

# Münchener Vertragshandbuch Band 5: Bürgerliches Recht I

von

Sebastian Herrler, Dr. Susanne Adlberger, Hubert Blank, Dr. Robert Castor, Michael Frikell, Christian Hertel, Carsten Huch-Hallwachs, Dr. Lorenz Jellinghaus, Sabine Kallmann, Tilmann Keith, Dr. Evelyn Klasen, Prof. Dr. Gerrit Langenfeld, Dr. Bernhard Noreisch, Dr. Dirk-Ulrich Otto, Christian Salzig, Michael Volmer, Dr. Gerhard Widmayer

7. Auflage

Münchener Vertragshandbuch Band 5: Bürgerliches Recht I – Herrler / Adlberger / Blank / et al.

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Gesamtdarstellungen](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 61295 4

## 4. Kauf einer Gaststätte

## I. 4

§ 14 BeurkG erspart das Verlesen. Wünschen die Kaufparteien die Auflistung nicht oder ist diese aus sonstigen, etwa zeitlichen Gründen nicht möglich, so genügt der Beurkundungspflicht aus § 311 b Abs. 1 BGB auch die Vertragsbestimmung, dass alles Inventar der Gaststätte mitverkauft ist, soweit es im Eigentum des Verkäufers steht. Regelungsbedürftig und im Muster geregelt ist der auf das Inventar entfallende Kaufpreisteil, der Besitzübergang, der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs und der Gewährleistungsausschluss.

**4. Übergang von Arbeitsverhältnissen.** Bei jedem rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang ist der von § 613 a BGB zwingend vorgesehene Eintritt des Erwerbers in die Rechte und Pflichten aus den bestehenden Arbeitsverhältnissen zu beachten. Der beurkundende Notar kann sich regelmäßig auf einen belehrenden Hinweis beschränken. Für die Vertragsgestaltung kann es sich im Einzelfall empfehlen, die Arbeitsverhältnisse in einer Anlage aufzulisten und den Verkäufer zusichern zu lassen, dass weitere Arbeitsverträge nicht bestehen.

**5. Kaufpreisfälligkeit, Verzug.** § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB erlaubt es, den Verzug ohne Mahnung eintreten zu lassen, wenn man die Voraussetzungen der Leistung bestimmbar festlegt und eine angemessene Zeit für die Leistung bestimmt. Dem entspricht die Fassung von § 3 Abs. 1 bis 3 des Musters. Ereignis ist der Zugang der Fälligkeitsmitteilung des Notars.

**6. Sachmangel, Beschaffenheitsvereinbarung, Garantie.** (1) Vor der Schuldrechtsreform unterschied man im Rahmen der Sachmängelgewährleistung die Beschaffenheitsvereinbarung, die Zusicherung und die Garantie (Walter, Kaufrecht, 1987, S. 133 ff.). Seit der Reform hat der Verkäufer dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen, § 433 Abs. 1 BGB. Die sich aus § 437 BGB ergebenden Rechte des Käufers verjähren, was Nacherfüllung und Schadensersatz bei Sachmängeln betrifft, in fünf Jahren bei einem Bauwerk und im Übrigen in zwei Jahren, § 438 BGB (für Rücktritt und Minderung gelten § 438 Abs. 4, 5 i. V. m. § 218 BGB). Für das Vorliegen eines Sachmangels hat die Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 BGB i. S. eines subjektiven Fehlerbegriffs entscheidende Bedeutung. An die Stelle der Zusicherung ist die Beschaffenheitsgarantie des § 443 BGB getreten. Daneben ist die selbstständige Garantieabrede weiterhin möglich. (Zu Garantie und Beschaffenheitsvereinbarung vgl. *Brambring* in: Amann/Brambring/Hertel, Vertragspraxis nach neuem Schuldrecht, 2. Aufl. 2003, S. 463 f.).

(2) Die Einordnung von Umsatz- und Ertragszahlen in die Sachmängelgewährleistung ist auch 10 Jahre nach der Schuldrechtsmodernisierung nicht abschließend geklärt. In DNotZ 1991, 140 hatte der BGH (zum alten Recht) den Bierumsatz nicht als Eigenschaft des § 459 Abs. 2 BGB eingestuft (dann blieb nur die selbstständige Garantie), allerdings damit argumentiert, dass der Verkäufer seinerzeit die Gaststätte allenfalls ein Jahr und auch nur eingeschränkt betrieben habe und deswegen der Bierumsatz keine aussagekräftige Umweltbeziehung (Eigenschaft) sein könne. Für die vollständige Herausnahme von Umsatzzusagen aus § 434 BGB könnte auch sprechen, dass der Umsatz nicht allein vom Objekt (sondern auch von der Person des Inhabers) abhängt und dass der Primärrechtsbehelf der Nachbesserung von vornherein nicht passt. BGH NJW 2011, 2017 betont hingegen die größere Gestaltungsfreiheit, die § 434 BGB (nF) den Vertragsparteien gewähre und hält die Ertragszahlen einer Beschaffenheitsvereinbarung für zugänglich (zu alledem *Redeker* NJW 2012, 2471). Das Hauptproblem einer unzutreffenden Kategorisierung besteht wohl auch nicht im Ausschluß der Ansprüche bei Fehlinformation, sondern im Eingreifen einer zuvor nicht erwarteten Verjährung (BGH DNotZ 1991, 140: statt § 477 BGB aF unvermittelt § 195 BGB aF). Deswegen sollte gem. § 199 Abs. 1 BGB diese ausdrücklich festgelegt werden. Bei der Frist an sich erscheinen drei Jahre für die Ermittlung von Umsatzzahlen der Vergangenheit völlig ausreichend. Jedenfalls sollte die Verjährungsfrist unabhängig von der Kenntnis des Käufers beginnen.

