

# MittBayNot

Begründet 1864

1 | 2022

Januar | Februar 2022

**Herausgeber:**

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

**Schriftleitung:**

Ann-Kathrin Schmelter,  
Notarassessorin  
Julia Lindner,  
Notarassessorin

**Herausgeberbeirat:**

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

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München

Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Notar a. D., Regen

Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

**AUFSÄTZE**

**Keller:** Entstehung, Inhalt, Modifizierung und Ausschluss von Erhaltungs- und Unterhaltungspflichten bei Grunddienstbarkeiten 1

**Wälzholz:** Praxisupdate Grunderwerbsteuerrecht 14

**RECHTSPRECHUNG - ANMERKUNGEN**

**Müller zu BGH:** Verzicht auf ein dingliches Wohnungsrecht als Zuwendung des Berechtigten bei dauerhafter Hinderung an der Ausübung 29

**Schlögel zu OLG München:** Zustimmung zur Veräußerung eines Erbbaurechts 39

**Heckschen zu KG:** Gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht des Prokuristen unabhängig vom Eigentum des Kaufmanns am Grundstück 44

**Widmann zu BSG:** Sozialversicherungspflicht eines Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführers in einer Steuerberatungsgesellschaft 67

**Jugl zu BGH:** Anfechtbarkeit einer Eigentumsübertragung wegen Gläubigerbenachteiligung 77

**Grziwotz zu BVerwG:** Angemessenheit eines öffentlich-rechtlichen Vertrags im städtebaulichen Sanierungsrecht 85

**Böttcher zu OLG München:** Genehmigungsvorbehalt für die Aufteilung des Erbbaurechts in Wohnungs- und Teilerbbaurechte 90

# Impressum **MittBayNot**

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

**Herausgeber:**

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München  
T. +49 89 551 66-0  
F. +49 89 551 66-234  
M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de  
[www.notare.bayern.de/mittbaynot.html](http://www.notare.bayern.de/mittbaynot.html)

**Herausgeberbeirat:**

Notare a. D. Dr. Hermann Amann,  
Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Notare Dr. Johann Frank,  
Dr. Susanne Frank,  
Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Dr. Eckhard Wälzholz,  
Dr. Dietmar Weidlich

**Schriftleitung:**

Notarassessorin Ann-Kathrin Schmelter,  
Notarassessorin Julia Lindner

*Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird auf  
eine geschlechterspezifische Differenzierung teilweise  
verzichtet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der  
Gleichbehandlung immer für alle Geschlechter.*

**Design:**

INTO Branding GmbH

**Druck:**

Universal Medien GmbH  
Geretsrieder Straße 10  
81379 München

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 1 | 2022

<b>AUFSÄTZE</b>		<b>1</b>	
<b>Keller:</b> Entstehung, Inhalt, Modifizierung und Ausschluss von Erhaltungs- und Unterhaltungspflichten bei Grunddienstbarkeiten		1	
<b>Wälzholz:</b> Praxisupdate Grunderwerbsteuerrecht		14	
<b>BUCHBESPRECHUNGEN</b>		<b>23</b>	
<b>Engels:</b> Steuerrecht für die familienrechtliche Praxis ( <b>Menne</b> )		23	
<b>Roemer/Stephany/Vaupel:</b> NotarFormulare Übergabe landwirtschaftlicher Betriebe ( <b>Kraus</b> )		24	
<b>Winkler/Schlögel:</b> Erbbaurecht ( <b>Wolfskeel v. Reichenberg</b> )		25	
<b>RECHTSPRECHUNG</b>		<b>26</b>	
<b>Bürgerliches Recht</b>			
ALLGEMEINES			
1. Verzicht auf ein dingliches Wohnungsrecht als Zuwendung des Berechtigten bei dauerhafter Hinderung an der Ausübung (BGH, Urteil vom 20.10.2020, X ZR 7/20) mit Anmerkung <b>Müller</b>		26	29
2. Zustimmung zur Veräußerung eines Erbbaurechts (OLG München, Beschluss vom 18.11.2020, 34 Wx 315/19) mit Anmerkung <b>Schlögel</b>		31	39
3. Grundbuchberichtigung bei GbR (KG, Beschluss vom 08.07.2020, 1 W 35/20 - Ls.)		42	
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT			
4. Zum Umfang des durch eine Grunddienstbarkeit gesicherten Rechts, ein Grundstück „als Übergang zu benutzen“ (BGH, Urteil vom 18.09.2020, V ZR 28/20)		42	
5. Gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht des Prokuristen unabhängig vom Eigentum des Kaufmanns am Grundstück (KG, Beschluss vom 05.07.2021, 1 W 26/21) mit Anmerkung <b>Heckschen</b>		43	44
6. Keine körperliche Verbindung von Teilungserklärung und Anlagen für grundbuchrechtlichen Vollzug nötig (KG, Beschluss vom 17.06.2021, 1 W 275/21)		45	
7. Nießbrauch mit Verpflichtung zum Wiederaufbau eines Gebäudes (OLG Bremen, Beschluss vom 17.06.2020, 3 W 15/20)		47	
ERBRECHT			
8. Herausgabe einer den Vertragserben beeinträchtigenden Schenkung (BGH, Urteil vom 10.03.2021, IV ZR 8/20)		49	
9. Zur Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments bei Verwendung einer Jastrow'schen Klausel ohne Strafteil (OLG Hamburg, Beschluss vom 26.08.2020, 2 W 35/20)		50	
10. Keine Bindungswirkung bei Vorversterben der eingesetzten Schlusserbin bei fehlender Ersatzerbeneinsetzung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.05.2020, I-3 Wx 135/19)		52	
<b>Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht</b>			
11. Einschränkung der Vertretungsmacht eines Stiftungsvorstands durch Satzung (BGH, Urteil vom 15.04.2021, III ZR 139/20)		55	
12. Anfechtung eines Beschlusses über die Zustimmung zu einem Ausgliederungs- und Abspaltungsvertrag (BGH, Urteil vom 23.02.2021, II ZR 65/19 - Ls.)		61	
13. Sozialversicherungspflicht eines Minderheitsgesellschaftler-Geschäftsführers in einer Steuerberatungsgesellschaft (BSG, Urteil vom 07.07.2020, B 12 R 17/18 R) mit Anmerkung <b>Widmann</b>		61	67
<b>Internationales Privatrecht</b>			
14. Gewöhnlicher Aufenthalt nach Art. 21 EuErbVO - deutsch-chinesischer Erbfall (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.09.2020, 21 W 59/20)		68	



Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 1 | 2022**Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht**

15. Anfechtbarkeit einer Eigentumsübertragung  
wegen Gläubigerbenachteiligung  
(BGH, Urteil vom 25.03.2021, IX ZR 70/20) 71  
mit Anmerkung **Jugl** 77

**Beurkundungs- und Notarrecht**

16. Zum Verstoß des Notars gegen das Gebot der Un-  
parteilichkeit bei Einreichung eines Eintragungsan-  
trags abweichend von der Urkunde im Namen eines  
Beteiligten ohne Information des anderen Beteiligten  
(BGH, Beschluss vom 16.11.2020,  
NotSt(Brfg) 3/20 – Ls.) 80

**Öffentliches Recht**

17. Angemessenheit eines öffentlichrechtlichen Vertrags  
im städtebaulichen Sanierungsrecht  
(BVerwG, Urteil vom 18.05.2021, 4 C 6.19) 80  
mit Anmerkung **Grziwotz** 85

18. Genehmigungsvorbehalt für die Aufteilung des Erb-  
baurechts in Wohnungs- und Teilerbbaurechte  
(OLG München, Beschluss vom 17.05.2021,  
34 Wx 101/21) 88  
mit Anmerkung **Böttcher** 90

**Steuerrecht**

19. Abzugsfähigkeit von Zahlungen des Beschenkten zur  
Abwendung von Ansprüchen des beeinträchtigten  
Vertragserben bzw. Nacherben  
(BFH, Urteil vom 06.05.2021, II R 24/19) 91

20. Grunderwerbsteuerbefreiung bei Übergang  
von einer Gesamthand – Maßstäbe der  
Missbrauchsprüfung  
(BFH, Urteil vom 25.08.2020, II R 23/18) 94

21. Erwerb in Abbruchabsicht im Wege vorweg-  
genommener Erbfolge bei einer Mitunter-  
nehmerschaft  
(BFH, Urteil vom 27.05.2020, III R 17/19) 97

**Sonstiges 100****Tagungsbericht 100****Gansmeier:** Virtuelle Hauptversammlung**Hinweise für die Praxis 103**Bewertung von Gebäuden gemäß § 46 GNotKG.  
Wertbestimmung anhand des Gebäudebrand-  
versicherungswertes**Neuerscheinungen 109****Standesnachrichten 110**

# Entstehung, Inhalt, Modifizierung und Ausschluss von Erhaltungs- und Unterhaltungspflichten bei Grunddienstbarkeiten

Von Notar a. D. Dr. **Hilmar Keller**, Ebermannstadt



In einem Grundsatzurteil hat der BGH gegen die bis dahin herrschende Meinung entschieden, dass die gesetzliche Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB auch im Falle eines Mitbenutzungsrechtes des Eigentümers des dienenden Grundstücks besteht. Dadurch hat diese Pflicht erheblich an praktischer Bedeutung gewonnen und zunehmend die Gerichte beschäftigt, auch bei der Frage, ob diese Erhaltungspflicht modifiziert oder ausgeschlossen werden kann. Hierbei soll auch der Gestaltungsspielraum für Unterhaltungsvereinbarungen nach § 1021 BGB und unabhängig von dessen Grenzen als Inhalt des Begleitschuldverhältnisses dargestellt werden.

Das Gesetz spricht bei der das Integritätsinteresse schützenden Pflicht in § 1020 Satz 2 BGB von „erhalten“ (gesetzliche Erhaltungspflicht), bei den das Benutzungsinteresse schützenden Pflichten in §§ 1021 und 1022 BGB von „unterhalten“ (vereinbarte und gesetzliche Unterhaltungspflicht).

Dennoch wird in der Rechtsprechung und Literatur häufig einheitlich nur von „Unterhaltungspflicht“ gesprochen,<sup>1</sup> womit die Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB und/oder die Unterhaltungspflichten nach §§ 1021, 1022 BGB gemeint sein können. Abgesehen davon, dass die Erhaltungspflicht dem Integritätsinteresse und die Unterhaltungspflicht dem Benutzungsinteresse dient, sind die Pflichten inhaltsgleich. Die Begriffe „Unterhaltung“ und „Erhaltung“ können synonym verwendet werden.<sup>2</sup>

## I. Voraussetzungen der Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB

Die Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB ist anlagenbezogen. Sie setzt voraus, dass der Berechtigte zur Ausübung der Dienstbarkeit auf dem dienenden Grundstück eine Anlage hält.

Unter Anlagen versteht man alle Einrichtungen, die von Menschen für eine gewisse Dauer zur Benutzung des Grundstücks geschaffen sind. Darunter fallen zum Beispiel Bauwerke, Ver- und Entsorgungsleitungen, Einfriedungen, Wege aller Art, gleichgültig, ob sie befestigt oder nur durch ständige Benutzung als Fahrspuren entstanden sind.<sup>3</sup>

Ein „Halten“ der Anlage setzt voraus, dass der Dienstbarkeitsberechtigte die Anlage tatsächlich für eigene Zwecke einsetzt. Die rechtliche Befugnis zur Nutzung ist nicht ausreichend. Maßgebend sind die tatsächlichen Verhältnisse.<sup>4</sup> Es kommt nicht darauf an, in wessen Eigentum die Anlage steht und wer sie errichtet hat.<sup>5</sup> Lange Zeit war strittig, ob ein „Halten“ nur vorliegt, wenn der Berechtigte die Anlage alleine nutzt. Am 12.11.2004 hat der BGH<sup>6</sup> gegen die damals herrschende Meinung entschieden, dass ein Mitbenutzungsrecht des Eigentümers des dienenden Grundstücks an der Anlage die Erhaltungspflicht des Berechtigten nicht ausschließt, da die Mitbenutzung einem „Halten“ der Anlage im Sinne von § 1020 Satz 2 BGB nicht entgegensteht. *Amann*<sup>7</sup> hat diesem Urteil mit dem überzeugenden Argument zugestimmt, dass die Ausgrenzung der Mitbenutzungsfälle aus dem Anwendungsbereich des § 1020 Satz 2 BGB durch die bisher herrschende Meinung in den Fällen,

1 BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 ff. = NJW 2005, 894 ff. = DNotZ 2005, 617 ff.; *Amann*, DNotZ 2005, 621 ff.; *Staudinger/Weber*, Neub. 2017, § 1020 Rdnr. 11 ff. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Pflichten nach § 1020 Satz 2 und § 1021 BGB identisch sind, da deren Inhalt und Grenzen durch unterschiedliche Interessen definiert werden. So stellt der BGH in dem zitierten Urteil deutlich das Integritätsinteresse (§ 1020 Satz 2 BGB) dem Benutzungsinteresse (§ 1021 BGB) gegenüber, wenn er den Umfang der Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB festlegt.

2 *Amann*, DNotZ 2005, 621, 622; *Staudinger/Weber*, § 1020 Rdnr. 17 und § 1021 Rdnr. 4.

3 BGH, Urteil vom 17.02.2006, V ZR 49/05, NJW 2006, 1428, 1429; *Amann*, MittBayNot 2021, 99, 100; MünchKomm-BGB/*Mohr*, 8. Aufl. 2020, § 1020 Rdnr. 9; *Ulshöfer*, Das sog. gesetzliche Begleitschuldverhältnis, 2015, S. 219.

4 BGH, Urteil vom 17.12.2010, V ZR 125/10, NJW 2011, 1351, 1352; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1020 Rdnr. 10.

5 BGH, Urteil vom 07.07.2006 V ZR 156/05, MittBayNot 2006, 495, 496; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1020 Rdnr. 10; *Staudinger/Weber*, § 1020 Rdnr. 13.

6 BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 ff. = NJW 2005, 894 ff. = DNotZ 2005, 617 ff. mit Anm. *Amann*.

7 *Amann*, DNotZ 2005, 621.

in denen eine Unterhaltungspflicht nach § 1021 BGB nicht vereinbart ist, dazu führen würde, dass die Verteilung der Erhaltungslast in den rechtsleeren Raum abgeschoben würde.

## II. Rechtsfolgen des § 1020 Satz 2 BGB

### 1. Gesetzliche Erhaltungspflicht im Integritätsinteresse, keine Reallastbewehrung

Nach § 1020 Satz 2 BGB hat der Dienstbarkeitsberechtigte die Anlage in ordnungsgemäßem Zustand zu erhalten, soweit das Interesse des Eigentümers es erfordert.

Bei diesem den Umfang der Erhaltungspflicht begrenzenden Interesse handelt es sich anders als im Falle des § 1021 BGB nicht um das Benutzungsinteresse, sondern das Integritätsinteresse.

Geschützt wird ausschließlich das Integritätsinteresse. Der Berechtigte ist demgemäß nur verpflichtet, von der Anlage ausgehende Beeinträchtigungen des Eigentums zu vermeiden, die Verkehrssicherheit sicherzustellen und ggf. auch für ein ordentliches Aussehen der Anlage zu sorgen.<sup>8</sup> Die Erhaltungspflicht kann zum Beispiel die Sanierung einer Durchfahrt, die Errichtung und Unterhaltung eines Tors und die Entfernung von Graffiti betreffen.<sup>9</sup> Anders als bei der Unterhaltungspflicht nach § 1021 BGB muss der Berechtigte nicht für die Gebrauchs- und Funktionsfähigkeit der Anlage sorgen.<sup>10</sup> So umfasst die Erhaltungspflicht nicht Maßnahmen zur Reparatur eines nicht mehr funktionsfähigen Generators eines Windkraftwerkes oder einer nicht mehr funktionsfähigen Wärmepumpe einer Geothermieanlage.<sup>11</sup>

Diese unterschiedlichen Interessen bestimmen auch den Inhalt der oben genannten Verkehrssicherungspflicht. So verlangt zum Beispiel das Benutzungsinteresse eines Weges, im Winter Schnee zu räumen und den Weg zu streuen, während das Integritätsinteresse auch schon dadurch gewahrt werden kann, dass ein verschleißbares Tor errichtet wird, um die Benutzung des Weges durch Dritte zu verhindern.<sup>12</sup>

Keine Unterhaltung ist die Neuherstellung der Anlage.<sup>13</sup> Der Begriff der Unterhaltung darf nicht zu eng gefasst werden. Er erstreckt sich je nach den Umständen auch auf die Ausbesserung, Erneuerung und Wiederherstellung einer Anlage, wenn diese beschädigt oder zerstört worden ist.<sup>14</sup>

Die gesetzliche Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB ist nicht kraft Gesetzes reallastbewehrt, da die Rechtsfolgeverweisungen in § 1021 Abs. 2 und § 1022 Satz 2 BGB auf die Vorschriften der Reallasten aufgrund ihres Ausnahmecharakters nicht analogiefähig sind.<sup>15</sup>

### 2. Der Einfluss eines Mitbenutzungsrechtes des Eigentümers des dienenden Grundstücks auf die gesetzliche Erhaltungspflicht

Im Falle eines Mitbenutzungsrechtes des Eigentümers des dienenden Grundstücks wird die gesetzliche Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB durch das entsprechend anwendbare Gemeinschaftsrecht überlagert.

#### a) Kostentragung durch Berechtigten und Eigentümer

Wie in Ziffer I. besprochen hat der BGH<sup>16</sup> entschieden, dass ein Mitbenutzungsrecht des Eigentümers des dienenden Grundstücks an der Anlage die Erhaltungspflicht des Berechtigten nach § 1020 Satz 2 BGB nicht ausschließt. Das Interesse des Eigentümers erfordert in diesem Fall aber nicht, dass der Berechtigte die Kosten der Erhaltung der Anlage allein trägt. Der Eigentümer muss im Umfang seiner Nutzung solche Kosten selbst tragen. Die Verteilung der Kosten zwischen Berechtigtem und Eigentümer regelt § 1020 Satz 2 BGB zwar nicht. Die planwidrige Lücke der Vorschrift kann durch die entsprechende Anwendung des Gemeinschaftsrechts geschlossen werden. Die Kostenanteile richten sich nach dem Umfang und der Intensität der beiderseitigen Nutzung der Anlage. Ist nichts anderes feststellbar, sind entsprechend §§ 748, 742 BGB die Kosten zu gleichen Teilen zu tragen.<sup>17</sup>

#### b) Pflicht des Eigentümers gegenüber dem Berechtigten, sich an der Erhaltung der Anlage zu beteiligen

In einem weiteren Urteil aus dem Jahre 2006<sup>18</sup> ist der BGH einen großen Schritt weiter gegangen.

Er hat nicht nur bestätigt, dass die gesetzliche Erhaltungspflicht des Berechtigten auch im Falle eines Mitbenutzungsrechtes des Eigentümers des dienenden Grund-

8 BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 ff. = NJW 2005, 894 ff. = DNotZ 2005, 617, 620 mit Anm. Amann; Urteil vom 18.06.2021, V ZR 146/20, MittBayNot 2021, 570, 571 Rdnr. 7 und 14; Palandt/Herrler, 80. Aufl. 2021, § 1020 Rdnr. 3.

9 BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 ff. = NJW 2005, 894 ff.

10 BGH, Urteil vom 07.02.2020, V ZR 128/19, NZM 2020, 615, 616 Rdnr. 10; Staudinger/Weber, § 1020 Rdnr. 16, 17.

11 Ähnliche Beispiele bei Ulshöfer, Das sog. gesetzliche Begleitschuldverhältnis, S. 285 und 231: Die Erhaltungspflicht umfasst bei einer Windmühle zum Getreidemahlen nicht Maßnahmen zur Reparatur eines nicht mehr gebrauchsfähigen Mahlsteins oder bei einem Brunnen nicht die Pflicht, für einen brauchbaren Schöpfeimer zu sorgen.

12 BGH, Urteil vom 07.07.2006 V ZR 156/05, MittBayNot 2006, 495, 496.

13 OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.12.2002, 9 U 71/02, RNotZ 2003, 455, 457; MünchKomm-BGB/Mohr, § 1020 Rdnr. 12.

14 MünchKomm-BGB/Mohr, § 1020 Rdnr. 12; Staudinger/Weber, § 1020 Rdnr. 17.

15 Amann, DNotZ 1989, 531, 535; Regenfus, ZNotP 2017, 126, 133.

16 BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 ff. = NJW 2005, 894 ff. = DNotZ 2005, 617 ff. mit Anm. Amann.

17 BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, DNotZ 2005, 617, 620, Urteil vom 07.07.2006, V ZR 156/05, MittBayNot 2006, 495, 496.

18 BGH, Urteil vom 07.07.2006, V ZR 156/05, MittBayNot 2006, 495, 496.

stücks besteht und im Umfang dessen Nutzung eingeschränkt ist, sondern darüber hinaus eine Pflicht des Eigentümers gegenüber dem Berechtigten begründet, sich an der Erhaltung der Anlage zu beteiligen. Diese Beteiligungspflicht des Eigentümers bezieht sich nicht nur auf die Kostentragung, sondern auf die Erfüllung der Erhaltungspflicht, in casu Verkehrssicherungspflicht. Das Maß der Verpflichtung der Parteien im Verhältnis zueinander wird von dem Umfang und der Intensität der beiderseitigen Nutzung der Anlage (in casu Weg) bestimmt. Ist nichts anderes feststellbar, haben die Parteien im selben Umfang zur Unterhaltung der Anlage beizutragen (§§ 748, 742 BGB).

c) Anspruch nach § 745 Abs. 2 BGB analog auf Regelung der Ausübung der Nutzungsbefugnisse und auf einheitliche Wahrnehmung der Unterhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB

In späteren Entscheidungen hat der BGH entschieden, dass der Berechtigte der Grunddienstbarkeit und der Eigentümer des dienenden Grundstücks, der zur Mitbenutzung der Anlage berechtigt ist, voneinander in entsprechender Anwendung von § 745 Abs. 2 BGB eine Regelung verlangen können.<sup>19</sup> Zunächst betraf die Vereinbarung die Verteilung von 25 Pkw-Abstellplätzen auf dem dienenden Grundstück an die Eigentümer des dienenden und herrschenden Grundstücks nach billigem Ermessen, also die Ausübung der beiderseitigen Nutzungsbefugnisse.<sup>20</sup>

In den folgenden Urteilen richtete sich der Anspruch entsprechend § 745 Abs. 2 BGB auf eine Regelung, dass die Unterhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB für die der Ausübung der Dienstbarkeit dienenden Anlagen einheitlich wahrgenommen wird, wenn anders eine geordnete und sachgerechte Erfüllung dieser Pflicht nicht gewährleistet ist.<sup>21</sup> Der Kläger war Eigentümer einer Straße, die zu Erschließungszwecken ausgebaut wurde und an die weit über 100 Grundstücke einer Wohnsiedlung anliegen. Das Straßengrundstück wurde mit einer Vielzahl von Grunddienstbarkeiten (Geh-, Fahrt- und Leitungsrechte) zugunsten der jeweiligen Eigentümer der Anliegergrundstücke belastet. Nur einzelne Anlieger bestellten Reallasten zur Sicherung der Unterhaltungskosten oder schlossen schriftliche Vereinbarungen über die Kostenbeteiligung ab, nicht jedoch die Beklagten, zu deren Gunsten jedoch Grunddienstbarkeiten an dem Straßengrundstück ohne Unterhaltungsvereinbarung nach § 1021 BGB begründet wurden. Wie die Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB erfüllt wird, mithin der Leistungserfolg herbeigeführt wird, obliegt grund-

sätzlich dem Dienstbarkeitsberechtigten.<sup>22</sup> Sind mehrere gleichrangige Dienstbarkeiten bestellt, kann sich jedoch die Notwendigkeit einer einheitlichen Wahrnehmung der Unterhaltungspflichten ergeben, etwa im Hinblick auf die Vielzahl der Dienstbarkeitsberechtigten und die Gefahr eines unkoordinierten Vorgehens bei der Erfüllung der Unterhaltungspflicht gemäß § 1020 Satz 2 BGB. § 1020 BGB regelt diesen Fall allerdings nicht und § 1024 BGB ist nicht anwendbar, da das Eigentum (am Straßengrundstück) als Nutzungsrecht im Sinne von § 1024 BGB nach allgemeiner Meinung ausscheidet.<sup>23</sup> Der BGH löst den Fall in konsequenter Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechung durch entsprechende Anwendung der für die Gemeinschaft geltenden Vorschriften sowohl für die Organisation der Unterhaltungspflicht (einheitliche Wahrnehmung durch den Eigentümer des Straßengrundstücks, der die Ausführung der Unterhaltungspflicht übernimmt entsprechend § 745 Abs. 2 BGB) als auch für die anteilige Kostentragung der Dienstbarkeitsberechtigten und mitbenutzungsberechtigten Grundstückseigentümer entsprechend §§ 748, 742 BGB.<sup>24</sup> Das Gemeinschaftsrecht wurde in diesem Falle nicht nur für die Verteilung der Kosten der Unterhaltung der gemeinsam genutzten Anlage zwischen den Eigentümern der dienenden und der herrschenden Grundstücke herangezogen, sondern auch für die Frage, wer die Unterhaltungsmaßnahme tatsächlich ausführt (naturale Unterhaltung).

Diese entsprechende Anwendung des Gemeinschaftsrechts hat dazu geführt, dass der BGH sehr komplexe Fälle mit mehr als 100 durch eine Privatstraße erschlossenen Grundstücken, die durch Grunddienstbarkeiten an dem Straßengrundstück gesichert wurden, in praxistauglicher Weise elegant lösen konnte. Aus kautelarjuristischer Sicht ist aus Gründen der Rechtsklarheit (§ 745 Abs. 2 BGB spricht von „billigem Ermessen“, § 742 BGB gilt nur im „Zweifel“) eine vertragliche Regelung der Unterhaltung der Anlage nach § 1021 Abs. 1 BGB oder unabhängig von dessen Grenzen als Inhalt des Begleitschuldverhältnisses vorzuziehen.<sup>25</sup>

### III. Voraussetzungen der Unterhaltungspflicht nach § 1021 BGB

Zur Ausübung der Grunddienstbarkeit muss eine Anlage<sup>26</sup> auf dem belasteten Grundstück gehören. Der Eigentümer des dienenden Grundstücks und der Dienstbarkeitsbe-

19 BGH, Urteil vom 19.09.2008, V ZR 164/07, NJW 2008, 3703, 3704, Urteil vom 08.03.2019, V ZR 343/17, DNotZ 2019, 753 ff.; Urteil vom 27.09.2019, V ZR 1/18, NVwZ-RR 2020, 866, 867.

20 BGH, Urteil vom 19.09.2008, V ZR 164/07, NJW 2008, 3703, 3704 (Ausübungsregelung).

21 BGH, Urteil vom 08.03.2019, V ZR 343/17, DNotZ 2019, 753 ff.; Urteil vom 27.09.2019, V ZR 1/18, NVwZ-RR 2020, 866, 867.

22 BGH, Urteil vom 08.03.2019, V ZR 343/17, DNotZ 2019, 753, 754.

23 BGH, Urteil vom 08.03.2019, V ZR 343/17, DNotZ 2019, 753, 755; Palandt/Herrler, § 1024 Rdnr. 1, 3.

24 BGH, Urteil vom 08.03.2019, V ZR 343/17, DNotZ 2019, 753, 756; Urteil vom 27.09.2019, V ZR 1/18, NVwZ-RR 2020, 866, 867; Palandt/Herrler, § 1020 Rdnr. 3; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 1153c.

25 Kessler, NJW 2019, 2617, 2618; Grziwotz, ZfIR 2017, 445 ff. mit Formulierungsvorschlägen; Oppermann/Scholz, DNotZ 2017, 4 ff. speziell zur Verteilung der Unterhaltungs- und Verkehrssicherungspflichten innerhalb mehrerer Berechtigter einer Grunddienstbarkeit; Regenfus, ZNotP 2017, 126, 131.

26 Zum Begriff der Anlage siehe Ziffer I.

rechtigte müssen eine Unterhaltungsvereinbarung im Sinne von § 1021 BGB treffen, die als Inhalt der Dienstbarkeit dingliche Wirkung erhält, falls sie im Grundbuch des dienenden Grundstücks eingetragen wird (§§ 873, 874 BGB).

Anders als bei der gesetzlichen Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB muss der Berechtigte die Anlage nicht „halten“. Der Dienstbarkeitsberechtigte muss die Anlage also nicht tatsächlich für eigene Zwecke einsetzen. Es genügt, wenn die Benutzung des dienenden Grundstücks durch eine Anlage auf dem dienenden Grundstück vermittelt wird.<sup>27</sup> Dieser Unterschied ergibt sich daraus, dass die Erhaltungspflicht nur an das tatsächliche „Halten der Anlage“ anknüpft, während die Unterhaltungspflicht nach § 1021 BGB auf einer Vereinbarung beruht.<sup>28</sup> Dies hat auch zur Folge, dass die Erhaltungspflicht erlischt, wenn der Berechtigte das Halten der Anlage dadurch beendet, dass er die Verwendung der Anlage nach außen erkennbar aufgibt,<sup>29</sup> während dies bei der vereinbarten Unterhaltungspflicht nicht der Fall ist.<sup>30</sup>

#### IV. Der Gestaltungsrahmen für die Vereinbarung von Unterhaltungspflichten nach § 1021 BGB und Anwendung der Reallastvorschriften

##### 1. Die Begrenzung der Unterhaltungspflichten durch das Benutzungsinteresse

Nach § 1021 Abs. 1 BGB kann eine Pflicht zur Unterhaltung der Anlage vereinbart werden, soweit es das Benutzungsinteresse des Berechtigten (Satz 1) bzw. des Eigentümers (Satz 2) erfordert.

Die Pflicht zur Unterhaltung der Anlage nach § 1021 Abs. 1 BGB unterscheidet sich von der Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB dadurch, dass der Umfang der Unterhaltungspflicht nicht durch das Integritätsinteresse, sondern durch das Interesse des Berechtigten (Satz 1) oder des Eigentümers (Satz 2) an der Nutzung der Anlage begrenzt wird.<sup>31</sup> Dieses Benutzungsinteresse umfasst auch die Erhaltung der Anlage in einem gebrauchsfähigen und funktionsgerechten Zustand<sup>32</sup> und geht insoweit über das für den Umfang der Verpflichtung nach § 1020 Satz 2 BGB maßgebliche Integritätsinteresse hinaus.

Es gibt Maßnahmen, die ausschließlich dem Benutzungsinteresse dienen. So erfordert das Benutzungsinteresse Maßnahmen zur Reparatur eines nicht mehr funktionsfähigen

Generators eines Windkraftwerkes oder einer nicht mehr funktionsfähigen Wärmepumpe einer Geothermieanlage (vgl. Ziffer II. 1.), diese Maßnahmen betreffen aber nicht das Integritätsinteresse.<sup>33</sup>

Weiter gibt es Maßnahmen, die beide Interessen betreffen. Ist zum Beispiel das Rotorblatt eines Windkraftwerkes lose, sodass dieses abzustürzen droht, dient dessen sichere Befestigung sowohl der Aufrechterhaltung der Gebrauchsfähigkeit des Windkraftwerkes (Benutzungsinteresse) als auch der Verhinderung von Beeinträchtigungen des Eigentums am dienenden Grundstück durch das herabstürzende Rotorblatt (Integritätsinteresse).<sup>34</sup>

Schließlich gibt es Maßnahmen, die ausschließlich das Integritätsinteresse erfordert. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn von einer Anlage Emissionen wie Rauch oder Ruß ausgehen, die sich auf die nach dem Inhalt der Dienstbarkeit vorgesehene Benutzung der Anlage nicht negativ auswirken. Hier dienen Maßnahmen zur Verhinderung von Emissionen nur dem Integritätsinteresse, nicht aber dem Interesse an der Benutzung der Anlage und können deshalb nicht Gegenstand einer Unterhaltungsvereinbarung nach § 1021 Abs. 1 BGB sein.<sup>35</sup>

Abgesehen davon, dass die Erhaltungspflicht dem Integritätsinteresse und die Unterhaltungspflicht dem Benutzungsinteresse zuzuordnen ist, sind die Pflichten inhaltsgleich.<sup>36</sup>

Die nach der Rechtsprechung des BGH von der Erhaltungspflicht gemäß § 1020 Satz 2 BGB erfassten Maßnahmen wie die Aufrechterhaltung der Verkehrssicherheit, Vorkehrungen gegen das Eindringen Unbefugter und die Wahrung eines ordentlichen Aussehens<sup>37</sup> sind auch in Unterhaltungsvereinbarungen im Rahmen von § 1021 Abs. 1 BGB regelbar,<sup>38</sup> wenn und soweit sie auch dem Benutzungsinteresse dienen, was in der Regel je nach Anlage und Inhalt der Benutzungsdienstbarkeit in sehr weitem Umfang der Fall sein wird.

##### 2. Mögliche Schuldner der Unterhaltungspflichten

Nach § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB kann die Unterhaltungspflicht dem Eigentümer des belasteten Grundstücks auferlegt werden. Dies gilt nicht nur dann, wenn der Dienstbarkeits-

27 Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 3; *Ulshöfer*, Das sog. gesetzliche Begleitschuldverhältnis, S. 239.

28 Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 16.

29 BGH, Urteil vom 17.12.2010, V ZR 125/10, NJW 2011, 1351, 1352; Staudinger/Weber, § 1020 Rdnr. 15.

30 BGH, Urteil vom 07.02.2020, V ZR 128/19, NZM 2020, 615, 616 Rdnr. 12; Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 16.

31 BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, DNotZ 2005, 617, 620; Urteil vom 07.02.2020, V ZR 128/19, NZM 2020, 615, 616 Rdnr. 10-12; Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 4.

32 BGH, Urteil vom 07.02.2020, V ZR 128/19, NZM 2020, 615, 616 Rdnr. 12; MünchKomm-BGB/Mohr, § 1021 Rdnr. 4; Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 4.

33 Ähnlich *Ulshöfer*, Das sog. gesetzliche Begleitschuldverhältnis, S. 285, 231: Das Benutzungsinteresse erfordert bei einer Windmühle zum Getreidemahlen Maßnahmen zur Reparatur eines nicht mehr gebrauchsfähigen Mahlsteins oder bei einem Brunnen die Pflicht, für einen brauchbaren Schöpfeimer zu sorgen.

34 Ähnlich *Ulshöfer*, Das sog. gesetzliche Begleitschuldverhältnis, S. 285, zu den losen Flügeln einer Windmühle.

35 *Ulshöfer*, Das sog. gesetzliche Begleitschuldverhältnis, S. 245.

36 Staudinger/Weber, § 1020 Rdnr. 17 und § 1021 Rdnr. 4.

37 BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 ff. = NJW 2005, 894 ff. = DNotZ 2005, 617, 620.

38 *Amann*, DNotZ 2005, 621, 622; Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 4.

berechtigte alleine nutzungsbefugt ist, sondern auch dann, wenn der Eigentümer des dienenden Grundstücks mitbenutzungsberechtigt ist.<sup>39</sup> Der Wortlaut enthält keine Einschränkung, dass der Berechtigte alleine zur Benutzung der Anlage befugt sein muss. Die Vorschrift setzt – anders als § 1020 Satz 2 BGB – nicht einmal voraus, dass der Berechtigte die Anlage „hält“. § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB ist als Obersatz zu betrachten im Verhältnis zu § 1021 Abs. 1 Satz 2 BGB<sup>40</sup>.

Im Falle eines Mitbenutzungsrechtes des Eigentümers des dienenden Grundstücks kann gemäß § 1021 Abs. 1 Satz 2 BGB vereinbart werden, dass der Berechtigte die Anlage zu unterhalten hat.

### 3. Mögliche Ausgestaltung der Unterhaltungspflichten

Die Unterhaltungsvereinbarung kann sich auf die tatsächliche Ausführung und die Kosten (Vorschuss oder Erstattung) der Unterhaltung beziehen. Es kann auch eine reine Kostentragungspflicht vereinbart werden.<sup>41</sup>

Sowohl hinsichtlich der tatsächlichen Ausführung als auch der Kosten ist die Beschränkung auf einen Teil möglich, der prozentual (zum Beispiel bei mehreren Nutzern der Anlage) oder gegenständlich abgegrenzt auf einen Anlageteil (zum Beispiel bei unterschiedlicher Nutzung von realen Teilen einer Straße oder Leitung) oder durch die Art der Maßnahmen definiert werden kann.<sup>42</sup>

Zulässig ist auch eine Kombination der Vereinbarungsmöglichkeiten nach § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB (Pflicht des Eigentümers des dienenden Grundstücks) und § 1021 Abs. 1 Satz 2 BGB (Pflicht des Berechtigten), um zu einer Verteilung der tatsächlichen Unterhaltslast in natura oder der Unterhaltungskosten zwischen Eigentümer und Berechtigten zu gelangen.<sup>43</sup>

### 4. Reallastbewehrung der Unterhaltungspflicht nach § 1021 BGB

Bei den nach § 1021 Abs. 1 BGB vereinbarten Unterhaltungspflichten verweist § 1021 Abs. 2 BGB auf die Vorschriften über die Reallast (Rechtsfolgeverweisung), sodass die Bestellung einer gesonderten Reallast nicht notwendig ist.<sup>44</sup>

39 Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 8; *Ulshöfer*, Das sog. gesetzliche Begleitschuldverhältnis, S. 248.

40 Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 8; *Ulshöfer*, Das sog. gesetzliche Begleitschuldverhältnis, S. 248.

41 OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.12.2002, 9 U 71/02, RNotZ 2003, 455, 456; *Grziwotz*, ZfIR 2017, 445, 446; MünchKommBGB/Mohr, § 1021 Rdnr. 5; NK-BGB/Otto, 4. Aufl. 2016, § 1021 Rdnr. 2.

42 *Grziwotz*, ZfIR 2017, 445 ff. mit Formulierungsvorschlägen; NK-BGB/Otto, § 1021 Rdnr. 2; Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 7.

43 OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.12.2002, 9 U 71/02, RNotZ 2003, 455, 456; *Grziwotz*, ZfIR 2017, 445, 447 mit Formulierungsvorschlag S. 448; Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 2 und 13; *Ulshöfer*, Das sog. gesetzliche Begleitschuldverhältnis, S. 248, 249.

44 Palandt/Herrler, § 1021 Rdnr. 1; *Volmer*, MittBayNot 2000, 387, 388.

### 5. Sukzessionswirkung und eingeschränkte Wirkung im Außenverhältnis

Die Rechte und Pflichten des Eigentümers des dienenden Grundstücks und des Dienstbarkeitsberechtigten gegenüber jedermann (Außenverhältnis) sind von den zwischen dem jeweiligen Eigentümer und jeweiligen Berechtigten bestehenden Rechten und Pflichten im Begleitschuldverhältnis (Innenverhältnis) zu unterscheiden.<sup>45</sup> Die im Rahmen des § 1021 Abs. 1 BGB vereinbarten Unterhaltungspflichten entfalten Wirkung gegenüber jedermann nur durch die Reallastwirkung nach § 1021 Abs. 2 BGB (ranggesicherte Verwertungsrechte), im Übrigen wirken sie nur im Innenverhältnis.<sup>46</sup> Dort sind sie aber insoweit verdinglicht, als sie auch gegenüber Rechtsnachfolgern – und zwar auf beiden Seiten – gelten, ohne dass es einer gesonderten rechtsgeschäftlichen Übertragung der Ansprüche bzw. Übernahme der Verpflichtungen bedarf. Der für die Beteiligten im Mittelpunkt stehende Sukzessionsschutz ist damit gewährleistet.<sup>47</sup>

Die Unterscheidung zwischen Innenverhältnis und Außenverhältnis wird besonders relevant bei der Vereinbarung von Verkehrssicherungspflichten. Für bestimmte Haftungstatbestände regelt das Gesetz in den §§ 836 bis 838 BGB die Verantwortlichkeiten. Im Übrigen gilt die allgemeine Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB, wonach sich für jeden, der in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle schafft oder andauern lässt, die Verpflichtung ergibt, die notwendigen und zumutbaren Maßnahmen zu treffen, um andere vor Schäden zu bewahren. Die Verkehrssicherungspflicht trifft denjenigen, der die Verfügungsgewalt über das Grundstück ausübt.<sup>48</sup> Wird die Gefahrenquelle dem Einflussbereich des zunächst Verkehrssicherungspflichtigen ganz oder teilweise entzogen, kann sich eine neue Zuständigkeitsverteilung ergeben.<sup>49</sup> Im Falle einer Delegation der Verkehrssicherungspflicht auf einen Dritten – unter Umständen, aber nicht notwendig unter gleichzeitiger Einräumung des unmittelbaren Besitzes – wird der Dritte für den Gefahrenbereich nach allgemeinen Deliktgrundsätzen verantwortlich. Der Delegierende ist damit aber nicht völlig entlastet. Er bleibt – in Grenzen – zur Überwachung des Dritten verpflichtet und ist insofern neben diesem selbst noch verantwortlich.<sup>50</sup> Maßgeblich für die (reduziert) verbleibende Verantwortlichkeit des Delegierenden ist die freiwillige Verlagerung der tat-

45 *Amann*, DNotZ 1989, 531, 543, 544; *Regenfus*, ZNotP 2017, 126, 132.

46 *Amann*, DNotZ 1989, 531, 535, 541, 543, 544.

47 *Regenfus*, ZNotP 2017, 126, 132; Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 1.

48 BGH, Urteil vom 13.06.2017, VI ZR 395/16, NJW 2017, 2905 Rdnr. 6 und 7.

49 BGH, Urteil vom 13.06.2017, VI ZR 395/16, NJW 2017, 2905, 2906 Rdnr. 8.

50 BGH, Urteil vom 13.06.2017, VI ZR 395/16, NJW 2017, 2905, 2906 Rdnr. 9; Urteil vom 22.01.2008, VI ZR 126/07, NJW 2008, 1440, 1441 zur Übertragung der Streupflicht durch einen Vermieter auf einen Dritten, wodurch die Verkehrssicherungspflichten des Vermieters auf Kontroll- und Überwachungspflichten verkürzt werden.

sächlichen Verfügungsgewalt und die ihm verbleibende rechtliche Einwirkungsmöglichkeit auf die Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht.<sup>51</sup>

Vereinbarungen der Verkehrssicherungspflicht im Begleitschuldverhältnis wirken ähnlich wie Vereinbarungen dazu in Mietverträgen nur eingeschränkt im Außenverhältnis.<sup>52</sup> Nach den allgemeinen Grundsätzen zur Delegation von Verkehrssicherungspflichten ist eine Verkürzung auf Kontroll- und Überwachungspflichten möglich, nicht jedoch eine völlige Entlastung des ursprünglich Verkehrssicherungspflichtigen. Auf die nach außen verbleibende Überwachungspflicht kann der beurkundende Notar vorsorglich hinweisen.<sup>53</sup>

## V. Die Sondervorschrift des § 1022 BGB für die Anlage auf der Anlage

§ 1022 BGB regelt den Sonderfall der baulichen Anlage auf der baulichen Anlage.

### 1. Die Voraussetzungen der gesetzlichen Unterhaltungspflicht nach § 1022 BGB

Der Grunddienstbarkeitsberechtigte muss auf einer baulichen Anlage des belasteten Grundstücks eine bauliche Anlage halten. Zunächst muss es sich um Anlagen im Sinne von § 1020 Satz 2 BGB handeln.<sup>54</sup> Zudem müssen die Anlagen baulich sein. Sie müssen das Ergebnis einer auf einen gewissen zeitlichen Bestand angelegten Bautätigkeit darstellen.<sup>55</sup> Das Halten der getragenen Anlage auf der tragenden Anlage muss den „ganzen Inhalt“ der Grunddienstbarkeit ausmachen.<sup>56</sup> Nach einer weniger strengen Ansicht genügt es, wenn es sich um den Hauptinhalt der Dienstbarkeit handelt.<sup>57</sup> Anwendungsfälle des § 1022 BGB sind Grunddienstbarkeiten, die erlauben, das eigene Bauwerk oder Teile davon auf ein Bauwerk auf dem dienenden

Grundstück zu stützen oder auf einem auf dem belasteten Grundstück befindlichen Bauwerk aufzubauen.<sup>58</sup>

Schließlich setzt die gesetzliche Unterhaltungspflicht nach § 1022 BGB noch voraus, dass die Beteiligten keine abweichende Vereinbarung treffen („wenn nicht ein anderes bestimmt ist“).

### 2. Die Rechtsfolge des § 1022 BGB für die tragende Anlage

Der Eigentümer des dienenden Grundstücks hat „seine Anlage“ zu unterhalten, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert. Die Sonderregelung des § 1022 BGB betrifft demgemäß nur die tragende Anlage. Die gesetzliche Unterhaltungspflicht des § 1022 BGB schützt auch das Benutzungsinteresse des Berechtigten.<sup>59</sup> Sie gehört als Teil des Begleitschuldverhältnisses zum Inhalt der Dienstbarkeit. Als gesetzlicher Inhalt des dinglichen Rechts ist sie nicht eintragungsfähig.<sup>60</sup> Nach § 1022 Satz 2 BGB, der auf § 1021 Abs. 2 BGB verweist, ist die gesetzliche Unterhaltungspflicht wie die vereinbarte Unterhaltungspflicht nach § 1021 BGB reallastbewehrt.

Wie § 1022 Satz 1 BGB ausdrücklich regelt, können die Beteiligten abweichende Vereinbarungen treffen. Wenn der Eigentümer des dienenden Grundstücks die tragende Anlage mitbenutzen darf,<sup>61</sup> kann die Unterhaltungspflicht gemäß § 1021 Abs. 1 Satz 2 BGB auch dem Dienstbarkeitsberechtigten auferlegt werden.<sup>62</sup> Möglich ist auch die Vereinbarung einer teilweisen Pflicht zur Unterhaltung und eine Verteilung der Unterhaltungspflicht auf beide Beteiligte durch Kombination des § 1021 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB.<sup>63</sup> Fraglich ist, ob auch ein isolierter Verzicht auf die gesetzliche Unterhaltungspflicht möglich ist, ohne das eine vollständige oder teilweise „Überbürdung“ der Pflicht auf den Dienstbarkeitsberechtigten nach § 1021 Abs. 1 Satz 2 BGB erfolgt. Soweit ersichtlich, wurde diese Frage noch nicht behandelt. Für die Möglichkeit eines isolierten Verzichts spricht der Wortlaut des § 1022 BGB („wenn nicht ein anderes bestimmt ist“), der keine Einschränkung dahin gehend enthält, dass die Pflicht vertraglich nach § 1021 BGB dem Berechtigten auferlegt werden muss. Die Argumentation des OLG München für die Zulässigkeit eines isolierten Ver-

51 BGH, Urteil vom 13.06.2017, VI ZR 395/16, NJW 2017, 2905, 2906 Rdnr. 10, 13.

52 Amann, DNotZ 1989, 531, 547; Regenfus, ZNotP 2017, 126, 135, 136; Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 4; Trömer, RNotZ 2016, 421, 431, 432 zum Nießbrauch.

53 Trömer, RNotZ 2016, 421, 431, 432 zum Nießbrauch; vergleiche zum Beispiel die Formulierungsvorschläge bei Grziwotz, ZfIR 2017, 445 ff.

54 MünchKomm-BGB/Mohr, § 1022 Rdnr. 2; zum Begriff der Anlage siehe Ziffer I.

55 Staudinger/Weber, § 1022 Rdnr. 2; NK-BGB/Otto, § 1022 Rdnr. 2; Palandt/Herrler, § 1022 Rdnr.1 und MünchKomm-BGB/Mohr, § 1022 Rdnr. 2 definieren bauliche Anlagen als besondere, von Menschenhand nach Regeln der Mechanik und Statik für gewisse Dauer geschaffene Einrichtungen.

56 RG, Urteil vom 25.01.1926, V 135/25, RGZ 112, 368, 370, 371; MünchKomm-BGB/Mohr, § 1022 Rdnr. 2 mit dem Hinweis auf den Wortlaut („in dem Recht“); Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl. 2001, § 1022 Rdnr. 1.

57 Palandt/Herrler, § 1022 Rdnr. 1; Staudinger/Weber, § 1022 Rdnr. 2.

58 NK-BGB/Otto, § 1022 Rdnr. 3; Staudinger/Weber, § 1022 Rdnr. 2; Ulshöfer, Das sog. gesetzliche Begleitschuldverhältnis, S. 251.

59 NK-BGB/Otto, § 1022 Rdnr. 5; Staudinger/Weber, § 1022 Rdnr. 3; Ulshöfer, Das sog. gesetzliche Begleitschuldverhältnis, S. 252.

60 Palandt/Herrler, § 1022 Rdnr. 1; Staudinger/Weber, § 1022 Rdnr. 3.

61 Dies ist regelmäßig der Fall, nach MünchKomm-BGB/Mohr, § 1022 Rdnr. 1 ist das Mitbenutzungsrecht des Berechtigten an der tragenden Anlage bereits darin zu erblicken, dass er diese für seine Anlage an Anspruch nehmen darf; ebenso NK-BGB/Otto, § 1022 Rdnr. 7 und Staudinger/Weber, § 1022 Rdnr. 5.

62 MünchKomm-BGB/Mohr, § 1022 Rdnr. 1; Staudinger/Weber, § 1022 Rdnr. 5.

63 Vgl. Ziffer IV. 3.

zichts auf die gesetzliche Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB<sup>64</sup> ist auf die gesetzliche Unterhaltungspflicht nach § 1022 BGB übertragbar, da der Grundsatz der Vertragsfreiheit auch hier dafür spricht, dass die Beteiligten die Unterhaltung der tragenden Anlage dem freien Spiel der Kräfte überlassen können. Vereinbarungen, die die gesetzliche Unterhaltungspflicht modifizieren oder ausschließen, können durch Eintragung im Grundbuch des dienenden Grundstücks (§§ 873, 874 BGB) als Inhalt der Grunddienstbarkeit dingliche Wirkung erhalten.<sup>65</sup>

### 3. Rechtslage für die getragene Anlage

Da die Sondervorschrift des § 1022 BGB nur die tragende Anlage betrifft, gelten für die getragene Anlage die allgemeinen Vorschriften der §§ 1020 und 1021 BGB. Dies gilt insbesondere auch für Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB.<sup>66</sup>

#### VI. Der Gestaltungsrahmen für die Vereinbarung von Unterhaltungspflichten unabhängig von den Grenzen des § 1021 BGB als Inhalt des Begleitschuldverhältnisses

Umstritten ist, ob über die Grenzen des § 1021 Abs. 1 BGB hinaus Leistungspflichten als Inhalt der Dienstbarkeit rechtsgeschäftlich begründet werden können.

Nach einer strengen Auffassung soll das nicht möglich sein, da § 1021 Abs. 1 BGB die Grenzen dinglich wirkender Vereinbarungen positiver Leistungspflichten aus dem gesetzlichen Begleitschuldverhältnis zwingend umschreibe. Regelungen, die den Erfordernissen der § 1021 Abs. 1, §§ 873, 877 BGB nicht entsprechen, könnten aber ggf. nach § 140 BGB mit schuldrechtlicher Wirkungen aufrechterhalten werden.<sup>67</sup>

Diese Auffassung wird den Bedürfnissen der Praxis nicht gerecht, da die Grenzen des § 1021 Abs. 1 BGB nicht klar umrissen sind.

So kann man streiten, was unter einer „Anlage“ zu verstehen ist.<sup>68</sup>

Es kann zum Beispiel zweifelhaft sein, ab wann ein unbefestigter Weg zur Anlage wird, weil durch das Befahren Fahrspuren entstanden sind,<sup>69</sup> oder ob eine als Anlage anzusehende „gärtnerische Ausgestaltung eines Grundstücks“ oder eine nicht als Anlage zu wertende „bloße Veränderung des Grundstücks“ vorliegt.<sup>70</sup> Weiter kann unklar sein, welche Maßnahmen zur Erhaltung der Anlage dem

Benutzungsinteresse dienen.<sup>71</sup> Schließlich kann man auch über die Tatbestandsvoraussetzung der Erforderlichkeit streiten. Dies gilt vor allem dann, wenn man wie das OLG Düsseldorf<sup>72</sup> die Voraussetzung der Erforderlichkeit nach § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB im Sinne von „unerlässlich“ bzw. „notwendig“ interpretiert. Danach „erfordert“ ein schmaler Weg mit geringem Verkehrsaufkommen, der wegen seiner geringen Breite keine hohen Geschwindigkeiten zulässt, keine acht Zentimeter starke Asphaltierung und kein Rinneband aus Pflastersteinen.<sup>73</sup>

Die unklaren Grenzen des § 1021 Abs. 1 BGB werden besonders deutlich bei der Verkehrssicherungspflicht, die sich mit der Unterhaltungspflicht nach § 1021 BGB überschneidet, ohne mit ihr identisch zu sein. Eine scharfe Trennung zwischen Unterhaltungspflicht und Verkehrssicherungspflicht ist nicht möglich.<sup>74</sup> Obwohl diese Pflichten wegen der Begrenzung der Unterhaltungspflicht durch das Benutzungsinteresse nicht identisch sind, hat das BayObLG<sup>75</sup> eine Vereinbarung über die mit der Unterhaltungspflicht eng verwandte Verkehrssicherungspflicht als Inhalt der Grunddienstbarkeit zugelassen, was den Bedürfnissen der Praxis entspricht.

Die dogmatische Grundlage für die privatautonome Vereinbarung von Leistungspflichten im Begleitschuldverhältnis hat der BGH geschaffen, indem er anerkannt hat, dass durch die gesetzliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Dienstbarkeitsberechtigten und Dienstbarkeitsverpflichteten, insbesondere durch die Normierung von Schonungs- und Erhaltungspflichten in § 1020 BGB, ein gesetzliches Schuldverhältnis neben der Dienstbarkeit besteht, aus dem sich Rechte und Pflichten ergeben, die das dingliche Nutzungsrecht begleiten.<sup>76</sup> In einem weiteren Urteil hat der BGH festgestellt, dass im Begleitschuldverhältnis auch Nebenpflichten zu positivem Handeln entstehen können, die nicht ausdrücklich gesetzlich angeordnet sind, sondern auf einer Interessenabwägung und dem Grundsatz von Treu und Glauben beruhen.<sup>77</sup> Die Frage, ob im Begleitschuldverhältnis Nebenpflichten auch rechtsgeschäftlich vereinbart werden können, hat der BGH noch nicht entschieden.<sup>78</sup> Das BayObLG hat in dem oben erwähnten Beschluss zur Vereinbarung von Verkehrssicherungspflichten

71 Vgl. Ziffer IV. 1.

72 OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.12.2002, 9 U 71/02, RNotZ 2003, 455, 457; zust. *Regenfus*, ZNotP 2017, 126, 136.

73 OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.12.2002, 9 U 71/02, RNotZ 2003, 455, 457.

74 BayObLG, Beschluss vom 17.01.1990, 2 Z 122/89, DNotZ 1991, 257, 258, vgl. auch *Amann*, DNotZ 1989, 531, 537; nach *Staudinger/Weber*, § 1021 Rdnr. 4 sind die Pflichten „eng verknüpft“.

75 BayObLG, Beschluss vom 17.01.1990, 2 Z 122/89, DNotZ 1991, 257, 258.

76 BGH, Urteil vom 28.06.1985, V ZR 111/84, BGHZ 95, 144 ff. = DNotZ 1986, 25, 26.

77 BGH, Urteil vom 03.02.1989, V ZR 224/87, DNotZ 1989, 565, 566 (Pflicht zur Bestellung einer Baulast).

78 *Staudinger/Weber*, § 1018 Rdnr. 142.

64 OLG München, Beschluss vom 05.08.2020, 34 Wx 302/20, MittBayNot 2021, 121, 122, 123; siehe Ziffer VII. 1. b).

65 *Staudinger/Weber*, § 1022 Rdnr. 5; NK-BGB/*Otto*, § 1022 Rdnr. 6.

66 MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1022 Rdnr. 1; *Staudinger/Weber*, § 1022 Rdnr. 4.

67 MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1021 Rdnr. 1.

68 *Amann*, DNotZ 1989, 531, 537.

69 BGH, Urteil vom 17.02.2006, V ZR 49/05, NJW 2006, 1428, 1429 Rdnr. 7.

70 MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1021 Rdnr. 9; *Staudinger/Weber*, § 1020 Rdnr. 12.

rechtsgeschäftliche Regelungen im Begleitschuldverhältnis zugelassen, die die Grenzen des § 1021 Abs. 1 BGB wenigstens teilweise überschreiten.<sup>79</sup>

An diese Rechtsprechung anknüpfend hat *Amann*<sup>80</sup> überzeugend dargelegt, dass unabhängig von den Grenzen des § 1021 BGB in das Begleitschuldverhältnis der Dienstbarkeit unter bestimmten Voraussetzungen Leistungspflichten und Leistungsansprüche aufgenommen werden können, die für und gegen den jeweiligen Eigentümer des dienenden Grundstücks und den jeweiligen Dienstbarkeitsberechtigten wirken, ohne dass eine Schuldübernahme, Abtretung oder ein rechtsgeschäftlicher Eintritt in das Begleitschuldverhältnis erforderlich sind (Sukzessionswirkung).<sup>81</sup> Die Voraussetzungen und Grenzen für die Aufnahme in das Begleitschuldverhältnis ergeben sich aus dem Zweck des sachenrechtlichen Typenzwangs und der sachenrechtliche Typenfixierung. Jeder potenzielle Erwerber und jeder Außenstehende soll sich schon aufgrund der Bezeichnung des dinglichen Rechts eine zumindest überschlägige Vorstellung bilden können, welche Rechte und Pflichten aus dem dinglichen Recht ihn möglicherweise erwarten.<sup>82</sup>

Hieraus ergeben sich nach *Amann*<sup>83</sup> folgende Grenzen für die Vereinbarung von verdinglichten Leistungspflichten im Begleitschuldverhältnis:

- a) Die Vereinbarung der Leistungspflichten muss zur Regelung von Materien erfolgen, über die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Ausübung der Befugnisse, welche die Dienstbarkeit verleiht, zwischen dem Dienstbarkeitsverpflichteten und dem Dienstbarkeitsberechtigten Streit entstehen kann.
- b) Nicht aufgenommen werden können Leistungspflichten, die mit dem belasteten Grundstück und den darauf befindlichen Anlagen und Einrichtungen nichts zu tun haben, zum Beispiel rein persönliche Leistungspflichten oder Leistungspflichten, die sich auf andere Grundstücke beziehen. Dasselbe gilt für sonstige Leistungspflichten, mit denen ein künftiger Dienstbarkeitsverpflichteter bzw. Dienstbarkeitsberechtigter nicht zu rechnen braucht, wie zum Beispiel die Pflicht zur erstmaligen Herstellung einer Anlage.<sup>84</sup>

79 BayObLG, Beschluss vom 17.01.1990, 2 Z 122/89, DNotZ 1991, 257, 258, siehe zum dinglichen Wohnungsrecht Urteil vom 18.06.1980, BReg. 2 Z 28/80, BayObLGZ 1980, 176 ff.; ebenso OLG Nürnberg, Beschluss vom 06.10.2020, 15 W 2130/20, MittBayNot 2021, 485.

80 *Amann*, DNotZ 1989, 531 ff.; zust. und ausf. zum Meinungsstand *Staudinger/Weber*, § 1018 Rdnr. 145 ff. und § 1021 Rdnr. 10; zust. auch *Filipp*, MittBayNot 2005, 185, 191, NK-BGB/*Otto*, § 1020 Rdnr. 27, 29; *Palandt/Herrler*, § 1018 Rdnr. 1 und *Regenfus*, ZNotP 2017, 126, 131 f.; ausf. zum Meinungsstand auch *Ulshöfer*, Das sog. gesetzliche Begleitschuldverhältnis, S. 182 ff.

81 Die Sukzessionswirkung setzt die Wahrung der §§ 873, 874 BGB voraus, vgl. *Amann*, DNotZ 1989, 531, 559.

82 *Amann*, DNotZ 1989, 531, 542.

83 *Amann*, DNotZ 1989, 531, 541 ff., 561, 562.

84 *Amann*, DNotZ 1989, 531, 548, 549.

c) Verdinglichte Leistungspflichten dürfen nicht von vorneherein ein wirtschaftliches Gewicht haben, das ihrem Charakter als Nebenpflicht widerspricht.

Vereinbarungen im Begleitschuldverhältnis außerhalb der Grenzen des § 1021 BGB sind nicht reallastbewehrt, da die Rechtsfolgeverweisung in § 1021 Abs. 2 BGB auf die Vorschriften der Reallasten aufgrund ihres Ausnahmecharakters nicht analogiefähig ist.<sup>85</sup> Die speziellen Voraussetzungen der §§ 1021, 1022 BGB spielen nur noch eine Rolle für die Frage, ob die Unterhaltungspflicht reallastbewehrt ist, sodass sich die mit den § 1020 Satz 2, §§ 1021, 1022 BGB verbundenen Abgrenzungsprobleme und Zweifelsfragen erheblich entschärfen.<sup>86</sup>

Der erweiterte Gestaltungsrahmen im Begleitschuldverhältnisses schafft insbesondere Rechtssicherheit bei der Vereinbarung von Verkehrssicherungspflichten. Diese können als Inhalt der Dienstbarkeit geregelt werden, ohne dass man befürchten muss, dass ein Teilaspekt der Vereinbarung nicht den speziellen Erfordernissen des § 1021 Abs. 1 BGB im Hinblick auf das erforderliche Benutzungsinteresses genügt.<sup>87</sup>

Im Begleitschuldverhältnis können auch Maßnahmen geregelt werden, die ausschließlich das Integritätsinteresse erfordert. In dem in Ziffer IV. 1. aufgeführten Beispiel, dass von einer Anlage Emissionen wie Rauch oder Ruß ausgehen, die sich auf die Benutzung der Anlage nicht negativ auswirken, sondern nur das Integritätsinteresse betreffen, können Maßnahmen zur Verhinderung von Emissionen zwar nicht Gegenstand einer Unterhaltungsvereinbarung nach § 1021 Abs. 1 BGB sein.<sup>88</sup> Möglich ist aber eine Vereinbarung im Begleitschuldverhältnis, da die Regelung in unmittelbarem Zusammenhang mit der Ausübung der Befugnisse aus der Dienstbarkeit steht, und diesbezüglich Streit zwischen dem Dienstbarkeitsverpflichteten und dem Dienstbarkeitsberechtigten entstehen kann.

Generell können alle Erhaltungspflichten nach § 1020 Satz 2 BGB entweder als Unterhaltungspflichten nach § 1021 BGB, soweit neben dem Integritätsinteresse auch das Benutzungsinteresse betroffen ist, oder im Allgemeinen Begleitschuldverhältnis, soweit das Benutzungsinteresse nicht betroffen ist, als Leistungspflichten vereinbart werden.<sup>89</sup> Die zum Teil schwierige Unterscheidung dieser Interessen ist dann nur noch für die Frage der Reallastbewehrung relevant.

85 *Amann*, DNotZ 1989, 531, 535; *Regenfus*, ZNotP 2017, 126, 133; *Staudinger/Weber*, § 1021 Rdnr. 10.

86 *Amann*, DNotZ 1989, 531, 544.

87 BayObLG, Beschluss vom 17.01.1990, 2 Z 122/89, DNotZ 1991, 257, 258, vgl. auch *Amann*, DNotZ 1989, 531, 537; zur Unterscheidung von Benutzungsinteresse und Integritätsinteresse bei der Verkehrssicherungspflicht siehe Ziffer II. 1.

88 *Ulshöfer*, Das sog. gesetzliche Begleitschuldverhältnis, S. 245.

89 So im Ergebnis auch *Amann*, DNotZ 2005, 621, 623; *Staudinger/Weber*, § 1021 Rdnr. 4.

Als hilfreich könnte sich der erweiterte Gestaltungsrahmen auch bei der Vereinbarung einer Haftpflichtversicherung für eine Anlage erweisen.

Nach überwiegender Literaturmeinung kann eine Vereinbarung nach § 1021 BGB keine Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung für eine Anlage auf dem dienenden Grundstück oder deren Kostentragung begründen.<sup>90</sup> Der BGH<sup>91</sup> hat demgegenüber im Falle der Grunddienstbarkeiten zum Zwecke der Erschließung von Baugrundstücken an einer Straße (siehe Ziffer II. 2. c)) entschieden, dass der Eigentümer der Straße und die Berechtigten der Grunddienstbarkeiten voneinander verlangen können, dass die Unterhaltungspflicht für die Anlage nach § 1020 Satz 2 BGB einheitlich wahrgenommen wird entsprechend § 745 Abs. 2 BGB und die Kosten für die einheitliche Wahrnehmung anteilig entsprechend §§ 748, 742 BGB getragen werden. Dabei sind auch die Kosten für die Haftpflichtversicherung zu tragen, wenn sie das Risiko der Verletzung von Unterhaltungs- und Verkehrssicherungspflichten bezüglich der Anlage abdeckt und damit im Ergebnis auch den Dienstbarkeitsberechtigten schützt. In diesem Fall seien die Kosten im Zusammenhang mit den Unterhaltungspflichten erforderlich und umlagefähig. Das Urteil ist aus Sicht der Praxis im Hinblick auf die Relevanz von Haftpflichtversicherungen bei vielen Anlagen zu begrüßen.

Selbst wenn man eine Unterhaltungsvereinbarung im Sinne von § 1021 BGB ablehnen möchte, da bei der Haftpflichtversicherung ein „unmittelbarer Anlagenbezug“ fehle,<sup>92</sup> könnte die Regelung im allgemeinen Begleitschuldverhältnis getroffen werden, da ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Ausübung der Befugnisse aus der Dienstbarkeit besteht und über die Frage der Haftpflichtversicherung Streit zwischen den Dienstbarkeitsverpflichteten und Dienstbarkeitsberechtigten entstehen kann, die Versicherung Risiken der Anlage auf dem dienenden Grundstück betrifft und die Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung von ihrem wirtschaftlichen Gewicht als Nebenpflicht einzustufen ist.<sup>93</sup>

Diese Möglichkeit der privatautonomen Ausgestaltung des Begleitschuldverhältnisses vermeidet schwierige Abgrenzungsprobleme, entspricht den Bedürfnissen der Praxis und wahrt die sachenrechtlichen Grundsätze des Typenzwangs und der Typenfixierung.

90 MünchKomm-BGB/Mohr, § 1021 Rdnr. 5 Fn. 16; Palandt/Herrler, § 1021 Rdnr. 2; Regenfus, ZNotP 2017, 126, 135; Staudinger/Mayer, Neub. 2009, § 1021 Rdnr. 4; a. A. Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 4, wonach die Kosten für die Haftpflichtversicherung als Annex zur Verkehrssicherungspflicht zur Unterhaltung gehören.

91 BGH, Urteil vom 27.09.2019, V ZR 1/18, NVwZ-RR 2020, 866, 867; Urteil vom 18.06.2021, V ZR 146/20, MittBayNot 2021, 570, 571 Rdnr. 12 zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung für Tiefgaragenstellplätze.

92 Palandt/Herrler, § 1021 Rdnr. 2.

93 Ebenso Amann, DNotZ 1989, 531, 548; a. A. Regenfus, ZNotP 2017, 126, 135.

Sie wirkt wie ein Fallnetz. Dem kautelarjuristischen Trapezkünstler, der durch die hohen Lüfte des § 1021 Abs. 1 BGB fliegt, droht im Falle eines Absturzes nur der Verlust der Reallastbewehrung, nicht jedoch die Abdrängung der verdinglichten Leistungspflichten in den rein schuldrechtlichen Bereich.

## VII. Der Ausschluss der Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB

Während die Unterhaltungspflicht nach § 1021 Abs. 1 BGB nur entsteht, wenn sie vereinbart wird, besteht die Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB kraft Gesetzes. Es stellt sich daher die Frage, ob letztere ausgeschlossen werden kann. Zu unterscheiden ist die Erhaltungspflicht des Dienstbarkeitsberechtigten (1) und die des Eigentümers des dienenden Grundstücks (2).

Zunächst ist zu bedenken, dass in beiden Fällen eine Erhaltungspflicht nur dann in Betracht kommt, wenn der Berechtigte zur Ausübung der Grunddienstbarkeit eine Anlage auf dem belasteten Grundstück hält (§ 1020 Satz 2 BGB). Auf diese wichtige Voraussetzung hat Amann<sup>94</sup> bei seiner Besprechung zweier Beschlüsse des OLG München<sup>95</sup> hingewiesen, das über einen Fall zu entscheiden hatte, in dem wahrscheinlich keine Anlage vorlag (bloßes Begehungsrecht ohne Ausübungsbeschränkung) mit der möglichen Folge, dass das OLG München über einen fiktiven Sachverhalt entschieden hat. Gleichwohl sind die Ausführungen und Argumente des OLG München für die häufigen Fälle, in denen Anlagen gehalten werden, von großer Bedeutung für die Praxis.

### 1. Der Ausschluss der Erhaltungspflicht des Dienstbarkeitsberechtigten

#### a) Ausschluss der Erhaltungspflicht durch „Übertragung“

Unstreitig kann die Erhaltungspflicht des Berechtigten ausgeschlossen werden durch eine Vereinbarung nach § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. unabhängig von dessen Voraussetzungen im Begleitschuldverhältnis (soweit nur das Integritätsinteresse betroffen ist), dass der Eigentümer des dienenden Grundstücks die Anlage zu unterhalten hat. Damit wird die gesetzliche Erhaltungspflicht des Berechtigten nach § 1020 Satz 2 BGB aufgehoben.<sup>96</sup> Bildlich wird hier von einer „Überbürdung“<sup>97</sup> bzw. „Übertragung“<sup>98</sup> der Unterhaltungspflicht auf den Grundstückseigentümer gesprochen. Rechtsdogmatisch handelt es sich um die Vereinbarung einer Unterhaltungspflicht des Eigentümers des belasteten Grundstücks mit gleichzeitiger Abbedingung der gesetzli-

94 Amann, MittBayNot 2021, 99, 100.

95 OLG München, Beschluss vom 08.06.2020, 34 Wx 177/20, MittBayNot 2021, 123 und Beschluss vom 05.08.2020, 34 Wx 302/20, MittBayNot 2021, 121.

96 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1153a; Munzig, MittBayNot 2016, 318.

97 OLG München, Beschluss vom 05.08.2020, 34 Wx 302/20, MittBayNot 2021, 121, 122.

98 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1153a; Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 6.

chen Erhaltungspflicht des Dienstbarkeitsberechtigten nach § 1020 Satz 2 BGB.

#### b) Isolierter Verzicht auf die Erhaltungspflicht

Fraglich ist hingegen, ob auch ein isolierter Verzicht auf die gesetzliche Erhaltungspflicht des Berechtigten möglich ist, ohne dass der Eigentümer eine Unterhaltungspflicht nach § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB oder im Allgemeinen Begleitschuldverhältnis übernimmt. Das OLG München hat zunächst offen gelassen, ob ein solcher isolierter Verzicht im Hinblick auf den sachenrechtlichen Typenzwang zulässig ist.<sup>99</sup> In einem späteren Beschluss hat das OLG München den isolierten Verzicht auf die Erhaltungspflicht des Berechtigten für zulässig gehalten.<sup>100</sup> Auch wenn dadurch gleichsam ein rechtsleerer Raum entstehe, in dem die Unterhaltung der Anlage dem freien Spiel der Kräfte überlassen bleibe, sei dies aufgrund der Vertragsfreiheit, die in § 311 Abs. 1 BGB ihren Niederschlag gefunden habe, hinzunehmen. Der Ausschluss der Erhaltungspflicht könne auch mit dinglicher Wirkung vereinbart und somit im Grundbuch eingetragen werden. Diese Entscheidung überzeugt. *Amann*<sup>101</sup> hat ergänzend bemerkt, dass die Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB das Integritätsinteresse des Eigentümers des dienenden Grundstücks schützt und die Ausübung von Abwehrrechten gegen eine Eigentumsbeeinträchtigung gemäß § 1004 Abs. 1 BGB nach § 1018 letzte Variante BGB beschränkt werden kann. So kann auch der Berechtigte durch Vereinbarung im Begleitschuldverhältnis von der Erhaltungspflicht ganz oder teilweise entbunden werden.

Für die Befürworter der privatautonomen Ausgestaltung des Begleitschuldverhältnisses ist die Entscheidung des OLG München erfreulich. Das Gericht hat eine vertragliche Regelung der Rechte und Pflichten im Begleitschuldverhältnis (hier Ausschluss der Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB<sup>102</sup>) mit dem Argument der Vertragsfreiheit zugelassen und als Grenze den sachenrechtlichen Grundsatz des Typenzwangs (hier in der Ausprägung der Typenfixierung) gesehen.

## 2. Der Ausschluss der Erhaltungspflicht des Eigentümers des dienenden Grundstücks

Hat der Eigentümer des dienenden Grundstücks kein Mitbenutzungsrecht an der Anlage, trifft ihn weder eine (gesetzliche) Erhaltungspflicht noch hat er sich an der Unterhaltung der Anlage kostenmäßig zu beteiligen. Die Vereinbarung eines Ausschlusses hätte demgemäß nur klarstellende Bedeutung und könnte als bloße Wiederholung der

gesetzlichen Rechtslage auch nicht im Grundbuch eingetragen werden.<sup>103</sup>

Ist der Eigentümer des dienenden Grundstück zur Mitbenutzung der Anlage befugt, wird unterschiedlich beurteilt, ob eine Erhaltungspflicht des Eigentümers ausgeschlossen und der Ausschluss im Grundbuch eingetragen werden kann.

Das OLG Hamm<sup>104</sup> und ihm folgend das OLG München<sup>105</sup> sind der Meinung, dass den Eigentümer des dienenden Grundstücks auch im Falle eines Mitbenutzungsrechtes keine „primären Unterhaltungspflichten“ gegenüber dem Berechtigten treffen, der Ausschluss der Erhaltungspflicht des Eigentümers deshalb ins Leere ginge und die Eintragung im Grundbuch deshalb unnötig und unzulässig sei. Die OLG interpretieren das von ihnen jeweils zitierte Urteil des BGH<sup>106</sup> dahin gehend, dass das Mitbenutzungsrecht des Eigentümers lediglich zu einer Einschränkung der Erhaltungspflicht des Berechtigten führe, eine eigene (anteilige) Erhaltungspflicht des Eigentümers gegenüber dem Berechtigten aber nicht begründet werde.<sup>107</sup>

Das OLG Hamm führt aus, dass den Eigentümer keine „primären Unterhaltungspflichten im weiteren Sinne“ gegenüber dem Berechtigten treffen. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass das OLG Hamm<sup>108</sup> nur von „primären“ Unterhaltungspflichten spricht, nicht generell von Unterhaltungspflichten. Denn sekundäre Pflichten entstehen aus der Störung von Primärpflichten,<sup>109</sup> zum Beispiel bei einer Verzögerung (§ 280 Abs. 2, § 286 BGB), Nichtleistung (§§ 280, 281 Abs. 1 BGB) oder Schlechtleistung (§ 280 Abs. 1 BGB).<sup>110</sup> Solche Sekundäransprüche setzen voraus, dass Primärpflichten existieren, die verletzt werden könnten. Gibt es keine primären Unterhaltungspflichten, gibt es auch keine sekundären Pflichten.

Demgegenüber beruft sich *Amann*<sup>111</sup> auf die neue Rechtsprechung des BGH,<sup>112</sup> wonach die Unterhaltung der gemeinsam genutzten Anlage mangels abweichender Verein-

<sup>103</sup> *Amann*, MittBayNot 2021, 99, 101; *Filipp*, MittBayNot 2005, 185, 191.

<sup>104</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 11.11.2014, I-15 W 307/14, MittBayNot 2016, 317, 318; ebenso MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1021 Rdnr. 4.

<sup>105</sup> OLG München, Beschluss vom 08.06.2020, 34 Wx 177/20, MittBayNot 2021, 123, 124.

<sup>106</sup> BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 ff. = NJW 2005, 894 ff. = DNotZ 2005, 617.

<sup>107</sup> So versteht auch *Munzig* den Beschluss des OLG Hamm (siehe Fn. 104) in seiner kritischen Anmerkung, MittBayNot 2016, 318.

<sup>108</sup> Ebenso das OLG München, Beschluss vom 08.06.2020, 34 Wx 177/20, MittBayNot 2021, 123, 124.

<sup>109</sup> *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 27. Aufl. 2019, Rdnr. 205.

<sup>110</sup> *Staudinger/Weber*, § 1020 Rdnr. 21.

<sup>111</sup> MittBayNot 2021, 99, 101.

<sup>112</sup> BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 ff. = DNotZ 2005, 617 mit Anm. *Amann* und Urteil vom 07.07.2006 V ZR 156/05, MittBayNot 2006, 495.

<sup>99</sup> OLG München, Beschluss vom 08.06.2020, 34 Wx 177/20, MittBayNot 2021, 123, 124.

<sup>100</sup> OLG München, Beschluss vom 05.08.2020, 34 Wx 302/20, MittBayNot 2021, 121, 122, 123.

<sup>101</sup> *Amann*, MittBayNot 2021, 99, 101.

<sup>102</sup> Zur Aufhebung von Pflichten im Begleitschuldverhältnis *Amann*, DNotZ 1989, 531, 559.

barung die Eigentümer beider Grundstücke in entsprechender Anwendung der §§ 748, 742 BGB grundsätzlich je zur Hälfte treffe, bei deutlich abweichender tatsächlicher Nutzung oder Verursachung gemäß einem daran orientierten Verteilungsschlüssel. *Amann* geht von Pflichten sowohl des Berechtigten als auch des Eigentümers aus. Der Ausschluss der Erhaltungspflicht des Eigentümers des dienenden Grundstücks sei deshalb keine bloße Wiederholung des Gesetzesinhaltes, sondern eine eintragungsbedürftige, daher eintragungsfähige Abweichung davon.

Dem Grundsatzurteil des BGH<sup>113</sup> lässt sich nicht mit Sicherheit entnehmen, ob im Falle eines Mitbenutzungsrechtes des Eigentümers des dienenden Grundstücks die Erhaltungspflicht des Berechtigten nur eingeschränkt<sup>114</sup> oder darüber hinaus auch eine Unterhaltungspflicht des Eigentümers begründet wird.<sup>115</sup> Der BGH hat von einer „Pflicht“ des Eigentümers in diesem Urteil nicht gesprochen; diese Frage war auch nicht entscheidungserheblich, da über die Pflicht des Berechtigten zu entscheiden war.

Aus den späteren Entscheidungen des BGH ergibt sich aber, dass im Falle eines Mitbenutzungsrechtes auch eine eigene Unterhaltungspflicht des Eigentümers des dienenden Grundstücks entstehen kann. Nach seinem Urteil vom 07.07.2006<sup>116</sup> sind beide Parteien (Berechtigter und Eigentümer) im Verhältnis zueinander grundsätzlich verpflichtet, an der Erfüllung des Winterdienstes mitzuwirken. Diese Verkehrssicherungspflicht ist Teil der Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB. Das „Maß der Verpflichtung der Parteien im Verhältnis zueinander“ werde von dem Umfang und der Intensität der beiderseitigen Nutzung des Weges bestimmt.

Dieses spätere Urteil, das vom OLG Hamm<sup>117</sup> und München<sup>118</sup> nicht zitiert wurde, wohl aber von *Amann*,<sup>119</sup> begründet auch eigene Erhaltungspflichten des Eigentümers mit der Folge, dass solche Pflichten auch ausgeschlossen werden können, und der Ausschluss im Grundbuch eintragungsfähig und -pflichtig ist.<sup>120</sup> Die Begründung von Unterhaltungspflichten des mitbenutzungsberechtigten Eigentümers folgt meines Erachtens aus dem entsprechend anwendbaren Gemeinschaftsrecht, wo in § 748 BGB ausdrücklich geregelt ist, dass jeder Teilhaber verpflichtet ist, die Lasten und Kosten anteilig zu tragen.

113 BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 ff. = DNotZ 2005, 617.

114 OLG Hamm, Beschluss vom 11.11.2014, I-15 W 307/14, MittBayNot 2016, 317, 318 und OLG München, Beschluss vom 08.06.2020, 34 Wx 177/20, MittBayNot 2021, 123, 124.

115 *Munzig*, MittBayNot 2016, 318 und *Amann*, MittBayNot 2021, 99, 101.

116 BGH, Urteil vom 07.07.2006 V ZR 156/05, MittBayNot 2006, 495, 496.

117 OLG Hamm, Beschluss vom 11.11.2014, I-15 W 307/14, MittBayNot 2016, 317, 318.

118 OLG München, Beschluss vom 08.06.2020, 34 Wx 177/20, MittBayNot 2021, 123, 124.

119 MittBayNot, 2021, 99, 101 Fn. 19.

120 *Amann*, MittBayNot 2021, 99, 101; *Munzig*, MittBayNot 2016, 318; *Staudinger/Weber*, § 1020 Rdnr. 20.

Auch die Urteile zu dem Anspruch analog § 745 Abs. 2 BGB auf eine Regelung, dass die Unterhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB einheitlich wahrgenommen wird, wenn anders eine geordnete und sachgerechte Erfüllung dieser Pflicht nicht gewährleistet ist, bejahen eine Pflicht des Eigentümers des dienenden Grundstücks.<sup>121</sup> Der BGH geht hier von Pflichten sowohl der Dienstbarkeitsberechtigten als auch des Eigentümers aus.

Diese konsequente entsprechende Anwendung des Gemeinschaftsrechts (insbesondere § 748 und § 745 Abs. 2 BGB) führt dazu, dass auch der Eigentümer zur Erhaltung verpflichtet ist im Falle eines Mitbenutzungsrechtes. Ein Ausschluss der Erhaltungspflicht des Eigentümers geht deshalb entgegen der Ansicht des OLG Hamm<sup>122</sup> und OLG München<sup>123</sup> nicht ins Leere. Der Ausschluss kann durch „Überbürdung“ der Pflicht auf den Berechtigten erfolgen, also vereinbarte Übernahme der Unterhaltungspflicht durch den Dienstbarkeitsberechtigten gemäß § 1021 Abs. 1 Satz 2 BGB bzw. unabhängig von dessen Voraussetzungen im Begleitschuldverhältnis (soweit nur das Integritätsinteresse betroffen ist) mit gleichzeitiger Aufhebung der Erhaltungspflicht des Eigentümers. Möglich ist auch der isolierte Verzicht des Berechtigten auf die Erhaltungspflicht des Eigentümers.<sup>124</sup> Da sowohl die gesetzliche Erhaltungspflicht des Berechtigten als auch die des Eigentümers dispositiv sind, können auch beide von ihrer Pflicht ganz oder teilweise entbunden werden. Dies kann als Inhalt der Dienstbarkeit vereinbart und im Grundbuch eingetragen werden.<sup>125</sup>

### 3. Eingeschränkte bzw. keine Wirkung des Ausschlusses der Erhaltungspflicht im Hinblick auf die Verkehrssicherungspflicht im Außenverhältnis

a) Der Ausschluss der Erhaltungspflicht durch „Übertragung“ wirkt im Hinblick auf die Verkehrssicherungspflicht nur eingeschränkt im Außenverhältnis

Im Falle des Ausschlusses der gesetzlichen Erhaltungspflicht des Berechtigten durch Übertragung der Pflicht auf den Eigentümer bzw. des Ausschlusses der gesetzlichen Erhaltungspflicht des mitbenutzungsberechtigten Eigentümers durch Übertragung der Pflicht auf den Berechtigten wirkt diese Regelung im Hinblick auf die Verkehrssicherungspflicht im Verhältnis zu Dritten (Außenverhältnis) nur eingeschränkt.

Im Außenverhältnis gelten die in Ziffer IV. 5. aufgeführten Grundsätze zur Delegation von Verkehrssicherungspflichten

121 BGH, Urteil vom 08.03.2019, V ZR 343/17, DNotZ 2019, 753 ff.; Urteil vom 27.09.2019, V ZR 1/18, NVwZ-RR 2020, 866, 867.

122 OLG Hamm, Beschluss vom 11.11.2014, I-15 W 307/14, MittBayNot 2016, 317, 318.

123 OLG München, Beschluss vom 08.06.2020, 34 Wx 177/20, MittBayNot 2021, 123, 124.

124 *Amann*, MittBayNot 2021, 99, 101; *Munzig*, MittBayNot 2016, 318; *Staudinger/Weber*, § 1020 Rdnr. 20.

125 *Amann*, MittBayNot 2021, 99, 101.

ten. Danach wird der die Verkehrssicherungspflicht Übernehmende nach allgemeinen Deliktgrundsätzen verantwortlich. Der Delegierende kann seine Verkehrssicherungspflicht zwar auf Kontroll- und Überwachungspflichten verkürzen, seine völlige Entlastung ist aber nicht möglich.

b) Der isolierte Verzicht auf die Erhaltungspflicht wirkt im Hinblick auf die Verkehrssicherungspflicht nicht im Außenverhältnis

Im Falle des Ausschlusses der gesetzlichen Erhaltungspflicht des Berechtigten und/oder des mitbenutzungsberechtigten Eigentümers durch isolierten Verzicht wirkt dieser Ausschluss nur im Innenverhältnis des jeweiligen Dienstbarkeitsberechtigten und jeweiligen Dienstbarkeitsverpflichteten, nicht aber gegenüber Dritten.<sup>126</sup>

### VIII. Zusammenfassung

1. Die gesetzliche Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB setzt voraus, dass der Grunddienstbarkeitsberechtigte auf dem belasteten Grundstück eine Anlage zur Ausübung der Dienstbarkeit hält. Nach der Rechtsprechung des BGH schließt ein Mitbenutzungsrecht des Eigentümers des dienenden Grundstücks die Erhaltungspflicht des Berechtigten nicht aus, schränkt sie jedoch dahin gehend ein, dass der Eigentümer die Kosten der Unterhaltung der Anlage im Umfang seiner Nutzung selbst tragen muss. Darüber hinaus trifft den Eigentümer gegenüber dem Berechtigten auch eine Erhaltungspflicht, wobei sich der Umfang und der Inhalt der gegenseitigen Pflichten aus dem entsprechend anwendbaren Gemeinschaftsrecht (§§ 748, 742, 745 Abs. 2 BGB) ergeben. Der Umfang der Erhaltungspflicht wird durch das Integritätsinteresse des Eigentümers des dienenden Grundstücks begrenzt.

2. Die Unterhaltungspflichten nach § 1021 Abs. 1 BGB setzen voraus, dass zur Ausübung der Grunddienstbarkeit eine Anlage auf dem belasteten Grundstück gehört und der Eigentümer des dienenden Grundstücks und der Dienstbarkeitsberechtigte eine Unterhaltungsvereinbarung treffen, die als Inhalt der Dienstbarkeit dingliche Wirkung erhält, falls sie im Grundbuch des dienenden Grundstücks eingetragen wird (§§ 873, 874 BGB). Die Pflicht zur Unterhaltung der Anlage nach § 1021 Abs. 1 BGB unterscheidet sich von der Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB dadurch, dass der Umfang der Unterhaltungspflicht nicht durch das Integritätsinteresse, sondern durch das Benutzungsinteresse (vor allem im Sinne der Erhaltung der Gebrauchs- und Funktionsfähigkeit der Anlage) begrenzt wird. Abgesehen von der Reallastwirkung (ranggesicherte Verwertungsrechte) entfalten die Unterhaltungsvereinbarungen grundsätzlich keine Wirkung gegenüber jedermann (Außenverhältnis), wirken aber zwischen dem jeweiligen Eigentümer und jeweiligen Berechtigten (Sukzessionswirkung). Bei der Vereinbarung von Verkehrssicherungspflichten gelten die allgemeinen Deliktgrundsätze zur Delegation von Verkehrssicherungspflichten im Verhältnis zu Dritten.

3. § 1022 BGB regelt den Sonderfall, dass der Grunddienstbarkeitsberechtigte auf einer baulichen Anlage des belasteten Grundstücks eine bauliche Anlage hält. In diesem Fall trifft den Eigentümer des dienenden Grundstücks die gesetzliche Pflicht, seine tragende bauliche Anlage im Interesse des Berechtigten zu unterhalten. Wie § 1022 Satz 1 BGB ausdrücklich regelt, können die Beteiligten abweichende Vereinbarungen treffen und als Inhalt der Dienstbarkeit im Grundbuch des dienenden Grundstücks eintragen lassen.

