2325 Abs. 3 Hs. 1 nur solche Vermögensstücke aus der Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruchs herauszunehmen, ist demnach also im jeweils konkreten Fall darauf abzustellen, ob der Erblasser den „Genuss“ dieser Vermögensstücke schon zehn Jahre vor dem Erbfall entbehrt hat.

Nach der Meinung des BGH im Urteil vom 27.4.1994 ist der „Genuss“ des verschenkten Gegenstands dann nicht aufgegeben worden, wenn bei der Schenkung der Nießbrauch uneingeschränkt vorbehalten wurde. Diese grundsätzlichen Auswirkungen des BGH zum Nießbrauchsrecht gelten auch für andere Nutzungsrechte, beispielsweise auch dann, wenn sich der Erblasser – wie hier – ein Wohnrecht einräumen lässt oder Schenker und Beschenkter eine schuldrechtliche Nutzungsvereinbarung getroffen haben. In all diesen Fällen ist für die Frage, wann die Schenkung vollzogen ist, darauf abzustellen, ob der Genuss des verschenkten Gegenstandes aufgegeben worden ist oder nicht (so auch die herrschende Kommentarliteratur, vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 67. Aufl., § 2325 Rdnr. 22 und *MünchKommBGB/Lange*, 4. Aufl., § 2325 Rdnr. 38 jeweils m. w. N.).

b) Anerkannt ist, dass eine Leistung in diesem Sinne bei einer Grundstücksschenkung frühestens mit der Umschreibung im Grundbuch in Betracht kommt (siehe BGH, NJW 1988, 821). Auf diesen Zeitpunkt kann jedoch im vorliegenden Fall nicht abgestellt werden, denn die Erblasserin hat den Gegenstand am 18.12.1995 nicht wirklich an den Beschenkten verloren. Vielmehr kann hier unter Würdigung des Inhalts der Vertragsurkunde und der tatsächlichen Umstände vom „Vollzug“ der Schenkung erst mit dem Tod der Erblasserin am 18.10.2006 ausgegangen werden:

Ausweislich § 3 des Übergabevertrages vom 6.11.1995 wurde dem Veräußerer (der Erblasserin) auf Lebensdauer ein Wohnungsrecht am gesamten Haus eingeräumt, mit Ausnahme der Souterrainwohnung, die von dem Erwerber (der Beklagten) bewohnt wurde. Außerdem war sie ohne Einschränkungen berechtigt, alle zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmten Anlagen und Einrichtungen mitzubenutzen. Sie war berechtigt, ihre Familie und die zur Pflege und Bedienung erforderlichen Personen aufzunehmen; die Beklagte war verpflichtet, die Räume im vertragsgemäßen Zustand zu überlassen und zu erhalten. Ein Wohnungsrecht mit demselben Inhalt wurde, wenn auch bedingt, zugunsten des Ehemannes der Erblasserin vereinbart. In II. § 4 der notariellen Urkunde vereinbarten die Vertragsparteien umfassende Rückkerbsrechte, die in III. 3. b) durch eine Vormerkung gesichert wurden.

Bereits daraus folgt für den Senat, dass es die in der notariellen Urkunde ausgedrückte Intention der Erblasserin war, „ihr“ Grundstück, auch wenn es nicht mehr in ihrem Eigentum stand, mit ihrem Ehemann im bisherigen Umfang bis an ihr Lebensende zu nutzen und sich dort erforderlichenfalls auch durch Hilfspersonen unterstützen oder pflegen zu lassen. Die Möglichkeit eines Auszugs aus dem Anwesen, z. B. bei Erforderlichkeit einer Heimunterbringung o. a. ist in der Urkunde nicht einmal angedacht. Vielmehr sollte der Status quo ohne wesentliche tatsächliche Veränderungen aufrechterhalten bleiben.

Die einzige nennenswerte Einschränkung liegt darin, dass die Erblasserin das Wohnungsrecht nicht Dritten zur Ausübung überlassen durfte. Dies war aber nach dem vorstehend Ausgeführten weder gewünscht noch erforderlich, so dass dieses Argument nicht erheblich ins Gewicht fällt. Abgesehen davon wurde dieses „Manko“ dadurch kompensiert, dass die Erblasserin berechtigt war, Familienangehörige oder Personal in das Anwesen, soweit es vom Wohnungsrecht umfasst war, aufzunehmen. Auf die Frage, ob dies tatsächlich geschehen ist, kommt es nicht an.

Die Meinung der Beklagten, dass sich bereits durch den Überlassungsvertrag die Lage für die Erblasserin und ihren Ehemann wirtschaftlich deshalb stark verschlechtert habe, weil sie das Haus nicht mehr vermieten oder veräußern konnten, mag zutreffen. Darauf kommt es jedoch nach der Rechtsprechung des BGH nicht entscheidend an. In erster Linie maßgeblich ist, dass sogar nach dem Vortrag der Beklagten das von den Vertragsschließenden angestrebte Ziel tatsächlich erreicht werden konnte und erreicht wurde: Die Erblasserin und ihr Ehemann haben im vorliegenden Fall nichts entbehrt, denn sie haben ihrem Wunsch entsprechend bis an ihr Lebensende die sog. Hauptwohnung bewohnt, wohingegen die Beklagte, die mit ihrer Familie die Souterrainwohnung vereinbarungsgemäß nutzte, die Eltern versorgte und betreute und das Haus in Stand hielt. Es war also wie vorgesehen gewährleistet, dass die Eltern im bisherigen Umfang in ihrem gewohnten Umfeld verbleiben konnten und verblieben. Dass die Intensität der Nutzung möglicherweise im Laufe der Zeit eingeschränkt wurde und die Eltern alters- und gesundheitsbedingt davon abgesehen haben, die von dem Wohnungsrecht betroffenen Räume im gleichen Umfang wie im Jahr 1995 zu nutzen, ändert daran nichts. Im Übrigen ist völlig offen, ob nicht die Erblasserin und ihr Ehemann nicht über sonstige Vermögenswerte verfügten, die ihnen in jedem Fall bis zu ihrem Lebensende ein von finanziellen Sorgen freies Leben ermöglichten.

Schließlich steht auch der in II. § 8 vereinbarte Rangvorbehalt nicht entgegen, denn auch dieser rechtfertigt nicht die Annahme, dass die Beklagte den verschenkten Gegenstand bereits im Zeitpunkt der Eintragung im Grundbuch ihrem Vermögen einverleibt hat. Die eigentumstypische Verwertung des Grundstücks blieb ihr infolge der zugunsten der Erblasserin vereinbarten und von dieser auch wahrgenommenen Nutzungsmöglichkeit weitestgehend verwehrt. (...)

Die Tatsache, dass die in II. 5. der Urkunde vereinbarte Zahlungspflicht durch notarielle Urkunde vom 4.12.2003 aufgehoben wurde, ist für die Entscheidung nicht von Bedeutung.

Mithin erweist sich das angefochtene Urteil als richtig: Eine Änderung des Status quo ist durch die Überlassung allenfalls im unwesentlichen Umfang eingetreten. Die Erblasserin hat zwar 1995 das Eigentum an dem Grundstück verloren, ein „spürbares“ Vermögensopfer war damit aber nicht verbunden. Insbesondere hat sich die Erblasserin nicht nur den uneingeschränkten Genuss des verschenkten Gegenstandes, sondern auch ein umfassendes Rückforderungsrecht vorbehalten.

c) Das von der Beklagten zitierte Urteil des OLG Karlsruhe, NJW-RR 2008, 601, steht nicht entgegen: Wie sich aus dessen Lektüre ergibt, folgt auch das OLG Karlsruhe der herrschenden Meinung. Der Begründung lässt sich nicht entnehmen, dass dem sehr weit gefassten Leitsatz grundsätzliche Bedeutung zukommt. Allerdings hat die dortige Subsumtion ergeben, dass bereits mit Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch ein Vollzug der Schenkung anzunehmen ist, wohingegen aus Sicht des Senats hier dieses Ergebnis nicht gerechtfertigt ist.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. GmbHG § 68 Abs. 1 Satz 2 (*Aktivvertretungsbefugnis bei Vorhandensein mehrerer Liquidatoren*)

- a) § 68 Abs. 1 Satz 2 GmbHG regelt die Aktivvertretungsbefugnis bei Vorhandensein mehrerer Liquidatoren schlechthin, unabhängig davon, ob die letzten Geschäftsführer sog. geborene Liquidatoren sind oder ob die Liquidatoren durch die Gesellschaft oder das Registergericht bestellt wurden.
- b) Eine für die Geschäftsführer einer GmbH bestimmte Alleinvertretungsbefugnis setzt sich nicht als Alleinvertretungsberechtigung der Liquidatoren fort, sondern endet mit der Auflösung der Gesellschaft. Dies gilt auch dann, wenn die Geschäftsführer als geborene Liquidatoren weiterhin für die Gesellschaft tätig sind.

BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 255/07; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in ZNotP 2009, 34.

10. HGB §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 (*Artikulierbarkeit des Firmennamens*)

Der Aneinanderreihung einer Buchstabenkombination kommt gemäß § 18 Abs. 1 HGB neben der Unterscheidungskraft auch die erforderliche Kennzeichnungseignung – und damit zugleich Namensfunktion (§ 17 Abs. 1 HGB) im Geschäftsverkehr – für die Firma von Einzelkaufleuten, Personen- und Kapitalgesellschaften zu, wenn sie im Rechts- und Wirtschaftsverkehr zur Identifikation der dahinter stehenden Gesellschaft ohne Schwierigkeiten akzeptiert werden kann. Hierfür reicht als notwendige, aber zugleich hinreichende Bedingung die Aussprechbarkeit der Firma im Sinne der Artikulierbarkeit (hier: „HM & A“ bei einer GmbH & Co. KG) aus.

BGH, Beschluss vom 8.12.2008, II ZB 46/07; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in DB 2009, 170.

11. AktG §§ 291, 297 (*Prüfung eines Unternehmensvertrages durch das Registergericht*)

1. Das Registergericht hat die Wirksamkeit der zur Eintragung angemeldeten außerordentlichen Kündigung eines Unternehmensvertrages zu prüfen, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein Kündigungsgrund nicht vorliegt.
2. Die in einem Unternehmensvertrag getroffenen Regelungen zum Vertragsbeginn sind objektiv auszulegen.

OLG München, Beschluss vom 9.12.2008, 31 Wx 106/08; mitgeteilt von Margaretha Förth, Richterin am OLG München

Gegenstand des Verfahrens ist der Antrag auf Eintragung der Kündigung eines Beherrschungsvertrages.

Die beteiligte Gesellschaft, die B. Holding AG, schloss am 26.4.2007 mit ihrer Alleinaktionärin, der B. Group Beteiligungs GmbH, als herrschender Gesellschaft einen Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag. Letztere hatte ihre Anteile an der B. Holding AG im Lauf des Jahres 2007, nämlich nach dem 2.4.2007, erworben. Die Vorstände der beherrschten Gesellschaft sind zugleich Geschäftsführer der herrschenden Gesellschaft. Die Hauptversammlung stimmte dem Vertrag vom 26.4.2007 mit Beschluss vom selben Tag zu; die Aktionärin erklärte, auf die Anfechtung des Beschlusses zu verzichten.

Der Vertrag lautet auszugsweise wie folgt:

„Präambel

Der Organträger (B. Group Beteiligungs GmbH) hält sämtliche Geschäftsanteile am Grundkapital der Organgesellschaft (B. Holding AG) und ist damit alleinige Aktionärin der Organgesellschaft. Dies vorausgeschickt, vereinbaren die Parteien was folgt:

§ 1 Leitung

Die Organgesellschaft unterstellt die Leitung ihrer Gesellschaft dem Organträger. ... Das Weisungsrecht wird nur durch Geschäftsführer des Organträgers ausgeübt und gilt ab dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens dieses Vertrages.

§ 2 Gewinnabführung

1. ...

2. ...

3. Die Verpflichtung zur Gewinnabführung gilt erstmalig für den ganzen Gewinn des Geschäftsjahres, in dem dieser Vertrag wirksam wird. Sie wird jeweils am Schluss eines Geschäftsjahres fällig und ist ab diesem Zeitpunkt mit 5 % für das Jahr zu verzinsen.

§ 3 Verlustübernahme

1. ...

2. § 2 Abs. 3 Satz 2 gilt entsprechend für die Fälligkeit und Verzinsung der Verpflichtung zum Jahresausgleich.

§ 4 Ausgleich, Barabfindung ... § 5 Wirksamwerden und Vertragsdauer

1. Dieser Vertrag steht unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Gesellschafterversammlung des Organträgers und der Hauptversammlung der Organgesellschaft und wird mit seiner Eintragung ins Handelsregister der Organgesellschaft wirksam.

2. Dieser Vertrag gilt hinsichtlich der Leitungs- und Weisungsrechte, der Gewinnabführungsverpflichtung und der Verlustausgleichsverpflichtung gemäß §§ 1 bis 3 dieses Vertrages erstmalig für das gesamte am 1.1.2007 beginnende Geschäftsjahr der Organgesellschaft, hinsichtlich der Leitungs- und Weisungsrechte jedoch frühestens ab dem Zeitpunkt seiner Eintragung im Handelsregister der Organgesellschaft.

3. Der Vertrag kann erstmalig zum Ablauf des 31.12.2012 bzw., wenn zu diesem Zeitpunkt kein Geschäftsjahr der Organgesellschaft endet, zum Ende des nächsten nach diesem Datum endenden Geschäftsjahres der Organgesellschaft unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten ordentlich gekündigt werden. Wird er nicht gekündigt, verlängert er sich nach diesem Datum bei gleicher Kündigungsfrist jeweils um ein weiteres Kalenderjahr.

4. Das Recht zur Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist bleibt unberührt. Der Organträger ist insbesondere zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt, wenn die finanzielle Eingliederung i. S. d. KStG im Verhältnis zur Organgesellschaft aus Sicht des Organträgers nicht mehr gegeben ist. Endet der Vertrag, so hat der Organträger den Gläubigern der Organgesellschaft entsprechend § 303 AktG Sicherheit zu leisten.

§ 6 Steuern

1. Die Parteien sind sich einig, dass die Voraussetzungen für eine steuerliche Organschaft gemäß § 14 Abs. 1 KStG erst mit

Wirkung ab 1.1.2008 erfüllt sein werden und eine körperschaftsteuerliche und gewerbesteuerliche Organschaft damit erst ab 1.1.2008 besteht.

2. Sofern die Abführung der Gewinnabführung für das am 31.12.2007 endende Geschäftsjahr der Kapitalertragsteuer unterliegt, ist die Organgesellschaft berechtigt, die Steuer von der Gewinnabführung einzubehalten und auf Rechnung der Organträgerin an das zuständige Finanzamt abzuführen.

§ 7 Salvatorische Klausel ...

B. Holding AG, vertreten durch den Vorstand Dr. T. L. und G. S. B. Group Teiligungs GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer Dr. T. L. und G. S.