(3) Die Formulierung des „Gewährleistungsausschlusses“ orientiert sich an der Diktion des § 444 BGB.

**7. Vertragsübernahme.** Die Vertragsübernahme ist mehr als eine Kombination von Schuldübernahmen und Abtretungen, vielmehr ein eigenes, einheitliches Rechtsgeschäft

## I. 4

## I. Grundstückskaufverträge

zwischen drei Beteiligten (*Bertolini* MittBayNot 1985, 4), nämlich dem verbleibenden Vertragspartner, dem ausscheidenden Vertragspartner und dem neuen Vertragspartner. Wirksam wird die Vertragsübernahme mit Zustimmung aller drei Beteiligten, wobei häufig (wie hier) zeitlich der ausscheidende und der neue Vertragspartner kontrahieren, während der verbleibende Vertragspartner genehmigt. Da die vertraglichen Beziehungen als solche schon bestehen und unverändert bleiben, ist bei Wirksamkeitszusammenhang der Vertragsübernahme mit einer Grundstücksveräußerung nur die Übernahmevereinbarung zwischen dem ausscheidenden und dem eintretenden Vertragspartner beurkundungspflichtig (vgl. Anm. 2).

**8. Bierlieferungsvertrag.** Der Bierlieferungsvertrag hat sich in der Kautelarpraxis als eigener Vertragstyp herausgebildet (vgl. *Wahl*, Der Bierlieferungsvertrag, 1984). Er ist für die Brauerei Mittel der Absatzsicherung und Absatzplanung, für den Gastwirt Gegenleistung für die Einrichtung der Gaststätte, die Überlassung von Inventar zur Nutzung oder zu Eigentum, für konditionengünstige Darlehen u.ä. Dementsprechend enthält der Vertrag (vgl. *Maier* BWNotZ 1987, 49)

- Leistungen und Lieferpflicht der Brauerei;
- Abnahmeverpflichtung und Ausschließlichkeitsbindung des Gastwirts, nämlich die Verpflichtung, eine Gaststätte zu betreiben bzw. betreiben zu lassen, von der Brauerei hergestellte oder vertriebene Getränke gemäß beigefügter Sortimentsliste ausschließlich, ununterbrochen und unmittelbar von der Brauerei oder auf Weisung der Brauerei von einem Dritten zum Brauerei-Abgabepreis zu beziehen;
- monatliche/jährliche Mindestmenge Bier/alkoholfreie Getränke;
- Preise und Lieferbedingungen;
- Leergutregelung;
- Werbung
- Rechtsnachfolgeklausel;
- pauschalierten Schadensersatz bei Nichterfüllung der Abnahmepflicht;
- Sicherungen wie Verpflichtung zur Bestellung einer Dienstbarkeit, Grundschuld oder Hypothek;
- Verbot der Aufrechnung und Zurückbehaltung;
- Gerichtsstand und Erfüllungsort;
- Widerrufsbelehrung.

**9. Eintritt in den Bierlieferungsvertrag als Vertragsübernahme.** (1) Tritt der Käufer einer Gaststätte in den bestehenden Bierlieferungsvertrag mit einer Brauerei ein, so handelt es sich regelmäßig um eine Vertragsübernahme (BGH DNotZ 1993, 443; BGH NJW 1998, 2286). Die mit der Vertragsübernahme herbeigeführte Rechtsnachfolge in den übernommenen Vertrag bewirkt die bloße Auswechslung des Vertragspartners unter Aufrechterhaltung der Identität des Vertrages (BGH NJW 1985, 2528). Der Rechtsnachfolger erlangt die Rechtsstellung, die der ausscheidende Vertragspartner innehatte (BGH NJW 1995, 2290, 2291).

