

# MittBayNot

Begründet 1864

## 1 | 2020

Januar/Februar 2020

Mitteilungen des  
Bayerischen Notarvereins,  
der Notarkasse und der  
Landesnotarkammer  
Bayern

### Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
Vorübergehend:  
Denninger Straße 169  
81925 München

### 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 in Regen  
Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München  
Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen  
Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

### Schriftleitung:

Benedikt Mack,  
Notarassessor  
Angelika Strähuber,  
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

## AUFSÄTZE

- **Meier:** Sachenrechtliche Probleme von Photovoltaikanlagen bei Grundstücksübertragungen – Teil 2: Die Bestellung von Dienstbarkeiten zur Lösung der auftretenden Rechtsprobleme . . . . . 1
- **Wälzholz:** Aktuelle Entwicklungen in der Grunderwerbsteuer für die notarielle Gestaltungspraxis . . . . . 7

## RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Weber** zu **BGH:** Haftung für öffentliche Äußerungen zur Kaufsache . . . . 28
- **Bomhard** zu **BGH:** Kontrahierungszwang von Wohnungseigentümern zum Abschluss eines Betreuungsvertrags. . . . . 35
- **Müller** zu **BGH:** Unwirksamkeit einer Dienstbarkeit bei zeitlich unbefristetem Belegungsrecht . . . . . 50
- **Ott** zu **OLG Köln:** Voreintragung der Erben bei Belastung eines Grundstücks mit einer isolierten Grundschuld aufgrund transmortaler Vollmacht. . . . . 52
- **Weidlich** zu **OLG München:** Keine Zustimmung von Ersatznacherben bei Auseinandersetzung von Vor- und Nacherben über einzelnen Nachlassgegenstand . . . . . 57
- **Graf Wolffskeel v. Reichenberg** zu **BGH:** Vertretung der AG durch den Aufsichtsrat bei Rechtsgeschäften mit mittelbarer Beteiligung eines Vorstandsmitglieds . . . . . 63
- **Raff** zu **OLG Celle:** Zur Zulässigkeit von Auswärtsbeurkundungen in den Räumlichkeiten einer Vertragspartei . . . . . 74
- **Sagmeister/Strauß** zu **OLG München:** Geschäftswert von zu errichtendem Wohnungs- und Teileigentum . . . . . 77
- **Leidner** zu **BGH:** Verkauf verbilligten Baulandes – Bindungsfrist von 30 Jahren . . . . . 82
- **Dahlmanns** zu **BFH:** Steuerbegünstigtes Vermögen aufgrund einer Poolvereinbarung bei einer Kapitalgesellschaft. . . . . 89

## Impressum

# MittBayNot

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

### Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
Vorübergehend:  
Denninger Straße 169  
81925 München  
Telefon: (089) 551660  
Telefax: (089) 55166234  
E-Mail: [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de)  
Internet: <http://www.notare.bayern.de/mittbaynot.html>

### Herausgeberbeirat:

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

### Schriftleitung:

Notarassessor Benedikt Mack,  
Notarassessorin Angelika Strähuber

### Druck:

Universal Medien GmbH  
Geretsrieder Straße 10  
81379 München

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 1 | 2020

Aufsätze

Buchbesprechungen

Rechtsprechung

Sonstiges

Standesnachrichten

## AUFSÄTZE 1

- Meier:** Sachenrechtliche Probleme von Photovoltaikanlagen bei Grundstücksübertragungen – Teil 2: Die Bestellung von Dienstbarkeiten zur Lösung der auftretenden Rechtsprobleme 1
- Wälzholz:** Aktuelle Entwicklungen in der Grunderwerbsteuer für die notarielle Gestaltungspraxis 7

## BUCHBESPRECHUNGEN 19

- Hoffmann-Becking/Gebeler:** Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht (**Selbherr**) 19
- Krafka:** Registerrecht (**Hecht**) 19
- Langenfeld/Milzer:** Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen (**Starnecker**) 21
- Müller-Engels:** beck-online. GROSSKOMMENTAR Beurkundungsgesetz (**Wolf**) 22

## RECHTSPRECHUNG 24

### Bürgerliches Recht

#### ALLGEMEINES

1. Vertretung einer Sparkasse gegenüber einem ausgeschiedenen Vorstandsmitglied (BGH, Urteil vom 30.4.2019, II ZR 317/17 – Ls.) 24
2. Haftung für öffentliche Äußerungen zur Kaufsache (BGH, Urteil vom 25.1.2019, V ZR 38/18) mit Anmerkung **Weber** 24  
28
3. Kontrahierungszwang von Wohnungseigentümern zum Abschluss eines Betreuungsvertrags (BGH, Urteil vom 10.1.2019, III ZR 37/18) mit Anmerkung **Bomhard** 32  
35
4. Geltung des § 311b BGB bei Stiftungsgeschäften und Prüfungspflicht des Grundbuchamts bezüglich § 12 WEG (OLG Köln, Urteil vom 5.8.2019, 2 Wx 220/19, 2 Wx 227-229/19) 40

## SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

5. Kostentragung bei Maßnahme zur Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums durch den Eigentümer (BGH, Urteil vom 14.6.2019, V ZR 254/17) 42
6. „Geburtsfehler“ einer Gemeinschaftsordnung (BGH, Urteil vom 22.3.2019, V ZR 298/16 – Ls.) 45
7. Eintragung einer Namensänderung nach dem Transsexuellengesetz im Grundbuch (BGH, Beschluss vom 7.3.2019, V ZB 53/18 – Ls.) 45
8. Unwirksamkeit einer Dienstbarkeit bei zeitlich unbefristetem Belegungsrecht (BGH, Urteil vom 8.2.2019, V ZR 176/17) mit Anmerkung **Müller** 45  
50
9. Voreintragung der Erben bei Belastung eines Grundstücks mit einer isolierten Grundschuld aufgrund transmortaler Vollmacht (OLG Köln, Beschluss vom 11.3.2019, 2 Wx 82/19) mit Anmerkung **Ott** 51  
52

## FAMILIENRECHT

10. Rechtsmitteleinlegung gegen die Betreuerbestellung auch nach wirksamem Widerruf der Vorsorgevollmacht durch den Betreuer (BGH, Beschluss vom 12.12.2018, XII ZB 387/18 – Ls.) 53
11. Annahme eines minderjährigen Kindes des gleichgeschlechtlichen Ehegatten – Beteiligung des Samenspenders als leiblicher, nicht rechtlicher Vater im Adoptionsverfahren (OLG Nürnberg, Beschluss vom 2.7.2019, 9 UF 208/19) 53

## ERBRECHT

12. Keine Zustimmung von Ersatznacherben bei Auseinandersetzung von Vor- und Nacherben über einzelnen Nachlassgegenstand (OLG München, Beschluss vom 14.6.2019, 34 Wx 434/18) mit Anmerkung **Weidlich** 55  
57
13. Keine Bekanntgabe der Schlusserbeinsetzung bei Eröffnung eines Ehegattentestaments (KG, Beschluss vom 12.4.2019, 19 W 42/19) 58

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 1 | 2020

14. Keine Voreintragung der Erben bei Bewilligung einer Auflassungsvormerkung und Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld durch Testamentsvollstrecker (OLG München, Beschluss vom 15.1.2019, 34 Wx 400/18 – Ls.)	59	(OLG Celle, Urteil vom 29.8.2018, Not 1/18) mit Anmerkung <b>Raff</b>	71 74
<b>Kostenrecht</b>			
15. Voraussetzungen der Löschung eines Nacherbenvermerks (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 13.9.2018, 20 W 197/18 – Ls.)	59	24. Geschäftswert von zu errichtendem Wohnungs- und Teileigentum (OLG München, Urteil vom 12.4.2019, 34 Wx 413/18) mit Anmerkung <b>Sagmeister/Strauß</b>	76 77
<b>Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht</b>			
16. Vertretung der AG durch den Aufsichtsrat bei Rechtsgeschäften mit mittelbarer Beteiligung eines Vorstandsmitglieds (BGH, Urteil vom 15.1.2019, II ZR 392/17) mit Anmerkung <b>Graf Wolffskeel v. Reichenberg</b>	60 63	<b>Öffentliches Recht</b>	
17. Keine Pflicht zur Vorlage des Gesellschafterbeschlusses in Urschrift bei Anmeldung durch den Notar gegenüber dem Registergericht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.3.2019, I-3 Wx 20/18)	65	25. Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Regelung des Ausschlusses der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien (BVerfG, Beschluss vom 26.3.2019, 1 BvR 673/17 – Ls.)	79
18. Keine Fortsetzung der wegen Vermögenslosigkeit gelöschten GmbH (KG, Beschluss vom 31.8.2018, 22 W 33/15 – Ls.)	67	26. Verkauf verbilligten Baulandes – Bindungsfrist von 30 Jahren (BGH, Urteil vom 15.2.2019, V ZR 77/18) mit Anmerkung <b>Leidner</b>	79 82
<b>Internationales Privatrecht</b>			
19. Güterrechtliche Einordnung von § 1371 Abs. 1 BGB für Erbfälle vor Inkrafttreten der EuErbVO (OLG München, Beschluss vom 24.9.2019, 31 Wx 326/18)	67	<b>Steuerrecht</b>	
<b>Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht</b>			
20. Einwendung gegen eine Grundschuld aus dem Sicherungsvertrag (BGH, Urteil vom 20.4.2018, V ZR 106/17)	69	27. Begünstigung des Betriebsvermögens bei mittelbarer Schenkung (BFH, Urteil vom 8.5.2019, II R 18/16)	84
21. Fortführung einer GmbH nach Aufhebung des Insolvenzplanverfahrens (OLG Celle, Beschluss vom 8.3.2019, 9 W 17/19 – Ls.)	71	28. Vorbehaltsnießbrauch bei unentgeltlicher Übertragung eines verpachteten land- und forstwirtschaftlichen Betriebs (BFH, Urteil vom 8.5.2019, VI R 26/17 – Ls.)	86
<b>Beurkundungs- und Notarrecht</b>			
22. Verletzung der Amtspflichten eines Notars durch Mitwirkung an sog. Firmenbestattungen (BGH, Beschluss vom 8.4.2019, NotSt(Brfg) 5/18 – Ls.)	71	29. Steuerbegünstigtes Vermögen aufgrund einer Poolvereinbarung bei einer Kapitalgesellschaft (BFH, Urteil vom 20.2.2019, II R 25/16) mit Anmerkung <b>Dahlmanns</b>	86 89
23. Zur Zulässigkeit von Auswärtsbeurkundungen in den Räumlichkeiten einer Vertragspartei		<b>SONSTIGES</b> <b>92</b>	
		<b>Tagungsbericht</b>	92
		<b>Winkelmann:</b> Erbrechtliche Bindungen – und wie man sich aus Ihnen befreit	
		<b>Hinweise für die Praxis</b>	95
		Bewertung von Gebäuden gemäß § 46 GNotKG. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes	
		<b>Veranstaltungshinweise</b>	99
		<b>Neuerscheinungen</b>	101
		<b>STANDESNACHRICHTEN</b> <b>102</b>	

## AUFsätze

# Sachenrechtliche Probleme von Photovoltaikanlagen bei Grundstücksübertragungen – Teil 2: Die Bestellung von Dienstbarkeiten zur Lösung der auftretenden Rechtsprobleme

Von Notarassessor PD Dr. **Patrick Meier**, Friedberg

Da nicht zuletzt aufgrund der Energiewende immer häufiger Photovoltaikanlagen auch auf Dächern von Häusern verbaut werden, sind sie zunehmend für die notarielle Vertragspraxis bei Grundstücksübertragungen von Relevanz. Dies gilt vor allem, wenn sie bei einer Veräußerung des Grundstücks in der Hand des Veräußerers verbleiben sollen. Wie im ersten Teil<sup>1</sup> dargestellt, lässt sich die Eigenschaft als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks oftmals durch den Notar nicht mit der nötigen Sicherheit ausschließen, sodass nach einem Weg gesucht werden muss, die Sonderrechtsfähigkeit zuverlässig wiederherzustellen. In analoger Anwendung zu § 95 BGB ist dies möglich, wenn die sachlichen Voraussetzungen der Vorschrift nachträglich eintreten. Die These des BGH, durch die Veräußerung werde die Sache zum Scheinbestandteil nach § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil sie nur noch vorübergehend mit dem Grundstück verbunden bleiben soll, ist demgegenüber bereits für sich genommen nicht überzeugend und kann jedenfalls aufgrund der besonderen Umstände bei Photovoltaikanlagen in den hier zu behandelnden Konstellationen nicht weiterhelfen. Daher muss im Folgenden geprüft werden, ob die wirtschaftlichen und juristischen Ziele durch die nachträgliche Bestellung einer Dienstbarkeit erreicht werden können.

## I. Bestellung von Dienstbarkeiten

Der Umstand, dass es nicht nachträglich zu einer Verbindung zu einem nur vorübergehenden Zweck infolge der Veräußerung kommt, bedeutet nicht, dass es insgesamt ausgeschlossen wäre, die Photovoltaikanlage in einen Scheinbestandteil nach § 95 BGB zu verwandeln und sie so dinglich zurückzubehalten.<sup>2</sup> Hierbei hilft die analoge Anwendung von § 95

Abs. 1 Satz 2 BGB.<sup>3</sup> Wie gezeigt<sup>4</sup> ist diese zulässig, um die Scheinbestandteilseigenschaft auch nach dem Einbau der Sache zu begründen.<sup>5</sup> Ein Recht, die Anlage auf dem Grundstück zu betreiben, kann zugunsten des bisherigen Eigentümers als beschränkte persönliche Dienstbarkeit gemäß § 1090 BGB oder zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks als Grunddienstbarkeit gemäß §§ 1018 ff. BGB bestellt werden, um die Anlage analog § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB sonderrechtsfähig werden zu lassen. Dabei ergeben sich allerdings noch zwei weitere Probleme im Zusammenhang mit dem Wortlaut des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB.

### 1. Bestellung an fremdem Grundstück

Zum einen muss hiernach das Recht, das Grundlage für die Eigenschaft als Scheinbestandteil sein soll, an einem „fremden Grundstück“ bestehen, was in der beschriebenen Situation aber gerade nicht der Fall wäre. Dies lässt sich jedoch ebenfalls im Wege des Analogieschlusses bewältigen.<sup>6</sup> § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB ist entsprechend auf die Situation anzuwenden, in der der Eigentümer des Scheinbestandteils aufgrund eines gesonderten Rechts den Gegenstand mit seinem eigenen Grundstück verbindet.<sup>7</sup> Dass der Gesetzgeber auch bei Identität des Eigentümers des Grundstücks mit dem der hiermit verbundenen Sache die Möglichkeit des Eingreifens von § 95 BGB akzeptiert hat, zeigt die Regelung des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB, die eine Begrenzung auf fremde Immobilien nicht kennt.

3 Zust. hierzu auch: BeckOGK-BGB/Mössner, Stand: 1.8.2018, § 95 Rdnr. 34; Erman/Schmidt, BGB, 15. Aufl. 2017, § 95 Rdnr. 16; MünchKomm-BGB/Stresemann, 8. Aufl. 2018, § 95 Rdnr. 34; Tersteegen, RNotZ 2006, 433, 451 f.; Wicke, DNotZ 2006, 252, 262.

4 Teil 1 Ziff. IV. 1.

5 Wie hier: BeckOGK-BGB/Mössner, § 95 Rdnr. 34; Erman/Schmidt, BGB, § 95 Rdnr. 16; MünchKomm-BGB/Stresemann, § 95 Rdnr. 34; Tersteegen, RNotZ 2006, 433, 451 f.; Wicke, DNotZ 2006, 252, 262.

6 Abl. aber: OLG München, Beschluss vom 30.9.2011, 34 Wx 328/11, RNotZ 2012, 44, 46; BeckOGK-BGB/Mössner, § 95 Rdnr. 39; NK-BGB/Ring, § 95 Rdnr. 36; Staudinger/Stieper, § 95 Rdnr. 22.

7 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rdnr. 1155; RGRK/Kregel, BGB, 12. Aufl. 1982, § 95 Rdnr. 32; Reymann, ZIP 2013, 605, 607 f.; MünchKomm-BGB/Stresemann, § 95 Rdnr. 23.

1 Siehe MittBayNot 2019, 548.

2 So aber: Giesen, AcP 202, 689, 718; NK-BGB/Ring, 4. Aufl. 2019, § 95 Rdnr. 31; Staudinger/Stieper, Neub. 2017, § 95 Rdnr. 14, 21; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 52 Rdnr. 9; Voitkewitsch, ZMR 2004, 649, 650 f.

Hier sind ohne Zweifel auch Konstellationen erfasst, bei denen der Eigentümer des Grundstücks in dieses einen eigenen Gegenstand zu einem nur vorübergehenden Zweck einbaut.<sup>8</sup> Weil aber die Regelungen des Abs. 1 Satz 1 und des Abs. 1 Satz 2 parallel ausgestaltet werden sollten,<sup>9</sup> gebietet dieser Umstand den Schluss, dass auch Abs. 1 Satz 2 ein Auseinanderfallen von Sach- und Grundeigentümer nicht notwendig voraussetzt.<sup>10</sup> Die Möglichkeit der Eintragung einer Eigentümerdienstbarkeit war dem Gesetzgeber bei der Verabschiedung des BGB offensichtlich nicht präsent,<sup>11</sup> weshalb er § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB planwidrig in dieser Weise gefasst hat und damit eine Rechtsfortbildung zulässig ist. Demnach steht der Sonderrechtsfähigkeit nicht entgegen, dass der Eigentümer zu seinen Gunsten eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit gemäß § 1090 BGB bestellt, nach der er befugt ist, auf dem Grundstück eine Photovoltaikanlage zu betreiben.<sup>12</sup>

## 2. Bestellung zugunsten des Verbindenden

Zum anderen greift § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB ausweislich seines Wortlauts nur, wenn das dingliche Recht zugunsten desjenigen besteht, der die Verbindung vornimmt. Geht es um die nachträgliche Herstellung der Scheinbestandteilseigenschaft, würde dies dazu führen, dass eine entsprechende Anwendung der Norm ausschließlich dann denkbar wäre, wenn das Recht zugunsten desjenigen eingetragen wird, der den ursprünglichen Einbau vorgenommen oder zumindest in Auftrag gegeben hat. Eine Eigentümerdienstbarkeit würde demnach die Wirkungen des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB lediglich auslösen, falls der aktuelle Eigentümer selbst für die Verbindung verantwortlich war. Ginge sie dagegen auf einen früheren Eigentümer zurück, müsste die Dienstbarkeit konsequenterweise auf diesen bezogen werden. Das führte allerdings zu offensichtlich sinnwidrigen und von Zufällen abhängigen Ergebnissen. Im ersten Fall könnte der Eigentümer die Bestellung einer Dienstbarkeit selbst vornehmen und so die Sonderrechtsfähigkeit der mit dem Grundstück verbundenen Anlage begründen; im zweiten Fall müsste die Dienstbarkeit zugunsten des Voreigentümers eingetragen und dieser als Berechtigter vermerkt werden. Das erfordert aber dessen Mitwirkung, weil zwar formell die Bewilligung des jeweiligen Eigentümers genügt, materiell allerdings die dingliche Einigung mit dem Berechtigten notwendig ist.<sup>13</sup> Daher stünde die Sonderrechtsfähigkeit im Belieben des vormaligen Eigentümers und würde vom heutigen

Eigentümer zudem verlangen, dass er ein fremdes Recht an seinem Grundstück toleriert, welches ihn potenziell benachteiligt. Unüberwindliche Schwierigkeiten ergäben sich überdies, wenn der Verbindende bereits verstorben ist und man nicht annehmen wollte, dass die Eintragung für die Erben genüge. In diesem Fall könnte der aktuelle Eigentümer den wesentlichen Bestandteil überhaupt nicht mehr zu einem Scheinbestandteil wandeln, weil eine persönliche Dienstbarkeit für Verstorbene nicht eingetragen werden kann.<sup>14</sup>

Zur Lösung des Problems bietet sich eine Parallele zu den Regelungen des Erbbaurechts nur bedingt an. Zwar betrifft § 12 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG einen ähnlichen Fall, indem er anordnet, dass ein zum Zeitpunkt der Bestellung bereits vorhandenes Gebäude wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts wird und damit ein nachträglich begründetes dingliches Recht unabhängig davon für beachtlich erklärt, wer die Errichtung vorgenommen hat.<sup>15</sup> Allerdings sind die Rechtsfolgen wesentlich unterschiedlich. Sie erweisen sich zwar noch insoweit als vergleichbar, als die Bestellung eines Rechts am Grundstück eine direkte juristische Veränderung bei den mit ihm verbundenen Sachen bewirkt. Es bestehen jedoch erhebliche Abweichungen in Bezug auf die Reichweite. Während beim Erbbaurecht das Eigentum nach herrschender Ansicht unmittelbar auf den Erbbauberechtigten übergeht,<sup>16</sup> lässt die Dienstbarkeit die sachenrechtliche Zuordnung unberührt und begründet nur die Sonderrechtsfähigkeit, zeitigt aber keinen Eigentumsübergang. Zudem lässt sich aus der Sonderregelung im Erbbaurecht schon deshalb nichts ableiten, weil unklar ist, ob es sich um einen generellen Rechtsgedanken oder gerade um eine Sonderregelung handelt.

Ein Verständnis, das allein auf die Person des Einbauenden abstellt, wäre jedoch derart unzweckmäßig, da nicht zu erwarten ist, dass der Gesetzgeber dieses Ergebnis tatsächlich beabsichtigt hatte. Es gibt keine überzeugende Begründung, warum die nachträgliche Begründung eines Scheinbestandteils nur bei Gewährung eines Rechts für denjenigen zulässig sein soll, der die Sache ursprünglich mit dem Grundstück verbunden hat. Eine solche Begrenzung lässt sich auch nicht mit Publizitätsgedanken rechtfertigen,<sup>17</sup> denn die sachenrechtliche Zuordnung der Einrichtung ist für Dritte immer gleich leicht oder schwer erkennbar, unabhängig davon, ob das Recht am Grundstück für den aktuellen Eigentümer oder für einen früheren eingetragen ist. Zudem ist ein Verständnis, wonach eine Eigentümerdienstbarkeit immer geeignet ist, die Sonderrechtsfähigkeit herzustellen, ungeachtet dessen, wer tatsächlich einstmals die Verbindung vorgenommen hat, aus den vom Gesetzgeber verfolgten Zielen geboten. Er beabsichtigte näm-

8 BeckOGK-BGB/Mössner, § 95 Rdnr. 22; NK-BGB/Ring, § 95 Rdnr. 16; MünchKomm-BGB/Stresemann, § 95 Rdnr. 4; Stieper, Die Scheinbestandteile, 2002, S. 33; Staudinger/Stieper, § 95 Rdnr. 13; Wieling, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, S. 92.

9 Teil 1 Ziff. IV. 1.

10 Wie hier: Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1155; RGRK/Kregel, § 95 Rdnr. 32; Reymann, ZIP 2013, 605, 607 f.; MünchKomm-BGB/Stresemann, § 95 Rdnr. 23.

11 Siehe noch die Nachweise bei RG, Beschluss vom 14.11.1933, V B. 10/33, RGZ 142, 231, 232 f., die die entgegengesetzte herrschende Auffassung zur damaligen Zeit belegen.

12 Offen und für eine bedingte Bestellung der Dienstbarkeit auf den Moment des Eigentumsübergangs: DNotI-Report 2014, 57, 61.

13 Palandt/Herrler, 78. Aufl. 2019, § 1090 Rdnr. 7; BeckOGK-BGB/Kazele, Stand: 1.2.2019, § 1090 Rdnr. 48; Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl. 2001, § 1090 Rdnr. 2.

14 Insoweit ist die Regelung der § 1090 Abs. 2, § 1061 Satz 1 BGB zwingend: MünchKomm-BGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1090 Rdnr. 51; Staudinger/Reymann, § 1090 Rdnr. 44.

15 NK-BGB/Heller, 4. Aufl. 2016, § 12 ErbbauRG Rdnr. 5; Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Maaß, BGB, Stand: 1.11.2018, § 12 ErbbauRG Rdnr. 2.

16 MünchKomm-BGB/Heinemann, 7. Aufl. 2017, § 12 ErbbauRG Rdnr. 5; Staudinger/Rapp, § 12 ErbbauRG Rdnr. 11; von Oefele/Winkler/Schlögel/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbau-recht, 6. Aufl. 2016, § 2 Rdnr. 51.

17 Ebenso: Hertel, MittBayNot 2006, 321, 323; Reymann, DNotZ 2010, 84, 95; Tersteegen, RNotZ 2006, 433, 451 f.

lich, die Norm deshalb so zu fassen, damit alle Anlagen eingeschlossen sind, die dem Dienstbarkeitsberechtigten nützen.<sup>18</sup> Dies gebietet es aber gerade, die Interessen des dienstbarkeitsbestellenden Eigentümers stets und damit ohne Berücksichtigung der Person des Verbindenden zu beachten. Für die Sonderrechtsfähigkeit genügt es deshalb mit Blick auf die gesetzgeberische Intention, dass die mit dem Grundstück verbundene Anlage den Interessen desjenigen dient, zu dessen Gunsten die Dienstbarkeit bestellt wird. Nimmt man diese Umstände zusammen, ist davon auszugehen, dass die Formulierung der Norm ebenfalls darauf zurückzuführen ist, dass der Gesetzgeber die hier in Rede stehenden Konstellationen übersehen hat. Ihm war nicht klar, dass ein wirtschaftliches Bedürfnis für die nachträgliche Begründung von Scheinbestandteilen besteht, weshalb er auch die Formulierung der Vorschrift nicht daraufhin ausrichtete, auf welche Person abzustellen sei, wenn später eine Dienstbarkeit begründet wird. Infolgedessen ist § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB analog auf die Situation anzuwenden, in der der Eigentümer, der nicht selbst die Verbindung vorgenommen hat, sich eine entsprechende Dienstbarkeit bestellt.

### 3. Zwischenergebnis

Im Ergebnis wird somit durch die Bestellung einer den Betrieb ermöglichenden Dienstbarkeit zugunsten des aktuellen Eigentümers des Grundstücks immer die Sonderrechtsfähigkeit der Einrichtung begründet, sodass dieser in die Lage versetzt wird, das Grundstück an einen Erwerber zu überlassen und sich die Anlage vorzubehalten. Der Notar kann daher die Ziele der Beteiligten zuverlässig erreichen, wenn er in der Überlassungsurkunde zunächst eine Dienstbarkeit für den bisherigen Eigentümer bestellt und diese spätestens zeitgleich mit der Auflassung im Wege eines verbundenen Antrags vollziehen lässt. In diesem Fall bleibt der ehemalige Eigentümer des Grundstücks Inhaber der Photovoltaikanlage. In der Sache dürfte es nicht nötig sein, den Rückbehalt in der Urkunde explizit auszusprechen, weil wohl schon die Bestellung der Dienstbarkeit erkennen lässt, dass die Anlage nicht zum Überlassungsgegenstand zu zählen ist; allerdings scheint zur Erreichung des sichersten Weges dennoch eine explizite Formulierung angezeigt, um die Wirkung des § 926 BGB zuverlässig auszuschließen. Dies gilt vor allem, wenn die Anlage auch oder ausschließlich der Versorgung des Grundstücks dient. Die Dienstbarkeit und damit die Sonderrechtsfähigkeit der Anlage bestehen fort, wenn das Eigentum am Grundstück auf den neuen Erwerber übergeht, sodass fortlaufend die Voraussetzungen des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB gegeben sind.

### 4. Zustimmung von Inhabern dinglicher Rechte

Die Zustimmung von Personen, die dingliche Rechte am Grundstück halten, insbesondere von Hypotheken- und Grundschuldgläubigern, ist nicht erforderlich. Diesen entstehen nämlich durch die Eintragung der Dienstbarkeit keine Nachteile, vor allem sind die §§ 876, 877 BGB nicht auf das Eigen-

tum selbst anwendbar.<sup>19</sup> Soweit die Dienstbarkeit im Rang nach der Hypothek oder Grundschuld steht, geht von ihr keine Gefahr aus, weil sie bei einer Zwangsversteigerung nicht in das geringste Gebot fällt und deshalb nach § 52 Abs. 1 Satz 2 ZVG erlischt.<sup>20</sup> Auch die Sonderrechtsfähigkeit der Photovoltaikanlage erweist sich als unproblematisch für die Gläubiger. War sie zuvor wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, reduziert sich zwar möglicherweise dessen Wert, wenn die Photovoltaikanlage nicht mehr zu diesem gehört, allerdings bleibt sie vom Haftungsverband der Hypothek oder der Grundschuld erfasst. Nach § 1120 BGB erstreckt sich die Hypothek und wegen § 1192 Abs. 1 BGB auch die Grundschuld auf alle Gegenstände, die als Bestandteile oder Zubehör des Grundstücks gelten. Hierzu zählt stets auch eine mit dem Grundstück verbundene Photovoltaikanlage, selbst wenn sie nicht oder nicht mehr wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist.<sup>21</sup> Weil zumindest für eine logische Sekunde die Dienstbarkeit als Eigentümerdienstbarkeit besteht, sind das Eigentum an der Photovoltaikanlage und das am Grundstück trotz der Sonderrechtsfähigkeit für diesen Zeitraum in einer Hand vereint, weshalb die Voraussetzungen von § 1120 BGB gegeben sind und daher auch eine sonderrechtsfähige Anlage weiterhin dem Haftungsverband der Hypothek oder Grundschuld untersteht. Obgleich die Sonderrechtsfähigkeit hergestellt ist, ist die Photovoltaikanlage, die sich im Eigentum des Grundstückseigentümers befindet, stets Zubehör des Grundstücks, weil sie ihm wirtschaftlich dient. Unabhängig davon ist eine Photovoltaikanlage, die zuvor wesentlicher Bestandteil des Grundstücks war, ohnehin auch nach Bestellung der Dienstbarkeit als vormaliger Bestandteil des Grundstücks von § 1120 BGB erfasst. Die Norm setzt nämlich nur voraus, dass der Zubehörgegenstand irgendwann einmal im Eigentum des Grundeigentümers stand,<sup>22</sup> wie die Formulierung des § 1120 BGB a. E. eindeutig belegt, der davon spricht, die Erstreckung sei nur bei solchen Zubehörstücken ausgeschlossen, die nicht in das Eigentum des Eigentümers des Grundstücks gelangt seien, weshalb Anlage und Grundstück nicht dauerhaft demselben Eigentümer zustehen müssen. Eine Enthftung gemäß §§ 1121, 1122 BGB ist im Regelfall ebenfalls nicht denkbar.<sup>23</sup> Diese setzt nämlich immer die Entfernung der Sache vom Grundstück voraus, weshalb der bloße Umstand, dass der Eigentümer des Grundstücks nicht zugleich auch Eigentümer des Zubehörstücks ist, für die Anwendung des § 1121 BGB nicht genügt, sondern Enthftung nur eintritt, wenn die Photovoltaikanlage und Grundstück getrennt werden. In diesem Fall könnte aber ohnehin eine rechtsgeschäftliche Übereignung erfolgen, weil ohne, dass es auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 95 BGB ankommen würde, die Sonderrechtsfähigkeit immer dann wiederhergestellt ist, wenn die Trennung von Grundstück und Sache erfolgt. Hiergegen könnten sich die Grundschuldgläubiger ebenfalls nicht verteidigen, sodass

19 BGH, Beschluss vom 14.6.1984, V ZB 32/82, BGHZ 91, 343, 346; Beschluss vom 9.2.2012, V ZB 95/11, NJW 2012, 1226.

20 Siehe zu Dienstbarkeiten in der Zwangsversteigerung: *Schiffhauer*, Rpfleger 1975, 187; *Schubert/Czub*, ZIP 1982, 266.

21 OLG Oldenburg, Beschluss vom 27.9.2012, 12 W 230/12, JurBüro 2013, 96.

22 BeckOGK-BGB/*Kern*, Stand: 1.1.2019, § 1120 Rdnr. 43.

23 Ebenso: *Wicke*, DNotZ 2006, 252, 262 f.

18 *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. III, S. 26.

sie nicht schlechter stehen, wenn eine Dienstbarkeit eingetragen wird, die die Sonderrechtsfähigkeit der Anlage hervorruft.

## 5. Praktischer Hinweis

Aufgrund der Möglichkeit zur nachträglichen Herstellung der Sonderrechtsfähigkeit durch Eintragung einer entsprechenden Dienstbarkeit gemäß § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB besteht keine Notwendigkeit, ein solches Recht bereits bei Einbau der Anlage rein vorsorglich für den Fall zu bestellen, dass es später zu einer Grundstücksübertragung bei gleichzeitigem Rückbehalt der Photovoltaikanlage kommen sollte. Es genügt, wenn sie anlassbezogenen kurz vor dem Moment des Eigentumsübergangs begründet wird.

Allerdings sollte ein Rangrücktritt vorrangiger beeinträchtigender Rechte, insbesondere durch die Hypotheken- und Grundschuldgläubiger hinter die Dienstbarkeit versucht werden. Zudem muss der Notar über die Folgen belehren, insbesondere das Fortbestehen des Haftungsverbands der Hypothek sowie die Gefahr, dass, soweit ein Rangrücktritt nicht erreicht wird, das Erlöschen der Dienstbarkeit durch eine Vollstreckung droht, da er sich andernfalls unter Umständen wegen mangelnder Beratung haftungspflichtig machen kann.

### Formulierungsvorschlag:

1.

Der Eigentümer des Grundstücks räumt für sich das Recht ein, auf dem Dach des auf dem Grundstück Flst. Nr. (...) befindlichen Gebäudes eine Photovoltaikanlage zu betreiben. Er darf dabei auf dem Grundstück alle zum Betrieb dieser Anlage notwendigen Vorrichtungen vornehmen, insbesondere auf dem Gebäude die Photovoltaikanlage und an anderen dafür geeigneten Stellen des Grundstücks alle erforderlichen Nebenanlagen belassen und betreiben.

Der Berechtigte ist ferner befugt, die zum Anschluss der Anlage an das öffentliche Netz erforderlichen Leitungen und Kabel auf dem Grundstück zu belassen oder bestehende Leitungen mitzubenutzen. Dem Berechtigten und von ihm beauftragten Personen ist es jederzeit gestattet, das genannte Grundstück zum Zwecke des Betriebs, der Unterhaltung und der Kontrolle der genannten Anlagen zu betreten oder zu befahren. Umfasst hiervon sind sämtliche Inspektionen, Wartungs-, Instandsetzungs- und Reparaturarbeiten, inklusive der vollständigen Erneuerung oder Demontage der Anlage. Hierdurch entstehende Schäden hat der Berechtigte zu beseitigen, oder soweit dies nicht möglich ist, in Geld zu ersetzen.

Der Grundstückseigentümer muss die Instandhaltung des Gebäudes und die Beseitigung auftretender Hindernisse auf dem Grundstück dulden.

Zusätzlich wird schuldrechtlich vereinbart, dass der Grundstückseigentümer keine Maßnahmen ergreifen oder dulden darf, die den Betrieb der Anlage gefährden oder beeinträchtigen würden, insbesondere muss er das unterliegende Gebäude in ordnungsgemäßem Zustand erhalten. Er muss auftretende Hindernisse beseitigen, insbesondere hochwachsenden Bewuchs kürzen. Kommt er dieser Verpflichtung

trozt Fristsetzung nicht nach, ist der Berechtigte befugt, die Maßnahmen auf Kosten des Eigentümers durchführen zu lassen.

Der Berechtigte trägt die Kosten für alle erforderlichen Maßnahmen in Zusammenhang mit der Anlage und ist verpflichtet, diese stets in ordnungsgemäßem Zustand zu halten.

Zur Sicherung der eingeräumten Rechte bewilligt der Eigentümer und beide Beteiligte beantragen die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit an dem Grundstück (...) zugunsten des Berechtigten an nächstfolgender Rangstelle.

Soweit diese Abrede nur schuldrechtlich wirkt, verpflichtet sich der Eigentümer, jeden Sonderrechtsnachfolger in diese Verpflichtungen eintreten zu lassen und ihn wiederum zur Weiterübertragung zu verpflichten.

2.

Der Veräußerer überlässt an den Erwerber das Grundstück (...).

Ausdrücklich nicht mitüberlassen ist die Photovoltaikanlage, die sich auf dem Dach des auf Grundstück (...) befindlichen Gebäudes befindet. Diese verbleibt kraft der bestellten Dienstbarkeit im Eigentum des Veräußerers.

## 6. Konsequenzen für die Zukunft der Anlage

Wird die Sonderrechtsfähigkeit durch die Beteiligten mittels Eintragung einer Dienstbarkeit hergestellt und verbleibt die Anlage in der Folge beim bisherigen Eigentümer, obgleich das Grundstück auf den Erwerber übertragen wird, führt dies nach herrschender Meinung zu einem dauerhaften Auseinanderfallen von Eigentum am Grundstück und an der Anlage. Es wird mithin als zulässig angesehen, dass eine Person den Gegenstand erwirbt, die von der Dienstbarkeit nicht begünstigt wird. Die Sonderrechtsfähigkeit soll noch nicht einmal dadurch enden, dass das Recht wegfällt, das Grundlage für das Eingreifen des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB ist.<sup>24</sup> Dies ist zumindest insoweit konsequent, als bei § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB die herrschende Meinung ebenfalls davon ausgeht, dass allein die Beendigung der subjektiven Absicht zur vorübergehenden Verbindung nicht zugleich auch die Sonderrechtsfähigkeit aufhebt.<sup>25</sup> In der Sache befindet sich die herrschende Auffassung allerdings in gewissem Widerspruch zum Wortlaut des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB, der fordert, dass die Scheinbestandteile „nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden sind“, was andeutet, dass dieser durchgehend fortbestehen muss. Außerdem ist nicht zu erkennen, warum im Moment des Einbaus der Sache ohne eine

<sup>24</sup> Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Fritzsche, BGB, § 95 Rdnr. 15; Giesen, AcP 202, 689, 718; Jauernig/Mansel, BGB, 17. Aufl. 2018, § 95 Rdnr. 3; NK-BGB/Ring, § 95 Rdnr. 41; Erman/Schmidt, § 95 Rdnr. 17; Stieper, Die Scheinbestandteile, S. 67; Vennemann, MDR 1952, 75, 78.

<sup>25</sup> Soergel/Marly, BGB, § 95 Rdnr. 6; BeckOGK-BGB/Mössner, § 95 Rdnr. 16; Müller/Gruber, Sachenrecht, 2016, Rdnr. 1779; MünchKomm-BGB/Stresemann, § 95 Rdnr. 13; Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 25 Rdnr. 33.

nur vorübergehende Zwecksetzung die Verbindung zwischen Bestandteil und Grundstück für den Eigentumserwerb genügen, bei späterem Wegfall des Zwecks aber eine Einigung entsprechend § 929 Satz 2 BGB erforderlich sein soll.<sup>26</sup> Daher erscheint die herrschende Meinung insgesamt nicht überzeugend.<sup>27</sup>

Legt man die Mehrheitsauffassung aber dennoch zugrunde, führt demnach auch der Tod des Übergebers nicht notwendig dazu, dass die Photovoltaikanlage in das Eigentum des Erwerbers überwechselt. In diesem Fall geht die Anlage nämlich auf den Erben des Übergebers über, welcher nicht selten eine andere Person als der Erwerber ist, da im Rahmen der Verfügung von Todes wegen oftmals die lebzeitige Zuwendung an den Erwerber kompensiert werden soll. In der Folge kann es mithin zu einer fortgesetzten Spaltung kommen. Soll dies vermieden werden, so müssen erbrechtliche Gestaltung und sachenrechtliche Situation synchronisiert werden, weshalb die Anlage dann zumindest vermächtnisweise dem Grundstückseigentümer zugewendet werden muss. Zudem ist es in jedem Fall unerlässlich, die Beteiligten über diese Rechtsfolge gesondert aufzuklären. Soweit die Beteiligten damit einverstanden sind, empfiehlt es sich, bereits zum Zeitpunkt der Überlassung dem Eigentümer des Grundstücks die Anlage aufschiebend befristet auf den Tod des Überlassers zu übereignen, um schon jetzt eine sichere Gestaltung zu erreichen.

## II. Rückbehalt durch Rückübertragung oder isolierte Weitergabe der Anlage

Ist das Grundstück bereits dinglich auf den neuen Eigentümer übertragen, ehe die Beteiligten den Wunsch entwickelt haben, die Anlage dem alten Eigentümer zu erhalten, oder soll nur sie auf einen Dritten übergehen, ist dies wiederum nur dann möglich, wenn sie losgelöst vom Grundeigentum übertragbar ist. Wiederum unproblematisch ist der Fall, wenn die Anlage sicher kein wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist. Sie kann dann nach §§ 929 ff. BGB auf den vorherigen Eigentümer oder den Dritten übertragen werden, wobei sich regelmäßig die Übereignung unter Vereinbarung eines Besitzkonstituts gemäß § 929 Satz 1, § 930 BGB anbieten wird. Als schuldrechtliches Besitzmittlungsverhältnis wirkt die flankierende Abrede, nach der die Anlage unentgeltlich auf dem Haus verbleiben darf. Diese zählt zwar nicht zu den Regelbeispielen des § 868 BGB, erfüllt aber dessen Voraussetzungen.<sup>28</sup>

Ist die Einrichtung dagegen wesentlicher Bestandteil des Grundstücks oder kann dies zumindest nicht zuverlässig ausgeschlossen werden, stellt sich die Frage, ob und wie eine Übertragung möglich ist. Eine schuldrechtliche Regelung, wonach die Erträge dem vormaligen Eigentümer oder dem Dritten zustehen sollen, ist hier ebenfalls ohne Weiteres möglich,

in aller Regel aber von den Beteiligten nicht gewünscht.<sup>29</sup> Der vom BGH beschrittene<sup>30</sup> und von Teilen der Literatur favorisierte<sup>31</sup> Weg, der eine Willensänderung des Eigentümers dahin gehend behauptet, dass die Anlage nur noch vorübergehend auf dem Grundstück verbleiben soll, ist für die hier in Betracht kommenden Konstellationen regelmäßig ebenso wie in der Überlassungssituation tatsächlich ausgeschlossen. Auch wenn der bisherige Eigentümer die Anlage auf einen anderen übereignen will, ändert dies nämlich nichts daran, dass sie auf Dauer mit dem Grundstück verbunden bleiben soll, solange sie wirtschaftlich sinnvoll und technisch einsatzbereit ist. Infolgedessen handelt es sich nicht nur um eine vorübergehende, sondern um eine dauernde Nutzung, weshalb § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht eingreift.

Daher kann die Sonderrechtsfähigkeit wiederum nur nach § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB hergestellt werden, und zwar durch Bestellung einer Eigentümerdienstbarkeit.<sup>32</sup> Denn auch, wenn für die Zukunft geplant ist, die Anlage einem Dritten zu übereignen, dient sie im Moment der Dienstbarkeitsbestellung noch den Interessen des Eigentümers, da sie ihm dinglich zusteht und deshalb gemäß § 903 BGB nach seinem Belieben eingesetzt werden kann. Nimmt man mit dem BGH und der herrschenden Meinung an, dass bereits die einmalige Bestellung des Rechts im Sinne des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB die dauerhafte Sonderrechtsfähigkeit bewirkt, werden hierdurch die Voraussetzungen geschaffen, um die Anlage nach §§ 929 ff. BGB zu übertragen.

Geht man jedoch entgegen dem BGH davon aus, dass die Anlage nur solange sonderrechtsfähig bleibt, solange eine Dienstbarkeit für den jeweiligen Eigentümer besteht, genügt eine Eigendienstbarkeit nicht. Ab dem Moment des Eigentumsübergangs erfüllt die Anlage nämlich nicht mehr die Interessen des bisherigen Eigentümers, sondern die des Erwerbers. Ihm könnte einzig die Ausübung der auf den Grundstückseigentümer bezogenen Dienstbarkeit nach § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB ab dem Zeitpunkt der Übereignung überlassen werden, was aber schon deshalb nicht empfehlenswert ist, weil die Dienstbarkeit jedenfalls dann erlischt, wenn der Berechtigte verstirbt. Der Dritte verfügt damit über keine ausreichende Sicherheit, zumal der Eigentümer stets die für ihn eingetragene Dienstbarkeit aufgeben und löschen lassen kann. Zugunsten des Erwerbers muss demnach ebenfalls eine Dienstbarkeit bestellt werden, damit er sich gleichermaßen auf ein Recht gemäß § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB stützen und so die Sonderrechtsfähigkeit der Sache gewährleisten kann.

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob dann die Bestellung lediglich einer Dienstbarkeit zugunsten des zukünftigen Eigentümers der Photovoltaikanlage genügt. Das ist richtigerweise davon abhängig, welche Rechtsbeziehungen zum Zeitpunkt der Gewährung der Dienstbarkeit bestehen. Zur Sonderrechtsfähigkeit kann wiederum nur eine Analogie führen, weil

26 So BGH, Urteil vom 21.12.1956, V ZR 245/55, BGHZ 23, 57, 59; Urteil vom 2.12.2005, V ZR 35/05, 165, 184, 188; Urteil vom 31.10.1986, V ZR 168/85, NJW 1987, 774.

27 Ebenfalls abl. zur h. M.: Weimar, BauR 1973, 206, 207; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, § 52 Rdnr. 8.

28 Siehe zu den Voraussetzungen: Müller/Gruber, Sachenrecht, Rdnr. 449 ff.; Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 2 Rdnr. 29.

29 Dazu Teil 1 Ziff. I.

30 BGH, Urteil vom 2.12.2005, V ZR 35/05, BGHZ 165, 184 ff.

31 Palandt/Ellenberger, § 95 Rdnr. 4; Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Fritzsche, BGB, § 95 Rdnr. 17; Kappler, ZfIR 2012, 264, 268; BeckOGK-BGB/Mössner, § 95 Rdnr. 5; Peters, WM 2007, 2003, 2006 ff.; Wicke, DNotZ 2006, 252, 254 ff.

32 Dazu oben I. 1.

der Wortlaut des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB die Bestellung der Dienstbarkeit nach dem Einbau der Sache nicht vorsieht. Die Rechtsfortbildung ist zulässig, soweit sie sich mit den Wertungen des Gesetzgebers deckt.<sup>33</sup> Für ihn war der Gedanke leitend, dass der Scheinbestandteil den Interessen des Rechtsinhabers dient.<sup>34</sup> § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB geht in seiner direkten Anwendung davon aus, dass das Recht schon vor der Verbindung besteht und deshalb im Moment des Einbaus Recht und Sache in ihrer Kombination die Scheinbestandteilseigenschaft begründen. Dieselben Erwägungen müssen im Fall der Analogie gelten. Daher muss die Sache zum Zeitpunkt der Bestellung der Dienstbarkeit den Interessen des Berechtigten dienen. Ein Scheinbestandteil entsteht nur, wenn durch das Recht die Interessen des Begünstigten gefördert werden. Legt man dies zugrunde, genügt die Gewährung der Dienstbarkeit für den zukünftigen Erwerber dann nicht, wenn sie lediglich die zu einem späteren Zeitpunkt erfolgende Übertragung der dinglichen Berechtigung an der Anlage vorbereiten soll. Daher kommt auch eine gleichzeitige Übereignung mit der Bestellung der Dienstbarkeit nicht in Betracht, weil erst nach dem Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB die Sonderrechtsfähigkeit und damit die Möglichkeit zur Übereignung hergestellt wird. Der Verfügung muss die Sonderrechtsfähigkeit wenigstens eine juristische Sekunde vorangehen. Der Gegenstand dient dinglich allerdings erst den Interessen des Dienstbarkeitsberechtigten, wenn die Anlage auf ihn übertragen wurde. Lediglich mittelbare Vorteile für den Begünstigten, die darin bestehen, dass nur so eine Übereignung möglich ist, genügen nicht. Der Gesetzgeber wollte durch § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB ausschließlich solche Gegenstände erfassen, die bereits in Ausübung der Dienstbarkeit für den Berechtigten direkt Vorzüge bringen.

Die Probleme lassen sich jedoch überwinden. Wird bestimmt, dass ab Eintragung der Dienstbarkeit die Erträge der Photovoltaikanlage selbst dann dem zukünftigen Erwerber zustehen sollen, wenn die Anlage noch nicht in sein Eigentum übergegangen ist, dient sie bereits ab der Eintragung seinen Interessen, was die analoge Anwendung des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB rechtfertigt. In der Konsequenz genügt die Bestellung lediglich einer Dienstbarkeit zugunsten des zukünftigen Erwerbers, um die Sonderrechtsfähigkeit herzustellen und damit eine Übereignung nach § 929 BGB zu ermöglichen; eine Eigentümerdienstbarkeit ist nicht notwendig.

Auch in derartigen Konstellationen ist eine Genehmigung durch den Gläubiger einer Hypothek oder Grundschuld nicht angezeigt,<sup>35</sup> da sich hier ebenfalls die Übereignung nicht negativ auf dessen Rechtsposition auswirkt. Ist das Grundpfandrecht entstanden und erfasste es ursprünglich auch die Photovoltaikanlage, so ändert sich hieran durch die Übereignung nichts, weil die Anlage weiterhin mit dem Grundstück verbunden bleibt und es damit nicht zur Enthftung gemäß § 1121 BGB kommt. Baut der spätere Eigentümer die Anlage ab, tritt zwar Enthftung ein, allerdings steht der Gläubiger nicht schlechter, da er es gleichermaßen nicht unterbinden könnte,

dass die Anlage zunächst vom Grundstück entfernt und danach übereignet wird. Gleichwohl ist das Einholen eines Rangrücktritts bei vorrangigen Hypotheken- und Grundschuldgläubigern empfehlenswert, um die sich sonst ergebenden Risiken auszuschließen. Zudem muss über die Gefahren, die bei vorrangigen Rechten bestehen und die Folgen, die durch die Zugehörigkeit zum Haftungsverband des Grundpfandrechts eintreten, belehrt werden.

#### Formulierungsvorschlag:

1.

Die Beteiligten sind sich einig, dass ab dem Tag der Eintragung der in dieser Urkunde bestellten Dienstbarkeit sämtliche Erträge der Photovoltaikanlage, die auf dem Dach des auf dem vertragsgegenständlichen Grundstück befindlichen Gebäudes montiert ist, dem Erwerber zustehen sollen.

2. Bestellung der Dienstbarkeit

[wie oben]

3. Übereignung

Die Beteiligten sind sich darüber einig, dass der Erwerber Eigentümer der auf dem Dach des auf dem vertragsgegenständlichen Grundstück befindlichen Gebäudes montierten Photovoltaikanlage wird. Die Anlage darf auf Dauer unentgeltlich auf dem Dach des Gebäudes verbleiben. Die ordentliche Kündigung dieser Vereinbarung ist ausgeschlossen. Die Wirksamkeit dieser Verfügung ist aufschiebend bedingt auf die Eintragung der unter 2. bestellten Dienstbarkeit.

### III. Ergebnis

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass Scheinbestandteile auch nachträglich analog § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB begründet werden können. Dem stehen weder die gesetzgeberische Intention noch das sachenrechtliche Publizitätsprinzip entgegen. Erreicht werden kann dieses Ergebnis bei einer Photovoltaikanlage allerdings nicht dadurch, dass sie von einem auf Dauer eingebauten Gegenstand zu einem solchen, der nur vorübergehend mit dem Grundstück verbunden bleiben soll, umgewidmet wird, weil es hierzu am nötigen tatsächlichen Willen fehlt. Stattdessen ist es erforderlich, zugunsten des Eigentümers eine entsprechende Dienstbarkeit zu bestellen. Diese bewirkt analog § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB die Sonderrechtsfähigkeit. Soll die Anlage auf einen Dritten übertragen werden, so genügt sogar die Bestellung nur einer Dienstbarkeit zu dessen Gunsten, wenn mit ihm zuvor eine Vereinbarung geschlossen wird, wonach die Anlage ab der Eintragung der Dienstbarkeit seinen Interessen dienen soll. Ansonsten ist auch der Weg über eine Bestellung einer Dienstbarkeit für den Eigentümer und daneben einer solchen für den Dritten möglich.

<sup>33</sup> Meier/Jocham, JuS 2016, 392, 396 f.

<sup>34</sup> Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. III, S. 26.

<sup>35</sup> Dazu schon oben I. 4.

# Aktuelle Entwicklungen in der Grunderwerbsteuer für die notarielle Gestaltungspraxis

Von Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen<sup>1</sup>

Im Anschluss an den Beitrag in MittBayNot 2019, 1 wird im Folgenden die aktuelle Entwicklung des Grunderwerbsteuerrechts aus der Zeit von Herbst 2018 bis Herbst 2019 geschildert. Neben einem Update zu den geplanten Änderungen des Gesetzgebers im Bereich der Umstrukturierungen mit Unternehmen und Beteiligungen stehen die gestaltungsrelevante Rechtsprechung des letzten Jahres und einige aktuelle Erlasse der Finanzverwaltung im Zentrum.

## I. Grunderwerbsteuerreform bei Anteilsübertragungen in der Sackgasse?

Bereits in dem letztjährigen Überblicksaufsatz zur Grunderwerbsteuer wurden die geplanten Änderungen des Gesetzgebers bei der Besteuerung von Anteilsübertragungen, insbesondere bei Kapitalgesellschaften, geschildert. Inzwischen wurde nach einem Referentenentwurf auch der Regierungsentwurf in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht<sup>2</sup> und sollte eigentlich zum 1.1.2020 in Kraft gesetzt werden. Wesentliche Überraschungen waren in dem Entwurf nicht enthalten. Den größten Umfang darin nehmen die komplexen Übergangsbestimmungen<sup>3</sup> ein. Zwischenzeitlich soll aufgrund politischer Auseinandersetzungen grundlegend nachgebessert werden. Von einer weiteren Vertiefung an dieser Stelle wird daher vorerst abgesehen.

## II. Aktuelle Rechtsprechung, schwerpunktmäßig BFH

### 1. § 6a GrEStG europarechtlich endlich gesichert

- a) Grundlagen und EuGH, Urteil vom 19.12.2018, C-374/17, BB 2019, 354 = DStR 2019, 49

Zwischenzeitlich war zweifelhaft geworden, ob die Grunderwerbsteuerbefreiung des § 6a GrEStG für Umwandlungen im Konzern eine europarechtswidrige Beihilfe darstellen könne.<sup>4</sup>

- 1 Der Beitrag beruht überarbeitet und aktualisiert auf dem Vortrag des Verfassers auf der DAI-Jahresarbeitstagung des Notariats 2019 in Berlin vom 12.9. bis 14.9.2019.
- 2 Siehe BR-Drucks. 355/19 vom 8.9.2019; Beschluss des Bundesrates dazu in BR-Drucks. 355/19 (B) vom 20.9.2019 mit einigen Änderungsanregungen; *Wischott/Graessner*, NWB 2019, 2914 ff.; siehe ferner *Behrens/Waadt*, BB 2019, 1367; *Broemmel/Mörwald*, DStR 2019, 1113 und DStR 2018, 1521; *Broemmel/Lange*, DB 2018, 666; *Lüdicke*, DB 2019, 1864; *Schley*, GmbHR 2019, 645; *Wagner*, DB 2019, 1286; *Schmid*, DStR 2018, 2058; *Wagner*, DB 2018, 1553; *Wischott/Graessner*, NWB 2019, 1658.
- 3 *Behrens/Waadt*, BB 2019, 1367; *Joisten*, GmbHR 2018, 1041.
- 4 Siehe dazu *Kittl/Lorenz*, DStR 2019, 897; *Wischott/Graessner*, NWB 2019, 566 und NWB 2017, 2184; *Zapf/Schwedhelm*, DStR 2016, 1906 und DStR 2016, 1967.

Der BFH<sup>5</sup> hatte daher die Norm dem EuGH zur Entscheidung dieser Rechtsfrage vorgelegt. Diese Problematik und Diskussion hatte nach dem Erbschaftsteuerrecht<sup>6</sup> daher auch das Grunderwerbsteuerrecht erreicht. Das Verbot unzulässiger Beihilfen folgt aus Art. 107 ff. AEUV. Staatliche Beihilfen im Sinne der Art. 107 ff. AEUV sind aus europarechtlicher Sicht durch vier Voraussetzungen definiert:<sup>7</sup>

- staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Maßnahmen
- Wettbewerbsverfälschung
- Beeinträchtigung des Binnenhandels
- Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige (Selektivität)

Entscheidend ist stets, ob es sich um eine selektive Beihilfe bzw. Begünstigung handelt, da die übrigen Voraussetzungen für eine Beihilfe meist zweifelsfrei gegeben sind.

Hierzu hat der EuGH<sup>8</sup> nunmehr entschieden, dass es sich bei der Steuervergünstigung bei Umstrukturierungen im Konzern gemäß § 6a GrEStG nicht um eine verbotene staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt.<sup>9</sup> Demnach ist diese Vorschrift sowohl für die Vergangenheit als auch für die Zukunft grundsätzlich weiterhin anwendbar. Die europarechtlichen Unsicherheiten sind daher beseitigt. Die Norm kann nunmehr grundsätzlich rechtssicher angewandt werden. In seinem Vorlagebeschluss hat der BFH<sup>10</sup> für eine sehr weite und großzügige Auslegung des § 6a GrEStG plädiert. Die Finanzverwaltung hätte somit eigentlich längst die Aufgabe, den bisherigen Erlass<sup>11</sup> zu § 6a GrEStG zu aktualisieren, genauer gesagt vollständig neu zu fassen. Denn die Aussagen der Finanzverwaltung widersprechen in weiten Teilen der Auslegung des BFH.

5 BFH, Urteil vom 30.5.2017, II R 62/14, BB 2017, 1633 (m. Anm. *Bron*) = DStR 2017, 1324 (m. Anm. *Schmid*) = DB 2017, 1368.

6 *Vogel/Bäumli*, BB 2015, 736; siehe auch zum vergleichbaren Problem bei der Grunderwerbsteuer, *Behrens*, DStR 2016, 785; zur Erbschaftsteuer wiederum *Wachter*, DB 2016, 1273 ff.; *Reimer*, Reform der Erbschaftsteuer: Verschonungen verstoßen gegen EU-Recht, BB 2016 Heft 14, Beilage I.

7 Siehe *Wachter*, DB 2016, 1273, 1274.

8 EuGH, Urteil vom 19.12.2018, C-374/17, BB 2019, 354 = DStR 2019, 49; siehe dazu auch *Cloer/Vogel*, BB 2019, 151; *Ellenrieder/Mörwald*, IStR 2018, 861.

9 Siehe *Kittl/Lorenz*, DStR 2019, 897; *Wischott/Graessner*, NWB 2019, 566 und NWB 2017, 2184; *Zapf/Schwedhelm*, DStR 2016, 1906 und DStR 2016, 1967.

10 BFH, Urteil vom 30.5.2017, II R 62/14, BB 2017, 1633 (m. Anm. *Bron*) = DStR 2017, 1324 (m. Anm. *Schmid*) = DB 2017, 1368.

11 Gleichlautender Ländererlass vom 19.6.2012, BStBl. I 2012, S. 662 ff.

Am 21. und 22.8.2019 hat der II. Senat des BFH zahlreiche Verfahren zu § 6a GrEStG verhandelt.<sup>12</sup> Aus den Ausführungen im Rahmen der mündlichen Verhandlung und Aussagen der zuständigen BFH-Richter wird deutlich, dass der BFH im Wesentlichen seine Auffassungen bestätigen wird, die er bereits im Vorlagebeschluss zum EuGH-Verfahren II R 62/14 geäußert hat.<sup>13</sup> Insbesondere geht es um folgende Aussagen bzw. Annahmen:

- An die Qualifikation als sog. herrschendes Unternehmen sind keine strengen Anforderungen zu stellen. Auf die Eigenschaft als Unternehmer im Sinne des § 2 UStG wird es nicht ankommen, ebenso wenig auf die Frage des Haltens der Kapitalgesellschaftsbeteiligung in einem ertragsteuerrechtlichen Betriebsvermögen. Das herrschende Unternehmen kann auch eine natürliche Person sein, die eine Beteiligung im Privatvermögen hält. Das herrschende Unternehmen kann auch rein vermögensverwaltend tätig sein, sofern nur die Mindestbeteiligungsquote erreicht wird.
  - Die Vor- und Nachbehaltensfristen werden entsprechend dem Normzweck einschränkend ausgelegt.<sup>14</sup> Können die jeweiligen Fristen aus Gründen, die in dem Umwandlungsvorgang selbst angelegt sind, nicht eingehalten werden, beispielsweise weil einer der beteiligten Rechtsträger aufgrund Verschmelzung/Aufspaltung untergeht, können die Nachhaltefristen für die Gewährung der Steuerbefreiung keine Bedeutung haben. Das Erlöschen eines Konzerns oder auch die Entstehung des Konzerns durch die Umwandlung selbst muss daher unschädlich sein. Der BFH lehnt die restriktiven Auffassungen der Finanzverwaltung im gleichlautenden Ländererlass vom 19.6.2012<sup>15</sup> damit weitgehend ab.
- b) Keine Anwendung des § 6a Satz 1 GrEStG auf Erwerbsvorgänge im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG, BFH, Beschluss vom 22.11.2018, II B 8/18, DStR 2018, 2636

Der BFH hat bestätigt, dass § 6a GrEStG auf Einbringungen im Wege der Einzelrechtsnachfolge nicht anwendbar ist; dies entspricht sowohl dem Wortlaut als auch der Systematik und vermag nicht zu überraschen. Den Formwechsel eines Einzelunternehmens in eine Ein-Mann-GmbH sieht § 191 Abs. 1 UmwG offensichtlich nicht vor. Durch die Beurkundung eines solchen vermeintlichen „Formwechsels“ eines grundbesitzenden Einzelunternehmens in eine Kapitalgesellschaft kann die Entstehung von Grunderwerbsteuer nicht vermieden werden. In der notariellen Praxis sollte eine derartige, zivilrechtlich unmögliche Gestaltung eigentlich nicht vorkommen. Auf nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG steuerbare Erwerbsvorgänge im Wege der Einzelrechtsnachfolge findet die Steuervergünstigung des § 6a Satz 1 GrEStG nach überzeugender Ansicht des BFH keine Anwendung.<sup>16</sup>

Der BFH-Sachverhalt ist beeindruckend.<sup>17</sup> A war alleiniger Inhaber der Firma AT e. K. Dieses war als Einzelunternehmen im Handelsregister eingetragen. Mit notariell beurkundetem „Umwandlungsbeschluss“ erklärte A, das Einzelunternehmen werde gemäß § 190 ff. UmwG formwechselnd in eine GmbH umgewandelt. Der Gesellschaftsvertrag wurde mitbeurkundet. Darin ist bestimmt, dass A sämtliche Geschäftsanteile der GmbH gegen Einbringung des Einzelunternehmens gemäß Sachgründungsbericht übernehme. Nach Sachgründungsbericht wird das Stammkapital gemäß § 5 Abs. 4 GmbHG durch Sacheinlagen erbracht. Aus dem Sachgründungsbericht geht hervor, dass durch die Einbringung der Grundstücke das bezeichnete Stammkapital weit übertroffen werde. Im September 2013 wurde tatsächlich die GmbH mit der Bemerkung „entstanden durch formwechselnde Umwandlung der AT e. K.“ in das Handelsregister eingetragen<sup>18</sup>. Das FA setzte Grunderwerbsteuer fest.

Zunächst muss der BFH die Erklärungen des Steuerpflichtigen auslegen und kommt zum Ergebnis, dass das FG zutreffend davon ausgegangen ist, dass kein Formwechsel gemäß §§ 190 ff. UmwG vorlag. Denn ein Einzelkaufmann kann nicht durch Formwechsel, sondern ausschließlich durch Ausgliederung in eine GmbH überführt werden<sup>19</sup>. Damit handelt es sich um eine Einzelrechtsnachfolge, wobei der Grundbesitz gemäß § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. § 925 BGB in die GmbH eingebracht wurde. Der unzutreffende Handelsregistereintrag ändere daran nach überzeugender Auffassung nichts. Ebenso stellt der BFH entsprechend dem eindeutigen Wortlaut des § 6a Satz 1 GrEStG fest, dass die Steuer nur für einen nach § 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 a, 3 oder 3a GrEStG steuerbaren Rechtsvorgang aufgrund einer Umwandlung im Sinne des UmwG, einer Einbringung oder eines anderen Erwerbsvorgangs auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage nicht erhoben werde. Vorliegend handelte es sich um einen regulären schuldrechtlichen Einbringungsvertrag mit Auflassung, also den Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Derartige Fälle sind jedoch nicht von der Steuerbefreiung des § 6a GrEStG erfasst.<sup>20</sup>

## 2. Rückwerb eines treuhänderisch gehaltenen Gesellschaftsanteils, BFH, Beschluss vom 22.1.2019, II B 98/17

Erwirbt der Treuhänder Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft, die er zunächst für den Treugeber gehalten hatte, nach Auflösung der Treuhand zivilrechtlich zurück, liegt kein Fall des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG vor. Mit dem Erwerb der Anteile an der grundbesitzenden Gesellschaft durch den Treuhänder kann bei dem mittelbar beteiligten Gesellschafter eine

12 Siehe dazu *Mohr/Richert/Babel*, NWB 2019, 2989 ff.

13 BFH, Urteil vom 30.5.2017, II R 62/14, BB 2017, 1633 (m. Anm. *Bron*) = DStR 2017, 1324 (m. Anm. *Schmid*) = DB 2017, 1368.

14 Siehe *Mohr/Richert/Babel*, NWB 2019, 2989 ff.

15 BStBl. I 2012, S. 662.

16 BFH, Urteil vom 22.11.2018, II B 8/18, DStR 2018, 2636.

17 Siehe DStR 2018, 2636.

18 Gesellschaftsrechtlich hätte diese Eintragung nicht erfolgen dürfen; sie entbehrt jeder rechtlichen Grundlage.

19 So die ganz h. M. Siehe *Widmann/Mayer/Vossius*, UmwG, 2019, § 191 Rdnr. 23.

20 Ebenso die ganz h. M., siehe *Boruttau/Viskorf*, GrEStG, 19. Aufl. 2019, § 6a Rdnr. 27 ff.; *Pahlke*, GrEStG, 6. Aufl. 2018, § 6a Rdnr. 16.

Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG eintreten.<sup>21</sup>

In dem vom BFH zu entscheidenden Sachverhalt waren A (Kläger) und die C-GmbH je zur Hälfte Gesellschafter einer grundbesitzenden GbR. Die C-GmbH hielt ihre Beteiligung seit der Gründung der GbR im Jahre 2003 treuhänderisch für die U-GmbH mit 37,5 % und treuhänderisch für die N-GmbH mit 12,5 %. Mit Beendigung der Treuhandverhältnisse im Jahre 2004 gab die C-GmbH die Anteile an der GbR an die Treugeber heraus und trat die Beteiligung entsprechend ab. Diese veräußerten ihre unmittelbaren Beteiligungen mit Vertrag vom 27.2.2005 wiederum an die C-GmbH. Alleingesellschafter der C-GmbH war die X-GmbH, deren Anteile sich vollständig in der Hand des Klägers A befanden. Die GbR zeigte dem FA eine mittelbare Anteilsvereinigung gemäß § 1 Abs. 3 GrEStG an und teilte mit, dass die C-GmbH 50 % der GbR-Anteile erworben habe. Mit der Begründung, die C-GmbH habe die Beteiligung in der Vergangenheit bereits treuhänderisch gehalten, beantragte sie die Nichtfestsetzung der Grunderwerbsteuer gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG.

Anlässlich einer Außenprüfung beim Kläger im Jahre 2009 gelangte das FA zur Auffassung, dass eine Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG in der Hand des Klägers stattgefunden habe, die zur Hälfte steuerpflichtig sei, § 6 Abs. 2 GrEStG. Ein Rückerwerb nach § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG liege nicht vor. Hiergegen wendet sich der Kläger. Sowohl die Klage zum FG als auch die Nichtzulassungsbeschwerde waren erfolglos.

Der Kläger A, zu 50 % an der GbR unmittelbar beteiligt und zu weiteren 50 % über die C-GmbH an der GbR beteiligt, vertritt die Ansicht, dass die mittelbare Anteilsvereinigung gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG einen Rückerwerb im Sinne des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG darstelle, wenn der die Anteilsvereinigung auslösende unmittelbare Anteilserwerb durch die C-GmbH erfolgt, die die Beteiligung früher treuhänderisch für einen Dritten gehalten hat, selbst wenn dem Ereignis, das den Rückerwerb auslöst, kein Grunderwerbsteuerbarer Vorgang vorausgegangen ist. Nach Ansicht des BFH war diese Frage im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde jedoch eindeutig zu beantworten, sodass die Zulassung der Revision aus Sicht des BFH nicht geboten erschien. Das Vorliegen einer mittelbaren Gesellschafterstellung lässt sich nach BFH lediglich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten beurteilen, insbesondere aus schuldrechtlichen Bedingungen der an der Gesellschaft unmittelbar beteiligten Gesellschafter. Schuldrechtliche Vereinbarungen können es rechtfertigen, die Beteiligungen einem Dritten zuzurechnen und diesen wie einen Gesellschafter der grundbesitzenden Gesellschaft zu behandeln. Dabei können die Wertungen des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO berücksichtigt werden.<sup>22</sup> Nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO ist bei einem steuerrechtlich anzuerkennenden Treuhandverhältnis der Ge-

sellschaftsanteil nicht dem zivilrechtlichen Gesellschafter, sondern dem Treugeber zuzurechnen. Wird hinsichtlich eines Gesellschaftsanteils ein Treuhandverhältnis begründet, ist der Treuhänder unmittelbarer und der Treugeber mittelbarer Gesellschafter.<sup>23</sup>

Ein Rückerwerb im Sinne des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG scheidet im vorliegenden Fall aus. Denn der Kläger ist 2005 erstmals in den Genuss der Herrschaft über das Grundstück der GbR gekommen. Die mit Errichtung der GbR vereinbarte Treuhänderstellung der C-GmbH vermochte grunderwerbsteuerrechtlich keine Sachherrschaft des Klägers zu begründen. Obwohl der Kläger mittelbarer Alleingesellschafter der Treuhänderin war, war er wegen der Weisungsgebundenheit gegenüber dem Treugeber aufgrund des Treuhandverhältnisses nicht in der Lage, seinen Willen in der grundbesitzenden GbR durchzusetzen. Die zivilrechtlich bestehende GbR-Beteiligung der C-GmbH war grunderwerbsteuerrechtlich nicht dem Kläger, sondern den Treugebern zuzurechnen. Damit konnte es sich in der Folge auch nicht um einen Rückerwerb handeln.

Hinweis: Nach Ansicht der Finanzverwaltung<sup>24</sup> hätte sich die GrESt vermeiden lassen, indem die Beteiligten die GmbH-Geschäftsanteile nicht hin- und herübertragen hätten, sondern das Treuhandverhältnis einfach aufgehoben hätten. Dadurch wird nach dieser Ansicht kein neuer Grunderwerbsteueratbestand verwirklicht. Ob diese Auffassung für den vorliegenden Fall tatsächlich zutreffend ist und der Ansicht des BFH entspricht, ist jedoch nicht zweifelsfrei.<sup>25</sup> Gleichzeitig entspricht die unterschiedliche steuerliche Beurteilung den Regeln des § 3 Nr. 8 GrEStG, wonach eine Verkehrsteuer grundsätzlich an jede Grundstücks-/Anteilsübertragung anknüpft und steuerpflichtig ist, sofern kein Befreiungstatbestand vorliegt. Wird diese Anteilsübertragung unterlassen, reduziert sich die Steuerbelastung. Anders ist dies bei erstmaliger Begründung einer Vereinbarungstreuhand, die auch ohne zivilrechtlichen Übertragungsvorgang Grunderwerbsteuer auslöst.<sup>26</sup>

### 3. Neues zum Kaufrechtsvermächtnis, BFH, Urteil vom 16.1.2019, II R 7/16, DStR 2019, 1151

#### a) Die BFH-Entscheidung

In dem vom BFH zu entscheidenden Sachverhalt verstarb der Vater und setzte seine Tochter zur Alleinerbin ein. Zugunsten seines Sohnes (des Klägers) ordnete er folgendes Vermächtnis an:

„Ich vermache meinem Sohn das Ankaufrecht an meiner Eigentumswohnung im Haus M. Der Ankaufspreis ent-

21 Siehe dazu auch gleichlautende Ländererlasse vom 19.9.2018, BStBl. I 2018, S. 1074 = DB 2018 S. 2602; Pahlke, GrEStG, § 1 Rdnr. 371 ff.; Behrens/Seemaier, BB 2018, 1111 ff.

22 So nun auch die Finanzverwaltung: Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 12.11.2018, BStBl. I 2018, S. 1333 = DStR 2018, 2582 = DB 2018, 3023. Siehe auch Boruttau/Meßbacher-Hönsch, GrEStG, § 1 Rdnr. 821.

23 Siehe BFH, Urteil vom 3.3.2015, II R 30/13, BStBl. II 2015, S. 777; Urteil vom 25.11.2015, II R 18/14, BStBl. II 2018, S. 783.

24 Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 12.11.2018, BStBl. I 2018, S. 1333 = DStR 2018, 2582 = DB 2018, 3023, Tz. 1.3.2. und Tz. 2.2.1. und 3.2.2.

25 Zur Tabestandsmäßigkeit eines Steuertatbestandes musste der BFH sich vorliegend jedoch nicht äußern.

26 Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 12.11.2018, BStBl. I 2018, S. 1333 = DStR 2018, 2582 = DB 2018, 3023, Tz. 2.1.

spricht dem Verkehrswert der Eigentumswohnung zum Zeitpunkt der Ausübung des Ankaufsrechts.“

Im Jahr 2013 schlossen Schwester und Bruder einen entsprechenden Kaufvertrag über die Eigentumswohnung ab. Das FA setzte hierfür Grunderwerbsteuer auf den vereinbarten Kaufpreis fest.

Einspruch und Klage hatten keinen Erfolg. Der BFH präzisiert in seiner Entscheidung vom 16.1.2019 seine bisherigen Grundsätze zur Besteuerung von Grundstücksvermächtnissen, bedingten Grundstücksvermächtnissen, Ankaufsrechtsvermächtnissen und vermächtnisweise zugewandten Vorkaufsrechten.<sup>27</sup> Der BFH verschärft seine bisher hierzu ergangene Rechtsprechung.<sup>28</sup>

Er unterscheidet nunmehr streng zwischen einem Kaufrechtsvermächtnis, mit welchem dem Vermächtnisnehmer der Anspruch eingeräumt wird, dass ein Kaufvertrag abgeschlossen wird und andererseits die Gestaltung, bei welcher das Vermächtnis dem Bedachten direkt einen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks einräumt, ggf. auch unter einer Bedingung und ggf. auch mit Gegenleistungen. Das eigentliche Kaufrechtsvermächtnis (Anspruch auf Abschluss eines Kaufvertrags) ist bei Ausübung des Rechts Grunderwerbsteuerpflichtig, während der unmittelbare Erwerb eines Anspruchs auf Übereignung des Grundstücks Grunderwerbsteuerfrei gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG ist, unabhängig davon, wie hoch die Gegenleistung ist. Beim eigentlichen Kaufrechtsvermächtnis ist vermachter Gegenstand nach § 2174 BGB der schuldrechtliche Anspruch, den Abschluss eines Kaufvertrags über das Grundstück zu fordern. Erst durch den Abschluss des Kaufvertrags wird der Anspruch auf Übereignung des Grundstücks begründet. Dieser unterliegt der Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG und ist nicht nach § 3 Nr. 2 GrEStG steuerbefreit. Anders verhält es sich nach Ansicht des BFH hingegen, wenn der Bedachte durch Vermächtnis das Recht erhält, unmittelbar die Übereignung eines bestimmten Grundstücks, ggf. auch gegen Zahlung eines Kaufpreises, aus dem Nachlass zu fordern. In diesem Fall begründet das Vermächtnis selbst einen Übereignungsanspruch. Ist dieses Recht an eine spätere Ausübungserklärung des Bedachten geknüpft, besteht es in einem aufschiebend bedingten Auflassungsanspruch.<sup>29</sup>

Rechtsgrund des Übereignungsanspruches sei in einem solchen Fall das Vermächtnis und nicht etwa spätere Erklärungen, wenn diese äußerlich in die Form eines Kaufvertrags gekleidet werden. Lediglich die Zahlungspflicht des Vermächtnisnehmers habe ihren Rechtsgrund in der kaufvertraglichen

Verpflichtungserklärung, den Kaufpreis zu zahlen. Welcher der beiden Fälle vorliegt, sei durch Auslegung des Testaments zu ermitteln. Der BGH gibt damit ausdrücklich seine Rechtsprechung aus dem Jahre 2008 auf, soweit der BFH damals stets von einem unmittelbaren Grundstücksübereignungsanspruch ausgegangen war.<sup>30</sup> Gleichzeitig gibt der BFH folgende Auslegungshinweise:

- Es spricht für ein echtes Kaufrechtsvermächtnis, wenn in dem Vermächtnis noch kein fester Kaufpreis aufgeführt oder ein solcher nur bestimmbar ist oder
- wenn ein zeitlicher Rahmen für die Ausübung des Kaufrechts vereinbart wurde.
- Es ist hingegen ein Indiz für einen unmittelbaren Anspruch auf Grundstückserwerb, wenn bereits ein bestimmter Kaufpreis im Vermächtnis angegeben wird.

Soweit der BFH in seiner Entscheidung vom 21.7.1993<sup>31</sup> das Kaufrechtsvermächtnis bei einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis als Grunderwerbsteuerfrei angesehen habe, so hält der BFH auch an dieser Auffassung nicht mehr fest, sondern vertritt nunmehr die vorstehend geschilderte differenzierende Betrachtungsweise.

Nun könnte man auf die Idee kommen, dass entsprechend der Argumentation des FG der entscheidende Unterschied darin besteht, dass die Gegenleistung dem vollen gemeinen Wert entspricht oder aber mit einer Begünstigung, also mit einem Kaufpreis unter dem gemeinen Wert, verbunden ist. Für eine solche Auslegung hätte sprechen können, dass nur dann tatsächlich ein schenkungsteuerpflichtiger Wert dem Vermächtnisnehmer zugewandt wird. Diese Auffassung verwirft der BFH jedoch ausdrücklich. In Rdnr. 22 der Entscheidung vom 16.1.2019<sup>32</sup> betont der BFH ausdrücklich, dass bei einem unmittelbar zugewandten vermächtnisweisen Anspruch auf Grundstücksübereignung die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG nicht von der Höhe des zu zahlenden Kaufpreises abhängt, sondern allein vom Rechtsgrund des Erwerbs. Schädlich war im vorliegenden Fall also lediglich, dass ein echtes Kaufrechtsvermächtnis zugewandt wurde und nicht ein unmittelbarer Anspruch auf Grundstücksübereignung als Vermächtnis angeordnet wurde.

Zutreffend weist der BFH ferner darauf hin, dass der Erwerb des Grundstücks durch den Bruder nicht nach § 3 Nr. 3 Satz 1 GrEStG und nicht nach § 3 Nr. 6 GrEStG befreit ist. § 3 Nr. 3 Satz 1 GrEStG sieht eine Steuerbefreiung für den Erwerb eines zum Nachlass gehörigen Grundstücks durch Miterben zur Teilung des Nachlasses vor. Da die Schwester Alleinerbin geworden war, lag schon keine Gesamthandsgemeinschaft (Erbengemeinschaft) vor, sodass es sich ausschließlich um eine analoge Anwendung dieser Norm hätte handeln können. Auch § 3 Nr. 6 GrEStG, der eine Steuerbefreiung zwischen Personen vorsieht, die in gerader Linie miteinander verwandt sind, kommt nach überzeugender Auffassung des BFH nicht zur Anwendung, da zwischen den Geschwistern keine Verwandt-

27 Siehe *Behrens*, BB 2019, 1047 f.

28 Siehe bisher BFH, Urteil vom 13.8.2008, II R 7/07, BStBl. II 2008, S. 982 (erbschaftsteuerrechtlich zum Übernahme- und Kaufrechtsvermächtnis); Urteil vom 21.7.1993, II R 118/90, BStBl. II 1993, S. 765 (grunderwerbsteuerrechtlich zu einem unter dem gemeinen Wert liegenden Ankaufsrechtsvermächtnis); Urteil vom 8.10.2008, II R 15/07, BStBl. II 2009, S. 245 (Grunderwerbsteuerpflicht, bei Erwerb eines Grundstücks auf Grund eines vermächtnisweise zugewandten dinglichen Vorkaufsrechts).

29 Hinweis auf BGH, Urteil vom 27.6.2001, IV ZR 120/00, BGHZ 148, 187.

30 BFH, Urteil vom 13.8.2008, II R 7/07, BStBl. II 2008, S. 982; Urteil vom 8.10.2008, II R 15/07, BStBl. II 2009, S. 245.

31 BFH, Urteil vom 21.7.1993, II R 118/90, BStBl. II 1993, S. 765.

32 BFH, Urteil vom 16.1.2019, II R 7/16, DStR 2019, 1151.

schaft in gerader Linie vorliegt und auch eine interpolierende Betrachtungsweise nicht möglich sei.