(Unterschriften der drei Vorstände, Unterschriften der drei Geschäftsführer)“

Unter dem 28.9.2007 vereinbarten die am Vertrag beteiligten Gesellschaften, eine Schreibfehlerberichtigung in § 5 Abs. 2 des Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrages (EAV) dahin vorzunehmen, dass es für den Zeitpunkt des Beginns „1.1.2008“ heißen müsse, denn es sei beabsichtigt gewesen, dass handels- und steuerrechtlicher Beginn nicht auseinanderfallen, sondern gleichlaufend sein sollten. Zur Verwechslung des Datums sei es gekommen, weil am Tag zuvor ein anderer Mandant der Verfahrensbevollmächtigten beim gleichen Notar einen nahezu wörtlich identischen EAV geschlossen habe, bei dem es in der entsprechenden Vorschrift tatsächlich „2007“ habe heißen müssen. Ferner vereinbarten die beiden Gesellschaften vorsorglich einen Verzicht der herrschenden Gesellschaft auf eine Abführung des Jahresüberschusses bzw. Bilanzgewinns der B. Holding AG zum 31.12.2007. Mit Schreiben vom 10.12.2007 erklärte die herrschende Gesellschaft unter Hinweis auf die mögliche Formunwirksamkeit der Schreibfehlerberichtigung die außerordentliche Kündigung mit sofortiger Wirkung, die beherrschte Gesellschaft erklärte sich am selben Tag damit einverstanden. Am 4.4.2008 wurde zur Eintragung im Handelsregister der beteiligten Gesellschaft angemeldet, dass der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zum 10.12.2007 durch Kündigung beendet sei.

Das Registergericht lehnte die Eintragung der Kündigung mit Beschluss vom 13.5.2008 ab, da ein tragfähiger Grund für eine außerordentliche Kündigung im Hinblick auf die konkreten Umstände (nicht nachvollziehbarer Wille des Abschlusses für einen späteren Zeitpunkt, Kündigung erst Monate nach behauptetem Entdecken des Versehens, fehlende steuerliche Auswirkungen, interne Freistellung von den Vertragspflichten) nicht ersichtlich sei. Gegen die Entscheidung des Registergerichts legte die beteiligte Gesellschaft Beschwerde ein. Zur Begründung führte sie aus, § 5 Abs. 4 des Vertrages umfasse auch die Konstellation des bereits anfänglichen Auseinanderfallens von steuerrechtlichem und handelsrechtlichem Beginn des Vertrages, denn der Wille der Parteien habe gerade darin bestanden, generell ein zeitliches Auseinanderfallen zu vermeiden. Überdies entstünden im Falle der Wirksamkeit des EAV zum 31.12.2007 erhebliche, von den Parteien so gerade nicht gewollte steuerliche Auswirkungen/Nachteile. So wäre die Gesellschaft gehalten, den gesamten im Geschäftsjahr 2007 angefallenen Gewinn zum 31.12.2007 an ihre Alleinaktionärin abzuführen und in ihren Büchern auszubuchen; die Alleinaktionärin wiederum wäre gehalten, eine entsprechende Einbuchung vorzunehmen. Nach Hinweis des LG auf Umstände, die gegen einen zum 1.1.2008 gewollten Vertragsbeginn sprächen, nämlich § 6 Abs. 2 des Vertrages und die bereits kurz nach Vertragsschluss erfolgte Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister, führte der Verfahrensbevollmächtigte der Gesellschaft aus, die Beschwerdeführerin habe „den Fehler gemacht, von einem Vertrag eines Mandanten der Kanzlei des Unterzeichners abzuschreiben, der am 25.4.2007 (also einen Tag zuvor) bei demselben beurkundenden Notar ... abgeschlossen“ worden sei. Versehentlich sei lediglich das dort genannte Datum „30. September“ durch „31. Dezember“ ersetzt worden, ohne zugleich auch „2007“ durch „2008“ zu ersetzen. Weiter sei versehentlich „der unsinnige § 6 Abs. 2 aus der Vorlage verwendet“ worden, der § 5 Abs. 2 des Vertrages der Beteiligten entspreche. Die mangelnde Eintragungsfähigkeit in 2007 für den ab 1.1.2008 gewollten Vertrag sei der Beschwerdeführerin nicht bewusst gewesen; der beurkundende Notar habe „diesen Umstand nicht bemerkt, weil die Beschwerdeführerin ihm gerade die falsche Vorlage geliefert“ habe. Das LG wies die Beschwerde mit Beschluss vom 14.8.2008 zurück. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde, die insbesondere darauf gestützt wird, dass der Beschwerdeführerin und ihrer Alleinaktionärin daran gelegen sei, durch einen kompletten

Neuabschluss des gekündigten Vertrages mit Wirkung zum 1.1.2008 rechtliche und wirtschaftliche Risiken über die Frage des Bestands des gekündigten Vertrags vollständig auszuschließen, was nur möglich sei, wenn die Beendigung des Vertrags vom 26.4.2007 in das Handelsregister eingetragen werde.

Aus den Gründen:

II.

Das zulässige Rechtsmittel bleibt in der Sache ohne Erfolg. Das Registergericht hat es zu Recht abgelehnt, die Beendigung des eingetragenen Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrages aufgrund der außerordentlichen Kündigung vom 10.12.2007 in das Handelsregister einzutragen.

1. Das LG hat im Wesentlichen ausgeführt: Das Registergericht sei berechtigt gewesen, die materielle Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen zu überprüfen, denn es gebe Anhaltspunkte dafür, dass ein wichtiger Grund für eine Kündigung nicht vorgelegen habe. Bevor hinsichtlich einer Willenserklärung über die Möglichkeit einer Anfechtung bzw. hinsichtlich eines abgeschlossenen Vertrages über die Möglichkeit einer Kündigung befunden werden könne, müsse durch Auslegung ermittelt werden, was als Inhalt der Willenserklärung bzw. des Vertrages anzusehen sei. Nach dem Wortlaut des Unternehmensvertrages habe dieser handelsrechtliche Wirkungen ab 1.1.2007, steuerliche Wirkung jedoch erst ab 1.1.2008 entfalten sollen. Nach dem Sachvortrag der Beschwerdeführerin handele es sich insoweit jedoch um ein Schreibversehen, tatsächlich sei das zeitliche Auseinanderfallen des handelsrechtlichen und steuerrechtlichen Beginns von beiden Vertragsparteien niemals beabsichtigt gewesen. Es sei daher nicht auf den objektiven Erklärungssinn abzustellen, sondern auf das tatsächliche Wollen der beiden Vertragsparteien. Wenn ein übereinstimmender Wille der Parteien bestehe, dann sei dieser allein rechtlich maßgeblich, auch wenn er im Inhalt der Erklärung keinen oder nur einen unvollkommenen Ausdruck gefunden habe. Das übereinstimmend Gewollte habe den Vorrang vor einer irrtümlichen oder absichtlichen Falschbezeichnung. Der tatsächliche Wille der Parteien finde Anklang in § 5 Abs. 4 des Vertrages, aus dem sich ergebe, dass ein Auseinanderfallen von handelsrechtlichem und steuerrechtlichem Beginn nicht gewollt gewesen sei. Der übereinstimmende Wille, dass der Vertrag insgesamt erst ab dem 1.1.2008 Wirkung entfalten solle, ergebe sich aus dem Sachvortrag der Beschwerdeführerin und werde erhärtet durch das vorgelegte Schreiben vom 28.9.2007. Da die Auslegung zu dem Ergebnis führe, dass der Vertrag insgesamt erst ab 1.1.2008 Wirkung entfalten sollte, scheide eine fristlose Kündigung zum 10.12.2007 aus. Die Gültigkeit des Vertrages erst zum 1.1.2008 scheitere auch nicht am Erfordernis der Zustimmung, denn die den Vertrag unterzeichnenden Personen und die in den Gesellschafterversammlungen beschließenden Personen bzw. deren Vertreter seien identisch.

2. Die Entscheidung des LG ist nicht frei von Rechtsfehlern (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO), erweist sich aber im Ergebnis als richtig.

a) Zutreffend sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, dass das Registergericht bzw. das an seine Stelle tretende Beschwerdegericht in die materielle Prüfung der Wirksamkeit der Kündigung eintreten muss, wenn Anhaltspunkte für das Fehlen eines wichtigen Grundes i. S. d. § 297 Abs. 1 AktG bestehen (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 233, 234; Hüffer, AktG, 8. Aufl., § 298 Rdnr. 5; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 5. Aufl., § 298 Rdnr. 9; MünchKommAktG/Altmeppen, 2. Aufl., § 298 Rdnr. 13). Dass die Eintragung der unverzüglich anzumeldenden Beendigung des Unternehmensvertrages nur deklaratorische Be-

deutung hat (§ 298 AktG; vgl. *Hüffer*, AktG, § 298 Rdnr. 5), ändert nichts am Umfang der Prüfung des Registergerichts, dessen Pflicht es ist, unrichtige Eintragungen in das Handelsregister zu verhindern (vgl. *Krafka/Willer*, Registerrecht, 7. Aufl., Rdnr. 153).

b) Rechtsfehlerhaft ist die Auffassung des LG, dem Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag vom 26.4.2007 könne nach dem Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“ im Wege der Auslegung entnommen werden, dass Vertragsbeginn auch in handelsrechtlicher Hinsicht der 1.1.2008 sei. Das LG hat zum einen die für die Auslegung von Unternehmensverträgen geltenden Maßstäbe verkannt, zum anderen die Anforderungen an den Nachweis eines bei Vertragsabschluss vorhandenen, vom Wortlaut des förmlichen Vertrages abweichenden übereinstimmenden Willens der Vertragsparteien zu niedrig angesetzt.

aa) Unternehmensverträge, insbesondere Beherrschungsverträge, reichen in ihren Wirkungen über diejenigen schuldrechtlicher Austauschverträge hinaus. Sie sind zugleich Organisationsverträge, denn sie führen bei äußerlich unveränderter Fortgeltung der Satzung der beherrschten Gesellschaft zu einer Strukturänderung, die sich in der Weisungsbefugnis des herrschenden Unternehmens und in der Maßgeblichkeit des Konzerninteresses niederschlägt (vgl. *Hüffer*, AktG, § 291 Rdnr. 17). Dementsprechend sehen die gesetzlichen Vorschriften für die Wirksamkeit eines Unternehmensvertrages Form- und Zustimmungserfordernisse vor. So bedarf der Unternehmensvertrag der schriftlichen Form (§ 293 Abs. 3 AktG), mündliche Abreden sind formnichtig (§ 125 Abs. 1 BGB). Der Vertrag ist der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister beizufügen (§ 294 Abs. 1 Satz 2 AktG) und wird erst mit der Eintragung wirksam (§ 294 Abs. 2 AktG). Die Formerfordernisse dienen der Rechtsklarheit und der Gewährleistung der Publizität, die eine ausreichende Unterrichtung der Gläubiger und der Öffentlichkeit, namentlich künftiger Aktionäre, sicherstellen soll (vgl. *Hüffer*, AktG, § 293 Rdnr. 26; *KK-AktG/Koppensteiner*, 3. Aufl., § 294 Rdnr. 2; *MünchKommAktG/Altmeppen*, § 293 Rdnr. 16). Der Vertrag wird ferner nur mit Zustimmung der Hauptversammlung wirksam (§ 293 Abs. 1 AktG). Der Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung ist notariell zu beurkunden (§ 293 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 130 Abs. 1 AktG). Gegenstand des Beschlusses der Hauptversammlung ist der Vertrag und nur das, was ihr als Vertrag und als dessen Inhalt vorgelegt worden ist (*MünchKommAktG/Altmeppen*, § 293 Rdnr. 56). Was nicht vom Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung gedeckt ist, kommt auch nicht als Interpretations- und Auslegungshilfe in Betracht (*MünchKommAktG/Altmeppen*, § 293 Rdnr. 62). Vertragsteile, die nicht zum Gegenstand des Hauptversammlungsbeschlusses gemacht wurden, können nicht wirksam werden (*Hüffer*, AktG, § 293 Rdnr. 12; *KK-AktG/Koppensteiner*, § 293 Rdnr. 36).

bb) Für die in Unternehmensverträgen enthaltenen körperchaftlichen Regelungen gilt hinsichtlich der Auslegung nichts anderes als für Satzungen. Sie sind objektiv auszulegen, denn sie wenden sich – im Gegensatz zu individualrechtlichen Bestimmungen – an einen unbestimmten Personenkreis, insbesondere künftige Gesellschafter und Gläubiger. Die Auslegung hat deshalb einheitlich und gleichmäßig allein aufgrund des Vertrages zu erfolgen, wobei im Rahmen der Vertragsbestimmungen Sinnzusammenhang und erkennbarer Zweck berücksichtigt werden können. Außer Betracht zu bleiben haben Umstände, die außerhalb der Vertragsurkunde liegen und nicht allgemein erkennbar sind; dazu gehören die Entstehungsgeschichte, Vorentwürfe sowie Vorstellungen und Äußerungen von Personen, die an der Abfassung des Vertra-

ges mitgewirkt haben (vgl. *Palandt/Ellenberger*, BGB, 68. Aufl., § 133 Rdnr. 12; *MünchKommAktG/Altmeppen*, § 291 Rdnr. 33 f.; *Passarge*, BB 2006, 2769, 2770 zum Unternehmensvertrag; BGHZ 123, 347, 351 = NJW 1994, 51; BGH, WM 1989, 1809; OLG Hamm, NZG 2003, 545 = NJW-RR 2003, 616 jeweils zur Satzung; *MünchKommBGB/Busche*, 5. Aufl., § 133 Rdnr. 37; *Staudinger/Singer*, BGB, 2004, § 133 Rdnr. 72 f. zu Gesellschaftsvertrag und Satzung).

cc) Den vertraglichen Bestimmungen über das Wirksamwerden eines Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrages kommt körperschaftsrechtliche Bedeutung zu, denn sie legen fest, wann die mit dem Unternehmensvertrag einhergehende Strukturänderung eintritt. Sie sind deshalb einheitlich und aus sich heraus auszulegen. Eine unabsichtliche Falschbezeichnung, die auch bei formbedürftigen Erklärungen unschädlich ist (vgl. BGH, NJW 2008, 1658 = MittBayNot 2008, 374 m. w. N.; *Palandt/Ellenberger*, § 133 Rdnr. 19), kann daher nur angenommen werden, wenn sich aus der Vertragsurkunde selbst oder allgemein erkennbaren Umständen außerhalb der Urkunde ergibt, dass es sich um eine solche handelt. Das ist hier nicht der Fall; aus der Urkunde selbst ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, dass der in § 5 Abs. 2 festgelegte Vertragsbeginn zum 1.1.2007 nicht der von den Parteien auch tatsächlich gewollte ist. Die übereinstimmende nachträgliche Behauptung der Vertragsparteien, tatsächlich gewollt sei der 1.1.2008 gewesen, kann im Rahmen der gebotenen objektiven Auslegung nicht berücksichtigt werden.

dd) Selbst wenn die Auslegung der fraglichen Bestimmung uneingeschränkt wie bei rein schuldrechtlichen Vereinbarungen nach §§ 133, 157 BGB vorgenommen werden könnte, würde dies zu keinem anderen Ergebnis führen. Denn im Interesse der durch die Formvorschriften bezweckten Ziele der Rechtssicherheit und Beweisbarkeit sind strenge Anforderungen zu stellen an den Nachweis dessen, was entgegen der in der gesetzlich vorgeschriebenen Form niedergelegten Erklärung von den Parteien tatsächlich gewollt war. Für die Urkunde streitet die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit; die Last der Widerlegung obliegt dem, der einen abweichenden Geschäftsinhalt behauptet (*Staudinger/Singer*, § 133 Rdnr. 34). Der Sachvortrag der beteiligten Gesellschaft widerlegt diese Vermutung nicht.