(2) Unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes handelt es sich für den Käufer, sofern er bei Vertragsabschluss als Verbraucher oder Existenzgründer (§ 512 BGB) handelt, dennoch um den Neuabschluss eines Vertrages. Dem Käufer stehen dann die Verbraucherschutzvorschriften nach § 510 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB (wg. Bierbezug), bei parallelem Darlehen nach §§ 491 ff BGB zur Seite, und zwar im Verhältnis zum Verkäufer als unmittelbarem Vertragspartner, dem gegenüber die Eingehung der Pflicht zugesagt wurde (dieser ist Unternehmer; dass diese Art Rechtsgeschäft nicht typischerweise zum unternehmerischen Betrieb zählt, ist bedeutungslos, BGH NJW 2011, 3435), möglicherweise auch im Verhältnis zur Brauerei. Dem Käufer steht dann ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB zu.

(3) Die daraus entstehenden Probleme sind im Notarvertrag kaum sinnvoll zu lösen. Die wirksame Übernahme eines Darlehensvertrages setzt u. a. die vorvertragliche umfas-

sende Information des Käufers voraus (§ 495 Abs. 3 Nr. 2 BGB; *Volmer*, DNotZ 2010, 591; *Mairose*, RNotZ 2012, 467), zwischen Verkäufer und Käufer nicht zu erfüllen. Beim Ratenlieferungsvertrag beginnt die Widerrufsfrist u.a. erst mit Aushändigung der Vertragsurkunde (§ 355 Abs. 3 BGB). Eine Abschrift der Notarurkunde dürfte nur dann genügen, wenn sie die übernommene Bezugspflicht im Wortlaut enthält. Man kann zwar versuchen, die Widerrufsbelehrung in die Urkunde aufzunehmen und die Rechtsfolgen des Widerrufs zu regeln. Die Fallpraxis zu den sog. Schrottimmobilen zeigt aber, dass der Widerruf innerhalb der Frist bedeutungslos ist und seine Ausübung erst Jahre später nach gescheiterten Rentabilitätserwartungen und aufgrund formfehlerhafter Belehrung versucht wird.

(4) Um die Urkunde nicht mit diesen Unsicherheiten zu belasten (zur Gestaltungspflicht vgl. OLG Koblenz DNotZ 1996, 128 m. Anm. *Vollhardt*) empfiehlt sich ggü. Verbraucher-Käufern der Vorschlag von *Amann* (MittBayNot 2002, 245), die Urkunde schon im Ansatz anders aufzubauen und eben keine Vertragsübernahme vorzusehen. Leistungspflicht des Käufers ist danach allein die Beibringung einer Erklärung der Brauerei, wonach der Verkäufer ab Übergabestichtag aus allen Verpflichtungen entlassen wird. Unabhängig von allen Informationspflichten und Widerrufsrechten im Verhältnis Käufer/Brauerei hat diese Erklärung zugunsten des Verkäufers bestanden; damit bleibt die Vertragsdurchführung ungefährdet.

(5) Zum Schutz des Käufers als neuem Vertragspartner des Bierlieferungsvertrages gelten auch die allgemeinen inhaltlichen Beschränkungen derartiger Verträge, die in der Praxis nicht selten zur Unwirksamkeit führen und Gegenstand einer speziellen Rechtsprechung sind:

- a) Bei Individualverträgen, die nicht den §§ 305 ff. BGB unterfallen, kann eine unangemessen lange Laufzeit des Bierlieferungsvertrages zu dessen Nichtigkeit nach § 138 BGB führen (BGH NJW 1988, 2362). Obergrenze der zeitlichen Bindung dürften 20 Jahre sein (BGH NJW 1992, 2145). Längere Fristen werden in Anwendung von § 139 BGB angemessen gekürzt, ohne dass sich die Leistungspflichten der Brauerei verringern (BGH NJW-RR 1990, 816). Unabhängig von Bindungsfristen können auch andere wirtschaftliche Beschränkungen zur Nichtigkeit führen (Einzelfallfrage; *Palandt/Ellenberger*, § 138 Rdn. 81).
- b) Bei den den §§ 305 ff. BGB unterliegenden vorformulierten Verträgen ergibt die an § 307 BGB orientierte Inhaltskontrolle, dass mit einer Laufzeit von 10 Jahren die Höchstgrenze der zulässigen Bindung erreicht ist (*Palandt/Ellenberger*, § 138 Rdn. 81).
- c) Wenn der Vertrag in wesentlich zur Marktabschottungswirkung beiträgt, kann auch Art. 101 AEUV (ex Art 81 EUV) in Verbindung mit der VO 2790/99/EG vom 22. 12. 1999 (ABl. L 336/21) zur Anwendung kommen mit der Folge, dass die Höchstlaufzeit fünf Jahre beträgt (EuGH DB 1991, 744 mit Anm. *Thieme* = DNotZ 1991, 662 mit Anm. *Raum*). Im Rahmen des AGB-Rechts wird den EG-Bindungsfristen Leitbildfunktion beigemessen (*Palandt/Grüneberg*, § 307 Rdn. 78; vgl. auch BGH NJW 2001, 2331).