4. Unabhängig von den Grenzen des § 1021 BGB können in das Begleitschuldverhältnis der Dienstbarkeit durch Vereinbarung Leistungspflichten und Leistungsansprüche aufgenommen werden, die für und gegen den jeweiligen Eigentümer des dienenden Grundstücks und den jeweiligen Dienstbarkeitsberechtigten wirken, ohne dass eine Schuldübernahme, Abtretung oder ein rechtsgeschäftlicher Eintritt in das Begleitschuldverhältnis erforderlich sind (Sukzessionswirkung). Die Voraussetzungen und Grenzen für die Aufnahme in das Begleitschuldverhältnis ergeben sich aus dem Zweck des sachenrechtlichen Typenzwangs und der sachenrechtliche Typenfixierung. Vereinbarungen im Begleitschuldverhältnis außerhalb der Grenzen des § 1021 BGB sind nicht reallastbewehrt. Die speziellen Voraussetzungen der §§ 1021, 1022 BGB spielen nur noch eine Rolle für die Frage, ob die Unterhaltungspflicht reallastbewehrt ist, sodass sich die mit den § 1020 Satz 2, §§ 1021, 1022 BGB verbundenen Abgrenzungsprobleme und Zweifelsfragen erheblich entschärfen.

Der erweiterte Gestaltungsrahmen schafft Rechtssicherheit und entspricht den Bedürfnissen der Praxis.

5. Die gesetzlichen Erhaltungspflichten des Berechtigten und des mitbenutzungsberechtigten Eigentümers des dienenden Grundstücks nach § 1020 Satz 2 BGB können ausgeschlossen werden durch die Übernahme einer vereinbarten Unterhaltungspflicht durch den jeweils anderen gemäß § 1021 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB bzw. unabhängig von dessen Voraussetzungen im Begleitschuldverhältnis oder durch isolierten Verzicht. Dies kann als Inhalt der Dienstbarkeit vereinbart und im Grundbuch eingetragen werden. Der Ausschluss der gesetzlichen Erhaltungspflicht wirkt im Hinblick auf Verkehrssicherungspflichten bei der Übernahme einer vereinbarten Unterhaltungspflicht durch den jeweils anderen nur eingeschränkt gegenüber Dritten. Der isolierte Verzicht entfaltet keine Wirkung im Außenverhältnis.

### IX. Tabellen für die Praxis

Zur schnellen Orientierung in der Praxis möchte ich die Tabelle im Staudinger<sup>127</sup> erweitern. Dabei kennzeichnet die obere Reihe die unterschiedlichen tatsächlichen Verhältnisse, die seitliche die gesetzliche Lage und die Vereinbarungsmöglichkeiten. Unter „Berechtigter“ ist der Dienstbarkeitsberechtigte und unter „Eigentümer“ der Eigentümer des dienenden Grundstücks zu verstehen. Bei Vereinbarungen im Begleitschuldverhältnis unabhängig von den

<sup>126</sup> Grziwotz, ZfIR 2017, 445, 447; Regenfus, ZNotP 2017, 126, 136.

<sup>127</sup> Staudinger/Weber, § 1020 Rdnr. 11.

Grenzen des § 1021 muss keine „Anlage“ vorhanden sein (Tabelle 1) und die Maßnahmen der Unterhaltung müssen nicht im Benutzungsinteresse erforderlich (im Sinne von notwendig) sein (Tabelle 1 und 2). Es genügt ne-

ben den weiteren Voraussetzungen ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Ausübung der Befugnisse aus der Dienstbarkeit.<sup>128</sup>

## 1. Tabelle zur gesetzlichen Erhaltungspflicht und vereinbarten Unterhaltungspflicht

	keine Anlage vorhanden	Alleinnutzung der Anlage durch den Berechtigten	gemeinsame Nutzung der Anlage durch den Berechtigten und den Eigentümer
gesetzliche Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2	besteht nicht	Erhaltungspflicht des Berechtigten	Erhaltungspflicht des Berechtigten und des Eigentümers (BGH)
Vereinbarung einer Unterhaltungspflicht nach § 1021	nicht möglich als Inhalt einer Dienstbarkeit	möglich, Pflicht des Eigentümers ganz oder teilweise	möglich, Pflicht des Eigentümers oder Berechtigten oder von beiden
Vereinbarung unabhängig von den Grenzen des § 1021 als Inhalt des Begleitschuldverhältnisses	möglich als Inhalt der Dienstbarkeit	möglich über die Grenzen des § 1021 hinaus als Inhalt der Dienstbarkeit	möglich über die Grenzen des § 1021 hinaus als Inhalt der Dienstbarkeit
Ausschluss der Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2	geht ins Leere, im Grundbuch nicht eintragbar	Ausschluss der Pflicht des Berechtigten möglich und im Grundbuch eintragbar	Ausschluss der Pflichten des Berechtigten und/oder des Eigentümers im Grundbuch eintragbar

## 2. Tabelle zum Sonderfall der baulichen Anlage auf der baulichen Anlage (§ 1022 BGB)

	tragende Anlage	getragene Anlage
gesetzliche Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2	§ 1020 Satz 2 nicht anwendbar, da die Sondervorschrift des § 1022 gilt	§ 1020 Satz 2 anwendbar, siehe Tabelle 1
Sondervorschrift des § 1022	anwendbar, gesetzliche Unterhaltungspflicht des Eigentümers	nicht anwendbar
Vereinbarung einer Unterhaltungspflicht nach § 1021	möglich, Pflicht des Berechtigten bei Mitbenutzungsrecht des Eigentümers oder Pflicht von Berechtigten und Eigentümer	möglich, siehe Tabelle 1
Vereinbarung unabhängig von den Grenzen des § 1021 als Inhalt des Begleitschuldverhältnisses	möglich über die Grenzen des § 1021 hinaus als Inhalt der Dienstbarkeit	möglich über die Grenzen des § 1021 hinaus als Inhalt der Dienstbarkeit
Ausschluss der Erhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2	geht ins Leere, da § 1020 Satz 2 wegen der Sondervorschrift des § 1022 nicht anwendbar ist	möglich, siehe Tabelle 1
Ausschluss der Unterhaltungspflicht nach § 1022	möglich	geht ins Leere, da § 1022 nicht anwendbar ist

<sup>128</sup> Amann, DNotZ 1989, 531, 537, 542, 561.

# Praxisupdate Grunderwerbsteuerrecht

Von Notar Dr. **Eckhard Wälzholz**, Füssen

Das Grunderwerbsteuerrecht hat im Jahr 2021 eine Vielzahl von Neuerungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung mit sich gebracht. Der nachfolgende Beitrag knüpft an den Beitrag aus MittBayNot 2021, 12 an und berichtet über die zwischenzeitlich eingetretenen Entwicklungen, soweit diese für die notarielle Praxis von Bedeutung sind.

## I. Die Reform des GrEStG zu share-deals, KöMoG und StAbwG<sup>1</sup>

Mit Wirkung zum 01.07.2021 hat der Gesetzgeber das Gesetz zur Reform des Grunderwerbsteuergesetzes speziell für sog. share-deals, also Anteilsübertragungen, verabschiedet. Daneben hat der Gesetzgeber auch im Rahmen des Gesetzes zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts (KöMoG) und mit dem Gesetz zur Abwehr von Steuervermeidung und unfairem Steuerwettbewerb (StAbwG) Änderungen am GrEStG mit erheblicher praktischer Bedeutung vorgenommen.

Im GrESt-Recht geht es im Kern um folgende Änderungen,<sup>2</sup> die zu einer wesentlichen Verschärfung der Grunderwerbsteuer insbesondere bei Anteilsübertragungen und Übertragungen mit Personengesellschaften führen:

- Einführung eines neuen Ergänzungstatbestandes zur Erfassung von Anteilseignerwechseln in Höhe von mindestens 90 % innerhalb von zehn Jahren bei Kapitalgesellschaften, § 1 Abs. 2b GrEStG n. F., parallel zu § 1 Abs. 2a GrEStG; für börsennotierte Gesellschaften hat der Gesetzgeber eine Bereichsausnahme in § 1 Abs. 2c GrEStG geschaffen;
- Verlängerung der Fristen bei share-deals von fünf auf zehn Jahre im Bereich der § 1 Abs. 2a und 2b, §§ 5, 6, 7 GrEStG;
- Absenkung der 95 %-Grenze im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a, 2b, 3 und 3a GrEStG auf 90 %;<sup>3</sup>
- Verlängerung der Vorbehaltensfrist in § 6 Abs. 4 Nr. 3 GrEStG n. F. auf fünfzehn Jahre;<sup>4</sup>
- Anwendung der Ersatzbemessungsgrundlage auf Grundstücksverkäufe im Rückwirkungszeitraum von Umwandlungsfällen, § 8 Abs. 2 Nr. 4 GrEStG;

- Personengesellschaften, die nach § 1 Abs. 1a KStG i. d. F. des KöMoG<sup>5</sup> zur Körperschaftsteuer optieren, kommen grundsätzlich nicht mehr in den Genuss der §§ 5, 6 GrEStG; der Optionsantrag führt zur Nachversteuerung eines Einbringungsvorgangs im Sinne des § 5 Abs. 3 GrEStG;
- sog. Scheinauslands-Kapitalgesellschaften mit Geschäftsleitung im Inland, die nach IPR wie Personengesellschaften oder Einzelunternehmen zu behandeln sind,<sup>6</sup> insbesondere britische *Limiteds*, gelangen nicht in den Genuss der §§ 5, 6 GrEStG;
- die Haltefrist und Beteiligungsquoten in § 6a GrEStG bleiben hingegen unverändert.

Bezüglich der weiteren Details der Reformen sei an dieser Stelle auf die Ausführungen in DNotZ 2021, 645 verwiesen.<sup>7</sup>

Im Hinblick auf die Übergangsbestimmungen gelten folgende Grundaussagen, zu denen die Finanzverwaltung inzwischen einen ausführlichen Übergangserlass<sup>8</sup> veröffentlicht hat:

- Grundsatz: Anwendbarkeit des neuen Rechtes für jede Übertragung seit dem 01.07.2021; grundsätzlich sind also ab 01.07.2021 die 90 %-Grenze und die zehnjährigen Haltefristen zu beachten, § 23 Abs. 18 GrEStG.
- Ausnahme 1: Im Rahmen des § 1 Abs. 2b GrEStG bei Kapitalgesellschaften erfolgt keine Zusammenrechnung mit Altübertragungen vor dem 01.07.2021, § 23 Abs. 23 GrEStG; jeder Gesellschafter, der am 01.07.2021 an der Kapitalgesellschaft beteiligt war, gilt nach Ansicht der Finanzverwaltung als Altgesellschafter<sup>9</sup>. Anteilsübertragungen seit dem 01.07.2021 an Altgesellschafter werden bei der 90 %-Grenze des § 1

5 Siehe dazu *Demuth*, KÖSDI 2021, 22241 (Heft Mai); *Behrens/Seemaier*, DStR 2021, 1673; *Brühl/Weiss*, DStR 2021, 889 ff.; *Mayer/Käshammer*, NWB 2021, 1286; *Cordes/Kraft*, FR 2021, 401; *Haug*, FR 2021, 410 ff.; *Müller*, NWB 2021, 1374; *Dorn/Dibbert*, DB 2021, 706 ff.; *Brühl/Weiss*, DStR 2021, 945; *Schwalm*, DStR 2021, 980 ff.

6 Siehe zum Beispiel BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, NJW 2009, 289 (m. Anm. *Kieninger*).

7 *Wälzholz*, DNotZ 2021, 645 ff.

8 Oberste Finanzbehörden der Länder vom 29.06.2021, gleichlautender Ländererlass zu den Übergangsregelungen aufgrund des Gesetzes zur Änderung des GrEStG, BStBl. I 2021, S. 1006 = DStR 2021, 2243. Siehe dazu ausführlich *Broemell/Mörwald*, DStR 2021, 2383 ff.

9 Oberste Finanzbehörden der Länder vom 29.06.2021, gleichlautender Ländererlass zu den Übergangsregelungen aufgrund des Gesetzes zur Änderung des GrEStG, BStBl. I 2021, S. 1006 = DStR 2021, 2243 Rdnr. 3.

1 *Broemell/Mörwald*, DStR 2021, 1624; *Broemell/Mörwald*, DStR 2021, 2383; *Fischer*, BB 2021, 1566; *Mendling/Förster*, DStR 2021, 1974; *Happel*, DStR 2021, 1193; *Stoschek*, DStR 2021, 2021; *Wischott/Graessner*, NWB 2021, 1519; *Wälzholz*, DNotZ 2021, 645.

2 *Wagner*, DB 2018, 1553, 1554.

3 *Broemell/Mörwald*, DStR 2021, 1624.

4 *Broemell/Mörwald*, DStR 2021, 1624.

Abs. 2b GrEStG n. F. nicht mitgezählt und sind daher unschädlich.

- Ausnahme 2: Wenn die bisher laufende Fünfjahresfrist nach § 1 Abs. 2a, §§ 5, 6, 7 GrEStG am 01.07.2021 bereits abgelaufen war, wird man bei Veränderungen seit dem 01.07.2021 nicht mehr von der neuen Zehnjahresfrist erfasst, § 23 Abs. 19, 24 GrEStG.<sup>10</sup>
- Ausnahme 3: Liegt die Beteiligungsquote eines Gesellschafters am 01.07.2021 zwischen 90 % und 95 %, so gilt das alte Recht subsidiär weiter, § 23 Abs. 20 GrEStG,<sup>11</sup> da und soweit sonst die Aufstockung auf über 95 % nach neuem Recht nicht steuerbar wäre, wohl aber nach altem.

Der Gesetzgeber wollte eigentlich eine Rückwirkung bzw. tatbestandliche Rückanknüpfung erreichen, indem für alle Transaktionen, Anteilsübertragungen oder sonstigen Veränderungen seit dem 01.07.2021 die zehnjährige Haltefrist im Rahmen der §§ 5, 6 GrEStG zur Anwendung gelangt, § 23 Abs. 18 in Verbindung mit Abs. 24 GrEStG. Die Finanzverwaltung bildet in dem gleichlautenden Ländererlass vom 29.06.2020 Beispiele zu den Übergangsregelungen zu §§ 5 und 6 des Grunderwerbsteuerrechts.<sup>12</sup> Die vom Gesetzgeber angestrebte tatbestandliche Rückanknüpfung läuft jedoch in einer bestimmten Fallgruppe ins Leere.

Beispiel: Ein Gesellschafter bringt am 01.01.2021, also vor Inkrafttreten des neuen Rechts, Grundbesitz in die ihm allein gehörende GmbH & Co. KG ein, befreit nach § 5 Abs. 2 GrEStG. Sechs Jahre später, also am 01.01.2027, veräußert er 70 % der Gesellschaftsanteile an der GmbH & Co. KG an einen fremden Gesellschafter. Die nach altem Recht gültige fünfjährige Haltefrist ist abgelaufen. Für alle Geschäftsvorfälle seit dem 01.07.2021 soll hingegen das neue Recht eingreifen, also § 5 Abs. 3 GrEStG mit zehnjähriger Haltefrist. Da jedoch die zu besteuerte Grundstücksübertragung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG bereits vor dem 01.07.2021 erfolgt ist, nämlich am 01.01.2021, wird zu Recht in der Rechtslehre<sup>13</sup> die Ansicht vertreten, dass hier die vom Gesetzgeber angestrebte faktische Rückwirkung ins Leere geht. Der Vorgang kann nicht mehr vom neuen Recht erfasst und nicht besteuert werden. Die Briefe, die die Finanzverwaltung seit 01.07.2021 an die Beteiligten versendet,

sprechen jedoch dafür, dass die Finanzverwaltung insoweit eine abweichende Auffassung vertritt,<sup>14</sup> zumindest aus Bayern sind entsprechende unzutreffende Hinweise und Briefe der Finanzverwaltung bekannt. Im gleichlautenden Ländererlass finden sich keine Hinweise zu dieser Problematik.

## II. Treuhand und Auftragswerb im GrEStG

### 1. Grundstückserwerb durch Treuhänder, BFH, Urteil vom 30.11.2020, II B 41/20<sup>15</sup>

Ein Erwerbsvorgang ist nicht bereits deshalb Grunderwerbsteuerfrei, weil der Erwerber das Grundstück lediglich als Treuhänder für den Veräußerer als Treugeber halten soll.

Dem vom BFH zu entscheidenden Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde, der das Augenmerk auf die sog. Auftrags-erwerbe und Treuhandverhältnisse lenkt:<sup>16</sup>

Eine KG erwarb durch notariell beurkundeten Kaufvertrag aus dem Jahr 2018 ein Mehrfamilienhaus. Am folgenden Tag schlossen die Parteien einen notariell beurkundeten Treuhandvertrag. Danach sollte die KG das Grundstück auf Gefahr und für Rechnung der Veräußerin halten und sanieren und war zur jederzeitigen Rückübertragung verpflichtet. Das FA setzte Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG gegen die KG (= Treuhänderin) fest.

Das FG hat die Klage abgewiesen und damit die Steuerpflicht bestätigt. Die Besteuerungstatbestände des § 1 GrEStG knüpften an das bürgerliche Recht an. Der Treuhänder werde Eigentümer. Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO finde nicht statt. Wenn zudem die Übertragung des Grundstücks auf den Treuhänder nicht steuerbar wäre, wäre es auch die Rückübertragung nicht, sodass § 3 Nr. 8 GrEStG, der die Rückübertragung ausdrücklich steuerfrei stelle, obsolet wäre. Der BFH<sup>17</sup> hat diese Ansicht zu Recht bestätigt. Der Erwerb eines Treuhänders von dem Treugeber ist nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG, alternativ ggf. nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG, steuerpflichtig. Der Treuhänder erwirbt zivilrechtlich einen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks und spätestens durch den Vollzug der Auflassung das Eigentum am Grundstück. Hieran ändern weder die schuldrechtlichen Abreden der Parteien noch ein zeitgleich vereinbarter (bedingter) Anspruch auf

<sup>10</sup> Siehe oberste Finanzbehörden der Länder vom 29.06.2021, gleichlautender Ländererlass zu den Übergangsregelungen aufgrund des Gesetzes zur Änderung des GrEStG, BStBl. I 2021, S. 1006 = DStR 2021, 2243 Rdnr. und 5.

<sup>11</sup> Siehe oberste Finanzbehörden der Länder vom 29.06.2021, gleichlautender Ländererlass zu den Übergangsregelungen aufgrund des Gesetzes zur Änderung des GrEStG, BStBl. I 2021, S. 1006 = DStR 2021, 2243 Rdnr. 2.3.

<sup>12</sup> Siehe oberste Finanzbehörden der Länder vom 29.06.2021, GLE zu den Übergangsregelungen aufgrund des Gesetzes zur Änderung des GrEStG, BStBl. I 2021, S. 1006 = DStR 2021, 2243 Rdnr. 5.

<sup>13</sup> So *Broemel/Mörwald*, DStR 2021, 2383, 2386; *Loose*, Richter am zuständigen II. Senat des BFH, in seiner demnächst erscheinenden Kommentierung in *Viskorf* (ehemals *Boruttau*), GrEStG, 20. Aufl. 2022, zu § 23 Abs. 18 ff. GrEStG.

<sup>14</sup> Davon gehen auch *Broemel/Mörwald*, DStR 2021, 2383, 2386 aus.

<sup>15</sup> UVR 2021, 111 = BeckRS 2020, 41083.

<sup>16</sup> Siehe dazu gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 19.09.2018 zu Gesellschaftsanteilen, BStBl. I 2018, S. 1074 = DB 2018, 2602; gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 12.10.2007 zu Grundstücksgeschäften, BStBl. I 2007, S. 757 = DStR 2008, 355; siehe dazu *Heine*, UVR 2017, 118; *Boruttau/Meßbacher-Hönsch*, GrEStG, 19. Aufl. 2019, § 1 Rdnr. 127 ff.; *Gottwald/Behrens/Böing/Seemaier*, Grunderwerbsteuer, 6. Aufl. 2021, Rdnr. 2.165 ff.

<sup>17</sup> BFH, Urteil vom 30.11.2020, II B 41/20, UVR 2021, 111 = BeckRS 2020, 41083.

Rückübertragung etwas. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO findet keine Anwendung.<sup>18</sup>

Es besteht nach BFH auch keine ausnahmsweise Freistellung von der Steuer bei Übertragung von Grundbesitz vom Treugeber an den Treuhänder. Das folgt aus § 3 Nr. 8 Satz 2 GrEStG. Nach § 3 Nr. 8 Satz 1 GrEStG ist u. a. von der Besteuerung ausgenommen der Rückerwerb eines Grundstücks durch den Treugeber bei Auflösung des Treuhandverhältnisses. Voraussetzung ist nach § 3 Nr. 8 Satz 2 GrEStG, dass für den Rechtsvorgang, durch den der Treuhänder den Anspruch auf Übereignung des Grundstücks oder das Eigentum an dem Grundstück erlangt hatte, die Steuer entrichtet worden ist. Diese Voraussetzung kann nur erfüllt sein, wenn genau der Rechtsvorgang, durch den der Treuhänder den Anspruch auf Übereignung des Grundstücks oder das Eigentum an dem Grundstück erlangt hatte, steuerbar und steuerpflichtig ist. Wäre er es nicht, liefe die Vorschrift leer. Das wäre eine sachwidrige Auslegung.

Die uneigennützige Treuhand und die eigennützige Treuhand werden insoweit gleichbehandelt.<sup>19</sup> Die Grunderwerbsteuer ist eine Rechtsverkehrsteuer und knüpft an das Zivilrecht an. Diesem Grundsatz wäre es nach Ansicht des BFH fremd, wenn es darauf ankäme, welchen wirtschaftlichen Zweck ein Treuhandverhältnis verfolgt.

## 2. Auftragserwerb, BFH, Urteil vom 23.02.2021, II R 22/19

In der zweiten BFH-Entscheidung<sup>20</sup> zu Treuhandverhältnissen geht es um einen Fall, in dem ein Treuhänder im Wege des sog. Auftragserwerbs ein Grundstück für einen Treugeber von einem Dritten erwirbt. Bei einer solchen Erwerbtreuhand ist sowohl der Grundstückserwerb durch den Treuhänder als auch der Erwerb der Verwertungsbefugnis durch den Treugeber grunderwerbsteuerpflichtig. Für Grund und Umfang von Steuerbefreiungen sind grundsätzlich beide Erwerbsvorgänge getrennt zu betrachten.

Es ist also einerseits der Erwerb des Eigentums durch den Beauftragten nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG steuerpflichtig. Gemäß § 1 Abs. 2 GrEStG ist jedoch gleichzeitig die damit dem Geschäftsherrn (oder Auftraggeber) verschaffte Rechtsmacht steuerpflichtig, von dem Beauftragten die Auflassung des Grundstücks zu verlangen (§ 667 i. V. m. § 675 BGB) oder es der Substanz nach auf eigene Rech-

nung zu verwerten.<sup>21</sup> Diese doppelte GrESt-Pflicht<sup>22</sup> ein und desselben Vertrages ist nicht verfassungswidrig.<sup>23</sup> Dies ist kein Fall des § 3 Nr. 8 GrEStG.<sup>24</sup>

## 3. Weitere Merksätze zum Treuhandverhältnis/Auftragserwerb:

- Die Übertragung von Grundeigentum vom Treugeber auf den Treuhänder ist grunderwerbsteuerpflichtig.
- Die Rückübertragung des Grundeigentums vom Treuhänder auf den Treugeber ist unter den Voraussetzungen des § 3 Nr. 8 GrEStG von der GrESt befreit.
- Die erstmalige Vereinbarung eines Treuhandverhältnisses als Vereinbarungstreuhand löst GrESt beim Treugeber aus, durch Erwerb der wirtschaftlichen Verwertungsbefugnis.<sup>25</sup>
- Die Aufhebung eines Treuhandverhältnisses ohne zivilrechtliche Grundstücksübertragung kann zu einem steuerpflichtigen Übergang der wirtschaftlichen Verfügungsbefugnis im Sinne des § 1 Abs. 2 GrEStG führen.<sup>26</sup>
- Besonderheiten sind beim Treuhänderwechsel und Treugeberwechsel zu beachten.<sup>27</sup>

## III. Grunderwerbsteuer bei Auflösung nicht-ehelicher Lebensgemeinschaften, BFH vom 01.12.2020, II B 53/20

Gemäß § 3 Nr. 5 GrEStG ist der Grundstückserwerb durch den früheren Ehegatten des Veräußerers im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung nach der Scheidung grunderwerbsteuerfrei. Gleiches gilt nach § 3 Nr. 5a GrEStG beim Grundstückserwerb durch den früheren Lebenspartner des Veräußerers im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung nach der Aufhebung der Lebenspartnerschaft. Insofern war bisher strittig, ob diese Normen analog auch auf nichteheliche Lebensgemeinschaften anwendbar sein können. Dies hat er BFH<sup>28</sup> nunmehr zu Recht abgelehnt, da eine rechtliche Gleichstellung von nichtehelichen Le-

18 Ausnahmen von diesem Grundsatz gelten bei mittelbaren Gesellschafterwechseln, siehe BFH, Urteil vom 25.11.2015, II R 18/14, BStBl. II 2018, S. 783 = DStR 2016, 242 (mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes i. S. d. § 1 Abs. 2a GrEStG durch Abschluss von Treuhandverträgen); Urteil vom 09.07.2014, II R 49/12, BStBl. II 2016, S. 57 = DStR 2014, 1829.

19 BFH, Urteil vom 30.11.2020, II B 41/20, UVR 2021, 111 = BeckRS 2020, 41083. Die Bemessungsgrundlage kann sich in beiden Fällen jedoch unterscheiden, siehe Gottwald/Behrens/Böing/Seemaier, Grunderwerbsteuer, Rdnr. 2.168.

20 BFH, Urteil vom 23.02.2021, II R 22/19, DStR 2021, 1703.

21 BFH, Urteil vom 22.10.2014, II R 41/13, BFH/NV 2015, 232.

22 Gottwald/Behrens/Böing/Seemaier, Grunderwerbsteuer, Rdnr. 2.175.

23 So ausdrücklich BFH, Urteil vom 14.05.2003, II B 70/02, BFH/NV 2003, 1448.

24 Boruttau/Meßbacher-Hönsch, GrEStG, § 3 Rdnr. 459.

25 Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 12.10.2007 zu Grundstücksgeschäften, BStBl. I 2007, S. 757 = DStR 2008, 355 Rdnr. 2.1; Boruttau/Meßbacher-Hönsch, GrEStG, § 1 Rdnr. 142; Gottwald/Behrens/Böing/Seemaier, Grunderwerbsteuer, Rdnr. 2.179.

26 Boruttau/Meßbacher-Hönsch, GrEStG, § 1 Rdnr. 143; siehe dazu auch BFH, Urteil vom 24.04.2013, II R 32/11, BStBl. II 2013, S. 962.

27 Siehe dazu Gottwald/Behrens/Böing/Seemaier, Grunderwerbsteuer, Rdnr. 2.182 ff.

28 BFH, Urteil vom 01.12.2020, II B 53/20, BFH/NV 2021, 540. Ebenso Behrens/Wachter/Böing, GrEStG, 2018, § 3 Rdnr. 219; Pahlke, GrEStG, 6. Aufl. 2018, § 3 Rdnr. 220.

bensgemeinschaften mit Ehen bzw. gleichgeschlechtlichen Ehen/Lebenspartnerschaften nicht gerechtfertigt sei.

#### IV. Ländererlasse zu Konzernumwandlungen nach § 6a GrEStG vom 22.09.2020

Im letzten Praxisupdate Grunderwerbsteuerrecht Anfang 2021<sup>29</sup> wurde ausführlich über die neue praxisfreundliche Rechtsprechung des BFH zur Grunderwerbsteuerfreiheit bei Konzernumwandlungen berichtet. Nachdem der BFH sich in vielerlei Hinsicht gegen die bisherige Ansicht der Finanzverwaltung ausgesprochen hatte, waren die bisherigen<sup>30</sup> gleichlautenden Ländererlasse zu § 6a GrEStG zu überarbeiten.

Die Finanzverwaltung hat daher ihre Erlasse von 2012/2013 zu § 6a GrEStG an die neue Rechtsprechung des BFH angepasst mit gleichlautenden Erlassen<sup>31</sup> vom 22.09.2020.<sup>32</sup> Grundsätzlich hat die Finanzverwaltung sich nunmehr der Ansicht der Rechtsprechung angeschlossen. Hervorzuheben sind jedoch die folgenden Besonderheiten und Widersprüche.

##### 1. Ausgliederung aus einem Einzelunternehmen

Beispiel: A ist Inhaber eines im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens samt dazugehörigem Grundbesitz, das er nunmehr in eine GmbH einbringen möchte, möglichst unter Vermeidung von Grunderwerbsteuer. Die GmbH existiert noch nicht.

Für einen nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GrEStG steuerbaren Rechtsvorgang aufgrund einer Umwandlung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG wird Grunderwerbsteuer nach § 6a GrEStG nicht erhoben. Dies gilt jedoch nur, wenn an dem dort genannten Rechtsvorgang ausschließlich ein herrschendes Unternehmen und ein oder mehrere von diesem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften oder mehrere von einem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften beteiligt sind. Entgegen der bisherigen Ansicht der Finanzverwaltung hat der BFH in seiner Entscheidung vom 21.08.2019 betont, dass § 6a GrEStG für *alle* Rechtsträger im Sinne des GrEStG gilt, die wirtschaftlich tätig sind: Stiftungen,<sup>33</sup> Einzelunternehmen, Kapitalgesellschaften, Personengesellschaften, ohne Einschränkungen.<sup>34</sup> Das Unternehmen muss nicht mal Unternehmer im

Sinne des UStG sein.<sup>35</sup> Die Vorschrift erfasst nach BFH auch den Fall, dass eine abhängige Gesellschaft durch Ausgliederung aus einem herrschenden Unternehmen neu entsteht.<sup>36</sup> Bei der Ausgliederung zur Neugründung muss das herrschende Unternehmen innerhalb von fünf Jahren nach der Ausgliederung zu mindestens 95 % an der neu gegründeten Gesellschaft beteiligt bleiben (Nachbehaltensfrist). Die Vorbehaltensfrist muss in Bezug auf die neu gegründete Gesellschaft nicht eingehalten werden, weil sie aufgrund der Ausgliederung nicht eingehalten werden kann.<sup>37</sup> Nach diesen klaren Aussagen des BFH müsste zweifelsfrei auch die Ausgliederung eines Einzelunternehmens zur Neugründung einer GmbH unter § 6a GrEStG fallen, sofern die fünfjährige Nachbehaltensfrist eingehalten wird. Dennoch vertritt die Finanzverwaltung ohne weitere Begründung die gegenteilige Ansicht in Tz. 2.1 des Erlasses vom 22.09.2020 am Ende.

„In Fällen der Ausgliederung bzw. Aufnahme eines Einzelunternehmens auf eine neu zu gründende Kapitalgesellschaft ist die Steuervergünstigung in § 6a GrEStG nicht einschlägig.“

Danach wäre die Ausgliederung zur Neugründung nicht begünstigt, sondern grunderwerbsteuerpflichtig. Diese Ansicht ist abzulehnen.<sup>38</sup> Sie ist insbesondere inkonsequent und nicht nachvollziehbar, weil der spiegelbildliche Vorgang der Verschmelzung einer grundstückshaltenden GmbH auf ihren Alleingesellschafter nach § 120 UmwG nach § 6a Grunderwerbsteuerfrei sein soll.<sup>39</sup> Mandanten bzw. deren Berater sollten in geeigneten Fällen gleichwohl vorgewarnt werden, dass die Finanzverwaltung eine andere Ansicht als der BFH vertritt.

Sofern die GmbH bereits seit mindestens fünf Jahren besteht und der Einzelunternehmer seit mindestens fünf Jahren ununterbrochen an der GmbH zu mindestens 95 % beteiligt ist, kommt die Steuerbefreiung nach § 6a GrEStG bei Ausgliederung zur Aufnahme uneingeschränkt zur Anwendung – insoweit vertritt auch die Finanzverwaltung keine abweichende Meinung.

Einbringungsvorgänge von Grundstücken im Wege der Einzelrechtsnachfolge mit Auflassung sind von § 6a GrEStG nie erfasst, da diese eine Steuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG auslösen, während § 6a GrEStG ausschließlich Übertragungen/Übergänge im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge begünstigt.<sup>40</sup>

29 MittBayNot 2021, 12 ff.

30 Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 19.06.2012, BStBl. I 2012, S. 662; gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 09.10.2013, BStBl. I 2013, S. 1375.

31 Siehe dazu *Fleischer/Schmidt/Görnig*, Stbg 2021, 26 ff.; *Broemel/Mörwald*, DStR 2021, 140 ff.

32 DStR 2021, 164 ff.

33 BFH, Urteil vom 21.08.2019, II R 19/19 (II R 63/14), BStBl. II 2020, S. 337 = DStR 2020, 341.

34 BFH, Urteil vom 21.08.2019, II R 16/19 (II R 36/14), BStBl. II 2020, S. 333; Urteil vom 21.08.2019, II R 19/19 (II R 63/14), BStBl. II 2020, S. 337 = DStR 2020, 341, zum Einzelunternehmen ausdrücklich in Rdnr. 23.

35 BFH, Urteil vom 21.08.2019, II R 19/19 (II R 63/14), BStBl. II 2020, S. 337 = DStR 2020, 341.

36 BFH, Urteil vom 21.08.2019, II R 16/19 (II R 36/14), BStBl. II 2020, S. 333 (Leitsatz).

37 BFH, Urteil vom 21.08.2019, II R 16/19 (II R 36/14), BStBl. II 2020, S. 333.

38 Kritisch auch *Broemel/Mörwald*, DStR 2021, 140, 141.

39 Gleichlautender Ländererlass zu § 6a GrEStG vom 22.09.2020, DStR 2021, 164 Rdnr. 2.1; *Broemel/Mörwald*, DStR 2021, 140, 141.

40 Gleichlautender Ländererlass zu § 6a GrEStG vom 22.09.2020, DStR 2021, 164 Rdnr. 2.3 Abs. 2; *Broemel/Mörwald*, DStR 2021, 140, 141.

## 2. Keine grundstücksbezogene Betrachtung

Beispiel: A ist alleiniger Gesellschafter der A-GmbH, die wiederum Grundbesitz hält. Die A-GmbH gliedert den gesamten Grundbesitz in eine 100 %ige Tochter-GmbH zur Neugründung aus. Drei Monate später verkauft die Tochter-GmbH drei der Grundstücke an fremde Dritte. Die Beteiligungsverhältnisse an den Gesellschaften bleiben für die nächsten fünf Jahre unverändert.

Die Voraussetzungen des § 6a GrEStG sind erfüllt, da an der Ausgliederung nur ein herrschendes Unternehmen und eine abhängige Gesellschaft im Sinne des § 6a GrEStG beteiligt sind. Die fünfjährige Nachhaltefrist des § 6a GrEStG ist einzuhalten. Diese bezieht sich jedoch nur auf die Beteiligung an der GmbH und nicht auf den Grundbesitz. Der nachfolgende Grundstücksverkauf ist daher unschädlich.<sup>41</sup>

## V. Grunderwerbsteuerbefreiung bei Übergang von einer Gesamthand, BFH, Urteil vom 25.08.2020, II R 23/18<sup>42</sup>

### 1. Einführung/Zusammenhang

Die BFH-Entscheidung behandelt ein klassisches Problem bei der Anwendung der §§ 5, 6 GrEStG. Die Missbrauchsverhinderungsbestimmungen der § 5 Abs. 3 und § 6 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 GrEStG sind nur anwendbar, wenn ein Missbrauchsfall überhaupt denkbar ist.<sup>43</sup> Dies zeigt sich besonders deutlich, wenn ein Grundstück grunderwerbsteuerfrei nach § 5 GrEStG in eine Gesamthand eingebracht wurde und nun die zehnjährige Haltefrist des § 5 Abs. 3 GrEStG zu beachten ist. Das Ausscheiden des Grundstücks aus dem Gesamthandsvermögen durch einen erneuten grunderwerbsteuerbaren Rechtsvorgang innerhalb der Frist des § 5 Abs. 3 bzw. des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG führt auch nach Ansicht der Finanzverwaltung<sup>44</sup> nicht zur rückwirkenden Versagung der Steuervergünstigung, da eine Missbrauchsgestaltung objektiv ausgeschlossen ist. Die Überwachung nach § 5 Abs. 3 bzw. nach § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG endet. In diesen Kontext fällt die BFH-Entscheidung vom 25.08.2020.<sup>45</sup>

### 2. Sachverhalt

Eine GmbH & Co. KG war seit 2006 Eigentümerin von Grundvermögen. Eine GmbH, vertreten durch den Insolvenzverwalter R, erwarb durch notarielle Verträge aus 2010

sämtliche Kommanditanteile an der GmbH & Co. KG. Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der KG und der GmbH wurde eröffnet. Im Jahr 2012 wurde das Insolvenzverfahren wieder aufgehoben. Die wegen des Erwerbs der Gesellschaftsanteile festgesetzte Grunderwerbsteuer wurde nicht entrichtet, da die Forderung nicht zur Insolvenztabelle angemeldet und der Insolvenzplan nicht angefochten wurde. Das Erlöschen der KG im Handelsregister wurde 2013 eingetragen.

Weil die Komplementär-GmbH der KG insolvent geworden war, war diese nach den gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen ausgeschieden und das Gesamtvermögen der KG bei der anderen, erwerbenden GmbH angewachsen. Das FA setzte diesbezüglich Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG im Jahre 2013 fest. Einspruch und Klage zum FG blieben erfolglos. § 6 Abs. 2 Satz 1 GrEStG finde wegen § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG keine Anwendung.

### 3. Die BFH-Entscheidung

Die Revision hatte Erfolg und ist begründet; Grunderwerbsteuer darf für den vorliegenden Anwachsungserwerb durch die GmbH nach § 6 Abs. 2 GrEStG nicht erhoben werden. § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG bezweckt die Abwehr missbräuchlicher Gestaltungen durch Verbindung des grundsätzlich steuerfreien Wechsels im Gesellschafterbestand einer Gesamthand mit der steuerfreien Übernahme von Grundstücken aus dem Gesamthandsvermögen. Die Vorschrift ist teleologisch zu reduzieren, soweit abstrakt keine Steuer zu vermeiden war. Auf einen konkreten Missbrauch im Einzelfall kommt es nach Ansicht des BFH hingegen nicht an.

Abstraktes Missbrauchspotenzial fehlt, wenn der Wechsel im Gesellschafterbestand ausnahmsweise grunderwerbsteuerbar war.<sup>46</sup> § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG ist insoweit nicht anzuwenden. Es ist nicht maßgebend, ob die Grunderwerbsteuer festgesetzt und entrichtet wurde.

Dass § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG durch den Anwachsungserwerb erfüllt wurde, war vorliegend zweifelfrei. Da die GmbH jedoch alleinige Gesellschafterin der GmbH & Co. KG war, hätte § 6 Abs. 2 GrEStG in Höhe von 100 % nicht erhoben werden dürfen. § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG hindert die Anwendung des § 6 Abs. 2 GrEStG jedoch insoweit, als ein Gesamthänder innerhalb von fünf Jahren vor dem Erwerbsvorgang seinen Anteil an der Gesamthand durch Rechtsgeschäft unterlegenen erworben hat. Dies war vorliegend der Fall. Da jedoch der Erwerb sämtlicher Anteile an der GmbH & Co. KG durch die Ober-GmbH grunderwerbsteuerpflichtig nach § 1 Abs. 2a GrEStG war, lag vorliegend kein Gestaltungsmissbrauch vor. § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG als Missbrauchsverhinderungsvorschrift war insoweit teleologisch zu reduzieren.

Die Steuervergünstigung des § 6 Abs. 2 GrEStG war auch nicht schon deshalb zu versagen, weil die Gesellschaft im Zeitpunkt des Erwerbsvorgangs noch keine fünf Jahre bestanden hatte. Maßgebend ist, dass die Beteiligungsverhältnisse seit dem Erwerb des Grundstücks durch die ver-

41 Gleichlautender Ländererlass vom 22.09.2020 zu § 6a GrEStG, DStR 2021, 164 Rdnr. 1; BFH, Urteil vom 21.08.2019, II R 15/19, BStBl. II 2020, S. 329 = DStR 2020, 343 Rdnr. 37; Broemmel/Mörwald, DStR 2021, 140, 141.

42 DStR 2020, 2728; MittBayNot 2022, 94 (in diesem Heft).

43 Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zu §§ 5, 6 GrEStG vom 12.11.2018, BStBl. I 2018, S. 1334 Rdnr. 7.2.

44 Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zu §§ 5, 6 GrEStG vom 12.11.2018, BStBl. I 2018, S. 1334 Rdnr. 7.2.

45 II R 23/18, DStR 2020, 2728; MittBayNot 2022, 94 (in diesem Heft).

46 Pahlke, GrEStG, § 6 Rdnr. 81 f.

äußernde Gesamthand unverändert geblieben sind.<sup>47</sup> Darauf, ob die Grunderwerbsteuer tatsächlich festgesetzt und erhoben wurde, kommt es hingegen nach Ansicht des BFH nicht an.

Nach alledem musste § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG für den vorliegenden Fall teleologisch reduziert werden.

## VI. Instandhaltungsrücklage grunderwerbsteuerpflichtig, BFH, Urteil vom 16.09.2020, II R 49/17<sup>48</sup> und koordinierte Ländererlasse vom 19.03.2021<sup>49</sup>

Es entsprach bisher verbreiteter notarieller Praxis, dass bei Kaufverträgen über Sondereigentumseinheiten im Sinne des WEG auch der Betrag der anteiligen Instandhaltungsrücklage explizit ausgewiesen wurde. Ziel dessen war regelmäßig nicht nur eine Information des Käufers über die Liquiditätssituation der Wohnungseigentümergeinschaft, sondern meist auch eine grunderwerbsteuerliche Intention. Denn die anteilige Instandhaltungsrücklage wurde lange Zeit als grunderwerbsteuerfrei angesehen, da der Kaufpreis insoweit nicht für den Grundbesitz geleistet werde, sondern für den anteiligen Barbestand der Wohnungseigentümergeinschaft. Mit einer Entscheidung zu einer Zwangsversteigerung hatte der BFH<sup>50</sup> bereits im Jahre 2016 den Ausstieg aus dieser bisherigen Praxis angedeutet. Nunmehr hat der BFH diese Ansicht auch auf Fälle des rechtsgeschäftlichen Verkaufs ausgedehnt. Auch in diesen Fällen ist der vereinbarte Kaufpreis als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nach Ansicht des BFH<sup>51</sup> nicht um die anteilige Instandhaltungsrückstellung zu mindern. Der BFH-Fall betraf zwar eine Teileigentumseinheit. Die Urteilsgrundsätze gelten jedoch auch beim Erwerb von Wohnungseigentum.<sup>52</sup> Für Vertragsabschlüsse bis zum 20.05.2021 hat die Finanzverwaltung Vertrauensschutz gewährt. Nunmehr bestehen keine grunderwerbsteuerlichen Gründe mehr, die Instandhaltungsrücklage im Vertrag aufzunehmen.

## VII. Geschwisterübertragungen

### 1. Grunderwerbsteuerbefreiung und Schenkungsaufgabe, BFH, Urteil vom 25.08.2020, II R 30/18<sup>53</sup>

#### a) Sachverhalt

Die Beteiligten streiten sich über die Festsetzung der Grunderwerbsteuer nach einer Erbauseinandersetzung. Die Ehegatten B und C schenkten im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ihren Söhnen D und E die Kommanditanteile der A-KG und die Anteile der Komplementärin (A-GmbH). D und

E verpflichteten sich wechselseitig und gegenüber ihren Eltern, sich zeitnah nach der Schenkung in der Weise auseinanderzusetzen, dass fünf Grundstücke der A-KG in eine GmbH & Co. KG unter der Firma F-KG eingebracht werden, deren alleiniger Kommanditist D sein sollte; die übrigen acht Grundstücke (sieben wirtschaftliche Einheiten) waren in eine GmbH & Co. KG unter der Firma G-KG einzubringen, deren alleiniger Kommanditist E sein sollte.

D übertrug seinen Kommanditanteil an der A-KG gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten auf die 2011 gegründete F-KG, deren alleiniger Kommanditist er wurde. E übertrug seinen Kommanditanteil an der A-KG gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten auf die ebenfalls 2011 gegründete Klägerin, deren alleiniger Kommanditist er wurde. An der A-KG waren somit die F-KG mit 56,6 % und die G-KG (Klägerin) mit 43,4 % beteiligt. In einer darauffolgenden Urkunde beendeten die F-KG und die G-KG (Klägerin) die A-KG und schlossen einen „Auseinandersetzung- und Einbringungsvertrag“, um die Abwicklung im Wege der Realteilung vorzunehmen.

Die im Gesellschaftsvermögen der A-KG befindlichen Grundstücke wurden entsprechend den Beteiligungsverhältnissen auf die F-KG und die G-KG (Klägerin) übertragen. Die Klägerin erhielt die sieben wirtschaftlichen Einheiten, die nach dem Schenkungsvertrag für die Gesellschaft des E vorgesehen waren. Gegenüber der Klägerin (G-KG) wurde Grunderwerbsteuer festgesetzt.

#### b) Die Entscheidung des BFH

Auch der BFH<sup>54</sup> sah den Vorgang als grunderwerbsteuerpflichtig an, obwohl dies sich sehr leicht durch geschicktere Gestaltung hätte vermeiden lassen (dazu weiter unten).

Wendet ein Schenker ein Grundstück zunächst einem Erstbeschenkten zu, mit der Auflage, das Grundstück an einen Dritten zu übertragen, sind beide Rechtsgeschäfte schenkungsteuerrechtlich selbstständig zu beurteilen. Die Zusammenschau von Befreiungsvorschriften auf Grundlage fiktiver Gestaltungen findet nicht statt.<sup>55</sup> Der Vorgang der Übertragung zwischen den Geschwistern ist daher grunderwerbsteuerpflichtig, obwohl der Schenker die Weiterübertragung als Auflage vorgeschrieben hatte.

Die Übertragung der Grundstücke von der A-KG auf die Klägerin (G-KG) ist nach BFH nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG steuerbar. Steuerfrei ist sie allein hinsichtlich eines Anteils von 43,4 % nach § 6 Abs. 3 i. V. m. § 6 Abs. 1 GrEStG. Hinsichtlich des verbleibenden und allein noch streitigen Anteils von 56,6 % ist der Vorgang steuerpflichtig. Ein Befreiungstatbestand greift nach BFH nicht ein. Der Erwerb durch Realteilung ist hinsichtlich des noch streitigen Anteils von 56,6 % nicht von der Grunderwerbsteuer befreit.

Nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG sind von der Besteuerung ausgenommen u. a. Grundstücksschenkungen unter Lebenden im Sinne des ErbStG. Die Schenkung unter Auflage

<sup>47</sup> Ebenso *Pahlke*, GrEStG, § 6 Rdnr. 80.

<sup>48</sup> DStR 2021, 161.

<sup>49</sup> BStBl. I 2021, S. 359.

<sup>50</sup> BFH, Urteil vom 02.03.2016, II R 27/14, BStBl. II 2016, S. 619.

<sup>51</sup> BFH, Urteil vom 16.09.2020, II R 49/17, DStR 2021, 161.

<sup>52</sup> Ebenso koordinierte Ländererlasse vom 19.03.2021, BStBl. I 2021, S. 359.

<sup>53</sup> DStR 2021, 107.

<sup>54</sup> BFH, Urteil vom 25.08.2020, II R 30/18,, DStR 2021, 107.

<sup>55</sup> BFH, Urteil vom 25.08.2020, II R 30/18,, DStR 2021, 107; siehe dazu *Heck*, DStR 2021, 2110.

nach § 525 BGB gehört zu den Schenkungen nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 ErbStG. Ist Begünstigter der Auflage ein Dritter, so bleibt der ursprüngliche Schenker alleiniger Schenker. Das gilt ohne Weiteres gegenüber dem unmittelbar Beschenkten (Erstbeschenkten). Es gilt aber auch hinsichtlich des Gegenstandes der Auflage gegenüber dem davon begünstigten Dritten (Zweitbeschenkten). Führt nach einer solchen Schenkung der Erstbeschenkte die ihm auferlegte – und aus dem ihm Zugewendeten zu erbringende – Leistung durch Zuwendung an den Zweitbeschenkten aus, so ist Schenker der Zuwendung an den Zweitbeschenkten nicht der Erstbeschenkte, sondern der ursprüngliche Schenker. Die in der Auflagenbegünstigung liegende Schenkung ist bei dem Zweitbeschenkten nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG oder § 7 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG steuerbar. § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG ist im Falle einer solchen Schenkung unter Auflage zugunsten eines Dritten hinsichtlich des Gegenstandes der Auflage nicht anwendbar. § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG setzt voraus, dass sich der Grundstückserwerb zwischen Schenker und Bedachtem vollzieht. Das ist bei der Vollziehung einer Schenkungsaufgabe ausgeschlossen.

Hinweis: Grunderwerbsteuerpflichtig wäre daher auch die Weiterübertragung zwischen den Geschwistern in dem einfacheren Fall, in dem Eltern ihrem einen Kind ein Grundstück mit der Auflage schenken, einen hälftigen Miteigentumsanteil an das Geschwisterkind sofort oder später, bedingt<sup>56</sup> oder unbedingt weiterzuübertragen.<sup>57</sup>

Nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG ist von der Besteuerung ausgenommen u. a. der Erwerb eines Grundstücks durch Personen, die mit dem Veräußerer in gerader Linie verwandt sind. § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG ist auch anwendbar, wenn an dem Grundstücksübertragungsgeschäft Personengesellschaften beteiligt sind, die die Voraussetzungen, die an die Verwandtschaft anknüpfen, als nicht natürliche Personen unmittelbar nicht erfüllen können. Den Personengesellschaften als Gesamthandsgemeinschaften, zu denen auch die KG gehört, können im Rahmen der Befreiungstatbestände im Umfang der Beteiligung die persönlichen Eigenschaften der jeweiligen Gesellschafter zugerechnet werden. Das wird aus dem Rechtsgedanken des § 5 Abs. 2 GrEStG abgeleitet.

Vorliegend konnte sich die Grunderwerbsteuerbefreiung nur aus einer Zusammenschau von Befreiungstatbeständen<sup>58</sup> ergeben. Die Zusammenschau (Interpolation) kommt insbesondere dann in Betracht, wenn sich der tatsächlich verwirklichte Grundstückserwerb als abgekürzter Leistungsweg darstellt und die unterbliebenen Zwischenerwerbe, wenn sie durchgeführt worden wären, ebenfalls steuerfrei wären. Ein abgekürzter Leistungsweg, der der Zusammenschau zugänglich wäre, liegt nach Ansicht des BFH jedoch nicht vor, wenn der Gegenstand einer solchen

Schenkungsauflage bereits ganz oder teilweise Gegenstand der Zuwendung des ursprünglichen Schenkers an den Erstbeschenkten war. In diesem Falle hätte der Schenker den Gegenstand der Auflage auch unmittelbar dem Zweitbeschenkten zuwenden können. Es stellt keine Abkürzung, sondern eine Verlängerung des Leistungswegs dar, wenn der Schenker dasjenige, was er im Ergebnis dem Zweitbeschenkten zuwenden will, dem Erstbeschenkten mit der Auflage zuwendet, es an den Zweitbeschenkten weiterzureichen, statt eine unmittelbare Zuwendung an den Zweitbeschenkten zu bewirken. Denn eigentlich handelt es sich tatsächlich um eine *Verlängerung* des Leistungsweges, die nicht begünstigt ist.

Die Anwendung von § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG ist nach BFH ebenfalls nicht möglich. Die hinter der A-KG und der Klägerin stehenden natürlichen Personen, D und E, sind als Geschwister lediglich in der Seitenlinie verwandt. Selbst wenn die Auseinandersetzung überhaupt die Auflage aus dem Schenkungsvertrag erfüllt haben sollte, hat sie keinen Leistungsweg abgekürzt, sondern diesen verlängert. Der Weg über die Auflage war nicht erforderlich und ist daher nicht begünstigt.

## 2. Keine Zusammenschau bei Erwerb von Geschwistern, BFH, Urteil vom 25.05.2021, II B 87/20<sup>59</sup>

Die vorstehende Ansicht hat der BFH im Jahr 2021 erneut bestätigt. Wendet ein Schenker einen Grundstücksanteil zunächst einem Abkömmling zu, ist der anschließende Erwerb des Grundstücksanteils durch einen anderen Abkömmling nicht aufgrund einer Zusammenschau von § 3 Nrn. 2 und 3 GrEStG steuerbefreit, unabhängig davon, ob eine entsprechende Auflage bestand. Die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 3 GrEStG ist auf die Abwicklung von Bruchteilsgemeinschaften, die im Wege der vorweggenommenen Erbfolge entstanden sind, nicht entsprechend anwendbar.<sup>60</sup>

## 3. Gestaltungshinweise

Die Gestaltung im Ausgangsfall des BFH<sup>61</sup> vom 25.08.2020 hätte sich problemlos grunderwerbsteuerneutral gestalten lassen. Grund für die so umgesetzte Realteilung ist eigentlich § 16 Abs. 3 EStG, um die ertragsteuerneutrale Auseinandersetzung zu erreichen.<sup>62</sup> Den Beteiligten wurde bei ihrer Gestaltung zum Verhängnis, dass sie erst die Übertragung auf die Kinder vorgenommen haben und dann die Realteilung im Sinne des § 16 Abs. 3 EStG. Hätten die Ehe-

56 Entsteht die Weiterübertragungspflicht erst später, dann ist der Zeitpunkt der Steuerentstehung auch hinausgeschoben.

57 Siehe BFH, Urteil vom 25.05.2021, II B 87/20, ZEV 2021, 600 = BFH/NV 2021, 1208 = ErbStB 2021, 327 (Ls. m. Anm. Günther) = FamRZ 2021, 1577 (Ls.) = UVR 2021, 330.

58 Sog. Interpolation.

59 BFH, Urteil vom 25.05.2021, II B 87/20, ZEV 2021, 600 = BFH/NV 2021, 1208 = ErbStB 2021, 327 (Ls. m. Anm. Günther) = FamRZ 2021, 1577 (Ls.) = UVR 2021, 330.

60 BFH, Urteil vom 25.05.2021, II B 87/20, ZEV 2021, 600 = BFH/NV 2021, 1208 = ErbStB 2021, 327 (Ls. m. Anm. Günther) = FamRZ 2021, 1577 (Ls.) = UVR 2021, 330.

61 BFH, Urteil vom 25.08.2020, II R 30/18, DStR 2021, 107.

62 BFH, Urteil vom 16.12.2015, IV R 8/12, BStBl. II 2017, S. 766 = DStR 2016, 385; Realteilungserlass des BMF vom 19.12.2018, IV C 6 – S 2242/07/10002, BStBl. I 2019, S. 6 = DStR 2019, 55.

gatten B und C erst die mehraktigen Schritte der Realteilung durchgeführt und dann direkt jedem Kind seine KG zugewandt, wäre kein Cent Grunderwerbsteuer ausgelöst worden wegen § 3 Nr. 2, 4 und 6 GrEStG. Einer Interpolation von Befreiungstatbeständen hätte es nicht bedurft.

Für zukünftige Gestaltungen sollte es unter grunderwerbsteuerlichen Gesichtspunkten unterbleiben, eine Immobilie einem Kind zuzuwenden, mit der Auflage/Pflicht, diese ganz oder zum Teil an ein Geschwisterkind weiterzugeben. Eine Weitergabepflicht an Kinder des Kindes (Enkel) wäre hingegen wegen § 3 Nr. 6 GrEStG unschädlich. Diese Überlegungen gelten hingegen nicht für erbrechtliche Gestaltungen. Bei der Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften hilft § 3 Nr. 3 GrEStG; setzen Eltern hingegen ein Kind zum Erben ein und verpflichten den Erben per Vermächtnis oder Auflage, ein Grundstück des Nachlasses oder des Eigenvermögens des Erben an ein Geschwisterkind zu übertragen, dann wird dies von § 3 Nr. 2 GrEStG erfasst.<sup>63</sup> Die ungleiche Behandlung von Todesfall und lebzeitiger Gestaltung könnte Zweifel an der Richtigkeit der BFH-Entscheidung wecken.

Wichtig zum Verständnis ist die Abgrenzung zu folgendem Sachverhalt. Grunderwerbsteuerfrei ist nämlich folgender ähnlicher, aber doch abweichender Fall.<sup>64</sup>

Ein Vater schenkt seinem Kind K1 eine Immobilie 1 im Wert von 2 Mio. € mit der Auflage/Pflicht, eine dem Kind K1 bereits gehörende Immobilie 2 im Wert von 1 Mio. € dem Geschwisterkind zu übertragen. Denn das ist eine Verkürzung des Leistungsweges: Das beschenkte Kind K1 leistet als Gegenleistung an die Eltern die Immobilie 2, die die Immobilie 2 wiederum dem anderen Kind schenken. Für diesen abgekürzten Leistungsweg wird die Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 und 6 GrEStG im Wege der Interpolation gewährt.<sup>65</sup>

### VIII. Anwendung des § 3 Nr. 2 GrEStG bei Grundstückskaufrechtsvermächtnissen, FinMin NRW vom 22.10.2020<sup>66</sup>

Der BFH<sup>67</sup> hat mit Urteil vom 16.01.2019 die Rechtsprechung zur Frage der Grunderwerbsteuerpflicht von Kaufrechtsvermächtnissen geändert und präzisiert. Bei einem Vermächtnis ist dahin gehend zu unterscheiden, ob es einen unmittelbaren Anspruch auf Übertragung eines Grundstücks oder nur einen Anspruch auf Abschluss eines Grundstückskaufvertrages gewährt. In Zweifelsfällen ist das Vermächtnis durch Auslegung zu ermitteln. Folgende Indizien sprechen auch nach Ansicht der Finanzverwaltung entsprechend den Vorgaben des BFH für ein Kaufrechtsvermächtnis, also die Grunderwerbsteuerpflicht bei Ausübung des durch Vermächtnis gewährten Gestaltungsrechtes:

- Im Vermächtnis wird kein konkreter Kaufpreis für das Grundstück angeführt bzw. dieser ist noch zu ermitteln, sodass sich Beschwerter und Bedachter noch über den Kaufpreis einigen müssen.
- Ein zeitlicher Rahmen für die Ausübung des Kaufrechts ist festgelegt.

Nur bei unmittelbarem Erwerb eines Anspruchs auf Erwerb eines Grundstücks handelt es sich um ein Grundstücksvermächtnis. Hierfür kommt die Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG in Betracht. Der verwirklichte Grundstückserwerb erfolgt demnach aufgrund des Vermächtnisses und damit von Todes wegen. Die Rechtsprechung zum Pflichtteilsanspruch bleibt hiervon unberührt.<sup>68</sup>

Gestaltungshinweis: Zur Vermeidung einer Grunderwerbsteuerpflicht bei Ausübung des Kaufrechtsvermächtnisses sollten die vorstehenden Auslegungsregeln beachtet werden, also möglichst ein fester Betrag als Gegenleistung festgelegt werden. In jedem Fall sollte dem Begünstigten ein unbedingter Anspruch auf Erwerb des Grundstücks zugewandt werden; die Gegenleistung kann als Untervermächtnis ausgestaltet werden. Dem Begünstigten steht stets die Möglichkeit der Ausschlagung zu. Die Formulierungen sollten stets eindeutig sein, dass nicht nur das Gestaltungsrecht auf Abschluss eines Kaufvertrages zugewandt wird, sondern ein unbedingter Anspruch auf Erwerb des Grundstücks.

### IX. Gleichlautender Ländererlass zur Baulandumlegung vom 03.06.2021<sup>69</sup>

Durch das Jahressteuergesetz 2020 und das Fondsstandortgesetz wird in § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 lit. b GrEStG gesetzlich geregelt, dass der Übergang des Eigentums im Umlegungsverfahren nach dem BBauG bis zur Höhe des Sollanspruchs von der Besteuerung ausgenommen ist, wenn der neue Eigentümer in diesem Verfahren als Eigentümer eines im Umlegungsgebiet gelegenen Grundstücks Beteiligter ist. Auch eine Mehrzuteilung ist ausgenommen, wenn der Wert des zugeleiteten Grundstücks den sich aus dem Wert des eingebrachten Grundstücks ergebenden Sollanspruch nicht um mehr als 20 % übersteigt. Die obersten Finanzbehörden der Länder haben deshalb neue Erlasse zum Verfahren der Baulandumlegung veröffentlicht.<sup>70</sup> Der Erlass behandelt auch das Vereinfachte Umlegungsverfahren und die freiwillige Baulandumlegung.

### X. Zusammenfassung

Gesetzesänderungen, Rechtsprechung und die Finanzverwaltung haben in dem Berichtszeitraum ab Oktober 2020 wiederum zahlreiche bemerkenswerte Änderungen und

63 BFH, Urteil vom 16.01.2019, II R 7/16, BStBl. II 2019, S. 617; Borttau/Meißbacher-Hönsch, GrEStG, § 3 Rdnr. 157. BFH, Urteil vom 21.07.1993, II R 118/90, BStBl. II 1993, S. 765.

64 BFH, Urteil vom 07.11.2018, II R 38/15, BStBl. II 2019, S. 325.

65 BFH, Urteil vom 07.11.2018, II R 38/15, BStBl. II 2019, S. 325.

66 ZEV 2020, 796.

67 BFH, Urteil vom 16.01.2019, II R 7/16, BStBl. II 2019, S. 617.

68 Siehe hierzu auch grundsätzlich übereinstimmend Finanzministerium Baden-Württemberg vom 10.11.2020, 3-S 450.5/16; Finanzministerium Bayern vom 26.10.2020 und Finanzministerium Niedersachsen vom 26.10.2020.

69 BStBl. I 2021, S. 731.

70 Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Baulandumlegung vom 03.06.2021, BStBl. I 2021, S. 731.

Neuerungen mit sich gebracht. Am offensichtlichsten ist dies im Bereich der Gesetzesreform durch die Neuregelungen zu den share-deals, durch das KöMoG und das StAbwG. Die grunderwerbsteuerlichen Steuerbefreiungen für Ehegatten und Lebenspartnerschaften lassen sich nach Ansicht des BFH nicht auf nichteheliche Lebensgemeinschaften ausdehnen. Die Instandhaltungsrücklage ist nicht mehr grunderwerbsteuerfrei. Diesbezüglich sind sich BFH und Finanzverwaltung einig. Die liberale Rechtsprechung des BFH zu Konzernumwandlungen nach § 6a GrEStG wird grundsätzlich von der Finanzverwaltung angewandt – er-

staunlicherweise jedoch nicht bei Ausgliederung eines grundbesitzenden Einzelunternehmens in eine GmbH zur Neugründung. Die Schenkung von Grundbesitz an ein Kind mit der Auflage, diesen Grundbesitz teilweise an ein anderes Kind des Schenkers weiterzugeben, ist grunderwerbsteuerpflichtig. Eine Interpolation von Befreiungstatbeständen lehnt der BFH bei Verlängerung des Leistungsweges ab. Die Finanzverwaltung NRW bestätigt in ihrem Erlass vom 22.10.2020 die vom BFH vorgegebene grunderwerbsteuerliche Behandlung von Kaufrechtsvermächtnissen.



## BUCHBESPRECHUNGEN

**Ralf Engels:**

### Steuerrecht für die familienrechtliche Praxis

4. Aufl., Giesecking, 2021. 435 S., 69 €

Von Richter am KG Dr. **Martin Menne**, Berlin

Das Steuerrecht gehört für einen „Familienrechtler“ nicht gerade zu den beliebtesten Themenkreisen. Eine Vergnügungsteuerpflicht löst die Beschäftigung mit dem Steuerrecht beim „Familienrechtler“ jedenfalls nicht aus. Im Gegenteil – aus einer unterlassenen Beschäftigung mit der Materie können dem familienrechtlichen Berater vielmehr, wie ein kürzlich vom BGH entschiedener Fall zeigt, in dem bei der Abfassung einer Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung der gebotene Hinweis auf eine mögliche Steuerpflichtigkeit privater Veräußerungsgeschäfte nach § 22 Nr. 2, § 23 EStG unterblieben ist, erhebliche Haftungsrisiken erwachsen.<sup>1</sup> Ein ernsthafter „Familienrechtler“ kommt daher, gleichgültig, ob er in beratender oder rechtsvorsorgend-gestaltender Funktion tätig ist oder eine anhängige Streitsache zu entscheiden hat, am Steuerrecht nicht vorbei. Denn das Steuerrecht ist eine Querschnittsmaterie, von der das Familienrecht in vielerlei Bereichen beeinflusst wird: Trennung und Scheidung, die vorsorgende Gestaltung güterrechtlicher Verhältnisse, entgeltliche oder unentgeltliche Vermögensübertragungen oder Regelungen im Bereich des Unterhalts oder des Versorgungsausgleichs weisen vielfältige steuerrechtliche Bezüge auf, die es im Interesse der Beteiligten stets zu berücksichtigen gilt, weil sie Gestaltungsspielräume eröffnen oder zu Wechselwirkungen beispielsweise mit dem Erbrecht führen können.

An dieser Stelle setzt der inzwischen in vierter Auflage vorliegende, in der Praxis gut eingeführte und beliebte Band von *Ralf Engels*, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuer- und Familienrecht aus Euskirchen/NRW an. Das Werk ist gut geschrieben, straff und klar gegliedert und insgesamt kompakt gehalten. Er bietet dem Familienrechtspraktiker einen soliden Zugang zu dem komplexen, bisweilen eher drögen und auf den ersten Blick nur schwer nachvollziehbaren Steuerrecht. Der Band stellt weniger eine Einführung in das Steuerrecht dar, sondern es handelt sich mehr um eine Aufbereitung einzelner, für die Praxis besonders wichtiger familienrechtlicher Vorgänge, die auf ihre steuerrechtliche Relevanz hin abgeprüft werden. Der im Familienrecht Tätige erhält Hilfestellung und Hinweise zu „Standardsituationen“ und deren Bewältigung. Für die Nutzerinnen und Nutzer des Buches bietet diese Art der Herangehensweise handfeste Vorteile, da sie ausgehend von einer familienrechtlichen Ausgangsfrage Schritt für Schritt an die steuerrechtlich relevanten Probleme herangeführt werden, die dann Stück für Stück erläutert und unter Hinweise auf weiterführende, vertiefende Literatur abgearbeitet werden.

<sup>1</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 09.01.2020, IX ZR 61/19, FamRZ 2020, 553.

Dieses Konzept wird im Band sehr schön umgesetzt: Quasi als „Einstimmung“ in die Thematik wird den weiteren Ausführungen eine kurze, etwa 25 Seiten starke Einführung in die steuerrechtlichen Grundlagen vorangestellt, in der insbesondere auf die sieben Einkunftsarten eingegangen wird. In der Neuauflage ist ein kurzer Überblick über die verschiedenen, aus Anlass der Corona-Pandemie beschlossenen steuerrechtlichen Sonderregelungen hinzugekommen (Rdnr. 105e). Sehr praktisch ist die bereits an dieser Stelle zu erkennende, sorgfältige Verweisungstechnik innerhalb des Bandes: Wichtige „Stichwörter“ sind regelmäßig nicht nur mit Fußnoten und weitergehenden Hinweisen versehen, sondern vor allen Dingen mit sorgfältig angebrachten Querverweisen zu den betreffenden Stellen im Band, an denen das Stichwort in einem weitergehenden Kontext erörtert wird. Gerade für den eiligen Nutzer ist das eine praktische Sache. Ergänzt wird das Ganze um ein verhältnismäßig umfangreiches, tief gestaffeltes Stichwortverzeichnis mit Hinweisen auf die konkreten Randnummern, so dass mit dem Band im Alltag gut und bequem gearbeitet werden kann.

In den sich an das Grundlagenkapitel anschließenden 13 Abschnitten werden einzelne familienrechtliche Sachverhalte auf ihre steuerrechtliche Relevanz hin untersucht: Es geht u. a. um die steuerrechtlichen Beziehungen zwischen Ehegatten und Lebenspartnern (Rdnr. 106 ff.), den Bereich Kinder und Steuern (Rdnr. 282 ff.), das weite Feld der unterhaltsrechtlichen Einkommensermittlung unter steuerrechtlichem Aspekt, nebst den erforderlichen unterhaltsrechtlichen Korrekturen am steuerrechtlichen Ergebnis (Rdnr. 563 ff., 654 ff.), sowie um Steuerfragen rund um Güterstand und Versorgungsausgleich (Rdnr. 992 ff., 1087 ff.). Vor dem Hintergrund, dass Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich in der Praxis immer wichtiger werden und dass eine Reihe von Streitfragen zum Versorgungsausgleich in der letzten Zeit geklärt werden konnten, enthält der Abschnitt zu den steuerrechtlichen Folgen des Versorgungsausgleichs für den Praktiker nicht nur eine gute Einführung in die Materie, sondern auch viele wertvolle Hinweise für die Gestaltungspraxis. Weitere Themen sind Steuerfragen rund um Immobilien (Rdnr. 1260 ff.) sowie – immer wieder praktisch relevant – Fragen der steuerrechtlich korrekten Ausgestaltung von vertraglichen Beziehungen zwischen nahen Angehörigen (Rdnr. 1089 ff.), die Schenkungsteuer (Rdnr. 1349 ff.) und der kompakte Überblick über die – heute insbesondere in grenznahen Gegenden immer wichtiger werdenden – internationalen steuerrechtlichen Fragen (Rdnr. 1412 ff.). Hinzu kommt ein kurzer, in der Neuauflage nochmals aktualisierter Abschnitt zur Frage der steuerlichen Berücksichtigung der Kosten des

Scheidungsverfahrens (Rdnr. 984 ff.) und schließlich die gehaltvollen Hinweise zu den Beteiligungsrechten von Ehegatten und Lebenspartnern in den verschiedenen steuerrechtlichen (Veranlagungs-, Klage- oder Vollstreckungs-) Verfahren (Rdnr. 1428). Abgerundet wird der Band durch einige in der Praxis hilfreiche Checklisten, anhand derer schnell festgestellt werden kann, in welchen Bereichen eine vertiefte Befassung erforderlich werden kann (Rdnr. 1480 ff.).

Unter dem Strich: Auch in der Neuauflage ebnet der Band von *Ralf Engels* dem Familienrechtler den Weg zu zahlreichen, im „Beratungsalltag“ wichtigen steuerlichen Fragestellungen und gibt praxisorientierte, sachgerechte Antworten auf die steuerrechtlichen Probleme des Familienrechts.

**Heiner Roemer, Ralf Stephany, Christian Vaupel:**

### **NotarFormulare Übergabe landwirtschaftlicher Betriebe**

Deutscher Notarverlag, 2021. 296 S., 99 €

Von Notarassessor **Tim Kristofer Kraus**, Landsberg a. Lech

Die Übergabe eines landwirtschaftlichen Betriebes stellt eine der großen persönlichen und wirtschaftlichen Herausforderungen im Leben eines Landwirts dar. Die umfassende Aufklärung der individuellen wirtschaftlichen und persönlichen Zielen ist Voraussetzung für eine sachgerechte Vertragsgestaltung. *Roemer, Stephany* und *Vaupel* bieten mit ihrem kompakten und prägnanten Handbuch ein praktisches Hilfsmittel für die juristische Umsetzung dieser Ziele.

Das Werk umfasst insgesamt sechzehn Kapitel und beschäftigt sich mit den verschiedenen Facetten der Vertragsgestaltung bei einer landwirtschaftlichen Übergabe. Dabei beschränken sich die Autoren nicht auf die Rechtsordnung eines bestimmten Bundeslands, sondern gehen auch auf die jeweils einschlägigen Spezialgesetze (zum Beispiel HöfeO, das Landgutrecht des BGB sowie das landesrechtliche Anerbengesetz) ein. Damit spricht das Werk auch die nordwestdeutschen Notare an.

Die bei einer landwirtschaftlichen Übergabe typischerweise mitvereinbarten dinglichen Rechte (Wohnungsrecht, Nießbrauch, Leibrente/Dauernde Last, Pflegeverpflichtung, Leibgeding) werden jeweils in einem eigenen Kapitel allgemein sowie im Kontext der landwirtschaftlichen Übergabe analysiert. Die in die jeweiligen Passus eingearbeiteten Muster und Erläuterungen sind übersichtlich und kurz gehalten; gesonderte Erläuterungen zu den Mustertexten finden sich nicht.

Daneben widmen die Autoren auch den sonst bei einem Überlassungs- bzw. Übergabevertrag üblichen Gestal-

tungsmöglichkeiten (Übernahme von Verbindlichkeiten, Abstandsgeld, Rückforderungsrechte, Pflichtteilsverzicht und sonstige erbrechtliche Regelungen) ein eigenes Kapitel mit Mustertexten.

*Roemer, Stephany* und *Vaupel* haben ein Werk geschaffen, das zum einen die zentralen Probleme und Gestaltungsschwierigkeiten einer landwirtschaftlichen Übergabe darstellt, daneben aber auch für sonstige Verträge mit dem Ziel der vorweggenommenen Erbfolge Lösungen liefert und zugleich kompakt ist. Die Muster sind gut auf das jeweilige Thema abgestimmt und bieten dadurch einen schnellen und übersichtlichen Zugang zu der Materie. Darüber hinaus widmen die Autoren dem für die landwirtschaftliche Übergabe maßgeblichen Steuerrecht ein eigenes Kapitel und schaffen somit auch für diesen Bereich einen guten und zugleich kommoden Überblick. Das in Kapitel 16 zusammengefasste Gesamtmuster bietet eine gute Ausgangslage, auf der bei der individuellen Vertragsgestaltung aufgebaut werden kann.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass das zu besprechende Werk eine Bereicherung für den juristischen Alltag vor allem für den Notar im ländlichen Raum darstellen kann und durch eine klare und übersichtliche Präsentation überzeugt. Es handelt sich alles in allem um eine kompakte, praxisorientierte und zugleich gut zugängliche Arbeitshilfe, die nicht nur das Thema landwirtschaftliche Übergabe greifbar macht, sondern auch bei Überlassungsverträgen hilfreich sein kann.

Karl Winkler/Jürgen Schlögel:

## Erbbaurecht

7. Aufl., C. H. Beck, 2021. 673 S., 99 €

Von Notar Dr. Luitpold Graf Wolffskeel von Reichenberg, Bamberg

Vor über 30 Jahren wurde in dieser Zeitschrift die im Jahr 1987 erschienene erste Auflage des hier rezensierten Werks besprochen.<sup>1</sup> Inzwischen liegt das Buch in siebter Auflage vor. Bereits in der Voraufgabe hat *Schlögel* als neuer Mitautor die Teile von Freiherr v. Oefele übernommen. Die aktuelle Auflage erscheint nun erstmals ohne den Mitbegründer Oefele im Namen.

Zu Recht weisen die Autoren bereits im Vorwort, belegt durch in § 1 des Werks zitierte Studien, auf die aufschwungende Bedeutung des Erbbaurechts hin. Die Bestellung von Erbbaurechten ist derzeit en vogue und auch zahlreiche alte Erbbaurechte dürften auf absehbare Zeit an ihr Ende gelangen.<sup>2</sup> Das Interesse an der Bestellung von Erbbaurechten ist verständlich, bietet das Erbbaurecht doch teilweise die Möglichkeit eines Interessenausgleichs, der bei einem Grundstücksverkauf nicht möglich ist. Ohne Zweifel können Erbbaurechte jedoch juristisch herausfordernd sein; das gilt nicht nur, aber insbesondere bei speziellen Ausgestaltungen wie Gesamterbbaurechten, Untererbbaurechten oder einer Aufteilung in Wohnungs-/Teilerbbaurechte.

Hier benötigt der Notar ein Nachschlagewerk, auf das er sich verlassen kann und in dem auch Detailfragen behandelt werden. Für diesen Zweck ist das rezensierte Werk bestens geeignet, da es das Erbbaurecht nicht nur in voller Breite (zum Beispiel werden auch das Kostenrecht in § 9 und das Steuerrecht in § 10 bearbeitet), sondern auch in beachtlicher Tiefe darstellt. Bei der Erstellung dieser Rezension ist mir bewusst geworden, dass ich auch bei Detailfragen zum Erbbaurecht anders als in anderen Rechtsgebieten nicht zuerst in einen Kommentar, sondern in den *Winkler/Schlögel* schaue. Dies liegt sicherlich auch daran, dass das Werk nicht nur meinungsdarstellend, sondern häufig meinungsbildend ist. Natürlich fehlt in einem von Notaren verfassten Buch nicht der Formularteil (§ 11), wobei seit dieser Auflage (sehr erfreulich!) die Vertragsmuster mithilfe eines Freischaltcodes auch online heruntergeladen werden können.

1 *Wulfka*, MittBayNot 1989, 13.

2 Vgl. die Nachweise bei *Wolffskeel v. Reichenberg*, MittBayNot 2021, 219.

Selbstverständlich wird in der Neuauflage die in der Zwischenzeit ergangene Rechtsprechung berücksichtigt. Rein exemplarisch seien hier die sehr praxisrelevante Entscheidung des BGH zur (Un-)Widerruflichkeit der Zustimmung zur Veräußerung gemäß § 5 ErbbauRG<sup>3</sup> (§ 4 Rdnr. 183) oder die in dessen Dunstkreis stehende Entscheidung des OLG München betreffend den Wechsel in der Person des Zustimmungsberechtigten<sup>4</sup> (§ 4 Rdnr. 180) und die Rechtsprechung des BFH zur Bemessungsgrundlage bei der Grunderwerbsteuer bei der Verlängerung eines Erbbaurechts<sup>5</sup> (§ 10 Rdnr. 75) erwähnt. Auch im Übrigen wurden die Ausführungen im Vergleich zur Voraufgabe an zahlreichen Stellen vertieft und teilweise mit neuen Schaubildern bzw. Tabellen versehen. So zu finden etwa im Kapitel zum Kostenrecht mit neuen Bewertungsbeispielen (§ 9 Rdnr. 10 ff.).

Lediglich ein formaler Aspekt sei am Ende erwähnt: Ich persönlich könnte mich im Buch anhand der Inhaltsübersicht wohl leichter orientieren, wenn die Randnummern durchgängig wären; aber dies ist sicherlich Geschmackssache.

Bereits der ersten Auflage wurde in dieser Zeitschrift das Prädikat „unentbehrlich“ verliehen.<sup>6</sup> Dies gilt auch heute uneingeschränkt für die siebte Auflage!

3 BGH, Beschluss vom 29.06.2017, V ZB 144/16, MittBayNot 2018, 244.

4 OLG München, Beschluss vom 15.06.2020, 34 Wx 131/20, MittBayNot 2021, 29.

5 BFH, Beschluss vom 23.04.2020, II B 80/19, ErbbauZ 2020, 185.

6 *Wulfka*, MittBayNot 1989, 13, 16.



## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

#### ALLGEMEINES

#### 1. Verzicht auf ein dingliches Wohnungsrecht als Zuwendung des Berechtigten bei dauerhafter Hinderung an der Ausübung

BGH, Urteil vom 20.10.2020, X ZR 7/20 (Vorinstanz: OLG Stuttgart, Urteil vom 08.01.2020, 9 U 345/19)

*BGB § 516 Abs. 1, § 528 Abs. 1 Satz 1*

#### LEITSATZ:

**Der Verzicht auf ein dingliches Wohnungsrecht stellt grundsätzlich auch dann eine Zuwendung aus dem Vermögen des Wohnungsberechtigten dar, wenn dieser im Zeitpunkt des Verzichts an der Ausübung des Rechts dauerhaft gehindert ist.**

#### SACHVERHALT:

**1** Die Klägerin macht gegen die Beklagte aus übergegangenem Recht einen Anspruch auf Ersatz des Werts einer Schenkung wegen Verarmung geltend.

**2** Der Vater der Beklagten veräußerte an diese mit notariellem Kaufvertrag vom 13.12.1996 ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück zum Preis von 354.000 DM. In derselben Urkunde räumte die Beklagte ihren Eltern ein unentgeltliches lebenslanges Wohnungsrecht an einer Wohnung im zweiten Obergeschoss ein, mit der Maßgabe, dass dieses Recht Dritten zur Ausübung nicht überlassen werden kann.

**3** Für die Mutter der Beklagten wurde im Jahr 2009 Betreuung angeordnet und ein Betreuer für die Aufgabenkreise Vermögenssorge und Aufenthaltsbestimmung bestellt. Im April 2010 wurde sie mit Genehmigung des Betreuungsgerichts in ein Pflegeheim eingewiesen. Der Vater der Beklagten lebte ab November 2013 in derselben Einrichtung.

**4** Am 23.06.2014 verzichteten die Eltern der Beklagten, die Mutter vertreten durch ihren Betreuer, auf das Wohnungsrecht und bewilligten die Löschung. Nach der Genehmigung des Verzichts der Mutter durch das Betreuungsgericht wurde das Wohnungsrecht im Grundbuch gelöscht. Im gleichen Jahr veräußerte die Beklagte das Grundstück zu einem Preis von rund 230.000 €.

**5** Die Klägerin gewährte der im März 2019 verstorbenen Mutter der Beklagten ab April 2010 und dem im Juni 2017 verstorbenen Vater ab November 2013 Sozialhilfeleistungen, die sich bis zum 31.12.2015 auf einen Betrag von insgesamt 58.891,57 € beliefen. Mit Bescheid von 22.02.2016 hat sie die Ansprüche der Eltern auf Schenkungsrückforderung wegen Verarmung auf sich übergeleitet.

**6** Die Klägerin macht geltend, der Verzicht auf das Wohnungsrecht stelle eine Schenkung an die Beklagte dar, durch die sich der Verkehrswert des Grundstücks um 41.000 € erhöht habe. Sie nimmt die Beklagte aus übergegangenem Recht auf Zahlung dieses Betrags in Anspruch.

**7** Das LG hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klageziel weiter. Die Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**8** Die zulässige Berufung führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

**9** I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

**10** Der Klägerin stehe gegen die Beklagte kein Anspruch gemäß § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB aus übergegangenem Recht zu, da die Bewilligung der Löschung des Wohnungsrechts keine Schenkung im Sinne des § 516 Abs. 1 BGB darstelle.

**11** Zwar sei der Verzicht auf das Wohnungsrecht entgegen der Auffassung des LG unentgeltlich erfolgt, da sich aus dem notariellen Vertrag über die Veräußerung des Grundstücks und die Einräumung des Wohnungsrechts kein Anspruch der Beklagten gegen ihre Eltern auf Erklärung eines Verzichts auf das Wohnungsrecht ergebe. Eine Gegenleistung für den Verzicht könne weder in dem Erwerb des Grundstücks gesehen werden noch darin, dass die Beklagte das Wohnungsrecht als wirtschaftlich nicht gebotene Leistung gewährt habe. Eine Erwartung, die Eltern würden bei gegebenem Anlass auf das Wohnungsrecht verzichten, sei weder anlässlich des Vertragsschlusses ausdrücklich formuliert worden noch habe die Beklagte vorgetragen, dass eine solche Erwartung stillschweigend bestanden habe.

**12** Eine Zuwendung im Sinne des § 516 Abs. 1 BGB liege indessen deshalb nicht vor, weil es aufseiten der Eltern an einer Entreicherung fehle. Das Wohnungsrecht sei für die Eltern der Beklagten zum Zeitpunkt des Verzichts nutzlos geworden, da sie aufgrund ihres Gesundheitszustands und der baulichen Gegebenheiten der Wohnung mit überwiegend hoher Wahrscheinlichkeit endgültig nicht mehr in der Lage gewesen seien, die Wohnung zu eigenen Wohnzwecken zu nutzen. Ein Wohnungsrecht, das der Berechtigte endgültig nicht mehr wahrnehmen könne, weil er wegen seines Gesundheitszustands in einem Pflegeheim betreut werden müsse oder die Wohnung aus sonstigen Gründen nicht mehr nutzen könne, und dessen Ausübung durch Dritte ausgeschlossen sei, sei für den Berechtigten wirtschaftlich wertlos, sodass der Verzicht auf dieses Recht bei ihm nicht zu einer Vermögenseinbuße führe. Der BGH sehe den Verzicht auf ein solches Recht nicht als Schenkung im Sinne des § 1804 Satz 1 BGB an. Diese Wertung müsse auch im Rahmen des § 516 Abs. 1 BGB gelten. Es sei nicht ersichtlich, weshalb ein Rechtsgeschäft, das nicht zu einer Entreicherung des Verfügenden führe, unter den Schenkungsbegriff des § 516 Abs. 1 BGB fallen sollte, zumal nach allgemeiner Ansicht eine Zuwendung im Sinne dieser Vorschrift eine Entreicherung auf Seiten des Schenkers voraussetze.

**13** Die Beklagte sei aufgrund der veränderten Umstände nicht verpflichtet gewesen, ihren Eltern die Vermietung der Wohnung zu gestatten. Bei der Vereinbarung eines lebenslangen Wohnungsrechts müsse jeder Vertragsteil damit rechnen, dass der Berechtigte sein Recht wegen Krankheit

und Pflegebedürftigkeit nicht bis zu seinem Tod ausüben könne. Es fehle daher an einer unvorhergesehenen Änderung der Umstände. Außerdem hätten sich die Eltern nicht in einer unzumutbaren Lage befunden, da die Beklagte das elterliche Grundstück nur erworben habe, um eine drohende Zwangsversteigerung des Grundstücks zu verhindern und den Eltern ihre Wohnung zu erhalten.

**14** Nicht überzeugend sei die Auffassung, dass auch ein nutzlos gewordenes Wohnungsrecht einen Vermögenswert darstelle, weil auch in einem solchen Fall der Verzicht auf das Recht zu einer Wertsteigerung des Grundstücks führe. Der Einsatz des Wohnungsrechts als Druckmittel gegen den Eigentümer, um eine Abfindung für den Verzicht zu erlangen, unterliefe vielmehr dem Schikaneverbot nach § 226 BGB. Entgegen der Auffassung der Klägerin sei die Löschung des Wohnungsrechts auch nicht deshalb als beschränkt nichtig anzusehen, weil die Beklagte damit in Kenntnis der Sozialhilfeleistungen eine eigene Inanspruchnahme habe verhindern wollen. Die Wertlosigkeit des Wohnungsrechts für die Eltern und der daraus resultierende Wegfall eines Anspruchs nach § 528 BGB hätten weder die Beklagte noch ihre Eltern aktiv herbeigeführt, sodass mit dem Verzicht kein Anspruch der Klägerin vereitelt worden sei.

**15 II.** Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

**16 1.** Anders als das Berufungsgericht angenommen hat, handelt es sich bei dem Verzicht auf das Wohnungsrecht um eine Schenkung im Sinne von § 516 Abs. 1 BGB.

**17 a)** Ein Schenkungsvertrag setzt gemäß § 516 BGB objektiv eine durch die Erfüllung des Vertrags bewirkte Entreichung des Schenkers und eine sich daraus ergebende Bereicherung des Beschenkten, mithin eine auf dem Schenkervermögen beruhende Mehrung des Vermögens des Beschenkten, sowie subjektiv die Übereinstimmung der Beteiligten voraus, dass diese Zuwendung unentgeltlich erfolgen, die Vermögensmehrung des Beschenkten mithin nicht (vollständig) durch eine Gegenleistung an den Schenker ausgeglichen werden soll (BGH, Urteil vom 05.09.2017, X ZR 119/16, ZEV 2018, 301 Rdnr. 20).

**18** Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts setzt eine Entreichung in diesem Sinne nicht zwingend voraus, dass der zugewendete Gegenstand für den Schenker einen wirtschaftlichen Wert hatte. Nach § 516 Abs. 1 BGB genügt es vielmehr, dass die Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers erfolgt.

**19** An dieser Voraussetzung fehlt es nach der Rechtsprechung des BGH etwa dann, wenn Arbeits- oder Dienstleistungen (BGH, Urteil vom 08.07.1982, IX ZR 99/80, BGHZ 84, 361, 365; Urteil vom 01.07.1987, IVb ZR 70/86, BGHZ 101, 229, 232) oder Gebrauchsüberlassungen (BGH, Urteil vom 11.12.1981, V ZR 247/80, BGHZ 82, 354, 356 f.) zugewendet werden. Sie ist ferner dann nicht erfüllt, wenn der Zuwendende gegenüber einem Dritten verpflichtet war, die Zuwendung vorzunehmen (BGH, Urteil vom 10.01.1951, II ZR 18/50, NJW 1951, 268). Andererseits kann eine Zuwendung im Sinne von § 516 Abs. 1 BGB auch dann vorliegen, wenn der zugewendete Gegenstand nicht unmittelbar aus dem

Vermögen des Schenkers stammt, dieser aber die zum Erwerb des Gegenstands durch den Beschenkten erforderlichen Mittel aufbringt (BGH, Urteil vom 02.07.1990, II ZR 243/89, BGHZ 112, 40, 46).