Entgegen der Auffassung des LG ist das Schreiben vom 28.9.2007 zur „Schreibfehlerberichtigung“ des Datums in § 5 Abs. 2 des Vertrages nicht geeignet, einen hinreichend sicheren Nachweis für die Behauptung der beteiligten Gesellschaft zu erbringen, es habe bereits bei Abschluss des Vertrages am 26.4.2007 ein übereinstimmender Wille bestanden, dass der Vertrag insgesamt erst mit dem 1.1.2008 wirksam werden sollte. Das Schreiben ist fünf Monate nach Vertragsschluss verfasst worden und kann keinen Beleg für einen vom schriftlich niedergelegten Vertragsinhalt abweichenden Willen der Vertragsparteien darstellen. Die schlichte Behauptung, es liege ein Schreibfehler vor, reicht dafür nicht aus. Denn wie bereits das Registergericht zutreffend hervorgehoben hat, sprechen die übrigen Bestimmungen des Vertrages dagegen, dass in § 5 Abs. 2 versehentlich eine falsche Jahreszahl angegeben wurde. Vielmehr sind die gesamten Regelungen in § 5 und § 6 des Vertrages nur dann in sich schlüssig, wenn Vertragsbeginn – wie in § 5 Abs. 2 angegeben – tatsächlich der 1.1.2007 ist. Denn § 6 Abs. 1 hält ausdrücklich fest, „dass die Voraussetzungen für eine steuerliche Organschaft gemäß § 14 Abs. 1 KStG erst mit Wirkung ab 1.1.2008 erfüllt sein werden“, womit deutlich wird, dass die Parteien von einem Auseinanderfallen von handelsrechtlichem und steuerlichem Wirksamwerden ausgingen. Darüber hinaus regelt § 6 Abs. 2 ausdrücklich die „Gewinnabführung für das am 31.12.2007

endende Geschäftsjahr“. § 5 Abs. 2 legt fest, dass der Vertrag hinsichtlich der Leitungs- und Weisungsrechte, der Gewinnabführungsverpflichtung und der Verlustausgleichsverpflichtung „erstmalig für das gesamte am 1.1.2007 beginnende Geschäftsjahr der Organgesellschaft, hinsichtlich der Leitungs- und Weisungsrechte jedoch frühestens ab dem Zeitpunkt seiner Eintragung im Handelsregister der Organgesellschaft“ gelten soll, geht also ersichtlich davon aus, dass der Vertragsbeginn vor der noch vorzunehmenden Eintragung im Handelsregister liegt. Dass all diese mit einem für den 1.1.2008 gewollten Vertragsbeginn nicht zu vereinbarenden Regelungen bei Abschluss des Vertrages von den handelnden Vertretern der beteiligten Gesellschaften nicht bemerkt worden sein sollen, ist nicht nachvollziehbar, zumal jedenfalls zwei der Vorstände bzw. Geschäftsführer auch als Rechtsanwälte tätig sind.

Die von der Beschwerdeführerin auf Nachfrage des LG hierzu abgegebene Erläuterung, sie habe den Fehler gemacht, von einem anderen Vertrag abzuschreiben und die in diesem enthaltene unsinnige Regelung zu den Steuern zu übernehmen, erscheint ebenfalls nicht plausibel. Der nach dem Vortrag der beteiligten Gesellschaft als Vorlage verwendete Vertrag vom 25.4.2007, der zwischen zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung geschlossen wurde, weist in nahezu jeder Ziffer Abweichungen zu dem verfahrensgegenständlichen Vertrag vom 26.4.2007 auf. Insbesondere ist auch die Bestimmung zum Wirksamwerden keineswegs wortgleich, denn im Vertrag vom 25.4.2007 lautet sie: „Der Vertrag wird wirksam mit der Eintragung in das Handelsregister der Organgesellschaft und gilt erstmalig für das gesamte am 30.9.2007 endende Geschäftsjahr der Organgesellschaft.“

Anders als das LG meint, bietet auch § 5 Abs. 4 Satz 2 des Vertrages vom 26.4.2007 keinen Beleg für die behauptete Absicht der Vertragsparteien, handelsrechtliche und steuerrechtliche Wirksamkeit nicht auseinanderfallen zu lassen. Diese Bestimmung berechtigt den Organträger zur außerordentlichen Kündigung für den Fall, dass die finanzielle Eingliederung im Sinne des Körperschaftsteuergesetzes nicht mehr gegeben ist. Sie räumt damit einer Vertragspartei ein Kündigungsrecht für eine in der Zukunft möglicherweise eintretende Fallgestaltung ein, besagt aber nichts über den Vertragsbeginn.

Nach alledem ist nicht nachgewiesen, dass es sich bei dem in § 5 Abs. 2 des Vertrages genannten Datum „1.1.2007“ um eine versehentliche Falschbezeichnung handelte. Dem Vertrag kann insoweit kein anderer Inhalt beigemessen werden als der schriftlich niedergelegte.

3. Die Entscheidung des LG erweist sich jedoch aus anderen Gründen als richtig, denn der von der beteiligten Gesellschaft vorgetragene Sachverhalt ist nicht geeignet, ein Recht der herrschenden Gesellschaft zur Kündigung des Unternehmensvertrages aus wichtigem Grund (§ 297 Abs. 1 AktG) zu begründen.

a) Ein wichtiger Grund i. S. d. § 297 Abs. 1 AktG liegt vor, wenn für den Vertragsteil, der die Kündigung erklärt, die weitere Fortsetzung des Vertragsverhältnisses wegen ernsthafter und nicht oder nicht in angemessener Art und Weise behebbarer Schwierigkeiten unzumutbar ist (vgl. *Hüffer*, AktG, § 297 Rdnr. 3, 4). Als Beispiel nennt § 297 Abs. 1 Satz 2 AktG, dass der andere Vertragsteil voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, seine Vertragspflichten zu erfüllen. Solche Umstände sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist die Fortsetzung des Vertrages nicht deshalb unzumutbar, weil er zur Abführung des im Geschäftsjahr 2007 angefallenen Gewinns der beherrschten Gesellschaft an die herrschende Gesellschaft führt.

Das ist eine der Hauptpflichten, die sich aus dem Vertrag ergibt. Dass sich daraus steuerliche Auswirkungen ergeben, deren Eintritt die Vertragsparteien – wie im Schriftsatz vom 26.6.2008 vorgetragen – nicht beabsichtigten, rechtfertigt nicht die außerordentliche Kündigung. Überdies enthält § 6 Abs. 2 des Vertrages eine ausdrückliche Regelung zur Verfahrensweise hinsichtlich der Kapitalertragsteuer.

Der übereinstimmende Wunsch der Vertragsparteien, den Vertrag noch im laufenden Jahr 2007 wieder zu beenden, stellt keinen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar. Dies käme einer Umgehung der in § 296 AktG festgelegten Voraussetzungen für die Aufhebung eines Unternehmensvertrages gleich. Nach § 296 Abs. 1 AktG kann ein Unternehmensvertrag nur zum Ende des Geschäftsjahres oder des sonst vertraglich bestimmten Abrechnungszeitraums erfolgen. Ebenso ist eine rückwirkende Aufhebung ausgeschlossen.

b) Die außerordentliche Kündigung vom 10.12.2007 kann auch nicht auf ein vertraglich vereinbartes Kündigungsrecht gestützt werden. Die Parteien können im Unternehmensvertrag den Eintritt bestimmter Sachverhalte als wichtigen Grund festlegen (vgl. BGHZ 122, 211, 228 ff. = NJW 1993, 1976). Hier haben die Vertragsparteien in § 5 Ziffer 4 Satz 2 des Vertrages vereinbart, dass die herrschende Gesellschaft insbesondere zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt ist, wenn die finanzielle Eingliederung im Sinne des Körperschaftsteuergesetzes aus ihrer Sicht nicht mehr gegeben ist. Diesem Fall – dass künftig die finanzielle Eingliederung entfällt – kann nicht gleichgestellt werden, dass im ersten Jahr der Geltung des Vertrages, nämlich im am 1.1.2007 beginnenden Geschäftsjahr eine steuerliche Organschaft nicht erreicht werden kann. Denn diese Sachlage setzt der Vertrag voraus, wie § 6 Abs. 1 zeigt. Dort wird ausdrücklich festgehalten, dass die Parteien sich einig sind, dass die Voraussetzungen für eine steuerliche Organschaft erst mit Wirkung ab 1.1.2008 erfüllt sein werden. Der Eintritt der im Vertrag ausdrücklich vorgesehenen Rechtsfolgen kann keine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Der Umstand, dass die Beteiligten später eine andere Gestaltung für vorzugswürdig halten, lässt ein Festhalten an dem geschlossenen Vertrag nicht unzumutbar erscheinen.

Kostenrecht

12. KostO §§ 24 Abs. 3, 60 Abs. 2 (*Keine Gebührenermäßigung bei Eigentumsumschreibung auf Ehegatten und Abkömmlinge in GbR*)

1. Wird das Grundstückseigentum von einer natürlichen Person auf dessen Ehegatten und auf Abkömmlinge als Gesellschafter nach dem bürgerlichen Recht umgeschrieben, kommt eine Gebührenermäßigung nach § 60 Abs. 2 KostO nicht in Betracht (siehe auch OLG Schleswig, SchlHA 2008, 287 = MDR 2008, 1186).
2. Entsprechendes gilt für die Kostenprivilegierung gemäß § 24 Abs. 3 KostO, wenn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus § 24 Abs. 1 und 2 KostO verpflichtet ist (siehe auch OLG Zweibrücken, FGPrax 2004, 255 = MittBayNot 2004, 468 m. Anm. *Fembacher*).

OLG München, Beschluss vom 24.10.2008, 34 Wx 67/08; mitgeteilt von Dr. *Philipp Stoll*, Richter am OLG München

Der Beteiligte zu 1 (Kostenschuldner) war Eigentümer eines Teileigentums. Mit notariellem Vertrag vom 16.3.2007 errichtete er

gemeinsam mit seiner Ehefrau sowie den drei gemeinschaftlichen Kindern eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts und brachte das Teileigentum in die Gesellschaft ein. Im Wohnungsgrundbuch sind als Eigentümer seit 13.7.2007 sämtliche fünf Familienmitglieder „als Gesellschafter nach dem bürgerlichen Recht“ eingetragen. Zugleich wurden mit der Urkunde vom 16.3.2007 ein Nießbrauch zugunsten des Beteiligten zu 1 und ein aufschiebend durch dessen Ableben bedingter Nießbrauch zugunsten der Ehefrau eingetragen. Die Kostenrechnung vom 13.7.2007 enthält eine volle Gebühr aus einem Wert von 590.000 € für die Eigentumsumschreibung und zwei weitere volle Gebühren für die Eintragung der Nießbrauchsrechte aus einem Wert von je 354.000 €.

Der Urkundsnotar hat namens und in Vollmacht des Kostenschuldners Erinnerung gegen die Kostenrechnung eingelegt. Er wendet sich gegen den Ansatz der ^{10/10}-Gebühr für die Eigentumsumschreibung, weil die Gebühr nach § 60 Abs. 2 KostO ermäßigt sei. Für die Nießbrauchsrechte gelte entsprechend § 24 Abs. 3 KostO.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist nicht begründet. Denn die angefochtene Entscheidung des LG beruht nicht auf einer Rechtsverletzung (§ 14 Abs. 3 KostO i. V. m. § 546 ZPO). Der Kostenansatz des Grundbuchamts ist nicht zu beanstanden.

1. Das LG hat ausgeführt:

Die ermäßigten Gebühren nach § 60 Abs. 2, § 24 Abs. 3 KostO kämen nicht in Betracht. Der BGH habe in seiner neueren Rechtsprechung die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) umfassend anerkannt. Die GbR könne auch Eigentümerin von Grundstücken sein. Vor diesem Hintergrund erscheine es entgegen der früher herrschenden Auffassung nicht mehr gerechtfertigt, bei der Gebührenprivilegierung zwischen verwandten Gesellschaftern einer OHG oder KG und solchen einer GbR zu unterscheiden. Für erstere sei anerkannt, dass die Gebührenermäßigung nicht eintritt, weil die Gesellschafter lediglich untereinander und nicht mit der Gesellschaft als solcher verwandt sind. Bei der GbR sei dies früher anders beurteilt worden, weil die Gesellschafter aufgrund mangelnder Rechtsfähigkeit der Gesellschaft unmittelbar Eigentümer gewesen seien. Diese Auffassung lasse sich nicht mehr aufrechterhalten; die Gebührenprivilegierung greife daher für verwandte Gesellschafter einer GbR ebenso wenig ein wie bereits bisher für verwandte Gesellschafter einer OHG oder KG.

Schließlich spreche gegen die Kostenprivilegierung auch, dass beim Wechsel der Gesellschafter einer GbR lediglich ein Viertel der vollen Gebühr nach § 67 KostO erhoben werde, da der Eintragung kein Eigentumswechsel zugrunde liege. Wende man die Privilegierung auf die GbR an, so könne dies dazu führen, dass die Eintragung eines nicht privilegierten Gesellschafters letztlich durch Voreintragung einer GbR, bestehend aus Verwandten, und anschließendem Gesellschafterwechsel billiger möglich wäre, als wenn die Gesellschaft bereits bei Eigentumsübergang nichtprivilegierte Mitglieder hätte. Dies würde letztlich eine Umgehung des Gebührentatbestands in § 60 Abs. 1 KostO ermöglichen.

Aus der Rechtsprechung des BGH zur Kündigung durch die Gesellschaft wegen Eigenbedarfs ihres Gesellschafters könnten keine Schlüsse zugunsten einer Kostenprivilegierung gezogen werden.

2. Der Senat teilt die rechtliche Beurteilung des LG.

a) Ob für die Umschreibung des Eigentums von einer natürlichen Person auf dessen Ehegatten und auf Abkömmlinge als Gesellschafter nach dem bürgerlichen Recht die Gebühr nach § 60 Abs. 2 KostO auf die Hälfte zu ermäßigen ist, ist strittig.

(1) Nach der älteren Rechtsprechung (OLG Düsseldorf, Rpfleger 1996, 177; JurBüro 1988, 1708; OLG Hamm, Rpfleger 1976, 112, 113) war bei der Übertragung eines Grundstücks auf Abkömmlinge als Gesellschafter bürgerlichen Rechts der Anwendungsbereich für die Kostenprivilegierung (§ 60 Abs. 2 KostO) eröffnet. Dies war folgerichtig, weil nach der früher herrschenden individualistischen Betrachtungsweise der Gesamthand die Gesellschafter selbst in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit die Rechtsträger waren und die GbR selbst keine eigene Rechtspersönlichkeit besaß (z. B. BGHZ 80, 222; BGH, NJW 1990, 1181).