**10. Die Bierdienstbarkeit als Sicherungsdienstbarkeit.** (1) Die Bierdienstbarkeit ist Sicherungsdienstbarkeit. Ihr dinglicher Inhalt und der mit ihrer Bestellung verfolgte Zweck sind zu unterscheiden. Gerade im typischen Fall widersprechen sich Inhalt und Zweck: Auf einem Grundstück, zu dessen Lasten eine Dienstbarkeit den Ausschank jeglicher Getränke untersagt, fließen Bier und Erfrischungsgetränke in Strömen. Durch die Unterscheidung und das typische Auseinanderfallen von dinglichem Inhalt und Zweck unterscheidet sich die Sicherungsdienstbarkeit von der „kongruenten“ Dienstbarkeit (Ausdruck von *Amann* DNotZ 1986, 578/585) wie etwa dem Wegerecht, bei dem sich Inhalt und Zweck decken.

Die Möglichkeit des Auseinanderfallens von dinglichem Inhalt und schuldrechtlichem Zweck entspricht dem Abstraktionsgrundsatz unseres Sachenrechts. Bei der Sicherungs-

## I. 4

## I. Grundstückskaufverträge

grundschild ist sie die unbestrittene Regel. Ob eine in einer bestimmten Höhe mit einem bestimmten Zinssatz für ein Kreditinstitut eingetragene Grundschild der Sicherung eines Baudarlebens, eines geschäftlichen Kontokorrentkredits, eines Darlehens an Dritte oder statt dessen oder zusätzlich der Sicherung aller gegenwärtigen und künftigen Forderungen des Kreditinstituts gegen den Grundstückseigentümer oder einen Dritten dient, kann dem dinglichen Inhalt der Grundschild nicht entnommen werden, sondern ist Frage der abgeschlossenen, rechtlich selbstständigen Zweckvereinbarung.

(2) Diese bei der Sicherungsgrundschild völlig unstrittigen Grundsätze wurden für die Sicherungsdienstbarkeit durch eine Rechtsprechung des BGH (BGH DNotZ 1980, 45, 43; BGH NJW 1981, 343/345; BGH DNotZ 1986, 618) in Frage gestellt, die die Wirksamkeit der Dienstbarkeit selbst daran messen wollte, ob die Dienstbarkeit der Sicherung einer rechtlich zulässigen oder wegen sittenwidriger zeitlicher Bindung unwirksamen Bierbezugsverpflichtung dienen sollte (dazu oben Anm. 9). Diesem Ansatz, der bei konsequenter Verfolgung zur Nichtigkeit der Sicherungsdienstbarkeit bei Nichtigkeit der Getränkebezugsverpflichtung führt (so OLG Karlsruhe DNotZ 1988, 579), hat *Amann* (DNotZ 1986, 578) in überzeugender Weise widersprochen. Dies führte zu einer Wende in der Rechtsprechung des BGH des Inhalts, dass auch bei Unwirksamkeit oder Unzulässigkeit des verfolgten Zwecks oder der Bezugsbindung eine dinglich wirksame Bierdienstbarkeit entsteht (BGH DNotZ 1988, 572; BGH NJW-RR 1992, 593), die auch wirksam bleibt, wenn sie später wieder durch eine unwirksame Bierbezugsverpflichtung unterlegt wird (BGH DNotZ 1988, 576). Damit ist klargestellt, dass infolge des Abstraktionsprinzips auch für eine befristete Bierbezugsverpflichtung eine unbefristete Sicherungsdienstbarkeit bestellt werden kann, wie eine befristete Darlehensforderung durch eine unbefristete Grundschild abgesichert werden kann. Neuerdings wird bezweifelt, ob das deutsche Abstraktionsprinzip einer Kontrolle nach europäischen Wettbewerbsregelungen i.S. von Art. 101 AEUV standhalten kann (*Jörg Mayer* in: Staudinger § 1018 Rdn. 119 a).

(3) Es gelten die folgenden Grundsätze (*Amann* DNotZ 1988, 581):

Bei der Sicherung einer Getränkebezugsverpflichtung durch Dienstbarkeit ist zu unterscheiden zwischen

- dem schuldrechtlichen Getränkebezugsvertrag,
- der abstrakten Dienstbarkeit, die typischerweise dem Eigentümer des belasteten Grundstücks jeden Getränkeabsatz verbietet oder der berechtigten Brauerei den Getränkeabsatz auf dem Grundstück gestattet, und
- der Sicherungsabrede, die ausdrücklich oder stillschweigend getroffen wird, um die Einhaltung des schuldrechtlichen Getränkebezugsvertrages zu erreichen und seinen Bestand im Falle der Rechtsnachfolge zu sichern.

