

# MittBayNot

Begründet 1864

2 | 2022

März | April 2022

**Herausgeber:**

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

**Schriftleitung:**

Ann-Kathrin Schmelter,  
Notarassessorin  
Julia Lindner,  
Notarassessorin

**Herausgeberbeirat:**

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

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

## AUFSÄTZE

**Everts:** Entgeltliche Dienstbarkeiten – Dienstbarkeiten gegen Entgelt – zugleich Anmerkung zu BGH 111

**Meier/Leidner:** Praxisupdate Öffentliches Recht 114

## RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

**Meier zu OLG Nürnberg:** Uneingeschränkte Vertretungsbefugnis des Verwalters für die Abgabe sämtlicher Grundbuch-Eintragungsbewilligungen der WEG 147

**Bernhard zu OLG Köln:** Anwendbarkeit des § 2352 Satz 3 BGB auf einen vor dem 01.01.2010 abgeschlossenen Erbvertrag bei Zuwendungsverzicht nach dem Stichtag 155

**Bernert zu OLG Koblenz:** Bewertung von lebzeitigen Leistungen der testamentarischen Erbin durch die Erblasserin 162

**Wernthaler zu OLG Düsseldorf:** Zur Benennung des Urkundsnotars als Testamentsvollstrecker durch einen privatschriftlichen Nachtrag zum Erbvertrag 177

**Trossen zu BFH:** Privates Veräußerungsgeschäft – Berechnung der Zehnjahresfrist bei Erteilung einer sanierungsrechtlichen Genehmigung 183

**Bayer zu BFH:** Auslegung einer Vermächtnisanordnung 188

**Odersky zu BFH:** Pflichtteilsverzicht als wucherähnliches Rechtsgeschäft 191

## Impressum **MittBayNot**

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

### **Herausgeber:**

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

### **Herausgeberbeirat:**

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

### **Schriftleitung:**

Notarassessorin Ann-Kathrin Schmelter,  
Notarassessorin Julia Lindner

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

### **Design:**

INTO Branding GmbH

### **Druck:**

Universal Medien GmbH  
Geretsrieder Straße 10  
81379 München

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 2 | 2022

<b>AUFSÄTZE</b> <b>111</b>			
<b>Everts:</b> Entgeltliche Dienstbarkeiten – Dienstbarkeiten gegen Entgelt – zugleich Anmerkung zu BGH	111		
<b>Meier/Leidner:</b> Praxisupdate Öffentliches Recht	114		
<b>BUCHBESPRECHUNGEN</b> <b>125</b>			
<b>Bühler:</b> Preislimitierte Ankaufsrechte im Gesellschaftsrecht: Eine Untersuchung der Wirksamkeit und Anpassungsbedürftigkeit unter besonderer Berücksichtigung von gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklauseln ( <b>W. Mayer</b> )	125		
<b>Diehn:</b> Notarkosten ( <b>Hecht</b> )	127		
<b>Kaiser/Schnitzler/Schilling/Sanders:</b> Nomos Kommentar zum BGB – Familienrecht, Band 4 ( <b>Ackermann</b> )	128		
<b>RECHTSPRECHUNG</b> <b>129</b>			
<b>Bürgerliches Recht</b>			
ALLGEMEINES			
1. Kaufentscheidung aufgrund einer öffentlichen Äußerung des Verkäufers (BGH, Urteil vom 16.07.2021, V ZR 119/20)	129	7. Uneingeschränkte Vertretungsbefugnis des Verwalters für die Abgabe sämtlicher Grundbucheintragungsbewilligungen der WEG (OLG Nürnberg, Beschluss vom 12.07.2021, 15 W 2283/21) mit Anmerkung <b>Meier</b>	145 147
2. Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Grundstücksübertragungsvertrag mit Pflegeverpflichtung (BGH, Urteil vom 09.07.2021, V ZR 30/20)	132	8. Löschung einer Auflassungsvormerkung nach zwischenzeitlicher Teilung in Wohnungseigentum (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16.11.2020, 20 W 252/19 – Ls.)	149
3. Zum Notwegrecht, insbesondere der Notwendigkeit der Verbindung mit einem öffentlichen Weg (BGH, Urteil vom 16.04.2021, V ZR 85/20)	134	<b>FAMILIENRECHT</b>	
4. Voraussetzung für Wissenszurechnung bei Kaufvertrag mit einem Testamentsvollstrecker (BGH, Urteil vom 19.03.2021, V ZR 158/19 – Ls.)	139	9. Voraussetzungen für Abänderung eines Unterhaltstitels (BGH, Beschluss vom 17.03.2021, XII ZB 221/19)	150
<b>SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT</b>		<b>ERBRECHT</b>	
5. Beeinträchtigung eines Wegerechts durch Einfriedung des belasteten Grundstücks (BGH, Urteil vom 16.04.2021, V ZR 17/20)	139	10. Anwendbarkeit des § 2352 Satz 3 BGB auf einen vor dem 01.01.2010 abgeschlossenen Erbvertrag bei Zuwendungsverzicht nach dem Stichtag (OLG Köln, Beschluss vom 02.06.2021, 2 Wx 145/21) mit Anmerkung <b>Bernhard</b>	153 155
6. Zahlung eines Entgelts für die Ausübung der Dienstbarkeit (BGH, Urteil vom 19.03.2021, V ZR 44/19)	142	11. Zur Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments bei Überleben eines Ehepartners (OLG München, Beschluss vom 07.04.2021, 31 Wx 108/21)	157
		12. Bewertung von lebzeitigen Leistungen der testamentarischen Erbin durch die Erblasserin (OLG Koblenz, Beschluss vom 24.09.2020, 12 U 646/20) mit Anmerkung <b>Bernert</b>	158 162
		13. Verlust der Verfügungsbefugnis eines Testamentsvollstreckers (OLG Naumburg, Beschluss vom 17.03.2020, 12 Wx 51/19)	164
		<b>Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht</b>	
		14. Verschmelzungsbeschluss einer Genossenschaft im Rahmen einer virtuellen Versammlung (BGH, Beschluss vom 05.10.2021, II ZB 7/21)	166
		15. Verwendung des Begriff „partners“ in der Firma einer GmbH (BGH, Beschluss vom 13.04.2021, II ZB 13/20 – Ls.)	168

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 2 | 2022

16. Anfechtung eines Beschlusses über die Zustimmung zu einem Ausgliederungs- und Abspaltungsvertrag (BGH, Urteil vom 23.02.2021, II ZR 65/19 – Ls.) 169

17. Gründungsaufwand bei einer GmbH (KG, Beschluss vom 26.10.2021, 22 W 44/21) 169

**Internationales Privatrecht**

18. Zur Wirksamkeit einer in Brasilien erklärten Erbausschlagung (OLG Köln, Beschluss vom 14.07.2021, 2 Wx 119/21 – Ls.) 171

**Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht**

19. Wohnungsrecht des Insolvenzschuldners als Teil der Insolvenzmasse (KG, Beschluss vom 07.10.2021, 1 W 342/21) 171

**Beurkundungs- und Notarrecht**

20. Die Nutzung einer auslegungsfähigen Vertragsklausel verletzt grundsätzlich keine von einem Notar bei der Beurkundung zu beachtenden Pflichten nach § 17 Abs. 1 BeurkG (BGH, Beschluss vom 22.03.2021, NotSt(Brfg) 5/20) 174

21. Zur Benennung des Urkundsnotars als Testamentvollstrecker durch einen privatschriftlichen Nachtrag zum Erbvertrag (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2021, 3 Wx 61/20) 175  
mit Anmerkung **Wernthaler** 177

**Öffentliches Recht**

22. Nichtigkeit der Berliner Verordnung über einen Genehmigungsvorbehalt gemäß § 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB (KG, Beschluss vom 16.11.2021, 1 W 347/21 – Ls.) 181

**Steuerrecht**

23. Privates Veräußerungsgeschäft – Berechnung der Zehnjahresfrist bei Erteilung einer sanierungsrechtlichen Genehmigung (BFH, Urteil vom 25.03.2021, IX R 10/20) 181  
mit Anmerkung **Trossen** 183

24. Auslegung einer Vermächtnisanordnung (BFH, Urteil vom 25.11.2020, II R 36/18) 185  
mit Anmerkung **Bayer** 188

25. Pflichtteilsverzicht als wucherähnliches Rechtsgeschäft (BFH, Beschluss vom 01.09.2020, II B 16/20) 190  
mit Anmerkung **Odersky** 191

**SONSTIGES 193**

**Tagungsbericht** 193

**Gansmeier:** Vertragsgestaltungen im ehelichen Güterrecht

**Nachruf Dr. Hans-Rainer Gebhard** 196

**Veranstaltungshinweise** 197

**Neuerscheinungen** 199

**STANDESNACHRICHTEN 201**

# Entgeltliche Dienstbarkeiten – Dienstbarkeiten gegen Entgelt

Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 19.03.2021, V ZR 44/19\*

Von Notar Dr. **Arne Everts**, Berchtesgaden

Nicht selten möchten Grundstückseigentümer sich ihren Verzicht auf das Recht, ihr Grundeigentum für unter Umständen sehr lange Zeiträume nicht mehr in allen Beziehungen nutzen zu können, vergüten lassen. Eine aktuelle Entscheidung des BGH zeigt, dass hier besonderes Augenmerk auf die Formulierung gelegt werden muss, wenn dieses Entgelt nicht nur in einer einmaligen Leistung besteht, sondern wiederkehrend sein soll, und zwar unter Bindung auch etwaiger späterer Eigentümer des herrschenden Grundstücks. Gleichzeitig wird wieder einmal deutlich, dass sich Dienstbarkeitsberechtigte um die Ausübung ihres Rechts auch tatsächlich bemühen müssen. Andernfalls droht das Erlöschen.

## I. Sachverhalt

Der Sachverhalt scheint alltäglich, worin auch seine besondere Brisanz liegt, nämlich die Gefahr, im Alltag unterzugehen: Ein Grundstück wird mit einer Grunddienstbarkeit – einem „Kraftfahrzeugeinstellrecht“ – belastet, ohne nähere Bestimmung des Ausübungsbereichs. In der zugrunde liegenden Urkunde ist vereinbart, dass „der Berechtigte eine angemessene und ortsübliche Nutzungsgebühr“ zu entrichten“ habe. Der Eigentümer des herrschenden Grundbesitzes macht aber von seinem Recht über Jahrzehnte keinen Gebrauch (vermutlich, weil es nur als „Stellplatznachweis“ oder „Stellplatzablöse“ fungierte), auch dann nicht, als auf dem dienenden Grundbesitz ein Bauwerk mit Tiefgarage errichtet wird. Das herrschende Grundstück wird sodann veräußert. Die Nutzungsgebühr wird dabei nicht thematisiert. Der nunmehr berechtigte Eigentümer verlangt sodann erstmals die Gestattung der Stellplatznutzung auf dem dienenden Grundstück (in der Tiefgarage). Die Zahlung einer Nutzungsgebühr verweigert er, da diese weder Rechtsinhalt sei noch die Verpflichtung zur Zahlung einer solchen vertraglich vereinbart oder sonst von ihm übernommen worden sei.

Das Berufungsgericht schlägt sich noch auf die Seite des dienenden Eigentümers: Die Ausübung der Grunddienstbarkeit sei durch die Zahlung einer angemessenen Nutzungsgebühr bedingt – trete diese Bedingung mangels Zahlung der Gebühr nicht ein, brauche der Eigentümer des dienenden Grundbesitzes die Kfz-Einstellung nicht zu dulden. Der BGH lässt die Revision zu, folgt dem nicht und ver-

weist die Sache zurück. Er stellt dabei, wie im Folgenden zu zeigen, schulmäßig die Weichen.

## II. Die Entscheidung

### 1. Entgeltvereinbarungen als unzulässiger Dienstbarkeitsinhalt

Wegen des abschließenden Katalogs möglicher Dienstbarkeitsinhalte in § 1018 BGB kann die Verpflichtung des Eigentümers zu einem positiven Tun nicht Hauptinhalt einer Dienstbarkeit sein.<sup>1</sup> Eine solcherart formulierte Zahlungspflicht wäre unwirksam. Sie kann daher, anders als bloße Nebenleistungspflichten wie zum Beispiel Regelungen zur Erhaltung und Kostentragung betreffend die Dienstbarkeitsanlage,<sup>2</sup> nicht zum Inhalt der Dienstbarkeit gemacht werden, sondern allenfalls über die Eintragung einer Reallast oder Rentenschuld – und zwar am Grundbesitz des „anderen“, nämlich des herrschenden Grundbesitzes! – verdinglicht werden.

### 2. Entgeltzahlung als zulässige Ausübungsbedingung einer Dienstbarkeit

Gleichwohl schließt dieser Befund eine faktische „Verdinglichung“ der Entgeltspflicht für die Dienstbarkeitsausübung laut BGH nicht aus. Es könne (müsse aber auch hinreichend klar) in die Bestellsurkunde aufgenommen werden, dass die Ausübung der Dienstbarkeit jeweils unter der Bedingung der tatsächlichen Entrichtung eines rein schuldrechtlich vereinbarten Nutzungsentgelts steht. Der BGH entnimmt dies einem Umkehrschluss aus § 925 Abs. 2 BGB. Folgerichtig wäre dies aber wohl nur für die Bedingtheit des Rechts insgesamt, also für sein Bestehen oder Nichtbestehen. Für die durch Zahlung bedingte Ausübungsbefugnis, die eine Ebene darunter angesiedelt ist, könne aber im Wege eines zusätzlich zu ziehenden Erst-Recht-Schlusses nichts anderes gelten. Das „Wesen“ der Dienstbarkeit wer-

\* MittBayNot 2022, 142 (in diesem Heft).

1 BGH, Urteil vom 14.03.2003, V ZR 304/02, DNotZ 2003, 533, 534; BayObLG, Beschluss vom 25.02.2005, 2 ZBR 224/04, MittBayNot 2005, 307, 308 und Beschluss vom 18.06.1980, BReg. 2 Z 28/80, BayObLGZ 1980, 176 = MittBayNot 1980, 113 (Ls.).

2 Hierzu siehe unten IV.

de durch solche Ausübungsbedingungen jedenfalls nicht angetastet, so der BGH. Eine solche Bedingung müsse auch nicht in das Grundbuch eingetragen werden, sondern es reiche die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, da sie eben nicht den Bestand des Rechts selbst betreffe.<sup>3</sup>

### 3. Ausübungsbedingung oder rein schuldrechtliche Abrede

Entscheidende Frage ist also stets, ob es zu einer solchen „Verdinglichung“ des Entgelts qua Bedingung auch tatsächlich gekommen ist und nicht bei einer lediglich rein schuldrechtlichen Verpflichtung – also außerhalb des gesetzlichen Begleitschuldverhältnisses der Dienstbarkeit selbst – geblieben ist.

Im konkreten Fall gelangt der BGH durch Auslegung der Bewilligung zu der Antwort, dass die schuldrechtliche Zahlungspflicht nicht zur Ausübungsbedingung der Dienstbarkeit erhoben wurde. Die Entrichtung der Nutzungsgebühr habe gemäß dem Wortlaut des Urkundstextes „für die Einräumung des Rechts“ zu erfolgen. Dies sei jedenfalls nicht eindeutig als bloße Ausübungsbedingung des Rechts zu verstehen. Ferner spreche die Stellung der Klausel innerhalb des Textes, nämlich im Anschluss an die eigentliche Eintragungsbewilligung, dafür, dass hier nichts verdinglicht werden sollte. Schließlich weise der weitere Satz in der Entgeltklausel: „Hierfür (sc: die Entrichtung des Entgelts) hat der Verkäufer zu sorgen und einzustehen“, wenn er überhaupt einen eigenständigen Sinn haben sollte, auf eine (nur) schuldrechtliche Weitergabeverpflichtung der Entgeltklausel an den Rechtsnachfolger hin.

### III. Würdigung und Hilfe für die Praxis

Die Entscheidung des BGH ist richtig und wichtig. Das gewünschte Ergebnis hätte durch klare Formulierung (einer Ausübungsbedingung), Weglassen von dann Überflüssigem (der „Einstandspflicht“) und korrekte Textstellung (Einordnung der Zahlungsverpflichtung in den Text der Bewilligung, nicht nach dieser) vermieden werden können. Bei der Lektüre des Urkundentextes wird man das unbestimmte Gefühl nicht los, die Entgeltklausel könnte erst im Endstadium der Verhandlungen, unter Zeitdruck und/oder Einfluss dritter Berater, womöglich gar im Notartermin, aufgenommen worden sein, worauf schon die Unbestimmtheit der Entgelthöhe hinweist. Das ist natürlich reine Spekulation, zeigt aber gleichwohl das Fatale des Falles ebenso wie der Kautelarjurisprudenz insgesamt eindrucksvoll auf, nämlich die ewig lauende Gefahr, auf scheinbar Alltäglichem oder Einfachem auszurutschen. Helfen mag folgender Formulierungsvorschlag:

3 Siehe hierzu zuletzt BGH, Beschluss vom 01.10.2020, V ZB 51/20, MittBayNot 2021, 239 m. Anm. *Reymann*.

4 Sofern man die schuldrechtliche Verpflichtung zur Zahlung nicht noch zusätzlich an die eigentliche Dienstbarkeitsbestellung anfügen möchte, zum Beispiel um im Anschluss eine Vollstreckungsunterwerfung wegen derselben beurkunden zu lassen – dann darf die Weitergabeverpflichtung aber nicht im Text der Eintragungsbewilligung stehen.

X als Eigentümer des Grundstücks Fl. Nr. 1 der Gemarkung A – derzeit vorgetragen im Grundbuch des AG N Blatt 1234 – bestellt an ebendiesem Grundstück dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Fl. Nr. 2 derselben Gemarkung – derzeit vorgetragen im Grundbuch desselben Gerichts Blatt 4567 – eine Grunddienstbarkeit (zum Beispiel Geh- und Fahrrecht), und zwar mit folgendem Inhalt: (...).

Die Ausübung bzw. weitere Ausübung des vorstehend eingeräumten Rechts hängt davon ab, dass der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundbesitzes dem jeweiligen Eigentümer des dienenden Grundbesitzes einen monatlichen Geldbetrag von (...) € bezahlt, fällig jeweils am dritten Kalendertag eines jeden Monats, erstmals für den auf den Monat des Grundbuchvollzugs der heutigen Urkunde folgenden Monat.

*(Zusatz 1, empfehlenswert bei zu erwartenden langen Zeiträumen des Rechtsbestands: Regelungen zur Wertsicherung)*

Die Ausübung des vorstehend eingeräumten Rechts ruht also und kann nicht verlangt werden, wenn und solange der vorstehend ausbedungene Betrag nicht jeweils vollständig bezahlt ist.

*(Zusatz 2, überlegenswert, wenn die Bezahlung für den dienenden Eigentümer ein wesentlicher Faktor ist und/oder der Berechtigte kein „Wahlrecht“ haben soll, ob er von sich aus das Recht ruhend stellen möchte: Zahlt trotz gesonderter schriftlicher Aufforderung der Berechtigte den vorstehenden Betrag für zusammenhängend mehr als zwei Monate oder für mehr als drei Monate innerhalb eines Kalenderjahres nicht oder nicht vollständig, so erlischt das Rechts insgesamt. Der Berechtigte ist dann unbeschadet seiner Pflicht zur Begleichung der Rückstände verpflichtet, unverzüglich eine grundbuchfähige Löschungsbewilligung über sein vorstehendes Recht auf seine Kosten beizubringen.)<sup>5</sup>*

Es wird bewilligt und beantragt, die vorstehend bestellte (*bei Zusatz 2: bedingte*) Dienstbarkeit in das Grundbuch einzutragen, und zwar im Range vor Verwertungsrechten. Die Beteiligten beantragen den Grundbuchvollzug aller Erklärungen, die zur Rangbeschaffung geeignet sind.

Y als Eigentümer des herrschenden Grundbesitzes verpflichtet sich auch schuldrechtlich gegenüber X zur Zahlung des vorstehend vereinbarten Betrags. Er unterwirft sich wegen dessen Zahlung (*bei Zusatz 1: wegen der Zahlung des vorstehenden Ausgangsbetrags*) der sofortigen Zwangsvollstreckung und verpflichtet sich, diese Zahlungspflicht nebst Vollstreckungsunterwerfung etwaigen Rechtsnachfolgern mit Weiterübertragungspflicht aufzu-

5 Ein unmittelbarer Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit in grundbuchfähiger Form gemäß §§ 22, 29 GBO infolge Eintritts der auflösenden Bedingung dürfte gegenüber dem Grundbuchamt nicht zu führen sein (Stichwort Negativtatsachen). Eine dementsprechend nötige Klage auf Abgabe der Löschungserklärung im Sinne einer Berichtigungsbewilligung lässt sich aber zunächst im Urkundenprozess nach §§ 592 ff. BGB vereinfacht führen.

erlegen. Vollstreckbare Ausfertigung darf ab dem Datum der erstmaligen Fälligkeit jederzeit ohne weitere Nachweise erteilt werden. Auf gesonderte dingliche Sicherung dieser Zahlungspflicht, zum Beispiel durch Eintragung einer Reallast oder Rentenschuld am herrschenden Grundbesitz, wird verzichtet.

#### IV. Nebenleistungspflichten als zulässiger Dienstbarkeitsinhalt

Zur Abrundung und zur Vermeidung von Missverständnissen sei noch angemerkt, dass die hier behandelte Thematik nur die eigentliche Entgeltspflicht als Hauptleistungsbzw. Gegenleistungspflicht betrifft. Deren Herausfallen aus einem möglichen Dienstbarkeitsinhalt heißt nicht, dass dort gar keine Leistungspflichten mit dinglichem Inhalt begründet werden könnten. Das zeigt schon die Existenz des § 1021 BGB, wobei sogar in dessen Abs. 2 für solche Pflichten Reallastrecht explizit für anwendbar erklärt wird. Es handelt sich dabei aber stets nur um Nebenpflichten wie die Pflicht zur Instandhaltung/Erneuerung der Dienstbarkeitsanlage einschließlich der Pflicht zur Tragung der entsprechenden Kosten, bei Wohnungsrechten gemäß § 1093 BGB zum Beispiel auch die Pflicht zur Tragung der laufenden Verbrauchskosten durch den Eigentümer.<sup>6</sup>

#### V. Von der Ausübungsbedingung zur Ausübungsobliegenheit

Auch wenn der BGH in seiner Entscheidung die Urkunde selbst auslegen konnte, entscheiden konnte er in der Sache noch nicht. Der Fall könnte dabei aus einem anderen As-

pekt des Rechts der Dienstbarkeiten heraus nämlich noch eine unerwartete Wendung nehmen. Denn auch die unentgeltliche Ausübung des Kraftfahrzeugeinstellrechts durch den nunmehrigen Eigentümer des herrschenden Grundbesitzes setzt voraus, dass die Grunddienstbarkeit noch besteht. Im vorliegenden Fall käme indes deren Erlöschen nach § 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB in Betracht. Danach erlischt eine Grunddienstbarkeit, wenn der Anspruch auf Beseitigung einer baulichen Anlage, die die Ausübung der Dienstbarkeit beeinträchtigt, verjährt ist. Dies wäre im entschiedenen Fall denkbar, wenn die zwischenzeitlich errichtete Tiefgarage mit einer Zufahrtsbeschränkung (zum Beispiel einem Tor oder einer Schranke) ausgestattet worden wäre, und der herrschende Eigentümer deshalb von dem Einstellrecht für mindestens 30 Jahre – der BGH wendet hier § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB analog an<sup>7</sup> – keinen Gebrauch hätte machen können; die Unverjährbarkeitsvorschrift des § 902 Abs. 1 Satz 1 BGB findet auf reine Störungsabwehransprüche wie § 1004 BGB (i. V. m. § 1027 BGB) keine Anwendung.<sup>8</sup> Dies muss jetzt im nächsten Durchlauf vom OLG geklärt werden.

Daran zeigt sich wieder einmal deutlich, dass Grunddienstbarkeiten zwar Rechte sind, aber ihnen auch Pflichten (oder besser Obliegenheiten) zur Ausübung innewohnen und ihnen der Nimbus der Ewigkeit manchmal leichter genommen werden kann als gedacht. Im konkreten Fall könnte sich für den aktuell herrschenden Grundstückseigentümer die für ihn günstige BGH-Entscheidung somit als Pyrrhussieg erweisen. Er muss zwar kein Nutzungsentgelt mehr entrichten – aber womöglich steht ihm sogar überhaupt kein Kraftfahrzeugeinstellrecht mehr zu.

6 OLG Nürnberg, Beschluss vom 06.10.2020, 15 W 2130/20, FGPrax 2021, 14 = MittBayNot 2021, 485 (Ls.); BayObLG, Beschluss vom 18.06.1980, BReg. 2 Z 28/80, BayObLGZ 1980, 176 = MittBayNot 1980, 113 (Ls.); *Amann*, DNotZ 1989, 534, 535.

7 Seit BGH, Urteil vom 18.07.2014, V ZR 151/13, 2014, 3780.

8 Zuletzt BGH, Urteil vom 22.02.2019, V ZR 136/18, NJW-RR 2019, 490, 491, st. Rspr.



# Praxisupdate Öffentliches Recht: Vorkaufsrechte und Genehmigungspflichten nach dem Baulandmobilisierungsgesetz

Von Notar PD Dr. **Patrick Meier**, Bischofsheim i. d. Rhön,  
und Rechtsanwalt Dr. **Tobias Leidner**, Bamberg

Das „Baulandmobilisierungsgesetz“ (Gesetz zur Mobilisierung von Bauland, BGBl. I 2021, S. 1802) hat die Diskussion zum öffentlichen Recht aus notarieller Sicht im vergangenen Jahr bestimmt. Dabei sind vor allem die Änderungen des allgemeinen (§ 24 BauGB) und des besonderen (§ 25 BauGB) Vorkaufsrechts sowie die Einführung eines weitergehenden Genehmigungserfordernisses für die Bildung von Wohnungseigentum (§ 250 BauGB) von hoher praktischer Bedeutung für die Tätigkeit der Notare. Beide Regelungen wirken sich vor allem in gesuchten und damit typischerweise hochpreisigen Regionen aus, in denen die Immobiliensituation ohnehin angespannt ist. Vor und bei der Veräußerung von Immobilien ergibt sich daher ein verstärkter Beratungs- und Gestaltungsbedarf. Der nachfolgende Beitrag befasst sich sowohl mit den durch das Baulandmobilisierungsgesetz geschaffenen Rahmenbedingungen für das Vorkaufsrecht und das neue Genehmigungserfordernis als auch mit diesbezüglichen Gestaltungsfragen, wobei auch allgemeine Aspekte Beachtung finden sollen.

## I. Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt

Zukünftig von zentraler Bedeutung ist der Begriff des „Gebiets mit einem angespannten Wohnungsmarkt“ nach § 201a BauGB. Er ist sowohl beim Vorkaufsrecht (§§ 24, 25 BauGB) als auch bei der Genehmigungsbedürftigkeit der Aufteilung in Wohnungseigentum (§ 250 BauGB) Voraussetzung bestimmter Rechtsfolgen. Nach § 201a Satz 3 BauGB handelt es sich um ein Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt, wenn die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen in einer Gemeinde oder einem Teil der Gemeinde zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist. Anknüpfungspunkte hierfür – so die Regelbeispiele nach § 201a Satz 4 BauGB – sind insbesondere, dass Mieten deutlich stärker steigen als im bundesweiten Durchschnitt, die durchschnittliche Mietbelastung der Haushalte den bundesweiten Durchschnitt deutlich übersteigt, die Wohnbevölkerung wächst, ohne dass durch Neubautätigkeit insoweit erforderlicher Wohnraum geschaffen wird, oder geringer Leerstand bei großer Nachfrage gegeben ist. Die Landesregierungen müssen durch Rechtsverordnung diese Gebiete ausweisen (§ 201a Satz 1 BauGB); sie ergeben sich also nicht schon unmittelbar aus dem BauGB, sondern existieren erst, wenn die Länder von ihrer in § 201a Satz 1 BauGB eingeräumten konstitutiven Verordnungsmächtigung Gebrauch gemacht haben.

## II. Vorkaufsrechte

Die Novelle hat zu Ergänzungen und Erweiterungen des gemeindlichen Vorkaufsrechts geführt. Dies beruht auf Empfehlungen der Baulandkommission.<sup>1</sup> Der Notar hat nach § 20 BeurkG auf gesetzliche Vorkaufsrechte hinzuweisen und diesen Hinweis in der Urkunde zu vermerken. Anders als bei natur-, hochwasser- und denkmalschutzrechtlichen Vorkaufsrechten, die typischerweise entsprechend § 1098 Abs. 2 BGB dingliche Wirkung entfalten,<sup>2</sup> richten sich die Wirkungen des gemeindlichen Vorkaufsrechts nach § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB. Der Vollzug der Eigentumsumschreibung ist durch eine Grundbuchsperre und das Erfordernis eines gemeindlichen Negativzeugnisses zunächst suspendiert.

### 1. Grundlagen

#### a) Erweiterter Anwendungsbereich des Vorkaufsrechts

Das konkrete Bestehen des Vorkaufsrechts ist für den Notar zwar nicht unmittelbar zu prüfen. Die Gesetzesnovellierung hat aber jedenfalls insoweit Bedeutung, als er im Rahmen seiner Beratungsaufgaben nicht selten mit Fragen der Beteiligten zu diesem Komplex konfrontiert sein wird.

#### aa) Erweiterung des Innenbereichsvorkaufsrechts, § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 BauGB

§ 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 BauGB n. F. bestimmt, dass in Gebieten, die nach §§ 30, 33 oder 34 Abs. 2 BauGB vorwiegend mit Wohngebäuden bebaut werden können, ein Vorkaufsrecht besteht, wenn diese unbebaut verkauft werden. Dabei gilt nunmehr ein Grundstück auch dann als unbebaut, wenn es lediglich eingefriedet oder erkennbar nur vorläufig

1 <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/nachrichten/Handlungsempfehlungen-Baulandkommission.html>; (Abruf vom 29.12.2021); die teilweise favorisierte Erstreckung des gemeindlichen Vorkaufsrechts auf share deals, vgl. hierzu *Beckmann/Ellner*, NVwZ 2018, 1187, 1190, ist nicht Gesetz geworden.

2 Art. 39 Abs. 7 BayNatSchG; § 99 Abs. 4 Satz 5 WHG, Art. 57a BayWG; ein denkmalschutzrechtliches Vorkaufsrecht existiert in Bayern nur für bewegliche Gegenstände (allerdings ohne dingliche Wirkung), vgl. Art. 19 BayDSchG; ein dinglich wirkendes denkmalschutzrechtliches Vorkaufsrecht gibt es in Rheinland-Pfalz, vgl. § 32 DSchG.



bebaut ist.<sup>3</sup> Dagegen ist die ursprünglich angedachte Erstreckung auf geringfügig bebaute Grundstücke<sup>4</sup> nicht Gesetz geworden.<sup>5</sup>

Ziel der Neufassung ist es, der Gemeinde in Kleinsiedlungs-, reinen, allgemeinen und besonderen Wohngebieten – nicht aber in Dorf-, Misch- und Ferienhausgebieten – einen Zugriff auf die dort belegenen, unbebauten Grundstücke zu gewähren.<sup>6</sup> Entscheidend für das Bestehen des Vorkaufsrechts ist, dass die Nutzungsart „Wohnen“ im konkreten Baugebiet im Vordergrund steht.<sup>7</sup>

#### bb) Vorkaufsrecht für „Schrottimmobilien“, § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 BauGB

Ferner kann nunmehr nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 BauGB (sog. Vorkaufsrecht für „Schrottimmobilien“) ein Vorkaufsrecht bei Grundstücken, die in Gebieten nach §§ 30, 33 oder 34 BauGB belegen sind, ausgeübt werden, wenn im Gebiet ein städtebaulicher Missstand im Sinne des § 136 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. Abs. 3 BauGB besteht oder die baulichen Anlagen selbst einen Missstand im Sinne des § 177 Abs. 2 BauGB aufweisen.