**20 b)** Nach diesen Grundsätzen führt der Verzicht auf ein Wohnungsrecht grundsätzlich zu einer Entreichung des Verzichtenden.

**21 aa)** Der Verzicht hat zur Folge, dass das betroffene Grundstück von einer Belastung frei wird. Die darin liegende Zuwendung erfolgt aus dem Vermögen des Verzichtenden, weil dieser eine ihm zustehende Rechtsposition aufgibt. Dies reicht für eine Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers im Sinne von § 516 Abs. 1 BGB grundsätzlich aus.

**22 bb)** An einer Entreichung im Sinne von § 516 Abs. 1 BGB fehlt es ausnahmsweise, wenn das Recht lösungsfähig ist, die Zustimmung zur Löschung im Grundbuch also nur dessen Berichtigung dient.

**23** Diese Voraussetzung liegt bei einem Wohnungsrecht vor, wenn das Recht niemandem mehr einen Vorteil bietet. Ein nur in der Person des Berechtigten liegendes Ausübungshindernis führt hingegen nicht generell zum Erlöschen des Rechts, selbst wenn das Hindernis auf Dauer besteht, etwa deshalb, weil der Berechtigte in ein Pflegeheim aufgenommen wird und nicht damit zu rechnen ist, dass er in die Wohnung zurückkehren kann (BGH, Urteil vom 19.01.2007, V ZR 163/06, NJW 2007, 1884 Rdnr. 13; Urteil vom 13.07.2012, V ZR 206/11, NJW 2012, 3572 Rdnr. 6).

**24** Im Streitfall lag allenfalls ein in der Person der Berechtigten liegendes Ausübungshindernis vor. Dieses führte auch dann nicht zum Erlöschen des Wohnungsrechts, wenn es, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, auf Dauer bestand.

**25 cc)** Welcher wirtschaftliche Wert der aufgegebenen Rechtsposition zukommt, ist grundsätzlich unerheblich.

**26** Nach § 516 Abs. 1 BGB reicht aus, wenn der zugewendete Gegenstand aus dem Vermögen des Schenkers stammt. Ob der Wert, den der Gegenstand für den Empfänger hat, derselbe ist, den er für den Zuwendenden hatte, ist demgegenüber grundsätzlich unerheblich.

**27 dd)** Ob ausnahmsweise etwas anderes gilt, wenn das Recht für den Zuwendenden ohne jeden wirtschaftlichen Wert war oder sein Bestand für den Zuwendenden sogar zu einer wirtschaftlichen Belastung geführt hat, bedarf keiner abschließenden Entscheidung.

**28** Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts reicht der Umstand, dass der Berechtigte an einer Ausübung des Rechts auf Dauer gehindert ist, auch in diesem Zusammenhang nicht aus, um das Recht als völlig wertlos anzusehen.

**29** Der Senat hat bereits entschieden, dass ein Wohnungsrecht, das nur noch formal weiterbesteht, weil mit einem Bezug der Wohnung durch den Berechtigten aufgrund einer Unterbringung in einem Heim nicht mehr zu rechnen ist, nicht ohne Weiteres als wertlos angesehen werden kann. Die Eintragung eines Wohnungsrechts stellt für sich eine Belastung des Grundstücks dar, die sich dann, wenn eine Wiederaufnahme der Nutzung der Wohnung durch den Be-

rechtigten voraussichtlich nicht mehr in Betracht kommt, zwar absehbar nicht mehr unmittelbar wirtschaftlich auswirken kann, die Verwertbarkeit des Grundstücks aber gleichwohl zu beeinträchtigen geeignet ist. Außerdem kann der Berechtigte dann, wenn das Wohnungsrecht Dritten nicht zur Ausübung überlassen werden darf, einer anderweitigen Nutzung der Wohnung, etwa einer Vermietung durch den Eigentümer an Dritte, grundsätzlich widersprechen (BGH, Urteil vom 26.10.1999, X ZR 69/97, NJW 2000, 728, 730 [zu II. 2. b), insoweit in BGHZ 143, 51 nicht abgedruckt]).

**30** Dies entspricht der typischen Verteilung der Befugnisse und Pflichten im Verhältnis zwischen dem Inhaber eines Wohnungsrechts und dem Eigentümer des belasteten Grundstücks. Beide Seiten können einer unberechtigten Nutzung der Sache, insbesondere einer Vermietung an Dritte, durch den jeweils anderen Teil entgegentreten. Beide können die aufgrund einer unberechtigten Vermietung erzielten Mieteinnahmen aber grundsätzlich nicht vom jeweils anderen Teil herausverlangen, weil ihnen insoweit keine Nutzungsbefugnis zusteht (BGH, Urteil vom 13.07.2012, V ZR 206/11, NJW 2012, 3572 Rdnr. 9 ff.). Deshalb besteht grundsätzlich auch kein Grund dafür, dass der Umzug des Berechtigten in ein Pflegeheim zu einer wirtschaftlichen Besserstellung des Eigentümers führt (BGH, Urteil vom 19.01.2007, V ZR 163/06, NJW 2007, 1884 Rdnr. 23; Urteil vom 09.01.2009, V ZR 168/07, NJW 2009, 1348 Rdnr. 17).

**31** Angesichts dessen bedarf es besonderer Umstände, um das Wohnungsrecht in solchen Konstellationen ausnahmsweise doch als völlig wertlos ansehen zu können. Solche Umstände sind im Streitfall nicht ersichtlich.

**32 ee)** Aus der vom Berufungsgericht herangezogenen Entscheidung des BGH (Beschluss vom 25.01.2012, XII ZB 479/11, NJW 2012, 1956) ergibt sich nichts Abweichendes.

**33** Die Entscheidung ist, wie auch das Berufungsgericht nicht verkannt hat, zu § 1804 Satz 1 BGB ergangen. Demgemäß hat sich der BGH lediglich mit der Frage befasst, ob eine Schenkung im Sinne dieser Vorschrift vorliegt. Dies hat er mit Rücksicht auf den Zweck der Vorschrift verneint. § 1804 Satz 1 BGB dient dem Schutz des Vermögens des Betreuten, aus dem nichts zu seinem Nachteil unentgeltlich weggegeben werden soll. Einen solchen Nachteil hat der BGH im dort zugrunde liegenden Fall verneint, weil dem Wohnungsrecht, an dessen Ausübung der Betreute auf Dauer gehindert war, eine laufende Kostenbelastung durch Hausgeld und Nebenkosten gegenüberstand, sodass die Aufgabe des Wohnungsrechts für den Betreuten wirtschaftlich günstig war (BGH, Beschluss vom 25.01.2012, XII ZB 479/11, NJW 2012, 1956 Rdnr. 16 ff.).

**34** Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts können diese Erwägungen nicht unverändert auf § 516 Abs. 1 BGB übertragen werden. Wie bereits oben dargelegt wurde, setzt eine Schenkung im Sinne dieser Vorschrift zwar den Verlust einer Vermögensposition voraus, nicht aber zwingend einen wirtschaftlichen Nachteil für den Zuwendenden.

**35 c)** Zutreffend ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Verzicht auf das Wohnungsrecht unentgeltlich erfolgt ist.

**36 aa)** Nach der notariellen Urkunde über die Löschungsbewilligung haben die Beklagte und ihre Eltern für die Aufhebung des Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts keine von der Beklagten zu erbringende Gegenleistung vereinbart.

**37 bb)** Entgegen der Auffassung des LG und der Revisionserwiderung hat die Beklagte für den Verzicht auf das Wohnungsrecht auch keine Gegenleistung in Form einer immateriellen Leistung erbracht.

**38** Auch wenn die Beklagte das Grundstück von ihrem Vater zu dem Zweck erworben haben mag, die Schulden der Eltern abzulösen und die Zwangsversteigerung des Grundstücks abzuwenden, ergeben sich weder aus der Vertragsurkunde noch sonst Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte und ihre Eltern davon ausgegangen wären, die Beklagte habe mit der Übernahme des Grundstücks bereits die Gegenleistung für einen späteren Verzicht ihrer Eltern auf das Wohnungsrecht erbracht.

**39 2.** Nach § 528 Abs. 1 BGB ist der Wert der Bereicherung herauszugeben. Dieser besteht im Falle eines Verzichts auf ein Wohnungsrecht nicht im Wert des Wohnungsrechts für den Berechtigten, sondern im Wert, den der Verzicht für den Beschenkten hat.

**40** Dieser Wert spiegelt sich regelmäßig in der Erhöhung des Verkehrswerts des Grundstücks bei Wegfall des Wohnungsrechts, da nur der sich hieraus ergebende Wertzuwachs dem Beschenkten zugutekommt (BGH, Urteil vom 17.04.2018, X ZR 65/17, BGHZ 218, 227 Rdnr. 13; Urteil vom 26.10.1999, X ZR 69/97, NJW 2000, 728, 730).

**41** Vor diesem Hintergrund kommt es im Streitfall nicht darauf an, ob zum Zeitpunkt des Verzichts auf das Wohnungsrecht mit einer Wiederaufnahme der Nutzung durch die Eltern der Beklagten zu rechnen war. Dementsprechend kann auch dahinstehen, ob die Nichteinholung eines Sachverständigengutachtens in diesem Zusammenhang verfahrensfehlerhaft war.

**42 3.** Dass die Eltern der Beklagten schon vor dem Verzicht auf das Wohnungsrecht und dessen Löschung von der Klägerin Sozialhilfeleistungen erhalten haben, die Bedürftigkeit mithin schon vor dem Vollzug der Schenkung vorlag, stellt die Anwendbarkeit des § 528 Abs. 1 BGB entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht in Frage.

**43** Das Erfordernis, dass der Schenker nach Vollziehung der Schenkung außerstande sein muss, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten, dient nur der zeitlichen Abgrenzung zur Einrede des Notbedarfs gemäß § 519 Abs. 1 BGB. Aus diesem Erfordernis ergibt sich nicht, dass die Bedürftigkeit Folge der Schenkung sein muss (BGH, Urteil vom 19.10.2004, X ZR 2/03, NJW 2005, 670, 671; Urteil vom 17.01.1996, IV ZR 184/94, NJW 1996, 987). Voraussetzung ist lediglich, dass der Notbedarf nach Abschluss des Schenkungsvertrags entstanden ist (BGH, Urteil vom 07.11.2006, X ZR 184/04, BGHZ 169, 320 Rdnr. 18).

**44 III.** Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen,

weil der Rechtsstreit auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

**45** IV. Im neu eröffneten Berufungsverfahren wird das Berufungsgericht insbesondere Folgendes zu beachten haben:

**46** 1. Der Klägerin steht der übergeleitete Rückforderungsanspruch erst für die Zeit ab 23.06.2014 zu.

**47** Vor Abschluss des Schenkungsvertrags kann ein Anspruch des Schenkers gegen den Beschenkten nicht bestehen (BGH, Urteil vom 07.11.2006, X ZR 184/04, BGHZ 169, 320 Rdnr. 18). Hingegen kommt es nicht darauf an, wann der Beklagten die durch den Verzicht auf das Wohnungsrecht und dessen Löschung eingetretene Wertsteigerung zugeflossen ist (BGHZ 169, 320 Rdnr. 19).

**48** Feststellungen dazu, in welcher Höhe die Klägerin ab 23.06.2014 Sozialhilfeleistungen erbracht hat, sind bislang – vom Rechtsstandpunkt des Berufungsgerichts aus folgerichtig – nicht getroffen.

**49** 2. Weiterhin wird das Berufungsgericht gemäß § 818 Abs. 3 BGB zu prüfen haben, inwieweit eine Bereicherung der Beklagten zum Zeitpunkt der Haftung nach § 818 Abs. 4, § 819 BGB maßgeblichen Zeitpunkt noch besteht oder weggefallen ist.

**50** 3. Schließlich wird das Berufungsgericht zu erwägen haben, inwieweit eine ergänzende Auslegung der der Bestellung des Wohnungsrechts zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vereinbarung in Betracht kommt, und welche Folgen sich daraus ggf. für die Ermittlung des Werts der Zuwendung an die Beklagte ergeben.

#### ANMERKUNG:

Von Notar **Markus Müller**, Greding

Das vorliegende Urteil befasst sich mit der Frage, ob es sich bei dem Verzicht auf ein Wohnungsrecht um eine Schenkung im Sinne des § 516 BGB handelt. Anlass der Entscheidung war die Geltendmachung von Ansprüchen aus § 528 BGB (Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers) der Sozialhilfeträgerin gegen die Beklagte aus übergeleitetem Recht nach § 93 SGB XII.

### 1. Sachverhalt und Entscheidung

Die Beklagte räumte ihren Eltern ein lebenslanges Wohnungsrecht an einer Wohnung mit der Maßgabe ein, dass dieses Recht Dritten nicht zur Ausübung überlassen werden kann. Zu einem späteren Zeitpunkt zogen die Eltern aus der Wohnung aus und lebten in einem Pflegeheim. Nach Auszug aus der Wohnung verzichteten die Eltern auf das Wohnungsrecht und bewilligten die Löschung, sodass das Wohnungsrecht im Grundbuch gelöscht wurde. Die Klägerin gewährte bereits zum Zeitpunkt des Verzichts auf das Wohnungsrecht beiden Eltern Sozialhilfeleistungen. Durch Bescheid hat die Klägerin Ansprüche der Eltern auf Rückforderung der Schenkung wegen Verarmung auf sich übergeleitet.

Eine Schenkung im Sinne des § 516 BGB liegt vor, wenn durch die Erfüllung des Vertrages eine Entreicherung des Schenkers eintritt und damit korrespondierend eine Bereicherung des Beschenkten (objektive Elemente) und die Beteiligten sich über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind (subjektives Element).<sup>1</sup> Der BGH hatte nun zu entscheiden, welche Voraussetzungen für eine Entreicherung bei dem Schenker vorliegen müssen. Nach Ansicht des BGH genügt es für eine Entreicherung, dass die Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers erfolgt. Nicht erforderlich ist jedoch, dass der zugewendete Gegenstand für den Schenker einen wirtschaftlichen Wert hat.<sup>2</sup>

Im vorliegenden Fall kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass damit der Verzicht auf ein Wohnungsrecht – auch wenn ein in der Person des Berechtigten dauerndes Ausübungshindernis (zum Beispiel aufgrund Unterbringung in einem Pflegeheim) besteht – eine Entreicherung des Verzichtenden darstellt. Dies begründet der BGH mit der Sperrwirkung, welche ein solches, lediglich formal bestehendes Wohnungsrecht dem Berechtigten vermittelt. So stellt die Eintragung eines Wohnungsrechtes für sich genommen eine Belastung des Grundstücks dar, die geeignet ist die Verwertung des Grundstücks zu beeinträchtigen. Weiterhin kann der Berechtigte, auch wenn das Wohnungsrecht Dritten nicht zur Ausübung überlassen werden darf, einer anderweitigen Nutzung der Wohnung etwa einer Vermietung durch den Eigentümer an Dritte grundsätzlich widersprechen.<sup>3</sup>

### 2. Bisherige Entwicklung der Rechtsprechung

a) Entscheidung des BGH<sup>4</sup> aus dem Jahr 2012

Im Jahre 2012 hat der BGH entschieden, dass der Verzicht eines Betreuers auf ein zugunsten des Betreuten bestelltes Wohnungsrecht keine Schenkung im Sinne des § 1804 BGB darstellt. Dies wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die vom Berechtigten aufgrund eines in seiner Person bestehenden dauernden Ausübungshindernisses nicht mehr genutzte Wohnung aufgrund der zu tragenden Lasten keinen Vermögenswert mehr darstellt.

b) Entscheidung des OLG Nürnberg<sup>5</sup> aus dem Jahr 2013

In bewusster Abgrenzung zu der Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2012 hat das OLG Nürnberg geurteilt, dass die unentgeltliche Aufgabe eines dinglichen Wohnungsrechts eine Schenkung im Sinne des § 516 BGB darstellt, unabhängig davon, ob der Berechtigte an der Ausübung

1 Rdnr. 17 der besprochenen Entscheidung mit Verweis auf BGH, Urteil vom 05.09.2017, X ZR 119/16, ZEV 2018, 301.

2 Rdnr. 18 der besprochenen Entscheidung.

3 Rdnr. 29 der besprochenen Entscheidung m. w. N.

4 BGH, Beschluss vom 25.01.2012, XII ZB 479/11, MittBayNot 2013, 312.

5 OLG Nürnberg, Urteil vom 22.07.2013, 4 U 1571/12, MittBayNot 2015, 30; siehe hierzu auch Everts, MittBayNot 2015, 14 ff.

noch Interesse hat bzw. ihm diese subjektiv möglich ist oder ob er sich aufgrund der Lastenregelung etwaige Kosten spart.

c) Entscheidung des OLG Köln<sup>6</sup> aus dem Jahre 2017

Das OLG Köln hat den unentgeltlichen Verzicht auf einen Nießbrauch unabhängig von den mit dem Nießbrauch verbundenen Belastungen in jedem Fall als Schenkung im Sinne des § 516 BGB beurteilt.

d) Entscheidung des BGH<sup>7</sup> aus dem Jahre 2018

In diesem Urteil setzt sich der BGH mit dem Inhalt und Umfang eines Rückforderungsanspruches des Schenkers nach § 528 BGB ausführlich auseinander.<sup>8</sup> Die vorgelagerte Frage, ob es sich bei dem Verzicht auf ein Wohnungsrecht um eine Schenkung im Sinne des § 516 BGB handelt, wurde nicht näher erörtert, aber für die Bejahung des Anspruchs nach § 528 BGB stillschweigend vorausgesetzt. Dies lag wohl daran, dass in diesem Fall der auf das Wohnungsrecht verzichtende Berechtigte nicht subjektiv an der Ausübung verhindert war, sondern die Wohnrechtsräume nach Erlöschen des Wohnungsrechtes aufgrund eines geschlossenen Mietvertrages weiter bewohnte.

### 3. Einordnung

Die vorliegende Entscheidung des BGH setzt die bisherige Rechtsprechung zu den Voraussetzungen einer Schenkung im Sinne des § 516 BGB fort und stellt ausdrücklich klar, dass der Schenkungsbegriff im Sinne des § 516 BGB nicht deckungsgleich mit dem Schenkungsbegriff des § 1804 BGB ist. Im Rahmen des § 1804 BGB ist der Begriff der Schenkung anhand des Telos der Norm zu bestimmen. Dieser besteht darin, das Vermögen des Mündels (bzw. über die Verweisung des § 1908i Abs. 2 BGB das Vermögen des Betreuten) zu schützen, sodass aus diesem nichts zu seinem Nachteil unentgeltlich weggegeben werden soll. Voraussetzung einer Schenkung in diesem Sinne ist damit, dass die Rechtsposition, die der Vormund (bzw. Betreuer) weggibt, einen realen Vermögenswert darstellt. Nach Ansicht des BGH ist damit der Schenkungsbegriff im Rahmen des § 1804 BGB enger auszulegen als bei der Norm des § 516 BGB.<sup>9</sup>

Nach dieser Entscheidung des BGH ist nun höchstrichterlich geklärt, dass die durch ein Wohnungsrecht vermittelte Sperrwirkung, wonach das bestehende (wenn auch für den Berechtigten subjektiv nutzlose) Wohnungsrecht die Verwertbarkeit des Grundstücks beeinträchtigt, für die Annahme einer Entreicherung des Schenkers und da-

mit das Vorliegen einer Schenkung im Sinne des § 516 BGB ausreichend ist.

Trotz dieser Grundsatzentscheidung lässt der BGH ein Hintertürchen offen, sodass in besonders gelagerten Ausnahmefällen eine Schenkung tatbestandlich verneint werden kann. So lässt er in Rdnr. 27 ausdrücklich dahinstehen, ob eine Entreicherung des Schenkers vorliegt, „wenn das Recht für den Zuwendenden ohne jeden wirtschaftlichen Wert war oder sein Bestand für den Zuwendenden sogar zu einer wirtschaftlichen Belastung geführt hat“, um in Rdnr. 31 klarzustellen, dass es besonderer Umstände bedarf, „um das Wohnungsrecht in solchen Konstellationen ausnahmsweise doch als völlig wertlos ansehen zu können“.

Hiermit können eigentlich nur Fälle gemeint sein, in denen die oben beschriebene Sperrwirkung faktisch nicht vorliegt. Dies wäre bei einem Wohnungsrecht, bei dessen Berechtigten ein dauerhaftes Ausübungshindernis besteht und eine Überlassung an Dritte ausgeschlossen ist, praktisch nur dann der Fall, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ein Verkauf oder eine Beleihung der Immobilie durch den Eigentümer ausscheidet und auch eine Mitwirkung des Eigentümers an einer Drittvermietung (auch gegen Auszahlung eines Großteils der vom Berechtigten dann vereinnahmten Mietzahlungen<sup>10</sup>) ausgeschlossen ist.<sup>11</sup>

### 4. Folgerungen für die Praxis

Bei der Gestaltung von Übergabeverträgen, bei welchen sich der Übergeber ein Wohnungsrecht vorbehält, sollte mit den Beteiligten besprochen werden, welche Folgen sich aus dem Recht bei dauerhaftem Wegzug des Berechtigten ergeben sollen. In der Praxis sind gerade mit Blick auf die sozialrechtlichen Überleitungsbestimmungen sog. Wegzugsklauseln weit verbreitet. Hierbei wird das dingliche Recht unter der auflösenden Bedingung bestellt, dass der Berechtigte es dauerhaft nicht persönlich ausüben kann. Weiter kann eine Verpflichtung des Berechtigten zur Abgabe einer Löschungsbewilligung vereinbart werden<sup>12</sup> sowie der Ausschluss von Geldersatzleistungen, auch im Hinblick auf ersparte Aufwendungen.<sup>13</sup>

Solche Wegzugsklauseln werden als allgemein zulässig anerkannt und unterliegen nicht dem Verdikt der Sittenwidrigkeit.<sup>14</sup> Der Eintritt einer solchen auflösenden Bedin-

6 OLG Köln, Beschluss vom 09.03.2017, 7 U 119/16, MittBayNot 2017, 573.

7 BGH, Urteil vom 17.04.2018, X ZR 65/17, DNotZ 2018, 825.

8 Die Entscheidung ist in der Literatur zu Recht kritisch aufgenommen worden. Siehe hierzu insbesondere *Herrler*, DNotZ 2019, 493 ff.; *Weber*, ZNotP 2019, 20 ff.; *Hennig*, RNotz 2018, 697 ff.

9 Kritisch hierzu *Witmann*, LMK 2021, 808832.

10 Die Überlassung der Mietzahlungen vom Berechtigten an den Eigentümer würde aufgrund der Ausnahme des § 517 BGB keine Schenkung des Berechtigten an den Eigentümer darstellen. Siehe hierzu auch *Herrler*, DNotZ 2019, 493, 496; *Herrler*, DNotZ 2009, 408, 417; *Weber* ZNotP 2019, 20, 22.

11 *Herrler*, DNotZ 2019, 493, 504 f. mit konkreten Beispielen.

12 Dies empfiehlt sich sogar zusätzlich zur Vereinbarung einer auflösenden Bedingung, wenn der Bedingungseintritt nicht in grundbuchtauglicher Form nachgewiesen werden kann.

13 Siehe hierzu auch *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rdnr. 1653 ff. mit Formulierungsvorschlägen.

14 BGH, Urteil vom 06.02.2009, V ZR 130/08, MittBayNot 2009, 294; vgl. auch *Herrler*, DNotZ 2009, 408 ff.

gung führt per se zum Erlöschen des Rechtes, sodass für die Annahme einer Schenkung kein Raum bleibt.<sup>15</sup>

Bei bereits im Grundbuch eingetragenen Wohnungsrechten sollte eine Aufgabe des Wohnungsrechts wohl überlegt sein, da aus einer vorschnellen Löschung eines (vermeintlich) wert- und nutzlosen Wohnungsrechtes letztlich Ansprüche des Sozialhilfeträgers auf Wertersatz resultieren können.<sup>16</sup> Im Rahmen der Unterschriftsbeglaubigung einer solchen Löschungsbewilligung sollte der Notar die Beteiligten zumindest auf die Vorschrift des § 528 BGB hinweisen.

15 So führt der BGH in Rdnr. 22 der besprochenen Entscheidung folgerichtig aus: „An einer Entreicherung im Sinne des von § 516 Abs. 1 BGB fehlt es ausnahmsweise, wenn das Recht löschtunsgreif ist, die Zustimmung zur Löschung im Grundbuch also nur dessen Berichtigung dient.“

16 Zu etwaigen Gestaltungsmöglichkeiten, falls das Wohnungsrecht trotzdem gelöscht werden soll oder bereits gelöscht wurde, siehe *Herrler*, DNotZ 2019, 493, 521 ff.

## 2. Zustimmung zur Veräußerung eines Erbbaurechts

OLG München, Beschluss vom 18.11.2020, 34 Wx 315/19, mitgeteilt von Dr. **Andreas Stegbauer**, Richter am OLG München

*BGB §§ 137, 305, 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1*

*FamFG § 10 Abs. 2 Satz 1, § 59 Abs. 1, § 63 Abs. 1 und 3, § 64 Abs. 1 und 2*

*Erbbaurechtsgesetz § 5 Abs. 1, § 7*

### LEITSÄTZE:

- Die Vereinbarung einer Gemeinde mit einem Erbbauberechtigten in einem formularmäßigen Erbbaurechtsvertrag, wonach die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts verweigert werden kann, wenn der Kaufpreis den Verkehrswert des Gebäudes erheblich übersteigt, kann der Inhaltskontrolle des § 307 BGB standhalten, wenn die Vergabe der Grundstücke an sozial Schwächere erfolgt ist und außer den nach sozialen Gesichtspunkten bemessenen Erbbauzinsen und einem Betrag für Grundstücksnebenkosten nichts für die Einräumung des Erbbaurechts an die Gemeinde zu zahlen war.**
- Es liegt im Wesen des Erbbaurechts, dass die Regelung im Vertrag über die Zustimmung zu einer Veräußerung und deren Kriterien durchgehend bis zum zeitlichen Ablauf des Rechts gelten.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 3, eine bayerische Gemeinde, ist als Eigentümerin eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Sie räumte Mitte der 80er Jahre in einem Bereich des Gemeindegebiets mehreren Erwerbern Erbbaurechte ein.

2 Am 28.10.1986 hatte die Eigentümerin auf dem streitgegenständlichen Grundstück in diesem Gebiet für die Beteiligten zu 1 und 2 ein Erbbaurecht nach den Bestimmungen der Verordnung über das Erbbaurecht bestellt.

3 Der Vertrag hat unter anderem folgenden Inhalt:

„II. Bestellung des Erbbaurechts ...

2. Bauwerk

Der Erbbauberechtigte ist berechtigt, auf dem Erbbaugelände ein Reihenhaus als Wohngebäude samt Nebengebäude (Garage) zu haben, zu dessen Errichtung ist er auch verpflichtet. (...)

3. Instandsetzung des Bauwerks

Der Erbbauberechtigte ist verpflichtet, die Gebäude stets in gutem Zustand zu erhalten. Werden Bauwerke ganz oder teilweise zerstört, hat der Erbbauberechtigte sie unverzüglich wiederherzustellen.

4. Verwendung des Bauwerks

Das Reihenhaus ist als eigengenutztes Wohnhaus zu verwenden. Die Änderung der Zweckbestimmung des Wohnens bedarf der Zustimmung des Grundstückseigentümers. (...)

7. Zustimmung zur Veräußerung und Belastung:

Der Erbbauberechtigte bedarf der Zustimmung des Grundstückseigentümers

a) zur Veräußerung des Erbbaurechts: Dies gilt nicht für die Veräußerung an Verwandte (...); die Zustimmung zur Veräußerung kann insbesondere verweigert werden, wenn der Kaufpreis den Verkehrswert des Gebäudes erheblich übersteigt; (...)

8. Heimfall

Der Erbbauberechtigte ist verpflichtet, das Erbbaurecht dem Grundstückseigentümer oder einem von diesem zu bestimmenden Dritten auf Verlangen kostenfrei zu übertragen (Heimfallanspruch, wenn

a) (...)

e) wahrheitswidrige Angaben des Erbbauberechtigten hinsichtlich seiner wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse zur Bestellung des Erbbaurechts führten.

9. Vergütung beim Heimfall

Macht der Grundstückseigentümer von dem Heimfallanspruch Gebrauch, hat er dem Erbbauberechtigten den Verkehrswert der Bauwerke und der mit Grund und Boden verbundenen Anlagen des Erbbauberechtigten zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Heimfallanspruchs zu vergüten

10. Entschädigung nach Zeitablauf

Nach Beendigung des Erbbaurechts durch Zeitablauf hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung zu leisten in Höhe des Ver-



kehrswerts der Bauwerke und Anlagen im Zeitpunkt der Beendigung des Erbbaurechts

### III. Einigung

Die Beteiligten sind einig über die Bestellung des Erbbaurechts gemäß Abschnitt II. dieser Urkunde.“

**4** Ein Kaufpreis für das Erbbaurecht war nicht zu zahlen. Außer dem jährlichen Erbbauzins, der mit 3,5 % des Grundstückswertes von 183 DM/m<sup>2</sup> ermittelt wurde, war nur vereinbart, dass die Beteiligten zu 1 und 2 an die Beteiligte zu 3 die Grundstücksnebenkosten für die Erschließungsanlagen, Herstellungskosten der Wohn- bzw. Eigentümerwege, des Kinderspielplatzes, der Wasser- und Abwasserversorgung, der Breitbandkabelverlegung sowie Beleuchtungskosten für Gemeinschaftsanlagen, Hausanschlusskosten für Strom- und Gasversorgung i. H. v. 140 DM/m<sup>2</sup> zahlen.

**5** Das Erbbaurecht wurde am 19.03.1987 in dem dafür angelegten Erbbaugrundbuch im Bestandsverzeichnis eingetragen wie folgt:

„Erbbaurecht an Grundstück (...) eingetragen in Abt. II/28; bis zum 31.12.2086;

Zustimmung des Grundstückseigentümers ist erforderlich zur

- Veräußerung;

Ausnahme: Veräußerung an Verwandte in gerader Linie und Ehegatten sowie für die Erteilung des Zuschlags bei Zwangsversteigerung des Erbbaurechts, die aus einem Grundpfandrecht betrieben wird, das mit Zustimmung des Eigentümers eingetragen wurde;

- Belastung mit Grundpfandrechten, (...)

Eigentümer: Gemeinde X gemäß Bew. vom 28.10.1986; (...)

**6** Mit Vertrag vom 28.09.2018 verkauften die Beteiligten zu 1 und 2 das Erbbaurecht für 605.000 € an ein Paar. Die Käufer verpflichteten sich in dem Vertrag vom Tage des Lastenübergangs in sämtliche Rechte und Pflichten der Beteiligten zu 1 und 2 aus dem Erbbaurechtsvertrag einzutreten. Eine Übergabe war für den 15.03.2019 vorgesehen.

**7** Die Urkunde des Notars wurde der Beteiligte zu 3 zur Abgabe der Zustimmungserklärung zur Veräußerung übersandt. Daraufhin forderte die Beteiligte zu 3 als Voraussetzung der Entscheidung im Gemeinderat über die Zustimmungserklärung die Vorlage eines Verkehrswertgutachtens zum Gebäudewert.

**8** Am 30.10.2018 legten die Beteiligten zu 1 und 2 ein mit „Detailreport zum PH-Immocheck“ überschriebenes Schreiben, „erstellt durch X X“ vor, nach dem der Zeitwert der baulichen Anlagen mit 291.437 € zu bemessen sei, der Bodenwert mit 167.335 €. Von diesem Betrag für den Grund seien allerdings Abschläge wegen des Erbbaurechts i. H. v. 87.601 € veranlasst. Der so zu errechnende Betrag von 371.171 € sei allerdings noch aufgrund einer vorzunehmenden Marktanpassung um 70 % zu erhöhen und ein Abschlag von 31.035 € für die Belastung mit der Erbbauzins-

reallast vorzunehmen. Damit belaufe sich der Marktpreis des Erbbaurechts auf Basis der Sachwertermittlung auf 661.276 €. Der indikative Marktpreis werde auf 661.000 € bestimmt.

**9** Mit Schreiben vom 13.11.2018 verlangten die Beteiligten zu 1 und 2 erneut die Zustimmung der Beteiligten zu 3 zur Veräußerung des Erbbaurechts. Wiederum zur formgerechten Zustimmung wurde die Beteiligte zu 3 mit Schreiben des Anwalts der Beteiligten zu 1 und 2 vom 05.12.2018 aufgefordert.

**10** Mit Schreiben vom 03.12.2018 erklärte die Beteiligte zu 3, der Gemeinderat habe der Veräußerung nicht zugestimmt. Es liege kein Verkehrswertgutachten eines Sachverständigen vor, der Kaufpreis liege jedoch auch erheblich über dem in dem nicht akzeptierten „Detailreport“ ermittelten Gebäudewert. In einem Telefonat mit den Beteiligten zu 1 und 2 regte der Sachbearbeiter der Beteiligten zu 3 an, den Kaufpreis zu reduzieren.

**11** Da die Zustimmung nicht erteilt wurde, beantragten die Beteiligten zu 1 und 2 mit Anwaltsschreiben vom 21.12.2018 beim AG die Ersetzung der Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts gemäß § 7 ErbbauRG. Dagegen wandte sich die Beteiligte zu 3, da der vereinbarte Kaufpreis von 605.000 € den Wert des Gebäudes um mehr als 100 % überschreite.

**12** Mit Beschluss vom 28.05.2018 hat das AG die Zustimmung der Beteiligten zu 3 ersetzt. Die erweiterte Bedingung der Zustimmungsbedürftigkeit zur Veräußerung sei nicht im Grundbuch eingetragen und entfalte damit keine dingliche Wirkung. Die Voraussetzungen für die Ersetzung der Zustimmung nach § 7 ErbbauRG lägen vor.

**13** Dagegen wandte sich die Beteiligte zu 3 mit der Beschwerde, der das AG mit der Begründung nicht abgeholfen hat, dass die Regelung im Vertrag, wonach die Verkaufszustimmung verweigert werden könne, nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nichtig sei.

**14** Die Beteiligte zu 3 hat zusammengefasst Folgendes vorgebracht:

**15** Ziel der Gemeinde bei der Entwicklung des Baugebiets sei gewesen, weniger vermögenden Bevölkerungskreisen Zugang zu preisgünstigen Wohnungen zu verschaffen. Deshalb seien die Grundstücke in dem Baugebiet, in dem das Erbbaurecht der Beteiligten zu 1 und 2 belegen ist, nicht zu Eigentum verkauft worden. Vielmehr seien aus diesem Grund Erbbaurechte verbunden mit der Klausel, dass die Gemeinde die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts versagen könne, wenn der Preis für den Verkauf den Verkehrswert des darauf errichteten Gebäudes wesentlich übersteige. Die Erwerber, mithin auch die Beteiligten zu 1 und 2, seien damals nach bestimmten Kriterien in einem Auswahlverfahren ausgesucht worden. Entsprechendes sei schon im Gemeindeentwicklungsprogramm aus dem Jahr 1975 aufgenommen worden. Aus diesem Grund sei auch nur ein Erbbauzins von 6,40 €/m<sup>2</sup> jährlich vereinbart worden. Soweit einem Verkauf durch andere Erbbauberechtigte zugestimmt worden sei, sei dies deswegen erfolgt, da

dort der vereinbarte Preis den des errichteten Gebäudes nicht wesentlich überstiegen habe. Das Ziel, preisgünstigen Wohnraum für weniger vermögende Bevölkerungskreise zu schaffen, ergebe sich aus eidesstattlichen Versicherungen von Zeugen.

**16** Ergänzend haben die Beteiligten zu 1 und 2 zusammengefasst vorgetragen:

**17** Der Zweck der Vergabe des Erbbaurechts für verschiedene Einkommensgruppen werde durch die Käufer nicht gefährdet. Diese zählten ebenfalls zu dem wenig vermögenden Bevölkerungskreis, da sie den Kaufpreis aus dem Verkauf einer Eigentumswohnung hätten finanzieren müssen. In einem späteren Schriftsatz tragen die Beteiligten zu 1 und 2 allerdings vor, der Beteiligten zu 3 gehe es nur darum, den Kaufpreis für die Käufer zu reduzieren, obwohl diese nicht minderbemittelt seien. Im Übrigen werde die soziale Zielsetzung durch die Beteiligte zu 3 nur konstruiert. Dies sei nie Vertragsinhalt oder Geschäftsgrundlage gewesen. Eine Sozialbindung ergebe sich aus der Urkunde vom 28.10.1986 nicht. Einziges Kriterium der Vergabe sei gewesen, dass die Bewerber in Eching wohnen oder arbeiten. Öffentlichrechtliche Bindefristen für ein Rückkaufrecht könnten längstens 15 bis 25 Jahre bestehen; nichts anderes könne für das Erbbaurecht gelten. Soziale Verpflichtungen seien jedenfalls nach nunmehr über 32 Jahren abgelaufen, weshalb auch keine Verwendungsbeschränkungen und Heimfallrechte für die gesamte Dauer des Erbbaurechts vereinbart werden könnten. Zudem sei zu berücksichtigen, dass ein Immobilienkredit trotz entgegenstehender vertraglicher Abreden außerordentlich gekündigt werden könne, wenn ein berechtigtes Interesse dazu bestehe.

**18** Die Klausel zur Zustimmung verstoße gegen §§ 307 ff. BGB. Insbesondere sei diese unklar, da der Zweck des Erbbaurechts darin bestanden habe, ein Reihenhaus samt Nebengebäude (Garage) zu haben und damit nicht nur ein „Gebäude“. Diese Unklarheit gehe zulasten der Verwenderin. Der Anspruch auf Zustimmung könne nicht durch vertragliche Abreden eingeschränkt werden, was die angesprochene Klausel im Erbbaurechtsvertrag jedoch mache. Zudem sei anderen damaligen Erwerbern der Weiterverkauf gestattet worden.

**19** Im Übrigen schließe die Klausel die freie Veräußerlichkeit des Erbbaurechts aus und enge den Erbbauberechtigten in seiner Freizügigkeit und wirtschaftlichen Freiheit ein. Die Veräußerung sei nicht zu Spekulationszwecken erfolgt, sondern im Rahmen der Planung des Altersruhesitzes und der damit verbundenen Rückkehr in die alte Heimat. Der Verkauf des Gebäudes zu welchem Preis auch immer könne daher nicht verweigert werden.

**20** Das Erbbaurecht sei das Recht, das Erbbaugrundstück mit einem eigenen Gebäude für die Laufzeit des Vertrags zu nutzen. Das Gebäude könne daher nicht isoliert vom Erbbaurecht bewertet werden. Der vereinbarte Preis setze sich zusammen aus dem Wert des Gebäudes und dem Wert des Erbbaurechts. Der Wert dessen sei dann hoch, wenn der Bodenrichtwert hoch und der Erbbauzins gering sei. Aus diesem Grund sei der Kaufpreis für Erbbaurecht / Gebäude

mit Garage mit 605.000 € nicht erheblich zu hoch bemessen, insbesondere wenn man die derzeitigen Grundstückspreise von 1.200 €/m<sup>2</sup> berücksichtige und die Laufzeit von noch 68 Jahren. Ein Gutachten eines Sachverständigen für die Bewertung von Immobilien ergebe den Bodenwert von 224.018 € und einen Gebäudewert mit 266.000 €. In Anbetracht der Lage auf dem Wohnungsmarkt sei der Betrag allerdings um 18 % zu erhöhen, sodass die Immobilie mit 577.000 € zu bewerten sei.

**21** Unzutreffend sei, dass das teure Erbbaurecht preisvergünstigt gewesen sei. Die Beteiligten zu 1 und 2 hätten Grundstücksnebenkosten von 34.300 DM zu tragen gehabt, zudem seien 1.505,32 € pro Jahr an Erbbauzinsen zu zahlen gewesen, mithin insgesamt 54.191,52 €. Mit Grundsteuer, wertsteigernder Grundstückspflege hätten die Beteiligten zu 1 bis 2 seit Beginn des Erbbaurechtsvertrags 125.341,52 € an die Beteiligte zu 3 gezahlt oder zu deren Entlastung übernommen.

**22** Im Übrigen gehe die Beteiligte zu 3 selbst davon aus, dass die Übertragung des Erbbaurechts auf die Erwerber wirksam sei, da diese schon zu den Grundabgaben herangezogen würden.

**23** Die vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen der benannten Zeugen seien anwaltlich vorformuliert, textlich identisch und enthielten nur Meinungsäußerungen über die Vorstellungen des Gemeinderats und des Bauausschusses.

**24** Das Gericht hat die Zeugen X und X einvernommen zum Vortrag, dass Ziel der Gemeinde bei der Entwicklung des Baugebiets gewesen sei, weniger vermögenden Bevölkerungskreisen Zugang zu preisgünstigen Wohnungen zu verschaffen, weshalb die Grundstücke in dem Baugebiet, in dem das Erbbaurecht der Beteiligten zu 1 und 2 belegen ist, nicht zu Eigentum verkauft worden, sondern in Erbbaupacht vergeben worden seien mit der Klausel, dass die Gemeinde die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts versagen könne, wenn der Preis für den Verkauf den Verkehrswert des darauf errichteten Gebäudes wesentlich übersteige. Die Erwerber, mithin auch die Beteiligten zu 1 und 2, seien folglich damals nach bestimmten Kriterien in einem Auswahlverfahren ausgesucht worden.

**25** Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll vom 30.09.2020 verwiesen.

**26** Nach Ablauf der den Beteiligten gesetzten Schriftsatzfrist ging am 09.11.2020 noch ein Schriftsatz der Beteiligten zu 3 ein.

**27** II. Das Rechtsmittel ist zulässig und begründet.

**28** 1. Da § 7 Abs. 3 Satz 2 ErbbauRG für das Zustimmungsverfahren auf die Vorschriften des FamFG verweist, ist gegen die Entscheidung des AG die Beschwerde nach § 58 FamFG statthaft. Die Beteiligte zu 3 ist als Eigentümerin gemäß § 59 Abs. 1 FamFG beschwerdeberechtigt; denn es besteht die Möglichkeit, dass sie durch die Entscheidung des AG, die ihre Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts ersetzt, in ihren Rechten beeinträchtigt ist.



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

**29** Die Beschwerde ist form- und fristgerecht durch den verfahrensbevollmächtigten Rechtsanwalt erhoben (§ 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG, § 63 Abs. 1 und 3, § 64 Abs. 1 und 2 FamFG).

**30** 2. Das OLG München ist nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) GVG zur Entscheidung über die Beschwerde zuständig.

**31** 3. Das Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg, da das Zustimmungserfordernis wirksam vereinbart war und die Voraussetzungen einer Ersetzung der Zustimmung nicht vorliegen. Zu diesem Ergebnis kam der Senat ohne Berücksichtigung der Ausführungen im Schriftsatz der Beteiligten zu 3 vom 09.11.2020.

**32** a) Nach § 7 Abs. 3 Satz 1 ErbbauRG kann, wenn die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts ohne ausreichenden Grund verweigert wird, diese auf Antrag des Erbbauberechtigten durch das Gericht ersetzt werden, wenn ein Zustimmungsanspruch nach § 7 Abs. 1 oder Abs. 2 ErbbauRG besteht (OLG Hamm, NJW-RR 2008, 605; Palandt/*Bassenge*, 79. Aufl., § 7 ErbbauRG Rdnr. 6 und § 8 ErbbauRG Rdnr. 4).

**33** Der Anspruch auf eine Zustimmung trägt dem in § 1 Abs. 1 ErbbauG normierten, nicht ausschließbaren oder einschränkbareren Grundsatz der freien Veräußerlichkeit des Erbbaurechts Rechnung (OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2006, 387, 388; OLG Hamm, FGPrax 2008, 8). Die Vereinbarung eines Zustimmungserfordernisses als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts ist zum Schutz des Grundstückseigentümers vor einer Verschlechterung seiner Rechtsposition in § 5 ErbbauRG vorgesehen. Damit darf jedoch die Freizügigkeit und wirtschaftliche Freiheit des Berechtigten durch eine willkürliche Verweigerung nicht beeinträchtigt werden (OLG Hamm, NJW-RR 2006, 658). Denn die Veräußerlichkeit des Erbbaurechts ist unabdingbarer Inhalt des Rechts, § 137 BGB (von Oefele/*Winkler/Schlögel*, Handbuch des Erbbaurechts, 6. Aufl., § 4 Rdnr. 184). Das Gesetz erlaubt allerdings in § 5 Abs. 1, § 7 ErbbauRG eine sachlich begründete Modifizierung dieser Veräußerungsbefugnis, die nicht in ihrer Substanz angetastet, aber aus sachlichen Gründen begrenzt werden darf (von Oefele/*Winkler/Schlögel*, Handbuch des Erbbaurechts, § 4 Rdnr. 190).

**34** Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG kann der Erbbauberechtigte von dem Grundstückseigentümer die Erteilung der Zustimmung dann verlangen, wenn nicht nur die Persönlichkeit des Erwerbers Gewähr für eine ordnungsgemäße Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Verpflichtungen bietet. Weitere Voraussetzung ist, dass durch die Veräußerung der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird. Dieser Zweck bestimmt sich aus dem Inhalt des Erbbaurechtsvertrags, den Umständen seines Zustandkommens und seiner Handhabung durch die Beteiligten. So kann sich aus dem Vertrag oder den Umständen des Abschlusses ergeben, dass das Erbbaurecht aus sozialen Gründen bestellt ist (Hustedt/*Ingenstau*, Erbbaurecht, 11. Aufl., § 7 Rdnr. 9 f.; von Oefele/*Winkler/Schlögel*, Handbuch des Erbbaurechts, § 4 Rdnr. 198). Dies kommt in Betracht, wenn das Erbbaurecht aus sozialer Für-

sorge für bestimmte minderbemittelte Kreise gedacht ist (von Oefele/*Winkler/Schlögel*, Handbuch des Erbbaurechts, § 4 Rdnr. 199). So hat der BGH etwa zu Einheimischenmodellen entschieden, dass die Gemeinden, die den Erwerb von Bauland zu bezahlbaren Preisen ermöglichen, wegen des Gebots der sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel sogar dazu verpflichtet sind, sicherzustellen, dass die bevorzugten Erwerber das jeweilige Grundstück selbst nutzen und nicht auf Kosten der Allgemeinheit Gewinne erzielen (BGH, DNotZ 2011, 121). Wird das Grundstück nicht verkauft, sondern in Erbpacht vergeben, kann daher ein günstiger Erbpachtzins vereinbart und mit vertraglichen Abreden sichergestellt werden, dass nicht auf Kosten der Allgemeinheit Gewinne erzielt werden. Erzielt der Veräußerer aus der Tatsache eines aus sozialen Gründen niedriger vereinbarten Erbbauzinses seinerseits einen Preis, der den Verkehrswert deutlich übersteigt, mithin einen spekulativen Gewinn, muss die Zustimmung nicht erteilt werden (BGH, NJW-RR 1998, 1387; Hustedt/*Ingenstau*, Erbbaurecht, § 7 Rdnr. 11). In einem solchen Fall kann sich der Erwerber eines Erbbaurechts bei der Weiterveräußerung auch nicht auf sein Verhandlungsgeschick und den Markt berufen. Ein entsprechender Vortrag spricht vielmehr gerade dafür, dass entgegen dem Zweck bei Einräumung des Erbbaurechts auf Kosten der Allgemeinheit Gewinne erzielt werden.

**35** b) Vorliegend haben die Vertragsparteien im Erbbaurechtsvertrag vom 28.10.1986 (Ziffer II. 7.) vereinbart, dass die Veräußerung und Übertragung des Erbbaurechts der schriftlichen Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Dabei wurde in Ziffer II. 7. a) des Vertrags bestimmt, dass die Zustimmung zu einer Veräußerung verweigert werden kann, wenn der Kaufpreis den Verkehrswert des Gebäudes erheblich übersteigt. Dies diente dazu, das Erbbaurecht für sozial schwächere Schichten zugänglich zu machen, die ihrerseits nicht mit hohen Grundstückspreisen und hohen Erbbauzinsen belastet werden sollten, wie den Beteiligten auch bekannt war.

**36** Davon ist der Senat aufgrund der Aussagen der Zeugen X und Dr. X sowie der Formulierung des Erbbaurechtsvertrags vom 28.10.1986 überzeugt.

**37** aa) Die Aussagen sind verwertbar. Der Zeuge X war im Zeitraum der Bestellung des Erbbaurechts als Bauamtsleiter der Beteiligten zu 3 tätig, der Zeuge Dr. X Bürgermeister der Gemeinde. Soweit nach § 376 ZPO eine Aussagegenehmigung des Dienstvorgesetzten Zeugen, die schon im Ruhestand sind, erforderlich ist, war diese schon durch das Beweisangebot der Beteiligten zu 3, ehemalige Dienstvorgesetzte der Zeugen, erteilt. Im Übrigen würde jedoch auch bei genehmigungslos gemachten Aussagen ein Verwertungsverbot nicht bestehen (Stein/*Jonas/Berger*, ZPO, 23. Aufl., § 376 Rdnr. 10 m. w. N.).

**38** bb) Der Zeuge X hat ausgesagt, dass es Ziel der Vergabe der Grundstücke als Erbbaurecht war, Ortsansässigen bzw. Leuten mit einem Arbeitsplatz in Eching, die nicht so viel Geld haben, Wohnungsbau zu ermöglichen. Wegen großer Nachfrage sei dies schon das dritte Baugebiet gewesen, in dem dies so gemacht worden sei. Relevant für die Vergabe sei neben der Ortsansässigkeit oder dem Arbeiten in Eching

das Einkommen sowie die Vermögensverhältnisse gewesen, zudem Kinder und eigener Grundbesitz. Es sei in der öffentlichen Wahrnehmung, insbesondere aus der Presse, der Ausschreibung und der Erörterung im Gemeinderat bekannt gewesen, dass die Flächen für sozial Schwächere gedacht gewesen seien. Daher sei der Erbbauzins auch aus einem geringer angesetzten Verkehrswert berechnet worden. Dies sei den Bewerbern auch noch einmal in einem persönlichen Gespräch gesagt worden. Ob dies auch bei den Beteiligten zu 1 und 2 so gewesen sei, könne er allerdings nicht mehr sagen. Bezüglich des Einkommens habe es interne Grenzen für die Vergabe gegeben, damit nicht jemand ein Erbbaurecht erwirbt und gleich wieder weiterveräußert. Er meine, dass im Erbbaurecht gesprochen wurde, sei sich diesbezüglich jedoch nicht sicher.

**39** Der Zeuge Dr. X bestätigte, dass es ein Modell gegeben habe, nach dem Baugrund für Familien mit kleinem und mittlerem Einkommen vergeben wurde. Er gehe davon aus, dass die Kriterien für die Vergabe bekanntgemacht wurden. Ob sie im Amtsblatt veröffentlicht worden seien, wisse er nicht. Diese seien jedenfalls in einem Fragebogen abgefragt worden, den die Bewerber auszufüllen hatten. Es sei zutreffend im Erbbaurecht von Gebäude und nicht Erbbaurecht gesprochen worden. Nur für das Gebäude und die Erschließungskosten sollten die Erwerber bei einem Weiterverkauf einen Kaufpreis erhalten, die Wertsteigerung des Grundstücks sollte hingegen keinen Einfluss auf den Kaufpreis haben. Dies sei so gewollt gewesen.

**40 cc)** Die Zeugen sind glaubwürdig, da sie kein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens haben. Beide Zeugen sind im Ruhestand, weshalb nichts dafür spricht, dass sie aus Gefälligkeit zugunsten der Gemeinde aussagen würden. Zudem haben die Zeugen jeweils eindeutig kenntlich gemacht, wenn sie in Anbetracht des Zeitablaufs Erinnerungslücken hatten. Ihre Aussagen sind im Übrigen auch glaubhaft, denn sie werden gestützt durch den Inhalt des Erbbaurechtsvertrags. Aus diesem ergibt sich ebenfalls, dass gerade die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse der Erwerber für den Vertrag maßgeblich waren. So ist in Ziffer II. 8. bestimmt, dass die Gemeinde einen Heimfallanspruch hat, wenn die Erwerber über diese Umstände unrichtige Angaben gemacht haben sollten. Auch der nach den Aussagen geringe Erbbauzins bestätigt sich im Vertrag, wonach jährlich nur 1.568 DM, zu zahlen in zwei Raten, anfielen (Ziffer V.). Ein Preis für die Einräumung des Erbbaurechts ist im Vertrag hingegen nicht vereinbart.

**41** Soweit die Beteiligten zu 1 und 2 darauf hinweisen, der Erbbauzins von 1.568 DM, mithin 801,71 € jährlich, würde dazu führen, dass die Beteiligte zu 3 sogar Gewinne mache, zumal auch Erschließungskosten geltend gemacht worden seien, wogegen der Zeuge X davon gesprochen habe, dass das Ziel gewesen sei, weder Verlust noch Gewinn zu machen, steht dies dem Ergebnis eines subventionierten Erbbaurechts nicht entgegen. Der Zeuge X konnte sich erkennbar nicht genau an die Berechnung hinsichtlich des konkreten Baugebietes erinnern. Er hat allerdings deutlich gemacht, dass nicht nur der Quadratmeterpreis für das

konkrete Grundstück, sondern auch die Kosten des Erwerbs des Bodens für die Erschließungsanlagen mit in die Kalkulation aufgenommen werden mussten. Der Erwerb der Fläche für die Erschließungsanlagen ist allerdings ausweislich des Vertrags nicht in den zusätzlich berechneten Erschließungskosten nach Ziffer IX. des Vertrags enthalten. Zudem übersehen die Beteiligten zu 1 und 2, dass bei einer kostendeckenden Berechnung nicht nur der gezahlte Betrag für die Grundstücke, sondern auch eine Verzinsung über die Laufzeit des Erbbaurechts mit einzurechnen wäre. Auch diesen erheblichen Faktor lassen die Beteiligten zu 1 und 2 in ihrer Berechnung allerdings unberücksichtigt.

**42** Dafür, dass der Erwerb von bezahlbarem Bauland aus sozialen Gesichtspunkten ermöglicht wurde, spricht des Weiteren die Klausel II. 4. des Vertrags, wonach das Reihenhäuser als eigengenutztes Wohnhaus zu verwenden war und eine Änderung der Zweckbestimmung der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedurfte.

**43** Auch von der Tatsache, dass das gesamte Baugebiet nach diesen Grundsätzen vergeben wurde, ist schon nach dem Vortrag der Beteiligten zu 1 und 2 auszugehen. Diese tragen unbestritten vor, dass alle Erbbaurechtsverträge entsprechend gestaltet wurden und daher Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen. Auch die nach dem Vertrag vorgesehene einheitliche Gestaltung des Gebiets bei Absprechen der jeweiligen Baumaßnahmen mit der Eigentümerin spricht für diesen Umstand.

**44** Der Senat geht aufgrund der Zeugenaussagen davon aus, dass ein konkretes Gespräch der Zeugen mit den Beteiligten zu 1 und 2 nicht nachgewiesen ist, sodass es auf die angebotenen Gegenzeugen nicht ankommt. Allerdings steht fest, dass es aus den von den Zeugen bestätigten Veröffentlichungen und Ausschreibungsunterlagen allgemein und damit auch den Beteiligten 1 und 2 bekannt war, dass die Grundstücke für sozial Schwächere vergeben werden. Das wird außer durch die Zeugen auch durch den Umstand belegt, dass eine Ausschreibung ohne Angabe, unter welchen Gesichtspunkten die Grundstücke vergeben werden, lebensfremd wäre. Dies würde nicht nur dazu führen, dass sich auch Personen mit hohem Einkommen bewerben, die nicht unter die Kriterien fallen; vor allem wären die Entscheidungen der Gemeinde bei der Vergabe angreifbar gewesen, wenn es einzig um die Ortsansässigkeit gegangen wäre, da folglich wohlhabende langjährig Ortsansässige denen hätten vorgezogen werden müssen, die zwar nur geringe Einkommen hatten, aber nicht so lange in der Gemeinde lebten.

**45** Auch die Tatsache, dass die Beteiligten zu 1 und 2 keine Kinder hatten und haben, widerspricht nicht der Darstellung der Zeugen, dass Kinder eines von mehreren Kriterien der Vergabe war.

**46 dd)** Nach alledem ergibt sich somit die Zielsetzung, das Erbbaurecht für sozial schwächere Schichten zugänglich zu machen, nicht nur aus den Umständen der Vergabe, so dass den Interessenten – mithin auch den Beteiligten zu 1 und 2 – bei ihrer Bewerbung die soziale Zielsetzung bekannt war. Nicht nur in Anbetracht ihrer Kenntnis von der



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Zwecksetzung, sondern gerade auch durch die zitierten Passagen war die soziale Zielsetzung in den Erbbaurechtsvertrag zwischen den Beteiligten zu 1, 2 und 3 aufgenommen.

**47** Dagegen spricht auch nicht der Vortrag, die Beteiligten hätten Kosten von über 125.000 € für das Grundstück aufgewendet. Auch wenn die Beteiligte zu 3 den Betrag nicht ausdrücklich angegriffen hat, ist er schon ersichtlich unzutreffend errechnet. Die Beteiligten zu 1 und 2 rechnen nämlich die vereinbarten DM-Beträge nicht in Euro-Beträge für die Erbbauzinsen um. Zudem ist zu berücksichtigen, dass sie etliche der unstrittigen Kosten auch als Eigentümer oder auch Mieter des Grundstücks zu tragen gehabt hätten, wie etwa die Grundsteuer und die Aufwendungen für den Erhalt. Als Mieter hätten Sie hierfür allerdings keinen Ausgleich erhalten können.

**48 ee)** Zudem steht insbesondere aufgrund der glaubhaften Aussage des Zeugen Dr. X fest, dass es sich bei der Formulierung, wonach der Kaufpreis den Verkehrswert des Gebäudes nicht erheblich übersteigen darf, nicht um ein Schreibversehen handelte, sondern so gewollt war, um die festgestellte Zielsetzung zu erreichen.

**49 c)** Die Vereinbarung zum Zustimmungserfordernis ist auch wirksam erfolgt.

**50** Nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

**51 aa)** Nachdem das Erbbaugrundstück in einem Gebiet liegt, in dem an einer Vielzahl von Grundstücken im gleichen Zeitraum an verschiedene Personen Erbbaurechte vergeben wurden (vgl. Ziffer IX. des Vertrags, in dem von Erbbauberechtigten der Nachbargrundstücke die Rede ist), sind in der für diese Erbbaurechtsbestellungen vorformulierten Verträgen Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 BGB zu sehen.

**52 bb)** Die Vereinbarung ist allerdings nicht schon nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, da die Bestimmung im Vertrag hinreichend klar ist.

**53** Das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 BGB verpflichtet den Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen, Rechte und Pflichten des Vertragspartners darin möglichst klar, einfach und präzise darzustellen (BGH, NJW 2016, 1575). Die Anforderungen dürfen jedoch nicht überspannt werden (Palandt/*Grüneberg*, § 307 Rdnr. 22).

**54** Soweit die Beteiligten zu 1 und 2 geltend machen, der Begriff des Gebäudes sei unklar, da Ziffer II. 2. des Vertrags

von Reihenhause und Nebengebäuden spreche, folgt der Senat dieser Ansicht nicht. Ziffer II. 2. spricht in der Überschrift ebenfalls im Singular von Bauwerk und definiert dies dann als Reihenhause und Nebengebäude. Mithin ergibt sich aus dem Vertrag hinreichend klar, dass mit Gebäude alle von den Beteiligten zu 1 und 2 danach zu errichtenden Bauwerke gemeint sind.

**55 cc)** Eine unangemessene Benachteiligung der Beteiligten zu 1 und 2 ist nicht festzustellen.

**56** § 307 Abs. 2 BGB enthält gesetzliche Beispiele für eine unangemessene Benachteiligung und begründet die widerlegliche Vermutung der Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

**57** Eine mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen unvereinbare Abweichung einer Vertragsklausel wird angenommen, wenn die abbedungene Norm des dispositiven Rechts einem wesentlichen Schutzbedürfnis des Vertragspartners dient (Palandt/*Grüneberg*, § 307 Rdnr. 30). Eine Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB liegt jedoch nicht vor, wenn die Abweichung vom Leitbild sachlich gerechtfertigt ist und der gesetzliche Schutzzweck auf andere Weise sichergestellt ist (Palandt/*Grüneberg*, § 307 Rdnr. 28).

**58 (1)** Eine unangemessene Benachteiligung ergibt sich nicht schon daraus, dass die Bestimmung das erhebliche Überschreiten des Gebäudewertes nicht definiert und daher nicht klar und verständlich wäre. Auch der Gesetzgeber nutzt den unbestimmten Rechtsbegriff des erheblichen Übersteigens in Gesetzen (zum Beispiel § 74 VVG).

**59 (2)** Allerdings ist schon die Anwendbarkeit des § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB im vorliegenden Fall fraglich. So hat die Rechtsprechung die AGB-Kontrolle für ausgeschlossen erachtet, wenn es sich um städtebauliche Verträge, wie bei der Durchführung eines Einheimischenmodells handelt (BayVGH, DNotZ 1999, 639). Wenn auch Verträge, mit denen Grundstücke zur Deckung des Wohnbedarfs für Ortsansässige veräußert werden (Einheimischenmodelle), nicht der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegen (BGHZ 153, 93), so sind sie doch an dem in § 11 Abs. 2 BauGB geregelten Gebot der angemessenen Vertragsgestaltung zu messen. Hier wurde das Erbbaurecht in einem Gebiet bestellt, für das die Gemeinde Personen unter sozialen Gesichtspunkten die Möglichkeit zu bauen einräumte, sodass die Intention der Beteiligten zu 3 entsprechend der bei Verträgen zur Durchführung eines Einheimischenmodells sein könnte. Indes ist dies nicht weiter aufzuklären, da die Klausel der Prüfung sowohl nach § 307 BGB als auch nach § 11 Abs. 2 BauGB standhält.

**60 (3)** Eine Abweichung von einem gesetzlichen Leitbild durch die Vertragsklausel in Ziffer II. 7 a) des Vertrags liegt nicht vor. Die Möglichkeit der Vereinbarung eines Zustimmungserfordernisses bei Veräußerung des Erbbaurechts sieht § 5 Abs. 1 ErbbauRG (zur Zeit der Bestellung des Erbbaurechts: § 5 Abs. 1 ErbbauRVO) ausdrücklich vor. Soweit die Beteiligten zu 1 und 2 in dem Zustimmungserfordernis daher eine Beschränkung der Veräußerlichkeit des Erbbaurechts sehen, entspricht dies dem Leitbild des Gesetzes.

**61** Auch schränkt die Definition von Zustimmungsvoraussetzungen, hier die Klausel, dass die Zustimmung insbesondere verweigert werden darf, wenn der Kaufpreis den Verkehrswert des Gebäudes erheblich übersteigt, die grundsätzliche Veräußerlichkeit und damit wirtschaftliche Nutzung und dispositives Recht, das einem wesentlichen Schutzbedürfnis der Erbbauberechtigten dient, nicht ein. Es ist den Erbbauberechtigten nach der umstrittenen Vertragsklausel nicht verwehrt, das von ihnen errichtete Gebäude mit dem Erbbaurecht zu einem Preis, der allerdings nicht erheblich über dem Verkehrswert des Gebäudes liegen darf, zu veräußern. Da von den Erbbauberechtigten für das Grundstück kein Preis zu zahlen war, sondern nur gewisse Nebenkosten, haben die Beteiligten zu 1 und 2 damit die Möglichkeit, auch von der Steigerung des Werts des von ihnen errichteten Gebäudes zu profitieren und etwa auch die geleisteten Grundstücksnebenkosten dadurch kompensiert zu erhalten. Die Klausel verwehrt ihnen nur, für das Erbbaurecht selbst, für das sie selbst keinen Kaufpreis zu leisten hatten, ihrerseits ein Entgelt zu verlangen. Dies ist zulässig, denn das Zustimmungserfordernis soll den Eigentümer auch vor spekulativer Ausnutzung des Erbbaurechts schützen (BGH, NJW-RR 1998, 1387; OLG Stuttgart, NJW 1958, 1098). Dies gilt erst recht, wenn die Erwerber des Erbbaurechts für dieses keinen Kaufpreis zu entrichten hatten und die Vergabe des Erbbaurechts sozialen Zwecken diente. Die Rechtsprechung hat entsprechend auch die Abschöpfung der Wertsteigerung des Grundstücks ohne Gebäude bei einem Einheimischenmodell nicht als unangemessen erachtet, wenn gegen die Einheimischenbindung verstoßen wurde (LG Traunstein, MittBayNot 1998, 465).

**62** (3) Aus diesen Erwägungen folgt auch, dass der Vertrag dem Gebot der angemessenen Vertragsgestaltung nach § 11 Abs. 2 BauGB entspricht.

**63** (4) Ob eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild tatsächlich vorliegt, muss allerdings nicht abschließend geklärt werden. Jedenfalls ist die fragliche Klausel sachlich gerechtfertigt und die Erreichung des gesetzlichen Schutzzwecks hinreichend sichergestellt.

**64** Nach Art. 103 Abs. 2 BV haben Eigentumsordnung und Eigentumsgebrauch dem Gemeinwohl zu dienen. Daraus ergeben sich auch für Kommunen Vorgaben zum Umgang mit ihrem Eigentum, für das nicht die Erzielung von Gewinn im Vordergrund steht. Aus diesem Grund sollen die Gemeinden eine dem Wohl der Allgemeinheit dienende sozialgerechte Bodennutzung gewährleisten. So ist etwa nach § 180 BauGB ein Sozialplan aufzustellen, wenn sich Bebauungspläne oder städtebauliche Sanierungsmaßnahmen voraussichtlich nachteilig auf in der Gemeinde wohnende Menschen auswirken. Auch wenn diese Regelung im BauGB vor allem Belastungen aus Bebauungsplänen betrifft, ist die Befugnis der Gemeinde zur sozialgerechten Bodennutzung nicht auf diesen Anwendungsfall beschränkt. Es kommen auch Hilfen nach anderen Vorschriften in Betracht (Cholewa/David/Dyong/von der Heide, BauGB, 2. Aufl., S. 531 ff.). So kann bzw. muss die Gemeinde sogar auch bei der Vergabe von Baugrund entsprechende Vorgaben machen (vgl.

BGH, DNotZ 2011, 121, 123; OLG Schleswig, NJW-Spezial 2014, 515).

**65** Nachdem das Erbbaurecht in einem Gebiet bestellt wurde, für das die Gemeinde Personen unter sozialen Gesichtspunkten die Möglichkeit zu bauen einräumte (siehe oben b)), ist diese Intention bei der Bewertung der Klausel zu berücksichtigen. Da das Erbbaurecht für einen längeren Zeitraum bestellt wird und veräußerlich ist, ist es gerechtfertigt, die Wahrung der sozialen Gesichtspunkte auch für die Veräußerung an spätere Erwerber im Vertrag abzusichern. Dies erscheint auch deswegen gerechtfertigt, da die Beteiligten zu 1 und 2 selbst keinen Preis für das Erbbaurecht bezahlen mussten.

**66** Die Veräußerbarkeit des Erbbaurechts ist ebenfalls sichergestellt. In der Klausel ist hinreichend klar bestimmt, dass die Zustimmung nur verweigert werden darf, wenn der Kaufpreis den Verkehrswert des Gebäudes erheblich übersteigt. Damit ist sowohl den Interessen der Veräußerer Rechnung getragen, die nicht nur den Verkehrswert des Gebäudes selbst erhalten können, wie dies etwa beim Heimfall der Fall wäre. Sie sind daher nicht gehindert, bei einem entsprechenden Zustand des Hauses mehr als die von ihnen geleisteten Zahlungen für das Bauwerk zu verlangen und auch etwa die geleisteten Anschlusskosten kompensiert zu erhalten. So können sie sogar in einem gewissen Umfang an der Wertsteigerung des von ihnen errichteten Anwesens profitieren. Sie sind nur daran gehindert, das Erbbaurecht zu Spekulationszwecken zu nutzen.

**67** dd) Soweit die Beteiligten zu 1 und 2 sowie das AG einen Verstoß gegen § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB damit begründen, dass eine Klausel, wonach die Abwendungsbefugnis des Grundstückseigentümers nach § 27 Abs. 3 ErbbauRG schuldrechtlich oder als Inhalt des Erbbaurechts ausgeschlossen ist, unwirksam ist, trägt dies die Ersetzung der Zustimmung nicht. Der Erbbaurechtsvertrag regelt in II. 7. a) nicht die Beendigung des Erbbaurechts. Die Vertragsparteien haben vielmehr in den Erbbaurechtsvertrag ausdrücklich aufgenommen, dass bei Beendigung des Erbbaurechts, wie auch bei Heimfall der Verkehrswert der errichteten Bauwerke und Anlagen zu zahlen ist (II. 9. und 10. des Vertrags).

**68** d) Auch das von den Beteiligten zu 1 und 2 angeführte Argument, dass die Rechtsprechung bei Einheimischenmodellen öffentlichrechtliche Bindefristen für ein Rückkaufsrecht von längstens 15 bis 25 Jahre gelten lassen würden, liegt in Bezug auf das Erbbaurecht neben der Sache. So hindert nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 2015, 3436) das Gebot einer angemessenen Vertragsgestaltung gerade nicht daran, in einem Erbbaurechtsvertrag Verwendungsbeschränkungen und Heimfallrechte für die gesamte Dauer des Erbbaurechts und somit für einen Zeitraum von mehr als 30 Jahren zu vereinbaren. Allerdings sind mit der Durchsetzung des Heimfallanspruchs verbundene Härten zu vermeiden, wenn dies unter Wahrung des mit der Ausgabe des Erbbaurechts verfolgten Zweckes möglich ist. Schon dies erscheint bei einem Erbbaurecht, das gerade sozial schwächeren Mitbürgern eingeräumt werden soll, fraglich, wenn dies dazu führen sollte, dass es sich sozial Schwächere nicht mehr leisten können, das Recht zu erwerben.

**69** Letztlich kommt es auf diese Rechtsprechung aber nicht an. Denn § 5 ErbbauRG sieht gerade keine zeitliche Befristung der Vereinbarung vor. Es liegt im Wesen des Erbbaurechts, dass im zivilrechtlichen Vertrag die Zustimmung zu einer Veräußerung und deren Kriterien durchgehend bis zum zeitlichen Ablauf des Rechts geregelt sind (OLG Schleswig, NJW-Spezial 2014, 515).

**70** Eine unangemessene Härte ist im Übrigen in einer solchen Klausel auch nicht zu sehen, wenn die Beteiligten für das Grundstück selbst keinen Preis gezahlt haben und daher auch beim Weiterverkauf des Rechts nicht von einer Wertsteigerung des Grundstücks profitieren.

**71 e)** Auch unter Berücksichtigung der weiteren Klauseln schränkt der Erbbaurechtsvertrag die Erwerber nicht unverhältnismäßig ein. So war zwar zudem eine Vermietung in den ersten fünfzehn Jahren seit der Bezugsfertigkeit des Wohngebäudes von der Zustimmung der Gemeinde abhängig. Schon durch die Möglichkeit der Zustimmung war dem Übermaßverbot Rechnung getragen (BGH, DNotZ 2011, 121, 124).

**72 f)** Auch die von den Beteiligten zu 1 und 2 angeführte Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung eines Immobilienkredits spricht nicht gegen dieses Ergebnis. Eine Vergleichbarkeit eines Erbbaurechts mit einem Kreditgeschäft ist schon nicht gegeben. Auch in Anbetracht der grundsätzlichen Veräußerlichkeit des Erbbaurechts im Rahmen der vertraglichen Regelungen ist keine nicht ersichtlich, warum die Grundsätze der außerordentlichen Kündigung von Kreditgeschäften heranzuziehen seien.

**73 g)** Nach alledem ist die freie Veräußerlichkeit des Erbbaurechts im Vertrag vom 19.03.1987 nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt worden.

**74 h)** Die Vereinbarung zum Zustimmungsvorbehalt entfaltet auch dingliche Wirkungen, da dies wirksam im Grundbuch eingetragen war.

**75** Ist ein Grundstück oder Erbbaurecht mit Rechten belastet, kann gemäß § 874 BGB zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Das in Bezug Genommene wirkt dann als vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs erfasste Grundbucheintragung. Der Eintragungsvermerk und das zulässigerweise in Bezug Genommene bilden nämlich insgesamt den maßgeblichen Grundbuchinhalt; beides kann nur zusammen sowie einheitlich gelesen und gewürdigt werden (Senat vom 09.05.2008, 34 Wx 139/07, RNotZ 2008, 495; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 44 Rdnr. 15).

**76** Die Vereinbarung einer erweiterten Zustimmungsbefürftigkeit im Sinne von § 5 ErbbauRG nach Ziffer II. 7. des Vertrags entfaltet daher dingliche Wirkung. Denn die Eintragung nimmt Bezug auf die Bewilligung in Ziffer III. der Urkunde, die wiederum hinsichtlich des Inhalts des Rechts auf Ziffer II. der Urkunde verweist. Diese Bezugnahme im Grundbuch auf die Eintragungsbewilligung ist auch hinsichtlich des Zustimmungserfordernisses materiellrechtlich wirksam, zumal § 56 Abs. 2 GBV nur formellrechtlich gilt

(vgl. BayObLG, Rpfleger 1979, 384; Palandt/*Wicke*, § 5 ErbbauRG Rdnr. 1).

**77 i)** Die vereinbarten Voraussetzungen der Zustimmung liegen hier nicht vor, da der vereinbarte Kaufpreis den Wert des von den Beteiligten zu 1 und 2 errichteten Gebäudes erheblich übersteigt.

**78** Nach dem vorgelegten Schreiben des X X liegt der Kaufpreis nämlich immerhin ca. 25.000 € über dem doppelten Wert des Gebäudes, wobei das Gericht insofern zu berücksichtigen hat, dass das Schreiben offensichtlich nicht von einem vereidigten Gutachter erstellt wurde. Gegen diese Bewertung spricht vor allem das von den Beteiligten zu 1 und 2 selbst vorgelegte Gutachten eines vereidigten Sachverständigen, das den Verkehrswert des Erbbaurechts mit dem Gebäude weit geringer ansetzt. Dieses kommt nämlich insgesamt auch unter Berücksichtigung der Lage auf dem Immobilienmarkt zum Ergebnis, dass der Verkehrswert des Erbbaurechts zusammen mit dem Reihenhäuser mit 577.000 € unter dem vereinbarten Preis von 605.000 € liegt.

**79** Soweit geltend gemacht wird, dass erhebliche Beträge für Nebenkosten, Grundsteuer, Erbbauzins und Kosten des Erhalts des Grundstücks gezahlt worden sind, kann dies zwar als Maßstab für den Mindestaufschlag auf den Gebäudewert herangezogen werden. Der errechnete Betrag liegt allerdings unter dem von den Gutachten errechneten Wert des Erbbaurechts.

**80 j)** Gegen dieses Ergebnis spricht auch nicht, dass die Erwerber als Schuldner von der Beteiligten zu 3 zu Grundabgaben herangezogen wurden. Dies macht sie nicht zu den Erbbauberechtigten.

**81** Die Beteiligte zu 3 hat im Verfahren durchgehend geltend gemacht, dass der Veräußerung die erforderliche, jedoch zu Recht nicht erteilte Zustimmung der Gemeinde entgegenstehe. Eine wirksame Übertragung des Erbbaurechts ist auch bisher nicht erfolgt, da es an einer Eintragung im Grundbuch fehlt, § 873 BGB.

**82 III. 1.** Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 FamFG. Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 3 war erfolgreich. Im vorliegenden Verfahren standen sich die Beteiligten – ähnlich einem Zivilprozess – als Gegner gegenüber, sodass in die Ermessensentscheidung das Maß des Obsiegens und Unterliegens maßgeblich eingestellt werden kann (*Keidel/Weber*, FamFG, 20. Aufl., § 81 Rdnr. 33). Ein Grund, von der Auferlegung der Kosten abzusehen, ist nicht ersichtlich, zumal der Antrag der Beteiligten zu 1 und 2 keine Aussicht auf Erfolg hatte.

**83 2.** Die Bestimmung des Geschäftswerts beruht auf § 36 Abs. 1 GNotKG und richtet sich nach dem von den Beteiligten zu 1 und 2 angestrebten Kaufpreis.

**84 3.** Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 70 Abs. 2 FamFG) sind nicht gegeben. Die Rechtssache ist weder von grundsätzlicher Bedeutung, noch ist eine Zulassung zur Fortbildung des Rechts erforderlich, da die aufgeworfenen Rechtsfragen – wie ausgeführt – obergerichtlich geklärt sind. Auch die Einheitlichkeit

der Rechtsprechung erfordert daher die Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht. Im Wesentlichen geht es vorliegend um die Auslegung des Vertrags und dabei die Würdigung der erhobenen Beweise, mithin nicht um Fragen, die durch eine Rechtsbeschwerde geklärt werden können.

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Jürgen Schlögel**, Bad Aibling

Der vorstehende Beschluss schließt an die zum „Einheimischen-“ bzw. „Sozialmodell“ des BGH ergangene Rechtsprechung<sup>1</sup> an. Inhaltlich, wenn auch nicht in der Begründung, ist ihm i. E. zuzustimmen; für den Gestalter bietet es Anhaltspunkte für die Vertragsgestaltung von Erbbaurechten an der Schnittstelle von Erbbaurechten und dem vorbezeichneten Sozialmodell.

### 1. Sachverhalt

Der Sachverhalt ist einfach nachzuvollziehen: Eine bayerische Kommune als Eigentümerin eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks wurde um Zustimmung zur Veräußerung (§ 5 Abs. 1 ErbbauRG) ersucht. Sie verweigerte die Zustimmung unter Verweis auf die Regelung des Erbbaurechtsvertrages, wonach die Zustimmung zur Veräußerung bei einer erheblichen Abweichung des Kaufpreises vom Verkehrswert des Gebäudes verweigert werden könne. Diese erhebliche Abweichung konnte vom OLG konstatiert werden, sodass die Frage verblieb, ob eine entsprechende, die Zustimmungspflicht einschränkende Regelung im Vertrag wirksam aufgenommen werden konnte.

### 2. Reichweite des Zustimmungserfordernisses der §§ 5 ff. ErbbauRG

Dabei ist das Zusammenspiel des Zustimmungserfordernisses der §§ 5 ff. ErbbauRG als Einschränkung der vom gesetzlichen Inhalt des Erbbaurechts in § 1 Abs. 1 ErbbauRG festgehaltenen Veräußerlichkeit des Erbbaurechts mit der Zweckbindung des Erbbaurechtsvertrages (vgl. § 2 Nr. 1 ErbbauRG) zu beachten. Sinn des Zustimmungserfordernisses ist ein Ausgleich zwischen den Interessen des Erbbaurechtsnehmers an einer Verfügungsmöglichkeit über das Erbbaurecht einerseits und den Interessen des Grundstückseigentümers andererseits. Für letzteren ist es sehr wichtig, wer Inhaber des Erbbaurechts ist, da die Erfüllung der Vertragspflichten und damit die Einhaltung des vereinbarten Zwecks des Erbbaurechts während der Dauerrechtsbeziehung des Erbbaurechts wesentlich von der Person des Erbbauberechtigten abhängt.<sup>2</sup> Dementsprechend besteht gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG ein Anspruch des Erbbauberechtigten auf Zustimmung, wenn die vorgenannten

Interessen des Grundstückseigentümers nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet werden.

Daraus folgt, dass die Zustimmungserfordernisse des § 5 ErbbauRG nicht über die in § 7 ErbbauRG festgelegten Grenze hinaus erweitert werden dürfen – § 7 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG wirkt nur in „umgekehrter“ Richtung zugunsten des Erbbauberechtigten.<sup>3</sup>

Eine Vereinbarung mit dinglicher Wirkung, wonach für bestimmte Fälle kein Zustimmungsanspruch bestehen soll, die also den gesetzlichen Zustimmungsanspruch nach § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG einschränkt, ist dagegen nicht möglich. Zum Inhalt des Erbbaurechts könnte eine solche Einschränkung aufgrund der zwingenden Natur der Regelung und im Übrigen auch im Hinblick auf den sachenrechtlichen Typenzwang nicht gemacht werden. Eine entsprechende Vereinbarung wäre eine unzulässige Beschränkung des Erbbaurechts und daher unwirksam.<sup>4</sup>

Zusätzliche Fälle, die eine Zustimmungspflicht des Grundstückseigentümers auslösen, können daher nur schuldrechtlich vereinbart und müssen anderweitig, z. B. über Heimfallregelungen, abgesichert werden.<sup>5</sup> Die Höhe des Kaufpreises selbst im Sinne einer Ausnutzung zu Spekulationszwecken, wie im Erbbaurechtsvertrag angesprochen, ist daher für sich genommen kein Versagungsgrund, sondern kann dies nur im Zusammenspiel mit einer Verletzung des Verwendungszwecks sein.<sup>6</sup> Auf die zu entscheidende Konstellation übertragen war die Verweigerung der Zustimmung durch die Kommune als Grundstückseigentümerin daher nur zulässig, wenn dies aus dem mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zweck heraus nachvollziehbar und aner kennenswert war.

### 3. Prüfung durch das OLG München

Das Problem lag hierbei darin, dass der Vertrag nur an wenigen Passagen – der vorgenannten Passage, der Angabe des Verwendungszwecks zu eigengenutztem Wohnen und bei der Begründung eines Heimfallrechts bei wahrheitswidrigen Angaben zu wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen bei der Bestellung – einen Hinweis auf den mit der Erbbaurechtsbestellung verfolgten Zweck er-

1 BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 144/14, MittBayNot 2016, 179 m. Anm. *Grziwotz* = DNotZ 2015, 651; vgl. hierzu *Niemeyer*, MittBayNot 2016, 120 ff.; *Bunzel*, ZfBR 2019, 640; *Zintl/Singbartl*, NVwZ 2017, 1676; *Schlögel*, ZfIR 2016, 175; aus kommunalpolitischer Sicht *Köster*, KommJur 2018, 201.

2 *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4.173.

3 Insofern ist die Formulierung in Rdnr. 76 („erweiterte Zustimmungsbedürftigkeit“) unglücklich; das OLG selbst spricht in den Urteilsgründen an anderer Stelle richtigerweise von einer „sachlich begründeten Modifizierung“ (Rdnr. 33) oder einer „Definition von Zustimmungsvoraussetzungen“ (Rdnr. 61).

4 BeckOGK-ErbbauRG/*Toussaint*, Stand: 01.09.2021, § 7 Rdnr. 14 mit Hinweis auf OLG Hamm, Beschluss vom 09.07.2007, 15 W 84/07, NJW-RR 2008, 605; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 04.05.2004, 15 W 183/03, FGPrax 2004, 206; BGH, Beschluss vom 13.07.2017, V ZB 186/15, NJW-RR 2017, 1358 Rdnr. 24; MünchKomm-BGB/*Heinemann*, 8. Aufl. 2020, § 7 ErbbauRG Rdnr. 9.

5 Etwa die Zustimmung zur Vermietung, zur Belastung mit sonstigen dinglichen Rechten außerhalb des Katalogs des § 5 Abs. 2 ErbbauRG etc.; vgl. *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, § 4.58, § 4.225.

6 Vgl. *Staudinger/Rapp*, Neub. 2021, §§ 5-7 ErbbauRG Rdnr. 26a.

laubte. Die weiteren Vereinbarungen – keine zusätzliche Gegenleistung für die Einräumung des Erbbaurechts des bei Bestellung offensichtlich un bebauten Grundstücks, die Festlegung auf Wohnnutzung, einer Zustimmungspflicht bei Änderung dieses Zwecks sowie die Regelungen zu Heimfall und Zeitablauf im Übrigen – entsprachen den üblichen Inhalten sonstiger Erbbaurechtsverträge.<sup>7</sup>

Das OLG München greift hier auf die Rechtsprechung des BGH zurück, wonach der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck des Grundstückseigentümers im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG nicht ausschließlich nach dem im Vertrag gemäß § 2 ErbbauRG festgelegten Inhalt zu bestimmen ist, sondern auf die bei der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Interessen des Eigentümers Bezug zu nehmen ist. Neben dem Inhalt des Erbbaurechtsvertrags kommt daher auch den Umständen seines Zustandekommens Bedeutung zu.<sup>8</sup> Der Zweck muss aber für den Erbbauberechtigten erkennbar gewesen und von ihm hingenommen worden sein.<sup>9</sup> Unklar, aus Verfassersicht jedoch zu fordern, bleibt hierbei, ob auf der Grundlage der sog. Andeutungstheorie<sup>10</sup> der Zweck einen – wenn auch nur unvollkommenen – Ausdruck in der Urkunde gefunden haben muss, was im vorliegenden Fall jedoch aufgrund der vorzitierten Passagen des Erbbaurechtsvertrages zu bejahen war. Auf der Basis dieser bereits bei der Frage der sachenrechtlichen Bestimmtheit eines Erbbaurechtsvertrages zugrunde gelegten Auslegung<sup>11</sup> konnte das Gericht unter Zuhilfenahme von Zeugenaussagen bei der seinerzeitigen Bestellung beteiligter Gemeindevertreter eine Zweckver-

einbarung ermitteln, nach der die Schaffung günstigen Wohnraums für bedürftige Familien durch ein entsprechendes Vergabeverfahren und reduzierten Erbbauzins Grundlage des seinerzeitigen Vertragsschlusses war und den bei der Bestellung Beteiligten (nicht denjenigen des Weiterverkaufs!) bekannt war.

In der Folge konnte das Gericht dann auf der Basis dieser Erkenntnis unter Bezugnahme auf die entsprechende Rechtsprechung des BGH<sup>12</sup> die Wirksamkeitsprüfung einer Zweckbindung im Hinblick auf § 11 Abs. 2 BauGB bzw. § 307 BGB<sup>13</sup> bejahen. Die dauerhafte Zweckbindung, die der BGH wiederholt als in Erbbaurechtsverträgen zulässig angesehen hat,<sup>14</sup> verlangt dabei gerade keine zeitliche Befristung der im Erbbaurechtsvertrag enthaltenen Zweckvereinbarung und damit einer Revision eines darauf fußenden Zustimmungserfordernisses.<sup>15</sup>

#### 4. Kritik

Kritisch zu hinterfragen ist allerdings, ob die alleinige Zugrundelegung des Kaufpreises für das Erbbaurecht als geeignetes Kriterium für die Zweckerreichung im vorstehenden Sinne und damit für die Prüfung einer Zustimmungspflicht im Sinne von § 7 ErbbauRG zu sehen ist. Denn die im Vertrag enthaltene „Kaufpreisdeckelungsklausel“ bewirkt im Ergebnis nur eine betragsmäßige Begrenzung des Kaufpreises und vermeidet dadurch eine spekulative Ausnutzung des Erbbaurechts, da sich wohl in wirtschaftlicher Hinsicht nur mit einem niedriger angesetzten Erbbauzins<sup>16</sup> der deutlich über dem Verkehrswert liegende Kaufpreis erklärt.

Die Frage der Zweckerreichung hätte sich jedoch gemäß den vorstehenden Ausführungen ausschließlich an dem vom Gericht zuvor herausgearbeiteten Verwendungszweck orientieren müssen – die „Kaufpreisdeckelungsklausel“ wäre, sofern sie zur Gewährleistung des mit dem mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zwecks nicht geeignet ist, letztlich unbeachtlich.

Ob der gemäß den Erkenntnissen des Gerichts zugrunde gelegte Zweck, ortsansässigen bzw. am Ort tätigen, sozial schwächeren Personen/Familien mit Kindern zu einem Eigenheim zu verhelfen, mit der vorgenannten Klausel erreicht werden kann, darf durchaus bezweifelt werden, da damit i. E. nur eine grundsätzliche „finanzielle

7 Vgl. zum Beispiel die Vertragsmuster bei *Wilsch*, Notarformulare Erbbaurecht, 2. Aufl. 2020, § 4. H.; Münchener Vertrags handbuch Bürgerliches Recht I/*Winkler*, 8. Aufl. 2020, Form V.1; *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, § 11.1; a. A. wohl teilweise hinsichtlich der Änderung des Nutzungszwecks *Mönig*, ErbbauZ 2021, 47, 53.