#### b) Folgerungen für die Gestaltungspraxis

- Die Zuwendung eines dinglichen Vorkaufsrechtes per Vermächtnis führt nicht zur Grunderwerbsteuerbefreiung, wenn es später in Ausübung des dinglichen Vorkaufsrechts zum Grundstückserwerb durch den Vermächtnisnehmer kommt.
- Die vermächtnisweise Anordnung eines echten Ankaufsrechtsvermögens zugunsten eines Vermächtnisnehmers ist grunderwerbsteuerrechtlich benachteiligt, unabhängig davon, ob das Ankaufsrecht zum vollen gemeinen Wert oder lediglich zu einem Bruchteil dessen ausgeübt werden kann.<sup>33</sup>
- Unter grunderwerbsteuerrechtlichen Gesichtspunkten sollte in geeigneten Fällen ein unbedingtes Grundstücksvermächtnis zugunsten des Übernahmehaberechtigten ausgesetzt werden. Die Gestaltung mit Bedingungen ist insoweit nicht erforderlich, da der Vermächtnisnehmer jederzeit die Möglichkeit hat, das Vermächtnis auszusprechen. Auf diese Weise können schwierige Abgrenzungsfragen bei der Auslegung vermieden werden. Der Grundstücksvermächtnisnehmer kann mit einem Untervermächtnis beschwert werden, das nur dann fällig wird, wenn auch das Grundstück erworben wird. Hierin kann die Zug-um-Zug abzuwickelnde Barzahlung mit einem Teil des gemeinen Wertes oder auch mit dem vollen gemeinen Wert angeordnet werden. Auf diese Weise lässt sich die Grunderwerbsteuerfreiheit in entsprechenden Fällen sicher gewährleisten.

#### Formulierungsvorschlag:

Der Erbe wird mit folgendem unbedingtem<sup>34</sup> Vermächtnis beschwert: Der Vermächtnisnehmer V erhält vermächtnisweise den folgenden Grundbesitz zum Alleineigentum zugewandt. (... übliche Regelungen zum Grundstücksvermächtnis).

Der Vermächtnisnehmer V wird mit einem Untervermächtnis zugunsten des Untervermächtnisnehmers U beschwert.

##### Alternative 1:

Der Untervermächtnisnehmer U erhält vermächtnisweise, Zug um Zug gegen Grundstücksübergang einen Betrag in Höhe von (...) € zugewandt. (... übliche Regelungen zum Barvermächtnis).

##### Alternative 2:

Der Untervermächtnisnehmer U erhält vermächtnisweise einen Betrag in Höhe von (...) % des gemeinen Wertes der vorstehend vermächtnisweise zugewandten Immobilie zugewandt. Können die Beteiligten sich nicht innerhalb von sechs Monaten nach Erbanfall über den gemeinen Wert des vermächtnisweise zugewandten Grundstücks einig, so ent-

scheidet hierüber als Schiedsgutachter gemäß § 317 BGB der für die Immobilie örtlich zuständige Gutachterausschuss. Die Kosten des Schiedsgutachtens tragen Erbe und Vermächtnisnehmer zu unter sich gleichen Teilen.

#### Ende der Alternativen

Klargestellt wird, dass das Grundstücksvermächtnis unbedingt eingeräumt wird und einen unmittelbaren Anspruch auf Grundstücksübergang einräumt, während das Untervermächtnis durch den Vermächtnisnehmer nur zu erfüllen ist, sofern er das Grundstücksvermächtnis nicht ausgeschlagen hat.

#### 4. Grundstückskauf zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, BFH, Urteil vom 20.2.2019, II R 28/15

##### a) Einführung und Sachverhalt

Die BFH-Entscheidung hat über den konkret entschiedenen Einzelfall hinaus erhebliche Bedeutung für die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer und für die Auslegung der Befreiungstatbestände nach § 6 und § 7 GrEStG. Der Sachverhalt ist komplex und erfasst vereinfacht folgende Gestaltung:

Mit Gesellschaftsvertrag vom 1.10.2007 gründeten insgesamt neun Personen die C-GbR. Zu diesen neun Gesellschaftern gehörte auch der Architekt H und der Projektmanager I. Gesellschaftszweck war die Vorbereitung eines gemeinschaftlichen Bauvorhabens in Gestalt eines Mehrfamilienhauses einschließlich der Anwerbung weiterer Gesellschafter bis zur Vorbereitung des notariellen Grundstückskaufvertrags und der notariellen Teilungserklärung. Die Gesellschaftsanteile sollten den künftigen Wohnungseigentumsanteilen entsprechen. Die eigentliche Bebauung sollte durch G-GbR erfolgen, die die Aufträge und Verträge übernehmen sollte.

Mit notariellem Kaufvertrag vom 9.7.2008 erwarben mehrere Personen, jedoch noch nicht die Kläger, als Gesellschafter der C-GbR ein unbebautes Grundstück. In einem Nachtrag vom 1.10.2008 wurde der Kaufvertrag insoweit geändert, als Käufer eine erweiterte C-GbR sei, der zwischenzeitlich weitere im Einzelnen benannte Personen beigetreten waren (darunter auch die Kläger). Ein Bauantrag wurde später gestellt und genehmigt. Im Dezember 2008 gründeten 20 Personen die G-GbR zur Durchführung des gemeinschaftlichen Bauvorhabens. Am 24.2.2019 schlossen alle beteiligten Personen als Gesellschafter der C-GbR und der G-GbR einen notariell beurkundeten „Miteigentumsübergangs- und Teilungsvertrag“. In einem ersten Schritt wurden den jeweiligen Gesellschaftern Miteigentumsanteile übereignet, die den späteren Sondereigentumseinheiten entsprechen sollten und wiederum den Gesellschaftsanteilen entsprachen; gleichzeitig bewilligten und beantragten die Beteiligten die Aufteilung nach § 3 WEG, so dass jeder Gesellschafter der GbR sein eigenes Sondereigentum erhielt.

Zur Gegenleistung hieß es:

„Die Gegenleistung für die Übergang der Miteigentumsanteile ist durch die einzelnen Gesellschafter bereits erbracht.“

<sup>33</sup> Aufgabe der bisherigen BFH-Rechtsprechung vom 21.7.1993, II R 118/90, BStBl. II 1993, S. 765.

<sup>34</sup> Eine Bedingung ist nicht erforderlich, weil der Vermächtnisnehmer ja das Vermächtnis ausschlagen kann.

Das FA setzte Grunderwerbsteuer aus dem Bedarfswert der fertig hergestellten von den Klägern zu erwerbenden Sondereigentumseinheit fest.

#### b) Kernaussagen der BFH-Entscheidung

In dem BFH-Verfahren ging es um die Grunderwerbsteuerbarkeit (aa)), das Eingreifen von Steuerbefreiungen (bb)) und um die Frage der Bemessungsgrundlage (cc)).

##### aa) Steuerbarkeit

Die GbR war Eigentümerin des gesamten Grundbesitzes und übereignete Miteigentumsanteile an die jeweiligen Gesellschafter. Dieser Vorgang verwirklichte § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Gesellschafter und Gesellschaft sind unterschiedliche Rechts-subjekte, sodass die Steuerbarkeit als solche im konkreten Fall nicht weiter zweifelhaft sein konnte.

##### bb) Steuerbefreiungen?

Der Erwerb von Miteigentumsanteilen durch einen Gesellschafter der GbR von der GbR hätte nach § 6 Abs. 1 GrEStG befreit sein können. Dem stand im vorliegenden Fall jedoch die Rückausnahme des § 6 Abs. 4 GrEStG entgegen, weil die Kläger innerhalb von fünf Jahren vor dem Erwerbsvorgang den Anteil an der Gesamthand durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben hatten. Die Kläger waren erst später der GbR beigetreten. Für diesen Beitritt wurde keine weitere Grunderwerbsteuer erhoben. Der Grunderwerbsteuerrelevante Erwerbsvorgang für die GbR wurde bereits durch Abschluss des Kaufvertrags von dem dritten Verkäufer verwirklicht. Lediglich bei Eigentumsübergang auf die Altgesellschafter, die bereits bei Gründung an der C-GbR beteiligt waren, hätte § 6 Abs. 1 Satz 1 GrEStG eingreifen können, weil sie seit Beginn des Erwerbs des Grundstücks an der GbR beteiligt waren. In derartigen Fällen wird die Fünf-Jahres-Frist des § 6 Abs. 4 GrEStG teleologisch reduziert.<sup>35</sup>

Auch § 7 Abs. 1 GrEStG greift nach Auffassung des BFH nicht ein. Nach dieser Bestimmung wird die Grunderwerbsteuer nicht erhoben, wenn ein Grundstück mehreren Miteigentümern gehört und von den Miteigentümern flächenweise geteilt wird, sodass der Wert des Teilgrundstücks, das der einzelne Erwerber erhält, dem Bruchteil entspricht, zu dem er am gesamten zu verteilenden Grundstück beteiligt ist. Vorliegend wurde die Grunderwerbsteuer allerdings für den Erwerb der Miteigentumsanteile von der GbR ausgelöst. Dies war keine flächenmäßige Teilung des Grundstücks, sodass der BFH ohne großen Argumentationsaufwand die Steuerbefreiung nach § 7 GrEStG ablehnte. In jedem Fall wäre die Begünstigung aber auch hier an der fünfjährigen Vorhaltefrist des § 7 Abs. 3 GrEStG gescheitert.

Die restriktive Haltung des BFH zu § 7 Abs. 2 GrEStG ist überraschend. Denn in anderen Fällen hat der BFH die Aufteilung einer Immobilie nach § 8 WEG mit anschließender Verteilung der Sondereigentumseinheiten aufgrund eines Gesamtplanes noch als flächenmäßige Verteilung im Sinne des § 7 GrEStG

angesehen<sup>36</sup>. Dieses Gesamtkonzept lag vorliegend offensichtlich vor, sodass der BFH eigentlich die Begünstigung nur an § 7 Abs. 3 GrEStG hätte scheitern lassen dürfen.

##### cc) Bemessungsgrundlage

Die wichtigsten Ausführungen folgen in den Überlegungen zur Grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage. Einerseits lehnt der BFH einen Fall des sog. einheitlichen Vertragswerkes ab, sodass Bemessungsgrundlage nicht das fertig hergestellte Sondereigentum einer Eigentumswohnung war, sondern der Miteigentumsanteil an einem unbebauten Grundstück. Denn kein Dritter hatte sich verpflichtet, den Gesellschaftern fertige Sondereigentumseinheiten zu verschaffen. Vielmehr haben die Gesellschafter sich untereinander verpflichtet, als bzw. wie Bauherren gemeinschaftlich die gesamte Wohnungseigentumsanlage zu errichten. Dass gleichzeitig in den GbRs auch Architekten und Bauplaner sowie Projektleiter beteiligt waren, konnte hieran nichts ändern. Damit fanden die Grundsätze eines einheitlichen Vertragswerkes keine Anwendung. Nur der Wert des unbebauten Grundstücks war maßgeblich.

In der Folge stellte sich die Frage, ob der Bedarfswert nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG oder aber der Betrag der Gegenleistung für die Bemessungsgrundlage maßgeblich sei. § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG in Verbindung mit den Bestimmungen des BewG findet jedoch nur dann Anwendung, wenn entweder keine Gegenleistung vereinbart worden oder aber der Erwerb auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage erfolgt wäre. Die Miteigentümer sind jedoch nach den Bestimmungen des Vertrages nicht aus der GbR ausgeschieden. Der Erwerb erfolgte daher nicht auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage, selbst wenn der GbR keinerlei Vermögen, Sinn und Zweck mehr verblieben wäre. Die Gesellschafter und Miteigentümer waren nicht aus Anlass des Erwerbs der Miteigentumsanteile aus der Gesellschaft ausgeschieden. Dies hätte zu einer anderen Bemessungsgrundlage beigetragen. Stattdessen war eine Gegenleistung vereinbart worden, die allerdings in dem Vertrag nicht ausgewiesen, sondern bereits geleistet worden war. Die Sache musste daher dem FG zurückverwiesen werden, damit dieses die Gegenleistung ermitteln konnte, die dann die Bemessungsgrundlage für Grunderwerbsteuer darstellte.

##### c) Gestaltungsüberlegungen

Die Höhe der Grunderwerbsteuer ist nicht nur vom Tatbestand selbst, sondern vor allem von der Bemessungsgrundlage abhängig. Sofern ein Gesellschafter im Rahmen der Gründung einer Gesellschaft Grundbesitz einbringt oder bei Erwerb des Grundbesitzes aus der Gesellschaft dafür ausscheidet, so ist nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG in Verbindung mit dem BewG der steuerliche Wert nach dem BewG maßgebend. Soweit hingegen die Gesellschafter eine Gesellschaft auseinandersetzen und hierbei das Vermögen auf die Gesellschafter verteilen, gleichzeitig die Gesellschafter aber Gesellschafter der bisherigen Gesellschaft bleiben und eine Gegenleistung für die Auseinandersetzung vereinbaren, so ist die Gegenleistung maßgebend. Dabei könnte die Gegenleistung aller Mitgesell-

<sup>35</sup> Siehe *Pahlke*, GrEStG, § 6 Rdnr. 78-80 m. w. N.

<sup>36</sup> *Pahlke*, GrEStG, § 7 Rdnr. 20 a. E.; *Boruttau/Viskorf*, GrEStG, § 7 Rdnr. 65; BFH, Beschluss vom 22.6.2012, II B 48/11, BFH/NV 2012, 2025.

schafter auch darin bestehen, dass sie jeweils 5.000 € an die GbR zahlen. Dieses Vermögen der GbR wäre dann weiter durch die GbR zu verwalten. Ein Anwendungsfall für die steuerlichen Werte nach BewG wäre damit nicht gegeben. Die Bemessungsgrundlage könnte auf diese Weise erheblich reduziert werden.<sup>37</sup> Gleichzeitig erfolgen insoweit keine Wertverschiebungen zwischen den Gesellschaftern, wenn der jeweils zu leistende Betrag quotall der Gesellschaftsquote des Gesellschafters entspricht. Speziell für die Auseinandersetzung von Familienpoolgesellschaften zwischen Geschwistern, die sonst zu erheblicher Grunderwerbsteuer führen, werden sich diese Grundsätze nutzbar machen lassen; die Gesellschafter werden nur an der Familienpoolgesellschaft beteiligt bleiben.<sup>38</sup>

Spiegelbildlich lässt sich dieser Gedanke auch für alle Gründungsfälle nutzen, einerseits bei Personengesellschaften und andererseits bei Kapitalgesellschaften.

Beispiel: Wird eine GmbH im Wege der Sachgründung gegründet und hierbei ein Grundstück eingebracht, so handelt es sich um eine Gestaltung auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage. Der Bedarfswert ist maßgeblich. Soweit hingegen zunächst die GmbH bar gegründet wird und im zweiten Schritt unter Vermeidung einer gesellschaftsrechtlichen verdeckten Einlage der Grundbesitz zu einem Preis weit unter dem gemeinen Wert an die GmbH verkauft wird,<sup>39</sup> so ist der vereinbarte Kaufpreis die Bemessungsgrundlage. Ungeklärt ist insoweit lediglich, in welchen Fällen hier die Grenze einer missbräuchlichen Gestaltung nach § 42 AO überschritten wird.<sup>40</sup> Insoweit ist es eine Frage des Augenmaßes einerseits und der reinen Chancengestaltung andererseits.

## 5. Steuerbefreiung für Erwerb eines Grundstücks von Geschwistern, BFH, Urteil vom 7.11.2018, II R 38/15

Der Kläger und seine Schwester waren je zur Hälfte Miteigentümer des Grundstücks 1, das ihnen ihre Mutter 2002 unter Vorbehalt eines Nießbrauchs übertragen hatte. 2010 übertrug die Mutter das Grundstück 2 auf die Schwester unter Vorbehalt eines lebenslangen Nießbrauchs. Die Mutter ordnete als Auflage an, dass die Schwester verpflichtet ist, ihren Miteigentumsanteil an dem Grundstück 1 auf den Kläger unentgeltlich unter Übernahme der im Grundbuch zugunsten der Mutter eingetragenen Belastungen – des Nießbrauchs und einer Rückauffassungsvormerkung – zu übertragen. Der Kläger muss sich diesen Erwerb auf seinen Pflichtteilsanspruch bei dem Tod der Mutter anrechnen lassen. Das FA setzte Grunderwerbsteuer fest. Die hiergegen gerichtete Klage hatte Erfolg:

Die unentgeltliche Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück unter Geschwistern, die ein Elternteil in einem Schenkungsvertrag durch Auflage gegenüber dem

beschenkten Kind angeordnet hat, kann – ebenso wie die Verpflichtung hierzu – aufgrund einer Zusammenschau grunderwerbsteuerrechtlicher Befreiungsvorschriften von der Grunderwerbsteuer befreit sein, wenn sich der tatsächlich verwirklichte Grundstückserwerb im Grunde als abgekürzter Übertragungsweg darstellt.<sup>41</sup>

Die unentgeltliche Übertragung eines Miteigentumsanteils aufgrund einer Schenkung unter Auflage an einem Grundstück unter Geschwistern ist für sich allein betrachtet zwar weder nach § 3 Nr. 2 GrEStG noch nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit. Eine Steuerbefreiung kann aber aufgrund einer Zusammenschau von grunderwerbsteuerrechtlichen Befreiungsvorschriften nach ihrem Sinn und Zweck über ihren Gesetzeswortlaut hinaus dann gewährt werden, wenn sich der tatsächlich verwirklichte Grundstückserwerb als abgekürzter Übertragungsweg darstellt und die unterbliebenen Zwischenerwerbe, wenn sie durchgeführt worden wären, ebenfalls steuerfrei wären.

Gestaltungshinweis: In der Praxis sollte dies möglichst klar formuliert werden als Übertragung auf die Mutter und deren Schenkung an das Geschwisterkind. Ertragsteuerlich handelt es sich um eine entgeltliche Veräußerung, mit der Gefahr des § 23 EStG einerseits und der Chance des AFA-Step-up andererseits! Schenkungsteuerlich kann es sich nicht um eine Geschwisterzuwendung handeln. Dies arbeitet der BFH in den Entscheidungsgründen sehr klar und deutlich heraus, indem er die Zuwendungsverhältnisse genau ermittelt.

Die von einem Elternteil durch Auflage in einem notariell beurkundeten Schenkungsvertrag angeordnete unentgeltliche Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück von dem mit der Auflage beschwerten Kind auf das erwerbende Kind stellt sich als abgekürzter Weg einer unentgeltlichen Übertragung des Miteigentumsanteils von dem Elternteil auf das erwerbende Kind dar.

Der erste unterbliebene Zwischenerwerb – die Übertragung des Grundstücks von dem mit der Auflage beschwerten Kind auf den Elternteil – wäre nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG steuerfrei, da das Kind und der Elternteil in gerader Linie verwandt sind.

Der zweite unterbliebene Zwischenerwerb – die unentgeltliche Übertragung des Grundstücks von dem Elternteil auf das erwerbende Kind – wäre wegen des Verwandtschaftsverhältnisses in gerader Linie ebenfalls nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG von der Steuer befreit.

Der Anwendungsbereich von § 3 Nr. 6 GrEStG wird nicht über seinen Sinn und Zweck hinaus erweitert. Unentgeltliche Übertragungen zwischen Geschwistern sind nicht stets, sondern nur ausnahmsweise dann vollständig von der Grunderwerbsteuer befreit, wenn die Übertragung auf dem Willen des schenkenden Elternteils beruht und von diesem veranlasst wurde, sie daher einer solchen zwischen dem Elternteil und dem erwerbenden Kind gleichkommt und ein beachtlicher Grund für den gewählten Weg ersichtlich ist. Das bedeutet insbesondere, dass der innere Grund des Erwerbs nicht allein in dem Verhältnis zwischen den Geschwistern liegen darf.

37 Bloß symbolische Kaufpreise sollen hingegen wohl nicht anerkannt werden, Behrens/Wachter/Konrad, GrEStG, 1. Aufl. 2018, § 9 Rdnr. 134 m. w. N.

38 Diese Gestaltung kann im Anwendungsbereich des § 16 Abs. 3 EStG jedoch mit der Zielsetzung einer Realteilung konfliktieren.

39 Ertragsteuerrechtlich handelt es sich gleichwohl als steuerliche verdeckte Einlage um eine voll gewinnrealisierende Gestaltung, unabhängig vom vereinbarten Kaufpreis.

40 Siehe Behrens/Wachter/Konrad, GrEStG, § 9 Rdnr. 134 m. w. N.

41 BFH, Urteil vom 7.11.2018, II R 38/15, BB 2019, 1125.

Besondere Bedeutung hat die Entscheidung in schenkungsteuerlicher Hinsicht, weil der BFH in dieser Entscheidung in wünschenswerter Weise klarstellt, dass das schenkungsteuerliche Zuwendungsverhältnis der Schenkung des Grundstücks von Eltern an Geschwister liegt und nicht von Geschwister an Geschwister, sofern die Übertragung des Grundstücks eine Gegenleistung des primär beschenkten Kindes gegenüber den schenkenden Eltern ist.

## 6. Grunderwerbsteuerbegünstigung des § 6 Abs. 2 GrEStG, BFH, Beschluss vom 5.6.2019, II B 21/18

Sachverhalt: A und B sind zu gleichen Anteilen an einer grundstückverwaltenden GmbH seit zehn Jahren beteiligt. Im Jahre 2018 wandeln sie die GmbH in eine OHG um, an der beide je hälftig beteiligt sind. Im Jahre 2020 übernimmt A alle Grundstücke und zahlt B aus. Der Vorgang ist grunderwerbsteuerpflichtig nach § 1 Abs. 1 Nr. 1<sup>42</sup> oder Nr. 3<sup>43</sup> GrEStG. Fraglich ist hier nur, ob der Erwerb des A zur Hälfte nach § 6 Abs. 2 Satz 1 und 2 GrEStG befreit ist. Dies lehnt der BFH zu Recht für den vorliegenden Fall ab. Die Grunderwerbsteuerbegünstigung des § 6 Abs. 2 GrEStG ist nach § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG ausgeschlossen, soweit die Gesellschafter der Personengesellschaft ihre Anteile innerhalb von fünf Jahren vor dem Erwerbsvorgang durch Umwandlung einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft in die Personengesellschaft erhalten haben.

Dem BFH ist zuzustimmen, da auch der Formwechsel ein rechtsgeschäftlicher Erwerb ist. Diese Auffassung teilt auch die Finanzverwaltung.<sup>44</sup> Anderenfalls könnte durch bloßen vorgelagerten oder nachgelagerten Formwechsel jederzeit Grundbesitz grunderwerbsteuerfrei in eine Kapitalgesellschaft eingebracht bzw. aus der Kapitalgesellschaft übertragen werden.

## 7. Rückgängigmachung von Erwerbsvorgängen nur bei ordentlicher Anzeige, BFH, Urteil vom 22.5.2019, II R 24/16

Wird ein Erwerbsvorgang i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder Nr. 2 GrEStG zwar innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer rückgängig gemacht, war er aber nicht ordnungsgemäß angezeigt worden, schließt § 16 Abs. 5 GrEStG den Anspruch auf Nichtfestsetzung der Steuer oder Aufhebung der Steuerfestsetzung aus. Ist nach § 17 Abs. 2, 3 GrEStG eine gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen vorzunehmen, ist der Erwerbsvorgang gegenüber dem dafür zuständigen FA anzuzeigen. Ausreichend ist es nach Ansicht des BFH, wenn entweder der Notar oder ein Beteiligter die ordnungsgemäße Anzeige erledigt.

Nach § 18 Abs. 5 und § 19 Abs. 4 GrEStG sind die Anzeigen an das für die Besteuerung, in den Fällen des § 17 Abs. 2 und 3 GrEStG an das für die gesonderte Feststellung zuständige FA zu richten. Die Anzeige muss grundsätzlich an die Grunderwerbsteuerstelle des zuständigen FA übermittelt werden

oder sich zumindest nach ihrem Inhalt eindeutig an die Grunderwerbsteuerstelle richten. Nach § 17 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GrEStG werden die Besteuerungsgrundlagen in den Fällen des § 1 Abs. 2a, 3 und 3a GrEStG durch das FA, in dessen Bezirk sich die Geschäftsleitung der Gesellschaft befindet, gesondert festgestellt, wenn ein außerhalb des Bezirks dieser FA liegendes Grundstück oder ein auf das Gebiet eines anderen Landes sich erstreckender Teil eines im Bezirk dieser FA liegenden Grundstücks betroffen wird.

## III. Aktuelle Anweisungen der Finanzverwaltung

### 1. Grundstückserwerb durch Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft, FinMin Schleswig-Holstein vom 15.11.2018, VI 354 – S 4521 – 069

Durch koordinierten Ländererlass vom 19.10.1992, S 4521 – 069 hatte die Finanzverwaltung die Auffassung vertreten, dass der Erwerb einer Immobilie durch den Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft nicht zur Anwendung des § 1 Abs. 6 GrEStG führe. Dieser Erlass wird nunmehr aufgehoben.

Sachverhalt: Gesellschafter G erwirbt mindestens 95 % der Anteile an der G-GmbH, in deren Vermögen sich das Grundstück 1 befindet. Die darauf anfallende Grunderwerbsteuer auf das Grundstück mit einem Steuerwert von 10 Mio. € wird in vollem Umfang festgesetzt und gezahlt. Drei Jahre später erwirbt die GmbH zusätzlich das Grundstück 2 im gemeinen Wert von 10 Mio. €. Drei Jahre später erwirbt der Gesellschafter unentgeltlich und ohne jegliche Gegenleistung beide Grundstücke, also Grundstück 1 und Grundstück 2, von der GmbH. Problematisch und von der Finanzverwaltung abgelehnt war bisher die Anwendbarkeit des § 1 Abs. 6 GrEStG. Nach § 1 Abs. 6 Satz 1 GrEStG unterliegt ein Rechtsvorgang auch dann der Grunderwerbsteuer, wenn ihm ein in einem anderen dieser Absätze bezeichneter Rechtsvorgang vorausgegangen ist. Der bloße Umstand, dass der Erwerb der Geschäftsanteile mit Grundstück 1 zur Besteuerung nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG geführt hat, steht also der Besteuerung des Erwerbs von der GmbH nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG nicht entgegen. Ebenso steht der grunderwerbsteuerpflichtige Kauf des Grundstücks 2 und die spätere Übertragung auf den Gesellschafter G der doppelten Grunderwerbsteuerpflicht nicht entgegen. Nach § 1 Abs. 6 Satz 2 GrEStG wird die Steuer im zweiten Vorgang jedoch nur insoweit erhoben, als die Bemessungsgrundlage für den späteren Rechtsvorgang den Betrag übersteigt, von dem beim vorausgegangenen Rechtsvorgang die Steuer berechnet worden ist. Durch § 1 Abs. 6 Satz 2 GrEStG wird damit eine Doppelbesteuerung vermieden. Diese Anrechnung auf die Bemessungsgrundlage setzt voraus, dass beide Vorgänge grunderwerbsteuerpflichtig waren und tatsächlich auch die Steuer festgesetzt wurde.<sup>45</sup> Ob die Steuer tatsächlich auch entrichtet, also bezahlt wurde, ist hingegen ohne Bedeutung.<sup>46</sup> Die Anwendung des § 1 Abs. 6 Satz 2 GrEStG setzt sowohl voraus, dass auf der

42 Erwerb per Auffassung.

43 Erwerb durch Anwachsung, weil B aus der OHG ausscheidet.

44 Siehe oberste Finanzbehörden der Länder vom 12.11.2018, BStBl. I 2018, S. 1334 unter 7.3.1.

45 *Pahlke*, GrEStG, § 1 Rdnr. 468; BFH, Urteil vom 31.8.1994, II R 108/91, BFH/NV 1995, 431; Wie *Pahlke* und h. M. auch *Boruttau/Messbacher-Hönsch*, GrEStG, § 1 Rdnr. 1278.

46 BFH ebendort.

Erwerberseite dieselbe Person beteiligt ist (Erwerberidentität)<sup>47</sup> als auch Grundstücksidentität.

Die Finanzverwaltung sagt nicht ausdrücklich, was mit der Aufhebung des Erlasses tatsächlich gemeint ist, die Anwendung des § 1 Abs. 6 Satz 2 GrEStG oder die Gewährung einer Billigkeitsmaßnahme. Deutlich wird die Intention der Finanzverwaltung meines Erachtens durch den Anwendungserlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 19.9.2018<sup>48</sup> zu § 1 Abs. 3a GrEStG. In Beispiel 10 des bezeichneten Erlasses macht die Finanzverwaltung klar, dass ein Grundstückserwerb durch eine GmbH nicht gleichzusetzen ist mit einem Grundstückserwerb von dessen Alleingesellschafter. Hier fehle es an der erforderlichen Erwerberidentität, sodass § 1 Abs. 6 GrEStG nicht anwendbar sei. Die Finanzverwaltung meint mit der Aufhebung des Erlasses damit lediglich, dass keinerlei Billigkeitsmaßnahmen mehr zu gewähren sind. Diese Aufhebung des Erlasses vom 26.11.1992 erfolgte im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder.<sup>49</sup>

## 2. Gleichlautende Ländererlasse vom 19.9.2018 zur Anwendung des § 1 Abs. 3 GrEStG und § 1 Abs. 3a GrEStG

Unter dem Datum des 19.9.2018 haben die Länderfinanzbehörden mehrere gleichlautende Erlasse zur Grunderwerbsteuer veröffentlicht, die hier zu behandelnden betreffen § 1 Abs. 3 und Abs. 3a GrEStG.<sup>50</sup> Im Zentrum der aktualisierten Ausführungen geht es um die Konsequenzen aus der BFH-Entscheidung vom 27.9.2017, II R 41/15 (RETT-Blocker).<sup>51</sup> Die Finanzverwaltung schließt sich nunmehr der Auffassung des BFH in seiner Entscheidung vom 27.9.2017, II R 41/15, BStBl. II 2018, S. 667 an. Dabei geht es um die Grunderwerbsteuerrechtliche Betrachtung von Personengesellschaften bei mittelbaren Anteilsveränderungen. Die gegenteilige Auffassung der Finanzverwaltung<sup>52</sup> wird daher aufgehoben und der entsprechende Nichtanwendungserlass beseitigt. Bei unmittelbaren Beteiligungen an grundbesitzenden Gesellschaften halten BFH und Finanzverwaltung an der unterschiedlichen Behandlung von Personen- und Kapitalgesellschaften fest.

Gestaltungshinweis: Die wichtigsten Auswirkungen der neu gefassten Erlasse bestehen vor allem darin, dass der Anwendungsbereich des § 1 Abs. 3a GrEStG bei zwischengeschalteten Personengesellschaften spürbar zugunsten des § 1 Abs. 3 GrEStG zurückgedrängt wurde. Wesentliche Auswirkungen in der Vertragsgestaltungspraxis bestehen ferner, wenn an einer zwischengeschalteten Personengesellschaft ein Gesellschafter zu mehr als 95 % beteiligt war und ein Kleingesellschafter mit beispielsweise nur 1 % oder 0 % eine Zurechnungssperre erreichen konnte. Dies ist zukünftig

47 BFH, Urteil vom 15.1.2003, II R 50/00, BStBl. II 2003, S. 320; Urteil vom 15.12.2010, II R 45/08, BStBl. II 2012, S. 292; *Pahlke*, GrEStG, § 1 Rdnr. 469.

48 BStBl. I 2018, S. 1078.

49 Siehe auch FinMin Sachsen-Anhalt vom 5.12.2018, 42 – S 4521 – 12.

50 Siehe *Fleischer/Keul*, StbG 2019, 104.

51 BStBl. II 2018, S. 667.

52 FinMin Nordrhein-Westfalen vom 9.12.2015, BStBl. I 2016, S. 477.

bei zwischengeschalteten Personengesellschaften nicht mehr möglich. Übergangsregelungen wurden nicht geschaffen, vielmehr sind die neu gefassten Ländererlasse auf alle noch offenen Fälle anzuwenden.

## 3. Die gleichlautenden Ländererlasse zu § 1 Abs. 2a GrEStG vom 12.11.2018, BStBl. I 2018, S. 1314 = DB 2018, 3091

Die gleichlautenden Ländererlasse zu § 1 Abs. 2a GrEStG vom 12.11.2018<sup>53</sup> treten an die Stelle der gleichlautenden Erlasse vom 18.2.2014.<sup>54</sup> In den neu gefassten gleichlautenden Erlassen zu § 1 Abs. 2a GrEStG geht es insbesondere um die Kommentierung der neu eingefügten § 1 Abs. 2a Sätze 2 bis 5 GrEStG zu mittelbaren Anteilsübertragungen, die mit Wirkung ab 6.11.2015 durch das Steueränderungsgesetz 2015 eingefügt wurden. Hinsichtlich der Neuerungen und Regelungen sind folgende Aspekte besonders hervorzuheben.<sup>55</sup>

### a) Mittelbarer Anteilseignerwechsel durch schuldrechtliche Abreden

Die Finanzverwaltung erkennt nunmehr die Rechtsprechung<sup>56</sup> zur entsprechenden Anwendung des § 39 AO im GrESt-Recht an und konkretisiert die Maßstäbe für den mittelbaren Anteilsübergang durch schuldrechtliche Bindungen wie folgt:<sup>57</sup>

„Dazu müssen folgende Kriterien erfüllt sein:

– Der mittelbar Beteiligte hat aufgrund eines Rechtsgeschäfts bereits eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann (zum Beispiel Herausgabeanspruch aufgrund einer Kaufoption oder eines Treuhandverhältnisses).

– Die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte (zum Beispiel Innehaben des Gewinnstammrechts, Befugnis zur Ausübung der Stimmrechte, Widerspruchs- und Kontrollrechte) sind auf den mittelbar Beteiligten übergegangen oder im Sinne des mittelbar Beteiligten auszuüben.

– Das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung (zum Beispiel Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, an einem etwaigen Auseinandersetzungsguthaben sowie dem Liquidationserlös) sind auf den mittelbar Beteiligten übergegangen.

Entscheidend ist das Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall. Bei dieser Gesamtbildbetrachtung kann eine vom Zivilrecht abweichende Zurechnung des Anteils auch anzunehmen sein, wenn die vorstehenden Kriterien unterschiedlich stark ausgeprägt sind.

53 BStBl. I 2018, S. 1314 = DB 2018, 3091.

54 BStBl. I 2014, S. 561 (a. F.); BStBl. I 2018, S. 1312 (n. F.).

55 Siehe *Fleischer/Keul*, StbG 2019, 104; *Broemmel/Lange*, DStR 2019, 185 ff.

56 BFH, Urteil vom 9.7.2014, II R 49/12, BStBl. II 2016, S. 57; Urteil vom 25.11.2015, II R 18/14, BStBl. II 2016, S. 783.

57 Erlass Tz. 5.1.2. Siehe dazu *Broemmel/Lange*, DStR 2019, 185, 187.

Die bloße Einräumung einer Vollmacht zur Ausübung der Rechte aus einem Gesellschaftsanteil sowie zur Veräußerung und Abtretung dieses Gesellschaftsanteils reicht demgegenüber für die Annahme einer mittelbaren Änderung des Gesellschafterbestandes nicht aus. Durch eine derartige Vollmacht sind die wesentlichen Rechte des Gesellschafters (zum Beispiel Stimmrechte und Gewinnstammrecht) nicht auf den Bevollmächtigten übergegangen.<sup>58</sup>

Wird zunächst das wirtschaftliche Eigentum an einer Personengesellschaft auf einen Dritten übertragen und dabei ein mittelbarere Anteilseignerwechsel ausgelöst, so stellt sich die Frage, ob die spätere unmittelbare Anteilsübertragung eine erneute Verwirklichung des § 1 Abs. 2a GrEStG auslöst.<sup>59</sup> Die Finanzverwaltung äußert sich hierzu nicht ausdrücklich. *Behrens*<sup>60</sup> legt hierzu jedoch überzeugend dar, dass ein solcher Vorgang selbstverständlich nur einmal besteuert werden darf und zwar unabhängig von der Anwendbarkeit des § 1 Abs. 6 GrEStG.

#### b) Mittelbare Anteilsänderung über Kapitalgesellschaften

Die Finanzverwaltung vertritt nunmehr in den neuen Erlassen vom 12.11.2018 die Auffassung, dass für mittelbare Veränderungen im Gesellschafterbestand an einer Kapitalgesellschaft, die an einer Personengesellschaft beteiligt ist, keine Fünf-Jahres-Frist gelte.<sup>61</sup> Während im Übrigen Gesellschafterwechsel und mittelbare Gesellschafterwechsel eigentlich nur innerhalb eines Fünf-Jahres-Zeitraums berücksichtigt werden, soll für die Frage des Übergangs von mindestens 95 % der Anteile auf neue Gesellschafter beim mittelbaren Gesellschafterwechsel an einer Kapitalgesellschaft im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 4 und 5 GrEStG die Fünf-Jahres-Frist keine Anwendung finden.<sup>62</sup> In den vorangehenden Erlassen war hierzu keinerlei Aussage getroffen, waren jedoch sämtliche Aussagen zu mittelbaren Gesellschafterveränderungen so gewählt, dass auch bei der an der Personengesellschaft beteiligten Kapitalgesellschaft der Gesellschafterwechsel von 95 % innerhalb der Fünf-Jahres-Frist erfolgte. Eine Begründung für die neue Auffassung der Finanzverwaltung fehlt. Die Finanzverwaltung trifft auch keinerlei Übergangsregelung dahin gehend, ob für Altfälle, bei denen beispielsweise 94 % der Kapitalgesellschaftsanteile vor sechs Jahren auf dritte Personen übergegangen sind, nunmehr bei einem Gesellschafterwechsel von 6 % auch für entsprechende Altfälle eine Zusammenrechnung erfolgt. Zutreffend fordert *Behrens* hier eine Übergangsregelung ein, die jedoch von der Finanzverwaltung bisher nicht getroffen wurde.<sup>63</sup>

#### c) Alt- und Neugesellschafter

Verschärfungen nimmt die Finanzverwaltung hinsichtlich der Frage vor, wann es sich um einen Altgesellschafter und um einen Neugesellschafter handelt.<sup>64</sup> Diesbezüglich stellt die Finanzverwaltung nunmehr<sup>65</sup> auf den jeweiligen Beteiligungsstrang und auf die jeweilige Beteiligungsebene ab. So soll der seit mehr als fünf Jahren mittelbar über eine Kapitalgesellschaft an der Personengesellschaft Beteiligte ein Neugesellschafter sein, wenn er von der Kapitalgesellschaft die Anteile an der Personengesellschaft erwirbt und damit zum unmittelbaren Gesellschafter wird. Sogar Rechtsträger, die bereits seit mehr als fünf Jahren unmittelbar an der grundbesitzenden Personengesellschaft beteiligt sind, sollen danach im Falle des erstmaligen Erwerbs eines Anteils an einer an der grundbesitzenden Personengesellschaft beteiligten Kapitalgesellschaft auf höherer Beteiligungsebene in Bezug auf die betreffende zwischengeschaltete Kapitalgesellschaft als Neugesellschafter der betreffenden Kapitalgesellschaft anzusehen sein.<sup>66</sup> Dies verdeutlicht folgendes Beispiel nach *Behrens*:<sup>67</sup>

An einer grundbesitzenden GmbH & Co. KG ist die C-GmbH zu 90 % und X zu 10 % beteiligt. Alle Anteile an der C-GmbH werden von C gehalten. Im Jahr 02 überträgt C 50 % seiner Anteile an der C-GmbH auf X. Im Jahr 03 überträgt C weitere 40 % auf Y. Im Jahr 04 überträgt C weitere 5 % auf X. Überträgt nunmehr X die Hälfte seines unmittelbar an der KG bestehenden Anteils auf den bisher nicht beteiligten A, so wird hierdurch nach Auffassung der Finanzverwaltung § 1 Abs. 2a GrEStG ausgelöst. Denn C habe 95 % der Anteile an der C-GmbH an neue Gesellschafter übertragen und dadurch ausgelöst, dass die C-GmbH insgesamt mit den vollen 90 % Beteiligungsquote als Neugesellschafter gilt. Durch den weiteren Übertragungsvorgang von X an A werden 95 % der Anteile an der GmbH & Co. KG mittelbar bzw. unmittelbar auf neue Gesellschafter übertragen. Dass gleichzeitig X bereits seit längerem 10 % an der GmbH & Co. KG unmittelbar hält und damit eigentlich kein Neugesellschafter ist, ändert nichts daran, dass er auf der Ebene der Anteilsübertragung der C-GmbH als Neugesellschafter gilt.<sup>68</sup>

#### d) Formwechsel im Rahmen des § 1 Abs. 2a GrEStG

In Tz. 5.2.5 stellt die Finanzverwaltung zutreffend fest, dass ein identitätswahrender Formwechsel einer grundbesitzenden Personengesellschaft nicht steuerbar ist. Dies dürfte auch dann gelten, wenn eine grundbesitzende Personen- in eine Kapitalgesellschaft formgewechselt wird und dadurch die steuerliche Betrachtung von der Pro-Kopf-Betrachtung in die Quotenbetrachtung von Personen- zur Kapitalgesellschaft

58 BFH, Urteil vom 30.8.2017, II R 39/15, BStBl. II 2017, S. 786.

59 Siehe auch *Broemel/Lange*, DStR 2019, 185, 187 f.

60 BB 2019, 30, 33.

61 Dort unter 5.2.3.1. Siehe dazu auch *Broemel/Lange*, DStR 2019, 185, 189 f.

62 Siehe kritisch hierzu *Behrens*, BB 2019, 30, 31; Erlasse vom 12.11.2018, Tz. 5.2.3.1 und Tz. 6, Tz. 5.3.3, Tz. 5.3.5 und Tz. 6.4.

63 *Behrens*, BB 2019, 30, 31.

64 Siehe zu den Wechseln und Übertragungen von unmittelbarem zu mittelbarem Anteilseigner und umgekehrt, *Broemel/Lange*, DStR 2019, 185, 186 f.

65 Erlasse vom 12.11.2018, Tz. 5.2.1 ff., insbesondere Tz. 5.2.3.2; siehe *Behrens*, BB 2019, 30, 33 f.

66 Siehe *Behrens*, BB 2019, 30, 34.

67 *Behrens*, BB 2019, 30, 34. Siehe zu der Problematik auch *Broemel/Lange*, DStR 2019, 185, 189 f.

68 Siehe 5.2.3.2 des Erlasses; kritisch hierzu *Behrens*, BB 2019, 30, 34.

wechselt.<sup>69</sup> Dies soll auch für § 1 Abs. 3 und § 1 Abs. 3a GrEStG gelten.<sup>70</sup>

Beispiel: Sind A und B an einer Personengesellschaft zu 96 % und 4 % beteiligt, so liegt keine Anteilsvereinigung nach § 1 Abs. 3 GrEStG vor; ab dem Formwechsel würde zwar eigentlich eine Anteilsvereinigung bei einer Kapitalgesellschaft vorliegen. Gleichwohl soll der Formwechsel nicht zu einer solchen Steuerpflicht führen.<sup>71</sup>

Auch der homogene Formwechsel einer an der grundbesitzenden Personengesellschaft beteiligten Gesellschaft führt nicht zu einer Grunderwerbsteuerrechtlichen Veränderung. Die Gesellschaft behält in ihrer formgewechselten Form weiterhin ihre Eigenschaft als Alt- bzw. Neugesellschafter. Gleiches gilt bei einer Personengesellschaft für die an dieser Gesellschaft beteiligten Gesellschafter.<sup>72</sup>

Anders soll dies hingegen sein, wenn es sich um einen heterogenen Formwechsel der an einer grundbesitzenden Personengesellschaft beteiligten Gesellschaft handelt. Ist beispielsweise eine Kapitalgesellschaft seit mehr als fünf Jahren an einer grundstückshaltenden Personengesellschaft beteiligt, so bleibt diese Kapitalgesellschaft auch nach dem heterogenen Formwechsel in eine Personengesellschaft eine Altgesellschafterin. Die Gesellschafter der bisherigen Kapitalgesellschaft sollen jedoch zu Neugesellschaftern werden, obwohl durch den Formwechsel keine Anteile auf sie übergehen.<sup>73</sup>

Handelt es sich hingegen um den umgekehrten Fall eines heterogenen Formwechsels einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft, die an einer grundbesitzenden Personengesellschaft beteiligt sind, behält zwar die neue Kapitalgesellschaft ihre Eigenschaft als Neu- bzw. Altgesellschafterin. Während die über die Personengesellschaft an der grundbesitzenden Personengesellschaft beteiligten Gesellschafter jedoch bisher als Alt- bzw. Neugesellschafter galten, verlieren sie diese Eigenschaft. Die nur mittelbar beteiligten Gesellschafter sind zukünftig nur noch Altgesellschafter in Bezug auf die durch den Formwechsel entstandene Kapitalgesellschaft, weil sie gesellschaftsrechtlich nur an dieser beteiligt sind. Sie gelten jedoch nicht mehr als Altgesellschafter der grundbesitzenden Personengesellschaft.<sup>74</sup>

#### 4. Erlasse zur Anwendung des § 1 Abs. 3 i. V. m. Abs. 4 GrEStG auf Organschaftsfälle vom 19.9.2018, BStBl. I 2018, S. 1056

Schließlich hat die Finanzverwaltung auch einen neuen Erlass vom 19.9.2018 zur Behandlung von Organschaftsfällen nach § 1 Abs. 4 GrEStG veröffentlicht. Dabei handelt es sich um einen Spezialtatbestand zu § 1 Abs. 3 GrEStG, mit dem ein besonderer Fall der mittelbaren Anteilsvereinigung geregelt

wird. Dadurch wird der bisherige Ländererlass vom 21.3.2007, BStBl. I 2007, S. 442 neu veröffentlicht. Auch hier werden vor allem die Konsequenzen aus der geänderten Beurteilung der Personengesellschaft bei zwischengeschalteten Personengesellschaftsbeteiligungen gezogen. Das bisherige Beispiel Nr. 7 des Alterlasses wird gestrichen, weil bei zwischengeschalteten Personengesellschaften wiederum nicht das Pro-Kopf-Prinzip gilt, sondern auf die kapitalmäßige Beteiligung an der Personengesellschaft abgestellt wird, Personen- und Kapitalgesellschaft also gleichbehandelt werden sollen.

Auf folgende Fälle und Grundlagen ist besonders hinzuweisen:

Die Vereinigung von mindestens 95 % der Anteile einer Gesellschaft mit inländischem Grundbesitz in der Hand von herrschenden und abhängigen Unternehmen bzw. nur von abhängigen Unternehmen ist ein besonders geregelter Fall der mittelbaren Anteilsvereinigung.<sup>75</sup> Das Abhängigkeitsverhältnis ersetzt dabei die sonst für die mittelbare Anteilsvereinigung in einer einzigen Hand erforderliche direkte oder indirekte mindestens 95 %-ige Beteiligung des Erwerbers an zwischengeschalteten Gesellschaften.<sup>76</sup>

Die Unternehmen eines Organkreises bleiben Grunderwerbsteuerrechtlich selbstständige Rechtsträger.

Achtung: Grundstücksübertragungen zwischen Unternehmen des Organkreises unterliegen daher uneingeschränkt der Grunderwerbsteuer.

Bedeutung erlangt die Organschaft im Rahmen des § 1 Abs. 3 GrEStG, weil mit dem Bestehen eines Organschaftsverhältnisses regelmäßig die finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung von Unternehmen im Sinne des § 1 Abs. 4 Nr. 2 lit. b GrEStG verbunden ist. In derartigen Fällen werden das herrschende Unternehmen (Organträger) und das oder die abhängigen Unternehmen (Organgesellschaften), die einen Organkreis bilden, als „eine“ Hand im Sinne des § 1 Abs. 3 GrEStG behandelt. Das Organschaftsverhältnis modifiziert lediglich das Kriterium der „einen Hand“. Der Organkreis ist jedoch nicht als Einheit selbst Grunderwerbsteuerlicher Rechtsträger.

Ob eine finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung vorliegt, ist entsprechend den Grundsätzen aus § 2 Abs. 2 UStG zu beurteilen.

Die bloße Begründung eines Organschaftsverhältnisses oder dessen Änderung, zum Beispiel eine Erweiterung des Organkreises, löst keinen Rechtsträgerwechsel an Grundstücken und damit keine Steuerpflicht gemäß § 1 Abs. 3 GrEStG aus, wenn nicht zugleich ein auf den Erwerb von Anteilen gerichtetes Rechtsgeschäft (zum Beispiel Anteilsübertragung) oder der Übergang von Anteilen (zum Beispiel Verschmelzung) damit verknüpft ist. Von einer solchen Verknüpfung ist auch dann auszugehen, wenn zwischen dem Anteilserwerb bzw. -übergang und der Begründung des Organschaftsverhältnisses ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang im Sinne eines vorgefassten Plans vorliegt. Ob der Anteilserwerb bzw. -übergang und die Begründung eines Organschaftsverhältnisses

69 Siehe zur Problematik auch *Broemel/Lange*, DStR 2019, 185, 190 f.

70 *Behrens*, BB 2019, 30, 34.

71 Ebenso *Broemel/Lange*, DStR 2019, 185, 190.

72 Zustimmung *Broemel/Lange*, DStR 2019, 185, 190 f.

73 Erlasse vom 12.11.2018, Tz. 5.2.5.2 Abs. 3; siehe auch *Behrens*, BB 2019, 30, 35.

74 Siehe auch *Broemel/Lange*, DStR 2019, 185, 191.

75 BFH, Urteil vom 16.1.1980, II R 52/76, BStBl. II 1980, S. 360.

76 BFH, Urteil vom 8.8.2001, II R 66/98, BStBl. II 2002, S. 156.

aufgrund eines vorgefassten Plans erfolgen, kann nur nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden.

#### **IV. Zusammenfassung**

Sowohl Rechtsprechung als auch Finanzverwaltung haben im Berichtszeitraum erheblich zu der Weiterentwicklung des Rechts beigetragen. Zahlreiche Entscheidungen und Erlasse sind bei der steuerlichen Beurteilung von Sachverhalten der notariellen Beurkundung zu beachten. Hervorzuheben sind insbesondere die geänderte Beurteilung von Kaufrechtsvermächtnissen über Grundstücke, Geschwisterzuwendungen, Treuhandgeschäfte, die steuerlich maßgebliche Rückabwicklung von Geschäften sowie die Beurteilung von Anteilsübertragungen.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Michael Hoffmann-Becking/Alexander Gebele:**

### Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht

13. Aufl., C. H. Beck, 2019. 2833 S., 139 €

Von Notar Dr. **Benedikt Selbherr**, Weilheim i. OB

Drei Jahre nach der Voraufgabe und vierzig Jahre nach der Erstaufgabe erscheint dieser Klassiker unter den zivilrechtlichen Formularbüchern in nunmehr 13. Auflage. Das Konzept des Formularbuchs, das sich auf dem Rechtsstand 1.9.2018 befindet, ist unverändert. Eingearbeitet wurden zahlreiche für die notarielle Praxis bedeutende Gesetzesänderungen, so unter anderem die Aktienrechtsnovelle 2016, die Reform des Bauvertragsrechts, die Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe, die Verschärfung des GwG sowie die EuGüVo. Alle Formulare (ohne Anmerkungen) stellt der Verlag dem Erwerber kostenfrei zum Download zur Verfügung.

Das Formularbuch besticht nach wie vor durch seine bemerkenswerte Bandbreite bei der nach wie vor durchgehaltenen Beschränkung auf einen Band. Es werden alle notarrelevanten Kerngebiete des materiellen Rechts mit sachgerechter Schwerpunktsetzung behandelt. Das Werk ist zwar nicht so notarspezifisch ausgerichtet wie der (ebenfalls einbändige) *Kersten/Bühling*. Dafür aber finden sich für den Notar nützliche Hilfen für Beratungen, die über die notartypische Tätigkeit hinausgehen, oder auch Formulierungshilfen, die in notarspezifischen

Formularbüchern häufig ausgespart werden. Beispielhaft genannt seien hier Formulare zum Schuldrecht, Allgemeiner Teil, unter anderem mit einer Vertraulichkeitsvereinbarung (II. 6.), einem Erlassvertrag mit Besserungsschein (II. 13.), einem Vergleich mit Rücktrittsvorbehalt (II. 15.) oder mit vertraglichen Schlussbestimmungen (II. 24.). Das Formularbuch bietet auch Hilfen für den Notar in seiner Rolle als Unternehmer und Arbeitgeber, zum Beispiel durch den mietvertraglichen Teil oder die arbeitsrechtlichen Formulare samt Anmerkungen (III. E.).

Positiv hervorzuheben ist, dass viele Formulare zweisprachig auf Deutsch und Englisch angeboten werden (so zum Beispiel, aber nicht nur, ein Großteil der Vollmachtsformulare, der gesamte Teil zum Unternehmenskauf, III. A., ein Kaufvertrag über ein vermietetes Mehrfamilienhaus, II. B. 5.), und – last not least – das im Gegensatz zu manchem Konkurrenzwerk nach wie vor ansprechende Preis-Leistungs-Verhältnis. Auch die Neuauflage ist daher für die Bibliothek des Notars uneingeschränkt zu empfehlen.

**Alexander Krafka:**

### Registerrecht

11. Aufl., C. H. Beck, 2019. 993 S., 109 €

Von Notar Dr. **Johannes Hecht**, Hengersberg

Es gehört wohl zu den eher seltenen Momenten im Leben eines Juristen, dass ihm das Entfernen der Folie von einem druckfrischen Fachbuch ein Lächeln auf die Lippen zaubert. Mir wurde dieser Glücksmoment zuteil, als mir beim Auspacken des hier rezensierten Werks „Registerrecht“ die Bauchbinde mit dem Aufdruck „Pflichtlektüre zum Registerrecht (...) außergewöhnlich hohe Qualität“ in die Hände fiel – ein Auszug aus meiner Rezension in der MittBayNot 2018, 323 zur Voraufgabe. Umso mehr freut es mich, die aktuelle Neuauflage besprechen zu dürfen, wobei ich mich zur Vermeidung von

Redundanzen auf die Beantwortung der Frage fokussieren möchte: Was ist in der 11. Auflage anders, aktueller und (hoffentlich) noch ansprechender geworden?

Anders ist bereits der Buchumschlag, der nun alleine den Namen des verbliebenen Verfassers *Krafka* trägt, nachdem der bisherige Co-Autor *Kühn* infolge seines Wechsels vom Registergericht München zum AG Starnberg als dessen Direktor Abschied vom „Registerrecht“ nahm. Gleichwohl konnte – mit Unterstützung der im Vorwort genannten Mitarbeiterinnen und

Mitarbeiter des AG München – die bereits für die Voraufgabe charakteristische doppelte Beleuchtung registerrechtlicher Frage- und Problemstellungen sowohl aus Sicht des Notars als auch aus der Perspektive des Registergerichts in der 11. Auflage aufrechterhalten, ja sogar weiter vertieft werden. Deutlich wird dies zum Beispiel an den Ausführungen zur Zwischenverfügung, die im Vergleich zur Voraufgabe um zwei Randnummern erweitert wurden und insgesamt erheblich an Differenziertheit und Präzision gewonnen haben, etwa im Hinblick auf die Erörterung der Möglichkeit, durch Zwischenverfügung eine inhaltliche Abänderung oder ergänzte Formulierung der gestellten Eintragungsanträge zu bewirken.<sup>1</sup>

Die konstruktive Zusammenarbeit *Krafkas* mit den Praktikerinnen und Praktikern des Registergerichts München zeigt sich zudem in wertvollen Verbesserungen der Voraufgabe im Detail: Ausweislich des Vorworts ist die überzeugende<sup>2</sup> Korrektur der streitigen Ansicht zur Eintragung inländischer Zweigniederlassungen ausländischer Genossenschaften dahin gehend, dass diese im Genossenschaftsregister (Rdnr. 314, 1893) und nicht im Handelsregister zu erfassen seien, dem Hinweis einer Rechtspflegerin geschuldet. Der positive Einfluss der registergerichtlichen Praxis auf die Neuauflage des Registerrechts findet schließlich in der Aufnahme neuer Muster zum Zwangsgeld- und Ordnungsgeldverfahren – etwa von Beispielen für eine Ordnungsgeldfestsetzung im Firmenmissbrauchsverfahren nach § 37 HGB, § 392 FamFG (Rdnr. 2397a) oder für einen Auftrag zur Vollstreckung festgesetzten Zwangs- oder Ordnungsgeldes (Rdnr. 2416a) – seinen Niederschlag.

Freilich trägt auch die originäre schriftstellerische Tätigkeit *Krafkas* zur weiteren Verbesserung der Pflichtlektüre zum Registerrecht bei. In seinem Aufsatz in NZG 2019, 81 wird mit aller wünschenswerten Klarheit und Vollständigkeit dargestellt, welche Vorgaben des Gesetzgebers und der Rechtsprechung der Praktiker im Zusammenhang mit der Anmeldung der Eintragung von Gesellschaftsvertrags- und Satzungsänderungen im Register beachten muss. Diese Erkenntnisse finden sich in der 11. Auflage des Registerrechts etwa in Rdnr. 853a, in der auf das (leicht zu übersehende) Erfordernis hingewiesen wird, bei der Anmeldung von Satzungsänderungen einer juristischen Person im Sinne des § 33 HGB stets *alle* geänderten Regelungen schlagwortartig samt Angabe der Nummer der geänderten Bestimmung der Satzung zu bezeichnen, während bei Kapitalgesellschaften (GmbH, AG, KGaA, SE, WVaG) nur solche modifizierte Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags allgemein zu benennen sind, die zu einer Änderung an *anderer* Stelle im Register führen, also zum Beispiel bei der Firma, dem Sitz oder dem Unternehmensgegenstand (Rdnr. 1019, 1372, 1810). Für die Praxis bedeutsam ist zudem der in Rdnr. 853a, 1019a neu aufgenommene Hinweis auf eine Besonderheit für die Modifikation der organschaftlichen Vertretungsbefugnis: diese ist in der Anmeldung möglichst *wortgetreu* wiederzugeben; ein lediglich schlagwortartiger Hinweis auf eine solche Änderung genügt insoweit nicht.

Der von *Krafka* geleistete Aktualisierungsaufwand beschränkt sich indes nicht nur auf die registerrechtliche „Pflicht“, sondern erstreckt sich auf die „Kür“. In meiner Rezension zur Voraufgabe habe ich die beeindruckende Darstellung der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften hervorgehoben.<sup>3</sup> Die aktuelle Auflage wurde an dieser Stelle um eine neue Rdnr. 1188a erweitert, welche die gesetzgeberischen Ergänzungen des Umwandlungsrechts im Hinblick auf den drohenden „Brexit“ aufzeigt. Die anschließenden Ausführungen zum grenzüberschreitenden Formwechsel (Rdnr. 1211a ff.) wurden durch eine sorgfältige Aktualisierung und Erweiterung der Fundstellen in den Fußnoten weiter aufgewertet.

Freilich erstreckt sich die sorgfältige Anpassung des „Registerrechts“ an die aktuelle Rechtslage auf das gesamte Werk, das sich nunmehr auf dem Stand des 31.1.2019 befindet. Für die notarielle Praxis von besonderer Bedeutung ist die Neufassung des § 40 Abs. 1 GmbHG durch das Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie sowie der Erlass der Gesellschafterlistenverordnung, deren Auswirkungen – insbesondere die Einführung einer „Veränderungsspalte“, die „Numerierungskontinuität“ sowie die Pflicht zur Angabe der prozentualen Beteiligung am Stammkapital – in den Rdnr. 1101 ff. umfassend und praxisrelevant erörtert und durch das Muster einer einzureichenden Gesellschafterliste abgerundet werden. Wünschenswert wäre indes eine ergänzende Auseinandersetzung mit der bisweilen laut gewordenen Forderung nach dem Versand einer Vollzugsmittelteilung über die Aufnahme einer Gesellschafterliste im Handelsregister.<sup>4</sup> Ebenso der Berücksichtigung in der nächsten Auflage vorbehalten ist der für die notarielle Praxis interessante Beschluss des OLG Düsseldorf vom 18.3.2019,<sup>5</sup> wonach der Notar bei der Einreichung mehrerer Gesellschafterlisten – etwa im Zuge einer Kettenabtretung – eine verbindliche Aufnahmereihenfolge festlegen könne.

Die Liebe des Verfassers zum Detail zeigt sich wiederum in der Aktualisierung der Ausführungen zu den Umwandlungsvorgängen unter Beteiligung eingetragener Genossenschaften: Hier findet sich ein Verweis auf den durch das Gesetz zum Bürokratieabbau und zur Förderung der Transparenz bei Genossenschaften neu eingefügten Abs. 3 in § 82 UmwG, wonach die im Vorfeld einer Verschmelzung eingetragener Genossenschaften den Mitgliedern zur Verfügung zu stellenden Unterlagen nicht mehr zwingend in den Geschäftsräumen aller beteiligten Genossenschaften auszuliegen haben, sondern alternativ über die Internetseite der Gesellschaft zugänglich gemacht werden können. Es versteht sich gleichsam von selbst, dass *Krafka* in der Neuauflage seines Registerrechts auch weniger prominente Gesetzesänderungen wie die Einführung des § 10a HGB zum europäischen Datenschutzrecht im Blick hat (Rdnr. 74a). Gelungen sind darüber hinaus die Ausführungen zur Streitfrage, ob die mit Einführung des 51. Strafrechtsänderungsgesetzes neu geschaffenen Straftatbestände zur Manipulation von Sportwettbewerben in die Geschäftsführerversicherung nach § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG eingeschlossen werden müssen (Rdnr. 954).

1 Rdnr. 166a; lesenswert ist insoweit auch *Krafkas* „Zwischenruf zur Zwischenverfügung in Registersachen“ in NZG 2019, 9.

2 Vgl. BeckOK-HGB/*Müther*, Stand: 15.7.2019, § 13d Rdnr. 8.

3 MittBayNot 2018, 323.

4 Hierfür *Graf Wolffskeel v. Reichenberg/Danninger*, NZG 2019, 1001, 1004.

5 I-3 Wx 53/18, NZG 2019, 821.

Abgerundet wird die konsequente Ausrichtung der Neuauflage des Registerrechts auf Aktualität und Vollständigkeit durch die Ausführungen zu der im Juni 2017 in Kraft getretenen Vorschrift des § 378 Abs. 3 FamFG, welche die dem Verfasser schon von Berufs wegen bestens vertraute Pflicht zur

Vorabprüfung von Registeranmeldungen durch einen *deutschen* Notar statuiert (Rdnr. 137). Mein Fazit zur Voraufgabe gilt für die umfassend aktualisierte und verbesserte 11. Auflage erst recht: Kaufen!

**Gerrit Langenfeld/Lutz Milzer:**

## Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen

8. Aufl., C. H. Beck, 2019. 408 Seiten, 69 €

Von Notarassessor Dr. **Tobias Starnecker**, Hof

Nach vier Jahren liegt die mittlerweile achte Auflage des Klassikers zum Ehevertragsrecht vor. Das Werk gliedert sich in acht Teile und umfasst insgesamt 408 Seiten. Damit wurde die Struktur des Handbuchs auch bei der Neuauflage in bewährter Form fortgeführt. Beginnend mit der Darstellung der Grundlagen im ersten Teil, die einen guten Überblick über Ehevertragsfreiheit, Form sowie Verfahrensfragen, richterliche Inhalts- und Ausübungskontrolle sowie sonstige familienrechtliche Themen bieten, geht das Werk in den Teilen zwei bis sechs zu Vereinbarungen zum Güterrecht, Unterhaltsrecht, Versorgungsausgleich, vermögensbezogenen und schließlich Kindesbezogenen Vereinbarungen über. Im siebten und achten Teil schließt das Handbuch schließlich mit Fallgruppen und Typen von Eheverträgen sowie Scheidungsvereinbarungen ab. Durch die Bildung von Fallgruppen und Ehetypen wird die praktische Arbeit mit dem Buch wesentlich erleichtert und das Ehevertragsrecht einer sinnvollen Typisierung unterworfen. Weiter unterstützt das vorangestellte Formulierungsverzeichnis das Auffinden der zahlreich vorhandenen Mustertexte und fördert infolgedessen die Verwendung des Werks in der täglichen Beratungspraxis.

Die nicht ganz unwesentliche Zunahme des Umfangs im Gegensatz zur Voraufgabe – die siebte Auflage umfasste 377 Seiten – resultiert zum einen aus der steten Fortentwicklung der Rechtsprechung, etwa zum Wechselmodell<sup>1</sup> sowie zur erbrechtlichen Qualifizierung des § 1371 BGB,<sup>2</sup> und der Einführung neuer für das Familienrecht bedeutsamer Gesetzeswerke, allen voran die Europäischen Güterrechtsverordnungen für Ehen und Partnerschaften ab dem 29.1.2019. Zum anderen hat auch die Implementierung neuer Muster, etwa Eheverträge international mobiler oder streng katholischer Ehepartner, zur Erweiterung des Umfangs beigetragen.

Die fortschreitende Digitalisierung ist auch für die praktische Handhabung des Werks von Vorteil, da die Muster nunmehr

durch Eingabe eines Codes online abrufbar sind; die Voraufgabe dagegen hatte noch eine CD-ROM mit den Mustern enthalten. Kritisch anzumerken ist allerdings, dass eine Aufnahme in das Notarmodul „Notarrecht PLUS“ unter beck-online auch für die Neuauflage nicht erfolgt ist.<sup>3</sup>

Zu den Neuerungen in der achten Auflage zählen allen voran die Ausführungen zu Eheverträgen international mobiler Ehepaare. Der zunehmende gesellschaftliche Wandel gepaart mit der fortschreitenden Globalisierung macht diesen Ehetypus zu einer immer wichtiger werdenden Materie der Rechtsberatung und -gestaltung. Die seit 2014 ergangenen Entscheidungen des BGH zum Wechselmodell<sup>4</sup> wurden von *Milzer* in der Neuauflage eingearbeitet und abschließend ein Formulierungsvorschlag zum Wechselmodell mit „Kinderkonto“ angefügt. Die Einrichtung eines derartigen Kinderkontos<sup>5</sup> kann vor dem Hintergrund der beiderseits bestehenden Barunterhaltspflicht, wie vom BGH in der Entscheidung vom 11.1.2017<sup>6</sup> festgestellt, zu einer sinnvollen Bewältigung dieses Themenfelds beitragen. Allerdings dürfte dies freilich unter der Prämisse stehen, dass die Eltern in ausreichender Weise über liquide Mittel verfügen und einer derart einvernehmlichen Regelung abgeschlossen gegenüberstehen. *Milzer* hat unverzichtbare Leitlinien zur Art und Weise der Nutzung des Kinderkontos im Muster definiert, die natürlich im ganz konkreten Einzelfall noch präzisiert werden können.

Ferner findet sich in der Neuauflage ein Muster zur Scheidungsfolgenvereinbarung mit Immobilienübertragung; dieses trägt den Bedürfnissen der Praxis Rechnung, nachdem derartige Vermögensauseinandersetzungen im Rahmen der anvisierten Scheidung in der Praxis häufig gewünscht sind. Auch wurden die Ausführungen und Muster zum Trennungsunter-

1 BGH, Beschluss vom 1.2.2017, XII B ZB 601/15, BGHZ 214, 31.

2 EuGH, Urteil vom 1.3.2018, C-558/16, DNotZ 2018, 785.

3 Bereits zur Voraufgabe: *Menzel*, MittBayNot 2015, 388.

4 BGH, Beschluss vom 5.11.2014, XII ZB 599/13, DNotZ 2015, 141; Beschluss vom 1.2.2017, XII B ZB 601/15, BGHZ 214, 31; Beschluss vom 11.1.2017, XII ZB 565/15, BGHZ 213, 254.

5 *Spangenberg*, FamRZ 2016, 1426, 1427.

6 XII ZB 565/15, BGHZ 213, 254.

halt an die Rechtsprechung der letzten Jahre<sup>7</sup> angepasst. Zu Recht weist *Milzer* an dieser Stelle auf die rechtlichen Unsicherheiten bzw. Unwägbarkeiten bei Vereinbarungen betreffend den Trennungsunterhalt hin und schlägt eine konkret auf den Trennungsunterhalt abgestimmte salvatorische Klausel vor. Als Alleinstellungsmerkmal enthält das Werk außerdem Ausführungen zu einer Scheidungsfolgenvereinbarung zwischen katholischen Ehegatten mit Blick auf die kirchenrechtlichen Auswirkungen einer Scheidung, wengleich eine solche in der heutigen Zeit kaum noch Bedeutung aufweisen wird.<sup>8</sup>

Kritik am Standardwerk zum Ehevertragsrecht lässt sich nur in geringem Umfang äußern. So werden zwar die neuen internationalen Regelungen der EU-Güterrechtsverordnungen in der gebotenen Ausführlichkeit eines umfassenden Standardwerks

7 Statt vieler: BGH, Beschluss vom 30.9.2015, XII ZB 1/15, DNotZ 2016, 59.

8 *Grziwotz*, DNotZ 2019, 557.

dargestellt; es fehlen allerdings dringend notwendige Musterformulierungen für diesen immer stärker an Bedeutung gewinnenden Rechtsbereich.<sup>9</sup> Die entsprechenden Formulierungen vermisst man auch im Rahmen des oben bereits angeführten Musters für international mobile Ehepaare, was dessen praktische Einsetzbarkeit reduziert.

Als Fazit kann festgehalten werden, dass das Handbuch Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen auch in der achten Auflage zum Standardrepertoire jeder gut geführten Bibliothek eines Notars, familienrechtlich befassen Rechtsanwalts und Richters gehören sollte. Das Werk zeichnet sich durch eine gelungene Kombination von theoretischen Grundlagen, eigenen Ansätzen und Formulierungsvorschlägen für die einzelnen Regelungsmaterien aus und eignet sich dadurch für eine Vielzahl von Rechtsanwendern in der täglichen Arbeit.

9 *Grziwotz*, DNotZ 2019, 557.

## Dr. Gabriele Müller-Engels:

### beck-online. GROSSKOMMENTAR Beurkundungsgesetz

C. H. Beck, 2019. 809 S., 179 €

Von Notar Dr. **Ingmar Wolf**, Eichstätt

Ein neuer Großkommentar in Buchform für das BeurkG? Wo doch im Bücherregal eines jeden Notars oder in den von ihm benutzten Datenbanken vermutlich (jedenfalls wenn mehrbändige Großkommentare zum BGB mit einbezogen werden) mehrere eingeführte Kommentare bzw. Kommentierungen zu dieser Materie zu finden sind? Eine gewisse (anfängliche) Skepsis in Bezug auf den nun erstmalig in gedruckter Form erschienenen und im Rahmen der beck-online-Datenbank bereits seit einiger Zeit online verfügbaren Großkommentar zum BeurkG soll mit dieser Frage durchklingen. Zumal in derselben Datenbank mit dem BeckOK-BeurkG online noch ein weiterer, wengleich in der Regel kürzerer Kommentar vorhanden ist. Große Worte auch im Vorwort der Herausgeberin, wonach der beck-online. GROSSKOMMENTAR (und somit auch derjenige zum BeurkG) den Anspruch habe, *der* Leitkommentar des 21. Jahrhunderts für das BGB und seine Nebengesetze zu sein. Wahrhaft große Worte. Aber – und das sei vorweggenommen – der Kommentar ist uneingeschränkt eine Anschaffung wert!

Zur optischen Gestaltung: Hervorzuheben ist die bei der Arbeit mit dem Kommentar ins Auge fallende Dreigliederung in eine vorangestellte kurze Überblicksebene, die eigentliche und stets ausführliche Kommentierung sowie eine Detailebene, insbesondere für weiterführende Anmerkungen sowie für Formulierungsvorschläge. Die Detailebene ist in der online-Fassung durch Mausclick aufblätterbar. In der gedruckten Version er-

folgt eine optische Abgrenzung durch ein anderes und kleineres Schriftbild, außerdem weist die entsprechende Randnummer eine Abschnittsnummer (beispielsweise Rdnr. 76.1) auf. Hier muss eine gedruckte Version eben mit den Mitteln eines Druckbildes auskommen. Der Verbesserung der Lesbarkeit dient auch die Verlagerung sämtlicher Rechtsprechungs- und Literaturfundstellen (wie bei der online-Version) in Fußnoten. Immerhin schafft es beispielsweise die Kommentierung zu § 17 BeurkG auf 532 Fußnoten auf 72 Druckseiten (was auch den wissenschaftlichen Anspruch des Kommentars unterstreicht).

Inhaltlich ist der Kommentar auf aktuellem Stand der Gesetzgebung und Rechtsprechung und beinhaltet auch erste Ausführungen zu den größtenteils erst zum 1.1.2022 in Kraft tretenden Änderungen aufgrund des Gesetzes zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des Elektronischen Urkundenarchivs bei der Bundesnotarkammer sowie zur Änderung weiterer Gesetze. So ist beispielsweise in der Kommentierung von *Regler* zur Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG auch das Urteil des BGH vom 23.8.2018, III ZR 506/16 genannt, mit welchem der BGH seine Rechtsprechung zu einem ggf. in ausreichendem Maße anderweitig gewährleisteten Überlegungs- und Übereilungsschutzes bestätigte.

Der Kommentar ist eine wahre Fundgrube. Dies gilt für die ausführliche Befassung mit beurkundungsrechtlichen Aspek-

ten, auch im Sinne einer vertiefenden Lektüre, und ebenso für zahlreiche Beispiele und Anwendungsfälle, auch und gerade in der praktischen Beurkundungstätigkeit und der konkreten Beurkundungssituation, die eine schnelle Problemlösung erfordert. Exemplarisch hierfür seien nur erwähnt: Die Behandlung von Sonder- und Mehrfachkonstellationen bei hör-, sprach- oder sehbehinderten Beteiligungen im Rahmen der Kommentierung zu den §§ 22 ff. BeurkG; anschaulich erläuterte, zahlreiche Beispiele zur Abgrenzung der echten Verweisung im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG zur unechten Verweisung bzw. Bezugnahme, bei der beispielsweise ein Anlageninhalt nur als Identifizierungsbehelf dient oder zum besseren Verständnis als Ergänzung herangezogen wird; eine in erfreulicher Klarheit gehaltene Positionierung zur (befürworteten) Möglichkeit der Bezugnahme auf allgemein bekannte und zugängliche Regelwerke einschließlich DIN-Normen und den Eurocodes, den IDW-Prüfungsstandards.

Darüber hinaus bietet das Werk noch vieles mehr. So konnte beispielsweise in der Kommentierung zu § 44a BeurkG ein Praxishinweis dazu gefunden werden, wie im Rahmen der nachträglichen Berichtigung offensichtlicher Unrichtigkeiten bei bereits in die nachlassgerichtliche Verwahrung abgelieferten Testamenten und Erbverträgen verfahren werden kann:

Vorgeschlagen wird die Erstellung einer Vermerkurkunde des Notars, die dem entsprechenden Nachlassgericht (unverschlossen, zur Vermeidung einer zusätzlichen Verwahrungsg Gebühr) in die Verwahrung gegeben wird. Erfreulich insbesondere für eine erste Auflage ist die in der bisherigen Nutzung durch den Verfasser festgestellte Sorgfalt bei Querverweisen und Zitaten. Allenfalls mag durch die Verantwortlichen zur besseren Einsatzfähigkeit in einer Neuauflage erwogen werden, auch dem Nutzer der gedruckten Version für die enthaltenen Formulierungsvorschläge (etwa über einen Freischaltcode) einen elektronischen Abruf zwecks Einbindung in die eigene Formularmustersammlung zu ermöglichen.

Die Liste positiver Erfahrungen und Eindrücke ließe sich noch beträchtlich weiter fortsetzen. Aber eine Buchbesprechung soll ja kein Auszug sein, sondern eine Würdigung. Und die Würdigung des besprochenen Werkes fällt klar und eindeutig aus: Hervorragende Praxiseignung. Absolute Kaufempfehlung. Wenn nicht sogar ein Must-have. Dem beck-online. GROSSKOMMENTAR zum BeurkG ist ein zentraler Platz in einer jeden Notarbibliothek (oder ggf. im Rahmen einer Online-Datenbank) sicher. Wer mit dem Kommentar gearbeitet hat, möchte ihn künftig nicht mehr missen!

# RECHTSPRECHUNG

## BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

### 1. Vertretung einer Sparkasse gegenüber einem ausgeschiedenen Vorstandsmitglied

BGH, Urteil vom 30.4.2019, II ZR 317/17 (Vorinstanz:  
OLG Rostock, Urteil vom 28.8.2017, 1 U 61/16)

*AktG § 112*  
*SparkG MV §§ 8, 18, 19, 24*  
*ZPO § 51 Abs. 1*

#### LEITSATZ:

Eine Sparkasse wird gegenüber einzelnen Vorstandsmitgliedern durch den Verwaltungsrat vertreten. Dies gilt auch für die Vertretung gegenüber einem ausgeschiedenen stellvertretenden Vorstandsmitglied, das lediglich dem Vorstand einer auf eine Sparkasse verschmolzenen früheren Sparkasse angehört hat.

### 2. Haftung für öffentliche Äußerungen zur Kaufsache

BGH, Urteil vom 25.1.2019, V ZR 38/18 (Vorinstanz:  
OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.1.2018, 24 U 65/17)

*BGB § 434 Abs. 1, § 444*

#### LEITSÄTZE:

1. Öffentliche Äußerungen vor Vertragsschluss bestimmen die Eigenschaft einer Sache, die der Käufer erwarten kann, nicht, wenn und soweit die Vertragsparteien eine abweichende Beschaffenheit des Kaufobjekts vereinbart haben.
2. Regeln die Kaufvertragsparteien, dass eine bestimmte Eigenschaft des Kaufobjekts nicht zur vereinbarten Beschaffenheit gehört, liegt darin keine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB.
3. Ein allgemeiner Haftungsausschluss erfasst auch die nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB zu erwartenden Eigenschaften eines Grundstücks (Bestätigung u. a. von Senat, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150 Rdnr. 12).

#### SACHVERHALT:

1 Mit notariellem Vertrag vom 2.5.2013 kauften die Klägerin und der (ursprüngliche) Drittwiderbeklagte, ihr Ehemann, von der Beklagten zu 1 unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück zu einem Kaufpreis von 750.000 €. Abschnitt V Nr. 1 des notariellen Kaufvertrags lautet auszugsweise:

„(...) Die Zulässigkeit einer weiteren Bebauung oder bestimmten Verwendung gehört nicht zur vereinbarten Beschaffenheit des Grundbesitzes.“

2 In dem Verkaufsexposé des Beklagten zu 3, der Makler ist, heißt es unter anderem:

„Es besteht die Erlaubnis, zwei bis drei Pferdeboxen auf dem hinteren Grundstücksteil zu errichte[n]. Daneben gibt es eine angrenzende Weide, die gepachtet werden kann.“

3 Die Klägerin und der Drittwiderbeklagte nahmen das Grundstück im Oktober 2013 in Besitz. Nachdem sich erwiesen hatte, dass weder eine Baugenehmigung für die Errichtung von Pferdeboxen bestand noch eine solche Bebauung genehmigungsfähig war, erklärten sie den Rücktritt von dem Kaufvertrag.

4 Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin, zugleich in Prozessstandschaft für den Drittwiderbeklagten, von der Beklagten zu 1 die Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückübertragung des Eigentums an dem Grundstück und die Feststellung des Annahmeverzugs. Ferner will sie – soweit noch von Interesse – gegenüber den Beklagten zu 1 und 3 feststellen lassen, dass diese verpflichtet sind, ihr und dem Drittwiderbeklagten die Schäden zu ersetzen, die ihnen aufgrund des Rücktritts von dem Kaufvertrag und der Rückübertragung des Eigentums entstanden sind bzw. noch entstehen werden. Das LG hat – soweit hier von Interesse – der Klage stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten zu 1 und 3 ist erfolglos geblieben. Mit ihren von dem OLG zugelassenen Revisionen wollen die Beklagten zu 1 und 3 weiterhin die Abweisung der Klage erreichen. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Rechtsmittel.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

5 I. Das Berufungsgericht meint, die Klägerin und der Drittwiderbeklagte könnten von der Beklagten zu 1 die Rückzahlung des Kaufpreises nach §§ 434, 437 Nr. 2, §§ 323, 346 Abs. 1 BGB verlangen. Aufgrund der Angaben in dem Exposé hätten sie nach § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB erwarten können, dass eine Baugenehmigung für die Errichtung von Pferdeboxen bestehe bzw. eine solche Bebauung jedenfalls genehmigungsfähig sei. Beides sei nicht der Fall, weswegen das Grundstück mangelhaft sei. Der Annahme eines Mangels stehe nicht die Regelung in dem Kaufvertrag entgegen, wonach die Zulässigkeit einer weiteren Bebauung nicht zu der vereinbarten Beschaffenheit des Grundstücks gehöre. Letztere beziehe sich nämlich nur auf einen möglichen Umbau bzw. eine mögliche Erweiterung des Wohnhauses und nicht auf die Bebaubarkeit des Grundstücks mit Pferdeboxen. Die Angabe in dem Exposé sei weder durch die Übergabe von Kopien aus der Bauakte noch durch eine Aufklärung im Rahmen der Grundstücksbesichtigungen berichtigt worden. Auf den vereinbarten Haftungsausschluss könne sich die Beklagte zu 1 nach § 444 BGB nicht berufen, da sie den Mangel arglistig verschwiegen habe.

6 Der Beklagte zu 3 hafte aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB. Er habe die Klägerin und den Drittwiderbeklagten durch

seine Angaben in dem Exposé vorsätzlich getäuscht, um diese zu dem Abschluss des Kaufvertrages zu veranlassen. Der Vermögensschaden der Klägerin und des Drittwiderbeklagten bestehe darin, dass diese das Grundstück nicht vollumfänglich für den vertraglich vorausgesetzten Zweck verwenden könnten.

**7 II.** Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung im Verhältnis zu der Beklagten zu 1 stand. Die Revision des Beklagten zu 3 hat hingegen Erfolg.

**8** Revision der Beklagten zu 1:

**9 1.** Rechtsfehlerfrei bejaht das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin und des Drittwiderbeklagten gegen die Beklagte zu 1 aus § 434 Abs. 1 Satz 3, § 437 Nr. 2, §§ 323, 346 Abs. 1 BGB auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückübertragung des Eigentums an dem erworbenen Grundstück.

**10 a)** Das Kaufobjekt weist einen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB auf, weil, abweichend von den Angaben in dem Verkaufsexposé, keine Baugenehmigung für die Errichtung von bis zu drei Pferdeboxen auf dem hinteren Grundstücksteil erteilt war und eine solche Bebauung öffentlichrechtlich auch nicht genehmigungsfähig ist.