Kumulativ hierzu ist erforderlich, dass die Grundstücke insbesondere durch ihren baulichen Zustand oder ihre der öffentlichen Sicherheit und Ordnung widersprechende Nutzung erhebliche nachteilige Auswirkungen auf das soziale oder städtebauliche Umfeld haben; es ist daher ein gewisser Ausstrahlungseffekt auf die Umgebung erforderlich.<sup>8</sup> Ein praktischer Anwendungsfall dürfte insbesondere gegeben sein, wenn eine Bestandsimmobilie lediglich als Spekulationsobjekt dient und durch das Unterlassen von Instandsetzungen ein (städte-)baulicher Missstand hervorgehoben, vertieft oder perpetuiert wird.<sup>9</sup>

#### cc) Satzungs-vorkaufsrecht in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt, § 25 Abs. 1 Nr. 3 BauGB

Neben diesen unmittelbar kraft Gesetzes bestehenden Vorkaufsrechten wird des Weiteren das Satzungs-vorkaufsrecht nach § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BauGB in dessen Nr. 3 dahin gehend ergänzt, dass durch Gemeinden im Geltungsbereich eines Bebauungsplans oder im Innenbereich (§ 34 BauGB) an brachliegenden Grundstücken ein Vorkaufsrecht durch Satzung begründet werden kann, wenn dort vorwiegend Wohngebäude errichtet werden können und es sich zudem um

ein nach § 201a BauGB bestimmtes Gebiet, also ein solches mit einem angespannten Wohnungsmarkt, handelt.<sup>10</sup>

Elementar ist somit auch an dieser Stelle der durch das Baulandmobilisierungsgesetz eingeführte Begriff des „Gebiets mit einem angespannten Wohnungsmarkt“ nach § 201a BauGB. Das Satzungs-vorkaufsrecht nach § 25 Abs. 1 Nr. 3 BauGB erfordert demnach den Erlass einer Verordnung gemäß § 201a Satz 1 BauGB und den Erlass einer entsprechenden, das Vorkaufsrecht festsetzenden Satzung, mithin eines doppelten Tätigwerdens der Verwaltung (Land und Kommune). Dies erinnert an die Gesetzgebungstechnik zur Genehmigungsbefähigung einer Aufteilung von Grundstücken in Wohnungseigentum bei Milieuschutzsätzen nach § 172 Abs. 1 BauGB, da auch dort erst die Kombination aus Satzung und Verordnung die Rechtsfolgen auslöst. Bisher haben von der in § 201a BauGB geregelten Verordnungsermächtigung nur Hamburg<sup>11</sup> und Berlin Gebrauch gemacht.

§ 25 Abs. 1 Nr. 3 BauGB differenziert zwischen brachliegenden, also solchen, deren Nutzung aufgegeben wurde,<sup>12</sup> und unbebauten Grundstücken. Im Geltungsbereich eines Bebauungsplans existiert das Vorkaufsrecht nur bei brachliegenden Grundstücken, im Innenbereich zusätzlich an unbebauten Grundstücken.<sup>13</sup> Ausgehend vom Gesetzeszweck der Baulandmobilisierung ist diese Differenzierung allerdings geradezu widersprüchlich, da die fehlende Einflussmöglichkeit auf unbebaute Grundstücke die gemeindliche Planungshoheit gefährdet und daher nicht einzusehen ist, weshalb ein Vorkaufsrecht an unbebauten Grundstücken im Geltungsbereich eines Bebauungsplans nicht existiert. Abgemildert wird dieser Bruch allerdings dadurch, dass sich zumindest im Bereich von Wohngebieten ein Vorkaufsrecht aus § 24 Abs. 1 Nr. 6 BauGB ergibt.

Als unbebaut gilt ein Grundstück wie im Rahmen des § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 BauGB, wenn es lediglich mit einer Einfriedung oder erkennbar vorläufig bebaut ist. Das Vorkaufsrecht aus § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BauGB erlischt mit der Verordnung nach § 201a BauGB, unabhängig von einem etwaigen Fortbestehen der Satzung.

#### b) Fristen und Ausübung

Neuerungen bestehen nicht nur bei den konkreten Voraussetzungen des Vorkaufsrechts, sondern auch bei den Ausübungsmodalitäten. Für die notarielle Praxis von besonderer Relevanz ist die Verlängerung der Ausübungsfrist von zwei auf drei Monate, § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB. Durch die öffentliche Verwaltung wurde die Zweimonatsfrist bislang aufgrund der erforderlichen Kooperation verschiedener Gremien der Kommune (etwa Liegenschaftsabteilung, Planungsamt und Kommunalpolitik) vielfach als zu kurz kriti-

3 Siehe zur bisherigen streitigen Rechtslage: BVerwG, Urteil vom 24.10.1996, 4 C 1.96, NVwZ-RR 1997, 462; krit. hierzu: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock, BauGB, Stand: Mai 2021, § 24 Rdnr. 37.

4 BT-Drucks. 19/24838, S. 26.

5 Siehe dazu BT-Drucks. 19/29396, S. 16; BeckOK-BauGB/Grziwotz, Stand: 01.08.2021, § 24 Rdnr. 18.

6 BeckOK-BauGB/Grziwotz, § 24 Rdnr. 18.

7 Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 24 Rdnr. 14; BeckOK-BauGB/Grziwotz, § 24 Rdnr. 18.

8 Battis/Mitschang/Reidt, NVwZ 2021, 905, 908.

9 Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt, BauGB, § 24 Rdnr. 15a.

10 DNotI-Report 2021, 113, 114; Übersicht zum Umwandlungs-verordnungen i. S. v. § 250 Abs. 1 Satz 3 BauGB <https://www.dnoti.de/arbeitshilfen/immobilienrecht>.

11 HmbGVBl. 2021, S. 530.

12 BT-Drucks. 19/24838, S. 25.

13 Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt, BauGB, § 25 Rdnr. 7b.

siert,<sup>14</sup> was der Gesetzgeber nun aufgreift; allerdings droht jetzt hierdurch eine Verzögerung des Vollzugs von Immobilientransaktionen.<sup>15</sup>

Daneben wurden weitere Aspekte der Ausübung präzisiert. Als Regelbeispiel für das Vorliegen eines Allgemeinwohlbezugs findet sich in § 24 Abs. 3 Satz 2 und § 25 Abs. 2 Satz 1 BauGB nunmehr, dass dieser vor allem bei einer geplanten Deckung eines Wohnbedarfs in der Gemeinde gegeben ist. Hiermit erleichtert der Gesetzgeber den Kommunen die Handhabung des unbestimmten Rechtsbegriffs des „Allgemeinwohls“:<sup>16</sup> Der Wohnbedarf muss in der Gemeinde tatsächlich gegeben sein und das Grundstück zur Deckung dieses Bedarfs beitragen können.<sup>17</sup> Nicht erforderlich ist dagegen, dass das Grundstück in einem Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt nach § 201a BauGB liegt.<sup>18</sup>

Unverändert geblieben ist die Regelung des § 26 BauGB. Daher sind insbesondere weiterhin Veräußerungen an Ehegatten und Personen, die in gerader Linie verwandt oder verschwägert sind, oder an solche, die in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt sind, vorkaufsrechtsfrei. Zu beachten ist allerdings, dass eine Verschwägerung in der Seitenlinie von der Privilegierung nicht erfasst wird. Daher existiert bei einer Veräußerung an Geschwister und deren Ehepartner nur insoweit kein Vorkaufsrecht, als der Anteil, der an die Geschwister verkauft wird, betroffen ist.<sup>19</sup> Erfolgt der Verkauf zum Teil an privilegierte Personen, kann die Gemeinde ihr Vorkaufsrecht für die Anteile, die an die anderen Beteiligten verkauft werden sollen, ausüben. Es gelten dieselben Grundsätze wie bei der Veräußerung eines ideellen Miteigentumsanteils.<sup>20</sup> Ebenfalls nicht privilegiert ist die Veräußerung an eine Gesellschaft, die ganz oder teilweise von privilegierten Personen gehalten wird.<sup>21</sup> Die Gesellschaft ist ein eigenständiger Rechtsträger und daher von ihren Gesellschaftern zu unterscheiden. Dies gilt auch für die GbR, die unter eigenem Namen Rechte und Pflichten erwerben kann und somit gleichermaßen als selbstständiges Rechtssubjekt zu betrachten ist.<sup>22</sup> Daher kommt sogar bei einem Verkauf der Gesellschaft an ihre Gesellschafter oder umgekehrt die Ausübung eines Vorkaufsrechts durch die Gemeinde in Betracht.<sup>23</sup>

14 *Kment*, ZRP 2020, 179, 181; *Kronisch*, NVwZ 2019, 1471, 1474.

15 In diese Richtung BeckOK-BauGB/*Grziwotz*, § 28 Rdnr. 22.

16 *Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt*, BauGB, § 24 Rdnr. 21.

17 *Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt*, BauGB, § 24 Rdnr. 20a.

18 *Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt*, BauGB, § 24 Rdnr. 20a.

19 So wohl auch BeckOK-BauGB/*Grziwotz*, § 26 Rdnr. 5.

20 Dazu unten II. 2. a) aa).

21 OLG Celle, Beschluss vom 21.11.2013, 4 W 201/13, BeckRS 2013, 21107; OLG Hamm, Beschluss vom 19.05.2020, 15 W 152/20, BeckRS 2020, 39625.

22 OLG Celle, Beschluss vom 21.11.2013, 4 W 201/13, BeckRS 2013, 21107; OLG Hamm, Beschluss vom 19.05.2020, 15 W 152/20, BeckRS 2020, 39625.

23 BeckOK-BauGB/*Grziwotz*, § 24 Rdnr. 6; *Brügelmann/Kronisch*, BauGB, Stand: Juli 2021, § 24 Rdnr. 27; anders aber OVG Lüneburg, Urteil vom 28.02.1983, 6 A 108/81, BIGBW 1984, 79; *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock*, BauGB, § 24 Rdnr. 54.

## c) Rechtsfolgen

Die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts führt zum Zustandekommen eines Kaufvertrags zwischen Verkäufer und Gemeinde. Zur Abwicklung der bestehenden Rechtsverhältnisse bietet sich eine dreiseitige Vereinbarung zwischen Kommune, Verkäufer und Erstkäufer an, innerer auch die Regelungen zur Abwicklung neu gefasst werden können, wenn die Beteiligten dies wünschen.<sup>24</sup> Sollte eine solche an der mangelnden Mitwirkung des Erstkäufers scheitern, können Gemeinde und Verkäufer die Auflassung erklären<sup>25</sup> und im Grundbuch vollziehen lassen. Eine etwaige Vormerkung zugunsten des Erstkäufers kann nach § 28 Abs. 2 Satz 6 BauGB ohne Bewilligung gelöscht werden.

Die Preislimitierung nach § 28 Abs. 3 BauGB wurde darüber hinaus insoweit ausgedehnt, als sie nun nicht mehr davon abhängt, dass der vereinbarte Kaufpreis den Verkehrswert in einer für den Rechtsverkehr erkennbaren Weise übersteigt.<sup>26</sup> Es genügt die bloße Verkehrswertüberschreitung. Der Gesetzgeber beabsichtigt, durch die Befugnis ein erhebliches Preisdämpfungsinstrument zu schaffen,<sup>27</sup> wobei dem Verkäufer allerdings dann nach § 28 Abs. 3 Satz 2 BauGB ein Rücktrittsrecht zusteht. Die Kaufpreislimitierung wird daher in Zukunft wohl eine potenziell größere Rolle spielen. Eine Auflassung ist in diesem Fall nicht mehr erforderlich, da die Gemeinde ihre Eintragung im Grundbuch nach § 28 Abs. 3 Satz 6 BauGB selbst mit der Folge des Eigentumsübergangs bewirken kann. Da diese Möglichkeit allerdings nur beim preislimitierten Vorkaufsrecht besteht, kann es in Zweifelsfällen, insbesondere bei einem Vorkaufsrecht nur über eine Teilfläche ratsam sein, zur Sicherheit eine Auflassung vorzunehmen.

## 2. Gestaltungsfragen

### a) Vermeidung des Vorkaufsfalls?

Aufgrund der veränderten rechtlichen Lage sind die Beteiligten zunehmend bestrebt, ein Vorkaufsrecht für die Gemeinde durch eine abweichende Gestaltung des Übertragungsvertrags zu vermeiden. Insoweit hat der BGH entschieden, dass der Notar seine Mitwirkung an offensichtlichen Umgehungskonstellationen nach § 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG verweigern muss.<sup>28</sup> Allerdings ist es ihm nicht verwehrt, zulässige Gestaltungen zu wählen, die das Eingreifen eines Vorkaufsrechts verhindern, wenn die Beteiligten dies wünschen. Er darf hierzu aber nicht aktiv raten.

24 *Soester*, RNotZ 2018, 1, 19.

25 Insoweit ist eine erneute Erklärung erforderlich, da eine erklärte Auflassung an den Erstkäufer nicht zugunsten der Gemeinde wirkt.

26 BT-Drucks. 19/29396, S. 60; BeckOK-BauGB/*Grziwotz*, § 28 Rdnr. 28.

27 BT-Drucks. 19/29396, S. 60.

28 BGH, Beschluss vom 20.07.2020, NotSt(BrfG) 2/20, RNotZ 2020, 532, 533 f.

Umgehungsgeschäfte sind grundsätzlich von den gesetzlichen Regelungen umfasst und werden daher ebenfalls ein Vorkaufsrecht auslösen.<sup>29</sup> Diesbezüglich handelt es sich nicht um eine eigenständige Rechtsfigur, sondern die gesetzlichen Vorschriften werden analog angewendet oder teleologisch extendiert,<sup>30</sup> um derartige Gestaltungen, die nach Sinn und Zweck der Norm erfasst sein sollen, einzuschließen.<sup>31</sup> Es kommt mithin darauf an, ob die Beteiligten auf einem rechtlich abweichenden Weg faktisch dasselbe Ziel wie mit einem Kaufvertrag anstreben.<sup>32</sup> Ist dies der Fall, tritt die Rechtsfolge auch dann ein, wenn nach dem Wortlaut kein Kaufvertrag gegeben ist. Eine subjektive Komponente ist nicht erforderlich,<sup>33</sup> weil es sich lediglich um Gesetzesanwendung oder -fortbildung handelt, die weder von einer Absicht der Parteien noch einem sittenwidrigen Handeln<sup>34</sup> abhängt. Das Umgehungsgeschäft ist infolgedessen allein objektiv zu bestimmen.

#### aa) Veräußerung von Anteilen

Grundsätzlich vom Vorkaufsrecht erfasst sind Veräußerungen von ideellen Bruchteilen an einem Grundstück.<sup>35</sup> Insofern ist es allein maßgeblich, dass ein Teil des Grundstücks Gegenstand des Kaufvertrags ist. Andernfalls wäre es für die vorkaufsberechtigte Behörde unmöglich, das Grundstück zu erwerben, wenn dieses in mehreren Teilen verkauft wird. Dasselbe gilt, wenn eine reale Teilfläche aus dem Grundstück das Kaufobjekt bildet,<sup>36</sup> sodass auch dann ein Vorkaufsrecht nach §§ 24 ff. BauGB entsteht. Darüber hinaus kann das Vorkaufsrecht auch nur in Bezug auf eine reale Teilfläche eines insgesamt verkauften Grundstücks ausgeübt werden,<sup>37</sup> falls es nur insoweit besteht oder nur dieser Teil für die Erfüllung der gemeindlichen Aufgaben nötig ist.

Als problematisch erweist sich aber insbesondere bei einem Anteilserwerb das Tatbestandsmerkmal des „Wohls der Allgemeinheit“ aus § 24 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Hierfür müssen überwiegende Vorteile für die Allgemeinheit durch die Gemeinde mit der Ausübung des Vorkaufsrechts

angestrebt werden.<sup>38</sup> Dies steht allerdings im Zweifel, wenn lediglich ein ideeller Miteigentumsanteil erworben wird. Dieser kann für sich genommen keine Nutzung des Grundstücks ermöglichen, weil die Gemeinde als Miteigentümer nicht allein über das Grundstück bestimmen kann. Dennoch kann auch in einer solchen Situation das „Wohl der Allgemeinheit“ nicht grundsätzlich verneint werden.<sup>39</sup> Wollte man anders entscheiden, bedeutete dies, dass bei einem Verkauf eines ideellen Miteigentumsanteils das gemeindliche Vorkaufsrecht faktisch immer auszuscheiden hätte. Dies kann aber nicht gewollt gewesen sein, weil ansonsten eine offenbare Möglichkeit zur Umgehung dann eröffnet wäre, falls das Grundstück in zwei ideellen Anteilen verkauft würde. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Gemeinde nach einem Erwerb eines Miteigentumsanteils gemäß § 753 Abs. 1 BGB die Teilungsversteigerung durchführen und so Zugriff auf das gesamte Grundstück erhalten kann. Daher dürfte das Wohl der Allgemeinheit beim Erwerb eines Miteigentumsanteils unter den gleichen Bedingungen gegeben sein, wie beim Verkauf des gesamten Grundstücks.<sup>40</sup> Könnte die Gemeinde das ganze Grundstück erwerben, wenn dieses Gegenstand des Kaufvertrags gewesen wäre, darf sie ihr Vorkaufsrecht auch für einen ideellen Miteigentumsanteil ausüben.

#### bb) Paketverkauf

Kommt es zu einem Paketverkauf mehrerer Gegenstände, von denen nur einzelne mit einem Vorkaufsrecht belastet sind, erweitert sich der Anwendungsbereich des Vorkaufsrechts nicht, sondern dieses bezieht sich ausschließlich auf die vorkaufsrechtsbelasteten Objekte.<sup>41</sup> Bedeutung hat dies vor allem dann, wenn ein Grundstück nur teilweise die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 BauGB erfüllt oder zusammen mit weiteren beweglichen Gegenständen, vor allem Inventar, verkauft werden soll. Der nach § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB i. V. m. § 464 Abs. 2 BGB durch den Vorkauf zustande kommende Vertrag erstreckt sich mithin lediglich auf das Grundstück oder den entsprechenden Teil, nicht aber auch auf die weiteren Gegenstände. Nach § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB i. V. m. § 467 Satz 1 BGB ist der Kaufpreis für den Vorkaufsgegenstand verhältnismäßig zu bestimmen. Dabei ist der objektive Gesamtwert der Gegenstände zu ermitteln und sodann ins Verhältnis zum Kaufpreis zu setzen.<sup>42</sup> Die Parteien können jedoch die Kaufpreise für die einzelnen Gegenstände selbst festlegen und dies dokumentieren. Begründet dies keine erkennbar unangemessene Gestaltung, die dazu dient, die Ausübung des Vorkaufs-

29 Döring, Grundstücksverkehr und öffentlichrechtliche Vorkaufsrechte, 2020, S. 51 ff.; Grziwotz, ZfIR 2016, 1, 5; Hageböke/Englich/Horst, JuS 2020, 815, 817.

30 Siehe zur Unterscheidung der beiden Institute: Meier/Jocham, JuS 2016, 392, 394; Jocham, Die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung im Privatrecht, 2021, S. 46 ff.

31 Siehe schon ausführlich: Teichmann, Die Gesetzesumgehung, 1962, S. 78 ff.

32 BeckOK-BauGB/Grziwotz, § 24 Rdnr. 3; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock, BauGB, § 24 Rdnr. 53.

33 BGH, Urteil vom 20.03.1998, V ZR 25/97, NJW 1998, 2136, 2138.

34 Siehe zur Möglichkeit der Sittenwidrigkeit von Umgehungsgeschäften: BGH, Urteil vom 11.12.1963, V ZR 41/62, NJW 1964, 540, 541 f.; Urteil vom 14.11.1969, V ZR 115/66, WM 1970, 321, 322.

35 BGH, Urteil vom 16.02.1984, V ZB 24/83, BGHZ 90, 174, 176.

36 Brügelmann/Kronisch, BauGB, § 24 Rdnr. 29; NK-BauGB/Michler/Kröniger, 4. Aufl. 2018, § 24 Rdnr. 4.

37 BGH, Urteil vom 11.02.1977, V ZR 40/75, NJW 1977, 762; BGH, Urteil vom 05.07.1990, III ZR 229/89, NJW 1991, 293, 294.

38 BVerwG, Urteil vom 15.02.1990, 4 B 245.89, NJW 1990, 2703, 2704.

39 Anders aber wohl OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 12.12.2019, 100 U 3/17 (Baul.), BeckRS 2019, 38464 Rdnr. 24.

40 Zweifelnd: OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 12.12.2019, 100 U 3/17 (Baul.), BeckRS 2019, 38464 Rdnr. 24.

41 Siehe dazu schon Motive zum BGB II, 349 = Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899, S. 194.

42 BGH, Urteil vom 23.06.2006, V ZR 17/06, BGHZ 168, 152, 159 f.; krit. dazu aber BeckOGK-BGB/Daum, Stand: 01.01.2022, § 467 Rdnr. 10 f.

rechts zu vereiteln, ist der Vorkaufsberechtigte an die Aufteilung gebunden und muss den im Kaufvertrag bestimmten anteiligen Preis für den mit dem Vorkaufsrecht belasteten Gegenstand bezahlen.<sup>43</sup>

Im Hinblick auf die weiteren verkauften Gegenstände bestehen für sich genommen keine Besonderheiten. Da der Kaufvertrag mit dem Erstkäufer durch die Ausübung des Vorkaufsrechts grundsätzlich nicht berührt wird, sind diese Gegenstände weiter an diesen verkauft. Da ihm allerdings regelmäßig ein Rücktrittsrecht für den gesamten Vertrag zusteht,<sup>44</sup> kann er sich als Reaktion insgesamt von der Verpflichtung lösen mit der Folge, dass die weiteren Gegenstände beim Verkäufer verbleiben. Vom Vorkaufsberechtigten kann dieser die Übernahme nur unter den Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB i. V. m. § 467 Satz 2 BGB verlangen. Die Norm setzt voraus, dass die Sachen nicht ohne Nachteil für den Vorkaufsverpflichteten getrennt werden können, woran hohe Anforderungen gestellt werden, weshalb ein Fall des § 467 BGB typischerweise nur dann besteht, wenn die Sachen im Übrigen nahezu unverkäuflich sind.<sup>45</sup> Ein lediglich schlechterer Preis, der sich aus einem Einzelverkauf ergibt, soll nach überwiegender Ansicht dagegen nicht genügen.<sup>46</sup> Nach § 467 Satz 2 BGB erstreckt sich der mit dem Vorkaufsberechtigten zustande kommende Vertrag zudem nicht automatisch auf die weiteren Sachen, sondern es besteht nur ein schuldrechtlicher Anspruch hierauf oder eine Einrede gegen die Ausübung des Vorkaufsrechts,<sup>47</sup> sodass die Erstreckung gesondert vereinbart werden muss.

#### cc) Einbringung in eine Gesellschaft

Keinem Vorkaufsrecht unterliegen dagegen Einbringungen in eine Gesellschaft,<sup>48</sup> wobei es nicht darauf ankommt, ob es sich um eine Personen- oder eine Kapitalgesellschaft handelt. Sie stellen schon deshalb keinen Kauf im Sinne der §§ 24 ff. BauGB dar, weil es sich hierbei entweder um eine reine Maßnahme zur Ausstattung der Gesellschaft mit Mitteln handelt, weshalb es am kaufrechtsähnlichen Austauschverhältnis fehlt, oder die Einbringung erfolgt gegen Gewährung von Gesellschaftsanteilen, sodass der Vorkaufsberechtigte nicht in der Lage ist, die Gegenleistung zu erbringen, da die geschuldeten Anteile nur die Gesellschaft selbst verschaffen kann.<sup>49</sup> Ein Vorkaufsrecht kommt mithin nur dann in Betracht, wenn die Bezeichnung als Einbringung unzutreffend ist und in Wahrheit ein Umgehungsge-

schäft vorliegt.<sup>50</sup> Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Gesellschaft verpflichtet ist, eine monetäre Gegenleistung zu erbringen, die dem Verkehrswert in etwa entspricht. Insofern kommt es nicht auf die gewählte Bezeichnung an, sondern allein auf den wirtschaftlichen Zweck des Vertrags. Dabei wird es sich aber um seltene und besonders gelagerte Ausnahmefälle handeln.

#### dd) Erwerb einer Gesellschaft

Die Veräußerung einer Gesellschaft, die ausschließlich das Grundstück hält, ist ebenfalls nicht vorkaufsfest. Wird die Gesellschaft erst kurz vor der Veräußerung gegründet, das Grundstück in sie eingebracht und sie anschließend veräußert, ist das Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts nicht zu bestreiten.<sup>51</sup> In diesem Fall wird typischerweise sogar ein entsprechendes subjektives Element gegeben sein. Das Vorkaufsrecht richtet sich dann allerdings nicht auf das Grundstück, weil dieses nicht Gegenstand des Veräußerungsgeschäfts ist, sondern in analoger Anwendung der §§ 24 ff. BauGB auf die Anteile an der verkauften Gesellschaft.<sup>52</sup> Über das Grundstück könnte nur die Gesellschaft verfügen, die aber bei einem „share deal“ nicht am Vertrag beteiligt ist und somit durch diesen auch dann nicht verpflichtet werden kann, wenn ein Vorkaufsrecht ausgeübt wird, da nach § 464 Abs. 2 BGB das Ertragsgegenüber unverändert bleibt. Unerheblich ist, ob es sich um eine Personen- oder Kapitalgesellschaft handelt, weil es darauf ankommt, dass der das Grundstück haltende Rechtsträger Gegenstand des Kaufvertrags ist.

Da für die analoge Anwendung der Regeln über das Vorkaufsrecht eine objektive Umgehung ausreicht, geht der BGH sogar davon aus, dass das Vorkaufsrecht immer entsteht, wenn eine Gesellschaft veräußert wird, die keine anderen Aktiva aufweist als das mit dem Vorkaufsrecht belastete Grundstück.<sup>53</sup> Infolgedessen liegt eine Umgehung nach Auffassung des BGH offenbar auch dann vor, wenn das Grundstück bereits vor längerer Zeit in die Gesellschaft eingebracht wurde und jene nun verkauft werden soll. Daran dürfte sich durch die Neufassung des § 24 BauGB nichts geändert haben. Zwar hat der Gesetzgeber den share deal in diesem Fall wiederum nicht explizit aufgenommen, allerdings lässt sich der Gesetzesbegründung nichts dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber hiermit die bestehende Rechtsprechung korrigieren wollte.

Zweifelhaft ist die Rechtslage allerdings, wenn die Gesellschaft weitere Gegenstände hält und im Wege eines share deals verkauft werden soll. Ausgehend von dem Grundsatz, dass sich das Vorkaufsrecht in diesem Fall nur auf den Erwerb der Gesellschaftsanteile richten kann und zudem bei

43 Erman/*Grunewald*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 467 Rdnr. 2; Soergel/*Wertenbruch*, BGB, 13. Aufl. 2009, § 467 Rdnr. 6.

44 Siehe z. B. *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Rdnr. 2709.

45 BeckOK-BGB/*Faust*, Stand: 01.11.2021, § 467 Rdnr. 4; Staudinger/*Mader/Schermaier*, Neub. 2014, § 467 Rdnr. 5.

46 BGH, Urteil vom 27.01.2012, V ZR 272/10, NJW 2012, 1354, 1355.

47 Siehe dazu DNotI-Report 1995, 49, 52.

48 BGH, Urteil vom 08.10.1959, II ZR 157/58, BGHZ 31, 37, 41.

49 Siehe dazu OLG Stuttgart, Urteil vom 07.02.2001, 20 U 52/97, NJOZ 2001, 335, 354 ff.

50 BeckOK-BGB/*Daum*, § 463 Rdnr. 54; BeckOK-BGB/*Faust*, § 463 Rdnr. 23.

51 BGH, Urteil vom 27.01.2012, V ZR 272/10, NJW 2012, 1354, 1354 f.

52 Anders aber offenbar: BGH, Urteil vom 27.01.2012, V ZR 272/10, NJW 2012, 1354, 1355.

53 BGH, Urteil vom 27.01.2012, V ZR 272/10, NJW 2012, 1354, 1355.

einem Paketverkauf vom Vorkaufsrecht nur die Gegenstände umfasst sind, die ihm ursprünglich unterliegen, kann ein Vorkaufsrecht in einer solchen Situation im Grundsatz nicht entstehen. Andernfalls würde sich nämlich die Erwerbsmöglichkeit des Vorkaufsberechtigten wirtschaftlich auch auf die weiteren Gegenstände erstrecken. Eine Ausnahme hiervon ist nur dann geboten, wenn lediglich ganz marginale weitere Gegenstände zur Gesellschaft gehören. Bildet das Grundstück den weitaus überwiegenden Teil der Aktiva der Gesellschaft, so stellt ein Verkauf der Gesellschaft eine objektive Umgehung dar. Hierzu muss sich allerdings der Wert der sonstigen Gegenstände im niedrigen einstelligen Prozentbereich bewegen und somit bei objektiver Betrachtung das Grundstück als einziger substantieller Teil des Gesellschaftsvermögens erscheinen. Jedes andere Verständnis würde das Vorkaufsrecht über seinen Zweck hinaus ausdehnen und damit die gesetzliche Wertung verlassen.

#### ee) Veräußerung von Wohnungseigentum

Grundsätzlich kein Vorkaufsrecht der Gemeinde besteht nach § 24 Abs. 2 BauGB (ggf. i. V. m. § 25 Abs. 2 Satz 1 BauGB) beim Erwerb von Rechten nach dem WEG. Dies umfasst sowohl Miteigentumsanteile, die mit dem Sondereigentum an Räumen oder Flächen verbunden sind, wobei es nicht darauf ankommt, ob es sich um Wohnungs- oder Teileigentum handelt,<sup>54</sup> als auch Dauernutzungs- und Dauerwohnrechte gemäß § 31 WEG.<sup>55</sup> § 24 Abs. 2 BauGB greift zudem selbst dann ein, wenn sämtliche Wohnungseigentumseinheiten an einem Grundstück in einem Vorgang an denselben Erwerber verkauft werden.<sup>56</sup> Die Vorschrift geht auf rein praktische Überlegungen zurück, da der Gesetzgeber davon ausging, dass in solchen Konstellationen die Ausübung eines Vorkaufsrechts kaum denkbar sei.<sup>57</sup> Angesichts der umfangreichen Beschränkungen zur Aufteilung von Gebäuden in Wohnungseigentum und der damit zum Ausdruck kommenden Vorbehalte des Gesetzgebers gegen derartige Gestaltungen erscheint die Einschränkung des § 24 Abs. 2 BauGB rechtspolitisch zweifelhaft, sie ist allerdings als legislativ gewollt hinzunehmen.