8 BGH, Beschluss vom 13.07.2017, V ZB 186/15, NJW-RR 2017, 1358, 1360 m. w. N.

9 BGH, a. a. O.

10 Nach h. M. (vgl. BGH, Urteil vom 12.07.1996, V ZR 202/95, NJW 1996, 2792) ist ein beurkundungspflichtiges Rechtsgeschäft formwirksam, wenn das tatsächlich Gewollte nur einen unvollkommenen Ausdruck in der Urkunde gefunden hat (sog. Andeutungstheorie). Im Erbbaurechtsbereich vgl. hierzu auch BayObLG, DNotZ 1973, 237: Dort war erbbaurechtsvertraglich lediglich die „Errichtung von Wohnheimen und den zugehörigen Gebäuden“ vereinbart, dem vorvertraglichen Schriftverkehr entnahm das Gericht jedoch eine Zweckvereinbarung zur „Unterbringung wohnungssuchender, sozial förderungswürdiger Frauen.“

11 In RNotZ 2013, 226 hatte das OLG München die sachenrechtliche Bestimmtheit einer Erbbaurechtsbestellung zu entscheiden, bei der als Verwendungszweck im Vertrag nur das Haben eines Bauwerks geregelt war; bei der Ablehnung des Antrags auf Amtslöschung (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO) kam es durch die Heranziehung außerhalb der Urkunde liegender Umstände und einer (großzügigen) Heranziehung der allgemeinen Verkehrsanschauung zu einer – dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz entsprechenden – Bauwerksbestimmung.

12 BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 144/14, MittBayNot 2016, 179, 182 m. krit. Anm. *Grziwotz* = NJW 2015, 3436; ablehnend zur Differenzierung des BGH zwischen Eigentums- und Erbbaurechtsmodell auch *Niemeyer*, MittBayNot 2016, 120 ff.

13 Eine Klärung, welche Norm i. E. anzuwenden ist, konnte offen gelassen werden (Rdnr. 59); vgl. hierzu zuletzt etwa BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 271/14, NJW 2015, 3169 Rdnr. 8.

14 BGH, a. a. O.; Urteil vom 08.02.2019, V ZR 176/17, NJW 2019, 2016, 2018; vgl. auch Urteil vom 16.03.2018, V ZR 306/16, DNotZ 2019, 91, 95.

15 *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, § 4.56.

16 In Rdnr. 34 unglücklich als „Erbbauzins“ bezeichnet, vgl. auch *Mönig*, ErbbauZ 2021, 47, 54.

Konkurrenzfähigkeit“ zu sonstigen Kaufinteressenten hergestellt wird.

Ob sich der Erbbauberechtigte bei mehreren Kaufinteressenten, von denen einer dem vorgenannten Kreis der sozial Schwächeren angehört, die anderen Interessenten aber wirtschaftlich solventer sind, dann für den „Einheimischen“ entscheiden wird, ist höchst fraglich. Würde sich der Veräußerer des Erbbaurechts für einen der anderen Interessenten entscheiden und die Kommune ausschließlich den Kaufpreis als Kriterium heranziehen, wäre offensichtlich der Zweck des Erbbaurechts in der Person der neuen Erbbauberechtigten nicht mehr gewährleistet. Wenn zudem ausschließlich der Kaufpreis Beurteilungskriterium ist, steht zu befürchten, dass der Veräußerer über Nebenabreden (etwa der Überwälzung sonstiger Nebenkosten wie Maklerprovisionen, Gebühren etc.) doch versuchen wird, ein höheres Entgelt zu erzielen.

Konsequenterweise hätte die Zustimmungspflicht anhand des ermittelten Zwecks selbst im vorstehenden Sinne geprüft werden müssen, also anhand weiterer sozialer Kriterien beim Erwerb. Dies ist offensichtlich nicht erfolgt, wobei jedoch im vorliegenden Falle durch den deutlich erhöhten Kaufpreis davon auszugehen ist, dass der Erwerber nicht zu dem von der Zweckvereinbarung erfassten Adressatenkreis zählt, sich i. E. das Urteil also als richtig darstellt.

## 5. Gestaltungshinweise

Für den Vertragsgestalter folgt aus dem oben Gesagten deutlich, dass der Verwendungszweck des Erbbaurechts insbesondere in der vorgenannten Konstellation deutlich im Vertrag verankert werden muss,<sup>17</sup> wobei hier mehrere mögliche Anknüpfungspunkte vorhanden sind:

a) Es bietet sich hierbei etwa an, im Rahmen des Verwendungszwecks auf den Leitlinienkompromiss der Europäischen Kommission und der Bundesrepublik Deutschland vom 22.02.2017<sup>18</sup> sowie der Baurechtsänderung im BauGB vom 13.05.2017 und die konkret erfolgte Umsetzung durch die das Erbbaurecht ausgebende Kommune Bezug zu nehmen und festzuhalten, dass – entweder auf die Gesamtdauer des Erbbaurechts oder ggf. auch nur zeitlich befristet – Erbbaurechtsnehmer nur sein soll, wer die Bewerbungszugangsvoraussetzungen zu dem in Bezug genommenen Einheimischen- und Sozialmodell der Kommune in der jeweils gültigen Fassung erfüllt.<sup>19</sup> Hierauf sollte dann beim Zustimmungserfordernis zur Veräußerung und – falls gewünscht bei einer Zustimmung zur Vermietung<sup>20</sup> rekuriert werden.

17 Vgl. hierzu zum Beispiel das Vertragsmuster bei *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, § 11.3; *Schlögel*, ZfIR 2016, 175.

18 Abrufbar unter [www.stmb.bayern.de/assets/stmi/med/aktuell/leitlinien.pdf](http://www.stmb.bayern.de/assets/stmi/med/aktuell/leitlinien.pdf); vgl. zur Entwicklung zum Beispiel *Brügelmann/Bank*, BauGB, Stand: April 2021, § 11 Rdnr. 59-62. Für Vergabekriterien außerhalb dieses Modells vgl. jüngst DNotl-Gutachten vom 14.10.2021 Nr. 187899.

19 Vgl. bereits *Grziwotz*, MittBayNot 2016, 179, 185.

20 Dies ist nur schuldrechtlich möglich, vgl. Fn. 5.

b) Im Rahmen der Heimfallregelungen wäre es möglich, ggf. neben einem Verstoß gegen die Bewerbungsvoraussetzungen auch die Vererbung an familienfremde Personen, die nicht dem Kriterienkatalog entsprechen, als Heimfallgrund festzuhalten. Anders als bei den typischerweise kurzen Laufzeiten der Sozialbindung im Grundstücksmodell ist dieser Faktor bei Erbbaurechtsverträgen mit regelmäßig deutlich längeren Laufzeiten von erheblich höherer Relevanz.

c) Eine gekürzte Gebäudeentschädigung bei Heimfallausübung wegen Verstoßes gegen die Zweckbindung würde – wirtschaftlich betrachtet – zusätzlich zu einer etwaigen Bodenwertsteigerung, an der er nicht teilhat, zu einem spürbaren Nachteil für den Erbbauberechtigten führen, auch wenn eine Vereinbarungsmöglichkeit in § 27 Abs. 2, § 32 Abs. 2 ErbbauRG<sup>21</sup> vom Gesetzgeber grundsätzlich für möglich erachtet wird. Da auch der BGH in der auf die gesamte Laufzeit des Erbbaurechts bestehenden Zweckbindung eine besondere Belastung des Erbbauberechtigten im Vergleich zum Grundstückskäufer sieht,<sup>22</sup> und zugleich bei der Heimfallrechtsvereinbarung und späteren -ausübung in besonderem Maße der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten ist,<sup>23</sup> wird der vorsichtige Vertragsgestalter keine Kürzung bei der zu zahlenden Entschädigung bei Ausübung des Heimfalls und auch bei Zeitablauf des Erbbaurechts vorsehen. Dies gilt auch unter dem Aspekt, dass im Grundstücksbereich Abschlüsse vom Wiederkaufspreis größtenteils als unzulässig angesehen werden.<sup>24</sup>

d) Zusätzlich kann – ggf. zeitlich befristet auf die Dauer der Sozialbindung – ein reduzierter Erbbauzins vereinbart werden, wobei dies jedoch nicht als Hauptmotiv festgehalten sein sollte, um eine Anwendung der vom BGH entwickelten Rechtsprechung für Sozialmodelle im Erbbau-recht nicht zu gefährden.<sup>25</sup>

21 Motiv der Mindestentschädigungsregelung ist gerade, betroffenen Bevölkerungskreisen preisgünstigen Wohnraum zur Verfügung stellen zu können, *Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer*, ErbbauRG, 11. Aufl. 2018, § 27 Rdnr. 19; *MünchKomm-BGB/Heinemann*, § 27 ErbbauRG Rdnr. 11; vgl. auch *BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint*, Stand 01.09.2021, § 32 Rdnr. 23 ff.

22 BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 144/14, NJW 2015, 3436 Rdnr. 27.

23 BGH, Urteil vom 16.04.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rdnr. 18; Urteil vom 26.06.2015, V ZR 144/14, NJW 2015, 3436 Rdnr. 27 und 36; vgl. *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, § 4.59 b.

24 Beck'sches Notarhandbuch/*Grziwotz*, 7. Aufl. 2019, § 10 Rdnr. 22 m. w. N.

25 Vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 144/14, NJW 2015, 3436 Rdnr. 23, wonach eine Verwendungsbeschränkung in Erbbaurechtsverträgen i. d. R. nicht subventionsrechtlichen Zwecken dient.

### 3. Grundbuchberichtigung bei GbR

KG, Beschluss vom 08.07.2020, 1 W 35/20,  
mitgeteilt von Dr. **Annette Rieger**, Richterin am KG

*BGB § 401 Abs. 1, § 727 Abs. 1, §§ 857, 891 Abs. 1, §§ 894, 899a Abs. 1, § 1922 Abs. 1*

*GBO §§ 19, 22 Abs. 1 Satz 1, § 29 Abs. 1, § 35 Abs. 1, § 47 Abs. 2, §§ 71, 74*

#### LEITSÄTZE:

1. **Nach dem Tod eines GbR-Gesellschafters kann das Grundbuch auf Bewilligung seines Erben nebst Tatsachenangaben berichtigt werden, aus denen sich ergibt, dass es durch die bewilligte Eintragung richtig wird („schlüssige Darlegung der Unrichtigkeit“). Die Buchposition des verstorbenen GbR-Gesellschafters geht immer auf den Erben über (Fortführung von Senat, NZG 2016, 555). Soll der Verstorbene ersatzlos gelöscht werden, bedarf es keiner Bewilligung der weiteren eingetragenen Gesellschafter (Fortführung von Senat, FGPrax 2011, 217; 2015, 153).**
2. **Das Grundbuch kann nicht aufgrund privatschriftlicher Erklärungen berichtigt werden, wenn diese ohne Weiteres in der Form des § 29 Abs. 1 GBO abgegeben werden könnten (entgegen OLG München, NZG 2020, 191).**

Die Entscheidung ist abgedruckt in der DNotZ 2020, 916.

## Bürgerliches Recht

### SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

#### 4. Zum Umfang des durch eine Grunddienstbarkeit gesicherten Rechts, ein Grundstück „als Übergang zu benutzen“

BGH, Urteil vom 18.09.2020, V ZR 28/20 (Vorinstanz:  
OLG Hamburg, Urteil vom 23.01.2020, 6 U 100/17)

*BGB §§ 874, 1004 Abs. 2*

*ZPO § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1, § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3*

#### LEITSATZ:

**Das durch eine Grunddienstbarkeit gesicherte Recht, ein Grundstück „als Übergang zu benutzen“, berechtigt auch dazu, dieses mit einem Kraftfahrzeug zu überqueren; etwas anderes gilt nur dann, wenn sich eine Beschränkung in eindeutiger Weise aus den bei der Auslegung der Grundbucheintragung berücksichtigungsfähigen Umständen ergibt.**

#### SACHVERHALT:

1 Die Parteien sind Grundstücksnachbarn. Der Kläger ist Eigentümer der Flurstücke 140 und 141, die unmittelbar an einer öffentlichen Straße liegen. Die beiden im Eigentum der Beklagten stehenden Flurstücke 142 und 143 grenzen an die Flurstücke des Klägers an. Sie verfügen über keine Verbindung mit einer öffentlichen Straße. Die Flurstücke bildeten ursprünglich zusammen mit einem

weiteren Grundstück, das hinter den Flurstücken 142 und 143 liegt und ebenfalls keine Verbindung zu einer öffentlichen Straße hat, ein einheitliches Grundstück. Seit der Aufteilung des Grundstücks im Jahr 1936 lastet auf dem Flurstück 141, das 2,40 m breit und 25 m lang ist, eine Grunddienstbarkeit. Nach der Grundbucheintragung ist der jeweilige Eigentümer des heute im Eigentum der Beklagten stehenden, mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks berechtigt, das Flurstück 141 „als Übergang zu benutzen“ und dort die Versorgungsleitungen zu verlegen.

2 Der Kläger verlangt – soweit in der Revisionsinstanz noch von Interesse – von der Beklagten, es zu unterlassen, das Flurstück 141 mit einem Auto oder einem sonstigen Fahrzeug zu überfahren. Das LG hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat ihr stattgegeben. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, will die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

3 I. Das Berufungsgericht meint, dem Kläger stehe ein Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB zu. Ein Recht der Beklagten zum Befahren des Flurstücks 141 ergebe sich weder aus der Grunddienstbarkeit noch aus einem Notwegrecht. Die in der Grundbucheintragung enthaltene Formulierung „Übergang“ spreche dafür, dass mit der Grunddienstbarkeit nur ein Recht zum Begehen, nicht aber zum Befahren habe eingeräumt werden sollen. Wäre die Bestellung auch eines Fahrrechtes gewollt gewesen, hätte dies eindeutig formuliert werden können. Auch vor dem Zweiten Weltkrieg seien Grunddienstbarkeiten in der Form eines „Geh- und Fahrrechtes“ weit verbreitet gewesen. Der Beklagten stehe auch kein Notwegrecht zu. Ein Heranfahren an das eigene Grundstück sei für dessen ordnungsgemäße Nutzung dann nicht erforderlich, wenn – wie hier – nur ein kurzer Fußweg zurückgelegt werden müsse.

4 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Dem Kläger stehe der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht zu, weil er das Befahren des Flurstücks 141 mit einem Auto oder einem sonstigen Fahrzeug infolge der auf seinem Grundstück lastenden Grunddienstbarkeit dulden muss (§ 1004 Abs. 2 BGB). Rechtsfehlerhaft nimmt das Berufungsgericht an, dass die Grunddienstbarkeit dem Berechtigten nur ein Gehrecht, nicht aber auch ein Fahrrecht einräumt.

5 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht noch davon aus, dass zur Ermittlung des Inhalts einer Dienstbarkeit vorrangig auf Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung und der nach § 874 BGB in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung abzustellen ist, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt; Umstände außerhalb dieser Urkunden dürfen jedoch insoweit mit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (st. Rspr. vgl. nur Senat, Urteil vom 12.07.2019, V ZR 288/17, NJW-RR 2020, 77 Rdnr. 6 m. w. N.).

6 2. Diesen Grundsätzen wird die Auslegung der Eintragung der Grunddienstbarkeit durch das Berufungsgericht, die in vollem Umfang der revisionsrechtlichen Nachprüfung unterliegt (st. Rspr., vgl. zuletzt Senat, Urteil vom 12.07.2019, V ZR 288/17, NJW-RR 2020, 77 Rdnr. 6 m. w. N.), nicht gerecht.

7 a) Nach dem Wortlaut der Grundbucheintragung berechtigt die Grunddienstbarkeit dazu, das heutige Flurstück 141 „als Übergang zu benutzen“. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts folgt hieraus nicht, dass Inhalt der Grunddienstbarkeit nur ein Gehrecht ist. Richtig ist zwar, dass der Begriff „Übergang“ dahin gehend verstanden werden kann, dass damit der Vorgang des Überschreitens oder Hinübergehens gemeint ist. Darin erschöpft sich die Bedeutung des Begriffs aber nicht. Vielmehr wird unter ihm auch eine Verbindung von getrennt Liegendem verstanden. Insoweit wird mit ihm eine Stelle, Einrichtung oder Fläche beschrieben, die zum Überqueren oder Passieren dient. Diese Bedeutung kommt etwa in den Begriffen des Grenz- oder Bahnübergangs zum Ausdruck. Für ein derartiges, die Funktion einer Fläche als Verbindung beschreibendes Verständnis spricht im vorliegenden Zusammenhang die Formulierung, wonach das Recht eingeräumt ist, das belastete Flurstück „als Übergang zu benutzen“. Mit welchen Mitteln das Überqueren der Fläche des belasteten Flurstücks erfolgen kann, wird mit der verwendeten Formulierung nicht eingegrenzt. Es ist allgemein von einer Benutzung die Rede. Wie auch das Wort „Zugang“ beschränkt sich der Begriff „Übergang“ nicht auf zum Beschreiten eingerichtete Zukömmlichkeiten, sondern umfasst im Grundsatz alle zum Erreichen des anderen Grundstücks üblicherweise zur Verfügung stehenden Möglichkeiten (vgl. OLG Hamburg, OLGE 12, 128; MünchKomm-BGB/Mohr, 8. Aufl., § 1018 Rdnr. 33). Soweit das Berufungsgericht auf eine Entscheidung des OLG Karlsruhe (NJW-RR 1991, 785, 787) verweist und meint, dass ein „Zugangsrecht“ die Benutzung des Weges mit mehrspurigen Fahrzeugen nicht umfasse, ergibt sich nichts Abweichendes. Nach dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt konnte ein Befahren des Weges mit mehrspurigen Fahrzeugen aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse nicht erfolgen. Hier ist dies anders (vgl. 2. b) bb)). Eine Dienstbarkeit, die zur Nutzung einer Fläche des dienenden Grundstücks „als Übergang“ zu einem Grundstück berechtigt, steht regelmäßig einem Wegerecht gleich. Dieses umfasst auch das Befahren mit einem üblichen Fahrzeug (vgl. OLG Karlsruhe, OLGZ 86, 70, 73; BeckOK-BGB/Reischl, Stand: 01.05.2020, § 1018 Rdnr. 54).

8 b) Das durch eine Grunddienstbarkeit gesicherte Recht, ein Grundstück „als Übergang zu benutzen“ berechtigt daher auch dazu, dieses mit einem Kraftfahrzeug zu überqueren; etwas anderes gilt nur dann, wenn sich eine Beschränkung in eindeutiger Weise aus den bei der Auslegung der Grundbucheintragung berücksichtigungsfähigen Umstände ergibt (vgl. Senat, Urteil vom 26.10.1984, V ZR 67/83, BGHZ 92, 351, 355 f.; Urteil vom 12.07.2019, V ZR 288/17, NJW-RR 2020, 77 Rdnr. 9). Daran fehlt es hier.

9 aa) Eine Beschränkung auf ein bloßes Recht zum fußläufigen Überqueren des dienenden Grundstücks ergibt sich nicht aus der Eintragungsbewilligung.

Diese ist in der Grundbucheintragung nicht in Bezug genommen und enthält unabhängig davon keine weitergehenden Erläuterungen als die im Grundbuch enthaltene schlagwortartige Bezeichnung.

10 bb) Auch lässt sich aus den tatsächlichen Verhältnissen der beteiligten Grundstücke eine Beschränkung des Wegerechts nicht entnehmen. Die tatsächlichen Verhältnisse gehören zu den bei der Auslegung einer Grundbucheintragung zu berücksichtigenden ohne Weiteres erkennbaren Umständen (Senat, Urteil vom 11.04.2003, V ZR 323/02, NJW-RR 2003, 1235, 1236 m. w. N.). Vorliegend bezieht sich der Ausübungsbereich der Grunddienstbarkeit auf eine Fläche, die – nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts – mit einer Breite von rund 2,40 m und einer Länge von rund 25 m einen wegeartigen Zuschnitt hat und damit auch mit mehrspurigen Fahrzeugen genutzt werden kann.

11 cc) Auf die Hilfserwägungen des Berufungsgerichts zu den Vereinbarungen in dem Kaufvertrag vom 07.04.1936 kommt es nicht an, da dessen Inhalt nicht für jedermann erkennbar ist. Er kann daher auch nicht bei der Auslegung der Grundbucheintragung berücksichtigt werden.

12 3. Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da weitere tatsächliche Feststellungen nicht zu treffen sind, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des LG ist, soweit dieses den Klageantrag zu 2 (Unterlassung des Befahrens des Flurstücks 141 mit Fahrzeugen) abgewiesen hat, zurückzuweisen.

13 III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

## 5. Gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht des Prokuristen unabhängig vom Eigentum des Kaufmanns am Grundstück

KG, Beschluss vom 05.07.2021, 1 W 26/21, mitgeteilt von Dr. **Annette Rieger**, Richterin am KG

*HGB § 49 Abs. 2*

### LEITSATZ:

**Die gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht nach § 49 Abs. 2 HGB besteht unabhängig davon, ob der Kaufmann Eigentümer des Grundstücks ist (Anschluss an OLG Köln, NJW-RR 2020, 530; entgegen OLG Hamm, DNotZ 2012, 230).**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte – eine Aktiengesellschaft – ist Testamentsvollstreckerin über den Nachlass der 2019 verstorbenen (...), zu dem das im Beschlusseingang genannte Grundstück gehört. In notarieller Verhandlung vom 12.08.2020 bewilligten (...) und (...) als gemeinsam vertretungsberechtigte Prokuristen der Beteiligten die Eintragung einer Auflassungsvormerkung in das Grundbuch.

2 Auf den Eintragungsantrag hat das Grundbuchamt mit der angefochtenen Zwischenverfügung beanstandet, die Pro-

kuristen könnten die Beteiligte nicht vertreten, da sie laut Handelsregister nicht zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken ermächtigt seien. Nachdem der Vorstand der Beteiligten die Erklärungen vom 12.08.2020 genehmigt hatte, ist die Vormerkung eingetragen worden. Die Beteiligte verfolgt ihre Beschwerde mit dem Antrag weiter, festzustellen, dass die Zwischenverfügung sie in ihren Rechten verletzt habe. Es bestehe Wiederholungsgefahr, da in den Nachlass weitere Grundstücke fielen und beabsichtigt sei, Veräußerungserklärungen durch Prokuristen abzugeben. (...)

**4** II. Die Beschwerde nach §§ 71 ff. GBO ist mit dem Ziel des § 62 Abs. 1 FamFG zulässig (vgl. BGH, FGPrax 2017, 195). Das berechnete Interesse an der Feststellung ergibt sich gemäß § 62 Abs. 2 Nr. 1 FamFG aus der für die Beteiligte bestehenden Wiederholungsgefahr.

**5** Die Beschwerde ist nicht begründet. Es liegt keine Rechtsverletzung vor, denn die Zwischenverfügung war gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO veranlasst. Das aufgezeigte Hindernis bestand. Es war nicht in der erforderlichen Form (§ 29 Abs. 1, § 32 GBO) nachgewiesen, dass die Erklärungen der Prokuristen gemäß § 164 Abs. 1 BGB, § 49 Abs. 1 HGB für und gegen die Beteiligte wirken. Die Bewilligung der Vormerkung (§ 19 GBO, § 885 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB) ist nach § 49 Abs. 2 HGB nicht von der Prokura erfasst. Die Vormerkung, Sicherungsmittel eigener Art, ist als Belastung des Grundstücks anzusehen (Staub/Joost, HGB, 5. Aufl., § 49 Rdnr. 33; MünchKomm-HGB/Krebs, 5. Aufl., § 49 Rdnr. 45; vgl. auch BGH, NJW 2014, 2431 Rdnr. 23 f.). Eine besondere Befugnis zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken nach § 49 Abs. 2 HGB („Immobilienklausel“), die in das Handelsregister einzutragen wäre (KG, RJA 3, 231 ff.; BayObLG, NJW 1971, 810 f.), ist den Prokuristen nicht erteilt.

**6** Die gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht nach § 49 Abs. 2 HGB besteht unabhängig davon, ob der Kaufmann Eigentümer des Grundstücks ist (OLG Köln, NJW-RR 2020, 530; LG Freiburg, BWNNotZ 1992, 58; Staub/Joost, HGB, § 49 Rdnr. 31; a. A. OLG Hamm, DNotZ 2012, 230; LG Chemnitz, NotBZ 2008, 241; MünchKomm-HGB/Krebs, § 49 Rdnr. 42). Zwar dient die Beschränkung nach heutigem Verständnis (vgl. zu den überholten Erwägungen des historischen Gesetzgebers KG, a. a. O., S. 232; Staub/Joost, HGB, § 49 Rdnr. 27; MünchKomm-HGB/Krebs, § 49 Rdnr. 36) dem Schutz des Kaufmanns im Hinblick auf die besondere wirtschaftliche Bedeutung, die Grundstücksgeschäften regelmäßig zukommt. Dieser Gesichtspunkt greift aber nicht nur für Grundstücke, die im Eigentum des Prinzipals stehen. Veräußert ein Prokurist des Komplementärs Grundstücke der Kommanditgesellschaft, kann dies erhebliche wirtschaftliche Folgen für den Komplementär haben. Auch soweit der Kaufmann als rechtsgeschäftlicher Vertreter eines Dritten oder – wie hier – als Träger eines privaten Amtes im eigenen Namen, aber mit Wirkung für einen Dritten handelt, kommt Grundstücksgeschäften wegen des Haftungsrisikos besondere Bedeutung zu. Aus dem Beschluss des BGH, DNotZ 1992, 584 folgt nichts anderes. Das Gesetz schließt den Prokuristen von der Vertretung bei Grundstücksgeschäften aus, gleichgültig ob diese Grundlagengeschäfte sind (oder sein können).

**7** Schließlich besteht auch kein praktisches Bedürfnis für eine teleologische Reduktion. Der Kaufmann hat die Möglichkeit, den Prokuristen gemäß § 49 Abs. 2 HGB zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken zu ermächtigen – ggf. nur, soweit diese nicht in seinem Eigentum stehen oder soweit der Kaufmann als Testamentsvollstrecker handelt. Den Inhalt der Erweiterung kann der Kaufmann bestimmen, sofern er dem Rahmen des § 49 Abs. 2 HGB und dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt. Es steht ihm ferner frei, dem Prokuristen gesonderte (Einzelfall-)Vollmacht zu erteilen (Staub/Joost, HGB, § 49 Rdnr. 37, 45).

**8** Die Wertfestsetzung beruht auf § 36 Abs. 3, § 61 GNotKG. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen gemäß § 78 Abs. 2 Satz 1 GBO vor.

#### ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. **Heribert Heckschen**, Dresden

Mit der vorstehenden Entscheidung befasst sich das KG mit einer Problematik, die bereits vor Kurzem das OLG Köln<sup>1</sup> zu entscheiden hatte. Der Erblasser überträgt die Testamentsvollstreckung nicht einer natürlichen Person, sondern einer solchen mit eigener Rechtspersönlichkeit, die ihrerseits Prokuristen bestellt hat. Die Prokuristen verfügen über ein Immobilienrecht des Nachlasses – in beiden Fällen liegt eine Veräußerung mit Bestellung einer Auflassungsvormerkung vor. Das Grundbuchamt beanstandet jeweils, dass die Prokuristen keine Ermächtigung nach § 49 Abs. 2 HGB hatten.

Das OLG Köln hatte der Auffassung des Grundbuchamtes zugestimmt, dass vorliegend ohne eine Ermächtigung nach § 49 Abs. 2 HGB ein Immobiliengeschäft nicht vorgenommen werden könne, obwohl es sich ja nicht um eine Immobilie der Gesellschaft, sondern um eine solche des Nachlasses handelt. Die weitere Beschwerde hatte das OLG Köln zugelassen. Der seinerzeitige Beschwerdeführer, die Deutsche Bank AG, hatte allerdings die weitere Beschwerde nicht weiterverfolgt, sondern die Erklärungen der Prokuristen durch den Vorstand genehmigen lassen. Eine Klärung der Rechtsfrage durch den BGH erfolgte somit nicht.

Das vorliegende Verfahren, bei dem das KG der Auffassung des OLG Köln folgt, bietet eine große Chance für eine Entscheidung dieser seit langem umstrittenen Rechtsfrage durch den BGH. Vorliegend war zwar ebenfalls der Beschwerdeführer nicht bereit, bis zu einer Entscheidung des BGH zu warten, sondern ließ die Erklärungen der Prokuristen durch den Vorstand genehmigen. Der Beschwerdeführer des vorliegenden Verfahrens sieht aber ein rechtliches Interesse daran, dass für die Zukunft festgestellt wird, dass die Auffassung des Grundbuchamtes und letztlich auch die des OLG Köln sowie des KG unzutreffend ist. Insoweit folgt ihm das KG und eröffnet die weitere Beschwerde zum BGH.

<sup>1</sup> OLG Köln, Beschluss vom 09.12.2019, I-2 Wx 346/19, MittBayNot 2020, 367 m. Anm. Heckschen.



Die Klärung der streitigen Rechtsfrage ist für die Praxis von großer Bedeutung. Insgesamt entscheiden sich immer mehr Erblasser für eine Testamentsvollstreckung, weil sie die Erben für nicht ausreichend kompetent halten, die Erben minderjährig sind oder aber weil sie Streitigkeiten unter den Erben erwarten. Ganz besonders gilt dies im Rahmen von Patchworkfamilien. Die Wahl einer natürlichen Person als Testamentsvollstrecker ist immer mit dem Risiko behaftet, dass diese kurzfristig verstirbt oder nicht mehr handlungsfähig ist. Selbst wenn man hier Ersatzregelungen vorsieht oder der natürlichen Person das Recht zubilligt, selber einen Ersatz zu bestimmen,<sup>2</sup> hat man letztendlich keine Gewissheit, dass ein Testamentsvollstrecker bis zur Erledigung seiner Aufgaben existiert. Eine Ersatzbestellung durch das Nachlassgericht wird häufig nicht gewünscht. Die Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, welche Prokuristen bestellen kann, ist hier häufig der Ausweg. Gerade Banken, aber auch andere Kapitalgesellschaften sehen immer mehr die Testamentsvollstreckung als ein interessantes Geschäftsfeld. Nach Auffassung des OLG Köln und des KG sei es für sie ein Leichtes, solche Prokuristen mit einer Ermächtigung nach § 49 Abs. 2 HGB auszustatten. Diese, an der eigentlichen Problematik vorbeigehende Argumentation übersieht, dass eine derartige Prokura, die nochmals ausgeweitet wird, häufig bewusst nicht gewählt wird, weil man über die der Kapitalgesellschaft zustehenden Immobilien, die auch heute immer noch für das Unternehmen wichtig sind, gerade Prokuristen nicht verfügen lassen möchte.

Es kommt somit entscheidend auf die Frage an, ob § 49 Abs. 2 HGB so zu verstehen ist, dass er auch die Veräußerung und Belastung von Immobilien erfasst, die nicht im Eigentum des Kaufmanns stehen, sondern die er als Testamentsvollstrecker (oder Betreuer etc.) verwaltet. Nach herrschender Meinung in der Literatur<sup>3</sup> ergibt die Auslegung der Norm, dass § 49 Abs. 2 HGB eben nicht solche Verfügungen und Belastungen erfasst, die „Fremdimmobilien“, welche vom Kaufmann zum Beispiel als Testamentsvollstrecker verwaltet werden, betreffen. Diese Auffassung überzeugt, da sie Sinn und Zweck der Norm zutreffend erfasst. Diese Auffassung verwirft das KG, ohne sich mit der herrschenden Meinung, die zudem auch nur sehr unvollständig zitiert wird, zu befassen. Das KG ist der Auffassung, dass es wirtschaftlich keinen Unterschied mache, ob eine Immobilie betroffen sei, die im

Eigentum des Kaufmanns stehe, oder eine solche, über die er als Vertreter eines Dritten verfüge und verweist insoweit auf das etwaige Haftungsrisiko. Es ist jedoch offensichtlich, dass ein etwaiges Haftungsrisiko sowohl von der wirtschaftlichen Tragweite als auch von der Bedeutung her nicht gleichzusetzen ist mit einer Verfügung über einen Vermögenswert, der nicht selten die Grundlage eines Unternehmens eines Kaufmanns darstellt.

Es ist daher zu begrüßen, dass im vorliegenden Fall die weitere Beschwerde zugelassen wurde und nunmehr durch den II. Zivilsenat des BGH endgültig eine Klärung der Rechtsfrage zu erwarten ist.

## 6. Keine körperliche Verbindung von Teilungserklärung und Anlagen für grundbuchrechtlichen Vollzug nötig

KG, Beschluss vom 17.06.2021, 1 W 275/21, mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

*BeurkG §§ 9, 13a, 40, 44*

*GBO §§ 13, 19, 29*

*WEG §§ 7, 8*

### LEITSATZ:

**Die zum grundbuchrechtlichen Vollzug einer Teilungserklärung nach §§ 8, 7 Abs. 4 Satz 1 WEG beizufügenden Anlagen – Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung – müssen auch dann nicht mit der Bewilligung körperlich verbunden werden, wenn nur die Unterschrift unter der Bewilligung beglaubigt worden ist (Fortführung von Senat, Beschluss vom 02.07.2015, 1 W 558/14, NZM 2016, 525).**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 02.09.2020 – UR-Nr. 385/2020 des Notars (...) – bewilligte der Geschäftsführer der Beteiligten unter Bezugnahme auf die Abgeschlossenheitsbescheinigung des Bezirksamts Nr. (...) nebst Aufteilungsplänen vom 22.05.2020 die Aufteilung des im Beschlusseingang bezeichneten Grundstücks in 49 Wohnungs- und drei Teileigentumsrechte.

2 Mit Schriftsatz vom 03.09.2020 beantragte der Urkundsnotar unter Vorlage der UR-Nr. 385/2020 sowie dem Original der Abgeschlossenheitsbescheinigung des Bezirksamts den Vollzug der Aufteilung im Grundbuch. Das Grundbuchamt zeigte mit Verfügung vom 21.09.2020 verschiedene Eintragungshindernisse auf und übersandte zu deren Behebung die Abgeschlossenheitsbescheinigung mit den Aufteilungsplänen zurück an den Notar.

3 Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 07.04.2021 – UR-Nr. 200/2021 des Notars (...) änderte der Geschäftsführer der Beteiligten die Teilungserklärung vom 02.09.2020 teilweise ab. Dabei nahm er wiederum auf die Abgeschlossenheitsbescheinigung des Bezirksamts (...) Nr. 2019/x vom 22.05.2020 und deren zugehörige Aufteilungspläne Bezug.

2 Ausf. dazu Burandt/Rojahn/Heckschen, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2198 Rdnr. 1 ff., § 2199 Rdnr. 1 f., § 2200 Rdnr. 1 ff.

3 Heckschen, MittBayNot 2020, 367, 368; Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, 40. Aufl. 2021, § 49 Rdnr. 4; MünchKomm-HGB/Krebs, 5. Aufl. 2021, § 49 Rdnr. 42; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, 3. Aufl. 2019, § 49 Rdnr. 16; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, HGB, 9. Aufl. 2019, § 49 Rdnr. 7; LG Chemnitz, Beschluss vom 18.02.2008, 3 T 842/07, NotBZ 2008, 241; OLG Hamm, Beschluss vom 13.10.2011, I-15 Wx 117/11, DNotZ 2012, 230; a. A.: OLG Köln, Beschluss vom 09.12.2019, I-2 Wx 346/19, MittBayNot 2020, 367 Rdnr. 8; Staub/Joost, HGB, 5. Aufl. 2008, § 49 Rdnr. 31; Röhricht/Graf von Westphalen/Haas/Wagner/Wöstmann, HGB, 5. Aufl. 2019, § 49 Rdnr. 14.

**4** Mit Schriftsatz vom 07.04.2021 hat der Urkundsnotar die UR-Nr. 200/2021 mit der Abgeschlossenheitsbescheinigung zum Vollzug bei dem Grundbuchamt eingereicht. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 20.04.2021 unter Fristsetzung darauf hingewiesen, dass die UR-Nr. 200/2021 mangels notarieller Beurkundung keine Verwendung finden könne. In einer notariellen Beglaubigung könne auf andere Urkunden und die Abgeschlossenheitsbescheinigung nur Bezug genommen werden, wenn diese urkundlich mit der unterschiftsbeglaubigten Erklärung verbunden seien. Die UR-Nr. 200/2021 sei in notariell beurkundeter Form nachzureichen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 20.05.2021, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 02.06.2021 nicht abgeholfen hat.

**5** II. 1. Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist allein das von dem Grundbuchamt in der angefochtenen Zwischenverfügung aufgezeigte Eintragungshindernis, nicht hingegen der Eintragungsantrag als solcher.

**6** 2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Die angefochtene Zwischenverfügung ist nicht veranlasst, weil das darin aufgezeigte Eintragungshindernis nicht besteht, § 18 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. GBO.

**7** a) Die Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentumsrechte erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO, wenn sie der Eigentümer des Grundstücks bewilligt, § 19 GBO. Außer auf vertraglicher Grundlage, § 3 WEG, kann die Aufteilung auch aufgrund einer sog. Teilungserklärung des Eigentümers nach § 8 Abs. 1 WEG erfolgen. Die Teilungserklärung umfasst regelmäßig und auch hier zugleich die Eintragungsbewilligung (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 2846). Für sie gelten die grundbuchrechtlichen Vorschriften bei vertraglicher Begründung von Wohnungs- und Teileigentum entsprechend, § 8 Abs. 2, § 7 WEG. Der Bewilligung sind deshalb als Anlagen ein Aufteilungsplan und eine Abgeschlossenheitsbescheinigung der Baubehörde beizufügen, § 8 Abs. 2, 7 Abs. 4 Satz 1 WEG.

**8** Bei Anlegung der Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher kann das Grundbuchamt in den Bestandsverzeichnissen zur näheren Bezeichnung des Gegenstands und des Inhalts des Sondereigentums auf die Eintragungsbewilligung Bezug nehmen, § 8 Abs. 2, § 7 Abs. 3 WEG. Hatte der teilende Eigentümer seiner Bewilligung als Anlage einen Aufteilungsplan beigefügt, wird dieser von der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung erfasst und ebenfalls zum Gegenstand der Grundbucheintragung (BGH, MDR 2005, 83).

**9** b) Die Eintragungsbewilligung ist gegenüber dem Grundbuchamt durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen, § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO. Dem entsprechen die UR-Nr. 385/2020 und 200/2021, §§ 129 BGB, 39, 40 BeurkG.

**10** Für die der Bewilligung beizufügende Abgeschlossenheitsbescheinigung und die Aufteilungspläne gilt § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO. Sie sind durch öffentliche Urkunden nachzuweisen. Auch das ist hier geschehen. Die Abgeschlossenheitsbescheinigung sowie die ihr beigefügten

Aufteilungspläne sind von der Baubehörde des Bezirksamts x jeweils gestempelt und unterschrieben worden, § 8 Abs. 2, § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG (vgl. BeckOK-WEG/Kral, Stand: 2021, § 7 Rdnr. 72). Ihre Zusammengehörigkeit ist durch die übereinstimmende Aktenbezeichnung ersichtlich gemacht worden. Eine Verbindung mit Schnur und Siegel war damit entbehrlich, Nr. 7 WEG-VwV.

**11** Der Senat hat bereits entschieden, dass eine Mitbeurkundung dieser Anlagen im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 2 und 3, § 44 BeurkG nicht erforderlich ist (Senat, Beschluss vom 02.07.2015, 1 W 558/14, NZM 2016, 525, 526). Der Antragsteller hat jedoch ihre Zusammengehörigkeit mit der Eintragungsbewilligung bei der Vorlage zur Eintragung deutlich zu machen (OLG Düsseldorf, ZWE 2010, 368, 369; Bay-ObLG, MittBayNot 2003, 127).

**12** Wird lediglich die Unterschrift unter einer Eintragungsbewilligung notariell beurkundet, gilt jedenfalls dann, wenn ein amtlicher Aufteilungsplan bereits vorliegt, nichts Anderes (a. A. Staudinger/Rapp, Neub. 2018, § 7 WEG Rdnr. 15; einschränkend Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 2855). Zwar sind Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung der Eintragungsbewilligung als Anlage beizufügen, § 8 Abs. 2, § 7 Abs. 4 Satz 1 WEG, jedoch handelt es sich insoweit nicht um Anlagen im Sinne des BeurkG (Schmidt, DNotZ 2003, 277; Morhard, MittBayNot, 2003, 128, 129). Vielmehr stehen sie als eigenständige Elemente neben der Eintragungsbewilligung und sind nicht ihr Bestandteil (OLG Düsseldorf, a. a. O.; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl., § 7 Rdnr. 27). Diesen Charakter verlieren die Anlagen zur Eintragungsbewilligung nicht dadurch, dass die Teilungserklärung nicht beurkundet, sondern lediglich die sie abschließende Unterschrift notariell beglaubigt worden ist.

**13** Dem steht auch nicht die im Nichtabhilfebeschluss vom 02.06.2021 von dem Grundbuchamt getroffene Feststellung entgegen, bei einer Beglaubigung werde lediglich die Identität des Unterzeichners durch den Notar festgestellt. Das ist zwar für sich zutreffend (BeckOK-GBO/Otto, § 29 Rdnr. 197), jedoch gilt für den über der beglaubigten Unterschrift befindlichen Text die Vermutung seiner Richtigkeit, § 440 Abs. 2 ZPO. Es wird dadurch vermutet, dass der Text dem Willen desjenigen entspricht, der unterschrieben hat (BGH, NJW-RR 2015, 819, 821).

**14** c) Vor diesem Hintergrund kommt dem in der Teilungserklärung vom 07.04.2021, UR-Nr. 200/2021 von der Beteiligten erklärten „Verzicht“ auf eine urkundliche Verbindung mit den Aufteilungsplänen keine eigenständige Bedeutung zu, insbesondere findet § 13a BeurkG keine Anwendung. Die Erklärung nimmt jedoch in ausreichendem Maße auf die Abgeschlossenheitsbescheinigung und die ihr zugehörigen Aufteilungspläne Bezug. Die UR-Nr. 200/2021 ist schließlich auch gemeinsam mit dieser Teilungserklärung bei dem Grundbuchamt eingereicht worden und der Notar hat in seinem Antrag vom 07.04.2021 auf diese Urkunden nochmals verwiesen. Damit kann an der Zugehörigkeit der Abgeschlossenheitsbescheinigung und ihren zugehörigen Plänen mit der Teilungserklärung kein Zweifel bestehen.

## 7 Nießbrauch mit Verpflichtung zum Wiederaufbau eines Gebäudes

OLG Bremen, Beschluss vom 17.06.2020, 3 W 15/20

BGB §§ 1041, 1046 Abs. 2, § 1050

GBO § 23

### LEITSATZ:

**Die Bestellung des Nießbrauchs ist auch in der Form möglich, dass der Nießbraucher auch zum Wiederaufbau des komplett zerstörten Gebäudes mit dinglicher Wirkung verpflichtet ist, soweit nicht – bei Zerstörung durch Feuer oder sonst durch von außen einwirkende außergewöhnlichen Ereignissen – der Schaden zugunsten des Eigentümers versichert ist. Der Nießbraucher hat diesbezüglich eine entsprechende Versicherungspflicht.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Die Antragsteller beehrten mit Schriftsatz vom 18.03.2020 neben der Eintragung eines Eigentumswechsels, verschiedene Löschungen sowie die Eintragung eines Nießbrauchs sowie einer Vormerkung für einen Rückübertragungsanspruch.

**2** Mit notariellem Vertrag vom 09.12.2019 schenkten die Antragsteller zu 1 und 2 den Antragstellern zu 3 und 4 das im Grundbuch von Bremen Vorstadt L (...) Blatt (...) eingetragene Grundstück (u. a. Z-Str. in Bremen).

**3** Gleichzeitig vereinbarten sie einen Nießbrauch für die Antragsteller zu 1 und 2. Im notariellen Vertrag (Ziffer 6) heißt es u. a.:

„Abweichend von § 1041 Satz 2 BGB obliegen den Nießbrauchern Ausbesserungen und Erneuerungen auch insoweit, als sie nicht zu der gewöhnlichen Unterhaltung des Grundstücks und seiner Bestandteile gehören; wird allerdings das Gebäude durch Feuer oder sonst durch von außen einwirkende außergewöhnliche Ereignisse beschädigt oder zerstört, so sind die Nießbraucher in dem Umfang, in dem der Schaden zugunsten des Eigentümers versichert ist, nicht zur Behebung des Schadens oder zum Wiederaufbau verpflichtet. Die Beteiligten bewilligen und beantragen, den Nießbrauch mit dem vorstehenden Inhalt in das Grundbuch einzutragen. (...)“

**4** Zur Versicherungspflicht heißt es in Ziffer 5 des Vertrages u. a.:

„(...) Der Schenker ist verpflichtet, den Schenkungsgegenstand bis zur Umschreibung des Eigentums im Grundbuch versichert zu halten und den Versicherungsvertrag alsdann ohne besonderes Entgelt auf den über §§ 95 ff. VVG belehrten Beschenkten zu übertragen, ohne dass er Gewähr dafür leistet, dass der versicherte Betrag dem tatsächlichen Wiederaufbauwert des Hauses entspricht. Wegen der Prämien gilt die Vereinbarung zur Lastentragung unter Ziff 2. (...)“

**5** Die Lasten des verschenkten Grundstücks sollen (nach Ziffer 4 des Vertrages) ab sofort auf den Beschenkten übergehen.

**6** Für bestimmte zukünftige Ereignisse (Versterben der Beschenkten, Veräußerung des Grundbesitzes, Insolvenzverfahren etc.) vereinbarten die Beteiligten ein Rückforderungsrecht der Schenker. Dieses ist nicht übertragbar, wohl aber die Ansprüche aus einem fristgerecht geltend gemachten Recht. Im notariellen Vertrag ist die Eintragung einer Vormerkung für den (unentgeltlichen) Rückübertragungsanspruch bewilligt und beantragt worden. Zur Löschung soll der Nachweis des Todes der Berechtigten genügen.

**7** Das Grundbuchamt hat mit dem angefochtenen Beschluss (soweit nicht der Antrag zurückgenommen bzw. der weitergehenden Beschwerde abgeholfen worden ist) darauf hingewiesen, dass hinsichtlich der Eintragung des Nießbrauchs das Hindernis vorliege, dass der Nießbraucher nicht zum Wiederaufbau eines zerstörten Hauses verpflichtet werden könne, lediglich eine schuldrechtliche Vereinbarung sei möglich.

**8** Der Eintragung der Vormerkung stehe entgegen, dass ein Löschungserleichterungsvermerk nicht eingetragen werden könne, weil es sich nicht um ein Recht gemäß § 23 GBO handele. Die Beteiligten sollen prüfen, ob das Recht bedingt bis zum Tode des Längstlebenden einzutragen sei.

**9** Mit der am 20.05.2020 eingegangenen Beschwerde haben die Beteiligten darauf hingewiesen, dass die Wiederaufbaupflicht der Nießbraucher nur schuldrechtlich vereinbart worden sei. Für die Rückauflassungsvormerkung sei die Löschungserleichterung für den Tod des Letztversterbenden vorgesehen.

**10** Das Grundbuchamt hat der Beschwerde hinsichtlich dieser beiden Fragen nicht abgeholfen und sie dem OLG zur Entscheidung vorgelegt. Es hat ausgeführt, die Wiederaufbaupflicht sei nicht lediglich schuldrechtlich vereinbart, weil der Nießbrauch „mit dem vorstehenden Inhalt“ in das Grundbuch eingetragen werden soll. Damit solle auch die Wiederaufbaupflicht dinglicher Inhalt sein, dies sei aber kein zulässiger Inhalt. Zum Löschungserleichterungsvermerk für die Vormerkung führt das Grundbuchamt ergänzend aus, dass Rückstände auf Leistungen bei einer Vormerkung ausgeschlossen seien und damit auch die Eintragung einer Vorlöschklausel.

**11** II. Die Beschwerde ist statthaft und zulässig, aber nur teilweise begründet. Die Zwischenverfügung vom 14.04.2020 ist in zulässiger Weise ergangen.

**12** Hinsichtlich der abgelehnten Eintragung der Löschungserleichterung bei der Vormerkung ist die Beschwerde nicht begründet. Insoweit liegt, wie vom Grundbuchamt zu Recht angenommen, ein Eintragungshindernis vor. Die Eintragung einer Vorlöschklausel gemäß § 23 Abs. 2 GBO ist bei einer auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Vormerkung nicht zulässig. Hintergrund ist, dass für eine derartige Vormerkung keine Rückstände von Leistungen zu besorgen sind, sodass § 23 GBO nicht anwendbar ist (BGH, Beschluss vom 26.03.1992, V ZB 16/91, BGHZ 117, 390-394, juris Rdnr. 13). Selbst wenn – wie hier – der (bereits geltend gemachte) Rückübertragungsanspruch übertragbar und vererblich ist, so sind darin keine „Rückstände“ im Sinne

von § 23 GBO zu sehen (BGH, a. a. O. Rdnr. 15). Die Vormerkung ist allein die dingliche Absicherung des (schuldrechtlichen) Rückübertragungsanspruchs, deren Sicherungscharakter die Beteiligten ausdrücklich auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt haben.

**13** Die Beschwerde ist aber hinsichtlich der Eintragung des Nießbrauchsrechts begründet. Einer Eintragung des Nießbrauchs steht jedenfalls nicht der Inhalt aus Ziffer 6 des notariellen Vertrages, d. h. die Verpflichtung der Nießbraucher zu außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen, einschließlich des Wiederaufbaus des zerstörten Gebäudes, entgegen.

**14** Die Regelung des § 1041 BGB (Ausbesserungs- und Erneuerungspflichten des Nießbrauchers) ist nicht zulasten des Eigentümers abdingbar, d. h. die Pflicht des Nießbrauchers kann nicht mit Wirkung gegenüber Dritten beschränkt werden.

**15** Hier geht es aber um eine Ausweitung der Pflichten der Nießbraucher. Diese sollen nicht nur die gewöhnliche Unterhaltung des Grundstücks (Gebäudes) übernehmen, sondern auch außergewöhnliche Ausbesserungs- und Erneuerungsmaßnahmen. Entgegen der Ansicht der Antragsteller ist diese Vereinbarung auch mit dinglicher Wirkung getroffen worden, denn sie soll – mit dem konkreten Inhalt – in das Grundbuch eingetragen werden.

**16** Eine derartige Ausweitung zugunsten des Eigentümers kann grundsätzlich auch mit dinglicher Wirkung vereinbart und auch im Grundbuch eingetragen werden (vgl. BayObLG, Beschluss vom 10.01.1985, BReg 2 Z 117/84, juris Rdnr. 31 ff., Beschluss vom 15.03.1985, BReg. 2 Z 24/85, beck-online; jurisPK-BGB/*Lenders*, 7. Aufl 2014, § 1041 Rdnr. 6; Staudinger/*Heinze*, Neub. 2017, § 1041 Rdnr. 8; BeckOK-BGB/*Reymann*, § 1041 Rdnr. 35; MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, 8. Aufl. 2020, § 1041 Rdnr. 8, 9).

**17** Ob dies allerdings auch für den Fall der Totalerneuerung bzw. für den Wiederaufbau eines total zerstörten Gebäudes gilt, ist in der Rechtsprechung soweit ersichtlich noch nicht entschieden (ausdrücklich offen gelassen vom BayObLG in den genannten Entscheidungen, die Entscheidung des BGH vom 23.01.2009, V ZR 197/07, beck-online, betrifft lediglich eine schuldrechtliche Vereinbarung, zust. aber *Schippers*, MittRhNotK 1996, 197, 201, wenn die Wiederherstellungskosten durch Versicherungsleistungen gedeckt sind und die Verwendung dieser Leistungen zur Wiederherstellung nach § 1046 Abs. 2 BGB verlangt werden kann; ihm folgend wohl Staudinger/*Heinze*, § 1041 Rdnr. 8, ohne Einschränkung im Hinblick auf die Absicherung durch Versicherungsleistungen: BeckOK-BGB/*Reischl*, Stand: 01.05.2020, § 1041 Rdnr. 7).

**18** Nach dem vorliegenden notariellen Schenkungsvertrag sollen die Nießbraucher mit dinglicher Wirkung auch zum Wiederaufbau des komplett zerstörten Gebäudes verpflichtet sein, soweit nicht – bei Zerstörung durch Feuer oder sonst durch von außen einwirkende außergewöhnlichen Ereignissen – der Schaden zugunsten des Eigentümers versichert ist. Allerdings obliegt dem Beschenkten die Versicherung des Grundstücks, ohne dass dazu eine Ver-

pflichtung besteht, sodass eine Totalzerstörung ohne Absicherung durch eine Versicherung jedenfalls theoretisch möglich ist.

**19** Bedenken könnten gegen eine Verpflichtung zum Wiederaufbau des total zerstörten Gebäudes bestehen, weil damit die wesensmäßigen Grenzen zwischen Nießbrauch (Nutzungsrecht einerseits und bloße Erhaltungspflicht andererseits) und Eigentum verändert würden (Typenzwang im Sachenrecht). Dies könnte auch vor dem Hintergrund des § 1050 BGB so zu sehen sein, nachdem der Nießbraucher schon nicht den Wertverlust bei ordnungsgemäßer Nutzung (und Erhaltung) trägt. Diesem Argument ist allerdings entgegenzuhalten, dass § 1950 BGB nicht die Gestaltungsmöglichkeiten nach § 1041 BGB einschränkt (dazu BGH, Urteil vom 23.01.2009, V ZR 197/07, beck-online Rdnr. 14 ff.). Nach Ansicht des Senats spricht auch die wesensmäßige Abgrenzung zwischen Eigentum und Nießbrauch nicht gegen eine derartige Verpflichtung mit dinglicher Wirkung. Das Wesen des Nießbrauchs liegt darin, dass der Eigentümer für einen bestimmten Zeitraum von wesentlichen Befugnissen – nämlich der (wirtschaftlichen) Nutzung – ausgeschlossen wird und dem Nießbraucher neben der Gewährung des Nutzungsrechts Erhaltungspflichten auferlegt werden. Es ist bereits jetzt zu Recht anerkannt, dass diese Pflichten – mit dinglicher Wirkung – einer gewissen Gestaltungsfreiheit unterliegen, die zulasten des Nießbrauchers auch den Bereich der Wirtschaftlichkeit verlassen können (dazu BayObLG, Beschluss vom 15.03.1985, Breg. 2 Z 24/85, beck-online). Diese Gestaltungsmöglichkeit obliegt im Rahmen der Vertragsfreiheit auch und gerade unter wirtschaftlichen und steuerrechtlichen Gesichtspunkten den Beteiligten. Denn es verbleibt dabei, dass der Eigentümer – mit der Einschränkung durch das Nießbrauchsrecht – Verfügungsbefugt über das Grundstück ist und dass der Nießbraucher nach Ablauf seines Rechts dieses an den jeweiligen Eigentümer zurückgeben muss. Diese Rechte des Eigentümers reichen nach Ansicht des Senats zur Abgrenzung des Nießbrauchsrechts vom Eigentum aus. Die Ausweitung der Ausbesserungs- und Erneuerungspflichten bis hin zum Wiederaufbau nach Zerstörung, der ohnehin nur in den seltensten Fällen sicher von einer Sanierungsmöglichkeit abzugrenzen sein dürfte, verschiebt die Grenzen der beiden Rechte daher nicht übermäßig. In der Ausgestaltung des Nießbrauchsrechts im Hinblick auf die Ausbesserungs- und Erneuerungspflichten liegt kein Eintragungshindernis.

**20** Die Kostenentscheidung ergeht nach §§ 81, 84 FamFG, da gemäß Nr. 14510 der Anl. 1 zu § 3 Abs. 2 GNotKG Gebühren nur erhoben werden, soweit die Beschwerde zurückgewiesen wird (BayObLG, Entscheidung vom 09.09.1986, 2 Z 60/86, beck-online). Die Festsetzung des Beschwerdewerts folgt aus § 45 Abs. 3 2. Hs., § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG. Entscheidend war hier nur der Wert der Vormerkung, der gemäß den genannten Regelungen auf den halben Grundstückswert festzusetzen ist.

**21** Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, weil die Sache, jedenfalls soweit die Beschwerde zurückgewiesen worden ist, keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer ein-

heitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts nicht erfordert.

## Bürgerliches Recht

### ERBRECHT

#### 8. Herausgabe einer den Vertragserben beeinträchtigenden Schenkung

BGH, Urteil vom 10.03.2021, IV ZR 8/20 (Vorinstanz: KG, Urteil vom 04.12.2019, 4 U 8/18)

*BGB § 2287 Abs. 1*

#### LEITSATZ:

**Da der Herausgabeanspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB nicht zum Nachlass gehört, steht der Herausgabeanspruch bei mehreren Vertragserben bzw. bindend eingesetzten Schlusserben nicht den Erben gemeinschaftlich zu, sondern jedem von ihnen persönlich, und zwar zu einem seiner Erbquote entsprechenden Bruchteil. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### SACHVERHALT:

1 Die Klägerin begehrt von der Beklagten Zahlung an die aus ihr und zwei weiteren Personen bestehende Erbengemeinschaft nach dem am 24.02.2013 verstorbenen H J W (im Folgenden: Erblasser) wegen Überweisungen aus dessen Vermögen an die Beklagte.

2 Der Erblasser und seine vor ihm verstorbene Ehefrau hatten sich in einem notariellen gemeinschaftlichen Testament vom Oktober 1997 gegenseitig als Alleinerben und als Schlusserben die Klägerin, eine Nichte der Ehefrau, weiterhin X und Y sowie u. a. die Tochter der Letztgenannten, Z, als Ersatzschlusserbin eingesetzt. Die Eheleute hatten ausdrücklich bestimmt, dass „die in diesem Testament niedergelegten Verfügungen (...) wechselbezüglich“ seien und „nur gemeinschaftlich geändert oder durch Wider-ruf beseitigt werden“ könnten.

3 Die Beklagte, eine Nachbarin des Erblassers, überwies aufgrund einer Bankvollmacht im März 2010 von einem Konto des Erblassers einen Betrag von 106.527,23 € mit dem Verwendungszweck „Schenkungen“ und im Oktober 2010 von dem Sparkonto des Erblassers einen weiteren Betrag von 50.000 € mit dem Verwendungszweck „Übertrag Sparbuch“ auf ihr eigenes Konto.

4 In einer notariellen Urkunde vom 03.02.2011 erklärte der Erblasser unter anderem, seit 2009 habe er der Beklagten, die sich regelmäßig um ihn kümmere und zu der er seit Jahrzehnten ein nachbarschaftliches und später freundschaftliches Verhältnis habe, mehrfach größere Geldbeträge geschenkt. Sie habe in seinem vollen Einverständnis aufgrund der erteilten Vollmacht Bankgeschäfte getätigt. Die entsprechenden Beträge habe er der Beklagten geschenkt. Alle Abhebungen und Schenkungen seien aus seiner Sicht ordnungsgemäß erfolgt. Die Beklagte schulde keine Auskunft und Rückzahlung. Die Schenkungen habe er aufgrund „einer großen Sympathie“ für die Beklagte vorgenommen.

5 Am 11.07.2011 überwies die Beklagte einen weiteren Betrag i. H. v. 50.000 € vom Sparbuch des Erblassers auf ihr Konto mit dem Verwendungszweck „für Betreuungsaufgaben“.

6 Die Klägerin verlangt mit der Klage, soweit für die Revisionsinstanz noch von Bedeutung, die Rückzahlung der vorgenannten Beträge an die Erbengemeinschaft. Sie trägt vor, wirksame Schenkungsverträge hätten nicht vorgelegen; der Erblasser habe von den

Überweisungen keine Kenntnis gehabt. Die Beklagte bestreitet unter anderem die Aktivlegitimation der Klägerin.

7 Das LG hat der Klage nach Beweisaufnahme stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg gehabt. Mit der Revision verfolgt sie ihren Klageabweisungsantrag weiter, soweit sie zur Zahlung von mehr als 710 € nebst Zinsen verurteilt worden ist.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

8 Die Revision hat Erfolg. Sie führt im angefochtenen Umfang zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

9 I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat die Klägerin unabhängig davon, ob die Schenkungen wirksam waren oder nicht, gegen die Beklagte einen Anspruch auf Rückzahlung der genannten Beträge an die Erbengemeinschaft. Soweit die Schenkungen trotz Notartermins vom 03.02.2011 unwirksam gewesen sein sollten, folge der Anspruch aus § 812 Abs. 1 BGB. Die Beklagte habe in diesem Fall durch die Überweisungen jeweils einen Zahlungsanspruch ohne Rechtsgrund gegen die Bank erlangt und sei demnach zur Rückzahlung verpflichtet. Sollte der Mangel der Form des Schenkungsversprechens gemäß § 518 Abs. 2, § 185 Abs. 2 BGB durch Genehmigung der Leistung geheilt worden und sollten die Schenkungen dementsprechend wirksam sein, beruhe der Anspruch auf § 2287 Abs. 1 BGB analog. Der Erblasser habe mit seiner Frau einen wirksamen Erbvertrag geschlossen und die Klägerin neben den weiteren Miterben als Nacherben bzw. Ersatznacherben eingesetzt. Er habe alle Schenkungen an die Beklagte in der Absicht gemacht, die Vertragserben zu schädigen. Nach der vorzunehmenden Abwägung seien die Verfügungen auf eine Korrektur des Erbvertrages angelegt und es sei kein billigenswertes lebzeitiges Eigeninteresse anzunehmen. Die Beklagte habe auch keine Tatsachen dargelegt, aus denen sich ergebe, dass ihre Bereicherung weggefallen sei.

10 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

11 1. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, dass die Klägerin für die Erbengemeinschaft gemäß § 2287 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Erstattung der vor dem Tod des Erblassers von der Beklagten an sich selbst überwiesenen Geldbeträge geltend machen könne.

12 a) Im Ergebnis noch zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass im Streitfall nur eine entsprechende Anwendung von § 2287 Abs. 1 BGB in Betracht kommt: Zwar wäre die Norm – wenn man wie das Berufungsgericht einen Erbvertrag zugrunde legt – unmittelbar anwendbar. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, das insoweit auch keine Feststellungen getroffen hat, handelt es sich hier aber – wie das LG auf der Grundlage der Urkunde zu Recht annimmt – um wechselbezügliche Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament; in diesem Fall findet § 2287 Abs. 1 BGB entsprechende Anwendung (Senatsurteil vom 28.09.2016, IV ZR 513/15, ErbR 2016, 698 Rdnr. 7; Senatsbeschluss vom 26.10.2011, IV ZR 72/11, ErbR 2012, 218 Rdnr. 7 m. w. N.).

13 b) Das Berufungsgericht übersieht aber, dass der Herausgabeanspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB nach ständiger Rechtsprechung des Senats nicht zum Nachlass gehört. Wenn mehrere Vertragserben bzw. bindend eingesetzte Schlusserben vorhanden sind, steht dieser Anspruch nicht den Erben gemeinschaftlich zu, sondern jedem von ihnen persönlich, und zwar zu einem seiner Erbquote entsprechenden Bruchteil (Senatsurteile vom 21.06.1989, IVa ZR 302/87, BGHZ 108, 73 [juris Rdnr. 32 f.]; vom 03.07.1980, IVa ZR 38/80, BGHZ 78, 1 [juris Rdnr. 12]; jew. m. w. N.; vgl. ferner Senatsurteil vom 28.09.2016, a. a. O.; Senatsbeschluss vom 26.10.2011, a. a. O.).

14 Abweichend davon hat das Berufungsgericht – wie die Revision zu Recht rügt – angenommen, der Anspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB falle in den Nachlass. Für den Fall, dass die von der Beklagten behaupteten Schenkungen wirksam sein sollten, hat es ihre Verurteilung zur Zahlung an die Erbgemeinschaft auf einen Anspruch aus dieser Vorschrift aufgrund der Klage nur einer Miterbin – der Klägerin – gestützt. Mit dieser Begründung kann die Verurteilung der Beklagten zur Rückzahlung der noch streitgegenständlichen Beträge keinen Bestand haben.

15 2. Die Entscheidung erweist sich nicht im Sinne von § 561 ZPO aus anderen Gründen deshalb als richtig, weil das Berufungsgericht ausgeführt hat, soweit die Schenkungen unwirksam gewesen sein sollten, folge der Anspruch aus § 812 Abs. 1 BGB. Es fehlt schon an Feststellungen dazu, ob die in Rede stehenden Überweisungen ohne Rechtsgrund erfolgten.

16 III. Diese Feststellungen wird das Berufungsgericht nach der Zurückverweisung nachzuholen haben. Wenn es wirkliche Schenkungen annimmt, wird es ausgehend davon ggf. die weiteren Voraussetzungen des § 2287 Abs. 1 BGB erneut zu prüfen haben (vgl. dazu Senatsurteil vom 28.09.2016, IV ZR 513/15, ErbR 2016, 698 Rdnr. 13; Senatsbeschluss vom 26.10.2011, IV ZR 72/11, ErbR 2012, 218 Rdnr. 11, jew. m. w. N.).

## 9. Zur Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments bei Verwendung einer Jastrow'schen Klausel ohne Strafteil

OLG Hamburg, Beschluss vom 26.08.2020, 2 W 35/20

BGB § 2270 Abs. 2, §§ 2271, 2289  
HeimG § 14

### LEITSÄTZE:

1. Zur Bindungswirkung eines gemeinschaftlichen Testaments mit atypischer Jastrow'scher Klausel ohne Strafteil.
2. Entspricht die Formulierung in einem gemeinschaftlichen Testament derjenigen der Jastrow'schen Klausel, fehlen aber Anhaltspunkte für eine Ergänzung des gemeinschaftlichen Testaments um eine Pflicht-

**teilsstrafklausel im Wege der Auslegung, verbleibt es bei der bindenden Schlusserbeneinsetzung auch für den Fall der Forderung des Pflichtteils. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten streiten um die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Die Beteiligten zu 1 und 2 sowie der im Jahr 2006 verstorbene Dr. J(...) T(...) sind/waren die Kinder des im Jahr 1977 verstorbenen Ehemannes der Erblasserin aus dessen erster Ehe. Die Beteiligten zu 3 und 7 sind die Kinder von Dr. J(...) T(...), der Beteiligte zu 8 ist der durch Testament der Erblasserin vom 08.02.2007 eingesetzte Testamentsvollstrecker.

2 Mit gemeinschaftlichem notariellen Testament vom 18.08.1970 setzten sich die Erblasserin und ihr Ehemann gegenseitig zu Alleinerben und die Kinder des Ehemannes zu gleichen Teilen zu Erben des Längstlebenden ein. Weiter enthält das Testament in § 2 folgende Bestimmung:

„Für den Fall, dass ich, der Erschienene zu 1 [Ehemann] vor meiner Ehefrau versterbe und meine oben angegebenen Kinder von ihr den Pflichtteil fordern sollten, so soll hierfür folgendes gelten:

Die Kinder, die den Pflichtteil nicht verlangen, sollen aus dem Nachlass des Erstversterbenden ein Vermächtnis erhalten, das für jedes Kind so groß sein soll, wie dessen Erbanteil bei gesetzlicher Erbfolge und Übernahme der Pflichtteilslast auf die Kinder sein würde. Die Vermächtnisse sollen zwar sofort beim Tode des Erstversterbenden anfallen, aber erst beim Tode des Letztlebenden ausgezahlt werden.“

3 Nach dem Tod des Ehemannes der Erblasserin machten alle drei Kinder des Ehemannes Pflichtteilsansprüche gegen die Erblasserin geltend.

4 Durch notarielles Testament vom 08.02.2007, ergänzt durch notarielles Testament vom 15.07.2008, setzte die Erblasserin die Beteiligten zu 1, 4, 5, 6 und 8 mit unterschiedlichen Quoten als Miterben ein und bestimmte den Beteiligten zu 8 zugleich zu ihrem Testamentsvollstrecker.

5 Am 01.07.2019 verstarb die Erblasserin. Der Beteiligte zu 8 beantragte am 20.09.2019 die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses.

6 Die Beteiligten zu 1, 2 und 7 erhoben hiergegen Einwendungen. Sie machten geltend, dass die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments vom 18.08.1970 der Anordnung der Testamentsvollstreckung entgegenstehe. Das Testament enthalte keine Pflichtteilsstrafklausel, so dass die Schlusserbschaften nicht entfallen seien.

7 Mit Beschluss vom 06.03.2020 hat das Nachlassgericht die zur Begründung des Antrages auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. Zur Begründung hat es darauf hingewiesen, dass es sich bei der Klausel in § 2 des gemeinschaftlichen Testaments um eine typische Form der sog. Jastrow'schen Klausel – einer erweiterten Pflichtteilsstraf-

klausel – handele, wobei lediglich die Regelung für den zweiten Erbfall fehle. Dies sei jedoch deswegen nachvollziehbar, weil dieser Fall wegen der fehlenden Pflichtteilsberechtigung der (Stief-)Kinder der Erblasserin nicht regelungsbedürftig gewesen sei. Aus einem früheren gemeinschaftlichen Testament des Ehemannes und seiner ersten Frau aus dem Jahr 1954, das eine normale Pflichtteilsstrafklausel enthalte, werde zudem deutlich, dass es dem Ehemann nicht darum gegangen sei, sein Vermögen unter allen Umständen in der Familie zu halten. Die Jastrow'sche Klausel sei in der notariellen Praxis gebräuchlich gewesen und vor allem in Fällen empfohlen worden, in denen der voraussichtlich zunächst verstorbene Ehegatte den überwiegenden Teil des Vermögens erwirtschaftet habe. Eine solche Konstellation habe hier vorgelegen. Durch die Pflichtteilsforderung der Kinder sei infolgedessen ihre Schlusserbschaft und damit die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments weggefallen.

**8** Gegen diesen Beschluss, der den Beteiligten zu 1 und 2 am 11.03.2020 zugestellt wurde, wenden sich diese mit ihrer am 02.04.2020 eingegangenen und begründeten Beschwerde.

**9** Die Beschwerdeführerinnen tragen vor, dass das Nachlassgericht zu Unrecht eine Pflichtteilsstrafklausel in das gemeinschaftliche Testament „hineininterpretiert“ habe. Gerade bei einem notariellen Testament – wie hier – komme das nicht in Betracht. Dem Ehemann der Erblasserin sei es wichtig gewesen, das von ihm erwirtschaftete Vermögen in der Familie zu halten, dies auch im Fall einer Pflichtteilsforderung der Kinder. Auch die Erblasserin selbst sei – wie sich aus Briefen ergebe – noch zur Zeit der Pflichtteilsforderungen der Kinder davon ausgegangen, dass sie an das gemeinschaftliche Testament gebunden sei.

**10** Die von der Erblasserin später vorgenommene Erbeinsetzung des Beteiligten zu 8 verstoße im Übrigen gegen § 14 HeimG in Verbindung mit HmbWBG, da er in leitender Funktion im A tätig gewesen sei, in dem die Erblasserin zur Zeit der Testamentserrichtung gewohnt habe. Von der Erbeinsetzung habe er offensichtlich schon zur Zeit der Testamentserrichtung Kenntnis gehabt. Zudem sei er als katholischer Geistlicher ohne eine – nicht ersichtliche – Genehmigung des Bischofs nicht zur Übernahme einer Testamentsvollstreckung befugt.

**11** Der Beteiligte zu 8 verteidigt die Entscheidung des Nachlassgerichts. Er weist darauf hin, dass es erkennbarer Sinn der Klausel in § 2 des gemeinschaftlichen Testaments gewesen sei, die Schlusserben von einer Pflichtteilsforderung nach dem ersten Erbfall abzuhalten. Dies gelte auch und gerade für eine aus Sicht der überlebenden Ehefrau besonders problematische gemeinsame Pflichtteilsforderung aller Schlusserben. Gegen ein solches gemeinsames Vorgehen der Schlusserben biete die Klausel bei wörtlicher Auslegung keinen Schutz.

**12 II.** Die Beschwerden der Beteiligten zu 1 und 2 sind zulässig, insbesondere form- und fristgerecht erhoben worden. Sie haben auch in der Sache Erfolg. Das beantragte Testamentsvollstreckerzeugnis ist nicht zu erteilen, da es

sich bei der Anordnung der Testamentsvollstreckung durch das Testament vom 08.02.2007 um eine Beschwerung der Schlusserben des gemeinschaftlichen Testaments vom 18.08.1970 handelt, die gegen die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments (§§ 2271, 2289 BGB) verstößt. Die Einsetzung der Kinder ihres Ehemannes durch die Erblasserin war wechselbezüglich zu der Einsetzung der Erblasserin als Erbin seitens des Ehemannes, da davon auszugehen ist, dass die eine Verfügung nicht ohne die andere vorgenommen worden sein würde. Die Wechselbezüglichkeit ergibt sich auch aus der Zweifelsregelung in § 2270 Abs. 2 BGB.

**13** Die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments ist durch die Pflichtteilsforderung aller drei Kinder nach dem ersten Erbfall nicht entfallen, da das gemeinschaftliche Testament keine Pflichtteilsstrafklausel, d. h. eine Regelung über den Wegfall der Schlusserbschaft bei Pflichtteilsforderung nach dem 1. Erbfall enthält. Das Testament sieht lediglich eine Begünstigung der den Pflichtteil nicht fordernden Schlusserben vor. Entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts war eine solche Regelung auch nicht wegen des fehlenden Pflichtteilsrechts der Kinder im Verhältnis zu ihrer Stiefmutter, der Erblasserin, entbehrlich. Denn das insoweit fehlende Pflichtteilsrecht der Kinder änderte nichts an ihrer testamentarischen Einsetzung als Schlusserben. Um dieses Erbrecht zu beseitigen, hätte es einer Strafklauseel bedurft.

**14** Die Auslegung eines Testaments darf zwar nicht beim Wortlaut stehen bleiben, sondern muss den wahren Willen der Erblasser erforschen. Dennoch ist – gerade bei einem notariellen Testament wie hier – der Wortlaut ein gewichtiges Indiz. Für eine vom Wortlaut abweichende Auslegung bedarf es klarer Anhaltspunkte, aus denen sich ein gegenteiliger Wille der Erblasser ableiten lässt. Solche Anhaltspunkte sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich:

**15** Zwar kommt die streitgegenständliche Testamentsklausel in ihrer Formulierung derjenigen der Jastrow'schen Klausel sehr nahe, jedoch ohne den entscheidenden Strafteil der Klausel. Die getroffene Regelung ist ohne Hinzufügung eines Strafteils auch nicht sinnlos. Vielmehr motiviert sie die Schlusserben dazu, von einer Pflichtteilsforderung nach dem ersten Erbeil abzusehen, indem sie für diesen Fall mit einem Vermächtnis in erheblicher Größe bedacht werden. Durch die aufgeschobene Fälligkeit des Vermächtnisses wird zugleich eine Belastung der überlebenden Ehefrau zu ihren Lebzeiten vermieden.

**16** Richtig ist allerdings, dass die vorstehend beschriebenen Wirkungen der Klausel wegfallen, wenn sämtliche Schlusserben den Pflichtteil fordern, da die Vermächtnisse dann entfallen und die Schlusserben im Ergebnis wiederum gleiche Anteile des Vermögens erhalten sowie – in Höhe der Pflichtteile – einen Teil des Vermögens bereits nach dem ersten Erbfall. Dies allein genügt jedoch nicht, um in die Klausel eine darin nicht enthaltene Strafrege lung hineinzuinterpretieren. Denn es ist gleichwohl möglich, dass die Erblasser es bei einer Begünstigung der sich wohlverhaltenden Schlusserben durch Vermächtnisse bewenden lassen wollten und sich eine gemeinschaftliche Pflichtteils-



forderung durch alle Schlusserben entweder nicht vorgestellt oder aber die in diesem Fall eintretenden Folgen bewusst hingenommen haben. Die entgegengesetzte These, den Erblassern sei es wichtig gewesen, die Schlusserben durch eine effektive, sämtliche Fallgestaltungen abdeckende Strafregelung von einer Pflichtteilsforderung abzubringen, ist lediglich eine Vermutung, die sich weder auf den Testamentswortlaut noch auf Umstände außerhalb des Testaments stützen kann. Ihr ist die – ebenfalls plausible – Vermutung entgegenzustellen, dass es dem Ehemann der Erblasserin wichtig gewesen sein dürfte, das von ihm erarbeitete Vermögen letztlich seinen Kindern zukommen zu lassen. Zu diesem Zweck könnte er bereit gewesen sein, Abstriche hinsichtlich der Effektivität der testamentarischen Regelung bzgl. des Schutzes seiner Ehefrau vor Pflichtteilsforderungen hinzunehmen. Auch aus dem Gesichtspunkt, dass der Ehemann der Erblasserin in dem Testament aus dem Jahr 1954 mit seiner ersten Frau eine Pflichtteilsstrafregelung vereinbart hatte, lässt sich nichts anderes ableiten. Denn zum einen liegen zwischen den beiden Testamenten 16 Jahre, in denen sich der Wille des Ehemannes der Erblasserin gewandelt haben mag. Zum anderen liegt es nicht fern, dass die Erblasser eine gegen den eigenen Elternteil gerichtete Pflichtteilsforderung als „strafwürdiger“ angesehen haben als eine gegen einen Stiefelternanteil, sodass für beide Varianten unterschiedliche Regelungen getroffen wurden.

17 Entscheidend ist darüber hinaus, dass die in § 2 des Testaments angeordnete Vermächtnisregelung ihren Sinn verlieren würde, wenn man sie um eine Strafkomponente im Sinne der Jastrow'schen Klausel erweitern würde. Sinn der Jastrow'schen Klausel ist es, den Umfang des Nachlasses nach dem zweiten Erbfall und damit die Höhe der Pflichtteilsansprüche für den zweiten Erbfall zu reduzieren, indem bereits für den ersten Erbfall Vermächtnisse ausgebracht werden, die aber erst im zweiten Erbfall auszuzahlen sind und deshalb die Liquidität des überlebenden Ehepartners nicht beeinträchtigen. Dieser Sinn entfällt, wenn es sich bei den Schlusserben – wie im vorliegenden Fall – um Stiefkinder handelt, die im zweiten Erbfall ohnehin kein Pflichtteilsrecht haben. Geht man von einer Klausel mit Strafregelung aus, wären die Vermächtnisse bedeutungslos, während sie bei wörtlichem Verständnis der Klausel (außer in dem hier eingetretenen Fall der gemeinsamen Pflichtteilsforderung) als Begünstigung derjenigen Kinder sinnvoll sind, die auf eine Pflichtteilsforderung verzichten. Es kann aber nicht angenommen werden, dass die Eheleute bewusst eine wirkungslose Vermächtnisregelung treffen wollten. Dies stellt ein starkes Argument zugunsten einer am Wortlaut der Klausel orientierten Interpretation dar.

18 Insgesamt fehlen daher zureichende Anhaltspunkte für eine Ergänzung des gemeinschaftlichen Testaments um eine Pflichtteilsstrafklausel im Wege der Auslegung. Damit verbleibt es bei der bindenden Schlusserbeneinsetzung der Kinder, zu der die spätere Einsetzung eines Testamentsvollstreckers durch die Erblasserin in Widerspruch steht.

19 Die Nebenentscheidungen beruhen auf § 81 FamFG, §§ 61, 65 GNotKG; dabei wurde für den Nachlasswert die Angabe aus dem Antrag vom 20.09.2019 zugrunde gelegt.

## 10. Keine Bindungswirkung bei Vorversterben der eingesetzten Schlusserbin bei fehlender Ersatzerbeneinsetzung

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.05.2020, I-3 Wx 135/19, mitgeteilt von **Peter von Wnuck-Lipinski**, Richter am OLG a. D.

BGB §§ 2069, 2270 Abs. 2, § 2289 Abs. 1 Satz 2

### LEITSÄTZE:

1. Ein notarieller Erbvertrag (1997), in dem die Erblasserin und ihr vorverstorbenen Ehemann sich gegenseitig – unter ausdrücklich vereinbarter Bindungswirkung – als alleinige und unbeschränkte Erben und zu Erben des Letztversterbenden „mit Beteiligung zu je ein Halb“ den gemeinsamen Sohn und die „ersteheliche“ Tochter der Erblasserin eingesetzt haben, steht der Wirksamkeit eines von der Erblasserin nach dem Tode des Ehemannes errichteten privatschriftlichen Testament (2017), mit dem sie den gemeinsamen Sohn zu ihrem unbeschränkten und alleinigen Erben einsetzt, nicht entgegen, wenn – wie hier – die ursprüngliche Verfügung im Erbvertrag zugunsten der „erstehelichen“ Tochter der Erblasserin als Schlusserbin zu ½ durch deren Vorversterben hinfällig geworden ist.
2. Für ein Erbrecht der Enkelin (Kind der „erstehelichen“ Tochter) nach der Erblasserin ist entscheidend, ob sie für die vorverstorbenen Tochter der Erblasserin – wie hier vom Senat verneint – als Ersatzerbin eingesetzt und die Erblasserin nach dem Tode ihres Ehemannes an eine solche Ersatzerbeneinsetzung gebunden war.

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte zu 1 ist der Sohn der Erblasserin und ihres vorverstorbenen Ehemannes. Er hat am 07.02.2019 einen Erbschein als Alleinerbe der Erblasserin beantragt.

2 Die Eltern des Beteiligten zu 1 hatten am 12.08.1997 einen notariellen Erbvertrag geschlossen und sich darin gegenseitig als alleinige und unbeschränkte Erben eingesetzt (Ziffer 2). Zu Erben des Letztversterbenden haben sie den Beteiligten zu 1 und die „ersteheliche“ Tochter der Erblasserin „mit Beteiligung zu je ein Halb“ eingesetzt (Ziffer 3). Im Anschluss an diese Verfügungen haben sie bestimmt, dass die Bestimmungen des Erbvertrages für sie bindend sein sollten und dass keiner von ihnen sich das Recht zum Rücktritt vorbehalten wolle. Über die durch den Erbvertrag eintretende Bindung seien sie belehrt (Ziffer 4).

3 Mit notarieller Urkunde vom gleichen Tage verzichtete der Beteiligte zu 1 auf sein Pflichtteilsrecht am Nachlass des

Erstversterbenden seiner Eltern, die Tochter der Erblasserin auf ihr Pflichtteilsrecht an deren Nachlass.

**4** Mit notarieller Urkunde vom 22.03.2007 vereinbarte die Erblasserin mit ihren beiden Kindern einen Verzicht auf die Pflichtteilsrechte an ihrem Nachlass und errichtete ein weiteres notarielles Testament. Dieses änderte und ergänzte sie mit notarieller Urkunde vom 16.04.2012.

**5** Schließlich errichtete die Erblasserin ein privatschriftliches Testament vom 06.02.2017, in dem sie den Beteiligten zu 1 zu ihrem unbeschränkten und alleinigen Erben einsetzte.

**6** Die „ersteheliche“ Tochter der Erblasserin starb am 04.11.2018. Gesetzliche Erbin ist ihre Tochter, die Beteiligte zu 2, Enkelin der Erblasserin.

**7** Der Beteiligte zu 1 hat gemeint, das Testament vom 06.02.2017 sei wirksam, eine Bindung des Erbvertrages liege nicht vor. Da die Mutter der Beteiligten zu 2 ein Kind nur der Erblasserin gewesen sei, habe der Erbvertrag nur sicherstellen sollen, dass bei Vorversterben der Erblasserin eine Bindungswirkung hinsichtlich der Schlusserbeneinsetzung für den überlebenden Ehegatten (den vorverstorbenen Ehemann) eintrete. Umgekehrt sei dies nicht gewünscht gewesen, weil von einer Bindung nur ausgegangen werden könne, wenn es sich um gemeinschaftliche Abkömmlinge der Ehegatten handele. Daher sei nur die gegenseitige Erbinsetzung wechselbezüglich.

**8** Durch den Verzicht vom 22.03.2007 hätten die Kinder der Erblasserin dokumentiert, dass sie mit den Änderungen der Erblasserin im Testament vom 22.03.2007 einverstanden gewesen seien. Daher habe die Erblasserin – selbstverständlich – auch nach 2007 noch weitere letztwillige Verfügungen verfassen können. Die Erblasserin sei berechtigt gewesen, die Erbinsetzung zugunsten ihrer Tochter zu beschweren oder zu beeinträchtigen, weil nur sie selber ein Interesse an einer wechselbezüglichen Einsetzung ihrer Tochter gehabt habe.

**9** Die Beteiligte zu 2 hat gemeint, infolge der ausdrücklich vereinbarten Bindungswirkung in Ziffer 4 des Erbvertrages seien alle späteren letztwilligen Verfügungen unwirksam. Die Eheleute hätten sich wechselseitig zu Erben, gleichzeitig aber auch die Schlusserben bestimmt. Beide Einsetzungen seien wechselbezüglich, im Übrigen auch ausdrücklich als bindend vereinbart.

**10** Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 06.05.2019 die Tatsachen, die zur Begründung des Erbscheinsantrages des Beteiligten zu 1 erforderlich sind, für nicht festgestellt erachtet. Der Erbvertrag von 1997 sei maßgebend für die Erbfolge. Die späteren letztwilligen Verfügungen seien unwirksam. Auch der vorverstorbenen Ehemann der Erblasserin habe deren Tochter nur zu seiner (Schluss-)Erbin bestimmt, weil die Erblasserin ihrerseits den Beteiligten zu 1 als Sohn des Ehemannes zum Schlusserben eingesetzt habe. Beide Ehegatten hätten gleichermaßen Interesse daran gehabt, den Sohn des Mannes und die Tochter der Frau zu Schlusserben einzusetzen. Zudem sei Bindungswirkung ausdrücklich vereinbart worden.

**11** Der Beteiligte zu 1 hat sich gegen diesen Beschluss am 05.06.2019 beschwert. Er sei nicht nur Sohn des Ehemannes, sondern gemeinsames Kind der Eheleute. Sein Vater habe kein Interesse gehabt, dass seine Stieftochter später Erbin werde. Im Übrigen sehe der Erbvertrag keine Ersatzerbfolge vor.

**12** Die Beteiligte zu 2 bittet um Zurückweisung der Beschwerde. Die Eheleute hätten ausdrücklich die Bindung des Erbvertrages vereinbart. Dem Ehemann sei es wichtig gewesen, dass die nicht von ihm stammende Tochter Schlusserbin der Erblasserin werden würde. Gerade weil das Vermögen des Ehemannes auf die Erblasserin übergegangen war, sei es besonders wichtig gewesen, auch die Tochter der Erblasserin abzusichern. Die Beteiligte zu 2 sei im Wege der gesetzlichen Erbfolge an die erbrechtliche Stelle ihrer Mutter nach dem Tode der Erblasserin getreten.

**13** Mit Beschluss vom 04.07.2019 hat das Nachlassgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt. Entscheidend sei, dass die Eheleute in Ziffer 4 des Erbvertrages vereinbart hätten, dass die Bestimmungen des Erbvertrages für sie binden sein sollten und keiner von beiden sich ein Recht zum Rücktritt vorbehalten habe. Die Beteiligte zu 2 sei gemäß § 2099 BGB Ersatzerbin ihrer Mutter geworden.

**14** Der Beteiligte zu 1 hat zu bedenken gegeben, es sei auch fraglich, ob eine etwaige Bindungswirkung auch für einen Ersatzerben gelten könne.

**15** Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

**16** II. Die gemäß §§ 58 ff., 352 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 1 ist dem Senat aufgrund der vom Nachlassgericht mit weiterem Beschluss vom 04.07.2019 ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe zur Entscheidung angefallen, § 68 Abs. 1 Satz 12. Hs. FamFG.

**17** Sie hat auch in der Sache Erfolg.

**18** Die Erbfolge nach der Erblasserin richtet sich nach deren privatschriftlichen Testament vom 06.02.2017. Die Erblasserin war nicht durch den Erbvertrag vom 12.08.1997 gehindert, dieses Testament zu errichten. § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB steht der Wirksamkeit des nach dem Erbvertrag errichteten Testaments nicht entgegen.

**19** Es kann dahinstehen, ob die Erblasserin und ihr Ehemann die Tochter der Erblasserin/die Mutter der Beteiligten zu 2 durch eine vertragsmäßige und daher bindende Verfügung als Schlusserbin des Längstlebenden zu ½ Anteil als Erbin eingesetzt haben, auch wenn dafür vieles sprechen dürfte.