**11 aa)** Nach § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB gehören zur Sollbeschaffenheit der Kaufsache die Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers erwarten darf; hierzu zählen auch Angaben in einem Exposé (vgl. Senat, Urteil vom 9.2.2018, V ZR 274/16, NJW 2018, 1954 Rdnr. 17; Urteil vom 19.1.2018, V ZR 256/16, NJW-RR 2018, 752 Rdnr. 10; Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150 Rdnr. 7; Urteil vom 16.3.2012, V ZR 18/11, NJW-RR 2012, 1078 Rdnr. 16). Die „Erlaubnis“ zur Errichtung von zwei bis drei Pferdeboxen auf dem hinteren Grundstücksteil gehörte danach zu der von der Beklagten zu 1 geschuldeten Beschaffenheit. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin und der Drittwiderbeklagte hätten aus objektiver Sicht erwarten können, dass die Pferdeboxen nach öffentlichrechtlichen Vorschriften und damit auch baurechtlich zulässig sind, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

**12 bb)** Die Annahme eines Sachmangels wegen des Fehlens einer Eigenschaft der Kaufsache, die der Käufer nach § 434 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BGB erwarten kann, setzt, anders als die Revision meint, nicht voraus, dass diese Eigenschaft in dem notariellen Kaufvertrag Erwähnung findet. Das hat der Senat in jüngerer Zeit wiederholt ausgesprochen (vgl. Senat, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, BGHZ 207, 349 Rdnr. 15; Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150 Rdnr. 18; Urteil vom 19.1.2018, V ZR 256/16, NJW-RR 2018, 752 Rdnr. 10; Urteil vom 9.2.2018, V ZR 274/16, NJW 2018, 1954 Rdnr. 21). Daran hält er fest.

**13** Entgegen einer im Schrifttum teilweise vertretenen Ansicht (BeckOK-BGB/*Faust*, Stand: 1.11.2018, § 434 Rdnr. 78; *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 233, 239; *Herrler*, NotBZ 2017, 121, 128; *ders.*, NJW 2017, 152 f.; *Weber*, RNotZ 2016, 650, 654) ist die Vorschrift des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB ohne Einschränkungen auf Grundstückskaufverträge anwendbar; insbesondere ist sie nicht teleologisch dahin zu reduzieren, dass

die nach der öffentlichen Äußerung zu erwartende Beschaffenheit im Vertrag einen Niederschlag gefunden haben muss. Das Gesetz unterscheidet zwischen einer von den Vertragsparteien vereinbarten und der gesetzlich vorgegebenen Beschaffenheit der Kaufsache. Die Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers erwarten kann, zählen zu der nach dem Gesetz geschuldeten Beschaffenheit, wie sich daraus ersehen lässt, dass es in § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB heißt, diese Eigenschaften gehörten „zu der Beschaffenheit nach Satz 2 Nr. 2“. Schon nach der Gesetzes-systematik wäre es deshalb fragwürdig, bei beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften allein die Vorschrift des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB – für die Sollbeschaffenheit nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 BGB wird Entsprechendes, soweit ersichtlich, von niemandem vertreten – im Wege der teleologischen Reduktion dahin einzuschränken, dass die öffentliche Äußerung Erwähnung im Vertrag gefunden haben muss.

**14** Vor diesem Hintergrund überzeugt auch der Einwand nicht, dass es wertungsmäßig keinen Unterschied machen könne, ob der Verkäufer Angaben zur Kaufsache in einer öffentlichen Äußerung mache oder, etwa anlässlich der Besichtigung des Grundstücks, nur gegenüber dem Käufer (so aber BeckOK-BGB/*Faust*, § 434 Rdnr. 78; *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 233, 239; *Herrler*, NotBZ 2017, 121, 128; *ders.*, NJW 2017, 152 f.; *Weber*, RNotZ 2016, 650, 654). Zwar ist in beiden Fällen – anders als bei der Beschaffenheit nach § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB – zu beurteilen, welche Rechtsfolgen eine Information des Verkäufers über die Kaufsache nach sich zieht (sofern die Haftung hierfür nicht wirksam ausgeschlossen wurde). Der Maßstab ist aber ein jeweils anderer. Eine öffentliche Äußerung des Verkäufers richtet sich an die Öffentlichkeit und prägt die Erwartung an die Beschaffenheit der Sache. Deshalb steht diese Eigenschaft den in § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB bezeichneten Eigenschaften gleich. Wann eine Äußerung des Verkäufers, die nur an den (späteren) Käufer gerichtet war, zu einer vereinbarten Beschaffenheit im Sinne von § 434 Abs. 1 BGB führt, ist dagegen eine Frage der Auslegung. Hierzu hat der Senat den Auslegungsgrundsatz entwickelt, dass eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks durch den Verkäufer vor Vertragsschluss, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung führt (vgl. Senat, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, BGHZ 207, 349 Rdnr. 15; vgl. auch *Krüger*, ZfIR 2018, 753, 756).

**15 cc)** Das Berufungsgericht nimmt rechtsfehlerfrei an, dass die öffentliche Äußerung der Beklagten zu 1 im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht durch die Übergabe von Kopien aus der Bauakte im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 3 Hs. 2 BGB in gleichwertiger Weise berichtigt worden war. Unabhängig davon, was die Berichtigung in gleichwertiger Weise im Einzelnen erfordert (vgl. dazu BeckOK-BGB/*Faust*, § 434 Rdnr. 89; *Ermann/Grünwald*, BGB, 15. Aufl., § 434 Rdnr. 28; *MünchKomm-BGB/Westermann*, 7. Aufl., § 434 Rdnr. 31 und 34; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, Neub. 2013, § 434 Rdnr. 111), setzt sie jedenfalls voraus, dass der Verkäufer klar darauf hinweist, dass eine bestimmte öffentliche Äußerung unrichtig ist. Nicht ausreichend ist, dass sich – wie hier – aus übergebenen Unterlagen für den Käufer Zweifel an der Richtigkeit der öffentlichen Angabe des Verkäufers ergeben könnten.

**16 dd)** Entgegen der Ansicht der Revision ist die Haftung der Beklagten zu 1 nach § 434 Abs. 1 Nr. 3 BGB nicht durch die Regelung in Abschnitt V Nr. 1 des notariellen Kaufvertrags, wonach die Zulässigkeit einer weiteren Bebauung oder bestimmten Verwendung „nicht zur vereinbarten Beschaffenheit des Grundbesitzes gehört“, ausgeschlossen. Mit ihr haben die Vertragsparteien keine von den Angaben des Exposé abweichende Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB getroffen.

**17 (1)** Allerdings gilt die Vorschrift des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB nur unter dem Vorbehalt, dass nichts anderes vereinbart ist. Das betrifft sowohl einen vereinbarten Haftungsausschluss (vgl. Senat, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150 Rdnr. 18), als auch Beschaffenheitsvereinbarungen. Öffentliche Äußerungen vor Vertragsschluss bestimmen die Eigenschaft einer Sache, die der Käufer erwarten kann, nicht, wenn und soweit die Vertragsparteien eine abweichende Beschaffenheit des Kaufobjekts vereinbart haben. Das ergibt sich aus der Vorschrift des § 434 BGB innewohnenden abgestuften Systems (vgl. Staudinger/*Matusche-Beckmann*, § 434 Rdnr. 97), wie sie in der Verweisung in § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB auf § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB zum Ausdruck gekommen ist („[s]oweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist“). Haben die Vertragsparteien über die Beschaffenheit der Sache eine von der öffentlichen Äußerung abweichende Vereinbarung getroffen, scheidet ein Rückgriff auf die öffentliche Äußerung aus.

**18 (2)** Eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB erfordert die Vereinbarung einer bestimmten Eigenschaft, die zu der vertragsgemäßen Beschaffenheit der Kaufsache gehören soll. Dabei kommt es auf die Unterscheidung zwischen einer „positiven“ und einer „negativen“ Beschaffenheit nicht an. Denn es macht keinen Unterschied, ob die Eigenschaft vorhanden (zum Beispiel „Denkmal“) oder nicht vorhanden sein soll (zum Beispiel „kein Denkmal“); auch kann eine wertmindernde („negative“) Eigenschaft Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sein (vgl. zur Schadstoffbelastung des Grundwassers als mögliche „negative“ Beschaffenheitsvereinbarung Senat, Urteil vom 30.11.2012, V ZR 25/12, NJW 2013, 1671 Rdnr. 10 und 12). Abzugrenzen ist die Beschaffenheitsvereinbarung allerdings von der auf eine bestimmte Eigenschaft bezogene Haftungsbeschränkung (vgl. zu Abgrenzungsfragen beim Verbrauchsgüterkauf BeckOK-BGB/*Faust*, § 476 Rdnr. 15 f.; MünchKomm-BGB/*Lorenz*, § 475 Rdnr. 10; Staudinger/*Matusche-Beckmann*, § 475 Rdnr. 59 f.). Regeln die Kaufvertragsparteien, dass eine bestimmte Eigenschaft des Kaufobjekts nicht zur vereinbarten Beschaffenheit gehört, liegt darin keine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB. Denn es wird kein bestimmter (ggf. auch mangelhafter) Zustand der Kaufsache als vertragsgemäß festgelegt; vielmehr ist eine solche Abrede darauf gerichtet, für eine bestimmte Beschaffenheit nicht eintreten zu wollen.

**19 (3)** Gemessen daran handelt es sich bei der Regelung in Abschnitt V Nr. 1 des notariellen Kaufvertrags, wonach die Zulässigkeit einer weiteren Bebauung oder bestimmte Verwendung nicht zur vereinbarten Beschaffenheit gehört, nicht um eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB. Eine bestimmte Eigenschaft in Bezug auf die Be-

bauung oder Verwendung des Grundstücks wird gerade nicht vereinbart. Eine gegenüber den Angaben im Exposé vorrangige Beschaffenheitsvereinbarung hätte einen bestimmten Zustand des Grundstücks in Bezug auf die Pferdehaltung zum Gegenstand haben müssen (zum Beispiel „Pferdeboxen können nicht errichtet werden“). Daran fehlt es.

**20** Anders als die Revision meint, liegt in der Regelung auch keine Berichtigung der Angaben im Exposé. Hierfür wäre, wie dargelegt, eine Korrektur der Angaben erforderlich gewesen. Eine solche enthält Abschnitt V Nr. 1 des Kaufvertrages nicht; die Regelung bringt nur zum Ausdruck, dass der Verkäufer für die Möglichkeit einer weiteren Bebauung nicht eintreten will. Damit handelt es sich um einen – zwar möglichen, aber nur in den Grenzen des § 444 BGB wirksamen – Haftungsausschluss. Diesem Verständnis steht nicht entgegen, dass die Parteien zugleich einen allgemeinen Haftungsausschluss für Sachmängel vereinbart haben. Da sich ein allgemeiner Haftungsausschluss im Zweifel nicht auf eine von den Parteien nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB vereinbarte Beschaffenheit erstreckt (vgl. Senat, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, BGHZ 207, 349 Rdnr. 9 m. w. N.), ist eine Regelung, wonach eine bestimmte Eigenschaft nicht zur vereinbarten Beschaffenheit gehört, jedenfalls als Klarstellung sinnvoll; das gilt auch dann, wenn sie sich letztlich als redundant erweist.

**21 b) aa)** Der vereinbarte allgemeine Haftungsausschluss erfasst – wovon das Berufungsgericht zutreffend ausgeht – auch die nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB zu erwartenden Eigenschaften eines Grundstücks (vgl. Senat, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150 Rdnr. 12; Urteil vom 19.1.2018, V ZR 256/16, NJW-RR 2018, 752 Rdnr. 22; Urteil vom 9.2.2018, V ZR 274/16, NJW 2018, 1954 Rdnr. 22 jeweils m. w. N.; vgl. auch Urteil vom 27.9.2017, VIII ZR 271/16, NJW 2018, 146 Rdnr. 32). Hierauf kann sich die Beklagte zu 1 jedoch gemäß § 444 BGB nicht berufen, weil sie den Mangel arglistig verschwiegen hat.

**22 bb)** Arglistig im Sinne von § 444 BGB handelt bei einer Täuschung durch Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Mangels, wer einen Sachmangel mindestens für möglich hält und gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragsgegner den Sachmangel nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (st. Rspr., vgl. Senat, Urteil vom 21.7.2017, V ZR 250/15, NJW 2018, 389 Rdnr. 11 m. w. N.). Entgegen der Auffassung der Revision sind diese Voraussetzungen erfüllt.

**23 (1)** Die Offenbarungspflicht der Beklagten zu 1 ergab sich bereits daraus, dass die unrichtige Angabe in dem Verkaufsexposé über die Zulässigkeit der Errichtung von Pferdeboxen eine Fehlvorstellung der Klägerin und des Drittwiderbeklagten hervorgerufen hat (vgl. Senat, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150 Rdnr. 19). Die Beklagte zu 1 hielt den Sachmangel auch mindestens für möglich. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war sie damit einverstanden, dass die Angabe zu einer Errichtung von Pferdeboxen in das Exposé aufgenommen wurde, obwohl sie wusste, dass hierfür keine sichere Tatsachengrundlage bestand, nachdem die amtliche Bauakte lediglich „Indizien“ dafür bot, dass eine Be-

bauung mit Pferdeboxen bauordnungsrechtlich zulässig war. Dies erfüllt, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, den Vorwurf einer – Arglist begründenden – Angabe „ins Blaue“ hinein (vgl. Senat, Urteil vom 12.1.2001, V ZR 322/99, BGHReport 2001, 362, 363).

**24** (2) Die Beklagte zu 1 muss sich das Wissen des Beklagten zu 3 davon zurechnen lassen (§ 166 BGB analog), dass der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten die Pferdehaltung auf dem Grundstück wichtig war und sie bei Offenbarung des Mangels den Vertrag deshalb nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätten. Zwar ist ein Makler in der Regel kein Vertreter des Verkäufers (vgl. BGH, Urteil vom 8.1.2004, VII ZR 181/02, WM 2004, 1240, 1241 f.). Ist der Makler aber zugleich Verhandlungsführer oder -gehilfe, muss der Vertretene sich dessen Wissen zurechnen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 8.1.2004, VII ZR 181/02, a. a. O.; Münch-Komm-BGB/Schubert, 8. Aufl., § 166 Rdnr. 73). So ist es hier. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist der Beklagte zu 3 von der Beklagten zu 1 bei den Vertragsverhandlungen und Besichtigungsterminen als Verhandlungsgelhilfe eingesetzt worden und hat diese vertreten.

**25** c) Die weiteren Voraussetzungen für den Rücktritt sind erfüllt. Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung (§ 437 Nr. 2, § 323 Abs. 1 BGB) war entbehrlich, weil der Beklagten zu 1 Arglist zur Last fällt (vgl. Senat, Urteil vom 8.12.2006, V ZR 249/05, NJW 2007, 835 Rdnr. 12 f.).

**26** d) Als Folge des wirksam erklärten Rücktritts ist gemäß § 346 Abs. 1 BGB die empfangene Leistung zurück zu gewähren, Zug um Zug gegen Rückgabe der Gegenleistung (§ 348 Satz 1 BGB). Hinsichtlich der Nebenforderungen und der Feststellung des Annahmeverzugs sind Rechtsfehler nicht ersichtlich und werden von der Revision auch nicht geltend gemacht.

**27** 2. Keinen Rechtsfehler lässt auch die Beurteilung des Berufungsgerichts erkennen, die Klägerin könne die beantragte Feststellung der Haftung der Beklagten zu 1 hinsichtlich der weitergehenden Schäden aus der Rückabwicklung des Kaufvertrags verlangen. Das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ergibt sich daraus, dass die Klägerin zu einer abschließenden Bezifferung des ihr und dem Drittwiderbeklagten entstandenen und künftig entstehenden Schadens derzeit nicht in der Lage ist (vgl. dazu Senat, Urteil vom 17.10.2003, V ZR 84/02, NJW-RR 2004, 79, 82; Urteil vom 19.4.2016, VI ZR 506/14, MDR 2016, 786 Rdnr. 6 und 8 m. w. N.).

**28** Revision des Beklagten zu 3:

**29** Die Revision des Beklagten zu 3 hat Erfolg und führt insoweit zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

**30** 1. Die Revision des Beklagten zu 3 ist zulässig. Das Berufungsgericht hat die Revision in dem Urteilstenor ausdrücklich auch für den Beklagten zu 3 zugelassen; die vorsorglich eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde ist damit gegenstandslos. Zwar hat das Berufungsgericht die Zulassung der Revision mit den als klärungsbedürftig erachteten Rechtsfragen zur Haftung des Grundstücksverkäufers für öffentliche Äußerun-

gen über Eigenschaften von Sachen sowie zum Verhältnis einer durch öffentliche Äußerungen des Verkäufers geweckten Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Satz 3 BGB) zu einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) begründet. Es hat aber die als zulassungsrelevant angesehenen Rechtsfragen ausdrücklich sowohl auf die Beklagte zu 1 als auch auf den Beklagten zu 3 bezogen.

**31** 2. Das Rechtsmittel des Beklagten zu 3 hat auch in der Sache Erfolg. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts ist ein Anspruch der Klägerin und des Drittwiderbeklagten aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB nicht gegeben.

**32** a) Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht allerdings an, dass der Beklagte zu 3 verpflichtet war, die Klägerin und den Drittwiderbeklagten darüber zu informieren, dass für eine Baugenehmigung bzw. eine Genehmigungsfähigkeit der Pferdeboxen lediglich Indizien bestanden. Dass er das unterlassen hat, stellt eine Täuschung durch Unterlassen zulasten der Klägerin und des Drittwiderbeklagten im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB dar.

**33** b) Auch die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts (§ 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO), der Beklagte zu 3 habe vorsätzlich gehandelt, hält der revisionsrechtlichen Kontrolle stand; sie ist nur darauf nachprüfbar, ob sich der Tatrichter mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (vgl. BGH, Urteil vom 19.12.2017, VI ZR 128/16, NJW 2018, 1751 Rdnr. 15 m. w. N.). Derartige Rechtsfehler liegen nicht vor. Nach der Würdigung des Berufungsgerichts hat der Beklagte zu 3 bedingt vorsätzlich gehandelt, weil er es zumindest für möglich hielt und billigend in Kauf genommen hat, dass Pferdeboxen auf dem Grundstück nicht errichtet werden dürfen und dass eine Genehmigung tatsächlich nicht erteilt war (zum bedingten Vorsatz vgl. BGH, Urteil vom 20.12.2011, VI ZR 309/10, NJW-RR 2012, 404 Rdnr. 10; Urteil vom 14.5.2013, VI ZR 255/11, BGHZ 197, 225 Rdnr. 17; Urteil vom 15.10.2013, VI ZR 124/12, NJW 2014, 1380 Rdnr. 12; Urteil vom 19.12.2017, VI ZR 128/16, NJW 2018, 1751 Rdnr. 13). Die im Exposé aufgestellte Behauptung „ins Blaue hinein“, eine Baugenehmigung sei erteilt, begründet deshalb den Vorwurf des bedingten Vorsatzes (vgl. dazu BGH, Urteil vom 22.1.2015, III ZR 10/14, K & R 2015, 258 f.; Fischer, StGB, 66. Aufl., § 263 Rdnr. 180; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Satzger, StGB, 4. Aufl., § 263 Rdnr. 304).

**34** c) Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen aber nicht die Annahme, der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten sei durch den irrtumsbedingten Abschluss des Kaufvertrags ein Vermögensschaden entstanden; aus diesem Grund fehlen auch entsprechende Feststellungen zu dem darauf bezogenen Vorsatz des Beklagten zu 3.

**35** aa) Ein Vermögensschaden im Sinne des Betrugstatbestandes (§ 263 StGB) liegt nicht bereits deshalb vor, weil die Klägerin und der Drittwiderbeklagte das Grundstück nicht gekauft hätten, wenn sie gewusst hätten, dass entgegen der Angabe

in dem Exposé die Errichtung von Pferdeboxen unzulässig und das Grundstück deshalb nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck – Pferdehaltung auf dem Grundstück – brauchbar ist. Entscheidend ist vielmehr, ob das Grundstück wirtschaftlich betrachtet der von der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten erbrachten Gegenleistung entspricht. Zwar kann als Schaden die gesamte Leistung des Geschädigten anzusehen sein, wenn die Gegenleistung nicht oder nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck brauchbar ist; selbst wenn der Verkehrswert der Gegenleistung der Leistung des Getäuschten entspricht. Das setzt aber weiter voraus, dass der Getäuschte sie auch nicht in anderer zumutbarer Weise verwenden, namentlich ohne besondere Schwierigkeiten wieder veräußern kann (vgl. BGH, Beschluss vom 12.6.2018, 3 StR 171/17, NSTZ-RR 2018, 283 m. w. N.).

**36** bb) Wie es sich hier verhält, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Es hat offengelassen, ob das Grundstück auch ohne Bebaubarkeit mit Pferdeboxen den vereinbarten Preis wert war. Für das Revisionsverfahren ist deshalb zugunsten des Beklagten zu 3 zu unterstellen, dass der Kaufpreis dem Wert des Grundstücks entsprochen hat. Feststellungen dazu, ob die Klägerin und der Drittwiderbeklagte das Grundstück in anderer zumutbarer Weise verwenden, insbesondere ohne besondere Schwierigkeiten wieder veräußern können, fehlen.

**37** III. Das Berufungsurteil kann deshalb keinen Bestand haben und ist gemäß § 562 Abs. 1 ZPO aufzuheben, soweit zum Nachteil des Beklagten zu 3 entschieden worden ist. Die Sache ist insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da sie nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 und 3 ZPO).

**38** Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

**39** Die Klägerin trägt die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich sämtlicher tatsächlicher Umstände, die einen Schadensersatzanspruch aus vorsätzlich begangenen Betrug (§ 263 StGB) gegen den Beklagten zu 3 begründen.

**40** Das Berufungsgericht wird festzustellen haben, ob der Wert des Grundstücks auch ohne die Pferdeboxen dem vereinbarten Kaufpreis entsprochen hat. Für den Vermögensvergleich ist dabei auf den Zeitpunkt der Vermögensverfügung abzustellen (vgl. BGH, Beschluss vom 9.3.1999, 1 StR 50/99, NSTZ 1999, 555, 556). Falls sich danach kein Vermögensschaden ergibt, wird festzustellen sein, ob die Klägerin und der Drittwiderbeklagte das Grundstück in anderer zumutbarer Weise verwenden, insbesondere ohne besondere Schwierigkeiten wieder veräußern können.

**41** Für die Verwirklichung des Betrugstatbestands muss der Beklagte zu 3 die Schädigung der Klägerin und des Drittwiderbeklagten in seinen Vorsatz aufgenommen haben. Dafür reicht es aus, dass er die schadensbegründenden Umstände kannte (vgl. BGH, Beschluss vom 4.12.2002, 2 StR 332/02, NSTZ 2003, 264).

**42** Sollte der Beklagten zu 3 danach zum Schadensatz verpflichtet sein, haften er und die Beklagte zu 1 entgegen der von dem Vertreter des Beklagten zu 3 in der mündlichen Ver-

handlung vor dem Senat vertretenen Ansicht als Gesamtschuldner (§ 421 BGB). Beide Beklagten hätten die ganze Leistung zu bewirken, während die Klägerin die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt wäre (§ 421 Satz 1 BGB). Das Leistungsinteresse des Käufers ist bei einem Schadensersatzanspruch nach berechtigtem Rücktritt vom Kaufvertrag aus § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1, § 284 BGB und einem Schadensersatzanspruch wegen täuschungsbedingten Abschlusses eines Kaufvertrags aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB identisch. Eines einheitlichen Schuldgrundes bedarf es nicht (vgl. BGH, Urteil vom 5.7.2016, XI ZR 254/15, BGHZ 2011, 189 Rdnr. 44).

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Johannes Weber**, LL.M.  
(Cambridge), Freiburg i. Br.

In jüngerer Zeit häufen sich die Entscheidungen des V. Zivilsenats des BGH zum Verhältnis von vorvertraglichen Beschaffenheitsangaben und Gewährleistungsausschlüssen. Die hier abgedruckte Entscheidung reiht sich in die bisherige Kasuistik ein.

#### 1. Ausgangslage

Im notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrag war neben einem allgemeinen Haftungsausschluss geregelt, dass die Zulässigkeit einer weiteren Bebauung nicht zur vereinbarten Beschaffenheit gehörte. Im Gegensatz hierzu hieß es in dem vor Vertragsschluss ausgehändigten Exposé, dass die Erlaubnis zur Errichtung von zwei bis drei Pferdeboxen bestehe. Tatsächlich gab es keine solche Erlaubnis. Der Verkäufer wusste, dass sich für eine solche Erlaubnis nur Indizien aus der Bauakte ergaben. Die Behauptung wurde „ins Blaue hinein“ gemacht. Der Käufer trat wegen der fehlenden Erlaubnis zur Errichtung der Pferdeboxen vom Vertrag zurück. Der BGH musste klären, ob zur geschuldeten Beschaffenheit die Erlaubnis zur Errichtung einer Pferdebox gehörte.

#### 2. Zusammenfassung der Entscheidung

Die Entscheidung lässt sich wie folgt zusammenfassen: Der BGH geht davon aus, dass es sich bei der fehlenden Baugenehmigung um einen Sachmangel (§ 434 BGB) und nicht um einen Rechtsmangel (§ 435 BGB) handelt. Dies entspricht seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>1</sup> und bedurfte daher keiner näheren Erwähnung.<sup>2</sup> Die öffentliche Äußerung im Exposé führt zu einer gesetzlichen Einstandspflicht des Verkäufers für die Beschaffenheitsangaben (§ 434 Abs. 1 Satz 3 BGB). Die Äußerung wurde im Kaufvertrag nicht korrigiert. Der Verkäufer haftete daher für den Inhalt der Äußerung als geschuldete Beschaffenheit. Der allgemeine Haftungsausschluss im Grundstückskaufvertrag schließt zwar die Haftung für eine geschuldete Beschaffenheit kraft öffentlicher Äußerung aus. Allerdings konnte sich der Verkäufer

1 BGH, Urteil vom 12.4.2013, V ZR 266/11, NJW 2013, 2182; Urteil vom 30.4.2003, V ZR 100/02, NJW 2003, 2380, 2381.

2 BGH, Urteil vom 30.4.2003, V ZR 100/02, NJW 2003, 2380, 2381.

wegen Arglist nicht auf den Haftungsausschluss berufen (§ 444 BGB). Im Ergebnis ist die Entscheidung des BGH zutreffend. Nur über den richtigen Weg nach Rom mag man streiten.

### 3. Einstandspflicht für öffentliche Äußerungen beim Grundstückskaufvertrag

Knifflig wird es, soweit es um die Einstandspflicht des Verkäufers für öffentliche Äußerungen nach § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB geht. Der BGH bestätigt seine bisherige Rechtsprechung, wonach § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB auch auf beurkundungspflichtige Grundstücksgeschäfte Anwendung findet.

Diese Rechtsprechung hat in der Literatur Kritik erfahren.<sup>3</sup> Diese Kritik entzündet sich an einem Widerspruch zur Formbedürftigkeit der Beurkundungspflicht von Beschaffenheitsvereinbarungen. Ausgangspunkt der Überlegungen ist folgender: Der BGH hat wiederholt entschieden, dass vorvertragliche Beschaffenheitsangaben der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB unterliegen, damit sie eine wirksame Beschaffenheitsvereinbarung begründen können.<sup>4</sup> Händigt der Verkäufer dem Käufer vor der Beurkundung eine Bauzeichnung mit der Wohnflächengröße aus, scheidet nach Auffassung des BGH eine Haftung nach § 434 Abs. 1 Satz 1 aus, wenn die Beschaffenheitsangabe nicht in den notariellen Vertrag Eingang gefunden hat.<sup>5</sup> Es kommt lediglich bei Arglist des Verkäufers eine Haftung nach § 311 Abs. 2, § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB (culpa in contrahendo) in Betracht.<sup>6</sup> Der BGH beruft sich zu Recht auf die Zäsurwirkung der Beurkundungsverhandlung und auf die Zwecke der Beurkundungspflicht, insbesondere auf die Beratungs- und Belehrungsfunktion sowie auf den Übereilungsschutz. Diese Zwecke wären – so der BGH – „entscheidend in Frage gestellt, wenn schon die vorvertragliche Beschreibung bestimmter Eigenschaften des Grundstücks oder Gebäudes zu einer Beschaffenheitsvereinbarung führte.“<sup>7</sup> Dem kann man nur wenig hinzufügen. Überträgt man dies auf den vorliegenden Fall, bedeutet dies: Hätte der Verkäufer dem Käufer vor der Beurkundung ins Gesicht gesagt, dass auf einem Grundstück Pferdeboxen errichtet werden können, findet sich aber in der notariellen Urkunde keine Angabe hierzu, würde es an einer Beschaffenheitsvereinbarung fehlen. Eine Haftung nach § 434 Abs. 1 BGB würde ausscheiden.

- 3 BeckOGK-BGB/Schreindorfer, Stand: 1.9.2019, § 311b Rdnr. 178.1; BeckOK-BGB/Faust, Stand: 1.8.2019, § 434 Rdnr. 78; Gräf, ZfPW 2017, 286, 311 ff.; Herler, NJW 2017, 152; Lüttringhaus, JZ 2018, 1029, 1032; Weber, RNotZ 2016, 650, 653; gegen die Kritik wiederum Krüger, ZfR 2018, 753, 758.
- 4 Grundlegend BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, NJW 2016, 1815 Rdnr. 15 ff.; zust. Cziupka/Hübner, DNotZ 2016, 323, 336; Damm, BWNotZ 2016, 58, 59; Herler, NotBZ 2016, 137, 139; Weber, RNotZ 2016, 650, 651 f.
- 5 BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, NJW 2016, 1815 Rdnr. 7 ff.
- 6 Zust. auch Cziupka/Hübner, DNotZ 2016, 323, 336; Damm, BWNotZ 2016, 58, 59; Herler, NotBZ 2016, 137, 139; Weber, RNotZ 2016, 650, 651 f.
- 7 BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, NJW 2016, 1815 Rdnr. 19.

#### a) Differenzierung zwischen gesetzlicher Einstandspflicht und Beschaffenheitsvereinbarung

Ganz anders ist dies nach Auffassung des BGH bei öffentlichen Aussagen. Die Internetanzeige mit der Information („zwei Pferdeboxen können errichtet werden“) führt unmittelbar zu einer Haftung des Verkäufers. Hat der Verkäufer die Anzeige mit dieser Aussage im Internet geschaltet, kommt es über § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB zur Gewährleistung. Das ist kontraintuitiv, weil nicht einleuchtet, warum der Käufer bei einer speziell an ihn gerichteten Äußerung der Zäsurwirkung der Beurkundung wegen schlechter stehen soll als bei einer Äußerung gegenüber einer Vielzahl von Käufern, bei der die Zäsurwirkung entfallen soll. Die Erwartungen des Käufers sind in gleicher Weise schutzwürdig. Rechtsdogmatisch lässt sich die Rechtsprechung des BGH gleichwohl begründen. § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB knüpft eben nicht an eine rechtsgeschäftliche Erklärung an, sondern an die Verkehrsauffassung, die durch öffentliche Angaben mitgeprägt wird.

#### b) Anwendung von § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB auf Angaben zu individuellen Merkmalen einer unvertretbaren Sache?

Zweifel verbleiben aber dennoch. § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB besagt, dass zur geschuldeten Beschaffenheit nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB Eigenschaften gehören, die der Verkäufer nach den öffentlichen Äußerungen erwarten konnte. Nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Var. 3 BGB ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn sie eine Beschaffenheit aufweist, die der Käufer nach *Art der Sache* erwarten konnte.<sup>8</sup> Das Gesetz bezieht die Erwartungen auf die Art der Sache. Es heißt im Gesetzestext gerade nicht: „(...) eine Beschaffenheit aufweist, die der Käufer erwarten konnte“. Das hat seinen guten Grund: Die unabhängig von der Art der Sache bestehenden Erwartungen werden im Rahmen des § 434 BGB nur geschützt, wenn eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegt. Bei den in § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB aufgeführten Fallgruppen handelt es sich um Kategorien eines „objektiven Fehlers“. Maßstab ist die objektiv berechnete Käufererwartung, die sich in Ermangelung abweichender Anhaltspunkte „an der üblichen Beschaffenheit gleichartiger Sachen orientiert“. Genau hieran knüpft § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB an, wenn er eine Haftung für öffentliche Äußerung statuiert: Auch eine Erklärung des Verkäufers oder sei-

- 8 Des Weiteren bestimmt § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Var. 2 BGB, dass die Sache frei von Sachmängeln ist, wenn sie eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist. Welche Bedeutung der kumulativen Aufzählung (Sachen der gleichen Art und erwartbare Beschaffenheit nach der Art der Sache) zukommt, ist umstritten. Eine Ansicht geht davon aus, dass die Sache bereits dann mangelfrei ist, wenn sie entweder die übliche Beschaffenheit aufweist oder die übliche Beschaffenheit, die der Käufer nach der Art der Sache erwarten konnte, vgl. BeckOK-BGB/Faust, § 434 Rdnr. 56; Höpfner, NJW 2009, 2057, 2058. Nach der Gegenauffassung muss sowohl die übliche Beschaffenheit als auch die zu erwartende Beschaffenheit vorliegen, vgl. Staudinger/Matusche-Beckmann, Neub. 2013, § 434 Rdnr. 93 f.
- 9 BGH, Urteil vom 4.3.2009, VIII ZR 160/08, NJW 2009, 2056 Rdnr. 11.

nes Gehilfen zu den Eigenschaften prägt die Vorstellungen von der Art der Sache. Wenn ein Hersteller ein Auto der Baureihe 230 dahin gehend bewirbt, dass es sechs Zylinder hat, dann ist dies die übliche und erwartbare Beschaffenheit bei allen Sachen *dieser Art* (Baureihe 230).

Es stellt sich die Frage, ob § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB überhaupt auf Angaben angewendet werden kann, die sich auf individuelle Beschaffenheitsmerkmale einer unvertretbaren Sache beziehen. Dies ist meines Erachtens nicht der Fall. Nur soweit es überhaupt eine Art der Sache gibt, ist die öffentliche Äußerung dazu geeignet, die Verkehrsauffassung zu prägen und damit im Rahmen des objektiven Fehlerbegriffs hinsichtlich von § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB relevant zu werden. Anders ist dies bei Angaben, die im Hinblick auf die individuellen Merkmale einer Sache gemacht werden. Für die Anwendung von § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB besteht in der Regel kein Bedürfnis. Denn mit der Inbezugnahme der öffentlichen Aussage des Verkäufers kommt eine Beschaffenheitsvereinbarung zustande.<sup>10</sup> So lässt sich auch erklären, warum der Gesetzgeber im Werkvertragsrecht in § 633 BGB ganz bewusst davon abgesehen hat, ein Pendant zu § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB zu schaffen. Der Gesetzgeber führt aus, dass er bei § 434 Abs. 1 Satz 3 Massenwaren im Blick hatte. Auf einen Werkvertrag könne die Vorschrift nicht angewendet werden.<sup>11</sup> Die Frage nach der Einbeziehung von öffentlichen Äußerungen einer Vertragspartei in ihr Pflichtenprogramm stellt sich ganz allgemein bei allen Verträgen, die im Hinblick auf besondere Leistungsmerkmale und besondere Merkmale der geschuldeten Sache/Leistung zustande kommen. Die Besonderheit des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB liegt darin, dass er in die Verkehrsauffassung und in die Erwartungen an die Ware einer bestimmten Art die Angaben des Verkäufers einbezieht.

Um die Grenzen zwischen Beschaffenheitsvereinbarung und Haftung für öffentliche Äußerungen klar zu ziehen, ist § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB einschränkend auszulegen. Zur gesetzlich geschuldeten Beschaffenheit nach § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB gehören nicht solche Eigenschaften, die der Verkäufer im Hinblick auf die spezifischen Merkmale einer unvertretbaren Sache verspricht. Hier ist die Situation nicht anders als im Werkvertragsrecht. Solche Eigenschaften bleiben Beschaffenheitsvereinbarungen vorbehalten, die bei nicht formbe-

dürftigen Rechtsgeschäften konkludent durch Bezugnahme auf die öffentliche Äußerung geschlossen werden. Schickt der Verkäufer einer beweglichen Sache dem Käufer das Exposé und nimmt dieser daraufhin das Angebot an, liegt eine Beschaffenheitsvereinbarung in Bezug auf den Inhalt des Exposés vor. Schaltet der Verkäufer eine Internetanzeige mit Beschaffenheitsangaben und meldet sich der Käufer beim Verkäufer auf diese Anzeige, werden die Beschaffenheitsangaben ebenfalls Bestandteil einer Beschaffenheitsvereinbarung. § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB ergänzt demgegenüber lediglich die Erwartungen an die Art der Sache.

Diese Lesart des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB kommt jedoch nur in Betracht, wenn sie sich mit den Vorgaben der Verbraucherrechtlinie<sup>12</sup> in Art. 7 Abs. 1 lit. d in Einklang bringen lässt.<sup>13</sup> Die Richtlinie schließt meines Erachtens ebenso wenig wie § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB eine entsprechend enge Auslegung aus.<sup>14</sup> Nach der Richtlinie müssen zusätzlich zur „Einhaltung der subjektiven Anforderungen“ die Waren „objektiven Anforderungen“ genügen, nämlich „dem entsprechen, was bei Waren der gleichen Art üblich ist und was der Verbraucher *in Anbetracht der Art* der Waren und unter *Berücksichtigung öffentlicher Erklärungen*, die von dem Verkäufer oder im Auftrag des Verkäufers oder einer anderen Person in vorhergehenden Gliedern der Vertragskette einschließlich des Herstellers, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden, vernünftigerweise erwarten kann.“<sup>15</sup>

Sieht man das anders, müsste man sich umgekehrt fragen, warum nicht die individuelle Zusicherung einer Eigenschaft durch den Verkäufer gegenüber dem Käufer zu einer Eigenschaft führt, die der Käufer gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB nach der Art der Sache *erwarten* kann und daher gesetzlich geschuldet ist. Diesen Weg ist der V. Zivilsenat des BGH bislang zu Recht nicht gegangen. Denn die Beurkundungspflicht für Beschaffenheitsvereinbarungen wäre im Ergebnis gegenstandslos, wenn die vorvertraglichen Angaben über die Erwartungen an den Gegenstand wiederum Eingang in die gesetzlich geschuldete Beschaffenheit finden würden. Außerdem knüpft § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB eben nicht nur an die Erwartungen, sondern kumulativ an die Art der Sache an.

c) § 434 Abs. 1 Satz 3 und beurkundungspflichtiger Grundstückskaufvertrag – geht das zusammen?

Ganz unabhängig von diesen Erwägungen stellt sich die Frage, ob § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB auf einen formbedürftigen Grundstückskaufvertrag angewendet werden kann. Dass entgegen der Auffassung des BGH eine teleologische Reduktion der Vorschrift geboten ist, ist schon an anderer

10 BT-Drucks. 14/6040, S. 214 „Werbeaussagen des Verkäufers selbst werden in aller Regel im Rahmen des Verkaufsgesprächs jedenfalls dann in Bezug genommen, wenn sie konkrete Eigenschaften der Kaufsache betreffen, die die Kaufentscheidung beeinflussen können. In diesen Fällen wird regelmäßig eine entsprechende Beschaffenheitsvereinbarung anzunehmen sein.“ Sofern der Vertrag einer besonderen Formvorschrift unterliegt, kommt ein Zustandekommen einer Beschaffenheitsvereinbarung nicht in Betracht.

11 BT-Drucks. 14/6040, S. 261: „Letztgenannte Vorschrift [§ 434 Abs. 1 Satz 2 RE] enthält allerdings noch eine Ergänzung, die auf die übliche Beschaffenheit verweist und hierbei in § 434 Abs. 1 Satz 3 RE die Haftung für Werbeaussagen des Verkäufers oder Herstellers mit einbezieht und auf Art. 2 Abs. 2 lit. d der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zurückgeht. Dies wird für das Werkvertragsrecht nicht übernommen. Die Regelung ist auf den Verkauf von Massenwaren zugeschnitten, die typischerweise Gegenstand der Werbung insbesondere durch den Hersteller sind. Für Werkverträge spielt sie keine Rolle.“

12 Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl. Nr. L 136 S. 28.

13 Vgl. nur BGH, Urteil vom 9.4.2002, XI ZR 91/99, NJW 2002, 1881, 1884.

14 Insoweit nicht eindeutig die Schlussanträge von GA Sharpston, Rs. C-497/13 (Faber), ECLI: EU: C:2014:2403 Rdnr. 66.

15 Hervorhebung in kursiv durch den Verf.

Stelle ausgeführt worden.<sup>16</sup> Bei der Anwendung von § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB drohen die Formzwecke des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB weitgehend leer zu laufen. Es wäre möglich, in der notariellen Urkunde schlichtweg zu schreiben: „Für die geschuldete Beschaffenheit gelten die öffentlichen Äußerungen des Verkäufers im Internet entsprechend § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB.“ Damit würde der Formzweck des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB konterkariert: Die notarielle Beurkundung soll die Parteien davor schützen, durch unüberlegte Äußerungen weitreichende Primärpflichten einzugehen (Warn-, Beratungs- und Belehrungsfunktion). Vor allem aber würde die Beweisfunktion der Beurkundungspflicht unter die Räder kommen. Die Parteien müssten darüber streiten, ob und wann der Verkäufer welche Anzeige geschaltet und die Angaben wiederum korrigiert hat. Öffentliche Äußerungen können daher lediglich ergänzend herangezogen werden, soweit sie in der Urkunde eine Andeutung erfahren haben, nicht aber aus sich selbst heraus vertragliche Primärpflichten der Parteien des Grundstückskaufvertrags begründen.

Hält man die Auffassung des BGH zu § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB für zutreffend, sind die weiteren Ausführungen des Gerichts stringent und überzeugend. Es wurde keine vorrangige abweichende negative Beschaffenheitsvereinbarung getroffen („eine Erlaubnis für die Errichtung von Pferdeboxen muss nicht vorliegen“). Die allgemeine Regelung, dass die Zulässigkeit einer weiteren Bebauung nicht geschuldet war, genügte hierfür nicht. Auch eine Berichtigung der Angaben, die zum Ausschluss der Haftung für die Beschaffenheit nach § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB geführt hätte, lag nicht vor. Auf den allgemeinen Haftungsausschluss konnte sich der Verkäufer nicht berufen, weil er arglistig gehandelt hatte (§ 444 BGB).

#### d) Die Haftung wegen culpa in contrahendo als Ausweg?

Selbst wenn der BGH der hier vertretenen These von der Unanwendbarkeit des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB gefolgt wäre, wäre das Ergebnis der Entscheidung vermutlich nicht anders ausgefallen. Der Anspruch des Klägers hätte sich in Anbetracht der Arglist des Verkäufers wohl auch auf eine Haftung nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo (§ 311 Abs. 2, § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB) stützen lassen.<sup>17</sup> Bei arglistigem Handeln des Verkäufers ist der Rückgriff auf diesen Anspruch auch trotz des an sich vorrangigen Mängelgewährleistungsrechts nicht gesperrt.<sup>18</sup>

Zu abweichenden Ergebnissen kommt man in folgenden Konstellationen:

- Der Käufer klagt seinen Primäranspruch auf Nacherfüllung oder den auf positives Interesse gerichteten Schadensersatzanspruch ein.
- Der Verkäufer handelt nicht arglistig und im Kaufvertrag findet sich kein allgemeiner Haftungsausschluss.

<sup>16</sup> Vgl. insbesondere *Gräf*, ZfPW 2017, 286, 311 ff.; *Herrler*, NJW 2017, 152; *Lüttringhaus*, JZ 2018, 1029, 1032; vgl. jüngst auch *Cziupka*, EWiR 2019, 525, 526.

<sup>17</sup> *Cziupka*, EWiR 2019, 525.

<sup>18</sup> BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, NJW 2016, 1815 Rdnr. 24 m. w. N.

## 4. Schlussfolgerungen für die Praxis

Für die Praxis lassen sich aus der Entscheidung folgende Schlussfolgerungen ziehen:

- Um die Parteien vor der Fehlvorstellung zu schützen, die vorvertraglichen Beschaffenheitsangaben würden vertraglich bindende Beschaffenheitsvereinbarungen begründen, bietet sich eine entsprechende Klarstellung in der Klausel zum Gewährleistungsausschluss an.<sup>19</sup>
- Hat der Verkäufer in einer Internetanzeige *arglistig* (also mit bedingtem Vorsatz) eine falsche Angabe gemacht, kann er die Haftung weder über einen allgemeinen Gewährleistungsausschluss noch durch einen allgemeinen Distanzierungsvermerk ausschließen. Erforderlich ist vielmehr eine hinreichend präzise Korrektur der vorsätzlich falschen Angabe in der Urkunde. Eine detaillierte Korrektur ist nur in Bezug auf vorsätzlich unrichtige Angaben erforderlich, um die Haftung auszuschließen. Bei fahrlässigen Falschangaben des Verkäufers trägt der allgemeine Haftungsausschluss.

Eine Klausel für einen Gewährleistungsausschluss in einem Grundstückskaufvertrag könnte vor dem Hintergrund der jüngsten BGH-Rechtsprechung wie folgt lauten:

Der Vertragsgegenstand wird so verkauft wie besichtigt. Vorbehaltlich anderer Regelungen in dieser Urkunde ist eine besondere Beschaffenheit weder vereinbart noch geschuldet. Der Verkäufer schuldet insbesondere kein bestimmtes Flächenmaß, keine Bebaubarkeit und keine bestimmte Verwendbarkeit des Vertragsgegenstands. (Evtl. zusätzlich: Die Parteien treffen folgende Beschaffenheitsvereinbarung: (...) [Hinweis: Schuldet der Verkäufer ein bestimmtes Flächenmaß, ist unbedingt die Berechnungsgrundlage [Wohnflächenverordnung, DIN 277, II. Berechnungsverordnung] anzugeben]).

Vorvertragliche Angaben des Verkäufers über den Vertragsgegenstand, insbesondere in Anzeigen und Exposés, sind unverbindlich und nicht Inhalt dieses Vertrags. Sie begründen keine vertragliche Haftung des Verkäufers, soweit sich aus den zwingenden gesetzlichen Vorschriften, insbesondere bei Arglist, nichts anderes ergibt.

Der Verkäufer erklärt, dass er keine Mängel kennt, über die der Käufer angesichts ihrer Bedeutung und des sonstigen Zustands des Vertragsgegenstands eine Aufklärung erwarten durfte. Dem Verkäufer sind insbesondere keine verborgenen Mängel bekannt. Ihm ist auch nicht bekannt, dass im Vorfeld des Vertrags gemachte Angaben, wie zum Beispiel im Exposé, unrichtig sind. (Evtl.: Der Verkäufer korrigiert folgende Angaben des dem Käufer ausgehändigten Exposés: (...)).

Soweit die Parteien keine Beschaffenheit vereinbart haben, werden alle Ansprüche wegen eines Sachmangels ausgeschlossen. Der Haftungsausschluss gilt auch für die mitverkauften beweglichen Sachen.

<sup>19</sup> *Herrler*, NJW 2016, 1767, 1770; *D. Schmidt*, ZfIR 2016, 231, 232.

Unklar ist allerdings, ob die Klausel verwendet werden kann, wenn das AGB-Recht (insbesondere über § 310 Abs. 3 BGB) Anwendung findet. Es ist noch ungewiss, ob eine Abbedingung des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB gegen § 307 Abs. 2 BGB verstößt.<sup>20</sup> Bei Bestandsimmobilien spricht viel für die Zulässigkeit einer Abbedingung des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB. Wenn man den üblichen Haftungsausschluss für zulässig hält, ist es naheliegend, dass auch die Abbedingung der Einstandspflicht für öffentliche Äußerungen AGB-rechtskonform ist.

<sup>20</sup> Für Verstoß *Cziupka*, EWiR 2019, 525, 526; hiergegen *Gräf*, ZfPW 2017, 286, 301.

### 3. Kontrahierungszwang von Wohnungseigentümern zum Abschluss eines Betreuungsvertrags

BGH, Urteil vom 10.1.2019, III ZR 37/18 (Vorinstanz: LG Düsseldorf, Urteil vom 24.1.2018, 23 S 33/17)

*BGB §§ 242, 309 Nr. 9 lit. a, § 620 Abs. 2, § 621 Nr. 3, § 812 Abs. 1 Satz 1*  
*WEG § 10 Abs. 2 Satz 2*

#### LEITSATZ:

**Im Rahmen eines Konzepts zum betreuten Wohnen ist ein in einer Teilungserklärung enthaltener Kontrahierungszwang unwirksam, durch den die Wohnungseigentümer zum Abschluss von Betreuungsverträgen mit einer Bindung von mehr als zwei Jahren verpflichtet werden sollen, wenn sie die Wohnung selbst nutzen, und der den einzelnen Wohnungseigentümern bzw. der Wohnungseigentümergeinschaft keine angemessenen Spielräume für eine interessengerechte Ausgestaltung der Verträge einräumt (Anschluss und Fortführung von BGH, Urteile vom 13.10.2006, V ZR 289/05, NJW 2007, 213 und vom 21.12.2012, V ZR 221/11, NJW 2013, 1963).**

#### SACHVERHALT:

**1** Der Rechtsnachfolger des am 9.2.2017 verstorbenen vormaligen Klägers A W (im Folgenden auch: Kläger) macht gegen die Beklagte Rückzahlungsansprüche aus einem Betreuervertrag geltend.

**2** A W war Eigentümer einer Wohnung in einer Anlage, die nach dem Wohnungseigentumsgesetz aufgeteilt wurde und nach der Teilungserklärung vom 9.7.1996 dem betreuten Wohnen dient. § 16 der Teilungserklärung enthält unter anderem folgende Bestimmungen:

„Zur weiteren Regelung des Gebrauchs des Wohnungseigentums sowie zur weiteren Regelung von Gebrauch, Lastentragung und Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums sind alle Wohnungseigentümer verpflichtet, mit der W. H. Betriebs-GmbH [Beklagte] (...) als Betreuer einen Vertrag über Betreuerleistungen für die Bewohner der altengerechten Wohnanlage abzuschließen, soweit sie die in ihrem Eigentum stehende Wohnung selbst nutzen (...).“

Die Verpflichtung zum Abschluss eines Betreuungsvertrages entfällt, solange die Wohnung nicht benutzt wird oder vermietet ist (...).“

**3** Unter dem 10.12.2012 schloss der Kläger mit der Beklagten einen formularmäßigen Betreuervertrag ab, der für „Betreuung und Organisation“ einen monatlichen Grundbetrag von 250 € sowie für „Betreuung PLUS“ monatlich weitere 100 € vorsah. § 4 des Vertrags regelt die Dauer des Vertragsverhältnisses:

„Dieser Vertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Der Bewohner/die Bewohnerin kann den Betreuervertrag während der ersten zwei Jahre ab Abschluss des Betreuervertrages nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes schriftlich und unter Angabe des Grundes kündigen, wenn:

– (...)

– der Bewohner/die Bewohnerin als Eigentümer der Wohnung deren Selbstnutzung dauerhaft aufgibt; in diesem Fall kann die Kündigung zum 15. eines Monats zum Monatsende ausgesprochen werden;

– wenn ein sonstiger wichtiger Grund im Sinne des § 314 BGB vorliegt.

Nach Ablauf der Zwei-Jahres-Frist kann der Bewohner/die Bewohnerin den Vertrag mit gesetzlicher Frist kündigen.“

**4** Da A W in der Folgezeit (vorübergehend) schwer pflegebedürftig wurde, erfolgte seine Verlegung in eine vollstationäre Pflegeeinrichtung, wo er sich in dem Zeitraum vom 2.10.2015 bis zum 1.2.2016 aufhielt. Mit Schreiben vom 16.10.2015 kündigte er den Betreuervertrag unter Berufung auf dessen § 4 Abs. 2 mit sofortiger Wirkung und gab an, die Wohnung seit fünf Monaten nicht mehr zu bewohnen. Es stehe nicht fest, wann sich daran etwas ändere. Die Beklagte buchte dennoch vom Konto des Klägers unter dem 30.10.2015 350 € sowie unter dem 1.12.2015, dem 1.1.2016 und dem 1.2.2016 jeweils 250 € ab. Nach Besserung seines Gesundheitszustands kehrte der Kläger im Verlauf des Jahres 2016 in seine Wohnung zurück, wobei er die in dem Betreuervertrag vorgesehene monatliche Betreuungspauschale regelmäßig bezahlte.

**5** Der Kläger hat die Rückzahlung der in dem Zeitraum von Oktober 2015 bis Februar 2016 abgebuchten Beträge begehrt und geltend gemacht, aufgrund der Kündigung habe er keine Zahlungen geschuldet. Seitens der Beklagten seien auch keine Betreuungsleistungen erbracht worden.

**6** Das AG hat die Beklagte – unter Klageabweisung im Übrigen – zur Zahlung von 750 € nebst Zinsen verurteilt. Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg gehabt. Mit der vom LG zugelassenen Revision verfolgt sie ihren Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**7** Die zulässige Revision ist unbegründet.

**8** I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts kann der Kläger von der Beklagten die Rückzahlung der in den Monaten Dezember 2015 bis Januar 2016 abgebuchten Beträge in Höhe von insgesamt 750 € aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB verlangen.

**9** Die Beendigung des Betreuervertrags sei nach dem Recht des Dienstvertrags zu beurteilen, da dort der Schwerpunkt des Rechtsgeschäfts liege. Die Kündigungsfrist richte sich nach § 620 Abs. 2, § 621 Nr. 3 BGB, sodass die Kündigung vom 26.10.2015 das Vertragsverhältnis zum 30.11.2015 beendet habe.

**10** Der in § 16 der Teilungserklärung enthaltene Kontrahierungszwang stehe der Wirksamkeit der Kündigung nicht entgegen. Diese Verpflichtung sei so zu verstehen, dass ein Betreuungsverhältnis während der gesamten Wohnungsnutzung aufrechterhalten werden müsse. Eine in einer Teilungserklärung enthaltene Verpflichtung der Wohnungseigentümer, einen

Betreuungsvertrag mit einer zeitlichen Bindung von mehr als zwei Jahren abzuschließen, sei jedoch nach § 309 Nr. 9 lit. a BGB unwirksam (Hinweis auf BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 289/05, NJW 2007, 213).

**11** Die Unwirksamkeit einer über zwei Jahre hinausgehenden Bindung ergebe sich unabhängig von einer AGB-Inhaltskontrolle zudem aus § 242 BGB. Ein Kontrahierungszwang begegne durchgreifenden Bedenken, wenn die Wohnungseigentümer zum Abschluss von Verträgen mit mehr als zweijähriger Bindung verpflichtet werden sollten und weder den einzelnen Wohnungseigentümern noch der Wohnungseigentümergeinschaft wirkliche Spielräume für die Ausgestaltung der Verträge verblieben.

**12** Die Beklagte habe keine Gründe dargetan, die einer Kündigung nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB entgegenstünden ungeachtet dessen, dass eine solche Wertung im Anwendungsbereich des § 309 Nr. 9 lit. a BGB (Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit) ohnehin nicht zulässig sei.

**13** Soweit die Beklagte einwende, ein bloß „kurzfristiges Ausziehen“ aus der Wohnung lasse eine Kündigung nicht zu, werde diesem berechtigten Interesse dadurch Rechnung getragen, dass in § 4 des Betreuervertrags auf die gesetzlichen Kündigungsfristen verwiesen werde und zudem die Möglichkeit bestehe, den Betreuervertrag nach ordnungsgemäßer Kündigung weiterzuführen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach im Rahmen des betreuten Wohnens Miet- und Betreuungsvertrag rechtmäßig aneinander gekoppelt werden könnten (Hinweis auf Senat, Urteil vom 23.2.2006, III ZR 167/05, NJW 2006, 1276), sei nicht einschlägig, da § 4 des Betreuervertrags eine Kündigung ohne Aufgabe des Wohnungseigentums vorsehe, an dessen Erhalt ein schutzwürdiges Interesse des Eigentümers bestehe.

**14** II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

**15** 1. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung der im Dezember 2015 sowie im Januar und Februar 2016 abgebuchten Beträge in Höhe von insgesamt 750 €. Da der Betreuervertrag durch die Kündigung vom 26.10.2015 jedenfalls gemäß § 620 Abs. 2, § 621 Nr. 3 BGB mit Ablauf des 30.11.2015 beendet wurde, kann dahinstehen, ob der Kläger, der die Erstattung der Betreuungspauschale für November 2015 nicht weiterverfolgt, darüber hinaus berechtigt war, das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund (§ 4 Abs. 2 des Betreuervertrags) mit sofortiger Wirkung zu beenden.

**16** a) Für die Beendigung des Betreuervertrags ist das Recht des Dienstvertrags maßgeblich. Zwar sind die durch den Betreuervertrag begründeten Vertragspflichten der Beklagten nicht ausschließlich dienstvertraglicher Natur (§ 611 BGB). Vielmehr liegt ein gemischter Vertrag vor, der auch werk- und mietvertragliche Elemente enthält (zum Beispiel Bereitstellung eines Pflegestützpunktes, eines Fitnessraumes, einer Rezeption sowie einer Telefonanlage mit Notrufsystem, Durchführung von Hausmeisterdiensten und Reparaturen). Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH bildet ein gemischter Vertrag ein einheitliches Ganzes und kann deshalb bei der rechtlichen Beurteilung nicht in seine verschiedenen Bestandteile zerlegt

werden. Der Eigenart des Vertrags wird grundsätzlich nur die Unterstellung unter ein einziges Vertragsrecht gerecht, nämlich dasjenige, in dessen Bereich der Schwerpunkt des Vertrags liegt (zum Beispiel Senat, Beschluss vom 21.4.2005, III ZR 293/04, NJW 2005, 2008, 2010; Urteile vom 8.10.2009, III ZR 93/09, NJW 2010, 150 Rdnr. 16; vom 12.1.2017, III ZR 4/16, NJW-RR 2017, 622 Rdnr. 10 und vom 15.3.2018, III ZR 126/17, NJW-RR 2018, 683 Rdnr. 11; vom 13.10.2006, V ZR 289/05, NJW 2007, 213 Rdnr. 7). Diesen Schwerpunkt hat das Berufungsgericht zutreffend und von der Revision unbeanstandet im Dienstvertragsrecht gesehen.

**17** b) Ein Dienstvertrag ist ordentlich kündbar, wenn seine Dauer weder bestimmt noch aus der Beschaffenheit oder dem Zweck der Dienste zu entnehmen ist (§ 620 Abs. 2 BGB) und die Vertragsparteien das Recht auf ordentliche Kündigung nicht wirksam abbedungen haben (BGH, Urteil vom 13.10.2006, a. a. O. Rdnr. 8; siehe auch BeckOGK-BGB/*Sut-schet*, Stand: 1.8.2018, § 620 Rdnr. 4 f., 75). So liegt es hier.

**18** aa) Eine im Sinne von § 620 Abs. 2 Fall 1 BGB kalendermäßig bestimmte Vertragsdauer haben die Parteien nicht vereinbart. Vielmehr legt § 4 Abs. 1 des Betreuervertrags fest, dass das Vertragsverhältnis auf unbestimmte Zeit geschlossen wird.

**19** bb) (1) Ist die Dauer des Dienstverhältnisses nicht nach dem Kalender bestimmt oder bestimmbar, kann sich die Vertragsdauer jedoch auch aus der Beschaffenheit oder dem Zweck der Dienste ergeben (§ 620 Abs. 2 Fall 2 und 3 BGB). So wie die kalendermäßige Bestimmung der Dauer des Dienstvertrags stets durch Vereinbarung der Parteien erfolgt, kann der Beschaffenheit oder dem Zweck der Dienste eine Bestimmung der Dauer des Dienstverhältnisses nur insoweit entnommen werden, als – ggf. nach Auslegung des Vertrags gemäß §§ 133, 157 BGB – anzunehmen ist, dass die Parteien diese Dauer vereinbaren wollten. Dabei können sie zur Umsetzung des Konzepts des betreuten Wohnens grundsätzlich festlegen, dass die Dauer des Betreuungsvertrags daran geknüpft ist, dass der jeweilige Wohnungseigentümer die Wohnung selbst nutzt (vgl. BGH, Urteil vom 13.10.2006, a. a. O. Rdnr. 9 f.; BeckOGK-BGB/*Sut-schet*, § 620 Rdnr. 13, 75.1).

**20** (2) Für eine derartige Vereinbarung fehlen – abgesehen davon, dass eine solche im Widerspruch zu der ausdrücklichen Bestimmung in § 4 Abs. 1 des Betreuungsvertrags stünde – im vorliegenden Fall zureichende Anhaltspunkte. Der Betreuervertrag nimmt die in der Teilungserklärung festgeschriebene Verpflichtung der Wohnungseigentümer, zur Realisierung eines betreuten Wohnens im Falle der Selbstnutzung der Wohnung einen Betreuervertrag mit der Beklagten abzuschließen, nicht in Bezug. Vielmehr wird die Vertragsbeendigung autonom geregelt, indem nach Ablauf einer zweijährigen Vertragsbindung auf die gesetzlichen Kündigungsfristen verwiesen wird, ohne dass an die Aufgabe des Wohnungseigentums oder das Ende der Selbstnutzung angeknüpft wird (siehe überdies unten dd) (1)).

**21** (3) Unabhängig davon würde ein formularmäßiger Abschluss der Kündigungsmöglichkeit, solange der Eigentümer die Wohnung selbst nutzt, einer Inhaltskontrolle nach § 309

Nr. 9 lit. a BGB nicht standhalten. Danach kann der Dienstberechtigte höchstens für einen Zeitraum von zwei Jahren vertraglich gebunden werden. Dieses Klauselverbot (ohne Wertungsmöglichkeit) erfasst nach seinem Sinn und Zweck nicht nur kalendarische Befristungen für mehr als zwei Jahre, sondern auch Verträge, deren Beendigung von einem bestimmten Ereignis abhängt (zum Beispiel Wegfall des Vertragspartners als Wohnungseigentümer oder Aufgabe der Selbstnutzung durch den Wohnungseigentümer), sofern die Parteien nicht den Eintritt dieses Ereignisses innerhalb von zwei Jahren als sicher vorausgesetzt haben (BGH, Urteil vom 13.10.2006, a. a. O. Rdnr. 11; BeckOGK-BGB/Weiler, Stand: 15.9.2018, § 309 Nr. 9 Rdnr. 77). Dafür, dass die Parteien im vorliegenden Fall bei Vertragsschluss von der Aufgabe der Eigentümerstellung bzw. der Selbstnutzung durch den Eigentümer innerhalb von zwei Jahren ausgegangen sind, ist nichts ersichtlich. Die Vorstellung der Parteien war vielmehr – wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat – von der Vorstellung geprägt, dass das Betreuungsverhältnis während der gesamten mehrjährigen Wohnungsnutzung durch den Eigentümer aufrechterhalten werden sollte.

**22 cc)** Soweit § 4 Abs. 2 des Betreuervertrags vorsieht, dass der Bewohner das Vertragsverhältnis während der ersten zwei Jahre ab Vertragsschluss nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kündigen kann, spielt der damit angeordnete Ausschluss einer ordentlichen Kündigung nach § 620 Abs. 2, § 621 Nr. 3 BGB vorliegend keine Rolle, da diese Frist zum Zeitpunkt der Kündigung vom 26.10.2015 bereits verstrichen war.

**23 dd)** Die Kündigung vom 26.10.2015 stellt, anders als die Beklagte meint, auch keine unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB) dar. Die ordentliche Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses ist zwar regelmäßig treuwidrig, wenn der Gekündigte, hier also die Beklagte, bei Beendigung des Vertrags einen Anspruch auf Neuabschluss hätte (BGH, Urteil vom 13.10.2006, a. a. O. Rdnr. 14 m. w. N.). So liegt der Fall hier aber nicht.

**24 (1)** Nach § 16 Abs. 1 Satz 2 der Teilungserklärung besteht die Verpflichtung zum Abschluss eines Betreuungsvertrags nur, wenn der Eigentümer die Wohnung selbst nutzt. Dementsprechend entfällt gemäß § 16 Abs. 2 Satz 1 der Teilungserklärung die Verpflichtung zum Abschluss eines Betreuungsvertrags, solange die Wohnung von dem Eigentümer nicht benutzt wird oder vermietet ist. Der Eigentümer, der seine Wohnung – möglicherweise auch nur vorübergehend – nicht selbst nutzt, unterliegt somit keinem Kontrahierungszwang. Dies traf auf den Kläger zu, da er ab dem 2.10.2015 aufgrund gesonderten Heimvertrags in einer anderen Pflegeeinrichtung vollstationär untergebracht und ihm eine Benutzung seiner Wohnung aus gesundheitlichen Gründen überhaupt nicht möglich war. Entgegen der in der mündlichen Verhandlung des Senats vorgetragenen Auffassung der Revision wird die Aufgabe der Selbstnutzung der Wohnung durch den Kläger nicht dadurch in Frage gestellt, dass er diese während seiner Abwesenheit nicht von seinen Möbeln räumte. Die an die Nutzung der Wohnung gekoppelte Verpflichtung in der Teilungserklärung zum Abschluss eines Vertrags über Betreuerleistungen ergibt nur Sinn, wenn diese dem Bewohner gegenüber

– von kurzen, etwa urlaubsbedingten Unterbrechungen abgesehen – persönlich erbracht werden können.

**25 (2)** § 242 BGB greift aber auch deshalb nicht ein, weil ein Kontrahierungszwang der Wohnungseigentümer zum Abschluss eines Betreuungsvertrags mit einer Laufzeit von mehr als zwei Jahren einseitig von dem teilenden Eigentümer in der Teilungserklärung nicht wirksam angeordnet werden kann.

**26 (a)** Nach § 309 Nr. 9 lit. a BGB kann der Dienstberechtigte durch vorformulierte Verträge höchstens für zwei Jahre gebunden werden. Daran anknüpfend hat der V. Zivilsenat des BGH entschieden, dass sich daraus auch eine zeitliche Höchstdauer für die in einer Teilungserklärung begründeten Gebrauchsregelungen nach § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG ergibt, mit denen eine Verpflichtung sämtlicher Wohnungseigentümer festgeschrieben wird, einen Betreuungsvertrag abzuschließen (Urteile vom 13.10.2006, a. a. O. Rdnr. 15, 17 und vom 21.12.2012, V ZR 221/11, NJW 2013, 1963 Rdnr. 29). Die einseitige Vorgabe einer dauerhaften, mehr als zweijährigen Bindung an ein bestimmtes Betreuungsunternehmen ohne die Möglichkeit, Einzelheiten auszuhandeln, beschneide in nicht hinnehmbarer Weise die rechtliche Stellung der Wohnungseigentümer sowie ihre Entscheidungsfreiheit und stelle eine unangemessene Benachteiligung dar (Urteil vom 13.10.2006, a. a. O. Rdnr. 17). Dies gelte auch dann, wenn die Wohnungen in der Anlage nur zum Zwecke des betreuten Wohnens genutzt werden dürften. Da das Gesetz für den Bereich des betreuten Wohnens keine Sonderregelung enthalte, sei das zeitliche Höchstmaß jedenfalls für vorformulierte, von den Wohnungseigentümern abzuschließende Betreuungsverträge nach der für Dienstverträge geltenden Vorschrift in § 309 Nr. 9 lit. a BGB zu bestimmen (Urteile vom 13.10.2006, a. a. O. und vom 21.12.2012, a. a. O.). Dabei könne offenbleiben, ob von dem teilenden Eigentümer einseitig gesetzte Bestimmungen in der Teilungserklärung der Inhaltskontrolle in entsprechender Anwendung der §§ 307 ff. BGB oder – unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls – anhand des Maßstabs von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unterlägen. Beide Standpunkte führten regelmäßig zu demselben Ergebnis (Urteil vom 13.10.2006, a. a. O. Rdnr. 15-17).

**27 (b)** Auch nach Auffassung des erkennenden Senats hält ein Kontrahierungszwang, durch den die Wohnungseigentümer – wie hier – zum Abschluss von Betreuungsverträgen mit einer Bindung von mehr als zwei Jahren verpflichtet werden sollen, wenn sie die Wohnung selbst nutzen, und der den einzelnen Wohnungseigentümern bzw. der Wohnungseigentümergeinschaft keine angemessenen Spielräume für eine interessengerechte Ausgestaltung der Verträge einräumt, einer Inhaltskontrolle weder am Maßstab des § 309 Nr. 9 lit. a BGB noch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) stand.

**28 (aa)** Dass die entsprechende Anwendung von § 309 Nr. 9 lit. a BGB die Unwirksamkeit eines derartigen Kontrahierungszwangs zur Folge hat, liegt auf der Hand (siehe oben 1. b) bb) (3)) und bedarf an dieser Stelle keiner weiteren Ausführungen mehr. Das Klauselverbot sieht keine Wertungsmöglichkeit vor, sodass es nicht darauf ankommt, ob eine über zwei Jahre hinausreichende Vertragsbindung bei einem anerkennenswerten Interesse an einer längeren Vertragsdauer

ausnahmsweise gebilligt werden könnte (vgl. BGH, Urteil vom 13.10.2006, a. a. O. Rdnr. 12,16).

**29** (bb) Könnte der teilende Eigentümer (Bauträger) diejenigen Wohnungseigentümer, die die Wohnung selbst nutzen, über viele Jahre hinweg an ein bestimmtes Betreuungsunternehmen binden, wäre dies eine unangemessene Benachteiligung, die der einzelne Eigentümer auch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht hinnehmen muss. Hierin läge eine erhebliche Verschlechterung seiner Rechtsstellung. Der einzelne Eigentümer könnte sich von dem Betreuungsvertrag durch ordentliche Kündigung nur bei Veräußerung seines Eigentums oder wenigstens Aufgabe der Selbstnutzung der Wohnung lösen. Im Übrigen stünde ihm nur die Kündigung aus wichtigem Grund (§§ 314, 626 BGB) zur Verfügung. Diese ist jedoch von besonderen Voraussetzungen abhängig und erfordert, dass dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht zugemutet werden kann (§ 314 Abs. 1 Satz 2, § 626 Abs. 1 BGB; siehe auch Senat, Urteile vom 11.11.2010, III ZR 57/10, NJW-RR 2011, 916 Rdnr. 9 und vom 7.3.2013, III ZR 231/12, NJW 2013, 2021 Rdnr. 17; jeweils m. w. N.). Damit wird die überlange Vertragsbindung gerade nicht beseitigt (BeckOGK-BGB/*Weiler*, § 309 Nr. 9 Rdnr. 69). Dem Dienstberechtigten (Eigentümer) bliebe nur, für vom Dienstverpflichteten (Betreuungsunternehmen) nicht oder in unbrauchbarer Form geleistete (nicht nachholbare) Dienste keine Vergütung zu zahlen (§§ 614, 320, 326 Abs. 1 BGB) oder, sofern der Dienstverpflichtete die Unmöglichkeit der Dienstleistung zu vertreten hat, Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB ggf. i. V. m. § 283 BGB geltend zu machen (vgl. Senat, Urteil vom 23.2.2006, III ZR 167/05, NJW 2006, 1276 Rdnr. 18). Unberücksichtigt bliebe dabei jedoch sein wegen des personalen Bezugs der Betreuungsleistungen gesteigertes Bedürfnis, sich von dem Betreuungsunternehmen trennen zu können, wenn dessen Leistungen zwar möglicherweise nicht mangelhaft bzw. unbrauchbar sind, aber seinen Erwartungen nicht entsprechen oder die persönliche Vertrauensgrundlage gestört ist (vgl. BGH, Urteile vom 13.10.2006, V ZR 289/05, NJW 2007, 213 Rdnr. 17 und vom 21.12.2012, V ZR 221/11, NJW 2013, 1963 Rdnr. 30).

**30** (cc) Diesen erheblichen Beeinträchtigungen der Belange des Dienstberechtigten stehen für das beklagte Pflegeunternehmen von vornherein kalkulierbare Risiken gegenüber. Dem aner kennenswerten Interesse, eine stetige Grundbetreuung und angemessene Finanzierbarkeit des Gesamtkonzepts zu gewährleisten (siehe dazu Senat, Urteil vom 23.2.2006, a. a. O. Rdnr. 15; BGH, Urteil vom 13.10.2006, a. a. O. Rdnr. 17), wird durch eine zweijährige Vertragsbindung unter Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung hinreichend Rechnung getragen (§ 4 Abs. 2, 3 des Betreuervertrags). Damit wird für neu abgeschlossene Betreuungsverträge eine gewisse Kontinuität sichergestellt. Finanzielle Risiken, die sich durch Kündigungen und damit einhergehende Leerstände ergeben, können bei der Berechnung der Betreuungsentgelte von vornherein kalkulatorisch berücksichtigt werden. Es verbleibt auch die Möglichkeit der Anpassung der Betreuungspauschalen (vgl. *Pauly*, ZMR 2008, 864, 866).

**31** c) Soweit die Revision geltend macht, im Hinblick auf die Inanspruchnahme des Gemeinschaftseigentums durch das Pflegeunternehmen und zur wirtschaftlichen Sicherstellung des Konzepts des betreuten Wohnens seien die Teilungserklärung und der Betreuervertrag dahin auszulegen, dass allein die Eigentümergemeinschaft (bzw. die Gesamtheit der Eigentümer) die Bindung an das Betreuungsunternehmen durch Kündigung lösen könne, vermag der Senat sich dem nicht anzuschließen. Dies käme allenfalls dann in Betracht, wenn nicht der einzelne Wohnungseigentümer, sondern die Wohnungseigentümergeinschaft als solche den Betreuungsvertrag abgeschlossen hätte. Daran fehlt es hier. Dem streitigen Betreuervertrag bzw. der Teilungserklärung können auch keine Anhaltspunkte dafür entnommen werden, dass die Betreuungsverträge der einzelnen Wohnungseigentümer im Sinne eines einheitlichen Geschäfts rechtlich verbunden sind (vgl. BGH, Urteil vom 13.10.2006, a. a. O. Rdnr. 20; siehe auch Senat, Urteil vom 23.2.2006, III ZR 167/05, NJW 2006, 1276 Rdnr. 15; BGH, Urteil vom 30.10.2013, XII ZR 113/12, BGHZ 198, 337 Rdnr. 29; Beschluss vom 16.9.2003, VIII ZR 186/03, NJW-RR 2004, 160 zur „Koppelung“ von Mietvertrag und Betreuungsleistungen). Vielmehr bestimmt § 4 Abs. 3 des Vertrags ausdrücklich, dass dem Bewohner nach Ablauf der zweijährigen Vertragsbindung ein individuelles Kündigungsrecht unter Wahrung der gesetzlichen Kündigungsfristen zusteht.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessorin **Nina Bomhard**, München

In der zu besprechenden Entscheidung hält der BGH an der Obergrenze von zwei Jahren (entsprechend § 309 Nr. 9 lit. a BGB oder aus § 242 BGB) für einen Kontrahierungszwang zum Abschluss eines Betreuungsvertrags durch Wohnungseigentümer, die die Wohnung im betreuten Wohnen selbst nutzen, fest. Die Entscheidung lässt Gestaltungsspielräume und versperrt sich auch längerer Bindung nicht kategorisch, sofern den Wohnungseigentümern oder der Wohnungseigentümergeinschaft angemessene Möglichkeiten zur interessengerechten Ausgestaltung der Betreuungsverträge gewährt werden.

#### 1. Interessenlage im betreuten Wohnen

Im betreuten Wohnen können ältere oder pflegebedürftige Menschen dank abrufbarer Unterstützungsleistungen weitgehend selbstbestimmt leben. Betreuungsgrundleistungen (zum Beispiel Notrufsystem) werden für alle Bewohner vorgehalten, zusätzliche sind je nach Bedarf zubuchbar (zum Beispiel Essen auf Rädern). Das Erfolgsrezept verspricht: Nicht mehr im angestammten Zuhause, aber immer noch daheim statt im Heim.

Die Kosten dieser Grundversorgung sollen auf möglichst viele Schultern einer einheitlichen Bewohnerstruktur verteilt werden. Der Betreuungsdienstleister möchte mit einer langfristigen Bindung kalkulieren. Der Einzelne hat ein Bedürfnis, sich vom Anbieter zu trennen, wenn er mit ihm unzufrieden ist oder sich sein Betreuungsbedarf ändert. Im Spannungsbereich

feld dieser Interessen zeigt der BGH die Grenzen von Bindungsklauseln auf: In der Teilungserklärung kann eine Gebrauchsregelung eine Nutzung im Sinne des betreuten Wohnens absichern. Dagegen

„hält ein Kontrahierungszwang, durch den die Wohnungseigentümer – wie hier – zum Abschluss von Betreuungsverträgen mit einer Bindung von mehr als zwei Jahren verpflichtet werden sollen, wenn sie die Wohnung selbst nutzen, und der den einzelnen Wohnungseigentümern bzw. der Wohnungseigentümergeinschaft keine angemessenen Spielräume für eine interessengerechte Ausgestaltung der Verträge einräumt, einer Inhaltskontrolle weder am Maßstab des § 309 Nr. 9 lit. a BGB noch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) stand.“<sup>1</sup>

Damit schließt sich der III. Senat des BGH ohne wesentlich neue Impulse der bisherigen Linie des V. Senats<sup>2</sup> sowie den Vorinstanzen an.

## 2. Sachverhalt

Der im Prozessverlauf verstorbene vormalige Kläger war Wohnungseigentümer in einer nach § 8 WEG aufgeteilten Anlage für betreutes Wohnen. Nach der Teilungserklärung sollten die Eigentümer verpflichtet sein, mit einem bestimmten Anbieter einen Vertrag über Betreuungsleistungen abzuschließen, soweit und solange sie die Wohnung selbst nutzen und nicht vermieteten. Der Betreuungsvertrag zwischen dem Kläger und dem beklagten Betreuungsunternehmen war innerhalb der ersten zwei Jahre nur außerordentlich, zum Beispiel bei dauerhafter Aufgabe der Selbstnutzung der Wohnung, danach mit gesetzlicher Frist kündbar. Der Kläger verlangte Rückzahlung der Entgelte, die während seiner Verlegung in eine vollstationäre Pflege trotz Kündigung durch das beklagte Betreuungsunternehmen eingezogen worden waren.

Das AG gab der Klage hinsichtlich bestimmter Zeiträume nach ordentlicher Kündigung statt. Die Berufung des Beklagten wies das LG ab und sprach sich auch gegen einen Kontrahierungszwang zur nahtlosen Vermietung an eine betreuungsbedürftige Person aus. Der BGH bekräftigt die Maximaldauer der Bindung und hält sich offen, diese zu relativieren, sofern angemessene Verhandlungsspielräume eingeräumt werden. Der Rückzahlungsanspruch ergebe sich aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB. Der Betreuungsvertrag als Rechtsgrund sei durch wirksame ordentliche Kündigung des Betreuungsvertrags gemäß § 621 Nr. 3 BGB beendet, der seinem Schwerpunkt nach als Dienstvertrag einzuordnen sei. Diesem Zwischenergebnis könne auch nicht nach § 242 BGB die Verpflichtung zum Neuabschluss des Betreuungsvertrags entgegengehalten werden. Denn der in der Teilungserklärung enthaltene Kontrahierungszwang bestehe nicht die Inhaltskontrolle entsprechend § 309 Nr. 9 lit. a BGB oder nach § 242 BGB.

Die Entscheidung steckt den Rahmen ab, innerhalb dessen ein Wohnungs- und Teileigentümer im betreuten Wohnen an ein Betreuungsunternehmen gebunden sein kann (3.). Der Gestaltungspraxis verbleiben Nuancierungsmöglichkeiten, je nachdem, wer sich wie binden soll (4.).

## 3. Bindung an Betreuungsunternehmen ja – aber in Maßen

Der BGH scheint sich weniger am Kontrahierungszwang an sich als an seiner Dauer zu stören.

### a) Gebrauchsverpflichtung als Gebrauchsregelung im Sinne des § 15 Abs. 1 WEG?

Zentral für die Kontinuität des betreuten Wohnens ist zunächst, wie weitreichende Bindungen die Wohnungs- und Teileigentümer mit Wirkung für Rechtsnachfolger eingehen können. Durch Gebrauchsregelung für das Sondereigentum im Sinne des § 15 Abs. 1 WEG kann der Bewohnerkreis auf Menschen eines bestimmten Alters oder mit einem gewissen Pflegegrad mindestens eines Haushaltsangehörigen eingeschränkt werden.<sup>3</sup> Sofern darin eine an das Alter anknüpfende Diskriminierung liegt, ist sie vor dem Maßstab des § 19 Abs. 3 AGG als gerechtfertigt anzusehen.<sup>4</sup>

In der vorangegangenen Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2006 hatte der BGH keine prinzipiellen Einwände gegen eine Verpflichtung sämtlicher Wohnungseigentümer, einen Betreuungsvertrag abzuschließen,<sup>5</sup> diente sie doch der Umsetzung der Gebrauchsregelung im Sinne des § 15 Abs. 1 WEG zur Nutzung der Wohnungen im Sinne des betreuten Wohnens (anknüpfend an Mindestalter oder Betreuungsbedarf).

Schlüsselfrage ist, ob diese Gebrauchsverpflichtung an der Bindungswirkung nach § 10 Abs. 2 und 3 WEG teilhat. Zum Gebrauch zu verpflichten, wo das Gesetz lediglich gestattet, ihn zu regeln, hieße die Bindungsmöglichkeit auszudehnen, wenn nicht gar zu überdehnen. Zudem ist die Teilungserklärung in erster Linie Binnenrechtsordnung der Wohnungseigentümer, sodass ein Kontrahierungszwang als Vereinbarung zugunsten eines Dritten fehl am Platz erscheint. Allenfalls untereinander können sich die Wohnungseigentümer verpflichten, wenn das betreute Wohnen den Charakter des Wohnungseigentums derart prägt, dass die Betreuungsdienstleistungen nicht nur einen Bezug zu den Bewohnern, sondern zur Wohnung selbst aufweisen. In der Literatur wird nicht einheitlich beurteilt, wann die Schwelle von einer zulässigen Gebrauchs- zu einer unzulässigen Gebrauchsregelung überschritten ist.<sup>6</sup> Praktiziert werden Gebrauchsgebote im Sinne eines Anschluss- und Benutzungs-

<sup>1</sup> Rdnr. 27 der Entscheidung.