Ein Vorkaufsrecht bei Wohnungseigentum kommt nur dann in Betracht, wenn ein Umgehungsgeschäft vorliegt,<sup>58</sup> was jedenfalls dann gegeben ist, wenn unmittelbar vor dem Verkauf die Aufteilung nach dem WEG vorgenommen wird und es sodann zum Paketverkauf kommt. Dasselbe gilt, wenn die Aufteilung kurz vor der Veräußerung erfolgt und der Vertrag dann mit verschiedenen Personen abgeschlossen wird, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, insbesondere demselben Konzern angehören. Ebenso ist zu entscheiden bei einer kurzfristig vorgenommenen Aufteilung und einem

gestreckten Verkauf an denselben Erwerber, wenn es sich insoweit um einen Gesamtplan handelt. Werden demgegenüber nur einzelne Wohnungen nach der Teilung verkauft oder das gesamte Grundstück an unterschiedliche Erwerber, kann hierin keine Umgehung erblickt werden. Nicht notwendigerweise ein Umgehungsgeschäft liegt aber darin, wenn Anteile an einem Grundstück verkauft werden, das zwar nach WEG aufgeteilt, allerdings das Sondereigentum noch nicht errichtet ist. Im Verkauf eines solchen Anteils kann nicht stets eine Umgehung des Vorkaufsrechts erblickt werden.

#### ff) Erbbaurecht

Ebenso wie Rechte nach dem WEG sind nach § 24 Abs. 2 BauGB (ggf. i. V. m. § 25 Abs. 2 Satz 1 BauGB) Kaufverträge über Erbbaurechte von der Ausübung eines Vorkaufsrechts ausgenommen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob ein bereits bestehendes Erbbaurecht erworben oder ein neues begründet werden soll.<sup>59</sup> Auch im letzteren Fall handelt es sich typischerweise um einen Rechtskauf,<sup>60</sup> sodass der Wortlaut von § 24 Abs. 2 BauGB erfüllt ist. Angesichts der Fassung der Norm und des Ziels, durch die §§ 24 ff. BauGB Flächen für städtebauliche Ziele erwerben zu können, erscheint ein Umgehungsgeschäft, das zu einem Vorkaufsrecht führen würde, insoweit kaum denkbar. Ein solches dürfte nur dann in Betracht kommen, wenn die Parteien zwar ein Erbbaurecht zum Gegenstand Ihres Vertrags machen, dies aber dem Erwerb des Grundstücks faktisch gleichsteht, was dann denkbar ist, wenn das Erbbaurecht als „ewiges“<sup>61</sup> bestellt sowie zudem die Gegenleistung in einer Einmalzahlung erbracht wird und somit keine dauerhafte Zahlung in Form des Erbbauzinses geschuldet ist.

#### gg) Anderstypische Gegenleistung

Einem Vorkaufsrecht steht eine anderstypische Gegenleistung für den Kaufgegenstand in aller Regel entgegen.<sup>62</sup> In diesem Fall handelt es sich nicht um einen Kaufvertrag, weil dieser voraussetzt, dass die Gegenleistung für die Kaufsache in Geld zu erbringen ist. Wird eine andere Gegenleistung vereinbart, insbesondere ein Tausch, scheidet ein Vorkaufsrecht folglich aus.<sup>63</sup> Allerdings ist zu beachten, dass eine analoge Anwendung der Vorschriften in Betracht kommt, wenn es sich bei der Tauschsache um vertretbare Gegenstände handelt.<sup>64</sup> Diese können in gleicher Weise durch den Vorkaufsberechtigten übereignet werden, sodass insbesondere ein Tausch eines Grundstücks gegen

54 BeckOK-BauGB/Grziwotz, § 24 Rdnr. 8; Brügelmann/Kronisch, BauGB, § 24 Rdnr. 40.

55 Brügelmann/Kronisch, BauGB, § 24 Rdnr. 40; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock, BauGB, § 24 Rdnr. 49.

56 OLG Hamm, Beschluss vom 14.12.2011, I-15 W 476/11, DNotZ 2012, 376; anders aber Rothenburg, GE 2015, 1511, 1514 ff.

57 BT-Drucks. 10/4630, S. 83.

58 BeckOK-BauGB/Grziwotz, § 24 Rdnr. 8; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock, BauGB, § 24 Rdnr. 49.

59 Graf Wolffskeel v. Reichenberg, NJW 2019, 3549, 3551.

60 BGH, Urteil vom 20.12.1985, V ZR 263/83, BGHZ 96, 385, 386 f.

61 Anders aber BeckOK-BauGB/Grziwotz, § 24 Rdnr. 8.

62 MünchKomm-BGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, § 463 Rdnr. 22.

63 BGH, Urteil vom 11.12.1963, V ZR 41/62, NJW 1964, 540, 541.

64 BeckOGK-BGB/Daum, § 463 Rdnr. 60; Staudinger/Mader/Schermaier, § 463 Rdnr. 20; Soergel/Wertenbruch, BGB, § 463 Rdnr. 43.

eine „Bezahlung“ in Gold oder anderen Edelmetallen<sup>65</sup> oder in einer Kryptowährung nicht geeignet ist, zu verhindern, dass die Gemeinde ein ihr zustehendes Vorkaufsrecht ausüben kann.

#### hh) Abschreckung des Vorkaufsberechtigten

Nicht selten planen die Beteiligten zudem, durch eine besonders käuferunfreundliche Gestaltung die vorkaufsberechtigte Gemeinde von der Ausübung ihres Rechts abzuschrecken. Ausgehend von § 464 Abs. 2 BGB, der nach § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB auch auf das öffentlichrechtliche Vorkaufsrecht Anwendung findet, hat der Vorkaufsberechtigte den Vertrag so zu akzeptieren, wie er zwischen den Ursprungsparteien zustande gekommen ist. Daher gelten auch etwaige Schlechterstellungen des Käufers, auf die dieser sich im Erstvertrag eingelassen hat, gegenüber dem Vorkaufsberechtigten. Sind ungesicherte Vorleistungen des Käufers vereinbart, muss diese der Vorkaufsberechtigte ebenso erbringen<sup>66</sup> wie ihm bestimmte Vorteile, beispielsweise eine Finanzierungsvollmacht,<sup>67</sup> vorenthalten bleiben, wenn sie im ursprünglichen Kaufvertrag nicht vorgesehen sind. Die herrschende Meinung zieht dem allerdings mit Blick darauf, dass nach § 464 Abs. 2 BGB lediglich der *Kaufvertrag* mit dem Vorkaufsberechtigten durch die Ausübung seines Rechts abgeschlossen wird, Grenzen, indem sie Regeln, die einen Fremdkörper im Kaufvertrag darstellen, nicht in den zweiten Kaufvertrag übernimmt.<sup>68</sup> Zu solchen Fremdkörpern gehören sämtliche Klauseln, die üblicherweise nicht Bestandteil eines Kaufvertrags sind und daher nur in räumlichem, nicht aber auch in inhaltlichem Zusammenhang mit diesem stehen.<sup>69</sup> Hierzu zählen vor allem solche Vereinbarungen, die keinem der Beteiligten am Erstkaufvertrag einen Vorteil bringen, sondern nur beabsichtigen, den Vorkaufsberechtigten von der Ausübung abzuhalten.<sup>70</sup> Diese Grundsätze stehen allerdings der Vereinbarung einer sog. konstitutiven Maklerklausel<sup>71</sup> nicht entgegen, weil sie die wirtschaftliche Gleichstellung von Erstkäufer und Vorkaufsberechtigtem anstrebt und daher zumindest für den Erstkäufer einen Vorteil bedeutet,<sup>72</sup> da er so verhindern kann, dass der Vorkaufsberechtigte das Objekt letztlich „billiger“ als der Erstkäufer erwerben kann.

65 Siehe auch OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 19.10.1995, 1 U (Baul.) 1/95, NJW 1996, 935 zu Aktien.

66 BeckOGK-BGB/Daum, § 464 Rdnr. 16.1; MünchKomm-BGB/Westermann, § 464 Rdnr. 5.

67 Siehe dazu DNotI-Report 2015, 77.

68 BGH, Urteil vom 13.06.1980, V ZR 11/79, BGHZ 77, 359, 362 f.

69 BGH, Urteil vom 13.06.1980, V ZR 11/79, BGHZ 77, 359, 362 f.

70 BGH, Urteil vom 13.06.1980, V ZR 11/79, BGHZ 77, 359, 363.

71 Siehe dazu unter Berücksichtigung der §§ 656a ff. BGB: Meier, notar 2021, 35, 43 f.

72 BGH, Urteil vom 14.12.1995, III ZR 34/95, BGHZ 131, 318, 321 ff.; Urteil vom 28.11.1962, VIII ZR 236/61, WM 1963, 31 (32); Urteil vom 28.11.1962, VIII ZR 236/61, NJW-RR 2007, 563, 564; siehe auch zur dogmatischen Konstruktion BeckOGK-BGB/Meier, § 652 Rdnr. 211 f.; abl. speziell zum gemeindlichen Vorkaufsrecht aber Grziwotz, DVBI 2020, 1119, 1121 f.

#### b) Vertragliche Vorsorge für den Fall der Ausübung

Für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts empfiehlt es sich, vorsorglich sämtliche Schadensersatzansprüche auszuschließen und beiden Seiten ein Rücktrittsrecht zu gewähren.<sup>73</sup> Dabei ist genau zu definieren, wann letzteres entstehen soll, wobei vor allem die Ausübungserklärung oder das Feststehen der Wirksamkeit der Ausübung Anknüpfungspunkte sein können. Regelmäßig wird es dem Willen der Parteien entsprechen, bereits die Erklärung durch die Behörde als Zeitpunkt zu bestimmen, da sie andernfalls gezwungen sind, ggf. den langwierigen Rechtsweg abzuwarten.<sup>74</sup> Obwohl sich ein Rücktrittsrecht beim Verkauf wohl bereits aus § 326 Abs. 5 BGB ergibt, dürfte es zweckmäßig sein, ein vertragliches auszugestalten, um dessen Entstehen klar bestimmen zu können. Denkbar wäre stattdessen eine auflösende Bedingung, allerdings wird es regelmäßig den beiderseitigen Interessen besser entsprechen, ein Wahlrecht zu gestalten, weshalb der Rücktritt vorzugswürdig ist.<sup>75</sup> Darüber hinaus dürfte es der Streitvermeidung dienen, Schadensersatzansprüche explizit auszuschließen, da andernfalls zumindest potenziell ein Anspruch des Käufers aus § 311a Abs. 2 BGB droht.

Wegen § 465 BGB wirken allerdings Rücktrittsrechte sowie auflösende oder aufschiebende Bedingungen nicht gegen den Vorkaufsberechtigten; sie haben nur Bedeutung im Verhältnis zum Erstkäufer. Ebenso führt eine privatautonom vereinbarte Aufhebung des Vertrags nicht dazu, dass das bereits *entstandene* Vorkaufsrecht wieder entfällt.<sup>76</sup> Die Gemeinde kann nach §§ 24 ff. BauGB also auch in diesem Fall vorgehen. Anders ist dies nur, wenn der Erstvertrag bis zu seiner Aufhebung nicht wirksam geworden ist, weil insbesondere noch Zustimmungen oder Genehmigungen erforderlich waren, da dann nie ein Vorkaufsrecht entstanden ist.<sup>77</sup>

#### c) Vereinbarungen zur Abwendung eines ausgeübten Vorkaufsrechts

§ 27 BauGB sieht eine Befugnis des Käufers zur Abwendung des von der Gemeinde ausgeübten Vorkaufsrechts vor, wenn die Verwendung des Grundstücks nach den baurechtlichen Vorschriften oder den Zielen und Zwecken der städtebaulichen Maßnahme bestimmt oder hinreichend bestimmbar ist, der Käufer das Grundstück entsprechend nutzen kann und sich hierzu innerhalb der Ausübungsfrist

73 Siehe dazu auch Beck'sches Notarhandbuch/Everts, 7. Aufl. 2019, § 8 Rdnr. 36; Würzburger Notarhandbuch/Hertel, 6. Aufl. 2022, Teil 2 Rdnr. 78; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2778.

74 So wohl auch: Beck'sches Notarhandbuch/Everts, § 8 Rdnr. 36; Würzburger Notarhandbuch/Hertel, Teil 2 Rdnr. 78; anders aber z. B. die Gestaltung bei Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2778.

75 So auch Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2778.

76 BGH, Urteil vom 11.02.1977, V ZR 40/75, BGHZ 67, 395, 397 f.; Urteil vom 01.10.2010, V ZR 173/09, NJW 2010, 3774, 3775.

77 BGH, Urteil vom 04.06.1954, V ZR 18/53, BGHZ 14, 1, 2; Urteil vom 11.02.1977, V ZR 40/75, BGHZ 67, 395, 397 f.; Urteil vom 15.05.1998, V ZR 89/97, BGHZ 139, 29, 32.

verpflichtet.<sup>78</sup> Dabei begründet § 27 BauGB ein Recht des Käufers, das nur unter den Bedingungen des § 27 Abs. 2 BauGB ausgeschlossen ist.

Nicht selten streben Gemeinden aber selbst den Abschluss einer Vereinbarung mit dem Erwerber an, wonach sie auf ein ihnen nach ihrer Auffassung zustehendes Vorkaufsrecht verzichten. Ob der Gemeinde ein solches zusteht, kann der Notar regelmäßig nicht prüfen und hat dies auch nicht zu tun, da dies außerhalb seiner Aufgaben liegt. Typischerweise wird die Gemeinde aber bei unbebauten Grundstücken regelmäßig über ein solches verfügen. Inhalt der Vereinbarung ist es zumeist, dass sich der Erwerber verpflichtet, das Grundstück innerhalb einer bestimmten Frist (meist zwischen drei und sieben Jahren) zu bebauen, es für eine gewisse Zeit selbst zu nutzen oder der Gemeinde oder Dritten die Benutzung eines Teils des Grundstücks zu gestatten (zum Beispiel als Wege- oder Ausgleichsfläche). Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung ist unabhängig von § 27 BauGB zu bestimmen, weil die Norm lediglich dem Käufer ein Recht gewährt, nicht aber Vereinbarungen zwischen Erwerber und Gemeinde unterbindet, die der Streitbeilegung oder -vorbeugung dienen. Eine derartige Gestaltung stellt einen Vergleichsvertrag nach § 55 VwVfG dar, wenn die Ungewissheit, ob und inwieweit ein Vorkaufsrecht existiert oder tatsächlich ausgeübt werden soll, durch gegenseitiges Nachgeben geklärt wird. Ist das Vorkaufsrecht bereits zweifelsfrei wirksam ausgeübt, soll es aber dennoch zum Verkauf an den ursprünglichen Erwerber kommen, indem der nach § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB, § 464 Abs. 2 BGB zustande gekommene Kaufvertrag wieder beseitigt wird, handelt es sich um eine Vereinbarung nach § 54 Satz 1 VwVfG.

Die Gestaltung begründet in jedem Fall einen städtebaulichen Vertrag nach § 11 BauGB, da sie der Förderung und Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele dient und damit § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB erfüllt.<sup>79</sup> Sie muss daher die Angemessenheitskontrolle nach § 11 Abs. 2 BauGB einhalten. Insoweit wird man die von der Rechtsprechung für den unsubventionierten Erwerb von Grundstücken aufgestellten Grenzen zu beachten haben, da der bloße Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufs nicht mit der Gewährung einer Subvention im Verkaufsfall gleichgestellt werden kann.<sup>80</sup> Im Übrigen ist eine derartige Vereinbarung nicht zu beanstanden, wenn die Ausübung eines Vorkaufsrechts zumindest in Betracht kommt. Zwar darf sich die Gemeinde nach § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB keine Gegenleistung für ein Handeln versprechen lassen, auf das ein Anspruch besteht. Ist kein Vorkaufsrecht gegeben, haben die Beteiligten einen Anspruch nach § 28 Abs. 1 Satz 3 BauGB auf die Erteilung des Negativattests, sodass sich die Gemeinde hierfür keine Gegenleistung ausbedingen darf. Allerdings steht § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB einem Vergleichsvertrag je-

denfalls dann nicht im Wege, wenn das Vorkaufsrecht zweifelhaft ist. Es entspricht gerade dem Ziel des § 55 VwVfG, den Beteiligten die Möglichkeit zu geben, bei uneindeutiger Rechtslage ihre Verhältnisse im Konsens zu ordnen, sodass auch wechselseitig hierfür Gegenleistungen versprochen werden können. Erst recht gilt dies, wenn die Gemeinde tatsächlich ein Vorkaufsrecht besitzt oder dieses sogar schon ausgeübt hat, da der Bürger dann auf den Verzicht oder die Aufhebung des Zweitkaufvertrags keinen Anspruch hat. Eine Grenze ist erst dann erreicht, wenn das Vorkaufsrecht erkennbar und evident ausgeschlossen ist. In diesem Fall ist der Abschluss einer Abwendungsvereinbarung stets unzulässig, da es bereits an einer rechtlichen Unsicherheit fehlt.<sup>81</sup>

### III. Genehmigungserfordernisse

Im BauGB bestehen bereits mehrere Genehmigungserfordernisse für die Aufteilung von Grundstücken in Wohnungseigentum. Während § 22 BauGB der Sicherung der Funktion von Kur- und Fremdenverkehrsgebieten dient,<sup>82</sup> beabsichtigt § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB den Milieuschutz, also die Wahrung der Zusammensetzung der aktuellen Wohnbevölkerung. Dabei geht der Gesetzgeber davon aus, die Aufteilung in Wohnungseigentum führe zu einer höheren Marktgängigkeit und beeinträchtige so die legislativen Ziele.<sup>83</sup> Durch das Baulandmobilisierungsgesetz wird in § 250 Abs. 1 BauGB allgemein die Aufteilung von Grundstücken in Wohnungseigentum wegen der damit einhergehenden Verdrängungsgefahr<sup>84</sup> einem Genehmigungserfordernis unterworfen.<sup>85</sup>

#### 1. Grundlagen

Vergleichbar mit § 172 BauGB zielt auch das Genehmigungserfordernis nach § 250 Abs. 1 BauGB darauf, Umwandlungen von Mietwohnungen in Eigentumswohnungen zu verhindern.<sup>86</sup> § 250 Abs. 5 Satz 1 BauGB sichert das Genehmigungserfordernis mit einer Grundbuchsperrung, wobei die Genehmigung bei einer tatsächlich erfolgten Eintragung im Grundbuch fingiert wird, § 250 Abs. 5 Satz 2 BauGB. Die Norm sieht sich allerdings insgesamt verfassungs- und europarechtlichen Bedenken ausgesetzt.<sup>87</sup>

##### a) Erfasste Rechtsgeschäfte

Gemäß § 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB erfasst das Genehmigungserfordernis zunächst die Aufteilung eines Grundbuch-

78 Siehe zu den Modalitäten der Verpflichtung: Schrödter/Köster, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 27 Rdnr. 6; Berliner Kommentar/Paetow, BauGB, Stand: Oktober 2021, § 27 Rdnr. 3.

79 BeckOK-BauGB/Hoffmann, § 11 Rdnr. 21; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Krautzberger, BauGB, § 11 Rdnr. 138.

80 Siehe dazu: Leidner, DNotZ 2019, 83 ff.; MittBayNot 2021, 108 ff.

81 Siehe dazu BayVGh, Beschluss vom 29.07.1987, 23 B 86.02281, NVwZ 1989, 167, 168.

82 Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt, BauGB, § 22 Rdnr. 3.

83 Im Ansatz für den Milieuschutz: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock, BauGB, § 172 Rdnr. 116; Unterbindung von Nebenwohnungen bei § 22 BauGB: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker, BauGB, § 22 Rdnr. 9.

84 BT-Drucks. 19/24838, S. 20, 32.

85 Vgl. zu den erfassten Rechtsgeschäften unten bei III. 1. a).

86 Battis/Krautzberger/Löhr/Battis, BauGB, § 250 Rdnr. 1.

87 Heinemann, NVwZ 2020, 1398; Kment/Fimpel, ZfBR 2021, 129.

grundstücks in Wohnungs- und/oder Teileigentum. Allerdings zieht die Norm den Kreis der genehmigungspflichtigen Rechtshandlungen – anders als § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB – noch deutlich weiter und erweist sich als Parallele zu § 22 BauGB.

§ 250 Abs. 6 Satz 1 BauGB erstreckt die Genehmigungsbedürftigkeit auf die Begründung von Wohnungserbbau- und Dauerwohnrechten. Zudem ist auch die Herstellung von Bruchteilseigentum nebst Regelung nach § 1010 BGB bzw. die Vereinbarung einer solchen Regelung bei bereits bestehendem Bruchteilseigentum nach § 250 Abs. 6 Satz 1 BauGB genehmigungsbedürftig.

Einer Genehmigung bedarf es jedoch nicht, wenn das Gebäude nicht mehr als fünf Wohnungen aufweist (§ 250 Abs. 1 Satz 2 BauGB), wobei die Grenze nach § 250 Abs. 1 Satz 6 BauGB durch Verordnung auf mindestens 3 und höchstens 15 Wohnungen angepasst werden kann, oder das Gebäude erst nach Inkrafttreten der Rechtsverordnung gemäß § 250 Abs. 1 Satz 3 BauGB „bestand“.

Beide Tatbestandsmerkmale sind bereits für sich genommen zweifelhaft. Es ist schon fraglich, wie der Begriff der Wohnung in § 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB zu verstehen ist. Die Gesetzesbegründung verhält sich hierzu nicht.<sup>88</sup> Sie stellt nur klar, dass die Bildung privaten Wohneigentums nicht verhindert, sondern lediglich Wohnbauunternehmen eingeschränkt werden sollen. Dennoch lässt sich aus dem Wortlaut ableiten, dass es auf die tatsächliche Bauausführung ankommt. Damit ist eine Genehmigung auch dann einzuholen, wenn mehrere Wohnungen zu einer einzigen Wohnungseigentumseinheit zusammengefasst und so insgesamt weniger Wohnungseigentumseinheiten als der relevante Grenzwert gebildet werden sollen, obwohl tatsächlich mehr als die geforderte Anzahl an Wohnungen in dem Gebäude existieren.<sup>89</sup> Dabei kommt es allerdings nur auf Wohnungen an, sodass Gewerbeeinheiten keine Beachtung finden. Dies deckt sich mit dem Ziel der Regelung, Wohnungsbauunternehmen zu erfassen. Hieraus ergibt sich, dass die gewerbliche Nutzung von vornherein außerhalb der Zwecksetzung des § 250 BauGB liegt. Auch hierbei ist es allerdings nicht entscheidend, ob im Rechtssinne Wohnungs- oder Teileigentum gebildet werden soll, sondern maßgeblich sind die tatsächlichen Verhältnisse. Würde man nur auf die gebildeten Wohnungseigentumseinheiten blicken, ließe sich das Genehmigungserfordernis durch den aufteilenden Eigentümer leicht umgehen.<sup>90</sup> Insoweit kommt es auf die Baugenehmigung an, da sie darüber bestimmt, wie die Räume genutzt werden dürfen. Gestattet die Baugenehmigung sowohl eine Wohn- als auch eine Gewerbenutzung, dürfte es sich regelmäßig um eine Wohnung im Sinne des § 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB handeln, wenn nicht der tatsächliche Ausbauzustand der Räume dem Gebrauch als Wohnung derzeit entgegensteht. Zur Bestimmung des Begriffs der Wohnung bietet sich ein Rückgriff auf die Wer-

tung des § 5 Abs. 1 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen nach dem WEG (AVA) (BAnz AT 12.07.2021 B2) an.<sup>91</sup> Hiernach sind als abgeschlossene Wohnungen solche anzusehen, die baulich vollkommen von fremden Wohnungen und Räumen abgeschlossen sind, zum Beispiel durch Wände und Decken, und einen eigenen abschließbaren Zugang unmittelbar vom Freien, von einem Treppenhaus oder einem Vorraum haben, sodass der notwendige Zugang nicht über ein anderes Sondereigentum oder ohne dingliche Absicherung über ein Nachbargrundstück führen darf. Zu abgeschlossenen Wohnungen können zusätzliche Räume außerhalb des Wohnungsabschlusses gehören.

Unklar ist darüber hinaus, ab wann ein Gebäude im Sinne des § 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB bestanden hat. Der Gesetzgeber beabsichtigt mit der Einschränkung des Genehmigungserfordernisses, zukünftige Bauvorhaben und damit die Neuschaffung von Wohnraum nicht zu behindern, da diese jederzeit ohne Genehmigung aufgeteilt werden können.<sup>92</sup> Maßgeblicher Zeitpunkt ist das Inkrafttreten der Verordnung nach § 250 Abs. 1 Satz 3 BauGB, die die Gebiete, in denen die Beschränkung gilt, definiert. Wie bei § 250 Abs. 1 Satz 2 BauGB kommt es auch hier auf die tatsächlichen Umstände an. Der Wortlaut stellt auf den Bestand des Wohngebäudes ab, weshalb es nicht genügt, dass das Gebäude bei Inkrafttreten schon geplant oder genehmigt war. War es bereits komplett fertiggestellt, bestehen hingegen keine Zweifel an seinem Bestand. Als problematisch erweist sich somit einzig der Zwischenzeitraum zwischen Beginn der Arbeiten und ihrer Fertigstellung. Ausgehend vom Wortlaut ist für die Anwendung von § 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB der Abschluss des Rohbaus maßgeblich.<sup>93</sup> Ab diesem Zeitpunkt besteht das *Gebäude*,<sup>94</sup> weshalb sich hiernach bestimmt, ob es sich um eine Bestandsimmobilie oder um eine neue handelt. Geht man allerdings vom Ziel des Gesetzes aus, ist eine teleologische Reduktion der Norm geboten.<sup>95</sup> Der Gesetzgeber beabsichtigte mit dem Baulandmobilisierungsgesetz, ein ausreichendes Angebot an bezahlbaren Mietwohnungen zu erhalten,<sup>96</sup> sodass der Schutz der Mieter vor Verdrängung im Vordergrund steht. Das Angebot an Mietwohnungen wird jedoch durch die Aufteilung auch dann noch nicht einmal potenziell reduziert, wenn das Gebäude bislang dem Mietmarkt noch nicht zugeführt wurde. Es ist vor diesem Hintergrund neben dem Bestand des Gebäudes zu verlangen, dass zumindest ein Mietvertrag abgeschlossen worden ist, weil andernfalls der in diesem Gebäude existierende Wohnraum den Mietern in der Gemeinde noch nie zur Verfügung stand und damit bislang aus Sicht des Mietmarktes als neu zu gelten hat. Un-

88 Siehe dazu BT-Drucks. 19/29396, S. 62.

89 Offen: DNotI-Report 2021, 113, 117.

90 Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Grziwotz, BauGB, § 250 Rdnr. 48.

91 Auf die alte AVA von 1974 abstellend dagegen: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Grziwotz, BauGB, § 250 Rdnr. 48.

92 BT-Drucks. 19/24838, S. 32.

93 Anders aber DNotI-Report 2021, 113, 115, der von der Fertigstellung ausgeht.

94 Anders DNotI-Report 2021, 113, 115.

95 Zu dieser Meier/Jocham, JuS 2016, 392, 397 f.

96 BT-Drucks. 19/24838, S. 20.



erheblich ist demgegenüber, ob ein Mietvertrag im Zeitpunkt der Aufteilung noch wirksam ist, da für den grundsätzlichen Zugang von Mietern zu diesem Objekt nur entscheidend ist, dass das Gebäude zu irgendeinem Zeitpunkt ganz oder teilweise vermietet war.

Wurde der Eintragungsantrag hinsichtlich eines der nunmehr genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte bereits vor Erlass der Umwandlungsverordnung gestellt, bedarf es einer entsprechenden Genehmigung nach § 878 BGB nicht mehr, wenn die materiellrechtlichen Voraussetzungen im Übrigen bei Antragstellung vorlagen.<sup>97</sup> Der BGH hat dies bereits für das Genehmigungserfordernis des § 172 BauGB ausgesprochen,<sup>98</sup> weshalb auch für § 250 Abs. 1 Satz 3 BauGB nichts anderes gelten kann.<sup>99</sup>

#### b) Weitere Verordnung nach § 250 Abs. 1 Satz 3 BauGB

§ 250 Abs. 1 Satz 3 BauGB ermächtigt die Landesregierungen, die Gebiete, in denen § 250 BauGB Anwendung finden soll, durch Rechtsverordnung zu bestimmen. Es handelt sich dabei um eine zusätzliche Rechtsverordnung, die zwar eine vorherige nach § 201a Satz 1 BauGB und damit die Festlegung als Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt voraussetzt, dies aber nicht genügen lässt.<sup>100</sup> Die Verordnung nach § 250 Abs. 1 Satz 3 BauGB muss spätestens mit Ablauf des 31.12.2025 außer Kraft treten und bei ihrem Inkrafttreten begründet werden,<sup>101</sup> wobei sich dies auf die tatsächlichen Grundlagen für die Ausweisung beziehen muss.

#### c) Pflicht zur Erteilung der Genehmigung, § 250 Abs. 3 Satz 1 BauGB

Zwar ist es nicht Aufgabe des Notars, die Genehmigungsfähigkeit zu prüfen, um die Zweckmäßigkeit einer bestimmten Gestaltung einschätzen zu können. Es dürfte aber zumindest empfehlenswert sein, deren Grundzüge zu kennen.

Die Genehmigung ist nach § 250 Abs. 3 Satz 1 BauGB zu erteilen, wenn das Grundstück zu einem Nachlass gehört und die Aufteilung zugunsten von Miterben oder Vermächtnisnehmern vorgenommen werden soll (Nr. 1), das Objekt zur eigenen Nutzung an Familienangehörige des Eigentümers (Nr. 2) oder zur eigenen Nutzung an mindestens zwei Drittel der Mieter (Nr. 3) veräußert werden soll, unter Berücksichtigung des Allgemeinwohls ein Absehen von der Gewährung der Aufteilungsmöglichkeit nicht zumutbar ist (Nr. 4) oder ohne die Genehmigung Ansprüche Dritter auf Übertragung einer Einheit nicht erfüllt werden können, zu deren Sicherung vor dem Wirksamwerden des Genehmigungsvorbehalts eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen wurde.

<sup>97</sup> DNotI-Report 2021, 113, 114.

<sup>98</sup> BGH, Beschluss vom 12.10.2016, V ZB 198/15, NJW 2017, 1546; Beschluss vom 19.12.2019, V ZB 145/18, NJW-RR 2020, 395, 396.

<sup>99</sup> DNotI-Report 2021, 113, 115.

<sup>100</sup> DNotI-Report 2021, 113, 114.

<sup>101</sup> Siehe zur Unwirksamkeit der Verordnung in Berlin aus diesem Grund: KG, Beschluss vom 02.12.2021, 1 W 384/21, BeckRS 2021, 37549.