Die Dienstbarkeit kann nicht denselben Inhalt haben wie die Getränkebezugsverpflichtung, weil eine Leistungspflicht mit dem sachenrechtlich möglichen Inhalt einer Dienstbarkeit nicht vereinbar ist. Sie kann deshalb sogar den konträren Inhalt eines Verbots haben. Die Dienstbarkeit braucht nicht befristet zu sein. Nichtentstehen, Unwirksamkeit oder Erlöschen der Getränkebezugsverpflichtung haben auf die Wirksamkeit der Dienstbarkeit keinen Einfluss. Dienstbarkeit und Getränkebezugsverpflichtung sind vielmehr ausschließlich durch die schuldrechtliche Sicherungsabrede miteinander verbunden.

Im Falle der Grundstücksveräußerung bleibt die Sicherungsdienstbarkeit bestehen. In die Sicherungsabrede als schuldrechtlichen Vertrag muss der Grundstückserwerber eintreten. Dies kann auch stillschweigend geschehen, was insbesondere dann der Fall ist, wenn der Erwerber in den Bierlieferungsvertrag eintritt.

Hat sich der Sicherungszweck aus der Sicherungsabrede erledigt, etwa dadurch, dass der Bierlieferungsvertrag erlischt oder aufgehoben wird, so steht dem Grundstückseigentümer aus der Sicherungsabrede ein Anspruch auf Löschung der Bierdienstbarkeit zu. Ist die Sicherungsabrede unwirksam oder trat der Grundstückserwerber nicht in sie ein, so ergibt sich der Lösungsanspruch aus Kondiktionsrecht.

**11. Beschränkte persönliche Dienstbarkeit.** (1) Berechtigter der Bierdienstbarkeit ist nach der praktischen Übung regelmäßig eine bestimmte Brauerei, die Bierdienstbarkeit wird als beschränkte persönliche Dienstbarkeit nach § 1090 bestellt. Soweit die Brauerei juristische Person ist, ist der Bestand der Dienstbarkeit bei den nicht seltenen Veräußerungen und Verschmelzungen nach §§ 1092 Abs. 2 i. V.m. 1059 a–d BGB gesichert. Sonst wäre zu überlegen, ob die Dienstbarkeit nicht als Grunddienstbarkeit bestellt werden sollte (*Maier BWNNotZ* 1987, 49/51).

(2) Der mögliche Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist nach § 1090 Abs. 1 BGB i. V.m. § 1018 BGB derselbe wie bei den Grunddienstbarkeiten. Insbesondere sind auch hier drei Belastungsarten zu unterscheiden, die aber als Teile einer einzigen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit miteinander verbunden sein können (BGH NJW 1980, 179; BGH NJW 1962, 486 = DNotZ 1963, 44; BGH NJW 1959, 670 = DNotZ 1959, 191).

(3) Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist ein subjektiv-persönliches Recht zu Gunsten einer bestimmten natürlichen oder juristischen Person, während es sich bei der Grunddienstbarkeit um ein subjektiv-dingliches Recht handelt. Auf die beschränkte persönliche Dienstbarkeit sind die Bestimmungen über die Grunddienstbarkeit im Wesentlichen entsprechend anwendbar (§ 1090 Abs. 2 BGB). Da es bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kein herrschendes Grundstück gibt, sind allerdings die §§ 1019, 1025 BGB nicht anwendbar. Insbesondere gibt es keine Beschränkung auf eine bestimmte Art des Vorteils. Mit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit darf jeder zulässige Zweck verfolgt werden, sofern er nur mit privatrechtlichen Mitteln überhaupt erreichbar ist; außer wirtschaftlichen sind auch rein ideelle Zwecke ausreichend (BGHZ 41, 209 = NJW 1964, 1226). Ein eigenes Interesse des Berechtigten ist nicht erforderlich. Es genügt auch die Förderung fremder oder öffentlicher Interessen (BayObLG 1965, 180/181 = NJW 1965, 1484). Die Bestellung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit setzt aber voraus, dass überhaupt ein rechtsschutzwürdiges Interesse an ihr besteht (BayObLG a. a. O.). Auch als Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist eine Verpflichtung zu einem positiven Tun unzulässig (MünchKomm/Joost § 1090 Rdn. 9). Unzulässig sind daher Bezugspflichten des Eigentümers, etwa zur Abnahme von Bier oder Wärme (BGH NJW 1979, 2150; BayObLG 1976, 218/222 = DNotZ 1977, 303; BayObLG 1982, 251/253).

(4) Eine häufig anzutreffende Art der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist eine solche, die ein Nutzungsrecht für einen Gewerbebetrieb beinhaltet, etwa als Tankstellendienstbarkeit. Dieses Recht, das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, kann verbunden werden mit der Pflicht des Grundstückseigentümers zur Unterlassung von Konkurrenzbetrieben; bei einer solchen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit handelt es sich trotz ihres zweifachen Inhalts um ein einheitliches Recht (BGH NJW 1980, 179).