(2) Hingegen besitzt nach der neueren Rechtsprechung des BGH die (Außen-)GbR Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet (BGHZ 146, 341 = MittBayNot 2001, 192 m. Anm. Ann). Sie ist zwar Gesamthandsgemeinschaft ihrer Gesellschafter und keine juristische Person, kann aber im Rechtsverkehr, soweit nicht spezielle Gesichtspunkte entgegenstehen, jede Rechtsposition einnehmen (BGHZ 146, 341, 343 m. w. N. = MittBayNot 2001, 192 m. Anm. Ann); in diesem Rahmen ist sie rechtsfähig. Ihre nach außen hin bestehende Rechtssubjektivität macht sie zum eigenständigen Zuordnungsobjekt der einzelnen Rechte, was etwa auch in § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO gesetzlich anerkannt ist. Rechtsträger sind demnach nicht die Gesellschafter, sondern ist die Gesellschaft selbst.

(3) Der BGH hat in der Folgezeit diese Rechtsprechung konsequent weiterentwickelt und insbesondere für den Grundstücksverkehr ausgesprochen, dass eine GbR, ungeachtet der technischen Art ihrer Verlautbarung im Grundbuch, Eigentümerin von Grundstücken sein kann (BGH, WM 2006, 1221 = DNotZ 2006, 777; WM 2006, 2135 = MittBayNot 2007, 118; NZI 2008, 121; zuletzt NJW 2008, 1378), was nach § 873 Abs. 1 BGB zwingend die Eintragung des Berechtigten im Grundbuch voraussetzt. Gehört die Immobilie zum Gesamthandsvermögen, steht es folgerichtig nicht den Gesellschaftern, sondern (nur) der Gesellschaft selbst zu (BGH, WM 2006, 2135, 2136 = MittBayNot 2007, 118; siehe auch *Demharter*, FGPrax 2007, 7). Daran anschließend hat das OLG Schleswig (SchlHA 2008, 287 = MDR 2008, 1186) die Konsequenz gezogen, dass die Kostenprivilegierung des § 60 Abs. 2 KostO auf derartige Fälle nicht anwendbar ist.

(4) In welcher Form die Eigentümerstellung der GbR im Grundbuch verlaubar wird, so z. B. durch die namentliche Aufzählung der einzelnen Gesellschafter mit dem Zusatz „als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts“ (OLG Schleswig, SchlHA 2008, 287 = MDR 2008, 1186) oder „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ (BGH, NZI 2008, 121; *Demharter*, GBO, 26. Aufl., § 47 Rdnr. 21, § 19 Rdnr. 108; weitere Beispiele bei *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 240 c), spielt keine Rolle. Denn im gegebenen Fall bringt die Eintragung zum Ausdruck, dass das jeweilige Grundstück einer GbR gehört, nicht etwa, dass dies gerade nicht der Fall ist (BGH, NZI 2008, 121, 122).

(5) Die Rechtsfähigkeit der GbR ist zwar nicht umfassend, sondern auf die Bereiche beschränkt, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet (BGHZ 146, 341 = MittBayNot 2001, 192 m. Anm. Ann; BGH, NJW 2008, 1378). Diese Einschränkung führt indes zu keinem anderen Ergebnis. Denn die bereichsspezifischen Besonderheiten (siehe etwa BGH, NJW 2006, 2189; GbR kein Wohnungseigentumsverwalter; BGH, NJW 2007, 2845; Eigenbedarf der Gesellschafter einer GbR als Vermieterin) spielen hier keine Rolle. Vielmehr ist es herrschende und vom Senat geteilte Meinung, dass gerade im Grundstücksver-

kehr die GbR eigene Rechte und Pflichten begründen kann. Die grundbuchrechtlichen Komplikationen sind verfahrensrechtlicher Natur und erschweren nur den zum Vollzug von Verfügungen der Gesellschaft im Grundbuch notwendigen Nachweis der Befugnis der Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft (BGH, NJW 2008, 1378, 1379 m. w. N.). Ob mit Rücksicht auf die fehlende Registerpublizität der GbR die Verlautbarung im Grundbuch auch als Eintragung der Gesellschaft selbst verstanden werden kann, was der BGH im Hinblick auf §§ 17 Abs. 1, 146 ZVG, § 736 ZPO so gesehen hat (BGH, NJW 2007, 995), kann auf sich beruhen. Sie wäre allenfalls nur einer verfahrensmäßigen Notwendigkeit zur Verlautbarung der Gesellschaft selbst geschuldet.

Die neuere kostenrechtliche Literatur hat sich weitgehend dieser Sichtweise angeschlossen (*Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, 99. Akt. zur 2. Aufl., § 60 Rdnr. 10 a; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 16. Aufl., Stichwort: Gesellschaft bürgerlichen Rechts Anm. 3; *Wilsch*, JurBüro 2007, 397; undeutlich *Lappe* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 17. Aufl., § 60 Rdnr. 35 Fn. 46 und 48; a. A. *Hartmann*, Kostengesetze, 38. Aufl., § 60 KostO Rdnr. 17).

b) Auch für den weiteren Privilegierungstatbestand des § 24 Abs. 3 KostO ergibt sich nichts anderes. Nach der Rechtsprechung des OLG Zweibrücken (FGPrax 2004, 255 = MittBayNot 2004, 468 m. Anm. *Fembacher*; zustimmend *Hartmann*, Kostengesetze, § 24 KostO Rdnr. 16; *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, 98. Akt. zur 2. Aufl., § 24 Rdnr. 21 a; *Wilsch*, JurBüro 2007, 397, 399) tritt die Vergünstigung nicht ein, soweit eine Außengesellschaft bürgerlichen Rechts eine der in § 24 Abs. 1 und 2 KostO genannten Verpflichtungen erfüllen muss, auch wenn einer oder alle ihrer Gesellschafter mit den nach § 24 Abs. 1 und 2 KostO Berechtigten in dem bezeichneten Verwandtschaftsverhältnis steht oder stehen. Der Senat schließt sich dem aus den vom OLG Zweibrücken dargelegten Gründen sowie aus den vorstehenden Überlegungen an.

Gegen diese Meinung wird der letztlich personenrechtliche Hintergrund der Privilegierungsvorschriften ins Feld geführt (*Fembacher*, MittBayNot 2004, 469, 470; ebenso *Bengel/Tiedtke*, DNotZ 2005, 336, 346 f.). Gewollt sei im Grunde eine Grundstücksüberlassung auf die Kinder als natürliche Personen und die GbR-Lösung werde nur als äußere Konstruktion in erster Linie aus steuerlichen Gründen gewählt. Für das persönliche Näheverhältnis zwischen den Beteiligten, den eigentlichen Grund für das Privileg des § 24 Abs. 3 KostO, sei es unerheblich, ob auf eine Bruchteilsgemeinschaft oder eine Gesamthandsgemeinschaft übertragen werde. Doch kann dieser Gesichtspunkt mit Rücksicht auf die Behandlung der handelsrechtlichen Gesellschaftsformen wie der OHG oder der KG nicht durchschlagen. Diese ebenfalls zu privilegieren steht ihre gesetzlich verankerte (vgl. § 124 Abs. 1 HGB) Selbständigkeit entgegen. Die auf Verwandtschaftsverhältnisse begründete Kostenprivilegierung gilt deshalb bei einer am maßgeblichen Rechtsgeschäft beteiligten Handelsgesellschaft, auch wenn diese nur aus den „eigentlich“ privilegierten Angehörigen besteht, nach langjähriger gefestigter Rechtsprechung nicht (BayObLGZ 1955, 250; *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, § 24 Rdnr. 21 a, § 60 Rdnr. 10 a je m. w. N.). Die „Nähe“ der GbR zur OHG (vgl. BGHZ 146, 341, 346 = MittBayNot 2001, 192 m. Anm. *Ann*) verlangt hingegen eine kostenrechtliche Gleichbehandlung mit den personenrechtlichen Handelsgesellschaften.

Im Übrigen verweist der Senat auf seine den Beteiligten bekannte Rechtsprechung zu § 67 Abs. 1 KostO (MittBayNot 2009, 64), die mit der hier gefundenen Lösung im Einklang steht.

Öffentliches Recht

13. BauGB § 11 Abs. 3; BayVwVfG Art. 57, 59; BGB § 125 (*Nichtigkeit eines städtebaulichen Vertrages*)

Ein städtebaulicher Vertrag ist wegen Verstoßes gegen das Koppelungsverbot nichtig, wenn kein sachlicher Zusammenhang zwischen der Leistung einer Behörde (Ausweisung eines Baugebiets) und der hierfür versprochenen Gegenleistung (Zahlung eines Betrages pro Quadratmeter veräußerter Bauparzelle) besteht. (Leitsatz der Schriftleitung).

BayVGh, Beschluss vom 15.10.2008, 15 ZB 08.1209

Die Klägerin begehrt die Löschung einer für die Beklagte bestellten und eingetragenen Höchstbetragssicherungshypothek. Grundlage der mit notariellem Vertrag vom 22.5.2002 bestellten Sicherungshypothek bis zu einem Höchstbetrag von 195.000 € war die Absicherung von Forderungen der Beklagten aus einem städtebaulichen Vertrag, der Geldleistungen der Klägerin in Höhe von 26,56 € pro Quadratmeter verkauften Baulandes nach Überplanung mit einem Bebauungsplan vorsah. Das der Sicherungshypothek zugrundeliegende Schuldverhältnis ist unter Nr. II der notariellen Urkunde vom 22.5.2002 beschrieben.

Die Vereinbarung über den städtebaulichen Vertrag wurde zwischen den Beteiligten im Dezember 2000 mit Billigung des Stadtrates der Beklagten gemäß Beschluss vom 19.12.2000 geschlossen. Eine schriftliche Fixierung der Vereinbarung wurde nicht vorgenommen. Der Bebauungsplan trat am 31.3.2002 in Kraft.

Am 17.6.2004 schlossen die Beteiligten sowie ein Zweckverband zur Wasserversorgung einen Erschließungsvertrag, der u. a. eine Beteiligung der Klägerin als Erschließungsträger an den Kosten zentraler Anlagen vorsieht.

Im Verlauf der Verwertung der überplanten Grundstücke durch die Klägerin kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Beteiligten über die Frage der von der Klägerin zu leistenden Erschließungskosten. In der Folge stellte die Klägerin die Wirksamkeit des zwischen den Beteiligten geschlossenen städtebaulichen Vertrages in Frage. Sie erhob Klage zum VG und beantragte, die Beklagte zu verurteilen, ihre Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs insofern zu erteilen, als die dort eingetragene Höchstbetragssicherungshypothek zu löschen ist.

Das VG gab der Klage statt. Hiergegen beantragte die Beklagte die Zulassung der Berufung.

Aus den Gründen:

II.

Der Antrag auf Zulassung der Berufung hat keinen Erfolg.

1. Die Beklagte beruft sich auf ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO). Ob solche Zweifel bestehen, ist im Wesentlichen anhand dessen zu beurteilen, was die Klägerin innerhalb offener Frist zur Begründung ihres Zulassungsantrages hat darlegen lassen (§ 124 a Abs. 5 Satz 2 VwGO).

Die Beklagte wendet gegen die erstgerichtliche Entscheidung im Wesentlichen ein, der als Grundlage der Bestellung der Höchstbetragssicherungshypothek in Höhe von 195.000 € zwischen ihr und der Klägerin geschlossene städtebauliche Vertrag sei entgegen der Auffassung des VG wirksam. Mit dem VG sei hier von dem in Nr. II der notariellen Urkunde vom 22.5.2002 beschriebenen Schuldverhältnis als Vertragsvereinbarung auszugehen. Über den in der Urkunde vom 22.5.2002 wiedergegebenen Vertragsinhalt hinaus seien jedoch auch die im Vorfeld getroffenen Vereinbarungen sowie der gesamte zeitliche Ablauf des Prozesses zwischen den Par-

teien als Vertrags- und Geschäftsgrundlage anzusehen. Bei einer Gesamtschau des Vorgangs könne danach weder von einem Verstoß gegen das Gebot der Angemessenheit gemäß Art. 56 Abs. 1 Satz 2 BayVwVfG, § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB noch ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot angenommen werden.

a) Auf die von der Beklagten im Zulassungsverfahren aufgeworfenen Fragestellungen zur materiellen Wirksamkeit des mit der Klägerin geschlossenen städtebaulichen Vertrages kommt es zunächst nicht an, da der fragliche Vertrag schon aus formellen Gründen nichtig ist. Nr. II des notariellen Vertrags zur Bestellung der Sicherungshypothek vom 22.5.2002 enthält lediglich die Wiedergabe einer bereits geschlossenen Vereinbarung. Da sämtliche Absprachen und Vereinbarungen zwischen den Beteiligten seit dem Jahre 1998 im Übrigen nur mündlich vorgenommen wurden, liegt kein schriftlicher Vertrag gemäß § 11 Abs. 3 BauGB, Art. 57 BayVwVfG vor. Die nur mündlich geschlossenen Vereinbarungen sind formungültig und gemäß Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG i. V. m. § 125 BGB nichtig.

Die Frage der Formunwirksamkeit des städtebaulichen Vertrags war im erstinstanzlichen Verfahren Gegenstand der rechtlichen Erörterung der Beteiligten. Die Beteiligten sind nach eigenem Vortrag davon ausgegangen, dass eine Vereinbarung als Ergebnis der Besprechungen (mündlich) im Dezember 2000 zustande gekommen ist. In schriftlicher Form finden sich die Absprachen erstmalig in der notariellen Urkunde vom 22.5.2002 zur Bestellung einer Höchstbetrags-sicherungshypothek unter Nr. II. Diese Darstellung der Verpflichtungen der Klägerin unter Bezugnahme auf die Beschlusslage im Stadtrat der Beklagten stellt keinen erneuten Vertragsschluss zwischen den Beteiligten dar. Dem steht schon die eindeutige Formulierung des notariellen Vertrages vom 22.5.2002 entgegen, der die in der Vergangenheit geschlossenen Vereinbarungen sowie den Stadtratsbeschluss lediglich referiert. Der Wortlaut der Passage „auf der Grundlage des vorbezeichneten Stadtratsbeschlusses hat die I. GmbH mit der Stadt B. eine Vereinbarung getroffen, wonach die I. GmbH pro m² von ihr veräußelter Bauparzelle im Baugebiet R. einen Betrag in Höhe von 50 DM ... an die Stadt B. zu zahlen hat“, ist insoweit eindeutig und lässt nicht den Schluss zu, dass die Beteiligten zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Urkunde einen rechtsgeschäftlichen Willen auf erneuten Abschluss eines Vertrags hatten.

Dem Vortrag der Beklagten im Schreiben vom 4.6.2007, wonach es die Absicht der Beteiligten gewesen sei, das am 8.12.2000 erzielte mündliche Einvernehmen mit dem daraus resultierenden Stadtratsbeschluss durch die Notarurkunde vertraglich zu fixieren, kann nicht gefolgt werden. Eine solche Absicht kommt in Nr. II des Vertrags nicht zum Ausdruck. Diese Einschätzung wird auch noch dadurch bestätigt, dass der Bebauungsplan bereits vollständig umgesetzt war. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die Beteiligten zu diesem Zeitpunkt von einem wirksamen Vertragsverhältnis ausgegangen sind und ihr Rechtsfolgswille beim notariellen Vertragsschluss am 22.5.2002 nur noch auf die Bestellung einer Sicherungshypothek gerichtet war.