Vor dem Hintergrund des § 250 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB ist daher bei einem Verkauf einer Wohnung oder einer Teileigentumseinheit aus einem bisher nicht aufgeteilten Objekt die frühzeitige Eintragung einer Vormerkung notwendig. Sie kann auch einen Anspruch auf Begründung oder Änderung einer Teilungserklärung sichern, wenn dieser einem vom (Allein-)Eigentümer verschiedenen Dritten zusteht.<sup>102</sup>

Hohe praktische Bedeutung dürfte auch § 250 Abs. 3 Satz 2 BauGB erlangen, wonach bestimmt werden kann, dass die Veräußerung der Einheiten ebenfalls der Genehmigung entsprechend § 250 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1-3 BauGB bedarf (Veräußerungsverbot). Hintergrund der Anordnung ist, dass die aufgeteilte Einheit nur an die dort genannten Miterben, Vermächtnisnehmer, Familienangehörige oder Mieter veräußert werden können soll.<sup>103</sup> Im Falle einer solchen Anordnung ist die Genehmigungspflicht im Grundbuch einzutragen.<sup>104</sup> Der Notar sollte beim Verkauf einer in dieser Weise belasteten Wohnung die Fälligkeitsregelung auch auf das hier in Rede stehende Genehmigungserfordernis erstrecken, da andernfalls der Erwerb nicht sicher ist. Grundsätzlich ist die Genehmigung dem Grundbuchamt bei jeder Veräußerung nachzuweisen; zwar hat das Grundbuchamt keine inhaltliche Prüfungspflicht oder -kompetenz,<sup>105</sup> was sich schon daraus ergibt, dass die Genehmigung als Verwaltungsakt auch dann wirksam ist, wenn sie rechtswidrig erteilt wurde; es muss allerdings dennoch das Vorliegen der Genehmigung prüfen. Sollte es zu einer Eintragung ohne Nachweis der Genehmigung oder aufgrund einer rechtswidrig erteilten und später zurückgenommenen Genehmigung kommen, gilt diese nach § 250 Abs. 5 Satz 2 BauGB als wirksam erteilt, sobald die Eintragung erfolgt ist.<sup>106</sup> Dies begründet sich daraus, dass so der Behörde die Möglichkeit abgeschnitten werden soll, eine etwaig erteilte Genehmigung durch Rücknahme oder Widerruf zu beseitigen, wenn der Vollzug bereits erfolgt ist. Die Genehmigungspflicht erlischt mit Außerkrafttreten der Verordnung nach § 250 Abs. 1 Satz 3 BauGB. Der Vermerk über die Genehmigungspflicht ist ferner zu löschen, wenn ein Erwerber aufgrund erteilter Genehmigung in das Grundbuch eingetragen wird.<sup>107</sup>

## 2. Gestaltungsfragen

### a) Vermeidung der Genehmigungspflicht?

Soll wirtschaftlich eine Aufteilung durchgeführt werden, ohne dass ein Genehmigungserfordernis ausgelöst wird, ver-

<sup>102</sup> Siehe dazu Bärmann/*Armbrüster*, WEG, 14. Aufl. 2018, § 4 Rdnr. 46; BeckOGK-BGB/*Müller*, § 4 WEG Rdnr. 7.

<sup>103</sup> Battis/*Krautzberger/Löhr/Battis*, BauGB, § 250 Rdnr. 15; BeckOK-BauGB/*Couzinnet*, § 250 Rdnr. 36.1.

<sup>104</sup> Ernst/*Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Grziwotz*, BauGB, § 250 Rdnr. 88.

<sup>105</sup> Ernst/*Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Grziwotz*, BauGB, § 250 Rdnr. 89.

<sup>106</sup> Ernst/*Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Grziwotz*, BauGB, § 250 Rdnr. 90.

<sup>107</sup> Ernst/*Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Grziwotz*, BauGB, § 250 Rdnr. 93.

bleiben nach der Reform mithin nur noch geringe Gestaltungsspielräume. Da neben der Aufteilung nach WEG auch eine verdinglichte Miteigentümergeinschaft gemäß § 1010 BGB genehmigungsbedürftig ist, stellt der Abschluss einer rein schuldrechtlich wirkenden Miteigentümergeinschaft die einfachste, genehmigungsfreie Möglichkeit dar. Dies empfiehlt sich aber schon wegen der fehlenden automatischen Wirkung gegenüber Sonderrechtsnachfolgern (§ 1010 BGB) typischerweise nicht. Wird eine Vormerkung auf Eintragung der Miteigentümergeinschaft gemäß § 1010 BGB im Grundbuch vermerkt,<sup>108</sup> dürfte dies als objektives Umgehungsgeschäft wohl ebenfalls die Genehmigungspflicht auslösen, da ökonomisch dasselbe erreicht wird wie durch die Eintragung der Vereinbarung selbst. Daher kommen lediglich indirekte Sicherungsmöglichkeiten für den Fall in Betracht, dass die Verpflichtungen nicht auf den Sonderrechtsnachfolger übertragen werden, wozu Ankaufsrechte oder Vertragsstrafen zählen.<sup>109</sup> Sie bieten allerdings nur einen unzureichenden Schutz und sind daher eine unsichere Gestaltung, über die die Beteiligten zumindest aufzuklären sind und die wohl auch den Wert des Objekts senken. Ebenso kommt die Einräumung von Wohn- oder Wohnungsrechten regelmäßig nicht in Betracht, da sie keine vererbliche Position schaffen.

Eine sichere Gestaltung ist demnach nur auf gesellschaftsrechtlichem Wege möglich. Die Miteigentumsanteile am Grundstück werden dabei typischerweise in einer GbR gehalten; im Gesellschaftsvertrag ist die Berechtigung der jeweiligen Gesellschafter zur exklusiven Nutzung einzelner Räume oder Wohnungen bestimmt. Dies fällt nicht unter § 250 Abs. 1 und 6 BauGB, da bei objektiver Betrachtung keine Umgehung vorliegt, weil eine völlig andere Gestaltung gewählt wird. Der Einzelne erlangt hierdurch keinen Anteil am Grundstück, sondern nur die Stellung als Gesellschafter. Gestalterisch bewirkt dies große Freiheiten, da der Gesellschaftsvertrag unabhängig von sachenrechtlichen Zwängen und Beschränkungen gefasst werden kann. Allerdings steht das Grundstück dann nicht als Belastungsobjekt zur Verfügung, sodass eine Finanzierung nur schwer möglich ist, indem der Anteil an der Gesellschaft verpfändet wird.<sup>110</sup>

- b) Nachweis der fehlenden Genehmigungspflicht gegenüber dem Grundbuchamt

Praktische Schwierigkeiten bereitet zudem der Nachweis der Zulässigkeit der Aufteilung gegenüber dem Grundbuchamt, wenn keine Genehmigung nach § 250 BauGB erforderlich ist. Da die öffentlichrechtliche Genehmigung Vor-

aussetzung für die Wirksamkeit der Aufteilung ist, hat das Grundbuchamt deren Vorliegen zu prüfen.<sup>111</sup> Soweit eine solche nicht existiert, muss ihm nachgewiesen werden, dass sie nicht erforderlich ist. Dies ist dann der Fall, wenn das Gebäude nicht bereits vor Inkrafttreten der Verordnung nach § 250 Abs. 1 Satz 3 BauGB bestand oder es eine Anzahl von Wohnungen enthält, die unter dem relevanten Schwellenwert liegt.<sup>112</sup>

Die erforderlichen Belege sind allerdings nur unter erheblichen Schwierigkeiten zu erbringen. Nach § 29 GBO müssen die zur Eintragung erforderlichen Umstände dem Grundbuchamt in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form nachgewiesen werden, was bei rein tatsächlichen Umständen regelmäßig unmöglich ist. Die mangelnde Notwendigkeit einer Genehmigung lässt sich dem Grundbuchamt mithin nur durch ein Negativattest nachweisen. Ein solches ist zwar in § 250 BauGB nicht vorgesehen; allerdings ist zur Parallelnorm des § 172 BauGB anerkannt, dass die Behörde ein solches zum grundbuchamtlichen Vollzug zu erteilen hat.<sup>113</sup> Dies ist auf den Bereich des § 250 BauGB zu erweitern,<sup>114</sup> womit bei einer abstrakt gemäß § 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB genehmigungsbedürftigen Aufteilung das Grundbuchamt ein derartiges Negativattest verlangen kann und die zuständige Behörde dem Eigentümer ein solches erteilen muss.

#### IV. Fazit

Das Baulandmobilisierungsgesetz passt die Regelungen zum gemeindlichen Vorkaufsrecht an und schafft mit dem Genehmigungserfordernis eine neue Inhalts- und Schrankenbestimmung für das Grundeigentum. Ob die Gemeinden mit den geschaffenen Instrumenten tatsächlich einfacher Bauland mobilisieren können und zusätzliche Möglichkeiten des Flächenzugriffs gewinnen,<sup>115</sup> wird die Zukunft zeigen, unterliegt aber gewissen Zweifeln. Die notarielle Praxis muss aber jedenfalls die neuen Rahmenbedingungen durch das novellierte Vorkaufsrecht und das Genehmigungserfordernis in Vertragsgestaltung und Vollzug berücksichtigen.

108 Zur Möglichkeit einer solchen Vormerkung DNotI-Report 2007, 185, 186; zur Vormerkung für einen Anspruch auf Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 1502.

109 Dies für zulässig haltend: *Battis/Mitschang/Reidt*, NVwZ 2017, 817, 822; *Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt*, § 22 Rdnr. 9, je zu Vertragsstrafen im Rahmen des § 22 BauGB.

110 Siehe zur Unmöglichkeit der Eintragung der Verpfändung im Grundbuch: BGH, Beschluss vom 20.05.2016, V ZB 142/15, MittBayNot 2017, 83.

111 Zur Prüfungspflicht des Grundbuchamts: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3808 ff.

112 Dazu bereits oben III. 1. a).

113 OLG München, Beschluss vom 26.08.2015, 34 Wx 188/15, NJW-RR 2016, 137, 138; grundsätzlich auch KG, Beschluss vom 08.12.2015, 1 W 680/15, FGPrax 2016, 100; Beschluss vom 26.05.2016, 1 W 170/16, NZM 2016, 868.

114 Offen DNotI-Report 2021, 113, 117.

115 So die Zielsetzung: BT-Drucks. 19/24838, S. 1.



## BUCHBESPRECHUNGEN

Jonas Bühler:

### Preislimitierte Ankaufsrechte im Gesellschaftsrecht: Eine Untersuchung der Wirksamkeit und Anpassungsbedürftigkeit unter besonderer Berücksichtigung von gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklauseln

Nomos, 2021. 504 S., 128 €

Von Notarassessor Dr. **Wendelin Mayer**, Würzburg

Die Dissertation von *Jonas Bühler* (Universität Bayreuth, 2021, Betreuerin Prof. Dr. *Jessica Schmidt*, LL.M. (Nottingham)) befasst sich mit dem für die Gestaltungspraxis äußerst relevanten Thema der preislimitierten Ankaufsrechte im Gesellschaftsrecht. Untersuchungsgegenstand sind also Vereinbarungen zwischen Gesellschaftern darüber, dass in den Fällen, in denen einzelne ihren Gesellschaftsanteil an Dritte veräußern wollen, die anderen Gesellschafter zum Ankauf berechtigt sind. Das Ankaufsrecht ähnelt damit einem Vorkaufsrecht, wird aber nicht erst durch einen Kaufvertrag, sondern schon durch eine Verkaufsabsicht ausgelöst. Wesentlicher Unterschied zum Vorkaufsrecht ist ferner der Preis: Während der Vorkaufsberechtigte den Preis zahlt, den der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart hat, ist der Preis beim Ankaufsrecht von vorneherein festgelegt (Preislimitierung). Probleme ergeben sich dann, wenn der Ankaufspreis niedriger ist als der Verkehrswert des Anteils: Zum einen kann bereits die anfängliche Vereinbarung unwirksam sein, zum anderen kann – bei einer erst nachträglich auftretenden Diskrepanz zwischen Ankaufspreis und Verkehrswert – eine Anpassung des vereinbarten Ankaufspreises vorzunehmen sein. Die Untersuchung betrifft dabei im Ausgangspunkt zunächst GmbHs, prüft aber auch die Übertragbarkeit auf andere Gesellschaftsformen (Teil F), die insbesondere für Personengesellschaften bejaht wird.

Nach einer Klärung der dogmatischen Struktur der Ankaufsrechte (hier sind mehrere Möglichkeiten denkbar, sodass die Rechtsnatur möglichst geregelt werden sollte) und der relevanten Terminologie (als besonders hilfreich hervorzuheben ist insbesondere die Übersicht auf S. 79) geht der Autor zur Beurteilung der Wirksamkeit solcher Klauseln über. Die Literatur beurteilt bisher überwiegend Ankaufsrechte im Anschluss an die Entscheidung des BGH zur „Schutzgemeinschaft“<sup>1</sup> wie Abfindungsklauseln: Bei einem anfänglichen Missverhältnis zwischen Preis und Verkehrswert ist die Klausel aufgrund Sittenwidrigkeit nichtig (§ 138 BGB), bei einem nachträglich auftretenden Missverhältnis kommt eine Anpassung in Betracht. Eine einheitliche Definition des Missverhältnisses hat sich bisher nicht herausgebildet.

*Bühler* weist zutreffend darauf hin, dass bei Abfindungsklauseln die „Ebene der Gesellschaft“ betroffen ist: Hier zahlt die Gesellschaft die Abfindung, es fließt also Geld aus dem Unternehmen selbst ab. Im Gegensatz dazu handelt

es sich bei Ankaufsrechten um ein Rechtsgeschäft zwischen Gesellschaftern, an dem die Gesellschaft selbst nicht beteiligt ist. Insbesondere passt die Wertung des § 723 Abs. 3 BGB, die ein Verbot von Kündigungsbeschränkungen enthält, hier nicht. Die (preislimitierten) Ankaufsrechte und ihre Wirksamkeit haben damit eine eigene Untersuchung verdient, die der Autor im Folgenden, aufgeteilt in zwei Kapitel, die das anfängliche (Teil C) und das nachträglich eintretende Missverhältnis (Teil D) betreffen, vornimmt.

In Teil C hinterfragt *Bühler* die herrschende Meinung, wobei er starke Betonung auf die Privatautonomie legt und daher zum Ergebnis kommt, ein preislimitiertes Ankaufsrecht könne nicht wegen eines anfänglichen Missverhältnisses sittenwidrig sein. Das Interesse der Gesellschaft an Fortbestand und Erhalt von Liquidität könne hier keine Rolle spielen. Der Gesellschafter könne sein Vermögen auch verschenken, sodass nicht einzusehen sei, warum er nicht – nach entsprechender notarieller Belehrung – ein Ankaufsrecht vereinbaren solle, bei dem als „Risiko- und Spekulationsgeschäft“ zu Beginn nicht klar sei, wem es zugute kommen werde.

Auch für das nachträglich eintretende Missverhältnis bleibt der Autor konsequent bei seiner Verteidigung der Privatautonomie (Teil D). Hier stellt sich das Problem, dass einerseits auf sich ändernde Verhältnisse einzugehen ist, andererseits eine klare Abgrenzung im Einzelfall wünschenswert ist. Auch hier ist nach *Bühler* (S. 288 ff.) die Regelung zu den Abfindungsklauseln nicht übertragbar, da die Interessen der Gesellschaft nicht berührt seien und die Anwendung vom Gesellschafter – anders als bei Abfindungsklauseln – vermieden werden könne (durch Nichtverkauf seines Anteils). Er schlägt hier einen zweigeteilten Ansatz vor: Zunächst ist zu prüfen, ob eine Ausübungskontrolle überhaupt möglich ist oder ob der Gesellschaftsvertrag das Risiko der Verkehrswertentwicklung dem abtretungswilligen Gesellschafter zuweisen wollte. Erst nach Bejahung der Kontrollmöglichkeit soll eine Anpassung erfolgen. Zur Ermittlung klarer Ergebnisse, die er aus Gründen der Rechtssicherheit für geboten hält, kommt der Verfasser zu einer (auf § 242 BGB gestützten) Anpassungsmöglichkeit, wenn der rechnerisch geschuldete Wert 20 % des Verkehrswerts der Anteile nicht erreicht.

Abgeschlossen wird die Arbeit mit Ausführungen zur prozessualen Umsetzung, ausführlichen Hinweisen für die Gestaltung (Teil E, hervorzuheben sind insbesondere auch die

1 BGH, Urteil vom 13.06.1994, II ZR 38/93, NJW 1994, 2536.

– in einer Dissertation nicht unbedingt zu erwartenden – Musterformulierungen, etwa S. 127 ff.) sowie Gedanken zur Übertragbarkeit auf andere Konstellationen (Teil G).

Die Arbeit verdient großes Lob. Sie ist gut lesbar und erleichtert den Überblick durch eine schnell zugängliche Gliederung und zahlreiche Zusammenfassungen der einzelnen Gedankenschritte. Ein Stichwortverzeichnis wäre freilich ebenfalls wünschenswert gewesen, um dem Leser den raschen Zugriff auf einzelne Fragen im doch umfangreichen Werk zu ermöglichen. Einzelne formale Kritikpunkte (etwa ein – ganz vereinzelt – etwas eigenwilliger Gebrauch des Semikolons) sollen zwar nicht verschwiegen werden, fallen aber nicht ins Gewicht. Der ganz unbestreitbare Verdienst der insgesamt sehr lesenswerten Arbeit liegt in der Wahl des für die Gestaltungspraxis äußerst relevanten Themas und in der dogmatischen Erschließung des bisher kaum untersuchten Gebiets der Ankaufsrechte. Die Loslösung von der Dogmatik der Abfindungsklauseln und das Hinterfragen der herrschenden Meinung sollte eine Diskussion über die zutreffende Behandlung von Ankaufsrechten eröffnen, bei der gute Gründe dafür bestehen, hier großzügigere Maßstäbe anzulegen als bei den Abfindungsklauseln. Die Arbeit legt damit die Grundlagen für eine Debatte, die Praxis, Rechtsprechung und Wissenschaft noch längere Zeit beschäftigen dürfte.

Diese Einschätzung wird auch nicht dadurch geschmälert, dass vielleicht nicht jeder Leser der vorgeschlagenen Lösung des Autors folgen wird. Ein erster Gedanke mag dabei rein praktischer Natur sein. Denn auch wenn die weitgehen-

de Gestaltungsfreiheit, für die der Autor plädiert, von seinem Standpunkt aus konsequent ist und mit durchaus überzeugenden Argumenten begründet wird, sollte sich zumindest der Gestalter davor hüten, von dieser Freiheit vollen Gebrauch zu machen. Denn ein Ankaufsrecht zum Preis von null € (auch wenn man dem Verfasser dahin folgen würde, dass dies nicht sittenwidrig sei) könnte seine Aufgabe der Konfliktlösung – das Ausscheiden streitender Gesellschafter zu ermöglichen – nicht mehr erfüllen. Ein solches Ankaufsrecht würde in der Folge dazu führen, dass kein wirtschaftlich denkender Gesellschafter, der sich von den anderen Gesellschaftern trennen will, das Ankaufsrecht auslösen würde. In der Folge würde der Konflikt dann auf anderen Ebenen gelöst – etwa durch Blockaden der eigentlich Ausscheidungswilligen, bis die anderen Gesellschafter ihm doch eine Abfindung für seine Anteile bezahlen. Auf diese Bedenken, dass ein Ausscheidungswilliger zu einem „lästigen Gesellschafter“ werden kann, weist auch *Bühler* selbst hin (S. 124 ff., S. 422 ff.), der es dem Praktiker damit zur Aufgabe macht, von der Gestaltungsfreiheit wohlweislich Gebrauch zu machen. Es muss aber auch die Frage erlaubt bleiben, ob eine solche Einschränkung der späteren Abtretungsmöglichkeiten nicht selbst eine Einschränkung auch der Privatautonomie darstellt und ob § 138 BGB damit tatsächlich in direktem Widerspruch zu diesem Prinzip steht. Hier ist jedoch nicht der Ort dafür, diese Frage zu beantworten. Sie bleibt der wissenschaftlichen Diskussion überantwortet, die zu eröffnen das Verdienst der vorgelegten Dissertation ist. In jedem Fall sind der Arbeit viele Leser zu wünschen.

Thomas Diehn:

## Notarkosten

2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2022. 359 S., 44 €

Von Notar Dr. Johannes Hecht, München

Kann ein „einführendes Lehrbuch“ – als solches wird das Werk in vornehmer hanseatischer Bescheidenheit beworben – eine lohnende Anschaffung für die tägliche notarielle Praxis sein? Freilich eine rhetorische Frage, zumal sein Verfasser – als Bearbeiter des *Korintenberg*, als Autor des Standardwerks „Notarkostenberechnungen“ und als Verantwortlicher des informativen Online-Portals *www.gnotkg.de* exponiertes Mitglied im Who's who des Kostenrechts – in seinem Vorwort zur nunmehr zweiten Auflage der hier besprochenen „Notarkosten“ ebendieses Buch auch Profis als Nachschlagewerk empfiehlt. Dementsprechend richten sich mannigfache Passagen weniger an Einsteiger wie etwa Auszubildende zum Notarfachangestellten als vielmehr unmittelbar an Notare und deren erfahrene Mitarbeiter, die (Detail-)Antworten auf Bewertungsfragen zu komplexeren Urkunden haben. Insoweit ist das Werk von der langjährigen Erfahrung seines Autors als Partner einer Hamburger Notarsozietät geprägt, was sich über die den Beispielfällen zugrunde gelegten Geschäftswerten hinaus unter anderem in den Ausführungen zum Gesellschaftsrecht widerspiegelt: Die deutsch-englische Beurkundung eines grenzüberschreitenden Hinaus-Formwechsels (§ 3 Rdnr. 313 f.) gehört sicherlich nicht zum notariellen Standard-Repertoire. Gleichfalls nicht alltäglich, doch um einiges praxisrelevanter sind bspw. die lehrreichen Darstellungen zum Erwerb einer Eigentumswohnung durch ausländische Staatsangehörige, verbunden mit der Wahl deutschen Güterrechts für den erworbenen Grundbesitz (§ 4 Rdnr. 46), sowie zur unterschiedlichen kostenrechtlichen Beurteilung der Auseinandersetzung einer Bruchteilsgemeinschaft durch Realteilung einerseits und durch Austauschvertrag andererseits (§ 2 Rdnr. 239 ff.), wobei an dieser Stelle ein Hinweis auf die grunderwerbsteuerliche Problematik des kostengünstigeren Austauschvertrags hilfreich wäre.

Ungeachtet des Strebens des Autors nach einer möglichst umfangreichen und abschließenden Darstellung aller notarrelevanten Sachverhalte – einschließlich Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarungen mit Tag-Along/Drag-Along-Klauseln, Call- und Put-Optionen und der Problematik der den Kostenschuldner freilich wenig erfreuenden „Post-Money-Bewertung“ (§ 3 Rdnr. 50 ff.) – macht die bodenständige, prägnante und sprachlich verständliche Darstellung der „Basics“ des GNotKG den wesentlichen Reiz des Werks aus. Sehr gelungen sind in diesem Zusammenhang zum Beispiel die kritischen Auseinandersetzungen mit der kostenrechtlichen Behandlung der Zusammenfassung mehrerer Unterschriftsbeglaubigungen in einem Vermerk (§ 1 Rdnr. 12), zur vorzeitigen Beendigung (§ 1 Rdnr. 39 ff.) und zur Grundschuldübernahme/Abgabe abstrakter Schuldanerkenntnisse im Rahmen eines Grundstückskaufvertrags (§ 2 Rdnr. 102 ff.). Dem Einsteiger ins Kostenrecht kommt bei der Lektüre dieser Passagen in erster Linie die

anschauliche Erläuterung der verschiedenen Problemfelder des GNotKG durch klar und einheitlich gegliederte Beispielfälle zugute. Diese beginnen mit einem kurzen Sachverhalt, an den sich jeweils ein zwar straff, aber vollständig ausformulierter kostenrechtlicher Text einschließlich Bewertung anschließt. Das Konzept *Diehns* unterscheidet sich somit insbesondere vom Aufbau des Streifzugs der Notarkasse, welcher durch eine gesonderte, tabellarische Darstellung der Bewertung mit anschließenden stichpunktartigen Anmerkungen geprägt ist, was freilich dem erfahrenen Leser einen schnellen Überblick verschafft, den Anfänger aber gelegentlich überfordern mag. Gleichsam einsteigerfreundlich ist die Gliederung des Werks nach Themengebieten (zum Beispiel Immobilienrecht, Familienrecht, Erbrecht), denen zur ersten Auseinandersetzung mit der Systematik des GNotKG ein Abschnitt „Grundlagen“ vorangestellt wird. Der erfahrene Anwender kann ergänzend über das umfangreiche Stichwortverzeichnis rasch und gezielt zu einzelnen Problemkreisen vordringen.

Die Kompetenz des Verfassers bis ins Detail zeigt sich schließlich in der Darstellung (vermeintlicher) Nebensächlichkeiten wie den Zusatzgebühren, die neben den sonstigen Gebühren und den Auslagen den Abschluss des Werks bilden: Anhand immerhin acht (!) Beispielen erläutert *Diehn*, in welchen Konstellationen der Notar eine Unzeitgebühr (KV Nr. 26000) zu erheben hat (§ 9 Rdnr. 2 ff.).

Bei allem Lob sei auch der ein oder andere Verbesserungsvorschlag erlaubt – und ausweislich des Vorworts vom Verfasser ausdrücklich erwünscht: Der unterstellte Sachverhalt der Aufspaltung von Bauträgerverträgen in Angebot und Annahme bzw. der kostensparenden Alternative deren Beurkundung vorbehaltlich Nachgenehmigung (§ 2 Rdnr. 179) sollte in der nächsten Auflage unter berufsrechtlichen Gesichtspunkten (§ 14 Abs. 3 BNotO) dahin gehend abgeändert werden, dass sich die Aufgabe des „Zentralnotars“ als bloßer „Vollzugsnotar“ darauf beschränkt, einen bei gleichzeitiger – und seitens des Verbrauchers persönlicher – Anwesenheit beider Vertragsteile von einem anderen Notar beurkundeten Bauträgervertrag (bei dem der Bauträger nicht vollmachtlos, sondern durch einen Bevollmächtigten vertreten wird) zu vollziehen, verbunden mit der spannenden Frage, inwieweit hier die erhöhte Vollzugsgebühr gemäß KV 22120 einschlägig sein kann. In diesem Kontext wäre es gleichsam wünschenswert, die in § 2 Rdnr. 139 kostenrechtlich erläuterte konstitutive Maklerklausel um einen deutlichen Hinweis auf die außerhalb des GNotKG gegen sie erhobenen Bedenken zu ergänzen.

Unter Aktualitätsgesichtspunkten ist das Werk freilich auf dem neuesten Stand: Die Gebührensatzung für das Elektronische Urkundenarchiv (§ 1 Rdnr. 94, § 11 Rdnr. 34 ff.) ist ebenso eingearbeitet wie die Absenkung der XML-Struktur-

datengebühren durch das Kostenrechtsänderungsgesetz 2021 (§ 3 Rdnr. 11). Die Ausführungen zum Wohnungs- und Teileigentum (§ 2 Rdnr. 243 ff.) wurden an das WEMoG angepasst; die überzeugende Ablehnung der Anwendung der KV 14160 Nr. 5 auf die nachträgliche Begründung oder Änderung von Sondernutzungsrechten (§ 2 Rdnr. 264) könnte in der nächsten Auflage um einen Hinweis auf die seit 01.01.2021 geltenden Gebührenbeschränkungen der KV 14160 Nr. 5 2. und 3. Hs. ergänzt werden. Selbstredend wurde in die zweite Auflage die aktuelle Rechtsprechung zum GNotKG eingearbeitet (etwa unter § 7 Rdnr. 4 zu BGH, Beschluss vom 23.01.2020, V ZB 70/19, BeckRS 2020, 6146,

wonach dem Notar für die Beglaubigung einer Unterschrift unter den Antrag zur Löschung mehrerer Grundschulden nur eine Gebühr nach KV Nr. 25101 zustehe), welche vom Autor zudem unter dem eingangs genannten und laufend aktualisieren Portal <http://www.gnotkg.de/rechtsprechung.html> übersichtsweise dargestellt wird.

Vorsorglich beantworte ich die anfangs gestellte rhetorische Frage mit einem abschließenden „Ja“ und empfehle die zweite Auflage der „Notarkosten“ allen Notaren sowohl zum Eigengebrauch als auch zur Weitergabe an ihre Auszubildenden sowie an ihre erfahrenen Mitarbeiter.

**Dagmar Kaiser/Klaus Schnitzler/Roger Schilling/Anne Sanders:**

### **Nomos Kommentar zum BGB – Familienrecht, Band 4**

4. Aufl. Nomos, 2021. 3240 S., 168 €

Von Notarassessor **Stefan Ackermann**, München

Die Reihe der Nomos Kommentare dürfte den meisten Lesern aus Studium und Praxis als allseits hilfreiches Nachschlagewerk bekannt sein. Gegenstand dieser Rezension ist nun die vierte Auflage des vierten Bandes der Reihe, welcher sich eingehend mit dem Familienrecht beschäftigt. Trotz des Titels als BGB-Kommentar umfasst dieses umfangreiche Werk mit seinen 3128 Seiten (ohne Stichwortverzeichnis und Einleitung) neben der Kommentierung der familienrechtlichen Normen des BGB auch Kommentierungen des VersAusglG, des GewSchG und des LPartG. Für diejenigen, die dann immer noch nicht genug haben, halten die Verfasser am Ende des Bandes dann noch einige besondere „Schmankerl“ bereit. Hier finden sich nämlich einige (15) Länderberichte, die in Grundzügen die familienrechtlichen Regelungen verschiedener Länder darstellen. Die behandelten Länder befinden sich größtenteils in räumlicher Umgebung zu Deutschland, ab und an sind aber auch einige etwas weiter entfernte Staaten enthalten (zum Beispiel Iran, Türkei, Syrien und Russland). Leider fehlen einige Nachbarländer Deutschlands, welche typischerweise in der Beratungssituation häufiger vorkommen (zum Beispiel Tschechien und Belgien). Auch die Behandlung des IPR, wie schon vom Kollegen Dr. *Weber* zur Voraufgabe (DNotI-Report 8/2015) angemerkt, geraten in den Ausführungen etwas zu kurz. Nichtsdestotrotz sind diese Länderberichte ein Schatz für jeden Praktiker. Man kann sich in kurzer Zeit einen guten Überblick über die fremde Rechtsordnung verschaffen und die wichtigsten Regelungen zusammentragen, um sich so etwa zur Vorbereitung einer kurzfristigen Besprechung schon fundierte Kenntnisse der jeweiligen Rechtsordnung anzueignen und so die Fragen der Beteiligten zufriedenstellend beantworten zu können. Die Länderberichte umfassen regelmäßig Informationen zu Eherecht (inkl. Güterrecht und Unterhaltsrecht), Kindschaftsrecht und

Namensrecht sowie Regelungen zu landesspezifischen hetero-und/oder homosexuellen Lebensgemeinschaften. Aufgrund der stetig steigenden Anzahl an Beratungsfällen unter Beteiligung mindestens eines ausländischen Ehegatten/Lebenspartners dürfte die Anschaffung dieses Werkes auch außerhalb des Großstadtnotariats eine Investition wert sein.