Schuldrechtliche Ansprüche, insbesondere solche aus Miet- oder Pachtverträgen können durch Eintragungen einer Dienstbarkeit nicht verdinglicht werden. Neben der Dienstbarkeit können aber schuldrechtliche Nutzungsrechte vereinbart werden. Dazu ist aber eine ausdrückliche Abrede nötig (BGH NJW 1974, 2123 m. w. N.). Auch können schuldrechtliche Nutzungsvereinbarungen ohne Bestellung einer Dienstbarkeit inhaltlich wie eine solche ausgestaltet sein (BGH WM 1966, 1022 m. w. N.). Schuldrechtliche Nutzungsvereinbarungen dürfen aber nicht mit dem der Dienstbarkeitsbestellung zugrundeliegenden schuldrechtlichen Bestellungsvertrag verwechselt werden.

**12. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung mit Dienstbarkeit.** (1) Die Sicherung von Wettbewerbsbeschränkungen durch Dienstbarkeiten ist weit verbreitet (vgl. Staudinger/J. Mayer § 1018 Rn. 108). In Betracht kommt die Sicherung durch Grunddienstbarkeiten oder durch beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (MünchKomm/Falckenberg § 1019 Rdn. 5; Palandt/Bassenge § 1018 Rdn. 23 ff.). Da Wettbewerbsbeschränkungen zumeist



## I. 4

## I. Grundstückskaufverträge

zugunsten eines bestimmten Wettbewerbers wirken sollen, ist ihre Sicherung durch beschränkte persönliche Dienstbarkeiten allerdings die Regel.

(2) Wettbewerbsbeschränkungen können durch beschränkte persönliche Dienstbarkeiten gesichert werden, indem

- a) dem Eigentümer der Betrieb jeglichen oder eines bestimmten Gewerbes auf dem Grundstück allgemein oder ohne Zustimmung des Berechtigten verboten wird (BGH NJW 1979, 2149; NJW 1981, 343); schuldrechtliche Vereinbarungen, durch welche dieses Verbot gelockert wird (etwa indem ein Gewerbe unter bestimmten Voraussetzungen, z. B. ausschließlicher Bezug von Waren des Berechtigten, erlaubt wird) sind zulässig (BGH a. a. O.; Joost NJW 1981, 308 und MünchKomm/Joost, § 1090 Rdn. 22 hält in einem solchen Fall die Dienstbarkeit allerdings nach § 117 Abs. 1 BGB als Scheingeschäft für nichtig),
- b) dem Eigentümer verboten wird, bestimmte Waren (z. B. Wein, Flaschenbier, alkoholfreie Getränke) allgemein oder ohne Zustimmung des Berechtigten zu lagern, zu verarbeiten, zu vertreiben oder zu beziehen (BGH NJW 1981, 343); auch in diesem Fall sind schuldrechtliche Vereinbarungen zulässig, wonach dem Eigentümer Ausnahmen (z. B. für Waren eines bestimmten Herstellers oder Lieferanten) erlaubt sind (BGH a. a. O.).

(3) Wegen der für Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten geltenden inhaltlichen Schranken können Wettbewerbsbeschränkungen mit folgendem Inhalt nicht durch Dienstbarkeiten gesichert werden:

- a) Das Verbot, auf dem Grundstück andere Waren als die eines bestimmten Herstellers und/oder Lieferanten zu lagern, zu verarbeiten, zu vertreiben oder zu beziehen (BGH NJW 1981, 343; BayObLG DNotZ 1972, 350), weil ein solches Verbot nicht das Eigentum am Grundstück und die tatsächliche Benutzung des Grundstücks beschränkt, sondern nur die rechtsgeschäftliche Verfügungsfreiheit des Eigentümers und sein Recht zur freien Auswahl eines Warenlieferanten (kritisch hierzu MünchKomm/Joost § 1090 Rdn. 18 m. w. N.);
- b) die ausschließliche Bierbezugsverpflichtung des Eigentümers des dienenden Grundstücks (OLG Karlsruhe BWNotZ 1977, 120).