<sup>2</sup> Urteile des V. Senats vom 13.10.2006, V ZR 289/05, DNotZ 2007, 39 und vom 21.12.2012, V ZR 221/11, NJW 2013, 1963.

<sup>3</sup> Beck'sches Notar-Handbuch/Rapp, 7. Aufl. 2019, A III Rdnr. 47b; Formulierungsbeispiel bei Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rdnr. 3676.

<sup>4</sup> Notar Sven Schünemann, Regensburg, auf der Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 6.2.2013; Barth, MittBayNot 2013, 208.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 289/05, NJW 2007, 213 Rdnr. 15.

<sup>6</sup> Beck'sches Notar-Handbuch/Rapp, A III Rdnr. 47 c; für die Zulässigkeit: Forst, RNotZ 2003, 292, 296.

zwanges zwar auch auf anderen Gebieten.<sup>7</sup> Binden sollte sich der Wohnungseigentümer im vom BGH entschiedenen Fall allerdings nicht nur in der Frage des „Ob“, sondern auch hinsichtlich eines konkreten in der Teilungserklärung festgeschriebenen Betreuungsunternehmens. Hier dürfte die Trennlinie verlaufen. Könnte der Anbieter nur durch Änderung der Teilungserklärung gewechselt werden, wäre dies schon in der praktischen Handhabung schwerfällig. Dass überhaupt eine Grundversorgung im betreuten Wohnen in Anspruch genommen werden muss, lässt sich hingegen mit dem Charakter der Anlage rechtfertigen.

#### b) Kontrolle der Bindung und Öffnung für Gestaltungsspielräume

Für den Betreuungsvertrag eines Bewohners selbst gilt eine maximale Bindungsdauer von zwei Jahren unmittelbar aus § 309 Nr. 9 lit. a BGB. Demgegenüber interessiert sich der amtliche Leitsatz bei der Beurteilung des Kontrahierungszwangs in der Teilungserklärung neben der zeitlichen Grenze auch für angemessene Spielräume zur interessengerechten Vertragsgestaltung.

Offen lässt der BGH erneut, ob der Kontrahierungszwang an §§ 305 ff. BGB in entsprechender Anwendung oder an § 242 BGB zu messen ist.<sup>8</sup> Direkt anwendbar ist das AGB-Recht auf eine Teilungserklärung nicht, sie ist keine Vertragsbestimmung. Die Interessenlage ist vergleichbar:<sup>9</sup> Freilich „stellen“ die Bewohner im betreuten Wohnen sich die Teilungserklärung untereinander nicht. In aller Regel gibt ein Bauträger diese einseitig vor. Wer eine Wohnung im betreuten Wohnen erwerben will, findet die Teilungserklärung als eine kaum verhandelbare Gegebenheit vor. Sie wirkt kraft Grundbucheintragung, in den Bauträgervertrag wird sie deklaratorisch miteinbezogen. Die Rechtsprechung verwertet argumentativ nicht, ob nach § 3 oder § 8 WEG geteilt wurde.<sup>10</sup> Der Prüfungsmaßstab spielt nicht nur für die Wertungsmöglichkeit eine Rolle, sondern hat auch Auswirkungen auf den Prüfungsumfang des Grundbuchamts: Eine Nichtigkeit infolge AGB-Verstoßes wäre von Amts wegen zu beachten; eine im Hinblick auf § 242 BGB zu beanstandende Unangemessenheit hätte dagegen lediglich die Unbeachtlichkeit der Bestimmung der Teilungserklärung zur Folge. Auch das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion betrifft nur den ersten Fall.<sup>11</sup> Woher nimmt der BGH das Kriterium „angemessener Spielräume für eine interessengerechte Vertragsausgestaltung“ (Rdnr. 27), wenn doch eine AGB-Kontrolle entsprechend § 309 Nr. 9 lit. a BGB gerade keine Wertungsmöglichkeit kennt? Und wann ist es erfüllt?

Eine Erklärung für den stärkeren Schutz des Eigentümers als des Mieters im betreuten Wohnen ist die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG und damit der Gestaltungsspielraum der Wohnungseigentümer, den § 10 Abs. 2 WEG zur Abweichung von den Vorschriften des WEG und des BGB einräumt. Der BGH führt auch den personalen Charakter der Betreuungsdienstleistung als lebenspraktisch sicherlich nachvollziehbares Argument an, das sich jedoch rechtlich nur im Rahmen einer von §§ 308 f. BGB nicht vorgesehenen Wertung hören ließe. Auch das BayObLG sah das Ende der Gestaltungsfreiheit dort, wo die personenrechtliche Gemeinschaftsstellung der Wohnungseigentümer oder ihre Rechtsstellung als Eigentümer hinsichtlich elementarer Mitgliedschaftsrechte zu stark ausgehöhlt werden.<sup>12</sup> Letzten Endes ist das Schutzbedürfnis in der Eigentümerstellung zu verorten.<sup>13</sup>

Die Revision war gerade zur Fortbildung des Rechts zu der – vom BGH nicht direkt beantworteten – Frage zugelassen worden, ob sich ein Wohnungseigentümer nur dann nach zwei Jahren von einem in der Teilungserklärung vorgesehenen Betreuungsvertrag lösen kann, wenn er gleichzeitig mit der Kündigung des Betreuungsvertrags seine Wohnungseigentümerstellung aufgibt. Eine entsprechende Koppelung von Miet- und Betreuungsvertrag, sodass der eine nicht ohne den anderen gekündigt werden kann, wurde nicht als sittenwidrig angesehen.<sup>14</sup> Vorliegend konnte der Betreuungsvertrag auch ohne Aufgabe des Wohnungseigentums von jedem Eigentümer individuell gekündigt werden. Die Teilungserklärung war insoweit „unglücklich“ gestaltet.<sup>15</sup> Ihr fehlte eine Verzahnung von Teilungserklärung und Betreuungsvertrag und damit auch dem BGH der Anlass die vom LG aufgeworfene Frage zu beantworten.<sup>16</sup> Man mag eine Koppelung als dem betreuten Wohnen wesensimmanent und zulässig erachten,<sup>17</sup> insbesondere mit der Wohnungseigentümergeinschaft als Vertragspartner des Betreuungsvertrages;<sup>18</sup> höchstrichterliche Leitlinien gibt auch die vorliegende Entscheidung hierzu nicht.

Auffällig ist die Diskrepanz zwischen dem Mieter und dem Eigentümer im betreuten Wohnen nicht nur in der Rechtsprechung zur einheitlichen Kündigung, sondern auch hinsichtlich des heimrechtlichen Schutzniveaus: Auf einen Wohnungseigentümer oder Wohnungserbbauberechtigten ist das regulierte Heimrecht mangels Wohnraumüberlassung nicht anwendbar.

Der Begriff „betreutes Wohnen“ meint eine vorstationäre Wohnform in Abgrenzung zu Alten- oder Pflegeheimen. Für Heime gelten nach der Föderalismusreform von 2006 hinsichtlich der zivilrechtlichen Ausgestaltung zum Verbrau-

7 Z. B: für Kabelanschluss, BeckOK-WEG/Timme, Stand: 1.5.2019, § 15 WEG Rdnr. 29.

8 Parallele Prüfung nach § 242 BGB (großzügigere Beurteilung allenfalls bei herausgehobenem Investitionsaufwand) und AGB-Kontrolle auch im Urteil vom 13.10.2006, V ZR 289/05, NJW 2007, 213; Beschluss vom 20.6.2002, V ZB 39/01, BGHZ 151, 164; § 242 BGB als Prüfungsmaßstab: BayObLG, Beschluss vom 14.6.1995, 2 Z BR 53/95, DNotZ 1996, 37.

9 Ulmer in FS Weitnauer, 1980, S. 205 ff.

10 Bärman/Wenzel, WEG, 10. Aufl. 2008, § 10 Rdnr. 104.

11 Ulmer in FS Weitnauer, S. 205, 219.

12 BayObLG, Beschluss vom 14.6.1995, 2 Z BR 53/95, DNotZ 1996, 37.

13 Weitnauer, DNotZ 1989, 428.

14 BGH, Urteil vom 23.2.2006, III ZR 167/05, NJW 2006, 1276.

15 Drasdo, LMK 2019, 414481.

16 Insoweit richtig und konsequent entschieden nach *Bub/Pramataroff*, FD-MietR 2019, 415133.

17 NJW-Spezial 2019, 227.

18 Drasdo, LMK 2019, 414481.

cherschutz das WBVG, hinsichtlich des Aufsichtsrechts die Heimgesetze der Länder (Art. 74 Abs. 1 Nr. 6, Art. 72 GG).<sup>19</sup> Das WBVG ist nicht auf allgemeine Unterstützungsleistungen (§ 1 Abs. 1 Satz 3 WBVG) anwendbar, sondern erst, wenn der Unternehmer selbst zu Pflege- oder Betreuungsleistungen oder der Verbraucher zum Vertragsschluss mit einem bestimmten Pflegedienst verpflichtet ist (§ 1 Abs. 1 Satz 1 WBVG).<sup>20</sup> Für die zivilrechtliche Seite der vielfältigen Erscheinungsformen des betreuten Wohnens gibt es keine spezifischen Vorgaben im Gesetz und nur wenige in der Rechtsprechung.<sup>21</sup>

#### 4. Gestaltungsspielräume für Bindungen und Bündelungen

In der Praxis besteht die Kunst darin, die Grundversorgung der Bewohner bei einem Anbieter zu bündeln. Ansätze zur dinglichen Absicherung einer Bindung an ein Betreuungsunternehmen stoßen schnell an Grenzen. Eine erfolgversprechendere Strategie könnte die der Vergemeinschaftung der Vertragsbindungen sein.

##### a) Kaum Bindung durch Verdinglichung

Damit die Anlage des betreuten Wohnens auf Dauer Bestand hat, ist eine Wirksamkeit ihrer Grundregeln für Rechtsnachfolger entscheidend. Letztendlich unterliegt aber jede

dingliche Absicherung der Bindung an ein Betreuungsunternehmen nach der besprochenen Entscheidung klaren Beschränkungen.

Der Gebrauch im Sinne des betreuten Wohnens kann mit Wirkung gegenüber Rechtsnachfolgern festgeschrieben werden. Flankierend zu solchen zweckbestimmenden Gebrauchsregelungen können Veräußerung oder Vermietung von der Verwalterzustimmung nach § 12 Abs. 2 WEG abhängig gemacht werden.<sup>22</sup> Zulässig ist sogar eine Vermietungspflicht in der Gemeinschaftsordnung zur Vermeidung von Leerstand, wenn andernfalls der mit der Anlage verfolgte Zweck in der vorgesehenen Form nicht erreicht werden kann.<sup>23</sup> Dementsprechend könnte die Zweckbestimmung mit einer (Zwischen-)Vermietungspflicht kombiniert werden.<sup>24</sup> Die Bewohner können eine Kooperationsvereinbarung<sup>25</sup> abschließen und Gebrauchsüberlassung sowie Veräußerung von einer Zustimmung der Gemeinschaft abhängig machen und diese unter anderem durch eine Übertragungsverpflichtung für den Zuwiderhandlungsfall mit Vormerkung absichern.<sup>26</sup>

Andere Instrumente zur dinglichen Absicherung hingegen können für einen Kontrahierungszwang im engeren Sinne nicht fruchtbar gemacht werden: Er kann anders als die Nutzung im Sinne des betreuten Wohnens selbst nicht nach § 2 Nr. 1 ErbbauVO mit dinglicher Wirkung zum Inhalt eines (Wohnungs- und Teil-)Erbbaurechts im Rahmen von Vereinbarungen über die Verwendung des Bauwerks werden. Der Betreuungsdienstleister könnte freilich selbst ein Erbbaurecht ausgeben und nach WEG aufteilen. Denkbar ist auch, dass er eine Teileigentumseinheit etwa für zentrale Einrichtungen wie eine Sozialstation erwirbt oder pachtet. Dann wäre ein Wechsel des Anbieters de facto erschwert und neue Wohnungseigentümer träten in abgeschlossene Nutzungsverhältnisse ein.

Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu Sicherung des Nutzungszwecks ist neben einer Gebrauchsregelung in der Teilungserklärung redundant.<sup>27</sup> Über sie kann keine Verpflichtung zu aktivem Tun wie dem Abschluss des konkreten Betreuungsvertrags konstruiert und nur das Eigentumsrecht, nicht hingegen die allgemeine wirtschaftliche Handlungsfreiheit beschränkt werden.

Ein Wohnungsbesetzungsrecht für eine juristische Person zur Sicherung des Charakters des betreuten Wohnens ohne zeitliche Befristung ist zwar möglich.<sup>28</sup> Soll es hingegen einen konkreten Pflegedienstleister vor Konkurrenz schützen, müssten die zeitlichen Grenzen der besprochenen Entscheidung greifen. Eine Nutzungsbeschränkung zugunsten des Betreibers, die Nutzung als Wohnung untersagen zu

19 Servicewohnen als Teil des Heimrechts: § 2 Abs. 2, § 7 Bremisches Wohn- und Betreuungsgesetz; § 2 Abs. 1, §§ 6 ff. Hamburgisches Wohn- und Betreuungsqualitätsgesetz; Formen betreuten Wohnens § 2 Abs. 4 Niedersächsisches Gesetz über unterstützende Wohnformen; § 2 Abs. 2 Nr. 3 Wohn- und Teilhabegesetz Nordrhein-Westfalen; ambulant betreutes Wohnen §§ 1 Abs. 1, 1b Saarländisches Wohn-, Betreuungs- und Pflegequalitätsgesetz. Vom Anwendungsbereich des Heimrechts ausgenommen: § 2 Abs. 6 Wohn-, Teilhabe- und Pflegegesetz Baden-Württemberg. Auch das Bayerische PflWoqG knüpft an die Überlassung von Wohnraum an und schließt zugleich Formen des betreuten Wohnens mit Festlegung lediglich hinsichtlich der Grundversorgung und freier Wählbarkeit von Zusatzleistungen von seinem Anwendungsbereich aus, Art. 2 Abs. 2 BayPflWoqG; § 2 Abs. 1 Wohnteilhabegesetz Berlin; § 2 Abs. 1, § 3 Abs. 1 Brandenburgisches Pflege- und Betreuungswohnengesetz; § 2 Abs. 4 Hessisches Gesetz über Betreuungs- und Pflegeleistungen; § 2 Abs. 3 Einrichtungenqualitätsgesetz Mecklenburg-Vorpommern; § 3 Abs. 3 Landesgesetz über Wohnformen und Teilhabe Rheinland-Pfalz; § 2 Abs. 3 Sächsisches Betreuungs- und Wohnqualitätsgesetz; § 6 Abs. 1 Wohn- und Teilhabegesetz Sachsen-Anhalt; § 9 Selbstbestimmungsstärkungsgesetz Schleswig-Holstein; § 4 Thüringer Wohn- und Teilhabegesetz.

20 Zum Beispiel Notruf, hausmeisterliche und hauswirtschaftliche Dienstleistungen, Fahr- und Begleitdienste, Besuchs- oder Sicherheitsdienste sowie die reine Vermittlung von Pflege- oder Betreuungsleistungen bei freier Auswahl des Verbrauchers unter mehreren Anbietern. Doch auch die Abgrenzung von Grund- und Zusatzleistungen kann Schwierigkeiten bereiten, weshalb *Ludyga* vorschlägt, sich am Sozialrecht, namentlich an § 36 Abs. 1 SGB IX bzw. § 37 Abs. 2 SGB V zu orientieren, *MittBayNot* 2013, 208, 210.

21 So dürfen sich Kündigungsgründe an denen des Heimrechts orientieren, müssen es aber nicht (BGH, Beschluss vom 21.4.2005, III ZR 293/04, *NJW* 2005, 2008). Zu typischen Kündigungsgründen *Kremer-Preiß*, *Betreutes Wohnen und Wohnen im Heim. Rechtliche Aspekte*, 1998, S. 136.

22 *Heinemann*, *MittBayNot* 2002, 1, 4 f.

23 BayObLG, Beschluss vom 10.3.1988, 2 Z 123/87, *NJW-RR* 1988, 1163.

24 *Heinemann*, *MittBayNot* 2002, 1, 3.

25 *Kastl*, *Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten privater Senioren-Hausgemeinschaften*, 2010, S. 250 f., 262 f.

26 *Kastl*, a. a. O., S. 249.

27 *Kastl*, a. a. O., S. 239.

28 BayObLG, Beschluss vom 29.12.2000, 2 Z BR 134/00.

können, wenn bei Pflegebedürftigkeit nicht Pflegeleistungen von ihm in Anspruch genommen werden, ist als Umgehungsstrategie ebenso wenig erfolgversprechend.

Schließt der Bauträger den Betreuungsvertrag selbst vorab als Verkaufsargument ab, bedarf es einer Vertragsüberleitung auf die Bewohner bzw. die Gemeinschaft. Da der Schwerpunkt nicht im Mietrecht liegt, helfen die §§ 566 ff. BGB hier nicht. Auch über § 10 Abs. 3 und 4 WEG sind die Wohnungseigentümer nicht an den Betreuungsvertrag gebunden.<sup>29</sup> Entweder muss der Erwerber den Bauträger bevollmächtigen oder das Betreuungsunternehmen der Vertragsübernahme zustimmen.<sup>30</sup> Im Bauträgerkaufvertrag müsste der Erwerber sich verpflichten, in der Eigentümerversammlung auf Vertragsübernahme hinzuwirken (ggf. sanktioniert mit einem Rücktritts- oder Kündigungsrecht für den Bauträger). Angesichts der Bedenken gegen einen verdinglichten Kontrahierungszwang bleibt (freilich mit derselben Höchstdauer) nur die rein schuldrechtliche Verpflichtung jedes Erwerbers im (Bauträger-)Erwerbsvertrag zum Abschluss eines Betreuungsvertrags mit Weitergabeverpflichtung.

#### b) Faktische Bindung durch Vergemeinschaftung

Der Leitsatz zeigt noch eine interessante Alternative auf: Die Gestaltungsspielräume müssen danach den einzelnen Wohnungseigentümern bzw. der Wohnungseigentümergeinschaft eingeräumt werden. Ein Gestaltungsansatz wäre, die teilrechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft selbst als Vertragspartner für die Grundversorgung zu wählen. Paradox mag an dieser Lösung zunächst anmuten, den Verbraucherschutz nicht über den Individualvertrag, sondern darin zu suchen, dass die Wohnungseigentümergeinschaft die Auswahl des Anbieters an sich zieht.

Dieser Ansatz hat den Charme, dass nur für die gesamte Anlage einheitlich gekündigt werden und einzelne Bewohner nicht aus dem Konzept des betreuten Wohnens ausscheren könnten.<sup>31</sup> Nur wenn die Eigentümergeinschaft den Betreuungsvertrag abgeschlossen hat oder die einzelnen Betreuungsverträge der Bewohner im Sinne eines einheitlichen Geschäfts rechtlich verbunden sind, kann dem BGH zufolge die Teilungserklärung oder der Betreuungsvertrag dahin gehend auszulegen sein, dass die Kündigung nur einheitlich erfolgen kann.<sup>32</sup> Das Erfordernis einer einheitlichen Kündigung lässt sich nur im Betreuungsvertrag selbst statuieren, nicht hingegen in der Teilungserklärung oder dem Bauträgerkaufvertrag.

Eine geborene Zuständigkeit hat die Wohnungseigentümergeinschaft für den Abschluss eines Betreuungsvertrags als Verwaltungsmaßnahme im Sinne des §§ 21 ff. WEG und in Ausübung der Eigentümerrechte. Abgeschlossen wird

dann ein Globalvertrag ähnlich dem Verwaltervertrag.<sup>33</sup> Allerdings ist ein Rechtsnachfolger nicht schon nach § 10 Abs. 4 und 5 WEG an einen solchen Vertrag gebunden. Vielmehr wäre eine schuldrechtliche Verpflichtung zum Vertragseintritt mit Weitergabeverpflichtung zu empfehlen. Jeder Eigentümer würde dem Betreuungsunternehmen für Kosten anteilig gemäß § 10 Abs. 8 Satz 1 WEG haften, nicht jedoch in Analogie zu § 16 Abs. 6 WEG. Der Verwalter könnte mit der Einziehung für die Forderungsgemeinschaft der Wohnungseigentümer beauftragt werden.

Vorstellbar ist eine Gebrauchsregelung im Sinne des § 15 Abs. 1 WEG dergestalt, dass Betreuungsdienstleistungen nur von dem durch Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft mit Drei-Viertel-Mehrheit bestellten Dienstleister erbracht werden dürfen.<sup>34</sup> Der einzelne Bewohner müsste sich dann zwar dem Diktat der Mehrheit beugen. Doch dieses Schicksal würde ihn auch in anderen Personenvereinigungen und Organisationsformen des betreuten Wohnens wie zum Beispiel der GbR<sup>35</sup> ereilen, sodass der vom BGH herausgearbeitete personale Charakter des auf Vertrauen beruhenden Betreuungsvertrags keine unüberwindlichen Anforderungen stellen dürfte; zumal nur die Grundversorgung, etwa mit dem Hausnotruf gemeinsam abgeschlossen würde, die stärker mit persönlichem Kontakt verbundenen Zusatzleistungen hingegen frei wählbar wären.

Noch ein Wort zum Verbraucherschutz: Qualifiziert man die Eigentümergeinschaft im betreuten Wohnen als Verbraucher,<sup>36</sup> unterläge ihr Verhältnis zu den Wohnungs- und Teileigentümern nicht dem direkten Einwirkungsbereich des § 309 Nr. 9 lit. a BGB. Der einzelne Wohnungseigentümer könnte auch durchaus angemessene Spielräume im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB für einen interessengerechten Betreuungsvertrag über ein hinreichendes Mehrheitserfordernis für die Vergabeentscheidung haben. Da Eigentümergeinschaften nach überwiegender Ansicht immer dann Verbrauchern gleichzustellen sind, wenn ihnen mindestens ein Verbraucher angehört,<sup>37</sup> bleibt es zwar im Verhältnis zum Betreuungsunternehmen regelmäßig bei der maximalen Bindungsdauer von zwei Jahren. Allerdings wäre ein Wechsel faktisch dadurch erschwert, dass sich eine Mehrheit dafür in der Eigentümergeinschaft finden müsste. Das wäre jedoch wie auch sonst in Personenvereinigungen vor dem Hintergrund des § 309 Nr. 9 lit. a BGB und des § 242 BGB hinzunehmen.

Abschließend lässt sich festhalten: Das Ergebnis des BGH, die Unwirksamkeit des Kontrahierungszwangs im entschiedenen

<sup>29</sup> Forst, RNotZ 2003, 292, 299.

<sup>30</sup> Beck'sches Notarhandbuch/Rapp, A III Rdnr. 47e ff.

<sup>31</sup> Heinemann, MittBayNot 2002, 6975; Forst, RNotZ 2003, 292, 294 f.

<sup>32</sup> Rdnr. 31 der besprochenen Entscheidung.

<sup>33</sup> Der Personalunion von Betreiber und Verwalter schiebt § 26 Abs. 1 WEG einen zeitlichen Riegel vor, *Drasdo*, NJW-Spezial 2007, 193, 194.

<sup>34</sup> *Munzig*, Die Gemeinschaftsordnung im Wohnungseigentum, 1999, S. 8, 42.

<sup>35</sup> In der GbR wäre der Ausscheidende allerdings grundsätzlich abzufinden, *Kastl*, a. a. O., S. 281.

<sup>36</sup> Zweifelnd unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 25.3.2015, VIII ZR 243/13, DNotZ 2016, 32; *Drasdo*, LMK 2019, 414481.

<sup>37</sup> BGH, Urteile vom 25.3.2015, VIII ZR 243/13, DNotZ 2016, 32; VIII ZR 360/13, BeckRS 2015, 8621 und VIII ZR 109/14, BeckRS 2015, 8619.

denen Fall, ist richtig. Es sind aber bei weitem noch nicht alle Spielarten des betreuten Wohnens in der Gestaltungsform von Wohnungseigentum ausgeleuchtet. Der BGH ermöglicht interessante Gestaltungsspielräume und ermutigt zugleich die Gestaltungspraxis dazu, diese zu nutzen, um interessengerechte Lösungen zu finden.

#### 4. Geltung des § 311b BGB bei Stiftungsgeschäften und Prüfungspflicht des Grundbuchamts bezüglich § 12 WEG

OLG Köln, Beschluss vom 5.8.2019, 2 Wx 220/19, 2 Wx 227-229/19, mitgeteilt von **Werner Sternal**, Vorsitzender Richter am OLG Köln

BGB § 81 Abs. 1, § 311b

GBO § 15 Abs. 3

##### LEITSÄTZE:

1. **Ein Stiftungsgeschäft zur Errichtung einer Stiftung des Privatrechts, in dem der Stifter die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück zusichert, bedarf der notariellen Beurkundung.**
2. **Die Prüfungspflicht gemäß § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO erfasst auch die Zustimmung des Verwalters einer Wohnungseigentümergeinschaft gemäß § 12 Abs. 1 WEG.**

##### AUS DEN GRÜNDEN:

1 1. Die Beschwerdeführerin ist im Grundbuch als Eigentümerin der oben bezeichneten beiden Teileigentumseinheiten eingetragen. Am 18.12.2018 hat sie in notarieller Urkunde die Auflassung dieser Eigentumseinheiten an die Beteiligte zu 2 erklärt sowie gemeinsam mit letzterer die Eintragung des Eigentumswechsels bewilligt und beantragt. In der Vorbemerkung der Urkunde hat sie angegeben, sie habe am 13.4.2018 durch privatschriftliche Erklärung die Beteiligte zu 2 gegründet, die am 18.4.2018 durch die Senatsverwaltung des Landes Berlin anerkannt worden sei. Gemäß Stiftungsgeschäft sei die Stiftung unter anderem mit Immobilienvermögen in Gestalt der beiden Teileigentumseinheiten ausgestattet worden. Die Umschreibung ist mit notariellem Schriftsatz vom 3.4.2019 unter Beifügung einer Zustimmung des WEG-Verwalters beantragt worden.

2 Mit Verfügung vom 25.4.2019 hat die Grundbuchrechtspflegerin den Antrag mit der Begründung beanstandet, das Stiftungsgeschäft bedürfe bei der Übertragung von Grundbesitz notarieller Beurkundung nach § 311b BGB, und eine Frist zur Behebung bis zum 30.6.2019 gesetzt. Hiergegen hat die Beschwerdeführerin mit bei dem AG eingereichtem anwaltlichen Schriftsatz vom 24.6.2019 Beschwerde eingelegt. Durch den am 27.6.2019 erlassenen Beschluss vom 26.6.2019 hat die Rechtspflegerin im Wege einer Zwischenverfügung den Antrag erneut mit derselben Begründung beanstandet und eine Frist zur Behebung bis zum 5.7.2019 gesetzt. Hiergegen hat die Beschwerdeführerin mit an das OLG gerichtetem Schrift-

satz vom 11.7.2019 Beschwerde eingelegt, der das AG nicht abgeholfen hat.

3 2. Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaften und auch im Übrigen zulässigen Beschwerden gegen die beiden Zwischenverfügungen sind begründet.

4 Die angefochtenen Zwischenverfügungen sind aus grundbuchverfahrensrechtlichen Gründen aufzuheben, weil der Erlass einer Zwischenverfügung des vorliegenden Inhalts unzulässig ist. Denn durch eine Zwischenverfügung im Sinne des § 18 Abs. 1 GBO sollen dem Antragsteller der Rang und die sonstigen Rechtswirkungen, die sich nach dem Eingang des Antrages auf Vornahme einer Grundbucheintragung richten und die bei sofortiger Zurückweisung verlorengehen, erhalten bleiben. Dies ist nur gerechtfertigt, wenn der Mangel des Antrages mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann; nur unter diesen Voraussetzungen kommt der Erlass einer Zwischenverfügung in Betracht (OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 1990, 1042, 1043; BayObLG, NJW-RR 1991, 465; Senat, FGPrax 2013, 153, 154; FGPrax 2014, 12-14; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 18 Rdnr. 8 jeweils m. w. N.). Dementsprechend kann es nicht Inhalt einer Zwischenverfügung sein, auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts hinzuwirken, das erst die Grundlage einer einzutragenden Rechtsänderung werden soll. Fehlt es an einem rechtswirksamen Rechtsgeschäft als Grundlage einer Eintragung, kann der wirksamen Nachholung dieses Rechtsgeschäfts keine rangwahrende Wirkung zukommen. Auf eine Nachholung in diesem Sinne indes sind die beiden Zwischenverfügungen gerichtet, da das Grundbuchamt der Auffassung ist, das in der Auflassungsurkunde in Bezug genommene Stiftungsgeschäft sei in Ansehung der Einbringung von Immobilienbesitz unwirksam, und der Antragstellerin aufgegeben hat, ein Stiftungsgeschäft in notarieller Beurkundung erst noch vorzunehmen. Mit einem solchen Inhalt ist eine Zwischenverfügung unzulässig, vielmehr ist ein entsprechender Antrag – ggf. nach vorheriger Erteilung eines rechtlichen Hinweises entsprechend § 139 ZPO – zurückzuweisen, ohne dass eine Zwischenverfügung vorausgehen darf.

5 Lediglich ergänzend merkt der Senat an, dass nicht nachvollziehbar ist, warum das Grundbuchamt dieselbe Beanstandung zweimal, nämlich durch Verfügung vom 25.4.2019 und durch den am 27.6.2019 erlassenen Beschluss, erhoben hat. Zudem entsprach die erste Zwischenverfügung nicht der gebotenen Beschlussform (Senat, FGPrax 2013, 18).

(...)

8 3. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgende Gesichtspunkte hin:

9 a) In der Sache teilt er die Rechtsauffassung des Grundbuchamts. Eine im Stiftungsgeschäft übernommene Verpflichtung zur Einbringung von Grundeigentum bedarf der notariellen Beurkundung nach § 311b Abs. 1 BGB, weshalb das privatschriftliche Stiftungsgeschäft und die notariell beurkundete Auflassung nicht genügen.

10 Der Anwendung des § 311b BGB steht nicht entgegen, dass es sich bei dem Stiftungsgeschäft um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt. Es ist allgemein anerkannt, dass § 311b BGB nach seinem Schutzzweck über den Wortlaut

(„Vertrag“) hinaus entsprechend auf einseitige Rechtsgeschäfte mit dem in der Vorschrift beschriebenen Inhalt anzuwenden ist (vgl. nur Staudinger/Schumacher, Neub. 2018, § 311b Rdnr. 59; MünchKomm-BGB/Ruhwinkel, 8. Aufl. 2019, § 311b Rdnr. 33; Palandt/Grüneberg, 78. Aufl. 2019, § 311b Rdnr. 16, jeweils m. w. N.). Denn im Hinblick auf die Bedeutung von Rechtsgeschäften betreffend die Übertragung von Grundstücken schlechthin tritt die rechtliche Konstruktion der zugrunde liegenden Verpflichtung als einseitiges Rechtsgeschäft oder Vertrag in den Hintergrund.

**11** Die Beachtung der Schriftform des § 81 BGB genügt nicht, soweit das Stiftungsgeschäft eine Einbringung von Grundeigentum vorsieht. Diese Rechtsfrage ist umstritten.

**12** Nach einer Ansicht genügt die Schriftform des § 81 BGB auch dann, wenn das Stiftungsgeschäft eine Verpflichtung zur Übertragung von Grundeigentum enthält (OLG Schleswig, Beschluss vom 1.8.1995, 9 W 50/95, DNotZ 1996, 770; FG Schleswig-Holstein, Urteil vom 8.3.2012, 3 K 118/11, EFG 2012, 1184, Rdnr. 37, 6; MünchKomm-BGB/Weitemeyer, 8. Aufl. 2018, § 81 Rdnr. 8; Richter/Stumpf, Stiftungsrecht, 2019, § 4 Rdnr. 14).

**13** Die Gegenauffassung hält eine Anwendung des § 311b BGB für geboten (Palandt/Ellenberger, § 81 Rdnr. 3; Palandt/Grüneberg, § 311b Rdnr. 16; Staudinger/Schumacher, § 311b Rdnr. 59; MünchKomm-BGB/Ruhwinkel, § 311b Rdnr. 32; Beuthien/Schwake, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 5. Aufl. 2016, § 79 Rdnr. 146; Schwarz, DStR 2002, 1718, 1721; Wochner, DNotz 1996, 770 ff.).

**14** Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an.

**15** Dies beruht zunächst auf einer gesetzessystematischen Überlegung: Bei dem Stiftungsrecht handelt es sich ebenso wie bei dem Vereinsrecht um einen Teil der im Allgemeinen Teil des BGB enthaltenen Regelungen betreffend juristische Personen. Das Stiftungsgeschäft besteht in der Widmung eines Vermögens durch den Stifter (§ 81 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dies und damit auch die Formvorschrift des § 81 Abs. 1 Satz 1 BGB betrifft allein die Begründung der Einrichtung der juristischen Person Stiftung. Soweit zu dem zu widmenden Vermögen Gegenstände gehören, deren Übertragung besonderen Formvorschriften unterliegt, treten diese Normen der für die Begründung der Einrichtung als solcher geltenden Vorschrift des § 81 Abs. 1 Satz 1 BGB hinzu. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass diese Norm die für bestimmte Vermögensgegenstände geltende und damit speziellere Regelung des § 311b BGB verdrängen soll. Soweit geltend gemacht wird, es sei in Gesetzgebungsverfahren erörtert worden, ob für die Gründung einer Stiftung ein Beurkundungserfordernis eingeführt werden soll, und es sei dieser Ansatz wieder verworfen worden, so betrifft dies nur die Frage der Verschärfung der Formanforderungen an die Gründung einer Stiftung im Allgemeinen wegen der Bedeutung des Stiftungsgeschäfts als solchem, gerade auch in Anbetracht der Dauerhaftigkeit einer Stiftung. Daraus lässt sich hingegen nicht ableiten, dass § 81 Abs. 1 Satz 1 BGB in der geltenden Fassung auch eine Anwendung von Formvorschriften für bestimmte Arten von Vermögensgegenständen, wie etwa der grundstücksrechtlichen Bestimmung des § 311b BGB, ausschließen sollte.

**16** Zudem spricht auch der Schutzzweck des § 311b BGB für eine Anwendung auf eine Verpflichtung zur Übertragung von Grundeigentum im Stiftungsgeschäft. Soweit von der Gegenansicht vorgebracht wird, das verwaltungsrechtliche Verfahren der Anerkennungsbehörde entspreche der notariellen Beurkundung, so kann dem nicht gefolgt werden. Denn insoweit handelt es sich um Verfahren verschiedenen Inhalts: Die Anerkennungsbehörde hat im öffentlichen Interesse allein die Merkmale des § 80 Abs. 2 Satz 1 BGB zu prüfen, wozu Belange des Stifters selbst nicht gehören. Diese Belange des Aufgebenden aber sind gerade auch Grund und Inhalt der notariellen Beratungs- und Belehrungspflicht. Darüber hinaus sind als weitere Zwecke des notariellen Formzwangs im Grundstücksrecht abgesehen von einer Warnfunktion Abschluss- und Inhaltsklarheit sowie Beweissicherung anerkannt. Diesen bei Rechtsgeschäften betreffend die Übertragung von Grundstücken zu stellenden Dokumentationsanforderungen wird eine privatschriftliche Erklärung auch in Verbindung mit einer Anerkennung durch eine Verwaltungsbehörde nicht gerecht (vgl. Wochner, a. a. O.; Schwake, a. a. O.). Der Überlegung von Stumpf (in Richter, Stiftungsrecht, § 4 Rdnr. 14), gerade die behördliche Anerkennung gewährleiste die Rechtssicherheit und Klarheit, vermag sich der Senat wegen der dargestellten unterschiedlich gelagerten Zweckrichtungen und Prüfungsmaßstäbe des behördlichen Anerkennungsverfahrens auf der einen und des notariellen Beurkundungsverfahrens auf der anderen Seite nicht anzuschließen.

**17** b) Ein den Anforderungen des § 15 Abs. 3 GBO entsprechender Prüfvermerk des Notars hinsichtlich der vorgelegten Verwaltergenehmigung liegt bislang ebenfalls nicht vor.

**18** Die Frage, ob die Prüfungspflicht gemäß § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO auch Zustimmungen des Verwalters einer Wohnungseigentümergeinschaft gemäß § 12 Abs. 1 WEG erfasst, ist umstritten. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass die notarielle Prüfungspflicht sämtliche zur Grundbucheintragung erforderlichen Erklärungen und Erklärungsbestandteile im Sinne von § 29 Abs. 1 GBO umfasst, also auch die Verwalterzustimmung gemäß § 12 Abs. 1 WEG (BeckOK-GBO/Reetz, Stand: 1.6.2019, § 15 Rdnr. 82; Attenberger, MittBayNot 2017, 335, 337). Dem wird jedoch teilweise entgegengehalten, dass § 15 Abs. 3 GBO nur auf die sich aus der GBO ergebenden eintragungsnötigen Erklärungen wie zum Beispiel §§ 19, 20, 22 Abs. 2, §§ 26, 27 GBO Anwendung finde (Weber, RNotZ 2017, 427, 430; Demharter, GBO, § 15 Rdnr. 22, 23).

**19** Hinsichtlich der Form ist der Senat einer in der Literatur im Hinblick auf § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO teilweise vertretenen Auffassung, dass Prüfvermerk der Form einer Vermerkurkunde gemäß § 39 BeurkG entsprechen müsse (Weber, RNotZ 2017, 427, 434; BeckOK-GBO/Reetz, § 15 Rdnr. 89), nicht gefolgt (Beschluss vom 3.7.2019, 2 Wx 169/19). Denn nähere Vorgaben zur konkreten Ausgestaltung des Prüfvermerks enthalten die gesetzliche Regelung des § 15 Abs. 3 GBO und die Gesetzesbegründung nicht. Insbesondere enthält die Gesetzesbegründung keine Aussagen über mögliche Formanforderungen an den Prüfvermerk. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass der Prüfvermerk zwingend in der Form des § 39 BeurkG erfolgen muss, zumal es ausweislich

der Gesetzesbegründung maßgeblich nur darauf ankommt, ob die Vornahme der Prüfung für das Grundbuchamt „ohne weitere Nachforschungen“ ersichtlich ist (zum Vorstehenden: *Attenberger*, MittBayNot 2017, 335, 342). Zum Teil wird daher eine formlose Bestätigung des Notars im Antragsschreiben für ausreichend erachtet (OLG Celle, FGPrax 2018, 5-7, Rdnr. 25 nach juris; Keller/Munzig/Volmer, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, § 15 Rdnr. 82), zum Teil eine unterschriebene und gestempelte Erklärung des Notars (Bauer/Schaub/Wilke, GBO, 4. Aufl. 2018, § 15 Rdnr. 44; Demharter, GBO, § 15 Rdnr. 24).

**20** c) Unabhängig von der unter a) erörterten Rechtsfrage kann es sich anbieten, die Stiftungsurkunde bei dem Grundbuchamt einzureichen.

**21** d) Im Hinblick auf die Fassung des Rubrums der amtsgerichtlichen Beschlüsse weist der Senat das Grundbuchamt darauf hin, dass der Notar in aller Regel, so auch hier, nicht selbst als Beteiligter, sondern als Bevollmächtigter des/der Antragsteller auf der Grundlage des § 15 Abs. 2 GBO auftritt. Gleichermaßen sind die Rechtsanwältinnen nicht selbst Beteiligte, sondern Verfahrensbevollmächtigte und als solche im Rubrum zu bezeichnen.

**22** e) Bei einer Vorlage an das Beschwerdegericht ist den Akten je betroffenem Grundbuchblatt ein aktueller Grundbuchauszug beizufügen.

## BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

### 5. Kostentragung bei Maßnahme zur Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums durch den Eigentümer

BGH, Urteil vom 14.6.2019, V ZR 254/17 (Vorinstanz: LG Hamburg, Urteil vom 13.9.2017, 318 S 23/17)

BGB § 687 Abs. 1, §§ 812, 951  
WEG § 21 Abs. 4

#### LEITSÄTZE:

- 1. Dem Wohnungseigentümer, der eigenmächtig Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten am Gemeinschaftseigentum durchführt, steht kein Ersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder Bereicherungsrecht zu. Das gilt auch dann, wenn die von dem Wohnungseigentümer durchgeführte Maßnahme ohnehin hätte vorgenommen werden müssen (insoweit Aufgabe von Senat, Urteil vom 25.9.2015, V ZR 246/14, BGHZ 207, 40 Rdnr. 12 f.).**
- 2. Auch wenn der Wohnungseigentümer eine Maßnahme zur Instandsetzung oder Instandhaltung des Gemeinschaftseigentums in der irrigen Annahme durchführt, er habe diese als Sondereigentümer auf eigene Kosten vorzunehmen (hier: Fenstererneuerung), besteht ein solcher Anspruch nicht.**

#### SACHVERHALT:

**1** Der Kläger ist Mitglied der beklagten Wohnungseigentümergeinschaft. Die Wohnanlage besteht aus 212 Wohnungen. § 4 Abs. 1 der Teilungserklärung lautet auszugsweise:

„Jeder Wohnungseigentümer ist zur ordnungsgemäßen Instandhaltung und Instandsetzung seiner Wohnung sowie der dem Sondereigentum zugeordneten Sondernutzungsbereiche und der darin befindlichen Anlagen und Ausstattung, auch soweit sich diese im gemeinschaftlichen Eigentum befinden und unbeschadet eines eventuellen Mitbenutzungsrechts der anderen Wohnungseigentümer bzw. Bewohner verpflichtet. (...) Er hat hierfür die Kosten einschließlich etwaiger Betriebskosten zu tragen. Die Verpflichtung umfasst insbesondere: (...) b) die Fenster einschließlich der Rahmen, der Verglasung und der Beschläge, jedoch ausschließlich des Farbanstrichs der Außenseite der Fenster und Wohnungsabschlusstüren.“

**2** Der Kläger ließ 2005 im Bereich seines Sondereigentums die einfach verglasten Holzfenster aus dem Jahr 1972 für 5.524,78 € durch Kunststofffenster mit Dreifachisolierverglasung ersetzen. Bereits zuvor hatten viele Wohnungseigentümer ihre Wohnungen mit modernen Kunststofffenstern ausgestattet. Die Wohnungseigentümer gingen bis zur Veröffentlichung der Entscheidung des BGH vom 2.3.2012 (V ZR 174/11, NZM 2012, 419) zu einer vergleichbaren Regelung in einer Teilungserklärung übereinstimmend davon aus, dass auch eine notwendige Erneuerung der Fenster Sache der jeweiligen Sondereigentümer sei.

**3** Das AG hat die gegen die Wohnungseigentümergeinschaft auf Wertersatz i. H. v. 5.500 € gerichtete Klage abgewiesen. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der von dem LG zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Zahlungsantrag weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**4 I.** Das Berufungsgericht meint, die beklagte Wohnungseigentümergeinschaft sei für den auf Bereicherungsrecht gestützten Zahlungsanspruch nicht passiv legitimiert. Zwar komme nach der Rechtsprechung des BGH bei einer eigenmächtigen Instandsetzung oder Instandhaltung des Gemeinschaftseigentums ein Bereicherungsanspruch des Wohnungseigentümers in Betracht, wenn die Maßnahme ohnehin hätte beschlossen oder vorgenommen werden müssen. Das gelte auch, wenn die Wohnungseigentümer, wie hier, die Teilungserklärung falsch ausgelegt hätten. Ob das Ermessen der Wohnungseigentümer im Jahr 2005 bei einer Entscheidung über die Erneuerung der Fenster auf null reduziert gewesen wäre, könne aber dahinstehen. Die beklagte Wohnungseigentümergeinschaft schulde den Bereicherungsausgleich nur, wenn die Maßnahme wegen eines entsprechenden Beschlusses der Wohnungseigentümer oder wegen der Dringlichkeit durchzuführen gewesen wäre. Daran fehle es. Daher hätte der Kläger die übrigen Wohnungseigentümer in Anspruch nehmen müssen.

**5 II.** Die Revision hat keinen Erfolg. Das Berufungsgericht verneint im Ergebnis zu Recht einen Ersatzanspruch des Klägers aus allgemeinen Vorschriften des BGB.

**6 1.** Im Ausgangspunkt zutreffend und von der Revision als ihr günstig nicht angegriffen geht das Berufungsgericht davon aus, dass die vollständige Erneuerung der Fenster im räumlichen Bereich des Sondereigentums des Klägers gemeinschaftliche Aufgabe der Wohnungseigentümer war.

**7 a)** Die Fenster nebst Rahmen stehen gemäß § 5 Abs. 2 WEG zwingend im Gemeinschaftseigentum (Senat, Urteil vom 2.3.2012, V ZR 174/11, NZM 2012, 419 Rdnr. 7). Dies hat nach der gesetzlichen Kompetenzzuweisung zur Folge, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer für ihren Austausch zuständig ist (§ 21 Abs. 1 und 5 Nr. 2 WEG bzw. § 22 WEG) und die damit verbundenen Kosten zu tragen hat (§ 16 Abs. 2 WEG). Durch Vereinbarung können die Wohnungseigentümer hiervon zwar abweichen, sofern sie eine klare und eindeutige Regelung treffen. Im Zweifel bleibt es aber bei der gesetzlichen Zuständigkeit (vgl. Senat, Urteil vom 2.3.2012, V ZR 174/11, a. a. O. Rdnr. 7).

**8 b)** Eine abweichende Regelung der Erneuerung der Fenster und der damit verbundenen Kosten enthält die Teilungserklärung nicht. Die uneingeschränkt nachprüfbare Auslegung durch das Berufungsgericht, dass nach § 4 Abs. 1 der Teilungserklärung der Austausch der Fenster nicht dem Sondereigentümer obliegt, sondern gemeinschaftliche Aufgabe der Wohnungseigentümer ist, ist nicht zu beanstanden. Weist die Teilungserklärung die Pflicht zur Instandhaltung und Instandsetzung der Fenster nebst Rahmen in dem räumlichen Bereich des Sondereigentums den einzelnen Wohnungseigentümern zu und nimmt dabei den Außenanstrich aus, ist eine vollständige Erneuerung der Fenster im Zweifel, und so auch hier, Sache der Gemeinschaft (vgl. Senat, Urteil vom 2.3.2012, V ZR 174/11, NZM 2012, 419 Rdnr. 9).

**9 2.** Dennoch kann der Kläger von der Beklagten keine Erstattung der Kosten verlangen. Ein solcher Erstattungsanspruch käme nur aus allgemeinen Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 687 Abs. 1 BGB) oder des Bereicherungsrechts (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) in Betracht. Diese Vorschriften können aber als Anspruchsgrundlage für den Zahlungsanspruch nicht herangezogen werden.

**10 a)** Wie der Senat bereits entschieden hat, steht dem Wohnungseigentümer, der eigenmächtig Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten am Gemeinschaftseigentum durchführt, grundsätzlich kein Ersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder Bereicherungsrecht zu (Senat, Urteil vom 25.9.2015, V ZR 246/14, BGHZ 207, 40 Rdnr. 13). Nach § 21 Abs. 4 WEG kann jeder Wohnungseigentümer eine Verwaltung verlangen, die den Vereinbarungen und Beschlüssen und, soweit solche nicht bestehen, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen – mit anderen Worten ordnungsmäßiger Verwaltung – entspricht. Zu der ordnungsmäßigen, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer entsprechenden Verwaltung gehört gemäß § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG insbesondere die ordnungsmäßige Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums. Insoweit haben die Wohnungseigentümer einen Gestaltungsspielraum; sie müssen das Gebot der Wirtschaftlichkeit beachten und im Grundsatz auf die Leistungsfähigkeit der Wohnungseigentümer Rücksicht nehmen. Deshalb sind sie berechtigt, Kosten und Nutzen einer Maßnahme gegeneinander abzuwägen und nicht zwingend erforderliche Maßnahmen ggf. zurückzustellen (vgl. Senat, Urteil vom 8.7.2011, V ZR 176/10, NJW 2011, 2958 Rdnr. 8; Urteil vom 13.7.2012, V ZR 94/11, NJW 2012, 2955 Rdnr. 8; Urteil vom 17.10.2014, V ZR 9/14, BGHZ 202, 375 Rdnr. 10; Urteil vom

4.5.2018, V ZR 203/17, NZM 2018, 611 Rdnr. 9). Diese Grundsätze finden in den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag und des Bereicherungsrechts keinen Niederschlag. Ihre Anwendung schließt § 21 Abs. 4 WEG aus; die Vorschrift geht als speziellere Norm vor (Senat, Urteil vom 25.9.2015, V ZR 246/14, BGHZ 207, 40 Rdnr. 13).

**11 b)** Das gilt auch dann, wenn die von dem Wohnungseigentümer durchgeführte Maßnahme ohnehin hätte vorgenommen werden müssen.

**12 aa)** Allerdings kam nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats ein Bereicherungsausgleich für eine eigenmächtige Instandsetzung oder Instandhaltung des Gemeinschaftseigentums ausnahmsweise dann in Betracht, wenn die Maßnahme des Wohnungseigentümers ohnehin hätte beschlossen oder vorgenommen werden müssen, sich das den Wohnungseigentümern zustehende Ermessen bei der Entscheidung über die Instandsetzung oder Instandhaltung also auf null reduziert hatte (vgl. Senat, Urteil vom 25.9.2015, V ZR 246/14, BGHZ 207, 40 Rdnr. 12 f.). Dem lag die Erwägung zugrunde, dass in einem solchen Fall der einzelne Wohnungseigentümer einen Anspruch auf Durchführung der Maßnahme gemäß § 21 Abs. 4 WEG hat (vgl. dazu Urteil vom 17.10.2014, V ZR 9/14, BGHZ 202, 375 Rdnr. 10; siehe auch Urteil vom 4.5.2018, V ZR 203/17, NZM 2018, 611 Rdnr. 10).

**13 bb)** Diese Ausnahme hält der Senat jedoch nicht weiter aufrecht. Der Vorrang des § 21 Abs. 4 WEG schließt einen Ausgleich des Wohnungseigentümers für eigenmächtige Maßnahmen am Gemeinschaftseigentum nach allgemeinen Vorschriften auch dann aus, wenn diese zwingend vorgenommen werden mussten.

**14 (1)** Gegen eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass der eigenmächtig handelnde Wohnungseigentümer keinen Ersatz seiner Kosten von den übrigen Wohnungseigentümern verlangen kann, sprechen bereits die dadurch entstehenden Abgrenzungs- und Beweisschwierigkeiten. Ein Anspruch auf Durchführung einer Instandsetzungsmaßnahme setzt nämlich voraus, dass nur ein ganz bestimmtes und sofortiges Vorgehen ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht (Senat, Urteil vom 9.3.2012, V ZR 161/11, NJW 2012, 1724 Rdnr. 4; Urteil vom 13.7.2012, V ZR 94/11, NJW 2012, 2955 Rdnr. 8). Das ist nicht schon dann der Fall, wenn der Zustand des Gemeinschaftseigentums überhaupt ein sofortiges Tätigwerden erfordert; das Ermessen der Wohnungseigentümer muss vielmehr derart reduziert sein, dass zwingend eine bestimmte Art der Instandsetzung zu ergreifen ist. Diese Voraussetzungen werden nur selten vorliegen und im Nachhinein, d. h. nach der eigenmächtig vorgenommenen Reparatur, nur schwer bzw. nur mit großem Aufwand festzustellen sein.

**15** Vor allem bleibt den Wohnungseigentümern auch in den Fällen der Ermessensreduzierung auf null regelmäßig ein Gestaltungsspielraum. Es ist insbesondere ihre Sache zu entscheiden, ob sie die Maßnahme isoliert oder zusammen mit anderen Arbeiten durchführen und welche Handwerker sie beauftragen. Deshalb müssen die Wohnungseigentümer auch über eine zwingend gebotene und keinen Aufschub duldende Instandsetzungs- oder Instandhaltungsmaßnahme einen Beschluss fassen.

**16** (2) Dem betroffenen Wohnungseigentümer ist es auch zumutbar, in jedem Fall das durch das Wohnungseigentumsge-  
setz vorgegebene Verfahren einzuhalten. Er kann einen Be-  
schluss der Wohnungseigentümer über die Durchführung der  
erforderlichen Maßnahme herbeiführen. Findet der Antrag in  
der Wohnungseigentümerversammlung nicht die erforderliche  
Mehrheit, kann er die Beschlussersetzungsklage nach § 21  
Abs. 8 WEG erheben (vgl. dazu Senat, Urteil vom 25.9.2015,  
V ZR 246/14, BGHZ 207, 40 Rdnr. 18; Urteil vom 4.5.2018,  
V ZR 203/17, NZM 2018, 611 Rdnr. 6). Bei Bedarf kommt der  
Erlass einer einstweiligen Verfügung in Betracht (vgl. Senat,  
Urteil vom 10.6.2011, V ZR 146/10, NJW 2011, 3025  
Rdnr. 11; Urteil vom 25.9.2015, V ZR 246/14, BGHZ 207, 40  
Rdnr. 18). Den Vollzug des von den Wohnungseigentümern  
gefassten bzw. nach § 21 Abs. 8 WEG durch gerichtliches Ge-  
staltungsurteil herbeigeführten Beschlusses kann der einzelne  
Wohnungseigentümer von dem Verwalter als dem gemäß  
§ 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG zuständige Vollzugsorgan verlangen  
(vgl. dazu Senat, Urteil vom 8.6.2018, V ZR 125/17, NJW  
2018, 3305 Rdnr. 24). Ein eigenmächtiges Vorgehen lässt das  
Gesetz dagegen nur ausnahmsweise unter den engen Gren-  
zen der Notgeschäftsführung zu (§ 21 Abs. 2 WEG; vgl. dazu  
Senat, Urteil vom 25.9.2015, V ZR 246/14, a. a. O. Rdnr. 7).

**17** (3) Dass ein Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften der  
Geschäftsführung ohne Auftrag und des Bereicherungsrechts  
ausgeschlossen ist, wenn das Gesetz dem Verpflichteten vor-  
rangig die Möglichkeit gibt, selbst den Erfolg herbeizuführen,  
ist dem Zivilrecht nicht fremd. So schützen im Kaufrecht die  
Regelungen über die Sachmängelhaftung, vor allem das sog.  
„Recht zur zweiten Andienung“ (die Nacherfüllung), den Ver-  
käufer. Beseitigt der Käufer den Mangel selbst, ohne dem Ver-  
käufer zuvor eine erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt  
zu haben, kann er nicht gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4  
BGB (analog) die Anrechnung der vom Verkäufer ersparten  
Aufwendungen für die Mangelbeseitigung auf den Kaufpreis  
verlangen oder den bereits gezahlten Kaufpreis in dieser Höhe  
zurückfordern. Anderenfalls würde dem Käufer im Ergebnis  
ein Selbstvornahmerecht auf Kosten des Verkäufers zugebil-  
ligt, auf das der Gesetzgeber bewusst verzichtet hat; zudem  
würde der Vorrang des Nacherfüllungsanspruchs unterlaufen,  
der den §§ 437 ff. BGB zugrunde liegt (vgl. BGH, Urteil vom  
23.2.2005, VIII ZR 100/04, BGHZ 162, 219, 225; Urteil vom  
7.12.2005, VIII ZR 126/05, NJW 2006, 988, 989). Ebenso ist  
für das Mietrecht anerkannt, dass der Mieter, der einen Man-  
gel der Mietsache selbst beseitigt, Ersatz der erforderlichen  
Aufwendungen nur verlangen kann, wenn der Vermieter mit  
der Beseitigung des Mangels in Verzug ist. Beseitigt der Wohn-  
raummieter einen Mangel der Mietsache selbst, ohne den Ver-  
mieter zuvor in Verzug gesetzt zu haben (§ 536a Abs. 2 Nr. 1  
BGB), und liegt auch keine Notmaßnahme im Sinne von  
§ 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB vor, so kann er die Aufwendungen  
zur Mangelbeseitigung weder nach § 539 Abs. 1 BGB in Ver-  
bindung mit den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne  
Auftrag noch als Schadensersatz gemäß § 536a Abs. 1 BGB  
vom Vermieter ersetzt verlangen; andernfalls würde der Vor-  
rang des Vermieters bei der Mängelbeseitigung unterlaufen  
(vgl. BGH, Urteil vom 16.1.2008, VIII ZR 222/06, NJW 2008,  
1216 Rdnr. 19, 22). Der Vorrang der spezialgesetzlichen Re-  
gelungen soll den Verpflichteten davor schützen, vor vollen-

deten Tatsachen gestellt zu werden. Entsprechendes gilt für die  
Vorschriften des WEG über die Instandsetzung des Gemein-  
schaftseigentums.

**18** c) Im vorliegenden Fall ist die Situation besonders gelagert,  
weil der Kläger und die anderen Wohnungseigentümer auf-  
grund fehlerhafter Auslegung der Teilungserklärung davon  
ausgegangen waren, die Erneuerung der Fenster sei Aufgabe  
der jeweiligen Sondereigentümer. Dass dem Wohnungseigen-  
tümer bei einer solchen Sachlage kein Ersatzanspruch nach  
den allgemeinen Vorschriften über die Geschäftsführung ohne  
Auftrag oder die aufgedrängte Bereicherung zusteht, liegt  
nicht auf der Hand. Geht der Wohnungseigentümer irrtümlich  
davon aus, er müsse eine Maßnahme am Gemeinschaftseigen-  
tum auf eigene Kosten durchführen, besteht für ihn regel-  
mäßig nämlich keine Veranlassung, die übrigen Wohnungsei-  
gentümer damit zu befassen. Das gilt umso mehr, wenn – wie  
hier von dem Kläger vorgetragen – die Maßnahme mit dem  
Verwalter abgestimmt wird.

**19** aa) In der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum  
wird angenommen, der Wohnungseigentümer, der irrtümlich  
anstelle der Gemeinschaft seine erneuerungsbedürftigen Fen-  
ster austausche, könne Wertersatz unter dem Gesichtspunkt  
der unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 684  
BGB i. V. m. § 818 Abs. 2 BGB) verlangen (OLG Hamburg,  
NZM 2002, 872, 873; AG Hannover, ZMR 2003, 147, 148; so  
wohl auch LG Berlin, Grundeigentum 2019, 467). Habe der  
Wohnungseigentümer die Fenster aufgrund eines nichtigen  
Beschlusses auf eigene Kosten durchgeführt, stehe ihm ein  
Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen aus berechtigter  
Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 BGB) zu (OLG Düssel-  
dorf, NJW 2008, 3227, 3228; BeckOK-BGB/Gehrlein, Stand:  
1.5.2019, § 683 Rdnr. 4; Niefenführ/Vandenhouten/Niefen-  
führ, WEG, 12. Aufl., § 16 Rdnr. 100; Wenzel, ZWE 2001, 226,  
235; vgl. auch Rampp, NZM 2017, 625, 626). Ein Beschluss,  
ihm die Instandsetzungskosten aus der Instandhaltungsrück-  
lage zu erstatten, entspreche ordnungsmäßiger Verwaltung  
(LG Düsseldorf, ZMR 2015, 478, 479; AG Neuss, NZM 2002,  
31, 32; Niefenführ/Vandenhouten/Niefenführ, WEG, § 16  
Rdnr. 100).

**20** bb) Die besseren Argumente sprechen aber auch in dieser  
Fallkonstellation gegen einen Ersatzanspruch. Auch wenn der  
Wohnungseigentümer eine Maßnahme zur Instandsetzung  
oder Instandhaltung des Gemeinschaftseigentums in der irri-  
gen Annahme durchführt, er habe diese als Sondereigentümer  
auf eigene Kosten vorzunehmen, besteht ein solcher Anspruch  
nicht.

**21** (1) Ein Ausgleich nach den allgemeinen Vorschriften der  
Geschäftsführung ohne Auftrag oder des Bereicherungsrechts  
liefe den schutzwürdigen Interessen der anderen Wohnungs-  
eigentümer zuwider. Zwar müssen Wohnungseigentümer stets  
damit rechnen, dass es durch Mängel des Gemeinschafts-  
eigentums zu unvorhersehbaren Ausgaben kommt, für die sie  
einzustehen haben (vgl. dazu Senat, Urteil vom 17.10.2014,  
V ZR 9/14, BGHZ 202, 375 Rdnr. 12 ff.). Sie müssen ihre pri-  
vate Finanzplanung aber nicht darauf einrichten, dass sie im  
Nachhinein für abgeschlossene Maßnahmen aus der Vergan-  
genheit, auf die sie keinen Einfluss nehmen konnten, herange-  
zogen werden. Eine solche Ausgleichspflicht kann die Woh-

nungseigentümer auch zur Unzeit treffen, etwa weil sie eine andere kostenintensive Maßnahme beschlossen oder durchgeführt haben, die sie bei Kenntnis eines bestehenden Erstattungsanspruchs zurückgestellt hätten. Schwierigkeiten entstünden auch bei einem zwischenzeitlichen Verkauf von Wohnungen. Könnte ein Wohnungseigentümer nachträglich Ausgleich für von ihm durchgeführte Maßnahmen am Gemeinschaftseigentum verlangen, wäre für Käufer und Verkäufer nicht sicher bestimmbar, welche finanziellen Verpflichtungen aus einer bereits abgeschlossenen Maßnahme noch offen und ggf. von dem Käufer zu übernehmen sind.

**22** (2) Hinzu kommt, dass es in tatsächlicher Hinsicht häufig schwierig ist, irrtümliches Handeln von eigenmächtigem Vorgehen abzugrenzen; regelmäßig wird kaum feststellbar sein, ob der Wohnungseigentümer tatsächlich irrtümlich davon ausgegangen war, ein eigenes Geschäft zu führen. Hier liegt der zu beurteilende Sachverhalt zwar anders; eine Ausnahme für „eindeutige“ Irrtumsfälle würde aber wiederum zu Abgrenzungsschwierigkeiten und damit zu Rechtsunsicherheit führen. Wurde eine Teilungserklärung, wie hier, jahrelang unzutreffend ausgelegt, werden zudem häufig viele Wohnungseigentümer einen Erstattungsanspruch haben; der dann erforderliche „Hin-und-Her-Ausgleich“ zwischen allen Betroffenen führte zu einem hohen Ermittlungs- und Berechnungsaufwand, ohne dass sich zwangsläufig ein von allen als „gerecht“ empfundenes Ergebnis einstellte.

(...)

## 6. „Geburtsfehler“ einer Gemeinschaftsordnung

BGH, Urteil vom 22.3.2019, V ZR 298/16 (Vorinstanz: LG Braunschweig, Urteil vom 22.11.2016, 6 S 11/16)

*BGB §§ 242, 313*  
*WEG § 10 Abs. 2 Satz 3*

### LEITSATZ:

**Ein Anspruch auf Änderung der Gemeinschaftsordnung nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG setzt nicht voraus, dass sich tatsächliche oder rechtliche Umstände nachträglich verändert haben; er kommt auch in Betracht, wenn Regelungen der Gemeinschaftsordnung von Anfang an verfehlt oder sonst unbillig waren (sog. Geburtsfehler).**

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 927.

## 7. Eintragung einer Namensänderung nach dem Transsexuellengesetz im Grundbuch

BGH, Beschluss vom 7.3.2019, V ZB 53/18 (Vorinstanz: KG, Beschluss vom 8.3.2018, 1 W 439/17)

*BGB §§ 1758, 1767 Abs. 2 Satz 1*  
*GBO § 12 Abs. 1, § 12c Abs. 2 Nr. 4, § 22*  
*GBV §§ 16, 17, 17a, 21 Abs. 1, §§ 24, 28, 30 Abs. 1 und 2, §§ 31, 36, 91 Satz 2*  
*TSG § 5 Abs. 1, § 10 Abs. 1 und 2*

### LEITSÄTZE:

1. **Beantragt eine im Grundbuch eingetragene Person gestützt auf einen nach den §§ 1 ff. TSG ergangenen Beschluss die Richtigstellung ihres Namens, hat das Grundbuchamt die Namensänderung in dem bisherigen Grundbuchblatt zu vermerken. Anschließend ist das Grundbuch in entsprechender Anwendung der §§ 28 ff. GBV umzuschreiben, d. h., das bisherige Grundbuchblatt wird geschlossen und ein neues Grundbuchblatt wird eröffnet.**
2. **Die Einsicht in das wegen eines Offenbarungsverbot gemäß § 5 Abs. 1 TSG geschlossene Grundbuchblatt ist nur solchen Personen zu gestatten, die ein berechtigtes Interesse hieran, d. h. (auch) an den früheren Eintragungen dargelegt haben.**

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 863.

## 8. Unwirksamkeit einer Dienstbarkeit bei zeitlich unbefristetem Belegungsrecht

BGH, Urteil vom 8.2.2019, V ZR 176/17 (Vorinstanz: OLG Celle, Urteil vom 20.6.2017, 4 U 128/16)

*BGB §§ 894, 1090, 1092 Abs. 1*  
*WoBindG §§ 5, 15 Abs. 1, § 16 Abs. 1*  
*WohnbauG § 88d*

### LEITSÄTZE:

1. **Es begegnet keinen sachenrechtlichen Bedenken, wenn eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten einer juristischen Person ohne zeitliche Befristung bestellt wird (Bestätigung von Senat, Urteil vom 11.3.1964, V ZR 78/62, BGHZ 41, 209, 214 f.).**
2. **Bei der vereinbarten Förderung gemäß § 88d II. WoBauG waren zeitlich unbefristete Belegungsrechte nicht vorgesehen; eine darauf gerichtete schuldrechtliche Vereinbarung ist unwirksam, und zwar auch dann, wenn die Kommune dem privaten Investor zur Errichtung von Sozialwohnungen kostengünstiges Bauland überlassen hat.**

- 3. Sind im Rahmen der vereinbarten Förderung gemäß § 88d II. WoBauG zeitlich unbefristete Belegungsrechte vereinbart worden, kann in entsprechender Anwendung von § 139 BGB im Zweifel davon ausgegangen werden, dass die Parteien in Kenntnis der Unwirksamkeit ihrer Vereinbarung Belegungsrechte für einen möglichst langen rechtlich zulässigen Zeitraum vereinbart hätten; deshalb ist bei der Gewährung eines langfristigen, vergünstigten Kredits im Zweifel anzunehmen, dass die im Gegenzug übernommenen Belegungsrechte während der Laufzeit des vergünstigten Kredits fortbestehen sollen.**

#### SACHVERHALT:

**1** Mit notariellem Vertrag vom 30.1.1995 kaufte die Rechtsvorgängerin der Klägerin, die Reichsbund Wohnungsbau- und Siedlungsgesellschaft mbH (fortan Reichsbund), von der beklagten Stadt Grundstücke, die im Rahmen des sog. dritten Förderweges gemäß § 88d II. WoBauG mit 52 Sozialwohnungen bebaut werden sollten. Als Teilfinanzierung gewährte die Beklagte dem Reichsbund ein zinsgünstiges Darlehen. Der Reichsbund verpflichtete sich im Gegenzug in § 2 Abs. 3 des Kaufvertrags, der Beklagten Belegungsrechte für die Wohnungen einzuräumen; eine separate Vereinbarung sieht vor, dass die Wohnungen mit einer „zeitlich unbefristeten Zweckbestimmung“ an Inhaber von Wohnberechtigungsscheinen gemäß § 5 WoBindG bzw. § 88a Abs. 1b II. WoBauG zu vermieten sind. Zur Sicherung dieser Verpflichtung bewilligte der Reichsbund zugunsten der Beklagten die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, wonach die Wohnungen ohne zeitliche Beschränkung nur Wohnungssuchenden überlassen werden dürfen, die einen entsprechenden Wohnberechtigungsschein vorlegen. Die Dienstbarkeit wurde am 20.7.1995 eingetragen. Mit notariellem Vertrag vom 27.10.1995 kaufte die Klägerin die Grundstücke von dem Reichsbund unter Übernahme der Verpflichtung zur Einräumung von Belegungsrechten. Die Wohnungen waren ab dem 1.7.1996 bezugsfertig.

**2** Mit der Klage will die Klägerin – soweit von Interesse – feststellen lassen, dass sie die Wohnungen ab dem 1.7.2016 frei und ohne Beachtung von Belegungsrechten vermieten kann; ferner soll festgestellt werden, dass die Beklagte die Löschung der Dienstbarkeit bewilligen muss. Das LG hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**3 A.** Nach Ansicht des Berufungsgerichts haben die Feststellungsanträge keinen Erfolg, weil die durch Individualvereinbarung zustande gekommenen Rechtsgeschäfte zwischen den Parteien nicht zu beanstanden sind. Das dingliche Recht sei sachenrechtlich wirksam bestellt worden. Dem Gesetz lasse sich nicht entnehmen, dass eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zeitlich befristet werden müsse, wenn sie – wie hier – zugunsten einer juristischen Person bestellt werde. Auch die von der Klägerin übernommene schuldrechtliche Verpflichtung zu der unbefristeten Einräumung von Belegungsrechten sei wirksam. Sie verstoße nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, da die Beklagte dem Reichsbund nicht nur ein Darlehen gewährt, sondern ihm auch Grund und Boden zur Verfügung gestellt habe. Die Unwirksamkeit dieser Verpflichtung ergebe sich auch nicht aus § 6 Abs. 3 Satz 4 BauGB-MaßnahmenG i. d. F. vom 28.4.1993, wonach die vereinbarten Leistungen bei einem städtebaulichen Vertrag den gesamten Umständen nach angemessen sein müssen. Unter

Berücksichtigung der dem Reichsbund gewährten Subvention überwiegen nämlich die Interessen der Klägerin das Interesse der Beklagten, sozial schwachen Personen eine Unterkunft bieten zu können, nicht derart, dass von einer unangemessenen Verpflichtung auszugehen wäre.

**4 B.** Die Revision hat Erfolg.

**5 I.** Rechtsfehlerfrei sieht das Berufungsgericht die Feststellungsanträge als zulässig an.

(...)

**6 II.** In der Sache hält die Entscheidung rechtlicher Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand.

**7 1.** Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Berufungsgericht von der wirksamen Bestellung der Dienstbarkeit aus, sodass deren Löschung nicht im Wege der Grundbuchberichtigung gemäß § 894 BGB geschuldet ist. Es entspricht der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (§§ 1090 ff. BGB) zur Sicherung von Belegungsrechten bestellt werden können (vgl. Senat, Urteil vom 21.12.2012, V ZR 221/11, ZfIR 2013, 292 Rdnr. 20 m. w. N.). Auch begegnet es keinen sachenrechtlichen Bedenken, wenn eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit – wie hier – zugunsten einer juristischen Person ohne zeitliche Befristung bestellt wird. Zwar belastet eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit – anders als eine Grunddienstbarkeit – ein Grundstück grundsätzlich nur für begrenzte Zeit, da sie nicht übertragbar (§ 1092 Abs. 1 BGB) und nicht vererblich (§ 1090 Abs. 2 i. V. m. § 1061 BGB) ist. Aber gleichwohl ist es zulässig, wenn durch die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit eine Wirkung erzielt wird, für die in erster Linie die Grunddienstbarkeit vorgesehen ist (vgl. Senat, Urteil vom 11.3.1964, V ZR 78/62, BGHZ 41, 209, 214 f.). Denn das Gesetz sieht vor, dass Berechtigter einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit eine juristische Person sein kann (§ 1092 Abs. 2 BGB), und erlaubt insoweit unter bestimmten Voraussetzungen sogar die Übertragung des Rechts (§ 1092 Abs. 2 i. V. m. §§ 1059a, 1092 Abs. 3 BGB). In diesen Bestimmungen ist es angelegt, dass die beschränkte persönliche Dienstbarkeit von vornherein nicht auf einen bestimmten Zeitraum wie die Lebensspanne eines Menschen beschränkt ist (vgl. Senat, Urteil vom 11.3.1964, V ZR 78/62, a. a. O.; BayObLGZ 2000, 140, 141 f.).

**8 2.** Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung lässt sich aber nicht verneinen, dass die von dem Reichsbund eingegangene und von der Klägerin übernommene schuldrechtliche Verpflichtung nicht besteht, und dass die Klägerin aus diesem Gesichtspunkt heraus die Wohnungen ab dem 1.7.2016 ohne Beachtung von Belegungsrechten vermieten darf und die Beklagte zur Löschung der Dienstbarkeit gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB verpflichtet ist.

**9 a)** Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die von der Klägerin übernommene, zeitlich unbefristete schuldrechtliche Verpflichtung zu der Vermietung der Wohnungen an Inhaber von Wohnberechtigungsscheinen gemäß § 134 BGB unwirksam.

**10 aa)** Das Rechtsgeschäft ist als sog. vereinbarte Förderung auf der Grundlage von § 88d II. WoBauG zustande gekommen.

men. Im Rahmen dieser Wohnungsbauförderung nach dem dritten Förderweg konnten der Darlehens- oder Zuschussgeber und der Bauherr u. a. Belegungs- und Mietpreisbindungen vereinbaren. Mit der Förderung von Mietwohnraum sollten bedürftige Haushalte unterstützt werden, die sich am Markt nicht angemessen mit Wohnraum versorgen können (vgl. § 1 Abs. 2 Satz 2 und § 2 Abs. 2 lit. e II. WoBauG; vgl. auch § 1 Abs. 2 des Wohnraumförderungsgesetzes, das mit dem Gesetz zur Reform des Wohnungsbaurechts vom 13.9.2001, BGBl. 2376 I ff. eingeführt wurde und das II. WoBauG ablöste). Diesen Zweck erreichte die Förderung nach § 88d II. WoBauG durch eine Vereinbarung des staatlichen Zuschuss- oder Darlehensgebers mit dem Bauherren, aufgrund derer sich der Bauherr in der gesetzlich vorgesehenen Weise bindet und für den darin liegenden Verzicht auf eine für ihn günstigere Vermietung nach den Gegebenheiten des Marktes einen Ausgleich in Gestalt eines leistungsfreien Darlehens oder Zuschusses erhält (vgl. zum Ganzen BFHE 203, 382, 384).

**11 bb)** Bei der vereinbarten Förderung gemäß § 88d II. WoBauG waren zeitlich unbefristete Belegungsrechte nicht vorgesehen; eine darauf gerichtete schuldrechtliche Vereinbarung ist unwirksam, und zwar auch dann, wenn die Kommune dem privaten Investor zur Errichtung von Sozialwohnungen kostengünstiges Bauland überlassen hat.

**12 (1)** Gegen die Zulässigkeit von unbefristeten Belegungsrechten sprechen zunächst die gesetzlichen Vorgaben des § 88d Abs. 2 Nr. 2 II. WoBauG. Nach dieser Bestimmung soll die Dauer der Zweckbestimmung der Belegungsrechte und der vereinbarten Regelung der Miete 15 Jahre nicht überschreiten, wenn nicht aufgrund der Zielsetzung und der Art der Förderung, insbesondere wegen der Bereitstellung von Bauland oder wegen der Förderung zugunsten bestimmter Personengruppen, ein längerer Zeitraum geboten ist. Soweit diese Frage überhaupt erörtert wird, wird zwar vertreten, dass § 88d Abs. 2 Nr. 2 [1994] II. WoBauG der Vereinbarung einer zeitlich unbegrenzten Zweckbestimmung nicht entgegenstehe (vgl. Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender/Dyong, Wohnungsbaurecht, Bd. 7, § 88d II. WoBauG Anm. 2.1; Hamm, BBauBl.1989, S. 395). Dies trifft aber nicht zu. Aus dem Wortlaut der Norm, aus der Gesetzesbegründung und aus der Gesetzessystematik ergibt sich, dass unbefristete Zweckbestimmungen mit § 88d Abs. 2 Nr. 2 II. WoBauG unvereinbar sind.

**13 (a)** § 88d Abs. 2 Nr. 2 II. WoBauG sieht für die in Ausnahmefällen mögliche Vereinbarung eines längeren (also über die Regelhöchstdauer von 15 Jahren hinausgehenden) Zeitraums zwar keine ausdrückliche Grenze vor. Bereits aus dem Wortlaut der Norm („längerer Zeitraum“) ergibt sich aber, dass der Gesetzgeber nur zeitlich begrenzte Beschränkungen des Bauherrn ermöglichen wollte. Ein „Zeitraum“ besteht nämlich in einem durch Anfang und Ende gekennzeichneten Zeitabschnitt (vgl. nur § 188 Abs. 2, § 211 Satz 2, § 938 BGB).

**14 (b)** Dieses Verständnis der Norm entspricht der Gesetzesbegründung und der Systematik des Zweiten Wohnungsbaugesetzes.

**15 (aa)** Mit der Einfügung des § 88d II. WoBauG im Jahr 1989 (Artikel 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Änderung des Zweiten Wohnungsbaugesetzes vom 21.2.1989, BGBl. I, S. 242) sollte den Bundesländern in Gestalt eines neuen, sog. dritten Förderwegs eine gegenüber dem sog. ersten bzw. zweiten Förderweg (§§ 25 bis 72 bzw. §§ 88 bis 88c II. WoBauG) flexiblere Förderung des sozialen Wohnungsbaus ermöglicht werden. Die starren Bindungen des ersten und zweiten Förderwegs, die auf eine im Gesetz vorgegebene sehr langfristige Mietpreis- und Belegungsbindung der Wohnungen mit einem hohen Subventionsbedarf angelegt waren, erschienen dem Gesetzgeber nicht mehr zeitgemäß. Eine Regelhöchstdauer war zwar zunächst noch nicht vorgesehen; durch § 88d II. WoBauG sollten aber aufgrund des von vornherein zeitlich begrenzten Eingriffs in den allgemeinen Wohnungsmarkt kürzere Bindungen ermöglicht und das Förderverfahren so für Investoren attraktiver gestaltet werden (vgl. BT-Drucks. 11/3160, S. 1, 2 und 5). Der Zweck der Neuregelung belegt damit, dass der Gesetzgeber nicht die unbefristete Bindung von Bauherren, sondern die Vereinbarung kürzerer und flexiblerer Bindungen als nach bislang geltendem Recht ermöglichen wollte.

**16 (bb)** Bestätigt wird dies durch die Überlegungen, die den Gesetzgeber im Jahr 1994 dazu veranlassten, einen neuen Abs. 2, in dessen Nr. 2 die Regelhöchstdauer von 15 Jahren genannt ist, in § 88d II. WoBauG einzufügen (Artikel 1 Nr. 10 des Gesetzes zur Förderung des Wohnungsbaus vom 6.6.1994, BGBl. I, S. 1184). Die Ergänzung der Norm sollte die Anforderungen, die an die vereinbarte Förderung nach § 88d II. WoBauG in Abgrenzung zum ersten und zweiten Förderweg zu stellen sind, konkretisieren, und durch Nennung der Regelhöchstdauer weitere positive Auswirkungen auf die Investitionsbereitschaft privater Bauherren hervorrufen (vgl. BT-Drucks. 12/6616, S. 2 mit Plenarprotokoll 12/225 S. 19369 A).

**17 (cc)** Unbefristete Bindungen im Rahmen des dritten Förderwegs wären im Hinblick auf die Regelungen über den ersten und zweiten Förderweg auch systemwidrig. Denn selbst für diese Förderwege schreibt das Gesetz eine Befristung der Bindung des Eigentümers bis längstens zu dem Zeitpunkt vor, ab dem die durch die Subvention gewährten Vorteile aufgebraucht sind bzw. – im Falle vorzeitiger Rückzahlung der Mittel – aufgebraucht wären (vgl. § 15 Abs. 1 und § 16 Abs. 1 WoBindG für den ersten Förderweg sowie § 88a Abs. 2 II. WoBauG für den zweiten Förderweg jeweils i. d. F. vom 19.8.1994).

**18 (c)** Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts rechtfertigt allein der Umstand, dass die Beklagte dem Reichsbund nicht nur ein Darlehen gewährt, sondern ihm auch die erforderlichen Grundstücke verkauft hat, keine unbefristete Bindung. Zwar sind Grund und Boden – zumal in städtischen Lagen – ein knappes Gut, das bei einem Verkauf durch eine Stadt an einen Privaten dauerhaft bei diesem verbleibt. § 89 Abs. 1 II. WoBauG weist den Gemeinden aber zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus die Aufgabe zu, geeignete, ihnen gehörende Grundstücke an Bauherren als Bauland für den Wohnungsbau zu angemessenen Preisen zu überlassen; es ist also Teil des Konzepts des dritten Förderwegs, dass die öffentliche Hand privaten Investoren nach Möglichkeit werthal-

tiges, kostengünstiges Bauland zur Verfügung stellt (vgl. auch BT-Drucks. 12/6616, S. 26). Ist letzteres geschehen, regelt § 88d Abs. 2 Nr. 2 II. WoBauG die Ausgestaltung der zu treffenden Vereinbarung. Danach rechtfertigt die Bereitstellung von Bauland eine Bindung für einen „längeren Zeitraum“ als 15 Jahre; eine unbefristete Bindung hat der Gesetzgeber dagegen nicht vorgesehen.

**19 (2)** Dieses Ergebnis entspricht allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts und namentlich des Subventionsrechts.