Das Hauptaugenmerk der Kommentierung liegt natürlich im Kernbereich des Familienrechts, dem BGB, und kann hier auch durchgehend überzeugen. Neue Rechtsprechung wird, soweit mit dem Bearbeitungsschluss vereinbar, berücksichtigt und die Verbindung von Wissenschaft und Praxis gelingt gut, sodass sich auch der Praktiker bei der Arbeit schnell im Kommentar zurechtfindet und Antworten auf seine häufig dringenden Fragen erlangt. Hervorhebungen im Text werden nicht zu häufig verwendet und erhöhen die Übersichtlichkeit sowie das Auffinden besagter Antworten enorm. Das Werk erhält auch praktische Berechnungsformeln (zum Beispiel zur Indexierung (§ 1377 BGB), welche auch die maßgebliche Indextabelle bereits mitliefert), Berechnungsbeispiele (zum Beispiel zur Unterhaltsberechnung beim nachehelichen Unterhalt (§ 1578 BGB)) und instruktive Schaubilder (zum Beispiel § 1578 Rdnr. 4 zur Aufstockung und Herabsetzung von Unterhalt). Auch zu steuerrechtlichen Fragen kann sich der interessierte Kollege im rezensierten Werk einen guten ersten Überblick verschaffen, da das Buch einige „steuerliche Anhänge“ enthält, die etwa die steuerliche Behandlung des Zugewinnausgleichs behandeln. Alles in allem handelt es sich um einen sehr guten Praxiskommentar, der eine Bereicherung für jede Notarbibliothek darstellt und häufig wohl auch den Sprung vom Bibliotheksregal auf den Schreibtisch schaffen wird, sofern er dort nicht bereits steht.



## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

#### ALLGEMEINES

#### 1. Kaufentscheidung aufgrund einer öffentlichen Äußerung des Verkäufers

BGH, Urteil vom 16.07.2021, V ZR 119/20 (Vorinstanz: OLG Hamburg, Urteil vom 14.05.2020, 10 U 30/18)

BGB § 434 Abs. 1 Satz 3

#### LEITSÄTZE:

1. Der Ausnahmefall des § 434 Abs. 1 Satz 3 2. Hs. BGB, wonach der Verkäufer für seine unzutreffende öffentliche Äußerung über Eigenschaften der Kaufsache dann nicht haftet, wenn die Äußerung die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte, liegt nur vor, wenn ein Einfluss der öffentlichen Äußerung auf die Kaufentscheidung nachweislich ausgeschlossen ist.
2. Mit der „Kaufentscheidung“ im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 2. Hs. BGB ist der Abschluss des Kaufvertrags gemeint. Maßgeblich für die Beurteilung, ob eine öffentliche Äußerung des Verkäufers über die Eigenschaft eines Grundstücks die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte, ist deshalb nicht der Zeitpunkt, zu dem der Käufer sich entschlossen hat, das Grundstück zu erwerben, sondern der Zeitpunkt der notariellen Beurkundung des Grundstückskaufvertrags.
3. Nach § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB gehören zu der Sollbeschaffenheit auch die Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers erwarten darf, wozu auch Angaben in einem Exposé zählen (Bestätigung BGH, BeckRS 2019, 29651). (Leitsatz der Schriftleitung)

#### SACHVERHALT:

1 Mit notariellem Kaufvertrag vom 23.10.2015 erwarb die Drittwiderbeklagte (nachfolgend: Käuferin) von der Beklagten zu 1, deren Gesellschafter der Beklagte zu 2 ist, zwei jeweils mit einem Mehrfamilienhaus bebaute Grundstücke zu einem Preis von 1,5 Mio. € unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel. In dem Kaufvertrag heißt es, dem Käufer sei bekannt, dass das Kaufobjekt seit ca. drei Jahren entmietet und ohne Heizung sei und dass pro Gebäude nur vier Wohneinheiten genehmigungsfähig seien.

2 Über das Objekt war ein Exposé erstellt worden, in dem es als „solide (...) Wohnanlage zum Sanieren oder Neuentwickeln“, bestehend aus zwei Mehrfamilienhäusern, die über acht bezugsfreie Wohneinheiten zuzüglich Ausbaureserve im Dachgeschoss verfügten, bezeichnet wurde. Mit E-Mail vom 11.10.2015 erklärte die Käuferin nach Besichtigung der Grundstücke gegenüber dem Nebenintervenienten, der Makler ist, das Objekt erwerben zu wollen. Am 14.10.2015 teilte der Nebenintervenient der Käuferin mit, die Eigentümerin habe das Kaufangebot angenommen. Anschließend übersandte er ihr das Exposé und die Visualisierung einer ursprünglich von der Beklagten zu 1 geplanten Umbaumaßnahme (Neubau eines Doppelhauses, Sanierung von zwei Mehrfamilienhäusern mit je vier Wohnungen und Ausbau des Dachgeschosses). Die dafür im Au-

gust 2012 befristet auf drei Jahre erteilte Baugenehmigung war inzwischen abgelaufen, wovon die Käuferin Kenntnis hatte.

3 Gestützt auf die Behauptung, die Angaben in dem Exposé und der Visualisierung seien bewusst wahrheitswidrig erfolgt, dem Beklagten zu 2 sei durch eine Mitarbeiterin des Bauamts bereits Anfang 2015 mitgeteilt worden, dass ein Ausbau des Dachgeschosses und ein Umbau gemäß der Visualisierung nicht genehmigungsfähig seien, verlangt die Klägerin aus abgetretenem Recht der Käuferin von den Beklagten Schadensersatz i. H. v. 600.000 €. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

4 I. Das Berufungsgericht verneint eine Haftung der Beklagten zu 1 aus §§ 437, 441, 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und Satz 3 BGB. Auf das Exposé könne ein Schadensersatzanspruch nicht gestützt werden, weil das Grundstück den darin gemachten Angaben entsprochen habe. Ob die Visualisierung eine öffentliche Äußerung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB darstelle, könne dahinstehen. Sie begründe jedenfalls deshalb keinen Sachmangel, weil sie den Kaufentschluss nicht habe beeinflussen können. Die Käuferin sei im Zeitpunkt, zu dem ihr die Visualisierung übersandt worden sei, bereits entschlossen gewesen, das Grundstück zu erwerben. Das ergebe sich aus ihrer E-Mail vom 11.10.2015. Ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragschluss bestehe ebenfalls nicht. Es könne offenbleiben, ob die Beklagte zu 1 bzw. Dritte in ihrem Namen und Auftrag in dem Zeitraum vom 14. bis 23.10.2015 bewusst wahrheitswidrige Angaben über das Grundstück gemacht hätten. Eine Täuschung wäre für den Vertragsschluss nicht kausal geworden, weil die Kaufentscheidung bereits am 11.10.2015 gefallen gewesen sei. Aus demselben Grund sei ein Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 2 aus § 826 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB nicht gegeben.

5 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

6 1. Zutreffend und von der Revision nicht angegriffen nimmt das Berufungsgericht allerdings an, dass sich aus der Regelung in dem Kaufvertrag, wonach der Käuferin bekannt sei, dass pro Gebäude (nur) vier Wohneinheiten genehmigungsfähig seien, keine Beschaffenheitsvereinbarung ergibt.

7 2. Mit der gegebenen Begründung kann der Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz gemäß § 434 Abs. 1 Satz 3, § 437 Nr. 3, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 und 3 BGB i. V. m. § 398 BGB gegen die Beklagte zu 1 jedoch nicht verneint werden.

8 a) Nach § 434 Abs. 1 Satz 3 gehören zu der Sollbeschaffenheit auch die Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers erwarten darf, wozu auch Angaben in einem Exposé zählen (vgl. Senat, Urteil vom 09.02.2018, V ZR 274/16, NJW 2018, 1954 Rdnr. 17 m. w. N.; Beschluss vom 10.10.2019, V ZR 4/19, NJW-RR

2020, 121 Rdnr. 14). Ob die sog. Visualisierung, bei der es sich um eine bildliche Darstellung der Bebauungsmöglichkeit für das gekaufte Grundstück handeln dürfte, ebenfalls eine öffentliche Äußerung der Beklagten zu 1 im Sinne dieser Vorschrift darstellt, weil sie für einen nicht von vorneherein fest bestimmten Personenkreis bestimmt war (vgl. BeckOK-BGB/*Faust*, Stand: 01.05.2021, § 434 Rdnr. 84; MünchKomm-BGB/*Westermann*, 8. Aufl., § 434 Rdnr. 28; Staudinger/*Matusche-Beckmann*, Neub. 2013, § 434 Rdnr. 99), hat das Berufungsgericht offengelassen und ist zugunsten der Klägerin zu unterstellen. Die Käuferin konnte deshalb aus objektiver Sicht erwarten, dass sie das Kaufobjekt entsprechend der Visualisierung sanieren konnte.

**9 b)** Rechtsfehlerhaft nimmt das Berufungsgericht an, die Haftung der Beklagten zu 1 wegen des Inhalts der Visualisierung sei nach § 434 Abs. 1 Satz 3 2. Hs. BGB deshalb ausgeschlossen, weil sie die Kaufentscheidung der Käuferin nicht habe beeinflussen können.

**10 aa)** Nach § 434 Abs. 1 Satz 3 2. Hs. BGB gehören Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann, allerdings nicht zu der Beschaffenheit nach § 434 Abs. 2 Nr. 2 BGB, wenn sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

**11 (1)** Dieser Ausnahmefall liegt vor, wenn die Äußerung für die Willensbildung des Käufers nicht maßgeblich sein konnte; die Beweislast hierfür liegt bei dem Verkäufer (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 215; BGH, Urteil vom 17.03.2010, VIII ZR 253/08, NJW-RR 2010, 1329 Rdnr. 17). Der dem Verkäufer obliegende Beweis ist schwieriger zu führen als derjenige bloß fehlender Kausalität (vgl. MünchKomm-BGB/*Westermann*, § 434 Rdnr. 35; NK-BGB/*Büdenbender*, 4. Aufl., § 434 Rdnr. 53; *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 233, 239; so auch *Erman/Grunewald*, BGB, 16. Aufl., § 434 Rdnr. 29: „abgeschwächte Kausalität genügt“). Denn der Käufer, der eine öffentliche Äußerung des Verkäufers über eine bestimmte Eigenschaft des Kaufgegenstands, über die eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht zustande gekommen ist, seiner Kaufentscheidung zugrunde legt, muss – den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entsprechend (Art. 2 Abs. 2 lit. d der RL 1999/44/EG) – auf die inhaltliche Richtigkeit der öffentlichen Äußerung vertrauen können (BT-Drucks. 14/6040, S. 214). Des Vertrauensschutzes bedarf der Käufer nur dann nicht, wenn seine Kaufentscheidung nicht beeinflusst wurde. Das bedeutet, dass ein Einfluss der öffentlichen Äußerung des Verkäufers auf die Kaufentscheidung ausgeschlossen sein muss (OLG Saarbrücken, OLGR 2007, 645, 646; jurisPK-BGB/*Pammler*, 9. Aufl., § 434 Rdnr. 137; *Palandt/Weidenkaff*, 80. Aufl., § 434 Rdnr. 39). Der Ausnahmefall des § 434 Abs. 1 Satz 3 2. Hs. BGB, wonach der Verkäufer für seine unzutreffende öffentliche Äußerung über Eigenschaften der Kaufsache dann nicht haftet, wenn diese die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte, liegt deshalb nur vor, wenn ein Einfluss der öffentlichen Äußerung auf die Kaufentscheidung nachweislich ausgeschlossen ist. Für die Beeinflussung der Kaufentscheidung genügt es, dass der Käufer die öffentliche Äußerung in seine Abwägung für und gegen den Kauf einbezogen hat (vgl.

BeckOK-BGB/*Faust*, § 434 Rdnr. 90; *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 233, 239).

**12 (2)** Ob eine öffentliche Äußerung des Verkäufers die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte, unterliegt tatrichterlicher Würdigung und ist etwa dann anzunehmen, wenn die öffentliche Äußerung bei Vertragsschluss noch nicht vorlag (vgl. BGH, Urteil vom 17.03.2010, VIII ZR 253/08, NJW-RR 2010, 1329 Rdnr. 17; OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.08.2008, 1 U 238/07, juris Rdnr. 24) oder sie zwar vorlag, der Käufer sie aber nicht kannte (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 06.09.2017, 4 U 105/17, juris Rdnr. 63; Staudinger/*Matusche-Beckmann*, § 434 Rdnr. 112), oder wenn es dem Käufer bei dem Vertragsschluss allein auf eine Beschaffenheit oder einen Verwendungszweck ankam, für den die in der öffentlichen Äußerung behandelten Umstände ohne Bedeutung waren (BeckOK-BGB/*Faust*, § 434 Rdnr. 90 m. w. N.; *Erman/Grunewald*, BGB, § 434 Rdnr. 29; jurisPK-BGB/*Pammler*, § 434 Rdnr. 137; NK-BGB/*Büdenbender*, § 434 Rdnr. 53; MünchKomm-BGB/*Westermann*, § 434 Rdnr. 35; *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 233, 238; *Haas*, BB 2001, 1313, 1314; a. A. *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl., § 2 Rdnr. 73).

**13 bb)** Dabei ist mit der „Kaufentscheidung“ im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 2. Hs. BGB der Abschluss des Kaufvertrags gemeint. Maßgeblich für die Beurteilung, ob eine öffentliche Äußerung des Verkäufers über eine Eigenschaft des Grundstücks die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte, ist deshalb entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht der Zeitpunkt, zu dem der Käufer sich entschlossen hat, das Grundstück zu erwerben, sondern der Zeitpunkt der notariellen Beurkundung des Grundstückskaufvertrags. Bei getrennten Urkunden über Angebot und Annahme (§ 128 BGB) kommt es auf die notarielle Beurkundung des bindenden Angebots des Käufers zum Erwerb des Grundbesitzes an.

**14 (1)** Ist der Käufer zu dem Kauf entschlossen, der Kaufvertrag aber noch nicht geschlossen, ist eine Kaufentscheidung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 2. Hs. BGB noch nicht gegeben. Im Rahmen der Privatautonomie hat nämlich jede Partei bis zum Vertragsabschluss das Recht, von dem in Aussicht genommenen Vertrag Abstand zu nehmen (Senat, Urteil vom 13.10.2017, V ZR 11/17, ZfIR 2018, 98 Rdnr. 5; BGH, Urteil vom 22.02.1989, VIII ZR 4/88, ZIP 1989, 514, 515). Bis zum Abschluss des Kaufvertrags ist der Käufer frei, den Vertrag zu schließen oder nicht.

**15 (2)** Das wird bei einem Grundstückserwerb besonders deutlich. Der Grundstückskaufvertrag kommt erst mit der notariellen Beurkundung zustande (§ 311b Abs. 1 Satz 1 BGB). Bis dahin sind die späteren Vertragsparteien nicht gebunden und können von dem Abschluss des Grundstückskaufvertrags noch im Notartermin Abstand nehmen, ohne sich – von dem Ausnahmefall einer besonders schwerwiegenden Treuepflichtverletzung abgesehen – schadensersatzpflichtig zu machen (Senat, Urteil vom 13.10.2017, V ZR 11/17, ZfIR 2018, 98 Rdnr. 5 ff.; Urteil vom 09.11.2012, V ZR 182/11, NJW 2013, 928 Rdnr. 8). Das zeigt, dass der Käufer bis zu der notariellen Beurkundung des Vertrags durch öffentliche Äußerungen des Verkäufers über Eigenschaften



der Kaufsache bei seiner Entscheidung, den Kaufvertrag zu schließen oder nicht, beeinflusst werden kann. Anders als das Berufungsgericht meint, waren deshalb auch Angaben zur Bebaubarkeit des Grundstücks, die nach der E-Mail der Klägerin vom 11.10.2015 gemacht wurden, geeignet, ihre Kaufentscheidung zu beeinflussen.

**16 c)** Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts lässt sich auf der Grundlage des Sachvortrags der Klägerin auch nicht ein Sachmangel aufgrund der im Exposé gemachten Angaben verneinen (§ 434 Abs. 1 Satz 3 BGB; zum Maklerexposé vgl. Senat, Urteil vom 19.01.2018, V ZR 256/16, ZfIR 2018, 395 Rdnr. 10). Nach dem Inhalt des Exposés, wonach es sich um ein sanierungsfähiges Objekt, bestehend aus zwei Mehrfamilienhäusern mit acht bezugsfreien Wohneinheiten handele, konnte die Käuferin erwarten, dass eine Sanierung der Mehrfamilienhäuser mit insgesamt acht Wohnungen möglich war. Sollten stattdessen, wie die Klägerin geltend macht, nur Zweifamilienhäuser, also insgesamt nur vier Wohneinheiten, genehmigungsfähig sein, entspricht die Kaufsache nicht der Sollbeschaffenheit.

**17 3.** Ebenfalls rechtsfehlerhaft sind die Erwägungen des Berufungsgerichts, mit denen es einen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu 1 unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss (§ 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 und 3, § 241 Abs. 2 BGB i. V. m. § 398 BGB) verneint.

**18** Richtig ist zwar, dass ein solcher Anspruch – der neben der Haftung für Sachmängel gegeben ist, wenn der Verkäufer den Käufer über die Beschaffenheit der Sache arglistig getäuscht hat (vgl. Senat, Urteil vom 27.03.2009, V ZR 30/08, BGHZ 180, 205 Rdnr. 19 ff.) – voraussetzt, dass die Pflichtverletzung des Verkäufers für den Kaufabschluss kausal war (vgl. Senat, Urteil vom 17.11.1978, V ZR 210/74, WM 1979, 235, 236; anders im Rahmen von § 444 BGB, vgl. Senat, Urteil vom 15.07.2011, V ZR 171/10, BGHZ 190, 272 Rdnr. 13). Mit Kaufabschluss unter dem Gesichtspunkt der Kausalität ist aber, anders als das Berufungsgericht meint, ebenfalls der Vertragsschluss gemeint. Die Kausalität muss zwischen der Pflichtverletzung und dem Vertragsschluss bestehen (vgl. Senat, Urteil vom 15.07.2016, V ZR 168/15, BGHZ 211, 216 Rdnr. 8 f.). Geht es, wie hier, um einen Grundstückskaufvertrag, kann eine Pflichtverletzung des Verkäufers aus den oben genannten Gründen (vgl. Rdnr. 14 und 15) bis zu der notariellen Beurkundung des Kaufvertrags in der Weise kausal sein, dass sie den Käufer darin hindert, von seiner (vorläufigen) Kaufentscheidung Abstand zu nehmen und den Kaufvertrag nicht abzuschließen. Das Berufungsgericht durfte deshalb nicht offenlassen, ob die Beklagte zu 1 bzw. deren Hilfspersonen vor Vertragsschluss vorsätzlich falsche Angaben zu der Sanierungsmöglichkeit bzw. Bebaubarkeit des Grundstücks gemacht haben.

**19 4.** Aus denselben Gründen halten die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht den auf § 826, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB, § 398 BGB gestützten Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 2 verneint, rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Kausalität eventuell in der Zeit vom 14. bis 23.10.2015 vorsätzlich falsch gemachter Angaben des Beklagten zu 2 über die Möglichkeit, die Gebäude mit je vier Wohnungen zu sanieren, kann nicht des-

halb verneint werden, weil der Käufer zu diesem Zeitpunkt bereits den Entschluss getroffen hatte, das Grundstück zu erwerben.

**20 5.** Das Berufungsurteil erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Die bei der Käuferin durch das Exposé und die Visualisierung geweckte Vorstellung, im Rahmen der Sanierung jeweils vier Wohneinheiten schaffen und das Dachgeschoss ausbauen zu können, hat die Beklagte zu 1 nicht dadurch wieder beseitigt, dass sie der Käuferin mitgeteilt hat, das Kaufobjekt sei entmietet und ohne Heizung und die Baugenehmigung sei abgelaufen. Wusste die Beklagte zu 1 – was die Klägerin unter Beweisantritt vorgebracht und wozu das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat – aufgrund der Mitteilung des Bezirksamts, dass das Objekt nicht (mehr) entsprechend der Visualisierung bzw. den Angaben im Exposé bebaut werden durfte, war sie verpflichtet, die Käuferin darauf hinzuweisen.

**21 III.** Die Revision hat somit Erfolg. Das Berufungsurteil war im tenorierten Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Entscheidung reif, weil weitere Feststellungen zu treffen sind. Sie ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

**22 1.** Das Berufungsgericht wird dem Vortrag der Klägerin zu der baurechtlichen Unzulässigkeit des Umbaus des Kaufobjekts entsprechend den Angaben in dem Exposé und der Visualisierung sowie zu der Arglist der Beklagten zu 1 und dem Vorsatz des Beklagten zu 2 nachzugehen haben. Eine Kenntnis des Beklagten zu 2 müsste sich die Beklagte zu 1 zurechnen lassen, wenn er deren Verhandlungsführer gewesen ist (§ 166 BGB analog; vgl. Senat, Urteil vom 07.03.2003, V ZR 437/01, NJW-RR 2003, 989, 990). Auf den in dem Kaufvertrag vereinbarten allgemeinen Haftungsausschluss, der auch die nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB zu erwartenden Eigenschaften eines Grundstücks erfasst (vgl. Senat, Urteil vom 22.04.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150 Rdnr. 12, 18; Urteil vom 25.01.2019, V ZR 38/18, NJW 2019, 2380 Rdnr. 21 m. w. N.), kann die Beklagte zu 1 sich nur dann mit Erfolg berufen, wenn sie nicht arglistig gehandelt hat (§ 444 BGB). Andernfalls kommt auch ein Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss in Betracht (vgl. Senat, Urteil vom 27.03.2009, V ZR 30/08, BGHZ 180, 205 Rdnr. 19 ff.).

**23 2.** Waren die Angaben über die Sanierungsfähigkeit der Kaufsache in dem Exposé bzw. in der sog. Visualisierung, sollte es sich bei letzterer um eine öffentliche Äußerung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB handeln, unzutreffend, haftet die Beklagte zu 1 auch bei Arglist dann nicht, wenn ausgeschlossen ist, dass die Angaben Einfluss auf die Kaufentscheidung der Käuferin haben konnten (§ 434 Abs. 1 Satz 3 2. Hs. BGB). Das hätte die Beklagte zu 1 darzulegen und zu beweisen. Entsprechendes gilt für eine Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss aufgrund der nach Darstellung der Klägerin unterbliebenen Aufklärung über die Mitteilungen des Bauamts bzw. vorsätzlich wahrheitswidriger Äußerungen seitens der Verkäuferin.

## 2. Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Grundstücksübertragungsvertrag mit Pflegeverpflichtung

BGH, Urteil vom 09.07.2021, V ZR 30/20 (Vorinstanz: OLG Hamm, Urteil vom 17.01.2019, I-22 U 97/17)

BGB § 313 Abs. 1 und 3

### LEITSÄTZE:

1. Bei einem Übertragungsvertrag mit Pflegevereinbarung unter Geschwistern ist die dauerhafte, von gegenseitigem Vertrauen der Parteien getragene Beziehung im Zweifel Geschäftsgrundlage des Vertrags. Ist das Verhältnis zwischen dem Übertragenden und dem Übernehmenden heillos zerrüttet, führt dies – vorbehaltlich vertraglicher Vereinbarungen – zu dem Wegfall der Geschäftsgrundlage. Der Übertragende kann die Rechte aus § 313 BGB geltend machen, es sei denn, die Zerrüttung ist eindeutig ihm allein anzulasten.
2. Bei dem Wegfall der Geschäftsgrundlage eines Grundstücksübertragungsvertrags mit Wohnrechtsgewährung und Pflegeverpflichtung besteht ein Rückübertragungsanspruch, wenn eine Vertragsanpassung nicht möglich ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

### SACHVERHALT:

1 Mit notariellem Vertrag vom 20.11.2013 übertrug der 1944 geborene Kläger, der zuvor einen schweren Herzinfarkt erlitten hatte, sein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück auf die Beklagte, seine Schwester. Als Gegenleistung bestellte diese dem Kläger ein Wohnrecht an bestimmten Räumen des Hauses und verpflichtete sich, ihn lebenslang zu betreuen und zu pflegen. Die Beklagte wurde als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen und bezog das Haus zusammen mit ihrem Ehemann, ihrer Tochter und ihrem Schwiegersohn. In der Folgezeit kam es zu Streitigkeiten zwischen den Parteien. Ab Februar oder März 2014 erbrachte die Beklagte keine Pflegeleistungen mehr. Im März 2014 erklärte der Kläger den Rücktritt von dem Vertrag, weil die Beklagte von ihm Miete verlange und ihn bedrängt und genötigt habe.

2 Der Kläger nimmt die Beklagte, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, auf Rückübertragung des Grundstücks in Anspruch. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger den Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

### AUS DEN GRÜNDEN:

3 I. Das Berufungsgericht meint, der Kläger habe keinen Anspruch auf Rückübertragung des Grundstücks gemäß § 323 Abs. 1 BGB. Zwar habe die Beklagte die im Gegenseitigkeitsverhältnis zu der Grundstücksübertragung stehende Pflegeverpflichtung nicht mehr erfüllt. Der Kläger hätte aber von der Beklagten unter Fristsetzung konkrete Pflegeleistungen verlangen müssen. Daran fehle es. Eine Rückabwicklung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 3 BGB scheidet ebenfalls aus. Da der Kläger in erheblicher Weise die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Belange der Beklagten verletzt habe, sei der Rücktritt vom Vertrag nicht zur Vermeidung

untragbarer, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbarer Folgen geboten. Vielmehr erscheine es unbillig, wenn das schuldhaft pflichtwidrige Handeln des Klägers diesem die Möglichkeit eröffne, sich von dem Vertrag zu lösen.

4 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

5 1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kommt es für den geltend gemachten Rückübertragungsanspruch auf die Erwägungen zu § 323 Abs. 1 BGB nicht an. Der Vertrag, in dem der Kläger der Beklagten das Grundstück übertragen und diese dafür eine Pflegeverpflichtung übernommen hat, ist zwar ein gegenseitiger Vertrag, auf den die Regelungen der §§ 320 ff. BGB anwendbar sind. Die Vorschrift des § 323 Abs. 1 BGB ist aber dennoch für das Verlangen des Klägers auf Rückübertragung des Grundstücks nicht einschlägig. Der Kläger hat den Rücktritt nämlich nicht darauf gestützt, dass die Beklagte die geschuldeten Pflegeleistungen seit Februar oder März 2014 nicht mehr erbringt. Er macht vielmehr geltend, es sei ihm aufgrund eines heilloosen Zerwürfnisses nicht länger zumutbar, Pflegeleistungen der Beklagten anzunehmen. Dass zwischen den Parteien ein tiefgreifendes Zerwürfnis besteht, ist für das Revisionsverfahren zugunsten des Klägers zu unterstellen. Ist Grundlage des Anspruchs des Klägers auf Rückübertragung aber nicht die Nicht- oder Schlechtleistung der Pflege, sondern die Unzumutbarkeit der persönlichen Leistungen durch die Beklagte, bestimmt sich die Frage, ob ein Anspruch auf Rückübertragung des Grundstücks besteht, nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 3 BGB (vgl. auch Senat, Urteil vom 01.02.2002, V ZR 61/01, NJW-RR 2002, 853, 854).

6 2. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann der Anspruch des Klägers auf Rückübertragung des Grundstücks gemäß § 313 Abs. 3 BGB nicht verneint werden.

7 Der Anspruch auf Rückübertragung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage des Grundstücksübertragungsvertrags mit Pflegeverpflichtung kommt nicht nur in Betracht, wenn dies zur Vermeidung „untragbarer, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbarer Folgen unabweisbar erscheint“. Soweit das Berufungsgericht zur Begründung seiner Rechtsansicht auf Rechtsprechung des BGH verweist (vgl. BGH, Urteil vom 11.04.2000, X ZR 246/98, juris Rdnr. 33), übersieht es, dass diese zu der früheren Rechtslage ergangen ist. Die durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001 (BGBl. I, S. 3138) eingeführte Vorschrift des § 313 Abs. 3 BGB sieht bei Wegfall der Geschäftsgrundlage die Rechtsfolge der Auflösung des Vertrags nunmehr dann vor, wenn eine Anpassung nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar ist (§ 313 Abs. 3 BGB). Die Auflösung des Vertrags hat durch Rücktritt oder Kündigung zu erfolgen, je nachdem, ob das Schuldverhältnis rückwirkend oder – wie etwa ein Dauerschuldverhältnis – nur für die Zukunft beseitigt werden kann (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 176 unter Hinweis auf Senat, Urteil vom 12.06.1987, V ZR 91/86, BGHZ 101, 143, 150). Sie ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht auf „Extremfälle“ beschränkt. Dass bei dem Wegfall der Geschäftsgrundlage

eines Grundstücksübertragungsvertrags mit Wohnrechtsgewährung und Pflegeverpflichtung ein Rückübertragungsanspruch besteht, wenn eine Vertragsanpassung nicht möglich ist, hat der Senat im Übrigen auch unter Geltung des alten Rechts angenommen (vgl. Urteil vom 24.10.2003, V ZR 24/03, NJW-RR 2004, 229, 230 und Urteil vom 23.09.1994, V ZR 113/93, NJW-RR 1995, 77, 78).

**8 3.** Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig.

**9** Ohne Erfolg macht die Revisionserwiderung geltend, das Risiko der Zerrüttung sei dem Kläger deshalb zugewiesen, weil für ihn in § 7 des Übertragungsvertrags bestimmte Rücktrittsgründe vereinbart sind (Veräußerung oder Belastung des Grundstücks ohne Zustimmung des Klägers; Vorversterben und wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Beklagten), zu denen das Zerwürfnis zwischen ihm und der Beklagten nicht gehört. Richtig ist zwar, dass für die Berücksichtigung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage kein Raum ist, wenn sich damit ein Risiko verwirklicht hat, das nach der vertraglichen Regelung in den Risikobereich der betroffenen Partei fällt (vgl. Senat, Urteil vom 23.05.2014, V ZR 208/12, NJW 2014, 3439 Rdnr. 22; Urteil vom 01.06.1979, V ZR 80/77, BGHZ 74, 370, 373; BGH, Urteil vom 25.02.1993, VII ZR 24/92, BGHZ 121, 378, 392). Eine Übernahme des Risikos der Zerrüttung durch den Kläger liegt aber nicht schon darin, dass die Parteien für diesen Fall ein vertragliches Rücktrittsrecht nicht vereinbart haben. Die Aufzählung der Rücktrittsgründe in § 7 des Übertragungsvertrags ist nicht in dem Sinne abschließend, dass der Kläger bei heilloser Zerrüttung des Verhältnisses zu seiner Schwester nicht nach § 313 Abs. 3 BGB zurücktreten könnte. Für diesen Fall haben die Parteien vielmehr gerade keine Regelung getroffen, weil sie ihn erkennbar nicht bedacht haben. Das Ergebnis, dass der Kläger das Risiko der Zerrüttung zu tragen hätte, ließe sich auch nicht aus einer ergänzenden Vertragsauslegung herleiten. Zwar hat diese Vorrang vor den Regelungen über die Störung der Geschäftsgrundlage (vgl. BGH, Urteil vom 17.05.2018, VII ZR 157/17, NJW 2018, 2469 Rdnr. 36 m. w. N.). Es sind aber keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass die Parteien – hätten sie die Möglichkeit der Zerrüttung ihres Verhältnisses bedacht – das Risiko einer solchen Entwicklung allein dem Kläger zugewiesen hätten.

**10 III.** Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben, soweit es mit der Revision angegriffen worden ist. In diesem Umfang ist es aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsstreit ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da er nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO). Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

**11 1.** Bei einem Übertragungsvertrag mit Pflegevereinbarung unter Geschwistern ist die dauerhafte, von gegenseitigem Vertrauen der Parteien getragene Beziehung im Zweifel Geschäftsgrundlage des Vertrags. Ist das Verhältnis zwischen dem Übertragenden und dem Übernehmenden heillos zerrüttet, führt dies – vorbehaltlich vertraglicher Vereinbarungen – zu dem Wegfall der Geschäftsgrundlage. Dafür kommt es nicht darauf an, welche Vertragspartei welchen

Anteil an dem Zerwürfnis trägt. In der Regel tragen nämlich beide Vertragsparteien ihren Anteil daran und es lässt sich auch durch eine Beweisaufnahme kaum aufklären, ob der Anteil des einen oder des anderen überwiegt. Grund für den Wegfall der Geschäftsgrundlage ist die eingetretene Zerrüttung, die ein Festhalten an dem Vertrag unzumutbar macht.