Das VG hat zu dieser Fragestellung eine andere Auffassung vertreten. Dies ist für die Entscheidung über den Zulassungsantrag jedoch unschädlich, da § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO den Zugang zur Rechtsmittelinstanz nur mit Blick auf das prognostizierte Ergebnis des angestrebten Rechtsmittels eröffnet. Das bedeutet, dass Zweifel an der Richtigkeit einzelner Begründungselemente auf das Ergebnis des angefochtenen

Urteils schon dann nicht durchschlagen, wenn das angefochtene Urteil aus anderen Gründen richtig ist (vgl. BVerwG, DVBl 2004, 838). Danach ist die Entscheidung des VG – unabhängig von Fragestellungen der materiellen Rechtmäßigkeit des städtebaulichen Vertrags – schon wegen der formellen Nichtigkeit des Vertrages im Ergebnis richtig.

b) Der Antrag auf Zulassung der Berufung hat allerdings auch dann keinen Erfolg, wenn man mit dem VG unterstellt, dass die Beteiligten am 22.5.2002 mit der Bestellung der Sicherungshypothek zugleich einen erneuten Vertragsschluss über das zugrundeliegende Schuldverhältnis gewollt hätten. Die insoweit dann formgültige Vereinbarung wäre wegen eines Verstoßes gegen das Koppelungsverbot nichtig.

Das Koppelungsverbot besagt, dass – zum einen – durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag nichts miteinander verknüpft werden darf, was nicht ohnedies schon in einem inneren Zusammenhang steht, und dass – zum anderen – hoheitliche Entscheidungen ohne entsprechende gesetzliche Ermächtigung nicht von wirtschaftlichen Gegenleistungen abhängig gemacht werden dürfen, es sei denn, erst die Gegenleistung würde ein der Entscheidung entgegenstehendes rechtliches Hindernis beseitigen (vgl. BVerwGE 42, 331). Unter welchen Voraussetzungen der geforderte sachliche Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung zu bejahen ist, ist nach dem Inhalt und den Begleitumständen des konkreten Vertrages festzustellen. Nach dem Wortlaut des Art. 56 Abs. 1 Satz 2 BayVwVfG liegt ein Fall einer unzulässigen Gegenleistung des Bürgers z. B. vor, wenn die Behörde im Gegenzug eine Leistung verspricht, auf die der Bürger nach dem einschlägigen Bundes- oder Landesrecht ohnehin Anspruch hat. Das Koppelungsverbot beschränkt sich jedoch nicht auf derartige oder vergleichbare Fälle. Ein sachlicher Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung kann auch dann entfallen, wenn die vom Bürger zu erbringende Leistung einem anderen öffentlichen Interesse zu dienen bestimmt ist als die von der Behörde zu erbringende oder von ihr in Aussicht gestellte Leistung (vgl. BVerwG, NJW 1980, 1294).

Eine Auslegung der Nr. II der notariellen Urkunde vom 22.5.2002 in Zusammenschau mit dem Stadtratsbeschluss vom 19.12.2000 ergibt, dass Geschäftsgrundlage der Leistungen der Klägerin die Aufstellung eines Bebauungsplans für die Fl. Nrn. 407 und 409 der Gemarkung B. durch die Beklagte bei gleichzeitigem Verzicht auf den bislang gemäß Beschluss des Stadtrats vom 31.1.1992 üblichen anteiligen Eigentumserwerb von Bauflächen ist. Weiter kann in diesem Zusammenhang unterstellt werden, dass die Beklagte die ihr zufließenden Beträge für städtebauliche Investitionen im Sinne eines „Einheimischenmodells“ verwenden wollte. Insoweit fehlt allerdings der notwendige sachliche Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung. Dabei kann offen bleiben, ob die gewählte vertragliche Variante der anteiligen Abschöpfung eines pauschal errechneten, voraussichtlichen Gewinns des Planungsträgers überhaupt zulässig ist und ob eine ausreichende Zuordnung der der Klägerin zufließenden Mittel für sonstige Projekte der Baulandentwicklung im Sinne eines „Einheimischenmodells“ möglich ist. Denn die Leistung der Beklagten besteht mit der Aufstellung des Bebauungsplans „R.“ in der Ausweisung großflächiger Baugrundstücke für begüterte Personen in exklusiver und landschaftlich reizvoller Lage. Diese „Leistung“ steht in keinem sachlichen Zusammenhang mit einer an anderer Stelle von der Beklagten intendierten Finanzierung städtebaulicher Projekte im Sinne eines „Einheimischenmodells“ (durch die Mittelzuflüsse aus der städtebaulichen Vereinbarung).

Anmerkung:

1. Der Fall ist im städtebaulichen Vertragsbereich nahezu alltäglich. Beteiligte beurkunden wegen vermeintlicher „hoher“ Notarkosten, obwohl die an Rechtsberater und Immobilienentwicklungsgesellschaften bezahlten Honorare häufig ein Vielfaches ausmachen und trotz der Gebührenermäßigung des § 144 KostO, nicht den gesamten städtebaulichen Vertrag, sondern lediglich die Grundabtretung oder, wie im vorliegenden Fall, die Sicherungsvereinbarungen. Beispiele sind Real-lasten und Dienstbarkeiten für naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen und Grundpfandrechte für Zahlungsverpflichtungen. Wird der Notar mit einem derartigen Beurkundungsersuchen konfrontiert, muss er zunächst prüfen, ob wegen einer Verpflichtung zum Erwerb oder zur Veräußerung eines Grundstücks und eines gegebenen Zusammenhangs¹ der gesamte Vertrag beurkundungsbedürftig ist. In diesem Fall muss er das Ansinnen, nur einen Teil zu beurkunden, in Kenntnis des Sachverhalts ablehnen. Handelt es sich dagegen um einen isolierten Punkt, bei dem weder eine Rechtspflicht zur Gesamtbeurkundung besteht noch auch nur ein Beteiligter für den anderen erkennbar die Gesamtbeurkundung wünscht, so kann sich der Notar darauf beschränken, lediglich einzelne Punkte zu beurkunden.

Anders ist dies nur, wenn offensichtlich ist, dass die zugrundeliegenden Vereinbarungen nichtig sind, da sie dann keinen Rechtsgrund für die beurkundete Erklärung bilden und diese sofort wieder kondiziert werden könnte. Der Notar hat somit im Normalfall, d. h. bei fehlender Kenntnis von der Unwirksamkeit des „Grundgeschäfts“, keinerlei Veranlassung, die Parteien auf eine vorsorgliche kostenpflichtige² Bestätigung des bisherigen Vertrages hinzuweisen; aufgrund der damit verbundenen Kosten wird dies von den Beteiligten auch regelmäßig nicht gewünscht sein. Materiellrechtlich ist für eine Bestätigung eines abgeschlossenen Rechtsgeschäfts zudem ein Bestätigungswille erforderlich. Dieser erfordert zumindest Zweifel der Parteien hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit des bisher Vereinbarten.³ Insofern ist dem BayVGh dahingehend zu folgen, dass der bloße Bericht von dem abgeschlossenen städtebaulichen Vertrag („Auf der Grundlage des ... Stadtratsbeschlusses hat die ... mit der Stadt ... eine Vereinbarung getroffen ...“), für dessen Formunwirksamkeit sich aus der Notarurkunde keine Anhaltspunkte ergeben, keine Bestätigung darstellt.

2. Interessant sind die Ausführungen des BayVGh zum Koppelungsverbot. Er lässt zunächst offen, ob der Verzicht auf einen Grunderwerb und die damit einhergehende Planungsgewinnabschöpfung, die ihrerseits für städtebauliche Investitionen im Sinne eines Einheimischenmodells verwendet werden sollte, zulässig ist. Der Stadtrat hatte beschlossen, dass „anstelle der Erreichung des Eigentums von 50 % der Nettobaulandfläche ein Betrag in Höhe von 100 DM/qm für 50 % der Nettobaulandfläche an die Stadt ... zu fließen hat“. Unter dieser Voraussetzung verzichtete die Stadt darauf, 50 % der künftig auszuweisenden Nettobaulfläche (Bauparzellen) zu erwerben. Diese Vorgehensweise betrifft die wieder aktualisierte Diskussion über die Zulässigkeit der Planungsgewinn-

abschöpfung, die der Gesetzgeber ausdrücklich nicht zulassen wollte.⁴ Hierzu liegt eine eindeutige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte⁵ zur Unzulässigkeit des Verkaufs von Hoheitsrechten, zu denen auch die städtebauliche Planung gehört, vor. Der BGH ist hiervon nicht abgewichen.⁶ Im Tannenwald-Fall⁷ wurde ausdrücklich ausgeführt: „Verkauft ein Grundstückseigentümer einen Teil seines im Außenbereich liegenden Grundstücks für einen *marktgerechten Preis* (Bauerwartungsland) an die Gemeinde zur Beschaffung von Bauland im Rahmen eines Einheimischenmodells und stellt sie ihm dafür in Aussicht, sie werde das ganze Grundstück in den Bebauungsplan aufnehmen, so liegt darin kein unzulässiges Koppelungsgeschäft.“ Dass einem unter dem Marktpreis liegenden Entgelt ein Bodenmehrwert des dem privaten Grundstücksverkäufer verbleibenden Baulandes als weiterer Kaufpreisteil hinzugerechnet werden kann, ist in der Entscheidung mit keinem Wort auch nur angesprochen worden.⁸ Allerdings haben Zivilgerichte⁹ vereinzelt die Begleichung eines Grundstückskaufpreises mittels des Planungsgewinns des Restgrundstücks zugelassen und insoweit für erhebliche Verwirrung gesorgt. Im Rahmen einer sicheren Vertragsgestaltung ist weiterhin der Grundsatz zu beachten, dass hoheitliche Leistungen wie die Bauleitplanung zu erbringen sind, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen und nicht etwa, weil der Bürger dafür bezahlt oder Grundstücke überträgt.¹⁰ Nach § 1 Abs. 4 Satz 1 BauGB haben die Gemeinden die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist, nicht wenn es für die Gemeindekasse förderlich ist.¹¹

3. Der BayVGh verneint vorliegend bereits den sachlichen Zusammenhang zwischen der Gewinnentstehung im Rahmen einer Baulandausweisung für „begüterte Personen“ und der intendierten Gewinnverwendung für ein Einheimischenmodell. Es geht dabei um die Frage, ob die Gemeinde einen Planungsdruck (Baulandausweisung des Restgrundstücks nur bei einem Verkauf bzw. bei Zahlung einer Abgabe für den sozialen Wohnungsbau) zur Verfolgung von Zielsetzungen einsetzen darf, die nicht unmittelbar das in Aussicht genommene Plangebiet betreffen, sondern ihre allgemeine städtebauliche Planung. Der BayVGh möchte den sachlichen Zusammenhang eng auslegen und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BVerwG zu den sog. Folgekostenverträgen¹² nicht auf eine Gesamtplanung abstellen. Insofern spricht auch einiges dafür, dass das Gericht die umstrittene Frage, ob der Vorhabenträger ihm auferlegte Einheimischen- oder Wohnraumförderungsmodelle ablösen kann,¹³ verneinen wird.

4. Nachdem pauschalisierte Folgekostenzahlungen bereits vom 15. Senat für unzulässig gehalten wurden, bleibt den Ge-

¹ Vgl. *Seeger*, MittBayNot 2003, 11.

² Vgl. *Tiedtke*, Notarkosten im Grundstücksrecht, 2. Aufl. 2007, Rdnr. 694.

³ Ständige Rechtsprechung, siehe nur BGHZ 129, 371, 377 = ZIP 1995, 996; dazu EWiR 1995, 927 m. Anm. *Bülow*; BGH, ZfIR 2007, 844, 845 und MünchKommBGB/*Busche*, 5. Aufl. 2006, § 141 Rdnr. 14 zur Streitfrage, ob das Bewusstsein der Nichtigkeit vorliegen muss oder bereits das Auftreten von Zweifeln für die Bildung eines Bestätigungswillens genügt.

⁴ Vgl. instruktiv *Krautzberger* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 11 Rdnr. 167 a – 168.

⁵ Vgl. nur BVerwGE 111, 162 = ZfIR 2000, 720 und BVerwG, DVBl 2003, 1215 sowie BayVGh, ZfIR 2005, 205.

⁶ Beschluss vom 21.6.2000, V ZR 288/89 (n. v.).

⁷ BGH, ZfIR 1998, 726 = DNotZ 1999, 398 m. Anm. *Busse*.

⁸ Ebenso BFHE 208, 55.

⁹ LG München I, MittBayNot 2005, 178 (aufgehoben vom OLG München, MittBayNot 2008, 323 m. Anm. *Grziwotz*) und OLG München, Urteil vom 26.4.2006, 3 U 1773/06 (n. v.).

¹⁰ Siehe nur *Grigoleit*, Die Verwaltung 2000, 79, 102 und *Vierling*, DNotZ 2006, 893, 895.

¹¹ Siehe dazu auch *Dirnberger* in Jäde/Dirnberger/Weiss, BauGB, 5. Aufl. 2007, § 11 Rdnr. 37 f. und Rdnr. 52 ff.

¹² BVerwGE 90, 310.

¹³ Vgl. hierzu *Gronemeyer*, BauGB, 1993, § 11 Rdnr. 36 und *Grziwotz*, NVwZ 1996, 637, 638.

meinden nur die Möglichkeit, Grundbesitz im Rahmen einer städtebaulichen Zielsetzung möglichst frühzeitig zum Verkehrswert zu erwerben. Die dann (möglicherweise) eintretende Bodenwertsteigerung steht der Gemeinde als Eigentümerin zu. Demgegenüber ist die Bezahlung eines Grundstücks mit der Überplanung des Restgrundstücks unzulässig.¹⁴

Notar Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen

¹⁴ Ausführlich *Grziwotz*, DVBl 2007, 1125; *ders.*, BayVBl 2008, 709.

Steuerrecht

14. GrEStG § 1 Abs. 3 (*Anteilsvereinigung bei lediglich mittelbarer Beteiligung an grundbesitzender Gesellschaft*)

Ein Rechtsgeschäft, das darauf gerichtet ist, alle Anteile an einer Gesellschaft, der ein inländisches Grundstück gehört, in der Hand eines Erwerbers zu vereinigen, unterliegt der Grunderwerbsteuer (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG). Dies gilt auch dann, wenn der Erwerber die Anteile nur mittelbar über eine andere Gesellschaft, an der er zu 100 % beteiligt ist, erwirbt und die Anteilsvereinigung bei einer ausländischen Gesellschaft eintritt. (Leitsatz der Schriftleitung)

BFH, Urteil vom 9.4.2008, II R 39/06

Die Klägerin ist eine in den USA ansässige Kapitalgesellschaft, die zunächst 51 % der Anteile an der ebenfalls in den USA ansässigen X-Company (Tochtergesellschaft) hielt, die zu 100 % an einer deutschen GmbH (Enkelgesellschaft) beteiligt war, welche ihrerseits Alleingesellschafterin zweier weiterer GmbHs mit jeweils in Deutschland belegenem Grundbesitz war. Mit Wirkung zum 31.12.1999 erwarb die Klägerin die restlichen 49 % der Anteile an der Tochtergesellschaft von der anderen Gesellschafterin, einer dritten in den USA ansässigen Gesellschaft, hinzu.