**20 (a)** Die auf der Grundlage von § 88d II. WoBauG getroffene Vereinbarung betrifft den Bereich des Verwaltungsprivatrechts; die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung in den Formen des Privatrechts führt dazu, dass die Normen des Privatrechts durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts ergänzt, überlagert und modifiziert werden (BGH, Urteil vom 7.2.1985, III ZR 179/83, BGHZ 93, 372, 381). Wegen der Gesetzesbindung der Verwaltung sind zunächst die gesetzlichen Rahmenbedingungen einzuhalten (Art. 20 Abs. 3 GG; vgl. Senat, Urteil vom 18.9.2009, V ZR 2/09, NVwZ 2010, 398 Rdnr. 9). Ferner hat die Gemeinde nicht nur die Schranken von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu beachten, sondern ist weitergehenden Bindungen unterworfen, zu denen insbesondere die Einhaltung des Übermaßverbots zählt (BGH, Urteil vom 7.2.1985, III ZR 179/83, BGHZ 93, 372, 381; Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 106). Ob – wie von dem Berufungsgericht und der Revision angenommen – der zwischen dem Reichsbund und der Beklagten geschlossene Vertrag einen städtebaulichen Vertrag darstellt, sodass die vereinbarten Leistungen nach dem hier maßgeblichen § 6 Abs. 3 Satz 4 BauGB-MaßnahmenG i. d. F. vom 22.4.1993 den gesamten Umständen nach angemessen sein müssen, kann offen bleiben. Denn das Gebot zur angemessenen Vertragsgestaltung beruht auf dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und ist daher auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung für das gesamte Handeln der öffentlichrechtlichen Körperschaften im Rechtsverkehr mit Privaten bestimmend (vgl. zu § 11 BauGB Senat, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, BGHZ 206, 120 Rdnr. 17 m. w. N.). Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt, dass der Staat einem Subventionsempfänger zur Sicherung der Zweckbindung der Subvention keine beliebigen Beschränkungen auferlegen darf. Die Beschränkungen müssen vielmehr geeignet und erforderlich sein, um den mit der Subvention zulässigerweise verfolgten Zweck für einen angemessenen Zeitraum sicherzustellen (vgl. Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 103 f.; Urteil vom 21.7.2006, V ZR 252/05, WM 2006, 2046 Rdnr. 12).

**21 (b)** Daran gemessen ist es mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbar, dem Subventionsempfänger solche Bindungen aufzuerlegen, die er ohne zeitliche Begrenzung einhalten muss, nachdem die mit der Subvention verbundenen Vorteile aufgebraucht sind. Aufgebraucht sind die Vorteile, die sich aus einer auf der Grundlage von § 88d II. WoBauG gewährten Subvention ergeben, namentlich dann, wenn die vergünstigten Kreditkonditionen enden oder wenn eine angemessene Zeit nach vorzeitiger Rückführung des verbilligten Kredits verstrichen ist. Der Verkauf von Bauland

stellt regelmäßig keinen unbefristet fortbestehenden Vorteil dar, zumal er schon aus kommunalrechtlichen Gründen nur in engen Grenzen verbilligt erfolgen kann (näher Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 103 f.; vgl. etwa § 125 Abs. 1 Satz 2 NKomVG). Dauerhafte Beschränkungen lassen sich nur erreichen, wenn der öffentliche Zweck nicht mit dem Instrument des Grundstücksverkaufs, sondern mit dem dazu bestimmten Instrument der Ausgabe eines Erbbaurechts verfolgt wird (vgl. Senat, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, BGHZ 206, 120 Rdnr. 21-27 m. w. N.; Urteil vom 16.3.2018, V ZR 306/16, NVwZ 2018, 1414 Rdnr. 28).

**22 cc)** Danach ist die schuldrechtliche Verpflichtung unwirksam. Denn eine Vertragsgestaltung, die das Angemessenheitsgebot missachtet, führt zur Nichtigkeit der vertraglichen Regelung nach § 134 BGB (vgl. Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 98; Urteil vom 6.11.2009, V ZR 63/09, ZfIR 2010, 467 Rdnr. 15; jeweils m. w. N.).

**23 b)** Infolgedessen kommt auch in Betracht, dass die Beklagte die Löschung der im Grundbuch eingetragenen Belegungsrechte bewilligen muss; ist nämlich die schuldrechtliche Verpflichtung unwirksam, kann die Beklagte die beschränkte persönliche Dienstbarkeit ohne rechtlichen Grund erlangt haben und gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zur Herausgabe in Gestalt der Bewilligung der Löschung des Rechts im Grundbuch verpflichtet sein (vgl. Senat, Urteil vom 27.6.2014, V ZR 51/13, NJW-RR 2014, 1423 Rdnr. 24). Dass ein darauf gerichteter Anspruch von dem Reichsbund als Besteller der Dienstbarkeit und damaligem Eigentümer auf die Klägerin übergegangen ist, dürfte jedenfalls die ergänzende Auslegung des Vertrags vom 27.10.1995, mit dem die Klägerin die schuldrechtlichen Verpflichtungen des Reichsbunds übernommen hat, ergeben; da die Klägerin umfänglich die Pflichten des Reichsbunds übernahm, sollten im Zweifel diejenigen Rechte auf sie übergehen, die sich im Falle einer Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts ergaben.

**24 III.** Das Berufungsurteil kann deshalb keinen Bestand haben und ist gemäß § 562 Abs. 1 ZPO aufzuheben. Eine eigene Sachentscheidung (§ 563 Abs. 3 ZPO) ist dem Senat nicht möglich. Für beide Feststellungsanträge kommt es nämlich darauf an, wann die Belegungsrechte enden; die Unwirksamkeit der schuldrechtlichen Verpflichtung hat nicht ohne Weiteres zur Folge, dass bereits jetzt keine Belegungsrechte mehr bestehen. Sind im Rahmen der vereinbarten Förderung gemäß § 88d II. WoBauG zeitlich unbefristete Belegungsrechte vereinbart worden, kann vielmehr in entsprechender Anwendung von § 139 BGB im Zweifel – und so auch hier – davon ausgegangen werden, dass die Parteien in Kenntnis der Unwirksamkeit ihrer Vereinbarung Belegungsrechte für einen möglichst langen rechtlich zulässigen Zeitraum vereinbart hätten; um zu klären, welcher Zeitraum danach als vereinbart anzusehen ist, bedarf es weiterer Feststellungen.

**25 1.** Gemäß § 139 BGB führt die Nichtigkeit eines Teils der vertraglichen Regelungen nur dann zu der Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Eine solche Teilnichtigkeit ist zwar in erster Linie gegeben, wenn nach Entfernung („Hinausstreichen“) des unwirksamen Teils ein Vertragsinhalt übrig bleibt, der für sich allein einen

Sinn behält. Nach dem Sinngehalt der Vorschrift ist sie aber grundsätzlich auch dann anwendbar, wenn die Parteien anstelle der nichtigen Regelung, hätten sie die Nichtigkeit gekannt, eine andere, auf das zulässige Maß beschränkte vereinbart hätten (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 5.6.1989, II ZR 227/88, BGHZ 107, 351, 355 f.; Urteil vom 14.11.2000, XI ZR 248/99, BGHZ 146, 37, 47; Senat, Urteil vom 30.9.2005, V ZR 37/05, NJW-RR 2006, 298, 300; Urteil vom 22.6.2007, V ZR 260/06, NJW-RR 2007, 1608 Rdnr. 19). Dies hat der BGH bei übermäßig langen Bindungsdauern in Individualverträgen unter anderem deshalb zugelassen, weil die Rückabwicklung von bereits weitgehend durchgeführten Verträgen praktisch zu kaum überwindbaren Schwierigkeiten führen würde (vgl. BGH, Urteil vom 14.6.1972, VIII ZR 14/71, NJW 1972, 1459 f.).

**26 2.** Diese Erwägungen gelten hier gleichermaßen. Die Beklagte durfte den Verkauf des Grundstücks und die Gewährung des Darlehens schon aufgrund kommunalrechtlicher Vorgaben (näher dazu Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 103 f.) nur gegen Einräumung von Belegungsrechten vornehmen. Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin eine befristete Klausel nicht genauso akzeptiert hätte, wie sie die unbefristete Klausel akzeptiert hat, bestehen nicht. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Parteien in Kenntnis der Unwirksamkeit der Klausel Belegungsrechte für einen möglichst langen rechtlich zulässigen Zeitraum vereinbart hätten (vgl. auch Senat, Urteil vom 22.6.2007, V ZR 260/06, NJW-RR 2007, 1608 Rdnr. 20). Ohne dass es darauf entscheidend ankommt, ergibt sich dies auch daraus, dass der Vertrag vom 30.1.1995 eine salvatorische Klausel enthält. Welchen Zeitraum die Parteien danach vereinbart hätten, hängt von den Vorteilen ab, die dem Reichsbund gewährt wurden; danach bestimmt sich, ob die Beklagte schon jetzt bewilligen muss, dass die Dienstbarkeit gelöscht wird. Einzelheiten hierzu hat das Berufungsgericht – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – nicht festgestellt. Dies wird nachzuholen sein.

**27 IV.** Infolgedessen ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

**28 1.** Der erste Feststellungsantrag ist darauf gerichtet, dass die Klägerin die Wohnungen ab dem 1.7.2016 frei und ohne Beachtung von Belegungsrechten vermieten kann. Da im Zweifel dasjenige gewollt ist, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der wohlverstandenen Interessenlage entspricht (vgl. nur Senat, Urteil vom 26.2.2016, V ZR 250/14, ZMR 2016, 553 Rdnr. 18 m. w. N.), umfasst der Antrag als minus auch die Feststellung, dass die Belegungsrechte ggf. zu einem späteren Zeitpunkt enden.

(...)

**29 a)** Daher wird das Berufungsgericht zunächst unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu klären haben, wann die Belegungsrechte enden. Insoweit bedarf es nicht – wie der Vertreter der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat gemeint hat – einer Überprüfung der mit dem Kredit verbundenen Vorteile im Verhältnis zu den entgangenen

Marktmieten nach heutigem Stand. Maßgeblich sind nämlich die Vorstellungen der Parteien bei Vertragsschluss; es kommt nicht darauf an, wie sich die Mieten einerseits und die Kreditkonditionen andererseits später tatsächlich entwickelt haben. Wie oben ausgeführt (vgl. Rdnr. 10), stellte das im Rahmen der vereinbarten Förderung gewährte Darlehen (bzw. der Zuschuss) einen Ausgleich für den Verzicht auf eine profitablere Vermietung zu den Gegebenheiten des Marktes dar. Deshalb ist bei der Gewährung eines langfristigen, vergünstigten Kredits im Zweifel anzunehmen, dass die im Gegenzug übernommenen Belegungsrechte während der Laufzeit des vergünstigten Kredits fortbestehen sollen. Eine Vereinbarung dieses Inhalts wäre aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Nach dem von der Revision in Bezug genommenen Darlehensvertrag werden Zinsen für eine Dauer von 35 Jahren nicht erhoben. Ggf. kann auch der nach Ablauf von 35 Jahren vorgesehene Zinssatz von 4 % aus der maßgeblichen Sicht der Vertragsparteien bei Abschluss des Darlehensvertrags als Subvention anzusehen gewesen sein; dann wäre der Fortbestand der Belegungsrechte bis zur endgültigen Rückführung des Darlehens vereinbart worden.

**30 b)** Ausgehend von dem Vortrag der Klägerin zu dem Inhalt des Darlehensvertrags kommt allerdings in Betracht, dass die Beklagte nach Ablauf der zinslosen Phase von 35 Jahren einer vorzeitigen Rückführung des Darlehens durch die Klägerin zustimmen und in der Folge von der weiteren Ausübung der Belegungsrechte absehen muss. Da die Stadt im Bereich des Verwaltungsprivatrechts handelt, kann ihr Ermessen nämlich dahin gehend reduziert sein, dass sie einer vorzeitigen Rückführung des Darlehens zustimmen muss; ggf. wird nämlich bei der Ermessensausübung neben dem für die Klägerin inzwischen ungünstigen Zinssatz von 4 % zu berücksichtigen sein, dass eine Wohnungsgenossenschaft ihrerseits die Aufgabe hat, ihren Mitgliedern zu Wohnraum zu verhelfen. Dies gilt umso mehr, als nach den – zeitlich allerdings später ergangenen – Förderrichtlinien für das Land Niedersachsen für den dritten Förderweg eine Bindungsdauer von maximal 35 Jahren vorgesehen gewesen sein soll (vgl. *Behring/Kirchner/Ulbrich*, Förderpraxis des sozialen Wohnungsbaus, 1998, S. XIV und 25 f.). Die hierauf bezogenen Rechtsfragen sind aber nicht Gegenstand dieses Rechtsstreits. Sie betreffen vielmehr die von der Beklagten künftig zu treffende Ermessensentscheidung, die sich nach den Verhältnissen bei Auslaufen der zinslosen Phase richtet (vgl. Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 106; Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, BGHZ 206, 120 Rdnr. 36).

**31 2.** Ob der zweite Feststellungsantrag, der die Verpflichtung der Beklagten zur Bewilligung der Löschung zum Gegenstand hat, begründet ist, hängt davon ab, ob die Bindungsfrist abgelaufen ist. Sollte dies noch nicht anzunehmen sein, stünde einem Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB derzeit der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entgegen, weil die Klägerin verpflichtet wäre, der Beklagten eine auf angemessen befristete Belegungsrechte bezogene beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu bestellen. Der Antrag wäre dann als zurzeit unbegründet abzuweisen.

**ANMERKUNG:**

Von Notar **Markus Müller**, Greiding

Die Entscheidung betrifft ausgehend vom Trennungs- und Abstraktionsprinzip zwei Problemkreise. Zum einen beschäftigt sich die Entscheidung damit, ob eine zeitlich unbefristete schuldrechtliche Vereinbarung, wonach Wohnungen nur an bestimmte Personenkreise zu vermieten sind, wirksam ist. Zum anderen geht es um die dingliche Absicherung einer solchen Zweckbestimmung in Form einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit.

### 1. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten zur Sicherung von Belegungs-/Besetzungsrechten

Der Senat stellt mit Verweis auf die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung darauf ab, dass beschränkte persönliche Dienstbarkeiten zur Sicherung von Belegungsrechten bestellt werden können.<sup>1</sup> Diesen Verweis auf die ständige Rechtsprechung und deren Bestätigung wird die Praxis mit Wohlwollen zur Kenntnis nehmen, da Belegungsrechte in Form von Dienstbarkeiten zum Beispiel zur Zweckbindung von Betriebswohnungen, im Bereich des sozialen Wohnungsbaus, als Austragshaus im Außenbereich oder Ähnliches nicht mehr aus den Grundbüchern wegzudenken sind. Dogmatisch hat der BGH in einem Urteil aus dem Jahre 2012 jedoch offengelassen, ob der wesentliche Inhalt eines Wohnungsbesetzungsrechts das an den Eigentümer gerichtete Verbot oder das Benennungsrecht des Berechtigten ist.<sup>2</sup> Ungeachtet dieser dogmatischen Einordnung sollte man bei Ausgestaltung einer solchen Dienstbarkeit jedoch beachten, dass bei einer Unterlassungsdienstbarkeit (§ 1018 Var. 2 BGB) die dem Grundstückseigentümer auferlegte Unterlassungspflicht auf eine Beschränkung des Grundstücks im tatsächlichen Gebrauch gerichtet sein muss und nicht nur eine Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit enthalten darf.<sup>3</sup> Eine trennscharfe Abgrenzung dieser beiden Bereiche mag im Einzelfall jedoch schwierig sein.<sup>4</sup>

### 2. Zulässigkeit von unbefristeten beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten

Überzeugend ist auch die Feststellung des Senats, dass eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten einer

juristischen Person ohne zeitliche Befristung bestellt werden kann. So ist eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit gemäß § 1092 Abs. 1 BGB zwar nicht übertragbar<sup>5</sup> und nach § 1090 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1061 BGB nicht vererblich, sodass beschränkte persönliche Dienstbarkeiten zugunsten natürlicher Personen zwangsläufig nur für einen begrenzten Zeitraum bestehen. Das Gesetz selbst sieht jedoch ausdrücklich vor, dass auch juristische Personen Berechtigter einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein können, sodass eine zeitliche Begrenzung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nicht wesensimmanent ist.

### 3. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der öffentlichen Hand

Des Weiteren hatte der Senat zu klären, inwieweit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz den Handlungsspielraum in Bezug auf die Dauer der Zweckbindung begrenzt. Veräußert eine Kommune bzw. die öffentliche Hand Vermögen, so hat sie bei der Festsetzung der Gegenleistung sowohl eine Unter- als auch eine Obergrenze einzuhalten. Die Untergrenze ergibt sich meistens aus der entsprechenden Gemeindeordnung.<sup>6</sup> Hiernach dürfen Vermögensgegenstände regelmäßig nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden. Veräußerungen unter Wert sind nur ausnahmsweise zulässig, wenn und soweit sie der Erfüllung kommunaler Aufgaben dienen. Findet eine Veräußerung unter Wert statt, so hat die Gemeinde den damit verfolgten Zweck durch geeignete Sicherungsmittel sicherzustellen. Jedoch ist auch hier eine Obergrenze von der Gemeinde zu beachten. Im Bereich der städtebaulichen Verträge und hier insbesondere im Bereich der Einheimischenmodelle leitet der BGH die Obergrenze aus dem in § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB kodifizierten Angemessenheitsgebot ab.<sup>7</sup> Hierbei ist die zulässige Dauer der auferlegten Nutzungsbeschränkungen von dem bei der Grundstücksveräußerung gewährten Preisnachlass abhängig. Bei einer Kaufpreisreduzierung von 14 % hielt der BGH jedenfalls eine Bindungsfrist von zehn Jahren für zulässig.<sup>8</sup> Bei einer Kaufpreisermäßigung von 50 % wurde eine Bindungsfrist von 20 Jahren als zulässig angesehen, während bei einer Ermäßigung von weniger als 20 % die 20-jährige Frist als unzulässig lang erachtet wurde.<sup>9</sup> Bindungsfristen über 30 Jahre hinaus sind im Rahmen der Einheimischenmodelle grundsätzlich unzulässig.<sup>10</sup> Das Gebot der ange-

1 Vgl. BGH, Urteil vom 21.12.2012, V ZR 221/11, NJW 2013, 1963 m. w. N.; kritisch hierzu *Walter/Maier*, NJW, 1988, 377, 383f. m. w. N.  
 2 BGH, Urteil vom 21.12.2012, V ZR 221/11, NJW 2013, 1963.  
 3 Siehe hierzu jüngst OLG München, Beschluss vom 15.7.2019, 34 Wx 264/17, FGPrax 2019, 203, welches den Inhalt einer Dienstbarkeit als unzulässig erachtet hat mit der Folge, dass die Dienstbarkeit gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen ist; zum zulässigen Inhalt von sog. Austragshausdienstbarkeiten siehe BayObLG, Beschluss vom 30.3.1989, BReg. 2 Z 75/88, MittBayNot 1989, 212 mit konkretem Formulierungsbeispiel.  
 4 Siehe hierzu Beispiele von zulässigem und unzulässigem Inhalt einer Dienstbarkeit bei Schönher/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1131 ff.

5 Bei juristischen Personen gilt jedoch § 1092 BGB i. V. m. § 1059a BGB.  
 6 Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BayGO; § 92 Abs. 1 Satz 2 GO BW; § 79 Abs. 2 Bbg KVerf.; § 109 Abs. 1 Satz 2 HGO; § 56 Abs. 4 Satz 2 KV M-V; § 97 Abs. 1 Satz 2 NGO; § 90 Abs. 3 Satz 2 GO NW; § 79 Abs. 1 Satz 3 GemO RP; § 95 Abs. 3 Satz 2 KSVG; § 90 Abs. 1 Satz 2 SächsGemO; § 115 Abs. 1 Satz 2 KVG LSA; § 90 Abs. 1 Satz 3 GO SH; § 67 Abs. 1 Satz 2 ThürKO.  
 7 BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, NJW 2003, 888; ob daneben noch eine Klauselkontrolle nach Maßgabe der §§ 305 ff. BGB Anwendung findet hat der BGH bislang offengelassen.  
 8 BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 33/06, DNotZ 2007, 513.  
 9 BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, DNotZ 2011, 121; Urteil vom 26.6.2015, V ZR 271/14, DNotZ 2015, 819.  
 10 BGH, Urteil vom 21.7.2006, V ZR 252/05, DNotZ 2006, 910.

messenen Vertragsgestaltung ist jedoch auch dann zu berücksichtigen, wenn kein städtebaulicher Vertrag vorliegt.<sup>11</sup> Dieses Prinzip beruht auf dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und ist daher auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung für das gesamte Handeln der öffentlichen Hand im Rechtsverkehr mit Privaten bestimmend.<sup>12</sup> Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit kann auch nicht damit argumentiert werden, dass der Verkauf von Grund und Boden als knappes Gut einen unbefristet fortbestehenden Vorteil darstellt, welcher mit unbefristeten Zweckbestimmungen kompensiert werden kann. Zu Recht hält der BGH dieser Argumentation entgegen, dass hierfür der Grundstücksverkauf das falsche Instrument sei. Vielmehr müsse die öffentliche Hand hierfür auf die vom Gesetzgeber bereitgestellte Möglichkeit, der Bestellung von Erbbaurechten, zurückgreifen.<sup>13</sup> Folgerichtig hat der BGH damit im vorliegenden Fall die schuldrechtliche Abrede hinsichtlich der unbefristeten Belegungsrechte für unwirksam erachtet. Aufgrund des Abstraktionsprinzips schlägt die Unwirksamkeit der schuldrechtlichen Verpflichtung zwar nicht unmittelbar auf die dingliche Ebene durch, jedoch kann das dingliche Recht nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB kondiziert werden.

#### 4. Fazit

Die Entscheidung des BGH ist interessengerecht. Für den Vertragsgestalter mag es zwar im Einzelfall schwierig sein die Grenzen einer gerade noch angemessenen Bindungsdauer bei einem bestimmten Preisnachlass bzw. einer Subventionierung durch die öffentliche Hand festzulegen. Zumindest auf Rechtsfolgenseite lässt der BGH bei einer zu lang gewählten Bindungsfrist Milde walten. Hier wendet er § 139 BGB entsprechend an und reduziert eine unzulässig lange Bindungsdauer unter Würdigung aller Umstände auf der Grundlage eines hypothetischen Parteiwillens auf ein zulässiges Maß.

11 BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, DNotZ 2015, 761; Urteil vom 30.9.2005, V ZR 37/05, NJW-RR 2006, 298.

12 BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, NJW 2003, 888.

13 Siehe hierzu BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, DNotZ 2015.

## 9. Voreintragung der Erben bei Belastung eines Grundstücks mit einer isolierten Grundschuld aufgrund transmortaler Vollmacht

OLG Köln, Beschluss vom 11.3.2019, 2 Wx 82/19, mitgeteilt von **Werner Sternal**, Richter am OLG Köln

*GBO § 18 Abs. 1 Satz 2, § 39 Abs. 1, § 40 Abs. 1*

### LEITSATZ:

**Für die Eintragung einer aufgrund transmortaler Vollmacht bestellten Grundschuld bedarf es der Voreintragung der Erben im Grundbuch. § 40 Abs. 1 GBO findet insoweit keine Anwendung, da es sich bei der Eintra-**

**gung weder um die Übertragung noch um die Aufhebung eines Rechts handelt.**

### SACHVERHALT:

**1** 1. Im Grundbuch des Grundbesitzes sind Herr K H und Frau L H als Eigentümer zu je ½ Anteil eingetragen.

**2** Mit notariellen Urkunden jeweils vom 22.3.2010 erteilten die beiden eingetragenen Eigentümer dem Beteiligten zu 1 Generalvollmacht, insbesondere auch zur Abgabe aller Erklärungen, Bewilligungen und Anträgen in Bezug auf Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte. Die Vollmachten sollten durch Tod oder Geschäftsunfähigkeit der Vollmachtgeber nicht erlöschen.

**3** Am 24.8.2011 verstarb Herr K H, am 24.1.2018 verstarb Frau L H.

**4** In notarieller Urkunde vom 4.12.2018 bestellte der Beteiligte zu 1 handelnd als Bevollmächtigter aufgrund jeweils Vollmacht vom 22.3.2010 für Frau L H und Herrn K H zugunsten der Beteiligten zu 2 eine Briefgrundschuld im Betrag von 100.000 €.

**5** Mit Schriftsatz vom 12.12.2018 hat der Verfahrensbevollmächtigte, „auch im Namen der Gläubigerin“, die Eintragung der Grundschuld beantragt.

**6** Die Grundbuchrechtspflegerin hat mit Zwischenverfügung vom 28.12.2018 beanstandet, es fehle an der erforderlichen Voreintragung der Erben der eingetragenen Eigentümer und zur Behebung eine Frist bis zum 1.2.2019 gesetzt. Der Verfahrensbevollmächtigte hat geltend gemacht, einer Voreintragung der Erben bedürfe es nicht.

**7** Mit am 8.2.2019 erlassenen Beschluss vom 6.2.2019 hat die Grundbuchrechtspflegerin den Eintragungsantrag zurückgewiesen.

**8** Gegen diesen Beschluss ist mit Schriftsatz des Verfahrensbevollmächtigten vom 14.2.2019 Beschwerde eingelegt worden. Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

### AUS DEN GRÜNDEN:

**9** 2. Die zulässige Grundbuchbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg, weil das Grundbuchamt den Eintragungsantrag mit Recht zurückgewiesen hat. Gemäß § 18 Abs. 1 Satz 2 GBO war der Eintragungsantrag zurückzuweisen, weil die Behebung des Hindernisses binnen der mit der vorangegangenen Zwischenverfügung gesetzten Frist nicht nachgewiesen worden ist.

**10** Entgegen der Auffassung der Beschwerde ist hier eine Voreintragung der Erben der verstorbenen Bucheigentümer erforderlich.

**11** Gemäß § 39 Abs. 1 GBO soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Betroffen durch die beantragte Grundschuldeintragung wird das Eigentum der Erben, auf die das Eigentum durch Versterben der Bucheigentümer infolge Erbgangs übergegangen ist (§ 1922 BGB).

**12** Bei diesem Voreintragungsgrundsatz muss es auch für den vorliegenden Fall verbleiben. Die Beschwerde kann sich nicht mit Erfolg auf § 40 Abs. 1 GBO berufen. Gegen die Anwendbarkeit dieser Ausnahmvorschrift auf die Bestellung einer Grundschuld spricht grundsätzlich der Wortlaut der Vorschrift, da es sich bei der begehrten Eintragung einer Grundschuld nicht um die Übertragung oder Aufhebung eines Rechts handelt (KG, FGPrax 2011, 270). Soweit die Vorschrift in der Rechtsprechung über den Wortlaut hinaus auf Grundschuldbestellungen angewendet worden ist (OLG Frankfurt a. M.,

ZEV 2017, 719; Senat, FGPrax 2018, 106; OLG Stuttgart, Beschluss vom 2.11.2018, 8 W 312/18, juris), lag dem zugrunde, dass in den betreffenden Fallkonstellationen der Gesetzeszweck der Ausnahmvorschrift zutrifft. Dieser zielt auf die Vermeidung der Eintragung des Erben ab, wenn dieser durch Übertragung des ererbten Rechts ohnehin alsbald wieder aus dem Grundbuch ausscheidet, um den Beteiligten die Kosten einer unnötigen Eintragung zu ersparen (BGH, NJW 2011, 525; OLG Frankfurt a. M., a. a. O.). Insoweit hat das OLG Frankfurt a. M. ausgeführt:

„Denn auch in der Konstellation, in der neben der Auflassungsvormerkung eine Finanzierungsgrundschild eingetragen wird, steht von vornherein fest, dass eine Eintragung im Grundbuch auf den Käufer innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit nachfolgen wird. Die Finanzierungsgrundschild ist ohne Weiteres identifizierbar, da sie entweder bei Abschluss des Erwerbsvorgangs von dem Erben bzw. dem vom Erblasser Bevollmächtigten und dem Käufer gemeinsam oder binnen kurzer Zeit nach Abschluss des Kaufvertrags vom Käufer aufgrund einer im Kaufvertrag erteilten Finanzierungsvollmacht bestellt wird.“

Erfasst von der erweiternden Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO wurden mithin – auch vom Senat in der von der Beschwerde für sich in Anspruch genommenen, oben zitierten Entscheidung – allein Fälle, in denen die Grundschildbestellung mit einer Auflassung im Zusammenhang stand, sodass eine Anwendung des § 39 GBO nur zu einer „Durchgangseintragung“ der Erben geführt hätte. Damit ist der vorliegende Fall indes nicht vergleichbar, da hier eine Auflassung an einen in der Folge als Eigentümer einzutragenden Erwerber nicht ersichtlich ist, sondern vielmehr mit der Urkunde vom 4.12.2018 nur eine isolierte Grundschildbestellung vorliegt.

**13** Lediglich ergänzend merkt der Senat an, dass die Überlegung im Schriftsatz vom 7.1.2019, die Vorschrift des § 39 Abs. 1 GBO sei nach der ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung des § 40 Abs. 1 GBO auch dann nicht anzuwenden, wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des Erblassers erfolge, der Beschwerde nicht zum Erfolg verhelfen kann. Denn eine „Bewilligung des Erblassers“ im Sinne des Gesetzes erfordert eine noch lebzeitig abgegebene Erklärung; die transmortale/postmortale Vollmacht führt nach dem Tod des Vollmachtgebers zu einer Vertretererklärung für den an die Stelle des Verstorbenen getretenen Erben. Insoweit entspricht die – allerdings auslegungsfähige – Formulierung in der Urkunde vom 4.12.2018, der Beteiligte zu 1 handele für „für Frau L H“ und „für Herrn K H“ nicht der materiellen Rechtslage, weil ein Verstorbener nicht mehr, sondern vielmehr nur noch dessen Erbe – sei es dass dieser namentlich feststeht oder noch unbekannt ist – rechtsgeschäftlich vertreten werden kann.

(...)

## ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Steffen Ott**, Weinheim

### 1. Einordnung der Entscheidung

Nach § 39 Abs. 1 GBO soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist (sog. Voreintragungsgrundsatz). Die Entscheidung des OLG Köln beschäftigt sich mit der Frage, ob eine aufgrund einer transmortalen Vollmacht bestellte Grundschild auch ohne Voreintragung des/der Erben des Vollmachtgebers im Grundbuch eingetragen werden kann. Die Zulässigkeit hängt davon ab, ob die Ausnahmvorschrift des § 40 Abs. 1 GBO (entsprechend) anwendbar ist.

### 2. Meinungsstand

Ist die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten, so ist gemäß § 40 Abs. 1 GBO die Vorschrift des § 39 Abs. 1 GBO und somit der Voreintragungsgrundsatz nicht anzuwenden, wenn die *Übertragung* oder die *Aufhebung* des Rechts eingetragen werden soll oder wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des Erblassers oder eines Nachlasspflegers oder durch einen gegen den Erblasser oder den Nachlasspfleger vollstreckbaren Titel begründet wird.

Ausgehend vom eindeutigen Wortlaut des § 40 Abs. 1 GBO, wonach lediglich die Übertragung und die Aufhebung von Rechten genannt sind, verlangt die (wohl noch) herrschende Meinung zur Eintragung einer (Finanzierungs-)Grundschild die Voreintragung des/der Erben des im Grundbuch noch eingetragenen Erblassers. Zwar könne § 40 GBO ausnahmsweise auch dann zur Anwendung kommen, wenn mit der Übertragung eine Belastung verbunden war. Dies sei jedoch auf Fälle zu beschränken, in denen der Erbe sofort mit der Belastung aus dem Grundbuch verschwindet, was bei einer Finanzierungsgrundschild nicht der Fall sei.<sup>1</sup> Die jüngere obergerichtliche Rechtsprechung, beginnend mit einer Entscheidung des OLG Frankfurt a. M.<sup>2</sup> und weiteren Entscheidungen des OLG Köln<sup>3</sup> und des OLG Stuttgart,<sup>4</sup> wendet die Ausnahmvorschrift des § 40 Abs. 1 GBO hingegen auch auf die Bestellung von Finanzierungsgrundschilden durch einen transmortal Bevollmächtigten an, sodass eine Voreintragung des/der Erben des Vollmachtgebers entbehrlich sein soll. Alle vorgenannten Gerichte führen zur Begründung ihrer Auffassung das nachstehend unter a) genannte Argument ins Feld; die OLG Frankfurt a. M. und Köln darüber hinaus noch das unter b) aufgeführte:<sup>5</sup>

- 1 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 142; KG, Beschluss vom 2.8.2011, 1 W 243/11, NJOZ 2011, 2012; BeckOK-GBO/Hügel, Stand: 1.6.2019, § 40 Rdnr. 20 m. w. N.
- 2 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.6.2017, 20 W 179/17, ZEV 2017, 719; ebenso OLG Celle, Beschluss vom 16.8.2019, 18 W 33/19, BeckRS 2019, 21711.
- 3 OLG Köln, Beschluss vom 16.3.2018, 2 Wx 123/18, RNotZ 2018, 397.
- 4 OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18, ZErB 2018, 337; Beschluss vom 2.11.2018, 8 W 312/18, BWNotZ 2018, 147.
- 5 Kritisch zur neueren Rechtsprechung Weber, DNotZ 2018, 884, 894 ff.

a) Das Handeln eines transmortal Bevollmächtigten sei rechtskonstruktiv vergleichbar mit dem Handeln eines Nachlasspflegers, für dessen Bewilligungen nach § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO eine Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz gelte.

b) Der Gesetzeszweck rechtfertige die Anwendung der Ausnahmegesetzvorschrift des § 40 GBO. Dieser zielt auf die Vermeidung der Eintragung des Erben, wenn dieser durch die Übertragung des ererbten Rechts ohnehin alsbald wieder aus dem Grundbuch ausscheide, um den Beteiligten die Kosten einer unnötigen Voreintragung zu ersparen. Ausgehend von diesem Gesetzeszweck erscheine eine Differenzierung zwischen der Eintragung einer Auflassungsvormerkung, bei der nach allgemeiner Meinung keine Voreintragung der Erben erforderlich sei, und der Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld als nicht gerechtfertigt.

### 3. Stellungnahme

Die besprochene Entscheidung des OLG Köln befasst sich (anders als die unter Abschnitt 2. genannten oberlandesgerichtlichen Entscheidungen) nicht mit der Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld durch einen transmortal Bevollmächtigten, sondern mit der Frage, ob auch bei einer isolierten Grundschuldbestellung die Voreintragung des/der Erben des Vollmachtgebers entbehrlich ist. Die Bedeutung der Entscheidung liegt zum einen darin, dass der Senat seine eigene Rechtsprechung vom 16.3.2018 zu Finanzierungsgrundschulden bestätigt hat.<sup>6</sup> Zum anderen lässt sich aus den Entscheidungsgründen das Verhältnis der beiden zur Entbehrlichkeit der Voreintragung bei Finanzierungsgrundschulden vorgebrachten Argumente ableiten. Würde es nämlich allein auf die rechtskonstruktive Vergleichbarkeit des Handelns eines transmortal Bevollmächtigten mit dem Handeln eines Nachlasspflegers ankommen, so hätte das OLG Köln die Voreintragung des/der Erben auch bei einer isolierten Grundschuldbestellung als entbehrlich ansehen müssen. Denn die Bewilligung des Nachlasspflegers berechtigt nicht nur zur Eintragung von Finanzierungsgrundschulden, sondern (vorbehaltlich nachlassgerichtlicher Genehmigung) zu Eintragungen jeder Art.<sup>7</sup> Vielmehr rechtfertigt sich die Entbehrlichkeit der Voreintragung bei Finanzierungsgrundschulden (kumulativ) aus dem Gesetzeszweck des § 40 GBO, der auf die Vermeidung der Eintragung des Erben abzielt, wenn dieser durch die Übertragung des ererbten Rechts ohnehin alsbald wieder aus dem Grundbuch ausscheidet, um den Beteiligten die Kosten einer unnötigen Voreintragung zu ersparen. Da dieser Zweck bei der Bestellung einer isolierten Grundschuld durch einen transmortal Bevollmächtigten nicht zutrifft, hat das OLG Köln im vorliegenden Fall – unter Verweis auf den Wortlaut des § 40 Abs. 1 GBO – zutreffend und folgerichtig die Voreintragung des/der Erben des Vollmachtgebers für erforderlich gehalten.

<sup>6</sup> OLG Köln, Beschluss vom 16.3.2018, 2 Wx 123/18, RNotZ 2018, 397.

<sup>7</sup> BeckOK-GBO/Hügel, § 40 Rdnr. 28.

## BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

### 10. Rechtsmitteleinlegung gegen die Betreuerbestellung auch nach wirksamem Widerruf der Vorsorgevollmacht durch den Betreuer

BGH, Beschluss vom 12.12.2018, XII ZB 387/18 (Vorinstanz: LG Frankfurt a. M., Beschluss vom 24.7.2018, 29 T 133/18)

BGB § 1902

FamFG § 303 Abs. 4

#### LEITSATZ:

**Auch nach einem wirksamen Widerruf der Vorsorgevollmacht durch den Betreuer kann der Bevollmächtigte noch im Namen des Betroffenen, nicht aber im eigenen Namen Rechtsmittel gegen die Betreuerbestellung einlegen (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 28.7.2015, XII ZB 674/14, BGHZ 206, 321 = FamRZ 2015, 1702).**

### 11. Annahme eines minderjährigen Kindes des gleichgeschlechtlichen Ehegatten – Beteiligung des Samenspenders als leiblicher, nicht rechtlicher Vater im Adoptionsverfahren

OLG Nürnberg, Beschluss vom 2.7.2019, 9 UF 208/19

BGB § 1353 Abs. 1 Satz 1, § 1741 Abs. 2 Satz 3, §§ 1745, 1746, 1747, 1749, 1754 Abs. 1 und 3, § 1755 Abs. 2

#### LEITSÄTZE:

- 1. Die Beteiligung eines Samenspenders im Verfahren über die Annahme Minderjähriger von Amts wegen nach § 1747 Abs. 1 Satz 2 BGB kommt nicht in Betracht, wenn sicher davon auszugehen ist, dass der Spender auf sein Recht, die Stellung als Vater des Kindes einzunehmen, endgültig verzichtet hat. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Die Stiefkindadoption durch einen gleichgeschlechtlichen Ehegatten begegnet keinen Bedenken. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Das Verfahren hat eine Minderjährigenadoption zum Gegenstand. Die Antragstellerin P I H ist die Stiefmutter der von der weiteren Beteiligten F H (...) 2017 geborenen M H. Frau P I H beabsichtigt, M H als Kind anzunehmen (Stiefkindadoption). P I H, geb. (...) 1983, und Fr He, geb. (...) 1985, haben am 5.10.2017 vor dem Standesbeamten des Standesbeamten R (...) die Ehe miteinander geschlossen. Zuvor, am 5.9.2015,

hatten sie vor dem Standesamt W (...) bereits eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet. Beide sind deutsche Staatsangehörige. Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 26.2.2018 hat P I H die Adoption des Kindes M ihrer Ehefrau F H beantragt. Mit gleicher Urkunde hat die Ehefrau, zugleich in ihrer Funktion als Mutter des Kindes M und als dessen gesetzliche Vertreterin die Zustimmung zur Adoption erklärt. Weitere Kinder haben beide Beteiligten nicht.

**2** Das Kind M wurde mittels einer privat von den Beteiligten durchgeführten Insemination gezeugt (...). Der Samenspender ist anonym. Die Ehegattinnen haben angegeben, ihn privat über ein spezielles Internetforum gesucht, gefunden und kennengelernt zu haben. Er sei von der Geburt des Kindes informiert worden und habe sich in mündlicher Vereinbarung mit der Adoption des Kindes einverstanden erklärt und auch darauf bestanden. Nach erfolgter Adoption sei er bereit, seine Personendaten bei einem Notar zu hinterlegen, damit das Kind in späterem Alter seine Identität erfahren könne.

**3** Die Verfahrensbeiständin, Rechtsanwältin Z, hatte sich in erster Instanz gegen den Ausspruch der Annahme ausgesprochen. Das Jugendamt beim Landratsamt S hatte die Adoption befürwortet.

**4** Mit Beschluss vom 17.1.2019 hat das AG – Familiengericht – den Antrag der Annehmenden auf Ausspruch der Kindesannahme abgewiesen. Zur Begründung hat das Gericht im Wesentlichen ausgeführt, die Annehmende und ihre Ehegattin lebten in unsicheren wirtschaftlichen Verhältnissen, nämlich größtenteils von Leistungen des Jobcenters S, und hätten im Übrigen nicht unerhebliche Schulden angehäuft. Es sei daher zu befürchten, dass das Kind später Unterhaltsansprüchen nicht nur seiner Mutter, sondern auch seiner Stiefmutter ausgesetzt wird. Außerdem bestehe die Gefahr, dass die Beteiligten nicht imstande sind, die Vermögensinteressen des Kindes sachgerecht wahrzunehmen. Durch eine Adoption würden Unterhaltsansprüche des Kindes gegen den leiblichen Vater erlöschen. Zudem greife die beantragte Adoption in das Persönlichkeitsrecht des Kindes ein, wenn es zwei Mütter erhalte, den Vater aber verliere. Das Gericht hatte verfassungsrechtliche Bedenken.

**5** Die Zustellung des Beschlusses an die Annehmende erfolgte am 18.1.2019. Mit Anwaltsschriftsatz vom 13.2.2019 hat die Annehmende Beschwerde eingelegt, mit der sie ihr erstinstanzliches Ziel der Annahme von M als eigenes Kind weiterverfolgt.

**6** II. Die Beschwerde der Annehmenden ist zulässig, sie wurde insbesondere fristgerecht innerhalb der einmonatigen Frist eingelegt; die Beschwerdeberechtigung der Annehmenden besteht, §§ 58, 59, 62, 64 FamFG. Das Rechtsmittel ist auch begründet. Die Voraussetzungen für die Annahme der minderjährigen M als Kind der Annehmenden liegen gemäß §§ 1741 ff. BGB vor, sodass die Adoption nicht verweigert werden kann.

**7** 1) Die Annehmende und ihre Ehegattin sind beide deutsche Staatsangehörige, sodass sich die Annahme gemäß Art. 22 Abs. 1 EGBGB nach deutschem Recht, somit nach §§ 1741 ff. BGB, richtet.

**8** Die Annehmende und die Kindsmutter sind Eheleute. Daher kann die Annehmende das Kind ihrer Ehefrau allein annehmen, § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB. Die Annehmende ist 35 Jahre alt, das Alterserfordernis (25 Jahre) des § 1743 BGB ist also erfüllt. Der Adoptionsantrag wurde notariell und damit formgerecht gestellt, § 1752 Abs. 2 BGB. Die Einwilligung des Kindes durch seine gesetzliche Vertreterin, F H, die gemäß § 1626a Abs. 3 BGB bislang allein sorgeberechtigte Kindsmutter, liegt vor, § 1746 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB. Die Kindsmutter hat auch in ihrer Eigenschaft als Elternteil und als Ehefrau der Annehmenden ordnungsgemäß ihre Einwilligung erteilt, §§ 1747 Abs. 1 Satz 1, 1749 Abs. 1 Satz 1 BGB.

**9** Die Einwilligung des biologischen Vaters des Kindes ist nicht erforderlich. § 1747 Abs. 1 S. BGB setzt die rechtliche Vaterschaft voraus, an der es vorliegend fehlt (§ 1592 BGB). Auch die Voraussetzungen des § 1747 Abs. 1 Satz 2 BGB liegen nicht vor. Hiernach ist auch als Vater anzusehen, wer zwar nicht rechtlicher Vater ist, aber die Voraussetzungen des § 1600d Abs. 2 Satz 1 BGB glaubhaft macht, also glaubhaft behauptet, der Kindsmutter während der Empfängniszeit „beigewohnt“ zu haben. Dies ist nicht der Fall. Auch eine Beteiligung des leiblichen Vaters im Verfahren von Amts wegen kommt nicht in Betracht, weil die Annehmende und ihre Ehefrau unzweifelhaft erklärt haben, dass der Samenspender keinerlei rechtliche Verpflichtungen gegenüber dem Kind eingehen will und die Adoption des Kindes durch die Stiefmutter sogar zur Voraussetzung dafür gemacht hat, dass er seine persönlichen Daten notariell niederlegt. Das Beschwerdegericht geht als sicher davon aus, dass der Spender auf sein Recht, die Stellung als Vater des Kindes einzunehmen, endgültig verzichtet hat. Er wurde von der Annehmenden über die Geburt des Kindes informiert. Anderslautende Erkenntnisse liegen dem Senat nicht vor.

**10** Ein Verbot der Annahme (§ 1745 BGB) besteht nicht.

**11** 2) Auch die materiellen Voraussetzungen des § 1741 BGB liegen vor. Danach ist die Annahme eines minderjährigen Kindes zulässig, wenn sie dem Wohl des Kindes dient und zu erwarten ist, dass zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht. Vorliegend ist davon auszugehen, dass zwischen der Stiefmutter und dem Kind der Ehefrau ein Mutter-Tochter-Verhältnis bereits entstanden ist und zwar seit Geburt. Es sind keine dem Kindeswohl abträglichen Gründe ersichtlich, die gegen die Adoption sprechen würden.

**12** Aus den glaubhaften Angaben der Ehefrauen und dem Bericht des Jugendamts beim Landratsamt S vom 30.07.2018 ergibt sich folgendes Bild über die persönlichen und wirtschaftlichen Lebensverhältnisse:

**13** Die Ehefrauen H leben zusammen und betreuen, versorgen, pflegen und erziehen das Kind M gemeinschaftlich. Sie hatten sich im Laufe ihrer Beziehung, die im Oktober 2017 in der Eheschließung gemündet hat, ein gemeinsames Kind gewünscht. Es ist ihnen nach mehreren erfolglosen Versuchen der Insemination gelungen, über ein spezielles Internetforum einen Samenspender zu finden, mit dessen Hilfe schließlich die Befruchtung zustande kam. Soweit ersichtlich, leben sie in einer glücklichen Gemeinschaft. Die Annehmende hat die

Schwangerschaft ihrer Partnerin von Beginn an begleitet und war bei der Geburt des Kindes zugegen. Das Kind wird von beiden Müttern gleichermaßen umsorgt und geliebt. Die Ehepartnerinnen bewohnen ein gemietetes Einfamilienhaus, dessen Eigentümer die Eltern der Frau F H sind. Die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten sind konsolidiert. Zwar beziehen beide ALG-II-Leistungen vom Jobcenter und weitere staatliche Leistungen, nämlich Elterngeld, Kindergeld, Heizkostenzuschuss u. a. Daneben erzielen beide Ehefrauen Einkommen aus einem Minijob in Höhe von jeweils 450 € pro Monat. Die Kindsmutter hat angegeben, ihre Erwerbstätigkeit als Bürokraft (...) nach Beendigung der Elternzeit im November 2019 zu einer Teilzeittätigkeit im Umfang von 25 bis 28 Wochenstunden ausweiten zu wollen.

**14** Die Annehmende ist Krankenpflegehelferin, Kommunikationsassistentin und Dolmetscherin für die Gebärdensprache. Verletzungsbedingt kann sie nicht als in der Krankenpflege arbeiten, ist aber als Dolmetscherin tätig und wird diesen Beruf voraussichtlich weiterhin auf Basis geringfügiger Beschäftigung ausüben. Unterstützung erfahren sie von ihren jeweiligen Eltern, die ihre gleichgeschlechtliche Beziehung akzeptieren. Der biologische Vater, dessen Identität unbekannt ist, lehnt die Vaterrolle ab.

**15** Aus Sicht des erkennenden Gerichts spricht nichts gegen die Zulässigkeit der Adoption. Diese dient vielmehr dem Kindeswohl. Die nachvollziehbar und glaubhaft dargelegten persönlichen Verhältnisse bieten optimale Entwicklungsbedingungen für das Kind M. Zwischen der Annehmenden und der Anzunehmenden ist bereits ein Mutter-Tochter-Verhältnis entstanden. Die finanziellen Verhältnisse sind zwar durch Schulden und nur geringfügiges Erwerbseinkommen der Mütter belastet. Jedoch spricht viel dafür, dass sich die Einkommenserzielung in nächster Zukunft positiver gestalten wird. Doch selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beteiligten nicht in der Lage sein werden, die Vermögensinteressen des Kindes sachgerecht wahrzunehmen. Dass das Kind als Folge der Adoption theoretisch Unterhaltsansprüchen auch der Mitmutter ausgesetzt sein kann, ist nicht von entscheidender Bedeutung. Solche Ansprüche kommen erst in ferner Zukunft zum Tragen, und auch nur dann, wenn aufseiten des Kindes Leistungsfähigkeit und aufseiten der Adoptivmutter Bedürftigkeit bejaht werden kann, §§ 1601, 1602, 1603 BGB. Viel wahrscheinlicher ist der umgekehrte Fall, nämlich der Anspruch des Kindes gegen die Mitmutter. Zwar verliert das Kind gleichzeitig mit dem Erhalt der familien- und erbrechtlichen Stellung zur Annehmenden mögliche rechtliche Beziehungen zu seinem Erzeuger, insbesondere mögliche Unterhaltsansprüche. Jedoch kann aufgrund der Gesamtsituation nicht davon ausgegangen werden, dass der biologische Vater jemals rechtlicher Vater würde und erst Recht ist es äußerst unwahrscheinlich, dass bei diesem unterhaltsrechtliche und sonstige Leistungsfähigkeit und -bereitschaft bestünde. Wesen und Folge einer jeden Kindesannahme Minderjähriger ist die Entstehung neuer und der Verlust bisheriger verwandtschaftlicher Beziehungen. Es ist nicht zu erwarten, dass der Verzicht auf die Herstellung einer Rechtsbeziehung zu einem anonymen Samenspender einen Schaden oder auch nur die Gefahr eines Schadens bedeutet.

**16** Dasselbe gilt unter dem Aspekt des kindlichen Persönlichkeitsrechts. Der Gesetzgeber lässt die Stiefkindadoption zu. Ein Ehegatte kann das Kind seines Ehepartners annehmen, § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB.

**17** Dadurch erhält das Kind die Stellung eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes der Ehegatten, § 1754 Abs. 1 BGB. Dies gilt, seit der Gesetzgeber mit dem am 1.10.2017 in Kraft getretenen Eheöffnungsgesetz die „Ehe für alle“ in § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB eingeführt hat, selbstverständlich auch für gleichgeschlechtliche Ehegattinnen. Damit sind zwangsläufig Stiefkindadoptionen durch den weiblichen Ehepartner der Mutter denjenigen durch den Ehemann gleichgestellt. Die Folgen sind im einen wie im anderen Fall u. a. das Erlöschen der Verwandtschaftsverhältnisse zum Herkunftselternteil und dessen Verwandten, § 1755 Abs. 2 BGB. Dass ein Kind im Falle der gleichgeschlechtlichen Ehe der Annehmenden zwei Mütter hat und somit keinen Vater, auch keinen Adoptivvater (§ 1742 BGB), erlangen kann, ist die logische Konsequenz der gesetzgeberischen Entscheidung.

**18** Wahrscheinlich werden die Rechte der gleichgeschlechtlichen Ehepartner auch im Abstammungsrecht künftig noch stärker gewährleistet werden. Das Bundesjustizministerium hat einen Diskussionsentwurf erarbeitet, wonach eine Frau Mit-Mutter eines Kindes werden kann durch Eheschließung mit der Kindsmutter, durch „Mutter“-schaftsankennung oder durch gerichtliche Feststellung. Die Frau, die mit der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes bereits verheiratet ist, soll kraft Gesetzes „automatisch“ die zweite Elternstelle besetzen. Wird dies Gesetz, ist eine Stiefkindadoption in derartigen Fällen künftig obsolet.

**19** Nach alledem war der angefochtene Beschluss des Erstgerichts abzuändern und die Annahme des Kindes auszusprechen (...)

## BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

### 12. Keine Zustimmung von Ersatznacherben bei Auseinandersetzung von Vor- und Nacherben über einzelnen Nachlassgegenstand

OLG München, Beschluss vom 14.6.2019, 34 Wx 434/18, mitgeteilt von **Edith Paintner**, Richterin am OLG München

*BGB § 2113*

*GBO § 15 Abs. 2, § 18 Abs. 1, § 22*

*RPFllG § 11 Abs. 1*

#### LEITSATZ:

**Für eine Auseinandersetzungsvereinbarung zwischen dem Vorerben und dem Nacherben oder für ein Rechtsgeschäft zwischen dem Vor- und dem Nacherben, mit dem ein Erbschaftsgegenstand aus dem nacherbengebundenen Nachlass herausgenommen werden wird, bedarf es keiner Zustimmung der Ersatznacherben.**

## SACHVERHALT:

**1** I. Die Beteiligte zu 1 ist als Erbin nach ihrem Ehemann im Grundbuch als Eigentümerin von Wohnungseigentum sowie von Grundbesitz eingetragen.

**2** Der Eintragung liegt der Erbschein vom 21.3.2016 zugrunde, nach dem außer der Erbinsetzung der Beteiligten zu 1 Nacherbfolge angeordnet ist. Als Nacherben bestimmt sind danach die Abkömmlinge aus der Ehe des Verstorbenen mit der Beteiligten zu 1, nämlich die Beteiligten zu 2 und 3. Zudem ist nach dem Erbschein Ersatznacherbfolge angeordnet, wobei Ersatznacherben die Abkömmlinge der Nacherben sind, soweit sie bei der gesetzlichen Erbfolge an deren Stelle treten würden.

**3** In Abteilung II unter lfd. Nr. 1 des Grundbuchs wurden die entsprechenden Nacherbenvermerke mit der Berichtigung des Eigentums am 8.4.2016 eingetragen.

**4** Die Beteiligten zu 1 und 2 führen vor dem LG einen Rechtsstreit, der derzeit ruht. Zur Beilegung des Rechtsstreits schlossen die Beteiligten zu 1 und 2 eine Vereinbarung, dass der Nacherbenvermerk an den streitgegenständlichen Immobilien gelöscht werden solle.

**5** Am 5.9.2018 errichteten die Beteiligten zu 1 bis 3, die Beteiligte zu 2 vertreten durch die Beteiligte zu 1, eine notarielle Urkunde, wonach die Nacherbfolge und die mit der Einsetzung der Nacherben verbundenen Beschränkungen für den in der Urkunde näher bezeichneten Grundbesitz ab sofort nicht mehr gelten sollen. Vielmehr sollte die Beteiligte zu 1 über diesen Grundbesitz frei verfügen können. Die Beteiligten zu 2 und 3 gaben den in der Urkunde bezeichneten Grundbesitz von ihrer Nacherbenanwartschaft frei. Sie bewilligten die Löschung der Nacherbenvermerke. Den Inhalt dieser Urkunde genehmigte die Beteiligte zu 2 mit notariell beglaubigter Unterschrift am 30.8.2018.

**6** Am 11.9.2018 legte der Notar die Urkunde zum Vollzug vor. Daraufhin teilte das Grundbuchamt mit Schreiben vom 9.10.2018 mit, dass unter anderem die Bewilligung aller Ersatznacherben zur Löschung erforderlich sei.

**7** Mit Schreiben vom 12.10.2018 erklärte der Notar, dass die Löschungsbewilligung der Ersatznacherben nicht erforderlich sei, da nicht die Anwartschaft der Nacherben auf den Vorerben übertragen worden sei, sondern dass nur eine Vereinbarung hinsichtlich bestimmter Grundstücke getroffen worden sei. Durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen dem Vorerben und dem Nacherben könne ein zum Nachlass gehörendes Grundstück aus der Verfügungsbeschränkung der angeordneten Nacherbfolge entlassen werden.

**8** Daraufhin hat das Grundbuchamt am 26.10. 2018 eine fristsetzende Zwischenverfügung erlassen, wonach die Bewilligung der Ersatznacherben zur Löschung des Nacherbenvermerks vorzulegen sei, da die Rechtsstellung der Ersatznacherben von einer solchen Verfügung unberührt bliebe.

**9** Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 19.11.2018. Da der Nacherbe einer Verfügung des Vorerben zustimmen könne, ohne dass die Zustimmung der Ersatznacherben erforderlich sei, müsse entsprechendes gelten, wenn dem Vorerben ein Grundstück aus dem Nachlass zur freien Verfügung überlassen werde.

**10** Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Der Senat hat die Nachlassakten beigezogen. Aus diesen ergibt sich, dass der Nachlass ein weiteres Grundstück umfasst.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**11** II. Die nach § 11 Abs. 1 RPfIG, § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige (§§ 73, 15 Abs. 2 GBO) Beschwerde gegen die nach § 18 Abs. 1 GBO ergangene Zwischenverfügung hat in der Sache Erfolg.

**12** 1. Eine Zwischenverfügung darf verfahrensrechtlich nur ergehen, wenn einem Eintragungsantrag ein Hindernis entgegensteht,

welches der Antragsteller rückwirkend auf den Zeitpunkt der Antragstellung beheben kann (BayObLGZ 1990, 6, 8; OLG Hamm, MittBayNot 2011, 299, 300; Hügel/Zeiser, GBO, 3. Aufl., § 18 Rdnr. 17; siehe auch die Rspr. des Senats, z. B. Beschluss vom 10.3.2011, 34 Wx 55/11, RNotZ 2011, 348, 349). Die fehlende Löschungsbewilligung ist ein nicht mit Rückwirkung behebbares Verfahrenshindernis (*Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 18 Rdnr. 12) und hätte, ausgehend vom Standpunkt des Grundbuchamts, die sofortige Zurückweisung des Eintragungsantrags bedingt.

**13** 2. Damit ist für den Senat der Beschwerdegegenstand grundsätzlich erschöpft. Zur Rechtslage wird für das weitere Verfahren jedoch noch – ohne Bindungswirkung für das Grundbuchamt – angemerkt:

**14** a) Die Löschung eines die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben nach § 2113 BGB zum Ausdruck bringenden Nacherbenvermerks vor Eintritt des Nacherbfalls (§ 2139 BGB) setzt entweder die Bewilligung aller Nacherben und etwaiger Ersatznacherben gemäß § 19 GBO oder den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit gemäß § 22 Abs. 1, § 29 Abs. 1 GBO voraus (BayObLG, NJW-RR 2005, 956; *Demharter*, GBO, § 51 Rdnr. 37; *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 51 Rdnr. 36). Nachträglich unrichtig wird das Grundbuch nicht nur, wenn das zum Nachlass gehörende Grundstück durch wirksame Verfügung des Vorerben aus dem Nachlass ausscheidet, weil der Vorerbe mit Zustimmung aller Nacherben über das Grundstück verfügt hat (BayObLG, NJW-RR 2005, 956; *Demharter*, GBO, § 51 Rdnr. 42; *Meikel/Böhringer*, GBO, 11. Aufl., § 51 Rdnr. 36). Nach allgemeiner Ansicht (vgl. BGH, DNotZ 2001, 392, 394) kann eine Auseinandersetzung hinsichtlich einzelner Nachlassgegenstände zwischen Vor- und Nacherben mit der Folge vorgenommen werden, dass die dem Vorerben übertragenen Gegenstände aus dem Nachlass ausscheiden und damit von der Nacherbeneinsetzung nicht mehr erfasst werden (so auch BayObLG, Rpfleger 2010, 421; *Bauer/Schaub/Schaub*, GBO, 4. Aufl., § 51 Rdnr. 189). Für eine Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GBO bedarf es dann nicht der Bewilligung der Ersatznacherben (Hügel/Zeiser, GBO, § 51 Rdnr. 92; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3529b).

**15** Begründet wird dies damit, dass durch ein Rechtsgeschäft zwischen dem Vorerben und dem Nacherben ein Erbschaftsgegenstand aus dem Nachlass herausgenommen werden kann und in Folge nicht mehr der Nacherbschaft unterliegt. Da Verfügungen über das Grundstück der Zustimmung des Ersatznacherben nicht bedürfen (vgl. zum Beispiel BGHZ 40, 115, 119; BayObLGZ 1959, 493, 497), besteht auch keine Veranlassung, eine solche für eine Auseinandersetzungsvereinbarung zwischen dem Vorerben und dem Nacherben (vgl. hierzu BGH, DNotZ 2001, 392, 394) oder für ein Rechtsgeschäft zwischen dem Vor- und dem Nacherben zu verlangen, mit dem ein Erbschaftsgegenstand aus dem nacherbengebundenen Nachlass herausgenommen werden wird (vgl. hierzu BayObLG, NJW-RR 2005, 956).

**16** b) Aus den Nachlassakten ergibt sich, dass der verfahrensgegenständliche Grundbesitz nicht den gesamten Nachlass darstellt, es sich also nur um einzelne Erbschaftsgegenstände und nicht den gesamten Nachlass handelt.

**17** In der Urkunde vom 5.9.2018 vereinbarten die Beteiligten zu 1 bis 3, dass der verfahrensgegenständliche Immobilienbesitz der Beteiligten zu 1 übertragen werden und aus dem Nachlass ausscheiden soll. Dem Vertrag kann deshalb zwanglos entnommen werden, dass sich die Beteiligte zu 1 mit den Beteiligten zu 2 und 3 über den Eigentumsübergang durch Herauslösung der Gegenstände aus der Vorerbschaft einig war (§§ 873, 925 BGB).

**18** Somit scheidet das Grundstück mit dem grundbuchmäßigen Vollzug der notariellen Urkunde aus dem Nachlass aus und das Grundbuch wird unrichtig, soweit es noch den Nacherben- und Ersatznacherbenvermerk enthält.

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Dietmar Weidlich**, Roth b. Nürnberg

Die Entscheidung des OLG München beschäftigt sich mit der Frage, inwieweit durch eine Vereinbarung des Vorerben mit dem Nacherben die Aufhebung der Nacherbenbindung bezüglich eines Grundstücks erreicht werden kann. Von der Rechtsprechung wird die Zulässigkeit einer diesbezüglichen Einzelverfügung bejaht.<sup>1</sup> Einigkeit besteht auch darüber, dass eine Zustimmung etwaiger Ersatznacherben in gleicher Weise wie wenn der Vorerbe über einen Einzelgegenstand verfügt entbehrlich ist.<sup>2</sup> Folge einer derartigen Vereinbarung ist, dass das Grundstück aus dem nacherbengebundenen Nachlass endgültig ausscheidet und ein im Grundbuch eingetragener Nacherbenvermerk bei entsprechendem Nachweis in der Form des § 29 GBO nach § 22 GBO zu löschen ist.

Uneinheitlich wird allerdings die dogmatische Einordnung dieses Rechtsgeschäfts gesehen. Das OLG Hamm tendiert dazu, ein solches Rechtsgeschäft als Freigabe analog zu den entsprechenden Handlungsmöglichkeiten des Testamentsvollstreckers (§ 2217 BGB) und des Insolvenzverwalters (§ 32 Abs. 3 InsO) anzusehen. Allerdings hat das OLG Hamm Zweifel geäußert, ob eine Freigabe in der Gestalt eines einseitigen, abstrakten dinglichen Rechtsgeschäfts des Freigebenden als ausreichend erachtet werden kann und nicht vielmehr eine im Einvernehmen mit dem Vorerben abgeschlossene und bei Grundstücken formbedürftige (§ 311b Abs. 1 BGB) rechtsgeschäftliche Vereinbarung notwendig ist.<sup>3</sup>

Demgegenüber kommt nach dem BayObLG eine solche Vereinbarung einer Erbauseinandersetzung durch Übertragung entsprechend § 2042 BGB nahe, was bei Grundstücken unter Umständen die Erklärung einer Auffassung (§§ 873, 925 BGB) mit sich bringt.<sup>4</sup> Auch das OLG Mün-

chen scheint zu dieser Auffassung zu tendieren, indem es am Ende seiner Entscheidung darauf hinweist, dass dem Vertrag entnommen werden könne, dass sich die Beteiligten über den Eigentumsübergang durch Herauslösung der Gegenstände aus der Vorerbschaft einig waren (§§ 873, 925 BGB). Unter dem Gesichtspunkt des sichersten Weges empfiehlt sich für die notarielle Praxis bei einem Grundstück eine Freigabe- bzw. Erwerbsvereinbarung zwischen Vor- und Nacherben zu beurkunden und rein vorsorglich die Anforderungen des § 925 BGB einzuhalten.

Ein weiteres von der Rechtsprechung bisher nicht aufgegriffenes und als mögliches Hindernis angesehenes Problem liegt in der Frage, ob eine Aufhebung der Nacherbenbindung ohne Zustimmung der Ersatznacherben dann möglich ist, wenn das Grundstück den wesentlichen Wert des Nachlasses darstellt. Übertragen die Nacherben ihr Anwartschaftsrecht auf den Vorerben, so lässt dies die Rechte der Ersatznacherben nach allgemeiner Meinung unberührt.<sup>5</sup> Für die Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch ist daher eine Bewilligung der Ersatznacherben nach § 19 GBO erforderlich, sofern diese nicht ihrerseits ihr Anwartschaftsrecht auf den Vorerben übertragen.<sup>6</sup> Einige Autoren im Schrifttum gehen davon aus, dass bei einer intendierten „Gesamtverfügung“ über den Nachlass der Weg über die Übertragung des Anwartschaftsrechts zu wählen sei,<sup>7</sup> mit der Folge der Notwendigkeit einer Zustimmung der Ersatznacherben zum Erlöschen der Nacherbfolge.

Auf den ersten Blick scheint auch das OLG München diese Problematik anzusprechen, indem es erwähnt, dass der verfahrensgegenständliche Grundbesitz nicht den gesamten Nachlass darstellte, es sich also nur um einzelne Erbschaftsgegenstände und nicht den gesamten Nachlass handelte. Bei genauerer Betrachtung dürfte dieser Teil der Entscheidung allerdings auf den etwas unglücklich formulierten Wortlaut der notariellen Urkunde zurückzuführen sein. In der Urkunde erklärten die Beteiligten unter anderem, dass sie den dort bezeichneten Grundbesitz von ihrer Nacherbenanwartschaft freigeben. Bei einer Übertragung des Anwartschaftsrechtes auf den Vorerben ist zu beachten, dass diese nicht bezüglich einzelner Nachlassgegenstände erfolgen kann.<sup>8</sup> Insofern wird man die Aussage des OLG München nur als Begründung dafür ansehen können, dass die Beteiligten keine Übertragung des Anwartschaftsrechtes des Nacherben vornehmen wollten, sondern sich auf eine Aufhebungsvereinbarung bezüglich des zum Nachlass gehörenden Grundstücks als Einzelgegenstand beschränkt haben.

1 BGH, Urteil vom 13.10.2000, V ZR 451/98, NJW-RR 2001, 217, 218; BayObLG, Beschluss vom 1.3.2005, 2Z BR 231/04, NJW-RR 2005, 956; OLG München, Beschluss vom 14.3.2014, 34 Wx 502/13, FamRZ 2014, 2027.

2 Siehe hierzu BGH, Urteil vom 25.9.1963, V ZR 130/61, BGHZ 40, 115, 118; Palandt/Weidlich, 78. Aufl. 2019, § 2113 Rdnr. 6.

3 Siehe OLG Hamm, Beschluss vom 13.5.2016, I-15 W 594/15, MittBayNot 2017, 166 m. Anm. Weidlich.

4 BayObLG, Beschluss vom 1.3.2005, 2Z BR 231/04, NJW-RR 2005, 956. Auch der BGH spricht von einer Auseinandersetzung, siehe Urteil vom 13.10.2000, V ZR 451/98, NJW-RR 2001, 217, 218.

5 Vgl. Palandt/Weidlich, § 2100 Rdnr. 16.

6 Siehe BGH, Beschluss vom 19.12.2013, V ZB 209/12, NJW 2014, 1593 1594; OLG München, Beschluss vom 25.2.2015, 34 Wx 3/15, ZEV 2015, 347, 348.

7 J. Mayer, MittBayNot 2010, 345, 349; Warlich, Die Auseinandersetzung zwischen Vor- und Nacherben, 2012, S. 94 ff. Zur Gegenmeinung siehe Hartmann, ZEV 2009, 107, 112 mit Hinweisen auch auf die haftungsrechtlichen Konsequenzen; Weidlich, ErbR 16, 675, 684 m. w. N.

8 Vgl. Palandt/Weidlich, § 2100 Rdnr. 13.

### 13. Keine Bekanntgabe der Schlusserb- einsetzung bei Eröffnung eines Ehegatten- testaments

KG, Beschluss vom 12.4.2019, 19 W 42/19

BGB §§ 2265, 2269

FamFG § 348 Abs. 3

#### LEITSÄTZE:

- 1. Gesetzlichen Erben muss grundsätzlich bei jeder Beeinträchtigung ihrer erbrechtlichen Stellung die gesamte Verfügung von Todes wegen bekanntgegeben werden, damit sie beurteilen können, ob der Erblasser möglicherweise nicht testierfähig war und ob ein Anfechtungsgrund gegeben ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass gesetzlichen Erben die gesamte Verfügung von Todes wegen bekannt zu geben ist, besteht, wenn diese von einem bestimmten Inhalt der Verfügung nicht betroffen sein können und der überlebende Ehegatte ein besonderes Geheimhaltungsinteresse geltend macht. Bei einem Ehegattentestament sind die Rechte der gesetzlichen Erben nach dem Erstvererbenden nicht durch die Anordnung der Schlusserbschaft, sondern durch die Alleinerbeinsetzung des längerlebenden Ehegatten betroffen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 3. Ein in einem Ehegattentestament eingesetzter Schlusserbe, dessen Schlusserbenstellung jederzeit von dem längerlebenden Ehegatten widerrufen werden kann, ist nicht bereits aufgrund seiner Stellung als Schlusserbe als Beteiligter im Sinne des § 348 Abs. 3 FamFG anzusehen, welchem die Verfügung bekannt zu geben ist. (Leitsatz der Schriftleitung).**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

- 1 I.** Der Erblasser und die Antragstellerin haben sich durch notarielles Ehegattentestament vom 30.3.2006 (UR-Nr. (...)/2006, Notar (...), Berlin) gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. In §§ 2 und 3 der Urkunde haben sie eine Person zum Schlusserben bestimmt und eine Regelung zur Ersatzschlusserbschaft getroffen. In § 4 des Testaments haben sie festgelegt, dass nur die gegenseitige Erbeinsetzung bindend ist und die in dem Testament enthaltenen weiteren Verfügungen für den längerlebenden Ehegatten frei widerruflich sein sollen. Zu den weiteren Einzelheiten des Inhalts des Testaments wird auf die Urkunde Bezug genommen (...).
- 2** Das Nachlassgericht hat durch Beschluss vom 12.2.2019 gegenüber der Antragstellerin angekündigt, eine vollständige Kopie des Testaments den Geschwistern des Erblassers und dem Schlusserben zukommen zu lassen. (...)
- 3** Die Antragstellerin hat gegen den (...) Beschluss (...) Beschwerde eingelegt.
- 4 II.** Die zulässige Beschwerde ist begründet.

**5** Die Antragstellerin hat klargestellt, dass sie mit dem Rechtsmittel erreichen will, dass dem in dem Testament vom 30.3.2006 genannten Schlusserben keine Abschrift des Dokuments übersandt wird und dass die Geschwister des Erblassers nur Kopien des Testaments erhalten, in denen die Schlusserbeneinsetzung geschwärzt oder ausgelassen ist. In diesem Umfang hat die Beschwerde Erfolg.

**6 1.** Die (...) Beschwerde gegen den Beschluss vom 12.2.2019 ist zulässig. Ein Rechtsmittel gegen eine Zwischenentscheidung im Nachlassverfahren ist ausnahmsweise statthaft, wenn schon diese Entscheidung in die Rechte des davon Betroffenen in einem erheblichen Maße eingreift. Das ist hier im Hinblick auf das Geheimhaltungsinteresse an dem gemeinschaftlichen Testament der Antragstellerin für die angegriffene Entscheidung der Fall (vgl. zum Beispiel OLG Zweibrücken, Beschluss vom 27.4.2010, 4 W 37/10, juris Rdnr. 1 m. w. N.).

**7 2.** Die Beschwerde ist auch begründet.

**8 a)** Die schriftliche Bekanntgabe einer letztwilligen Verfügung ist in § 348 Abs. 3 FamFG geregelt. Obwohl nach dem Wortlaut der Vorschrift das Nachlassgericht nur verpflichtet ist, die Beteiligten von dem sie betreffenden Inhalt der Verfügung von Todes wegen in Kenntnis zu setzen, ist anerkannt, dass gesetzlichen Erben bei jeder Beeinträchtigung ihrer erbrechtlichen Stellung grundsätzlich die gesamte Verfügung von Todes wegen bekanntgegeben werden muss, da sie nur dann beurteilen können, ob der Erblasser möglicherweise nicht testierfähig war und ob ein Anfechtungsgrund gegeben ist (MünchKomm-FamFG/Muscheler, 3. Aufl. 2019, § 348 Rdnr. 33, BeckOK-FamFG/Schlögel, Stand: 1.4.2019, § 348 Rdnr. 16 jew. m. w. N., vgl. auch KG, Beschluss vom 19.12.1978, 1 W 3085/78, OLGZ 1979, 269, 271 ff. zum alten Recht). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht allerdings, soweit der Beteiligte von einem bestimmten Inhalt der Verfügung nicht betroffen sein kann. So ist beispielsweise anerkannt, dass einem Vermächtnisnehmer nicht die Namen anderer Vermächtnisnehmer mitgeteilt werden müssen (BeckOK-FamFG/Schlögel, § 348 Rdnr. 16 m. w. N.). Macht bei einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament der überlebende Ehegatte – wie hier – ein Geheimhaltungsinteresse an Teilen des Testaments geltend, so ist deshalb von gerichtlicher Seite zu prüfen, ob der Beteiligte, dem die Verfügung bekannt gegeben werden soll, von dem fraglichen Testamentsteil in seinen Rechten im weiten Sinne betroffen sein könnte. Das ist vorliegend für die Geschwister des Erblassers hinsichtlich der in § 2 des Testaments verfügten und für den längerlebenden Ehegatten frei widerruflichen Schlusserbeneinsetzung nicht der Fall. Denn diese Beteiligten werden nur durch die Einsetzung der Antragstellerin als Alleinerbin, nicht aber durch die Anordnung zur Schlusserbschaft in ihren Rechten beeinträchtigt. Da auch nicht ansatzweise erkennbar ist, dass die Regelung in § 2 des Testaments die Wirksamkeit des Testaments im Übrigen berühren könnte, muss das grundsätzlich bestehende Interesse der Geschwister des Erblassers, von dem vollständigen Inhalt des Testaments Kenntnis zu erlangen, ausnahmsweise hinter dem Geheimhaltungsinteresse der Antragstellerin zurückstehen.

**9 b)** Dem Schlusserben selbst ist das Testament nicht bekannt zu geben. Der Senat schließt sich insoweit der Auffassung des

OLG Zweibrücken (Beschluss vom 27.4.2010, 4 W 37/10, juris) an, wonach ein in einem Ehegattentestament eingesetzter Schlusserbe, dessen Schlusserbenstellung jederzeit von dem längerlebenden Ehegatten widerrufen werden kann, nicht als Beteiligter im Sinne des § 348 Abs. 3 FamFG anzusehen ist. Das OLG weist zu Recht darauf hin, dass bei der Entscheidung, wer vom Inhalt der letztwilligen Verfügung zu benachrichtigen ist, auf den Sinn und Zweck der Rechtsvorschrift abzustellen ist, der darin besteht, Personen, deren Rechtsstellung durch die vom Erblasser in der Verfügung von Todes wegen getroffenen Bestimmungen unmittelbar beeinflusst wird, von dem sie betreffenden Inhalt Kenntnis zu geben, um sie in den Stand zu versetzen, das zur Wahrnehmung ihrer Interessen Zweckdienliche zu veranlassen (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 27.4.2010, 4 W 37/10, juris Rdnr. 2). Kann der überlebende Ehegatte die Schlusserbeneinsetzung jederzeit widerrufen, fehlt es an einer unmittelbaren Wirkung auf die Rechtsstellung der begünstigten Person in diesem Sinn.

(...)

#### 14. Keine Voreintragung der Erben bei Bewilligung einer Auflassungsvormerkung und Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld durch Testamentsvollstrecker

OLG München, Beschluss vom 15.1.2019, 34 Wx 400/18, mitgeteilt von **Edith Paintner**, Richterin am OLG München

*BGB § 2205 Satz 2 und 3, §§ 2365, 2368 Abs. 3  
GBO §§ 19, 39 Abs. 1, § 40 Abs. 2*

##### LEITSATZ:

**Bewilligt der Testamentsvollstrecker über den Nachlass eines Erblassers, der im Grundbuch noch als Berechtigter eingetragen ist, eine Grundbucheintragung (hier: Auflassungsvormerkung und Finanzierungsgrundschuld) und handelt er dabei in den Grenzen seiner Verfügungsbefugnis, so bedarf es unabhängig davon, ob die Übertragung oder Aufhebung des für den Erblasser eingetragenen Rechts eingetragen werden soll, verfahrensrechtlich keiner Voreintragung der Erben.**

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 535.

#### 15. Voraussetzungen der Löschung eines Nacherbenvermerks

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 13.9.2018, 20 W 197/18

*BGB §§ 1626, 1629 Abs. 1 Satz 2, §§ 1795, 1909 Abs. 1, § 1913 Satz 1, § 2136  
FamFG § 158  
GBO § 71 Abs. 1, § 73*

##### LEITSÄTZE:

1. **Den Nacherben ist vor einer Löschung des Nacherbenvermerks in jedem Fall rechtliches Gehör zu gewähren. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Nach § 1913 Satz 2 Alt. 1 BGB ist ein Nacherbe ungewiss, wenn er noch nicht erzeugt ist. Hierher gehört auch der Fall, dass der Vorerbe bereits Abkömmlinge hat, jedoch auch etwaige weitere künftige Abkömmlinge nicht ausgeschlossen werden sollen und der Erblasser daher eine Formulierung wählt, die namentlich bestehende Abkömmlinge sowie weitere etwaige Abkömmlinge umfasst. Das Alter des Vorerben spielt hierbei keine Rolle. (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Für unbekannte oder ungewisse Nacherben ist ein Fürsorgebedürfnis im Sinne des § 1913 Satz 1 BGB auch dann zu bejahen, wenn diese lediglich anzuhören sind. (Leitsatz der Schriftleitung)**

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 113.

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 16. Vertretung der AG durch den Aufsichtsrat bei Rechtsgeschäften mit mittelbarer Beteiligung eines Vorstandsmitglieds

BGH, Urteil vom 15.1.2019, II ZR 392/17 (Vorinstanz):  
OLG Dresden, Urteil vom 29.3.2017, 13 U 1804/16)

*AktG §§ 37, 62, 78 Abs. 1, § 112 Satz 1*

*BGB §§ 134, 177, 181, 812 Abs. 1*

*GmbHG § 16 Abs. 1, § 30*

#### LEITSATZ:

**Der Aufsichtsrat vertritt die Aktiengesellschaft nicht nur bei Rechtsgeschäften, die mit einem Vorstandsmitglied selbst geschlossen werden, sondern auch bei Rechtsgeschäften mit einer Gesellschaft, deren alleiniger Gesellschafter ein Vorstandsmitglied ist.**

#### SACHVERHALT:

**1** Die Klägerin, eine Aktiengesellschaft, schloss am 18.9.2013 mit der Beklagten und der N GmbH einen „Geschäftsanteilskauf- und Übertragungsvertrag“ über deren Geschäftsanteile an der d GmbH. Der von der Klägerin zu leistende Kaufpreis setzte sich jeweils aus einem Basiskaufpreis von 200.000 € sowie weiteren, u. a. von betrieblichen Kennzahlen abhängigen Kaufpreiskomponenten I bis III zusammen. Nach der Präambel des Vertrages sollten der Geschäftsführer und Alleingesellschafter der Beklagten D und der Geschäftsführer und Alleingesellschafter der N GmbH T eine Führungsposition bei der Klägerin oder einem mit ihr verbundenem Unternehmen übernehmen. Die Abtretung der Geschäftsanteile war nach den vertraglichen Vereinbarungen u. a. durch den Abschluss von Vorstandsdienstverträgen der Klägerin mit D und T aufschiebend bedingt, die ihrerseits wiederum nur bei fristgemäßer Zahlung des Basiskaufpreises in Kraft treten sollten. Bei Abschluss des Geschäftsanteilskaufvertrages wurde die Klägerin durch einen Bevollmächtigten ihres Vorstands vertreten.

**2** Ebenfalls am 18.9.2013 wurde in einer Aufsichtsratssitzung der Klägerin die Bestellung von D und T zu Vorständen der Klägerin beschlossen und der Aufsichtsratsvorsitzende Dr. L ermächtigt, die Vorstandsdienstverträge zu den in vorgelegten Vertragsentwürfen festgehaltenen Konditionen abzuschließen. Die Unterzeichnung der Vorstandsdienstverträge fand noch am selben Tag statt.

**3** Nach fristgerechter Leistung des Basiskaufpreises wurde die Klägerin als Gesellschafterin in die Gesellschafterliste der d GmbH aufgenommen.

**4** Die Klägerin nimmt die Beklagte mit der Begründung, der Geschäftsanteilskaufvertrag vom 18.9.2013 sei wegen Verstoßes gegen § 112 Satz 1 AktG nichtig, auf Rückzahlung des Basiskaufpreises von 200.000 € nebst Zinsen in Anspruch. Das LG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg.

**5** Mit ihrer vom Senat insoweit zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**6** Die Revision hat keinen Erfolg.

**7** I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung – soweit für das Revisionsverfahren von Interesse – im Wesentlichen wie folgt begründet:

**8** Die Beklagte habe den Kaufpreis rechtsgrundlos im Sinne von § 812 Abs. 1 BGB erlangt und sei daher zu dessen Rückzahlung verpflichtet. Der Geschäftsanteilskauf- und Übertragungsvertrag sei unter Verstoß gegen § 112 Satz 1 AktG geschlossen worden, weil die Klägerin dabei nicht durch ihren Aufsichtsrat, sondern durch einen Bevollmächtigten des Vorstands vertreten worden sei. § 112 Satz 1 AktG sei auch im vorliegenden Fall eines Vertragsschlusses zwischen der Gesellschaft und der Ein-Personen-Gesellschaft eines künftigen Vorstandsmitglieds anwendbar. Zwar sei die erweiterte Anwendung der Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus auf Konstellationen mit Berührungspunkten zum Vorstand der Aktiengesellschaft im Einzelnen streitig. Jedenfalls bei einer wirtschaftlichen Identität zwischen Vorstand und Vertragspartner, wie sie insbesondere bei der vorliegenden Ein-Personen-Gesellschaft gegeben sei, sei aber eine vergleichbare abstrakte Gefährdung der Gesellschaftsinteressen wie beim Vertragsschluss mit dem Vorstandsmitglied selbst gegeben. Ob die Bestellung des D zum Vorstand zeitlich vor oder nach der Beurkundung des Geschäftsanteilskaufvertrages erfolgt sei, sei unerheblich, weil § 112 Satz 1 AktG auch Geschäfte im Vorfeld der Bestellung erfasse. Die umstrittene Frage, ob ein Verstoß gegen § 112 Satz 1 AktG zur Nichtigkeit gemäß § 134 BGB oder zur Anwendbarkeit von §§ 177 ff. BGB führe, bedürfe keiner Entscheidung, weil jedenfalls auch keine konkludente Genehmigung des Vertragsschlusses durch den Aufsichtsrat vorliege. Schließlich sei der Rückzahlungsanspruch der Klägerin aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB auch nicht nach den Grundsätzen der Saldotheorie eingeschränkt.