**13. Steuern.** Bei diesem Sachverhalt stellen sich steuerlich die Probleme eines Unternehmenskaufs.

(1) Einkommensteuerlich liegt regelmäßig eine Betriebsveräußerung (§ 16 EStG) vor, mit der Möglichkeit einer begünstigten Besteuerung des Veräußerungsgewins nach § 34 Abs. 1 EStG (sog. „Fünftelungsregelung“) oder nach § 34 Abs. 3 EStG (sog. „halber Steuersatz“). Der Erwerber hat den Gesamtkaufpreis in die Anschaffungskosten für die einzelnen Wirtschaftsgüter aufzuteilen. Dies kann bereits im Kaufvertrag geschehen. Einer vertraglichen Einigung über die Aufteilung ist grundsätzlich auch steuerlich zu folgen, solange dagegen keine nennenswerten Bedenken bestehen und die Einigung von gegensätzlichen Interessen der Vertragsparteien getragen ist. Steuerlich nicht maßgeblich ist hingegen eine Einigung, die nicht von gegensätzlichen Interessen getragen wird, sondern von dem Bestreben, einem Vertragspartner einen möglichst großen Steuervorteil zukommen zu lassen. Eine Interessengleichlauf allein rechtfertigt aber noch keine Abweichung der Verteilung, es müssen konkrete Anhaltspunkte für eine unzutreffende Aufteilung hinzukommen (vgl. Schmidt/Kulosa § 6 EStG Rn. 118; BFH IX R 19/03 BStBl. II 2006, 238 m. w. N.; BFH IX B 149/08, BFH/NV 2009, 365). Fehlt es an einer Einigung der Parteien, oder kann sie steuerlich nicht zugrunde gelegt werden, sind zunächst für alle erworbenen Wirtschaftsgüter die jeweiligen Teilwerte (es handelt sich hier um Betriebsvermögen) zu ermitteln; sodann ist der tatsächliche Gesamtkaufpreis im Verhältnis dieser Teilwerte aufzuteilen.

(2) Umsatzsteuerlich liegt eine Geschäftsveräußerung im Ganzen vor, wenn ein Unternehmen oder ein in der Gliederung eines Unternehmens gesondert geführter Betrieb übertragen wird (§ 1 Abs. 1 a Satz 2 UStG; A 1.5 UStAE). Eine Geschäftsveräußerung im Ganzen ist nicht umsatzsteuerbar. Der Erwerber tritt an die Stelle des Veräußerers (§ 1 Abs. 1 a

## 4. Kauf einer Gaststätte

## I. 4

Satz 3 UStG). Insbesondere tritt er in eine bestehende Vorsteuerberechtigungspflicht ein (§ 15 a Abs. 10 UStG). Liegt keine umsatzsteuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen vor, ist die Lieferung der Wirtschaftsgüter regelmäßig umsatzsteuerbar und umsatzsteuerpflichtig. Für die Grundstückslieferung gilt dies aber nur dann, wenn wirksam im notariell zu beurkundenden Kaufvertrag zur Umsatzsteuer operiert wird (§ 4 Nr. 9 a UStG; § 9 UStG). Steuerschuldner der Umsatzsteuer für die Grundstückslieferung ist – wenn der Erwerber ein Unternehmer ist – der Erwerber.

(3) Zur Grunderwerbsteuer, Grundsteuer und der Haftung der Steuerschulden vgl. Form. I. 1 Anm. 70.

**14. Kosten.** Für die Beurkundung eines Grundstückskaufvertrags wird nach § 36 Abs. 2 KostO das Doppelte der vollen Gebühr erhoben (künftig GNotKG KV Nr. 21100: 2,0-Gebühr). Der Geschäftswert bestimmt sich nach § 20 Abs. 1 KostO nach dem Kaufpreis zuzüglich des Wertes der vorbehaltenen Nutzungen und der vom Käufer übernommenen Leistungen. Vorbehaltene Nutzungen sind z. B. dem Verkäufer bestellte Nießbrauchs- oder Wohnungsrechte. Übernommene Leistungen sind alle Vermögensvorteile, die der Käufer anstelle des Verkäufers zu erfüllen hat, z. B. bereits bestehende, vom Käufer übernommene Nießbrauchs- und Wohnungsrechte für Dritte. (Sachlich unverändert künftig § 47 GNotKG).

Mehrere Erklärungen in einer Urkunde werden nach § 44 KostO berechnet. Haben die Erklärungen denselben Gegenstand (*Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO § 44 Rdn. 71 ff.) so wird die Gebühr nur einmal vom Wert dieses Gegenstandes nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz berechnet. Haben sie einen verschiedenen Gegenstand (*Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO § 44 Rdn. 179 ff.), so sind sie nach § 44 Abs. 2 KostO zusätzlich zu bewerten.

Zur Bejahung desselben Gegenstandes wird auf den inneren Zusammenhang der Erklärungen abgestellt: Denselben Gegenstand betreffen alle zur Begründung, Feststellung, Anerkennung, Aufhebung, Erfüllung oder Sicherung eines Rechtsverhältnisses niedergelegte Erklärungen der Partner des Rechtsverhältnisses samt allen Erfüllungs- und Sicherungsgeschäften auch dritter Personen oder zugunsten dritter Personen.

Denselben Gegenstand haben im Formular:

- die Grundschuldübernahme gem. § 1 (5)
- die Zwangsvollstreckungsunterwerfung gem. § 3 (4)
- Auflassung und Auflassungsvormerkung gem. § 4
- Garantie gem. § 6 (4)
- Erschließungskostenregelung gem. § 6 (5)
- Vollzugsvollmacht gem. § 9.