**12 2.** Der Übertragende kann in diesem Fall die Rechte aus § 313 BGB geltend machen, es sei denn, die Zerrüttung ist eindeutig ihm allein anzulasten.

**13 a)** Es ist anerkannt, dass sich die betroffene Partei auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage nach Treu und Glauben nicht berufen kann, wenn sie nicht schutzwürdig ist (vgl. MünchKomm-BGB/*Finkenauer*, 8. Aufl., § 313 Rdnr. 75; Palandt/*Grüneberg*, 80. Aufl., § 313 Rdnr. 22, jeweils mit Rechtsprechungsnachweisen). Dafür reicht es bei einem Übertragungsvertrag mit Pflegeverpflichtung jedoch nicht aus, dass der Übertragende überhaupt zu dem Zerwürfnis beigetragen hat oder dass dieses ihm in stärkerem Maße zurechenbar ist als dem Übernehmenden. Weil typischerweise beide Vertragsparteien mit ihrem Verhalten zu der Zerrüttung des Verhältnisses beitragen und ein eindeutiger Schwerpunkt der Verursachung hierfür auch durch eine Beweisaufnahme regelmäßig nicht bestimmt werden kann, ist dem Übertragenden das Festhalten an dem Vertrag trotz der Zerrüttung nur dann zumutbar, wenn feststeht, dass ihm diese ausnahmsweise allein anzulasten ist.

**14 b)** Für diesen Ausnahmefall ist die Beklagte darlegungs- und beweispflichtig. Für die Umstände, auf die die Anwendung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gestützt werden soll, trägt zwar derjenige die Darlegungs- und Beweislast, der sich darauf beruft (vgl. Senat, Urteil vom 08.11.2002, V ZR 398/01, NJW 2003, 510). Steht bei einem Grundstücksübertragungsvertrag mit Pflegevereinbarung aber fest, dass das Verhältnis der Beteiligten zerrüttet ist, muss der Übernehmende die für ihn günstige Tatsache darlegen und beweisen, dass der Übertragende sich ausnahmsweise nicht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen kann (zur Beweislast bei § 323 Abs. 6 BGB vgl. MünchKomm-BGB/*Ernst*, § 323 Rdnr. 293; Staudinger/*Schwarze*, Neub. 2020, § 323 Rdnr. E 9).

**15 3.** Sollten danach die Voraussetzungen für den Wegfall der Geschäftsgrundlage gegeben sein, hat das Berufungsgericht – auf der Grundlage des ggf. noch zu ergänzenden Sachvortrags der Parteien – zu prüfen, ob der Kläger die Auflösung des Vertrags verlangen kann, weil ihm die vorrangige Vertragsanpassung nicht möglich oder ihm bzw. der Beklagten nicht zumutbar ist (§ 313 Abs. 3 Satz 1 BGB). Als eine solche vorrangige Vertragsanpassung könnte eine Zahlung in Geld durch die Beklagte anstelle der Sach- und Dienstleistungen in Betracht kommen, entweder in Form einer Rentenzahlung, wenn sie gesichert ist (vgl. Senat, Urteil vom 20.03.1981, V ZR 152/79, WM 1981, 657; Urteil vom 23.09.1994, V ZR 113/93, NJW-RR 1995, 77, 78; Urteil vom 01.02.2002, V ZR 61/01, NJW-RR 2002, 853, 854; zur Sicherung einer Leibrente durch Reallast vgl. BayObLG, DNotZ 1980, 94, 95) oder in Form eines Kapitalbetrags, was die Zahlung eines „nachträglichen Kaufpreises“ bedeuten wür-

de. Dabei wäre ggf. zu berücksichtigen, ob, was in der mündlichen Revisionsverhandlung zur Sprache gekommen ist, auch das Wohnrecht des Klägers durch eine Geldzahlung abgegolten werden müsste, weil das Verhältnis zwischen den Parteien derart zerrüttet sein könnte, dass es ihm nicht mehr zumutbar ist, mit der Beklagten unter einem Dach zusammenzuleben.

16 Sollte eine Vertragsanpassung in Form von Geldleistungen nicht möglich bzw. dem Kläger wegen der finanziellen Verhältnisse der Beklagten nicht zumutbar sein, könnte er die Rückübertragung des zugewendeten Eigentums an dem Hausgrundstück von der Beklagten verlangen (§ 313 Abs. 3 BGB; vgl. auch Senat, Urteil vom 23.09.1994, V ZR 113/93, NJW-RR 1995, 77, 78 m. w. N.). Das bedeutete nicht die Entstehung eines Rückgewährschuldverhältnisses nach § 346 BGB (§ 313 Abs. 3 Satz 1 BGB), sondern, weil der Vertrag wegen der Pflegeverpflichtung Elemente eines Dauer-schuldverhältnisses enthält (§ 313 Abs. 3 Satz 2 BGB), die Auflösung des Vertrags mit Wirkung ex nunc mit der Folge, dass die Beklagte das Grundstück zurückzuübertragen hätte und von ihrer Pflegeverpflichtung befreit würde (vgl. Senat, Urteil vom 23.09.1994, V ZR 113/93, a. a. O.).

17 Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass nur die Auflösung des Vertrags in Betracht kommt, weil die vorrangige Anpassung nicht möglich ist, trägt der Kläger (vgl. BeckOGK-BGB/Martens, Stand: 01.04.2021, § 313 Rdnr. 162).

### 3. Zum Notwegrecht, insbesondere der Notwendigkeit der Verbindung mit einem öffentlichen Weg

BGH, Urteil vom 16.04.2021, V ZR 85/20 (Vorinstanz: OLG Schleswig, Urteil vom 02.04.2020, 13 U 9/14)

BGB § 917 Abs. 1 Satz 1, § 1019

#### LEITSÄTZE:

1. Ein Notwegrecht nach § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB kommt nicht in Betracht, wenn der Eigentümer des verbindungslosen Grundstücks eine Zufahrt zu diesem in zumutbarer Weise über ein anderes, in seinem Eigentum stehendes Grundstück errichten kann; in diesem Fall kann das Notwegrecht allenfalls befristet und längstens bis zur Herstellung der anderweitigen Verbindung mit dem öffentlichen Weg zugesprochen werden.
2. Erfordert die Errichtung einer Zufahrt zu dem verbindungslosen Grundstück eine Befreiung von den Festsetzungen eines Bebauungsplans und kommt in Betracht, dass der Eigentümer einen öffentlichrechtlichen Anspruch auf deren Erteilung hat, ist es ihm grundsätzlich zuzumuten, diesen gerichtlich durchzusetzen; ob eine solche Klage vor den Verwaltungsgerichten hinreichende Aussicht auf Erfolg hat, muss das Zivilgericht bei der Entscheidung über das Be-

stehen des Notwegrechts in eigener Zuständigkeit prüfen.

3. Ein durch eine Grunddienstbarkeit gesichertes Wegerecht gewährt dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks einen Vorteil im Sinne von § 1019 BGB nur für dieses, nicht aber für weitere, in seinem Eigentum stehende oder von ihm genutzte Grundstücke; eine Benutzung des dienenden Grundstücks auch für Zwecke anderer Grundstücke als des herrschenden ist grundsätzlich widerrechtlich (Bestätigung von Senat, Urteil vom 05.10.1965, V ZR 73/63, BGHZ 44, 171; Urteil vom 06.06.2003, V ZR 318/02, WM 2004, 190).

#### SACHVERHALT:

1 Der klagende Verein kaufte im Jahre 1998 mit von seinem Streit-helfer beurkundetem Vertrag von der früheren Beklagten zu 2 eine noch nicht vermessene Teilfläche eines Grundstücks. Diese Fläche hat keine eigene Anbindung an eine öffentliche Straße (Hinterliegergrundstück). In dem Kaufvertrag bewilligte die Verkäuferin die Eintragung einer Grunddienstbarkeit auf dem in ihrem Eigentum verbleibenden, an einer öffentlichen Straße gelegenen Restgrundstück. Diese berechtigt den jeweiligen Eigentümer des neu zu bildenden Grundstücks, einen auf dem Restgrundstück befindlichen Weg in einer Breite von drei Metern für den Zu- und Abfahrtsverkehr zu seinem Grundstück zu nutzen. Das Recht wurde bei dem Vollzug des Kaufvertrages nicht in das Grundbuch eingetragen, was die Vertragsparteien zunächst nicht bemerkten. Das zunächst im Eigentum der Beklagten zu 2 verbliebene Restgrundstück veräußerte diese im Jahre 2011 an die Beklagte zu 1.

2 Der inzwischen als Eigentümer eingetragene Kläger errichtete auf dem Hinterliegergrundstück zwei Gebäude, in denen er eine Einrichtung mit 25 vollstationären Wohnplätzen für Suchtkranke betreibt (nachfolgend Suchthilfezentrum). Er nutzt seither den auf dem Grundstück der Beklagten zu 1 auf der Südseite der dortigen – als Fitnesscenter genutzten – Gewerbeimmobilie über einen Parkplatz verlaufenden Weg als Zufahrt zum Suchthilfezentrum. Im Jahre 2008 erwarb er ein nicht bebautes, nördlich an sein Grundstück anschließendes Grundstück hinzu. Dieses hat ebenfalls keine eigene Anbindung an eine öffentliche Straße. Zugunsten des Klägers als Eigentümer des hinzuerworbenen Grundstücks besteht eine Grunddienstbarkeit an einem angrenzenden Grundstück, die dazu berechtigt, den Parkplatz eines Discounters zu begehen und zu befahren. Auf dem hinzuerworbenen Grundstück befinden sich fünf Bäume und ein sog. „Knick“ (mit Gehölz bewachsener Wall), die nach den Festsetzungen des geltenden Bebauungsplans anzulegen bzw. zu erhalten sind. Der Kläger beabsichtigt, auf dem Grundstück eine Jugendhilfeeinrichtung zu errichten unter gleichzeitiger Erstellung einer Zufahrt zu dem Suchthilfezentrum. Hierzu müssten drei der fünf Bäume gefällt und der Knick auf einer Länge von 3,90 Metern durchbrochen werden. Den Antrag des Klägers auf Erteilung der hierfür erforderlichen Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans lehnte die Stadt hinsichtlich des Knickdurchbruchs im November 2019 mit der Begründung ab, Gründe des Allgemeinwohls seien für die Befreiung nicht ersichtlich. Die Befreiung sei auch städtebaulich nicht vertretbar, da der Knick unter Naturschutz stehe und durch den Bebauungsplan gesichert worden sei. Das gelte auch für das Fällen von Bäumen. Der Kläger nahm den Antrag daraufhin zurück und legte gegen den zurückweisenden Bescheid hinsichtlich des Knicks Widerspruch ein, der bislang nicht begründet wurde.

3 Die Beklagte zu 1 untersagte dem Kläger im Jahre 2012 die Nutzung ihres Grundstücks als Zufahrt zu dem Suchthilfezentrum. Die Parteien einigten sich darauf, gerichtlich klären zu lassen, ob dem Kläger ein Notwegrecht zusteht. Bis zu dieser Klärung duldet die

Beklagte zu 1 die Nutzung gegen Zahlung einer Entschädigung von monatlich 250 €.

**4** Das LG hat – soweit noch von Interesse – die Beklagte zu 1 verurteilt, die Nutzung des südlichen Weges für den Zu- und Abfahrtsverkehr zu dem Grundstück des Klägers zu dulden. Weiter hat es festgestellt, dass der Beklagten zu 1 für diese Nutzung eine Entschädigung nicht zusteht. Deren Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger und sein Streithelfer beantragen, verfolgt die Beklagte zu 1 ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

### AUS DEN GRÜNDEN:

**5 I.** Das Berufungsgericht meint, dem Kläger stehe ein Notwegrecht nach § 917 Abs. 1, § 918 Abs. 2 BGB über das Grundstück der Beklagten zu 1 zu. Seinem Grundstück fehle die zur ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung zu einem öffentlichen Weg. Es sei dem Kläger nicht zuzumuten, eine Zufahrt über das hinzuverworbene Grundstück unter Nutzung des Wegerechts über den Parkplatz des Discounters zu erstellen. Dies sei nach öffentlichem Recht nicht zulässig und daher derzeit nicht möglich. Die Ablehnung des Antrags des Klägers, eine Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB von den Festsetzungen des Bebauungsplans hinsichtlich des Knicks und der Bäume zu erteilen, sei nicht offensichtlich fehlerhaft. Vielmehr sei zweifelhaft, ob die Stadt zur Erteilung der Befreiungen verpflichtet sei. Dem Kläger sei es daher nicht zuzumuten, in einem langwierigen gerichtlichen Verfahren, ggf. durch mehrere Instanzen, eine solche Verpflichtung prüfen zu lassen.

**6** Eine Geldrente nach § 917 Abs. 2 Satz 1 BGB stehe der Beklagten zu 1 für die Duldung des Notwegs nicht zu. Dieser mindere nicht den Verkehrswert ihres Grundstücks, insbesondere werde dessen Bebaubarkeit nicht beeinträchtigt. Der Bebauungsplan sehe für den von dem Notwegrecht betroffenen Bereich des Grundstücks eine mit Geh- und Fahrrechten zu belastende Fläche vor; diese stehe für eine Bebauung, etwa zur Erweiterung des Gebäudes, ohnehin nicht zur Verfügung. Die Fläche werde von der Beklagten zu 1 bzw. deren Mieterin als Zufahrt zu den dort angelegten Parkplätzen genutzt, wobei der letzte Parkplatz unmittelbar an das Grundstück des Klägers angrenze.

**7 II.** Dies hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis überwiegend stand. Die Revision bleibt insoweit ohne Erfolg, als die Beklagte zu 1 ihre Verurteilung zur Duldung des Notwegs angreift. Begründet ist sie hingegen insoweit, als das Berufungsgericht der Beklagten zu 1 eine Notwegrente nicht zugesprochen hat.

**8 1.** Die Revision ist unbeschränkt zulässig. Ob das Berufungsgericht, wie der Streithelfer des Klägers meint, die in dem Tenor uneingeschränkt ausgesprochene Zulassung der Revision durch seine Ausführungen in den Entscheidungsgründen auf das Bestehen des Notwegerechts beschränken und den Anspruch auf Zahlung einer Notwegrente von der Zulassung ausnehmen wollte, kann offen bleiben. Eine solche Beschränkung wäre jedenfalls wirkungslos. Die Revisionszulassung kann nur auf tatsächlich oder rechtlich abgrenzbare Teile des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, die Gegenstand eines Teil- oder Grundurteils sein könnten oder auf welche der Rechtsmittelkläger selbst sein

Rechtsmittel beschränken könnte (vgl. Senat, Urteil vom 11.11.2011, V ZR 45/11, WM 2012, 1975 Rdnr. 7; Urteil vom 20.11.2020, V ZR 64/20, juris Rdnr. 7 m. w. N., insoweit nicht abgedruckt in NZM 2021, 236). Voraussetzung hierfür ist, dass auch im Falle einer Zurückverweisung kein Widerspruch zu nicht anfechtbaren Teilen des Streitstoffs auftreten kann (Senat, Urteil vom 11.11.2011, V ZR 45/11, a. a. O.). An einer solchen Trennbarkeit fehlt es bei der Entscheidung über Notwegrecht und Notwegrente, weil ein Anspruch aus § 917 Abs. 2 Satz 1 BGB auf Entschädigung durch eine Geldrente davon abhängt, dass das verlangte Notwegrecht besteht.

**9 2.** Im Ergebnis zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass dem Kläger ein Notwegrecht an dem Grundstück der Beklagten zu 1 zusteht.

**10 a)** Das beanspruchte Notwegrecht an dem Grundstück der Beklagten zu 1 setzt nach § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB voraus, dass dem Grundstück des Klägers die zur ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Weg fehlt. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen lässt sich allerdings nicht mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung bejahen.

**11 aa)** Nicht zu beanstanden – und von der Revision nicht angegriffen – ist noch die Annahme des Berufungsgerichts, dass die zur ordnungsmäßigen Benutzung des klägerischen Grundstücks notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Weg derzeit nicht vorhanden ist, weil es nicht mit Kraftfahrzeugen angefahren werden kann. Die ordnungsmäßige Benutzung eines zu Wohnzwecken oder gewerblich genutzten Grundstücks setzt in der Regel – und so auch hier – die Erreichbarkeit mit Kraftfahrzeugen voraus (vgl. Senat, Urteil vom 12.12.2008, V ZR 106/07, NJW-RR 2009, 515 Rdnr. 24; Urteil vom 24.04.2015, V ZR 138/14, NJW-RR 2015, 1234 Rdnr. 14 m. w. N. zu Wohngrundstücken; Urteil vom 24.01.2020, V ZR 155/18, NJW 2020, 1360 Rdnr. 23 m. w. N. zu Gewerbegrundstücken). Daran fehlt es. Zwar besteht zugunsten des jeweiligen Eigentümers des klägerischen Grundstücks auch ein nördlich von dem Fitnesscenter verlaufendes Wegerecht. Dieses erlaubt aber nur das Begehen des Grundstücks der Beklagten zu 1, nicht aber auch das für die ordnungsmäßige Benutzung des notleidenden Grundstücks erforderliche Befahren mit Kraftfahrzeugen.

**12 bb)** Zutreffend geht das Berufungsgericht auch davon aus, dass sich das Notwegrecht nach § 918 Abs. 2 Satz 1 BGB allein gegen die Beklagte zu 1 richtet. Wird infolge einer Veräußerung eines Teils des Grundstücks der zurückbehaltene oder – wie hier – der veräußerte Teil von der Verbindung mit dem öffentlichen Weg abgeschnitten, so hat nach dieser Vorschrift der Eigentümer desjenigen Teils, über welchen die Verbindung bisher stattgefunden hat, den Notweg zu dulden. Veräußert der zur Duldung verpflichtete Eigentümer – hier die Beklagte zu 2 – sein Grundstück, so geht die Duldungspflicht auf den neuen Eigentümer – hier die Beklagte zu 1 – über (vgl. Senat, Urteil vom 26.01.2018, V ZR 47/17, MDR 2018, 789 Rdnr. 14).

**13 cc)** Rechtsfehlerhaft ist aber die Annahme des Berufungsgerichts, es sei dem Kläger nicht möglich, eine anderweitige Zufahrt zu seinem Grundstück über das hinzuerworbene Grundstück zu erstellen. Sie lässt sich nicht damit begründen, dass die Entscheidung der Stadt, dem Kläger die für die Herstellung einer Zufahrt über das hinzuerworbene Grundstück erforderliche Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans zu versagen, nicht offensichtlich fehlerhaft und dass zweifelhaft sei, ob der Kläger einen Anspruch auf Erteilung der Befreiung habe. Dabei ist für das Revisionsverfahren zugunsten der Beklagten zu 1 zunächst zu unterstellen, dass der Kläger das Wegerecht über den Parkplatz des Discounters auch dazu nutzen kann, über das hinzuerworbene Grundstück hinweg das Suchtihilfezentrum anzufahren.

**14 (1)** Wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt noch zutreffend sieht, kommt angesichts der Schwere des Eingriffs, den ein Notweg für das Eigentum des Nachbarn bedeutet, ein Notwegrecht nur in Betracht, wenn die Zugangslosigkeit des Grundstücks nicht anderweitig behoben werden kann (st. Rspr., vgl. etwa Senat, Urteil vom 09.11.1979, V ZR 85/78, BGHZ 75, 315, 319; Urteil vom 24.01.2020, V ZR 155/18, NJW 2020, 1360 Rdnr. 22 m. w. N.). Daher besteht kein Notwegrecht, wenn der Grundstückseigentümer in zumutbarer anderer Weise eine Verbindung zu dem öffentlichen Weg herstellen kann, sei es auf dem – nur teilweise – verbindungslosen Grundstück selbst (vgl. Senat, Urteil vom 07.07.2006, V ZR 159/05, NJW 2006, 3426 Rdnr. 9 m. w. N.), sei es über benachbarte eigene Grundstücke (vgl. Senat, Urteil vom 22.10.1971, V ZR 67/69, MDR 1972, 224) oder auch über fremde Grundstücke, etwa aufgrund eines rechtlich gesicherten Nutzungsrechts (vgl. Senat, Urteil vom 24.04.2015, V ZR 138/14, NJW-RR 2015, 1234 Rdnr. 21) oder aufgrund eines ihm angetragenen Gestattungsvertrages, dessen Abschluss ihm zumutbar ist (vgl. Senat, Urteil vom 25.10.1974, V ZR 69/73, ZMR 1975, 115). Ein Notwegrecht nach § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB kommt somit nicht in Betracht, wenn der Eigentümer des verbindungslosen Grundstücks eine Zufahrt zu diesem in zumutbarer Weise über ein anderes, in seinem Eigentum stehendes Grundstück errichten kann.

**15 (2)** Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist dem Eigentümer eines verbindungslosen Grundstücks die Errichtung einer Zufahrt über ein benachbartes eigenes Grundstück nicht schon dann nicht zuzumuten, wenn die Behörde seinen Antrag auf Erteilung der hierfür erforderlichen Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans ablehnt und diese Entscheidung nicht offensichtlich fehlerhaft ist. Erfordert die Errichtung einer Zufahrt zu dem verbindungslosen Grundstück eine Befreiung von den Festsetzungen eines Bebauungsplans und kommt in Betracht, dass der Eigentümer einen öffentlichrechtlichen Anspruch auf deren Erteilung hat, ist es ihm grundsätzlich zuzumuten, diesen gerichtlich durchzusetzen; ob eine solche Klage vor den Verwaltungsgerichten hinreichende Aussicht auf Erfolg hat, muss das Zivilgericht bei der Entscheidung über das Bestehen des Notwegrechts in eigener Zuständigkeit prüfen.

**16 (a)** Besteht eine anderweitige Verbindungsmöglichkeit, muss der Eigentümer des verbindungslosen Grundstücks

hiervon auch dann Gebrauch machen, wenn sie umständlicher, weniger bequem oder kostspieliger ist als ein Notweg über Nachbargrundstücke (vgl. Urteil vom 24.04.2015, V ZR 138/14, NJW-RR 2015, 1234 Rdnr. 21 m. w. N.). Erst wenn die mit der Schaffung eines Zugangs auf dem eigenen Grundstück verbundenen Erschwernisse so groß sind, dass die Wirtschaftlichkeit der Grundstücksbenutzung aufgehoben oder in unzumutbarer Weise geschmälert wird, ist der Nachbar zur Duldung der Benutzung seines Grundstücks als Zugang verpflichtet (vgl. Senat, Urteil vom 07.07.2006, V ZR 159/05, NJW 2006, 3426 Rdnr. 12 m. w. N.; Urteil vom 24.04.2015, V ZR 138/14, NJW-RR 2015, 1234 Rdnr. 21).

**17 (b)** Dem Eigentümer des verbindungslosen Grundstücks ist es grundsätzlich auch zuzumuten, einen Rechtsstreit zu führen, wenn die anderweitige Verbindung zu dem öffentlichen Weg nur auf diese Weise hergestellt werden kann (zutreffend OLG Köln, OLGZ 1967, 156, 160 zu Rechtsmitteln gegen eine Widmungsbeschränkung; MünchKomm-BGB/Brückner, 8. Aufl., § 917 Rdnr. 13; ähnlich auch OLG Düsseldorf, OLGZ 1992, 208, 213). So hat bereits das Reichsgericht entschieden, dass derjenige, der ein Notwegrecht beansprucht, dem Verweis auf ein anderweitiges Wegerecht nicht entgegenhalten kann, dass er um dieses einen Rechtsstreit führen muss, weil es ihm streitig gemacht wird; er muss es ggf. auf sich nehmen, dieses gerichtlich feststellen zu lassen (RG, JW 1925, 474, 475). Auch der Senat ist in einer die Zuwegung zu einer Eigentumswohnung betreffenden Entscheidung davon ausgegangen, dass der Wohnungseigentümer, der einen Nachbarn auf Duldung eines Notwegs in Anspruch nimmt, dessen Verweis auf eine Verbindungsmöglichkeit auf dem Grundstück der Wohnungseigentümer nicht entgegenhalten kann, die übrigen Wohnungseigentümer seien nicht bereit, an den hierfür erforderlichen Umbaumaßnahmen mitzuwirken oder diese zu dulden. Der Wohnungseigentümer ist in diesem Fall vielmehr gehalten, die übrigen Wohnungseigentümer auf Mitwirkung und Duldung der zur Schaffung eines Zugangs auf dem Grundstück notwendigen, wirtschaftlich zumutbaren Maßnahmen in Anspruch zu nehmen, wozu auch die Herbeiführung einer Änderung der Teilungserklärung oder einer anderweitigen Gestattung gehört (vgl. Senat, Urteil vom 07.07.2006, V ZR 159/05, NJW 2006, 3426 Rdnr. 13). Demgemäß ist es dem Eigentümer eines verbindungslosen Grundstücks zuzumuten, seinen öffentlichrechtlichen Anspruch auf die für die Herstellung einer anderweitigen Zuwegung erforderliche Befreiung von den Festsetzungen eines Bebauungsplans gerichtlich durchzusetzen, wenn ein solcher in Betracht kommt.

**18 (c)** Bloße Zweifel an dem Bestehen des Anspruchs machen seine gerichtliche Durchsetzung für den Eigentümer noch nicht unzumutbar (so aber – wie das Berufungsgericht – OLG Frankfurt a. M. 1999, 262, 264 zu einem Erschließungsanspruch). Das Zivilgericht, das über den Notweganspruch zu entscheiden hat, muss vielmehr in eigener Zuständigkeit prüfen, ob der Anspruch, dessen Durchsetzung für die Errichtung der anderweitigen Zuwegung erforderlich ist, besteht. Von dieser Prüfung ist es nicht deswegen befreit, weil es sich um eine öffentlichrechtliche Frage handelt (vgl. Senat, Urteil vom 27.11.2020, V ZR 121/19, MDR 2021,

164 Rdnr. 22 m. w. N.). Verbleiben Zweifel, ob der Anspruch besteht, können diese nicht ohne Weiteres zulasten desjenigen gehen, der auf Duldung des Notwegs in Anspruch genommen wird. Eine solche Handhabung würde der Bedeutung seines Eigentums, in das durch das Notwegrecht eingegriffen wird, nicht gerecht. Zwar ist der Eigentümer des verbindungslosen Grundstücks nicht gehalten, eine Klage zu erheben, die von vornherein keine Aussicht auf Erfolg hat (zutreffend OLG Koblenz, OLGZ 1992, 320, 322 f.). Ein gewisses Prozessrisiko hat er aber zu tragen, bevor er das Eigentum seines Nachbarn für eine Zuwegung in Anspruch nehmen kann.

**19 (d)** Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist dem Eigentümer eines verbindungslosen Grundstücks die Beschreitung des Rechtswegs auch nicht deshalb von vornherein unzumutbar, weil gerichtliche Verfahren längere Zeit in Anspruch nehmen können, insbesondere wenn mehrere Instanzen beschritten werden müssen. Richtig daran ist, dass dem Eigentümer des verbindungslosen Grundstücks das Notwegrecht nicht unter Verweis auf die Möglichkeit, die rechtlichen Voraussetzungen für eine anderweitige Verbindung in einem weiteren Rechtsstreit zu schaffen, versagt werden kann (vgl. Senat, Urteil vom 22.10.1971, V ZR 67/69, juris Rdnr. 42, insoweit nicht abgedruckt in MDR 1972, 224). Denn die Beschreitung des Rechtswegs wäre ihm nicht zuzumuten, wenn er sein Grundstück ggf. über Jahre hinweg nicht mit Kraftfahrzeugen anfahren könnte, obwohl dessen ordnungsmäßige Benutzung dies erfordert. Andererseits kann das Notwegrecht in einer solchen Situation auch nicht uneingeschränkt zugesprochen werden, wie es das Berufungsgericht getan hat. Denn es würde der Bedeutung des Eigentumsrechts des in Anspruch genommenen Grundstückseigentümers nicht gerecht, wenn er die Nutzung seines Grundstücks ohne zeitliche Begrenzung hinnehmen müsste, obwohl der Eigentümer des verbindungslosen Grundstücks unter Inanspruchnahme verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes eine anderweitige Verbindung über eigene Grundstücke herstellen könnte. In einem solchen Fall kann das Notwegrecht daher allenfalls befristet und längstens bis zur Herstellung der anderweitigen Verbindung mit dem öffentlichen Weg zugesprochen werden, wenn sich die Nachbarn nicht – wie hier für den Zivilprozess – auf eine vorübergehende (entgeltliche) Einräumung des Rechts einigen.

**20** Dass ein Grundstückseigentümer verpflichtet sein kann, die Inanspruchnahme seines Grundstücks für einen Notweg vorübergehend zu dulden, hat der Senat bereits ausgesprochen (vgl. Senat, Urteil vom 12.12.2008, V ZR 106/07, NJW-RR 2009, 515 Rdnr. 21) und ist auch in der Literatur anerkannt (vgl. etwa MünchKomm-BGB/Brückner, § 917 Rdnr. 14; Staudinger/Roth, Neub. 2020, § 917 Rdnr. 12, jew. m. w. N.). Diese Möglichkeit ist im Gesetz angelegt, denn der Eigentümer des verbindungslosen Grundstücks kann die Duldung des Notwegs nach § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB nur „bis zur Hebung des Mangels“ verlangen. Die Duldungspflicht endet folglich, sobald die anderweitige Verbindung hergestellt ist. Der zur Duldung verpflichtete Nachbar kann nach Wegfall des Mangels klageweise feststellen lassen, dass eine Duldungspflicht nicht mehr besteht. Gleichwohl

bedarf es der Befristung des Notwegs, wenn der Mangel schon seiner Natur nach vorübergehend oder die Behebung des Mangels aus anderen Gründen zu erwarten ist. Denn es ist demjenigen, dessen Grundstück für den Notweg in Anspruch genommen wird, in diesen Fällen nicht zuzumuten, einen weiteren Rechtsstreit zu führen, um sein Grundstück wieder ohne Einschränkungen nutzen zu können. Zudem bedarf es, wenn es wie hier um die Herstellung einer anderweitigen Zufahrt geht, der zeitlichen Befristung des Rechts als Druckmittel, um den Notwegberechtigten dazu anzuhalten, die anderweitige Verbindung auch tatsächlich herzustellen, also etwa die hierzu erforderliche Klage vor den Verwaltungsgerichten auch wirklich zu erheben und den Rechtsstreit mit der Sorgfalt zu führen, als entspräche er allein eigenen Interessen. Die Dauer der Befristung richtet sich dabei nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls.

**21 (3)** Das Berufungsgericht hätte daher prüfen müssen, ob ein Anspruch des Klägers auf Erteilung einer Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans nach § 31 Abs. 2 BauGB hinsichtlich des Knickdurchbruchs – sowie entsprechend hinsichtlich des Fällens dreier Bäume – in Betracht kommt, sodass eine hierauf gestützte Klage vor dem Verwaltungsgericht hinreichende Aussicht auf Erfolg hätte. Dies ist nicht, jedenfalls nicht ausreichend, geschehen.