**9** II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

**10** 1. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass § 112 Satz 1 AktG im vorliegenden Fall anwendbar ist.

**11** a) Entgegen der Ansicht der Revision ist § 112 Satz 1 AktG nicht nur bei Rechtsgeschäften der Gesellschaft anwendbar, die mit dem Vorstandsmitglied selbst geschlossen werden, sondern auch bei Rechtsgeschäften mit einer Gesellschaft, deren alleiniger Gesellschafter ein Vorstandsmitglied ist.

**12** aa) Der BGH hat die Frage, ob § 112 Satz 1 AktG erweiternd dahin gehend auszulegen ist, dass der Aufsichtsrat die Gesellschaft auch gegenüber Gesellschaften vertritt, in denen ein Vorstandsmitglied maßgeblichen Einfluss hat, bislang offengelassen (vgl. BGH, Urteil vom 12.3.2013, II ZR 179/12, BGHZ 196, 312 Rdnr. 9; Urteil vom 28.4.2015, II ZR 63/14, ZIP 2015, 1220 Rdnr. 32).

**13** bb) In Literatur und obergerichtlicher Rechtsprechung werden hierzu unterschiedliche Auffassungen vertreten.

**14** Eine Ansicht hält § 112 Satz 1 AktG im Hinblick auf den Schutzzweck der Regelung, eine unbefangene Interessenwahrnehmung der Gesellschaft sicherzustellen, bereits bei einer maßgeblichen Beteiligung oder beherrschendem Einfluss eines Vorstandsmitglieds in der anderen Gesellschaft für anwendbar (Spindler/Stilz/*Spindler*, AktG, 2. Aufl., § 112 Rdnr. 8, anders aber in der 3. Aufl.; *Rupietta*, NZG 2007, 801, 802 ff.; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 216; weitergehend *E. Vetter* in FS Günter H. Roth, 2011, S. 855, 860 ff.).

**15** Nach anderer Meinung ist § 112 Satz 1 AktG dagegen aus Gründen der Klarheit im Rechtsverkehr und der Kompetenzverteilung zwischen Geschäftsführungs- und Kontrollorgan grundsätzlich eng auszulegen und selbst eine maßgebliche Beteiligung oder ein beherrschender Einfluss eines Vorstandsmitglieds an der anderen Gesellschaft für eine Anwendung der Vorschrift nicht ausreichend. Eine Ausnahme soll jedoch nach Sinn und Zweck der Regelung und zur Verhinderung von Umgehungsgeschäften bei einer (restriktiv zu verstehenden) wirtschaftlichen Identität eines Vorstandsmitglieds mit dem Vertragspartner (bzw. vertretenen Dritten) gelten, die insbesondere oder aber jedenfalls bei einer Ein-Personen-Gesellschaft des Vorstandsmitglieds gegeben sei (OLG Saarbrücken, ZIP 2012, 2205, 2206 und ZIP 2014, 822, 824; OLG Brandenburg, AG 2015, 428 Rdnr. 36; OLG Celle, AG 2012, 41, 42; Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, AktG, § 112 Rdnr. 6; Henssler/Strohn/Henssler, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., § 112 Rdnr. 3; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 112 Rdnr. 4; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl., § 112 Rdnr. 18; MünchKomm-AktG/Habersack, 4. Aufl., § 112 Rdnr. 9; K. Schmidt/Lutter/Drygala, AktG, 3. Aufl., § 112 Rdnr. 11 f.; Spindler/Stilz/Spindler, AktG, 3. Aufl., § 112 Rdnr. 9; Werner, ZGR 1989, 369, 373; Palzer, JZ 2013, 691; Bayer/Scholz, ZIP 2015, 1853, 1856).

**16** Eine dritte Auffassung lehnt hingegen jede Ausweitung von § 112 Satz 1 AktG über den Gesetzeswortlaut hinaus insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sowie unter Hinweis auf die gesetzliche Kompetenzverteilung ab (OLG München, ZIP 2012, 1024, 1025 f.; Großkommentar AktG/Hopt/Roth, 4. Aufl., § 112 Rdnr. 43; Fischer, ZNotP 2002, 297, 300 ff., a. A. aber „aus pragmatischen Gründen“ in Gedächtnisschrift Gruson 2009, S. 131, 154; Witt, ZGR 2013, 668, 679 ff.; Eßwein, AG 2015, 151, 153).

**17** cc) Der letztgenannten Ansicht ist nicht zu folgen. § 112 Satz 1 AktG ist jedenfalls dann in erweiternder Auslegung anwendbar, wenn die Gesellschaft ein Rechtsgeschäft mit einer Gesellschaft abschließt, deren Alleingesellschafter ein Vorstandsmitglied ist. Ob die Vorschrift darüber hinaus auch dann eingreift, wenn das Vorstandsmitglied nicht Alleingesellschafter der anderen Gesellschaft ist, sondern nur maßgeblichen Einfluss in ihr hat, bedarf hier keiner Entscheidung.

**18** (1) Seinem Wortlaut nach gilt § 112 Satz 1 AktG allerdings nur für die Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem Vorstandsmitglied selbst.

**19** Den Gesetzesmaterialien lassen sich weder Anhaltspunkte für noch gegen eine erweiternde Auslegung des Begriffs des „Vorstandsmitglieds“ im Sinne von § 112 AktG entnehmen. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs (abgedruckt bei Kropff, Aktiengesetz 1965, S. 156) sollten mit der Neuregelung des § 112 AktG Zweifel und Auslegungsschwierigkeiten der bisherigen Regelung in § 37 AktG beseitigt werden, nach der bei Rechtsgeschäften mit Vorstandsmitgliedern auch der Vorstand neben dem Aufsichtsrat vertretungsbefugt war und die Gesellschaft bei Passivprozessen mit einem Vorstandsmitglied ebenfalls nicht ausschließlich durch den Aufsichtsrat vertreten wurde. Die Frage, wie weit der Begriff des Vorstandsmitglieds in § 112 Satz 1 AktG zu verstehen sei, war damit nicht Gegenstand der Neuregelung.

**20** (2) Dass es sich in systematischer Hinsicht bei § 112 Satz 1 AktG um eine von wenigen gesetzlichen Ausnahmen von der ausschließlichen Vertretungsmacht des Vorstands (§ 78 Abs. 1 AktG) handelt, mag zwar für eine enge Auslegung der Vorschrift sprechen, schließt ihre Erweiterung über den Wortlaut hinaus auf Fälle, die in ihren Schutzbereich fallen, aber nicht grundsätzlich aus (vgl. Rupiatta, NZG 2007, 801, 803).

**21** Gegen eine erweiterte Anwendung der Vorschrift auf Ein-Personen-Gesellschaften eines Vorstandsmitglieds spricht auch nicht, dass § 112 Satz 1 AktG im Unterschied zu §§ 89, 115 AktG, die eine ausdrückliche Erweiterung des Zustimmungsvorbehalts des Aufsichtsrats auf verschiedene Umgehungssachverhalte enthalten, keine gesonderte Regelung für Umgehungstatbestände enthält. Das allein lässt nicht den Schluss zu, der Gesetzgeber habe bei § 112 AktG bewusst von der Einbeziehung von Umgehungstatbeständen absehen und diesbezüglich mit §§ 89, 115 AktG abschließende Regelungen für mögliche Interessenkollisionen bei Vorstandsmitgliedern treffen wollen. Ein bewusstes Absehen des Gesetzgebers von einem Umgehungsschutz kann regelmäßig nicht angenommen werden (vgl. BGH, Urteil vom 15.1.1990, II ZR 164/88, BGHZ 110, 47, 55 f.; Urteil vom 3.7.2006, II ZR 151/04, BGHZ 168, 188 Rdnr. 11 zu § 114 ZPO). Gegenteiliges ist auch hier weder der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 112 AktG, noch zu § 89 und § 115 AktG (abgedruckt bei Kropff, Aktiengesetz 1965, S. 112 ff., 156, 159 f.) zu entnehmen.

**22** Für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Verträge mit einer Ein-Personen-Gesellschaft eines Vorstandsmitglieds spricht, dass sich auch in zahlreichen anderen Bereichen des Gesellschaftsrechts die Gleichstellung einer besonderen gesellschaftsrechtlichen Bindung unterliegenden Person mit einem Unternehmen, an dem sie maßgeblich beteiligt ist, findet, so zum Beispiel im Rahmen des § 62 AktG (vgl. zum Beispiel Großkommentar AktG/Henze, 4. Aufl., § 62 Rdnr. 22), der §§ 30 f. GmbHG sowie des Rechts des Eigenkapitalersatzes (vgl. BGH, Urteil vom 21.9.1981, II ZR 104/80, BGHZ 81, 311, 315; Urteil vom 21.6.1999, II ZR 70/98, ZIP 1999, 1315), wobei es nicht entscheidend darauf ankommt, ob es sich um eine Analogie oder um eine an Sinn und Zweck der Norm orientierte Gesetzesauslegung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten handelt (vgl. BGH, Urteil vom 3.7.2006, II ZR 151/04, BGHZ 168, 188 Rdnr. 11). Des Weiteren ist im Bereich von § 136 AktG anerkannt, dass ein Stimmrechtsausschluss auch dann anzunehmen ist, wenn die Stimmrechte durch eine Gesellschaft ausgeübt werden, auf die ein Organmitglied maßgeblichen Einfluss ausüben kann (vgl. BGH, Urteil vom 29.1.1962, II ZR 1/61, BGHZ 36, 296, 299; RGZ 146, 385, 391), und es gelten die §§ 113, 114 AktG nach der Rechtsprechung des BGH auch dann, wenn die Aktiengesellschaft einen Beratungsvertrag mit einem Unternehmen schließt, an dem ein Aufsichtsratsmitglied – nicht einmal notwendig beherrschend – beteiligt ist (vgl. BGH, Urteil vom 3.7.2006, II ZR 151/04, BGHZ 168, 188 Rdnr. 11; Urteil vom 20.11.2006, II ZR 279/05, BGHZ 170, 60 Rdnr. 8 ff.; Urteil vom 2.4.2007, II ZR 325/05, ZIP 2007, 1056 Rdnr. 11).

**23** (3) Für eine entsprechende Erweiterung des Anwendungsbereichs spricht insbesondere der Schutzzweck der Norm.

§ 112 Satz 1 AktG soll Interessenkollisionen vorbeugen und eine unbefangene, von sachfremden Erwägungen unbeeinflusste Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern sicherstellen. Dabei ist es im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ausreichend, dass aufgrund der gebotenen und typisierenden Betrachtung in den von § 112 Satz 1 AktG geregelten Fällen regelmäßig die abstrakte Gefahr einer nicht unbefangenen Vertretung der Gesellschaft vorhanden ist (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.1995, II ZR 122/94, BGHZ 130, 108, 111 f.; Urteil vom 16.2.2009, II ZR 282/07, ZIP 2009, 717 Rdnr. 7 m. w. N.).

**24** Hierbei kann es keinen entscheidenden Unterschied machen, ob das Vorstandsmitglied einen Vertrag im eigenen Namen mit der Gesellschaft abschließt oder ob Vertragspartner der Gesellschaft eine Gesellschaft ist, deren alleiniger Gesellschafter das Vorstandsmitglied ist. In diesem Fall wirtschaftlicher Identität sind das Vorstandsmitglied und die ihm gehörende Gesellschaft, die letztlich nur einen organisatorisch verselbstständigten Teil seines Vermögens darstellt (vgl. *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 216), gleichzusetzen. Wirtschaftlich unterscheidet sich die Situation nicht von dem von § 112 Satz 1 AktG eindeutig erfassten Fall, dass das Vorstandsmitglied für eine ihm gehörende Einzelfirma auftritt (vgl. *Werner*, ZGR 1989, 369, 374). In beiden Fällen besteht gleichermaßen die Gefahr der Befangenheit des Vorstands, da jede Entscheidung automatisch ersichtlich direkt auch die persönlichen wirtschaftlichen Interessen eines der Vorstandsmitglieder betrifft. Ohne Einbeziehung der Ein-Personen-Gesellschaft eines Vorstandsmitglieds wäre dagegen einer Umgehung des § 112 Satz 1 AktG und des von ihm bezweckten Schutzes der Interessen der Gesellschaft durch Einschaltung einer solchen Gesellschaft Tür und Tor geöffnet.

**25** (4) Der Senat verkennt nicht, dass § 112 Satz 1 AktG auch der Sicherheit und Klarheit im Rechtsverkehr dienen soll (so die Begründung des Regierungsentwurfs, *Kropff*, Aktiengesetz 1965, S. 156). Auch das steht der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Vorschrift jedenfalls auf Ein-Personen-Gesellschaften nicht entgegen.

**26** Ob eine Ein-Personen-Gesellschaft gegeben ist, wird sich in der Regel unschwer feststellen lassen (vgl. K. Schmidt/Lutter/Drygala, AktG, § 112 Rdnr. 11). Auch der Aktiengesellschaft dürfte in der Regel bekannt sein, wenn ihr Vertragspartner nur einen Gesellschafter hat und es sich hierbei um eines ihrer Vorstandsmitglieder handelt, zumal das Vorstandsmitglied zum angemessenen Umgang mit Interessenkonflikten verpflichtet ist und im Hinblick auf § 88 Abs. 1 AktG die Gesellschaft über den Betrieb einer Ein-Personen-Gesellschaft ins Bild zu setzen hat (vgl. *Bayer/Scholz*, ZIP 2015, 1853, 1856).

**27** Ob dies aus Gründen der Rechtssicherheit anders zu beurteilen ist, wenn das Vorstandsmitglied nicht Alleingesellschafter, sondern nur maßgeblich oder beherrschend an der anderen Gesellschaft beteiligt ist, bedarf im vorliegenden Fall, in dem das Vorstandsmitglied Alleingesellschafter der anderen Gesellschaft ist, keiner Entscheidung. Gleiches gilt für die weiter von der Revision aufgeworfene Frage, ob ein unter § 112 Satz 1 AktG zu fassender Fall „wirtschaftlicher Identität“ auch dann anzunehmen ist, wenn das Vorstandsmitglied nur über sämtliche Vermögens-, nicht aber auch über sämtliche Ver-

waltungsrechte verfügt oder aber nur eine mittelbare/Treuhandbeteiligung vorliegt.

**28** (5) Auch der Einwand, eine Erweiterung des § 112 Satz 1 AktG über seinen Wortlaut hinaus stelle einen ungerechtfertigten Eingriff in das gesetzliche Kompetenzgefüge dar und gehe deutlich über die dem Aufsichtsrat nach § 111 Satz 1 AktG zukommende Überwachungs- und Kontrollfunktion hinaus (vgl. Großkommentar AktG/Hopt/Roth, § 112 Rdnr. 43; *Fischer*, ZNotP 2002, 297, 301), gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Zutreffend ist, dass bei der Erweiterung des § 112 Satz 1 AktG auf Ein-Personen-Gesellschaften ein Widerspruch zu § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG entsteht, da dem Aufsichtsrat danach keine Maßnahmen der Geschäftsführung übertragen werden können. Dieser Widerspruch ist aber in § 112 Satz 1 AktG angelegt und in Abwägung mit der andernfalls eröffneten Möglichkeit einer Umgehung der Norm und ihres Schutzzwecks hinzunehmen (vgl. K. Schmidt/Lutter/Drygala, AktG, § 112 Rdnr. 11; *Bayer/Scholz*, ZIP 2015, 1853, 1856).

**29** (6) Schließlich lässt sich gegen eine Erweiterung des § 112 Satz 1 AktG auch nicht einwenden, der Schutz vor Umgehungen in Fällen wirtschaftlicher Identität lasse sich hinreichend durch eine vertragliche Verpflichtung des einzelnen Vorstandsmitglieds zur Aufklärung über einen Interessenkonflikt und durch einen allgemeinen Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG für Geschäfte mit dem Vorstand nahestehenden Personen oder Gesellschaften sicherstellen (so Großkommentar/Hopt/Roth, AktG, § 112 Rdnr. 43; *Witt*, ZGR 2013, 668, 684 f.; ferner Hölters/*Hambloch-Gesinn/Gesinn*, AktG, 3. Aufl., § 112 Rdnr. 7). Beide Möglichkeiten haben nicht die gleiche Wirkung wie § 112 Satz 1 AktG, durch den – unabhängig davon, ob ein Verstoß gegen § 112 Satz 1 AktG zur Nichtigkeit des betroffenen Rechtsgeschäfts oder nur zur Anwendung der §§ 177 ff. BGB führt – gewährleistet ist, dass das Geschäft jedenfalls nicht ohne Genehmigung des Aufsichtsrats im Außenverhältnis wirksam wird.

**30** Entsprechendes gilt für den Hinweis auf einen Schutz durch die Regeln über den Missbrauch der Vertretungsmacht, durch Schadensersatzansprüche gemäß § 93 AktG oder, in besonders gravierenden Fällen, durch § 138 BGB (vgl. *Fischer*, ZNotP 2002, 297, 302). Hierbei handelt es sich um lediglich nachträgliche Schutzinstrumente, die bereits deshalb nicht der präventiven Schutzintensität des § 112 Satz 1 AktG gleichkommen (vgl. *Rupietta*, NZG 2007, 801, 804).

**31** b) Ebenfalls zutreffend hat es das Berufungsgericht für die Anwendung von § 112 Satz 1 AktG für unerheblich gehalten, ob die Bestellung D zum Vorstand zeitlich vor oder erst nach der Beurkundung des Geschäftsanteilskaufvertrags erfolgt ist.

**32** aa) Auch insoweit ist der Wortlaut der Vorschrift zu eng und der Aufsichtsrat nicht nur gegenüber amtierenden Vorstandsmitgliedern zur Vertretung befugt, sondern auch gegenüber Personen, die erst künftig zum Vorstand bestellt werden sollen (vgl. BGH, Urteil vom 13.1.1958, II ZR 212/56, BGHZ 26, 236 zum AktG 1937). Das gilt jedenfalls dann, wenn es um Rechtsgeschäfte geht, die im Vorfeld der beabsichtigten Bestellung erfolgen und mit dieser in Zusammenhang stehen (vgl. Hüffer/

Koch, AktG, § 112 Rdnr. 2; Großkommentar AktG/Hopt/Roth, § 112 Rdnr. 19; KK-AktG/Mertens/Cahn, § 112 Rdnr. 15; MünchKomm-AktG/Habersack, § 112 Rdnr. 11; Spindler/Stilz/Spindler, AktG, § 112 Rdnr. 6). Andernfalls wäre auch hier einer Umgehung des von § 112 Satz 1 AktG bezweckten Schutzes der Interessen der Gesellschaft durch die bloße zeitliche Abfolge von Abschluss des Rechtsgeschäfts und Bestellung zum Vorstand Tür und Tor geöffnet. Im Hinblick darauf ist die ggf. im Einzelfall bestehende Unsicherheit, ob ein Rechtsgeschäft vor der Bestellung zum Vorstand bereits unter § 112 Satz 1 AktG zu fassen ist oder nicht, hinzunehmen.

**33** bb) Danach ist § 112 Satz 1 AktG hier auch dann auf den Geschäftsanteilskaufvertrag der Parteien anwendbar, wenn dieser noch vor der Bestellung des D zum Vorstand der Klägerin beurkundet wurde. Die Vertragsbeurkundung und die Bestellung standen nicht nur in einem engen zeitlichen Zusammenhang, sondern waren auch inhaltlich miteinander verknüpft, da die Abtretung der Geschäftsanteile durch den Abschluss des Vorstandsdienstvertrags und dieser wiederum durch die Zahlung des Basiskaufpreises aufschiebend bedingt war.

**34** c) Da die Bestellung des D zum Vorstand am 18.9.2013 nach den rechtsfehlerfreien und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen wirksam war und auch keine Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit seines Vorstandsdienstvertrages vorliegen, ist nicht entscheidungserheblich, ob § 112 Satz 1 AktG auch dann anwendbar ist, wenn das Vorstandsmitglied fehlerhaft bestellt wurde oder sein Anstellungsvertrag unwirksam ist.

**35** Keiner Entscheidung bedarf auch die in Literatur und Rechtsprechung umstrittene Frage, ob ein Verstoß gegen § 112 Satz 1 AktG zur Nichtigkeit des jeweiligen Rechtsgeschäfts gemäß § 134 BGB oder zur Anwendbarkeit der §§ 177 ff. BGB führt, da das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei und von der Revision nicht angegriffen festgestellt hat, dass der Geschäftsanteilskaufvertrag jedenfalls auch nicht durch den Aufsichtsrat genehmigt worden ist.

**36** 2. Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch dagegen, dass das Berufungsgericht eine Einschränkung des Rückzahlungsanspruchs der Klägerin aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB nach den Grundsätzen der Saldotheorie verneint hat.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Luitpold Graf Wolffskeel v. Reichenberg**, München

### 1. Einführung

Das Verbot des Inlichgeschäftes gemäß § 181 BGB führt in der notariellen Praxis oft zu Problemen. Dies betrifft nicht nur, aber besonders häufig das Gesellschaftsrecht. Selbst bei seit langer Zeit verhandelten Verträgen rückt nicht selten erst kurz vor Beurkundung § 181 BGB in den Fokus der Betrachtung und verursacht Aufregung. Regelmäßig liegt dies daran, dass gerade bei einer Vielzahl von Beteiligten erst am Tag der Beurkundung feststeht bzw. dem Notar mitgeteilt wird, wer die Vertragsparteien vertritt.

Die Lage verkompliziert sich zudem, wenn eine Aktiengesellschaft beteiligt ist. Denn in diesem Fall ist nicht nur § 181 BGB, sondern auch § 112 AktG zu beachten. Hiernach wird die Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern durch ihren Aufsichtsrat vertreten. Besondere Brisanz entfaltet diese Regelung zum einen dadurch, dass sie – anders als § 181 BGB, von dem Befreiung erteilt werden kann<sup>1</sup> – zwingend ist.<sup>2</sup> Zum anderen sind die Rechtsfolgen umstritten, wenn statt des Aufsichtsrats der Vorstand handelt; nach einer vertretenen Ansicht droht die unheilbare Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.<sup>3</sup> Schließlich ist auch der Anwendungsbereich des § 112 AktG nicht abschließend geklärt, was den Umgang mit der Vorschrift erschwert.

## 2. Die Entscheidung des BGH

Mit der Frage nach dem Anwendungsbereich beschäftigt sich die hier besprochene Entscheidung im Wesentlichen. Bisher hatte der BGH offengelassen, ob § 112 AktG über den Wortlaut hinaus erweiternd dahin gehend auszulegen ist, dass der Aufsichtsrat die Aktiengesellschaft auch gegenüber einer Gesellschaft vertritt, in der ein Vorstandsmitglied maßgeblichen Einfluss hat.<sup>4</sup> Diese Frage beantwortet der BGH nun für den Fall, dass das Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft alleiniger Gesellschafter der Gesellschaft ist: § 112 AktG ist anzuwenden. Das Ergebnis ist nicht überraschend, da es der in der Literatur bereits zuvor überwiegend vertretenen Ansicht entspricht.<sup>5</sup> Ob § 112 AktG auch einschlägig ist, wenn das Vorstandsmitglied nicht Alleingesellschafter ist, sondern nur „maßgeblichen Einfluss“ auf die Gesellschaft hat, lässt der BGH allerdings weiterhin ebenso dahinstehen wie die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 112 AktG.

- 1 Statt aller BeckOK-BGB/Schäfer, Stand: 1.8.2019, § 181 Rdnr. 32 ff.; MünchKomm-BGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 181 Rdnr. 69 ff.; Palandt/Ellenberger, 78. Aufl. 2019, § 181 Rdnr. 16 ff., jew. m. w. N.
- 2 OLG Hamburg, Urteil vom 16.5.1986, 11 U 238/85, NJW-RR 1986, 1483; Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, AktG, 2013, § 112 Rdnr. 2; Henssler/Strohn/Henssler, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 112 AktG Rdnr. 1; Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn, AktG, 3. Aufl. 2017, § 112 Rdnr. 26; Hüffer/Koch/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 112 Rdnr. 1; MünchKomm-AktG/Habersack, 5. Aufl. 2019, § 112 Rdnr. 3, jew. m. w. N.
- 3 So etwa OLG Brandenburg, Urteil vom 14.1.2015, 7 U 68/13, DStR 2015, 1877; OLG Stuttgart, Urteil vom 20.3.1992, 2 U 115/90, BeckRS 2007, 13858; a. A. (Geltung von §§ 177 ff. BGB) etwa: OLG Celle, Beschluss vom 25.2.2002, 4 U 176/01, MittBayNot 2002, 410; OLG München, Urteil vom 18.10.2007, 23 U 5786/06, ZIP 2008, 220; Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, AktG, § 112 Rdnr. 16; Hüffer/Koch/Koch, AktG, § 112 Rdnr. 12; MünchKomm-AktG/Habersack, § 112 Rdnr. 33 f., jew. m. w. N.; vgl. zum Meinungsstand, wenn nicht der Vorstand, sondern ein Aufsichtsratsmitglied ohne erforderlichen Mehrheitsbeschluss handelt: MünchKomm-AktG/Habersack, § 112 Rdnr. 33; insoweit vertritt BGH, Beschluss vom 14.5.2013, II ZB 1/11, NZG 2013, 792, 794 eine Anwendung der §§ 177 ff. BGB.
- 4 BGH, Urteil vom 28.4.2015, II ZR 63/14, NJW-RR 2015, 988; Urteil vom 12.3.2013, II ZR 179/12, NJW 2013, 1742.
- 5 Vgl. die Darstellung des Meinungsstands in Rdnr. 14 ff. des hier besprochenen Urteils.

Im Rahmen dieser Anmerkung ist weder Platz noch Notwendigkeit, den Meinungsstand und die Argumente des BGH zu wiederholen; das Ergebnis ist jedenfalls für die Praxis hinzunehmen. Auch die im Urteil offengelassenen Fragen können hier nicht eingehend unter dogmatischen Gesichtspunkten beleuchtet werden. Insoweit soll es bei folgenden Gedanken verbleiben: Betrachtet man allein die Rechtssicherheit, sollte § 112 AktG nicht noch weiter ausgedehnt werden. Die Prüfung, ob „maßgeblicher Einfluss“ vorliegt, wäre voraussichtlich häufig schwer durchzuführen, selbst wenn die Rechtsprechung hierfür (letztlich zudem willkürliche) Voraussetzungen statuieren würde.<sup>6</sup> Auf Rechtsfolgenseite liegt es näher und wäre aus praktischen Gesichtspunkten sinnvoll, bei einem Verstoß die §§ 177 ff. BGB anzuwenden, was insbesondere eine Genehmigungsmöglichkeit bei Verträgen zur Folge hätte.

### 3. Die Vertretung der Aktiengesellschaft durch den Aufsichtsrat

Nachfolgende Ausführungen sollen vielmehr dazu dienen, die Thematik für die notarielle Praxis in Erinnerung zu rufen und etwas zu erhellen. Da der Notar die Vertretungsmacht der Erschienenen prüfen muss,<sup>7</sup> hat er bei Beteiligung einer Aktiengesellschaft § 112 AktG zu beachten. Die Problematik ist leicht zu übersehen. Während ein Selbstkontrahieren im Sinne des § 181 Var. 1 BGB in der Regel ins Auge springt, ist dies bei § 112 AktG aus mehreren Gründen nicht der Fall: Zum einen kommt es anders als bei § 181 Var. 1 BGB nicht darauf an, ob das betroffene Vorstandsmitglied im konkreten Fall für die Aktiengesellschaft handelt. Denn auch wenn andere Vorstandsmitglieder für die Aktiengesellschaft handeln, ist allein entscheidend, dass die Aktiengesellschaft gegenüber einem Vorstandsmitglied vertreten wird.<sup>8</sup> Zum anderen kann man es nicht bei der Feststellung bewenden lassen, dass die in Frage stehende Person kein aktuelles Vorstandsmitglied ist. Denn nach herrschender Meinung – und vom BGH nun für künftige Vorstandsmitglieder bestätigt<sup>9</sup> – ist § 112 AktG unter bestimmten Voraussetzungen auch bei ausgeschiedenen oder künftigen Vorstandsmitgliedern anzuwenden.<sup>10</sup> Spätestens mit der hier besprochenen

Entscheidung ist zudem geklärt, dass § 112 AktG auch dann relevant sein kann, wenn die Aktiengesellschaft gegenüber einer Gesellschaft vertreten wird.

Der Notar kann die wesentlichen Informationen nur zum Teil selbst ermitteln. Die Stellung als aktuelles Vorstandsmitglied kann der Notar dem Handelsregister entnehmen. Weiterhin kann der Notar unter Umständen erkennen, ob die betroffene Person Alleingesellschafter der Gesellschaft ist, gegenüber der die Aktiengesellschaft vertreten werden soll. Im Anwendungsbereich des GwG hat der Notar ohnehin den wirtschaftlich Berechtigten im Sinne des § 3 GwG zu identifizieren, § 10 Abs. 1 Nr. 2 GwG.<sup>11</sup> Bezüglich anderer Informationen ist der Notar auf die Angaben der Beteiligten angewiesen. Dies gilt nicht abschließend, aber insbesondere für die Frage, ob es sich um ein künftiges Vorstandsmitglied handelt. Die Anforderungen an den Notar dürfen nicht überspannt werden. Nahezu unmöglich ist die Prüfung für den Notar, wenn man auch eine „maßgebliche Beteiligung“ für die Anwendbarkeit des § 112 AktG genügen lassen möchte. Denn ob eine solche Beteiligung vorliegt, kann der Notar – jedenfalls sofern hier auch Aspekte jenseits der reinen Beteiligung (etwa Treuhandschaft, Stimmrechtsbindungen) berücksichtigt werden sollen<sup>12</sup> – nicht selbst feststellen.

Liegt ein Fall des § 112 AktG vor,<sup>13</sup> vertritt der Aufsichtsrat die Aktiengesellschaft. Bei der Passivvertretung der Aktiengesellschaft genügt die Abgabe der Willenserklärung gegenüber einem Aufsichtsratsmitglied, § 112 Satz 2, § 78 Abs. 1 Satz 2 AktG. Zur Aktivvertretung der Aktiengesellschaft ist das Kollegialorgan Aufsichtsrat berufen.<sup>14</sup> Zur Willensbildung bedarf es daher grundsätzlich eines Aufsichtsratsbeschlusses (§ 108 AktG).<sup>15</sup> Eine Delegation auf einen Ausschuss ist in den allgemeinen Grenzen (§ 107 Abs. 3 AktG) möglich,<sup>16</sup> jedenfalls grundsätzlich aber nicht eine Er-

6 Nach BGH, Urteil vom 12.3.2013, II ZR 179/12, NJW 2013, 1742 liegt bei einer Beteiligung von 24,99 % „keine rechtlich vermittelte Möglichkeit einer maßgeblichen Einflussnahme“ vor, solange mit den anderen Gesellschaftern „keine rechtlich bindenden Vereinbarungen wie Treuhandvereinbarungen oder Stimmbindungsverträge getroffen sind“.

7 BGH, Beschluss vom 13.11.2017, NotSt(Brfg) 4/17, NJW-RR 2018, 443; Urteil vom 21.1.1988, IX ZR 252/86; Beck'sches Notarhandbuch/Reetz, 7. Aufl. 2019, § 27 Rdnr. 211 ff.; Würzburger Notarhandbuch/Limmer, 5. Aufl. 2018, Teil 1 Kap. 2 Rdnr. 66; Thelen/Hermanns, DNotZ 2019, 725, 734 f.; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 12 Rdnr. 1; Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 12 Rdnr. 5 ff.

8 Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, AktG, § 112 Rdnr. 1; Henssler/Strohn/Henssler, Gesellschaftsrecht, § 112 AktG Rdnr. 1.

9 Rdnr. 32 des hier besprochenen Urteils.

10 Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, AktG, § 112 Rdnr. 4; Henssler/Strohn/Henssler, Gesellschaftsrecht, § 112 AktG Rdnr. 3; Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn, AktG, § 112 Rdnr. 7; Hüffer/Koch/Koch, AktG, § 112 Rdnr. 2; MünchKomm-AktG/Habersack, § 112 Rdnr. 11 ff., jew. m. w. N. auch zur Rspr.

11 Vgl. auch die Anwendungsempfehlungen der BNotK zum GwG 2017, S. 17 ff.

12 Vgl. BGH, Urteil vom 12.3.2013, II ZR 179/12, NJW 2013, 1742, 1743.

13 Liegen Anhaltspunkte für eine „maßgebliche Beteiligung“ vor, kommt bis zu einer klärenden Entscheidung des BGH zur Sicherheit eine Mitwirkung von Vorstand und Aufsichtsrat in Betracht.

14 Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, AktG, § 112 Rdnr. 10; Henssler/Strohn/Henssler, Gesellschaftsrecht, § 112 AktG Rdnr. 8; Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn, AktG, § 112 Rdnr. 13.

15 BGH, Beschluss vom 14.5.2013, II ZB 1/11, NZG 2013, 792, 794; Urteil vom 29.1.2013, II ZB 1/11, NJW-RR 2013, 485; Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, AktG, § 112 Rdnr. 10; Henssler/Strohn/Henssler, Gesellschaftsrecht, § 112 AktG Rdnr. 8; Hüffer/Koch/Koch, AktG, § 112 Rdnr. 7; MünchKomm-AktG/Habersack, § 112 Rdnr. 22, jew. m. w. N.

16 Henssler/Strohn/Henssler, Gesellschaftsrecht, § 112 AktG Rdnr. 8; Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn, AktG, § 112 Rdnr. 13; Hüffer/Koch/Koch, AktG, § 112 Rdnr. 2; MünchKomm-AktG/Habersack, § 112 Rdnr. 23; Spindler/Stilz/Spindler, AktG, 4. Aufl. 2019, § 112 Rdnr. 36.

setzung durch ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied.<sup>17</sup> Von der Willensbildung zu unterscheiden ist die Kundgabe des gebildeten Willens. Unbeschadet dogmatischer Unklarheiten im Detail besteht im Ergebnis Einigkeit, dass nicht der gesamte Aufsichtsrat bzw. die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder an der Urkunde mitwirken müssen. Vielmehr kann der gebildete Wille durch eine ermächtigte Person, regelmäßig ein Aufsichtsratsmitglied, kundgetan werden. Ob und unter welchen Voraussetzungen es sich hierbei um eine „Erklärungsvertretung“,<sup>18</sup> eine weisungsgebundene Vertretung<sup>19</sup> oder um eine Botenschaft<sup>20</sup> handelt, dürfte in der notariellen Praxis kaum eine Rolle spielen.

#### 4. Fazit

Bei Beteiligung einer Aktiengesellschaft ist in der notariellen Praxis § 112 AktG besonderes Augenmerk zu schenken. Nach Ansicht des BGH ist die Norm auch anwendbar, wenn die Aktiengesellschaft gegenüber einer Gesellschaft zu vertreten ist, deren Alleingesellschafter ein Vorstandsmitglied ist. Ob dies auch bei einer nur maßgeblichen Beteiligung des Vorstandsmitglieds gilt, ist weiterhin offen.

- 17 BGH, Beschluss vom 14.5.2013, II ZB 1/11, NZG 2013, 792, 794; Urteil vom 29.1.2013, II ZB 1/11, NJW-RR 2013, 485; Henssler/Strohn/Henssler, Gesellschaftsrecht, § 112 AktG Rdnr. 9; Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn, AktG, § 112 Rdnr. 13; MünchKomm-AktG/Habersack, § 112 Rdnr. 23; eine Ausnahme wird teilweise für Geschäfte des täglichen Lebens vertreten (Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, AktG, § 112 Rdnr. 10; MünchKomm-AktG/Habersack, § 112 Rdnr. 24; vgl. auch Hüffer/Koch/Koch, AktG, § 112 Rdnr. 8, jew. m. w. N.).
- 18 Vgl. OLG München, Urteil vom 5.3.2015, 23 U 2384/14, NZG 2015, 706; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.11.2003, 15 U 225/02, BeckRS 2003, 10440; Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn, AktG, § 112 Rdnr. 13; Hüffer/Koch/Koch, § 112 Rdnr. 8; MünchKomm-AktG/Habersack, § 112 Rdnr. 28; Spindler/Stilz/Spindler, AktG, § 112 Rdnr. 38, jew. m. w. N.
- 19 Leuering, NZG 2004, 120, 122 f.
- 20 Vgl. Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, AktG, § 112 Rdnr. 12; Henssler/Strohn/Henssler, Gesellschaftsrecht, § 112 AktG Rdnr. 8; MünchKomm-AktG/Habersack, § 112 Rdnr. 29; Hüffer/Koch/Koch, AktG, § 112 Rdnr. 8, jew. m. w. N.

## 17. Keine Pflicht zur Vorlage des Gesellschafterbeschlusses in Urschrift bei Anmeldung durch den Notar gegenüber dem Registergericht

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.3.2019, I-3 Wx 20/18

BGB §§ 126, 126b

FamFG § 26

GmbHG § 67 Abs. 2

HGB § 12 Abs. 2 Satz 2

### LEITSATZ:

**Beantragt der den Liquidator einer GmbH vertretende Notar unter Bezug auf einen entsprechenden, als einfache elektronische Aufzeichnung übermittelten, Gesellschafterbeschluss zur Eintragung in das Handelsregister die Auflösung der Gesellschaft, das Erlöschen der Vertretungsbefugnis des bisherigen Geschäftsführers, die allgemeine Vertretungsregelung und die Bestellung des Liquidators nebst dessen Vertretungsbefugnis anzumelden, so kann das Registergericht von dem Notar eine Erklärung, in welcher Form ihm der Gesellschafterbeschluss vorgelegen habe bzw. vorliege, insbesondere, ob als Urschrift oder ihm übermittelte elektronische Aufzeichnung, nicht verlangen.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Am 23.11.2017 beschlossen die (damaligen) vier Gesellschafter der betroffenen Gesellschaft unter anderem deren Liquidation zum Jahresende und Auflösung, die Abberufung des Geschäftsführers sowie die Bestellung des Liquidators. Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 2.1.2018 hat der Liquidator zur Eintragung in das Handelsregister die Auflösung der Gesellschaft, das Erlöschen der Vertretungsbefugnis des bisherigen Geschäftsführers, die allgemeine Vertretungsregelung und die Bestellung des Liquidators nebst dessen Vertretungsbefugnis beantragt. Mit der Anmeldung ist eine einfache elektronische Aufzeichnung des vorgenannten Gesellschafterbeschlusses übermittelt worden.

2 Daraufhin hat das Registergericht den beglaubigenden und hier vertretenden Notar zunächst formlos, alsdann durch die angefochtene Zwischenverfügung aufgefordert, in beliebiger Form zur Akte zu erklären, in welcher Form ihm der Gesellschafterbeschluss vorgelegen habe bzw. vorliege, insbesondere, ob als Urschrift oder ihm übermittelter elektronischer Aufzeichnung; letzteres würde nicht genügen.

3 Dem ist der Notar nicht nachgekommen und hat für die betroffene Gesellschaft gegen die Zwischenverfügung mit am 25.1.2018 bei Gericht eingegangener Schrift Rechtsmittel eingelegt.

(...)

5 II. Die Sache ist infolge der mit Beschluss vom 25.1.2018 ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen (§ 68 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 FamFG).

**6** Das Rechtsmittel der betroffenen Gesellschaft ist als befristete Beschwerde statthaft und insgesamt zulässig, § 382 Abs. 4 Satz 2, § 59 Abs. 2, § 61 Abs. 1, § 63 Abs. 1 und 3 Satz 1, § 64 Abs. 1 und 2 FamFG.

**7** Es hat auch in der Sache Erfolg.

**8 1.** Dabei kann auf sich beruhen, ob die angegriffene Zwischenverfügung bereits aus dem formalen Grunde der Aufhebung bedarf, da sie nicht – wie nach ständiger Rechtsprechung des Senats erforderlich (zust. und m. w. N., auch zur Gegenansicht, Keidel/Heinemann, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 382 Rdnr. 25) – in Form eines Beschlusses nach § 38 Abs. 2 und 3 FamFG ergangen ist.

**9 2.** Jedenfalls besteht das vom Registergericht angenommene Eintragungshindernis nicht. Die vom vertretenden Notar geforderte Erklärung kann nicht verlangt werden, denn auf das Vorliegen des Gesellschafterbeschlusses in Urschrift bei dem die Anmeldung beglaubigenden Notar kommt es nicht an.

**10 a)** Als Ermittlungsmaßnahme, § 26 FamFG, ist die Anforderung der Erklärung nicht gerechtfertigt.

**11** Zwar kann das Registergericht anerkanntermaßen angemeldete Tatsachen überprüfen, jedoch nur, falls im gegebenen Einzelfall begründete Zweifel an ihrer Richtigkeit bestehen, und auch einzutragende Beschlüsse sind lediglich auf ihre Nichtigkeit oder Unwirksamkeit zu prüfen (statt aller: Keidel/Heinemann, FamFG, § 374 Rdnr. 56 und 58).

**12** Hier aber sind sich Registergericht und betroffene Gesellschaft einig, dass insoweit Anlass zu Ermittlungen nicht besteht. Der Senat folgt dem nach Aktenlage.

**13 b)** In seinem Beschluss vom 25.3.2015 (I-3 Wx 18/15), der einen dem vorliegenden vergleichbaren Fall betraf, hat der Senat entschieden, dass sich § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 HGB nur auf Fälle bezieht, in denen die Vorlage eines notariell beurkundeten Dokuments oder einer öffentlich beglaubigten Abschrift bei der Anmeldung zwingend angeordnet ist, im Anwendungsbereich des hier einschlägigen § 67 Abs. 2 GmbHG hingegen nach § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB die Übermittlung einer elektronischen Aufzeichnung genügt, mithin der Beschluss über die Bestellung eines Liquidators nach § 67 Abs. 2 GmbHG der Anmeldung in Form einer elektronischen Aufzeichnung beigelegt werden kann (zu § 39 GmbHG anerkannt, vgl. die Nachw. bei DNotI-Report 2018, 25). Im Zusammenhang mit der Erwägung, auch die Prüfungspflicht des Registergerichts gebiete keine andere Betrachtung, hat der Senat alsdann ausgeführt, der Gesetzgeber habe es zur Sicherung der Authentizität nicht für notwendig erachtet, dass das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen werde; hierbei hat der Senat bemerkt, das Registergericht könne regelmäßig darauf vertrauen, dass der einreichende Notar wahrheitsgemäße Angaben mache. Diese Äußerung war dadurch veranlasst, dass der Notar im dortigen Fall auf Nachfrage erklärt hatte, die Niederschrift über die Gesellschafterversammlung habe ihm in Urschrift vorgelegen. Demgegenüber stellte sich seinerzeit die jetzt in Streit stehende Frage, ob eine derartige Erklärung durch das Gericht vom Notar verlangt werden könne, der Notar also mit anderen Worten den besagten Vertrauenstatbestand setzen müsse,

nicht, und der Senat hat hierzu auch nicht Stellung genommen.

**14 c)** Jene Erklärung kann dem Notar – außerhalb des oben unter a) behandelten Bereichs – nur dann abverlangt werden, wenn er zwingend Ersteller der elektronischen Aufzeichnung sein muss. Das aber ist nicht der Fall.

**15 aa)** Bei der elektronischen Aufzeichnung muss es sich um eine Bilddatei handeln, die die Speicherung zur Ablage im Registerordner in inhaltlich unveränderter Form ermöglicht, also um eine „elektronische Fotokopie“ (Oetker/Preuß, HGB, 5. Aufl. 2017, § 12 Rdnr. 74). Faktisch geht es damit einzig um die Frage, wer die PDF-Datei des einzureichenden Dokuments zu fertigen (die Urschrift einzuscannen) hat; die Zwischenverfügung des Registergerichts ist nur berechtigt, wenn der Notar dies sein muss, denn (nur) dann muss ihm das Dokument im Original vorliegen.

**16 bb)** Diese Frage wird – soweit ersichtlich – weder in der Rechtsprechung, noch im Schrifttum als Problem behandelt (näher: DNotI-Report 2018, 26 m. w. N.), vielmehr wird das Einscannen durch den Notar gleichsam als gegeben vorausgesetzt.

**17 cc)** Für eine derartige Notwendigkeit gibt indes der Wortlaut des § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB nichts her. Er knüpft lediglich an die Voraussetzung, in welcher Form ein Dokument – nach den sonstigen Rechtsvorschriften – einzureichen ist, die Rechtsfolge, dass in diesen Fällen die Übermittlung einer elektronischen Aufzeichnung genüge.

**18** Dem Gesetzgeber scheint der Gedanke, die PDF-Datei habe zwingend der einreichende Notar zu erstellen, eher ferngelegen zu haben. In der Gesetzesbegründung zu § 12 Abs. 2 HGB (BR-Drucks. 942/05, S. 112) wird darauf abgestellt, in welcher Form die Dokumente „bei den Unternehmen“ vorliegen, nämlich „ganz überwiegend bereits elektronisch“; die Formulierung „genügt“ in Satz 2 Hs. 1 der Vorschrift stelle klar, dass es „den Unternehmen“ unbenommen bleibe, nicht auf die Möglichkeit der Einreichung einer einfachen elektronischen Aufzeichnung zurückzugreifen (sondern sie auch den Weg der qualifizierten elektronischen Signatur wählen könnten). Diese Erwägungen wären kaum erklärlich, wenn die Unternehmen ohnehin zunächst eine papierne Urschrift dem Notar zuzusenden hätten.

**19** Hinzu tritt, dass sich für eine zwingend durch den Notar vorzunehmende Erstellung der PDF-Datei auch keine gesetzssystematischen Gesichtspunkte anführen lassen. § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB regelt die Art und Weise der Übermittlung und stellt kein zusätzliches Formerfordernis auf, besagt folglich nichts darüber, in welcher Form das Dokument erstellt sein muss (Oetker/Preuß, HGB, § 12 Rdnr. 72). § 67 Abs. 2 GmbHG aber erfordert lediglich, dass das Dokument überhaupt als papierschriftliches („Urkunden“) existiert – mithin gleichgültig, bei wem. Materiellrechtliche Bedenken schließlich kommen, mit welcher rechtlichen Anknüpfung auch immer, jedenfalls dann nicht zum Tragen, wenn das Rechtsgeschäft, über das sich das der Anmeldung beizufügende Dokument verhält, materiellrechtlich formlos gültig ist oder nur die Textform nach § 126b BGB erfordert, und dem Notar nur eine PDF-Datei zur Verfügung steht. Aber auch im Übrigen schei-

det nur aus, ein Dokument, das hinsichtlich des niedergelegten Inhalts etwa der Schriftform nach § 126 BGB genügen muss, zum Zwecke der Übermittlung durch den Notar durch ein Dokument in Textform zu ersetzen, in dieser Form dem Notar zu schicken und von ihm zu übermitteln (vgl. Oetker/Preuß, HGB, § 12 Rdnr. 73).

**20** Bei der GmbH ist ein Beschluss der Gesellschafterversammlung – sofern es nicht um eine Satzungsänderung handelt, die hier indes nicht in Rede steht – vorbehaltlich abweichender Regelungen in der Satzung formlos gültig; die Notwendigkeit eines Papierdokuments ergibt sich erst aus § 67 Abs. 2 GmbHG (plastisch etwa MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves, 3. Aufl. 2019, § 39 Rdnr. 36). Auf der Grundlage des oben zu a) Gesagten existiert hier das erforderliche Protokoll in Schriftform (§ 126 Abs. 1 BGB). Diese Urschrift ist ersichtlich eingescannt worden. Ob das durch den einreichenden Notar geschah oder diesen bereits die Bilddatei erreichte und nur an das Gericht „weitergeleitet“ wurde, ist nach dem zuvor Ausgeführten ohne Belang.

**21** dd) Der vom Registergericht eingenommene Standpunkt mag zur bestmöglichen Sicherung der Authentizität eingereichter Unterlagen wünschenswert sein, zumal weder der mit der Erklärung für den Notar noch der mit der Übersendung der Urschrift in Papierform durch das anmeldende Unternehmen an den Notar verbundene Aufwand nennenswert sein dürfte. Das allein vermag jedoch eine entsprechende Auslegung des § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB nicht zu rechtfertigen.

**22** d) Zu Recht weist der vertretende Notar schließlich darauf hin, dass die zwischenzeitlich eingeführte notarielle Prüfungspflicht nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG an dem hier vertretenen Ergebnis nichts ändert. Sie bezieht sich einzig auf die Anmeldungen, das heißt die Anträge auf eine Eintragung im Register, nicht auf solchen Anmeldungen nur beizufügende Dokumente; insoweit kann namentlich nicht auf den Wortlaut des § 15 Abs. 3 GBO zurückgegriffen werden (BeckOK-FamFG/Otto, Stand: 1.1.2019, § 378 Rdnr. 35-36.1; MünchKomm-FamFG/Krafka, 3. Aufl. 2019, § 378 Rdnr. 20).

(...)

## 18. Keine Fortsetzung der wegen Vermögenslosigkeit gelöschten GmbH

KG, Beschluss vom 31.8.2018, 22 W 33/15

FamFG § 395

FGG § 141a

GmbHG § 60 Abs. 1 Nr. 7

### LEITSÄTZE:

- Hat das Registergericht für eine gelöschte GmbH für nach deren Löschung aufgefundenes Vermögen einen Nachtragsliquidator bestellt und dessen Wirkungskreis auf diese Vermögenswerte beschränkt, gehört zu seinen Aufgaben nicht, die gelöschte GmbH als werbende Gesellschaft wiederaufleben zu lassen.**

- Eine nach § 60 Abs. 1 Nr. 7 GmbHG im Handelsregister als vermögenslos gelöschte GmbH ist ausnahmslos nicht fortsetzungsfähig (Anschluss an OLG Celle, Beschluss vom 3.1.2008, 9 W 124/07).**
- Zwar kommt ein Antrag auf Wiedereintragung einer nach § 141a FGG wegen Vermögenslosigkeit gelöschten GmbH als Löschungsvorgang im Sinne des § 395 FamFG in Betracht. Eine Wiedereintragung kann nur dann erfolgen, wenn die ursprüngliche Löschung wegen Vermögenslosigkeit wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war.**

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 554.

## INTERNATIONALES PRIVATRECHT

### 19. Güterrechtliche Einordnung von § 1371 Abs. 1 BGB für Erbfälle vor Inkrafttreten der EuErbVO

OLG München, Beschluss vom 24.9.2019, 31 Wx 326/18, mitgeteilt von **Holger Krätzsche**, Richter am OLG München

BGB §§ 1371, 2361

### LEITSÄTZE:

- Bei Erbfällen vor dem 17.8.2015 (Inkrafttreten der EuErbVO), bei denen das Erbrechts- und das Güterrechtsstatut auseinanderfallen, verbleibt es bei der vom BGH (ZEV 2015, 409 ff.) angenommenen güterrechtlichen Einordnung von § 1371 Abs. 1 BGB.**
- Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Mahnkopf (ZEV 2018, 205 ff.) ist für die Nachlassgerichte nur in Verfahren bindend, in denen der Anwendungsbereich der EuErbVO eröffnet ist.**
- Ein Erbschein, der vor Inkrafttreten der EuErbVO unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH zur güterrechtlichen Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB erteilt wurde, ist deswegen nicht unrichtig geworden und nicht einzuziehen.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Die kinderlose Erblasserin war griechische Staatsangehörige. Sie ist am (...) 2015 in B verstorben.

**2** Die Beteiligten zu 1 und 2, die Geschwister der Erblasserin, beantragen die Einziehung des vom Nachlassgericht am 26.2.2018 erteilten Erbscheins, der sie zu Erben nach ihrer Schwester zu je  $\frac{1}{8}$  und den am 10.6.2015 nachverstorbenen Ehemann der Erblasserin zu  $\frac{3}{4}$  ausweist.

**3** Dem liegt zugrunde, dass die Erblasserin zwar griechische Staatsangehörige war, sie aber mit ihrem Ehemann ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte, woraus das Nachlassgericht im Erbscheinserteilungsverfahren den Schluss gezogen hatte, dass auf den vorliegenden Fall griechisches

Erb- und deutsches Güterrecht anzuwenden sei. Es hat deshalb den Erbteil des Ehemannes gemäß § 1937 Abs. 1, § 1371 Abs. 1 BGB entsprechend erhöht. Auf den angefochtenen Beschluss des Nachlassgerichts wird insoweit Bezug genommen.

**4** Nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Mahnkopf (ZEV 2018, 205 ff.) sind die Beschwerdeführer nunmehr der Ansicht, die vom EuGH angenommene erbrechtliche Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB sei auf den vorliegenden Fall mit der Folge zu übertragen, dass der erteilte Erbschein unrichtig und deswegen einzuziehen sei.

**5** Stattdessen sei ein Erbschein zu erteilen, der die Beschwerdeführer zu je  $\frac{1}{4}$  und den Ehemann zu  $\frac{1}{2}$  ausweist.

**6** Das Nachlassgericht hat den erteilten Erbschein nicht eingezogen, es beruft sich im Wesentlichen darauf, dass die Grundsätze der Entscheidung des EuGH nicht auf Fälle vor Inkrafttreten der EuErbVO vom 17.8.2015 übertragbar seien.

**7** II. Die zulässigen Beschwerden bleiben in der Sache ohne Erfolg. Zutreffend ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Voraussetzungen für die Einziehung des erteilten Erbscheins gemäß § 2361 BGB nicht vorliegen.

**8** 1. Ein Erbschein ist einzuziehen, wenn sich nach der Erteilung seine Unrichtigkeit herausstellt. Unrichtig ist der Erbschein, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung entweder schon ursprünglich nicht gegeben waren oder nachträglich entfallen sind. Das Nachlassgericht hat sich bei der Entscheidung in die Lage zu versetzen, als hätte es den Erbschein erstmalig zu erteilen (BayObLGZ 1980, 72, 74; Burandt/Rojahn/Gierl, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2361 BGB Rdnr. 4; Keidel/Zimmermann, FamFG, 19. Aufl. 2018, § 353 Rdnr. 3; Firsching/Graf/Krätzschel, Nachlassrecht, 11. Aufl. 2019, § 39 Rdnr. 2).

**9** 2. Allerdings liegen die Voraussetzungen der Unrichtigkeit des Erbscheins im vorliegenden Fall nicht vor, denn der BGH hat seine Rechtsprechung zur Qualifizierung von § 1371 Abs. 1 BGB nicht geändert und der Senat folgt dieser Rechtsprechung (2. b) aa) und die Rechtsprechung des EuGH bindet vorliegend den Senat nicht (2. b) bb)).

**10** Deswegen braucht vorliegend nicht entschieden zu werden, ob sich die Unrichtigkeit des Erbscheins auch aus einer nachträglichen Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ergeben kann, wofür spricht, dass der Erbschein der materiellen Rechtskraft nicht zugänglich ist (Firsching/Graf/Krätzschel, Nachlassrecht, § 39 Rdnr. 1).

**11** a) Zutreffend ist das Nachlassgericht davon ausgegangen, dass im vorliegenden Fall griechisches Erbrecht zur Anwendung kommt, Art. 25 Abs. 1 EGBGB (in der bis zum 16.8.2015 geltenden Fassung), weil die Erblasserin griechische Staatsangehörige war und vor Inkrafttreten der EuErbVO verstorben ist. Entsprechend dem griechischen ZGB wird dabei der überlebende Ehegatte neben Verwandten der 2. Ordnung Erbe zu  $\frac{1}{2}$ .

**12** b) Zugleich findet deutsches Güterrecht Anwendung, weil die Ehegatten in Deutschland zum Zeitpunkt der Eheschließung ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten (vgl. Firsching/Graf/Döbereiner, Nachlassrecht, § 48 Rdnr. 54 [Griechen-

land]). Deswegen steht dem überlebenden Ehegatten neben seinem gesetzlichen Erbteil von  $\frac{1}{2}$  gemäß § 1371 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns durch Erhöhung durch Erhöhung des gesetzlichen Erbteils um  $\frac{1}{4}$ , mithin eine Gesamtquote von  $\frac{3}{4}$  zu.

**13** aa) Der Senat teilt im Hinblick auf diese Frage die Ansicht des BGH (ZEV 2015, 409 ff.), wonach die Durchführung des pauschalen Zugewinns bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten gemäß § 1371 BGB güterrechtlich zu qualifizieren ist. Das folgt aus der vom BGH überzeugend begründeten Annahme, dass es der Zweck der Vorschrift ist, den Güterstand als Sonderordnung des Vermögens der Eheleute während und aufgrund der Ehe abzuwickeln, nicht aber den Längstlebenden kraft seiner nahen Verbundenheit mit dem Erblasser an dessen Vermögen zu beteiligen (BGH, ZEV 2015, 411 Rdnr. 25). Insbesondere teilt der Senat die Ansicht des BGH, wonach durch § 1371 Abs. 1 BGB gerade die Schwierigkeiten vermieden werden sollen, die nach dem Tod eines Ehegatten entstehen können, wenn die Erben einerseits über den Bestand von Anfangs- und Endvermögen nicht Bescheid wissen und andererseits die Eheschließung unter Umständen schon geraume Zeit zurückliegt und deswegen die erforderlichen Feststellungen zu Bestand von Anfangs- und Endvermögen nicht mehr (leicht) getroffen werden können. In diesen Fällen hat sich der Gesetzgeber für die pauschale Erhöhung der gesetzlichen Erbquote entschieden, was nichts am güterrechtlichen Charakter der Regelung ändert (BGH, ZEV 2015, 411 Rdnr. 25).

**14** bb) Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Mahnkopf (EuGH, ZEV 2018, 205) rechtfertigt im vorliegenden Verfahren keine abweichende Beurteilung. Soweit der EuGH die Vorschrift des § 1371 Abs. 1 BGB erbrechtlich qualifiziert, um ihn der EuErbVO zu unterwerfen und die Handhabung des Europäischen Nachlasszeugnisses zu erleichtern, kann dieses Argument im vorliegenden Fall schon deshalb nicht greifen, weil die Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses hier nicht in Betracht kommt; auch die EuErbVO spielt im vorliegenden Verfahren keine Rolle. Da der Anwendungsbereich der EuErbVO nicht eröffnet ist, ist der Senat an die Rechtsprechung des EuGH auch nicht gebunden. Er folgt vielmehr aus den dargestellten Gründen der Rechtsprechung des BGH.

**15** Mithin ist der erteilte Erbschein nicht unrichtig, seine Einziehung kommt nicht in Betracht.

(...)

**18** IV. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

**19** Die zur Entscheidung stehende Frage ist durch die Entscheidung des BGH ZEV 2015, 409 ff. höchstrichterlich geklärt; da der Senat diese Ansicht teilt und nicht abweichend entscheidet, liegen die Voraussetzungen des § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG nicht vor (Keidel/Meyer-Holz, FamFG, § 70 Rdnr. 22).

**20** Der Senat weicht mit seiner Entscheidung auch nicht von der Rechtsprechung des EuGH ab, sodass er auch nicht unter diesem Gesichtspunkt die Rechtsbeschwerde zuzulassen hätte (§ 70 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2, vgl. Keidel/Meyer-Holz,

FamFG, § 70 Rdnr. 29). Maßgeblich ist insoweit, dass die Entscheidung des EuGH in der Rechtsache Mahnkopf (EuGH, ZEV 2018, 205) einen Sachverhalt betrifft, der dem Anwendungsbereich der EuErbVO unterfällt, was hier jedoch schon nicht der Fall ist.

## ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

### 20. Einwendung gegen Grundschuld aus dem Sicherungsvertrag

BGH, Urteil vom 20.4.2018, V ZR 106/17 (Vorinstanz): OLG Hamm, Urteil vom 23.2.2017, I-5 U 66/16)

BGB § 1192 Abs. 1a  
ZPO § 768

#### LEITSATZ:

**Eine Einwendung gegen die Grundschuld „ergibt“ sich im Sinne von § 1192 Abs. 1a Satz 1 Fall 2 BGB aus dem Sicherungsvertrag nicht allein dadurch, dass der Erwerber die Sicherungsgrundschuld ohne die gesicherte Forderung erwirbt.**

#### SACHVERHALT:

**1** Der Kläger war Eigentümer mehrerer Grundstücke, darunter eines landwirtschaftlichen Anwesens, an denen er einem Kreditinstitut eine Gesamtbuchgrundschuld mit einem Nominalbetrag von 600.000 DM bestellte, die 1991 in Abteilung III unter lfd. Nr. 19 in das Grundbuch eingetragen wurde (fortan die Buchgrundschuld). In der Bestellungsurkunde unterwarf er sich wegen des Grundschuldkapitals nebst Zinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde in die belasteten Grundstücke. Die Buchgrundschuld wurde 1995 an eine Volksbank und 1998 an die Sparkasse B (fortan die Sparkasse) abgetreten.

**2** Diese verkaufte mit einem Vertrag vom 8.8.2008 einer Firma H E -P S GmbH (fortan Fa. H) für 370.000 € ihre Forderungen gegen den Kläger aus zwei – zwischenzeitlich gekündigten – Darlehen aus den Jahren 1998 und 2003 über insgesamt 782.276,57 €, aus denen ihr der Kläger nach den Angaben im Vertrag 1.011.392,40 € schuldet, nebst allen für die verkauften Forderungen bestellten Sicherheiten. In dem Vertrag trat die Sparkasse der Fa. H die verkauften Darlehensforderungen ab; sie verpflichtete sich zur Abtretung der als Sicherheit bestellten Grundpfandrechte, darunter auch der Buchgrundschuld. Die Fa. H nahm die Abtretung an und übernahm die jeweiligen Verpflichtungen der Verkäuferin aus den Sicherungsabreden. Im September 2008 trat die Sparkasse die Grundschuld an die Fa. H ab; diese Abtretung wurde am 7.4.2009 in das Grundbuch eingetragen.

**3** Den Forderungskauf finanzierte die Fa. H mit einem Darlehen über 420.000 €, das sie bei der beklagten Bank aufnahm. Als Sicherheit für das Darlehen trat sie, soweit hier von Interesse, die Buchgrundschuld an die Beklagte ab. Diese wurde am 26.5.2009 als Gläubigerin der Grundschuld in das Grundbuch eingetragen. Die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf die Beklagte erfolgte am 8.9.2009.

**4** Das Versteigerungsgericht ordnete mit Beschluss vom 25.1.2011 auf Antrag der Beklagten wegen ihres dinglichen Anspruchs aus der Buchgrundschuld die Zwangsversteigerung des landwirtschaftlichen Anwesens des Klägers an. Der Kläger meldete eine persönliche Forderung i. H. v. 12.023.161,58 € an. In dem Verteilungstermin am 7.1.2014 wurde der Beklagten gemäß dem dort aufgestellten Teilungsplan aus der Teilungsmasse ein Betrag von 322.184,87 € zuge-

teilt. Der Kläger fiel dagegen mit seiner Forderung aus. Nach erfolglosem Widerspruch des Klägers gegen den Teilungsplan zahlte das Versteigerungsgericht der Beklagten den ihr zugeteilten Betrag aus. Eine Klage des Klägers mit dem Antrag, die vorgesehene Verteilung für unzulässig zu erklären und den Teilungsplan dahin gehend abzuändern, dass er mit seiner angemeldeten Forderung vor denjenigen der Beklagten zu befriedigen sei, wurde abgewiesen (OLG Hamm, Urteil vom 15.1.2015, 5 U 81/14, juris).

**5** Im vorliegenden Verfahren beantragt der Kläger, festzustellen, dass die Zwangsvollstreckung der Beklagten in den belasteten Grundbesitz unzulässig war, die Beklagte zu verurteilen, ihm 543.174,87 € nebst Zinsen zu zahlen und weiter festzustellen, dass die Beklagte ihm jeglichen Schaden zu ersetzen hat, der ihm durch die Zwangsvollstreckung in seinen landwirtschaftlichen Grundbesitz entstanden ist. Das LG hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seine Anträge weiter.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**9** II. Das Berufungsurteil hält einer rechtlichen Prüfung nur im Ergebnis stand.

(...)

**16** 1. Im Ergebnis zutreffend verneint das Berufungsgericht einen Anspruch des Klägers auf Schadensersatz wegen eines rechtswidrigen Eingriffs in sein Grundeigentum aus unerlaubter Handlung, der sich hier nur aus § 823 Abs. 1 BGB ergeben kann.

**17** a) In der Rechtsprechung des BGH ist anerkannt, dass allein in der Erhebung einer Klage oder in der sonstigen Inanspruchnahme eines staatlichen, gesetzlich geregelten Rechtspflegeverfahrens zur Durchsetzung vermeintlicher Rechte weder eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB noch eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung gesehen werden kann. Für die Folgen einer nur fahrlässigen Fehleinschätzung der Rechtslage haftet der ein solches Verfahren Betreibende außerhalb der im Verfahrensrecht vorgesehenen Sanktionen grundsätzlich nicht, weil der Schutz des Prozessgegners regelmäßig durch das gerichtliche Verfahren nach Maßgabe der gesetzlichen Ausgestaltung gewährleistet wird. Ein dadurch nicht abgedeckter Schaden ist damit auch materiellrechtlich nicht ersatzfähig. Diese Rechtsprechung wird wesentlich von der Überlegung bestimmt, dass andernfalls der freie Zugang zu staatlichen Rechtspflegeverfahren, an dem auch ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise eingeschränkt würde (zum Ganzen: Senat, Urteil vom 16.1.2009, V ZR 133/08, BGHZ 179, 238 Rdnr. 12). Das gilt nach der Rechtsprechung des BGH auch für das Betreiben der Zwangsvollstreckung (BGH, Urteil vom 13.3.1979, VI ZR 117/77, BGHZ 74, 9, 15 f.) oder für ein Verfahren zu deren Einstellung (BGH, Urteil vom 23.5.1985, IX ZR 132/84, BGHZ 95, 10, 20 f.). Denn auch hier korrespondiert das demjenigen, der das Verfahren betreibt, zugestandene „Recht auf Irrtum“ (so die Formulierung in BGH, Urteil vom 13.3.1979, VI ZR 117/77, BGHZ 74, 9, 16) mit verfahrensrechtlichen Sicherungen zugunsten desjenigen, gegen den sich das Verfahren richtet (JurisPK-BGB/J. Lange, 8. Aufl., § 823 Rdnr. 64).

**18 b)** Danach kommt eine Haftung des Verfahrensbetreibenden – hier der Beklagten – aus unerlaubter Handlung auch bei etwaigen Fehlern im Klauselerteilungsverfahren nicht in Betracht. Zwar ist der Eintritt des Gläubigers in den Sicherungsvertrag im Klauselerteilungsverfahren nicht zu prüfen (BGH, Beschlüsse vom 29.6.2011, VII ZB 89/10, BGHZ 190, 172 Rdnr. 16, 28 und vom 28.7.2011, VII ZB 81/10, DNotZ 2012, 53 Rdnr. 6). Der Schuldner kann aber die Einwendung, die Unterwerfungserklärung erstreckte sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld und der Zessionar sei nicht in die treuhänderische Bindung eingetreten, mit der Klauselgegenklage nach § 768 ZPO geltend machen (Senat, Urteil vom 14.6.2013, V ZR 148/12, MittBayNot 2014, 268 Rdnr. 13; BGH, Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10, BGHZ 190, 172 Rdnr. 30).

**19 2.** Im Ergebnis zutreffend verneint das Berufungsgericht auch einen Bereicherungsanspruch des Klägers gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Herausgabe des aufgrund des Teilungsplans ausgezahlten Anteils an der Teilungsmasse i. H. v. 322.184,87 €.

**20 a)** Voraussetzung hierfür ist nach dem mangels Leistung des Klägers nur in Betracht kommenden § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB, dass die Beklagte den ausgekehrten Betrag in sonstiger Weise ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Das kann hier nach den Grundsätzen der verlängerten Vollstreckungsgegenklage (vgl. dazu Senat, Urteil vom 6.3.1980, V ZR 19/86, BGHZ 100, 211, 212; BGH, Urteil vom 17.2.1982, IVb ZR 657/80, BGHZ 83, 278, 280) nur der Fall sein, wenn der Kläger aufgrund des von ihm allein erhobenen Einwands, die Beklagte habe die gesicherten Darlehensforderungen nicht erworben, die Erklärung der Zwangsvollstreckung für unzulässig hätte beanspruchen können, und wenn er diesen Einwand jetzt noch geltend machen kann.

**21 b)** Daran fehlt es schon deshalb, weil der Kläger mit diesem Einwand ausgeschlossen ist.

**22 aa)** Nach Beendigung der Zwangsvollstreckung setzt die materiellrechtliche Bereicherungsklage lediglich die rechtlichen Möglichkeiten der Vollstreckungsgegenklage fort. Daher unterliegt eine solche Bereicherungsklage denselben Einschränkungen, denen eine Vollstreckungsgegenklage unterlegen wäre (Senat, Urteil vom 5.7.2013, V ZR 141/12, WM 2013, 1791 Rdnr. 15). Deren rechtskräftiger Abweisung kommt die Bedeutung zu, dass der vollstreckbaren Urkunde die Vollstreckbarkeit nicht mehr mit dem jener Klage zugrunde liegenden Sachverhalt genommen werden darf. Einer Partei, deren Klage auf Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung rechtskräftig abgewiesen worden ist, ist es deswegen – entsprechend den Rechtsgedanken der § 767 Abs. 2 ZPO und § 767 Abs. 3 ZPO – verwehrt, dieses Ergebnis im Wege eines Schadensersatzanspruchs zu korrigieren, den sie auf Umstände stützt, die schon zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung im Vollstreckungsgegenklageverfahren vorgelegen haben (BGH, Urteil vom 18.10.2016, XI ZR 145/14, BGHZ 212, 286 Rdnr. 44).

**23 bb)** Hierzu gehört der von dem Kläger zur Begründung seiner vorliegenden Bereicherungsklage erhobene Einwand, die Beklagte habe die Darlehensforderungen nicht erworben. Diesen Umstand hätte er bereits in dem durch Urteil des OLG

Hamm vom 15.1.2015 (5 U 81/14, juris) abgeschlossenen Vollstreckungsgegenklageverfahren vorbringen können. Der Ausschluss gilt auch dann, wenn der Kläger ohne eigenes Verschulden mangels Kenntnis nicht in der Lage gewesen sein sollte, diese Einwendungen in dem früheren Verfahren geltend zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 21.5.1973, II ZR 22/72, BGHZ 61, 25, 26 f.; Urteil vom 17.4.1986, III ZR 246/84, NJW-RR 1987, 59).

**24 c)** Im Übrigen wäre die Beklagte durch den fehlenden Erwerb der gesicherten Forderungen auch nicht an der Geltendmachung ihres dinglichen Anspruchs aus der Grundschuld gehindert. Anders als das Berufungsgericht offenbar meint, „ergibt“ sich im Sinne von § 1192 Abs. 1a Satz 1 Fall 2 BGB aus dem Sicherungsvertrag eine Einwendung gegen die Grundschuld nicht allein dadurch, dass der Erwerber die Sicherungsgrundschuld ohne die gesicherte Forderung erwirbt.

**25 aa)** Auszugehen ist davon, dass die Grundschuld und ihre Verwertung, wie sich § 1191 Abs. 1, § 1192 Abs. 1 BGB entnehmen lässt, eine (schuldrechtliche) Forderung nicht voraussetzen. Das ist bei der Sicherungsgrundschuld nicht anders. Sie dient zwar der Sicherung eines Anspruchs. Dadurch wird der Erwerb des gesicherten Anspruchs aber nicht zur Voraussetzung für die Geltendmachung des Duldungsanspruchs aus der Sicherungsgrundschuld gemäß § 1192 Abs. 1, § 1147 BGB oder der Vollstreckung aus einem Duldungsurteil oder aus einer (auf den Zessionar übergegangenen) Unterwerfungserklärung für den dinglichen Anspruch. Der Sicherungszweck führt vielmehr nach § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB „nur“ dazu, dass sich der Zessionar Einwendungen gegen die Grundschuld entgegenhalten lassen muss, die dem Eigentümer bei der Abtretung aus dem Sicherungsvertrag mit dem bisherigen Gläubiger zustanden oder zu diesem Zeitpunkt bereits angelegt waren und später entstehen (dazu BT-Drucks. 16/9821, S. 16 f.).

**26 bb)** Zu diesen Einwendungen gehört jedoch nicht der Einwand, der Grundschuldgläubiger habe die gesicherte Forderung nicht erworben. In dem Sicherungsvertrag legen der Grundstückseigentümer und der Grundschuldgläubiger insbesondere fest, welche Ansprüche durch die (zu bestellende) Grundschuld gesichert werden sollen und unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger berechtigt sein soll, die ihm mit der Grundschuld gestellte Sicherheit zu verwerten. Bei den Einwendungen aus dem Sicherungsvertrag, die der Grundstückseigentümer dem Erwerber der Sicherungsgrundschuld nach § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB soll entgegenhalten können, handelt es sich deshalb um Einwendungen gegen den (Fort-) Bestand und die Fälligkeit der gesicherten Forderung. In der Erläuterung der Vorschrift nennt der Gesetzgeber als wesentliche Anwendungsfälle (BT-Drucks. 16/9821, S. 16 f.): die Einreden der Nichtvalutierung, des vollständigen oder teilweisen Erlöschens der gesicherten Forderung vor der Übertragung der Grundschuld, der fehlenden Fälligkeit der gesicherten Forderung und den Einwand, die gesicherte Forderung sei nach Übertragung der Sicherungsgrundschuld in voller Höhe oder teilweise getilgt worden.

**27 cc)** Dagegen ändern sich die Fälligkeit und der Fortbestand des gesicherten Anspruchs nicht allein dadurch, dass nach Eintritt des Sicherungsfalles der Anspruch selbst oder die zur

Absicherung seiner Erfüllung gestellte Sicherheit an einen anderen Gläubiger abgetreten wird. Der Eigentümer bleibt vielmehr aus dem gesicherten Anspruch verpflichtet. Auch an dem Eintritt des Sicherungsfalls ändert sich durch die Abtretung der Sicherungsgrundschuld nichts. Diese bleibt weiterhin verwertbar. Wäre es anders, führte die forderungslose Abtretung der Sicherungsgrundschuld dazu, dass weder der bisherige persönliche noch der neue dingliche Gläubiger die an sich verwertbare Grundschuld verwerten könnten. Eine solche – sachlich nicht zu rechtfertigende – Freistellung des Eigentümers von der dinglichen Haftung ist in § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB nicht vorgesehen. Sie war auch nicht beabsichtigt (BT-Drucks. 16/9821, S. 16).

**28 3.** Auf andere Grundlagen lassen sich der Zahlungsantrag des Klägers und sein Antrag auf Feststellung einer Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz seines weiteren Schadens aus der Zwangsversteigerung nicht stützen. Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung von Pflichten aus dem Sicherungsvertrag gemäß § 280 Abs. 1 BGB scheidet daran, dass die Beklagte ihre Pflichten daraus nicht verletzt hat. Ein Anspruch aus § 799a Satz 1 ZPO scheidet daran, dass die Vollstreckungsgegenklage des Klägers gegen die Beklagte abgewiesen worden ist.

(...)

## 21. Fortführung einer GmbH nach Aufhebung des Insolvenzplanverfahrens

OLG Celle, Beschluss vom 8.3.2019, 9 W 17/19

GmbHG § 60 Abs. 1 Nr. 4

### LEITSÄTZE:

1. Eine GmbH kann nach Aufhebung des Insolvenzplanverfahrens nicht kraft Fortsetzungsbeschlusses ihres Alleingeschafters fortgesetzt werden, wenn der Insolvenzplan keine Fortführungsplanung enthält.
2. Das Registergericht kann das aus dem Wortlaut von § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG herrührende Erfordernis, wonach die Fortführung einen Insolvenzplan, „der den Fortbestand der Gesellschaft vorsieht“, voraussetzt, selbstständig prüfen. Der Beschluss des Insolvenzgerichts, mit dem das Insolvenzplanverfahren aufgehoben wird, schließt diese registergerichtliche Prüfung nicht aus.
3. Liegt zwischen der Aufhebung des Insolvenzplanverfahrens seitens des Insolvenzgerichts und dem Fortsetzungsbeschluss des Gesellschafters eine nicht unerhebliche Zeitspanne – im Streitfall etwa sechs Monate –, so kommt auch die Anwendung der Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Neugründung im Anmeldezeitpunkt des Fortsetzungsbeschlusses in Betracht.

## BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

### 22. Verletzung der Amtspflichten eines Notars durch Mitwirkung an sog. Firmenbestattungen

BGH, Beschluss vom 8.4.2019, NotSt(Brfg) 5/18 (Vorinstanz: KG, Urteil vom 30.08.2018, Not 19/17)

BeurkG § 4

BNotO § 14 Abs. 2

### LEITSÄTZE:

1. Zur disziplinarischen Ahndung der Mitwirkung an sog. Firmenbestattungen.
2. Ein Notar hat seine Amtstätigkeit nach § 14 Abs. 2 BNotO und § 4 BeurkG wegen unredlicher Zweckverfolgung zu versagen, wenn diesem gewichtige Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Erwerber von sanierungsbedürftigen und bereits insolvenzreifen Gesellschaften zu einer geordneten Abwicklung der Gesellschaften außerhalb eines Insolvenzverfahrens (§§ 70 ff. GmbHG) nicht willens und in der Lage sind sowie die ihnen nach der Insolvenzordnung obliegenden Pflichten (z. B. § 13 Abs. 1 Satz 3, §§ 15a, 20, 97 ff. InsO) nicht einhalten können, sondern ihr Geschäftsmodell vielmehr darauf gerichtet ist, ein ordnungsgemäßes Abwicklungs- oder Insolvenzverfahren zu erschweren und die Gläubiger zu benachteiligen. (Leitsatz der Schriftleitung)

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 838.

### 23. Zur Zulässigkeit von Auswärtsbeurkundungen in den Räumlichkeiten einer Vertragspartei

OLG Celle, Urteil vom 29.8.2018, Not 1/18

BNotO § 14 Abs. 3 Satz 2, §§ 96, 111b Abs. 1

### LEITSATZ:

Wiederholte Auswärtsbeurkundungen von Grundstückskaufverträgen in den Räumlichkeiten einer Vertragspartei können die Gefahr des Anscheins der Abhängigkeit und Parteilichkeit des Notars begründen.

### SACHVERHALT:

1 Der Kläger wendet sich gegen eine ihm mit Disziplinarverfügung des Beklagten auferlegte Geldbuße i. H. v. 1.500 €.

2 1. Der seit 1992 als Rechtsanwalt zugelassene Kläger ist seit 2010 Notar mit Amtssitz in L. Disziplinarrechtlich ist er bislang nicht in Erscheinung getreten.

3 2. Der hier streitgegenständlichen Disziplinarverfügung liegen folgende Sachverhalte zugrunde:

**4** Der Notar hat in verschiedenen Fällen Grundstückskaufverträge in Räumlichkeiten von Gebietskörperschaften beurkundet, bei denen die Gebietskörperschaft oder eine mit ihr verbundene Körperschaft Vertragspartei war.

**5** Er hat in 13 Fällen in Räumlichkeiten der Gemeinde R Grundstückskaufverträge mit dieser Gemeinde beurkundet, nämlich am 12.4.2012 (...).

**6** Weiter hat er in sechs Fällen in den Räumlichkeiten der Samtgemeinde R Grundstückskaufverträge mit der Gemeinde K beurkundet, die Mitglied der Samtgemeinde R ist, nämlich am 25.10.2012 (...).

**7** Schließlich hat er in sechs Fällen in den Räumlichkeiten der Gemeinde A Grundstückskaufverträge mit dieser Gemeinde beurkundet, nämlich am 2.4.2013 (...).

**8** Der Beklagte hatte die angefochtene Disziplinarverfügung ursprünglich auf drei weitere Beurkundungsfälle gestützt, die im Widerspruchsbescheid jedoch ausgeschieden wurden.

**9** 3. Unter anderem aufgrund der vorstehenden Sachverhalte leitete der Beklagte mit Verfügung vom 29.3.2017 im Nachgang zu einer turnusmäßigen Prüfung des Notariats vom 9.6.2016 ein Disziplinarverfahren gemäß § 17 BDG i. V. m. § 96 BNotO gegen den Kläger ein.

**10** Der Kläger hat die dem Disziplinarverfahren zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände zwar nicht in Zweifel gezogen, sein Verhalten aber selbst nicht als pflichtwidrig gewertet. Die Auswärtsbeurkundungen seien für die Urkundsbeteiligten vorteilhaft, weil ihnen die Fahrt zur Geschäftsstelle des Notars erspart bliebe; überwiegend wohnten sie im Gemeindebereich. Es sei nicht der Eindruck entstanden, er stehe im „Lager“ der jeweiligen Gebietskörperschaft, zumal er mit vielen Urkundsbeteiligten auch persönlich bekannt gewesen sei. Teilweise hätten diese im Anschluss auch Grundschulden von ihm beurkunden lassen, was zeige, dass sie sein Verhalten nicht als problematisch empfunden hätten. Kaufverträge mit Gebietskörperschaften seien zudem nicht nur in deren Räumlichkeiten, sondern überwiegend auf seiner Geschäftsstelle beurkundet worden.