**20** Allerdings sind letztwillige Verfügungen nicht schon alleine deshalb vertragsmäßig, weil sie in einem Erbvertrag stehen. Vielmehr richtet sich dies ausschließlich nach dem Willen der Vertragsschließenden. Hier haben die Eheleute in Ziffer (4) des Erbvertrages ausdrücklich vereinbart, dass die Bestimmungen des Erbvertrages – somit also auch die Einsetzung der Tochter der Erblasserin – für sie bindend

sein sollten. Bereits hieraus dürfte sich die Vertragsmäßigkeit und damit die grundsätzliche Bindungswirkung der Verfügungen ergeben, ohne dass noch auf eine Auslegung des Erbvertrages und auf die entsprechende Heranziehung der Grundsätze zu § 2270 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden müsste.

**21** Die Frage, ob die Mutter der Beteiligten zu 2 durch vertragsmäßige und daher bindende Verfügung im Erbvertrag vom 12.08.1997 als Miterbin eingesetzt worden ist, ist jedoch hier ohne Belang. Die ursprüngliche Verfügung im Erbvertrag zugunsten der Mutter der Beteiligten zu 2 als Schlusserbin zu ½ ist nämlich durch deren Vorversterben hinfällig geworden (§ 1923 Abs. 1 BGB), sodass auch die Vertragsmäßigkeit dieser Verfügung nicht mehr zum Tragen kommen kann. Was deren Einsetzung angeht, widerspricht das privatschriftliche Testament der Erblasserin dem Erbvertrag daher nicht.

**22** Entscheidend ist, ob für die vorverstorbene Tochter der Erblasserin Ersatzerben eingesetzt sind und ob die längstlebende Erblasserin an eine solche Ersatzerbeneinsetzung gebunden war (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BGH, NJW 2002, 1126).

**23** Aus dem Inhalt des Erbvertrages und auch aus den sonst hierzu vorgetragenen und bekannten Umständen ergeben sich keine tatsächlichen Anhaltspunkte für einen (auch nur hypothetischen) Willen der Eheleute zur Einsetzung eines Ersatzerben für die im Erbvertrag bestimmten Schlusserben. Wenn und soweit die vorrangige individuelle Auslegung ohne Ergebnis bleibt, gilt die gesetzliche Auslegungsregel des § 2069 BGB, die auch auf Erbverträge anzuwenden ist (BeckOGK-BGB/*Gomille*, § 2069 Rdnr. 5 m. N.). Danach sind hier Ersatzerben die im Zeitpunkt des Schlusserbfall es zur gesetzlichen Erbfolge nach der weggefallenen Tochter der Erblasserin berufenen Abkömmlinge. Das ist hier die Beteiligte zu 2 als Tochter der ursprünglich berufenen Schlusserbin.

**24** Für eine Vertragsmäßigkeit dieser sich aus § 2069 BGB ergebenden Ersatzerbfolge der Beteiligten zu 2 lassen sich allerdings weder im Erbvertrag noch sonst Anhaltspunkte finden. Damit wären auch hier die Grundsätze des § 2270 Abs. 2 BGB entsprechend heranzuziehen. Da sich aber die Ersatzerbfolge aus § 2069 BGB ergibt, ist die Anwendung des § 2270 Abs. 2 BGB nicht möglich, wie der BGH (NJW 2002, 1126, 1127) im Anschluss an das BayObLG (FGPrax 2001, 248) dargelegt hat. Danach knüpft § 2270 Abs. 2 BGB die Annahme einer Wechselbezüglichkeit an die Einsetzung bestimmter Personen als Erben im gemeinschaftlichen Testament. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass zwischen der Einsetzung des überlebenden Ehegatten als Alleinerben unter Ausschluss der nächsten Verwandten oder sonst nahe stehender Personen und der Einsetzung gerade dieser Verwandten oder nahe stehenden Personen zu Schlusserben nach dem längstlebenden Ehegatten typischerweise ein Gegenseitigkeitsverhältnis derart besteht, dass die eine Verfügung nicht ohne die andere getroffen worden wäre, sie also miteinander stehen oder fallen sollen. Eine solche Interessenlage der Testierenden lässt sich indessen mangels konkreter Anhaltspunkte nur unterstellen,

wenn sich ein Wille der Testierenden, bestimmte Verwandte oder nahe stehende Personen oder auch die nach der gesetzlichen Erbfolge berufenen Abkömmlinge als Schlusserben einzusetzen, zumindest im Wege ergänzender Auslegung aus dem Testament entnehmen lässt. Für die Feststellung, ob das in § 2270 Abs. 2 BGB vorausgesetzte Verwandtschafts- oder Näheverhältnis zu den testierenden Ehegatten gegeben ist, kommt es mithin auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung an. Gerade dieser Zeitpunkt ist aber für die Regelung des § 2069 BGB, die auf den Zeitpunkt des Schlusserbfalls und die dann geltende Rechtslage abhebt, nicht maßgebend (zu allem BGH, a. a. O.).

**25** Dem schließt der Senat sich an (ebenso OLG Brandenburg, BeckRS 2020, 6297; OLG Köln, BeckRS 2019, 25740; OLG Hamm, NJW-RR 2019, 718 und BeckRS 2017, 140093; OLG Schleswig, NJW-RR 2013, 1164, 1165; OLG München, NJW-RR 2012, 9, 10 und BeckRS 2010, 11135; a. A. OLG Celle, FamRZ 2013, 1164).

**26** Mithin war die Erblasserin nicht gehindert, wie im privatschriftlichen Testament vom 06.02.2017 geschehen, zu testieren und den Beteiligten zu 1 als ihren alleinigen Erben einzusetzen.

**27** Auf dessen Beschwerde war daher das Nachlassgericht anzuweisen, den beantragten Erbschein zu erteilen.

**28** Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG und entspricht so billigem Ermessen. Bei der Ausübung dieses Ermessens sind im Erbscheinsverfahren sämtliche in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalls ohne Anwendung eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses heranzuziehen (BGH, NJW-RR 2016, 200 ff.). Ein Regelbeispiel gemäß § 81 Abs. 2 Nrn. 1-5 FamFG oder ein diesen Fällen gleichstehender Sachverhalt liegt nicht vor. Dann ist es sachgerecht, dass die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens der Beteiligten zu 2 zur Last fallen, die hier erfolglos war. Der Ausschluss von Erstattungsansprüchen rechtfertigt sich einerseits daraus, dass es streitentscheidend auf eine nicht ohne Weiteres auf der Hand liegende Rechtsfrage ankam, zu der das Nachlassgericht einen abweichenden Standpunkt vertreten hatte, und die Beteiligten im Erbscheinsverfahren in einem persönlichen Näheverhältnis stehen, dass es nicht angemessen erscheinen lässt, dem rein juristischen Gesichtspunkt von Obsiegen und Unterliegen das ausschlaggebende Gewicht zuzumessen.

**29** Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG sind nicht gegeben.

**30** Die Wertfestsetzung bildet nach § 61 Abs. 1 Satz 1, § 36 Abs. 1 GNotKG das mit der Einlegung des Rechtsmittels verfolgte wirtschaftliche Interesse ab; dieses bemisst sich hier nach der Differenz zwischen einer alleinige Beteiligung des Beteiligten zu 1 am Nachlass und seiner Beteiligung zu nur ½ als Miterbin ab (ausgehend von dem vom Beteiligten zu 1 mit 300.000 € angegebenen Nachlasswert also 150.000 €).

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 11. Einschränkung der Vertretungsmacht eines Stiftungsvorstands durch Satzung

BGH, Urteil vom 15.04.2021, III ZR 139/20 (Vorinstanz: OLG München, Urteil vom 22.05.2020, 15 U 3037/19)

AO § 59

BGB § 26 Abs. 1 Satz 2 und 3, § 86 Satz 1, § 158 Abs. 1, § 177 Abs. 1, § 179

GmbHG § 11 Abs. 1

#### LEITSÄTZE:

1. Die Auslegung eines vor Abschluss des Gesellschaftsvertrags von den Gründern eingegangenen Rechtsgeschäfts kann ergeben, dass ausschließlich die erst zu gründende, noch nicht existierende GmbH berechtigt und verpflichtet werden soll. In diesem Fall ist regelmäßig davon auszugehen, dass die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts unter der aufschiebenden Bedingung der Entstehung der GmbH steht. Ein solches Rechtsgeschäft ist nach § 177 BGB genehmigungsbedürftig (Anschluss an und Fortentwicklung von BGH, Urteile vom 20.06.1983, II ZR 200/82, NJW 1983, 2822; vom 07.05.1984, II ZR 276/83, BGHZ 91, 148, 153; vom 13.01.1992, II ZR 63/91, GmbHR 1992, 164 und vom 07.02.1996, IV ZR 335/94, WM 1996, 722, 723).
2. Die Vertretungsmacht des Vorstands einer Stiftung ist gemäß § 26 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 86 Satz 1 BGB umfassend und unbeschränkt, soweit sie nicht nach § 26 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. § 86 Satz 1 BGB durch die Satzung beschränkt wird. Einer generellen Einschränkung durch den Stiftungszweck unterliegt sie nicht (Aufgabe von BGH, Urteile vom 30.03.1953, IV ZR 176/52, GRUR 1953, 446, und vom 16.01.1957, IV ZR 221/56, LM Nr. 1 zu § 85 BGB).
3. Eine die Vertretungsmacht des Stiftungsvorstands einschränkende Satzungsbestimmung wirkt gegenüber Dritten nur, wenn sie auch den Umfang der Beschränkung klar und eindeutig regelt. Einer näheren Konkretisierung des Kriteriums der steuerrechtlichen „Gemeinnützigkeit“ bedarf es dabei grundsätzlich nicht.

#### SACHVERHALT:

1 Die Klägerin nimmt die Beklagte, eine Stiftung bürgerlichen Rechts, im Wege einer Teilklage wegen der Nichterfüllung eines Verwertungs- und Vermarktungsvertrags auf Schadensersatz in Anspruch.

2 Die Beklagte wurde 1992 gegründet und entwickelt gemeinsam mit Partnern Versorgungskonzepte für das Krankheitsbild „Schlaganfall“. Ihre Satzung enthält unter anderem folgende Bestimmungen:

„(...)“

§ 2 Zweck und Aufgaben der Stiftung

1. Die Stiftung verfolgt ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne des Abschnitts ‚Steuerbegünstigte Zwecke‘ der Abgabenordnung.
  2. Zweck der Stiftung ist die Förderung des öffentlichen Gesundheitswesens, der Wissenschaft und Forschung und der Bildung auf den Gebieten der Verhütung, Früherkennung, Behandlung und Rehabilitation von Gefäßkrankungen, der Therapiemöglichkeiten im Rahmen der Behandlung von Gefäßkrankungen sowie die Verbesserung von Reintegrationsmaßnahmen und die Förderung der Aus- und Weiterbildung in diesen Bereichen. Insbesondere zielt die Arbeit der Stiftung auf die Optimierung der ganzheitlichen Versorgung der Patienten ab. Die Stiftung fördert auch mildtätige Zwecke.
  3. Dieser Zweck soll verwirklicht werden insbesondere durch:
    - a) Aufklärung der Bevölkerung über Risikofaktoren von Gefäßkrankungen, geeignete Vorbeugungsmaßnahmen und neue Behandlungsmethoden durch eine breite Öffentlichkeitsarbeit sowie die aktive Unterstützung der Bevölkerung und des Gesundheitswesens bei allen Formen der Prävention des Schlaganfalls,
    - b) Förderung der regionalen Akutversorgung, wie zum Beispiel die Einrichtung von Schlaganfall-Stationen,
    - c) Übertragung von wissenschaftlichen Erkenntnissen sowie innovativen Behandlungsmöglichkeiten in die Praxis,
    - d) Initiierung und Mitgestaltung neu zu schaffender sektorenübergreifender Versorgungsstrukturen in der Schlaganfallbehandlung unter Einbeziehung aller Behandlungsstationen,
    - e) Unterstützung der Fortbildung und des Erfahrungsaustausches von Ärzten, Therapeuten und Pflegefachkräften und weiterem medizinischem Personal,
    - f) Förderung der anwendungsnahen Forschung sowie die Vergabe eines Förderpreises für die Schlaganfallforschung und die Forschung hinsichtlich anderer Gefäßkrankungen, insbesondere der Versorgungsforschung,
    - g) Förderung geeigneter gemeinnütziger Strukturen und Initiativen zur Verbesserung der regionalen und überregionalen Versorgung, zum Beispiel durch die Unterstützung von Selbsthilfegruppen,
    - h) Förderung der Aus-, Fort- und Weiterbildung in diesem Bereich,
 u. a. durch Veranstaltung von Seminaren.
  4. Die Förderung der genannten Zwecke schließt die Evaluation und Verbreitung der Forschungs- und Projektergebnisse ein.
  5. Im Rahmen der genannten Aufgaben können Projekte auch im Ausland gefördert werden.
  6. Bei allen geförderten Projekten soll eine konzeptionelle Mitgestaltung bzw. Einflussnahme von Seiten der Stiftung gewährleistet sein.
  7. Die Stiftung wird sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben einer Hilfsperson bedienen, soweit sie die Aufgaben nicht selbst wahrnimmt.
  8. Die Stiftung kann ihre Mittel zur Erfüllung der Zwecke geeigneten Körperschaften des öffentlichen Rechts oder anderen steuerbegünstigten Körperschaften zuwenden, soweit sie diese Zwecke nicht selbst – ggf. durch eine Hilfsperson im Sinne des § 57 Abs. 1 Satz 2 der Abgabenordnung – erfüllt.
- (...)
- § 10 Grundsatz
1. Der Vorstand vertritt die Stiftung nach außen. Er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Jeweils zwei Vorstandsmitglieder gemeinschaftlich sind befugt, die Stiftung zu



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

vertreten, mit Ausnahme des Vorsitzenden des Vorstands, der zur alleinigen Vertretung gemäß § 15 berechtigt ist.

2. Der Vorstand ist in seiner Vertretungsmacht durch den Zweck der Stiftung beschränkt. Die Vertretungsmacht kann darüber hinaus im Innenverhältnis durch die Geschäftsordnung beschränkt werden.

(...)

#### § 15 Geschäftsführung

1. Der Vorsitzende des Vorstandes führt die Geschäfte der Stiftung und ist als hauptamtliches Vorstandsmitglied für die Stiftung tätig.

2. Der Vorsitzende des Vorstandes ist befugt, die Stiftung allein zu vertreten. Er ist in seiner Vertretungsmacht durch den Zweck der Stiftung beschränkt. Die Vertretungsmacht kann im Innenverhältnis durch die Geschäftsordnung beschränkt werden.

(...)

**3** Der Vorstand der Beklagten beschloss im Jahre 2011, zukünftig als „sozialer Unternehmer“ tätig zu werden und hierfür eine Managementgesellschaft – die Klägerin – zu errichten, deren Aufgabe es sein sollte, von der Beklagten entwickelte Produkte zur Schlaganfallbekämpfung und -betreuung zu vermarkten. Die Klägerin wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 19.06.2012 gegründet und am 16.07.2012 in das Handelsregister eingetragen; ihre Gründungsgesellschafter sind die damalige Geschäftsleiterin der Beklagten, P, sowie H und M, die beide auch als Berater für die Beklagte tätig waren.

**4** Noch vor der Gründung der Klägerin sollte die Übertragung von Nutzungsrechten an den Produkten der Beklagten durch einen „Verwertungs- und Vermarktungsvertrag“ geregelt werden. Dieser Vertrag, der als Vertragspartner der Beklagten die „C GmbH i. Gr.“ („Unternehmen“) nennt, wurde am 28.10.2011 von der damaligen Vorstandsvorsitzenden der Beklagten und seitens der Gründungsgesellschafter der Klägerin mit Datum vom 14.11.2011 unterzeichnet. Die Einräumung der Nutzungsrechte sollte gemäß § 2 Abs. 2 des Vertrags erst mit der Eintragung des Unternehmens in das Handelsregister wirksam werden. Ein Anhang zu diesem Vertrag sah vor, dass das Unternehmen durch P, H und M sowie den Rechtsanwalt S gegründet werden sollte; letzterer beteiligte sich dann allerdings nicht als unmittelbarer Gesellschafter, sondern als Treugeber.

**5** Nachdem Zweifel darüber aufgekommen waren, ob der Vertrag mit den steuerrechtlichen Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit (§§ 51 ff. AO) vereinbar sei, und Verhandlungen über eine andere Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses zu keinem Ergebnis geführt hatten, teilte die Beklagte der Klägerin am 05.03.2013 mit, die Zusammenarbeit zu beenden. Mit Anwaltsschreiben vom 15.03.2013 erklärte sie die Anfechtung des Vertrags und sprach hilfsweise dessen Kündigung aus wichtigem Grund aus. Mit Schreiben vom 21.03.2013 erklärte die Klägerin ihrerseits die fristlose Kündigung des Vertrags.

**6** Die Klägerin hat zuletzt die Zahlung von 25 Millionen € (nebst Zinsen) verlangt. Von dieser Summe entfallen 12.000 € auf Finanzvermittlungskosten, 14.488.000 € auf entgangenen Gewinn, 5 Millionen € auf einen Teilbetrag an ausgebliebenen Investorenmitteln und weitere 5,5 Millionen € auf einen Teilbetrag an der Minderung ihres Unternehmenswerts. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin klaggestellt, dass ihr Schadensersatzanspruch vorrangig auf die Nichterfüllung des Verwertungs- und Vermarktungsvertrags, hilfsweise für den Fall, dass der Vertrag nicht wirksam zustande gekommen sein sollte, auf eine Verweigerung der Vertragsanpassung durch die Beklagte gestützt werde.

**7** Die Beklagte hat eingewandt, der Vertrag sei nicht wirksam zustande gekommen. Da die Klägerin erst am 19.06.2012 gegründet worden sei, sei sie nicht Vertragspartei. Es fehle auch am (rechtzeitigen) Zugang der Vertragsannahme der Klägerin. Außerdem

habe die Vorstandsvorsitzende der Beklagten ihre Vertretungsmacht überschritten, da der Vertrag mit der Gemeinnützigkeit der Stiftung nicht zu vereinbaren sei. Des Weiteren hat sich die Beklagte auf die Anfechtung des Vertrags und den von ihr erklärten Rücktritt berufen.

**8** Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das OLG das Ersturteil aufgehoben und die Klage durch Zwischenurteil dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**9** Die Revision der Beklagten ist zulässig. Der BGH ist gemäß § 8 Abs. 2 EGGVG zur Verhandlung und Entscheidung über die Revision des Klägers zuständig, weil ausschließlich Bundesrecht Anwendung findet. Die entgegen § 7 Abs. 1 Satz 1 EGZPO i. V. m. § 8 Abs. 1 EGGVG und Art. 11 Abs. 1 BayAGGVG unterbliebene Bestimmung des zuständigen Revisionsgerichts durch das Berufungsgericht muss nicht nachgeholt werden (vgl. Senat, Urteil vom 18.02.2021, III ZR 175/19, BeckRS 2021, 6631 Rdnr. 11 und Beschluss vom 06.06.2019, III ZB 98/18, NJW 2020, 691 Rdnr. 6). Die Revision hat auch in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils und zur Wiederherstellung des Urteils der ersten Instanz.

**10** I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

**11** Der Klägerin stehe dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung aus § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB zu.

**12** Die Klägerin sei aktivlegitimiert. Allen Beteiligten sei bekannt gewesen, dass sie bei Abschluss des Vertrags noch nicht existiert habe. Die darin vorgesehene aufschiebende Bedingung sei mit Eintragung der Klägerin in das Handelsregister am 16.07.2012 eingetreten. Dass im Anhang zum Vertrag Rechtsanwalt S, der sodann nicht (unmittelbarer) Gesellschafter der Klägerin geworden sei, als weiterer Gründungsgesellschafter genannt werde, stehe dem Bedingungseintritt nicht entgegen.

**13** Der unstreitig am 28.10.2011 seitens der Beklagten und unter dem Datum des 14.11.2011 seitens der Gründungsgesellschafter der Klägerin unterzeichnete Vertrag sei nach §§ 145 ff. BGB zustande gekommen. Soweit die Beklagte den Zugang der Annahmeerklärung der Klägerin bestreite, sei dies unbeachtlich. Denn aus einer E-Mail des damaligen Geschäftsleiters der Beklagten an deren seinerzeitige Vorstandsvorsitzende vom 25.01.2013, in der jener darauf gedrängt habe, den im Original vorliegenden Vertrag zu vernichten, ergebe sich, dass der von beiden Parteien unterschriebene Vertrag bei der Beklagten vorgelegen habe und ihr mithin auch die unter dem 14.11.2011 abgegebene Annahmeerklärung zugegangen sei.

**14** Die Beklagte sei bei Abschluss des Vertrags durch ihre Vorstandsvorsitzende wirksam vertreten worden. Diese habe im Rahmen der ihr zustehenden Vertretungsmacht gehandelt. Zwar sei der Vertrag mit den gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorschriften der §§ 51 ff. AO nicht zu vereinbaren und widerspreche damit der Vorgabe in § 2 Abs. 1 der

Satzung, wonach die Beklagte ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke verfolge. Gleichwohl habe die Vorstandsvorsitzende ihre nach § 10 Abs. 2 Satz 1 und § 15 Abs. 2 Satz 2 der Satzung durch den Zweck der Stiftung beschränkte Vertretungsmacht nicht überschritten. Diese Regelungen bezögen sich nämlich allein auf den konkreten Stiftungszweck im Sinne des § 2 Abs. 2 der Satzung, nicht hingegen auch auf die in § 2 Abs. 1 geregelte Verfolgung gemeinnütziger Zwecke. Dass die Gemeinnützigkeit für die Beklagte eine so hohe Bedeutung habe, dass sie eine Dritten gegenüber wirksame Grenze für die Vertretungsmacht des Vorstands bilden solle, sei der Satzung nicht mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen. Es könne nicht angenommen werden, dass die Rechtsunsicherheit, die einträte, wenn die Vertretungsmacht des Vorstands von der im Einzelfall schwierigen Beurteilung der Gemeinnützigkeit abhänge, dem Willen der Stifterin entspreche. Eine satzungsmäßige Beschränkung der Vertretungsmacht sei im Übrigen nur dann wirksam, wenn sich der Umfang der Beschränkung klar und eindeutig aus der Satzungsbestimmung ergebe und ohne vertiefte rechtliche Prüfung feststellen lasse. Dies verlange insbesondere der Schutz des Rechtsverkehrs. Da sich der Abschluss des Vertrags mit dem konkreten Stiftungszweck im Sinne von § 2 Abs. 2 der Satzung in Einklang bringen lasse, liege keine Überschreitung der Vertretungsmacht auf Seiten der Beklagten vor.

**15** Der Vertrag sei nicht infolge der Anfechtung der Beklagten nichtig. Der Anfechtungsgrund der arglistigen Täuschung sei nicht erfüllt, weil die damalige Vorstandsvorsitzende den Vertrag unterzeichnet habe, obwohl ihr keine ausreichende Beurteilungsgrundlage zu dessen Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Gemeinnützigkeit vorgelegen habe. Allein die Vermittlung des Eindrucks, der Vertrag sei unter gemeinnützigkeitsrechtlichen Gesichtspunkten geprüft worden, vermöge eine arglistige Täuschung nicht zu begründen.

**16** Die Beklagte sei von dem Vertrag auch nicht wirksam zurückgetreten, weil sie nicht nach § 275 Abs. 4, § 326 Abs. 5 BGB zum Rücktritt berechtigt gewesen sei.

**17** Mit ihrer endgültigen und ernsthaften Erfüllungsverweigerung habe die Beklagte ihre vertraglichen Pflichten verletzt. Ein Schaden sei der Klägerin jedenfalls in Gestalt entgangenen Gewinns entstanden.

**18 II.** Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung in einem maßgeblichen Punkt nicht stand.

**19 1.** Das Berufungsgericht hat die Revision entgegen der Ansicht der Klägerin uneingeschränkt zugelassen.

**20 a)** Die Zulassung der Revision kann allerdings auf einen selbstständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden. Die Eingrenzung der Rechtsmittelzulassung kann sich bei – wie hier – uneingeschränkter Zulassung im Tenor auch aus den Gründen des Berufungsurteils ergeben (siehe zum Beispiel Senat, Urteile vom 18.10.2018, III ZR 497/16, NJW 2019, 215 Rdnr. 11; vom 27.06.2019, III ZR 93/18, NVwZ 2019, 1696 Rdnr. 7 und vom 13.08.2020, III ZR 148/19, WM 2020, 1862 Rdnr. 13, jew. m. w. N.). Dies kann der Fall sein, wenn die Zulassung nur wegen einer bestimmten

Rechtsfrage ausgesprochen wird. Bezieht sich die Rechtsfrage, zu deren Klärung das Berufungsgericht die Revision zugelassen hat, auf einen abtrennbaren Teil des Streitstoffs, ist die Entscheidung grundsätzlich so auszulegen, dass die Revision lediglich beschränkt auf diesen Teil des Streitgegenstandes zugelassen worden ist (zum Beispiel Senat, Urteile vom 18.10.2018, a. a. O.; vom 16.05.2019, III ZR 176/18, WM 2019, 1203 Rdnr. 7 und vom 13.08.2020, a. a. O., jew. m. w. N.). Demgegenüber ist eine Beschränkung der Zulassung auf einzelne Rechtsfragen oder Anspruchselemente nicht zulässig (zum Beispiel Senat, Urteile vom 18.10.2018, a. a. O.; vom 27.06.2019, a. a. O. und vom 13.08.2020, a. a. O., jew. m. w. N.).

**21 b)** Das Berufungsgericht hat die Zulassungsentscheidung mit höchstrichterlich bislang nicht geklärten Fragen zur Auslegung der Satzungsbestimmungen und zum Umfang der Beschränkung der Vertretungsmacht des Stiftungsvorstands begründet. Hieraus ergibt sich keine wirksame Beschränkung der Revisionszulassung. Bei der Vertretungsmacht der Vorsitzenden des Stiftungsvorstands handelt es sich um ein Anspruchselement, das nicht lediglich einen abtrennbaren Teil des Streitstoffs betrifft, sondern für die Entscheidung über den gesamten Streitgegenstand von Bedeutung ist.

**22 2.** Zu Recht wendet sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, zwischen den Prozessparteien sei ein wirksames Vertragsverhältnis zustande gekommen.

**23 a)** Zutreffend hat das OLG freilich angenommen, dass die Klägerin – im Falle eines wirksamen Vertragsschlusses – mit ihrer Eintragung im Handelsregister selbst Vertragspartei geworden und somit aktivlegitimiert wäre.

**24 aa)** Nach § 11 Abs. 1 GmbHG entsteht die GmbH als solche erst mit der Eintragung in das Handelsregister. Zwischen der Gründung durch Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrags und der Eintragung im Handelsregister besteht eine Vorgesellschaft, die bereits weitgehend dem GmbH-Recht untersteht und mit der Eintragung im Handelsregister ohne Weiteres mit allen Rechten und Pflichten in der dann rechtlich entstehenden GmbH aufgeht (siehe nur BGH, Urteil vom 07.05.1984, II ZR 276/83, BGHZ 91, 148, 151). Vor Abschluss des Gesellschaftsvertrags bildet die eine spätere GmbH-Tätigkeit vorbereitende Personenvereinigung hingegen eine eigenständige (Vorgründungs-)Gesellschaft, die eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder, wenn bereits ein Handelsgeschäft betrieben wird, eine offene Handelsgesellschaft ist. Diese Vorgründungsgesellschaft ist weder mit der späteren GmbH noch mit der Vor-GmbH identisch. Dementsprechend werden im Allgemeinen weder die künftige GmbH noch die Vor-GmbH Vertragspartnerin, wenn die Gründer vor Abschluss des Gesellschaftsvertrags für eine „GmbH“ oder „GmbH in Gründung/i. Gr.“ handeln; vielmehr wird hierdurch nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts die Vorgründungsgesellschaft als wahrer Rechtsträger berechtigt und verpflichtet (siehe zum Beispiel BGH, Urteile vom 07.05.1984, a. a. O. S. 151 f.; vom 13.01.1992, II ZR 63/91, GmbHR 1992, 164 und vom 09.03.1998, II ZR 366/96, NJW

1998, 1645). Rechte und Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft gehen nicht automatisch mit der Gründung der GmbH auf die Vorgesellschaft oder mit der Handelsregistereintragung auf die GmbH über, sondern müssen, wenn sie in die GmbH eingebracht werden sollen, durch besonderes Rechtsgeschäft übertragen werden (BGH, Urteile vom 26.10.1981, II ZR 31/81, NJW 1982, 932, 933; vom 07.05.1984, a. a. O. S. 151 m. w. N.; vom 09.03.1998, a. a. O. und vom 25.10., VIII ZR 306/99, NJW-RR 2001, 1042, 1043). Jedoch kann die Auslegung eines vor Abschluss des Gesellschaftsvertrags von den Gründern eingegangenen Rechtsgeschäfts ergeben, dass ausschließlich die erst zu gründende, noch nicht existierende GmbH berechtigt und verpflichtet werden soll (vgl. BGH, Urteile vom 20.06.1983, II ZR 200/82, NJW 1983, 2822; vom 07.05.1984, a. a. O. S. 153; vom 13.01.1992, a. a. O. und vom 07.02.1996, IV ZR 335/94, WM 1996, 722, 723). In diesem Fall ist regelmäßig davon auszugehen, dass die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts unter der aufschiebenden Bedingung der Entstehung der GmbH steht (vgl. OLG Zweibrücken, DNotZ 2012, 449, 451; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 22. Aufl., § 11 Rdnr. 37; MünchKomm-GmbHG/Merkt, 3. Aufl., § 11 Rdnr. 106; Schmidt, GmbHR 1998, 613, 615; vgl. ferner OLG Köln, Urteil vom 28.10.2016, 17 U 87/14, juris Rdnr. 45). Ein solches Rechtsgeschäft ist, da die GmbH und auch die Vor-GmbH noch nicht entstanden sind und deshalb auch noch kein Vertretungsorgan haben, nach § 177 BGB genehmigungsbedürftig (OLG Stuttgart, OLGR 2001, 46, 48; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 11 Rdnr. 37; MünchKomm-GmbHG/Merkt, § 11 Rdnr. 106; Schmidt, GmbHR 1998, 613, 615; vgl. ferner Staudinger/Schilken, Neub. 2019, § 177 Rdnr. 20 m. w. N.).

**25 bb)** Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass Vertragspartei des – vor der Beurkundung des GmbH-Gesellschaftsvertrags geschlossenen – Verwertungs- und Vermarktungsvertrags nicht die Vorgründungsgesellschaft sein sollte, sondern, aufschiebend bedingt durch ihre Eintragung in das Handelsregister, die (damals noch nicht existierende) Klägerin. Dies hat es geschlossen aus der Benennung der „C GmbH i. Gr.“ als Vertragspartei, der Einräumung der Nutzungsrechte unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung in das Handelsregister und dem Umstand, dass allen Beteiligten bekannt gewesen sei, dass die GmbH damals noch nicht existiert habe. Diese Auslegung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie verstößt nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze und beruht auch nicht auf einer lückenhaften Würdigung des Sachverhalts. Die aufschiebende Bedingung wäre mit der Eintragung der Klägerin in das Handelsregister eingetreten. Die gemäß § 177 Abs. 1 BGB erforderliche Genehmigung hätte die Klägerin spätestens – konkludent – durch die Erhebung der Klage erteilt.

**26 b)** Die Beklagte ist jedoch nicht Vertragspartei geworden, weil sie von der damaligen Vorsitzenden ihres Vorstands nicht wirksam vertreten worden ist. Der Vertragsschluss war mit dem gemeinnützigen Zweck der Beklagten nicht zu vereinbaren und demzufolge auch nicht von der Vertretungsmacht der Vorstandsvorsitzenden umfasst. Diese Beschränkung der Vertretungsmacht ergibt sich zwar

nicht bereits aus dem Stiftungszweck als solchem, aber aus der dahin gehenden, hinreichend klaren und eindeutigen Bestimmung in der Satzung der Beklagten.

**27 aa)** Die Vertretungsmacht des Vorstands einer Stiftung ist gemäß § 26 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 86 Satz 1 BGB umfassend und unbeschränkt, soweit sie nicht nach § 26 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. § 86 Satz 1 BGB durch die Satzung beschränkt wird. Einer generellen Einschränkung durch den Stiftungszweck unterliegt sie nicht.

**28 (1)** Allerdings hat die ältere Rechtsprechung des BGH eine solche allgemeine Beschränkung durch den Zweck sowohl für den rechtsfähigen Verein als auch für die Stiftung angenommen. Die Vertretungsmacht des Vorstands eines rechtsfähigen Vereins werde, auch wenn sie nicht gemäß § 26 Abs. 1 Satz 3 BGB (bzw. § 26 Abs. 2 Satz 2 BGB in der bis zum 29.09.2009 geltenden – inhaltlich identischen und nahezu wortgleichen – Fassung) durch die Satzung beschränkt sei, durch die Eigenart des Vereinszwecks begrenzt. Der Vorstand könne den Verein nicht verpflichten, soweit das abgeschlossene Geschäft erkennbar außerhalb des Rahmens des Vereinszwecks liege (BGH, Urteil vom 30.03.1953, IV ZR 176/52, GRUR 1953, 446). Dasselbe müsse für rechtsgeschäftliche Verpflichtungserklärungen der Verwalter einer Stiftung gelten, die die Grenzen der Stiftungssatzung überschritten (BGH, Urteil vom 16.01.1957, IV ZR 221/56, LM Nr. 1 zu § 85 BGB, insoweit in NJW 1957, 708 nicht abgedruckt). Diese Rechtsprechung knüpfte an ein Urteil des Reichsgerichts an, wonach eine juristische Person des öffentlichen Rechts durch ein Rechtsgeschäft, das außerhalb ihrer Zweckbestimmung liegt, jedenfalls dann nicht wirksam verpflichtet werden kann, wenn der Geschäftsgegner die Zweckwidrigkeit bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen musste (RGZ 145, 311, 314; vgl. auch BGH, Urteil vom 28.02.1956, I ZR 84/54, BGHZ 20, 119, 123). In einer späteren Entscheidung hat der für das Vereinsrecht zuständige II. Zivilsenat des BGH offengelassen, ob Rechtshandlungen des Vorstands, die außerhalb des Vereinszwecks liegen, unwirksam sind (BGH, Urteil vom 28.04.1980, II ZR 193/79, NJW 1980, 2799, 2800).

**29 (2)** Im Schrifttum zum Stiftungs- und Vereinsrecht wird diese Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt.

**30 (a)** Ein Teil der Literatur hält mit der älteren Rechtsprechung an einer generellen Beschränkung der Vertretungsmacht durch den Stiftungs- bzw. Vereinszweck fest (zum Stiftungsrecht: Ebersbach, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, 1972, S. 108; Luth, Die Vertretungsbefugnis des Vorstandes in rechtsfähigen Stiftungen des Privatrechts, 2005, S. 80 ff., 113; Palandt/Ellenberger, 80. Aufl., § 86 Rdnr. 1; Stengel, Stiftung und Personengesellschaft, 1993, S. 123 f.; wohl auch BeckOGK-BGB/Jakob/Picht, Stand: 01.02.2021, § 86 Rdnr. 20; zum Vereinsrecht: Heidel/Hübstege/Mansel/Noack/Heidel/Lochner, BGB, 4. Aufl., § 26 Rdnr. 4; John, Die organisierte Rechtsperson, 1977, S. 118; Schöpflin, Der nichtrechtsfähige Verein, 2003, S. 251; BeckOK-BGB/Schöpflin, § 26 Rdnr. 12). Dafür wird angeführt, dass eine vollständige Unterwerfung der Stiftungsorgane unter die Zweckbindung des Vermögens erst dann gegeben sei, wenn abweichende Handlungsweisen des

Vorstands rechtlich unmöglich seien. Andernfalls sei ein umfassender Schutz der Stiftung vor eigenmächtig handelnden Organen nicht gewährleistet (*Stengel*, a. a. O. S. 124). Darüber hinaus wird eine Parallele zur gewillkürten Stellvertretung gezogen (*Luth*, a. a. O. S. 96 ff.) und hervorgehoben, dass der Wille des Stifters am besten geschützt werde, wenn der Zweck die Vertretungsmacht des Vorstands mit Wirkung nach außen verbindlich begrenze (*Luth*, a. a. O. S. 106 a. E.). Für das Vereinsrecht wird vertreten, die Beschränkung der Vertretungsmacht durch den Zweck sei einfacher als die Anwendung der Grundsätze zum Missbrauch der Vertretungsmacht und insofern sachgerechter, als sie die besondere Bedeutung des Vereinszwecks stärker hervorhebe; dies entspreche auch dem Willen des Gesetzgebers (*Schöpflin*, *Der nichtrechtsfähige Verein*, a. a. O.). Andere Autoren meinen, aus der Eigenart des Vereinszwecks folge, dass der Vorstand den Verein nicht verpflichten könne, wenn ein Geschäft erkennbar ganz außerhalb des Vereinszwecks liege, wobei dahinstehen könne, ob es sich dogmatisch um eine Beschränkung der Vertretungsmacht handele oder um einen offensichtlichen Missbrauch derselben (*Stöber/Otto/Otto*, *Handbuch zum Vereinsrecht*, 11. Aufl., Rdnr. 448; ähnlich *Sauter/Schweyer/Waldner/Waldner/Wörle-Himmel*, *Der eingetragene Verein*, 20. Aufl., Rdnr. 233).

**31 (b)** Der wohl überwiegende Teil des Schrifttums lehnt demgegenüber eine allgemeine Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands durch den Stiftungszweck ab. Eine derartige Beschränkung gefährde die Rechtssicherheit, vernachlässige den Schutz des Rechtsverkehrs und entspreche der dem angloamerikanischen Recht entstammenden Ultra-vires-Lehre, nach der juristische Personen außerhalb ihres Zwecks nicht rechts- und handlungsfähig seien und die dem deutschen Privatrecht fremd sei (so *BeckOK-BGB/Backert*, § 86 Rdnr. 3; *Burgard*, *Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht*, 2006, S. 238; *Dylla*, *Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks*, 2015, S. 191; *Erman/Wiese*, *BGB*, 16. Aufl., § 86 Rdnr. 2; *Geibel*, *ZJS* 2009, 339, 340 f.; *Kohnke*, *Die Pflichten des Stiftungsvorstands aus Bundes- und Landesrecht*, 2009, S. 227; *MünchKommBGB/Weitemeyer*, 8. Aufl., § 86 Rdnr. 16; *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/Schwarz van Berk/Fischer*, 5. Aufl., § 99 Rdnr. 35 f.; *Schwintek*, *Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts*, 2001, S. 181 f.; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, *Neub.* 2017, § 86 Rdnr. 18; *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli/Stumpf*, *Stiftungsrecht*, 3. Aufl., § 86 BGB Rdnr. 13; *Richter/Godron*, *Stiftungsrecht*, 2019, § 6 Rdnr. 31; von *Campenhausen/Richter/Hof*, *Stiftungsrechts-Handbuch*, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 36; zum Vereinsrecht: *MünchKomm-BGB/Leuschner*, § 26 Rdnr. 25; *Soergel/Hadding*, *BGB*, § 26 Rdnr. 20; *Staudinger/Schwenicke*, § 26 Rdnr. 111 f.). Die abgelehnte Ansicht sei auch mit der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar, nach der die Vertretungsmacht des Vorstands vorbehaltlich einschränkender Bestimmungen in der Satzung unbeschränkt sei (vgl. *Kohnke*, a. a. O.).

**32 (3)** Der erkennende Senat tritt der letzterwähnten Ansicht bei. Die Auslegung von § 26 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. § 86 Satz 1 BGB ergibt, dass die Vertretungsmacht des Vorstands einer

Stiftung unbeschränkt ist, solange die Satzung nicht im Einzelfall einschränkende Regelungen enthält, und keine generelle Beschränkung durch den Stiftungszweck erfährt. Die frühere gegenteilige Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 16.01.1957, a. a. O.; ebenso zum Vereinsrecht: Urteil vom 30.03.1953, a. a. O.) gibt der nunmehr für das Stiftungsrecht allein zuständige erkennende Senat auf.

**33 (a)** Der Wortlaut des § 26 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB spricht gegen eine allgemeine Beschränkung der Vertretungsmacht durch den Zweck der Körperschaft. Nach § 26 Abs. 1 Satz 2 BGB vertritt der Vorstand den Verein gerichtlich und außergerichtlich; er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Gemäß § 26 Abs. 1 Satz 3 BGB kann der Umfang der Vertretungsmacht durch die Satzung mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden. Hieraus ergibt sich, dass die Vertretungsmacht grundsätzlich unbeschränkt und ihre Beschränkung nur eine Möglichkeit, also nicht zwingend ist. Eine generell geltende Begrenzung der Vertretungsmacht durch den Zweck hätte, wenn sie vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen wäre, im Wortlaut der Norm zum Ausdruck gebracht werden können, was jedoch nicht geschehen ist.

**34 (b)** In systematischer Hinsicht ist § 26 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB der Ausnahmecharakter der Beschränkbarkeit der Vertretungsmacht zu entnehmen, der insoweit für eine enge Auslegung spricht. Jenseits der idealen Zwecken dienenden Vereine und Stiftungen gilt die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht bei der Vertretung juristischer Personen als ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der für die Handelsgesellschaften gesetzlich geregelt ist (§ 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, § 82 Abs. 1 AktG, § 27 Abs. 2 Satz 1 GenG, ebenso § 126 Abs. 2 HGB für die Personenhandelsgesellschaften; siehe dazu auch BGH, Urteil vom 20.09.1962, II ZR 209/61, BGHZ 38, 26, 33) und nach der Rechtsprechung des BGH auch für die Vertretung kommunaler Gebietskörperschaften gilt (zum Beispiel Senat, Urteil vom 17.04.1997, III ZR 98/96, WM 1997, 2410, 2411 f.; BGH, Urteil vom 18.11.2016, V ZR 266/14, BGHZ 213, 30 Rdnr. 7, 12, jew. m. w. N.). Dem entspricht es, auch bei § 26 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB von einer grundsätzlich unbeschränkten Vertretungsmacht auszugehen, die nur im Einzelfall durch Bestimmungen in der Satzung beschränkt werden kann.

**35 (c)** Auch die Gesetzgebungsgeschichte spricht gegen eine allgemeine Einschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands auf den Vereins- oder Stiftungszweck. Eine Anregung, den Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht des Vorstands genauer zu bestimmen, fand im Gesetzgebungsverfahren keine Mehrheit (Prot. I, S. 1031 = Mugdan I, S. 612). Ein Vorschlag, die juristische Person solle (nur) durch Rechtsgeschäfte, welche der Vorstand „innerhalb seiner verfassungsmäßigen Befugnisse“ vornehme, unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden (Antrag Achilles Nr. 13, 1; siehe *Jakobs/Schubert*, *Die Beratung des BGB*, AT I, 1985, S. 224), wurde ebenfalls nicht Gesetz. Anderes ergibt sich auch nicht aus der Aussage der Motive, die Vertretungsmacht des Vorstands erstrecke sich auf alle „innerhalb des Rechtskreises der Körperschaft liegenden Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen“ (Mot. I, S. 97 = Mugdan I, S. 405). Dieser Satz ist dahin zu verstehen, dass die Vertretungs-

macht in ihrer Reichweite der Rechtsfähigkeit der Körperschaft entspreche. Der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch ging zunächst von einer auf die Vermögensfähigkeit beschränkten Rechtsfähigkeit der juristischen Person aus (§ 41 BGB-E I = Mugdan I, S. LIX; Mot. I, S. 78 = Mugdan I, S. 395). Diese Einschränkung fand keinen Eingang in den endgültigen Gesetzestext. Vielmehr sollten juristische Personen, soweit nicht natürliche Schranken entgegenstünden, dieselbe Rechtsfähigkeit haben wie natürliche Personen (Prot RJA 23 = *Jakobs/Schubert*, a. a. O. S. 237). Aus dieser Entscheidung des Gesetzgebers folgt, dass die Rechtsfähigkeit juristischer Personen des Privatrechts umfassend und, im Gegensatz zu der dem anglo-amerikanischen Rechtskreis entstammenden Ultra-vires-Lehre, insbesondere nicht durch ihren Zweck beschränkt ist (siehe dazu zum Beispiel MünchKomm-BGB/*Leuschner*, Vor § 21 Rdnr. 39 f.; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., S. 214; *ders.*, Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, 1984, S. 40 f.; BeckOGK-BGB/*Segna*, Stand: 01.04.2021, § 21 Rdnr. 26 f.; *Soergel/Hadding*, BGB, Vor § 21 Rdnr. 22 ff.; *Staudinger/Schwennicke*, Einleitung zu §§ 21 ff. Rdnr. 71 f.).

**36 (d)** Schließlich ist auch der mit der Vertretungsmacht des Vorstands verbundene Zweck mit einer generellen Einschränkung durch den Verbandszweck nicht zu vereinbaren. Die juristische Person bedarf der Vertretung, um im Rechtsverkehr handlungsfähig zu sein. Ist ihre Rechtsfähigkeit umfassend, muss damit korrespondierend auch die Vertretungsmacht ihres Vorstands im Grundsatz unbeschränkt sein. Ihr Schutz erfordert keine generelle Beschränkung der Vertretungsmacht durch den Zweck, sondern lässt sich durch klar und eindeutig gefasste Satzungsregelungen über Vertretungsbeschränkungen sowie durch das Rechtsinstitut des Missbrauchs der Vertretungsmacht (vgl. dazu zum Beispiel BGH, Urteil vom 29.10.2020, IX ZR 212/19, NZG 2021, 239 Rdnr. 9 m. w. N.) erreichen.

**37 bb)** Die Vertretungsmacht der Vorsitzenden des Vorstands der Beklagten war indes auf Grund der Bestimmungen in § 10 Abs. 2 Satz 1 und § 15 Abs. 2 Satz 2 der Satzung wirksam auf den gemeinnützigen Zweck der Stiftung beschränkt.

**38 (1)** Für eine wirksame Einschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands nach § 26 Abs. 1 Satz 3 BGB ist es erforderlich, dass die Satzungsregelung klar und eindeutig zu erkennen gibt, dass sie nicht bloß vereinsinterne Bedeutung haben, sondern (auch) die Vertretungsmacht des Vorstands nach außen beschränken soll (vgl. BGH, Urteile vom 28.04.1980, a. a. O.; vom 22.04.1996, II ZR 65/95, NJW-RR 1996, 866 und vom 29.07.2014, II ZR 243/13, BGHZ 202, 202 Rdnr. 15). Diese Anforderungen gelten auch für den Umfang der Einschränkung der Vertretungsmacht; dieser muss im Interesse der Handlungsfähigkeit des Vereins und – vor allem – des Schutzes des Rechtsverkehrs klar und eindeutig bestimmt sein (so auch BayObLG, NJW-RR 2000, 41; OLG Nürnberg, MDR 2015, 961; BAG, NZA 2007, 526, 527 Rdnr. 15; Palandt/*Ellenberger*, § 26 Rdnr. 6).

**39 (2)** Bei Anlegung dieses Maßstabs ist die Vertretungsmacht der Vorstandsvorsitzenden der Beklagten in § 10 Abs. 2 Satz 1 und § 15 Abs. 2 Satz 2 der Satzung wirksam auf

den – das Kriterium der Gemeinnützigkeit einschließenden – Zweck der Stiftung beschränkt worden.

**40 (a)** Die Satzung, die der Senat im Revisionsverfahren frei nachprüfen und auslegen kann (st. Rspr.; siehe nur Senat, Urteil vom 14.10.1993, III ZR 157/91, NJW 1994, 184, 185 m. w. N.), lässt in § 10 Abs. 2 Satz 1 und § 15 Abs. 2 Satz 2 eindeutig erkennen, dass nicht lediglich die Befugnisse im Innenverhältnis, sondern die Vertretungsmacht nach außen beschränkt werden soll. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Bestimmungen sowie – im Umkehrschluss – aus der Möglichkeit einer weitergehenden Beschränkung im Innenverhältnis nach § 10 Abs. 2 Satz 2 und § 15 Abs. 2 Satz 3 der Satzung.

**41 (b)** Die Beschränkung auf den „Zweck der Stiftung“ ist auch ihrem Inhalt und Umfang nach hinreichend klar und eindeutig. Sie umfasst die Zweckbeschreibung in § 2 Abs. 2 unter Mitberücksichtigung der Bestimmungen zur Zweckverwirklichung in § 2 Abs. 3 bis 8 und unter Einschluss der in § 2 Abs. 1 der Satzung ebenfalls als Zweck bezeichneten steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit.

**42 (aa)** Zwar beginnt § 2 Abs. 2 der Satzung mit den Worten „Zweck der Stiftung ist (...)“. Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass allein dieser Absatz maßgeblich ist. § 2 der Satzung ist im Ganzen mit den Worten „Zweck und Aufgaben der Stiftung“ überschrieben, und sämtliche darin enthaltenen Absätze befassen sich mit dem „Zweck“ (bzw.: „den Zwecken“) der beklagten Stiftung. Eine Differenzierung zwischen einem „engen“ und einem „weiten“ (das Kriterium der Gemeinnützigkeit einschließenden) Zweck, wie sie das Berufungsgericht vorgenommen hat, ist darin nicht ersichtlich. Zutreffend weist die Revision darauf hin, dass die Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands auf den „Zweck der Stiftung“ – für den Rechtsverkehr hinreichend deutlich erkennbar – insbesondere dazu dienen soll, die Stiftung vor dem Abschluss gemeinnützigkeitsschädlicher Rechtsgeschäfte und einem hiernach drohenden Verlust der Anerkennung als gemeinnützig zu bewahren. Dass der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit beim „Zweck der Stiftung“ eine besondere Bedeutung zukommt, wird nicht nur in der hervorgehobenen Erwähnung gleich zu Anfang des § 2 der Satzung deutlich, sondern auch darin, dass Aufbau und Struktur dieser Satzungsnorm erkennbar auf die Vorgaben der AO zugeschnitten sind: Nach § 59 AO setzt die Steuervergünstigung voraus, dass sich aus der Satzung ergibt, welchen Zweck die Körperschaft verfolgt, dass dieser Zweck den Anforderungen der §§ 52 bis 55 AO entspricht und dass er ausschließlich und unmittelbar verfolgt wird. Maßgebend für gemeinnützige Zwecke ist § 52 AO, der – ähnlich wie § 2 Abs. 1 und 2 der Satzung – eine allgemeine Beschreibung der Verfolgung gemeinnütziger Zwecke enthält (Abs. 1) und sodann einzelne Gebiete und Betätigungen der Verfolgung gemeinnütziger Zwecke aufführt (Abs. 2). Gemäß § 60 Abs. 1 Satz 1 AO müssen die Satzungszwecke und die Art ihrer Verwirklichung so genau bestimmt sein, dass aufgrund der Satzung geprüft werden kann, ob die satzungsmäßigen Voraussetzungen für Steuerbegünstigungen gegeben sind, was gemäß § 60a AO amtlich gesondert festzustellen ist. Diesen Anforderungen

soll § 2 Abs. 2 bis 8 der Satzung im Einzelnen Rechnung tragen (siehe dazu auch § 1 der Mustersatzung nach Anlage 1 zu § 60 AO).

**43 (bb)** Richtig ist, dass es im Einzelfall – wie auch hier – mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein kann, zu beurteilen, ob ein Vertrag mit den Erfordernissen der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit konform ist oder nicht. Eine genauere Regelung als die vorliegende ist gemeinnützigen Stiftungen aber angesichts der unübersehbaren Vielfalt denkbarer rechtsgeschäftlicher Konstellationen regelmäßig nicht möglich. Die Gemeinnützigkeitsregeln gehen von der Erfüllung bestimmter steuerlich begünstigter Zwecke aus, die inhaltlich definiert werden und nicht formal nach bestimmten Rechtsgeschäften. Derjenige, der mit einer als gemeinnützig anerkannten Stiftung einen Vertrag schließen will, muss allgemein damit rechnen, dass gemeinnützigkeitsschädliche Rechtsgeschäfte nicht von der Vertretungsmacht des Vorstands mit umfasst sind. Sein Vertrauen und der Schutz des Rechtsverkehrs rechtfertigen es daher nicht, die Wirksamkeit einer satzungsmäßigen Beschränkung der Vertretungsmacht des Stiftungsvorstands deswegen abzulehnen, weil die Beantwortung der Frage der Gemeinnützigkeitskonformität eines Vertrags im Einzelfall mit Schwierigkeiten verbunden sein kann. Die Regelungen des § 179 BGB bieten für Fälle, in denen ein Vertrag an der mangelnden Vertretungsmacht des Stiftungsvorstands scheitert, einen angemessenen Schutz.

**44 cc)** Wie beide Vordergerichte des Näheren dargelegt haben, ist der umstrittene Verwertungs- und Vermarktungsvertrag mit den gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorschriften der §§ 51 ff AO nicht zu vereinbaren. Diese Beurteilung ist rechtlich nicht zu beanstanden; hiergegen bringt auch die Revisionserwiderung nichts vor. Der Vertrag widerspricht daher der Vorgabe in § 2 Abs. 1 der Satzung und somit auch dem „Zweck der Stiftung“ im Sinne von § 10 Abs. 2 Satz 1 und § 15 Abs. 2 Satz 2 der Satzung. Dies hat zur Folge, dass die damalige Vorstandsvorsitzende der Beklagten nicht die erforderliche Vertretungsmacht für den Abschluss des Vertrags besaß und die Beklagte nicht Vertragspartei geworden ist. Wie das LG zutreffend ausgeführt hat, besteht für eine Genehmigung nach § 177 BGB kein genügender Anhalt und rechtlich auch kein Raum, weil die Erteilung einer solchen Genehmigung wiederum außerhalb der Vertretungsmacht des hierzu allein befugten Stiftungsvorstands läge.

**45 c)** Da es für das Zustandekommen eines Vertrags zwischen den Prozessparteien an der hierzu nötigen Vertretungsmacht der damaligen Vorsitzenden des Stiftungsvorstands fehlt, kommt es nicht mehr darauf an, ob die Klägerin das Vertragsangebot der Beklagten rechtzeitig im Sinne von § 147 Abs. 2 BGB angenommen hat, ob diese den Vertrag wirksam wegen arglistiger Täuschung angefochten oder wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gekündigt hat oder ob der Vertrag gemäß § 138 BGB nichtig ist.

**46 3.** Außer- oder vorvertragliche Schadensersatzansprüche der Klägerin gegen die Beklagte hat das LG zu Recht

abgelehnt. Die Klägerin hat hiergegen in der Revisionsinstanz auch keine Einwände erhoben.

## 12. Anfechtung eines Beschlusses über die Zustimmung zu einem Ausgliederungs- und Abspaltungsvertrag

BGH, Urteil vom 23.02.2021, II ZR 65/19 (Vorinstanz: OLG Düsseldorf, Urteil vom 04.04.2019, 6 U 24/18)

*AktG § 120 Abs. 2 Satz 1, § 131 Abs. 1, § 141 Abs. 1, § 179 Abs. 3, § 243*

*UmwG §§ 6, 23, 63, 65 Abs. 2, §§ 123, 125, 127 Satz 1, § 128 Satz 1*

### LEITSÄTZE:

1. **Ungeachtet der Vorschriften des UmwG kann bei Verschmelzungen und Spaltungen ein Sonderbeschluss der Vorzugsaktionäre nach § 141 Abs. 1 AktG erforderlich sein.**
2. **Ein Sonderbeschluss der Stammaktionäre nach § 65 Abs. 2 Satz 2 UmwG ist nicht erforderlich, wenn es neben den stimmberechtigten Stammaktien als weitere Aktiegattung nur stimmrechtslose Vorzugsaktien gibt.**
3. **Notariell zu beurkunden sind mit einem Spaltungsvertrag sämtliche Abreden, die nach dem Willen der Beteiligten mit diesem ein einheitliches Ganzes bilden, also mit ihm stehen und fallen sollen.**

Die Entscheidung ist abgedruckt in der DNotZ 2021, 779.

## 13. Sozialversicherungspflicht eines Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführers in einer Steuerberatungsgesellschaft

BSG, Urteil vom 07.07.2020, B 12 R 17/18 R (Vorinstanz: LSG Bayern, Urteil vom 12.07.2018, L 14 R 5104/16)

*ArbGG § 5 Abs. 1 Satz 3*

*BGB § 723*

*SGB IV § 7 Abs. 1, § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 5 Satz 1*

*StBerG § 3 Nr. 3, §§ 33, 50, 57*

### LEITSÄTZE:

1. **Fehlt dem Geschäftsführer einer Berufsausübungsgesellschaft in Form einer GmbH die gesellschaftsrechtlich eingeräumte Rechtsmacht, ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung zu verhindern, ist er abhängig beschäftigt, auch wenn er eine freiberufliche, fachlich weisungsunabhängige Tätigkeit für die GmbH ausübt.**
2. **Ein Gesellschafter-Geschäftsführer ist selbstständig tätig, wenn er über seine Gesellschafterstellung hin-**

**aus die Rechtsmacht besitzt, durch Einflussnahme auf die Gesellschafterversammlung die Geschicke der Gesellschaft bestimmen zu können. Eine solche Rechtsmacht ist bei einem Gesellschafter gegeben, wenn der Gesellschafter mehr als 50 v. H. der Anteile am Stammkapital hält. (Leitsatz der Schriftleitung)**

3. **Ein Geschäftsführer, der nicht über mehr als 50 v. H. der Kapitalbeteiligung verfügt und damit als Mehrheitsgesellschafter ausscheidet, ist dagegen grundsätzlich abhängig beschäftigt. Es liegt ausnahmsweise eine selbstständige Tätigkeit vor, wenn der Gesellschafter exakt 50 v. H. der Anteile am Stammkapital hält oder ihm eine „echte“/„qualifizierte“, die gesamte Unternehmenstätigkeit erfassende Sperrminorität eingeräumt ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**
4. **Eine schuldrechtliche Poolvereinbarung außerhalb des Gesellschaftsvertrags über die Stimmrechtsausübung ist für die sozialrechtliche Statusbeurteilung ohne Bedeutung. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger in seiner Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der zu 1 beigeladenen Steuerberatungsgesellschaft mbH (im Folgenden: Beigeladene) vom 01.09.2010 bis zu seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft am 01.05.2018 als Beschäftigter versicherungspflichtig nach dem Recht der Arbeitsförderung war.

2 Der Kläger ist Steuerberater und war einer von vier Gesellschafter-Geschäftsführern der Beigeladenen. Sie betreuten jeweils einen eigenen Mandantenstamm. Von den Geschäftsanteilen hielt der Kläger 25 v. H., sein Vater 0,954 v. H. und die beiden weiteren Gesellschafter je 37,02 v. H. Nach § 9 der Satzung in Verbindung mit dem notariellen Gesellschafterbeschluss vom 05.04.2000 wurden Gesellschafterbeschlüsse grundsätzlich mit einfacher Mehrheit gefasst; die Abstimmung in der Gesellschafterversammlung erfolgte unabhängig vom Umfang der Stammeinlage gleichberechtigt nach der Anzahl der Gesellschafter.

3 Am 10.08.2010 vereinbarten der Kläger und sein Vater in Anwesenheit der anderen Gesellschafter einen notariell beurkundeten Verfügungs- und Stimmrechtspool i. S. v. § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG als Innengesellschaft bürgerlichen Rechts ohne Gesamthandsvermögen. Nach der Poolvereinbarung (PV) waren die Mitglieder des Pools verpflichtet, das sich aus ihren GmbH-Anteilen ergebende Stimmrecht gegen nicht gebundene Gesellschafter entsprechend einem jeweils zuvor gefassten Beschluss der beiden Poolmitglieder über die Abstimmung in der Gesellschafterversammlung einheitlich durch den Kläger auszuüben (Abschn. III. Nr. 2 Buchst c) und d) PV).

4 Am 01.09.2010 schlossen der Kläger und die Beigeladene einen Geschäftsführeranstellungsvertrag (im Folgenden: GF-AV). Danach hatte der Kläger seine volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Er durfte entgeltliche Nebentätigkeiten nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung der Beige-

ladenen ausüben, und erhielt eine Festvergütung als Geschäftsführer in Höhe von 4000 € zuzüglich Tantiemen. Er hatte Anspruch auf Erholungsurlaub von 30 Arbeitstagen je Kalenderjahr sowie auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall.

5 Auf den Statusfeststellungsantrag des Klägers stellte die Beklagte fest, dass er die Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen ab dem 01.09.2010 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe und seitdem der Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliege (Bescheid vom 16.02.2012; Widerspruchsbescheid vom 03.05.2012).

6 Das SG München hat die angefochtene Verwaltungsentscheidung aufgehoben. Der Kläger habe wegen der PV ihm nicht genehme Entscheidungen der Beigeladenen verhindern können (Urteil vom 13.01.2015).

7 Das LSG hat das Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der GF-AV typische arbeitnehmerspezifische Regelungen enthalte. Die Tätigkeit des Klägers als Steuerberater sei zwar dem Bild eines freien Berufs entsprechend einzelfallbezogenen Weisungen nicht unterworfen gewesen. Allerdings sei der Kläger nicht wegen seiner Tätigkeit als Steuerberater, sondern aufgrund seiner Anstellung als Geschäftsführer mit Festgehalt als abhängig Beschäftigter anzusehen. Er habe nur über 25 v. H. des Stammkapitals und eine Stimme verfügt. Aufgrund der PV habe er zwar regelmäßig 50 v. H. der Gesellschafterstimmen in die Gesellschafterversammlung einbringen können. Die Stimmrechtsbindung beruhe aber auf einer schuldrechtlichen Verpflichtung außerhalb des Gesellschaftsvertrags. Wegen der erforderlichen internen Beschlussfassung im Rahmen des Stimmrechtspools hätte eine Uneinigkeit zu einer Stimmrückgabe geführt, so dass der Kläger ihm nicht genehme Beschlüsse der GmbH nicht habe verhindern können (Urteil vom 12.07.2018).

8 Mit ihren Revisionen rügen der Kläger sowie die Beigeladene die Verletzung des § 7 Abs. 1 SGB IV. Das LSG habe bei seiner Auslegung nicht berücksichtigt, dass der Kläger sowohl Steuerberater als auch Gesellschafter einer zugelassenen Steuerberatungsgesellschaft gewesen sei. Die Beschäftigung eines Geschäftsführers müsse davon abhängen, dass die Gesellschaft ein Weisungsrecht bezüglich der vom Geschäftsführer zu erbringenden Leistungen habe (vgl. BAG, Urteil vom 26.05.1999, 5 AZR 664/98). Bei der Steuerberatung des eigenen Mandantenstamms, die 95 v. H. der Aufgaben ausgemacht habe, handele es sich um eine freiberufliche Tätigkeit, die eigenverantwortlich und weisungsunabhängig ausgeübt werde (vgl. BSG, Urteil vom 15.12.2016, B 5 RE 7/16 R, BSGE 122, 204 = SozR 4-2600 § 6 Nr. 13). Gegenüber dem Hauptzweck der Gesellschaft, der Beratung der Mandanten, sei die Geschäftsführertätigkeit als solche von völlig untergeordneter Bedeutung gewesen. Das StBerG knüpfe die Anerkennung einer Steuerberatungsgesellschaft gerade an die Voraussetzung, dass der Geschäftsführer Steuerberater sei (§ 50 Abs. 1 StBerG). Abgesehen davon stehe die notarielle PV einer abhängigen Beschäftigung entgegen. Durch die PV habe für den Kläger die faktische Macht bestanden, nach seinem Willen abzustimmen und ihm nicht genehme Beschlüsse zu

verhindern. Im Außenverhältnis zur Steuerberatungsgesellschaft sei auch eine vereinbarungswidrig abgegebene Stimme wirksam gewesen. Die PV sei in Anwesenheit und in Kenntnis aller Gesellschafter zustande gekommen und daher als Änderung des Gesellschaftsvertrags anzusehen.

**9** Der Kläger und die Beigeladene zu 1 beantragen,

das Urteil des LSG Bayern vom 12.07.2018 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG München vom 13.01.2015 zurückzuweisen sowie festzustellen, dass der Kläger vom 01.09.2010 bis zum 01.05.2018 in seiner Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1 nach dem Recht der Arbeitsförderung nicht versicherungspflichtig war.

**10** Die Beklagte beantragt,

die Revisionen des Klägers und der Beigeladenen zu 1 zurückzuweisen.

**11** Sie hält das angegriffene Urteil des LSG für zutreffend.

**12** Die Beigeladene zu 2 hält die Revisionen ebenso für unbegründet. Sie hat keinen Antrag gestellt.

**13 II.** Die zulässigen Revisionen des Klägers und der Beigeladenen sind nicht begründet (§ 170 Abs. 1 Satz 1 SGG).

**14** Das LSG hat das Urteil des SG zu Recht aufgehoben. Der Bescheid der Beklagten vom 16.02.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 03.05.2012 (§ 95 SGG) verletzt den Kläger und die Beigeladene nicht in ihren Rechten. Die Beklagte hat zutreffend festgestellt, dass der Kläger ab 01.09.2010 in seiner Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beigeladenen wegen Beschäftigung versicherungspflichtig nach dem Recht der Arbeitsförderung war.

**15** Nach den für die Statusbeurteilung von Geschäftsführern einer GmbH geltenden Maßstäben (dazu 1.) unterlag der Kläger in der Zeit vom 01.09.2010 bis zum 01.05.2018 der Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung (dazu 2.). Dem stand die PV nicht entgegen (dazu 3.). Der Kläger kann sich ferner nicht darauf berufen, in erster Linie als Steuerberater und damit als Angehöriger eines freien Berufs tätig gewesen zu sein (dazu 4.). Zu einem anderen Ergebnis führen auch nicht seine Befreiung von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung (GRV) sowie die Rechtsprechung des BGH und BAG (dazu 5. und 6.).

**16 1.** Im streitigen Zeitraum unterlagen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt waren, der Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung (vgl. § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III i. d. F. des Job-AQTIV-Gesetzes vom 10.12.2011, BGBl. 3443 I). Beschäftigung ist gemäß § 7 Abs. 1 SGB IV die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (Satz 1). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (Satz 2). Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine abhängige Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Die hierfür vom Senat entwickelten Abgrenzungsmaßstäbe (vgl. BSG, Urteil vom 04.06.2019, B 12 R 11/18 R, BSGE 128, 191 = SozR

4-2400 § 7 Nr. 42 Rdnr. 14f [Honorararzt]) gelten grundsätzlich auch für Geschäftsführer einer GmbH. Ob ein Beschäftigungsverhältnis vorliegt, richtet sich bei dem Geschäftsführer einer GmbH aber in erster Linie danach, ob er nach der ihm zukommenden, sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsmacht ihm nicht genehme Weisungen verhindern oder Beschlüsse beeinflussen kann, die sein Anstellungsverhältnis betreffen (vgl. BSG, Urteil vom 19.09.2019, B 12 R 25/18 R, BSGE 129, 95 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 43 Rdnr. 14f m. w. N.; Urteil vom 14.03.2018, B 12 KR 13/17 R, BSGE 125, 183 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 35 Rdnr. 18).

**17** Ist ein GmbH-Geschäftsführer zugleich als Gesellschafter am Kapital der Gesellschaft beteiligt, sind der Umfang der Kapitalbeteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft ein wesentliches Merkmal bei der Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit. Ein Gesellschafter-Geschäftsführer ist nicht per se kraft seiner Kapitalbeteiligung selbstständig tätig, sondern muss, um nicht als abhängig beschäftigt angesehen zu werden, über seine Gesellschafterstellung hinaus die Rechtsmacht besitzen, durch Einflussnahme auf die Gesellschafterversammlung die Geschicke der Gesellschaft bestimmen zu können. Eine solche Rechtsmacht ist bei einem Gesellschafter gegeben, der mehr als 50 v. H. der Anteile am Stammkapital hält. Ein Geschäftsführer, der nicht über diese Kapitalbeteiligung verfügt und damit als Mehrheitsgesellschafter ausscheidet, ist dagegen grundsätzlich abhängig beschäftigt. Er ist ausnahmsweise nur dann als Selbstständiger anzusehen, wenn er exakt 50 v. H. der Anteile am Stammkapital hält oder ihm bei einer geringeren Kapitalbeteiligung nach dem Gesellschaftsvertrag eine umfassende („echte“ oder „qualifizierte“), die gesamte Unternehmenstätigkeit erfassende Sperrminorität eingeräumt ist. Denn der selbstständig tätige Gesellschafter-Geschäftsführer muss eine Einflussmöglichkeit auf den Inhalt von Gesellschafterbeschlüssen haben und zumindest ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung verhindern können. Demgegenüber ist eine „unechte“, auf bestimmte Gegenstände begrenzte Sperrminorität nicht geeignet, die erforderliche Rechtsmacht zu vermitteln (BSG, Urteil vom 19.09.2019, B 12 R 25/18 R, BSGE 129, 95 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 43 Rdnr. 15 m. w. N.; Urteil vom 14.03.2018, B 12 KR 13/17 R, BSGE 125, 183 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 35 Rdnr. 21 m. w. N.).

**18 2.** Ausgehend von diesen Maßstäben und seinen Feststellungen ist das LSG rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gekommen, dass eine abhängige Beschäftigung und damit Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung vorlag. Der Kläger hatte nicht die notwendige gesellschaftsrechtliche Rechtsmacht, um die Geschicke der GmbH maßgeblich zu gestalten oder ihm nicht genehme Weisungen zu verhindern. Er war damit in einen fremden Betrieb eingegliedert und führte kein eigenes Unternehmen.

**19** Als Geschäftsführer unterlag er nach § 6 Abs. 3 (i. d. F. des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 04.07.1980, BGBl. I,



S. 836), § 37 Abs. 1, § 38 Abs. 1, § 46 Nr. 5 und 6 GmbHG dem Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung (vgl. zum Weisungsrecht Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 37 Rdnr. 3; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbH-Gesetz, 20. Aufl. 2020, § 37 Rdnr. 1; MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves, 3. Aufl. 2019, § 37 Rdnr. 107). Er verfügte als Minderheitsgesellschafter mit einer Beteiligung von 25 v. H. und mit nur einer von vier Stimmen (vgl. § 9 Abs. 1 der Satzung in Verbindung mit dem Beschluss vom 05.04.2000, der abweichend von § 47 Abs. 2 GmbHG i. d. F. des MoMiG vom 23.10.2008 [BGBl. 2026 I] eine besondere Bestimmung i. S. v. § 45 Abs. 2 GmbHG zur Abstimmung nach der Anzahl der Gesellschafter trifft) nicht über eine Sperrminorität.

**20** Die Annahme von Beschäftigung aufgrund der Rechtsverhältnisse wird durch die Ausgestaltung des GF-AV bestätigt. Der GF-AV enthält neben der Verpflichtung des Klägers, seine Arbeitskraft gegen ein festes Gehalt zur Verfügung zu stellen, auch weitere für eine abhängige Beschäftigung typische Regelungen. Der Kläger erhielt eine Festvergütung und hatte Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen je Kalenderjahr sowie auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Der Gewährung erfolgsabhängiger Tantiemen kommt zwar als Anknüpfungspunkt für ein wirtschaftliches Eigeninteresse Bedeutung zu, dieses ist aber nicht allein entscheidend (vgl. BSG, Urteil vom 19.09.2019, B 12 R 25/18 R, BSGE 129, 95 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 43 Rdnr. 17). Auch bei Arbeitnehmern sind leistungsorientierte Vergütungsbestandteile verbreitet (vgl. BSG, Urteil vom 29.08.2012, B 12 KR 25/10 R, BSGE 111, 257 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 17 Rdnr. 28). Dem Kläger waren für die Erfüllung seiner Aufgaben erhebliche Freiheiten eingeräumt. Er war nicht an feste Arbeitszeiten gebunden (§ 4 GF-AV) und unterlag keinen fachlichen Weisungen. Fachliche Freiräume sind jedoch für viele Beschäftigte gegeben, die höhere Dienste leisten und von denen erwartet wird, dass sie ihre Aufgaben im Rahmen funktionsgerechter, dienender Teilhabe am Arbeitsprozess erfüllen (vgl. BSG, Urteil vom 04.06.2019, B 12 R 11/18 R, BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 Rdnr. 29 [Honorararzt]; siehe hierzu auch 4.).

**21** 3. Einen die abhängige Beschäftigung ausschließenden beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft vermittelt auch nicht die PV vom 10.08.2010, mit der sich der Kläger und sein Vater verpflichtet haben, das sich aus ihren beiden GmbH-Anteilen ergebende Stimmrecht gegenüber nicht gebundenen Gesellschaftern einheitlich auszuüben (Abschn. III. Nr. 2 Buchst c) Satz 1 PV). Diese zweiseitige Vereinbarung der nach ihrem Wortlaut gegründeten Innengesellschaft des bürgerlichen Rechts (Abschn. III. Nr. 2 Buchst d) Satz 1 PV) ist für die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung ohne Bedeutung.

**22** Bei dem Stimmrechtspool handelt es sich um eine schuldrechtliche Vereinbarung, die nach ihrem Abschn. III. ausdrücklich nur den Kläger und seinen Vater bindet. Abreden außerhalb des Gesellschaftsvertrags vermitteln aber – auch wenn sie tatsächlich praktiziert werden – nicht die erforderliche Rechtsmacht. Die für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit notwendige Rechtsmacht muss

vielmehr gesellschaftsrechtlich eingeräumt sein. Außerhalb des Gesellschaftsvertrags (Satzung) eingeräumte schuldrechtliche Stimmbindungsabreden oder Veto-Rechte zwischen einem Gesellschafter-Geschäftsführer sowie anderen Gesellschaftern und/oder der GmbH vermögen die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsverhältnisse nicht mit sozialversicherungsrechtlicher Wirkung zu verschieben (BSG, Urteil vom 10.12.2019, B 12 KR 9/18 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 46 Rdnr. 19 m. w. N., auch zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen).

**23** Eine (zusätzlich) im Gesellschaftsvertrag verankerte Verpflichtung/Berechtigung zur einheitlichen Stimmabgabe lag hier nicht vor. Grundsätzlich können zwar im Gesellschaftsvertrag oder der Satzung auch Mehrstimmrechte oder eine obligatorische Gruppenvertretung vorgesehen werden (vgl. dazu Wilms/Jochum/Kirnberger, ErbStG/BewG/GrEStG, Stand: 01.06.2018, § 13b ErbStG Rdnr. 48; Dutta, ZGR 2016, 581, 593). Die vorliegende PV hat das satzungsgemäß eingeräumte Stimmrecht nach Köpfen jedoch unberührt gelassen. Dies ergibt sich bereits aus Abschn. III. Nr. 2 Buchst d) Satz 5 PV, wonach sich das Stimmrecht in der Poolversammlung „nach den Stimmrechten in der Gesellschafterversammlung der GmbH“ richtet.

**24** Die PV erfüllt insbesondere auch nicht die formalen Anforderungen an eine Satzungsänderung, selbst wenn sie in Anwesenheit aller Gesellschafter und notariell beurkundet wurde (§ 15 Abs. 3 und 4 GmbHG). Ein den Gesellschaftsvertrag einer GmbH abändernder Beschluss bedarf nicht nur einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen (§ 53 Abs. 1 und 2 Satz 1 GmbHG i. d. F. des BeurkG vom 28.08.1969 [BGBl. I, S. 1513]), sondern zusätzlich der Eintragung in das Handelsregister (§ 54 GmbHG i. d. F. des EHUG vom 10.11.2006 [BGBl. I, S. 2553]). Nur dadurch wird auch dem bei der Statuszuordnung zu beachtenden Grundsatz der Klarheit und Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände Genüge getan. Denn im Interesse sowohl der Versicherten als auch der Versicherungsträger muss die Frage der (fehlenden) Versicherungspflicht wegen Selbstständigkeit oder abhängiger Beschäftigung schon zu Beginn der Tätigkeit zu klären sein, weil es darauf nicht nur für die Entrichtung der Beiträge, sondern auch für die Leistungspflichten der Sozialversicherungsträger und die Leistungsansprüche des Betroffenen ankommt (BSG, Urteil vom 10.12.2019, B 12 KR 9/18 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 46 Rdnr. 19, auch zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen).

**25** Ungeachtet der Form vermag die schuldrechtliche PV auch inhaltlich keine vorhersehbare Rechtsmacht zu begründen. Denn vor einer einheitlichen Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung musste regelmäßig ein Beschluss der Poolmitglieder hierüber gefasst werden (Abschn. III. Nr. 2 Buchst c) Satz 2 PV). Der Kläger sollte daher seinen Willen gerade nicht alleine oder gegen seinen Vater durchsetzen können (vgl. hierzu Klafke, DStR 2018, 2603, 2604, die bei Uneinigkeit der Poolmitglieder von einem Stimmrecht nur der beiden anderen Gesellschafter ausgeht). Das Vorliegen enger familiärer Bindungen rechtfertigt jedenfalls nicht die Annahme, die Betroffene

nen würden sich unter allen Umständen gleichgesinnt verhalten (vgl. bereits BSG, Urteil vom 23.06.1994, 12 RK 72/92, juris Rdnr. 18). Ein rein faktisches, nicht rechtlich gebundenes und daher jederzeit änderbares Verhalten der Beteiligten ist nicht maßgeblich. Eine „Schönwetter-Selbstständigkeit“ lediglich in harmonischen Zeiten ist mit dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände nicht zu vereinbaren (st. Rspr.; vgl. nur BSG, Urteil vom 19.09.2019, B 12 KR 25/18 R, BSGE 129, 95 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 43 Rdnr. 15 m. w. N.).

**26** Die Argumentation des Klägers, er habe selbst im internen Konfliktfall nach außen wirksam mit zwei Stimmen abstimmen können, berücksichtigt nicht, dass Stimmbindungsverträge in Form einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Innengesellschaft jederzeit (§ 723 Abs. 1 Satz 1 BGB), ansonsten jedenfalls aus wichtigem Grund kündbar sind (§ 723 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dieses Kündigungsrecht gehört zu den unentziehbaren Rechten und kann nicht abbedungen werden (§ 723 Abs. 3 BGB). Dem liegt der Rechtsgedanke zugrunde, dass ein Dauerschuldverhältnis mit sofortiger Wirkung gelöst werden kann, wenn einem der Beteiligten das Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann. Dies wäre aber der Fall, wenn der Kläger eine ihm nach dem Stimmbindungsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung – wie hier die Bindung an die Willensbildung in der Gesellschaft – regelmäßig vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt (vgl. BSG, Urteil vom 11.11.2015, B 12 KR 13/14 R, BSGE 120, 59 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 26 Rdnr. 31-32).

**27** Im Übrigen hatte auch der Stimmverzicht des Vaters nur schuldrechtliche Bedeutung. Eine isolierte Abspaltung seines Stimmrechts von der Mitgliedschaft und Übertragung auf den Kläger als Poolleiter konnte durch die Poolvereinbarung nicht bewirkt werden (vgl. zum Abspaltungsverbot BSG, Urteil vom 11.11.2015, B 12 R 2/14 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 27 Rdnr. 31 m. w. N.; BGH, Urteil vom 04.12.1967, II ZR 91/65, juris Rdnr. 17). Selbst mit einem Geschäftsanteil in Höhe von nur 0,954 v. H. stand dem Vater des Klägers nach § 9 der Satzung in Verbindung mit dem Beschluss vom 05.04.2000 weiterhin eine Stimme zu, von der er wirksam hätte Gebrauch machen können. Denn bei widersprechender Stimmabgabe von Vertreter und Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung ist die Stimme des Gesellschafters maßgebend (vgl. Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Römermann, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2017, § 47 Rdnr. 437; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 47 Rdnr. 50).

**28** Dass es faktisch an einem Widerruf der Stimmrechtsvollmacht (unter gleichzeitiger Kündigung des Poolvertrags) und einer konkurrierenden Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung in der streitigen Zeit fehlt, ist ohne Bedeutung (vgl. BSG, Urteil vom 11.11.2015, B 12 R 2/14 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 27 Rdnr. 39).

**29** 4. An der Einordnung der Geschäftsführer-Tätigkeit zum rechtlichen Typus der abhängigen Beschäftigung ändert die zugleich ausgeübte „freiberufliche“ Tätigkeit als Steuerberater nichts. Die auch vom LSG durch Würdigung der „täglichen Arbeitsverrichtung“ in seine Gesamtwertung mit-

einbezogene steuerberatende Tätigkeit des Klägers ist zwar der Statusbeurteilung zugrunde zu legen (dazu a)). Die für GmbH-Geschäftsführer geltenden Maßstäbe werden aber nicht berufsrechtlich überlagert (dazu b)).

**30** a) Dass die Statusbeurteilung die Berufsausübung als Steuerberater umfasst, ergibt sich schon daraus, dass der Kläger nach dem GF-AV der Beigeladenen seine volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen hatte. Auch erstreckt sich die Geschäftsführungsbefugnis auf den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Beigeladenen, deren Geschäftsführer grundsätzlich auch Steuerberater sein muss (§ 50 Abs. 1 Satz 1 StBerG). Ihr alleiniger Zweck ist gesetz- und satzungsmäßig auf die berufsrechtlich zulässigen Tätigkeiten in Steuersachen gerichtet (vgl. § 2 Nr. 1 der Satzung; § 3 Nr. 3, §§ 33, 49, 50 und 57 Abs. 3 StBerG) und sie selbst ist – vertreten durch ihre Geschäftsführer – Vertragspartnerin der Mandatsverhältnisse. Eine getrennte Betrachtung von Geschäftsführer- und steuerberatender Tätigkeit entspreche daher nicht dem Grundkonzept der Beigeladenen als Berufsausübungsgesellschaft.

**31** Die „freiberufliche“ Tätigkeit als Steuerberater kann deshalb von vorneherein nicht ohne den rechtlichen und organisatorischen Rahmen beurteilt werden, der sich für den Kläger aus der Stellung als GmbH-Geschäftsführer ergibt (siehe aber die Anm. von Klafke, DStR 49/2018, 2603, 2604: abhängiger Geschäftsführer und selbstständiger Steuerberater). Damit kommt es hier nicht auf die Kriterien einer sog. „einheitlichen Beschäftigung“ an (vgl. hierzu etwa BSG, Urteil vom 31.10.2012, B 12 R 1/11 R, SozR 4-2400 § 14 Nr. 16 Rdnr. 16f m. w. N.).

**32** b) Die für GmbH-Geschäftsführer geltenden Maßstäbe werden nicht berufsrechtlich überlagert. Die Abgrenzung zwischen Beschäftigung und Selbstständigkeit erfolgt nach ständiger Rechtsprechung des Senats grundsätzlich nicht abstrakt für bestimmte Berufs- und Tätigkeitsbilder. Es ist daher möglich, dass ein und derselbe Beruf – je nach konkreter Ausgestaltung der vertraglichen Grundlagen in ihrer gelebten Praxis – entweder in Form der Beschäftigung oder als selbständige Tätigkeit ausgeübt wird. Maßgebend sind stets die konkreten Umstände des individuellen Sachverhalts (zuletzt BSG, Urteil vom 04.06.2019, B 12 R 11/18 R, BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 Rdnr. 18 m. w. N. [Honorararzt]). Etwas anderes gilt nicht wegen der von den Revisionsklägern hervorgehobenen Zuordnung des Steuerberaters zu den sog. freien Berufen.

**33** Der „Freie Beruf“ ist ursprünglich kein Rechtsbegriff, sondern ein soziologischer Begriff in Abgrenzung zum Gewerbe, der auf das frühe 19. Jahrhundert zurückgeht (vgl. BVerfG, Beschluss vom 25.02.1960, 1 BvR 239/52, BVerfGE 10, 354 = juris Rdnr. 45; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 27.02.2013, 8 C 8/12, juris Rdnr. 15: „Typusbegriff“ in Abgrenzung zum Gewerberecht). Allgemein werden das persönliche Element der Berufsausübung und die große fachliche Selbstständigkeit und Unabhängigkeit als wesentliche Kennzeichen aller freien Berufe verstanden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.01.2016, 1 BvL 6/13, BVerfGE 141, 82 = juris Rdnr. 84; vgl. auch EuGH, Urteil vom 11.10.2001, C-267/99, juris Rdnr. 39 zur Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie). Eine

gesetzliche Definition im Sinne eines Typusbegriffs findet sich in § 1 Abs. 2 PartGG (i. d. F. des Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes und anderer Gesetze vom 22.07.1998 [BGBl. I, S. 1878]). Danach haben die freien Berufe im Allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt (Satz 1). Ausübung eines freien Berufs im Sinne des PartGG ist die selbstständige Berufstätigkeit u. a. der Mitglieder der Rechtsanwaltskammern, Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigte Buchrevisoren) und Steuerbevollmächtigten (vgl. den noch umfassenderen Katalog in Satz 2 sowie die Auflistung in § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG). Allein aus der Zuordnung zum „Freien Beruf“ lässt sich jedoch keine normative Wirkung in dem Sinn ableiten, dass die Angehörigen eines solchen Berufs grundsätzlich einer selbstständigen Tätigkeit nachgingen und in erhöhtem Maße vor gesetzgeberischen Eingriffen – hier durch Begründung der Versicherungspflicht – geschützt wären (vgl. BVerfG, Beschluss vom 25.02.1960, 1 BvR 239/52, BVerfGE 10, 354 = juris Rdnr. 44). Auf die Verkehrsanschauung, der der Typusbegriff letztlich entspringt, kommt es für die Abgrenzung zwischen Beschäftigung und Selbstständigkeit nicht an (vgl. zuletzt BSG, Urteil vom 04.06.2019, B 12 R 11/18 R, BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 Rdnr. 18 [Honorararzt]).

**34** Ebenso wenig gebietet es die Widerspruchsfreiheit der Gesamtrechtsordnung (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BSG, Urteil vom 11.11.2015, B 12 KR 13/14 R, BSGE 120, 59 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 26 Rdnr. 24 m. w. N.; *Bernsdorff*, Der Betrieb 2014, 1551 f.), Angehörige freier Berufe stets als selbstständig anzusehen. Das Berufsrecht der Steuerberater geht zwar grundsätzlich von einer selbstständigen Tätigkeit aus, lässt aber auch den Status als Arbeitnehmer zu. Denn mit dem Beruf des Steuerberaters ist ausdrücklich nicht nur eine freiberufliche Tätigkeit (§ 57 Abs. 3 Nr. 2 StBerG) vereinbar, sondern auch eine Tätigkeit als Angestellter (§ 58 Satz 1 StBerG i. d. F. des 7. StBÄndG vom 24.06.2000 [BGBl. I, S. 874]); insbesondere als Angestellter eines Steuerberaters (§ 3 Nr. 1 StBerG) oder einer Steuerberatungsgesellschaft (§ 3 Nr. 3 StBerG i. d. F. des 8. StBÄG vom 08.04.2008 [BGBl. I, S. 666]). Zudem hat der Gesetzgeber auf Änderungen in der Wirtschafts- und Arbeitswelt reagiert und zusätzlich die Zulassung eines Syndikus-Steuerberaters, dessen Tätigkeiten auf Hilfeleistungen in Steuersachen (vgl. § 33 StBerG) beschränkt ist, mit bestimmten Beschränkungen ermöglicht (§ 58 Satz 2 Nr. 5a StBerG i. d. F. des Gesetzes vom 08.04.2008, a. a. O.).

**35** Darüber hinaus verfolgen das Steuerberatungsgesetz und das Sozialversicherungsrecht unterschiedliche Zwecke. Die Berufspflichten und die Gewährleistung der Unabhängigkeit dienen insbesondere dem Gemeinwohl in Gestalt der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege (vgl. für den Beruf des Rechtsanwalts BVerfG, Beschluss vom 03.07.2003, 1 BvR 238/01, BVerfGE 108, 150 = juris Rdnr. 43 f.; BT-Drucks. 12/4993, S. 27). Die Sozialversiche-

rung dient hingegen der sozialen Absicherung des Einzelnen und dem Schutz der Mitglieder der Pflichtversicherungssysteme, die in einer Solidargemeinschaft zusammengeschlossen sind (vgl. BSG, Urteil vom 04.06.2019, B 12 R 11/18 R, BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 Rdnr. 19 [Honorararzt]). Dabei betrifft der in § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV geregelte Typusbegriff der Beschäftigung den Kernbereich der schutzbedürftigen Personen. Mit dieser unterschiedlichen Zielsetzung ist eine am Berufsrecht orientierte Auslegung des sozialversicherungsrechtlichen Begriffs der Beschäftigung nicht zu vereinbaren. Denn mit der Statusfeststellung werden die Berufspflichten der Steuerberater weder gesichert noch beeinträchtigt. Ob den berufsrechtlichen Anforderungen im Einzelfall Genüge getan wird, ist für die wertende Einordnung einer Tätigkeit als Beschäftigung unerheblich. Daher kommt es auch nicht darauf an, ob – wie der Kläger vorträgt – berufstypische Arbeiten zu 95 v. H. den Schwerpunkt seiner Tätigkeit ausmachen (vgl. u. a. BGH, Urteil vom 30.09.2019, AnwZ (Brfg) 63/17, juris Rdnr. 15 zur Zulassung als Syndikusrechtsanwalt: Ein Anteil von 65 v. H. anwaltlicher Tätigkeit läge am unteren Rand des für eine anwaltliche Prägung des Arbeitsverhältnisses Erforderlichen i. S. v. § 46 Abs. 3 BRAO). Eine Beschäftigung kann auch bei einem in der Kanzlei angestellten Steuerberater vorliegen, der zu 100 v. H. steuerberatende Tätigkeiten verrichtet.