Das beklagte FA sah darin eine Anteilsvereinigung i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG in der bis Ende 1999 geltenden Fassung (GrEStG a. F.). Einspruch und Klage, mit denen die Klägerin geltend gemacht hatte, § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG a. F. habe nur die Vereinigung von Anteilen unmittelbar an grundbesitzenden Gesellschaften erfasst, blieben erfolglos.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet; sie war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Der Erwerb der restlichen Anteile an der Tochtergesellschaft hat zu einer Anteilsvereinigung i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 GrEStG a. F. geführt.

1. Das FA hat den angefochtenen Feststellungsbescheid auf die Nr. 1 der Vorschrift gestützt. Die Nummern 1 und 2 des § 1 Abs. 3 GrEStG a. F. knüpfen an das sog. Trennungs- und Abstraktionsprinzip an, wonach das Verpflichtungsgeschäft vom Verfügungsgeschäft zu trennen und die Wirksamkeit des Letzteren vom Bestehen des Ersteren unabhängig ist. Ob diese oder eine vergleichbare Trennung im Streitfall für die Übertragung der Anteile an der Tochtergesellschaft von Bedeutung ist, kann auf sich beruhen. Mit den Formulierungen „Datum des Rechtsvorgangs 31.12.1999“ und „zum 31.12.1999 vereinigen sich die Anteile...“ hat das FA den besteuerten Lebenssachverhalt so beschrieben, dass Missverständnisse nicht möglich sind. Sollte statt der Nr. 1 die Nr. 2 einschlägig sein, handelte es sich lediglich um einen Austausch der auf denselben Lebenssachverhalt anwendbaren Rechtsnorm. Gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG a. F. unterläge der streitige Erwerbsvorgang der Steuer, wenn kein schuldrechtliches Geschäft im Sinne der Nr. 1 der Vorschrift vorausgegangen wäre.

2. Gegenstand der Besteuerung ist sowohl nach Nr. 1 als auch nach Nr. 2 des § 1 Abs. 3 GrEStG a. F. nicht der Erwerb der Anteile als solcher, sondern die durch ihn begründete eigenständige Zuordnung der der Gesellschaft gehörenden Grundstücke (BFHE 173, 229 = BStBl II 1994, S. 408). Die Tatbestände des § 1 Abs. 3 GrEStG a. F. behandeln denjenigen, der Alleingesellschafter einer grundstücksbesitzenden Gesellschaft wird bzw. geworden ist, so, als gehörten ihm die Grundstücke, die dieser Gesellschaft grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen sind (BFHE 172, 538 = BStBl II 1994, S. 121). Aus dieser Fiktion folgt, dass ein Grundstück nicht nur dann i. S. d. § 1 Abs. 3 GrEStG a. F. zum Vermögen einer Gesellschaft gehört, wenn es im Eigentum der Gesellschaft steht; maßgeblich ist vielmehr eine grunderwerbsteuerrechtliche Zuordnung in dem Sinne, dass bei der Gesellschaft, deren Anteile vereinigt oder übertragen werden, in der Vergangenheit ein Tatbestand verwirklicht worden ist, der einen Erwerbsvorgang i. S. d. § 1 Abs. 1, Abs. 2 oder Abs. 3 GrEStG a. F. darstellt, und danach kein erneuter Rechtsträgerwechsel im Sinne dieser Vorschrift von ihr auf einen anderen stattgefunden hat (vgl. *Fischer* in Boruttau, Grunderwerbsteuergesetz, 16. Aufl., § 1 Rdnr. 907 und 909). Da zu den Erwerbsvorgängen auch diejenigen des § 1 Abs. 3 GrEStG a. F. gehören, folgt daraus, dass auch Anteile an einer Gesellschaft zu erfassen sind, die ihrerseits zu 100 % an einer grundstücksbesitzenden (Unter-)Gesellschaft beteiligt ist (BFHE 153, 63 = BStBl II 1988, S. 550; *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 149). Dabei steht es der Steuerbarkeit einer Anteilsvereinigung nicht entgegen, wenn die anteilsübertragende und die anteilerwerbende Gesellschaft ihren Sitz im Ausland haben (BFH/NV 2003, 505). Ebenso ist unschädlich, wenn eine der zwischengeschalteten Gesellschaften ebenfalls ihren Sitz im Ausland hat.

3. Die Einwände der Klägerin dagegen, schon vor Inkrafttreten der Neufassung des § 1 Abs. 3 GrEStG durch Art. 15 Nr. 1 lit. b) StEntlG 1999/2000/2002 eine mittelbare Anteilsvereinigung genügen zu lassen, sind nicht berechtigt.

a) Dies gilt zunächst für den Hinweis der Klägerin auf die ertragsteuerlichen Vorschriften des § 15 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 und § 17 Abs. 1 Satz 4 EStG, des § 9 Nr. 7 Satz 2 des GewStG, des § 1 Abs. 2 Nr. 1 AStG sowie die Vorschriften des § 121 Abs. 1 Nr. 4 BewG sowie des § 74 Abs. 2 der AO und den daraus gezogenen Schluss, dass der Gesetzgeber eine Gleichstellung mittelbarer Beteiligungen mit unmittelbaren stets ausdrücklich anordne, wenn sie gewollt sei. Es gilt ferner für den Hinweis der Klägerin auf die Rechtsprechung des BFH zu den Ertragsteuern, wonach mittelbare Beteiligungen unmittelbaren nicht gleichzusetzen sind und davon auszugehen ist, dass es dazu einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift bedarf, es sei denn, die Gleichsetzung ergibt sich eindeutig aus dem Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift (BFHE 163, 1 = BStBl II 1991, S. 691, 700, m. w. N.). Letzteres trifft auf § 1 Abs. 3 GrEStG a. F. zu.

Da Gegenstand der Besteuerung gemäß § 1 Abs. 3 GrEStG a. F. nicht der Erwerb der Anteile als solcher ist – wäre er dies, wären die Hinweise der Klägerin beachtlich –, sondern jene oben beschriebene spezifisch grunderwerbsteuerrechtliche Zuordnung der Grundstücke, sind der Sinn und Zweck der Vorschrift von dieser eigenständigen Zuordnung her zu bestimmen. Da ferner § 1 Abs. 3 GrEStG a. F. die Vereinigung bzw. den Übergang aller Anteile an einer Gesellschaft, der im Sinne des GrEStG a. F. Grundstücke „gehören“, als Erwerbsvorgang ansieht, folgt daraus, dass solchermaßen als Grundstückserwerber behandelte anteilerwerbende Gesellschaften ihrerseits die Funktion einer Gesellschaft erfüllen können, zu deren Vermögen Grundstücke i. S. d. § 1 Abs. 3 GrEStG a. F.

gehören (vgl. *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, § 1 Rdnr. 149). Dies lässt sich der Vorschrift unter Beachtung des ihr innewohnenden Prinzips eindeutig entnehmen. Von der spezifisch grunderwerbsteuerrechtlichen Zuordnung her macht es keinen Unterschied, ob der Gesellschaft, auf deren Vermögen abzustellen ist, die Grundstücke aufgrund eines Erwerbsvorgangs nach Abs. 1, Abs. 2 oder Abs. 3 des § 1 GrEStG a. F. „gehören“. Gehören ihr die Grundstücke aufgrund eines Erwerbs nach Abs. 3 der Vorschrift, ist diese Zurechnung aus ihrem Rechtsgedanken heraus auf die 100 %ige Muttergesellschaft – und ggf. noch weiter – zu verlängern. Dass dies der inneren Logik der Vorschrift entspricht, zeigt sich im Übrigen in den Regelungen zur Organschaft in § 1 Abs. 3 i. V. m. Abs. 4 GrEStG a. F., die einen Unterfall einer mittelbaren Anteilsvereinigung darstellen (*Hofmann* Grunderwerbsteuergesetz, § 1 Rdnr. 169; BFHE 195, 427 = BStBl II 2002, 156, unter II. 4. a).

Entgegen der Ansicht der Klägerin liegt darin kein Widerspruch zu dem BFH-Urteil vom 30.4.2003, II R 79/00 (BFHE 202, 387 = BStBl II 2003, 890), wonach § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG in der gemäß Art. 15 Nr. 11 lit. c) StEntlG 1999/2000/2002 bis Ende 1999 geltenden Fassung eine Änderung des Gesellschafterbestandes bei der grundbesitzenden Gesamthand selbst voraussetzt und ein Wechsel im Gesellschafterbestand einer anderen Gesellschaft, die an der grundbesitzenden Gesellschaft lediglich beteiligt ist, nicht ausreicht. Dies wurde nämlich damit begründet, dass § 1 Abs. 2 a GrEStG in der bis Ende 1999 geltenden Fassung eine Änderung im Gesellschafterbestand „bei ihr“ verlangte, was die Berücksichtigung einer Änderung im Gesellschafterbestand einer anderen Gesellschaft ausschloss.

Vor diesem Hintergrund kommt der Änderung des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG durch Art. 15 Nr. 1 lit. b) StEntlG 1999/2000/2002 lediglich klarstellende Funktion zu.

b) Der Wortlaut steht der bisherigen Auslegung des § 1 Abs. 3 GrEStG a. F. ebenfalls nicht entgegen. Die Auslegung einer Norm aus ihrem Wortlaut ist nur eine von mehreren Auslegungsmethoden, zu denen auch die systematische Auslegung gehört. Nach Letzterer ist darauf abzustellen, dass einzelne Rechtssätze, die der Gesetzgeber in einen sachlichen Zusammenhang gebracht hat, grundsätzlich so zu interpretieren sind, dass sie logisch miteinander vereinbar sind (so BVerfGE 48, 246, 257). Ziel jeder Auslegung ist danach die Feststellung des Inhalts einer Norm, wie er sich aus dem Wortlaut und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist (so BVerfGE 35, 263, 278). Nichts anderes liegt der Rechtsprechung des BFH zur mittelbaren Anteilsvereinigung zugrunde, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen zu II. 3. a ergibt. Daher ist auch die Aussage der Klägerin, unter „Anteilen“ an Gesellschaften seien zivilrechtlich nur unmittelbare Beteiligungen zu verstehen, lediglich eine Wiederholung des vorstehenden zu II. 3. a bereits abgehandelten Einwands.

c) Soweit die Klägerin geltend macht, eine Obergesellschaft, die mittelbar über eine 100 %ige Tochtergesellschaft – und ggf. über eine 100 %ige Enkelgesellschaft usw. – an einer grundbesitzenden Gesellschaft beteiligt ist, habe keine rechtliche Möglichkeit der Einflussaufnahme auf deren Willensbildung, kann dem gleichermaßen nicht gefolgt werden. Aufgrund der Alleingesellschafterstellung bei der jeweils nächsten Untergesellschaft hat die Obergesellschaft die rechtliche Möglichkeit, ihren Willen – wenn auch über so viele Stufen, wie 100 %ige Zwischengesellschaften vorhanden sind – durchzusetzen. Wenn die Klägerin in diesem Zusammenhang von einer bloß wirtschaftlichen Anteilsvereinigung

spricht und dazu auf das BFH-Urteil vom 26.2.1975, II R 130/67 (BFHE 115, 284 = BStBl II 1975, 456) verweist, übersieht sie, dass jene Entscheidung das Tatbestandsmerkmal der „Übertragung“ in § 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 3 GrEStG betrifft und nicht das Tatbestandsmerkmal der „Vereinigung“ oder des „Übergangs“ in Nr. 1 und 2 bzw. Nr. 3 und 4 der Vorschrift.

d) Schließlich vermag auch die Auffassung der Klägerin nicht zu überzeugen, die Rechtsprechung zur mittelbaren Anteilsvereinigung verstoße gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist § 1 Abs. 3 GrEStG a. F. rechtsformneutral. Gesellschaften im Sinne der Vorschrift sind sowohl Kapital- als auch Personengesellschaften (BFHE 178, 231 = BStBl II 1995, 736, unter II. 1. a). Dies gilt gleichermaßen bei unmittelbarer und bei mittelbarer Anteilsvereinigung.

Auch ein gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßendes Vollzugsdefizit besteht nicht. Art. 3 Abs. 1 GG verlangt, dass die Steuerpflichtigen durch ein Steuergesetz rechtlich und tatsächlich gleich belastet werden. Wird die Gleichheit im Belastungserfolg durch die rechtliche Ausgestaltung des Erhebungsverfahrens prinzipiell verfehlt, kann dies zu einem Gleichheitsverstoß führen. Dagegen bedeutet die empirische Ineffizienz von Rechtsnormen noch keine Verletzung des Gleichheitssatzes (so BVerfGE 110, 94). Bei Sachverhalten wie im Streitfall handelt es sich allenfalls um Letzteres. Soweit Gesellschaften mit Sitz im Ausland Erwerbsvorgänge nach § 1 Abs. 3 GrEStG a. F. verwirklichen, ist die grunderwerbsteuerrechtliche Erfassung dieser Vorgänge mit Schwierigkeiten verbunden. Die Schwierigkeiten haben aber ihren Grund nicht darin, dass das Erhebungsverfahren nicht auf Durchsetzbarkeit angelegt wäre, sondern darin, dass die Aufklärungsmöglichkeiten im Ausland begrenzt sind. Durch den Auslandsbezug bedingte Vollzugsdefizite ergeben aber noch keine Verletzung des Gleichheitssatzes (so BFHE 183, 45 = BStBl II 1997, 499, unter B. III. 3. sowie BFH/NV 2006, 612). Etwaige Lücken im Vollzug des § 1 Abs. 3 GrEStG a. F. betreffen überdies nur die Fälle mit Auslandsbezug, lassen aber die große Gruppe der reinen Inlandssachverhalte unberührt. Wegen der damit verbundenen Erhebungsschwierigkeiten die Sachverhalte mit Auslandsbezug von der Besteuerung nach § 1 Abs. 3 GrEStG a. F. auszunehmen, wäre aber unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 1 GG weit bedenklicher als die Hinnahme von Vollzugsdefiziten bei Auslandssachverhalten.

Anmerkung:

Die Entscheidung des BFH macht wieder einmal deutlich, dass die Grunderwerbsteuer im Bereich des § 1 Abs. 3 GrEStG – wie übrigens auch bei § 1 Abs. 2 a GrEStG – mit erheblichen Fallstricken belastet ist und dass die schlimmsten Steuerbelastungen immer dann entstehen, wenn keiner damit rechnet. Gleichwohl ist dem Urteil zuzustimmen. Dass es sich um ausländische Gesellschaften handelt, bei denen eine Anteilsvereinigung besteuert wird, ist unerheblich, solange der Grundbesitz in Deutschland belegen ist.¹ Dass § 1 Abs. 3 GrEStG auch mittelbare Anteilsvereinigungen schon in der alten Gesetzesfassung erfasst hat, entspricht der herrschenden Literaturauffassung.²

Kritischer zu sehen sind demgegenüber die Ausführungen des BFH zu einem möglichen Vollzugsdefizit. Indem das Gericht

¹ Vgl. bereits BFH/NV 2003, 505; *Voßkuhl/Hunsmann*, UVR 2005, 51; *Pahlke/Franz*, GrEStG, 3. Aufl., § 1 Rdnr. 321 m. w. N.