Nicht denselben Gegenstand haben im Formular

- die Vertragsübernahme gem. § 8
- die Bestellung der Bierdienstbarkeit gem. § 8 (6).

Der Wert der Vertragsübernahme bemisst sich nach 10% des jährlichen durchschnittlichen Bierumsatzes multipliziert mit der Vertragslaufzeit. Die Bestellung der Bierdienstbarkeit ist dann mit der Vertragsübernahme gegenstandsgleich und nicht gesondert zu berechnen. Zur künftigen Bewertung s. §§ 86, 94, 109–111 GNotKG sowie Muster I. 1 Anm. 62 c.

Für Vollzugstätigkeiten wie die Einholung erforderlicher behördlicher Genehmigungen erhält der Notar nach § 146 Abs. 1 S. 1 KostO neben der Beurkundungsgebühr eine weitere halbe ( $\frac{1}{10}$ ) Gebühr. Bei mehreren verschiedenen Vollzugstätigkeiten fällt diese Gebühr immer nur einmal pauschal an. Beschränkt sich die Tätigkeit auf die Einholung des Negativzeugnisses nach §§ 28 Abs. 1 Nr. 1, 2 BauGB so entsteht nur  $\frac{1}{10}$  der vollen Gebühr, § 146 Abs. 1 S. 2 KostO. Eine Vollzugsgebühr entsteht nicht für die dem Notar gesetzlich vorgeschriebenen Mitteilungen und den Verkehr mit dem Grundbuchamt § 146 Abs. 1 S. 3 KostO. Geschäftswert ist nach § 146 Abs. 4 der Beurkundungswert des § 20



## I. 5

## I. Grundstückskaufverträge

Abs. 1 KostO. Für vorbereitende und fördernde Tätigkeiten wie z.B. die Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit erhält der Notar weiter nach § 147 Abs. 2 KostO eine halbe (5/10) Gebühr. Deren Wert bemisst sich nach überwiegender Meinung (*Korintenberg/Bengell/Tiedtke*, § 147 Rdn. 189; BayObLG DNotZ 1980, 185) nach § 30 Abs. 1 KostO.

Eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO entsteht für die Überwachung der Kaufpreiszahlung nach § 4 des Formulars.

Nach GNotKG: Eine 0,5-Vollzugsgebühr KV Nr. 22110, hier ohne Deckelung auf 50,- € gem. KV Nr. 22112 wg. Einholung einer privatrechtlichen Zustimmung, ferner EINE 0,5-Betreuungsgebühr KV Nr. 22200 (§ 93 Abs. 1 GNotKG), beide aus vollem Geschäftswert (§§ 112, 113 GNotKG).

## 5. Kauf land- oder forstwirtschaftlicher Grundstücke<sup>1, 2</sup>

### Regelungsziele: Sofortige Auflassung, Genehmigung nach Grundstücksverkehrsgesetz, besondere Vorkaufsrechte

Heute, den (Datum der Beurkundung in Worten und Ziffern)  
erschieden vor mir, (Vorname und Name des Notars), Notar  
in (Gemeinde) in den Amtsräumen in (Straße und Ort)

#### 1. als Verkäufer

Herr (Vorname, Name), geboren am (Geburtsdatum),  
wohnhaft in (Adresse), deutscher Staatsangehöriger, nicht verheiratet, ausgewiesen  
durch gültigen deutschen Personalausweis,

#### 2. als Käufer

Herr (Vorname, Name), geboren am (Geburtsdatum),  
wohnhaft in (Adresse), deutscher Staatsangehöriger, im gesetzlichen Güterstand ver-  
heiratet, ausgewiesen durch gültigen deutschen Personalausweis.

Die Frage nach außernotarieller Vorbefassung (§ 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG) verneinten die  
Erschienenen.

Die Erschienenen sind beide Landwirte mit eigenem Betrieb. Sie erklären bei gleichzeitiger  
Anwesenheit folgenden

### Kaufvertrag

#### § 1 Kaufobjekt, Belastungen

Der Verkäufer ist im Grundbuch von (Grundbuchstelle)  
als Eigentümer der folgenden lastenfreien Grundstücke eingetragen:  
Flst. Nr. 128 Landwirtschaftsfläche mit 20,87 a,  
Flst. Nr. 765 Waldfläche mit 211,73 a.

#### § 2 Verkauf, Kaufpreis

(1) Der Verkäufer verkauft die vorbezeichneten Grundstücke an den Käufer.

(2) Der Kaufpreis beträgt EUR ..... in Worten: Euro .....

Der Kaufpreis ist nach Angaben bereits bezahlt; der Verkäufer quittiert den Empfang  
der Zahlung.