**36** Die im Berufsrecht verankerte Unabhängigkeit eines Steuerberaters in fachlichen Fragen (vgl. § 32 Abs. 2, § 57 Abs. 1, § 72 StBerG) ist als solche kein Merkmal, dem ausschlaggebende Bedeutung für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung zukommt. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV bestimmt zwar, dass eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind. Daraus folgt aber nicht, dass Weisungsgebundenheit und Eingliederung in den Betrieb stets kumulativ vorliegen müssten. Die in § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV genannten Merkmale sind schon nach dem Wortlaut der Vorschrift nur „Anhaltspunkte“ für eine persönliche Abhängigkeit, also im Regelfall typische Merkmale einer Beschäftigung und keine abschließenden Bewertungskriterien (vgl. hierzu BSG, Urteil vom 04.06.2019, B 12 R 11/18 R, BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 Rdnr. 29 [Honorararzt] und BT-Drucks. 14/1855, S. 6). Ungeachtet dessen kann das Weisungsrecht insbesondere bei sog. Diensten höherer Art aufs Stärkste eingeschränkt sein und sich die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers bei von der Ordnung des Betriebs geprägten Dienstleistungen „zur funktionsgerechten, dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinern (BSG, Urteil vom 04.06.2019, a. a. O.). Insoweit hat der Senat bereits mit Urteil vom 14.05.1981 (12 RK 11/80, juris Rdnr. 42) bestätigt, dass ein zugelassener Rechtsanwalt in der Kanzlei eines anderen Rechtsanwalts sowohl als abhängig Beschäftigter wie auch als freier Mitarbeiter tätig sein kann. Er hat erkannt, dass sich das Abgrenzungsmerkmal der äußeren Weisungsgebundenheit hinsichtlich Zeit, Ort und Dauer des Arbeitseinsatzes so reduzieren kann, dass es eine sichere Unterscheidung zwischen abhängiger und selbstständiger Ausübung nicht mehr erlaubt und Rückschlüsse aus anderen Kriterien (damals: Vergütung) gezogen werden müssen.

Hier kommt es entscheidend auf die weisungsunterworfenen Eingliederung des Geschäftsführers in die vorgegebene – fremde – Ordnung der Gesellschaft an (vgl. oben zu 1. bis 3.). Wählen Berufsträger für ihre Steuerberatungsgesellschaft die Rechtsform einer ggf. mit haftungs- und steuerrechtlichen Vorteilen verbundenen GmbH, können sie sich nicht darauf berufen, die Zusammenarbeit mit den anderen Gesellschaftern habe unabhängig von der gewählten Gesellschaftsform der einer Sozietät freiberuflich selbstständiger Steuerberater entsprochen (vgl. insoweit zutreffend LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16.06.2010, L 5 KR 5179/08, juris Rdnr. 60; LSG Hamburg, Urteil vom 29.05.2013, L 1 KR 89/10, juris Rdnr. 23).

**37 5.** Aus den Regelungen zur Befreiung der Mitglieder einer berufsständischen Versorgungseinrichtung von der Versicherungspflicht in der GRV folgt nichts anderes. Vielmehr setzt § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 5 Satz 1 SGB VI grundsätzlich das Bestehen von Versicherungspflicht in der GRV voraus. Es handelt sich insoweit um ein Konzept abgestufter Schutzbedürftigkeit innerhalb der Beschäftigtenversicherung (vgl. hierzu näher BSG, Urteil vom 03.04.2014, B 5 RE 13/14 R, BSGE 115, 267 = SozR 4-2600 § 6 Nr. 12 Rdnr. 49 f.). Das vom Kläger zitierte Urteil des BSG vom 15.12.2016 (B 5 RE 7/16 R, BSGE 122, 204 = SozR 4-2600 § 6 Nr. 13) führt zu keinem anderen Ergebnis. Danach ist die (in der Zeit vom 08.07.2010 bis 19.03.2014 ausgeübte) Tätigkeit eines bei einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft angestellten Rechtsanwalts, der die Beratung und Vertretung von Rechtsuchenden nach dem Inhalt seines Arbeitsvertrags unabhängig und weisungsfrei wahrnimmt, mit dem Beruf eines Rechtsanwalts vereinbar und grundsätzlich befreiungsfähig. Unabhängig davon, ob sich diese Entscheidung auf angestellte Steuerberater übertragen lässt, stellt sie jedenfalls nicht das Bestehen von Versicherungspflicht nach § 7 SGB IV in Frage. Sie bringt vielmehr den Beschäftigtenstatus gerade mit den Vorgaben des Berufsrechts in Einklang.

**38 6.** Die Statuszuordnung wird auch nicht durch die arbeits- und zivilgerichtliche Rechtsprechung vorgeprägt. Danach kann ein GmbH-Geschäftsführer (regelmäßig) nicht Arbeitnehmer der Gesellschaft sein, dessen Organ er ist (vgl. BGH, Urteil vom 29.01.1981, II ZR 92/80, BGHZ 79, 291 = juris Rdnr. 5), und sind Ausnahmen im Rahmen einer Einzelfallabwägung nur dann anzuerkennen, wenn die Gesellschaft eine – über ihr gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht hinausgehende – Weisungsbefugnis gerade bezüglich der konkreten Modalitäten der Leistungserbringung des Geschäftsführers hat (vgl. BAG, Beschluss vom 21.01.2019, 9 AZB 23/18, BAGE 165, 61 = juris Rdnr. 24; Urteil vom 26.05.1999, 5 AZR 664/98, juris Rdnr. 20 ff). Allerdings besteht kein vollständiger Gleichklang des arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs mit dem Beschäftigtenbegriff nach § 7 SGB IV (vgl. BSG, Urteil vom 04.06.2019, B 12 R 11/18 R, BSGE 128, 191 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 42 Rdnr. 19 [Honorararzt]). Eine abhängige Beschäftigung von Geschäftsführern ist insbesondere auch nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG Personen, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung einer juristischen Person berufen sind, nicht als

Arbeitnehmer gelten. Diese Regelung beschränkt sich auf das ArbGG und hat keine Bedeutung für das Sozialversicherungsrecht. Der Zugehörigkeit zu den Beschäftigten der juristischen Person steht auch nicht entgegen, dass Geschäftsführer im Verhältnis zu sonstigen Arbeitnehmern Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen (st. Rspr.; vgl. BSG, Urteil vom 14.03.2018, B 12 KR 13/17 R, BSGE 125, 183 = SozR 4-2400 § 7 Nr. 35 Rdnr. 19).

**39 7.** Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG. Die Kostenprivilegierung des Klägers (§ 183 SGG) erstreckt sich auf die grundsätzlich nicht privilegierte Beigeladene (vgl. BSG, Beschluss vom 29.05.2006, B 2 U 391/05 B, SozR 4-1500 § 193 Nr. 3 Rdnr. 17; Urteil vom 29.11.2011, B 2 U 27/10 R, BSGE 109, 285 = SozR 4-2700 § 109 Nr. 1 Rdnr. 32).

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Daniel Widmann**, LL.M. (LUISS), Passau

### 1. Die Entscheidung

In dem vom BSG entschiedenen Fall stritten die Beteiligten über die Sozialversicherungspflicht der Tätigkeit eines GmbH-Geschäftsführers. Der Kläger, Steuerberater und Geschäftsführer einer Steuerberatungsgesellschaft in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, war zugleich auch Gesellschafter und mit einem Anteil von 25 % am Stammkapital beteiligt. Sein Vater hielt 0,954 %, zwei weitere Gesellschafter je 37,02 % der Geschäftsanteile.<sup>1</sup> Der Geschäftsführer-anstellungsvertrag sah vor, dass der Kläger seine volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen habe und entgeltliche Nebentätigkeiten der vorherigen schriftlichen Genehmigung bedürften. Die Vergütung betrug fest 4.000 € brutto zzgl. Tantiemen. Überdies standen dem Geschäftsführer Urlaub und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall zu.

Der Kläger und sein Vater schlossen zu notarieller Urkunde, an der auch die beiden weiteren Gesellschafter mitwirkten, eine Poolvereinbarung im Sinne von § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG. Nach dieser Poolvereinbarung waren die Mitglieder des Pools (d.h. Vater und Sohn) verpflichtet, das sich aus ihren GmbH-Anteilen ergebende Stimmrecht gegen nicht gebundene Gesellschafter entsprechend einem jeweils zuvor gefassten Beschluss der beiden Poolmitglieder über die Abstimmung in der Gesellschafterversammlung einheitlich durch den Kläger auszuüben.

Hinsichtlich des nachfolgend abgeschlossenen Geschäftsführer-anstellungsvertrags vertraten Kläger und Gesellschaft die Ansicht, dieser unterfiele nicht der Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitssicherung. Das BSG teilte die Auffassung der Sozialversicherungsfreiheit nicht.

### 2. Hinweise für die notarielle Praxis

Hinsichtlich der Sozialversicherungsfreiheit der Tätigkeit eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers sind der

<sup>1</sup> Die Angaben zur Beteiligung waren so im Urteil angegeben.

Umfang der Kapitalbeteiligung und das Ausmaß des sich daraus ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft wesentliche Merkmale der Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit.<sup>2</sup> Im vorliegenden Fall sah das BSG diese Voraussetzungen nicht für gegeben an. Für die notarielle Praxis halte ich folgende Erwägungen des BSG für besonders relevant:

Der Gesellschaftergeschäftsführer bedarf der gesellschaftsrechtlich eingeräumten Rechtsmacht, ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung zu verhindern und die Geschicke der Gesellschaft zu beeinflussen. Als Minderheitsgesellschaft mit einer Beteiligung von (nur) 25 % waren die eigenen Stimmen des Klägers nicht ausreichend für eine Sperrminorität, geschweige denn für eine Beschlussfassung unabhängig vom Stimmverhalten der Mitgesellschafter. Auch die getroffene Poolvereinbarung zwischen Vater und Sohn verlieh dem klagenden Sohn nicht die erforderliche Rechtsmacht. Die vom Kläger vorgetragene Ansicht, aufgrund der notariellen Beurkundung handele es sich letztlich um eine Satzungsänderung, ist ersichtlich schon deshalb falsch, weil eine Satzungsänderung der (konstitutiven) Eintragung im Handelsregister bedarf. Eine solche war weder erfolgt noch war eine Satzungsänderung überhaupt zur Eintragung angemeldet worden. Es darf weiterhin bezweifelt werden, ob im Moment der Beurkundung auch überhaupt eine solche Satzungsänderung gewollt gewesen war.<sup>3</sup> Die Poolvereinbarung stellte eine rein schuldrechtliche Abrede dar, die den Anforderungen der Sozialgerichtsbarkeit gerade nicht genügt. Überdies erforderte die Poolvereinbarung einen Beschluss der Poolmitglieder über die Stimmrechtsausübung – der Sohn konnte daher nicht unabhängig vom Willen seines Vaters handeln ohne eine Kündigung des Vaters aus wichtigem Grunde zu riskieren. Eine solche „Schönwetter-Selbstständigkeit“ aber erkennt das BSG ausdrücklich nicht an.

Die freiberufliche Tätigkeit des klagenden Steuerberaters stand der Einordnung als abhängige Beschäftigung jedenfalls nicht entgegen. Das BSG führte im Urteil aus, die freiberufliche Tätigkeit des Klägers könne nicht ohne den rechtlichen und organisatorischen Rahmen der Stellung als GmbH-Geschäftsführer mitsamt dem korrespondierenden Anstellungsvertrag beurteilt werden. Aus der Gesamtschau ergebe sich aber das Bild einer abhängigen Beschäftigung, da dem Geschäftsführer typische Arbeitnehmerrechte eingeräumt worden seien. Das BSG tritt einer Privilegierung der freien Berufe durch Überlagerung der zugrundeliegenden Anstellungsverträge folglich weiterhin entgegen.

### 3. Beratung

Im Rahmen der Beurkundung von Abreden außerhalb des Gesellschaftsvertrags wird der umsichtige Notar künftig auch etwaige Nebenzwecke erfragen müssen. Im vorlie-

genden Fall waren die Beteiligten offenbar mit einem erb-schaftsteuerlich getriebenen Beurkundungswunsch vor-stellig geworden. Der (ob des bis zum Bundesgericht ge-führten Prozesses ersichtlich) angestrebte weitere Effekt der Sozialversicherungsfreiheit der Tätigkeit des Ge-schäftsführers war hieraus nicht unmittelbar erkennbar.

## INTERNATIONALES PRIVATRECHT

### 14. Gewöhnlicher Aufenthalt nach Art. 21 EuErbVO – deutsch-chinesischer Erbfall

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.09.2020, 21 W 59/20

*EGBGB Art. 15*

*EuErbVO Art. 4, 10, 21 Abs. 2, Art. 34 Abs. 1, Art. 83 Abs. 1*

*EuGüVO Art. 69 Abs. 3*

*IPRG Art. 9*

#### LEITSÄTZE:

1. Sind langjährige berufliche und soziale Bindungen des Erblassers an seinen neuen tatsächlichen Aufenthaltsort vorhanden, muss der Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts nach Art. 21 EuErbVO am Ort des tatsächlichen Aufenthalts nicht zwingend entgegenstehen, dass von dem Erblasser eine Rückkehr in sein früheres Heimatland beabsichtigt und ins Werk gesetzt worden war.
2. Umfasst der Nachlass eines Erblassers mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in der Volksrepublik China auch inländisches Grundvermögen, ist die von dem IPR der Volksrepublik China hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens angeordnete Anwendung des Erbrechts am inländischen Belegenheitsort zugleich gemäß Art. 34 Abs. 1 EuErbVO als Nachlassspaltung beachtlich.
3. Haben die Eheleute in dem gesetzlichen Güterstand einer Errungenschaftsgemeinschaft nach dem Ehegüterrecht der Volksrepublik China gelebt, kann der überlebende Ehegatte bei Anwendung deutschen Erbstatus einen nach § 1371 Abs. 1 BGB erhöhten Erbteil weder aufgrund einer international-privatrechtlichen Substitution des ausländischen Güterstands zur inländischen Zugewinnsgemeinschaft noch aufgrund einer international-privatrechtlichen Anpassung beanspruchen, sondern bleibt grundsätzlich auf den gemäß § 1931 Abs. 1 BGB nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil beschränkt.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der am (...) 1958 geborene Erblasser ist deutscher Staatsangehöriger und am XX.XX.2017 in Stadt 1/China verstorben. Die im Jahre 1985 geborene Beteiligte zu 1 ist aus einer früheren Beziehung des Erblassers zu der Zeugin Vorname 1 A hervorgegangen und von ihm mit Jugendamtsurkunde vom 04.12.1985 (...) als Kind anerkannt worden. Die Mutter des Erblassers ist im Jahre 1990, der Vater im Jahre

<sup>2</sup> BSG, Urteil vom 07.07.2020, B 12 R 17/18 R, MittBayNot 2021, 61 (in diesem Heft) Rdnr. 17, insoweit st. Rspr.

<sup>3</sup> Hierzu schweigt das Urteil jedoch.

2005 vorverstorben. Der Erblasser hielt sich seit 2004 aus beruflicher Veranlassung den überwiegenden Teil des Jahres in China auf und kehrte von dort nur während seines Urlaubs nach Deutschland zurück. Am 19.11.2007 wurde der Erblasser als Eigentümer eines von ihm zu einem Kaufpreis von rund 175.000 € erworbenen Hausgrundstücks in Stadt 2/Deutschland eingetragen, wo er sich sodann während seiner Urlaube aufhielt. Am XX.XX.2014 schloss der Erblasser mit der Beteiligten zu 2, einer chinesischen Staatsangehörigen, die er im Verlauf seines Aufenthalts in China kennen gelernt hatte, während eines kurzen Deutschlandurlaubs die standesamtliche Ehe (...). Sodann kehrten die Eheleute nach China zurück, wo sie bis zum Ableben des Erblassers einen gemeinsamen Hausstand unterhielten.

**2** Die Beteiligte zu 1 hat mit notariellem Antrag vom 28.08.2017 (...) sowie zu Protokoll des Nachlassgerichts vom 04.09.2017 (...) mit ihrem Hauptantrag die Erteilung eines Teil-Erbscheins beantragt, wonach der Erblasser von ihr aufgrund gesetzlichen Erbrechts unter Beschränkung auf die in Deutschland befindlichen Nachlassgegenstände und in Anwendung deutschen Rechts zu  $\frac{3}{4}$  beerbt worden sei.

**3** Mit ihrem Hilfsantrag (...) hat die Beteiligte zu 1 die Erteilung eines Erbscheins beantragt, wonach sie

a) hinsichtlich des in Deutschland belegenen beweglichen Nachlasses unter Beschränkung auf die in Deutschland befindlichen Nachlassgegenstände von der Beteiligten zu 1 in Anwendung chinesischen Rechts zu  $\frac{1}{2}$  Erbin des Erblassers geworden sei und

b) hinsichtlich des in Deutschland belegenen unbeweglichen Nachlasses des Erblassers kraft Rückverweisung aus dem chinesischen Recht in Anwendung deutschen Rechts zu  $\frac{3}{4}$  Erbin des Erblassers geworden sei.

**4** Der Erblasser habe seit dem Jahre 2007 den festen Plan verfolgt, spätestens ab der für 2018 bevorstehenden Erfüllung der Voraussetzungen für die Inanspruchnahme einer vorgezogenen Altersrente seine berufliche Tätigkeit in China aufzugeben und unter Zurücklassung der Beteiligten zu 2 in ihrem chinesischen Heimatland in Deutschland einen gemeinsamen Hausstand mit der Familie der Beteiligten zu 1 in der von ihm in Stadt 2 erworbenen Immobilie zu begründen, in der er sich bereits vor seinem Ableben jährlich zwei bis drei Male für jeweils zehn Tage aufgehalten habe. Schon in der Vergangenheit hätten während dieser Aufenthalte regelmäßige Treffen mit der Beteiligten zu 1, deren Mutter und dem Zeugen A, einem Halbbruder der Beteiligten zu 1 stattgefunden, bei denen der Erblasser stets zum Ausdruck gebracht habe, dass er zu keinem Zeitpunkt die Absicht verfolgt habe, dauerhaft in China zu verbleiben. Ferner habe der Erblasser bei seinem letzten Aufenthalt in Deutschland der Beteiligten zu 1 in Aussicht gestellt, dass er ihr die Immobilie in Stadt 2 überschreiben werde. Da sich der gewöhnliche Aufenthaltsort des Erblassers im Sinne des Art. 21 EuErbVO somit in Deutschland befunden habe, finde auf den Erbfall deutsches Erbrecht mit der Folge Anwendung, dass der Beteiligten zu 1 eine Erbquote von  $\frac{3}{4}$  zustehe.

**5** Die Beteiligte zu 2 hat dem Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 widersprochen. Der Erblasser habe seit 2014 mit der Beteiligten zu 2 als seiner Ehefrau in Stadt 1/China zusammengelebt und dort einen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des Art. 21 EuErbVO unterhalten. Demzufolge sei der Erblasser hinsichtlich seines in Deutschland belegenen beweglichen Vermögens von der Beteiligten zu 1 in Anwendung chinesischen Erbrechts nur mit einer Quote von  $\frac{1}{2}$  beerbt worden. Gleiches gelte im Ergebnis auch für den infolge Rückverweisung des chinesischen Kollisionsrechts auf deutsches Erbstatut nach deutschem Erbrecht vererbten unbeweglichen Nachlass, denn insoweit müsse die Beteiligte zu 2 im Wege einer internationalprivatrechtlichen Substitution oder Normanpassung ebenso gestellt werden, wie sie stehen würde, wenn der Erbfall einheitlich nach deutschem Erb- und Ehegüterrecht zu beurteilen sei.

**6** Das Nachlassgericht hat Beweis über den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers erhoben durch Anhörung der Beteiligten sowie Vernehmung mehrerer Verwandter und Angehöriger des Erblassers als Zeugen. Für das Ergebnis wird auf die Protokolle der Termine vom 21.08.2018 (...) und vom 20.11.2018 (...) Bezug genommen.

**7** Mit Beschluss vom 18.07.2019 (...) hat das Nachlassgericht den Hauptantrag der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen und die aufgrund des Hilfsantrags der Antragstellerin vom 04.09.2017 zur Erteilung eines Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. Gemäß Hilfsantrag vom 04.09.2017 sei von der Antragstellerin die Erteilung eines auf den im Inland belegenen Nachlass beschränkten Teil-Erbscheins beantragt worden, wonach der Erblasser in Anwendung chinesischen Erbrechts von der Antragstellerin und der Antragsgegnerin zu je  $\frac{1}{2}$ -Anteil beerbt worden sei. Diesem Antrag könne entsprochen werden. Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergebe sich aus Art. 10 EuErbVO. Das Gericht sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon überzeugt, dass der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Stadt 1/China unterhalten habe, so dass sich die Erbfolge nach chinesischem Erbrecht richte. Zwar hätten nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme Bindungen des Erblassers zu seinem Heimatland fortbestanden. Jedoch lasse sich eine offensichtlich engere Bindung zu Deutschland im Sinne von Art. 21 Abs. 2 EuErbVO nicht feststellen. Dafür sei nicht ausreichend, dass der Erblasser nach Darstellung einiger Zeugen für den Zeitraum nach seinem Ruhestand eine Rückkehr nach Deutschland beabsichtigt habe und konkrete Pläne des Erblassers zur Nutzung der in seinem Eigentum stehenden Immobilie in Stadt 2 bestanden hätten. Denn auch nach Darstellung der Zeugen habe es sich dabei um Pläne des Erblassers für die Zukunft gehandelt. Im Zeitpunkt seines Todes habe sein Lebensmittelpunkt in China gelegen, wo der Erblasser sich überwiegend aufgehalten und wo er gearbeitet habe. Besuche des Erblassers in Deutschland seien eher selten gewesen und hätten pro Jahr nicht mehr als insgesamt drei Wochen ausgemacht. Das hiernach anzuwendende materielle Erbrecht der Volksrepublik China sehe gemäß §§ 10, 13 des Erbgesetzes der Volksrepublik China eine Erbfolge zu gleichen Teilen zwischen dem überlebenden Ehegatten und Abkömmlingen

des Erblassers vor, ohne hierbei zwischen ehelichen und nichtehelichen Abkömmlingen zu unterscheiden, sodass die Beteiligten zu 1 und 2 zu gleichen Teilen Erben geworden seien.

**8** Die Beteiligte zu 1 hat mit Schriftsatz vom 01.08.2019 (...) zu dem ihr am 01.08.2019 zugestellten Beschluss darauf hingewiesen, dass ihr Hilfsantrag hinsichtlich des in Deutschland belegenen unbeweglichen Nachlasses auf eine Erbquote zugunsten der Beteiligten zu 1 von  $\frac{3}{4}$  in Anwendung deutschen Erbrechts und nicht, wie in der Wiedergabe des Hilfsantrags aus den Beschlussgründen verlautbart, auf eine Erbquote von durchgängig  $\frac{1}{2}$  in Anwendung deutschen Erbrechts gegangen sei.

**9** Das Nachlassgericht hat die Beteiligte zu 1 daraufhin mit Verfügung vom 22.08.2019, (...) darauf hingewiesen, dass lediglich dem Hilfsantrag zu a) entsprochen worden sei, da eine Rückverweisung aus dem chinesischen Recht nicht ersichtlich sei.

**10** Die Beschwerdeführerin hat mit am gleichen Tag bei dem Nachlassgericht eingereichten Schriftsatz vom Montag, den 02.09.2019, (...) Beschwerde eingelegt, mit der sie ihre ursprünglichen Haupt- und Hilfsanträge weiterverfolgt. Das Nachlassgericht habe ihren Hauptantrag zu Unrecht zurückgewiesen. Entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts seien die von den Zeugen geschilderten Pläne des Erblassers, seinen Lebensmittelpunkt nach seiner für 2018 anstehenden Pensionierung wieder nach Deutschland zurückzulegen, für die Annahme eines gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers im Sinne von Art. 21 Abs. 1 EuErbVO ausreichend gewesen, da der Erblasser sich in der von Erwägungsgründen 23 und 24 der Verordnung für einen gewöhnlichen Aufenthalt in seinem Herkunftsstaat Deutschland ausreichenden Weise nur aus beruflichen Gründen nach China begeben habe, aber eine enge und feste Bindung zu Deutschland aufrecht erhalten habe und sich dort sein familiärer und sozialer Lebensmittelpunkt befunden habe. Jedenfalls müsse die von dem Hilfsantrag der Beteiligten zu 1 unter Buchstabe b) geltend gemachte, von dem Nachlassgericht aber übergangene Rückverweisung aufgrund Nachlassspaltung berücksichtigt werden, die von Art. 31 des chinesischen Gesetzes über das internationale Privatrecht vorgesehen werde. Insoweit sei entweder insgesamt oder jedenfalls für das in Deutschland belegene unbewegliche Vermögen des Erblassers auf die Anwendung deutschen Erbrechts abzustellen, nach dem die Beteiligte zu 2 aber nur zu  $\frac{1}{4}$  Miterbin neben der Beteiligten zu 1 geworden sei. Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2 weise der bei Anwendung chinesischen Ehegüterrechts als Güterstatut zugrunde zulegende gesetzliche Güterstand des chinesischen Rechts keine ausreichenden Ähnlichkeiten zum deutschen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft auf, um eine Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB mit der Folge einer Verwirklichung des Zugewinnausgleichs durch Erhöhung der Erbquote der Beteiligten zu 2 auf  $\frac{1}{2}$  zu rechtfertigen. Vielmehr sei die Beteiligte zu 1 jedenfalls im Umfang einer Anwendung deutschen Rechts als Erbstatut nur zu  $\frac{1}{4}$  Miterbin geworden.

**11** Das Nachlassgericht hat der Beschwerde mit Beschluss

vom 09.04.2019 nicht abgeholfen, da die durchgeführte Beweisaufnahme die Überzeugung des Gerichts begründet habe, dass der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Volksrepublik China gehabt habe.

**12** Nach den dazu von dem Berichterstatter des Senats vom 25.05.2020 (...) bei den Geschwistern des Erblassers eingeholten Auskünften waren die Mutter des Erblassers im Jahre 1990 und sein Vater im Jahre 2005 verstorben. Auf die dazu eingegangenen schriftlichen Stellungnahmen (...) wird Bezug genommen.

**27 II.** (...) Ein vorbehaltloser Bleibewille unter Ausschluss jeder Rückkehrabsicht (*animus de manendi et non revertendi*), wie nach dem internationalen Privatrecht Großbritanniens oder der Einzelstaaten der Vereinigten Staaten von Amerika als *intention to remain forever* oder *mental attitude to remain for an indefinite future* zur Begründung eines *domicile of choice* erforderlich wäre (vgl. dazu *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 2017, Rdnr. 286 ff., *Frank/Leithold*, ZEV 2014, 462, 464), ist für Art. 21 EuErbVO nicht erforderlich (vgl. *Geimer/Schütze/Wall*, Internationaler Rechtsverkehr, Art. 4 EuErbVO Rdnr. 71 m. w. N.). Er kann deshalb zwar ein Element innerhalb der Gesamtabwägung darstellen, das erhöhte Anforderungen an die übrigen auf einen Lebensmittelpunkt im Aufenthaltsstaat hinweisenden objektiven und subjektiven Abwägungselemente rechtfertigt, steht einem gewöhnlichen Aufenthaltsort des Erblassers an seinem im Todesfall bestehenden schlichten Aufenthalt aber nicht zwingend entgegen, dass er im Zeitpunkt seines Ablebens eine Rückkehr in seinen früheren Heimatstaat nicht völlig ausgeschlossen oder sogar beabsichtigt hatte (vgl. *Geimer/Schütze/Wall*, Internationaler Rechtsverkehr, Art. 4 EuErbVO Rdnr. 71 a. E.).

(...)

**34** Zwar kann dies nach Erwägungsgrund 24 Satz 2 EuErbVO die Möglichkeit eröffnen, dass der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort im Herkunftsstaat beibehalten hatte. Jedoch muss dafür der soziale und familiäre Lebensmittelpunkt des Erblassers trotz seines beruflich oder wirtschaftlich bedingten Aufenthaltswechsels im Sinne einer engen und festen Bindung an den Herkunftsstaat bestehen geblieben sein. Denn wo nach jahrelangem Auslandsaufenthalt faktisch eine Integration in das Gastland stattgefunden hatte, kann dies trotz solcher Bindungen und eines fortbestehenden Rückkehrwillens einen Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts zur Folge haben (vgl. *Palandt/Thorn*, 2020, Art. 21 EuErbVO Rdnr. 6).

(...)

**36** Soweit Erwägungsgrund 24 Satz 5 der Verordnung als einschlägige Faktoren auch die Staatsangehörigkeit sowie den Lageort der wesentlichen Vermögensgegenstände des Erblassers aufführt, handelt es sich nur um bloße Indizien, die von der sozialen Integration des Erblassers vor Ort überwogen werden können (vgl. *Palandt/Thorn*, Art. 21 EuErbVO Rdnr. 6). Zwar kann hiernach von einem Fortbestand des gewöhnlichen Aufenthalts im Herkunftsstaat auszugehen sein, wenn der Erblasser mit dem Hinterlassen

des Vermögens eine erleichterte Rückkehroption geschaffen und damit erkennbar seinen Rückkehrwillen manifestiert hatte (vgl. Hübtege/Mansel/Makovsky, EuErbVO, 2019, Art. 4 Rdnr. 40). Jedoch ist umgekehrt bei einem längeren Verweilen im Aufenthaltsstaat und einer gewissen Integration dort ein fehlender Wille, den Aufenthaltsort zum neuen Lebensmittelpunkt zu machen, für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts irrelevant (vgl. Döbereiner, MittBayNot 2013, 358, 362; Hübtege/Mansel/Makovsky, EuErbVO, Art. 4 Rdnr. 36). Insoweit wird hier auch der Umstand, dass der Erblasser nach seinem bevorstehenden Renteneintritt eine von ihm in Deutschland erworbene Immobilie als neuen Wohnsitz nutzen wollte, innerhalb der Abwägung von den in beruflicher und sozialer Hinsicht auf China verweisenden Bindungen des Erblassers überwogen.

(...)

**59** Gemäß Art. 51 IPRG ist diese Vorschrift zu § 36 ErbG vorrangig, der zudem gleichfalls eine inhaltlich übereinstimmende Sonderanknüpfung des Erbstatuts des unbeweglichen Vermögens an dessen Belegenheitsort vorsieht (vgl. Pissler, RabelsZ 2012, 1, 27). Es handelt sich dabei um eine Sachnormverweisung auf das Erbstatut am Belegenheitsort. Denn die Verweisungen des IPRG auf eine fremde Rechtsordnung sind nach Art. 9 IPRG dahin auszulegen, dass die Kollisionsregeln der berufenen Rechtsordnung vom Verweisungsumfang ausgenommen bleiben (vgl. Pissler, RabelsZ 2012, 1, 13).

**60** Danach finden hier gemäß Art. 34 Abs. 1 a) EuErbVO i. V. m. Art. 31 Satz 2 IPRG auf nachlasszugehörige unbewegliche Sachen im Wege einer Nachlassspaltung nicht das ansonsten maßgebliche Erbrecht der Volksrepublik China, sondern die erbrechtlichen Sachnormen des Rechts am Ort der unbeweglichen Sache Anwendung (vgl. Palandt/Thorn, Art. 34 EuErbVO Rdnr. 3; Staudinger/Hausmann, Neub. 2012, Anh. zu Art. 4 EGBGB Rdnr. 870; Pissler, RabelsZ 76 (2012), 1, 27; Eberl-Borges, ErbR 2013, 15, 25).

(...)

**87** Mit diesem Inhalt kann der für die Ehegüterrechtlichen Beziehungen des Erblassers zu der Beteiligten zu 2 maßgebliche gesetzliche Güterstand der §§ 17 ff. EheG dem von § 1371 BGB vorausgesetzten Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft deutschen Ehegüterrechts auch nicht im Wege der internationalprivatrechtlichen Substitution, also dadurch gleichgesetzt werden, dass der gesetzliche Güterstand des chinesischen Ehegüterrechts im Rahmen des § 1371 Abs. 1 BGB im Wege der Auslegung dem dort vorausgesetzten, inländischen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft gleichgestellt wird.

(...)

**90** In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass ein ausländischer Güterstand, der aus deutscher Sicht als Errungenschaftsgemeinschaft anzusehen ist, nicht für eine Anwendung des § 1371 BGB im Wege einer internationalprivatrechtlichen Substitution in Betracht kommt (vgl. zum Beispiel OLG Hamm, Beschluss vom 21.03.2019, 10 W 31/17, ZEV 2019, 343, juris Rdnr. 32, ähnlich OLG Frankfurt a. M.,

Beschluss vom 17.11.2016, 20 W 103/15, ZEV 2017, 1169, juris Rdnr. 59 f.). Dem folgt auch die überwiegende Literatur (vgl. zum Beispiel Dutta/Weber/Fornasier, EuErbVO, 2016, Art. 63 Rdnr. 32).

**91** Die Auffassung, wonach eine Anwendung des § 1371 BGB im Wege internationalprivatrechtlicher Substitution auch für aus deutscher Sicht als Errungenschaftsgemeinschaft anzusehende Güterstände ausländischen Rechts in Betracht kommen soll, wird nur eher vereinzelt vertreten (vgl. etwa Sakka, MittBayNot 2018, 4, 7). Sie vermag auch in der Sache nicht zu überzeugen.

(...)

**95** Eine Erhöhung der Erbquote der Beteiligten zu 2 für das inländische unbewegliche Vermögen des Erblassers ergibt sich auch nicht aus dem Gesichtspunkt einer internationalprivatrechtlichen Anpassung. Denn das Ergebnis der internationalprivatrechtlichen Normanwendung bedarf nur dann einer Anpassung an die Umstände des konkreten Einzelfalls im Wege der Angleichung, wenn das Zusammenspiel einer Anwendung der Vorschriften des deutschen Rechts unter Subsumtion einer Erscheinung des ausländischen Rechts unter den Rechtsbegriff der deutschen Rechtsnorm in seinem Zusammenspiel mit den sonstigen im Einzelfall zur Anwendung berufenen Vorschriften des ausländischen Sachrechts ein insgesamt widersprüchliches oder unstimmliges Ergebnis ergibt (vgl. BGHZ 205, 289, juris Rdnr. 34).

(...)

## ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

### 15. Anfechtbarkeit einer Eigentumsübertragung wegen Gläubigerbenachteiligung

BGH, Urteil vom 25.03.2021, IX ZR 70/20 (Vorinstanz: OLG Koblenz, Urteil vom 17.03.2020, 3 U 1131/19)

AnfG §§ 3, 8 Abs. 2 Satz 2  
BGB § 883 Abs. 1 Satz 2

#### LEITSÄTZE:

1. Die Rechtshandlung gilt, sofern die übrigen Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Eintragung der Vormerkung erfüllt sind, auch dann mit dem Zeitpunkt der Antragstellung als vorgenommen, wenn mit der Vormerkung lediglich ein künftiger, auf einem unentgeltlichen Grundgeschäft beruhender Auflassungsanspruch gesichert wird.
2. Hat der Schuldner dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung früher als vier Jahre vor der Anfechtung gewährt, kann diese der Vorsatzanfechtung unterliegen, wenn der Schuldner das Grundgeschäft mit dem dem anderen Teil bekannten Vorsatz vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen.

## SACHVERHALT:

1 Die Kläger sind die Eltern des M B (nachfolgend: Schuldner).

2 Der Schuldner war Eigentümer eines mit einer Doppelhaushälfte bebauten Grundstücks in Mainz. Mit notarieller Urkunde vom 13.11.2012 unterbreitete er den Klägern ein unbefristetes und unwiderrufliches Kaufvertragsangebot über das Hausgrundstück. Er bewilligte und beantragte die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten der Kläger jeweils zur Hälfte in Bruchteilsgemeinschaft. Anstelle eines bar zu erbringenden Kaufpreises sollten sich die Kläger zur Übernahme von zwei auf dem Grundstück lastenden Grundschulden von nominal jeweils 200.000 € sowie einer weiteren – zugunsten der Klägerin zu 1 bestellten – Grundschuld von nominal 86.000 € verpflichten. Für den Fall der Annahme des Vertragsangebotes bevollmächtigte der Schuldner die Kläger unwiderruflich, die Auflassung des Vertragsgegenstandes zu erklären und dessen Umschreibung sowie alle sonstigen Eintragungen im Grundbuch zu bewilligen. Die Eintragung der Auflassungsvormerkung erfolgte am 20.11.2012. Mit notarieller Urkunde vom 18.12.2014 nahmen die Kläger das Kaufvertragsangebot an.

3 Die Bestellung der weiteren Grundschuld des Schuldners zugunsten der Klägerin zu 1 war Gegenstand einer am 30.12.2014 bei dem LG Mainz erhobenen Anfechtungsklage des Beklagten zu 1 gegen die Klägerin zu 1. Nach erstinstanzlicher Klageabweisung holte das OLG Koblenz im Berufungsverfahren (3 U 1121/15) ein Gutachten des Sachverständigen R ein.

4 Die Beklagten haben gegen den Schuldner Zahlungsansprüche in Höhe von insgesamt 233.905,70 €, die durch rechtskräftiges Urteil des OLG Koblenz vom 07.10.2014 titulierte sind. Dem Urteil lag eine Schadensersatzklage zugrunde, die dem Schuldner am 24.08.2012 zugestellt worden war. Am 20.01.2015 gab der Schuldner auf Betreiben des Beklagten zu 1 die Vermögensauskunft ab. Am 16.02.2015 beantragten die Beklagten die Eintragung von Zwangssicherungshypotheken auf dem Hausgrundstück des Schuldners; diese erfolgte am 28.04.2015. Am 21.10.2015 wurden die Kläger in Bruchteilsgemeinschaft jeweils zur Hälfte als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

5 Die Kläger nehmen die Beklagten auf Bewilligung der Löschung der Zwangssicherungshypotheken in Anspruch. Mit der erstinstanzlich am 29.06.2018 eingegangenen und unter anderem auf Duldung der Zwangsvollstreckung gerichteten Widerklage haben die Beklagten die Anfechtung der „am 20.11.2012 eingetragenen Auflassungsvormerkung“ sowie „der Auflassung vom 18.12.2014“ erklärt und sich hierbei auf § 3 Abs. 1 AnfG und § 4 Abs. 1 AnfG gestützt.

6 Das LG hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert, die Klage abgewiesen und der Widerklage im Wesentlichen stattgegeben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstreben die Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

## AUS DEN GRÜNDEN:

7 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), weil die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

8 I. Die Revision ist kraft Zulassung gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO unbeschränkt zulässig. Begründet hat das Berufungsgericht die Zulassung mit der grundsätzlichen und noch nicht geklärten Frage, ob auch im Falle eines durch Auflassungsvormerkung gesicherten Anspruchs auf (teilweise) unentgeltliche Grundstücksübertragung gemäß § 8 Abs. 2

Satz 2 AnfG der Antrag auf Eintragung der Auflassungsvormerkung maßgebend für den Beginn der Vierjahresfrist des § 4 AnfG sei. Darin liegt keine Beschränkung; die bloße Angabe des Grundes für die Zulassung der Revision reicht nicht, um von einer nur beschränkten Zulassung des Rechtsmittels auszugehen (BGH, Urteil vom 14.06.2018, IX ZR 232/17, NJW 2018, 2494 Rdnr. 9 m. w. N.).

9 II. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

10 Dem im Ausgangspunkt entstandenen Anspruch der Kläger auf Zustimmung zur Löschung der Zwangssicherungshypotheken könnten die Beklagten mit Erfolg die Anfechtbarkeit der Eigentumsübertragung nach § 4 Abs. 1 AnfG einredeweise entgeghalten.

11 Eine fruchtlose Zwangsvollstreckung der Beklagten im Sinne des § 2 Fall 1 AnfG liege mit dem Betreiben der Eintragung der Zwangssicherungshypotheken vor. Jedenfalls seien die Voraussetzungen des § 2 Fall 2 AnfG erfüllt; es sei nicht ersichtlich, wie der Schuldner seit Abgabe der Vermögensauskunft im Jahr 2015 in den Stand versetzt worden sein könne, die beträchtlichen Forderungen der Beklagten zu begleichen.

12 Es liege eine objektiv gläubigerbenachteiligende Rechts-handlung des Schuldners vor. Das Grundstück sei nicht wertausschöpfend belastet gewesen. Das im Vorprozess eingeholte Gutachten des Sachverständigen R sei gemäß § 411a ZPO verwertbar. Danach habe der Wert des Hausgrundstücks zum 30.11.2012 bei 770.000 € gelegen. Dieser Erlös sei auch in einem Zwangsversteigerungsverfahren unzweifelhaft erzielbar gewesen.

13 In der Eigentumsübertragung an die Kläger liege eine teilweise unentgeltliche Leistung des Schuldners. Die Kläger hätten Belastungen übernommen, die nach ihrer Darstellung Ende des Jahres 2012 i. H. v. 457.434,78 € valuiert hätten. Die Differenz dieses Entgelts zum wahren Wert betrage rund 312.500 €; jedenfalls in dieser Höhe sei die Leistung objektiv unentgeltlich. An einer beiderseitigen Fehlvorstellung der Vertragsparteien über den Wert des Hausgrundstücks habe es gefehlt.

14 Die Anfechtung sei mit der Widerklage vom 29.06.2018 rechtzeitig innerhalb der Vierjahresfrist des § 4 AnfG geltend gemacht worden. Trotz entgegenstehenden Wortlautes des § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG sei für die Fristberechnung der Zeitpunkt der Auflassung maßgeblich, weil die Kläger zu einem früheren Zeitpunkt keine gesicherte Rechtsstellung erlangt hätten. Liege dem vormerkungsgesicherten Anspruch – wie hier – ein unentgeltliches Grundgeschäft zugrunde, sei der Anspruch nicht nach § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO insolvenzfest.

15 Da die Anfechtung bereits nach § 4 Abs. 1 AnfG durchgreife, könne dahinstehen, ob die Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung nach § 3 Abs. 1 und 2 AnfG hinsichtlich beider Kläger gegeben seien.

16 Im Hinblick auf die anfechtbare Grundstücksübertragung stehe den Beklagten der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu.

**17 III.** Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

**18 1.** Noch zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass ein Anspruch der vorrangig vormerkungsgesicherten Kläger auf Zustimmung zur Löschung der Zwangssicherungshypotheken gemäß § 883 Abs. 2, § 888 Abs. 1 BGB entstanden ist.

**19 2.** Mit der Begründung des Berufungsgerichts lässt sich jedoch eine Anfechtbarkeit der Eigentumsübertragung, die dem Anspruch der Kläger einredeweise entgegengehalten werden könnte (§ 9 AnfG), nicht bejahen.

**20 a)** Auf den Streitfall findet das Anfechtungsgesetz in der ab dem 05.04.2017 geltenden Fassung Anwendung, weil die Anfechtbarkeit erst mit der am 09.07.2018 zugestellten Widerklage vom 29.06.2018 gerichtlich geltend gemacht worden ist (vgl. § 20 Abs. 4 AnfG).

**21 b)** Das Berufungsgericht hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise eine Anfechtungsberechtigung der Beklagten mit selbstständig tragender Begründung gemäß § 2 Fall 2 AnfG bejaht. Dabei hat es erkannt, dass die Voraussetzungen des § 2 AnfG zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der Tatsacheninstanz vorliegen müssen (vgl. *Huber*, AnfG, 11. Aufl., § 2 Rdnr. 6; MünchKomm-AnfG/*Kirchhof*, § 2 Rdnr. 10, 56).

**22** Die Revision nimmt die Feststellung des Berufungsgerichts hin, das Hausgrundstück sei Anfang des Jahres 2015 der einzige verbliebene Vermögenswert des Schuldners gewesen. An die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, der Schuldner habe nach Abgabe der Vermögensauskunft im Jahr 2015 seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht – und erst recht nicht in dem zur Begleichung der ganz erheblichen Forderungen der Beklagten nötigen Umfang – wiedererlangt, ist das Revisionsgericht nach § 559 Abs. 2 ZPO gebunden. Es kann lediglich überprüfen, ob sich der Tatrichter entsprechend dem Gebot des § 286 ZPO mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 11.06.2015, I ZR 19/14, NJW 2016, 942 Rdnr. 32; vom 19.09.2019, IX ZR 22/17, NJW 2020, 843 Rdnr. 20). Die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts hält diesen Anforderungen stand.

**23 c)** Gegenstand der anfechtungsrechtlichen Beurteilung ist die in Vollzug des notariellen Kaufvertragsangebotes vom 13.11.2012 erfolgte Übertragung des Eigentums an dem Hausgrundstück. Da die Einzelgläubigeranfechtung lediglich die Wiedererschließung der Zugriffslage für einen einzelnen Gläubiger und nicht das Zusammenhalten einer Masse bezweckt, kann eine Rechtshandlung nicht für sich betrachtet werden, sondern nur im Rahmen des Gesamtvorganges, der die Weggabe des Gegenstandes aus dem Schuldnervermögen und damit die Vereitelung einer Zugriffsmöglichkeit betrifft. Gegenstand der Anfechtung ist also der gesamte, diesen Rechtserfolg auslösende Vorgang (vgl. BGH, Urteil vom 23.10.2008, IX ZR 202/07, NJW-RR 2009, 190 Rdnr. 24; vom 11.03.2010, IX ZR 104/09, NJW-

RR 2010, 980 Rdnr. 12; siehe auch *Huber*, AnfG, § 1 Rdnr. 12 f. und § 4 Rdnr. 23; Kindl/Meller-Hannich/*Haertlein*, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 4. Aufl., § 1 AnfG Rdnr. 7). Dieser begann mit der Abgabe des notariellen Kaufvertragsangebotes durch den Schuldner am 13.11.2012 und endete mit der Eintragung der Kläger als Eigentümer im Grundbuch am 21.10.2015.

**24 d)** Das Berufungsgericht hat sich allein auf § 4 Abs. 1 AnfG gestützt und ausdrücklich dahinstehen lassen, ob auch die Voraussetzungen für eine Vorsatzanfechtung nach § 3 Abs. 1 und 2 AnfG erfüllt sind. Die Anfechtung der Eigentumsübertragung gemäß § 4 Abs. 1 AnfG greift aber schon deshalb nicht durch, weil die Anfechtung der Beklagten außerhalb der Vierjahresfrist erfolgt ist. Der nach § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG maßgebliche Zeitpunkt war entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht der Zeitpunkt der Auflassung am 18.12.2014, sondern (spätestens) derjenige der Eintragung der Vormerkung am 20.11.2012. Damit erfolgte die – nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts – erstmalige Geltendmachung der Anfechtbarkeit (vgl. § 7 Abs. 1 AnfG) mit der Widerklage vom 29.06.2018 zu spät. Dementsprechend ist auch die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Widerklage rechtsfehlerhaft.

**25 aa)** Für die Fristberechnung nach § 4 Abs. 1 AnfG kommt es auf den Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung an (vgl. MünchKomm-AnfG/*Kirchhof*, § 4 Rdnr. 26).

**26 (1)** Nach § 8 Abs. 1 AnfG gilt eine Rechtshandlung als in dem Zeitpunkt vorgenommen, in dem ihre rechtlichen Wirkungen eintreten. Abs. 2 dieser Vorschrift verlegt bei Registergeschäften den Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung vor und begünstigt hierdurch die Rechtsstellung des Anfechtungsgegners (vgl. *Huber*, AnfG, § 8 Rdnr. 4).

**27 (2)** Nach § 8 Abs. 2 Satz 1 AnfG gilt ein Rechtsgeschäft, für dessen Wirksamwerden die Eintragung im Grundbuch erforderlich ist, als vorgenommen, sobald die übrigen Voraussetzungen für das Wirksamwerden erfüllt sind, die Willenserklärung des Schuldners für ihn bindend geworden ist und der andere Teil den Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung gestellt hat. § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG lässt für den Eintritt der in § 8 Abs. 2 Satz 1 AnfG beschriebenen Wirkung bereits den Antrag auf Eintragung einer Vormerkung genügen. Eine bindende Auflassungserklärung ist für die Vorverlagerung nach § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG nicht erforderlich (vgl. BGH, Urteil vom 10.12.2009, IX ZR 203/06, WM 2010, 274 Rdnr. 10). Die Vorverlagerung nach § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG setzt allerdings voraus, dass auch die übrigen Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Eintragung der Vormerkung gegeben sind (vgl. zu § 140 InsO: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Gehrlein*, Insolvenzrecht, 4. Aufl., § 140 Rdnr. 19). Im Hinblick auf den Grundsatz der strengen Akzessorietät ist mithin das Vorhandensein eines zu sichernden schuldrechtlichen Anspruchs auf eine eintragungsfähige dingliche Rechtsänderung notwendig (vgl. Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Gehrlein*, Insolvenzrecht, § 140 Rdnr. 19). Hierbei steht es der Anwendbarkeit des § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG nicht entgegen, dass durch die Vormerkung – wie hier – lediglich ein künftiger Anspruch gesichert wird, sofern der Rechts-

boden für seine Entstehung soweit vorbereitet ist, dass die Entstehung des Anspruches nur noch vom Willen des künftigen Anspruchsinhabers abhängt (vgl. zu § 140 Abs. 2 Satz 2 InsO: Uhlenbruck/Borries/Hirte, InsO, 15. Aufl., § 140 Rdnr. 37, 38; Kübler/Prütting/Bork/Bartels, InsO, 2020, § 140 Rdnr. 168; Cranshaw/Paulus/Michel/Michel, Bankenkommmentar zum Insolvenzrecht, 3. Aufl., § 140 Rdnr. 97; MünchKomm-InsO/Kirchhof/Piekenbrock, § 140 Rdnr. 56; noch zur KO: Denck, NJW 1984, 1009, 1010 f.; vgl. auch BGH, Urteil vom 14.09.2001, V ZR 231/00, BGHZ 149, 1, 3; vom 09.03.2006, IX ZR 11/05, BGHZ 166, 319 Rdnr. 12; a. A. wohl HK-InsO/Thole, 10. Aufl., § 140 Rdnr. 13).

**28 (3)** Bei auf den Wortlaut gestützter Anwendung des § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG gilt die Rechtshandlung – nämlich die in Vollzug des notariellen Kaufvertragsangebotes erfolgte Eigentumsübertragung – als spätestens am 20.11.2012 vorgenommen. Mit der Eintragung der Vormerkung an diesem Tag haben die Kläger die von § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG vorausgesetzte sichere Rechtsstellung erlangt (vgl. BGH, Urteil vom 02.02.2006, IX ZR 67/02, BGHZ 166, 125 Rdnr. 23).

**29 bb)** Das Berufungsgericht hat eine teleologische Reduktion des § 8 Abs. 2 AnfG für den – nach seinen Feststellungen gegebenen – Fall vorgenommen, dass der Auflassungsvormerkung ein unentgeltliches Grundgeschäft zugrunde liegt. Nicht der Zeitpunkt des Antrages auf Eintragung einer Vormerkung, sondern frühestens der Zeitpunkt der Auflassung soll maßgeblich sein. Dieser Auffassung ist aus den nachfolgenden Erwägungen nicht zu folgen.

**30 (1)** Schon der Wortlaut des § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG differenziert im Hinblick auf den Beginn der Anfechtungsfrist nicht nach der Causa der Vormerkung. § 8 AnfG bestimmt für alle Anfechtungstatbestände einheitlich und verbindlich, wann eine Rechtshandlung als vorgenommen gilt. Die Vorschrift dient der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit (vgl. Huber, AnfG, § 8 Rdnr. 1; zum gleichlautenden § 140 InsO: MünchKomm-InsO/Kirchhof/Piekenbrock, § 140 Rdnr. 1; Leithaus/Andres/Leithaus, InsO, 4. Aufl., § 140 Rdnr. 1).

**31 (2)** Auch die mehrstufige Systematik des § 8 AnfG spricht für eine uneingeschränkte Privilegierung vormerkungsgesicherter Ansprüche. Abs. 1 und 2 der Norm stehen in einem Regel-/Ausnahmeverhältnis. Abs. 1 bestimmt als Zeitpunkt der Vornahme des anfechtbaren Rechtsgeschäfts denjenigen, in dem seine rechtlichen Wirkungen eintreten. Abs. 2 schränkt dies in Satz 1 für Registergüter generell wieder ein und vertieft diese Einschränkung in Satz 2 bei vormerkungsgesicherten Ansprüchen, ohne weitergehende Differenzierungen vorzunehmen.

**32 (3)** Nach Sinn und Zweck des § 8 AnfG ist eine einschränkende Auslegung nicht geboten.

**33 (a)** § 8 AnfG folgt ebenso wie der gleichlautende § 140 InsO ausnahmslos dem Rechtsgedanken, dass sich der Vornahme- und Wirkungszeitpunkt einer angefochtenen Rechtshandlung danach bestimmt, wann der Anfechtungsgegner durch sie eine gesicherte Rechtsstellung erlangt hat, die im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beachtet werden müsste (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 166; BGH, Urteil vom 23.03.2006, IX ZR 116/03, BGHZ 167, 11

Rdnr. 13; vom 11.12.2008, IX ZR 194/07, ZIP 2009, 228 Rdnr. 12; vom 10.12.2009, IX ZR 203/06, WM 2010, 274 Rdnr. 7).

**34 (b)** Mit diesem Rechtsgedanken steht die Regelung des § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG in Einklang, denn ein vormerkungsgesicherter Anspruch ist grundsätzlich gemäß § 106 Abs. 1 InsO insolvenzfest. Im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der Vertragspartner einen vormerkungsgesicherten Anspruch nach § 106 Abs. 1 InsO durchsetzen und damit den Gläubigern des Insolvenzschuldners das Recht, auf das der vormerkungsgesicherte Anspruch gerichtet ist, als Haftungsobjekt entziehen. Eine Verfügung des Insolvenzverwalters über diesen Bestandteil des Schuldnervermögens ist dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam, soweit sie den vormerkungsgesicherten Anspruch vereitelt oder beeinträchtigt (§ 883 Abs. 2 Satz 2 BGB). § 106 Abs. 1 InsO verleiht dem vormerkungsgesicherten Verschaffungsanspruch Aussonderungskraft (vgl. BGH, Urteil vom 14.09.2001, V ZR 231/00, BGHZ 149, 1, 5; Beschluss vom 13.03.2008, IX ZB 39/05, WM 2008, 1034 Rdnr. 11) und schließt im Umfang der Sicherungswirkung der Vormerkung die Anwendung des § 103 InsO aus (vgl. Uhlenbruck/Wegener, InsO, § 106 Rdnr. 33; HK-InsO/Marotzke, § 106 Rdnr. 1). Da auch künftige Ansprüche durch eine Vormerkung gesichert werden können (§ 883 Abs. 1 Satz 2 BGB), unterfallen diese ebenfalls dem Anwendungsbereich des § 106 Abs. 1 InsO, sofern ein sicherer Rechtsboden für die Entstehung des Anspruchs vorbereitet ist (vgl. BGH, Urteil vom 14.09.2001, V ZR 231/00, BGHZ 149, 1, 3; MünchKomm-InsO/Vuia, § 106 Rdnr. 8; Schmidt/Ringstmeier, InsO, 19. Aufl., § 106 Rdnr. 10 f.; Uhlenbruck/Wegener, InsO, § 106 Rdnr. 5). Die wirksame Vormerkung vermittelt ihrem Inhaber bereits ab dem Zeitpunkt ihrer Eintragung den durch § 106 Abs. 1 InsO gewährten Schutz. Das gilt auch dann, wenn sich der künftige vormerkungsgesicherte Anspruch erst nachträglich in einen existenten umwandelt (vgl. BGH, Urteil vom 14.09.2001, a. a. O. S. 5 f.; Uhlenbruck/Wegener, InsO, § 106 Rdnr. 6; Obermüller, ZIP 2013, 299, 300), sofern sich der Anspruchserwerb trotz Insolvenzeröffnung noch vollenden kann (vgl. Nerlich/Römermann/Balthasar, InsO, 1999, § 106 Rdnr. 8). Auf den Entstehungszeitpunkt des Anspruchs kommt es für den Insolvenzschutz nach § 106 Abs. 1 InsO nicht an (vgl. Uhlenbruck/Wegener, a. a. O.). Die Sicherungswirkung kann zwar erst nach der Entstehung des Anspruchs geltend gemacht werden, dann jedoch mit rückwirkender Kraft ab Eintragung der Vormerkung (BGH, Urteil vom 31.10.1980, V ZR 95/79, NJW 1981, 446 f.; vom 14.09.2001, a. a. O. S. 5; Denck, NJW 1984, 1009,

**35 (c)** Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts hängt die Schutzwirkung des § 106 Abs. 1 InsO nicht vom Rechtsgrund der gesicherten Forderung ab.

**36 (aa)** In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, der Vormerkungsschutz des § 106 Abs. 1 InsO gelte nicht bei einem unentgeltlichen Grundgeschäft (MünchKomm-InsO/Kayser/Freudenberg, § 129 Rdnr. 61; Andres/Leithaus/Andres, InsO, § 106 Rdnr. 3; Uhlenbruck/Borries/Hirte, InsO, § 140 Rdnr. 38; Jäger/Henckel, InsO, § 134 Rdnr. 65; Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl., Rdnr. 21.95; Cranshaw/Hinkel, Gläubigerkommentar Anfechtungsrecht,

2. Aufl., § 4 AnfG Rdnr. 21; Kummer/Schäfer/Wagner/Schäfer, Insolvenzanfechtung, 3. Aufl., § 134 G 119; zu §§ 24, 32, 39 KO: Pape, EWIR 1988, 697 f). Im Kern wird argumentiert, § 106 Abs. 1 InsO verhindere lediglich die Vernichtung einer solchen Forderung nach Maßgabe der §§ 103 ff InsO, könne aber ihre Wirkung nicht über die allgemeinen insolvenzrechtlichen Grenzen – insbesondere des § 39 Abs. 1 Nr. 4 InsO – hinaus verstärken (vgl. MünchKomm-InsO/Kayser/Freudenberg; Jäeger/Henckel, InsO, jew. a. a. O.). Andernfalls wäre der Schuldner geradezu eingeladen, seine Immobilie rechtzeitig durch vormerkungsgesicherte Schenkungsversprechen zugunsten Nahestehender zu erhalten, die intern erst im Insolvenzfall des Schuldners davon Gebrauch machen dürften (vgl. MünchKomm-InsO/Kayser/Freudenberg, a. a. O.).

**37** (bb) Die Gegenmeinung (Kübler/Prütting/Bork/Tintelnot, InsO, 2014, § 106 Rdnr. 36 f.; Reul/Heckschen/Wienberg/Reul, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 123; Jäger/Jacoby, InsO, § 106 Rdnr. 15; zu § 24 KO: Gerhardt, ZIP 1988, 749 ff.) will den Vormerkungsschutz des § 106 Abs. 1 InsO bei einem unentgeltlichen Grundgeschäft nicht einschränken. Argumentiert wird insbesondere mit dem Wortlaut der Norm und der aussonderungsgleichen Wirkung der Vormerkung.

**38** (cc) Die letztgenannte Auffassung ist zutreffend. Der Vormerkungsschutz des § 106 Abs. 1 InsO gilt auch bei einem unentgeltlichen Grundgeschäft uneingeschränkt. Damit hält der Senat zugleich an dem Grundsatz fest (vgl. BGH, Urteil vom 14.09.2001, V ZR 231/00, BGHZ 149, 1, 3 ff.; vom 09.03.2006, IX ZR 11/05, BGHZ 166, 319 Rdnr. 12), dass aus der Vormerkungsfähigkeit eines Anspruchs nach § 883 Abs. 1 BGB dessen Insolvenzfestigkeit nach § 106 Abs. 1 InsO folgt.

**39** Schon der mit § 883 Abs. 1 BGB übereinstimmende Wortlaut des § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO beschränkt seine Schutzwirkung weder auf Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen noch auf entgeltliche Verträge. Dadurch wird deutlich, dass eine Vormerkung gemäß § 883 Abs. 1 BGB durch § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO geschützt und der gesicherte Anspruch dem Wahlrecht des Verwalters aus § 103 InsO entzogen werden soll (vgl. FK-InsO/Wegener, 9. Aufl., § 106 Rdnr. 2). Indes ist der Schuldgrund, auf dem der zu sichernde Anspruch beruht, für die Frage, ob der Anspruch durch Eintragung einer Vormerkung gemäß § 883 Abs. 1 BGB gesichert werden kann, gleichgültig (so bereits BGH, Beschluss vom 19.01.1954, V ZB 28/53, BGHZ 12, 115, 117; vgl. auch Staudinger/Keseler, Neub. 2020, § 883 Rdnr. 70). Auch der Gesetzesbegründung zu dem mit § 106 InsO wortgleichen § 120 RegE lässt sich kein Anhaltspunkt für eine Einschränkung der mit der Vormerkung verbundenen Schutzwirkung entnehmen. Es wird im Gegenteil hervorgehoben, dass der Insolvenzverwalter auch bei einem gegenseitigen, von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllten Vertrag nicht die Möglichkeit erhalten solle, die Erfüllung des Vertrages aus der Insolvenzmasse abzulehnen. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass die Vormerkung auch im Insolvenzverfahren „uneingeschränkt ihren Wert“ behält (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 146).

**40** Im Hinblick auf Gesetzessystematik und Telos erscheint es ebenfalls nicht überzeugend, den Schutz des § 106 Abs. 1 InsO bei einem unentgeltlichen Grundgeschäft durch § 39 Abs. 1 Nr. 4 InsO zu begrenzen. Zwar spiegelt sich in § 39 Abs. 1 Nr. 4 InsO die allgemeine Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs wider (vgl. MünchKomm-InsO/Ehrlicke/Behme, § 39 Rdnr. 9). § 106 InsO bewirkt aber, dass der Gegenstand des vormerkungsgesicherten Anspruchs schon nicht Bestandteil der Insolvenzmasse wird; er unterfällt daher nicht dem Anwendungsbereich des § 39 InsO (vgl. Jäger/Jacoby, InsO, § 106 Rdnr. 15). Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Grundsatz der Akzessorietät der Vormerkung. Danach steht und fällt die dingliche Rechtsposition aus der Vormerkung mit dem gesicherten Anspruch (vgl. BGH, Urteil vom 26.11.1999, V ZR 432/98, BGHZ 143, 175, 179; vom 26.07.2001, VII ZR 203/00, ZIP 2001, 1705, 1706; vom 07.03.2002, IX ZR 457/99, BGHZ 150, 138, 142). Der gesicherte Anspruch muss zunächst wirksam entstanden sein und im Zeitpunkt der Geltendmachung auch noch wirksam bestehen (vgl. BGH, Urteil vom 07.11.1980, V ZR 163/79, BGHZ 79, 103, 108). Zudem muss der Vormerkungsberechtigte immer auch gleichzeitig selbst der Inhaber der gesicherten Forderung sein; die Gläubigerstellung der Vormerkung und der Forderung kann nicht auseinanderfallen (vgl. Schmidt/Ringstmeier, InsO, 19. Aufl., § 106 Rdnr. 13). Der Grundsatz der Akzessorietät bezieht sich demnach nicht auf den wirtschaftlichen Charakter des Grundgeschäfts.

**41** (d) Verleiht die Vormerkung auch bei einem unentgeltlichen Grundgeschäft eine insolvenzfeste Rechtsstellung nach § 106 Abs. 1 InsO, so veranlassen auch Sinn und Zweck des § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG nicht zur Änderung des anfechtungsrechtlich maßgeblichen Zeitpunktes. In den Fällen der Gläubigeranfechtung bedarf es einer § 106 Abs. 1 InsO entsprechenden Vorschrift zur Begründung einer vormerkungsgesicherten Rechtsstellung nicht (BGH, Urteil vom 10.12.2009, IX ZR 203/06, WM 2010, 274 Rdnr. 8). Die Auflassungsvormerkung setzt sich gemäß § 883 Abs. 2 Satz 2, § 888 Abs. 1 BGB gegen eine nachrangige Zwangssicherungshypothek durch. Der Antrag auf Eintragung der Vormerkung wahrt nach § 17 GBO den Rang. In der Grundstückszwangsversteigerung ist die Auflassungsvormerkung durch die §§ 48, 52 Abs. 1 ZVG geschützt und kann dem Ersteher gemäß § 888 Abs. 1 BGB entgegengehalten werden. Schon die Grundstücksbeschlagnahme durch Anordnung der Zwangsversteigerung ist gegenüber der älteren Auflassungsvormerkung entsprechend § 883 Abs. 2 BGB wirkungslos (BGH, Urteil vom 10.12.2009, a. a. O.).

**42** Eine Verschiebung des anfechtungsrechtlich maßgeblichen Zeitpunktes kann nicht mit einer geringeren Schutzwürdigkeit des unentgeltlichen Erwerbs gerechtfertigt werden. Es handelt sich um einen Umstand, den der Gesetzgeber mit der zum 01.01.1999 in Kraft getretenen Neufassung des Anfechtungsgesetzes im Rahmen des § 4 AnfG berücksichtigt hat. Insoweit ist die Rechtslage zum Nachteil des Anfechtungsgegners in doppelter Hinsicht verschärft worden (vgl. hierzu Huber, AnfG, § 4 Rdnr. 9). Während § 3 Abs. 1 Nr. 3 AnfG a. F. nur unentgeltliche Zuwendungen im letzten Jahr vor der Anfechtung erfasst und § 3 Abs. 1 Nr. 4 AnfG a. F. diese Frist bei Ehegatten als Zuwendungsemp-

fänger auf zwei Jahre verlängert hat, beträgt die Anfechtungsfrist nach § 4 AnfG (n. F.) einheitlich vier Jahre. Zudem wird die Vornahme der unentgeltlichen Leistung innerhalb dieser Frist zulasten des Anfechtungsgegners vermutet. Vor diesem Hintergrund weist die Revision zutreffend darauf hin, dass eine Abweichung von § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG zum Nachteil des Anfechtungsgegners eine zusätzliche Beeinträchtigung des unentgeltlichen Erwerbs bedeuten würde, die der Gesetzgeber nicht vorgesehen hat.

**43** (4) Der von dem Berufungsgericht vorgenommenen teleologischen Reduktion des § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG steht schließlich auch die Entstehungsgeschichte der Norm entgegen. Wann eine Rechtshandlung als vorgenommen gilt, war weder im Anfechtungsgesetz in der Fassung vom 01.10.1879 noch in den Anfechtungsvorschriften der §§ 29 ff KO geregelt. Die damalige Rechtsprechung stellte grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs und bei Grundstücksgeschäften auf den Zeitpunkt der Eintragung ab (vgl. BGH, Urteil vom 15.01.1964, VIII ZR 236/62, BGHZ 41, 17, 18; vom 18.12.1986, IX ZR 11/86, BGHZ 99, 274, 286; vom 28.02.1991, IX ZR 74/90, BGHZ 113, 393, 394 f.; siehe auch MünchKomm-InsO/Kirchhof/Piekenbrock, § 140 Rdnr. 2; Nerlich/Niehus, AnfG, § 8 Rdnr. 1, jew. m. w. N.). Diese Rechtsprechung war dem Gesetzgeber bei der Schaffung des § 8 Abs. 2 AnfG bekannt; die Vorverlagerung des anfechtungsrechtlich maßgeblichen Zeitpunktes stellt eine bewusste Abkehr dar (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 166 f.). In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu, dass die damit verbundenen Einschränkungen der Anfechtbarkeit im Vergleich zur geltenden Rechtsprechung hingenommen werden müssten (BT-Drucks. 12/2443, S. 167). Eine Differenzierung nach dem wirtschaftlichen Charakter des Grundgeschäfts bei vormerkungsgesicherten Ansprüchen ist nicht vorgenommen worden.

**44 e)** Aufgrund des Ablaufs der Vierjahresfrist kann eine Anfechtung auch nicht auf § 3 Abs. 4 AnfG gestützt werden.

**45 IV.** Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif. Nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Vortrag der Beklagten kommt eine Anfechtung nach § 3 Abs. 1 AnfG in Betracht. Das Berufungsgericht wird daher die von seinem Rechtsstandpunkt nicht erforderlichen Feststellungen zu den Voraussetzungen einer Vorsatzanfechtung nachzuholen haben.

**46 1.** Eine Anfechtbarkeit nach § 3 Abs. 1 AnfG ist nicht bereits aus Rechtsgründen ausgeschlossen.

**47 a)** Die Vorschrift des § 3 AnfG ist ebenso wie diejenige des § 133 InsO durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz vom 29.03.2017 (BGBl. I, S. 654) mit Wirkung zum 05.04.2017 neu gefasst worden. Abs. 1 ist – auch hinsichtlich der zehnjährigen Anfechtungsfrist – unverändert geblieben. Die Absätze 2 und 3 wurden neu eingefügt. Nach § 3 Abs. 2 AnfG beträgt nun die Anfechtungsfrist bei Sicherungen und Befriedigungen abweichend von § 3 Abs. 1 AnfG nur noch vier Jahre. Bei der Regelung des Abs. 2 handelt es sich um eine *lex specialis* zu Abs. 1, sodass Deckungshandlungen außerhalb des Vier-

jahreszeitraumes des Absatzes 2 nicht gemäß § 3 Abs. 1 AnfG anfechtbar sind (vgl. BT-Drucks. 18/7054, S. 13; zu § 133 InsO: Braun/*de Bra*, InsO, 8. Aufl., § 133 Rdnr. 32).

**48 b)** Der Gesetzgeber verfolgt mit der Verkürzung der Anfechtungsfrist das – von ihm vorrangig zu § 133 Abs. 2 InsO erörterte und ausdrücklich auf § 3 Abs. 2 AnfG übertragene – Ziel, die Vorsatzanfechtung von Deckungshandlungen „maßvoll zurückzunehmen“ (BT-Drucks. 18/7054, S. 13, 21) und hierdurch die Praxis der Vorsatzanfechtung für den Geschäftsverkehr kalkulier- und planbarer zu machen (BT-Drucks. 18/7054, S. 2, 21). Damit solle einer Entwicklung entgegengesteuert werden, in der vermehrt auch Erfüllungsleistungen der Anfechtung unterworfen seien, die von ihrer äußeren Erscheinungsform nicht ohne Weiteres den Verdacht begründeten, anderen Gläubigern werde in ungebührlicher Weise die Haftungsgrundlage entzogen (BT-Drucks. 18/7054, S. 10, 21). § 3 Abs. 2 AnfG soll sowohl für kongruente als auch für inkongruente Deckungshandlungen gelten (BT-Drucks. 18/7054, S. 13, 21). Hingegen will der Gesetzgeber „die paradigmatischen Fälle der Vorsatzanfechtung wie zum Beispiel Bankrotthandlungen und Vermögensverschiebungen“ unverändert der langen Frist des § 3 Abs. 1 AnfG unterwerfen (BT-Drucks. 18/7054, S. 13, 21).

**49 c)** Die Bewilligung der Vormerkung zugunsten der Kläger stellt die Gewährung einer Sicherung im Sinne von § 3 Abs. 2 AnfG dar. Eine Sicherung ist eine Rechtsposition, die geeignet ist, die Durchsetzung des Anspruchs, für den sie eingeräumt ist und der fortbesteht, zu erleichtern. Unter diesen weit zu verstehenden Begriff fallen sämtliche Arten von Sicherheiten, gleichgültig, ob gesetzlich oder vertraglich begründet (zu § 130 InsO: MünchKomm-InsO/Kayser/Freudenberg, § 130 Rdnr. 8; Kübler/Prütting/Bork/Schoppmeyer, InsO, 2013, § 130 Rdnr. 21; Uhlenbruck/Borries/Hirte, InsO, § 130 Rdnr. 9). Darunter fällt auch die Gewährung einer Vormerkung nach §§ 883 ff BGB. Entscheidend sind Wirkung und Zweck der Vormerkung, die darauf abzielt, dem Gläubiger für seinen bloß schuldrechtlichen Anspruch eine Rechtsposition zu verschaffen, die seinen späteren Rechtsenerwerb vor Beeinträchtigungen schützt (vgl. Kübler/Prütting/Bork/Schoppmeyer, InsO, § 130 Rdnr. 23 m. w. N.).

**50 d)** Im Hinblick auf den Willen des Gesetzgebers, die paradigmatischen Fälle der Vorsatzanfechtung unverändert der zehnjährigen Anfechtungsfrist zu unterwerfen (vgl. BT-Drucks. 18/7054, S. 13) muss bei der Anfechtung einer Sicherung in den Blick genommen werden, ob der Rechtsgrund der gewährten Sicherung seinerseits in einer die Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung erfüllenden Weise begründet worden ist. Daher ist der Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 AnfG hinsichtlich der gewährten Deckung auch jenseits des Vierjahreszeitraumes jedenfalls dann eröffnet, wenn das der angefochtenen Leistung zugrunde liegende Grundgeschäft die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung nach § 3 Abs. 1 AnfG erfüllt.

**51 e)** Gemessen hieran kann die verkürzte Frist des § 3 Abs. 2 AnfG nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Vortrag der Beklagten der Anfechtung nicht entgegengehalten werden. Revisionsrechtlich ist davon auszugehen, dass der Schuldner bereits bei Abgabe des Kaufvertrags-

angebotes die Absicht hatte, das nicht wertausschöpfend belastete Grundstück dem Zugriff seiner Gläubiger – insbesondere den Beklagten – zu entziehen und sich nur zu diesem Zweck verpflichtet hat, das Grundstück auf die Kläger zu übertragen. Von dieser Absicht sollen die Kläger nach der unter Beweis gestellten Behauptung der Beklagten schon bei Abgabe des Kaufvertragsangebotes durch den Schuldner Kenntnis gehabt haben. Auch die Annahmeerklärung haben die Kläger danach nur abgegeben, um dem Schuldner dabei zu helfen, seinen Gläubigern das Grundstück zu entziehen. Auf dieser Grundlage lässt sich eine Anfechtbarkeit der Grundstücksübertragung nach § 3 Abs. 1 AnfG nicht ausschließen.

**52 2.** Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden, weil sich das Berufungsgericht noch nicht mit den Berufungsangriffen der Beklagten dagegen befasst hat, dass die Kläger nach den Feststellungen des LG keine Kenntnis von einem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners hatten.

**53 V.** Für die wiedereröffnete Berufungsinstanz weist der Senat auf Folgendes hin:

**54 1.** Das Berufungsgericht wird sich erneut mit der Frage einer wertausschöpfenden Belastung des Grundbesitzes befassen müssen, weil hiervon abhängt, ob durch die Eigentumsübertragung eine objektive Gläubigerbenachteiligung eingetreten ist (vgl. § 1 Abs. 1 AnfG). Ebenso wird es darauf ankommen, ob und ggf. in welchem Umfang in der Eigentumsübertragung eine unentgeltliche Leistung des Schuldners gelegen hat. Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung kann die Unentgeltlichkeit – ebenso wie ein etwaiges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung – indizielle Bedeutung bei der Feststellung der subjektiven Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 AnfG haben, wenn es sich – wie hier – um einen Vertrag zwischen nahestehenden Personen handelt. Insoweit wird sich das Berufungsgericht auch erneut mit dem Gutachten des Sachverständigen R und dem von den Klägern vorgelegten Privatgutachten auseinandersetzen und sie einer kritischen Würdigung unterziehen müssen. Da lediglich eine pauschale Bezugnahme auf schriftliche Unterlagen und Protokolle erfolgt ist, lässt die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts entgegen § 286 ZPO nicht erkennen, dass eine der Sache entsprechende Beurteilung stattgefunden hat. Warum das Berufungsgericht insbesondere mit dem Sachverständigen R davon ausgeht, dass der Verkehrswert dem im Zwangsversteigerungsverfahren erzielbaren Erlös „unzweifelhaft“ entspricht, wird nicht in revisionsrechtlich überprüfbarer Weise begründet. Von einer Übereinstimmung beider Werte kann aber nicht ohne Weiteres ausgegangen werden.

**55 2.** Das Berufungsgericht wird ggf. die Angaben der Kläger erneut zu würdigen haben, um feststellen zu können, ob ein beiderseitiger Irrtum über die Werthaltigkeit der im Kaufvertrag vereinbarten Gegenleistung vorgelegen hat. Hierbei wird allein aus der Erklärung der Klägerin zu 1, sie habe sich keine Gedanken über den Wert des Hausgrundstücks gemacht, nicht ohne Weiteres der Schluss gezogen werden können, von ihrem Vorstellungsbild sei damit auch

das vom Berufungsgericht bislang angenommene extreme Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung umfasst gewesen. Das Berufungsgericht wird auch erneut zu überprüfen haben, ob eine Vernehmung des von Klägerseite benannten Zeugen B veranlasst ist. Hat der Schuldner in Abstimmung mit den Klägern den behaupteten ergebnisoffenen Auftrag zur Wertermittlung erteilt, waren sämtliche oder einzelne Vertragsparteien möglicherweise der Auffassung, das Grundstück werde zu einem marktgerechten Preis veräußert. Zumindest wäre ein solcher Umstand im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Benedikt Jugl**, LL.M. (Cambridge), Naila

Im Zentrum der Entscheidung des IX. Zivilsenats des BGH steht die Frage, ob für die Anfechtung einer unentgeltlichen Übertragung nach dem AnfG der Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung im Grundbuch oder bereits der Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung relevant ist bzw. die Stellung des jeweiligen Antrags. Nun ließe sich diese Frage mit einem Blick ins Gesetz eigentlich recht schnell beantworten, sagt § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG doch eindeutig, dass es bei der Eintragung eines Rechts im Grundbuch im Falle einer Vormerkung auf die Stellung des Antrags auf Eintragung der Vormerkung ankommt. Doch so einfach machte es das OLG Koblenz dem BGH hier nicht.

#### 1. Die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen nach dem AnfG

Das AnfG beschäftigt den Notar üblicherweise in der täglichen Praxis nur wenig, sodass es sich lohnt, kurz einen Blick auf die wichtigsten Vorschriften zu werfen, soweit sie für unseren Fall relevant sind. Gemäß § 1 AnfG können Rechtshandlungen eines Schuldners, die seine Gläubiger benachteiligen, außerhalb des Insolvenzverfahrens nach den Vorschriften des AnfG durch die nach § 2 AnfG Anfechtungsberechtigten angefochten werden. Der Anfechtungsanspruch kann dabei nicht nur durch Klageerhebung i. S. v. § 13 AnfG, sondern gemäß § 9 AnfG auch im Wege der Einrede geltend gemacht werden. Bei den Anfechtungsgründen ist zu unterscheiden: § 4 Abs. 1 AnfG regelt die sog. Schenkungsanfechtung,<sup>1</sup> wonach eine unentgeltliche Leistung angefochten werden kann, es sei denn, sie ist früher als vier Jahre vor der Anfechtung vorgenommen worden (oder ein gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk geringen Werts, § 4 Abs. 2 AnfG). Unabhängig davon kann eine Anfechtung nach § 3 AnfG (sog. Vorsatzanfechtung) bei vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung sogar bis zu zehn Jahre lang erfolgen. Weitere Anfechtungstatbestände enthalten die §§ 5, 6 und 6a AnfG. Die Rechtsfolgen einer erfolgreichen Anfechtung bestimmt dann § 11 AnfG.

<sup>1</sup> Zu dieser Terminologie *Huber*, AnfG, 12. Aufl. 2021, § 4 Rdnr. 1, 14 ff.

Ob und inwieweit auch ohne konkrete Anhaltspunkte für eine Gläubigerbenachteiligung notarielle Belehrungspflichten über die Anfechtbarkeit nach dem AnfG (und/oder der InsO) bestehen, ist umstritten.<sup>2</sup> Auch wenn die wohl herrschende Meinung solche ablehnt, da eine mögliche Anfechtbarkeit nichts an der Wirksamkeit der Erklärungen in der notariellen Urkunde ändert,<sup>3</sup> empfiehlt es sich dennoch, einen entsprechenden Hinweis zumindest bei unentgeltlichen Übertragungen in die Urkunde aufzunehmen,<sup>4</sup> da diese eben unabhängig von einer vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung angefochten werden können.

## 2. Der Anfechtungsschutz der Vormerkung

Entscheidend für die Anfechtbarkeit ist neben der Frage der Gläubigerbenachteiligung also wegen den Anfechtungsfristen insbesondere der Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung, die angefochten werden soll. Wann eine Rechtshandlung im Sinne des AnfG vorgenommen worden ist, regelt § 8 AnfG. Nach § 8 Abs. 1 AnfG ist das grundsätzlich der Zeitpunkt, in dem ihre rechtlichen Wirkungen eintreten. Dies wäre bei einer Veräußerung von Grundeigentum der Vollzug der Auflassung im Grundbuch, § 873 Abs. 1 BGB. § 8 Abs. 2 Satz 1 AnfG bestimmt aber für Registergeschäfte, dass es bereits auf den Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Rechtsänderung (also bei Grundstücksübertragungen auf den Zeitpunkt des Eingangs des Antrags auf Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt, § 873 Abs. 2, § 878 BGB) ankommt, wenn die übrigen Voraussetzungen für das Wirksamwerden des Rechtsgeschäfts erfüllt sind, die Einigungserklärung für den Schuldner bindend geworden ist und der andere Teil den Antrag auf Eintragung gestellt hat. Und § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG verlagert diesen Zeitpunkt noch weiter nach vorne, indem er festlegt, dass bei vormerkungsgesicherten Ansprüchen an die Stelle des Antrags auf Rechtsänderung der Antrag auf Eintragung der Vormerkung tritt.

Beide Ausnahmen zur Grundregel des § 8 Abs. 1 AnfG verlangen aber, dass der andere Teil den Antrag stellt und dadurch eine gesicherte Rechtsposition erhält; die Fortsetzung des Eintragungsverfahrens also alleine von ihm abhängt. Eine reine Antragstellung durch den Notar i. S. v. § 15 Abs. 2 GBO für die Beteiligten reicht daher wegen § 24 Abs. 3 BNotO ebenso wenig aus<sup>5</sup> wie ein aufgrund erteilter Vollzugsvollmacht für die Beteiligten gestellter Antrag, wenn der Notar dabei auch ermächtigt wurde, Anträge wieder zurückzunehmen.<sup>6</sup> Regelmäßig ist daher erst der Zeitpunkt der Eintragung der Rechtsänderung bzw. der Vormerkung relevant für den Anlauf der Anfech-

tungsfristen.<sup>7</sup> § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG passt dabei ins gesetzliche Gefüge des Erwerberschutzes durch Vormerkungseintragung bzw. entsprechende Antragstellung. So bestimmt § 883 Abs. 2 BGB, dass eine Verfügung, die nach der Eintragung einer Vormerkung vorgenommen wird, insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, und dies auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Insolvenzverwalter erfolgt. Diese Sicherungswirkung der Vormerkung führt dazu, dass eine vormerkungswidrige Eintragung im Grundbuch dieses zwar nicht unrichtig macht, jedoch ein Anspruch des Vormerkungsberechtigten auf Löschung derselben nach § 888 Abs. 1 BGB besteht und ist einer der Gründe, warum die Kaufpreisfälligkeit im notariellen Vertrag von der Eintragung einer Vormerkung abhängig gemacht wird. Auch die InsO gewährt umfassenden Schutz durch Eintragung einer Vormerkung. So ist nicht nur § 140 InsO wortlautgleich zu § 8 AnfG. Auch § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO regelt, dass ein Gläubiger Befriedigung verlangen kann, wenn eine Vormerkung an einem Grundstück im Grundbuch eingetragen ist, selbst wenn das Grundstück in die Insolvenzmasse fällt, und der Insolvenzverwalter dann verpflichtet ist, die Auflassung zu erklären. Die Vormerkung ist also auch für die Insolvenz des Veräußerers ein wirksames Sicherungsmittel, um den Erwerber eines Grundstücks bereits für die Zeit bis zur Eigentumsumschreibung und frühestmöglich abzusichern und ihr Schutz erstreckt sich dabei auch auf künftige Ansprüche.<sup>8</sup>

## 3. Die Entscheidung des BGH

Ausgangspunkt der zu besprechenden Entscheidung war nunmehr eine Klage auf Löschung von Zwangssicherungshypotheken gemäß § 883 Abs. 2, § 888 Abs. 1 BGB. Dieser Klage hielten die Beklagten die Einrede der Anfechtbarkeit gemäß § 9 AnfG entgegen, da die an die Kläger erfolgte Schenkung nach § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 AnfG anfechtbar sei und erhoben zugleich Widerklage auf Duldung der Zwangsvollstreckung nach § 1147 BGB.

Die Besonderheiten in dem vorliegenden Fall bestanden darin, dass das streitgegenständliche Grundstück an die Kläger von deren Sohn zum einen im Wege von Angebot und Annahme veräußert und zum anderen statt eines Kaufpreises vereinbart wurde, dass die Kläger Forderungen gegen ihren Sohn nebst Grundschulden übernehmen sollten. Der Wert der übernommenen Belastungen war dabei weit unter dem Verkehrswert des übertragenen Grundstücks, sodass eine teilweise unentgeltliche Leistung vorlag. Das Angebot wurde bereits vor mehr als vier Jahren vor dem Anfechtungszeitpunkt abgegeben und kurz darauf auch eine Vormerkung für die Kläger eingetragen. Die Annahme mit Erklärung der Auflassung, zu der die Kläger im Angebot bevollmächtigt wurden, wurde dagegen erst deutlich später und innerhalb der Vierjahres-

2 Vgl. *Huber*, AnfG, Einf. Rdnr. 29 f.

3 *Ganter*, DNotZ 2004, 421, 424; *Schilling*, MittBayNot 2002, 347, 352.

4 So auch *Reul/Heckschen/Wienberg*, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2018, § 10 Rdnr. 70.

5 *Huber*, AnfG, § 8 Rdnr. 12.

6 BGH, Urteil vom 19.05.2009, IX ZR 129/06, MittBayNot 2010, 228, 231 f. m. Anm. *Huber*.

7 *Huber*, AnfG, § 8 Rdnr. 13.

8 BGH, Urteil vom 14.09.2001, V ZR 231/00, DNotZ 2002, 275 m. Anm. *Preuß*.

frist erklärt und dementsprechend die Eigentumsumschreibung auch erst dann im Grundbuch vorgenommen. Entscheidungserheblich war deshalb die Frage, ob bereits die Eintragung der Vormerkung oder erst die Auflassung die Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung war.

Hier hätte die Prüfung nach dem bisher Gesagten bereits zu Ende sein können, hätte das OLG Koblenz als Berufungsgericht (entgegen dem LG Mainz als Ausgangsgericht) nicht angenommen, dass der Vormerkungsschutz des § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG in solchen Fällen einer teleologischen Reduktion bedürfe, in denen ein auf einem unentgeltlichen Grundgeschäft beruhender Auflassungsanspruch vorliege. In solchen Fällen sei nicht auf die Vormerkung, sondern frühestens auf den Zeitpunkt der Auflassung abzustellen, denn erst dann sei eine gesicherte Rechtsstellung des Erwerbers gegeben.

Wie kam nun das OLG zu dieser Einschätzung? Zu § 106 Abs. 1 InsO gibt es eine durchaus beachtliche Meinung in der Literatur, die vertritt, dass der mit dieser Norm verbundene Schutz dann nicht greifen solle, wenn ein unentgeltliches Grundgeschäft vorliege.<sup>9</sup> Wesentliches Argument für diese Ansicht ist, dass der Schuldner ansonsten leicht Grundstücke der Insolvenzmasse (oder hier der Anfechtbarkeit) entziehen könne, wenn er nur vormerkungsgesicherte Schenkungsversprechen an Nahestehende abgebe.<sup>10</sup> Dieser Argumentation ist das OLG gefolgt und hat sie auf § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG angewandt.