**11** Mit der angefochtenen Disziplinarverfügung vom 1.8.2017 hat der Beklagte dem Kläger wegen schuldhafter Verletzung seiner Amtspflichten eine Geldbuße i. H. v. 1.500 € auferlegt. Zur Begründung hat der Beklagte ausgeführt, der Kläger habe durch die Beurkundungen von Kaufverträgen in Räumlichkeiten von Gebietskörperschaften, die entweder unmittelbar oder deren Mitglied an den jeweiligen Kaufverträgen beteiligt waren, fahrlässig gegen die sich aus § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO ergebende Amtspflicht verstoßen, den Anschein der Parteilichkeit zu vermeiden.

**12** Bei der konkreten Bestimmung der zu erlassenen Disziplinarmaßnahme hat der Beklagte berücksichtigt, dass der Kläger disziplinarrechtlich zuvor nicht in Erscheinung getreten ist. Aufgrund der Auswärtsbeurkundungen habe der Notar Kostenrechnungen in Höhe von insgesamt rund 12.400 € netto gestellt. Die Geldbuße diene dazu, die durch die pflichtwidrige Amtstätigkeit erzielten Einkünfte abzuschöpfen.

**13** Gegen die ihm am 3.8.2017 zugestellte Disziplinarverfügung hat der Kläger am 4.9.2017 Widerspruch eingelegt und diesen unter Wiederholung seiner Rechtsauffassung begründet.

**14** Der Präsident des OLG Celle hat mit Bescheid vom 7.2.2017 die Disziplinarverfügung insoweit abgeändert, dass Vorwürfe betreffend drei Beurkunden ausgeschieden wurden, weil dort nur einseitige Beurkundungen erfolgt seien bzw. die entsprechende Gebietskörperschaft nicht urkundsbeteiligt gewesen sei. Im Übrigen hat er den Widerspruch des Klägers betreffend die eingangs genannten Beurkundungsvorgänge zurückgewiesen und sich bei der Bewertung der im Raum stehenden disziplinarrechtlichen Verstöße der Auffassung des Beklagten angeschlossen.

**15** Gegen diesen ihm am 13.2.2018 zugestellten Widerspruchsbescheid hat der Kläger am 6.3.2018 – eingegangen am 9.3.2018 – Anfechtungsklage erhoben. Zur Begründung führt er aus, er sei nach wie vor der Ansicht, seine Amtspflichten als Notar nicht schuldhaft

verletzt zu haben. Der objektive und interessierte Bürger bewerte es positiv, wenn der Kaufvertrag betreffend den Erwerb eines Baugrundstücks in einem Baugebiet in den Räumen der verkaufenden Gemeinde geschlossen werde; er bewerte das Verhalten des Notars als bürgernahe Dienstleistung. Anders als Bauträger oder Makler, die ein erhebliches Eigeninteresse an Abschlüssen von Grundstückskaufverträgen hätten, sei die Gemeinde im Rahmen der allgemeinen Daseinsvorsorge zur Neutralität und Gleichbehandlung verpflichtet, habe keine Gewinnerzielungsabsicht und stehe Käufern im Rahmen ihrer Möglichkeiten helfend und beratend zur Seite, was dem Bürger bekannt sei. Zudem stünden Räumlichkeiten der Gemeinde auch sonst für Zwecke der Allgemeinheit zur Verfügung. Schließlich habe der Kläger nicht wissen können, dass die Aufsichtsbehörde sein nunmehr beanstandetes Verhalten nicht dulde. Erst nachträglich sei er mit der fast ausschließlich aus der Kommentarliteratur abgeleiteten Rechtsauffassung des Beklagten konfrontiert worden. Bei früheren Notariatsprüfungen seien gleichartige Beanstandungen nicht gerügt oder diskutiert worden.

**17** Der Kläger beantragt,

die Disziplinarverfügung des Beklagten vom 1.8.2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheids des Präsidenten des OLG Celle vom 7.2.2018 aufzuheben.

**18** Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

**19** Er verteidigt die angefochtene Disziplinarverfügung und hält an seiner Auffassung fest, dass bei den von ihm beanstandeten Auswärtsbeurkundungen für einen objektiven Beobachter der Eindruck der Parteilichkeit entstanden sein könne. Die in der Disziplinarverfügung und dem Widerspruchsbescheid vertretene Rechtsauffassung sei mit Fundstellen aus Standardkommentaren zur BNotO und zur DONot belegt worden, die zur Pflichtlektüre für Notare gehörten. Er weist darauf hin, dass es seit der Ernennung des Klägers zum Notar im Jahr 2010 lediglich eine Notarprüfung im Jahr 2012 gegeben habe, die einen vergleichsweise geringen Prüfungszeitraum umfasst habe. Daraus könne kein „Vertrauensschutz“ für künftige Prüfungen hergeleitet werden. Im Übrigen gebe es keine Gleichbehandlung im Unrecht.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**20** Die auf Aufhebung der Disziplinarverfügung vom 1.8.2017 gerichtete – als Anfechtungsklage gemäß § 72 Abs. 1 VwGO zulässige und insbesondere fristgerecht gemäß § 74 VwGO eingereichte – Klage (vgl. § 99 i. V. m. § 96 BNotO) ist nicht begründet.

**21** I. Zu Recht hat der Beklagte angenommen, dass der Kläger bei der Beurkundung der bezeichneten Verträge gegen seine Amtspflichten aus § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO verstoßen hat. Notare unterliegen dem Grundsatz der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Sie haben nach § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO bereits jedes Verhalten zu vermeiden, das auch nur den Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit erzeugt.

**22** 1. Unerheblich ist, dass mangels gesetzlicher Grundlage ein generelles Verbot jedenfalls gelegentlicher Auswärtsbeurkundungen innerhalb des Amtsbereichs des Notars nicht besteht (BVerfG, Beschluss vom 9.8.2000, 1 BvR 647/98, juris Rdnr. 27 f.). Nr. IX.2. der Richtlinienempfehlung der BNotK wurde nicht in die Richtlinien der Notarkammer Celle für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der Notarkammer vom 28.4.1999 und 3.5.2000, zuletzt geändert durch Beschluss vom 16.5.2012, übernommen, sodass schon deshalb offenbleiben kann, ob aus entsprechenden Richtlinien der einzelnen Notarkammern ein grundsätzliches

Verbot folgen kann. Vielmehr hat der Gesetzgeber durch die Statuierung des Anscheinsverbots in § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO dem Notar auch außerhalb von spezifischen Tätigkeitsverboten und -beschränkungen auferlegt, jegliches Verhalten zu vermeiden, durch das der Anschein der Abhängigkeit oder der Parteilichkeit entstehen könnte. Bei der Frage, ob aus der maßgeblichen Sicht des objektiven, mit den konkreten Gegebenheiten vertrauten Beobachters ein solcher Anschein entstehen kann, sind allerdings gesetzliche Wertungen über die mit der fraglichen Tätigkeit generell verbundenen Gefahren für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars zu berücksichtigen. Darüber hinaus fließen in die aus dem Anscheinsverbot folgenden Verhaltensanforderungen Konkretisierungen durch die jeweiligen Richtlinien der Notarkammern ein (zum Ganzen: BGH, Beschluss vom 13.11.2017, NotSt (Brgf) 3/17, juris Rdnr. 28 m. w. N.).

**23** Dass eine ausdrückliche Regelung zur Zulässigkeit von Auswärtsbeurkundungen innerhalb des Amtsbereichs des Notars nicht Gesetz geworden ist, lässt nicht den Rückschluss zu, dass solche Beurkundungen nach dem gesetzgeberischen Willen unbeschränkt zulässig sein sollten. Vielmehr sollten mit der Streichung einer entsprechenden Regelung im Regierungsentwurf des Dritten Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung nur übersteigerten Begründungspflichten begegnet werden. Der Gesetzgeber ging aber davon aus, dass die Tätigkeit des Notars im Allgemeinen in der Geschäftsstelle erfolgen solle, und hat berücksichtigt, dass sich Einschränkungen für Auswärtsbeurkundungen aus den allgemeinen Berufspflichten, insbesondere der Verpflichtung zu Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ergeben (BT-Drucks. 13/10589, S. 7, 37 f.). Entsprechend ist anerkannt, dass der Notar von einer Auswärtsbeurkundung insbesondere dann Abstand zu nehmen hat, wenn durch sie die Gefahr des Anscheins einer Parteilichkeit entstehen könnte (BVerfG, a. a. O., Rdnr. 29). Dies entspricht Nr. IX.2. der bezeichneten Richtlinien der Notarkammer Celle (entsprechend Nr. IX.3. RL-E), die die entsprechenden Amtspflichten nach § 67 Abs. 2 Satz 3 Nr. 9 BNotO näher konkretisieren.

**24** 2. Im vorliegenden Fall hat der Notar planmäßig wiederholt Verträge in den Räumlichkeiten einer Vertragspartei beurkundet. Dies begründet die Gefahr, dass aus Sicht eines objektiven, mit den konkreten Gegebenheiten vertrauten Beobachters der Anschein der Abhängigkeit oder der Parteilichkeit entsteht.

**25** Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass ein solcher Anschein abhängig von den Umständen des Einzelfalls vor allem dann entstehen kann, wenn die Beurkundung in den Räumen einer der Vertragsparteien erfolgt, wobei nur streitig ist, ob dies nur bei häufigeren Fällen (so: Eylmann/Vaasen/Eylmann, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., IX RL-E Rdnr. 11; Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, BNotO, 8. Aufl., § 10 Rdnr. 23 f.; *Terne*, DNotZ 2010, 953, 954; so wohl auch Weingärtner/Gassen/Weingärtner, DNot, 11. Aufl., § 32 Rdnr. 65, 68; *Carstensen*, ZNotP 2003, 46, 55 f.) oder grundsätzlich schon bei einem einmaligen Fall (so: *Wöstmann*, ZNotP 2003, 133, 138 m. w. N. Fn. 64; so wohl auch Schippel/Bracker/Görk, BNotO, 9. Aufl., IX. RL/BNotK Rdnr. 16; *Lerch*, BeurkG, 5. Aufl., Richtlinienempfehlung Rdnr. 116 f.; *Staudinger/Hertel*, BeurkG, Neub. 2017, Rdnr. 267) anzunehmen ist.

**26** Die Entscheidung dieser Streitfrage kann im vorliegenden Fall dahinstehen, weil der Kläger hier in einer Vielzahl von Fällen (insgesamt 13) wiederholt und planmäßig Beurkundungen in den Räumen einer der Vertragsparteien, nämlich der beteiligten Gebietskörperschaften, vorgenommen hat. Dadurch konnte sowohl bei den weiteren Urkundsbeteiligten als auch in der Öffentlichkeit der Eindruck entstehen, der Notar stehe in einer Abhängigkeit von den jeweiligen Gebietskörperschaften, wobei es nicht darauf ankommt, ob dies im Büro des Bürgermeisters oder in einem „neutralen“ Besprechungszimmer erfolgte. Unabhängig hiervon erweckt dies den Eindruck einer besonderen Nähe zwischen dem Notar und der entsprechenden Gebietskörperschaft, zumal die Vorteile aufgrund dieser Handhabung in besonderem Maße den Mitarbeitern der jeweiligen Gemeinde zugutekommen. Für die anderen Vertragsparteien hätte es jedenfalls keinen erheblichen Mehraufwand bedeutet, die Geschäftsstelle des Notars in L aufzusuchen, auch wenn diese im jeweiligen Gemeindegebiet wohnten. Dadurch, dass der Notar in diesen Fällen ohne besondere sonstige Gründe davon abgesehen hat, wie sonst gerade für einen Träger eines öffentlichen Amtes üblich, auf seiner Geschäftsstelle tätig zu werden, fehlt es nicht nur an einer symbolischen räumlichen Distanz zum Geschäftsbereich der entsprechenden Gebietskörperschaft. Dadurch, dass vor allem deren Interessen gedient ist, kann vielmehr der Eindruck entstehen, der Notar mache sich zum „Diener“ dieser Urkundsparteien. Unerheblich ist insoweit, dass die Gemeinden es als „Service“ für die Käufer für gerechtfertigt hielten, die Beurkundungen im Gemeindegebiet anzubieten.

**27** Unerheblich ist in diesem Zusammenhang auch, ob insbesondere die Öffentlichkeit das Verhalten des Notars im Einzelfall positiv oder negativ bewertet. Der Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit ist auch dann zu vermeiden, wenn der Bürger ein bestimmtes Verhalten des Notars als Serviceleistung begrüßen sollte.

**28** Zwar ist nicht zu verkennen, dass Gemeinden keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen dürfen und Grundstückskäufern im Rahmen ihrer Möglichkeiten helfend und beratend zur Seite stehen. Sie unterscheiden sich insoweit durchaus von auf Gewinnerzielung ausgerichteten Unternehmen wie insbesondere Bauträgern, betreffend die Auswärtsbeurkundungen in deren Räumlichkeiten in der Kommentarliteratur teilweise exemplarisch als unzulässig herausgestellt werden (vgl. vorstehende Nachweise). Dennoch stehen auch Gemeinden als Verkäufer in einem Interessengegensatz zu den Käufern. Sie verfolgen häufig wirtschaftliche, planerische und ggf. politische Interessen, die mit den Interessen des jeweiligen Grundstückskäufers nicht in Einklang stehen müssen. Auch in Fällen der vorliegenden Art verliert die Bedeutung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars deshalb nicht an Gewicht. Zudem kann nicht ausgeschlossen werden, dass aus Sicht des Bürgers ohnehin eine gewisse Nähe zwischen Gebietskörperschaften als Träger öffentlicher Verwaltung und Notaren als Träger eines öffentlichen Amtes gesehen wird, sodass ein Tätigwerden des Notars gerade in den Räumlichkeiten der „Verwaltung“ in gesteigertem Maße die Gefahr in sich birgt, den Eindruck einer Parteilichkeit zu verstärken, zumal wenn dies – wie hier – wiederholt erfolgt.

**29** Dass daneben die überwiegende Anzahl der Beurkundungen auch mit den infrage stehenden Gebietskörperschaften auf der Geschäftsstelle des Notars erfolgten, relativiert diesen Eindruck nicht maßgeblich. Urkundsbeteiligte und sonstige Bürger, die die Beurkundungen in den Räumlichkeiten der Gemeinde wahrnehmen, werden die sonstige Tätigkeit des Notars auf dessen Geschäftsstelle regelmäßig nicht in gleichem Maße wahrnehmen, sodass die sonstige Beurkundungstätigkeit des Notars die Gefahr des Eindrucks der Abhängigkeit oder Parteilichkeit insoweit nicht wesentlich mindert.

**30** Unerheblich ist weiter, ob im Einzelfall insbesondere bei den Urkundsbeteiligten der Eindruck entstanden ist, der Notar sei parteilich, wofür konkret nichts spricht. Unerheblich ist damit auch, ob die sonstigen Urkundsbeteiligten weitere Beurkundungen freiwillig auch in den Räumlichkeiten der Gemeinde haben durchführen lassen, und ob diese mit dem Notar näher bekannt waren.

**31** Gründe, die es im Einzelfall gerechtfertigt erscheinen ließen, von der üblichen Beurkundung auf der Geschäftsstelle abzusehen und den Eindruck eines Näheverhältnisses zu einzelnen Parteien zuzulassen, sind nicht ersichtlich. Insbesondere, dass die Verfügbarkeit von Bebauungsplänen für Nachfragen der Käufer gerade in der Beurkundungssituation erforderlich wäre, ist nicht zu erkennen, sodass dies eine Beurkundung in den Räumlichkeiten der Gemeinde nicht erforderte. In der überwiegenden Zahl der Fälle hat dies den Notar ohnehin – zu Recht – nicht davon abgehalten, Beurkundungen auf seiner Geschäftsstelle durchzuführen.

**32** Auch sonst sind Umstände des jeweiligen Einzelfalls nicht ersichtlich, die ausnahmsweise eine abweichende Beurteilung rechtfertigten.

**33** 3. Diese Pflichtverletzung hat der Kläger jedenfalls fahrlässig begangen. Für ihn war schon aufgrund der weitgehend einhelligen Kommentarliteratur erkennbar, dass seine Handhabung der Auswärtsbeurkundungen mit dem Gebot, jeden Anschein einer Abhängigkeit oder Parteilichkeit zu vermeiden, nicht in Einklang zu bringen war.

**34** Darauf, dass entsprechende Pflichtverstöße zuvor nicht beanstandet worden sind, kann sich der Kläger zu seiner Entlastung nicht berufen. Zunächst hat der Beklagte – unbestritten – erläutert, dass seit der Ernennung des Klägers im Jahr 2010 lediglich eine Geschäftsprüfung im Jahr 2012 bei diesem durchgeführt worden sei, die lediglich einen vergleichsweise geringen Prüfungszeitraum erfasst habe. Selbst wenn damals bereits gleichartige Beurkundungen von dem Kläger vorgenommen und von dem Beklagten übersehen bzw. nicht beanstandet worden sein sollten, kann der Kläger allein daraus keine „Billigung“ seines Verhaltens oder einen irgendwie gearbeteten Vertrauensschutz herleiten.

**35** II. Die dem Kläger vorzuwerfenden Amtspflichtverletzungen sind als einheitliches Dienstvergehen gemäß § 95 BNotO zu ahnden.

**36** Die von dem Beklagten verhängte Disziplinarmaßnahme in Form einer Geldbuße i. H. v. 1.500 € ist der Art und auch der Höhe nach nicht zu beanstanden. Eine geringere Geldbuße oder gar ein Verweis wären nicht auskömmlich.

**37** Die dem Kläger auferlegte Geldbuße (§ 97 Abs. 1 Satz 1 BNotO) liegt im unteren Bereich des bis 50.000 € reichenden Bemessungsrahmens (§ 97 Abs. 4 Satz 1 BNotO).

**38** Bei der Festsetzung der Geldbuße sind die Bedeutung der verletzten Pflicht, die Dauer und Intensität des Vergehens, ein etwa angerichteter Schaden, die Auswirkung auf das Ansehen des Notarberufs und des betroffenen Notars, der Grad des Verschuldens, die Motive des Notars, seine bisherige Führung, sein Verhalten nach der Tat und die Zukunftsprognose zu berücksichtigen, ferner seine wirtschaftlichen Verhältnisse (vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, BNotO, § 97 Rdnr. 17 in Verbindung mit Rdnr. 10).

**39** Zugunsten des Klägers ist zu berücksichtigen, dass er disziplinarrechtlich bislang nicht in Erscheinung getreten ist und die den Vorwürfen zu Grunde liegenden Sachverhalte eingeräumt hat, wobei er sich jedoch nicht einsichtig gezeigt hat. Auch hat er durch die begangenen Pflichtverletzungen keinen über die Erzeugung des Anscheins der Abhängigkeit und Parteilichkeit hinausgehenden Schaden verursacht. Weiter ist zu seinen Gunsten zu berücksichtigen, dass er lediglich fahrlässig gehandelt hat.

**40** Zum Nachteil des Klägers fällt jedoch ins Gewicht, dass er Amtspflichten im Kernbereich seiner Tätigkeit als Notar verletzt hat. Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sind die wichtigsten Prinzipien des notariellen Berufsrechts und rechtfertigen überhaupt erst das Vertrauen, das dem Notar entgegengebracht wird; sie bilden das Fundament des Notarberufs (BGH, Beschluss vom 13.11.2017, a. a. O., Rdnr. 25). Weiter hat der Beklagte zutreffend berücksichtigt, dass die Geldbuße auch dazu dient, Einkünfte des Notars, die durch pflichtwidrige Amtstätigkeiten erzielt worden sind, abzuschöpfen (vgl. Senat, Beschluss vom 25.5.2010, Not 19/09, juris Rdnr. 49).

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Thomas Raff**, Kandel (Pfalz)

Das Urteil des Notarsenats beschäftigt sich im Wesentlichen mit § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO. Die Kernaussage lautet, der Notar habe „planmäßig wiederholt Verträge in den Räumlichkeiten einer Vertragspartei beurkundet“. Dies begründe „die Gefahr, dass aus Sicht eines objektiven, mit den konkreten Gegebenheiten vertrauten Beobachters der Anschein der Abhängigkeit oder der Parteilichkeit entsteht“. Im Folgenden soll das Urteil in die bestehende Dogmatik um Auswärtsbeurkundungen eingeordnet werden, die ein Notar außerhalb der Geschäftsstelle, aber innerhalb des Amtsbereichs gemäß § 10a BNotO vornimmt. In einem weiteren Schritt wird gefragt, ob Besonderheiten bestehen, wenn juristische Personen des öffentlichen Rechts, hier insbesondere Gemeinden, Vertragspartner sind.

#### 1. Geschäftsstelle, Sprechtag, Auswärtsbeurkundung

Nach § 10 Abs. 2 Satz 1 BNotO hat der Notar an seinem Amtssitz eine Geschäftsstelle zu unterhalten. Gemäß § 10 Abs. 4 BNotO kann er aber verpflichtet werden, weitere Ge-

schäftsstellen zu unter- oder Sprechtag in anderen Gemeinden seines Amtsbezirks abzuhalten. Ferner kann der Notar, wenn er selbst Bedarf für weitere Geschäftsstellen oder Sprechtag in anderen Gemeinden seines Amtsbezirks erkennt, hierzu die Aufsichtsbehörde um Genehmigung ersuchen. Neben institutionalisierten Geschäftsstellen und organisierten Sprechtagen kann der Notar auch sog. Auswärtsbeurkundungen vornehmen. Regelungen darüber trifft die BNotO zunächst in § 10a Abs. 2 BNotO und § 11 Abs. 2 BNotO, bezogen auf Auswärtsbeurkundungen außerhalb des Amtsbezirks bzw. außerhalb des Amtsbezirks, die hier aber außer Betracht bleiben sollen.<sup>1</sup>

## 2. Einschränkungen von Auswärtsbeurkundungen innerhalb des Amtsbezirks

Regelungen, die Auswärtsbeurkundungen innerhalb des Amtsbezirks ausdrücklich adressieren, enthält die BNotO nur in § 67 Abs. 2 Satz 3 Nr. 9 BNotO, dem zufolge die Richtlinien der Notarkammern nähere Regelungen enthalten können über die bei der Vornahme von Beurkundungen außerhalb des Amtsbezirks und der Geschäftsstelle zu beachtenden Grundsätze. Allein auf diese Grundlage wird jedenfalls ein *generelles* Verbot von Auswärtsbeurkundungen wohl nicht gestützt werden können.<sup>2</sup> Weitere gesetzliche Grundlagen,<sup>3</sup> die solche Auswärtsbeurkundungen einschränken, können freilich aus sonstigen Vorschriften der BNotO gewonnen werden (sogleich unter 3.).

## 3. Weitere gesetzliche Grundlagen

Nimmt der Notar Auswärtsbeurkundungen vor, ist er selbstverständlich genauso an alle übrigen berufsrechtlichen Vorgaben gebunden wie bei „Inhouse-Beurkundungen“. Genau in solchen berufsrechtlichen Anforderungen können weitere gesetzliche Einschränkungen von Auswärtsbeurkundungen gesehen werden. Der Notar ist und bleibt Amtsträger; „Dienstleister“ ist er gerade nicht.<sup>4</sup> Namentlich diese Amtsprägung legt nahe, dass die Notartätigkeit sich im Grundsatz an seiner Geschäftsstelle abzuspielen hat. Wie Gerichte und sonstige Behörden auch soll der Notar nicht den Eindruck erwecken, dem fahrenden Gewerbe anzugehören.<sup>5</sup> Er soll vielmehr an seiner Geschäftsstelle zu regelmäßigen Öffnungszeiten erreichbar sein.<sup>6</sup> Das OLG Celle unterstreicht daher zu Recht, dass Notare dem Grundsatz der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit unterliegen, der in § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO enthalten ist. Vor diesem Hintergrund sehen

etwa die Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer,<sup>7</sup> die Richtlinien der Landesnotarkammer Bayern<sup>8</sup> und die Richtlinien der Notarkammer Pfalz<sup>9</sup> vor, dass der Notar außerhalb der Geschäftsstelle nur tätig werden soll, wenn hierfür sachliche Gründe sprechen. Eine solche Einschränkung auf sachliche Gründe dürfte eine verfassungskonforme Auslegung von § 67 Abs. 2 Satz 3 Nr. 9 BNotO darstellen und zulässig sein.<sup>10</sup>

## 4. Sachgründe für Auswärtsbeurkundungen

Alle Gründe, die Beurkundungen außerhalb des Amtsbezirks bzw. Amtsbezirks rechtfertigen, können erst recht herangezogen werden, um außerhalb der Geschäftsstelle zu beurkunden.<sup>11</sup> Es gibt ferner Arten von Geschäften, die typischerweise nur außerhalb der Geschäftsstelle beurkundet werden können. Dazu gehören Versteigerungen, Verlosungen, Begehungen – etwa bei der Erstellung von Nachlassverzeichnissen –, häufig auch Protokollierungen von Versammlungen.<sup>12</sup> Ferner gibt es Gründe in der Situation der Amtsstelle gepaart mit Gründen in der Person des Rechtsuchenden, die Auswärtsbeurkundungen erforderlich machen: Menschen mit Behinderung treffen auf nicht barrierefreie Büros; gebrechliche oder schwer kranke Menschen, die Haus oder Pflegeheim nicht mehr verlassen können, wollen die notarielle Amtstätigkeit in Anspruch nehmen. Außerdem bestehen in der Regel keine Bedenken, wenn der Notar Auswärtsbeurkundungen bei einzelnen Rechtsuchenden vornimmt, die unter großem Zeitdruck stehen, bei denen aber die Unparteilichkeit im konkreten Fall nicht in Rede steht: etwa Vornahme von Unterschriftsbeglaubigungen bei Kreditinstituten.<sup>13</sup>

Umgekehrt besteht weitgehend Einigkeit, dass Beurkundungen bei einem Bauträger regelmäßig den Eindruck von Abhängigkeit und Parteilichkeit erwecken.<sup>14</sup> Auswärtsbeurkundungen sind auch unzulässig, wenn die Notwendigkeit besteht, auf die Hilfsmittel zuzugreifen, die sich in der Geschäftsstelle befinden.<sup>15</sup> Eine Grenze liegt ferner darin, dass durch die Auswärtsbeurkundung nicht der Anschein von amtswidriger Werbung erweckt oder der Schutzzweck des Beurkundungserfordernisses gefährdet werden dürfen.<sup>16</sup>

1 Vgl. dazu die Kommentierungen zu §§ 10a, 11 BNotO sowie etwa *Wöstmann*, ZNotP 2003, 133 ff. und *Lerch*, NJW 1992, 3139.

2 Vgl. dazu BVerfG, Urteil vom 9.8.2000, 1 BvR 647/98, DNotZ 2000, 787 m. Anm. *Eylmann* und *Eylmann/Vaasen/Bremkamp*, Bundesnotarordnung, 4. Aufl. 2016, §§ 10a, 11 Rdnr. 65 ff.

3 Vgl. zum Erfordernis gesetzlicher Grundlagen in diesem Bereich BVerfG, Urteil vom 9.8.2000, 1 BvR 647/98, DNotZ 2000, 787 m. Anm. *Eylmann*; OLG Köln, Beschluss vom 20.6.2007, 2 X (Not) 15/06, DNotZ 2008, 149.

4 In der Tendenz anders *Zimmer* ZfIR 2019, 242, 245.

5 *Schippel/Bracker/Püls*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 10 Rdnr. 17.

6 *Wöstmann*, ZNotP 2003, 133, 136.

7 Ziffer IX Nr. 2.

8 Ziffer IX Nr. 2.

9 Ziffer IX Nr. 2.

10 Siehe dazu *Wöstmann*, ZNotP 2003, 133, 137 und *Eylmann/Vaasen/Bremkamp*, Bundesnotarordnung, §§ 10a, 11 Rdnr. 66 ff.

11 *Wöstmann*, ZNotP 2003, 133, 138.

12 Vgl. dazu *Schippel/Bracker/Püls*, BNotO, § 10 Rdnr. 17.

13 Siehe dazu etwa *Vollhardt*, Erläuterungen der Richtlinien der Landesnotarkammer Bayern, MittBayNot 1999, Heft 4, Sonderbeilage, 1 (18).

14 *Zimmer*, ZfIR 2019, 242, 245; *Eylmann/Vaasen/Bremkamp*, Bundesnotarordnung, §§ 10a, 11 Rdnr. 69.

15 OLG Köln, Beschluss vom 20.6.2007, 2 X (Not) 15/06, DNotZ 2008, 149.

16 *Eylmann*, DNotZ 2000, 793; Ziffer IX.3 der Richtlinien der Notarkammer Pfalz.

## 5. Besonderheiten bei Gemeinden und Gebietskörperschaften

Nun stellt sich die Frage, welche Grundsätze gelten, wenn die Gemeinde oder andere Gebietskörperschaften Vertragspartner sind. Notare unterhalten häufig Sprechstage oder sogar eine Geschäftsstelle in Räumen einer Gemeinde im Amtsbereich. Dies ist namentlich im bayerisch-pfälzischen Notariat verbreitet. Dafür trifft § 10 BNotO wie gesehen Regelungen, und diese Praxis ist natürlich nicht in Zweifel zu ziehen. Denn Geschäftsstelle oder Sprechstage müssen von der Justizverwaltung genehmigt werden, sodass der Notar dort (in der Geschäftsstelle immer oder am Sprechtag zu den vorgesehenen Zeiten) der „Herr im Haus“ ist: Hier kommt der Rechtsuchende zum Notar und nicht der Notar geht zum Rechtsuchenden. Daher gilt nichts anderes, wenn etwa die Gemeinde an einem Vertrag beteiligt ist, den der Notar während eines Sprechtages in den Räumen der Gemeinde beurkunden soll. Denn warum sollte man ausgerechnet dann in der außerhalb der Gemeinde liegenden Geschäftsstelle beurkunden?

Der Sachverhalt, der der Entscheidung des OLG Celle zugrunde liegt, gestaltet sich freilich so, dass Verträge unter Beteiligung der betroffenen Gemeinde in ihren Räumen geschlossen wurden, ohne dass dort eine Geschäftsstelle eingerichtet gewesen oder ein genehmigter Sprechtag abgehalten worden wäre. Heißt das nun, Auswärtsbeurkundungen bei der Gemeinde dürfen nicht vorgenommen werden, wenn die Gemeinde beteiligt ist, jedenfalls dann nicht, wenn keine sachlichen Gründe für eine solche Auswärtsbeurkundung vorliegen? So muss man das Urteil des OLG Celle lesen. Die Entscheidung hat durchaus Argumente für sich.<sup>17</sup> Denn namentlich bei fiskalischer Tätigkeit der Gemeinde ist diese durchaus interessengeleitet und nicht neutral. Nicht von ungefähr wird sie als Unternehmerin gemäß § 14 BGB angesehen, wenn sie fiskalisch tätig ist.<sup>18</sup> Auf die Gewinnorientierung, die bei der Gemeinde natürlich fehlt, kommt es dafür noch nicht einmal an.<sup>19</sup> Nach dem Verständnis des OLG Celle sind also fiskalisch tätige Gemeinden nicht von einem Bauträger zu unterscheiden, wenn es um die Frage geht, ob der Notar eine Auswärtsbeurkundung in den Räumen dieses Vertragspartners vornehmen darf.

Freilich wird es häufig sachliche Gründe für eine solche Auswärtsbeurkundung gerade bei der Gemeinde geben. Wenn etwa (Sammel-)Beurkundungen durchgeführt werden sollen, bei denen viele Personen gleichzeitig oder mit kurzem Zeitabstand nacheinander anwesend sein müssen und der Notar selbst keine hinreichend großen Räumlichkeiten zur Verfügung hat, wird man das Angebot der Gemeinde annehmen können, in einer Mehrzweckhalle oder in einem Sitzungssaal im Rathaus zu beurkunden – auch wenn die Gemeinde als Käuferin oder Verkäuferin an den Verträgen beteiligt sein sollte. Gerade Straßen- oder sonstige Grund-

stücksverkäufe (beispielsweise zur Baulandumlegung) lassen sich so bisweilen bewerkstelligen, ohne dass Zweifel an der Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit der Gemeinde entstünden.

## 6. Fazit

Die fiskalisch tätige Gemeinde ist beurkundungsrechtlich im Ausgangspunkt Vertragspartnerin wie jeder andere. Ohne sachliche Gründe darf auch in ihren Räumen keine Auswärtsbeurkundung vorgenommen werden. Freilich wird sich ein solcher Sachgrund regelmäßig einfacher finden lassen als etwa bei einem Bauträger. Von dem Urteil unberührt bleibt die verbreitete Praxis, in Räumen, die der Gemeinde gehören, Geschäftsstellen zu unter- oder Sprechstage abzuhalten. Diese ist nicht in Zweifel zu ziehen.

## KOSTENRECHT

### 24. Geschäftswert von zu errichtendem Wohnungs- und Teileigentum

OLG München, Urteil vom 12.4.2019, 34 Wx 413/18

GNotKG §§ 42, 49, 59

#### LEITSÄTZE:

1. Bei der Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum ist der Geschäftswert nach dem Verkehrswert des bebauten Grundstücks zu berechnen. Wenn zum Bewertungsstichtag das Grundstück, welches den Gegenstand der Teilung bildet, noch nicht bebaut ist, ist der Wert des noch zu errichtenden Bauwerks zum Grundstückswert zu addieren. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Der Wert des zu errichtenden Bauwerks ergibt sich nicht aus den Herstellungskosten für die Immobilie, sondern aus dem zu erlösenden Kaufpreis. Besteht bei einem unbebauten Grundstück eine Veräußerungsabsicht, kann die Summe der einzelnen Kaufpreise der Wohnungen herangezogen werden, sofern gesicherte Anhaltspunkte für die Erzielbarkeit dieser Kaufpreise vorliegen. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Ein Abschlag von 10 % trägt bei noch nicht verkauften Einheiten den Unwägbarkeiten des weiteren Verkaufs Rechnung und ist nicht zu beanstanden. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### SACHVERHALT:

1 I. Mit notarieller Urkunde vom 11.7.2017 (Teilungserklärung) teilte die Beteiligte zu 1, damals Alleineigentümerin von zwei Grundstücken mit einer Größe von insgesamt 1.482 m<sup>2</sup>, das Eigentum am Grundbesitz nach § 8 WEG in der Weise auf, dass Sondereigentum an 16 Wohnungen samt Abstellräumen im Keller sowie 19 Tiefgaragenstellplätzen und zwei Garagenstellplätzen entstand. Auf ihren Antrag vom 31.7.2017 wurde nach Zuschreibung des einen Grundstücks als

17 Zustimmend auch Zimmer, ZfIR 2019, 242, 245.

18 Allg. M., siehe nur: Staudinger/Fritzsche, Neub. 2018, § 14 Rdnr. 39 m. w. N.

19 MünchKomm-BGB/Micklitz, 8. Aufl. 2018, § 14 Rdnr. 23 m. w. N.

Bestandteile des anderen die Teilung am 24.10.2017 im Grundbuch vollzogen.

**2** Die Grundstücke waren zu diesem Zeitpunkt noch nicht bebaut. Die Beteiligte zu 1 beabsichtigte ausweislich ihrer Angaben in der Teilungserklärung (Ziffer I. 2.), auf dem Grundbesitz „ein Gebäude mit insgesamt 16 Wohnungen, 2 Garagenstellplätzen, 19 Stellplätzen in einer Tiefgarage und 3 Stellplätzen im Freien“ zu errichten. Im Eintragungszeitpunkt lagen der Aufteilungsplan sowie die Abgeschlossenheitsbescheinigung vor.

**3** Die Gebühr für die Eintragung der Begründung von Wohnungs- und Teileigentum gemäß Nr. 14112 KV GNotKG setzte der Kostenbeamte am 24.10.2017 auf der Basis des vom Urkundsnotar mitgeteilten Wertes auf 3.150.000 € an. Der Beteiligte zu 2 – Bezirksrevisor – beanstandete am 1.1.9.2018 anlässlich einer Kostenprüfung den Geschäftswert als zu niedrig. Gemäß § 42 Abs. 1 GNotKG sei bei der Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum der Geschäftswert nach dem Wert des bebauten Grundstücks zu berechnen; dieser werde nach § 46 Abs. 1 GNotKG durch den Verkehrswert bestimmt. Zwischenzeitlich seien 13 Wohnungen sowie 16 Stellplätze zum Preis von insgesamt 3.305.400 € veräußert worden. Für den Gesamtwert sei für die noch nicht veräußerten Einheiten ein Sicherheitsabschlag von 10 % vorzunehmen.

**4** Gegen die nun auf einem Geschäftswert von 3.935.310 € abstellende Nacherhebung des Kostenbeamten gemäß Kostenrechnung vom 18.9.2018 wandte sich die Beteiligte zu 1 mit als „Erinnerung“ bezeichnetem Schreiben vom 4.10.2018.

**5** Mit Schreiben vom 11.10.2018 beantragte der Beteiligte zu 2 den Geschäftswert auf 3.935.310 € festzusetzen. Da zu der am 1.8.2017 beim Grundbuchamt eingegangenen Teilungserklärung unter anderem Kaufverträge aus August und September 2017 vorgelegt worden seien, lasse sich der Wert aus diesen ableiten. Daraufhin setzte das Grundbuchamt mit Beschluss vom 16.10.2018 den Geschäftswert wie beantragt fest, mit der Begründung, dass der tatsächliche Verkehrswert, den die Immobilien auf dem freien Markt erbringen würden, zugrunde zu legen sei. Der Wert ergebe sich aus der Addition der zu erzielenden Verkaufspreise.

**6** Gegen den am 18.10.2018 zugestellten Beschluss legte die Beteiligte zu 1 mit Schreiben vom 12.11.2018 Beschwerde ein. Die Festsetzung des Geschäftswerts durch Addition der Verkaufspreise entspreche nicht den Vorgaben des § 42 Abs. 1 GNotKG. Bei unbebauten Grundstücken sei dem Grundstückswert der Wert des zu errichtenden Gebäudes, der sich nur an den zu erwartenden Herstellungskosten orientieren könne, hinzuzurechnen.

**7** Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**8** II. Die nach §§ 79, 83 Abs. 1 Sätze 1, 3 und 5, § 81 Abs. 3 und 5 Sätze 1 und 4 GNotKG, § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG zulässige Beschwerde der Kostenschuldnerin hat in der Sache keinen Erfolg.

**9** Der Geschäftswert für den Vollzug der Begründung von Wohnungs- und Teileigentum im Grundbuch bestimmt sich gemäß § 42 Abs. 1, § 59 Satz 1 GNotKG nach dem Wert des bebauten Grundstücks zum Zeitpunkt der Stellung des Eintragungsantrags, wobei der nach § 46 GNotKG zu ermittelnde Verkehrswert des gesamten Grundstücks maßgeblich ist (Senat vom 26.6.2015, 34 Wx 182/15, BeckRS 2015, 12789; OLG Zweibrücken, FGPrax 20034, 51; Korintenberg/Sikora, GNotKG, 20. Aufl., § 42 Rdnr. 19). § 42 Abs. 1 Satz 2 GNotKG regelt den maßgeblichen Bezugswert, wenn zum Bewertungsstichtag das Grundstück, welches den Gegenstand der Teilung bildet, noch nicht bebaut ist. Für diesen Fall ist der

Wert des noch zu errichtenden Bauwerks zum Grundstückswert zu addieren.

**10** Im Ausgangspunkt ist für die gemäß § 42 GNotKG vorzunehmende Bewertung auf die Legaldefinition gemäß § 46 Abs. 1 GNotKG abzustellen, wonach der Verkehrswert einer Sache durch den Preis bestimmt wird, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit der Sache unter Berücksichtigung aller den Preis beeinflussenden Umstände bei einer Veräußerung zu erzielen wäre. Das sind, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, nicht die Herstellungskosten für die Immobilien, sondern die zu erlösenden Kaufpreise. Nach ständiger Rechtsprechung kann der Verkehrswert des bebauten Grundstücks aus den Kaufpreisen hochgerechnet werden, welche beim Abverkauf der einzelnen, nach Aufteilung durch den Bauträger gebildeten Wohneinheiten, erzielt wurden (BayObLG, NJW-RR 1997, 1224). Besteht bei einem unbebauten Grundstück eine Veräußerungsabsicht, kann die Summe der einzelnen Kaufpreise der Wohnungen herangezogen werden, sofern gesicherte Anhaltspunkte für die Erzielbarkeit dieser Kaufpreise vorliegen. Bei einem Bauträger, der – wie hier – die Einheiten in unmittelbarem Zusammenhang zur Aufteilung verkauft, kann von deren Realisierbarkeit ausgegangen werden (Korintenberg/Sikora, GNotKG, § 42 Rdnr. 23; Fackelmann, ZNotP 2015, 357/359 [Anm. zu Senat vom 26.6.2015, BeckRS 2015]).

**11** Die vom Grundbuchamt zur Ermittlung des Geschäftswerts einbezogenen Preise der bereits verkauften Wohn- und Teileigentumseinheiten hat die Beteiligte zu 1 nicht beanstandet. Soweit bei den noch nicht verkauften Einheiten ein Abschlag von 10 % vorgenommen wurde, trägt dies den Unwägbarkeiten des weiteren Verkaufs Rechnung und ist nicht zu beanstanden. Mit der Festsetzung hat es deshalb sein Bewenden.

(...)

## ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Holger Sagmeister**, LL.M. (Yale), Deggendorf und Notariatsoberrat **Thomas Strauß**, Leiter Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

Das OLG München stellt mit dem Beschluss vom 12.4.2019 klar, wie die Wertermittlung zu Teilungserklärungen bei Neubauten nach den Bestimmungen des GNotKG vorzunehmen ist. Zu dem Beschluss kam es, weil der aufteilende Grundstückseigentümer, ein Bauträger, gegen die Kostenentscheidung des Gerichts für die Eintragung der Begründung von Wohnungs- und Teileigentum Beschwerde eingelegt hatte. Der Bezirksrevisor des Gerichts hatte den vom Notar auf der Basis des Grundstückswertes und der voraussichtlichen Baukosten mitgeteilten Geschäftswert als zu gering moniert. Die Beschwerde des Bauträgers hatte keinen Erfolg. Der Beschluss des OLG München ist zu Gerichtskosten ergangen, gilt jedoch gleichermaßen für die Wertermittlung des Notars zu Teilungserklärungen nach § 8 WEG und Verträgen nach § 3 WEG.

Geradezu mustergültig werden die Maßstäbe für die Bewertung von Teilungserklärungen aufgeführt:

## 1. Grundsätze der Wertermittlung einer Teilungserklärung

Gemäß § 42 Abs. 1 Satz 1 GNotKG ist bei einer Teilungserklärung der Geschäftswert der „Wert des bebauten Grundstücks“. Ist das Grundstück noch nicht bebaut, ist dem Grundstückswert der Wert des zu errichtenden Bauwerks hinzuzurechnen.

Nach § 46 Abs. 1 GNotKG ist unter „Wert“ der Verkehrswert der (ggf. erst zu errichtenden) Immobilie zu verstehen.<sup>1</sup>

Der Verkehrswert eines Objekts mit mehreren Eigentumswohnungen ist dabei die Summe der Verkehrswerte der einzelnen Eigentumswohnungen<sup>2</sup> und nicht (nur) der Verkehrswert des Wohnhauses im Ganzen – sofern der Markt in diesem Fall überhaupt einen Abschlag gewährte. Dies ist auch richtig, weil die Teilungserklärung gerade den potenziellen Mehrwert einzelner Eigentumswohnungen im Verhältnis zum Wert des Gebäudes im Ganzen schafft.<sup>3</sup>

## 2. Wert der zu errichtenden Immobilie

Besteht eine Veräußerungsabsicht, kann die Summe der einzelnen avisierten Kaufpreise als Geschäftswert herangezogen werden, sofern gesicherte Anhaltspunkte für die Erzielbarkeit dieser Kaufpreise vorliegen.<sup>4</sup> Bei einem Bauträger, der die Wohnungen im unmittelbaren Zusammenhang mit der Vornahme der Aufteilung verkaufen möchte, kann von der Realisierbarkeit der Listenpreise ausgegangen werden.<sup>5</sup> Ist dagegen nicht sicher, dass der Bauträger sämtliche Wohnungen zum Listenpreis veräußern kann, so kann nach dem vorliegenden Beschluss des OLG München für die bis zum Zeitpunkt der Bewertung noch nicht veräußerten Wohnungen ein Sicherheitsabschlag in Höhe von 10 % des avisierten Listenpreises gewährt werden. Für die bereits veräußerten Einheiten ist dagegen der volle Wert anzusetzen. Dieser vom Gericht gewährte Sicherheitsabschlag ist richtig und nachvollziehbar und trägt der Tatsache Rechnung, dass die Immobilienpreise irgendwann auch einmal ihren Höchststand erreicht haben werden und nicht die Hoffnungen der Bauträger Bewertungsgegenstand sein sollten. Ausdrück-

lich klargestellt wird in dem Beschluss des OLG München, dass als Gegenstandswert einer Teilungserklärung jedenfalls nicht der Bodenwert zzgl. Baukosten herangezogen werden darf, weil eben gemäß § 46 Abs. 1 GNotKG nicht der Aufwand, sondern der Verkehrswert als Geschäftswert anzusetzen ist.

## 3. Künftiger Bewertungsmaßstab

Die aufgezeigten Maßstäbe sind – über den vorliegenden Fall hinaus – auch anzuwenden, wenn der Bauträger nicht alle Wohnungen verkauft, sondern einzelne im Bestand zurückbehalten möchte. Sofern die Verkaufspreise der verkauften Einheiten repräsentativ sind, ist anhand dieser Verkaufspreise der Verkehrswert aller Wohnungen hochzurechnen. Die aufgezeigten Maßstäbe gelten aber auch dann, wenn der Aufteiler überhaupt keine Wohnungen verkaufen möchte (zum Beispiel bei Eigengebrauch bei einer Bauherrengemeinschaft). Eine Verkaufspreisliste gibt es in diesen Fällen zwar nicht. Gemäß § 46 Abs. 1 GNotKG ist aber auch in dieser Konstellation grundsätzlich der Verkehrswert der einzelnen Wohnungen als Geschäftswert heranzuziehen.<sup>6</sup> Auf eine Verkaufsabsicht kommt es also für die Frage der Bewertung einer Teilungserklärung nicht an. Mangels klarer Anhaltspunkte wie zum Beispiel der Werte aus einer Kaufpreisliste wird man in diesem Fall auf vorhandene vergleichbare, bekannte Werte abstellen, anhand derer der Geschäftswert festgesetzt werden kann (vgl. § 46 Abs. 2 Nr. 3 GNotKG). Im Zweifel ist entsprechend dem vorliegenden Beschluss des OLG München hiervon aus Sicherheitsgründen ebenfalls ein Abschlag von 10 % zu gewähren. Nur dann, wenn es keine Vergleichswerte geben sollte, weil in der jeweiligen Gemeinde Geschosswohnungsbau eine Ausnahme ist, ist der Bodenrichtwert des Grundstücks zzgl. Baukosten als Mindestverkehrswert festzusetzen.

Der Beschluss des OLG München überzeugt und gibt auch den Notaren klare Bewertungsmaßstäbe an die Hand. Das Ansetzen der reinen Baukosten zzgl. Grundstückswert ist nach diesem Beschluss unzulässig. Ein solcher Bewertungsansatz findet keine Stütze im Gesetz. Ein Sicherheitsabschlag in Höhe von 10 % von den avisierten Verkaufspreisen bei noch nicht veräußerten Einheiten ist dagegen nicht zu beanstanden.

1 Wohl allg. Meinung, vgl. statt vieler OLG Zweibrücken, Beschluss vom 5.12.2003, 3 W 257/03, MittBayNot 2004, 215; Korintenberg/Sikora/Sikora, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 42 Rdnr. 19. Ungenau Dörndorfer/Neie/Wendt/Wilsch, GNotKG, 27. Ed. 2019, § 42 Rdnr. 4. Ungenau auch Notarkasse München, Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 3570, in dem Verkehrswert und Herstellungskosten miteinander vermengt werden.

2 Vgl. Notarkasse München, Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 3576.

3 So wohl auch Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Pfeiffer, GNotKG, 3. Aufl. 2019, § 42 Rdnr. 8.

4 So schon OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.5.1993, 10 W 24/93, MittBayNot 1994, 360; BayObLG, Beschluss vom 26.6.1996, 3 Z BR 59/96, MittBayNot 1997, 117; Notarkasse München, Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 3576.

5 So auch Korintenberg/Sikora/Sikora, GNotKG, § 42 Rdnr. 23; Fackelmann, ZNotP 2015, 357, 359. A. A. wohl Dörndorfer/Neie/Wendt/Wilsch, GNotKG, § 42 Rdnr. 5, der ca. 40-50 % Verkaufsstand als Referenzvorbehalt verlangt.

6 A. A. wohl noch Notarkasse München, Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 3574. A. A. auch – zum alten Recht – BayObLG, Beschluss vom 29.8.1991, BReg. 3 Z 90/91, MittBayNot 1992, 153.

## ÖFFENTLICHES RECHT

### 25. Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Regelung des Ausschlusses der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien

BVerfG, Beschluss vom 26.3.2019, 1 BvR 673/17 (Vorinstanz: BGH, Beschluss vom 8.2.2017, XII ZB 586/15)

BGB § 1754 Abs. 1 und 2, § 1755 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 1756 Abs. 2

EMRK Art. 8 Abs. 1

GG Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 5

#### LEITSÄTZE:

1. Der Ausschluss der Stiefkindadoption allein in nichtehelichen Familien verstößt gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot.
2. Gegen die Stiefkindadoption vorgebrachte allgemeine Bedenken rechtfertigen nicht, sie nur in nichtehelichen Familien auszuschließen.
3. Es ist ein legitimes gesetzliches Ziel, eine Stiefkindadoption nur dann zuzulassen, wenn die Beziehung zwischen Elternteil und Stiefelternanteil Bestand verspricht (vgl. auch Art. 7 Abs. 2 Satz 2 des Europäischen Übereinkommens vom 27.11.2008 über die Adoption von Kindern (revidiert), BGBl. 2015 II, S. 2, 6).
4. Der Gesetzgeber darf im Adoptionsrecht die Ehelichkeit der Elternbeziehung als positiven Stabilitätsindikator verwenden. Der Ausschluss der Adoption von Stiefkindern in allen nichtehelichen Familien ist hingegen nicht zu rechtfertigen. Der Schutz des Stiefkindes vor einer nachteiligen Adoption lässt sich auf andere Weise hinreichend wirksam sichern.
5. Auch jenseits der Regelung von Vorgängen der Massenverwaltung kommen gesetzliche Typisierungen in Betracht, etwa wenn eine Regelung über ungewisse Umstände oder Geschehnisse zu treffen ist, die sich selbst bei detaillierter Einzelfallbetrachtung nicht mit Sicherheit bestimmen lassen. Die damit verbundene Ungleichbehandlung ist jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 764.

### 26. Verkauf verbilligten Baulandes – Bindungsfrist von 30 Jahren

BGH, Urteil vom 15.2.2019, V ZR 77/18 (Vorinstanz: OLG Düsseldorf, Urteil vom 7.3.2018, I-18 U 157/16)

AGBG § 9 Abs. 1

BauGB-MaßnahmenG (i. d. F. vom 22.4.1993) § 6 Abs. 3 Satz 4

BGB § 306 Abs. 2 und Abs. 3, § 462 Satz 2

#### LEITSÄTZE:

1. Bei einem Verkauf verbilligten Baulandes an einen privaten Käufer im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages ist eine Bindungsfrist von 30 Jahren für die Ausübung eines Wiederkaufsrechts der Gemeinde grundsätzlich nur dann angemessen, wenn dem Erwerber ein besonders hoher Preisnachlass gewährt wurde oder sonst außergewöhnliche Umstände vorliegen, die eine derart lange Bindung des Erwerbers rechtfertigen. Die Gewährung eines Preisnachlasses von 29 % gegenüber dem Verkehrswert genügt hierfür nicht.
2. Bei einer Kaufpreisverbilligung von 20 % ist eine Bindungsfrist von 20 Jahren grundsätzlich noch angemessen.

#### SACHVERHALT:

1 Mit notariellem Vertrag vom 17.9.1996 kaufte der Kläger von der beklagten Stadt ein nach Vermessung 552 m<sup>2</sup> großes Grundstück zu einem Kaufpreis von insgesamt 101.790 DM zzgl. Vermessungskosten. Das Grundstück liegt in einer ehemaligen Kleingartenanlage, die seit 1936 ohne Genehmigung der Stadt teilweise zum Wohnen genutzt wurde. Aufgrund der jahrzehntelangen Wohnnutzung der Parzellen beschloss die Stadt im Jahr 1959 die Umwandlung in ein Siedlungsgebiet. In den nachfolgenden Jahren wurde das nicht erschlossene Gartengelände in ein Wohngebiet umgewandelt und in die Leitplanung der Stadt einbezogen. Aufgrund von Überlegungen, den Pächtern ihre jeweilige Parzelle zum Kauf anzubieten, veranlasste die beklagte Stadt ab 1994 eine Wertermittlung für die Grundstücke. In der Folgezeit wurden die Parzellen den Nutzern der Kleingartenanlage, so auch dem Kläger, zu einem unterhalb des Verkehrswertes liegenden Kaufpreis überlassen. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der dem Kläger gewährte Preisnachlass 20 % oder 29 % beträgt. Im Gegenzug behielt sich die Beklagte in dem Vertrag ein Wiederkaufsrecht insbesondere für den Fall vor, dass der Erwerber das Grundstück Dritten ganz oder teilweise verkauft oder zu eigentumsähnlicher Nutzung überlässt, mit einer Ausübungsfrist von 30 Jahren seit der Eigentumseintragung des Erwerbers. Am 6.5.1999 wurde der Kläger als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

2 Im Jahr 2013 informierte er die beklagte Stadt über seine Absicht, das Grundstück zu verkaufen. Diese erklärte, dass sie auf die Ausübung des Wiederkaufsrechts verzichte, wenn der Kläger einen Ablösebetrag von 47.078,78 € zahle; zudem wies sie ihn darauf hin, dass das Wiederkaufsrecht ihrer Meinung nach am 16.3.2017 ende. Der Kläger bezahlte den Ablösebetrag vorbehaltlich einer Klärung der Wirksamkeit des Wiederkaufsrechts. Er verkaufte das bebaute Grundstück mit Vertrag vom 1.2.2016 zu einem Kaufpreis von 335.000 €.

3 Das LG hat die beklagte Stadt zur Rückzahlung des Ablösebetrages verurteilt. Das OLG hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision will die beklagte Stadt die Abweisung der Klage erreichen. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**4 I.** Nach Ansicht des Berufungsgerichts kann der Kläger die unter dem Vorbehalt der Wirksamkeit des Wiederkaufsrechts geleistete Ablösezahlung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückverlangen. Die Vereinbarung einer 30-jährigen Frist für die Ausübung des Wiederkaufsrechts sei unwirksam. Es handle sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die den Kläger unangemessen im Sinne des § 9 Abs. 1 AGBG (in der bis zum 31.12.2001 gültigen Fassung) benachteilige. Der Annahme einer unangemessenen Benachteiligung stehe der dem Kläger gewährte Preisnachlass nicht entgegen. Da es sich um einen städtebaulichen Vertrag handle, müsse die Ausübungsfrist in einem angemessenen Verhältnis zum Preisnachlass stehen. Die Regelung sehe für den Erwerber keine Möglichkeit vor, sich angemessen von dem Wiederkaufsrecht zu lösen. Hinzu komme, dass die Frist für das Wiederkaufsrecht an den Zeitpunkt der Auflassung des Grundstücks geknüpft sei, was im Fall des Klägers dazu führe, dass das Wiederkaufsrecht fast 33 Jahre nach Abschluss des Kaufvertrages noch ausgeübt werden könne. Ein so langes Wiederkaufsrecht sei auch bei Unterstellung eines Preisnachlasses von 29 % nicht verhältnismäßig. Die Ausübungsfrist könne nicht auf 20 Jahre herabgesetzt werden; im Anwendungsbereich des AGB-Rechts finde eine geltungserhaltende Reduktion nicht statt.

**5 II.** Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts steht dem Kläger gegen die beklagte Stadt kein Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung des unter Vorbehalt der Wirksamkeit des Wiederkaufsrechts gezahlten Ablösebetrages von 47.078,78 € zu.

**6 1.** Im Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass das in dem notariellen Kaufvertrag für die Dauer von 30 Jahren vereinbarte Wiederkaufsrecht der beklagten Stadt unwirksam ist. Die Klausel ist sowohl nach dem Maßstab des § 6 Abs. 3 Satz 4 BauGB-MaßnahmenG i. d. F. vom 22.4.1993 (jetzt: § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB) als auch nach § 9 Abs. 1 AGBG (i. V. m. Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB) eine unangemessene Vertragsbestimmung. Auf die vom Senat bislang offengelassene Frage, ob Klauseln eines privatrechtlichen städtebaulichen Vertrages, der nach dem 31.12.1994 – dem Ablauf der Frist zur Umsetzung der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Abl. EG Nr. L 95 vom 21.4.1993, S. 29 ff.) – geschlossen worden ist, allein an den Vorgaben des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB zu messen oder auch einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB zu unterziehen sind (vgl. Senat, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rdnr. 9 m. w. N.) und deretwegen das Berufungsgericht die Revision zugelassen hat, kommt es daher nicht an.

**7 a)** Die Veräußerung des Grundstücks an den Kläger erfolgte im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages. Gemäß § 6 Abs. 2 BauGB-MaßnahmenG 1993 (jetzt: § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB) kann Gegenstand eines städtebaulichen Vertrages die Vorbereitung oder Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele sein, zu denen insbesondere die Grundstücksnutzung entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplans oder die Deckung des Wohnbedarfs der

Bevölkerung zählt. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Gemeinde dem Käufer eines ihr gehörenden Grundstücks eine Bauverpflichtung nach den Vorgaben eines Bebauungsplans auferlegt oder im Rahmen eines sog. Einheimischenmodells (zu den dabei zu beachtenden europarechtlichen Vorgaben EuGH, Urteil vom 8.5.2013, Libert u. a. und All Projects & Development NV, C-197/11 und C-203/11, ECLI: EU: C:2013:288 Rdnr. 39 ff., 49 ff. sowie Senat, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, BGHZ 206, 120 Rdnr. 33) ortsansässigen Bürgern Bauflächen zu deutlich unter dem Verkehrswert liegenden Preisen veräußert (vgl. Senat, Urteil vom 16.3.2018, V ZR 306/16, WM 2018, 1763 Rdnr. 9 m. w. N.). Der für einen städtebaulichen Vertrag erforderliche Zusammenhang mit der gemeindlichen Bauleitplanung ist auch im vorliegenden Fall gegeben. Mit dem Angebot, dass die bisherigen Nutzer der Kleingartenanlage ihre Parzelle zu einem unterhalb des Verkehrswertes liegenden Kaufpreis erwerben können, verfolgte die beklagte Stadt das Ziel, diesen die weitere Nutzung der Parzelle zu Wohnzwecken entsprechend der den tatsächlichen Verhältnissen angepassten Bauleitplanung durch einen Erwerb zu einem subventionierten Kaufpreis zu ermöglichen.

**8 b)** Nach § 6 Abs. 3 Satz 4 BauGB-MaßnahmenG 1993 müssen die in einem städtebaulichen Vertrag vereinbarten Leistungen den gesamten Umständen nach angemessen sein. Das Gebot angemessener Vertragsgestaltung verlangt, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung und dem Wert der von der Behörde erbrachten oder zu erbringenden Leistung steht und dass die vertragliche Übernahme von Pflichten auch ansonsten zu keiner unzumutbaren Belastung für den Vertragspartner der Behörde führt (Senat, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, BGHZ 206, 120 Rdnr. 19 m. w. N.). Dieser Maßstab gilt auch im Rahmen der Angemessenheitsprüfung nach § 9 AGBG (vgl. Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 101 f.).

**9 c)** Die zwischen den Parteien vereinbarte Ausübungsfrist für das Wiederkaufsrecht von 30 Jahren verstößt gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung.

**10 aa)** Allerdings ist die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts als solche nicht zu beanstanden. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats verstößt die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts der Gemeinde in einem städtebaulichen Vertrag im sog. Einheimischenmodell grundsätzlich nicht gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung (vgl. Senat, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 271/14, NJW 2015, 3169 Rdnr. 10 m. w. N.). Dies gilt auch für die vorliegende Vertragsgestaltung. Gemeinden, die zur Förderung städtebaulicher Ziele Grundstücke verbilligt verkaufen, sind nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, für eine vertragliche Absicherung des verfolgten – den verbilligten Grundstücksverkauf rechtfertigenden – Ziels Sorge zu tragen. Sie müssen insbesondere sicherstellen, dass die bevorzugten Käufer nicht auf Kosten der Allgemeinheit Gewinne erzielen, indem sie das verbilligte Bauland alsbald zum Verkehrswert weiterveräußern. Vertragliche Regelungen, die – wie das hier in Rede stehende Wiederkaufsrecht der beklagten Stadt – entsprechende Bindungen begründen, schaffen mithin erst die (öffentlich)rechtlichen Voraussetzungen für die

Vergabe preisgünstigen Baulands (vgl. Senat, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rdnr. 12).

**11** bb) Gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung verstößt jedoch die hier vereinbarte Ausübungsfrist für das Wiederkaufsrecht von 30 Jahren. Diese Frist ist angesichts der Höhe der gewährten Verbilligung unverhältnismäßig lang. Dies gilt auch dann, wenn man zugunsten der beklagten Stadt von einem Nachlass von 29 % ausgeht.

**12** (1) Beschränkungen, die die öffentliche Hand dem Subventionsempfänger auferlegt, entsprechen dem Gebot angemessener Vertragsgestaltung, wenn sie geeignet und erforderlich sind, um das Erreichen der zulässigerweise verfolgten Zwecke im Bereich der Wohnungsbau-, Siedlungs- oder Familienpolitik für einen angemessenen Zeitraum sicherzustellen. Die dem Käufer auferlegten Bindungen dürfen allerdings nicht zu einer unzumutbaren Belastung führen. Die Zeit für die Ausübung eines Wiederkaufsrechts der Gemeinde muss deshalb begrenzt sein und die vereinbarte Ausübungsfrist in einem angemessenen Verhältnis zur Höhe der durch den Preisnachlass dem Käufer gewährten Subvention stehen (vgl. Senat, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 271/14, NJW 2015, 3169 Rdnr. 12 m. w. N.). Da die Bindung des Käufers der Preis für den verbilligten Erwerb des Grundstücks ist, sinkt die zulässige Bindungsdauer je geringer der Preisnachlass ist, während sie mit dem Umfang der Verbilligung steigt (vgl. Senat, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rdnr. 16).

**13** (2) Im vorliegenden Fall ist eine Bindungsdauer von 30 Jahren nicht mehr angemessen.

**14** Das lässt sich zwar nicht – wie das Berufungsgericht meint – aus § 503 BGB a. F. (jetzt: § 462 BGB) herleiten, wonach das Widerrufsrecht bei Grundstücken nur bis zum Ablauf von 30 Jahren nach der Vereinbarung des Vorbehalts ausgeübt werden darf. Diese Frist begrenzt die Ausübung eines Wiederkaufsrechts nur in Fällen, in denen eine Frist nicht vereinbart worden ist. Sie hindert die Vertragsparteien nicht, längere Ausübungsfristen festzulegen; diese treten dann gemäß § 462 Satz 2 BGB an die Stelle der gesetzlichen Frist (Senat, Urteil vom 20.5.2011, V ZR 76/10, NJW-RR 2011, 1582 Rdnr. 9).

**15** Das Berufungsgericht kommt aber zu Recht zu dem Ergebnis, dass die Frist von 30 Jahren zur Ausübung des Wiederkaufsrechts nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zu dem gewährten Preisnachlass von 29 % des Verkehrswertes steht. Der Senat hat bei Grundstücken, die zum Zwecke der Errichtung von Einfamilienhäusern an Einzelpersonen verkauft werden, über 30 Jahre hinausgehende Bindungen als in aller Regel unverhältnismäßig angesehen (Senat, Urteil vom 29.10.2010, V ZR 48/10, NJW 2011, 515 Rdnr. 18; Urteil vom 20.5.2011, V ZR 76/10, NJW-RR 2011, 1582 Rdnr. 20). Aber auch eine Bindungsfrist von 30 Jahren für die Ausübung eines Wiederkaufsrechts der Gemeinde ist grundsätzlich nur dann angemessen, wenn dem Erwerber ein besonders hoher Preisnachlass gewährt wurde oder sonst außergewöhnliche Umstände vorliegen, die eine derart lange Bindung des Erwerbers rechtfertigen. Solche Umstände liegen hier nicht vor. Die dem Kläger gewährte Verbilligung von 29 % stellt weder – verglichen mit der bei den sog. Einheimischenmodellen üblichen Kaufpreisreduzierung um bis zu 30 % gegenüber dem Ver-

kehrswert (vgl. Senat, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rdnr. 16 m. w. N.) – eine über den üblichen Rahmen hinausgehende Subvention dar noch liegen hier ganz besondere, eine Bindungsdauer von 30 Jahren rechtfertigende Umstände vor.

**16** d) Eine Vertragsgestaltung, die das Angemessenheitsgebot missachtet, führt zur Nichtigkeit der vertraglichen Regelung nach § 134 BGB (Senat, Urteil vom 11.1.2019, V ZR 176/17, WuM 2019, 191 Rdnr. 22 m. w. N.; Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 98) bzw. zur Unwirksamkeit der Klausel nach § 9 Abs. 1 AGBG. Daher ist die von den Parteien vereinbarte Ausübungsfrist von 30 Jahren für das Wiederkaufsrecht unwirksam.

**17** 2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts führt die unwirksame Ausübungsfrist aber nicht zur Unwirksamkeit des Wiederkaufsrechts insgesamt. Vielmehr ist die im Vertrag entstandene Lücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 157, 133 BGB) in der Weise zu schließen, dass die Ausübungsfrist 20 Jahre beträgt.

**18** a) Richtig ist zwar, dass eine Vertragsklausel, die der Inhaltskontrolle nach den §§ 9 ff. AGBG (jetzt: §§ 307 ff. BGB) nicht standhält, grundsätzlich nicht beschränkt auf das zulässige Maß aufrechterhalten werden kann. Dieses Verbot der geltungserhaltenden Reduktion gilt aber nicht ausnahmslos. Fehlen gesetzliche Vorschriften, die an die Stelle der unwirksamen Klausel treten (vgl. § 306 Abs. 2 BGB) und führte die ersatzlose Streichung der Klausel zu einem Ergebnis, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung tragen, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zugunsten des Vertragspartners des Verwenders verschieben würde, sodass diesem ein Festhalten an dem lückenhaften Vertrag nicht zuzumuten wäre, kommt auch bei unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht (vgl. § 306 Abs. 3 BGB sowie Senat, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rdnr. 23; BGH, Urteil vom 6.7.2016, IV ZR 44/15, BGHZ 211, 51 Rdnr. 47). Diese Möglichkeit der Lückenfüllung steht im Einklang mit dem Zweck von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG (vgl. dazu ausführlich BGH, Urteil vom 6.4.2016, VIII ZR 79/15, BGHZ 209, 337 Rdnr. 23 ff.). Durch sie wird die nach dem Vertrag bestehende formale Ausgewogenheit der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien unter Berücksichtigung ihrer beider Interessen durch eine materielle Ausgewogenheit ersetzt und so ihre Gleichheit wiederhergestellt (BGH, Urteil vom 6.4.2016, VIII ZR 79/15, BGHZ 209, 337 Rdnr. 23; Urteil vom 23.1.2013, VIII ZR 80/12, NJW 2013, 991 Rdnr. 26 ff.).

**19** b) Vorliegend ist eine ergänzende Vertragsauslegung geboten. Die ersatzlose Streichung der Klausel über die Ausübung eines Wiederkaufsrechts führte dazu, dass der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag ohne eine solche Auslegung gemäß § 6 Abs. 3 AGBG (jetzt: § 306 Abs. 3 BGB) in seiner Gesamtheit keinen Bestand mehr haben könnte (vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 7.8.2018, C-96/16 und C-94/17, juris Rdnr. 74; BGH, Urteil vom 6.4.2016, VIII ZR 79/15, BGHZ 209, 337 Rdnr. 30 f.). Die beklagte Gemeinde hatte dem Kläger das Grundstück zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis veräußert. Eine Veräußerung unter dem objektiven Verkehrswert ist ihr aus haushaltsrechtlichen Gründen wegen

des Gebots der sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel nur gestattet, wenn dies der Erfüllung legitimer öffentlicher Aufgaben dient und die zweckentsprechende Mittelverwendung sichergestellt wird (vgl. § 90 GO NRW). Mit der Vereinbarung eines zeitlich befristeten Wiederkaufsrechts wurden die Voraussetzungen für die Vergabe preisgünstigen Baulands daher überhaupt erst geschaffen (vgl. Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 103 f.; Urteil vom 8.2.2019, V ZR 176/17, WuM 2019, 191 Rdnr. 26). Eine Unwirksamkeit des Vertrages hätte für den Kläger aber besonders nachteilige Folgen, weil dann der zwischen den Parteien geschlossene subventionierte Grundstückskaufvertrag nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln wäre. Hierdurch würde der Kläger – dem vom Unionsgesetzgeber verfolgten Ziel eines bestmöglichen Verbraucherschutzes (vgl. BGH, Urteil vom 6.4.2016, VIII ZR 79/15, BGHZ 209, 337 Rdnr. 36) zuwider – gegenüber einer ergänzenden Vertragsauslegung deutlich schlechter gestellt (vgl. Senat, Urteil vom 8.2.2019, V ZR 176/17, WuM 2019, 191 Rdnr. 25).

**20** c) Die aufgrund der Unwirksamkeit der 30-jährigen Ausübungsfrist für das Wiederkaufsrecht entstandene Vertragslücke ist nach dem objektivierten hypothetischen Parteiwillen (vgl. Senat, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rdnr. 27) so zu schließen, dass ein Gleichgewicht der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien wiederhergestellt und die materielle Ausgewogenheit des Vertrages gewahrt wird (vgl. BGH, Urteil vom 6.4.2016, VIII ZR 79/15, BGHZ 209, 337 Rdnr. 27). Eine materielle Ausgewogenheit ist dann gewährleistet, wenn sowohl dem Interesse der beklagten Gemeinde an einer Rechtfertigung der Grundstücksveräußerung unter dem Verkehrswert (vgl. *Leidner*, DNotZ 2019, 83, 87) als auch dem Interesse des Käufers, nicht unzumutbaren Bindungen unterworfen zu werden, in angemessener Weise Rechnung getragen wird (vgl. Senat, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 271/14, NJW 2015, 3169 Rdnr. 19). Vor diesem Hintergrund stellt – ausgehend von dem seitens des Klägers behaupteten Preisnachlass von 20 % – im vorliegenden Fall eine Ausübungsfrist für das Wiederkaufsrecht von 20 Jahren eine ausgewogene Regelung dar. Eine solche Frist dient dem von der Gemeinde verfolgten Zweck der effektiven Sicherung der Vermeidung von Grundstücksspekulationen und stellt zugleich eine adäquate Gegenleistung des Klägers für den verbilligten Erwerb des Grundstücks dar.

**21** 3. Da hier die Weiterveräußerung des Grundstücks rund 17 Jahre nach Eintragung des Klägers in das Grundbuch bzw. 19,5 Jahre nach Abschluss des Kaufvertrages erfolgte, war die Beklagte berechtigt, ihr Wiederkaufsrecht auszuüben. Daher kann der Kläger den unter Vorbehalt der Wirksamkeit des Wiederkaufsrechts gezahlten Ablösebetrag nicht zurückverlangen.

(...)

## ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt Dr. **Tobias Leidner**, Würzburg

### 1. Problem

Das vorliegende Judikat reiht sich in die jüngsten Entscheidungen des BGH zu Grundstückskaufverträgen von Privatpersonen mit der öffentlichen Hand ein.<sup>1</sup> Der V. Senat setzt sich mit der noch zulässigen Fristlänge von durch eine Gemeinde auferlegten Bindungen beim Verkauf verbilligten Baulandes auseinander. Einerseits bringt das Urteil nicht viel Neues. Andererseits hält der BGH über die ergänzende Vertragsauslegung richtigerweise die Wirksamkeit des Vertrags aufrecht. Lediglich in der konkreten Anwendung dieses Rechtsinstituts überzeugt die Argumentation des BGH nicht, weil die Verkürzung der Ausübungsfrist des Wiederkaufsrechts auf das noch zulässige Maß eher einer teleologischen Reduktion als einer ergänzenden Vertragsauslegung gleicht. Dies ändert freilich an der Zulässigkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung und der daher zutreffenden Aufrechterhaltung des Vertrags nichts.

### 2. Von angemessenen und unangemessenen Fristen

Die Frage nach der angemessenen Länge von Fristen gemeindlich auferlegter Bindungen kommt in der Praxis immer wieder auf. Unter anderem 2018 hat sich der BGH zu Bindungsfristen bei Nachzahlungsklauseln geäußert;<sup>2</sup> Wiederkaufsrechte sind mit Blick auf die Bindungsfristlänge nicht anders zu behandeln, da beide Gestaltungsmittel als Sicherungen gemeindlich gewünschter (oder im Falle von Unterwert-Veräußerungen sogar erforderlicher) Bindungen von Bauplatzerwerbern dienen und denselben Angemessenheitsmaßstäben unterliegen. Für die Angemessenheit der Fristlänge im Rahmen von § 307 Abs. 1 BGB bzw. § 11 Abs. 2 BauGB muss man zunächst zwischen solchen bei Grundstücksverkäufen zum Bodenwert und solchen unter dem Bodenwert differenzieren. Voraussetzung ist stets, dass die Gemeinde durch das Wiederkaufsrecht und die Nachzahlungsklauseln nicht allein fiskalische Interessen verfolgt, sondern sowohl die Auferlegung der Bindungen als auch die Wahl der Sanktionsmittel der gemeindlichen Aufgabenerfüllung dienen. Dieser Zweck ist aus Transparenzgründen auch ausdrücklich in den Vertrag aufzunehmen.<sup>3</sup>

#### a) Bindungsfristen bei subventionierten Veräußerungen

Nichts Neues bringt die Entscheidung mit Blick auf Bindungsfristen bei kommunalen Grundstücksgeschäften. Für

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 20.4.2018, V ZR 169/17, MittBayNot 2019, 81 ff.; Urteil vom 16.3.2018, V ZR 306/16, MittBayNot 2019, 86 ff. mit Anm. von *Grziwotz*.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 20.4.2018, V ZR 169/17, MittBayNot 2019, 81 ff.; Urteil vom 16.3.2018, V ZR 306/16, MittBayNot 2019, 86 ff.

<sup>3</sup> *Grziwotz*, MittBayNot 2019, 90.

Einheimischenmodelle ergeben sich nach der Rechtsprechung des BGH folgende Zeitgrenzen:<sup>4</sup>

- unter 20 % Subvention = 10-15 Jahre<sup>5</sup>
- 20 % Subvention = 20 Jahre (Rdnr. 20 der Entscheidung)
- 50-70 % Subvention = 30 Jahre<sup>6</sup>
- unzulässig = über 30 Jahre<sup>7</sup>

Diese Fristen gelten nach der Rechtsprechung des BGH jedenfalls für Bauplatzverkäufe durch die Gemeinde. Die vorstehende Entscheidung lässt keine Abweichung zur bisherigen Linie erkennen.

#### b) Bindungsfristen bei nicht subventionierten Veräußerungen

Bei Veräußerungen zum Verkehrswert hat der BGH im Jahr 2018 entschieden, dass eine Mehrerlösklausel zur Verhinderung von Bodenspekulationen durch den privaten Erwerber von der Gemeinde mit einer Bindungsfrist von fünf Jahren zulässig vereinbart werden kann.<sup>8</sup> In der beinahe zeitgleich ergangenen Entscheidung zu einem Einheimischenmodell hat der BGH zwar die dort vereinbarte pauschale Nachzahlungsklausel als unangemessen erachtet, sich aber nicht ausdrücklich gegen die Bindungsfrist von acht Jahren gewandt.<sup>9</sup> Zumindest eine fünfjährige Bindungsfrist ist damit durch die Rechtsprechung als überschaubarer Zeitraum anerkannt.

Nach Teilen der Literatur ist bei einer Veräußerung zum Verkehrswert eine Bindungsfrist von bis zu zehn Jahren angemessen.<sup>10</sup> Diese Frist von zehn Jahren orientiert sich im Ausgangspunkt an der regelmäßigen Bindung bei subventionierten Veräußerungen von 15 Jahren, unterschreitet diese freilich, weil eine Subvention in diesen Fällen gerade nicht geflossen ist. Eine solche Zehn-Jahres-Frist ist angemessen, weil man über einen derartigen Zeitraum die gemeindlichen Ziele zumindest mittelfristig absichert, gleichzeitig den Erwerber aber nur über einen überschaubaren Zeitraum bindet. Mit der Auferlegung zeitlich befristeter Bindungen lassen sich die mit der Veräußerung verbundenen gemeindlichen Ziele (Verhinderung von Bodenspekulation, Selbstnutzung der Erwerber bei einem Einheimischenmodell, Schaffung von bezahlbarem Wohnraum, Erhaltung

eines sozialen Milieus) realisieren. Der kommunale Zweck lässt sich zudem mit einer zehnjährigen Bindung nachhaltiger bewirken als mit einer bloß fünfjährigen Frist. Die hier geschilderte Rechtsansicht (zehn Jahre bei Veräußerung zum Verkehrswert) ist allerdings nicht gerichtlich abgesichert, sodass man bei der Fristbestimmung vorsichtig sein muss.

### 3. Ergänzende Vertragsauslegung versus Verbot der geltungserhaltenden Reduktion

Dogmatisch spannend sind die Ausführungen zum Verhältnis des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion zur ergänzenden Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB. Denn nimmt man mit dem BGH an, dass die Frist für das Wiederkaufsrecht unangemessen ist, so ist zunächst nur die Frist an sich unwirksam; das sodann unbefristete (also dreißigjährige, vgl. § 462 Satz 1 BGB) Wiederkaufsrecht ist mangels Angemessenheit wiederum selbst unwirksam, da sich Ausübungsfrist und Wiederkaufsrecht nicht trennen lassen. Wegen des in AGB geltenden Verbots der geltungserhaltenden Reduktion wäre die Prüfung der Vertragswirksamkeit an diesem Punkt eigentlich beendet; ein Wiederkaufsrecht zugunsten der Gemeinde bestünde nicht. Nach dem BGH verschiebt aber die Nichtigkeit des Wiederkaufsrechts das Vertragsgefüge vollkommen zugunsten der Bauplatzerwerber. Dieser Umstand nötige zu einer ergänzenden Vertragsauslegung. Der BGH geht nämlich zutreffenderweise davon aus, dass bei Wegfall des Wiederkaufsrechts der Vertrag vollumfänglich nach § 134 BGB unwirksam wäre, da dann ein Verstoß gegen das Unter-Wert-Veräußerungsverbot vorläge.

Die Lösung des BGH ist mit Blick auf seine bisherigen Judikate<sup>11</sup> nicht überraschend, greift aber die dogmatische und methodische Problematik, ob eine ergänzende Vertragsauslegung im Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie 93/13/EWG überhaupt zulässig ist,<sup>12</sup> wieder auf. Der EuGH hat bereits entschieden, die Klauselrichtlinie gebiete, eine missbräuchliche Klausel inhaltlich nicht abzuändern, und verlange vom nationalen Gericht, dafür zu sorgen, dass diese für Verbraucher als Verwendungsgegner unverbindlich sei.<sup>13</sup> Der BGH hält das Institut der ergänzenden Vertragsauslegung aber dennoch mit dieser Rechtsprechung für vereinbar, weil die ergänzende Vertragsauslegung eine infolge Unwirksamkeit entstandene Lücke fülle, während im Wege der geltungserhaltenden Reduktion eine unwirksame Klausel auf das zulässige Maß hin eingeschränkt werde.<sup>14</sup> Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Vertragsauslegung

4 Weber, ZNotP 2015, 286, 288; Grziwotz, MittBayNot 2016, 188; ders., JZ 2019, 739 (= Anm. zu BGH, Urteil vom 8.2.2019, V ZR 176/17, DNotZ 2019, 440 ff.).

5 BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 33/06, MittBayNot 2007, 306.

6 Zu 70 % ausdrücklich: BGH, Urteil vom 30.9.2005, V ZR 37/05, MittBayNot 2006, 324, 326.

7 BGH, Urteil vom 21.7.2006, V ZR 252/05, DNotZ 2006, 910, 911; Urteil vom 29.10.2010, V ZR 48/10, MittBayNot 2012, 123, 124.

8 BGH, Urteil vom 16.3.2018, V ZR 306/16, MittBayNot 2019, 86, 90.

9 BGH, Urteil vom 20.4.2018, V ZR 169/17, MittBayNot 2019, 81 ff.

10 Simon/Zintl, ZfIR 2018, 659, 660 (= Anm. zu BGH, Urteil vom 16.3.2018, V ZR 306/16, MittBayNot 2019, 86 ff.); Leidner, DNotZ 2019, 83, 90.

11 Grundlegend: BGH, Urteil vom 1.2.1984, VIII ZR 54/83, NJW 1984, 1177; für Einheimischenmodelle: BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, MittBayNot 2010, 501.

12 Hierzu BGH, Urteil vom 23.1.2013, VIII ZR 80/12, NJW 2013, 991, 992; Palandt/Grüneberg, 78. Aufl. 2019, § 306 Rdnr. 13; BeckOGK-BGB/Bonin, Stand: 1.6.2019, § 306 Rdnr. 58 f. m. w. N.

13 EuGH, Urteil vom 14.6.2012, C-618/10, NJW 2012, 2257, 2260 Rdnr. 63 ff.; Urteil vom 21.12.2016, C-154/15, WM 2017, 76, 79 Rdnr. 57 ff.