**22 (a)** Das Berufungsgericht begründet seine Annahme, der ablehnende Bescheid der Stadt sei nicht offensichtlich rechtsfehlerhaft und es sei zweifelhaft, ob die Stadt im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nach § 113 Abs. 5 VwGO zur Erteilung der Befreiungen zu verpflichten wäre, nicht näher. Es hat sich nicht mit den in § 31 Abs. 2 BauGB genannten tatbestandlichen Voraussetzungen der Erteilung einer Befreiung von Festsetzungen des Bebauungsplans auseinandergesetzt, insbesondere nicht mit der Frage, ob die Durchführung des Bebauungsplans zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde (§ 31 Abs. 2 Nr. 3 BauGB). Ebenso wenig ist es auf die Rechtsfolge eingegangen, nämlich die Eröffnung eines behördlichen Ermessens („kann befreit werden“) und die sich daraus ergebenden Frage, ob vorliegend eine Ermessensreduzierung auf Null in Betracht kommt (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 23.09.1993, III ZR 54/92, NVwZ 1994, 405 sowie Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker, BauGB, Stand: August 2020, § 31 Rdnr. 61).

**23 (b)** Eine solche Prüfung war nicht deshalb entbehrlich, weil Knicks in Schleswig-Holstein unter Naturschutz stehen. Zwar sind Knicks nach § 21 Abs. 1 Nr. 4 LNatSchG SH gesetzlich geschützte Biotope im Sinne des § 30 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG. Dies schließt aber die Erteilung einer Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans nach § 31 Abs. 2 BauGB nicht von vornherein aus, da auch nach den naturschutzrechtlichen Vorschriften Ausnahmen (§ 21 Abs. 3 LNatSchG SH i. V. m. § 30 Abs. 3 BNatSchG) und Befreiungen (§ 67 BNatSchG) möglich sind (siehe zu den Voraussetzungen etwa Landmann/Rohmer/Gellermann, UmweltR, Stand: August 2020, § 30 BNatSchG Rdnr. 20 f.).

**24 b)** Die Verurteilung der Beklagten zu 1, die Benutzung ihres Grundstücks als Zufahrt zu dem Hinterliegergrundstück

zu dulden, stellt sich aber aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Die Herstellung einer anderweitigen Verbindung des Hinterliegergrundstücks mit dem öffentlichen Weg ist nämlich deshalb nicht möglich, weil das Wegerecht über den Parkplatz des Discounters nur zugunsten des im Jahre 2008 hinzuerworbenen Grundstücks besteht, nicht aber auch zugunsten des mit dem Suchthilfezentrum bebauten Grundstücks.

**25 aa)** Ein durch eine Grunddienstbarkeit gesichertes Wegerecht gewährt dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks einen Vorteil im Sinne von § 1019 BGB nur für dieses, nicht aber für weitere in seinem Eigentum stehende oder von ihm genutzte Grundstücke. Eine Benutzung des dienenden Grundstücks auch für Zwecke anderer Grundstücke als des herrschenden ist grundsätzlich widerrechtlich (vgl. Senat, Urteil vom 05.10.1965, V ZR 73/63, BGHZ 44, 171, 175; Urteil vom 06.06.2003, V ZR 318/02, WM 2004, 190, 191 unter 2.). Der Senat hat in seiner Rechtsprechung von diesem Grundsatz eine Ausnahme nur für den Fall zugelassen, dass der Eigentümer des herrschenden Grundstücks seinen auf diesem geführten Betrieb auf andere Grundstücke erweitert. Da sich bei einheitlich geführten Betrieben die verschiedenen Nutzungen in der Regel nicht abgrenzen lassen, ist in solchen Fällen eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angezeigt. Die mit der Betriebserweiterung verbundene Bedarfssteigerung kann im Wege einer hypothetischen Einschätzung berücksichtigt werden. Der erhöhte Bedarf wird dann insoweit noch von der Grunddienstbarkeit gedeckt, als er, wenn der Betrieb nur auf dem herrschenden Grundstück in vorhersehbarer Weise ausgedehnt worden wäre, zu einer Bedarfssteigerung geführt hätte (vgl. Senat, Urteil vom 05.10.1965, V ZR 73/63, BGHZ 44, 171, 177; Urteil vom 06.06.2003, V ZR 318/02, WM 2004, 190, 191 unter 2.). Um einen solchen Fall geht es hier nicht. Der Kläger hat auf dem im Jahre 2008 erworbenen Grundstück, zu dessen Gunsten das Wegerecht besteht, keinen Betrieb, den er auf ein anderes Grundstück, namentlich auf das mit dem Suchthilfezentrum bebaute Grundstück erweitern will. Wenn überhaupt könnte – ohne dass es darauf ankommt – die beabsichtigte Errichtung und der Betrieb der Jugendhilfeeinrichtung sich als Erweiterung des auf dem Hinterliegergrundstück bestehenden Betriebes (Suchthilfezentrum) darstellen. In einer solchen Situation besteht kein Anlass für eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass die Benutzung des dienenden Grundstücks für Zwecke anderer Grundstücke als des herrschenden widerrechtlich ist. Derjenige, der seinen Betrieb auf ein hinzuzuerwerbendes Grundstück erweitern und dabei zugleich über dieses hinweg dem bisher verbindungslosen Betriebsgrundstück eine Zufahrt verschaffen möchte, kann und muss vielmehr darauf hinwirken, dass das hierfür erforderliche Wegerecht auf dem Drittgrundstück auch zugunsten des verbindungslosen Grundstücks bestellt bzw. auf dieses erweitert wird.

**26 bb)** Entgegen der Auffassung der Revision erlaubt das Wegerecht über den Parkplatz des Discounters nach dem Wortlaut der Grundbucheintragung und der Eintragungsbewilligung, die der Senat selbst auslegen kann (st. Rspr., vgl. zuletzt Senat, Urteil vom 20.03.2020, V ZR 317/18, BGHZ 225, 136 Rdnr. 28 m. w. N.), nicht dessen Nutzung als Zufahrt

zu dem Suchthilfezentrum. Zwar ist der Wortlaut der Bewilligung hinsichtlich der Berechtigung zur Nutzung des Parkplatzes als Zufahrt zu dem herrschenden Grundstück weit gefasst („jederzeitige[s] Befahren und Begehen der [...] betroffenen Fläche, sowohl durch den [Kläger], seine Mitarbeiter, Nutzer, Besucher, Lieferanten und andere Dritte, in jedweder Form“). Dies führt aber allenfalls dazu, dass die Zufahrt zu dem herrschenden Grundstück keinen Beschränkungen unterliegt, nicht aber dazu, dass dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks auch das Befahren des Parkplatzes zum Erreichen weiterer Grundstücke gestattet ist.

**27 3.** Rechtsfehlerhaft ist aber die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe die Beklagte zu 1 für die Benutzung ihres Grundstücks als Notweg nicht nach § 917 Abs. 2 Satz 1 BGB durch eine Geldrente zu entschädigen. Die Verpflichtung zur Zahlung der Notwegrente lässt sich nicht mit der Begründung des Berufungsgerichts verneinen, dass der Bebauungsplan für den von dem Notwegrecht betroffenen Bereich des Grundstücks ohnehin eine mit Geh- und Fahrrechten zu belastende Fläche vorsieht, die für eine Bebauung, etwa zur Erweiterung des Gebäudes, nicht zur Verfügung steht.

**28 a)** Richtig daran ist, dass es für die Bemessung der Notwegrente nicht auf den Vorteil oder Nutzen ankommt, den der Berechtigte aus dem Notweg zieht, sondern auf den Umfang der dem verpflichteten Eigentümer durch die Duldungspflicht entstehenden Beeinträchtigung; denn die Rente ist der Ausgleich für die dem Nachbarn auferlegte Eigentumsbeschränkung (Senat, Urteil vom 16.11.1990, V ZR 297/89, BGHZ 113, 32, 34 f.).

**29 b)** Die Existenz eines solchen Nachteils kann aber nicht mit der Erwägung verneint werden, dass der Bebauungsplan eine andere Nutzung der Grundstücksfläche als für Verkehrswege nicht zulässt (Senat, Urteil vom 16.11.1990, V ZR 297/89, BGHZ 113, 32, 35). Denn auch in diesem Fall könnte der betroffene Eigentümer ohne das Notwegrecht sein Grundstück bzw. den Grundstücksteil zwar nicht als Gewerbefläche, wohl aber als private Erschließungsfläche entweder ausschließlich selbst nutzen oder privatwirtschaftlich dadurch verwerten, dass er sie an einen, mehrere oder alle Anlieger verkauft oder vermietet. Die in dem bestandskräftigen Bebauungsplan erfolgte Ausweisung des Grundstücksbereichs als Verkehrsfläche verpflichtet ihn nicht, diese den Anliegern kostenlos zur Verfügung zu stellen. Diese Möglichkeiten der eigenen Nutzung werden durch das Notwegrecht eingeschränkt (vgl. Senat, Urteil vom 16.11.1990, V ZR 297/89, a. a. O.).

**30 c)** Dieser Nachteil ist auszugleichen. Dabei ist nicht allein die von dem Notweg betroffene Fläche, sondern das ganze Grundstück der Beklagten zu 1 in den Blick zu nehmen. Die Notwegrente ist nicht auf der Grundlage eines Nutzungsverlustes nach der entgangenen Miete und auch nicht als Bodenrente, berechnet aus dem Verkehrswert der überbauten Fläche, zu bemessen, sondern als Ausgleich der Beeinträchtigungen, die der Eigentümer in der Nutzung des ganzen Grundstücks erleidet. Maßgebend ist daher die – ggf. entsprechend § 287 ZPO zu schätzende – Minderung



des Verkehrswertes, die das gesamte Grundstück durch den Notweg erfährt. Dabei sind die besonderen Umstände des Einzelfalles und die individuellen Vermögensnachteile des Duldungspflichtigen im Zeitpunkt der Entstehung des Notwegrechts mit zu berücksichtigen, also insbesondere Größe, Lage, Zuschnitt des Grundstücks und der in Anspruch genommenen Teilfläche, aber auch bestehende Notwegrechte anderer Nachbarn sowie Art und Intensität der Nutzung durch den Notwegberechtigten als ein die Wertminderung beeinflussender Faktor (vgl. zum Ganzen Senat, Urteil vom 16.11.1990, V ZR 297/89, BGHZ 113, 32, 35 f.).

31 III. Das Berufungsurteil ist daher insoweit aufzuheben, als der Beklagten zu 1 eine Notwegrente nicht zugesprochen worden ist (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), damit dieses Feststellungen dazu treffen kann, welche Wertminderung das Grundstück der Beklagten zu 1 durch die Nutzung erleidet, die das Notwegrecht dem Kläger erlaubt.

#### 4. Voraussetzung für Wissenszurechnung bei Kaufvertrag mit einem Testamentsvollstrecker

BGH, Urteil vom 19.03.2021, V ZR 158/19 (Vorinstanz: OLG Hamburg, Urteil vom 24.05.2019, 1 U 128/18)

BGB §§ 166 analog, 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, § 444 Alt. 1

##### LEITSÄTZE:

1. Die Denkmaleigenschaft des Kaufobjekts kann einen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB begründen.
2. Verkauft der Testamentsvollstrecker ein Nachlassgrundstück, kann ihm die Kenntnis der Erben über Mängel der Kaufsache oder andere offenbarungspflichtige Umstände nicht nach den für juristische Personen und öffentliche Körperschaften geltenden Grundsätzen über die „Organisation eines innerbetrieblichen Informationsaustausches“ zugerechnet werden.
3. Eine solche Zurechnung findet auch im Verhältnis eines Grundstücksverkäufers zu einer von ihm (nur) mit der Verwaltung des Grundstücks beauftragten, rechtlich und organisatorisch selbstständigen Hausverwaltung nicht statt (Bestätigung von Senat, Urteil vom 22.11.1996, V ZR 196/95, NJW-RR 1997, 270).

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2021, 965.

## Bürgerliches Recht

### SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

#### 5. Beeinträchtigung eines Wegerechts durch Einfriedung des belasteten Grundstücks

BGH, Urteil vom 16.04.2021, V ZR 17/20 (Vorinstanz: OLG Celle, Urteil vom 23.12.2019, 4 U 15/19)

BGB §§ 903, 1004 Abs. 1 Satz 2, § 1020 Satz 1

##### LEITSÄTZE:

1. Das lediglich allgemeine, von einem konkreten Sicherungsbedürfnis losgelöste Interesse des Eigentümers, sein mit einem Wegerecht belastetes Grundstück einzufrieden, kann für sich genommen einen Anspruch gegen den dienstbarkeitsberechtigten Nachbarn, ein auf dem Weg an der gemeinsamen Grundstücksgrenze angebrachtes Tor nach jeder Durchfahrt zu schließen, nicht begründen; vielmehr sind das Einfriedungsinteresse des Eigentümers und das Interesse des Berechtigten an der ungehinderten Ausübung seines Wegerechts unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles gegeneinander abzuwägen.
2. Das Sicherungsinteresse des Grundstückseigentümers ist gegenüber dem Interesse des Berechtigten an der ungehinderten Ausübung des Wegerechts höher zu bewerten, wenn es dem dienenden Grundstück oder jedenfalls im räumlichen Umfeld bereits zu Einbrüchen oder ähnlichen Vorkommnissen gekommen ist; ein solches Sicherungsinteresse kann auch tagszeitlich begrenzt sein. (Leitsatz der Schriftleitung)

##### SACHVERHALT:

1 Die Parteien sind Nachbarn. Das im Eigentum des Klägers und seiner Ehefrau, der Drittwiderbeklagten, stehende Grundstück liegt an einer öffentlichen Straße. Es ist mit einer Grunddienstbarkeit in Form eines Geh- und Fahrrechts zugunsten des Eigentümers des dahinterliegenden, den Beklagten gehörenden Grundstücks belastet. Das Wegerecht wird auf einem gepflasterten Weg ausgeübt. Der Kläger errichtete auf dem Weg zwei jeweils einflügelige Tore vor ca. drei Metern Breite, eines an der Grenze seines Grundstücks zur öffentlichen Straße (nachfolgend vorderes Tor) und eines an der Grenze zum Grundstück der Beklagten (nachfolgend hinteres Tor).

2 Das LG hat die Klage abgewiesen, mit der die Beklagten verurteilt werden sollten, beide Tore nach dem jeweiligen Passieren zu schließen. Auf die (Dritt-)Widerklage hat es den Kläger und seine Ehefrau verurteilt, es zu unterlassen, die Tore zu schließen. Die Berufung des Klägers und seiner Ehefrau ist teilweise erfolgreich gewesen: Das OLG hat die Beklagten verurteilt, das hintere Tor nach jeder Passage wieder zu schließen und die Widerklage insoweit abgewiesen. Hinsichtlich des vorderen Tors hat es die Berufung zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Widerbeklagten beantragen, wollen die Beklagten die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils in Bezug auf das hintere Tor erreichen.

##### AUS DEN GRÜNDEN:

3 I. Das Berufungsgericht meint, der Kläger habe einen Anspruch darauf, dass die Beklagten das hintere Tor nach

jeder Passage schließen. Ein Wegeberechtigter sei unter Berücksichtigung des Grundsatzes der schonenden Ausübung der Grunddienstbarkeit aus § 1020 BGB grundsätzlich verpflichtet, ein zum Schutz des Eigentümers angebrachtes Tor geschlossen zu halten. Die damit verbundene Erschwerung seiner Rechtsausübung habe er hinzunehmen, solange gewährleistet sei, dass das Tor von dem zur Nutzung berechtigten Personenkreis jederzeit geöffnet werden könne. Der Kläger habe ein schützenswertes Interesse an der Schließung des hinteren Tores, denn er dürfe sein Grundstück einfriedern.

Die Nutzung des derzeit vorhandenen Tores sei aufgrund seiner Beschaffenheit nicht unzumutbar, insbesondere nicht deswegen, weil es sich um ein einflügeliges Tor handle. Anders als das vordere Tor, das solche Defizite aufweise, dass seine Nutzung unzumutbar sei, weise das hintere Tor auch keine technischen Mängel auf.

#### 4 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

5 1. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagten, das hintere Tor nach jeder Passage zu schließen, nicht bejaht werden.

6 a) Im Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass der Eigentümer des mit einer Grunddienstbarkeit in Form eines Geh- und Fahrrechts belasteten Grundstücks gegen den Berechtigten aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 1020 BGB einen Anspruch darauf haben kann, ein auf dem Weg angebrachtes Tor zu schließen. Gemäß § 1020 Satz 1 BGB hat der Berechtigte bei der Ausübung einer Grunddienstbarkeit das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks tunlichst zu schonen. Verstößt er gegen diese Pflicht, stellt dies eine Eigentumsbeeinträchtigung im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB dar (zum Ganzen Senat, Urteil vom 23.01.2015, V ZR 184/14, NJW-RR 2015, 785 Rdnr. 7 ff. m. w. N.). Richtig ist auch, dass der Kläger als Miteigentümer nach § 1011 BGB befugt ist, einen sich aus einem solchen Verstoß gegen die Beklagten ergebenden Anspruch allein geltend zu machen (vgl. Senat, Urteil vom 23.01.2015, V ZR 184/14, a. a. O. Rdnr. 7).

7 b) Rechtsfehlerhaft ist aber die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe schon deswegen einen Anspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 1020 Abs. 1 BGB gegen die Beklagten, dass diese das hintere Tor nach jeder Passage schließen, weil er ein berechtigtes Interesse an einer Einfriedung seines Grundstücks habe und die Nutzung des vorhandenen Tores den Beklagten nicht unzumutbar sei.

8 aa) Bei der Prüfung, ob der Dienstbarkeitsberechtigte gegen die ihn treffende Verpflichtung verstößt, die Dienstbarkeit schonend auszuüben, sind das Interesse des Grundstückseigentümers an der ungehinderten Nutzung seines Grundstücks und das Interesse des Berechtigten an der sachgemäßen Ausübung seines Rechts gegeneinander abzuwägen. Das Ergebnis hängt von den Umständen des Einzelfalls ab; hierzu zählen auch individuelle, in der Person des Dienstbarkeitsberechtigten bzw. des Dienstbarkeitsverpflichteten begründete Gegebenheiten (vgl. Se-

nat, Urteil vom 23.01.2015, V ZR 184/14, NJW-RR 2015, 785 Rdnr. 10 m. w. N.). Die Abwägung ist daher eine Frage der tatrichterlichen Würdigung und revisionsrechtlich nur darauf überprüfbar, ob der Tatrichter wesentliche Umstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt oder von der Revision gerügte Verfahrensfehler begangen hat (Senat, Urteil vom 23.01.2015, V ZR 184/14, a. a. O. Rdnr. 11). Ein solcher Fehler liegt hier vor, denn das Berufungsgericht hat wesentliche Abwägungsgesichtspunkte nicht berücksichtigt.

9 bb) Die Annahme, das Interesse des Klägers an der Einfriedung seines Grundstücks überwiege, weil den Beklagten die Nutzung des Tores nicht unzumutbar sei, blendet in rechtsfehlerhafter Weise aus, dass schon allein das Erfordernis, das Tor bei jedem Passieren zu schließen – und somit in der Konsequenz zu öffnen –, die Beklagten in der ungehinderten Ausübung ihres Wegerechts beeinträchtigt.

10 (1) Das Berufungsgericht geht offenbar davon aus, dass schon das allgemeine, von einem konkreten Sicherheitsbedürfnis losgelöste Interesse des Klägers, sein Grundstück auch im Bereich des Weges an der Grenze zu dem Grundstück der Beklagten einzufriedern, von vornherein schwerer wiegt als das Interesse der Beklagten an einer ungehinderten Zufahrt zu ihrem Grundstück, sodass der Kläger das Schließen des Tores nach jeder Passage nur dann nicht verlangen könnte, wenn dies den Beklagten aufgrund besonderer Eigenschaften des Tores unzumutbar wäre. Dies ist indes unzutreffend. Richtig ist zwar im Ausgangspunkt, dass der Eigentümer eines Grundstücks, weil er nach § 903 BGB befugt ist, andere von jeder Einwirkung auszuschließen, das Recht hat, sein Grundstück einzufriedern (vgl. Senat, Urteil vom 11.10.1996, V ZR 3/96, NJW-RR 1997, 16 unter 2. a)). Diese Befugnis reicht aber nur so weit, wie Rechte Dritter nicht entgegenstehen (§ 903 Satz 1 BGB). Um ein solches Recht handelt es sich bei einer Grunddienstbarkeit, die den Eigentümer des herrschenden Grundstücks dazu berechtigt, das dienende Grundstück zu befahren.

11 (2) Wäre das Interesse des Eigentümers des dienenden Grundstücks an dessen Einfriedung unabhängig von den Umständen des Einzelfalls stets höher zu bewerten als das Interesse des Wegeberechtigten an der ungehinderten Nutzung des Weges, würde dem Grundstückseigentum gegenüber den Rechten des Dienstbarkeitsberechtigten ein genereller Vorrang eingeräumt, der ihm dem Gesetz nach nicht zukommt. Das lediglich allgemeine, von einem konkreten Sicherheitsbedürfnis losgelöste Interesse des Eigentümers, sein mit einem Wegerecht belastetes Grundstück einzufriedern, kann für sich genommen einen Anspruch gegen den dienstbarkeitsberechtigten Nachbarn, ein auf dem Weg an der gemeinsamen Grundstücksgrenze angebrachtes Tor nach jeder Durchfahrt zu schließen, nicht begründen; vielmehr sind das Einfriedungsinteresse des Eigentümers und das Interesse des Berechtigten an der ungehinderten Ausübung seines Wegerechts unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls gegeneinander abzuwägen.

12 cc) Rechtsfehlerhaft ist aber auch die Annahme des Berufungsgerichts, das Öffnen und Schließen des derzeit

vorhandenen hinteren Tores sei den Beklagten nicht unzumutbar, weil weder dargetan noch ersichtlich sei, dass die Nutzung des Tores durch technische Mängel unzumutbar erschwert sei.

**13 (1)** Die Beklagten haben bereits in erster Instanz vorgetragen, für beide Tore könne angesichts des Materials, des Gewichts, der Größe, der Höhe und der Anbringung des Schlosses nicht von einer geringfügigen Beeinträchtigung ihres Wegerechts gesprochen werden. Ein Kind könne die Tore nicht öffnen. Zum Beweis dieser Tatsache haben die Beklagten die Inaugenscheinnahme der Tore angeboten. Das LG hat beschlossen, zu der Behauptung, die Öffnung der Tore erfordere jeweils einen unüblichen Kraftaufwand, Sachverständigenbeweis zu erheben, allerdings hinsichtlich des hinteren Tores unter der Bedingung, dass das Grundstück des Klägers (wie von ihm behauptet) über das Grundstück der Beklagten vom öffentlichen Verkehrsraum her zu erreichen sei. Der Sachverständige hat diese Bedingung als nicht erfüllt angesehen und daher nur die Gängigkeit des vorderen, nicht auch die des hinteren Tores begutachtet. In der Berufungsinstanz haben die Beklagten darauf hingewiesen, dass die Beweisfrage durch den Sachverständigen nicht beantwortet wurde.

**14 (2)** Da nicht davon ausgegangen werden kann, dass das Berufungsgericht diesen Vortrag und Beweisanzug übersehen hat, liegt seiner rechtlichen Beurteilung offenbar die Annahme zugrunde, dass die Beschaffenheit des Tores nur dann zur Unzumutbarkeit des Schließens führen könnte, wenn technische Mängel in Rede stünden. Dies trifft nicht zu. Vielmehr handelt es sich bei der Beschaffenheit des Tores um einen Umstand, der in die Abwägung der widerstreitenden Interessen mit einzustellen ist. So kann beispielsweise einerseits eine Verpflichtung zum Schließen eher anzunehmen sein, wenn es sich um ein motorbetriebenes Tor handelt, das durch den bloßen Druck auf einen Sender oder Schalter geöffnet und geschlossen werden kann. Andererseits handelt es sich um einen gegen eine solche Verpflichtung sprechenden Umstand, wenn das Tor etwa aufgrund seiner Konstruktion, seiner Größe und Höhe und seines Gewichts besonders schwergängig ist.

**15 2.** Aus den gleichen Erwägungen kann das Urteil keinen Bestand haben, soweit das Berufungsgericht die Widerklage abgewiesen hat, die darauf gerichtet ist, dem Kläger und seiner Ehefrau zu untersagen, das hintere Tor zu schließen. Ergibt nämlich die erforderliche Abwägung – was zugunsten der Beklagten als Revisionskläger zu unterstellen ist – keinen Vorrang des Interesses des Klägers und seiner Ehefrau an dem Verschließen des Tores gegenüber dem Interesse der Beklagten, die zugunsten ihres Grundstückes bestehende Dienstbarkeit ohne diese Einschränkung zu nutzen, folgt daraus eine nicht hinzunehmende Beeinträchtigung der Rechte aus der Grunddienstbarkeit. Eine solche begründet einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung und Unterlassung zukünftiger Beeinträchtigungen nach § 1027 BGB i. V. m. § 1004 Abs. 1 BGB.

**16 III.** Das Berufungsurteil ist wegen des aufgezeigten Rechtsfehlers im Umfang der Anfechtung aufzuheben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen

(§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), damit dieses die notwendigen weiteren Feststellungen treffen und sodann auf der Grundlage der vorstehenden Rechtsausführungen die erforderliche Abwägung vornehmen kann. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

**17 1.** Zunächst wird das Berufungsgericht festzustellen haben, welches Gewicht dem Interesse des Klägers und seiner Ehefrau an der Einfriedung ihres Grundstücks an der Grenze zu dem Grundstück der Beklagten im Bereich des Weges zukommt, namentlich ob die Einfriedung gerade auch an dieser Stelle berechtigten Sicherungsinteressen dient, denen auch nicht durch eine Einfriedung an anderer Stelle genügt werden kann.

**18 a)** Wie der Senat bereits entschieden hat, sind berechtigte Sicherungsinteressen in die Abwägung einzustellen, wobei das Sicherungsinteresse des Grundstückseigentümers höher zu bewerten ist, wenn es etwa auf seinem Grundstück oder jedenfalls im räumlichen Umfeld bereits zu Einbrüchen oder ähnlichen Vorkommnissen gekommen ist, als wenn es um die stets gegebene, allgemeine Gefahr von Einbrüchen geht; ein solches Sicherungsinteresse kann auch tageszeitlich begrenzt sein (vgl. Senat, Urteil vom 23.01.2015, V ZR 184/14, NJW-RR 2015, 785 Rdnr. 13 zum Abschließen eines Tores zwischen 22 und 7 Uhr).

**19 b)** Der Kläger und seine Ehefrau verweisen mit der Revisionserwiderung auf Vortrag, wonach sie ein besonderes Sicherungsbedürfnis hätten, weil im Jahre 2012 in ihr Haus und in ihren auf dem Grundstück befindlichen PKW eingebrochen worden sei. Die Versicherung habe damals ihre Leistung für den Einbruchsdiebstahl aus dem PKW abgelehnt, weil das Grundstück nicht vollständig eingefriedet gewesen sei. Aus Sicherheitsgründen sei auch das hintere Tor erforderlich, weil der Wohnort der Parteien ein Schwerpunkt der Einbruchskriminalität sei und ohne das Tor eine leichtere Fluchtmöglichkeit bestehe. Ohne das hintere Tor sei das klägerische Grundstück von hinten über das Grundstück der Beklagten vom öffentlichen Verkehrsraum her für jedermann zugänglich.

**20** Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass – worauf die Revision hinweist – das Grundstück der Beklagten nach den von dem Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des LG vollständig eingefriedet ist und die örtlichen Gegebenheiten keinen Schutz des Grundstückes des Klägers und seiner Ehefrau durch das zum Grundstück der Beklagten – nicht zur Straßenseite – hin liegende Tor erfordern. Sollte danach ein berechtigtes Interesse des Klägers und seiner Ehefrau an dem Schließen des Tores nicht zu erkennen sein, hätten die Beklagten die hiermit für sie notwendig verbundenen Erschwernisse bei der Ausübung des Wegerechts nicht hinzunehmen (vgl. OLG Saarbrücken, NJW-RR 2020, 141).

**21 c)** Erforderlichenfalls ist festzustellen, ob berechtigten Sicherungsinteressen des Klägers und seiner Ehefrau durch eine andere Einfriedung als durch ein Tor auf dem Weg Rechnung getragen werden kann, etwa durch eine Abzäunung des Restgrundstücks gegenüber dem Weg.

22 2. Sollten der Kläger und seine Ehefrau ein berechtigtes Interesse an der Sicherung ihres Grundstücks durch das hintere Tor haben, wären – wie ausgeführt – ergänzende Feststellungen dazu zu treffen, welche konkreten Erschwerisse für die Beklagten mit der Verpflichtung verbunden sind, das hintere Tor bei jedem Durchgang und jeder Durchfahrt zu schließen (und damit denkwürdig auch zu öffnen), namentlich im Hinblick auf die einflügelige Bauart, das Material sowie Größe und Höhe des Tores. Dabei ist auch in den Blick zu nehmen, dass die Beklagten zum Schließen des vorderen Tores nach Ansicht des Berufungsgerichts derzeit nur deswegen nicht verpflichtet sind, weil dieses technische Mängel aufweist, sodass nach deren Behebung bei jeder Durchfahrt zwei Tore zu öffnen und zu schließen wären.

23 3. Kommt das Berufungsgericht nach der erforderlichen Abwägung zu dem Ergebnis, dass das Interesse der Beklagten an dem ungehinderten Passieren das Interesse des Klägers und seiner Ehefrau an dem Verschließen des Tores überwiegt, wären noch Feststellungen zur Störereigenschaft der drittwiderbeklagten Ehefrau zu treffen. Denn nach dem bislang festgestellten Sachverhalt war es der Kläger, der das Tor installierte und in der Vergangenheit schloss. Er ist es auch, der von den Beklagten verlangt, dass es geschlossen werden soll. Den Feststellungen des Berufungsgerichts ist nicht zu entnehmen, dass die Drittwiderbeklagte in der Vergangenheit das Tor geschlossen hätte. Es ergibt sich lediglich, dass sie Miteigentümerin des dienenden Grundstücks ist und das Anwesen zusammen mit dem Kläger – ihrem Ehemann – bewohnt. Dieser Umstand allein bietet keine ausreichende Grundlage dafür, die Drittwiderbeklagte als (mittelbare) Handlungsstörerin (vgl. zu den Voraussetzungen Senat, Urteil vom 26.10.2018, V ZR 143/17, NJW 2019, 773 Rdnr. 4; Urteil vom 16.05.2014, V ZR 131/13, NJW 2014, 2640 Rdnr. 8 m. w. N.) oder als Zustandsstörerin (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 29.02.2008, V ZR 31/07, NJW-RR 2008, 827 Rdnr. 6; Urteil vom 14.11.2014, V ZR 118/13, NZM 2015, 256 Rdnr. 13 f. m. w. N.) anzusehen.