Den BGH überzeugt dies jedoch nicht und er schließt sich der Gegenmeinung an, die insbesondere mit dem Wortlaut argumentiert.<sup>11</sup> Geradezu schulbuchmäßig untersucht der Senat § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG mit den gängigen Auslegungsmethoden und legt überzeugend dar, dass es keinen Grund gebe, den Anwendungsbereich der Norm insoweit einzuschränken. Dabei stellt er zunächst auf den Wortlaut der Norm ab, der nicht zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Grundgeschäften differenziiert. Auch systematisch gebe es dafür keinen Anlass, da § 8 Abs. 2 AnfG generelle Ausnahmen zur Grundregel des § 8 Abs. 1 AnfG für Registergeschäfte und vormerkungsgesicherte Ansprüche aufstelle. Ausführlich beschäftigt sich der Senat sodann mit Sinn und Zweck der Norm. Rechtsgedanke derselben sei, dass sich der Vornahme- und Wirkungszeitpunkt einer angefochtenen Rechtshandlung danach bestimme, wann der Anfechtungsgegner eine gesicherte Rechtsstellung erlangt habe. Dies sei mit Eintragung der Vormerkung bzw. mit Eingang des Antrags auf Eintragung beim Grundbuchamt aber der Fall, da die Eigentumsumschreibung dann nicht mehr ohne

Zutun des Erwerbers verhindert werden könne. Dabei stellt der Senat auch auf § 106 InsO ab und erteilt der in der Literatur vertretenen Ansicht zur Einschränkung des Vormerkungsschutzes bei unentgeltlichen Grundgeschäften eine klare Absage. Auch dieser biete keinen Anhaltspunkt, um zwischen entgeltlich und unentgeltlich erworbenen Ansprüchen zu differenzieren. Vielmehr sei ein Gleichlauf beim Vormerkungsschutz zwischen § 883 Abs. 1 BGB und der Insolvenzfestigkeit des § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO geboten und für § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG (und § 140 Abs. 2 Satz 2 InsO) dürfe nichts anderes gelten. Schließlich gebe auch die Historie keinen Anlass für eine teleologische Reduktion. Der Gesetzgeber habe bei der Neufassung des AnfG mit § 8 Abs. 2 AnfG bewusst eine Norm geschaffen, die von der bis dahin ergangenen Rechtsprechung<sup>12</sup> zum Vornahmezeitpunkt abweiche.

Somit war im vorliegenden Fall die Anfechtungsfrist des § 4 Abs. 1 AnfG bereits abgelaufen. Möglich könne zwar dennoch eine Vorsatzanfechtung nach § 3 Abs. 1 AnfG sein, dessen Anwendungsbereich eröffnet sei, wenn dessen Voraussetzungen vorlägen, was jedoch vom Senat nicht festgestellt werden konnte und er die Sache deswegen an das Berufungsgericht zurückverweisen musste.

#### 4. Fazit

Die Entscheidung des IX. Zivilsenats des BGH überzeugt. Unter Anwendung der gängigen Auslegungsmethoden stellt er zurecht fest, dass es keinen überzeugenden Grund gibt, den Vormerkungsschutz bei § 8 Abs. 2 Satz 2 AnfG einzuschränken und hinter den anderer Normen zurückfallen zu lassen.

Erfreulich aus Sicht der notariellen Praxis ist, dass die Bedeutung der Vormerkung und deren Sicherheitscharakter dadurch weiter gestärkt werden. Es sollte daher auch in Fällen von teil- oder unentgeltlichen Übertragungen stets überlegt werden, ob die Eintragung einer Vormerkung zum Schutz des Erwerbers nicht doch Sinn ergibt, insbesondere, wenn ein erheblicher zeitlicher Abstand bis zur Eigentumsumschreibung zu erwarten ist.

<sup>12</sup> BGH, Urteil vom 19.12.1994, II ZR 10/94, MittBayNot 1995, 234; Urteil vom 19.11.1998, IX ZR 116/97, NJW 1999, 643.

<sup>9</sup> MünchKomm-InsO/Kayser/Freudenberg, 4. Aufl. 2019, § 129 Rdnr. 61; Uhlenbruck/Borries/Hirte, InsO, 15. Aufl. 2019, § 140 Rdnr. 38; Andres/Leithaus, InsO, 4. Aufl. 2018, § 106 Rdnr. 3.

<sup>10</sup> MünchKomm-InsO/Kayser/Freudenberg, § 129 Rdnr. 61.

<sup>11</sup> Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, § 2 Rdnr. 123; Reul, DNotZ 2007, 649, 659; Kübler/Prütting/Bork/Tintelnot, InsO, Stand: August 2021, § 106 Rdnr. 36 f.; Gerhard, ZIP 1988, 749, 751.

## BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

### 16. Zum Verstoß des Notars gegen das Gebot der Unparteilichkeit bei Einreichung eines Eintragungsantrags abweichend von der Urkunde im Namen eines Beteiligten ohne Information des anderen Beteiligten

BGH, Beschluss vom 16.11.2020, NotSt(Brfg) 3/20  
(Vorinstanz: OLG Celle, Beschluss vom 12.03.2020, Not 15/19)

*BeurkG § 53*  
*BNotO § 14 Abs. 1 Satz 2*  
*GBO § 15 Abs. 2*

#### LEITSÄTZE:

1. Der Notar bleibt nach § 53 BeurkG zum Vollzug der von ihm beurkundeten Willenserklärungen auch dann verpflichtet, wenn ein Beteiligter nachträglich seinen Willen ändert und den vom Notar nur in seinem Namen gestellten Eintragungsantrag beim Grundbuchamt wirksam wieder zurücknimmt. Ein einseitiger Widerruf einer Vollzugsanweisung ist demnach regelmäßig unbeachtlich. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Enthält ein Kaufvertrag ausdrücklich lediglich den Antrag des Käufers auf Eintragung der Rechtsänderung nebst entsprechender Bewilligung des Verkäufers, verletzt der Notar seine Pflicht zu unabhängiger und unparteiischer Betreuung, wenn er nach Rücknahme des Antrags durch den Käufer nunmehr in Abweichung von der notariellen Urkunde einen Antrag auf Umschreibung im Namen des Verkäufers stellt, ohne den Käufer hierüber informiert zu haben. (Leitsatz der Schriftleitung)

## ÖFFENTLICHES RECHT

### 17. Angemessenheit eines öffentlichrechtlichen Vertrags im städtebaulichen Sanierungsrecht

BVerwG, Urteil vom 18.05.2021, 4 C 6.19 (Vorinstanz: VGH München, Urteil vom 12.11.2018, 15 B 17.2006)

*BauGB § 11 Abs. 2, § 144 Abs. 2 Nr. 3, § 145 Abs. 2, § 153 Abs. 2, § 155 Abs. 1 Nr. 3, § 155 Abs. 6*

#### LEITSÄTZE:

1. Bei städtebaulichen Verträgen über Sanierungsmaßnahmen kommt zur Konturierung des Gebots der Angemessenheit im Sinne von § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB eine Orientierung am gesetzlichen Leitbild des Sanierungsrechts in Betracht. Angesichts der Offenheit des Sanierungsrechts für vertragliche Regelungen ist ein Vertrag nicht schon dann unangemessen, wenn er von den gesetzlichen Vorschriften abweicht. Zwischen dem gesetzlichen Leitbild und den vertraglichen Regelungen darf aber kein unauflösbarer Wertungswiderspruch bestehen.

2. Die Anrechnungsvorschrift des § 155 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 2 BauGB ist nicht anwendbar, wenn der Eigentümer das Grundstück von einem Dritten zu einem sanierungsbeeinflussten Wert gekauft hat, ohne dass die Bodenwerterhöhungen durch eigene Leistungen des Verkäufers herbeigeführt worden sind.
3. Die Kaufpreisprüfung nach den § 144 Abs. 2 Nr. 3, § 145 Abs. 2, § 153 Abs. 2 BauGB dient nicht dem Schutz des Erwerbers vor einem zu hohen Kaufpreis, sondern den Sanierungszielen und der Absicherung der Ausgleichsbeträge.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

11. Der Kläger begehrt die Zahlung von 8,5 Millionen € nebst Zinsen aus abgetretenem Recht von der Beklagten.

2 Die Zedentin – die Firma F GmbH & Co KG, im Folgenden: Fa. F – kaufte mit notariellem Vertrag vom 12.01.2000 von der Bundesrepublik Deutschland (Bundesfinanzverwaltung) zwei ehemalige US-Wohnsiedlungen („S“ und „C“), die im Geltungsbereich der Sanierungssatzung „Pfersee Nord“ der Beklagten vom 30.10.1998 in der geänderten Fassung vom 03.12.1999 liegen. Die Kaufpreise in Höhe von 38,7 Millionen DM und 33 Millionen DM berücksichtigten (preiserhöhend), dass die Bundesrepublik Deutschland die Fa. F von der Verpflichtung zur Zahlung künftiger sanierungsrechtlicher Ausgleichsbeträge an die Beklagte freistellte.

3 Am 07.02.2000 und am 30.11.2000 schloss die Fa. F mit der Beklagten städtebauliche Verträge, in denen sie sich – im Hinblick auf die seinerzeit in Aufstellung befindlichen Bebauungspläne Nr. 284 (Gebiet S) und 283 (Gebiet C) – zur Durchführung näher bezeichneter städtebaulicher Maßnahmen auf eigene Kosten verpflichtete. Bei diesen Maßnahmen handelte es sich im Wesentlichen um Erschließungsmaßnahmen (Straßen, Kanal, Wasser, Heizenergieversorgung). Der Vertrag vom 07.02.2000 enthält ferner die Erklärung der Beklagten, dass sie den notariellen Kaufvertrag zwischen der Fa. F und der Bundesrepublik Deutschland vom 12.01.2000 sanierungsrechtlich vorweg genehmige. In dem Vertrag vom 30.11.2000 wird der künftige Weiterverkauf der sanierten Wohnungen vorab genehmigt. Dieser Vertrag schließt eine Kostenerstattung im Sinne von § 155 Abs. 6 BauGB ausdrücklich aus.

4 Am 30.11.2000 vereinbarten die Beklagte und die Bundesrepublik Deutschland die Ablösung der Ausgleichsbeträge in Höhe von insgesamt 2,341 Millionen DM (= 1196.935 €).

5 Nach Angaben des Klägers wandte die Fa. F in der Folgezeit sanierungsbedingt rund 64,6 Millionen € auf. Am 12.10.2007 trat sie ihre Ansprüche aus dem Kaufvertrag und den städtebaulichen Verträgen an den Kläger ab.

6 Der Kläger meint, die Fa. F sei unzulässig „doppelt belastet“ worden, indem sie mit dem Kaufpreis die sanierungsbedingte Bodenwerterhöhung bezahlt und zugleich die Sanierungskosten übernommen habe. Nachdem seine (Teil-)Klage auf Zahlung von 8,5 Millionen € gegen die Bundesrepublik Deutschland bei den Zivilgerichten erfolglos geblieben war, wandte er sich an die Beklagte, die eine Zah-

lung ebenfalls ablehnte. Das Verwaltungsgericht wies seine daraufhin erhobene Klage ab.

**7** Der VGH hat die Berufung zurückgewiesen: Der Kläger habe keine vertraglichen oder sonstigen Zahlungsansprüche gegen die Beklagte. Ansprüche im Sinne von § 155 Abs. 6 BauGB seien ausdrücklich bzw. konkludent ausgeschlossen worden. Die Verträge seien weder ganz noch teilweise unwirksam oder ergänzungsbedürftig. Es sei nicht unbillig, dass die Fa. F die städtebaulichen Maßnahmen auf eigene Kosten durchführe, denn sie sei im Gegenzug von der Verpflichtung zur Zahlung des Ausgleichsbetrags freigestellt worden. Die von dem Kläger vermisste Möglichkeit, mit den Aufwendungen der Fa. F auf den Ausgleichsbetrag anzurechnen, sei so bereits in vollem Umfang erfüllt worden. Eine „doppelte Belastung“ der Fa. F liege möglicherweise in der Zahlung eines zu hohen Kaufpreises an die Bundesrepublik Deutschland. Die Kaufpreisverhandlungen lägen jedoch allein im Verantwortungsbereich der Fa. F. Die Beklagte habe den Kaufvertrag sanierungsrechtlich genehmigen dürfen. Auch der hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf Vertragsanpassung scheide danach aus.

**8** Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. Er habe einen öffentlichrechtlichen Anspruch auf Erstattung der von der Fa. F aufgewandten Sanierungskosten aus abgetretenem Recht, weil die städtebaulichen Verträge unwirksam seien. Die Fa. F habe bereits mit dem Kaufpreis den sanierungsbedingten Endwert bezahlt. Die in den städtebaulichen Verträgen vereinbarte Belastung mit den Sanierungskosten sei daher unangemessen. Jedenfalls aber ergebe sich ein Anspruch auf Kostenerstattung bei zutreffender Auslegung der Verträge bzw. ein Anspruch auf entsprechende Vertragsanpassung auf der Grundlage der darin vereinbarten salvatorischen Klauseln.

**9** Die Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil.

**10** Der Beigeladene hat sich nicht geäußert.

**11** II. Die Revision ist unbegründet. Das angefochtene Urteil verstößt nicht gegen revisibles Recht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 und 2 VwGO).

**12** Der Kläger hat weder vertragliche noch gesetzliche Ansprüche auf Kostenerstattung gegen die Beklagte aus abgetretenem Recht.

**13** 1. Nach der Auslegung durch das Berufungsgericht ergeben sich aus den städtebaulichen Verträgen keine Ansprüche der Fa. F auf Kostenerstattung gegen die Beklagte (...). Erstattungsansprüche nach § 155 Abs. 6 BauGB seien darin ausdrücklich oder konkludent ausgeschlossen worden. § 2 Nr. 8 Abschnitt C des Vertrags vom 07.02.2000 ändere daran nichts, weil es sich dabei um eine einseitige Erklärung der Fa. F zur Verwendung des Ausgleichsbetrags handele. Nach dem Inhalt der Verträge habe die Fa. F das unternehmerische Risiko für den wirtschaftlichen Erfolg ihrer Projekte allein tragen sollen.

**14** An diese Auslegung ist der Senat gebunden. Bei der Ermittlung des gewollten Inhalts von Verträgen handelt es sich um Tatsachenfeststellungen, die das Revisionsgericht nach Maßgabe von § 137 Abs. 2 VwGO binden. Die Bin-

dung tritt – vorbehaltlich erfolgreicher Verfahrensrügen – nur dann nicht ein, wenn die vom Tatsachengericht vorgenommene Auslegung einen Rechtsirrtum oder einen Verstoß gegen allgemeine Erfahrungssätze, Denkgesetze oder gesetzliche Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) erkennen lässt (st. Rspr., vgl. BVerwG, Urteil vom 30.05.2012, 9 C 5.11, Buchholz 406.11 § 246a BauGB Nr. 1 Rdnr. 30 m. w. N.).

**15** a) Die gegen die Vertragsauslegung erhobenen Verfahrensrügen greifen nicht durch.

**16** aa) Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist nicht dargetan.

**17** Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein Gericht das Beteiligtenvorbringen zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat. Deshalb müssen im Einzelfall besondere Umstände deutlich machen, dass nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts entscheidungserhebliches Tatsachenvorbringen eines Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder doch bei der Entscheidung nicht erwogen worden ist (st. Rspr., vgl. BVerwG, Urteil vom 18.12.2014, 4 C 35.13, NVwZ 2015, 656 Rdnr. 42 m. w. N.). Das zeigt die Revision nicht auf.

**18** Der Kläger vermisst Ausführungen zur Anrechnungsregelung des § 155 Abs. 1 Nr. 3 BauGB. Das führt nicht auf einen Gehörsverstoß. Das Berufungsgericht hat sein Vorbringen, die Fa. F sei durch Übernahme der Sanierungskosten und Zahlung eines sanierungsbeeinflussten Kaufpreises zu Unrecht „doppelt“ belastet worden, zur Kenntnis genommen (...). Es hat ihm aber im Hinblick auf das Verhältnis der Fa. F zur Beklagten keine rechtliche Bedeutung beigemessen (...). Gleiches gilt für die Rüge, das Berufungsgericht habe übergangen, dass die Ausgleichsbeträge nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien von der Bundesrepublik Deutschland hätten entrichtet werden sollen (...). Schließlich trifft nicht zu, dass das Berufungsgericht über die Genehmigung des Kaufvertrags im städtebaulichen Vertrag vom 07.02.2000 hinweggesehen hat. Es hat daraus aber keine rechtliche Verantwortung der Beklagten für die Höhe des Kaufpreises hergeleitet (...).

**19** bb) Die Rüge, das Urteil sei nicht mit Gründen versehen (§ 138 Nr. 6 VwGO), geht fehl. An diesem Mangel leidet ein Urteil erst dann, wenn die Entscheidungsgründe vollständig oder zu wesentlichen Teilen des Streitgegenstandes fehlen oder rational nicht nachvollziehbar, sachlich inhaltslos oder aus sonstigen Gründen derart unbrauchbar sind, dass sie unter keinem denkbaren Gesichtspunkt geeignet sind, den Urteilstenor zu tragen (st. Rspr., vgl. nur BVerwG, Beschlüsse vom 21.04.2015, 7 B 9.14, Buchholz 451.222 § 3 BBodSchG Nr. 3 Rdnr. 25 und vom 06.11.2019, 4 B 52.18, juris Rdnr. 9). Dafür ist nichts ersichtlich.

**20** b) Die Auslegung der Verträge durch das Berufungsgericht ist nach Maßgabe der o. g. Grundsätze nicht zu beanstanden.

**21** Nach der revisiblen Auslegungsregel des § 133 BGB ist bei der Auslegung von Willenserklärungen nicht der innere, sondern der erklärte Wille maßgebend, wie ihn der Adres-

sat bei objektiver Würdigung verstehen konnte (st. Rspr., vgl. BVerwG, Urteil vom 20.03.2003, 2 C 23.02, Buchholz 316 § 54 VwVfG Nr. 14 S. 3 f. m. w. N.). Eine sachgerechte Vertragsauslegung hat zudem den gesamten Wortlaut der getroffenen Vereinbarung in den Blick zu nehmen (BVerwG, Urteil vom 19.01.1990, 4 C 21.89, BVerwGE 84, 257, 265). Diesen Anforderungen wird die Auslegung des Berufungsgerichts gerecht. Es hat weder den Wortlaut der schriftlichen Vereinbarung noch deren tatsächlichen Sinn und Regelungsgehalt verfehlt oder unstrittigen Prozessstoff zur Klärung des rechtlich Gewollten nicht berücksichtigt.

**22** Der Einwand des Klägers, bei der Bewertung von § 2 Nr. 8 Abschnitt C des Vertrags vom 07.02.2000 als einseitiger Erklärung der Fa. F habe das Berufungsgericht die beiderseitigen Vereinbarungen in Abschnitt B § 5 zur Übernahme der sanierungsrechtlichen Ausgleichsbeträge durch die Bundesrepublik Deutschland übersehen, greift nicht durch. Das Berufungsgericht hat geprüft, ob sich aus den städtebaulichen Verträgen Erstattungsansprüche der Fa. F gegen die Beklagte ergeben. Seine Auslegung, dass die Verträge dafür vor allem mit Blick auf die Regelung zur Kostentragung des Bauwerbers in § 1 Nr. 3 Abschnitt C und den Ausschluss von Erstattungsansprüchen nach § 155 Abs. 6 BauGB in § 3 Abschnitt D des Vertrags vom 30.11.2000 nichts hergeben (...), ist nachvollziehbar und vertretbar. Der Kläger selbst ist nach seinen Einlassungen (...) bei Abschluss der städtebaulichen Verträge von einem etwaigen Erstattungsanspruch der Fa. F gegen die Bundesrepublik Deutschland ausgegangen und hat dementsprechend zunächst gegen diese (erfolglos) Klage vor den Zivilgerichten erhoben.

**23** 2. Gesetzliche Erstattungsansprüche hat das Berufungsgericht ebenfalls ohne Verletzung revisiblen Rechts abgelehnt.

**24** Als Anspruchsgrundlagen kommen ein öffentlichrechtlicher Erstattungsanspruch (vgl. BVerwG, Urteil vom 23.08.1991, 8 C 61.90, BVerwGE 89, 7 S. 8 f.), ein selbstständiger Kostenerstattungsanspruch nach § 155 Abs. 6 BauGB (vgl. BVerwG, Beschluss vom 26.03.1985, 4 B 9.85, Buchholz 406.15 § 41 StBauFG Nr. 1 S. 3) oder ein Anspruch aus öffentlichrechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag analog § 683 Satz 1 BGB (vgl. BVerwG, Urteil vom 06.09.1988, 4 C 5.86, BVerwGE 80, 170) in Betracht. Welche dieser Anspruchsgrundlagen vorrangig heranzuziehen wäre und ob deren Voraussetzungen im Einzelnen vorliegen, kann auch im Revisionsverfahren dahinstehen. Alle Ansprüche setzen voraus, dass die städtebaulichen Verträge vom 07.02.2000 und 30.11.2000 ganz oder teilweise unwirksam sind. Das ist – wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat – nicht der Fall. Ohne Bundesrechtsverstoß hat es insbesondere eine Nichtigkeit der Verträge wegen eines Verstoßes gegen das Gebot der Angemessenheit der vereinbarten Leistungen (Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG i. V. m. § 134 BGB i. V. m. § 11 Abs. 2 BauGB) verneint.

**25 a)** Gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB müssen die vereinbarten Leistungen eines städtebaulichen Vertrags den gesamten Umständen nach angemessen sein. Mit dem Begriff der Angemessenheit ist das aus dem Rechtsstaats-

prinzip abzuleitende Übermaßverbot angesprochen, dessen Funktion in der Abwehr unverhältnismäßiger Belastungen des Einzelnen durch den Staat liegt (vgl. BVerwG, Urteil vom 24.03.2011, 4 C 11.10, BVerwGE 139, 262 Rdnr. 20 m. w. N.). Das Gebot der Angemessenheit verlangt, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs die Gegenleistung des Vertragspartners der Behörde nicht außer Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert der von der Behörde zu erbringenden Leistung steht und auch sonst keine Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass die Gegenleistung eine unzumutbare Belastung bedeutet (st. Rspr., vgl. BVerwG, Beschluss vom 20.11.2012, 4 B 7.12, ZfBR 2013, 177, 178 m. w. N.). Maßgeblich sind die zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen. Auf den Inhalt von Verträgen, die der private Vertragspartner der Gemeinde mit einem Dritten geschlossen hat, kommt es dagegen grundsätzlich nicht an. Anderes gilt etwa dann, wenn die Gemeinde aus diesen Vereinbarungen beim Abschluss eines städtebaulichen Vertrags zulasten ihres Vertragspartners einen von der Rechtsordnung missbilligten Vorteil zieht.

**26** Zur Konturierung des Gebots der Angemessenheit kommt eine Orientierung am gesetzlichen Leitbild des städtebaulichen Sanierungsrechts in Betracht. Angesichts der Offenheit des Sanierungsrechts für vertragliche Regelungen (vgl. § 146 Abs. 3 Satz 1 BauGB, § 11 Abs. 1 BauGB) ist ein Vertrag nicht schon dann unangemessen, wenn er von den gesetzlichen Vorschriften abweicht. Zwischen dem gesetzlichen Leitbild und den vertraglichen Regelungen darf aber kein unauflösbarer Wertungswiderspruch bestehen.

**27 b)** Nach diesen Maßstäben sind die in den städtebaulichen Verträgen vereinbarten Leistungen nicht unangemessen. Die Verträge stehen nicht in einem unauflösbaren Wertungswiderspruch zu den § 155 Abs. 1 Nr. 2, § 155 Abs. 6 sowie den § 155 Abs. 1 Nr. 3, § 145 Abs. 2 und § 153 Abs. 2 Satz 1 BauGB.

**28 aa)** Die Durchführung von Ordnungsmaßnahmen nach § 147 BauGB und Baumaßnahmen im Sinne von § 148 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BauGB obliegt der Gemeinde. Gemäß § 146 Abs. 3 Satz 1 BauGB kann sie – wie hier die Beklagte – die Durchführung dieser Maßnahmen aber aufgrund eines Vertrages ganz oder teilweise dem Eigentümer überlassen. Der Eigentümer kann die ihm entstandenen Kosten nach § 155 Abs. 1 Nr. 2 2. Hs. BauGB auf den Ausgleichsbetrag anrechnen. Dieser verringert sich kraft Gesetzes um die aufgewandten Kosten, ohne dass es einer Aufrechnungserklärung bedarf (vgl. BVerwG, Beschluss vom 26.03.1985, 4 B 9.85, Buchholz 406.15 § 41 StBauFG Nr. 1 S. 3).

**29** Die Fa. F konnte die Aufwendungen für die übernommenen Sanierungsmaßnahmen nicht nach § 155 Abs. 1 Nr. 2 2. Hs. BauGB anrechnen, weil sie nicht Schuldnerin der Ausgleichsbeträge geworden ist. Gemäß Abschnitt B § 5 der städtebaulichen Verträge sind die Ausgleichsbeträge aufgrund eigenständiger vertraglicher Vereinbarungen von der Bundesrepublik Deutschland zu entrichten. § 5 knüpft an der entsprechenden Vereinbarung in Abschnitt VIII Nr. 3 des Kaufvertrages zwischen der Fa. F und der Bundesrepublik Deutschland vom 12.01.2000 an.

**30** Das ist mit Blick auf das Ziel des § 155 Abs. 1 Nr. 2 2. Hs. BauGB, eine Doppelbelastung des Eigentümers durch Aufwendungen für Sanierungsmaßnahmen einerseits und Ausgleichsbeträge für die dadurch bewirkte Bodenwerterhöhung andererseits zu verhindern, nicht unangemessen. Ausgleichsbetrag und Sanierungsaufwand sind weder zwingend noch regelmäßig gleich hoch. Gemäß § 154 Abs. 1 Satz 1 BauGB bemisst sich der Ausgleichsbetrag nicht nach dem Sanierungsaufwand, sondern nach der Bodenwerterhöhung des jeweiligen Grundstücks. Mehr als eine Verringerung des Ausgleichsbetrages auf 0 € lässt sich mittels Anrechnung nach § 155 Abs. 1 Nr. 2 2. Hs. BauGB nicht erreichen.

Dem entspricht die vertragliche Gestaltung, weil sie die Fa. F von der Zahlung von Ausgleichsbeträgen insgesamt freistellt.

**31 bb)** Weitergehende Kostenerstattungsansprüche im Sinne von § 155 Abs. 6 BauGB für Ordnungsmaßnahmen oder Baumaßnahmen nach § 148 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BauGB sind in den städtebaulichen Verträgen nach den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts ausdrücklich bzw. konkludent ausgeschlossen worden. Das ist nach § 155 Abs. 6 letzter Hs. BauGB zulässig.

**32** Der Kläger meint, ein auf diese Vorschrift gestützter vertraglicher Ausschluss sei jedenfalls dann unangemessen, wenn der Eigentümer mit sehr hohen Sanierungskosten belastet werde. In solchen Fällen müsse der Ausschluss trotz der gesetzlichen Dispositionsermächtigung einer Angemessenheitskontrolle nach § 11 Abs. 2 BauGB unterzogen werden. Dem ist nicht zu folgen.

**33** § 155 Abs. 6 BauGB ist eine Spezialregelung zu § 11 Abs. 2 BauGB. Das Gesetz schöpft über den Ausgleichsbetrag die Bodenwerterhöhung ab und stellt sie dem Aufwand gegenüber. Dabei geht § 155 Abs. 6 BauGB davon aus, dass Aufwand und Bodenwerterhöhung auseinanderfallen können: Maßnahmen mit geringem Kostenaufwand können eine bedeutende Bodenwerterhöhung bewirken und umgekehrt. Das Risiko, dass einem hohen Aufwand keine sanierungsbedingten Vorteile gegenüberstehen, darf auf den Eigentümer überwältigt werden. Er hat den konkreten Aufwand betrieben und konnte Einfluss auf die Kosten nehmen. Dass die überschießenden Kosten beim Eigentümer verbleiben, ist – unabhängig von ihrer Höhe im Einzelfall – auch nicht deshalb unangemessen, weil die von § 155 Abs. 6 BauGB erfassten Maßnahmen keinen privatnützigen Gehalt haben. Der Eigentümer übernimmt die öffentliche Aufgabe im Interesse einer zügigen Sanierung auf der Grundlage einer eigenständigen Entscheidung, die ihm eine gesicherte Kalkulationsgrundlage für seine Investitionen und die Preisgestaltung bei Weiterverkäufen an Endkunden zur Refinanzierung seiner Kosten verschafft. An einer solchen Gestaltung kann ein beiderseitiges wirtschaftliches Interesse besonders dann bestehen, wenn – wie hier – die Maßnahmen einen ungewöhnlichen und weitreichenden Zuschnitt haben und sich die mit den Maßnahmen verbundenen finanziellen Risiken noch nicht vollständig überblicken lassen. Eine Eigenbeteiligung der Gemeinde ist nicht erforderlich (vgl. § 11 Abs. 2 Satz 3 BauGB). Abgesehen

davon oblag der Beklagten nach Abschnitt A § 1 der städtebaulichen Verträge die Durchführung der Bauleitplanung für die betroffenen Gebiete auf eigene Kosten.

**34 cc)** Die städtebaulichen Verträge sind nicht deshalb unangemessen, weil die Fa. F an die Bundesrepublik Deutschland einen – wie der Kläger meint – Kaufpreis über dem Anfangswert gezahlt und die Beklagte den Kaufvertrag in Abschnitt B § 3 des Vertrags vom 07.02.2000 sanierungsrechtlich genehmigt hat. Die § 155 Abs. 1 Nr. 3, § 144 Abs. 2, § 145 Abs. 2 und § 153 Abs. 2 Satz 1 BauGB stehen dieser Vertragsgestaltung nicht entgegen. Aus der Anrechnungsregelung des § 155 Abs. 1 Nr. 3 BauGB und der Preisprüfungspflicht gemäß § 145 Abs. 2, § 153 Abs. 2 Satz 1 BauGB folgt keine Verpflichtung einer Gemeinde, ihren privaten Vertragspartner vor der privatautonomen Vereinbarung eines über dem Anfangswert liegenden Kaufpreises mit einem Dritten zu schützen. Sie muss einen in diesem Sinne „zu hohen“ Kaufpreis daher auch nicht im Rahmen eines mit ihr geschlossenen städtebaulichen Vertrages wirtschaftlich ausgleichen. Dies gilt umso mehr, wenn der Kaufpreis – wie hier – das Ergebnis eines Bieterverfahrens ist.

**35 (1)** Nach § 155 Abs. 1 Nr. 3 BauGB sind auf den Ausgleichsbetrag die Bodenwerterhöhungen des Grundstücks anzurechnen, die der Eigentümer beim Erwerb des Grundstücks als Teil des Kaufpreises in einem den Vorschriften der Nr. 1 und 2 sowie des § 154 BauGB entsprechenden Betrag zulässigerweise bereits entrichtet hat.

**36** Auch diese Vorschrift will eine Doppelbelastung des Eigentümers – in diesem Fall mit einem sanierungsbeeinflussten Kaufpreis und dem Ausgleichsbetrag – verhindern. Ihre Anwendung kommt in zwei Konstellationen in Betracht: Zum einen erfasst sie den Erwerb vom Voreigentümer, für dessen Grundstück ein Anrechnungsfall des Absatzes 1 Nr. 1 und 2 vorliegt. Die danach anrechnungsfähigen Vorteile und Werterhöhungen können sich bei der Veräußerung an einen neuen Eigentümer in der Höhe des Kaufpreises niederschlagen. Die Anrechnungsmöglichkeit muss daher auch dem neuen Eigentümer zugutekommen, weil er anderenfalls durch einen erhöhten Kaufpreis und den höheren Ausgleichsbetrag doppelt belastet würde. Eine solche Konstellation ist hier nicht gegeben. Zum anderen sind die Fälle erfasst, in denen der Eigentümer ein Grundstück von der Gemeinde oder dem Sanierungsträger zum Neuordnungswert nach § 153 Abs. 4 BauGB erworben hat. Damit sind die sanierungsbedingten Bodenwerterhöhungen bereits abgeschöpft, eine doppelte Abschöpfung wird durch die Anrechnung des insoweit anteiligen Kaufpreises ausgeschlossen.

**37** Eine vom Kläger als geboten erachtete Erstreckung der zweiten Alternative auf die Fälle, in denen der Eigentümer das Grundstück wie hier von einem Dritten zu einem sanierungsbeeinflussten Wert gekauft hat, ohne dass die Bodenwerterhöhungen durch eigene Leistungen des Verkäufers herbeigeführt worden sind, scheidet aus (im Ergebnis ebenso Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 155 Rdnr. 10; offengelassen vom OVG Hamburg, Urteil vom 21.06.2016, 3 Bf 54/15, BauR 2017, 247, 259; a. A. Schrödter/Möller, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 155 Rdnr. 13). Sie widerspricht dem Sinn und Zweck der sanierungsrechtli-

chen Vorschriften. Die nach § 154 Abs. 1 BauGB von der Gemeinde abzuschöpfende sanierungsbedingte Bodenwerterhöhung käme bei einer Anrechnung in diesen Fällen nicht unmittelbar der Refinanzierung der Sanierung, sondern in unzulässiger Weise dem Voreigentümer zugute. Zudem sind bei der Berechnung von Ausgleichsbeträgen, wie gerade der Bezug der ersten Alternative auf Abs. 1 Nr. 2 zeigt, nur solche Werterhöhungen zu berücksichtigen, die durch eigene Aufwendungen des Grundstückseigentümers bewirkt worden sind. Die Zahlung eines überhöhten Kaufpreises bewirkt für sich genommen keine Werterhöhung, weil damit keine Qualitätsverbesserung des Grundstücks verbunden ist (Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt, BauGB, § 153 Rdnr. 8).

**38** Auch die Entstehungsgeschichte streitet für ein enges Verständnis der zweiten Alternative. § 155 Abs. 1 Nr. 3 BauGB ist die Nachfolgeregelung zu § 41 Abs. 7 StBauFG vom 27.07.1971 (BGBl., S. 1125), die der Gesetzgeber nahezu wortidentisch in das Baugesetzbuch übernommen hat. § 41 Abs. 7 StBauFG ordnete an, dass „[e]in Ausgleichsbetrag entfällt, soweit der Eigentümer beim Erwerb des Grundstücks als Teil des Kaufpreises bereits einen den Vorschriften der Absätze 4 bis 6 entsprechenden Betrag zulässigerweise entrichtet hat“, wobei die Absätze 4 bis 6 die Berechnung des Ausgleichsbetrags regelten und funktional den heutigen § 154 Abs. 1 und 2 BauGB sowie – in § 41 Abs. 6 StBauFG – dem heutigen § 155 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BauGB entsprachen. § 41 Abs. 7 StBauFG enthielt ausweislich der Begründung in dem Bericht des Ausschusses für Städtebau und Wohnungswesen „eine Klarstellung im Hinblick auf § 25 Abs. 6 und 7 und § 35 Abs. 6 [StBauFG]“ (BT-Drucks. VI/510 [zu Drucks. VI/2204], S. 18). Diese Vorschriften betrafen den Erwerb von Grundstücken von der Gemeinde zum Neuordnungswert (§ 25 Abs. 6 StBauFG) und den Erwerb vom Sanierungsträger, der seinerseits verpflichtet war, einen mit dem Kaufpreis vereinnahmten Ausgleichsbetrag an die Gemeinde abzuführen oder mit ihr zu verrechnen (§ 35 Abs. 6 StBauFG).

**39** Die gegenteilige Auffassung von Möller (in: Schrödter, BauGB, § 155 Rdnr. 13) nimmt für sich in Anspruch, § 155 Abs. 1 Nr. 3 BauGB sei auch an die Stelle des § 5 Abs. 2 der Verordnung über die Erhebung von Ausgleichsbeträgen nach den §§ 41 und 42 des Städtebauförderungsgesetzes vom 06.02.1976 (BGBl. I, S. 273 – AusgleichsbetragV) getreten. § 5 Abs. 2 AusgleichsbetragsV sah eine Teilanrechnung des Kaufpreises vor, „wenn die Veräußerung nach § 15 des Städtebauförderungsgesetzes genehmigt worden ist und der Eigentümer den Kaufpreis hiernach in zulässiger Weise entrichtet hat“. Einen entsprechenden Verweis auf § 144 Abs. 2 BauGB enthält § 155 Abs. 1 Nr. 3 BauGB aber nicht.

**40** (2) An der fehlenden Anrechnungsfähigkeit von Teilen eines Kaufpreises in Fallkonstellationen wie der Vorliegenden ändert auch die sanierungsrechtliche Genehmigung des Kaufvertrags gemäß § 144 Abs. 2 Nr. 3, § 145 Abs. 2, § 153 Abs. 2 BauGB nichts.

**41** Nach § 144 Abs. 2 Nr. 3 BauGB bedarf im förmlich festgelegten Sanierungsgebiet ein schuldrechtlicher Vertrag, durch den eine Verpflichtung zur rechtsgeschäftlichen Veräußerung eines Grundstücks begründet wird, der Geneh-

migung der Gemeinde. Gemäß § 145 Abs. 2 BauGB darf die Genehmigung nur versagt werden, wenn Grund zur Annahme besteht, dass das Vorhaben, der Rechtsvorgang einschließlich der Teilung eines Grundstücks oder die damit erkennbar bezweckte Nutzung die Durchführung der Sanierung unmöglich machen oder wesentlich erschweren oder den Zielen und Zwecken der Sanierung zuwiderlaufen würde. Nach § 153 Abs. 2 Satz 1 BauGB liegt eine wesentliche Erschwerung der Sanierung auch darin, dass bei der rechtsgeschäftlichen Veräußerung eines Grundstücks der vereinbarte Gegenwert für das Grundstück über dem Wert liegt, der sich in Anwendung des § 153 Abs. 1 BauGB ergibt. Die Vorschrift begründet eine unwiderlegbare Vermutung (vgl. BVerwG, Beschluss vom 08.01.1998, 4 B 221.97, Buchholz 406.11 § 153 BauGB Nr. 2 Satz 4).

**42** Weder § 153 Abs. 2 BauGB noch § 11 Abs. 2 BauGB gebieten, dass die Gemeinde die (wirtschaftlichen) Interessen ihres Vertragspartners beim Abschluss städtebaulicher Verträge umfassend würdigt. Die Kaufpreisprüfung dient dem Schutz der Sanierungsziele und der Absicherung der Ausgleichsbeträge. Sie soll Spekulationsgeschäfte im Sanierungsgebiet verhindern und im Interesse der Allgemeinheit für „Preisruhe“ im Sanierungsgebiet sorgen (vgl. BVerwG, Urteile vom 24.11.1978, IV C 56.76, BVerwGE 57, 87, 97 und vom 17.05.2002, 4 C 6.01, Buchholz 406.11 § 154 BauGB Nr. 4 Satz 1 f.). Werden Grundstücke während der Sanierung zu „teuer“ veräußert, kann dies Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Anfangswertes nach sich ziehen (vgl. Krautzberger/Kleiber, Städtebauförderungsrecht, Stand: November 2016, § 153 BauGB Rdnr. 87.). Die Preisprüfung kann auch dem Käufer zugutekommen, der einen Kaufpreis über dem sanierungsunbeeinflussten Verkehrswert vereinbart hat und zusätzlich einen auf der Grundlage des niedrigeren Anfangswerts festgelegten Ausgleichsbetrag entrichten müsste. Dies ist aber nicht Zweck der Kaufpreisprüfung, sondern allenfalls ein Nebeneffekt.

**43** Die ausschließliche Schutzrichtung der Kaufpreisprüfung für die Gemeinde hat der Gesetzgeber mit dem durch das Europarechtsanpassungsgesetz Bau (EAG Bau) vom 24.06.2004 (BGBl. I, S. 1359) in § 153 Abs. 2 BauGB eingefügten Satz 2 bekräftigt. Nach dieser Vorschrift gilt § 153 Abs. 2 Satz 1 BauGB nicht, wenn in den Fällen des § 154 Abs. 3 Satz 2 oder 3 BauGB die Verpflichtung zur Entrichtung des Ausgleichsbetrags erloschen ist. § 153 Abs. 2 Satz 2 BauGB stellt klar, dass eine Preisprüfung nicht erforderlich ist, wenn keine Verpflichtung zur Entrichtung des Ausgleichsbetrags mehr besteht, weil eine Ablösung oder vorzeitige Festsetzung erfolgt und die diesbezügliche Verpflichtung zum Beispiel durch Geldleistung erloschen ist (BT-Drucks. 15/2250, S. 59). Diente die Kaufpreisprüfung dem Schutz des Erwerbers vor der Vereinbarung eines zu hohen Kaufpreises, so wäre sie unabhängig von einem Erlöschen der Ausgleichspflicht geboten. An der aus einem „überhöhten“ Kaufpreis resultierenden („Doppel“-)Belastung des Erwerbers ändert nämlich die bereits erfolgte Entrichtung des Ausgleichsbetrags nichts (vgl. dazu krit. BeckOK-BauGB/Schmitz, Stand: 01.02.2021, § 153 Rdnr. 23.1). Vorliegend kommt hinzu, dass die Beklagte einen Ausfall von Forderungen nicht zu befürchten hatte,

weil Schuldnerin des Ausgleichsbetrags die Bundesrepublik Deutschland war. Dass die Beklagte die Erteilung der Genehmigung vom Abschluss der städtebaulichen Verträge abhängig gemacht hat, ist nach § 145 Abs. 4 Satz 3 BauGB zulässig.

**44** Die städtebaulichen Verträge führen danach nicht zu einer mit Blick auf das gesetzliche Leitbild des Sanierungsrechts zu missbilligenden Doppelbelastung der Fa. F oder einer unzulässigen Begünstigung der Beklagten.

**45** 3. Nach alledem hat das Berufungsgericht den mit dem Hilfsantrag verfolgten Anspruch auf Vertragsanpassung ebenfalls zu Recht verneint.

**46** Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2, § 162 Abs. 3 VwGO.

#### ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regensburg

### 1. Angemessenheit und Leitbild der gesetzlichen Regelung

Bei der Gestaltung städtebaulicher Verträge ist das im Rechtsstaatsprinzip verankerte Gebot der Angemessenheit zu beachten (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB). Ein Verstoß gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung (vertragliches Verhältnismäßigkeitsprinzip) kann sogar zur Nichtigkeit des Vereinbarten führen.<sup>1</sup> Es handelt sich um eine Schutzvorschrift zugunsten des Vertragspartners der öffentlichen Hand; diese kann sich deshalb nicht auf eine zu ihren Lasten bestehende Unangemessenheit berufen.<sup>2</sup> Bei der Beurteilung der Angemessenheit von städtebaulichen Verträgen sind die Vereinbarungen in ihrer Gesamtheit zu werten. Dies erfordert eine Betrachtung der Interessen der Vertragsparteien. Zunächst sind die „Leistung“ der Behörde und die „Gegenleistung“ des Bürgers zu prüfen. Bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs darf die Gegenleistung des Vertragspartners der öffentlichen Hand nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung und dem Wert der von dieser erbrachten oder zu erbringenden „Leistung“, die nicht einklagbar sein muss (z. B. Bauleitplanung), stehen. Leistung und Gegenleistung müssen dabei nicht gleichwertig sein; ausreichend ist vielmehr eine Ausgewogenheit der beiderseitigen Leistungen.<sup>3</sup> Das zentrale Rechtsproblem ist, ob vertraglich, d. h. mit Einverständnis des Bürgers, Vereinbarungen getroffen werden dürfen, die bei einem hoheitlichen Vorgehen nicht verlangt werden können. Be-

- 1 Siehe nur BGH, Urteil vom 06.11.2009, V ZR 63/09, NVwZ 2010, 531, 533 Rdnr. 15 = MDR 2010, 228 = ZfIR 2010, 467. Vergleiche dazu auch Busse, BayGT 2009, 356 f.
- 2 A. A. nur VG Halle, Urteil vom 22.03.2011, 2 A 376/09, BeckRS 2012, 53730 und Wilke/Düwel, NVwZ 2012, 1449, 1451. Vgl. auch OLG Naumburg, Urteil vom 13.05.2003, 11 U 82/02, OLG-NL 2003, 243 zum wucherähnlichen Rechtsgeschäft.
- 3 So bereits BVerwG, Urteil vom 24.03.2011, 4 C 11/10, BVerwGE 139, 262 Rdnr. 20 = NVwZ 2011, 1132 = ZfIR 2011, 495.

deutung hat dies insbesondere bei finanziellen Leistungen des Vertragspartners der öffentlichen Hand und hier wiederum wegen des Grundsatzes der Abgabengleichheit vor allem im Beitragsrecht. Deshalb hat das BVerwG zunächst in ständiger Rechtsprechung die Übernahme des gemeindlichen Eigenanteils im Erschließungsbeitragsrecht durch eine diesbezügliche Regelung im Erschließungsvertrag für unzulässig gehalten. Es hat hierbei auch auf die Drittbelastungswirkung derartiger Vereinbarungen abgestellt.<sup>4</sup> Ein Bauträger und eine Wohnungsbaugesellschaft werden nämlich derartige Kosten an die Käufer oder Mieter weitergeben.<sup>5</sup> Für die öffentliche Hand einschließlich ihrer Unternehmen besteht – anders als für den Privaten –, und zwar auch wenn sie in Privatrechtsformen handelt, keine Vertragsfreiheit. Insbesondere ihre Bindung an die Grundrechte hängt nicht davon ab, ob sie fiskalisch oder in Erfüllung öffentlicher Aufgaben handelt.<sup>6</sup>

### 2. Genehmigungspflichten, Preiskontrolle und Käuferschutz im Sanierungsrecht

#### a) Genehmigungspflichten bei entgeltlichen Verträgen

Im förmlich festgelegten Sanierungsgebiet bedarf u. a. die rechtsgeschäftliche Veräußerung eines Grundstücks der schriftlichen Genehmigung der Gemeinde (§ 144 Abs. 2 Nr. 1 BauGB). Hierunter ist das dingliche Erfüllungsgeschäft, durch das das Eigentum übertragen wird, zu verstehen, also die Auflassung.<sup>7</sup> Genehmigungspflichtig ist aber auch der schuldrechtliche Kaufvertrag, der die diesbezügliche Verpflichtung enthält (§ 144 Abs. 2 Nr. 3 BauGB).<sup>8</sup> Die Genehmigungspflicht beginnt mit dem Tag, an dem die Sanierungssatzung öffentlich bekannt gemacht wurde. Auf die Eintragung des Sanierungsvermerks im Grundbuch kommt es nicht an.<sup>9</sup> Die Genehmigung ist zu versagen, wenn Grund zur Annahme besteht,

- 4 Siehe nur BVerwG, Urteil vom 23.08.1991, 8 C 61/90, BVerwGE 89, 7 = NJW 1992, 1642 = DVBl. 1992, 372 = ZfBR 1992, 76.
- 5 Vgl. demgegenüber die unzutreffende Begründung hinsichtlich der Rechtsprechung des BVerwG sowie die nicht thematisierte Problematik der Verteuerung des Bauens in BT-Drucks. 12/3944, S. 24 u. 29 f. Zur Änderung des § 124 Abs. 2 Satz 3 BauGB a. F. (vgl. nunmehr § 11 Abs. 2 Satz 3 BauGB) kurz auch Weyreuter, UPR 1994, 121, 131. Siehe ferner Grziwotz, ZfIR 2016, 1, 4.
- 6 BVerfG, Urteil vom 22.02.2011, 1 BvR 699/06, BVerfGE 128, 226 = NJW 2011, 1201 Rdnr. 48; Beschluss vom 19.07.2016, 2 BvR 470/08, NJW 2016, 3153 Rdnr. 29 ff. = NVwZ 2016, 1553 = DVBl. 2016, 1597.
- 7 Siehe nur DNotI-Report 1994, 1, 2; Mödl, MittBayNot 2013, 275 f. u. Krautzberger/Krautzberger/Fieseler, Städtebauförderungsrecht, Stand: Dezember 2020, § 144 Rdnr. 42.
- 8 § 144 Abs. 2 Nr. 3 BauGB ordnet ausdrücklich an, dass bei Genehmigung des schuldrechtlichen Vertrags auch das in Ausführung dieses Vertrages vorgenommene dingliche Rechtsgeschäft als genehmigt gilt. Vgl. Krautzberger/Krautzberger/Fieseler, Städtebauförderungsrecht, § 144 Rdnr. 57 f.
- 9 Siehe nur Jarass/Kment, BauGB, 2. Aufl. 2017, § 144 Rdnr. 2.

dass das Rechtsgeschäft oder die beabsichtigte Nutzung die Durchführung der Sanierung unmöglich machen oder wesentlich erschweren oder den Zielen und Zwecken der Sanierung zuwiderlaufen würde (§ 145 Abs. 2 BauGB). Wichtiges Beispiel in der Praxis ist eine beabsichtigte sanierungswidrige Nutzung durch den Käufer eines Grundstücks. § 153 Abs. 2 BauGB ergänzt diese Versagungsgründe hinsichtlich der Veräußerung von Grundstücken und der zugrunde liegenden schuldrechtlichen Verträge um einen weiteren Versagungsgrund: Eine wesentliche und die Versagung der Genehmigung rechtfertigende Erschwerung der Sanierung liegt danach vor, wenn bei entgeltlichen Verträgen, insbesondere Kaufverträgen, aber auch Erbbaurechtsbestellungen, der vereinbarte Gegenwert über dem sanierungsunbeeinflussten Grundstückswert im Sinne von § 154 Abs. 1 BauGB liegt, es sei denn, der Erwerber hat die Werterhöhungen durch eigene Aufwendungen zulässigerweise selbst bewirkt.<sup>10</sup> Gründe für diese Preisprüfung sind die Wahrung der Preisstabilität im Sanierungsgebiet und die Verhinderung „ungerechtfertigter Gewinne“ durch die Einbeziehung der sanierungsbedingten Bodenwerterhöhung in die Preisgestaltung, obwohl der Verkäufer die diesbezüglichen Kosten nicht getragen hat und diese später auf den Erwerber zukommen.<sup>11</sup> Deshalb sind von ihr auch Grundstücke betroffen, die die Gemeinde selbst zum Neuordnungswert veräußert hat, da auch für diese Grundstücke später eine Ausgleichsbetragspflicht besteht.<sup>12</sup> Die Preisprüfung gilt auch bei Entwicklungsmaßnahmen (§ 169 Abs. 1 Nr. 6 BauGB). Sie entfällt dagegen, wenn die Sanierung im vereinfachten Verfahren durchgeführt wird; bei einer Entwicklungsmaßnahme besteht eine diesbezügliche Möglichkeit nicht.

#### b) Preisprüfung

Die Preisprüfung durch die Gemeinde wurde vor allem auch mit dem Vertrauensschutz des Grundstückserwerbers vor Doppelbelastungen begründet:

„(...) die Preisprüfung schützt den Erwerber davor, mit dem Kaufpreis sanierungsbedingte Bodenwerterhöhungen an den Veräußerer ‚abzuführen‘, für die später von ihm selbst noch Ausgleichsbeträge erhoben werden.“<sup>13</sup>

Der Ausgleichsbetrag dient zur Finanzierung der Kosten der Sanierung, an denen der Eigentümer beteiligt werden soll. Er kann alternativ entweder durch die Bodenwerterhöhung (Bodenwert aufgrund der Sanierung minus sanierungsunbeeinflusster Anfangswert) oder, wenn die Bodenwerterhöhung nicht wesentlich über der Hälfte des nachgenannten Aufwands liegt, nach dem tatsächlichen Aufwand für die Erweiterung oder Verbesserung von Erschließungsanlagen im Sinne von § 127 Abs. 2 Nr. 1-3 BauGB (Verkehrsanlagen) in dem Sanierungsgebiet berechnet werden. Der Geldbetrag ist nach Abschluss der Sanierung (§§ 162 und 163 BauGB) zu entrichten; eine Ablösung und Vorauszahlungen sind zulässig (§ 154 BauGB). Auf diesen Betrag sind u. a. die Bodenwerterhöhungen anzurechnen, die der Eigentümer durch eigene Aufwendungen für Ordnungsmaßnahmen oder Gemeinbedarfs- und Folgeeinrichtungen bereits bezahlt hat; dies gilt auch, wenn der Verkäufer diese Aufwendungen getragen und im Kaufpreis berücksichtigt hat (§ 155 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BauGB).

#### c) Finanzierungs- und Ausgleichsmodell

Die Gemeinde soll mit dem Ausgleichsbetrag nur ihren Aufwand decken. Verbleibt ein Überschuss, darf ihn die Gemeinde, ausgenommen bei Vereinbarung eines Ablösungsbetrags (§ 154 Abs. 4 Satz 2 BauGB), nicht behalten. Sie muss ihn an den Eigentümer, der zum Zeitpunkt der Bekanntmachung des Beschlusses über die förmliche Festlegung des Sanierungsgebiets im Grundbuch eingetragen war, erstatten. Dabei bleibt es auch, wenn das Eigentum später aufgrund einer Schenkung oder Überlassung wechselt. Lediglich bei einem zwischenzeitlichen Eigentumswechsel aufgrund eines entgeltlichen Vertrags steht der Überschuss dem früheren Eigentümer und dem Eigentümer, der den Ausgleichsbetrag getragen hat, je zur Hälfte zu (§ 156 a Abs. 1 Satz 3 BauGB).<sup>14</sup> Dies durchbricht die Grundregel, dass für die Überschussverteilung die Eigentumsverhältnisse zum Zeitpunkt der Bekanntmachung des Beschlusses über die förmliche Festlegung des Sanierungsgebiets maßgeblich sind.<sup>15</sup> Der Grund für diese gesetzliche Regelung ist nicht leicht ver-

10 Zur Verpflichtung der Vertragsparteien, zur Erlangung der Genehmigung alles zu tun, um dem wahren Wert möglichst nahe zu kommen, siehe BGH, Beschluss vom 28.09.1993, III ZR 91/92, NVwZ 1994, 409 = UPR 1994, 187 und Brügelmann/Freise/Schriever/Linke, BauGB, Stand: April 2021, § 153 Rdnr. 50.

11 Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Kleiber/Fieseler, BauGB, Stand: Mai 2021, § 153 Rdnr. 96 und dem folgend Hoppenberg/de Witt/Goldschmidt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Stand: Juni 2020, Teil C Rdnr. 140.

12 Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Kleiber/Fieseler, BauGB, § 153 Rdnr. 104

13 Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Kleiber/Fieseler, BauGB, § 153 Rdnr. 96; vgl. auch Mödl, MittBayNot 2013, 275, 276 und Krautzberger/Kleiber, Städtebauförderungsrecht, § 153 Rdnr. 87.

14 Streitig ist, ob dies auch gilt, wenn der Käufer das Grundstück von der Gemeinde zum Neuordnungswert erworben hat; vgl. dazu Brügelmann/Schmidt-Eichstaedt, BauGB, § 156a Rdnr. 26 einerseits und Berliner Kommentar zum BauGB/Stemmler, 3. Aufl. 2002, Stand: Mai 2021, § 156a Rdnr. 8 andererseits.

15 Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Kleiber/Fieseler, BauGB, § 156a Rdnr. 32.

ständig;<sup>16</sup> richtigerweise sollte derjenige, der wirtschaftlich die Kosten getragen hat, diese in voller Höhe erstattet erhalten. Dies ist regelmäßig der Käufer. Dass die Bodenwertsteigerung aufgrund der Sanierung bei ihm eintritt, hängt nicht von der öffentlichen Kostenlast ab, sondern von der Veräußerungsentscheidung des Alteigentümers.

### 3. Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

Liegt ein verkauftes Grundstück im Sanierungsgebiet, empfiehlt sich die Prüfung bzw. Beachtung folgender Punkte:

- Durchführung der Sanierung im vereinfachten Verfahren (§ 142 Abs. 4 BauGB) mit der Folge, dass kein Ausgleichsbetrag erhoben wird (§ 152 BauGB) und deshalb die diesbezüglichen Regelungen entfallen.
- Besteht im förmlich festgesetzten Sanierungsgebiet eine Genehmigungspflicht für rechtsgeschäftliche Verfügungen; ist dies der Fall, was sich aus dem im Grundbuch eingetragenen, allerdings nicht konstitutiven Sanierungsvermerk ergibt, bedürfen auch Finanzierungsgrundschulden der Genehmigung. Insofern sollte deren Bestellung möglichst zeitnah im Zusammenhang mit der Beurkundung des Grundstückskaufvertrages erfolgen.
- Da der Ausgleichsbetrag nicht als öffentliche Last auf dem Grundstück ruht (§ 154 Abs. 4 Satz 3 BauGB), sind Regelungen für den Fall, dass die zahlungspflichtige Vertragspartei und der (eben nicht) dinglich haftende Grundstückseigentümer nicht identisch sind, entbehrlich.
- Die Preisprüfung im förmlich festgelegten Sanierungsgebiet verhinderte aufgrund ihrer Schutzfunktion, dass der Käufer in der Natur bereits durchgeführte Maßnahmen als Teil des Kaufpreises an den Verkäufer bezahlte, der diese Kosten noch nicht getragen hatte. Damit verhinderte das Sanierungsrecht eine „Überzahlung“, die im Erschließungsbeitragsrecht nicht selten ist, wenn sich Erwerber nicht über den beitragsrechtlichen Zustand der Immobilie unterrichten (siehe nur § 6 Abs. 3 ImmoWertV. 2010; seit 01.01.2022: § 5

Abs. 2 ImmoWertV. 2022, wobei Satz 2 auch beitragsähnliche Abgaben entgegen der bisherigen Fassung ausdrücklich erwähnt).<sup>17</sup> Nach der nunmehrigen Rechtsprechung, die den Käuferschutz „aufgibt“, und aufgrund der gesetzlichen „Hälfte-lösung“ der Erstattung (§ 156a Abs. 1 Satz 3 BauGB) bei einem Verkauf während des Bestehens des förmlichen Sanierungsgebiets können die Beteiligten nur darauf hingewiesen werden, dass sie sich über bisherige Vorauszahlungen oder das Bestehen eines Ablösungsvertrages samt Zahlung der Ablössungssumme unterrichten. Trägt wirtschaftlich der Erwerber über den Kaufpreis Kosten, so sollten sie ihm erstattet werden. Die diesbezügliche Verpflichtung, die nur im Verhältnis der Vertragsteile gilt, kann in den Grundstückskauf aufgenommen werden. Dabei ist zu beachten, dass die Abtretung von Ansprüchen bei Abgaben durch Verweis der Landeskommunalabgabengesetze auf die Vorschrift des § 46 AO nur auf dem diesbezüglichen Formblatt erfolgen kann. Regelmäßig haben zumindest kleine Gemeinden keine diesbezüglichen Formblätter. Die Verpflichtung, die Abtretung gegebenenfalls auf einem vorhandenen Formblatt zu wiederholen, kann jedenfalls schuldrechtlich vereinbart werden:

Der Käufer übernimmt, soweit ab heute, dem Tag des Vertragsschlusses, ein Bescheid zugestellt wird, einen Ausgleichsbetrag gemäß § 154 BauGB bzw. Vorauszahlungen hierauf. Sofern ein diesbezüglicher Bescheid noch dem Verkäufer zugestellt wird, hat ihn der Käufer diesbezüglich freizustellen bzw., falls ein Bescheid vor Kaufpreisfälligkeit zugestellt wird, den entsprechenden Betrag zusammen mit dem Kaufpreis gegen Zahlungsnachweis zinslos zu erstatten. Vorauszahlungen sind mit der endgültigen Beitragsschuld zu verrechnen.<sup>18</sup> Zu erstattende Vorauszahlungen und Beträge werden an den Käufer aufschiebend bedingt mit Kaufpreiszahlung abgetreten; die Vertragsteile werden die Abtretung der Gemeinde in der erforderlichen Form selbst anzeigen.<sup>19</sup>

- Gegebenenfalls Versicherung des Verkäufers, dass er nicht für sich und seine Rechtsnachfolger einen Entschädigungsverzicht gemäß § 145 Abs. 3 BauGB (z. B. für die Errichtung einer baulichen Anlage) gegenüber der zuständigen Genehmigungs-

16 BT-Drucks. 13/6392, S. 72 begründet dies damit, dass der Alteigentümer und der Erwerber zu Ausgleichsbeträgen herangezogen werden, was aber nicht der Fall sein muss. Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 156a Rdnr. 4 gibt als Begründung an, dass der frühere Eigentümer wegen der Preisprüfung zwar keinen Ausgleichsbetrag bezahlt, aber auch keine sanierungsbedingte Wertsteigerung erhält, während der Käufer zwar die Wertsteigerungen erhält, aber dafür den Ausgleichsbetrag entrichtet, deshalb seien beide Vertragsparteien gleich belastet. Nach dieser Argumentation nimmt der Gesetzgeber nachträglich eine Preiskorrektur vor, indem er dem Verkäufer auf Kosten des Käufers, der den Ausgleichsbetrag entrichtet hat, einen Teil der sanierungsbedingten Werterhöhung zusätzlich erstattet. Vgl. auch Schrödter/Möller, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 156a Rdnr. 7.

17 Siehe nur BGH, Urteil vom 28.04.1994, IX ZR 161/93, MittBayNot 1994, 460 = MDR 1994, 835 = NJW 1994, 2283.

18 Sie kommen nur in Betracht, wenn auf dem Grundstück eine den Zielen und Zwecken der Sanierung entsprechende Bebauung oder sonstige Nutzung zulässig ist (§ 154 Abs. 6 BauGB). Eine gesetzliche Verrechnungsbestimmung entsprechend § 133 Abs. 3 Satz 2 BauGB existiert nicht.

19 Jäde/Dirnberger/Dirnberger, BauGB.BauNVO, 9. Aufl. 2018, § 156a BauGB Rdnr. 1 geht im Anschluss an BT-Drucks. 13/6392, S. 71 davon aus, dass Überschüsse in der Praxis nicht erzielt werden.

behörde erklärt hat. Die vorgenannte Vorschrift ermöglicht, eine sanierungsrechtliche Genehmigung auch dann zu erreichen, wenn ein beantragtes Vorhaben eine wesentliche Erschwerung der Sanierung befürchten lässt, der Antragsteller aber darauf verzichtet, eine Entschädigung zu verlangen, wenn die durchgeführten Investitionen wegen der Sanierung fehlschlagen.<sup>20</sup>

20 Siehe nur Jäde/Dirnberger/*Dirnberger*, BauGB.BauNVO, § 145 BauGB Rdnr. 8.

## 18. Genehmigungsvorbehalt für die Aufteilung des Erbbaurechts in Wohnungs- und Teilerbbaurechte

OLG München, Beschluss vom 17.05.2021, 34 Wx 101/21, mitgeteilt von Dr. **Andreas Stegbauer**, Richter am OLG München

*BauGB § 172*  
*WEG § 30*

### LEITSATZ:

**Zumindest in Umgehungsfällen, in denen der Eigentümer sich selbst oder einer Sanierungsgesellschaft ein Erbbaurecht bestellt, das in engem zeitlichem Zusammenhang dazu in Wohnungs- und Teilerbbaurechte aufgeteilt wird, gilt entsprechend § 172 BauGB der Genehmigungsvorbehalt auch für die Aufteilung des Erbbaurechts in Wohnungs- und Teilerbbaurechte.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte, eine GmbH & Co KG, ist im Grundbuch als Eigentümerin eines bebauten Grundstücks eingetragen, das im Bereich einer Erhaltungssatzung der Landeshauptstadt X nach § 172 BauGB gelegen ist.

2 In einem notariellen Vertrag vom (...) 2020 über die Bestellung eines Erbbaurechts und Begründung von Wohnungs- und Teilerbbaurechten ist unter Teil A 2. Folgendes bestimmt:

„2.1 Bestellung

Die (...) (Beteiligte)

- nachstehend auch als Eigentümer oder Grundstückseigentümer bezeichnet – bestellt hiermit für sich selbst als alleinige Berechtigte
- nachstehend auch als Erbbauberechtigter oder Erbbaurechtssinhaber bezeichnet – an dem in Teil A Ziffer 1. dieser Urkunde näher beschriebenen Erbbaugrundstück ein Erbbaurecht, (...)

2.3 Gebäude

Der Erbbauberechtigte ist berechtigt, das auf dem Erbbaugrundstück befindliche Wohnhaus zu belassen, es umzubauen und es zu sanieren und zu renovieren.“

In Teil B heißt es unter 1. Vorbemerkung:

„Klargestellt wird, dass sich alle Vereinbarungen zur nachstehenden Einräumung von Sondereigentum nicht auf das Erbbaugrundstück, sondern auf das Erbbaurecht beziehen.

Soweit nachstehend von Wohnungseigentum oder Teileigentum die Rede ist, ist insoweit das Wohnungserbbaurecht bzw. das Teilerbbaurecht gemeint.

Eigentümer im Sinne des Abschnitts B ist der Erbbauberechtigte des gemäß Teil A neu begründeten Erbbaurechts.“

3 In Teil B Ziffer 2.1. Teilungserklärung ist bestimmt:

„Der Eigentümer teilt hiermit das Eigentum an dem in Ziffer 1 definierten WE-Grundstück gemäß § 8 des Wohnungseigentumsgesetzes in Miteigentumsanteile in der Weise auf, dass mit jedem Anteil das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung bzw. an nicht zu Wohnzwecken dienenden bestimmten Räumen in dem auf dem Grundstück errichteten bzw. zu errichtenden Gebäude verbunden ist.

4 Im Weiteren wird das Gebäude in 27 Miteigentumsanteile aufgeteilt.“

5 Am 24.11.2020 legte der Notar die Urkunde unter anderem zum Vollzug der Begründung des Erbbaurechts mit Erbbauzinsreallast und Begründung von Wohnungs- bzw. Teilerbbaurechten vor.

6 Mit fristsetzender Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt am 04.01.2021, soweit hier von Belang – beanstandet, das Grundstück liege im Bereich einer Erhaltungssatzung. Es sei daher eine entsprechende Genehmigung der Landeshauptstadt erforderlich. Nach § 30 WEG würden alle Regelungen gelten, die sich auf das Wohnungs- und Teileigentum nach dem WEG beziehe. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift gelte § 172 BauGB auch für Wohnungs- und Teilerbbaurechte. Ohne dieses Verständnis sei die Umgehung des Genehmigungserfordernisses möglich, wenn erst ein Eigentümererbbaurecht bestellt werde.

7 Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 26.02.2021, mit der die Beteiligte geltend macht, das Genehmigungserfordernis nach § 172 BauGB erstrecke sich nicht auf die Begründung von Wohnungs- und Teilerbbaurechten.

8 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

9 II. 1. Die nach § 71 Abs. 1 GBO gegen die Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) gerichtete Beschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig (§§ 73, 15 Abs. 2 GBO).

10 2. Die Beschwerde hat allerdings keinen Erfolg, da das Grundbuchamt zutreffend zur Beseitigung des Hindernisses die Vorlage einer Genehmigung nach § 172 BauGB verlangt.

11 Die Bewilligung des Erbbauberechtigten nach § 19 GBO, § 8 Abs. 1 WEG genügt für die beantragte Anlegung der Wohnungserbbaugrundbücher (§ 30 Abs. 3 WEG) nicht. Denn die Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anla-

gen darf gemäß § 2 der Satzung für den Stadtteil X der Landeshauptstadt X vom 15.06.2016 i. V. m. § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 4 und 6, § 22 Abs. 6 Satz 1 BauGB, Art. 23 GO nicht ohne die Genehmigung der Landeshauptstadt X als zuständiger Behörde erfolgen.

**12** Es kann dabei dahinstehen, ob das Aufteilungsverbot nach § 172 BauGB immer auch die Aufteilung eines Erbbaurechts in Wohnungs- und Teilerbbaurechte umfasst. Dies ist nämlich umstritten. So wird vertreten, dass der Genehmigungsvorbehalt nach § 172 BauGB nur für die Begründung von Wohnungs- und Teileigentum, nicht jedoch für die Aufteilung eines Erbbaurechts in Wohnungs- und Teilerbbaurechte nach § 30 WEG gilt (Jennißen/Grziwotz, WEG, 6. Aufl., § 30 Rdnr. 11; Ingenstau/Hustedt/Drasdo, Erbbaurecht, 11. Aufl., Anhang III Rdnr. 26; Meikel/Morvilius, GBO, 11. Aufl., Einl. B Rdnr. 253; Soergel/Weber, BGB, 14. Aufl., § 30 WEG Rdnr. 15; Grziwotz, MittBayNot 2014, 394, 395; Theuss, RNotZ 2019, 573, 585). Soweit diese Meinung von der Literatur überhaupt begründet wird, geschieht dies unter Hinweis auf § 22 BauGB, in dem im Gegensatz zu § 172 BauGB die Wohnungs- und Teilerbbaurechte ausdrücklich erwähnt seien. Auch habe der Gesetzgeber trotz entsprechenden Vorschlags eine Ergänzung in § 172 BauGB nicht vorgenommen (OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10.04.2019, 2 S 45.18, juris Rdnr. 9). Demgegenüber wird vertreten, dass der Anwendungsbereich einer Satzung nach § 172 BauGB auch im Rahmen der Begründung von Wohnungs- und Teilerbbaurechten bestehe, da andernfalls Umgehungsmodelle geradezu provoziert werden (Bärmann, WEG, 14. Aufl., § 30 Rdnr. 29; Demharter, GBO, 32. Aufl., Anhang zu § 3 Rdnr. 50; Böttcher, ZNotP 2021, 49, 51). Mangels Begründung des abweichenden Vorschlags des Vermittlungsausschusses im Gesetzgebungsverfahren kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass die Bestellung von Wohnungs- und Teilerbbaurechten im Hinblick auf eine Genehmigungssatzung in jedem Fall privilegiert werden sollte. Die Problematik der Umgehung des Genehmigungsvorbehaltes wird daher auch von der herrschenden Ansicht nicht in Abrede gestellt (Ingenstau/Hustedt/Drasdo, Erbbaurecht, Anhang III Rdnr. 26; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10.04.2019, 2 S 45.18, juris Rdnr. 9), wenn auch zum Teil mit dem Argument hingenommen, dass eine Umgehung für das Grundbuchamt regelmäßig kaum erkennbar sei.

**13** Nach zutreffender Ansicht, der sich der Senat anschließt, ist jedenfalls in Umgehungsfällen, in denen zunächst einer „Sanierungsgesellschaft“ ein Erbbaurecht bestellt wird, das in engem zeitlichem Zusammenhang in Wohnungs- und Teilerbbaurechte aufgeteilt wird, der Genehmigungsvorbehalt entsprechend anzuwenden (Jennißen/Grziwotz, WEG, § 30 Rdnr. 11). Es kann dahinstehen, ob der Gesetzgeber sich bewusst dafür entschieden hat, für den Fall, dass das Erbbaurecht seit längerem besteht und sich der Berechtigte dann erst entschließt, das von ihm genutzte Gebäude anderweitig aufzuteilen, die Aufteilung eines Erbbaurechts in Wohnungs- und Teilerbbaurechte nicht unter den Genehmigungsvorbehalt des § 172 BauGB zu stellen (Jennißen/Grziwotz, WEG, § 30 Rdnr. 11 im Hinblick auf den Wortlaut des § 22 BauGB). Zumindest aber für den Fall, dass dem Eigentümer des Grundstücks eine Aufteilung des darauf

befindlichen Gebäudes in Wohnungs- und Teileigentum grundsätzlich möglich wäre, er aber ein Erbbaurecht zugunsten einer dafür gegründeten Gesellschaft bestellt, die im Anschluss daran dieses in Wohnungs- und Teilerbbaurechte aufteilt, besteht eine planwidrige Regelungslücke. Denn in diesem Fall steht im Raum, dass die Gestaltung allein dem Zweck diene, einen Genehmigungsvorbehalt nach § 172 BauGB zu umgehen. Der Schutzzweck der vorliegenden Erhaltungssatzung für den Stadtteil X nach § 172 BauGB besteht nach ihrem Wortlaut darin, die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung zu erhalten. Es geht also nicht darum einen konkreten Wohnraumbestand zu erhalten, sondern um die Funktionsfähigkeit des Wohnungsmarktes an sich und um die Vorbeugung von Gentrifizierung. Es ist auszuschließen, dass der Gesetzgeber in Anbetracht des Schutzzwecks der Regelung des § 172 BauGB (OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10.04.2019, 2 S 45.18, juris Rdnr. 9) und der danach erlassenen Satzungen eine solche Umgehung des Genehmigungsvorbehalts ermöglichen wollte (Jennißen/Grziwotz, WEG, § 30 Rdnr. 11; Bärmann, WEG, § 30 Rdnr. 29; vgl. auch OLG Oldenburg, NJW-RR 1998, 1239 zur ähnlichen Problematik bei § 144 BauGB).

**14** Vorliegend hat die Eigentümerin nicht einmal eine Gesellschaft zur Sanierung des Grundstücks gegründet, sondern sich selbst das Erbbaurecht bestellt und mit derselben Urkunde die Unterteilung nach §§ 30 mit 8 WEG vorgenommen. Dass damit eine Umgehung der Genehmigungspflicht aufgrund der Erhaltungssatzung bezweckt war, liegt auf der Hand. Die Beteiligte muss sich daher in diesem Fall so behandeln lassen, als hätte sie die Eintragung von Wohnungs- und Teileigentum beantragt. Das Grundbuchamt ist daher in Anbetracht von § 172 BauGB mit § 2 der Satzung für den Stadtteil X der Landeshauptstadt X vom 15.06.2016 befugt, eine Genehmigung bzw. ein Negativattest zu fordern.

**15** Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst, da die Verpflichtung der Beteiligten, die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels zu tragen, bereits aus dem Gesetz folgt, § 22 Abs. 1 GNotKG.

**16** Der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 79 Abs. 1 Satz 1 GNotKG. Dieser bemisst sich nach dem Aufwand für die Beseitigung des aufgezeigten Hindernisses. Mangels genügender Anhaltspunkte bestimmt ihn der Senat mit dem Auffangwert nach § 36 Abs. 3 GNotKG.

**17** Die Voraussetzungen der Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor, § 78 Abs. 2 GBO.

(...)

**ANMERKUNG:**

Von Prof. **Roland Böttcher**, Berlin

Der Sachverhalt ist vergleichsweise einfach: Der Eigentümer bestellte an seinem Grundstück, das im Bereich einer Erhaltungssatzung nach § 172 BauGB liegt, für sich ein Eigentümererbaurecht und begründete daran Wohnungs- und Teilerbaurechte. Das Grundbuchamt verlangte mit Zwischenverfügung dafür die Genehmigung der Gemeinde. Dagegen wurde Beschwerde eingelegt, die das OLG München zu Recht zurückgewiesen hat.

Hätte der Grundstückseigentümer nicht den Umweg über das Eigentümererbaurecht mit anschließender Aufteilung in Wohnungs- und Teilerbaurechte gewählt, sondern sogleich das Grundstück in Wohnungs- und Teileigentumseinheiten aufgeteilt, wäre eine Genehmigung dafür nötig gewesen. § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB ermächtigt nämlich die Landesregierungen, für Grundstücke in Gebieten mit einer gemeindlichen Satzung zur Erhaltung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung (§ 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB = Erhaltungssatzung) durch Rechtsverordnung mit einer Geltungsdauer von höchstens fünf Jahren zu bestimmen, dass die Begründung von Wohnungseigentum und Teileigentum an Gebäuden, die ganz oder teilweise Wohnzwecken zu dienen bestimmt sind, nicht ohne Genehmigung erfolgen darf. Bei diesem Milieuschutz geht es um die Verhinderung der Spekulationsumwandlung durch die Bildung von Wohnungs- und Teileigentum an Wohngebäuden, durch welche die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung vor unerwünschten Veränderungen geschützt werden soll. Im Milieuschutzgebiet greift der Genehmigungsvorbehalt, wenn kumulativ sowohl die Milieuschutzsatzung als auch die Rechtsverordnung der Landesregierung in Kraft getreten sind. Bei einem betroffenen Grundstück darf das Grundbuchamt eine Eintragung nur vornehmen, wenn der Genehmigungsbescheid, ein Zeugnis, dass die Genehmigung als erteilt gilt oder eine Freistellungserklärung der Gemeinde vorgelegt wird (§ 172 Abs. 1 Satz 6 i. V. m. § 22 Abs. 6 Satz 1 BauGB). Bisher haben eine solche Verordnung erlassen:<sup>1</sup> Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Hamburg und Nordrhein-Westfalen. Genehmigungspflichtig ist im Bereich von Erhaltungssatzungen nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB die Begründung von Wohnungs- und Teileigentum.

Die Begründung von Wohnungs- und Teilerbaurechten ist nicht ausdrücklich erwähnt in § 172 BauGB. Deshalb wird überwiegend die Meinung vertreten, dass diese genehmigungsfrei sei.<sup>2</sup> Dafür spricht zunächst auch der Gesetzeswortlaut des § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB gerade im

Vergleich zu § 22 Abs. 1 Nr. 1, 2 BauGB. Die dort geregelte Genehmigungspflicht in Fremdenverkehrsgebieten betrifft ebenfalls die Begründung von „Wohnungs- oder Teileigentum nach § 1 WEG“ (Nr. 1), schließt aber ausdrücklich die Begründung „der in §§ 30, 31 WEG“ (Nr. 2) bezeichneten Rechte ein, somit auch die Begründung von Wohnungs- und Teilerbaurechten. Eine Gleichstellung des § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB mit § 22 Abs. 1 Nr. 1, 2 BauGB erfolgte jedoch nicht, obwohl dies auch die der Einfügung dieser Bestimmung vorangegangenen Bundesratsvorlage vorgeschlagen hatte.<sup>3</sup> Der Gesetzgeber hat auch bei späteren Änderungen des BauGB, etwa im Rahmen des EAG Bau vom 24.06.1994 (GVBl., S. 1359, vgl. etwa Art. 1 Nr. 58a) keinen Anlass für eine Änderung gesehen. Auch bei dem im Bundestag am 07.05.2021 beschlossenen und am 23.06.2021 in Kraft getretenen Baulandmobilisierungsgesetz (BGBl. 2021 I, S. 1802) sieht § 250 BauGB in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten eine Genehmigung für die Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum (§ 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB) und (!) Wohnungs- und Teilerbaurechten (§ 250 Abs. 6 Nr. 1 Alt. 1 BauGB) bei bereits bestehenden Wohngebäuden vor; § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB wurde auch in diesem Zusammenhang nicht auf Wohnungs- und Teilerbaurechte ergänzt.

Um den oben geschilderten Sinn und Zweck des § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB zu erreichen (Milieuschutz), wurde bisher in der Literatur von *Grziwotz*,<sup>4</sup> *Schneider*,<sup>5</sup> *Demharther*<sup>6</sup> und *Böttcher*<sup>7</sup> gefordert, dass die Norm zumindest bei Umgehungsfällen auch bei der Begründung von Wohnungs- und Teilerbaurechten anzuwenden sei. Dem ist nun das OLG München in der vorliegenden Entscheidung erfreulicherweise gefolgt. Und als Umgehungsfall nannte *Grziwotz*<sup>8</sup> berechtigterweise schon immer die Situation, dass der Grundstückseigentümer zugunsten einer „Sanierungsgesellschaft erst ein Erbaurecht bestellt und dieses dann zeitnah in Wohnungs- und Teilerbaurechte aufteilt. Dem hat sich das OLG München nun ausdrücklich angeschlossen. Der Grundstückseigentümer hätte auch sogleich Wohnungs- Teileigentumseinheiten bilden können, allerdings mit der Folge der Genehmigungspflicht nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB. Um dies zu umgehen, wird erst ein Erbaurecht bestellt und dieses dann in Wohnungs- und Teilerbaurechte aufgeteilt. Es kann ausgeschlossen werden, dass der Gesetzgeber in Anbetracht des Schutzzwecks von § 172 BauGB eine solche Umgehung ermöglichen wollte. Deshalb kann das Grundbuchamt in einem solchen Fall zur Überwindung der ebenfalls analog anzuwendenden Grundbuchsperr (§ 172

1 Vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 3845.  
 2 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10.04.2019, 2 S 45.18, ErbbauZ 2020, 56 = ZWE 2019, 293; Meikel/Grziwotz, GBO, 12. Aufl. 2021, Einl. B Rdnr.253 und Einl. F Rdnr. 24; Ingenstau/Hustedt/Drasdo, ErbbauRG, 11. Aufl. 2018, Anh. III Rdnr. 26; Theus, RNotZ 2019, 573, 585; Langhein, ZNotP 1998, 346, 348.

3 Vgl. BT-Drucks. 13/6392, S. 114 ff. zu Art. 1 Nr. 66a – neu – 174b – neu.  
 4 Jennißen/Grziwotz, WEG, 6. Aufl. 2019, § 30 Rdnr. 11.  
 5 Bärmann/Schneider, WEG, 14. Aufl. 2018, § 30 Rdnr. 29.  
 6 Demharther, GBO, 32. Aufl. 2021, Anhang zu § 3 Rdnr. 50.  
 7 Böttcher, Praktische Fragen des Erbaurechts, 9. Aufl. 2020, Rdnr. 785.  
 8 Jennißen/Grziwotz, WEG, § 30 Rdnr. 11.



Abs. 1 Satz 6 BauGB) die Genehmigung oder ein Negativattest verlangen.

Bei der vorliegenden Fallgestaltung handelte es sich offensichtlich um einen weiteren Umgehungsversuch zu § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB. Der Eigentümer bestellte nicht für eine „Sanierungsgesellschaft“ ein Erbbaurecht an seinem Grundstück, sondern gleich für sich selbst (= Eigentümererbbaurecht), um es in der derselben Urkunde in Wohnungs- und Teilerbbaurechte aufzuteilen. Die Umgehung von § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB lag damit auf der Hand, sodass das Grundbuchamt zu Recht dafür eine Genehmigung oder ein Negativattest verlangte.

Damit sind zwei Fälle anerkannt, bei denen von einer Umgehungsabsicht und damit von einer Genehmigungspflicht bei der Begründung von Wohnungs- und Teilerbbaurechten innerhalb der Geltung einer Erhaltungssatzung auszugehen ist (§ 172 BauGB). Nicht immer wird die Umgehungsabsicht so offen zutage treten. Bei Begründung eines Erbbaurechts durch den Grundstückseigentümer und zeitnaher Aufteilung in Wohnungs- und Teilerbbaurechte kann auch davon ausgegangen werden.<sup>9</sup> Dem Schutzzweck des § 172 BauGB am besten gerecht wird die generelle Genehmigungspflicht der Begründung von Wohnungs- und Teilerbbaurechten in Gebieten mit Erhaltungssatzung.<sup>10</sup> Deshalb sollte sie auch der Gesetzgeber direkt in § 172 BauGB aufnehmen.

<sup>9</sup> Jennißen/Grziwotz, WEG, § 30 Rdnr.

<sup>10</sup> Demharter, GBO, Anhang zu § 3 Rdnr. 50; Bärman/Schneider, WEG, § 30 Rdnr. 29; Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts, Rdnr. 785.

## STEUERRECHT

### 19. Abzugsfähigkeit von Zahlungen des Beschenkten zur Abwendung von Ansprüchen des beeinträchtigten Vertragserben bzw. Nacherben

BFH, Urteil vom 06.05.2021, II R 24/19 (Vorinstanz: FG Münster, Urteil vom 14.02.2019, 3 K 1237/17)

AO § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2

BGB § 816 Abs. 1 Satz 1, § 1922 Abs. 1, § 1942 Abs. 1, § 2113 Abs. 1 und 2, § 2287 Abs. 1

ErbStG § 1 Abs. 2, § 10 Abs. 5 Nr. 3 Satz 1, § 29 Abs. 1

#### LEITSätze:

- Zahlungen des Beschenkten zur Abwendung etwaiger Herausgabeansprüche des Vertragserben bzw. des Nacherben sind als Aufwendung zur Erlangung und Sicherung des Erwerbs gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 3 Satz 1 i. V. m. § 1 Abs. 2 ErbStG bei der Besteuerung der Schenkung erwerbsmindernd zu berücksichtigen.**
- Solche Zahlungen stellen rückwirkende Ereignisse i. S. v. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO dar.**

#### AUS DEN GRÜNDEn:

1 I. Nach dem Tod des Vaters des Klägers und Revisionsbeklagten (Kläger) im Jahre 1997 war das gemeinsame Ehegattentestament der Eltern des Klägers dahin gehend ausgelegt worden, dass die Mutter Alleinerbin nach ihrem verstorbenen Ehemann und der Kläger und seine beiden Brüder nach dem Tod der Mutter Schlusserben seien. Dementsprechend wurde die Mutter als Alleineigentümerin eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks eingetragen, das den Eltern des Klägers bis zum Tod des Vaters zu je ½ gehört hatte.

2 Durch notariellen Vertrag vom 17.11.2000 übertrug die Mutter dem Kläger im Wege der Schenkung zunächst ein unbebautes Teilstück aus dem Grundstück. Schenkungsteuer fiel auf diesen Erwerb wegen der Höhe des zu berücksichtigenden Freibetrages nicht an. Mit weiterem notariellem Vertrag vom 25.02.2003 erhielt der Kläger dann den Grundbesitz in Gänze. Die Übertragungen erfolgten jeweils unter Nießbrauchvorbehalt. Einer der beiden Brüder des Klägers erhielt von der Mutter ein anderes Grundstück.

3 Aufgrund der im Jahr 2003 abgegebenen Schenkungsteuererklärung setzte der Beklagte und Revisionskläger (das FA) die Schenkungsteuer für die Übertragung vom 25.02.2003 mit Schenkungsteuerbescheid vom 26.01.2004 unter Berücksichtigung der Vorschenkung vom 17.11.2000 und des persönlichen Freibetrags i. H. v. 205.000 € auf 19.052 € fest. Den wegen des Nießbrauchs gemäß § 25 ErbStG in der im Streitjahr 2003 geltenden Fassung gestundeten Steuerbetrag löste der Kläger später ab.

4 Nach dem Tod der Mutter am 24.04.2011 stellte das Nachlassgericht fest, dass das Testament bisher fehlerhaft ausgelegt worden sei. Die Mutter des Klägers sei nach dem Tod des Vaters Vorerbin und der Kläger und seine zwei Brüder seien mit ihrem Tod Nacherben geworden.

5 In der Folgezeit führten der Kläger und seine Brüder einen Zivilrechtsstreit wegen des weiteren am 25.02.2003 geschenkten Grundstücks. Es ging darum, ob aus §§ 2113, 2287 BGB ein Anspruch auf Rückübertragung von Miteigentumsanteilen an dem Grundstück oder auf Wertersatz in Geld bestehen könnte. Die Frage wurde nicht abschließend geklärt. Aufgrund eines Vergleichs vom 13.05.2015 leistete der Kläger wegen des 2000/2003 an ihn übertragenen Grundstücks und zur Abgeltung sämtlicher wechselseitiger Ansprüche eine Zahlung von 150.000 € an einen seiner Brüder.

6 Der Kläger beantragte daraufhin am 17.05.2015 beim FA die Änderung der Schenkungsteuerfestsetzung vom 26.01.2004 und die erwerbsmindernde Berücksichtigung der Vergleichszahlung von 150.000 €.

7 Durch Bescheid vom 19.02.2016 lehnte das FA den Antrag ab. Den dagegen gerichteten Einspruch wies es mit Einspruchsentscheidung vom 23.03.2017 als unbegründet zurück.

8 Die Klage hatte Erfolg. Das FG führte zur Begründung im Wesentlichen aus, die Schenkungsteuer sei zwar nicht gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erloschen, da der Übertra-

gungsgegenstand nicht tatsächlich herausgegeben worden sei. Jedoch ergebe sich eine steuermindernde Berücksichtigung der auf dem Vergleich beruhenden Zahlung des Klägers zur Abwendung der zivilrechtlichen Herausgabeansprüche aus § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG. Die Abfindungszahlung stelle ein rückwirkendes Ereignis i. S. d. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 AO dar. Das Urteil ist in EFG 2019, 730 veröffentlicht.

**9** Mit der Revision macht das FA eine Verletzung des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO sowie von § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG geltend. Der bestandkräftige Schenkungsteuerbescheid könne nicht mehr gemäß § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO i. V. m. § 29 Abs. 1 Nr. 1 EStG geändert werden, da nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut der geschenkte Gegenstand wegen eines Rückforderungsrechts zurückgegeben werden müsse, was im Streitfall nicht gegeben sei. Materiellrechtlich könne die 2015 im Vergleichswege vereinbarte und geleistete Zahlung nicht als erwerbsmindernde Kosten zur Erlangung des Erwerbs gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG berücksichtigt werden, weil der Kläger bereits 2003 Alleineigentümer des Grundstücks geworden sei. Die Kosten seien erst im Zusammenhang mit dem Eintritt des Nach- bzw. Vertragserbfalles entstanden und betreffen nicht die ursprüngliche Schenkung der Mutter.