² Vgl. *Pahlke/Franz*, GrEStG, § 1 Rdnr. 331 zur alten Gesetzesfassung.

Lücken im Vollzug des § 1 Abs. 3 GrEStG a. F. nur bei Fällen mit Auslandsbezug unterstellt, erkennt es m. E., dass auch bei reinen Inlandsverhalten häufig derartige Gestaltungen unbesteuert bleiben, weil von den Grunderwerbsteuerfinanzämtern komplizierte Sachverhalte nicht vollständig aufgearbeitet werden (können);³ noch extremer verhält es sich, soweit Personengesellschaften beteiligt sind und privatschriftliche Anteilsabtretungen vorgenommen werden, die kein Beteiligter dem Grunderwerbsteuerfinanzamt anzeigt. Gerade hier drohen meines Erachtens sehr wohl erhebliche Vollzugsdefizite, die auch gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen könnten. Soweit Geschäftsanteilsabtretungen dagegen beurkundet werden, hat der Gesetzgeber über die Anzeigepflichten der Notare in § 18 GrEStG weitestgehend Vorsorge gegen Vollzugsdefizite getroffen.

Unabhängig von derartigen Erwägungen gibt der Fall zudem Anlass, eine steuerplanerische Grundüberlegung anzustellen. Die Komplexität des Grunderwerbsteuerrechts – vor allem die Tatsache der Einzelbetrachtung mit der daraus folgenden Steuersubjekteigenschaft jeder Zwischengesellschaft – legt eine Entkoppelung des Grundvermögens vom operativen Betrieb nahe. Das Grundvermögen sollte dabei in eigenen Gesellschaften organisiert werden. Dadurch können wirtschaftlich notwendig werdende Umstrukturierungen im operativen Bereich einer Unternehmensgruppe ohne Rücksicht auf das Grundvermögen durchgeführt werden. Meist haben diese Umstrukturierungen dann keine Auswirkungen mehr auf den Grundvermögensbereich und lösen folglich keine Grunderwerbsteuerpflicht aus. Insbesondere können fiktive Grundstückserwerbe (§ 1 Abs. 2 a, § 1 Abs. 3 GrEStG) nahezu gänzlich verhindert werden.⁴ Die Entkoppelung sollte in der Weise geschehen, dass für das Grundvermögen eine eigene Beteiligungskette geschaffen wird, die möglichst unabhängig von den operativen Betrieben ist. Die Trennung des Grundvermögens vom operativen Bereich sollte nach Möglichkeit auf der höchsten Beteiligungsebene vollzogen werden, so dass die Beteiligungsketten bereits von dieser Beteiligungsebene aus unabhängig verlaufen. Dies sollte nach Möglichkeit auch im Fall ausländischer Unternehmensgruppen mit Aktivitäten in Deutschland umgesetzt werden. Ansonsten können Umstrukturierungen oder Unternehmensverkäufe in oder oberhalb der Beteiligungsebene, in der die Trennung erfolgt, weiterhin zu fiktiven Grundstückserwerben führen. Unmittelbar unter der Muttergesellschaft sollte somit eine Tochtergesellschaft installiert werden, in welche der Konzernbesitz eingebracht wird; diese Tochtergesellschaft ist dann in der Beteiligungskette unabhängig von ihren operativ tätigen Schwestergesellschaften und deren Töchtern.

Bei der Entkoppelung des Grundvermögens können die Grundstücke von der oder den Grundstücksgesellschaften an die operativen Bereiche vermietet werden. Die Grundstücksgesellschaften können als Personen- oder Kapitalgesellschaften organisiert sein. Zu beachten ist jedoch, dass bei der erstmaligen Einbringung des Grundbesitzes in eine eigenständige Tochtergesellschaft die Rechtsform einer Personengesellschaft mit grunderwerbsteuerlichen Vorteilen verbunden sein kann, da bei Kapitalgesellschaften die Befreiungsvorschriften der §§ 5 bzw. 6 GrEStG nicht anwendbar sind. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Entkoppelung des Grundvermögens ertragsteuerliche Nachteile mit sich bringen kann. Sofern etwa mit der Vermietung im Grundvermögensbereich ein

Gewinn erzielt wird, aber gleichzeitig im operativen Bereich Verluste entstehen, würde sich die Frage nach der Verlustverrechnung stellen. In Ausnahmefällen kann aber die Struktur auch zu ertragsteuerlichen Vorteilen genutzt werden, etwa bei der Anwendbarkeit der erweiterten Kürzung für Grundstücksgesellschaften i. S. d. § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG, wie sie vor allem bei Grundstücksgesellschaften in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft in Frage kommt.⁵

Notar Dr. Stefan Gottwald, Bayreuth

⁵ Bei Personengesellschaften tritt in den beschriebenen Strukturen häufig ein Verstoß gegen § 9 Nr. 1 Satz 5 GewStG auf, so dass eine erweiterte Kürzung ausscheidet; vgl. hierzu ausführlich *Kaiser*, Grunderwerbsteuerplanung bei Umstrukturierung und Unternehmerwerb, S. 342.

15. UStG §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 4 Nr. 9 lit. a), Nr. 12 (*Bindungsentgelt bei Optionsvertrag ist umsatzsteuerpflichtig*)

Räumt in einem Optionsvertrag ein Grundstückseigentümer dem Optionsberechtigten das Recht ein, im Wege einseitiger Erklärung einen Kaufvertrag über ein Grundstück herbeizuführen, ist das hierbei vereinbarte Bindungsentgelt umsatzsteuerpflichtig. (Leitsatz der Schriftleitung)

FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 12.6.2008, 6 K 1609/07

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung wurde bislang nicht veröffentlicht.

Anmerkung:

I. Sachverhalt

Eine inländische GbR, an der L und U als Gesellschafter beteiligt sind, hatte als ursprünglichen Gesellschaftszweck die Vermietung und Verpachtung von Gebäuden. Sie schloss im November 2002 mit der C. GmbH, einer Tochter der I. AG, einen Mietvertrag von fünf Jahren mit Verlängerungsoptionen über ein noch zu errichtendes Verwaltungsgebäude, welches nach den Vorgaben der C. GmbH errichtet werden sollte. Die Höhe der Miete richtete sich nach den Gesamtinvestitionskosten. Zur Sicherung der Ansprüche aus dem Mietverhältnis hatte die GmbH eine sog. „harte Patronatserklärung“ ihrer Muttergesellschaft, der I. AG, beizubringen.

Im Juni 2003 erwarb die GbR das Grundstück und schloss im Juli 2003 mit der B. AG einen Generalunternehmervertrag über die Errichtung eines Verwaltungsgebäudes auf dem Grundstück zu einem Pauschal festpreis von 3.360.000 DM netto, der in Teilbeträgen zu zahlen war.

2003 und 2004 wurde das Bürogebäude vereinbarungsgemäß errichtet. Vor Abschluss der Bauarbeiten kündigte jedoch die C. GmbH wegen Nichtigkeit den abgeschlossenen Mietvertrag und wollte das Objekt nicht mehr beziehen. Zur Vermeidung eines Rechtsstreits und zur Beilegung des Streits über die Wirksamkeit des Mietvertrages vereinbarten die GbR und die C. GmbH im Oktober 2004, dass die GbR der C. GmbH oder einem von der C. GmbH benannten Dritten den Abschluss eines Kaufvertrages über das zur gewerblichen Nutzung fertig bebaute Grundstück zum Kaufpreis von 10 Mio. € anbietet. Das Angebot kann von der C. GmbH oder dem Dritten bis spätestens Ende Juni 2016 angenommen werden und

³ Vgl. *Kaiser*, Grunderwerbsteuerplanung bei Umstrukturierung und Unternehmerwerb, 2008, S. 399 ff.

⁴ Vgl. *Kaiser*, Grunderwerbsteuerplanung bei Umstrukturierung und Unternehmerwerb, S. 340.

ist bis dahin unwiderruflich, wobei eine Annahme des Angebots zu einem Stichtag vor dem 31.12.2015 ausgeschlossen ist und eine zukünftige Verzichtserklärung der C. GmbH bereits jetzt von der GbR angenommen wurde. Als Gegenleistung für diese Vereinbarung zahlte die C. GmbH an die GbR ein Bindungsentgelt in Höhe von 2.250.000 €. Das Bindungsentgelt wurde im Oktober 2004 der GbR gezahlt. Damit erloschen alle Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis und der Patronatserklärung und aus allen sonstigen Ansprüchen die im Zusammenhang mit dem Mietverhältnis entstanden waren.

II. Entscheidung

Das FG bestätigte die Auffassung der Finanzverwaltung, dass das Bindungsentgelt von 2.250.000 € als Entgelt für eine umsatzsteuerbare und umsatzsteuerpflichtige sonstige Leistung von der GbR als Unternehmerin gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UStG gezahlt wurde.

1. Zur Steuerbarkeit

Die GbR war als Leistungsempfänger identifizierbar und erhielt einen Vorteil der zu einem Verbrauch im Sinne des gemeinsamen Mehrwertsteuerrechts führt. Danach sind die aus § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UStG abzuleitenden Voraussetzungen des Bestehens eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen der erbrachten Leistung und dem empfangenen Gegenwert gegeben.¹ Die GbR räumte der C. GmbH gegen Entgelt eine vertraglich vereinbarte Rechtsposition ein. Es handelt sich um die Umkehrung der Situation, wonach die Rechtsprechung einen Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung sah bei einem entgeltlichen Verzicht auf eine Rechtsposition.² Die versprochene Leistung ist der Vorteil, den der Leistungsempfänger erhält. Bei Leistungen, zu deren Ausführung sich die Vertragsparteien in gegenseitigen Verträgen verpflichtet haben, liegt der erforderliche Leistungsverbrauch grundsätzlich vor; das versprochene Tun, Dulden oder Unterlassen ist der Vorteil, den der Leistungsempfänger erhält. Ob der Leistungsempfänger die Leistung tatsächlich verwendet oder ggf. zu welchem Zweck, ist grundsätzlich unerheblich.³ Das Rechtsverhältnis kann in einem sog. Optionsvertrag bestehen, durch den ein Grundstückseigentümer einem Optionsberechtigten das Recht einräumt, durch einseitige Erklärung einen Kaufvertrag über ein Grundstück herbeizuführen. Bestandteil solcher Optionsverträge kann sein, dass der Optionsberechtigte dem Grundstückseigentümer ein Entgelt als Gegen-

leistung für die Bindung an sein Angebot zahlt. Dieses Bindungsentgelt wird zivilrechtlich und somit auch umsatzsteuerrechtlich als Gegenleistung für die übernommene Bindung beurteilt.⁴

Das Bindungsentgelt stellt keinen Schadensersatz für die Nichteinhaltung der Vereinbarung der Verpflichtungen der C. GmbH aus dem im November 2002 abgeschlossenen Mietvertrag dar, sondern verschafft der C. GmbH einen eigenen – unabhängig vom Mietvertrag einklagbaren – Anspruch auf die Leistung zur Aufrechterhaltung des Angebots durch die GbR und ist nicht bloße Folge der Nichteinhaltung der mietvertraglichen Vereinbarungen durch die C. GmbH. Auch wenn die im Oktober 2004 notariell beurkundeten Vereinbarungen an die Stelle der Vereinbarungen in dem ursprünglich im November 2002 abgeschlossenen Mietvertrag treten und sich daraus ergebende Rechtstreitigkeiten vermeiden sollen, so ergeben sich diese dennoch aus einer neuen Vereinbarung zwischen der GbR und der C. GmbH, so dass sich der Leistungsaustausch aufgrund der neuerlichen Vereinbarung unabhängig von dem ursprünglich abgeschlossenen Mietvertrag ergibt und dieser damit der Umsatzsteuer unterliegt.

2. Zur Steuerpflichtigkeit

Eine Umsatzsteuerbefreiung kann nicht auf § 4 Nr. 9 lit. a) UStG gestützt werden. Nach dieser Vorschrift sind nur die Umsätze, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen, steuerbefreit. Ein Vertrag – Vorvertrag, Optionsvertrag –, durch den der Grundstückseigentümer sich lediglich verpflichtet, erst auf Verlangen des Berechtigten einen Kaufvertrag abzuschließen, aus dem aber noch nicht auf die Erklärung der Auflassung geklagt werden kann, ist für sich noch kein Erwerbsvorgang i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG.⁵ Eine Umsatzsteuerbefreiung ergibt sich im Streitfall zudem bereits auch deswegen nicht aus § 4 Nr. 12 UStG, wonach Vermietungsumsätze steuerbefreit sind, da die GbR zur Umsatzsteuer optiert hat.

3. Anmerkung

In dieser Entscheidung stellt das FG Rheinland-Pfalz klar, dass die Einräumung einer Rechtsposition – hier eine langjährige Angebotsoption zum Abschluss eines Grundstückskaufvertrages – von einem späteren eigentlichen Grundstücksgeschäft getrennt zu sehen ist und ein eigenes Umsatzgeschäft darstellt. Ob es zu einem nachfolgenden Grundstücksübertragungsgeschäft kommt bleibt unerheblich.

Dr. Hartmut Klein, Brühl

¹ Siehe auch Art. 2 Richtlinie 77/388/EWG.

² BFH, BStBl II 2007, S. 66.

³ BFH, BStBl II 2007, S. 187.

⁴ Vgl. BFH, BStBl II 1997, S. 707.

⁵ Vgl. BFH, BStBl II 1972, S. 828.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Versicherung des Liquidators bei Anmeldung der Auflösung einer GmbH

Die zum 1.11.2008 in Kraft getretene Reform des GmbH-Rechts hat u. a. die sog. Inhabilitätsvorschriften für Geschäftsführer nach § 6 Abs. 2 GmbHG verschärft. Zwar wird die Inhabilität auf Vorsatzstraftaten beschränkt, andererseits werden die einzelnen Tatbestände wesentlich erweitert und auch Auslandsstraftaten erfasst (vgl. *Wälzholz*, MittBayNot 2008, 425, 428 mit Formulierungsvorschlag). Das Nichtvorliegen der Bestellungshindernisse ist vom Geschäftsführer nach § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG zu versichern. Über die Verweisung in § 39 Abs. 3 GmbHG gelten diese Regelungen auch für später bestellte Geschäftsführer. In der entsprechenden Registeranmeldung über die Geschäftsführerbestellung ist konkret zu versichern, dass keine Inhabilität nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 sowie Satz 3 GmbHG vorliegt.

Bekanntlich gelten auch für den im Rahmen der Auflösung einer GmbH bestellten Liquidator entsprechende Regelungen in § 66 und 67 GmbHG. Im neuen Recht findet sich jedoch in § 66 Abs. 4 GmbHG, welcher über § 67 Abs. 3 GmbHG Anwendung findet, die Aussage, für die Auswahl der Liquidatoren gelte § 6 Abs. 2 und 3 entsprechend. Damit ist es nach dem Gesetzeswortlaut erforderlich, nunmehr im Rahmen der Anmeldung der Auflösung einer GmbH zum Handelsregister auch zu versichern, dass der Anmelder nicht als Betreuer bei der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten ganz oder teilweise einem Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 BGB unterliegt.