14 BGH, Urteil vom 23.1.2013, VIII ZR 80/12, NJW 2013, 991, 992.

seien also zwei unterschiedliche Institute. In casu laufen beide Rechtsfiguren aber auf dasselbe Ergebnis hinaus, weil der BGH lediglich die Ausübungsfrist des Wiederkaufsrechts auf das noch zulässige Maß verkürzt.

Die Rechtsansicht des BGH, die ergänzende Vertragsauslegung unterscheidet sich von der geltungserhaltenden Reduktion, ist dogmatisch richtig und aus notarieller Sicht zu begrüßen: Denn die ergänzende Vertragsauslegung erhält eine unwirksame Klausel nicht gerade noch aufrecht, sondern stellt die Nichtigkeit der Klausel fest, um im Anschluss das gesamte Vertragsgefüge nach Sinn und Zweck sowie der Interessenlage der Parteien zu überprüfen und den Vertrag normativ fortzubilden.<sup>15</sup> Das grundsätzliche Vorgehen des BGH ist also vollkommen zutreffend, wonach eine Wiederkaufsrechtsklausel mit unangemessener Frist durch ergänzende Vertragsauslegung gemäß der Interessenlage der Parteien ersetzt werden kann.

Weniger überzeugend ist die vorliegende Entscheidung lediglich insoweit, als der BGH konkret im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung die Bindungsfrist von 30 auf 20 Jahre für das Wiederkaufsrecht verkürzt. Dies läuft im Ergebnis auf eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion hinaus, wird doch allein die Frist auf das gerade noch zulässige Maß gekürzt. Als ergänzende Vertragsauslegung wäre etwa eine Aufrechterhaltung des Wiederkaufsrechts unter Verkürzung der Frist unter 20 Jahre denkbar gewesen, also quasi eine Verkürzung der Ausübungsfrist nicht auf das höchst zulässige Maß, sondern auf eine kürzere und dann logischerweise immer noch zulässige Frist. Überzeugender wäre ferner eine Vertragsfortbildung gewesen, wonach der klagende Erwerber die gewährte Subvention wegen eines Verstoßes innerhalb von 20 Jahren zurückleisten muss. Hierdurch würde einerseits eine Unter-Wert-Veräußerung vermieden, andererseits sähe sich der Erwerber nur der Rückgewähr des ihm gewährten Vorteils ausgesetzt.

#### 4. Fazit

Die BGH-Entscheidung verdient mit Blick auf die Fristenlängen und auf die Zulässigkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung auch bei der Kontrolle von AGB Zustimmung. Durch die ergänzende Vertragsauslegung hat der BGH die Unwirksamkeit des Vertrags vermieden. Das ist zu begrüßen. Überzeugender wäre es allerdings gewesen, wenn er dabei nicht die Ausübungsfrist auf das gerade noch zulässige Maß gekürzt hätte – was im Ergebnis einer geltungserhaltenden Reduktion gleichkommt –, sondern dem Erwerber die Rückgewähr der gewährten Subvention auferlegt hätte.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 12.10.2005, IV ZR 162/03, NJW 2005, 3559, 3563; Urteil vom 14.3.2012, VIII ZR 113/11, NJW 2012, 1865, 1866; Urteil vom 23.1.2013, VIII ZR 80/12, NJW 2013, 991, 992; MünchKomm-BGB/*Busche*, 8. Aufl. 2018, § 157 Rdnr. 47.

## STEUERRECHT

### 27. Begünstigung des Betriebsvermögens bei mittelbarer Schenkung

BFH, Urteil vom 8.5.2019, II R 18/16 (Vorinstanz: FG Hessen, Urteil vom 22.3.2016, 1 K 2014/14)

*ErbStG §§ 13a, 14 Abs. 1*

#### LEITSATZ:

**Die Steuervergünstigungen des § 13a ErbStG sind nur zu gewähren, wenn das erworbene Vermögen sowohl aufseiten des Erblassers oder Schenkers als auch aufseiten des Erwerbers begünstigtes Vermögen ist. Die Zuwendung von Geld zum Erwerb eines Betriebs ist nicht begünstigt.**

#### SACHVERHALT:

**1** I. Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) ersteigerte durch Zuschlagbeschluss vom 30.10.2006 von einem Dritten ein Grundstück, auf dem ein Reiterhof betrieben wurde, für einen Betrag i. H. v. 420.000 €. Für diesen Zweck hatte er u. a. von seiner Mutter 205.000 € erhalten.

**2** Am 15.9.2010 übertrug die Mutter dem Kläger ein anderes Grundstück nebst Hof- und Gebäudefläche. Der Grundbesitzwert für dieses Grundstück wurde durch Feststellungsbescheid des zuständigen FA vom 25.3.2011 i. H. v. 424.222 € festgesetzt.

**3** Die vorherige Geldzuwendung zum Erwerb des Reiterhofs werteten sowohl der Kläger als auch der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) als mittelbare Betriebsschenkung. Mit Bescheid vom 7.10.2011 stellte das örtlich zuständige FA für das Grundstück, auf dem der Reiterhof betrieben wurde, den Grundbesitzwert i. H. v. 434.000 € fest. Der Bescheid enthält zugleich die Feststellung, dass das Grundstück im Besteuerungszeitpunkt als Betriebsgrundstück zu dem Gewerbebetrieb des bisherigen Eigentümers gehörte, sowie die – unzutreffende – Feststellung, dass der Grundbesitz bislang der Mutter des Klägers zuzurechnen war.

**4** Mit Bescheid vom 15.6.2011 setzte das FA die Schenkungsteuer für diesen Erwerb (Vorerwerb) i. H. v. 0 € fest. Es vertrat die Auffassung, die Zuwendung i. H. v. 205.000 € im Zusammenhang mit dem Erwerb des Reiterhofs sei nach § 13a ErbStG vor 2009 (BGBl. 2003 I, S. 3076) begünstigt.

**5** Für die schenkweise Übertragung der Hof- und Gebäudefläche vom 15.9.2010 (Letzterwerb) setzte das FA mit Bescheid vom 23.6.2011 Schenkungsteuer i. H. v. 994 € fest. Dabei berücksichtigte es einen Grundbesitzwert i. H. v. 414.222 € statt des für dieses Grundstück festgestellten Werts i. H. v. 424.222 € und den Vorerwerb vom 30.10.2006 mit einem Erinnerungswert von 1 €. Dieser Steuerbescheid erging nach § 164 Abs. 1 AO unter dem Vorbehalt der Nachprüfung.

**6** Am 12.6.2014 erließ das FA einen nach § 164 Abs. 2 AO geänderten Steuerbescheid (...). Die Zuwendung vom 30.10.2006 berücksichtigte das FA als Vorerwerb i. H. v. 205.000 €, ohne die Begünstigung nach § 13a ErbStG zu gewähren.

**7** Die nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhobene Klage hatte keinen Erfolg. Nach Auffassung des FG hat das FA bei der Festsetzung der Schenkungsteuer den Vorerwerb vom 30.10.2006 in zutreffender Höhe berücksichtigt. Der Freibetrag für den Erwerb von Betriebsvermögen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ErbStG sei nicht zu gewähren. Das Urteil ist in EFG 2016, 1277 veröffentlicht.

**8** Der Kläger beantragt sinngemäß, die Vorentscheidung aufzuheben und den angefochtenen Schenkungsteuerbescheid vom 12.6.2014

in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 16.9.2014 dahin gehend zu ändern, dass die Schenkungsteuer auf 1.694 € festgesetzt wird.

9 Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**10 II.** Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen

(...)

**16 2.** Bei der Besteuerung des Letzterwerbs und der hierzu erfolgten Hinzurechnung des Vorerwerbs im Rahmen des § 14 Abs. 1 ErbStG hat das FA den Freibetrag für den Erwerb von Betriebsvermögen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ErbStG vor 2009 zutreffend nicht berücksichtigt. Die Voraussetzungen für die Gewährung dieser Steuervergünstigung lagen nicht vor. Die Zuwendung von Geld zum Erwerb eines Betriebs ist nicht begünstigt.

**17 a)** Der Freibetrag und der verminderte Wertansatz des § 13a Abs. 1 und 2 ErbStG vor 2009 gelten für inländisches Betriebsvermögen (§ 12 Abs. 5 ErbStG vor 2009) beim Erwerb eines ganzen Gewerbebetriebs, eines Teilbetriebs, eines Anteils an einer Gesellschaft i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 oder § 18 Abs. 4 EStG, eines Anteils eines persönlich haftenden Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft auf Aktien oder eines Anteils daran (§ 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG vor 2009).

**18 b)** Die Steuervergünstigungen des § 13a ErbStG sind nur zu gewähren, wenn das erworbene Vermögen sowohl aufseiten des Erblassers oder Schenkers als auch aufseiten des Erwerbers Vermögen i. S. d. Abs. 4 Nr. 1 oder 2 der Vorschrift ist (zu der im Wesentlichen gleichen Vorläufervorschrift BFH, Urteil vom 14.2.2007, II R 69/05, BFHE 215, 533 = BStBl. II 2007, S. 443 unter II. 2. b); BFH, Beschluss vom 18.2.2008, II B 109/06, BFH/NV 2008, 1163). Dies ergibt sich für die Erwerberseite bereits aus dem Begünstigungszweck der Norm in Verbindung mit den Nachversteuerungstatbeständen des Abs. 5 der Vorschrift und für die Seite des Erblassers oder Schenkers aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG (BFH-Urteil in BFHE 215, 533 = BStBl. II 2007, S. 443 unter II. 2. b)).

**19** Die Bevorzugung des Betriebsvermögens gegenüber anderen Vermögensarten bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer bedarf im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG einer Rechtfertigung, wie sie der Gesetzgeber dem Beschluss des BVerfG vom 22.6.1995, 2 BvR 552/91 (BVerfGE 93, 165 = BStBl. II 1995, S. 671 unter C. I. 2. b) bb)) entnommen hat (BR-Drucks. 390/96, S. 67 f.). Das BVerfG hat aber die Milderung des Steuerzugriffs bei Betriebsvermögen ausdrücklich auf solche Erwerber beschränkt, die den Betrieb „weiterführen“, „aufrechterhalten“ und „fortführen“. Diese Wortwahl zeigt, dass das BVerfG den Betrieb des Erblassers oder Schenkers im Blick hatte (BFH-Urteil in BFHE 215, 533 = BStBl. II 2007, S. 443 unter II. 2. b)).

**20 c)** An dieser zu § 13a ErbStG i. d. F. vor der Änderung durch das StÄndG 2001 (BGBl. 2001 I, S. 3794) ergangenen Rechtsprechung hält der Senat auch für den Streitfall fest. Zwar wurde durch das StÄndG 2001 der Wortlaut des § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ErbStG insoweit geändert, als die Formu-

lierung „beim Erwerb im Wege der vorweggenommenen Erbfolge“ ersetzt wurde durch „beim Erwerb durch Schenkungen unter Lebenden“. Gleichwohl dient § 13a ErbStG auch in der geänderten Fassung dazu, bestehende Betriebe aufgrund ihrer verminderten Leistungsfähigkeit durch gebundenes Vermögen zu begünstigen.

**21** Zweck der Vorschrift ist es, mittels Begünstigung des Erwerbs bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer einen bestehenden Betrieb des Erblassers oder Schenkers und dessen Arbeitsplätze zu erhalten. Diese sollen davor geschützt werden, dass der Erwerber zur Begleichung seiner persönlichen Erbschaft- oder Schenkungsteuerschuld auf die Vermögenswerte des Betriebs zurückgreifen muss. Die Vorschrift dient dagegen nicht allgemein dazu, die Gründung oder den Erwerb eines Betriebs durch den Erwerber mit finanziellen Mitteln des Zuwendenden zu begünstigen. Letzteres wäre mit der Begründung des verminderten Steuerzugriffs bei Betriebsvermögen aufgrund der „Weiterführung“, der „Aufrechterhaltung“ und „Fortführung“ des Betriebs des Erblassers oder Schenkers (vgl. BFH-Urteil in BFHE 215, 533 = BStBl. II 2007, S. 443 unter II. 2. b)) nicht vereinbar.

**22 d)** Diese Rechtsauffassung steht im Einklang mit der zu § 13a Abs. 4 Nr. 3 ErbStG vor 2009 ergangenen Rechtsprechung. Danach kommt es – ausgehend vom Wortlaut der Vorschrift – darauf an, dass der Erblasser oder Schenker am Nennkapital der Kapitalgesellschaft zu mehr als einem Viertel unmittelbar beteiligt ist (BFH, Urteil vom 16.2.2005, II R 6/02, BFHE 208, 444 = BStBl. II 2005, S. 411).

**23 e)** Ausgehend von diesen Rechtsgrundsätzen hat das FG zu Recht entschieden, dass im Streitfall der Vorerwerb im Rahmen des § 14 Abs. 1 ErbStG ohne Abzug des Freibetrags für den Erwerb von Betriebsvermögen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ErbStG vor 2009 zu berücksichtigen ist.

**24** Der Vorerwerb ist auch mit 205.000 € in der materiellrechtlich zutreffenden Höhe angesetzt worden. Das gilt auch dann, wenn man im Streitfall nicht von einer reinen Geldschenkung, sondern – wie das FG im Rahmen einer im Revisionsverfahren nicht zu beanstandenden Gesamtwürdigung der Tatsachen – von einer mittelbaren Schenkung eines Betriebsgrundstücks ausgeht. Das für die Wertfeststellung zuständige FA hat den Wert des Grundstücks i. H. v. 434.000 € gesondert festgestellt. Da der Kläger für den Erwerb einen Betrag von 205.000 € u. a. von seiner Mutter erhalten hat, ist der Ansatz von 205.000 € im Ergebnis nicht zu beanstanden.

**25** An die – unzutreffende – Feststellung, dass es sich bei dem Grundstück um ein Betriebsgrundstück handele, das ursprünglich dem Gewerbebetrieb der Mutter des Klägers zuzurechnen gewesen sei, ist das FA nicht gebunden. Die Feststellung über die Zurechnung des Betriebsgrundstücks entfaltet keine Bindungswirkung für die Festsetzung der Erbschaft- oder Schenkungsteuer und die dabei zu treffende Entscheidung über die Gewährung der Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 und 2 ErbStG vor 2009 (vgl. BFH-Urteile vom 29.11.2006, II R 42/05, BFHE 215, 529 = BStBl. II 2007, S. 319 unter II. 2. a) und vom 18.5.2011, II R 10/10, BFH/NV 2011, 2063 Rdnr. 16).

(...)

## 28. Vorbehaltsnießbrauch bei unentgeltlicher Übertragung eines verpachteten land- und forstwirtschaftlichen Betriebs

BFH, Urteil vom 8.5.2019, VI R 26/17 (Vorinstanz:  
FG Schleswig-Holstein, Urteil vom 11.5.2017, 5 K 207/13)

ESTG § 6 Abs. 3 Satz 1, § 13

### LEITSÄTZE:

1. Bei den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft hat die Bestellung eines Nießbrauchs zur Folge, dass zwei Betriebe entstehen, nämlich ein ruhender Betrieb in der Hand des nunmehrigen Eigentümers (des Nießbrauchsverpflichteten) und ein wirtschaftender Betrieb in der Hand des Nießbrauchsberechtigten und bisherigen Eigentümers (Bestätigung der st. Rspr.).
2. Die Rechtsprechung zur unentgeltlichen Übertragung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs unter Nießbrauchsvorbehalt gilt auch für die Übertragung eines Verpachtungsbetriebs.
3. Zahlungen für die Entlassung des Grundbesitzes aus der Pfandhaft eines zum Betriebsvermögen gehörenden Nießbrauchsrechts sind betrieblich veranlasst und erhöhen ihrerseits das Betriebsvermögen.

## 29. Steuerbegünstigtes Vermögen aufgrund einer Poolvereinbarung bei einer Kapitalgesellschaft

BFH, Urteil vom 20.2.2019, II R 25/16 (Vorinstanz:  
FG Münster vom 9.6.2016, 3 K 3171/14 Erb)

ErbStG § 13a Abs. 1 Satz 1, § 13b Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3  
Satz 2, Abs. 2 Satz 2 Nr. 2

### LEITSÄTZE:

1. Die für eine Poolvereinbarung i. S. d. § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 ErbStG erforderlichen Verpflichtungen der Gesellschafter zur einheitlichen Verfügung über die Anteile an einer Kapitalgesellschaft und zur einheitlichen Stimmrechtsausübung können sich aus dem Gesellschaftsvertrag oder einer gesonderten Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern ergeben.
2. Die Verpflichtung zu einer einheitlichen Stimmrechtsausübung der hinsichtlich der Verfügung gebundenen Gesellschafter kann bei einer GmbH schriftlich oder mündlich vereinbart werden. Nicht ausreichend für eine wirksame Poolvereinbarung ist eine einheitliche Stimmrechtsausübung aufgrund eines faktischen Zwangs, einer moralischen Verpflichtung oder einer langjährigen tatsächlichen Handhabung.

### SACHVERHALT:

1 I. Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) ist Alleinerbe seines am 20.7.2009 verstorbenen Vaters (Erblasser). Zum Nachlassvermögen gehörte das Einzelunternehmen des Erblassers X-Betrieb mit einem Gesellschaftsanteil in Höhe von 12 % am Nennkapital der Y-GmbH. Der Wert dieses Gesellschaftsanteils an der Y-GmbH entsprach über 91 % des Werts des gesamten Betriebsvermögens des X-Betriebs. Der Kläger war an der Y-GmbH in Höhe von 74 % beteiligt. Die übrigen 14 % der Anteile hielt die Z-KG; an dieser Gesellschaft war der Kläger zu 100 % beteiligt.

2 Nach § 5 des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrags der Y-GmbH vom 21.4.1988 ist die Abtretung von Geschäftsanteilen vorbehaltlich der Einwilligung aller Gesellschafter zur Abtretung an einen oder mehrere Dritte nur zulässig an Gesellschafter, deren Ehegatten sowie an Abkömmlinge eines Gesellschafters und dessen Ehegatten. Die Abtretung an Ehegatten und Abkömmlinge bedarf der Genehmigung der Gesellschaft, die vom Geschäftsführer zu erteilen ist. Die vorgenannten Regeln gelten auch für die Abtretung von Teilen von Geschäftsanteilen. In der Gesellschafterversammlung haben je 1.000 DM der Geschäftsanteile eine Stimme (§ 8 Abs. 4 Buchst. c Satz 1 des Gesellschaftsvertrags). Der Erblasser hatte ein höchstpersönliches und auf Erben nicht übergehendes Stimmrecht in zehnfacher Höhe (§ 8 Abs. 4 Buchst. c Satz 2 des Gesellschaftsvertrags).

3 Der Wert des Betriebsvermögens des X-Betriebs wurde zuletzt mit Bescheid vom 22.7.2013 nach § 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BewG auf 1.874.216 € gesondert festgestellt. In der Anlage zum Feststellungsbescheid wurde mitgeteilt, dass der Wert der Anteile an der Y-GmbH 1.707.561 € betrage, es sich hierbei um Verwaltungsvermögen nach § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 5 ErbStG 2009 (BGBl. 2008 I, S. 3018) handle und die Quote des Verwaltungsvermögens sich somit auf 91,1080 % belaufe.

4 Nachdem der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) zunächst für das Betriebsvermögen des X-Betriebs den Verschonungsabschlag nach § 13a i. V. m. § 13b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ErbStG 2009 mit Bescheid vom 8.7.2010 gewährt hatte, erließ er in der Folge mehrere Änderungsbescheide, versagte die beantragte Steuerbefreiung und setzte schließlich im Laufe des finanzgerichtlichen Verfahrens mit Bescheid vom 29.4.2016 Erbschaftsteuer i. H. v. 3.224.554 € fest.

5 Einspruch und Klage gegen die Nichtberücksichtigung der Steuerbefreiung blieben erfolglos. Das FG führte zur Begründung aus, der Verschonungsabschlag sei nicht zu gewähren, da der Gesellschaftsvertrag der Y-GmbH nicht die Anforderungen an eine Poolvereinbarung i. S. d. § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 ErbStG 2009 erfülle. Die gesellschaftsvertraglichen Regelungen der Y-GmbH würden zwar bewirken, dass Verfügungen über den Gesellschaftsanteil faktisch nur bei einem Zusammenwirken des Erblassers und des Klägers möglich gewesen seien. Eine rechtliche Verpflichtung, wie das Gesetz sie erfordere, würde sich aus den Regelungen des Gesellschaftsvertrags jedoch nicht ergeben. Außerdem fehle es an einer Regelung, nach der der Erblasser und der Kläger zur einheitlichen Stimmrechtsausübung verpflichtet gewesen seien. Die Stimmrechtsvervielfachung bei dem Erblasser genüge hierfür nicht. Vielmehr sei nach den Regelungen des Gesellschaftsvertrags jeder Gesellschafter in der Ausübung seiner Stimmrechte frei gewesen und habe so durch Verweigerung seiner Zustimmung bestimmte Maßnahmen verhindern können. Das Urteil ist in EFG 2016, 1530 veröffentlicht.

6 Mit seiner Revision macht der Kläger eine Verletzung von § 13a i. V. m. § 13b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ErbStG 2009 geltend.

7 Während des Revisionsverfahrens hat das FA mit Bescheid vom 1.2.2019 den Bescheid vom 29.4.2016 in für das Revisionsverfahren nicht streitigen Punkten geändert und die Erbschaftsteuer auf 3.246.704 € festgesetzt.

8 Der Kläger beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und den Erbschaftsteuerbescheid vom 1.2.2019 dahin gehend abzuändern,

dass der Wert des Betriebsvermögens des X-Betriebs für die Steuerfestsetzung insgesamt außer Ansatz bleibt.

9 Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**10 II.** Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO).

**11** Die Feststellungen des FG tragen nicht die Entscheidung, dass das Betriebsvermögen des X-Betriebs zum Zeitpunkt des Erwerbs des Klägers zu mehr als 50 % aus schädlichem Verwaltungsvermögen in Form der Anteile an der Y-GmbH bestanden hat. Entgegen der Auffassung des FG waren nach dem Gesellschaftsvertrag der Y-GmbH der Kläger, der Erblasser und die Z-KG verpflichtet, über die Anteile an der Y-GmbH nur einheitlich zu verfügen. Darüber hinaus lassen die fehlenden Vereinbarungen zu einer einheitlichen Stimmrechtsausübung im Gesellschaftsvertrag der Y-GmbH nicht den Schluss zu, dass die Gesellschafter nicht hierzu verpflichtet waren. Die zur Berücksichtigung einer Poolvereinbarung erforderliche einheitliche Stimmrechtsausübung muss nicht zwingend im Gesellschaftsvertrag und nicht stets schriftlich vereinbart sein.

**12 1.** Der Erbschaftsteuer unterliegt der Erwerb von Todes wegen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 2009). Als Erwerb von Todes wegen gilt gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 2009 der Erwerb durch Erbanfall i. S. d. § 1922 BGB.

**13 2.** Für den Erwerb von Betriebsvermögen sieht § 13a i. V. m. § 13b ErbStG 2009 unter bestimmten Voraussetzungen Steuerbefreiungen vor. Zum begünstigten Vermögen gehört nach § 13a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 2009 inländisches Betriebsvermögen beim Erwerb eines ganzen Gewerbebetriebs.

**14 a)** Ausgenommen von der Steuerbefreiung des § 13a ErbStG 2009 bleibt Betriebsvermögen, wenn es zu mehr als 50 % aus Verwaltungsvermögen besteht (§ 13b Abs. 2 Satz 1 ErbStG 2009). Zum Verwaltungsvermögen gehören Anteile an Kapitalgesellschaften, wenn u. a. die unmittelbare Beteiligung am Nennkapital dieser Gesellschaften 25 % oder weniger beträgt (§ 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Satz 1 ErbStG 2009). Ob diese Grenze unterschritten wird, ist nach der Summe der dem Betrieb unmittelbar zuzurechnenden Anteile und der Anteile weiterer Gesellschafter zu bestimmen, wenn die Gesellschafter untereinander verpflichtet sind, über die Anteile nur einheitlich zu verfügen oder sie ausschließlich auf andere derselben Verpflichtung unterliegende Anteilseigner zu übertragen und das Stimmrecht gegenüber nichtgebundenen Gesellschaftern nur einheitlich ausüben (§ 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 ErbStG 2009).

**15 b)** Bei der Prüfung, ob die Beteiligungsquote 25 % übersteigt, sind zunächst die vom Erblasser gehaltenen Anteile zu ermitteln. Die Beteiligungsgrenze ist ein Indiz dafür, dass der Anteilseigner unternehmerisch in die Gesellschaft eingebunden ist und nicht nur als Kapitalanleger auftritt (BT-Drucks. 16/7918, S. 35). Die unternehmerische Beteiligung soll zum Fortbestand der Kapitalgesellschaft und der mit ihrer Tätigkeit verbundenen Arbeitsplätze beitragen.

**16 c)** Beträgt die Beteiligung des Erblassers an der Kapitalgesellschaft 25 % oder weniger, ist zu prüfen, ob aufgrund einer Poolvereinbarung die Anteile weiterer Gesellschafter (als Poolmitglieder) hinzuzurechnen sind und die Beteiligungsquote damit 25 % übersteigt, sodass die zu einem Betriebsvermögen gehörenden Anteile an der Kapitalgesellschaft nicht als Verwaltungsvermögen zu qualifizieren sind.

**17 aa)** Die Berücksichtigung der Anteile weiterer Gesellschafter setzt voraus, dass der Erblasser und die Gesellschafter untereinander verpflichtet sind, über die Anteile nur einheitlich zu verfügen oder sie ausschließlich auf andere derselben Verpflichtung unterliegende Anteilseigner zu übertragen.

**18 (1)** Unter Verfügung ist die Übertragung des Eigentums an dem Gesellschaftsanteil zu verstehen (vgl. R E 13 b.6 Abs. 4 Satz 1 ErbStR, BStBl. I 2011, Sondernr. 1, 2; Fischer/Pahlke/Wachter/Wachter, ErbStG, 6. Aufl., § 13b Rdnr. 177; Moench/Weinmann/Weinmann, ErbStG, § 13b Rdnr. 71; Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz/S. Viskorf, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 5. Aufl., § 13b ErbStG Rdnr. 134).

**19 (2)** Der Erblasser und die weiteren Gesellschafter müssen verpflichtet sein, die Übertragung ihrer Gesellschaftsanteile nach einheitlichen Grundsätzen vorzunehmen (vgl. R E 13 b.6 Abs. 4 Satz 1 ErbStR; Fischer/Pahlke/Wachter/Wachter, ErbStG, § 13b Rdnr. 191; Meincke, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, 17. Aufl., § 13b Rdnr. 29; Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz/S. Viskorf, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, ErbStG, § 13b Rdnr. 137 f.). Eine Verpflichtung zu einer Übertragung nach einheitlichen Grundsätzen ist gegeben, wenn die Poolmitglieder die Anteile nur auf einen beschränkten Personenkreis – beispielsweise Ehegatten oder Verwandte der Gesellschafter – übertragen dürfen oder eine Übertragung der Zustimmung der Mehrheit der gebundenen Gesellschafter bedarf (vgl. R E 13b.6 Abs. 4 Satz 2 und 3 ErbStR; Meincke, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 13b Rdnr. 29; Moench/Weinmann/Weinmann, ErbStG, § 13b Rdnr. 71; Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher, ErbStG, § 13b Rdnr. 208; Wilms/Jochum/Kirberger, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Stand: Juni 2018, § 13b Rdnr. 47). Bei Familiengesellschaften wird dadurch sichergestellt, dass der bestimmende Einfluss der Familie erhalten bleibt (vgl. BT-Drucks. 16/7918, S. 35).

**20 (3)** Die Verpflichtung zur Übertragung der Gesellschaftsanteile nach einheitlichen Grundsätzen kann sich aus den Vertragsklauseln der (notariell beurkundeten) Satzung der Gesellschaft ergeben (Kapp/Ebeling/Geck, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 13b ErbStG, Rdnr. 61.1; Meincke, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 13b Rdnr. 27). Alternativ können die Gesellschafter eine gesonderte Vereinbarung schließen, in der sie sich zur Übertragung der Gesellschaftsanteile nach einheitlichen Grundsätzen verpflichten. Die weiteren Gesellschafter der Kapitalgesellschaft werden aufgrund der Verpflichtung gebundene Gesellschafter. Nichtgebundene Gesellschafter sind solche, die eine vergleichbare Verpflichtung nicht eingegangen sind.

**21 bb)** Die Einbeziehung der Anteile weiterer Gesellschafter bei der Prüfung, ob Anteile als Verwaltungsvermögen einzu-

stufen sind, erfordert zudem, dass die Gesellschafter verpflichtet sind, ihr Stimmrecht gegenüber nichtgebundenen Gesellschaftern nur einheitlich auszuüben.

**22** (1) Der Wortlaut des § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 ErbStG 2009 stellt insoweit darauf ab, dass die weiteren Gesellschafter das Stimmrecht „einheitlich ausüben“. Dies bedeutet aber nicht, dass die tatsächliche Ausübung der Stimmrechte maßgebend wäre. Vielmehr ist insoweit von einem Redaktionsversehen auszugehen und die Vorschrift dahin zu verstehen, dass sie auf die Verpflichtung der weiteren Gesellschafter abstellt, das Stimmrecht „einheitlich auszuüben“.

**23** Eine Verpflichtung zur einheitlichen Stimmrechtsausübung ist auch für die Bestimmung von Anteilen an Kapitalgesellschaften als begünstigtes Vermögen nach § 13b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG 2009 erforderlich. Danach ist die Erfüllung der Mindestbeteiligung durch den Erblasser oder Schenker nach der Summe der dem Erblasser oder Schenker unmittelbar zuzurechnenden Anteile und der Anteile weiterer Gesellschafter zu bestimmen, wenn der Erblasser oder Schenker und die weiteren Gesellschafter untereinander verpflichtet sind, über die Anteile nur einheitlich zu verfügen oder ausschließlich auf andere derselben Verpflichtung unterliegende Anteilseigner zu übertragen und das Stimmrecht gegenüber nichtgebundenen Gesellschaftern einheitlich auszuüben. Die Vorschrift stellt auf die gleichen Kriterien wie § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 ErbStG 2009 ab und verwendet die Formulierung, die gebundenen Gesellschafter seien „verpflichtet“, das Stimmrecht „einheitlich auszuüben“. Es ist zweckmäßig, beide Regelungen dahin gehend auszulegen, dass sie eine Verpflichtung voraussetzen, das Stimmrecht einheitlich auszuüben. Beide Regelungen verfolgen das Ziel, dass die gebundenen Gesellschafter wie ein Gesellschafter auftreten und über die Geltendmachung der Sperrminorität von mehr als 25 % der Stimmen Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschafterversammlung und insbesondere auf den Erhalt der Arbeitsplätze bei der Kapitalgesellschaft nehmen können (vgl. Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz/S. Viskorf, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 13b ErbStG Rdnr. 122).

**24** Die Auslegung von § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 ErbStG 2009 dahin gehend, dass er eine Verpflichtung zur einheitlichen Stimmrechtsausübung erfordert, wird dadurch bestätigt, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Änderungen des § 13b ErbStG 2009 durch das Gesetz zur Anpassung des ErbStG an die Rechtsprechung des BVerfG vom 4.11.2016 (BGBl. 2016 I, S. 2464) den Wortlaut des § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 ErbStG 2009 an § 13b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG 2009 angepasst hat. In § 13b Abs. 4 Nr. 2 Satz 2 ErbStG i. d. F. ab dem 1.7.2016 ist nunmehr – ebenso wie in § 13b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG 2009 – „einheitlich auszuüben“ anstelle „einheitlich ausüben“ aufgenommen und damit klargestellt, dass insoweit auf die Verpflichtung zur einheitlichen Stimmrechtsausübung abzustellen ist.

**25** (2) Die Verpflichtung zur einheitlichen Stimmrechtsausübung erfordert eine schuldrechtliche Vereinbarung zwischen den gebundenen Gesellschaftern einschließlich des Erblassers, die dem einzelnen gebundenen Gesellschafter einen einklagbaren Anspruch gegen die anderen gebundenen Gesellschafter einräumt, vom Stimmrecht nur einheitlich Gebrauch

zu machen. Ein rein faktischer Zwang (zum Beispiel aufgrund von Mehrheitsverhältnissen in der Gesellschafterversammlung), eine moralische Verpflichtung oder eine langjährige tatsächliche Handhabung reichen für sich allein nicht aus, um eine Verpflichtung zur einheitlichen Stimmrechtsausübung anzunehmen zu können.

**26** (3) Eine Verpflichtung zur einheitlichen Stimmrechtsausübung ist auch erforderlich, wenn sich alle Gesellschafter hinsichtlich der Verfügung über die Anteile gebunden haben und deshalb keine nichtgebundenen Gesellschafter vorhanden sind (vgl. R E 13b.6 Abs. 5 Satz 9 ErbStR 2011; Moench/Weinmann/Weinmann, ErbStG, § 13b Rdnr. 63; Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz/S. Viskorf, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 13b ErbStG Rdnr. 142). § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 Hs. 2 ErbStG 2009 spricht zwar von einer einheitlichen Stimmrechtsausübung gegenüber nichtgebundenen Gesellschaftern. Die Formulierung ist aber nicht dahin gehend zu verstehen, dass die Zusammenrechnung der Anteile von gebundenen Gesellschaftern nur dann erfolgen kann, wenn es auch nichtgebundene Gesellschafter gibt. Nach dem Sinn und Zweck der Regelungen – einheitliche unternehmerische Einflussnahme auf die Kapitalgesellschaft aller gebundener Gesellschafter (vgl. Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz/S. Viskorf, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 13b ErbStG Rdnr. 142) – ist auch der Fall erfasst, dass alle Gesellschafter gebunden sind. Durch die einheitliche Stimmabgabe der Poolmitglieder soll sichergestellt werden, dass sie entsprechend ihrer Gesamtbeteiligungsquote mit einer Stimme sprechen (vgl. Kapp/Ebeling/Geck, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 13b ErbStG Rdnr. 69; Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz/S. Viskorf, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 13b ErbStG Rdnr. 122). Dieses Ziel wird auch erreicht, wenn sich alle Gesellschafter hinsichtlich der Verfügung über die Anteile gebunden und zur einheitlichen Stimmabgabe verpflichtet haben.

**27** (4) Eine Verpflichtung zur einheitlichen Stimmrechtsausübung kann durch eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag oder eine gesonderte Vereinbarung unter den gebundenen Gesellschaftern begründet werden (Fischer/Pahlke/Wachter/Wachter, ErbStG, § 13b Rdnr. 206 ff.). Die Vereinbarung muss allgemein für alle künftigen Abstimmungen gelten. Die gesonderte Vereinbarung kann bei einer GmbH schriftlich oder mündlich geschlossen werden; eine besondere Form ist entgegen R E 13 b.6 Abs. 6 EStR 2011 nicht erforderlich. Die Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen zwischen Gesellschaftern in Form von Stimmenpools ist seit langem allgemein anerkannt; sie folgt aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (vgl. Urteil des BGH vom 24.11.2008, II ZR 116/08, BGHZ 179, 13, unter II. 1.). § 47 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung enthält zwar Regelungen zur Abstimmung. Eine Form für Stimmbindungsverträge ist aber nicht vorgesehen. Sie können formlos abgeschlossen werden (vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 21. Aufl., § 47 Rdnr. 113).

**28** (5) Eine mündliche Vereinbarung zur einheitlichen Stimmrechtsausübung muss von demjenigen, der sich auf sie beruft, nachgewiesen werden (Kapp/Ebeling/Geck, § 13b ErbStG Rdnr. 61.1). Kann der Nachweis nicht erbracht werden, ist

eine Berücksichtigung der Anteile weiterer Gesellschafter ausgeschlossen und die Beurteilung der Anteile an der Kapitalgesellschaft als Verwaltungsvermögen allein aufgrund der Anteile des Erblassers vorzunehmen.

**29 d)** Die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen für die Zusammenrechnung der Gesellschaftsanteile des Erblassers und der weiteren gebundenen Gesellschafter müssen im Zeitpunkt der Steuerentstehung vorliegen (Meincke, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 13b Rdnr. 24; Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz/S. Viskorf, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 13b ErbStG Rdnr. 113). Bei Erwerben von Todes wegen entsteht die Steuer mit dem Tod des Erblassers (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 2009; Moench/Weinmann/Weinmann, ErbStG, § 13b Rdnr. 63). Zu diesem Zeitpunkt muss eine wirksame Poolvereinbarung vorliegen.

**30 3.** Im Streitfall ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag eine Verpflichtung zur einheitlichen Verfügung über die Gesellschaftsanteile. Das FG hat jedoch keine Feststellungen dazu getroffen, ob die gebundenen Gesellschafter der Y-GmbH eine einheitliche Stimmrechtsausübung mündlich vereinbart haben. Die Entscheidung des FG war daher aufzuheben. Die Sache ist nicht spruchreif.

**31 a)** Der Erblasser, der Kläger und die Z-KG waren nach dem im Jahr 1988 geschlossenen Gesellschaftsvertrag zwar verpflichtet, über die Anteile an der Y-GmbH nur einheitlich zu verfügen.

**32** Der notariell beurkundete Gesellschaftsvertrag stellte für alle Gesellschafter einheitliche Grundsätze auf, nach denen sie die Gesellschaftsanteile abtreten konnten. Nach § 5 des Gesellschaftsvertrags durften die Gesellschafter die Gesellschaftsanteile oder Teile der Gesellschaftsanteile nur an Gesellschafter, deren Ehegatten sowie an Abkömmlinge eines Gesellschafters und dessen Ehegatten abtreten, wobei die Abtretung an Ehegatten und Abkömmlinge der Genehmigung durch die Gesellschaft bedurfte. Eine Abtretung an Nicht-Gesellschafter war nur vorbehaltlich der Einwilligung aller Gesellschafter zulässig. Es konnten ausschließlich bestimmte Familienmitglieder oder Dritte, die von den Gesellschaftern gebilligt werden mussten, Gesellschafter der Y-GmbH werden. Neu eintretende Gesellschafter fielen automatisch unter die Regeln des Gesellschaftsvertrags. Andere Gesellschafter waren nicht vorhanden. Der Gesellschaftsvertrag war zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers anwendbar.

**33 b)** Das FG wird jedoch Feststellungen dazu nachzuholen haben, ob eine schuldrechtliche Verpflichtung zur einheitlichen Stimmrechtsausübung vorgelegen hat, obwohl – wie das FG zutreffend ausgeführt hat – der Gesellschaftsvertrag insoweit keine Vereinbarung enthält. Nicht ausreichend für eine Verpflichtung zur einheitlichen Stimmabgabe der Gesellschafter der Y-GmbH ist, dass der Erblasser über ein Stimmrecht in zehnfacher Höhe verfügte und sich daher bei Abstimmungen stets allein durchsetzen konnte. Durch dieses Stimmrecht des Erblassers haben sich die weiteren Gesellschafter nicht konkludent zu einer einheitlichen Stimmrechtsausübung verpflichtet. Sie haben es vielmehr nur zugelassen, dass ihr eigenes Stimmrecht entwertet war.

(...)

## ANMERKUNG:

Von Notarassessorin **Tanja Dahlmanns**,  
Düsseldorf

Der BFH hatte sich mit der erbschaftsteuerlichen Behandlung von Kapitalgesellschaften zu befassen und hat in diesem Rahmen die Anforderungen an eine sog. Poolvereinbarung konkretisiert. § 13a ErbStG sieht erbschaft- und schenkungsteuerliche Begünstigungen für den Erwerb von Betriebsvermögen, Betrieben der Land- und Forstwirtschaft und Anteilen an Kapitalgesellschaften vor. Von dem Vermögenswert bleiben 85 % (Versorgungsabschlag) und zusätzlich ein Betrag von bis zu 150.000 € (Abzugsbetrag) steuerfrei. Gekoppelt werden die Begünstigungen an den Erhalt von Arbeitsplätzen, gemessen an der Aufrechterhaltung bestimmter Lohnsummen.

Kapitalgesellschaftsanteile stellen – anders als Anteile an Personengesellschaften – grundsätzlich nur dann erbschaftsteuerlich begünstigtes Vermögen im oben genannten Sinne dar, wenn der Erblasser/Schenker unmittelbar mehr als 25 % der Anteile hält. Die Quote soll Indiz für die Einbindung des Anteilseigners in das Unternehmen und seine Einflussnahme auf den Erhalt von Arbeitsplätzen sein.<sup>1</sup> In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hielt der Erblasser einen Gesellschaftsanteil in Höhe von 12 % am Nennkapital einer GmbH und hat damit die Beteiligungsquote von 25 % nicht überschritten. Gleichwohl war eine erbschaftsteuerliche Begünstigung des Vermögens nicht ausgeschlossen: Erreicht der Erblasser/Schenker die Mindestbeteiligungsquote nicht alleine, können Anteile weiterer Gesellschafter nach § 13b ErbStG mitberücksichtigt werden, wenn die Gesellschafter untereinander verpflichtet sind,

1. über die Anteile nur einheitlich zu verfügen oder sie ausschließlich auf andere derselben Verpflichtung unterliegende Anteilseigner zu übertragen und
2. das Stimmrecht gegenüber nichtgebundenen Gesellschaftern nur einheitlich auszuüben (a. F. „ausüben“).

Die vorstehende Verpflichtung wird auch „Poolvereinbarung“ genannt. Hintergrund der Einbeziehung weiterer Anteile ist, dass es im Rahmen von Familienunternehmen durch Erbfolge zu einer Zersplitterung von Anteilen kommen kann, die Erben häufig dennoch mit einer Stimme sprechen und ebenso Einfluss ausüben können und deshalb auch begünstigt werden sollen.<sup>2</sup>

Eine weitere Besonderheit des Falles ist, dass die Anteile nicht im Privat- sondern im Betriebsvermögen des Einzelunternehmens des Erblassers gehalten wurden und 91 % des Wertes des gesamten Betriebsvermögens seines Einzelunternehmens ausmachten. Wenn der Kapitalgesellschaftsanteil im Betriebsvermögen eines Einzelunternehmens gehalten wird, entscheidet sich anhand der Beteiligungsquote, ob die Kapitalgesellschaftsanteile dem sog. Verwaltungsvermögen zuzuordnen sind. Nach § 13b ErbStG a. F. ist das

<sup>1</sup> BT-Drucks. 16/7918, S. 35 1. Spalte.

<sup>2</sup> BT-Drucks. 16/7918, S. 35 2. Spalte.

Verwaltungsvermögen grundsätzlich Teil des begünstigten Vermögens, die erbschaftsteuerliche Begünstigung entfällt jedoch für das gesamte Betriebsvermögen, wenn dieses zu mehr als 50 % aus Verwaltungsvermögen besteht. Nach § 13b ErbStG n. F. ist das Verwaltungsvermögen grundsätzlich nicht begünstigt; übersteigt die Verwaltungsquote 90 % entfällt zudem die Begünstigung des übrigen Betriebsvermögens. Es ging also um den Wegfall der Begünstigung für das gesamte Betriebsvermögen.

Der BFH hatte nach § 13b ErbStG a. F. zu entscheiden. Dies nimmt der Entscheidung jedoch nicht ihre Relevanz, da der maßgebliche Gesetzeswortlaut zu den Voraussetzungen einer Poolvereinbarung beinahe wortgleich in die zum 1.7.2016 in Kraft getretene neue Gesetzesfassung übernommen worden ist.

## 1. Verpflichtung zur einheitlichen Verfügung

Eine Verpflichtung zur einheitlichen Verfügung ist nach der Auffassung des BFH gegeben, wenn die Poolmitglieder ihre Anteile nur auf einen beschränkten Personenkreis – beispielsweise Ehegatten oder Verwandte der Gesellschafter – übertragen dürfen oder eine Übertragung der Zustimmung der Mehrheit der gebundenen Gesellschafter bedarf.

Der BFH hat zunächst bestätigt, dass der Begriff „einheitlich verfügen“ nur die *Eigentumsübertragung* meint, also einschränkend auszulegen ist.<sup>3</sup> Dies entspricht der Systematik des Gesetzes, denn es heißt weiter „auf andere derselben Verpflichtung unterliegende Anteilseigner zu übertragen“, ohne dass ein Grund für die Differenzierung im Wortlaut ersichtlich ist. Zugleich bestätigt der BFH das weite Verständnis der Finanzverwaltung,<sup>4</sup> dass es nur auf die Festlegung einheitlicher Grundsätze für die Übertragung ankomme. Dieses Verständnis ist noch vom Gesetzeswortlaut gedeckt und entspricht Telos und Entstehungsgeschichte der Ausnahmevorschrift, die einem immer größer werdenden Kreis von beteiligten Familienangehörigen Rechnung tragen sollte. Würde man eine einheitliche Verfügung dagegen nur annehmen, wenn die Gesellschafter ihre Anteile auf eine bestimmte Person oder Personengruppe zu übertragen haben, würde der Normzweck verfehlt, die Begünstigung erhielte vielmehr einen lenkenden Charakter, den der Gesetzgeber nicht beabsichtigt hat.

Es überzeugt weiterhin, dass die Poolvereinbarung nach Auffassung des BFH – anderer Ansicht war die Vorinstanz – auch im Gesellschaftsvertrag enthalten sein kann, denn der Gesellschaftsvertrag ist ein schuldrechtlicher Vertrag mit organisationsrechtlichen Elementen, dessen Regelungen (mindestens) ebenso bindend sind wie die einer separat getroffenen Vereinbarung. Dass gesellschaftsvertragliche Regelungen zusätzlich dinglichen Charakter haben können, steht nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht entgegen. Nicht eindeutig beantwortet hat der BFH die Frage, ob die Verpflichtung zur einheitlichen Verfügung über Anteile an

einer GmbH zwingend notariell zu beurkunden ist. Teilweise wird die notarielle Beurkundung mit Blick auf § 15 Abs. 4 GmbHG gefordert.<sup>5</sup> Dagegen wird vorgebracht, dass der Gesellschaftsvertrag lediglich die Möglichkeiten der Verfügung beschränkt, hingegen keine eigene Verpflichtung begründet.<sup>6</sup>

## 2. Verpflichtung zur einheitlichen Stimmrechtsausübung

Der BFH hat klargestellt, dass weiterhin eine *Verpflichtung* zur einheitlichen Stimmrechtsausübung erforderlich ist. Der Wortlaut der Altfassung „ausüben“ statt „auszuüben“ war insoweit nicht eindeutig. Nach Auffassung des BFH handelt es sich jedoch lediglich um ein Redaktionsversehen. Systematisch sei dies anhand der parallelen Regelung für die Begünstigung von Kapitalgesellschaftsanteilen im Privatvermögen zu erklären, dort hieß es bereits in der Altfassung „auszuüben“. Nichts anderes ergebe sich aus dem Sinn und Zweck, die einheitliche unternehmerische Einflussnahme sicherzustellen. Die Auffassung des BFH wird im Übrigen dadurch bestätigt, dass es in § 13b ErbStG n. F. jeweils „auszuüben“ heißt.

Das Erfordernis der Verpflichtung zur einheitlichen Stimmrechtsausübung besteht auch dann, wenn sämtliche Gesellschafter eine Poolvereinbarung schließen. Der Wortlaut „Stimmrechtsausübung gegenüber nicht gebundenen Gesellschaftern“ ist insoweit zwar offen, nach dem Sinn der Vorschrift kommt es aber alleine darauf an, dass die Gesellschafter mit einer Stimme sprechen, so der BFH. Dieses Ergebnis lässt sich auch mit einem „Erst-Recht-Schluss“ begründen und entspricht der Auffassung von Finanzverwaltung und Literatur.<sup>7</sup>

Der BFH hat es nicht als ausreichend für eine Stimmrechtsbindung angesehen, dass der Erblasser über ein Stimmrecht in zehnfacher Höhe verfügte und sich deshalb stets durchsetzen konnte. Obschon die Einflussnahme durch das erhöhte Stimmrecht unumstößlich sichergestellt ist, ist dem BFH beizupflichten, denn das erhöhte Stimmgewicht lässt sich nicht unter die Tatbestandsvoraussetzungen des § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG a. F. subsumieren. Die Möglichkeit der Einflussnahme beruht in diesem Fall nicht auf einer gemeinsamen Verpflichtung, sondern auf den faktischen Begebenheiten. Die Steuergerechtigkeit verlangt jedoch, dass der Gesetzgeber selbst die Parameter für Befreiungstatbestände festlegt. Eine Formvorgabe sieht der BFH für die Stimmrechtsbindung nicht und vermisst daher Feststellungen der Vorinstanz dazu, ob etwa mündlich eine solche Abrede getroffen worden ist.

3 A 13 b.6 Abs. 4 Satz 1 ErbStR; Fischer/Pahlke/Wachter/Wachter, ErbStG, 6. Aufl. 2017, § 13b Rdnr. 174; von Oertzen/Loose/Stalleiken, ErbStG, 1. Aufl. 2017, § 13b Rdnr. 71.

4 A 13 b.6 Abs. 4 Satz 2 ff. ErbStR.

5 *Wachter*, DB 2019, 1416, 1417.

6 Kapp/Ebeling/Geck, ErbStG, Stand: Oktober 2019, § 13b Rdnr. 61.1, 70; von Oertzen/Loose/Stalleiken, ErbStG, § 13b Rdnr. 65.

7 A 13 b.6 Abs. 5 Satz 8 f. ErbStR; Fischer/Pahlke/Wachter/Wachter, ErbStG, § 13b Rdnr. 205.

### 3. Fazit

Das Urteil ist aus Sicht der Praxis zu begrüßen. In den Entscheidungsgründen hat der BFH Klauseln bestätigt, die häufig in GmbH-Gesellschaftsverträgen zu finden sind. Das Urteil schafft damit zum einen Rechtssicherheit für betroffene Gesellschafter und lässt Familienunternehmen in der Rechtsform einer GmbH ohne größere Hürden an der Erbschaftsteuerverschonung partizipieren. Zum anderen erinnert die Entscheidung jedoch daran, dass die Voraussetzungen für eine Poolvereinbarung im Sinne des § 13b ErbStG kumulativ erfüllt sein müssen und die Stimmrechtsbindung auch dann wichtig ist, wenn der nur geringfügig beteiligte Erblasser sich faktisch ohnehin stets durchsetzen kann. Da der Steuerpflichtige das Vorliegen der Stimmrechtsbindung im Zweifel nachzuweisen hat, ist zu empfehlen, diese zumindest schriftlich festzuhalten. Die Verpflichtung zur einheitlichen Verfügung über Kapitalgesellschaftsanteile sollte mit Blick auf § 15 Abs. 4 GmbHG vorsichtshalber notariell beurkundet werden.

## SONSTIGES

### TAGUNGSBERICHT

#### Erbrechtliche Bindungen – und wie man sich aus Ihnen befreit

#### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 26.6.2019

Von Notarassessor **Thomas Winkelmann**, Arnstorf

Am 26.6.2019 fand die Tagung des Sommersemesters 2019 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Erbrechtliche Bindungen – und wie man sich aus Ihnen befreit“. 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. *Anatol Dutta*, Ludwig-Maximilians-Universität München, und Dr. *Johannes Weber*, zu dieser Zeit Notar a. D. und Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts, Würzburg, vor. Abweichend vom üblichen Format der Veranstaltungsreihe präsentierten die Vortragenden zum Thema der Veranstaltung ein gemeinsames Referat, das sich in zwei Teile gliederte.

Den ersten Part übernahm *Dutta* mit Überlegungen zur Zulässigkeit erbrechtlicher Selbstbindungen und zu deren rechtspolitischer Sinnhaftigkeit. *Dutta* grenzte zunächst das Instrument der Selbstbindung des Erblassers von Bindungen im Rahmen erbrechtlicher Schuldverhältnisse (vgl. §§ 2032 bis 2063, 2147 bis 2191 und 2303 bis 2338 BGB) einerseits und von Fremdbindungen durch den Erblasser (z. B. durch Ebenbürtigkeitsklauseln oder Besuchsvorgaben) oder des Erblassers (z. B. durch Gesetz wie im Bereich des Pflichtteilsrechts oder – wegen weitreichender gesetzlicher Verbote wie etwa des Erbschaftsvertrags in § 311b Abs. 4 BGB<sup>1</sup> selten – durch Dritte) andererseits ab. Sodann gab *Dutta* einen Überblick über die Mechanismen erbrechtlicher Selbstbindungen des Erblassers im deutschen Recht. Das Gesetz lasse Einschränkungen der Freiheit, seinen Nachlass durch (neuerliche) Verfügung von Todes wegen zu regeln, nur, aber doch in zwei Fällen zu: durch vertragsmäßige Verfügung in einem Erbvertrag (vgl. § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB), was *in praxi* häufig durch Vereinbarung eines – *de lege ferenda* im dispositiven Gesetzesrecht zu verankernden – Rücktrittsvorbehalts relativiert werde, und unter bestimmten Voraussetzungen durch wechselbezügliche Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament (vgl. § 2271 Abs. 2 BGB). Im Übrigen könne die Testierfreiheit nicht durch schuldrechtlichen Vertrag beschränkt werden (vgl.

§ 2302 BGB).<sup>2</sup> Die Einschränkung der allgemeinen Vertragsfreiheit durch das Verbot von Testierverträgen sichere die vom Gesetz vorgesehenen Bindungsmöglichkeiten ab. Binden könne der Erblasser sich nur an Verfügungen, die in den §§ 1937 bis 1941 BGB genannt sind (nicht etwa an die Anordnung der Testamentsvollstreckung), und dies nur bei Beachtung der jeweiligen Formanforderungen, nur gegenüber einer anderen Person (nicht notwendig dem Bedachten) und nur bei unbeschränkter<sup>3</sup> Geschäftsfähigkeit.

Weil das deutsche Erbrecht unwiderrufliche Verfügungen von Todes wegen kennt, nehme es im Rechtsvergleich eine Sonderstellung ein („Ausnahmerechtsordnung“). Den Schwerpunkt seines Parts setzte *Dutta* deshalb auf die Frage, *warum* erbrechtliche Selbstbindungen zulässig sind. Vielfach werde in der Selbstbindung eine Einschränkung der Testierfreiheit erblickt. Bei Lichte betrachtet erweitere die Möglichkeit, sich an letztwillige Verfügungen zu binden, jedoch den privatautonomen Handlungsspielraum des Erblassers: Von der Selbstbindung profitiere nicht allein der Bedachte, sondern auch der Erblasser, dessen Nachlass schon zu Lebzeiten ein „marktfähiges Gut“ sei. Die Anerkennung erbrechtlicher Selbstbindungen sei deshalb konsequent, wenn man die Testierfreiheit zum Wesensgehalt des Erbrechts rechne und für erstrebenswert erachte. Gegen die Möglichkeit zur Selbstbindung sprächen auch nicht die praktischen Unzulänglichkeiten, die aus dem Konzept der §§ 2270, 2271 BGB, insbesondere aus der Bestimmung des § 2270 Abs. 2 BGB, resultierten:<sup>4</sup> Dem kritikwürdigen Umstand, dass sich der Erblasser *de lege lata* der Bindungswirkungen und gegenseitigen Abhängigkeiten wechselbezüglicher Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament nicht immer bewusst sei, lasse sich *de lege ferenda* mit einer

<sup>1</sup> Zum Institut des Erbschaftsvertrags *Dutta*, ZfPW 2017, 34 ff.

<sup>2</sup> Zum Spannungsverhältnis zwischen § 2302 BGB und § 13 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG, auf das der Referent kurz hinwies, etwa *Leitzen*, ZEV 2010, 401 ff.

<sup>3</sup> Minderjährige (§ 2 BGB) können nach Neufassung des § 1303 BGB und Aufhebung der Sonderregelungen für verheiratete Minderjährige in § 2275 Abs. 2 und 3 BGB a. F. durch das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17.7.2017, BGBl. I, S. 2429, kein gemeinschaftliches Testament errichten und keinen Erbvertrag schließen.

<sup>4</sup> Dazu näher der Vortrag von *Weidlich* anlässlich der 2. Tagung des Wintersemesters 2017/18; vgl. den Bericht von *Winkelmann*, MittBayNot 2018, 397, 397.

Verschärfung der Formvorschriften begegnen. Das Erfordernis notarieller Beurkundung gewährleiste wegen der Beratungspflicht des Notars, dass Bindungen nur dort eingegangen werden, wo ein dahingehender Wille des Erblassers sichergestellt ist. Problematisch erscheine die Zulässigkeit von erbrechtlichen Selbstbindungen hingegen, wenn eine Rechtsordnung Testierfreiheit nicht gewähre, um (vornehmlich) Privatautonomie im Bereich des Erbrechts zu gewährleisten, sondern um einen etwaigen Informationsvorsprung des Erblassers auszunutzen, der aufgrund seiner überlegenen Kenntnis des Einzelfalls die widerstreitenden Interessen im Erbfall am besten auszugleichen wisse („*father knows best*“-Hypothese)<sup>5</sup>. Letztlich sprächen aber, so *Dutta*, auch eine dahingehende „Überlegenheitsprämisse“ des Erbrechtsgesetzgebers und die mit ihr verfolgten Fernziele nicht entscheidend gegen die Zulässigkeit erbrechtlicher Selbstbindungen. Denn die Prämissen des Erblassers bei Regelung seines Erbfalls seien realiter nicht zwingend zutreffend. Ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen der Intention des Erbrechtsgesetzgebers und der Zulässigkeit von Selbstbindungen ergebe sich allerdings dort, wo der Gesetzgeber Testierfreiheit gewähre, um in der Gesellschaft Anreize zu setzen,<sup>6</sup> sei es bei den Erblassern, sei es bei den potenziellen Erben. Müsse sich ein potenzieller Erbe nicht mehr bewähren, weil ihm eine Zuwendung von Todes wegen aufgrund eingetretener Selbstbindung bereits gewiss ist, gehe ein Anreiz zur Ausschöpfung seines Leistungspotenzials verloren.

*Weber* setzte das Referat fort und wandte sich der seiner Erfahrung nach äußerst praxisrelevanten Frage zu, wie man sich aus erbrechtlichen Selbstbindungen befreit. Bei den Möglichkeiten, die Testierfreiheit wiederherzustellen, sei zwischen einseitigen und konsensualen Handlungsoptionen zu unterscheiden. Einseitig wiedererlangen könne der Gebundene seine Verfügungsfreiheit zunächst zu Lebzeiten des anderen Teils durch Erklärung eines Widerrufs (§ 2271 BGB) bzw. Rücktritts (§§ 2293 ff. BGB). *Weber* wies auf die Fallstricke hin, die dabei das Formerfordernis des § 2296 Abs. 2 BGB (ggf. i. V. m. § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB) lege. Zugehen müsse nach der Rechtsprechung zumindest eine Ausfertigung der Rücktrittserklärung. Eine Zustellung durch den Gerichtsvollzieher (§§ 191 ff. ZPO) sei zwar nicht vorgeschrieben, empfehle sich aber aus Gründen der Beweisbarkeit. Wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird, helfe § 130 Abs. 2 BGB nur bedingt, weil sich nach der einschränkenden teleologischen Auslegung der Rechtsprechung die Erklärung bereits „auf dem Weg“ zum Empfänger befunden haben muss, um noch wirksam zugehen zu können. Ein Widerruf bzw. Rücktritt gegenüber einem geschäftsunfähigen Erklärungsgegner sei nach zutreffender Auffassung entgegen der h. M. ausgeschlossen, weil ein Geschäfts- und damit Testierunfähiger vergleichbar einem Verstorbenen (vgl. § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB) nicht angemessen auf die Befreiung aus der Selbstbindung zu reagieren vermöge. Ebenfalls umstritten, richtigerweise aber zu bejahen sei die Frage, ob der Widerruf bzw. Rücktritt nach § 164 Abs. 3 BGB grundsätzlich auch gegenüber einem Bevollmächtigten erklärt werden kann. Stets

zu beachten seien in diesem Fall freilich die Beschränkungen nach § 181 BGB. Die in den § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2, § 2298 Abs. 2 Satz 3 BGB vorgesehene Befreiungsmöglichkeit durch Ausschlagung sei folgerichtig. Bei der Selbstanfechtung nach §§ 2281 ff. BGB (analog) i. V. m. §§ 2078, 2079 BGB sei namentlich die Anfechtung nach § 2079 BGB von praktischer Bedeutung, die nach h. M. grundsätzlich zur Nichtigkeit des gesamten Testaments oder Erbvertrags nach § 142 Abs. 1 BGB führt. Zu Problemen in der Praxis führe nicht selten die Wahrung der Anfechtungsfrist des § 2283 BGB (analog). Bei der Anfechtung wegen Irrtums über die Bindungswirkung sei zwischen erbvertraglich bindenden und wechselbezüglichen Verfügungen zu unterscheiden: Während der Irrtum über die Bindungswirkung beim Erbvertrag als Inhaltsirrtum anzusehen sei und daher als Anfechtungsgrund grundsätzlich in Betracht komme, sei der Irrtum über die beim gemeinschaftlichen Testament nach dem Tod des ersten Ehegatten eintretende Bindung an wechselbezügliche Verfügungen ein unbeachtlicher Rechtsfolgenirrtum, weil die Bindung insoweit nicht Inhalt der Erklärung, sondern vom Gesetz an sie geknüpfte Rechtsfolgen sei. Diese Differenzierung gebe im Ergebnis Anlass zu Kritik. Rechtspolitisch sei, wie schon von *Dutta* angemerkt, eine Angleichung im Hinblick auf das Formerfordernis wünschenswert. Ferner sehe das Gesetz eine Befreiung von der Selbstbindung bei Vorliegen besonderer Gründe in der Person des Bedachten vor (vgl. § 2271 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3, § 2289 Abs. 2, §§ 2294, 2338 BGB).

Im Zusammenwirken mit dem anderen Teil sei eine Befreiung möglich durch Aufhebung des Erbvertrags, sei es durch Aufhebungsvertrag (§ 2290 BGB), sei es durch (gemeinschaftliches) Testament nach Maßgabe der §§ 2291, 2292 BGB, sei es bei Erbverträgen, die *nur* Verfügungen von Todes wegen enthalten, durch Rücknahme aus der amtlichen oder notariellen Verwahrung (§ 2300 Abs. 2 BGB). Aus Haftungsgründen sei die Aufhebung der Rückgabe vorzuziehen. Zur Änderung des Erbvertrags fehle eine spezielle Bestimmung im Gesetz. Aus der Erbvertragsfreiheit folge, dass ein Nachtrag zulässig, d. h. zur Änderung nicht die Aufhebung und Neuerrichtung nötig ist. Beim mehrseitigen Erbvertrag entfalle die Möglichkeit zur Aufhebung bzw. Änderung mit dem Tod eines der Vertragsschließenden (vgl. § 2290 Abs. 1 Satz 2 BGB). Ggf. zu prüfen sei dann, ob die Bindungswirkung durch Vereinbarung eines Zuwendungsverzichts beseitigt werden kann (vgl. § 2352 Satz 2 BGB). Der Begriff des „Dritten“ im Sinne von § 2352 Satz 2 BGB sei nach h. M. einer teleologischen Auslegung zugänglich: Immer dann, wenn mehr als zwei Personen an dem Erbvertrag beteiligt waren, muss dem im Erbvertrag bedachten Vertragspartner die Möglichkeit des Zuwendungsverzichts nur mit demjenigen Erblasser eröffnet werden, der ihm eine Zuwendung macht.<sup>7</sup> Daneben komme eine befreiende Zustimmung des Vertragspartners zu einer erbvertragswidrigen Verfügung des Gebundenen in der für die Aufhebung des Erbvertrags erforderlichen Form der §§ 2290 ff. BGB in Betracht (vgl. § 2291 Abs. 2 BGB analog). Eine trennscharfe Unterscheidung („strenge Typenlehre“) zwischen Aufhebung,

<sup>5</sup> Dazu *Dutta*, Warum Erbrecht?, 2014, S. 11 m. w. N. u. öfter.

<sup>6</sup> Dazu *Dutta*, Warum Erbrecht?, 2014, S. 11 f. u. öfter.

<sup>7</sup> Näher etwa BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 1.11.2019, § 2352 Rdnr. 13 bis 15 m. Nachw. zum Streitstand.

Nachtrag und Zustimmung sei vor diesem Hintergrund weder möglich noch zielführend.

Im Folgenden ging *Weber* näher auf den Zuwendungsverzichtsvertrag (§ 2352 BGB) als bereits erwähntes Mittel zur Beseitigung einer erbrechtlichen Bindung ein. Zu beachten sei die gegenständliche und personale Beschränkung dieses abstrakten Verfügungsgeschäfts. Voraussetzungen und Wirkung des Zuwendungsverzichts würden manche Fragen auf, die Anwendung der Neuregelung des § 2352 Satz 3 BGB etwa nach der inhaltlichen Reichweite der Verweisung, weil § 2349 BGB auf die gesetzliche Erbfolge zugeschnitten sei und der Kreis der Personen, die als Verzichtende bei einem Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht einerseits und einem Verzicht auf eine durch eine Verfügung von Todes wegen angeordnete Zuwendung andererseits, unterschiedlich sein könne und praktisch häufig unterschiedlich sei.<sup>8</sup> *Weber* plädierte gegen ein zu enges Verständnis des § 2352 BGB und für

eine großzügige Auslegung, die auch die modernen Lebensverhältnisse (Stichwörter: Patchwork, Pflegekinder) in den Blick nehme.

Zum Schluss präsentierte *Weber* die Zustimmung zu lebzeitigen Verfügungen, d. h. einen Verzicht auf den Schutz des § 2287 BGB, als *tertium* zur Änderung letztwilliger Verfügungen und damit zur Beseitigung der erbrechtlichen Selbstbindung.

Nach dem Vortrag eröffnete *Grigoleit* die freie Diskussion mit den Referenten, die sich den Fragen des Auditoriums stellten. Bei einem anschließenden Empfang hatten die Referenten und die Teilnehmerinnen und Teilnehmer die Möglichkeit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch.

---

<sup>8</sup> Einen Überblick über die mit der Neuregelung verbundenen Fragen gibt etwa MünchKomm-BGB/*Wegerhoff*, 2020, § 2352 Rdnr. 13 bis 17 m. w. N.

## SONSTIGES

### HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

# Bewertung von Gebäuden gemäß § 46 GNotKG. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrand- versicherungswertes<sup>1</sup>

Neue Richtzahl ab 1.10.2019: 19,3

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 1.10.2019 anzuwenden sind, erstellt.

Die Baukostenrichtzahl, die nach wie vor dem Euro-Umrechnungskurs angepasst ist, beträgt 19,3. 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, 12. Aufl. 2017, 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 nach Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse kein genereller Abschlag mehr vorzunehmen. 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, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 2164; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 46 Rdnr. 16).

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 9.4.1976, 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 1.10.2019 für Gebäude 19,3

#### Anleitung:

Der nach der Art des Gebäudes und dessen Alter (in vollen Jahren) gefundene Vervielfältiger ist auf die „Versicherungssumme 1914“ anzuwenden. Im Vervielfältiger sind 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 2019, 98.

## 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 (z. B. 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) oder [www.mr-money.de/vergleiche/wohngebaeude/wert1914/](http://www.mr-money.de/vergleiche/wohngebaeude/wert1914/)

772.php). Werden keine zur Berechnung der Brandversicherungssumme 1914 erforderlichen 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 mithilfe 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 bayrischen 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, Veranstaltungsbauwerke, 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	15,286	15,286	15,286	15,131	14,977
2	15,131	15,286	14,977	14,822	14,359
3	14,977	15,131	14,822	14,514	13,896
4	14,822	15,131	14,668	14,205	13,433
5	14,668	14,977	14,514	13,896	12,815
6	14,514	14,977	14,205	13,587	12,352
7	14,359	14,822	14,050	13,278	11,889
8	14,205	14,822	13,896	12,970	11,271
9	14,050	14,668	13,742	12,661	10,808
10	13,896	14,514	13,433	12,352	10,345
11	13,742	14,514	13,278	12,043	9,727
12	13,587	14,359	13,124	11,734	9,264
13	13,433	14,359	12,970	11,426	8,801
14	13,278	14,205	12,661	11,117	8,183
15	13,124	14,050	12,506	10,808	7,720
16	12,970	14,050	12,352	10,499	7,257
17	12,815	13,896	12,198	10,190	6,639
18	12,661	13,742	11,889	9,882	6,176

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertig- häuser, Veranstaltungs- gebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaft- liche Wirtschafts- gebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
19	12,506	13,742	11,734	9,573	5,713
20	12,352	13,587	11,580	9,264	5,095
21	12,198	13,433	11,426	8,955	4,632
22	12,043	13,433	11,117	8,646	und darüber (Restwert = 30 %)
23	11,889	13,278	10,962	8,338	
24	11,734	13,124	10,808	8,029	
25	11,580	12,970	10,654	7,720	
26	11,426	12,970	10,345	7,411	
27	11,271	12,815	10,190	7,102	
28	11,117	12,661	10,036	6,794	
29	10,962	12,506	9,882	6,485	
30	10,808	12,352	9,573	6,176	
31	10,654	12,352	9,418	5,867	
32	10,499	12,198	9,264	5,558	
33	10,345	12,043	9,110	5,250	
34	10,190	11,889	8,801	4,941	
35	10,036	11,734	8,646	4,632	
36	9,882	11,734	8,492	und darüber (Restwert = 30 %)	
37	9,727	11,580	8,338		
38	9,573	11,426	8,029		
39	9,418	11,271	7,874		
40	9,264	11,117	7,720		
41	9,110	10,962	7,566		
42	8,955	10,808	7,257		
43	8,801	10,654	7,102		
44	8,646	10,499	6,948		
45	8,492	10,345	6,794		
46	8,338	10,190	6,485		
47	8,183	10,036	6,330		
48	8,029	9,882	6,176		
49	7,874	9,727	6,022		
50	7,720	9,573	5,713		
51	7,566	9,418	5,558		
52	7,411	9,264	5,404		

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertig- häuser, Veranstaltungs- gebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaft- liche Wirtschafts- gebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
53	7,257	9,110	5,250		
54	7,102	8,955	4,941		
55	6,948	8,801	4,786		
56	6,794	8,646	4,632		
57	6,639	8,492	und darüber (Restwert = 30 %)		
58	6,485	8,338			
59	6,330	8,183			
60	6,176	8,029			
61	6,022	7,874			
62	5,867	7,720			
63	5,713	7,566			
64	5,558	7,411			
65	5,404	7,102			
66	5,250	6,948			
67	5,095	6,794			
68	4,941	6,639			
69	4,786	6,485			
70	4,632	6,176			
71	und darüber (Restwert = 30 %)	6,022			
72		5,867			
73		5,713			
74		5,558			
75		5,250			
76		5,095			
77		4,941			
78		4,786			
79		und darüber (Restwert = 30 %)			
80					

## VERANSTALTUNGSHINWEISE

### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

#### Vertragliche Instrumente gegen die Wohnungsnot: Gemeindliche Wohnungspolitik zwischen Öffentlichem Recht, Privatrecht und Notariat

Mittwoch, 5. Februar 2020, 17:30 Uhr s. t.

Raum M 014 der Ludwigs-Maximilians-Universität

Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München

#### Aus dem Programm:

Gestaltungsinstrumente aus Sicht der Landeshauptstadt – politische Perspektiven (Prof. Dr. *Elisabeth Merkt*, Stadtbaurätin, Referat für Stadtplanung und Bauordnung, München)

Öffentlichrechtliche Rahmenbedingungen und Vorgaben (Prof. Dr. *Martin Burgi*, München)

Die Perspektive des Notariats (Notar Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen)

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur Diskussion. Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

**Tagungsbeitrag:** kostenlos

#### Kontakt/Anmeldung:

Forschungsstelle für Notarrecht, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München, Tel.: 089 2180-2794,

E-Mail: [FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de](mailto:FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de).

Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung per E-Mail gebeten.

Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen und damit einverstanden sind, auf der Teilnehmerliste genannt zu werden. Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter [www.notarrechtsinstitut.de](http://www.notarrechtsinstitut.de).

## Veranstaltungen des DAI

1. **Modularer Lehrgang für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat: Modul 1 – Immobilienkauf**  
(Tondorf)  
16.-17.1.2020 in Oldenburg
2. **Praxis der Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht**  
(Schmidt/Tondorf)  
27.1.2020 in Kiel
3. **Aktuelles Steuerrecht für Notare**  
(Wälzholz)  
31.1.2020 in Bochum
4. **Urkundenvorbereitung von A bis Z**  
(Tondorf)  
31.1.2020 in Stuttgart
5. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2019/2020**  
(Herrler/Hertel/Kesseler)  
13.2.2020 in Kiel  
14.2.2020 in Hamburg  
15.2.2020 in Berlin
6. **43. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung**  
(Block/Bosch/Krauß/Leidner/Monreal/Weber/Wengenmayer)  
17.-22.2.2020 in Berlin
7. **Stimmgesundheit bei Notarinnen und Notaren**  
(Behrendt)  
19.2.2020 in Kiel
8. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**  
(Berkefeld)  
21.2.2020 in Heusenstamm
9. **44. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung**  
(Block/Bosch/Forschner/Leidner/Monreal/Sikora)  
24.-29.2.2020 in Heusenstamm
10. **GmbH-Recht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**  
(Herzog)  
26.2.2020 in Berlin
11. **Aktuelle Entwicklungen im elektronischen Rechtsverkehr**  
(Büttner/Seebach)  
28.2.2020 in Bochum

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, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

## NEUERSCHEINUNGEN

1. Armbrüster/Preuß/Renner: BeurkG, DONot. 8. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2019. 1.080 S., 174 €
2. Baumbach/Hueck: GmbHG. 22. Aufl., Beck, 2019. 2.215 S., 169 €
3. Bös/Jurkat/Neie/Strangmüller: Praxishandbuch für Notarfachangestellte. 4. Aufl., ZAP, 2019. 2.240 S., 99 €
4. Brambring/Jerschke/Heckschen/Herrler/Münch: Beck'sches Notar-Handbuch. 7. Aufl., Beck, 2019. 3.002 S., 189 €
5. Büttner/Frohn/Seebach: Elektronischer Rechtsverkehr und Informationstechnologie im Notariat. Beck, 2019. 577 S., 79 €
6. Diehn: Notarkostenberechnungen. 6. Aufl., Beck, 2019. 480 S., 35,90 €
7. Elsing: Erbrecht in der notariellen Praxis. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2019. 176 S., 39 €
8. Elsing: Notargebühren von A-Z. 4. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2019. 360 S., 49 €
9. Emmerich/Habersack: Konzernrecht. 11. Aufl., Beck, 2019. 613 S., 44,90 €
10. Gehrenbeck: Verkehrshypothek und Sicherungsgrundschuld. Nomos, 2019. 360 S., 94 €
11. Griesel: Die notarielle Fachprüfung im Berufs- und Beurkundungsrecht. Deutscher Notarverlag, 2019. 200 S., 44 €
12. Grziwotz/Limmer: Erbrecht 2019: Perspektiven für die notarielle Gestaltungspraxis, 10. Verleihung des Helmut Schippel-Preises 2018. Deutscher Notarverlag, 2019. 218 S., 48,50 €
13. Heidel: Aktienrecht und Kapitalmarktrecht. 5. Aufl., Nomos, 2019. 3.293 S., 248 €
14. Heidel/Schall: HGB. 3. Aufl., Nomos, 2019. 3.347 S., 148 €
15. Heister: Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis der GmbH. Ergon, 2019. 339 S., 48 €
16. Herber/Schmidt: Handelsgesetzbuch. Band 7: §§ 407-619 Transportrecht. 4. Aufl., Beck, 2019. 2.866 S., 349 €
17. Horn: Notarformulare Vorsorgevollmachten. Deutscher Notarverlag, 2019. 600 S., 89 €
18. Horn/Balzer/Borges/Herrmann: HGB. Band I: Einleitung §§ 1-104. 3. Aufl., De Gruyter, 2019. 1.102 S., 229 €
19. Jahndorf/Kister: Grunderwerbsteuer in der Beratungspraxis. Beck, 2019. 181 S., 39 €
20. Knott: Unternehmenskauf. 6. Aufl., RWS, 2019. 704 S., 135 €
21. Kral/Kolonko: Grundbuchrecht. 26. Aufl., Jur. Verlag Pognitz, 2019. 295 S., 25 €
22. Lutter: UmwG. 6. Aufl., Schmidt, 2019. 3.281 S., 279 €
23. Lutter/Hommelhoff: GmbH-Gesetz. 20. Aufl., Schmidt, 2019. 2.116 S., 139 €
24. Marcks: Makler- und Bauträgerverordnung. 10. Aufl., Beck, 2019. 374 S., 59 €
25. Mueller-Thuns: Handbuch GmbH & Co. KG. 22. Aufl., Schmidt, 2019. 1.398 S., 169 €
26. Pettirsch: Auflösung und Liquidation bei der GmbH & Co. KG. Tectum Wissenschaftsverlag, 2019. 204 S., 38 €
27. Reis: Die Einbringung eines Einzelwirtschaftsgutes in eine Mitunternehmerschaft aus einkommensteuerrechtlicher Sicht. Nomos, 2019. 302 S., 79 €
28. Ring/Grziwotz: Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht. 3. Aufl., Reguvis Fachmedien, 2019. 1.200 S., 109 €
29. Schmidt: Münchner Kommentar. Handelsgesetzbuch §§ 161-237. 4. Aufl., Beck, 2019. 834 S., 199 €
30. Schulze/Grziwotz/Lauda: BGB. 4. Aufl., Nomos, 2019. 3.058 S., 138 €
31. Selentin: Satzungsdurchbrechungen. Heymanns, 2019. 134 S., 59 €
32. Staudinger: Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil §§ 164-240. Stellvertretung, Zustimmung, Fristen, Verjährung, Selbsthilfe, Sicherheitsleistung. 18. Aufl., De Gruyter, 2019. 1.287 S., 479 €
33. Staudinger: Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse §§ 241-243 (Treu und Glauben). De Gruyter, 2019. 823 S., 309 €
34. Staudinger: Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I). De Gruyter, 2019. 1.198 S., 449 €
35. Staudinger: Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse §§ 305-310 UKlaG. AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz. 18. Aufl., De Gruyter, 2019. 1.117 S., 399 €
36. Staudinger: Kommentar zum BGB. §§ 985-1011. Eigentumsschutz und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. De Gruyter, 2019. 717 S., 199,95 €
37. Staudinger: Kommentar zum BGB. EGBGB/IPR, Internationales Wirtschaftsrecht. De Gruyter, 2019. 639 S., 229 €
38. Zimmermann: Die Testamentsvollstreckung. 5. Aufl., Schmidt, 2019. 558 S., 98 €

# STANDESNAHRICHTEN

## PERSONALÄNDERUNGEN

### 1. Verstorben:

Notarin a. D. Jutta Schneider, Rockenhausen  
verstorben am 27.10.2019

Notar a. D. Helmar Jäger, Weddel  
verstorben am 15.11.2019

Notar a. D. Roland Pfeiffer, Kandel  
verstorben am 2.12.2019

### 2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 1.11.2019:

Notar Andreas Bosch, Berlin  
(Geschäftsführer der BNotK)

Notarin Dr. Nora Ziegert, München  
(Geschäftsführerin der Notarkasse A. d. ö. R.)

Mit Wirkung zum 31.12.2019:

Notar Volkmar Makowka, Bad Kissingen

### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.11.2019:

Pappenheim dem Notarassessor  
Andreas Bosch  
(Geschäftsführer der BNotK)

Pappenheim der Notarassessorin  
Dr. Nora Ziegert  
(Geschäftsführerin der  
Notarkasse A. d. ö. R.)

Pappenheim dem Notarassessor  
Dr. Steffen Evers  
(bisher in München,  
Notarstellen  
Dr. Hepp/Dr. Reul)

Rockenhausen dem Notarassessor  
Dr. Mathias Schmidt  
(bisher in Kandel/Pfalz,  
Notarstellen Dr. Kiefer/  
Dr. Pohl)

Mit Wirkung zum 1.12.2019:

Buchloe dem Notar  
Dr. Stefan Wohlrab  
(bisher in Obergünzburg)

Waldkirchen dem Notarassessor  
Dr. Tobias Andrissek  
(bisher in Augsburg,  
Notarstelle Hille)

Mit Wirkung zum 1.1.2020:

Hof der Notarassessorin  
Bianca Wengenmayer  
(bisher in Augsburg,  
Notarstelle Hille)

### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.11.2019:

Stephanie Häuselmeier, Gunzenhausen  
(Notarstellen Dr. Stiebitz/Dr. Vedder)

Julia Lindner, Regensburg  
(Notarstellen Dr. Thalhammer/Schünemann)

Ricarda Lotte, Würzburg  
(Notarstellen Dr. Baumann/Sorge)

Maria Meier, Prien am Chiemsee  
(Notarstellen Dr. Rieger/Koller)

Johanna Pieper, Kulmbach  
(Notarstellen Dr. Allstadt/Drempetic)

Achim Rohr, Mellrichstadt  
(Notarstelle Dr. Tomasic)

Alexander Walch, Schwabmünchen  
(Notarstellen Dr. Weigl/Grob)

### 5. Sonstige Veränderungen

Notarin Sonja Pelikan, Waldsassen, führt seit  
8.11.2019 den Namen Sonja Karl Pelikan

Die Sozietät Dr. Mickisch/Dr. Heinemann,  
Neumarkt i. d. OPf., wurde mit Wirkung vom  
1.1.2020 aufgehoben

Notarassessorin Laura Köpf, Annweiler a. Tr.,  
wurde mit Wirkung vom 18.6.2019 promoviert

## ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN- ÄNDERUNGEN:

Ingolstadt, Notarstellen Fembacher/Ampenberger  
Holzmarkt 13 A, 85049 Ingolstadt

Neumarkt i. d. OPf., Notarstelle Dr. Heinemann,  
Nürnberger Straße 48, 92318 Neumarkt i. d. OPf.  
Telefon: 09181 51022-0

## Abonnement

# MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Denninger Straße 169, 81925 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München,  
Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: [www.universalmedien.de/notarkammer](http://www.universalmedien.de/notarkammer).



Notare Bayern

[www.notare.bayern.de](http://www.notare.bayern.de)