**10** Das FA beantragt,

unter Aufhebung der Vorentscheidung die Klage als unbegründet abzuweisen.

**11** Der Kläger beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

**12** Die Beteiligten haben übereinstimmend auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

**13** II. Die Revision ist unbegründet und nach § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen. Das FG hat zu Recht entschieden, dass das FA verpflichtet ist, den Schenkungsteuerbescheid zu ändern und die Zahlung i. H. v. 150.000 € an den Bruder des Klägers steuermindernd zu berücksichtigen.

**14** 1. Als steuerpflichtiger Erwerb – hier nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG – gilt bei einer Schenkung die Bereicherung des Erwerbers (§ 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG). Als Bereicherung gilt der Betrag, der sich ergibt, wenn von dem nach § 12 ErbStG zu ermittelnden Wert des gesamten Vermögensanfalls, soweit er der Besteuerung nach diesem Gesetz unterliegt, die nach § 10 Abs. 3 bis 9 ErbStG abzugsfähigen Verbindlichkeiten abgezogen werden (§ 10 Abs. 1 Satz 2 ErbStG).

**15** 2. Nach § 10 Abs. 5 ErbStG sind die dort aufgeführten Schulden und Lasten vom steuerpflichtigen Erwerb abzuziehen, soweit sich nicht aus § 10 Abs. 6 bis 9 ErbStG etwas anderes ergibt. Die Vorschrift ist über ihren Wortlaut hinaus nicht nur für Erwerbe von Todes wegen und „Nachlassverbindlichkeiten“ im engeren Sinn anwendbar. Sie gilt über den Verweis in § 1 Abs. 2 ErbStG, wonach die Vorschriften über Erwerbe von Todes wegen, soweit nichts anderes bestimmt ist, auch für Schenkungen unter Lebenden gelten, auch für die Ermittlung des steuerpflichtigen Erwerbs bei

freigebigen Zuwendungen i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG (vgl. BFH, Urteil vom 08.10.2003, II R 46/01, BFHE 204, 299 = BStBl. II 2004, S. 234 unter II. 1. e)).

**16** 3. Nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 Satz 1 ErbStG zählen zu den abzugsfähigen Nachlassverbindlichkeiten u. a. die Kosten, die dem Erwerber unmittelbar im Zusammenhang mit der Abwicklung, Regelung oder Verteilung des Nachlasses oder mit der Erlangung des Erwerbs entstehen.

**17** a) Der Begriff der Nachlassregelungskosten ist grundsätzlich weit auszulegen (BFH-Urteile vom 19.06.2013, II R 20/12, BFHE 241, 416 = BStBl. II 2013, S. 738 Rdnr. 11 und vom 15.06.2016, II R 24/15, BFHE 254, 60 = BStBl. II 2017, S. 128 Rdnr. 14, jew. m. w. N.). Er umfasst u. a. die Kosten der tatsächlichen und rechtlichen Feststellung des Nachlasses, sowie alle Kosten, die aufgewendet werden müssen, um die Erben in den Besitz der ihnen aus der Erbschaft zukommenden Güter zu setzen (BFH, Urteil vom 06.11.2019, II R 29/16, BFHE 267, 433 = BStBl. II 2020, S. 505 Rdnr. 17 m. w. N.).

**18** b) Ein Abzug von Erwerbskosten als Nachlassverbindlichkeiten setzt einen unmittelbaren Zusammenhang mit der Erlangung des Erwerbs voraus. Ein solcher liegt vor, wenn die Kosten – im Sinne einer synallagmatischen Verknüpfung – dafür aufgewendet werden, dass der Erwerber seine Rechtsstellung erlangt. Ausreichend ist dabei ein Entstehen der Kosten nach dem Erbfall, wenn ein enger zeitlicher Zusammenhang mit der Erlangung oder Sicherung der Erbenstellung vorliegt (BFH-Urteile in BFHE 254, 60 = BStBl. II 2017, S. 128 Rdnr. 13 f. m. w. N. und vom 11.07.2019, II R 4/17, BFHE 265, 447 = BStBl. II 2020, 319 Rdnr. 31).

**19** c) Zu den unmittelbar im Zusammenhang mit der Erlangung des Erwerbs stehenden Kosten gehören auch Abfindungszahlungen des Erben an den weichenden Erbprätendenten, die der Erbe entrichtet, damit seine (Allein-)Erbenstellung in einem anhängigen Verfahren nicht mehr bestritten wird, denn sie dient dem Zahlenden unmittelbar dazu, die Erbenstellung endgültig und damit zugleich den Erwerb als Erbe zu erlangen (BFH-Urteil in BFHE 254, 60 = BStBl. II 2017, S. 128 Rdnr. 15 f. m. w. N.). Entsprechend kann auch ein künftiger gesetzlicher Erbe die Abfindung, die er an einen anderen für den Verzicht auf einen künftigen Pflichtteils(ergänzungs-)anspruch zahlt, beim Eintritt des Erbfalls gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 5 Nr. 3 Satz 1 ErbStG als Nachlassverbindlichkeit vom Erwerb abziehen (BFH-Urteile vom 25.01.2001, II R 22/98, BFHE 194, 440 = BStBl. II 2001, S. 456 unter II. 2. d) und vom 16.05.2013, II R 21/11, BFHE 241, 390 = BStBl. II 2013, S. 922 Rdnr. 12).

**20** d) Ebenso gehören Zahlungen des Beschenkten an einen Dritten, damit die Schenkung nach Grund und/oder Umfang nicht mehr bestritten wird, zu den unmittelbar im Zusammenhang mit der Erlangung des Erwerbs stehenden Kosten und mindern so die Bereicherung. Auch bei der Schenkung kann so nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 Satz 1 ErbStG abziehbarer Erwerbsaufwand entstehen (vgl. BFH-Urteile vom 20.12.2000, II R 42/99, BFHE 194, 435 = BStBl. II 2001, S. 454 unter II. 2. a. E. und in BFHE 204, 299 = BStBl. II 2004, S. 234 unter II. 1. e)).

**21 4.** Sowohl der Nacherbe als auch der Vertragserbe, diesem gleichgestellt der durch ein Ehegattentestament begünstigte Erbe, können Ansprüche gegen den Beschenkten aus einer beeinträchtigenden Schenkung haben. Zahlungen zur Abwendung derartiger Herausgabeansprüche können Erwerbserlangungskosten sein.

**22 a)** Die Verfügung des Vorerben über einen Erbschaftsgegenstand, die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgt, ist im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde (§ 2113 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 BGB). Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher aufgrund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt (§ 816 Abs. 1 Sätze 1 und 2 BGB). Da sich erst bei Eintritt der Nacherbfolge herausstellt, inwieweit der Nacherbe beeinträchtigt ist, entsteht der Anspruch nach § 2113 Abs. 1 i. V. m. § 816 Abs. 1 BGB erst „im Falle des Eintritts der Nacherbfolge“, also mit dem Nacherbfall.

**23 b)** Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, kann der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern (§ 2287 Abs. 1 BGB). Die Regelung ist auf wechselbezügliche letztwillige Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments, das – wie hier – nach dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten unwiderruflich geworden ist, entsprechend anzuwenden (Urteil des BGH vom 28.09.2016, IV ZR 513/15, FamRZ 2016, 2004 Rdnr. 7 m. w. N.). Der Anspruch entsteht mit dem Anfall der Erbschaft beim Vertragserben gemäß § 1942 Abs. 1 BGB. Grundsätzlich ist dies der Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers (vgl. § 1922 Abs. 1 BGB).

**24 c)** In beiden Fällen dienen Zahlungen, die diese Ansprüche abwehren, dazu, dem Beschenkten das Geschenke zu sichern. Sie können deshalb nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG abzugsfähig sein. Das gilt auch dann, wenn Zahlungen aufgrund eines Vergleichs erbracht werden, sofern die Ansprüche ernstlich geltend gemacht wurden. Unter diesen Umständen wird durch den Vergleich eine neue Rechtsgrundlage geschaffen, sodass nicht mehr zu prüfen ist, ob und in welchem Umfang die Ansprüche ursprünglich tatsächlich bestanden haben.

**25 5.** Eine derartige Zahlung des Beschenkten stellt für seine Schenkungsteuer ein rückwirkendes Ereignis nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO dar. Soweit der Empfänger die Zahlung seinerseits nach § 3 Abs. 2 Nr. 7 ErbStG zu versteuern hat, entsteht zwar die Steuer nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. j ErbStG erst mit dem Zeitpunkt, zu dem er den Anspruch geltend macht. Für den Beschenkten, der die Zahlung als Nachlassverbindlichkeit abziehen kann, wirkt die Geltendmachung jedoch auf den Zeitpunkt der Schenkung zurück.

Es verhält sich insoweit nicht anders als in den Fällen, in denen Pflichtteilsansprüche geltend gemacht werden (vgl. BFH-Urteile jeweils vom 05.02.2020, II R 17/16, BFHE 267, 506 = BStBl. II 2020, S. 584 Rdnr. 11 und II R 1/16, BFHE 267, 500 = BStBl. II 2020, S. 581 Rdnr. 13, jew. m. w. N.; sowie zur Abfindung für einen künftigen Pflichtteils(ergänzungs-)anspruch BFH-Urteil in BFHE 194, 440 = BStBl. II 2001, S. 456 unter II. 2. d)).

**26 6.** Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das FG zu Recht entschieden, dass der vergleichsweise gezahlte Betrag rückwirkend die Bereicherung des Klägers mindert und der Schenkungsteuerbescheid entsprechend zu ändern ist.

**27 a)** Die Zahlung des Klägers stellt eine Aufwendung zur Erlangung des Erwerbs nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 Satz 1 i. V. m. § 1 Abs. 2 ErbStG dar. Der mit dem Bruder abgeschlossene Vergleich diente dazu, etwaige Herausgabeansprüche abzuwenden und damit die erhaltene Schenkung für den Kläger endgültig zu sichern.

**28** Die Vergleichszahlung steht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Schenkung und nicht mit dem Erbfall nach der Mutter. Zwar trat erst mit deren Tod die aufschiebende Bedingung für die Entstehung etwaiger zivilrechtlicher Herausgabeansprüche gegen den Kläger ein. Allerdings treffen die Kosten den Kläger als Beschenkten; sie treffen ihn nicht im Zusammenhang mit seiner etwaigen Erbenstellung nach dem Tod seiner Mutter.

**29 b)** Der Schenkungsteuerbescheid ist nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO zu ändern. Mit dem Tod der Mutter des Klägers ist die aufschiebende Bedingung für etwaige Herausgabeansprüche gegen den Kläger eingetreten. Diese führt in Höhe des vergleichsweise gezahlten Betrags rückwirkend zu einer Minderung des steuerpflichtigen Erwerbs.

**30 c)** Dem Ergebnis steht nicht entgegen, dass § 29 Abs. 1 ErbStG gesonderte rückwirkend zu berücksichtigende Erlöschensstatbestände vorsieht, die hier – wie das FG zu Recht ausgeführt hat – jedoch nicht erfüllt sind. § 29 Abs. 1 ErbStG schließt eine Berücksichtigung von Aufwendungen nach § 10 Abs. 5 ErbStG nicht aus.

**31 7.** Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 2 FGO. Die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung beruht auf § 121 i. V. m. § 90 Abs. 2 FGO.



## 20. Grunderwerbsteuerbefreiung bei Übergang von einer Gesamthand – Maßstäbe der Missbrauchsprüfung

BFH, Urteil vom 25.08.2020, II R 23/18 (Vorinstanz: FG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 08.05.2018, 1 K 246/14)

BGB § 738

GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1, § 6 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1

### LEITSÄTZE:

1. **§ 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG bezweckt die Abwehr missbräuchlicher Gestaltungen durch Verbindung des grundsätzlich steuerfreien Wechsels im Gesellschafterbestand einer Gesamthand mit der steuerfreien Übernahme von Grundstücken aus dem Gesamthandsvermögen. Die Vorschrift ist teleologisch zu reduzieren, soweit abstrakt keine Steuer zu vermeiden war. Auf einen konkreten Missbrauch im Einzelfall kommt es nicht an.**
2. **Abstraktes Missbrauchspotenzial fehlt, wenn der Wechsel im Gesellschafterbestand ausnahmsweise grunderwerbsteuerbar war. § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG ist insoweit nicht anzuwenden.**
3. **Es ist nicht maßgebend, ob die Grunderwerbsteuer festgesetzt und entrichtet wurde.**

### SACHVERHALT:

11. Die (...) GmbH & Co. KG (KG) war seit 2006 Eigentümerin von in A belegtem Grundvermögen. Persönlich haftende Gesellschafterin der KG war die (...) Beteiligungs GmbH (GmbH), die nicht am Vermögen der KG beteiligt war. Nach dem Gesellschaftsvertrag der KG schied ein Gesellschafter mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen aus der Gesellschaft aus, worauf die verbleibenden Gesellschafter die Gesellschaft fortführen sollten. Verbliebe nur ein Gesellschafter, sodass das Ausscheiden des Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hätte, konnte dieser das Unternehmen unter der bisherigen Firma fortsetzen.

2 Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) wurde im Februar 2010 zunächst als Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) mit Sitz in X gegründet und firmiert seit dem 19.11.2013 als GmbH. Einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer war und ist der Insolvenzverwalter R. Durch notarielle Verträge vom 22.02.2010 erwarb die Klägerin sämtliche Kommanditanteile an der KG sowie sämtliche Geschäftsanteile an der Komplementär-GmbH. Sie stellte R zum einzeln vertretungsberechtigten Geschäftsführer der GmbH und verlegte den Sitz nach X. Beim FA X gingen am 05.05.2010 die diesbezügliche Veräußerungsanzeige der Klägerin nach dem GrEStG, am 17.06.2010 die notariellen Verträge ein. Auf Eigenantrag vom (...)06.2010 eröffnete das AG X am 02.08.2010 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der KG und ordnete Eigenverwaltung nach § 270 InsO an. Am 30.09.2010 eröffnete es das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH. Im Rahmen eines Insolvenzplans wurde die Kapitaldienstfähigkeit der KG wiederhergestellt. Mit Beschluss vom 26.04.2012 hob das AG X das Insolvenzverfahren auf.

3 Nachdem für den Kaufvertrag vom 22.02.2010 gesonderte Feststellungen nach § 17 GrEStG und des Grundbesitzwerts ergangen waren, setzte der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) mit ei-

nem – nicht streitgegenständlichen – Bescheid vom 24.09.2012 gegen die KG wegen des Anteilserwerbs der Klägerin an der KG zum 22.02.2010 Grunderwerbsteuer fest. Diese Steuer wurde nicht mehr entrichtet. Die KG berief sich darauf, dass die Grunderwerbsteuerforderung nicht zur Insolvenztabelle angemeldet, der Insolvenzplan nicht angefochten worden sei und die Forderung gegenüber dem Insolvenzverwalter nicht mehr geltend gemacht werden könne (§ 254 Abs. 1 InsO). Am 01.02.2013 wurde das Erlöschen der KG im Handelsregister eingetragen.

4 Nach Eingang eines notariellen Grundbuchberichtigungsantrags wegen des Übergangs des Gesellschaftsvermögens der KG am 30.09.2010 auf die Klägerin nach § 738 BGB setzte das FA für diesen Vorgang mit Bescheid vom 04.07.2013 unter Berufung auf § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG im Wege der Schätzung der Besteuerungsgrundlagen gegenüber der Klägerin Grunderwerbsteuer für eine auf den 01.02.2013, nach Einspruch mit Bescheid vom 13.09.2013 für eine auf den 30.09.2010 datierte Anwachsung fest. Nach Untätigkeitsklage und darauffolgender Einspruchsentscheidung vom 09.10.2014 setzte das FA infolge einer geänderten Feststellung des Grundbesitzwerts, die die Klägerin mittels Einspruchs angefochten hat, schließlich mit Änderungsbescheid vom 04.05.2018 die Grunderwerbsteuer auf den 30.09.2010 mit (...) € fest.

5 Das FG hat die Klage abgewiesen. Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH am 30.09.2010 sei die GmbH aus der KG ausgeschieden. Dies habe zur sofortigen Vollbeendigung der KG und zur Anwachsung ihres Vermögens auf die Klägerin als einzig verbliebener Gesellschafterin nach § 738 BGB geführt. Dieser Vorgang unterliege nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG der Grunderwerbsteuer.

6 Die Befreiung des § 6 Abs. 2 Satz 1 GrEStG finde wegen § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG keine Anwendung. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG lägen vor. Für eine teleologische Reduktion sei kein Raum, da die wortlautgemäße Auslegung nicht zu einem sinnwidrigen Ergebnis führe. Die Vorschrift solle Steuerumgehungen verhindern, die durch steuerfreie Übernahme von Grundstücken aus dem Vermögen einer Gesamthand innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit nach Veränderungen innerhalb der Gesamthand entstehen könnten. So verhalte es sich im Streitfall, da die Steuer für den nach § 1 Abs. 2a GrEStG steuerbaren Anteilserwerb vom 22.02.2010 nicht mehr habe erhoben werden können.

7 Von einer Aussetzung des Verfahrens nach § 74 FGO mit Rücksicht auf das noch offene Rechtsbehelfsverfahren gegen die Feststellung des Grundbesitzwerts hat das FG im Einverständnis mit den Beteiligten abgesehen, da über den Streit im Folgebescheidsverfahren unabhängig von dem Grundlagenbescheid entschieden werden könne und die Sache eilbedürftig sei. Nach Mitteilung der Klägerin hänge eine Darlehensprolongation von der Unbedenklichkeitsbescheinigung des FA ab.

8 Das Urteil des FG ist in EFG 2018, 1732 veröffentlicht.

9 Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung von § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG i. V. m. § 1 Abs. 2a GrEStG sowie des Vorbehalts des Gesetzes. § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG finde keine Anwendung, da die durch den BFH begründete teleologische Reduktion der Vorschrift nicht an die Erhebung, Festsetzung oder Zahlung von Grunderwerbsteuer, sondern an die Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen eines Grunderwerbsteuertatbestandes anknüpfe. Es liege keine konkrete Steuerumgehung vor, da das FA von Mai 2010 bis Anfang August 2010 die Möglichkeit gehabt habe, für den Erwerbsvorgang vom 22.2.2010 Grunderwerbsteuer festzusetzen und zu erheben. Es liege auch keine abstrakte Steuerumgehung vor, weil der Gesellschafterwechsel der Steuer unterlegen habe. Wenn das FG allein deshalb § 6 Abs. 2 GrEStG nicht anwende, weil der zeitlich vorangehende Erwerbsvorgang tatsächlich nicht zu einer Steuerzahlung geführt habe, verletze es den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes.

**10** Die Klägerin beantragt sinngemäß,

die Vorentscheidung, die Bescheide über Grunderwerbsteuer vom 04.07.2013 und vom 13.09.2013, die Einspruchsentscheidung vom 09.10.2014 sowie den Bescheid vom 04.05.2018 aufzuheben.

**11** Das FA beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

**12** Die nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG steuerbare Anwachsung vom 30.09.2010 sei nicht nach § 6 Abs. 2 GrEStG von der Steuer befreit, da die Rückausnahme des § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG eingreife. Die Vorschrift sei tatbestandlich anwendbar und nicht teleologisch zu reduzieren. Der BFH habe teleologische Reduktionen nur im Hinblick auf den jeweiligen Einzelfall vorgenommen und keinen abstrakten Rechtssatz dahin aufgestellt, dass stets dann, wenn der vorgängige Erwerb der Anteile einen steuerbaren Tatbestand erfüllt habe, § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG einzuschränken sei. Im Übrigen könne eine Steuerumgehung auch stattfinden, wenn ein Anspruch auf Grunderwerbsteuer entstanden sei. Während bei Erwerbstatbeständen, die auf einem Verpflichtungsgeschäft beruhten, das Erfordernis der Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 GrEStG für die Umschreibung im Grundbuch regelmäßig die Steuerzahlung sicherstelle, fehle dieser Mechanismus bei einem steuerpflichtigen fiktiven Rechtsträgerwechsel wie im Falle des § 1 Abs. 2a GrEStG.

**13** Während des Revisionsverfahrens sind geänderte Feststellungsbescheide über den Grundbesitzwert ergangen, die das FA noch nicht umgesetzt hat.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**14 II.** Die Revision ist begründet. Der BFH entscheidet in der Sache selbst (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Die angefochtenen Grunderwerbsteuerbescheide sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten. Sie sind aufzuheben, da der durch die Anwachsung vom 30.09.2010 bewirkte Erwerbsvorgang von der Grunderwerbsteuer befreit ist.

**15 1.** Nach dem Wortlaut des GrEStG ist der Erwerbsvorgang am 30.09.2010 steuerbar und steuerpflichtig, was zwischen den Beteiligten zu Recht nicht umstritten ist.

**16 a)** Nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 GrEStG unterliegt der Grunderwerbsteuer u. a. der Übergang des Eigentums an einem inländischen Grundstück, wenn kein den Anspruch auf Übereignung begründendes Rechtsgeschäft vorausgegangen ist und es auch keiner Auflassung bedarf. Die durch die Insolvenz der GmbH bewirkte Auflösung der KG und die daraus folgende Anwachsung des Vermögens der KG auf die Klägerin als einzige Kommanditistin nach § 738 BGB stellen einen solchen Übergang des Eigentums dar.

**17 b)** Geht ein Grundstück von einer Gesamthand in das Alleineigentum einer an der Gesamthand beteiligten Person über, so wird die Steuer nach § 6 Abs. 2 Satz 1 GrEStG in Höhe des Anteils nicht erhoben, zu dem der Erwerber am Vermögen der Gesamthand beteiligt ist. Nach § 6 Abs. 2 Satz 2 GrEStG gilt dies entsprechend, wenn ein Grundstück bei der Auflösung der Gesamthand in das Alleineigentum eines Gesamthänders übergeht. Die Anwachsung im Streitfall begründet einen solchen Übergang. Der Anteil für die Nichterhebung der Steuer beträgt 100 %, denn allein die Klägerin als Kommanditistin, aber nicht die ausgeschiedene Komplementär-GmbH war am Vermögen der KG beteiligt.

**18 c)** Nach § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG gelten die Vorschriften der Abs. 1 bis 3 insoweit nicht, als ein Gesamthänder inner-

halb von fünf Jahren vor dem Erwerbsvorgang seinen Anteil an der Gesamthand durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben hat. Die Klägerin hatte ihre Kommanditbeteiligung an der KG, über die sie zu 100 % vermögensmäßig an der KG beteiligt wurde, am 22.02.2010 und damit innerhalb der Fünfjahresfrist erworben.

**19 2.** Es entspricht ständiger Rechtsprechung des BFH, dass § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG gegen den Wortlaut teleologisch zu reduzieren ist.

**20 a)** Es handelt sich um eine Missbrauchsverhinderungsvorschrift, mit der Steuerumgehungen durch die Kombination eines außerhalb von § 1 Abs. 2a GrEStG nicht steuerbaren Wechsels im Gesellschafterbestand einer Gesamthand und der nachfolgenden nach § 6 GrEStG begünstigten Übernahme von Grundstücken aus dem Gesamthandsvermögen durch den „neuen“ Gesellschafter verhindert werden sollen (BFH, Beschluss vom 19.03.2003, II B 96/02, BFH/NV 2003, 1090 unter II. 2. c); Boruttau/Viskorf, Grunderwerbsteuergesetz, 19. Aufl., § 6 Rdnr. 90).

**21 b)** Nicht maßgebend ist, ob (subjektiv) im Einzelfall eine Steuerumgehung beabsichtigt war. Die Vorschrift greift ein, um objektiven Steuerumgehungen vorzubeugen, die der – im Grundsatz – steuerfreie Übergang von Anteilen an einer Gesamthand ermöglicht. Dies wird für Änderungen der Beteiligungsverhältnisse an der veräußernden Gesamthand innerhalb der Fünfjahresfrist typisierend unterstellt (vgl. BFH-Urteile vom 14.06.1973, II R 37/72, BFHE 110, 142 = BStBl. II 1973, S. 802 und vom 16.07.1997, II R 27/95, BFHE 183, 259 = BStBl. II 1997, S. 663 unter II. 3.).

**22 c)** Umgekehrt sind alle Fallbereiche auszunehmen, bei denen nicht etwa nur für den konkreten Fall keine Steuerumgehung vorliegt, sondern schon abstrakt keine Steuer zu vermeiden war (so bereits grundlegend BFH, Urteil vom 25.02.1969, II 142/63, BFHE 95, 292 = BStBl. II 1969, S. 400). Die Finanzverwaltung nimmt ebenfalls an, dass eine teleologische Reduktion vorzunehmen ist, wenn die Steuerumgehung objektiv ausgeschlossen ist (gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 09.12.2015 betreffend Anwendung der §§ 5 und 6 GrEStG, BStBl. I 2015, S. 1029 Rdnr. 76.).

**23 aa)** Ein abstrakter oder objektiver Maßstab bedeutet, dass es für die Reichweite der teleologischen Reduktion auf das abstrakte Missbrauchspotenzial derjenigen Gestaltung ankommt, auf die § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG zielt. Das ist die Kombination eines nicht steuerbaren Erwerbs einer Beteiligung an einer Gesamthand mit einer steuerbefreiten Grundstücksübernahme aus dem Vermögen der Gesamthand. Liegt eine solche missbrauchsgeneigte Gestaltung vor, kommt es nicht darauf an, ob im Einzelfall ein Missbrauch nachgewiesen oder nicht auszuschließen ist.

**24 bb)** § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG ist deshalb nur anzuwenden, wenn und soweit der das Grundstück von der Gesamthand erwerbende Gesamthänder seit dem Erwerb des Grundstücks durch die Gesamthand einen Anteil erlangt (oder nach Aufgabe wiedererlangt) hat, der über seinen Anteil im Zeitpunkt des Erwerbs des Grundstücks durch die Gesamthand hinausreicht.

**25** Dem Sinn und Zweck der Grunderwerbsteuer ist dadurch Rechnung getragen, dass schon der Erwerb des Grundstücks durch die Gesellschaft der Grunderwerbsteuer unterlag und schon mit diesem Erwerb das Grundstück in den Grunderwerbsteuerrechtlichen Zurechnungsbereich des Gesamthänders gelangt ist (so auch für die Parallelvorschrift des § 5 Abs. 3 GrEStG BFH, Urteil vom 23.09.2009, II R 61/08, BFH/NV 2010, 680).

**26 cc)** Die Steuervergünstigung des § 6 Abs. 2 GrEStG ist trotz § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG auch nicht schon deshalb zu versagen, weil die Gesellschaft im Zeitpunkt des Erwerbsvorgangs noch keine fünf Jahre bestanden hatte (BFH-Urteile in BFHE 95, 292 = BStBl. II 1969, S. 400 und vom 24.06.1969, II 169/64, BFHE 96, 370). Maßgebend ist, dass die Beteiligungsverhältnisse seit dem Erwerb des Grundstücks durch die veräußernde Gesamthand unverändert geblieben sind (vgl. BFH-Urteile in BFHE 95, 292 = BStBl. II 1969, S. 400; in BFHE 110, 142 = BStBl. II 1973, S. 802; vom 18.05.1994, II R 119/90, BFH/NV 1995, 267; in BFHE 183, 259 = BStBl. II 1997, S. 663 unter II. 3. und vom 04.04.2001, II R 57/98, BFHE 194, 458 = BStBl. II 2001, S. 587 unter II. 2. c)).

**27 dd)** Aus denselben Gründen ist § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG nicht anwendbar, wenn – ausnahmsweise – bereits der Erwerb des Anteils an der Gesamthand nach § 1 Abs. 2a GrEStG der Grunderwerbsteuer unterlag. In diesem Fall ist ebenfalls eine Steuerumgehung durch die Kombination eines nicht steuerbaren Wechsels im Gesellschafterbestand einer Gesamthand und der nachfolgenden, nach § 6 GrEStG begünstigten Übernahme von Grundstücken von der Gesamthand objektiv nicht möglich (BFH-Beschluss in BFH/NV 2003, 1090 unter II. 2. c), in Abgrenzung zu einer dennoch vorliegenden objektiven Steuerumgehungsmöglichkeit). Auch in dieser Konstellation war bereits die Überführung des Grundstücks in den Grunderwerbsteuerrechtlichen Zurechnungsbereich steuerbar, § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG daher nicht anzuwenden (ebenso Boruttau/*Viskorf*, Grunderwerbsteuergesetz, § 6 Rdnr. 91, 96; Behrens/Wachter/*Schley*, Grunderwerbsteuergesetz, § 6 Rdnr. 110).

**28 ee)** Der BFH hat stets darauf abgestellt, ob ein Vorgang der Grunderwerbsteuer „unterlag“. Das bedeutet, dass es nicht darauf ankommt, ob Grunderwerbsteuer tatsächlich festgesetzt und erhoben wurde, sondern nur darauf, ob der Vorgang Grunderwerbsteuerbar war.

**29** Das ergibt sich bereits aus der Formulierung selbst. Die Tatbestände des § 1 GrEStG verwenden nahezu durchgängig die Wendung, dass bestimmte Vorgänge der Grunderwerbsteuer „unterliegen“, d. h. steuerbar sind und vorbehaltlich von Befreiungstatbeständen Grunderwerbsteuer festzusetzen ist. Gemeint ist damit nicht, dass Grunderwerbsteuer tatsächlich festgesetzt und entrichtet worden ist. Dies wäre bei einer Vorschrift des Festsetzungsverfahrens ein Widerspruch in sich.

**30** Diese Sichtweise entspricht dem Zweck der Vorschrift. Eine objektive Steuerumgehungsmöglichkeit hängt nicht davon ab, ob es zu Schwierigkeiten bei der Erhebung der einen oder anderen Steuer gekommen ist. Das gilt erst

recht, als der BFH die Begünstigung des Erwerbs von der Gesamthand sogar dann für möglich erachtet hat, wenn der vorausgegangene Grunderwerb durch die Gesamthand noch nicht steuerpflichtig war (BFH, Urteil vom 28.01.1981, II R 146/75, BFHE 133, 83 = BStBl. II 1981, S. 484; ähnlich – für den steuerbefreiten Erwerb – Boruttau/*Viskorf*, Grunderwerbsteuergesetz, § 6 Rdnr. 95).

**31 3.** Der Senat hält an dieser Rechtsprechung und insbesondere daran fest, dass allein das abstrakte Missbrauchspotenzial Maßstab für die Auslegung des § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG einschließlich der teleologischen Reduktion ist.

**32 a)** Die seit Jahrzehnten durch den BFH vorgenommene und seitens der Finanzverwaltung grundsätzlich akzeptierte teleologische Reduktion des § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG hat die Grenzen zulässiger richterlicher Auslegung und Rechtsfortbildung nicht überschritten. Sie hat insbesondere kein eigenes Modell an die Stelle des gesetzgeberischen Konzepts gesetzt (vgl. dazu im Einzelnen Beschluss des BVerfG vom 25.01.2011, 1 BvR 918/10, BVerfGE 128, 193 = NJW 2011, 836), sondern verhilft lediglich dem Geltungsanspruch des Gesetzes als Missbrauchsverhinderungsvorschrift zur Geltung, um einen von diesem Zweck nicht gedeckten Begünstigungsausschluss zu vermeiden.

**33 b)** Da die Vorschrift selbst typisiert, ist es folgerichtig, auch teleologische Einschränkungen im Wege einer Typisierung durch abstrakt-generelle Rechtssätze vorzunehmen. Die Nichtanwendung einer Vorschrift unter den besonderen Umständen des Einzelfalls wäre keine einschränkende Auslegung mehr, sondern eine Einzelfallentscheidung im Billigkeitswege nach § 163 AO oder § 227 AO.

**34 c)** Eine mit dem Konzept des Gesetzes konforme einschränkende Auslegung muss sich demnach nach abstrakten Maßstäben an dem von § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG erfassten Missbrauchspotenzial orientieren. Sie bezieht sich auf solche Fälle, in denen aus dem Aufeinanderfolgen von steuerfreiem Beteiligungserwerb und steuerbefreiter Grundstücksübernahme von der Gesamthand keine Missbrauchsmöglichkeit resultiert. Sie erfasst nicht sonstige Elemente der Steuergestaltung und Steuervermeidung, die mit dem in § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG erfassten abstrakten Missbrauchspotenzial nicht in Zusammenhang stehen.

**35 d)** Es entspricht diesen Grundsätzen, dass für die Steuerbefreiung des zweiten Erwerbs allein auf die Grunderwerbsteuerbarkeit des ersten Erwerbs abzustellen ist, nicht auf die Grunderwerbsteuerpflicht, die Festsetzung oder Erhebung der Grunderwerbsteuer.

**36 aa)** Das Ziel des § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG liegt nicht darin, dass wenigstens einmal Grunderwerbsteuer gezahlt wird, sondern die objektive Steuerumgehung zu vermeiden. Sollte der erste Erwerb aus Gründen steuerfrei sein, die nicht im Zusammenhang mit dem durch die Vorschrift erfassten Missbrauchspotenzial stehen, wird auch keine Grunderwerbsteuer gezahlt. Eine Einzelfallprüfung widerspräche nicht nur dem typisierenden Ansatz, sondern müsste sich ggf. auch auf die Frage erstrecken, welcher Beteiligte in welchem Umfang eine Nichtfestsetzung oder Nichterhebung der Steuer für den ersten Erwerb zu verantworten hat.

Schließlich können Komplikationen auftreten, wenn zum Zeitpunkt des zweiten Erwerbs die tatsächliche Erhebung der Steuer für den ersten Erwerb noch nicht feststeht.

**37 bb)** Eine abweichende Sichtweise vermengte die Aufgaben der beiden Festsetzungsverfahren. Wenn der Verdacht besteht, dass die zeitnahe Festsetzung und Erhebung der Steuer für den ersten Erwerb mit unangemessenen Mitteln vereitelt wurde, ist die Lösung in dem Festsetzungsverfahren für den ersten Erwerb zu suchen, wofür in entsprechenden Fällen regelmäßig die verlängerte Festsetzungsfrist des § 169 Abs. 2 Satz 2 AO zur Verfügung stehen dürfte. Die Besteuerung des zweiten Erwerbs ist kein Ersatztatbestand für Schwierigkeiten im Steuervollzug des ersten Erwerbs.

**38 cc)** Soweit das FA auf die Bedeutung der Unbedenklichkeitsbescheinigung zur Sicherung der Steuerzahlung hinweist, ist dies zwar zutreffend, jedoch kein spezifisches Problem des § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG. Es stellt sich beim fiktiven Rechtsträgerwechsel stets.

**394.** Nach diesen Maßstäben ist § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG infolge teleologischer Reduktion im Streitfall nicht anzuwenden. Die Klägerin hat am 22.02.2010 sämtliche Geschäftsanteile der KG erworben. Dieser Vorgang war nach § 1 Abs. 2a GrEStG steuerbar. Das bedeutet, dass die Überführung der Grundstücke in den Grunderwerbsteuerrechtlichen Zurechnungsbereich der Klägerin bereits der Grunderwerbsteuer unterlag. Schwierigkeiten bei Festsetzung und Erhebung dieser Grunderwerbsteuer sind für die Reichweite des § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG nicht von Bedeutung.

**40 5.** Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 FGO.

**41 6.** Der Senat entscheidet nach § 121 Satz 1 FGO i. V. m. § 90 Abs. 2 FGO im Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung.

## 21. Erwerb in Abbruchabsicht im Wege vorweggenommener Erbfolge bei einer Mitunternehmerschaft

BFH, Urteil vom 27.05.2020, III R 17/19 (Vorinstanz: FG Baden-Württemberg, Urteil vom 17.01.2019, 3 K 1425/17)

*EStG § 4 Abs. 4, § 11 Abs. 2 Satz 1, § 6 Abs. 3, Abs. 1 Nr. 1 Satz 1, Abs. 5, § 7 Abs. 1 Satz 7  
HGB § 255 Abs. 1 und 2*

### LEITSÄTZE:

- Die Rechtsgrundsätze zur Behandlung von Abbruchkosten beim Erwerb eines Gebäudes in Abbruchabsicht gelten auch für den unentgeltlichen Erwerb eines Mitunternehmeranteils im Wege der vorweggenommenen Erbfolge.**
- § 6 Abs. 3 EStG bewirkt eine Rechtsnachfolge nur in einzelnen vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Beziehungen, begründet aber keine umfassende „Fußstapfentheorie“. Die aus der Abbruchabsicht resultie-**

**rende Qualifikation als Herstellungskosten des neuen Gebäudes bleibt von der in § 6 Abs. 3 EStG geregelten Buchwertfortführung unberührt.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Restbuchwert eines abgebrochenen Gebäudes und die Abbruchkosten beim Kläger und Revisionskläger (Kläger) sofort abziehbare Betriebsausgaben oder Herstellungskosten des neu errichteten Gebäudes darstellen.

**2** Der Vater des Klägers betrieb zunächst das „Sportgeschäft X“ als Einzelunternehmen. Im Jahr 2003 nahm er den Kläger als Mitgesellschafter der neu entstandenen Sport-X OHG auf. Im Jahr 2011 (Streitjahr) übertrug der Vater im Wege der vorweggenommenen Erbfolge seinen Mitunternehmeranteil sowie das in seinem Alleineigentum stehende und zu 66,6 % im Sonderbetriebsvermögen gehaltene Grundstück mit aufstehendem Gebäude (Ladenlokal) auf den Kläger. In den Vorbemerkungen des notariellen Übergabevertrages wurde ausgeführt:

„E und der Kläger sind derzeit jeweils zur Hälfte am Kapital und am Vermögen der Gesellschaft beteiligt.

E ist außerdem der alleinige Eigentümer der Immobilie Y. (...) Der Kläger ist Alleineigentümer des angrenzenden Anwesens. (...) Es ist beabsichtigt, die vorhandene Bebauung abzureißen und beide Grundstücke grundbuchrechtlich zusammenzulegen und mit einem Wohn/Geschäftshaus zu bebauen, das dann zu einem großen Teil für das Sportgeschäft genutzt werden soll, wobei später eine Aufteilung in Teil- und Wohneigentum erfolgen soll.“

**3** Das auf dem Grundstück Y aufstehende Gebäude und das Gebäude auf dem zuvor (Oktober 2010) erworbenen Nachbargrundstück ließ der Kläger abreißen und an ihrer Stelle einen einheitlichen Neubau errichten, in dem sich bis heute insbesondere die Räume des Sportfachgeschäfts X befinden. Der betriebliche Anteil macht nunmehr 75,2 % des Gesamtgebäudes aus.

**4** In der Steuererklärung des Streitjahres 2011 erklärten die Kläger, zusammen zur Einkommensteuer veranlagte Eheleute, einen Gewinn aus Gewerbebetrieb in Höhe von (...) €. Die auf den Restbuchwert vorgenommene Absetzung für außergewöhnliche technische oder wirtschaftliche Abnutzung (AfaA) und die anteiligen Abbruchkosten für das Gebäude Y setzte der Kläger als sofort abzugsfähige Betriebsausgaben an.

**5** Zunächst veranlagte der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) die Kläger mit unter dem Vorbehalt der Nachprüfung stehenden Bescheid vom 22.05.2014 erklärungsgemäß.

**6** Im Rahmen einer steuerlichen Außenprüfung vertrat der Prüfer hingegen die Ansicht, dass der Restbuchwert des Gebäudes in Höhe von (...) € und die Abbruchkosten Herstellungskosten des neuen Gebäudes seien. Der Prüfer ermittelte einen Gewinn in Höhe von (...) €.

**7** Mit Änderungsbescheid vom 03.12.2015 folgte das FA der Ermittlung des Gewinns durch die Betriebsprüfung. Hiergegen legten die Kläger Einspruch ein, der mit Einspruchsentscheidung vom 09.05.2017 als unbegründet zurückgewiesen wurde.

**8** Mit der Klage verfolgten die Kläger eine Gewinnminderung in Höhe von (...) € weiter. Das FG wies die Klage mit den in EFG 2019, 1076 veröffentlichten Gründen ab.

**9** Mit der Revision machen die Kläger die Verletzung von Bundesrecht geltend. Das FG habe das Verhältnis von § 6 Abs. 3 EStG zu den richterrechtlichen Rechtsgrundsätzen des Erwerbs in Abbruchabsicht unzutreffend gewürdigt.

**10** Die Kläger beantragen,

das angefochtene Urteil des FG Baden-Württemberg vom 17.01.2019, 3 K 1425/17 aufzuheben und den Einkommensteuerbescheid 2011 vom 03.12.2015 i. d. F. der Einspruchsentscheidung vom 09.05.2017 dahin gehend zu ändern, dass die Einkünfte aus Gewerbebetrieb mit (...) € angesetzt werden.

**11** Das FA beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

**12** II. Die Revision ist unbegründet und nach § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen. Das FG hat zu Recht die sofortige Abziehbarkeit des Restbuchwerts in Höhe von (...) € und der für das frühere Gebäude Y betreffenden anteiligen Abbruchkosten verneint. Der Kläger durfte auf den Restbuchwert des abgebrochenen Gebäudes keine AfaA gemäß § 7 Abs. 1 Satz 7 EStG vornehmen und die Abbruchkosten nicht als Betriebsausgaben nach § 4 Abs. 4 EStG absetzen. Denn es handelt sich um Herstellungskosten des neu errichteten Gebäudes, für die nach § 7 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 EStG lediglich Absetzung für Abnutzung (Afa) in gleichen Jahresbeträgen in Anspruch genommen werden kann.

**13** 1. Gemäß § 5 Abs. 6 EStG sind bei buchführungspflichtigen Gewerbetreibenden u. a. die Vorschriften über die Betriebsausgaben (§ 4 Abs. 4 EStG), die Bewertung (§ 6 EStG) und die Afa (§ 7 EStG) zu beachten.

**14** a) Gemäß § 4 Abs. 4 EStG sind Betriebsausgaben die Aufwendungen, die durch den Betrieb veranlasst sind. Betrieblich veranlasst sind alle Aufwendungen, die in einem objektiven und wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Betrieb stehen und subjektiv dem Betrieb zu dienen bestimmt sind (BFH, Urteil vom 03.02.2016, X R 25/12, BFHE 252, 486 = BStBl. II 2016, S. 391).

**15** Handelt es sich bei den Aufwendungen um Anschaffungs- oder Herstellungskosten (§ 255 Abs. 1 und Abs. 2 HGB) auf ein abnutzbares Wirtschaftsgut, sind diese Betriebsausgaben nicht bereits bei ihrer Entstehung oder Ausgabe abziehbar, sondern über die Dauer der voraussichtlichen Verwendung oder Nutzung zu verteilen. Es erfolgt insoweit eine Aktivierung und Aufwandsverteilung nach § 7 EStG auf die entsprechenden Besteuerungszeiträume.

**16** b) Nach der ständigen Rechtsprechung des BFH kommt es seit dem Beschluss des Großen Senats vom 12.06.1978,

GrS 1/77 (BFHE 125, 516 = BStBl. II 1978, S. 620) für den Ansatz von AfaA nach § 7 Abs. 1 Satz 7 EStG und den Abzug von Abbruchkosten als sofort abziehbare Werbungskosten oder Betriebsausgaben bei einem im Zeitpunkt des Erwerbs technisch oder wirtschaftlich noch nicht verbrauchten Gebäude darauf an, ob dieses mit oder ohne Abbruchabsicht erworben wird. Der Große Senat des BFH hat diese Rechtsansicht damit begründet, dass bei dem Erwerb eines Gebäudes ohne Abbruchabsicht Anschaffung und Herstellung allein dem Ziel der Nutzung durch den Betrieb dienen und deshalb bei dessen Anschaffung oder Herstellung noch kein Zusammenhang mit dem späteren Abbruch und dem damit verfolgten Zweck, nämlich der Herstellung eines neuen Wirtschaftsgutes, bestehe. Demgegenüber werde bei einer bereits beim Erwerb des Gebäudes bestehenden Abbruchabsicht ein weiterreichendes Ziel, nämlich die Herstellung eines neuen Wirtschaftsgutes, verfolgt, woraus sich schon bei der Anschaffung ein unmittelbarer Zusammenhang der Anschaffungskosten mit den später beabsichtigten Maßnahmen ergebe, was zur Folge habe, den Restwert des Gebäudes und die Abbruchkosten den Herstellungskosten des neuen Wirtschaftsgutes zuzurechnen.

**17** Diese Grundsätze werden nicht nur bei dem entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks oder Gebäudes angewandt, sondern auch beim Erwerb im Wege der unentgeltlichen Einzelrechtsnachfolge (BFH, Urteil vom 07.10.1986, IX R 93/82, BFHE 148, 495 = BStBl. II 1987, S. 330 – Schenkung) und durch Erbfolge (BFH-Urteile vom 12.09.1995, IX R 87/94, BFH/NV 1996, 302; vom 06.12.1995, X R 116/91, BFHE 179, 331 = BStBl. II 1996, S. 358; vom 31.03.1998, IX R 26/96, BFH/NV 1998, 1212 – Gesamtrechtsnachfolge). Weiterhin werden die Abbruchkosten und der Restwert eines Gebäudes bei der Einlage dieses Grundstücks in das Betriebsvermögen mit Abbruchabsicht den Herstellungskosten des Neubaus zugerechnet (BFH, Urteil vom 09.02.1983, I R 29/79, BFHE 138, 63 = BStBl. II 1983, S. 451). Soweit der Erwerber das unentgeltlich erhaltene Gebäude nicht zur Einkunftserzielung nutzen, sondern abreißen will, um ein neues Gebäude zu errichten, fehlt – wie beim entgeltlichen Erwerb „in“ Abbruchabsicht – jeder Zusammenhang mit den vorher erzielten Einkünften.

**18** c) Der erkennende Senat hält diese Rechtsgrundsätze auch auf den vorliegenden Fall der unentgeltlichen Übertragung eines Mitunternehmeranteils im Fall der vorweggenommenen Erbfolge nach § 6 Abs. 3 EStG für anwendbar.

**19** Wie das FG zutreffend ausführt, sind in Fällen wie dem vorliegenden bei einem im Wege der Einzelrechtsnachfolge erfolgten Erwerb in Abbruchabsicht mit vollständigem Rechtsträgerwechsel keine Umstände ersichtlich, die einen sofortigen Betriebsausgabenabzug rechtfertigen könnten.

**20** aa) Durch die unentgeltliche Übertragung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils nach § 6 Abs. 3 EStG kommt es zu einem zivilrechtlichen und steuerrechtlichen Rechtsträgerwechsel. Der Kläger beabsichtigte als Rechtsnachfolger nach den unstrittigen Feststellungen bereits im Zeitpunkt des (unentgeltlichen) Erwerbs im Rahmen vorweggenommener Erbfolge, keine betrieblichen Einkünfte mit dem bislang betrieblich genutzten Gebäude zu

erzielen, sondern dieses abzuberechnen, um ein neues Gebäude zu errichten. Damit bestand ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen dem Abbruch des vom Kläger ungenutzten und nicht zur Einkünfteerzielung verwendeten Gebäudes und der Herstellung des Neubaus. Der Gebäudeabriss war daher maßgeblich durch die neue Zweckbestimmung – Bau eines neuen Gebäudes – veranlasst und stand daher zu diesem in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang. Dieser enge wirtschaftliche Zusammenhang zwischen Abbruch des alten und Errichtung des neuen Gebäudes rechtfertigt es, die mit dem Abbruch verbundenen Aufwendungen – ebenso wie den Buchwert des abgebrochenen Gebäudes bei noch vorhandener Werthaltigkeit – als Herstellungskosten des neuen Wirtschaftsguts zu behandeln.

**21 bb)** Entgegen der Ansicht der Kläger gebietet auch der in § 6 Abs. 3 EStG zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke der Betriebskontinuität keinen Anlass dafür, die Grundsätze des Erwerbs in Abbruchabsicht im vorliegenden Fall nicht anzuwenden.

**22 (1)** Zwar bewirkt der Übergang des Betriebs nach § 6 Abs. 3 EStG nicht nur die Fortführung der Buchwerte durch den Erwerber, sondern den vollständigen Eintritt des Rechtsnachfolgers in die betriebsbezogene Rechtsstellung des Rechtsvorgängers (BFH, Urteil vom 09.09.2010, IV R 22/07, BFH/NV 2011, 31 Rdnr. 14). Damit tritt der Erwerber aber nur in noch unentwickelte betriebsbezogene Rechtspositionen seines Vorgängers ein, soweit diese in wirtschaftlichem Zusammenhang mit den Wertansätzen der übergegangenen Wirtschaftsgüter stehen (vgl. BFH, Urteil vom 24.03.1992, VIII R 48/90, BFHE 168, 521 = BStBl. II 1993, S. 93 unter 2. b) bb) bbb); vgl. Urteil vom 10.03.2016, IV R 14/12, BFHE 253, 536 = BStBl. II 2016, S. 763 zum Investitionsabzugsbetrag bei unentgeltlicher Betriebsübertragung). Eine umfassende „Fußstapfentheorie“ wird durch § 6 Abs. 3 EStG nicht begründet.

**23 § 6 Abs. 3 EStG** ist kein Ausdruck einer allumfassenden steuerlichen Rechtsnachfolge. Die unentgeltliche Übertragung im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge bewirkt auch steuerlich nur eine Rechtsnachfolge in einzelnen vom Gesetz bestimmten Beziehungen. § 6 Abs. 3 EStG orientiert sich an den Werten des Rechtsvorgängers, erfasst daher regelmäßig nicht die steuerliche Beurteilung der beim Rechtsnachfolger angefallenen eigenen Aufwendungen.

**24 (2)** Aus § 6 Abs. 3 EStG lässt sich daher nicht folgern, dass bei unentgeltlicher Übertragung eines Gebäudes im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge die Grundsätze über den Erwerb in Abbruchabsicht nicht zu berücksichtigen sind. Im Hinblick auf den Verzicht der Gewinnrealisation hinsichtlich der stillen Reserven hat der Große Senat des BFH zu § 6 Abs. 3 EStG vielmehr ausgeführt, dass diese Norm eine Sonderstellung im System des vom Grundsatz der Individualbesteuerung geprägten Einkommensteuerrechts einnimmt; es handelt sich insoweit um eine „atypische“ Regelung des Einkommensteuerrechts, in denen „ausnahmsweise“ bereits in der Person des Rechtsvorgängers begründete Besteuerungsmerkmale und Rechtspositionen beim unentgeltlichen Rechtsnachfolger fortwir-

ken (vgl. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 17.12.2007, GrS 2/04, BFHE 220, 129 = BStBl. II 2008, S. 608 unter C. III. 6. a) aa); BFH, Beschluss vom 18.04.2018, I R 2/16, BFHE 261, 298 = BStBl. II 2018, S. 567 Rdnr. 24). Das FG weist insoweit zutreffend darauf hin, dass die aus der Abbruchabsicht resultierende Qualifikation als Herstellungskosten des neuen Gebäudes von der in § 6 Abs. 3 EStG geregelten Buchwertfortführung unberührt bleibt.

**25 2.** Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 2 FGO.





## Tagungsbericht

# „Virtuelle Hauptversammlung“ Digitale Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 05.07.2021

Von **Johannes Gansmeier**, München<sup>1</sup>

Am 05.07.2021 fand die zweite digitale Tagung im Jahr 2021 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Virtuelle Hauptversammlung“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. Hans Christoph Grigoleit, begrüßte die zahlreichen Teilnehmerinnen und Teilnehmer und führte in das Tagungsthema ein. Danach stellte er die Referenten, Professor Dr. *Dieter Mayer*, Notar in München, *Sebastian Herrler*, ebenfalls Notar in München, sowie Professor Dr. *Jens Koch*, Lehrstuhlinhaber an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, vor. Anschließend übergab er das Wort an *Mayer*.

Dieser führte mit einem Impulsvortrag in das Tagungsthema ein. Um Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Rechtsform der SE auch in Zeiten der COVID-Pandemie die rechtssichere Durchführung von Hauptversammlungen zu ermöglichen, habe der Gesetzgeber mit entsprechenden temporären Modifikationen des Aktienrechts die hierfür notwendigen Voraussetzungen geschaffen. Das Aktienrecht werde mit den – zunächst bis zum Ende des Jahres 2021 geltenden Änderungen – erstmals pandemiebedingt reformiert. Der Vorstand könne unter bestimmten Voraussetzungen mit Zustimmung des Aufsichtsrats entscheiden, dass die Versammlung als virtuelle Hauptversammlung abgehalten wird. Nahezu alle Hauptversammlungen börsennotierter Aktiengesellschaften oder solcher mit größerem Aktionärskreis hätten seit Änderung der aktienrechtlichen Vorschriften virtuell stattgefunden; dabei habe es weder in 2020 noch in 2021 – soweit ersichtlich – technische Probleme bei der Durchführung virtueller Hauptversammlungen gegeben. Gegenüber einer „traditionellen“ Präsenz-Hauptversammlung sei eine rein virtuelle Hauptversammlung – trotz aktionärsfreundlicher Modifikationen der temporären Vorschriften im Februar 2021 – mit einer erheblichen Einschränkung der Aktionärsteilhabe verbunden. Denn von wenigen Ausnahmen abgesehen hätten Aktiengesellschaften seit Beginn der COVID-Pandemie ihren Aktionären keine Teilnahme nach § 118 Abs. 1 Satz 2 AktG ermöglicht, sondern – rechtlich zulässig – vorgegeben, dass Fragen allein im Vorfeld der Hauptversammlung ein-

gereicht werden können. Außerdem konnten Aktionäre keinerlei Redebeiträge abgeben, auf der Hauptversammlung keine ergänzenden Fragen stellen, keine aus ihrer Sicht nicht bzw. nicht ausreichend beantworteten Fragen zum notariellen Protokoll geben und während der Hauptversammlung keine Anträge stellen. Einige Gesellschaften hätten aber von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, Aktionären weitergehende Partizipationsmöglichkeiten einzuräumen. Dennoch habe die Zustandsbetrachtung der virtuell abgehaltenen Hauptversammlung nach *Mayer* zu dem einhelligen Meinungsbild geführt, dass die COVID-Sondergesetzgebung zur Hauptversammlung für eine dauerhafte Statuierung virtueller Hauptversammlungsmöglichkeiten nicht als Vorbild dienen könne.

Auf der 92. Justizministerkonferenz im Juni 2021 hätten die Justizminister der Länder den Bund aufgefordert, die virtuelle Hauptversammlung dauerhaft als gleichberechtigte Alternative zur Präsenz-Hauptversammlung vorzusehen. Dabei sollte es zur Disposition der jeweiligen Gesellschaften stehen, wie sie deren Hauptversammlung abhalten wollen. Das BMJV sei gebeten worden, zeitnah einen entsprechenden Gesetzesentwurf vorzulegen, der die notwendigen Rahmenbedingungen bereits für die Hauptversammlungssaison 2022 schaffen soll. Die Rechte der Aktionäre sollten dabei in virtueller Hauptversammlung und Präsenzversammlung identisch ausgestaltet werden. Offen sei bislang, ob der Gesetzgeber nach der Reform des Hauptversammlungsrechts auch eine hybride Durchführung der Hauptversammlung gestatten werde. Gegenüber einem solchen Hybridmodell bestünden freilich erhebliche Zweifel, da Gesellschaften von dieser – bereits seit 2009 bestehenden Option – in der Vergangenheit kaum Gebrauch gemacht hätten. Eine Umsetzung der von der Justizministerkonferenz geforderten Reform bis zur Hauptversammlungssaison 2022 stelle die Gesellschaften aufgrund der durch die Pandemie bedingten Planungsunsicherheit vor große Herausforderungen. Im Kern müsse es freilich darum gehen, die drei Hauptfunktionen einer Hauptversammlung – Information der Aktionäre, Kommunikation untereinander und mit der Verwaltung sowie die daraus resultierende Entscheidung per Beschluss – in irgendeiner Form sicherzustellen.

An den Impulsantrag schloss sich der Vortrag von *Herrler* zum status quo der aktienrechtlichen COVID-Sonderge-

<sup>1</sup> Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Geschäftsführer der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

setzung zur virtuellen Hauptversammlung an.<sup>2</sup> Die COVID-Pandemie habe auch im Kontext der aktienrechtlichen Hauptversammlung zu einem Digitalisierungsschub geführt. Der Gesetzgeber habe mit dem Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (COVMG) zahlreiche temporäre Modifikationen im Recht der Hauptversammlung vorgenommen, um eine virtuelle Durchführung zu ermöglichen. Nach einem ersten Überblick über die maßgeblichen Änderungen des COVMG führte *Herrler* in die Anforderungen an eine virtuelle Hauptversammlung nach der COVID-Sondergesetzgebung ein. Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 COVMG müsse auf der virtuellen Hauptversammlung über die gesamte Dauer eine Bild- und Tonübertragung sowie die Möglichkeit zur elektronischen Stimmabgabe der Aktionäre sichergestellt sein. Darüber hinaus stünde Aktionären ein Fragerecht im Wege der elektronischen Kommunikation sowie eine Widerspruchsmöglichkeit zu (letztere nur, sofern sie von ihrem Stimmrecht Gebrauch gemacht haben). Den Gesellschaften sei es darüber hinaus unbenommen, Aktionären weitere Teilnahmemöglichkeiten einzuräumen; insbesondere der weitreichende Anfechtungsausschluss nach § 1 Abs. 7 COVMG biete hier die Möglichkeiten, eröffnete Gestaltungsspielräume auszunutzen, ohne eine Anfechtung befürchten zu müssen. Über die Entscheidung zur Durchführung einer virtuellen Hauptversammlung entscheide der Vorstand nach pflichtgemäßem Ermessen. Während diese Entscheidung zu „Hochzeiten“ der Pandemie nicht wirklich strittig gewesen sei – die Pandemiebedingungen hätten ohnehin keine Präsenz-Hauptversammlung zugelassen –, komme der Beurteilung in Zeiten eines (vorrübergehend) abgeflachten Pandemiegeschehens größere Bedeutung zu. Der Vorstand müsse dabei aus einer ex-ante-Perspektive die Vor- und Nachteile der jeweiligen Hauptversammlungsform gegeneinander abwägen, wobei insbesondere die dynamische Pandemieentwicklung zu berücksichtigen sei. Ermessensfehler seien – auch vor dem Hintergrund der business judgement rule nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG – dabei nur im Ausnahmefall denkbar, etwa wenn das virtuelle Hauptversammlungsformat aus sachfremden Erwägungen gewählt werde. Die virtuelle Hauptversammlung stelle somit wohl für das gesamte Jahr 2021 weiterhin „das Mittel der Wahl“ dar.

Auch auf einer virtuellen Hauptversammlung nach der COVID-Sondergesetzgebung seien nach wie vor einige Personen in Präsenz vor Ort. Während Versammlungsleiter und Notar (sofern ein Beurkundungserfordernis besteht) vor Ort sein müssten, sei die physische Präsenz von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern zwar nicht zwingend, aber doch die Regel. Der Abschlussprüfer werde elektronisch zugeschaltet, der EDV-Dienstleister in einem Nebenraum untergebracht. Unter „Stimmrechtsvertreter der Gesellschafter“ seien nach vorzugswürdiger Ansicht – der auch die Praxis mehrheitlich folge – nur Stimmrechtsvertreter im

Sinne des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG zu verstehen. Nach Ausführungen zum Teilnehmerverzeichnis ging *Herrler* im Detail auf die Anforderungen an eine virtuelle Hauptversammlung nach ein § 1 Abs. 2 Satz 1 COVMG ein. Zentrale Fragen betreffen hierbei insbesondere die Stimmrechtsabgabe nach § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 COVMG. Diese müsse entweder durch elektronische Teilnahme im Sinne des § 118 Abs. 1 Satz 2 AktG und bzw. oder eine elektronische Briefwahl im Sinne des § 118 Abs. 2 AktG ermöglicht werden. Vor allem bei der elektronischen Briefwahl sei es in der Praxis unabdingbar, dass vor Durchführung der virtuellen Hauptversammlung von der Gesellschaft klar kommuniziert werde, wann das Ende der Briefwahlperiode sei (Schließung der Abstimmung? Eintritt in Abstimmungsvorgang? Ende der Generaldebatte?). Anschließend ging *Herrler* darauf ein, inwiefern Aktionären nach der COVID-Sondergesetzgebung in der virtuellen Hauptversammlung Anträge oder Wahlvorschläge (insbesondere nach § 122 Abs. 2, § 124 Abs. 4 Satz 2, § 126 Abs. 1, §§ 127, 137 Satz 1 AktG) stellen könnten. Während diese Frage bis zum 28.02.2021 umstritten war, sieht seither § 1 Abs. 2 Satz 3 COVMG unter bestimmten Voraussetzungen eine Antragsfiktion vor, die dazu führe, dass Aktionärsanträge als in der Hauptversammlung gestellt gelten und somit eine Abstimmung darüber stattfinden könne.

Modifikationen der COVID-Sondergesetzgebung hätten sich darüber hinaus auch im Hinblick auf das Fragerecht der Aktionäre ergeben. Dieses war zunächst in § 1 Abs. 1 Nr. 3, Satz 2 1. und 2. Hs. COVMG nur als Fragemöglichkeit ausgestaltet, um Missbräuche durch räuberische Aktionäre zu vermeiden. Seit der Modifikation des COVMG im Jahr 2021 sieht dessen § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 nunmehr ein Fragerecht der Aktionäre vor; der Vorstand entscheidet seither nur noch darüber, wie (nicht: ob) er die Frage(n) beantworten möchte. Bedenkenswert sei es darüber hinaus, dass die Gesellschaft ihren Aktionären unter bestimmten Voraussetzungen auch das Recht zu Nachfragen während der virtuellen Hauptversammlung einräume. Freilich sei dies mit einem nicht unerheblichen Mehraufwand auf Seiten der Gesellschaft verbunden. Zum Abschluss seines Vortrags legte *Herrler* die Besonderheiten der Niederschrift einer virtuellen Hauptversammlung dar.

Anschließend übernahm *Koch* mit seinem Vortrag zu Reform-Eckpfeilern einer modernisierten Hauptversammlungs-gestaltung. Überlegungen zu virtuellen Gestaltungsmöglichkeiten von Hauptversammlungen gebe es zwar bereits seit langer Zeit;<sup>3</sup> die COVID-Sondergesetzgebung zur virtuellen Hauptversammlung – und insbesondere deren rasche Umsetzung in einem relativ kurzen Zeitraum – habe den diesbezüglichen Diskurs allerdings revitalisiert. Dass die „klassische“ Hauptversammlung aus der Zeit gefallen sei, werde besonders mit Blick auf die bisherige Kritik an der Präsenz-Hauptversammlung deutlich: Die hohen Zugangsschranken zu einer Präsenz-Hauptversammlung führten zu einer geringen Präsenz der Aktionäre. Die Haupt-

2 Vertiefend hierzu auch die Kommentierung des Referenten zur virtuellen Hauptversammlung Grigoleit/*Herrler*, AktG, 2. Aufl. 2020, § 118 Rdnr. 36a ff.; ferner *ders.* DNotZ 2020, 468.

3 Siehe hierzu insbesondere *Koch*, Empfiehlt sich eine Reform des Beschlussmängelrechts im Gesellschaftsrecht? Gutachten F zum 72. Deutschen Juristentag, 2018; *ders.*, NJW-Beilage 2018, 50.

versammlung verliere so ihre eigentliche Funktion – der Dialog zwischen Gesellschaft und (Groß-)Aktionären finde bereits im Vorfeld der Hauptversammlung statt. Der Informationswert der Hauptversammlung bleibe somit gering. Im Übrigen trage das Missbrauchspotenzial des Beschlussmängelrechts dazu bei, dass das Hauptaugenmerk der Gesellschaft nicht auf die Information der Aktionäre, sondern auf die Vermeidung von Anfechtungsrisiken gerichtet sei.

Vor diesem Hintergrund hätten die Sondervorschriften des COVMG gezeigt, dass die Umsetzung einer virtuellen Hauptversammlung machbar sei. Neben erheblichen Kostenvorteilen für Gesellschaften habe sich – wie von vielen Seiten zu hören sei – in der Hauptversammlungssaison 2020 die Qualität der Beantwortung von Investorenfragen verbessert. Die verschiedentlich als negative Erfahrungen des neuen Formats benannten Aspekte – insbesondere die Reduktion des Auskunftsrechts zur reinen Fragemöglichkeit sowie der Verlust des „öffentlichen Forums“ zur Diskussion – müssten Anlass geben, die tradierten Ziele und Funktionen der Hauptversammlung auch zukünftig in gewandeltem Format zur Geltung zu bringen. Hauptziel einer etwaigen Reform des Hauptversammlungsrechts sei die Entzerrung der Hauptversammlung, indem diejenigen Rechte, die ohne materielle Einschränkung auch im Vorfeld der Hauptversammlung ausgeübt werden können, dorthin verlagert werden. Ansatzpunkte seien hier insbesondere das Auskunfts-, Rede- und Antragsrecht. Dieses Anliegen müsse mit dem Wunsch nach einem aktiven und lebendigen Dialog zwischen Aktionären und Verwaltung in Einklang gebracht werden, was die Möglichkeit zu Nachfragen, Stellungnahmen und Gegenanträgen durch Investoren bedeute.

Ansatzpunkt für einen Ausgleich zwischen den unterschiedlichen Interessen biete das Auskunftsrecht der Aktionäre. Zwar sollte – wie verschiedentlich angeregt – die Hauptversammlung idealiter nicht vom Beschlussmängelrecht her gedacht werden; Unternehmen müssten in der Realität allerdings die mit einer etwaigen Anfechtung verbundenen Risiken einpreisen und kämen somit nicht umhin, die Vermeidung von Anfechtungspotenzialen als Kernanliegen zu betrachten. Da die – mit einem nicht unwesentlichen orga-

nisatorischen Aufwand verbundene – erhebliche Frage- menge auf Hauptversammlungen oftmals der Provokation von Fehlern und somit der Vorbereitung von Anfechtungsklagen diene, müsse bei einer Reform des aktionärsseitigen Auskunftsrechts angesetzt werden. Gerade das digitale Hauptversammlungsformat des COVMG habe teilweise zu einer noch weitergehenden „Fragenflut“ geführt, da die zeitliche Beschränkung des § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG entfallen sei. Zwar sei eine Reduktion des Auskunftsrechts angesichts der unionsrechtlichen Vorgaben von Art. 9 Aktionärsrechte-Richtlinie problematisch. Allerdings könnten die beschlussmängelrechtlichen Folgen von Auskunfts- mängeln entschärft werden. Organisatorisch sei es darüber hinaus vorzugswürdig, die Ausübung des Auskunftsrechts in das Vorfeld der Hauptversammlung zu verlagern. Flankierend könnte erwogen werden, die Vorstandsreden vorab zu veröffentlichen, um so die Möglichkeit zielgerichteter Fragen zu eröffnen. Reformüberlegungen müssten nach *Koch* darüber hinaus in Bezug auf das Nachfrage-, Rede- und Gegenantragsrecht von Aktionären vorgenommen werden.

Die Frage, in welcher Form die Hauptversammlung durchgeführt werde – digital, hybrid oder rein in Präsenz – sei demgegenüber aus einer Reformperspektive von nachge- lagelter Bedeutung. Die Hauptzielrichtung sei die „Nutzung des Vorfelds“ einer Hauptversammlung – unabhängig vom Format der Hauptversammlung. *Koch* plädierte dafür, auch zukünftig eine rein virtuelle Hauptversammlung zuzulassen. Welches Organ innerhalb der Aktiengesellschaft über die Wahl des jeweiligen Formats entscheide, sollte dabei in der Satzung geregelt werden. Abschließend warb *Koch* dafür, dass jede Reform des Hauptversammlungsrecht unbedingt mit einer entsprechenden Anpassung des Beschlussmängelrechts einhergehen müsse, um räuberischen Aktionären kein Einfallstor für missbräuchliche Anfechtungsklagen zu öffnen.

Nach dem Vortrag eröffnete *Grigoleit* die Diskussions- und Fragerunde mit den Referenten. Die Tagung wurde aufge- zeichnet und ist auf der Homepage der Forschungsstelle abrufbar ([www.notarrechtsinstitut.de](http://www.notarrechtsinstitut.de), dort unter „Veranstaltungen“).

## Hinweise für die Praxis

# Bewertung von Gebäuden gemäß § 46 GNotKG. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrand- versicherungswertes<sup>1</sup>

Neue Richtzahl ab 01.10.2021: 20,5

Prüfungsabteilung der **Notarkasse A. d. ö. R.**, München

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz hat eine Neuberechnung der Richtzahlen zur Bewertung von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert, die ab 01.10.2021 anzuwenden sind, erstellt.

Die Baukostenrichtzahl, die nach wie vor dem Euro-Umrechnungskurs angepasst ist, beträgt 20,5. Nicht auf Euro umgestellt sind wie bisher die Stammversicherungssummen 1914. Bei der Berechnung der Brandversicherungswerte ist daher die Versicherungssumme 1914 weiterhin in Mark mit der Baukostenrichtzahl zu vervielfältigen. Das Ergebnis ist bereits der Euro-Betrag, es hat keine Umrechnung auf Euro zu erfolgen (dies ist bereits durch die Umstellung der Richtzahl geschehen). Auf die Bewertungshinweise in MittBayNot 2006, 88; 2007, 80 und 2008, 80 und in Streifzug durch das GNotKG, 13. Aufl. 2021, Anhang II, wird zur Vermeidung von fehlerhaften Wertbestimmungen hingewiesen.

Nach der Rechtsprechung des BayObLG (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375; Rpfleger 1987, 161; JurBüro 1984, 904; JurBüro 1985, 434; DNotZ 1988, 451; BayObLGZ 1993, 173) stellt insbesondere die Verwendung der Bodenrichtwerte nach § 196 BauGB (für Grund und Boden) und der Brandversicherungswerte (für das Gebäude) eine brauchbare und mit dem Gesetz zu vereinbarende Art der Wertermittlung bei bebauten Grundstücken dar. Bei der Wertermittlung des Grund und Bodens an Hand der Bodenrichtwerte ist kein genereller Abschlag mehr vorzunehmen (OLG München, Rpfleger 2019, 57 = ZfIR 2018, 574). Der von der Rechtsprechung bisher vorgesehene regelmäßige Abschlag in Höhe von 25 % ist nur mehr dann zu berücksichtigen, wenn Anhaltspunkte für wertmindernde Umstände im Einzelfall vorliegen (Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2164; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 21. Aufl. 2020, § 46 Rdnr. 59).

Im Hinblick auf etwa vorzunehmende Abschläge im Einzelfall bei der Verwendung der Brandversicherungswerte wird auf Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 46 Rdnr. 61 verwiesen. Auch wenn Brandversicherungen überwiegend durch Selbstveranlagung (nicht Schätzung durch den Versicherer) erfolgen, wird man im Regelfall von einer sachgerechten Wertermittlung ausgehen können (Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 46 Rdnr. 61 ff.).

Damit eine möglichst einheitliche Bewertung von Grundbesitz durch die Gerichte und Notare erreicht wird, werden die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse gebeten, künftig nach der neuen Tabelle zur Berechnung des Gebäudebrandversicherungswertes dann zu verfahren, wenn die Beteiligten erforderliche Unterlagen vorlegen oder die Berechnung auf – allerdings nicht erzwingbaren – Angaben der Beteiligten beruhen. Die Anforderung der zur Bewertung notwendigen Unterlagen unmittelbar bei der Versicherungsgesellschaft ist nur mit Zustimmung der Beteiligten möglich (vgl. BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 168).

## Materialien:

- Beschluss des BayObLG vom 09.04.1976, 3 Z 54/74 (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375 = JurBüro 1976, 1236 = DNotZ 1977, 434 = JMBL 1976, 199)
- Wertermittlungsrichtlinien 2006 (WertR 2006)
- JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04
- Richtzahl der Bayer. Landesbrandversicherung AG ab 01.10.2021 für Gebäude 20,5

## Anleitung:

Der nach der Art des Gebäudes und dessen Alter (in vollen Jahren) gefundene Vervielfältiger ist auf die „Versicherungssumme 1914“ anzuwenden. Im Vervielfältiger ist die technische (altersbedingte) Wertminderung der jeweiligen Gebäudeart (Anlage 8a WertR 2006 – nur für Eigentumswohnungen – bzw. Anlage 8 WertR 2006) und der vom BayObLG für erforderlich gehaltene generelle Abschlag von 20 % bereits eingearbeitet.

Das Ergebnis ist der Verkehrswert des jeweiligen Gebäudes nach dem Brandversicherungswert (vgl. im Übrigen JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04).

Der Restwert von 30 % darf weder aus technischen noch aus wirtschaftlichen Wertminderungsgesichtspunkten unterschritten werden, wenn für das Gebäude noch eine Nutzung möglich ist.

<sup>1</sup> Anschluss an MittBayNot 2021, 92.



### Versicherungsscheine ohne Versicherungssumme 1914

Nicht aus allen Versicherungsscheinen lässt sich die Versicherungssumme 1914 entnehmen. Trotzdem ergeben sich aber oftmals Anhaltspunkte, die zur Berechnung der Versicherungssumme 1914 ausreichen (Gebäudetyp, Ausstattungsmerkmale, Wohnfläche, Sonderflächen). In diesen Fällen kann der Brandversicherungswert 1914 von Notar und Gericht selbst ermittelt werden. Ergeben sich diese Angaben nicht aus dem Versicherungsschein, können die maßgeblichen Angaben zum Gebäudetyp problemlos beim Kostenschuldner anhand eines Fragenkatalogs in Erfahrung gebracht werden. Die Berechnung des Brandversicherungswertes 1914 erfolgt durch Übertragung der Angaben in die aus dem Internet abrufbaren Berechnungstabellen (ZB unter [http://www.versicherung-vergleiche.de/gebaeudeversicherung/gebaeude\\_vergleich.php](http://www.versicherung-vergleiche.de/gebaeudeversicherung/gebaeude_vergleich.php) oder: [www.vsc-online-service.de/wert1914-rechner.htm](http://www.vsc-online-service.de/wert1914-rechner.htm)). Werden keine zur Be-

rechnung der Brandversicherungssumme 1914 erforderliche Angaben gemacht, muss eine Geschäftswertfestsetzung nach freiem Ermessen erfolgen, wobei bei Kenntnis der Wohnfläche (diese Angaben sind regelmäßig bekannt oder leicht zu erfragen) die Brandversicherungssumme 1914 nach der Faustregel „Wohnfläche x 165“ (dieser Faktor zur Wertberechnung wird von der Allianz-Versicherung verwendet) berechnet werden kann. Im Falle der Allianz Versicherung kann überdies die in Euro ausgewiesene dynamische Neuwertsumme 2000 mit Hilfe des Faktors 10,313 in die Versicherungssumme 1914 umgerechnet werden (also dynamische Neuwertsumme 2000 geteilt durch 10,313 = Versicherungssumme 1914). Versicherungen bei anderen Versicherungsgesellschaften dürften vergleichbar sein. Diese Bewertungsmethode deckt sich mit der Auffassung der bayerischen Justiz (Ergebnis einer Arbeitsgruppe zur Überarbeitung der Richtlinien zur Grundbesitzberechnung in der Justiz Bayerns aus dem Jahre 2016).

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentumswohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäftshäuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veranstaltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertiggaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
1	16,236	16,236	16,236	16,072	15,908
2	16,072	16,236	15,908	15,744	15,252
3	15,908	16,072	15,744	15,416	14,760
4	15,744	16,072	15,580	15,088	14,268
5	15,580	15,908	15,416	14,760	13,612
6	15,416	15,908	15,088	14,432	13,120
7	15,252	15,744	14,924	14,104	12,628
8	15,088	15,744	14,760	13,776	11,972
9	14,924	15,580	14,596	13,448	11,480
10	14,760	15,416	14,268	13,120	10,988
11	14,596	15,416	14,104	12,792	10,332
12	14,432	15,252	13,940	12,464	9,840
13	14,268	15,252	13,776	12,136	9,348
14	14,104	15,088	13,448	11,808	8,692
15	13,940	14,924	13,284	11,480	8,200

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentumswohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäftshäuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veranstaltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertiggaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
16	13,776	14,924	13,120	11,152	7,708
17	13,612	14,760	12,956	10,824	7,052
18	13,448	14,596	12,628	10,496	6,560
19	13,284	14,596	12,464	10,168	6,068
20	13,120	14,432	12,300	9,840	5,412
21	12,956	14,268	12,136	9,512	und darüber (Restwert = 30 %) 4,920
22	12,792	14,268	11,808	9,184	
23	12,628	14,104	11,644	8,856	
24	12,464	13,940	11,480	8,528	
25	12,300	13,776	11,316	8,200	
26	12,136	13,776	10,988	7,872	
27	11,972	13,612	10,824	7,544	
28	11,808	13,448	10,660	7,216	
29	11,644	13,284	10,496	6,888	
30	11,480	13,120	10,168	6,560	
31	11,316	13,120	10,004	6,232	
32	11,152	12,956	9,840	5,904	
33	10,988	12,792	9,676	5,576	
34	10,824	12,628	9,348	5,248	
35	10,660	12,464	9,184	und darüber (Restwert = 30 %) 4,920	
36	10,496	12,464	9,020		
37	10,332	12,300	8,856		
38	10,168	12,136	8,528		
39	10,004	11,972	8,364		
40	9,840	11,808	8,200		
41	9,676	11,644	8,036		



Gebäudeart	Einfamilien- häuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaft- liche Wirtschafts- gebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebens- dauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäude- alter in Jahren					
42	9,512	11,480	7,708		
43	9,348	11,316	7,544		
44	9,184	11,152	7,380		
45	9,020	10,988	7,216		
46	8,856	10,824	6,888		
47	8,692	10,660	6,724		
48	8,528	10,496	6,560		
49	8,364	10,332	6,396		
50	8,200	10,168	6,068		
51	8,036	10,004	5,904		
52	7,872	9,840	5,740		
53	7,708	9,676	5,576		
54	7,544	9,512	5,248		
55	7,380	9,348	5,084		
56	7,216	9,184	und darüber (Restwert = 30 %) 4,920		
57	7,052	9,020			
58	6,888	8,856			
59	6,724	8,692			
60	6,560	8,528			
61	6,396	8,364			
62	6,232	8,200			
63	6,068	8,036			
64	5,904	7,872			
65	5,740	7,544			
66	5,576	7,380			
67	5,412	7,216			
68	5,248	7,052			

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentumswohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäftshäuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veranstaltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertiggaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
69	5,084	6,888			
70	und darüber (Restwert = 30 %) 4,920	6,560			
71		6,396			
72		6,232			
73		6,068			
74		5,904			
75		5,576			
76		5,412			
77		5,248			
78		und darüber (Restwert = 30 %) 5,084			
79					
80					

Stand: 01.10.2021



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

## Veranstaltungen des DAI

1. **Unterstützung bei der Vorbereitung notarieller Urkunden von A-Z**  
(Tondorf)  
17.01.2022 in Bochum und als Livestream
2. **Elektronisches Urkundenarchiv**  
(Tondorf)  
18.01.2022 in Bochum und als Livestream
3. **Online-Vortrag LIVE: Vorbereitung Immobilienkauf – besondere Fallgestaltungen – praktisch und verständlich präsentiert**  
(Tondorf)  
21.01.2022 online
4. **Elektronisches Urkundenarchiv**  
(Löffler)  
28.01.2022 in Heusenstamm und als Livestream
5. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**  
(Berkefeld)  
09.02.2022 in Heusenstamm und als Livestream
6. **Online-Vortrag LIVE: Kaufvertrag Grundstück – Ausbildungsbegleitender Lehrgang für Auszubildende im Notariat ab dem zweiten Lehrjahr**  
(Tondorf/Barispek)  
10.02.2022 online
7. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2021/2022**  
(Herrler/Hertel/Kessler)  
10.02.2022 in Hamburg
8. **Aktuelles Steuerrecht für Notare**  
(Wälzholz)  
11.02.2022 in Bochum und als Livestream
9. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2021/2022**  
(Herrler/Hertel/Kessler)  
11.02.2022 in Berlin
10. **Online-Vortrag LIVE: Wohnungseigentum – Begründung / Aufteilung Gestaltung und aktuelle Hinweise**  
(Tondorf)  
21.02.2022 online

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, T. 0234 970640, F. 0234 703507, M. notare@anwaltsinstitut.de.

## Neuerscheinungen

1. Bochmann/Scheller/Prütting: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 9: Recht der Familienunternehmen. 6. Aufl., Beck, 2021. 2231 S., 269,00 €
2. Hausmann/Odersky: Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis. Personenrecht und Rechtsgeschäfte, Familienrecht, Erbrecht, Schuldvertrags- und Sachenrecht, Gesellschaftsrecht. 4. Aufl., Beck, 2021. 1108 S., 179,00 €
3. Hogenschurz: Wohnungseigentumsgesetz: WEG. Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht. Kommentar. 3. Aufl., Beck, 2021. 1168 S., 129,00 €
4. Jakob/Orth/Stopper: Praxishandbuch Vereins- und Verbandsrecht mit Schwerpunkt Sport. 1. Aufl., Beck, 2021. 581 S., 129,00 €
5. Jennißen: Wohnungseigentumsgesetz: WEG. Kommentar. 7. Aufl., Otto Schmidt, 2021. 1766 S., 139,00 €
6. Klinger: Münchener Prozessformularbuch. Band 4: Erbrecht. 5. Aufl., Beck, 2021. 1394 S., 189,00 €
7. Kroiß/Horn: Bürgerliches Gesetzbuch. Band 5: Erbrecht §§ 1922-2385 BGB. 6. Aufl., Nomos, 2021. 2395 S., 198,00 €
8. Lutz: Der Gesellschafterstreit in der GbR, PartG, OHG, KG, GmbH & Co. KG und GmbH. 7. Aufl., Beck, 2021. 644 S., 139,00 €
9. Meincke/Hannes/Holtz: Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz. ErbStG. Kommentar. 18. Aufl., Beck, 2021. 999 S., 109,00 €
10. Ruhwinkel: Die Erbengemeinschaft. 2. Aufl., Erich Schmidt, 2021. 408 S., 58,00 €
11. Scheel/Hügel: Wohnungseigentum. Handbuch. 5. Aufl., Beck, 2021. 721 S., 119,00 €
12. Schmid: Steuerfallen im Erbrecht. 2. Aufl., Zerb, 2021. 300 S., 49,00 €
13. Schmidt-Futterer/Börstinghaus: Mietrecht: MietR. Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts. 15. Aufl., Beck, 2021. 3109 S., 189,00 €
14. Schmittmann: Zwangsvollstreckung in der Praxis. Über den Umgang mit Schuldnern. 20. Aufl., Haufe-Lexware, 2021. 470 S., 79,95 €
15. Schulze/Dörner/Ebert/Fries/Himmen/Hoeren/Kemper/Saenger/Scheuch/Schreiber/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger/Wiese: Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar. 11. Aufl., Nomos, 2021. 3276 S., 69,00 €
16. Skauradszun/Fridgen: StaRUG: Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz. 1. Aufl., Beck, 2021. 953 S., 119,00 €
17. Staub/Kindler/Kraft: Handelsgesetzbuch: HGB. Band 6/1 §§ 290-314. 6. Aufl., De Gruyter, 2021. 639 S., 169,95 €
18. Staudinger: BGB: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 358-360 (Verbundene und zusammenhängende Verträge). 16. Aufl., Otto Schmidt - De Gruyter, 2021. 318 S., 109,95 €
19. Staudinger: BGB: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 741-764 (Gemeinschaft, Leibrente, Spiel). 16. Aufl., Otto Schmidt - De Gruyter, 2021. 514 S., 189,95 €
20. Staudinger: BGB: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. EGBGB/IPR: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR. Einleitung zur Rom I-VO; Art 1-10 Rom I-VO (Internationales Vertragsrecht 1). Sellier - de Gruyter, 2021. 1032 S., 379,00 €
21. Staudinger: BGB: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. (Internationales Vertragsrecht 2) Art 11-29 Rom I-VO; Art. 46b und c EGBGB; IntVertrVerfR. Sellier - De Gruyter, 2021. 974 S., 299,00 €
22. Staudinger/Fischinger/Hengstberger/Kohler/Rieble: BGB: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. §§ 134-138; ProstG. Gesetzliches Verbot, Verfügungsverbot, Sittenwidrigkeit. 17. Aufl., Sellier - De Gruyter, 2021. 796 S., 289,00 €
23. Staudinger/Mankowski/Henrich: BGB: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Haager Unterhaltsprotokoll (Internationales Unterhaltsrecht). Otto Schmidt - De Gruyter, 2021. 324 S., 119,95 €
24. Stein/Jonas: Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 11: §§ 946-959, 1067-1120. EuZPR. 23. Aufl., Mohr Siebeck, 2021. 1351 S., 369,00 €
25. Stoye-Benk/Cutura: Handbuch Umwandlungsrecht für die rechtsberatende und notarielle Praxis. 4. Aufl., C.F. Müller, 2021. 472 S., 84,00 €
26. Zenthöfer/Grobshäuser/Schlenk/Schmidt/Schustek: Einkommensteuer. 14. Aufl., Schäffer-Poeschel, 2021. 1056 S., 79,95 €



# STANDESNACHRICHTEN

## Personaländerungen

### 1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Peter Ulbrich  
verstorben am 28.10.2021

Notar a. D. Bernd Höfling  
verstorben am 30.10.2021

### 2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 01.01.2022:

Notar Dr. Michael Bohrer, München

Mit Wirkung zum 09.01.2022:

Notar Kurt Hutzler, Schifferstadt

### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 01.12.2021:

Bad Griesbach i. Rottal      der Notarassessorin  
Dr. Claudia  
Mair-Trinkgeld  
(bisher in Regensburg,  
Notarstellen Franzmann/  
Drempetic)

Hengersberg                der Notarassessorin  
Nina Bomhard  
(bisher in München  
Notarstellen Dr. Basty/  
Dr. Franck)

Kulmbach                    dem Notarassessor  
(in Sozietät mit  
Notar Dr. Markus Allstadt)    Dr. Alexander Wagner  
(bisher in Würzburg,  
DNotI)

Mellrichstadt              dem Notar a. D.  
Dr. Georg von  
Zimmermann

Mit Wirkung zum 01.01.2022:

München                    dem Notar  
Lucas Wartenburger  
(bisher in Rosenheim)

Trostberg                    dem Notar  
(in Sozietät mit  
Notar Georg Mehler)        Dr. Benjamin Hamberger  
(bisher in Bischofsheim  
i. d. Rhön)

Mit Wirkung zum 09.01.2022:

Schifferstadt                der Notarassessorin  
(in Sozietät mit  
Notar Gerhard Regel)        Dr. Laura Hundertmark  
(bisher Geschäftsführerin  
der Notarkammer Pfalz)

### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 01.11.2021:

Dr. Christian Linke, Hof  
(Notarstelle Dr. Bernauer)

Stefan Neuhöfer, Weißenhorn  
(Notarstelle Dr. Ziegler)

Joseph Rumstadt, Würzburg  
(Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich)

Mit Wirkung zum 01.01.2022:

Julia Max, Landau in der Pfalz  
(Notarstellen Spall/Flörsch)

### 5. Sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Kristina Cyglakow, Erlangen,  
wurde mit Wirkung vom 10.06.2021 promoviert

Notar Dr. Andreas Salzmann, Hof, führt mit Wirkung  
vom 22.07.2021 den juristischen Mastergrad LL.M.

Notarassessor Wenzel Steinmetz, Vilsbiburg,  
wurde mit Wirkung vom 02.11.2021 promoviert

Dem Notarassessor Konstantin Sauer, München,  
wurde mit Wirkung vom 12.11.2021 von der  
University of Oxford der Titel Magister Juris verliehen

Notarassessor Dr. Daniel J. Schneider ist  
Kommissarischer Geschäftsführer der  
Notarkammer Pfalz



### Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Bad Staffelstein, Notarstelle Dr. Christian Fackelmann  
Bahnhofstraße 47  
96231 Bad Staffelstein

Naila, Notarstelle Dr. Benedikt Jugl  
Weststraße 1  
95119 Naila



Abonnement

## MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, T. 089 55166-0, F. 089 55089-572, M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 01.07. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15.11. eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München, T. 089 5482170, F. 089 555551, [www.universalmedien.de/notarkammer](http://www.universalmedien.de/notarkammer).