Es liegt damit eine unterschiedliche Regelung hinsichtlich der von Geschäftsführern bzw. Liquidatoren abzugebenden Versicherungen vor: Falls Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist, kann der Betreute zwar weder Geschäftsführer noch Liquidator einer GmbH sein. Das Bestellungshindernis besteht also in beiden Situationen. Im Rahmen der entsprechenden Anmeldung zum Handelsregister muss der Liquidator jedoch das Nichtvorliegen der Betreuung versichern, der neu bestellte Geschäftsführer hingegen nicht.

Ein sachlicher Grund hierfür ist nicht ersichtlich, zumal vor Inkrafttreten des MoMiG die entsprechenden Vorschriften identisch waren: Die Anordnung einer Betreuung war in beiden Fällen von den zu versichernden Bestellungshindernissen ausgenommen. Auch die Gesetzesbegründung gibt nichts dafür her, dass dies für Liquidatorbestellungen geändert werden sollte. Es ist daher davon auszugehen, dass es sich um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers handelt.

Der Praxis ist bis zu einer Gesetzesänderung zu raten, den Anmeldenden bei der Auflösung der GmbH auch die Tatsache der Nichtanordnung der Betreuung versichern zu lassen, um keine Beanstandung des Gerichts zu riskieren. Oder man nimmt diese Versicherung – überobligatorisch – auch in den Katalog der Versicherungen bei der Geschäftsführerbestellung auf und erzielt so einen Gleichlauf.

Notar Dr. Markus Stuppi, LL. M., Landstuhl

2. Anwendung des § 5 Abs. 2 GrEStG auf ausländische Gesellschaften

Erlass des Bayerischen Staatsministerium der Finanzen vom 27.11.2008, 36 – S 4514-032-45 908/08.

Geht ein Grundstück von einem Alleineigentümer auf eine Gesamthand über, so wird nach § 5 Abs. 2 GrEStG die Steuer in Höhe des Anteils nicht erhoben, zu dem der Veräußerer am Vermögen der Gesamthand beteiligt ist. Nach Auffassung der für Verkehrsteuern zuständigen Vertreter der obersten Finanzbehörden der Länder ist die Regelung auch auf ausländische Gesellschaften anzuwenden, sofern es sich dabei um Gesamthandsgemeinschaften i. S. d. § 5 GrEStG handelt. Zur Entscheidung dieser Frage kann die mit Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 24.12.1999, IV B 4 – S 1300 111/99 (BStBl I, S. 1076) veröffentlichte Auflistung (Anhang Tabellen 1 und 2) von ausländischen Gesellschaften herangezogen werden.

3. Bewertung einer lebenslänglichen Nutzung oder Leistung; Vervielfältiger für Bewertungsstichtage ab 1.1.2009

BMF-Schreiben vom 20.1.2009, IV C 2 – S 3104/09/10001

In der Anlage gebe ich gemäß § 14 Abs. 1 Satz 4 BewG die Vervielfältiger zur Berechnung des Kapitalwerts lebenslänglicher Nutzungen oder Leistungen bekannt, die nach der am 22.8.2008 veröffentlichten Sterbetafel 2005/2007 des Statistischen Bundesamtes ermittelt wurden und für Bewertungsstichtage ab dem 1.1.2009 anzuwenden sind.

Anlage zu § 14 Abs. 1 BewG: Kapitalwert einer lebenslänglichen Nutzung oder Leistung im Jahresbetrag von einem Euro für Bewertungsstichtage ab 1.1.2009

Der Kapitalwert ist nach der am 22.8.2008 veröffentlichten Sterbetafel 2005/2007 des Statistischen Bundesamtes unter Berücksichtigung von Zwischenzinsen und Zinseszinsen mit 5,5 % errechnet worden. Der Kapitalwert der Tabelle ist der Mittelwert zwischen dem Kapitalwert für jährlich vorschüssige und jährlich nachschüssige Zahlungsweise.

Vollendetes Lebensalter	Männer		Frauen	
	Durchschnittliche Lebenserwartung	Kapitalwert	Durchschnittliche Lebenserwartung	Kapitalwert
0	76,89	18,377	82,25	18,453
1	76,22	18,366	81,54	18,444
2	75,25	18,349	80,56	18,432
3	74,27	18,332	79,58	18,418
4	73,28	18,312	78,59	18,404
5	72,29	18,292	77,59	18,389
6	71,30	18,271	76,60	18,373
7	70,31	18,249	75,61	18,356
8	69,31	18,225	74,61	18,338
9	68,32	18,200	73,62	18,319
10	67,33	18,174	72,62	18,299
11	66,33	18,146	71,63	18,278
12	65,34	18,117	70,64	18,256
13	64,35	18,086	69,64	18,233
14	63,36	18,054	68,65	18,209
15	62,36	18,019	67,66	18,183
16	61,38	17,983	66,67	18,156
17	60,40	17,946	65,68	18,127
18	59,42	17,906	64,69	18,097
19	58,45	17,865	63,71	18,065
20	57,49	17,822	62,72	18,032
21	56,53	17,776	61,73	17,996
22	55,56	17,728	60,75	17,959
23	54,59	17,677	59,76	17,920
24	53,63	17,624	58,78	17,879
25	52,66	17,568	57,79	17,835
26	51,69	17,508	56,80	17,789
27	50,73	17,446	55,82	17,741
28	49,76	17,381	54,83	17,690
29	48,79	17,311	53,84	17,636
30	47,82	17,238	52,86	17,580
31	46,85	17,161	51,87	17,520
32	45,88	17,080	50,89	17,457
33	44,92	16,996	49,91	17,391
34	43,95	16,906	48,93	17,321
35	42,99	16,812	47,95	17,248
36	42,03	16,713	46,97	17,171
37	41,07	16,610	45,99	17,089
38	40,11	16,500	45,02	17,005
39	39,15	16,385	44,04	16,914
40	38,20	16,265	43,08	16,821
41	37,26	16,141	42,11	16,722
42	36,32	16,009	41,15	16,618
43	35,38	15,872	40,19	16,510
44	34,46	15,730	39,23	16,395
45	33,54	15,581	38,28	16,276
46	32,63	15,426	37,34	16,152
47	31,72	15,263	36,40	16,021
48	30,83	15,096	35,46	15,884
49	29,94	14,921	34,53	15,741
50	29,06	14,740	33,60	15,591

Vollendetes Lebensalter	Männer		Frauen	
	Durchschnittliche Lebenserwartung	Kapitalwert	Durchschnittliche Lebenserwartung	Kapitalwert
51	28,19	14,552	32,68	15,434
52	27,33	14,357	31,76	15,271
53	26,48	14,156	30,85	15,100
54	25,64	13,948	29,95	14,923
55	24,80	13,730	29,04	14,736
56	23,98	13,508	28,15	14,543
57	23,16	13,276	27,26	14,341
58	22,34	13,033	26,37	14,129
59	21,54	12,786	25,49	13,910
60	20,75	12,531	24,61	13,679
61	19,97	12,269	23,74	13,441
62	19,19	11,995	22,88	13,194
63	18,43	11,718	22,02	12,935
64	17,68	11,432	21,17	12,668
65	16,93	11,135	20,31	12,384
66	16,20	10,834	19,46	12,091
67	15,48	10,526	18,62	11,788
68	14,76	10,205	17,79	11,475
69	14,07	9,886	16,96	11,147
70	13,38	9,555	16,15	10,813
71	12,71	9,222	15,35	10,469
72	12,07	8,892	14,57	10,119
73	11,44	8,556	13,80	9,758
74	10,82	8,215	13,05	9,393
75	10,23	7,879	12,31	9,017
76	9,66	7,544	11,59	8,637
77	9,11	7,211	10,89	8,254
78	8,58	6,881	10,21	7,867
79	8,07	6,554	9,56	7,484
80	7,56	6,219	8,92	7,094
81	7,08	5,894	8,32	6,716
82	6,62	5,575	7,74	6,338
83	6,19	5,270	7,19	5,969
84	5,78	4,972	6,67	5,610
85	5,39	4,683	6,17	5,256
86	5,04	4,418	5,73	4,936
87	4,70	4,156	5,30	4,615
88	4,38	3,905	4,89	4,303
89	4,04	3,634	4,49	3,992
90	3,73	3,382	4,13	3,706
91	3,45	3,151	3,81	3,447
92	3,23	2,967	3,52	3,209
93	3,03	2,798	3,29	3,017
94	2,84	2,635	3,07	2,832
95	2,66	2,480	2,87	2,661
96	2,49	2,332	2,70	2,515
97	2,34	2,200	2,52	2,358
98	2,20	2,076	2,36	2,218
99	2,07	1,960	2,21	2,085
100	1,95	1,852	2,08	1,969
und darüber				

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Notar Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Neu-Ulm, wurde am 13.1.2009 das Verdienstkreuz am Bande des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.2.2009:

Notar Cornelius Gruner, Weilheim i. OB

Mit Wirkung vom 1.6.2009:

Notar Peter Böck, Erding

Notar Jürgen Elstner, Türkheim

Notar Dr. Eberhard Wild, Bad Windsheim

Mit Wirkung vom 1.7.2009:

Notar Josef Amberger, Bogen

Notar Helmut Baumann, Landau i. d. Pfalz

Notar Dr. Friedrich von Daumiller, Prien a. Chiemsee

Notar Dr. Wolfgang Scholzen, Herzogenaurach

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.2.2009:

Alzenau (in Sozietät mit Notar Richard Brückner)	dem Notar Dr. Sebastian Bleifuß (bisher in Feuchtwangen)
--	--

Bad Neustadt a. d. Saale	dem Notarassessor Vitali Schmitkel (bisher in Regensburg Notarstellen Ziegler/Dr. Mayer)
--------------------------	--

Bad Reichenhall	dem Notar Armin Büschel (bisher in Kronach)
-----------------	---

Grafenau	dem Notarassessor Jörg Saumweber (bisher in Aschaffenburg Notarstellen Schad/Dr. Seidl)
----------	---

Landsberg a. Lech (in Sozietät mit Notar Dr. Manfred Rapp)	dem Notar Martin Regensburger (bisher in Rosenheim)
--	---

München (in Sozietät mit Notar Bernd Höfling)	dem Notarassessor Dr. Martin Schwab (bisher in München Notarstellen Thiede/Kirchner)
---	--

Speyer (in Sozietät mit Notar Dr. Bruno Rieder)	dem Notar Gerhard Malchus (bisher in Ludwigshafen a. Rh.)
---	---

Mit Wirkung vom 1.3.2009:

Regensburg (in Sozietät mit Notar Dr. Hans Thalhammer)	dem Notarassessor Sven Schünemann (bisher in München Notarstellen Zöller/ Huwendiek)
--	--

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.2.2009:

Nicole Bombe, Bad Griesbach i. Rottal (Notarstelle Dr. Fort-hauser)

Christoph Koch, Würzburg (Notarstellen Dr. Baumann/Sorge)

Mit Wirkung vom 1.3.2009:

Susanne Schulze, Bad Staffelstein (Notarstelle Richter)

Martin Soutier, Mindelheim (Notarstelle Franzmann)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarin Anja Kapfer, Hof, führt seit 20.12.2008 den Namen Siegler

Notarin Sandra Hetterich, Cadolzburg, führt seit 27.12.2008 den Namen Reuter

Notarin Susanne Kappler, Wegscheid, wurde mit Wirkung vom 14.1.2009 promoviert

Notarassessor Tobias Pfundstein, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger), ab 19.1.2009 in München (Notarstellen Thiede/Kirchner)

Notarassessor Dr. Alban Bruch, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Schüßler/Dr. Fronhöfer), ab 1.2.2009 in München (Notarstellen Dr. Schemmann/Dr. Ludewig)

Notarassessor Tilman Daum, Füssen (Notarstellen Dr. Malzer/Dr. Wälzholz), ab 1.4.2009 in Weilheim (Notarstelle Dr. Bracker)

6. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtfrau i. N. Heidemarie Pechmann, Bamberg (Notarstellen Hillmann/Dr. Eue), ab 1.2.2009 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Werner Hartung, Augsburg (Notarstelle Dr. Richter), ab 1.6.2009 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Erich Fichter, Rosenheim (Notarstelle Traugott), ab 1.7.2009 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Rudolf Karl, Dorfen (Notarstelle Stahl), ab 1.11.2009 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Grafenau, Notarstelle Saumweber, Telefon: 08552 9748870, E-Mail: notariat-grafenau@gmx.de
neue Anschrift ab 1.5.2009: Venusberg 1, 94481 Grafenau

SONSTIGES

Viertes Symposium des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena am Freitag, 3.4.2009

Aktuelle Fragen des Familienrechts

9.00 Uhr	Begrüßung und Grußworte	15.30 Uhr	Kaffeepause
9.15 Uhr	Abteilung 1: Zugewinnausgleich Technische Reform der Zugewinnngemeinschaft – zu kurz gegriffen Prof. Dr. <i>Thomas Rauscher</i> , Leipzig Neues zur Vertragsgestaltung im Güterrecht Notar Dr. <i>Christof Münch</i> , Kitzingen	15.45 Uhr	Abteilung 4: Abstammung und Versorgungsausgleich Abstammungsklärung – Persönlichkeitsrecht und Menschenwürde Richterin am BVerfG Dr. <i>Christine Hohmann-Dennhardt</i> , Karlsruhe Die Neuregelung des Versorgungsausgleichs – Auswirkungen auf die notarielle Praxis Prof. Dr. Dr. h. c. <i>Eberhard Eichenhofer</i> , Jena
10.45 Uhr	Kaffeepause	17.15 Uhr	Schlusswort
11.15 Uhr	Abteilung 2: Unterhalt Ehevertragsrechtsprechung und Unterhaltsreform: Gewandelte Rahmenbedingungen für Unterhaltsvereinbarungen Prof. Dr. <i>Marina Wellenhofer</i> , Frankfurt am Main Neue Herausforderungen für unterhaltsrechtliche Vereinbarungen aus Sicht der Praxis Notar Dr. <i>Wolfgang Reetz</i> , Köln	Veranstaltungsort: Friedrich-Schiller-Universität Jena, Rosensäle, Fürstengraben 27, 07743 Jena Tagungsbeitrag (inklusive Verköstigung): – 80 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V., – 130 € für Nichtmitglieder, – 40 € für Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung, – frei für Notarassessoren, die Mitglied der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. sind.	
12.45 Uhr	Mittagspause	Anmeldungen bitte bis zum 20.3.2009 an das Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena; Carl-Zeiß-Straße 3, 07743 Jena; Tel.: 03641 942510, Fax: 03641 942512, E-Mail: notarinstitut@uni-jena.de	
14.00 Uhr	Abteilung 3: Betreuung und Vorsorgevollmacht Vorsorgevollmacht – die ideale Lösung? Prof. Dr. Dr. h. c. <i>Dieter Schwab</i> , Regensburg Vollmacht und Untervollmacht bei der Vorsorgevollmacht – Gibt es dazu noch etwas zu sagen? Notar Dr. <i>Thomas Renner</i> , Erfurt		

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Anja Heringer
Notarassessor Dr. Markus Vierling

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Hefen und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 50 € zuzüglich 6 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12,50 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.
Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.universalmedien.de/Notarkammer