## 6. Zahlung eines Entgelts für die Ausübung der Dienstbarkeit

BGH, Urteil vom 19.03.2021, V ZR 44/19 (Vorinstanz: OLG München, Urteil vom 16.01.2019, 8 U 959/18)

BGB §§ 1018, 874 Satz 1

### LEITSÄTZE:

1. **Die Befugnis zur Ausübung der Dienstbarkeit kann mit dinglicher Wirkung unter die Bedingung der Zahlung eines Entgelts gestellt werden. Eine solche Bedingung muss – anders als eine den Bestand des Rechts betreffende Bedingung – nicht in das Grundbuch selbst eingetragen werden; es genügt die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (Fortführung von Senat, Beschluss vom 01.10.2020, V ZB 51/20, ZfIR 2021, 32).**

2. **Die Verwirkung einer Grunddienstbarkeit kommt allenfalls aufgrund des Verhaltens des aktuell dinglich Berechtigten und nur im Verhältnis zu ihm in Betracht. Andernfalls würde der Grundbuchinhalt entwertet. (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Die Beeinträchtigung einer Dienstbarkeit führt jedoch, wenn sie 30 Jahre oder länger unwidersprochen angedauert haben sollte, infolge Verjährung des entsprechenden Beseitigungsanspruchs zum Erlöschen der Dienstbarkeit (Fortführung von Senat, Urteil vom 18.07.2014, V ZR 151/13, NJW 2014, 3780). (Leitsatz der Schriftleitung)**

### SACHVERHALT:

1 Die Klägerin ist Eigentümerin eines mit einem Hotel bebauten Grundstücks in M. Die Errichtung des Hotels 1957 durch die damalige Eigentümerin löste einen Stellplatzbedarf von zuletzt 129 Stellplätzen aus, von denen 99 abgelöst wurden; die übrigen Stellplätze sollten auf dem Nachbargrundstück errichtet werden. Die Beklagten sind die Miteigentümer des Nachbargrundstücks. Darauf lastet eine Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Hotelgrundstücks. In der 1981 erfolgten Eintragung in das Grundbuch wird die Grunddienstbarkeit als Kraftfahrzeugeinstellrecht bezeichnet. In der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung vom 22.11.1979 heißt es in Ziffer 6 u. a.:

„a) Der Eigentümer des herrschenden Grundbesitzes ist berechtigt, auf dem dienenden Grundbesitz 30 – dreißig – Kraftfahrzeuge einzustellen und zu diesem Zweck die vorhandenen Zufahrten zu benutzen.

b) (...)

Der Käufer bewilligt und beantragt die Eintragung der bestellten Grunddienstbarkeit im Grundbuch Zug um Zug mit der Eintragung der Auflassung.

Für die Einräumung des Rechts zu Buchst. a) hat der Berechtigte eine angemessene und ortsübliche Nutzungsgebühr zu entrichten. Hierfür hat der Verkäufer zu sorgen und einzustehen.“

2 In den Jahren 1982 bis 1984 wurde auf dem dienenden Grundstück ein Bauwerk mit Tiefgarage errichtet. Die früheren Eigentümer des herrschenden Grundstücks nahmen die Dienstbarkeit nicht in Anspruch. Erstmals die Klägerin, die bei dem Erwerb des Grundstücks 2010 keine schuldrechtliche Verpflichtung zur Zahlung einer Nutzungsgebühr übernommen hatte, machte das Kraftfahrzeugeinstellrecht gegenüber den Beklagten geltend. Sie verlangt eine unentgeltliche Nutzung; die Beklagten meinen, die Nutzung nur gegen Zahlung eines Entgelts dulden zu müssen.

3 Das LG hat die Klage auf Duldung der Einstellung von 30 Kraftfahrzeugen und der Benutzung der Zu- und Abfahrten auf dem Grundstück der Beklagten abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hat das OLG durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Duldungsantrag weiter. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

### AUS DEN GRÜNDEN:

4 I. Das Berufungsgericht verneint eine Duldungspflicht der Beklagten, weil die Ausübung der Grunddienstbarkeit durch die Zahlung einer angemessenen Nutzungsgebühr bedingt und die Bedingung nicht eingetreten sei. Aus dem Grundbuch und der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung, aber auch aus der Handhabung der Grunddienstbarkeit durch die jeweiligen Grundstückseigentümer, ergebe

sich für einen unbefangenen Betrachter, dass die Entrichtung einer Nutzungsgebühr nicht Bedingung für die Bestellung der Grunddienstbarkeit, sondern für deren Ausübung sein solle. Dieses Verständnis werde von dem Wortlaut gedeckt. Auch das Verhalten der Beteiligten nach der Bestellung der Grunddienstbarkeit spreche dafür, dass die Entrichtung einer Nutzungsgebühr nur bei einer konkreten Inanspruchnahme der Stellplätze gewollt gewesen sei. Denn eine konkrete Nutzungsvereinbarung sei 1979 und auch später nicht getroffen worden. Alle Beteiligten hätten die wirksame Entstehung der Grunddienstbarkeit und deren Entgeltlichkeit nicht in Zweifel gezogen. Bis 2012 sei weder eine unentgeltliche Einstellung von Kraftfahrzeugen noch eine Nutzungsgebühr verlangt worden. Die in der Ausübung durch die Gewährung eines Entgelts bedingte Grunddienstbarkeit sei wirksam unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung in das Grundbuch eingetragen und in dieser Form erworben worden.

**5 II.** Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der gegebenen Begründung kann eine Pflicht der Beklagten, infolge der Grunddienstbarkeit das unentgeltliche Einstellen von 30 Kraftfahrzeugen auf ihrem Grundstück durch die Klägerin bzw. durch die von dieser ermächtigten Personen zu dulden (§ 1004 Abs. 2, § 1018 BGB), nicht verneint werden.

**6 1.** Das Berufungsgericht geht allerdings zutreffend davon aus, dass die Ausübung der Dienstbarkeit von der Zahlung eines Nutzungsentgelts abhängig gemacht werden kann.

**7 a)** In der Vereinbarung über die Bestellung einer Dienstbarkeit können weitere Regelungen getroffen werden. Das gilt insbesondere für die Abrede über eine Gegenleistung des Berechtigten (Senat, Urteil vom 20.09.1974, V ZR 44/73, NJW 1974, 2123), die auch als ein laufendes, nach bestimmten Zeitabschnitten zu entrichtendes Entgelt vereinbart werden kann (Senat, Urteil vom 10.05.1968, V ZR 221/64, WM 1968, 775; Urteil vom 27.06.2014, V ZR 51/13, NJW-RR 2014, 1423 Rdnr. 13). Eine Verpflichtung des Dienstbarkeitsberechtigten zur Zahlung eines Entgelts kann aber nicht Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein (vgl. Senat, Beschluss vom 07.04.2011, V ZR 201/10, juris Rdnr. 4 m. w. N.; BayObLGZ 1979, 278). Eine Möglichkeit zur dinglichen Sicherung einer solchen Gegenleistungspflicht ist die Eintragung einer Reallast (§ 1105 BGB) oder einer Rentenschuld (§ 1199 BGB) auf dem herrschenden Grundstück (vgl. OLG Karlsruhe, DNotZ 1968, 432, 433; MünchKomm-BGB/Mohr, 8. Aufl., § 1018 Rdnr. 7; *kleine Holthaus/Keiser*, ZfIR 2009, 396, 397).

**8 b)** Ob die Ausübung der Dienstbarkeit auch mit dinglicher Wirkung unter die Bedingung der Zahlung eines Nutzungsentgeltes gestellt werden kann, ist allerdings umstritten.

**9 aa)** Die überwiegende Ansicht nimmt an, die Ausübung der Grunddienstbarkeit könne unter die Bedingung gestellt werden, dass der Berechtigte eine Gegenleistung erbringe mit der Folge, dass bei Nichteintritt der Bedingung das dingliche Recht nicht durchsetzbar sei (vgl. OLG Karlsruhe, DNotZ 1968, 432, 433 f.; OLG Frankfurt a. M., Rpfleger 1974, 430; Bauer/Schaub/Bayer/Lieder, GBO, 4. Aufl., AT C Rdnr. 337, 475; Beck'sches Notarhandbuch/Herrler, 7. Aufl.,

§ 7 Rdnr. 31; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 1160; *Dehner*, Nachbarrecht, Stand: September 2013, B § 30 III 7; BeckOGK-BGB/*Reymann*, Stand: 01.11.2020, § 158 Rdnr. 120; BeckOK-BGB/*Reischl*, Stand: 01.02.2021, § 1018 Rdnr. 47; Erman/*Grziwotz*, BGB, 16. Aufl., Vor § 1018 Rdnr. 9, § 1093 Rdnr. 4; MünchKomm-BGB/*Westermann*, 8. Aufl., § 158 Rdnr. 26; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1018 Rdnr. 7, 69; Staudinger/*Reymann*, Neub. 2017, § 1093 Rdnr. 14; Staudinger/*Weber*, § 1018 Rdnr. 14; *Amann*, DNotZ 1982, 396, 405; *kleine Holthaus/Keiser*, ZfIR 2009, 396, 399; so wohl auch *Dammert*, MittRhNotK 1970, 73, 88). Davon ist auch der BGH in einer älteren Entscheidung ausgegangen (Urteil vom 27.04.1970, III ZR 226/68, BGHZ 54, 10, 18).

**10 bb)** Ein Teil des Schrifttums lehnt das mit der Begründung ab, die Bedingung für die Ausübung der Dienstbarkeit sei nichts anderes als die Bedingung des Rechts selbst. Die Rechtsausübung sei nicht Inhalt, sondern Auswirkung eines Rechts und bestimme sich deshalb nach seinem Inhalt. Werde die Rechtsausübung rechtsgeschäftlich mit dinglicher Wirkung beschränkt, bedeute dies eine Beschränkung des Rechts selbst. Damit werde der Inhalt des dinglichen Rechts unzulässig an das Schuldrecht geknüpft (vgl. NK-BGB/*Otto*, 4. Aufl., § 1018 Rdnr. 102 und § 1093 Rdnr. 14; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl., § 107 Fn. 3; *Ripfel*, DNotZ 1968, 404, 406; kritisch auch *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 1018 Rdnr. 40).

**11 cc)** Der Senat hält die zuerst genannte Auffassung für zutreffend. Die Befugnis zur Ausübung der Dienstbarkeit kann mit dinglicher Wirkung unter die Bedingung der Zahlung eines Entgelts gestellt werden. Wenn, was allgemein anerkannt ist, die Grunddienstbarkeit in ihrem Bestand von der Erbringung der schuldrechtlichen Gegenleistung abhängig sein kann (vgl. NK-BGB/*Otto*, § 1018 Rdnr. 102; Staudinger/*Weber*, § 1018 Rdnr. 14; *Soergel/Stürner*, BGB, § 1018 Rdnr. 40; *kleine Holthaus/Keiser*, ZfIR 2009, 396, 398), gilt das erst recht für die geringere Beschränkung der Ausübungsmöglichkeit des Rechts. Das Abstraktionsprinzip verbietet eine solche Verknüpfung zwischen der Ausübung der Dienstbarkeit und der Obliegenheit zur Zahlung eines Entgelts nicht (Umkehrschluss aus § 925 Abs. 2 BGB). Es besteht auch ein anerkanntes praktisches Bedürfnis dafür, eine Dienstbarkeit inhaltlich so beschränken zu können, dass die Zahlung eines Entgelts Bedingung für ihre Ausübung ist. Auf diese Weise wird dem Eigentümer die Möglichkeit eingeräumt, bei Nichtzahlung des Entgelts die Ausübung der Dienstbarkeit zu unterbinden, ohne dass die Dienstbarkeit in ihrem dinglichen Bestand zu Fall kommt. Die Entgeltspflicht selbst wird durch die Vereinbarung einer solchen Bedingung aber nicht verdinglicht. Sie bleibt Obliegenheit zur Ausübung des Rechts.

**12 2.** Die Bedingung der Zahlung eines Entgelts für die Ausübung der Dienstbarkeit muss nach zutreffender Ansicht des Berufungsgerichts nicht in das Grundbuch selbst eingetragen werden. Es genügt – anders als für eine den Bestand des Rechts betreffende Bedingung (vgl. Senat, Beschluss vom 01.10.2020, V ZB 51/20, ZfIR 2021, 32 Rdnr. 20) – die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (so auch

OLG Karlsruhe, DNotZ 1968, 432, 434; Bauer/Schaub/Weber, GBO, § 44 Rdnr. 46; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1160; Dehner, Nachbarrecht, B § 30 III 7; BeckOGK-BGB/Reymann, § 158 Rdnr. 120; BeckOGK-BGB/Kazele, Stand: 01.02.2021], § 1093 Rdnr. 59.3; Erman/Grziwotz, BGB, § 1093 Rdnr. 4; NK-BGB/Otto, § 1093 Rdnr. 13; Palandt/Herrler, 80. Aufl., § 874 Rdnr. 5; Staudinger/C. Heinze, Neub. 2018, § 874 Rdnr. 21). Die gegenteilige Ansicht (OLG Frankfurt a. M., Rpfleger 1974, 430 f.; MünchKomm-BGB/Mohr, § 1018 Rdnr. 69; kleine Holthaus/Keiser, ZfIR 2009, 396, 399) trifft nicht zu. Aus dem Grundbuch selbst muss nur der wesentliche Inhalt des Rechts ersichtlich sein. Wegen der weiteren inhaltlichen Ausgestaltung des Rechts kann auf die Eintragungsbewilligung gemäß § 874 Satz 1 BGB Bezug genommen werden (vgl. Senat, Urteil vom 29.09.2006, V ZR 25/06, WM 2006, 2226 Rdnr. 13). Um eine solche inhaltliche Ausgestaltung des Rechts handelt es sich bei der Obliegenheit zur Zahlung eines Entgelts für die Ausübung des Rechts.

**13 3.** Die Auslegung der Grunddienstbarkeit durch das Berufungsgericht hält jedoch der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Es stellt maßgeblich auf die Handhabung der Dienstbarkeit durch die Beteiligten sowie auf deren Vorstellung und inneren Willen ab. Diese Umstände sind jedoch für die Auslegung des Inhalts eines im Grundbuch eingetragenen Rechts unbeachtlich. Zur Ermittlung des Inhalts einer Dienstbarkeit ist vielmehr vorrangig auf Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung und der nach § 874 BGB in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt; Umstände außerhalb dieser Urkunden dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (st. Rspr. vgl. nur Senat, Urteil vom 12.07.2019, V ZR 288/17, NJW-RR 2020, 77 Rdnr. 6 m. w. N.). Um für jedermann ohne Weiteres erkennbare Umstände handelt es sich bei der Handhabung der Dienstbarkeit durch die Beteiligten sowie deren Vorstellung und innerer Willen nicht.

**14 4.** Der Senat kann die Grundbucheintragung selbst auslegen (vgl. Senat, Beschluss vom 17.01.2019, V ZB 81/18, NJW-RR 2019, 914 Rdnr. 14 m. w. N.). Bei nächstliegender Betrachtung ergibt sich aus der in der Grundbucheintragung in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung vom 22.11.1979, dass die Ausübung des Kraftfahrzeugeinstellrechts nicht mit dinglicher Wirkung von der Bedingung der Zahlung eines Entgelts abhängig gemacht, sondern die Entgeltspflicht nur schuldrechtlich vereinbart worden ist. Die schuldrechtliche Verpflichtung zur Zahlung eines Nutzungsentgelts hat die Klägerin nicht übernommen.

**15 a)** Soll die Ausübung der Grunddienstbarkeit von der Zahlung einer Nutzungsgebühr abhängig sein, muss das in der Grundbucheintragung deutlich zum Ausdruck kommen. Die Vereinbarung einer Entgeltzahlung für die Ausübung der Dienstbarkeit ist nämlich auf zwei Wegen möglich. Die Entgeltspflicht kann zum einen als Bedingung für die Ausübung der Dienstbarkeit vereinbart werden, die zu einer inhaltlichen Beschränkung des Rechts führt. Sie kann zum ande-

ren als rein schuldrechtliche Pflicht des Vertragspartners begründet werden.

**16 b)** Die zuletzt genannte schuldrechtliche Lösung ist hier gewählt worden. Die Eintragungsbewilligung vom 22.11.1979 ist nächstliegend dahin auszulegen, dass die Verpflichtung zur Zahlung einer Nutzungsgebühr nicht als Inhalt der Dienstbarkeit vereinbart worden ist.

**17 aa)** Der Wortlaut der Eintragungsbewilligung, wonach der Berechtigte eine angemessene und ortsübliche Nutzungsgebühr „[f]ür die Einräumung des Rechts“ zu entrichten hat, ist nicht eindeutig. Ihm kann nur entnommen werden, dass für die Gewährung der Nutzungsmöglichkeit eine Nutzungsgebühr gezahlt werden soll.

**18 bb)** Die Systematik der Regelung in Ziffer 6 der Eintragungsbewilligung spricht gegen eine Bedingung und für eine nur schuldrechtlich wirkende Vereinbarung. Unter Buchstabe a) wird der Inhalt der Grunddienstbarkeit beschrieben, wonach der Eigentümer des herrschenden Grundstücks berechtigt ist, dreißig Kraftfahrzeuge einzustellen und zu diesem Zweck die vorhandenen Zufahrten zu benutzen. Es folgt – im Anschluss an eine hier nicht interessierende Unterlassungsverpflichtung des Käufers – die Bewilligung und Beantragung der Eintragung der Grunddienstbarkeit in das Grundbuch. Diese den Vollzug der Eintragung betreffenden Erklärungen beziehen sich nach der systematischen Stellung auf das unter Buchstabe a) beschriebene dingliche Recht und beenden die dazu getroffenen dinglichen Regelungen. Erst im Anschluss daran und in einem gesonderten Absatz folgt die Vereinbarung über die Entrichtung einer angemessenen Nutzungsgebühr. Diese kann sich schon wegen ihrer systematischen Stellung nicht auf den unter Buchstabe a) beschriebenen Inhalt der Grunddienstbarkeit beziehen.

**19 cc)** Auch die weitere Regelung in Ziffer 6 der Eintragungsbewilligung, wonach „der Verkäufer“ für die Entrichtung der Nutzungsgebühr „zu sorgen und einzustehen“ hat, spricht bei nächstliegender Auslegung dagegen, dass der Inhalt der Dienstbarkeit so beschränkt worden ist, dass die Zahlung eines Entgelts Bedingung für ihre Ausübung ist. Die Vereinbarung der Verpflichtung des Verkäufers, für die Entrichtung der Nutzungsgebühr zu sorgen und einzustehen, soll die Zahlung an den Eigentümer des dienenden Grundstücks sicherstellen. Der Regelung hätte es nicht bedurft, wenn bereits der Inhalt der Dienstbarkeit beschränkt worden wäre. „Sorgen“ für die Entrichtung der Nutzungsgebühr kann der Verkäufer im Fall eines Weiterverkaufs des herrschenden Grundstücks nur, indem er die Verpflichtung zur Zahlung eines Nutzungsentgelts schuldrechtlich an den Käufer weitergibt und auch diesem eine Weitergabeverpflichtung auferlegt. Dass, wie die Beklagten meinen, der damalige Verkäufer des dienenden Grundstücks eine Ausfallhaftung übernommen habe, die neben die Obliegenheit des jeweiligen Dienstbarkeitsberechtigten zur Entgeltzahlung treten solle, ist nicht als nächstliegend anzusehen. Denn es erschließt sich nicht, warum der Verkäufer eine dauerhafte und unbeschränkte Einstandspflicht übernommen haben sollte, wenn schon die Ausübung der Dienstbarkeit von der Zahlung des Entgelts abhängig, dieses also im praktischen Ergebnis gesichert war.

**20 III.** Das Berufungsurteil erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Das Kraftfahrzeugeinstellrecht ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht verwirkt.

**21 1.** Die Verwirkung eines Anspruchs aus einem dinglichen Recht, das der Verjährung nicht unterliegt (§ 902 Abs. 1 Satz 1 BGB), kann nur in Ausnahmefällen angenommen werden (vgl. Senat, Urteil vom 16.03.2007, V ZR 190/06, NJW 2007, 2183 Rdnr. 9 f. zu § 1004 Abs. 1 BGB; NK-BGB/Otto, § 1018 Rdnr. 117). Der Rechtsverkehr kann darauf vertrauen, dass ein im Grundbuch eingetragenes Recht fortbesteht. Die Verwirkung einer Grunddienstbarkeit kommt deshalb allenfalls aufgrund des Verhaltens des aktuell dinglich Berechtigten und nur im Verhältnis zu ihm in Betracht. Andernfalls würde der Grundbuchinhalt entwertet.

**22 2.** Danach sind die Voraussetzungen der Verwirkung nicht gegeben. In der Person der Klägerin fehlt es schon an dem erforderlichen Zeitpunkt. Sie ist erst seit 2010 Eigentümerin des herrschenden Grundstücks und hat das Recht aus der Dienstbarkeit bereits 2012 gegenüber den Beklagten geltend gemacht.

**23 IV.** Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht entscheidungsreif, weil das Berufungsgericht – aus seiner Sicht folgerichtig – keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob die Grunddienstbarkeit infolge der Errichtung des Bauwerks mit Tiefgarage auf dem Grundstück der Beklagten gemäß § 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB erloschen ist. Die Sache ist deshalb unter Aufhebung des Berufungsurteils zur Verhandlung und erneuten Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Hierzu weist der Senat auf Folgendes hin:

**24 1.** Zunächst ist festzustellen, ob das Kraftfahrzeugeinstellrecht auf dem Grundstück der Beklagten auch außerhalb des vorhandenen Bauwerks ausgeübt werden kann, ohne den Rahmen einer schonenden Rechtsausübung zu überschreiten (§§ 1020, 1090 Abs. 2 BGB; vgl. Senat, Urteil vom 19.09.2008, V ZR 164/07, NJW 2008, 3703, 3704, Urteil vom 23.01.2015, V ZR 184/14, WM 2015, 1432 Rdnr. 9 m. w. N.).

**25 2.** Sollten der Klägerin keine ausreichenden Flächen auf dem Grundstück der Beklagten zum Einstellen von Fahrzeugen zur Verfügung stehen, hätte das nicht zwingend zur Folge, dass das auf dem Grundstück der Beklagten errichtete Bauwerk eine Anlage darstellt, durch die die Dienstbarkeit beeinträchtigt wird (§ 1028 Abs. 1 BGB). In Betracht kommt vielmehr, dass sich das Einstellrecht nunmehr auf die Tiefgarage bezieht.

**26 a)** Die Tiefgarage als solche ist nach dem objektiven Inhalt der Grunddienstbarkeit keine störende Anlage im Sinne des § 1028 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Dienstbarkeit berechtigt ihrem Wortlaut nach dazu, 30 Kraftfahrzeuge auf dem dienenden Grundstück einzustellen. Ein Ausübungsbereich des Rechts ist, was möglich gewesen wäre (vgl. dazu Senat, Beschluss vom 16.02.1984, V ZB 8/83, BGHZ 90, 181, 183; Urteil vom 04.12.2015, V ZR 22/15, WM 2016, 1089 Rdnr. 36), nicht als Inhalt der Grunddienstbarkeit festgelegt worden.

Ihr Ausübungsbereich erstreckt sich deshalb auf das ganze Grundstück und damit auch auf die Tiefgarage. „Eingestellt“ werden können Fahrzeuge bei nächstliegendem Verständnis des Begriffs nämlich sowohl oberirdisch als auch unterirdisch in einer Tiefgarage.

**27 b)** Allerdings könnte die Ausübung der Dienstbarkeit in der Vergangenheit dadurch beeinträchtigt gewesen sein, dass die Tiefgarage mit einer Zugangsbeschränkung – zum Beispiel einem Tor, einer Schranke oder einer ähnlichen Vorrichtung – versehen ist, wie es üblicherweise der Fall ist. Gibt es ein solches Zugangshindernis, konnte der Dienstbarkeitsberechtigte Kraftfahrzeuge nicht ohne Mitwirkung des Eigentümers des dienenden Grundstücks in die Tiefgarage einstellen. War nicht gewährleistet, dass der Dienstbarkeitsberechtigte die Zugangsbeschränkung überwinden und von seinem Einstellrecht Gebrauch machen konnte, ging und geht von der Tiefgarage eine Beeinträchtigung der Dienstbarkeit aus, die, wenn sie 30 Jahre oder länger andauert haben sollte, zum Erlöschen der Dienstbarkeit geführt hat (§ 1028 Abs. 1 BGB; vgl. zur Frist und zum Tor als störende Anlage Senat, Urteil vom 18.07.2014, V ZR 151/13, NJW 2014, 3780 Rdnr. 13 und 16).

## 7. Uneingeschränkte Vertretungsbefugnis des Verwalters für die Abgabe sämtlicher Grundbucheintragungsbewilligungen der WEG

OLG Nürnberg, Beschluss vom 12.07.2021, 15 W 2283/21

WEG § 9b Abs. 1 Satz 1 und 3  
GBO § 18 Abs. 1

### LEITSÄTZE:

- 1. Der Verwalter hat die uneingeschränkte Vertretungsmacht für die Abgabe sämtlicher im Verkehr mit dem Grundbuchamt vorkommender Eintragungsbewilligungen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Ein Nachweis dieser Vertretungsmacht muss nicht geführt werden, da § 9b Abs. 1 Satz 3 WEG die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht ausdrücklich anordnet. Daraus folgt, dass der Rechtsverkehr auf die Vertretungsmacht des Verwalters vertrauen kann. Der Vertragspartner muss sich nur über die Wirksamkeit der Verwalterbestellung versichern, beispielsweise durch Vorlage des Protokolls der Eigentümerversammlung über die Bestellung. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Die jeweiligen Eigentümer der Beteiligten zu 1 sind Miteigentümer des Grundstücks Fl.-Nr. (...), eingetragen im Grundbuch des AG Regensburg von Regensburg, Band (...), Blatt (...). Mit notarieller Urkunde vom 06.05.2021, UR-Nr. und (...) bestellten diese für den jeweiligen Eigentümer des Grundstück Fl.-Nr. der Gemarkung Regensburg, (...), eine

Grunddienstbarkeit u. a. des Inhalts, dass die Berechtigten berechtigt sind, über den Innenhof des dienenden Grundstücks einen Kamin zu führen bzw. zu installieren. Die Eintragung der Grunddienstbarkeit wurde im Namen der Beteiligten zu 1 durch ihren Verwalter beantragt und bewilligt.

**2** Mit Schreiben vom 11.06.2021 beantragte der Urkundsnotar den Vollzug der Urkunde.

**3** Das AG – Grundbuchamt – Regensburg erließ am 15.06.2021 eine Zwischenverfügung dahin gehend, dass der beantragten Eintragung ein Hindernis entgegenstehe. Zur Bestellung eines Rechts an dem Grundstück sei die Bewilligung aller eingetragenen Betroffenen, also sämtlicher Wohnungseigentümer, erforderlich. Die Bewilligung durch den Verwalter genüge nicht, da in der Teilungserklärung keine entsprechende Öffnungsklausel enthalten sei.

**4** Hiergegen legte der Urkundsnotar mit Schreiben vom 21.06.2021 Beschwerde ein. Gemäß § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG sei der Verwalter kraft Gesetzes zur Vertretung der Wohnungseigentümergeinschaft berechtigt. Die gesetzliche Vollmacht sei unbeschränkt und unbeschränkbar. Auf Öffnungsklauseln komme es nicht an.

**5** Der Beschwerde half das Grundbuchamt mit Beschluss vom 29.06.2021 nicht ab.

**6** II. 1. Das gegen die Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO gerichtete Rechtsmittel ist als unbeschränkte Beschwerde (§ 11 Abs. 1 RPfIG, § 71 Abs. 1 GBO) statthaft und auch im Übrigen zulässig (§§ 73, 15 GBO, § 7 Abs. 1, § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG).

**7** Obwohl er anzugeben hat, für wen er die Beschwerde führt (BayObLG, Beschluss vom 02.08.1989, BReg 2 Z 86/89, juris Rdnr. 13; *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 15 Rdnr. 20), beschränkt sich der Notar im vorliegenden Fall darauf, das Rechtsmittel einzulegen, ohne die Personen zu bezeichnen, für die er es einlegt. Fehlt eine solche Angabe, so sind – sofern sich, wie hier, aus den Umständen nichts anderes ergibt – als Beschwerdeführer alle Antragsberechtigten anzusehen (BGH, Beschluss vom 24.01.1985, V ZB 5/84, juris Rdnr. 17; BayObLG, Beschluss vom 24.04.1985, BReg 3 Z 30/85). Insofern ist zu berücksichtigen, dass aus § 15 GBO dem Notar kein eigenständiges Antragsrecht erwächst und somit auch keine Beschwerdebefugnis (BayObLG, Beschluss vom 02.08.1989, BReg 2 Z 86/89, juris Rdnr. 12; OLG München, Beschluss vom 28.06.2017, 34 Wx 421/16, juris Rdnr. 13; KG, Beschluss vom 11.02.2014, 1 W 130/13, juris Rdnr. 9; *Demharter*, a. a. O.).

**8** 2. Die Beschwerde hat nicht schon aus formalen Gründen Erfolg. Das Grundbuchamt durfte vorliegend eine Zwischenverfügung erlassen.

**9** Das Grundbuchamt vertritt die Auffassung, dass die Eintragungsbewilligung des Verwalters der Beteiligten zu 1 nicht genügt, sondern die Bewilligungen aller Wohnungseigentümer der Wohnungseigentümergeinschaft erforderlich sind. Es fordert daher die Beibringung von Bewilligungen nach § 19 GBO. Zwar darf grundsätzlich nicht durch Zwischenverfügung entschieden werden, soweit die Eintragungsbewilligung des unmittelbar Betroffenen noch nicht

erklärt ist (*Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl., § 18 Rdnr. 36). Etwas anderes gilt aber dann, wenn ein Nichtberechtigter die Bewilligung für die Berechtigten abgibt und eine Heilung dieses Mangels mit rückwirkender Kraft entsprechend § 185 BGB, also durch Genehmigung des Berechtigten, erfolgen kann (BGH, Beschluss vom 15.07.2010, V ZB 107/10; BayObLG, Beschluss vom 26.10.1970, BReg 2 Z 71/70; KG, Beschluss vom 14.01.2013, 1 W 3/13, 1 W 4/13; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 72). Die nach Auffassung des Grundbuchamts fehlende Vertretungsmacht des Verwalters könnte vorliegend durch Genehmigung der Miteigentümer analog § 185 BGB geheilt werden.

**10** 3. In der Sache hat die Beschwerde aber Erfolg. Das Grundbuchamt durfte die Eintragung der Grunddienstbarkeit nicht von der Vorlage der Bewilligung aller Wohnungseigentümer abhängig machen, da der Verwalter als der gesetzliche Vertreter der Wohnungseigentümergeinschaft die Bewilligung für diese aufgrund seiner unbeschränkten Vertretungsmacht wirksam abgegeben konnte.

**11** Der Verwalter vertritt die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gegenüber Dritten und Wohnungseigentümern aktiv und passiv. Die Vertretungsmacht ist grundsätzlich unbeschränkt. Sie umfasst sowohl die außergerichtliche als auch die gerichtliche Vertretung. Sie greift für die Vertretung in Verfahren aller Gerichtsbarkeiten (MünchKomm-BGB/*Burgmair*, 8. Aufl. 2021, § 9b WEG Rdnr. 5). Lediglich für den Abschluss von Grundstückskauf- und Darlehensverträgen benötigt der Verwalter nach § 9b Abs. 12. Hs. WEG im Außenverhältnis den Beschluss der Wohnungseigentümer.

**12** Unter den Begriff des Grundstückskaufvertrags fallen sämtliche entgeltliche Verpflichtungsgeschäfte, aufgrund derer ein Grundstück, ein Miteigentumsanteil am Grundstück, eine Teilfläche an einem Grundstück, Wohnungs- oder Teileigentum selbst oder grundstücksgleiche Rechte erworben werden. Unerheblich ist, ob die Wohnungseigentümergeinschaft als Käuferin und Verkäuferin auftritt (BeckOK-WEG/*Leidner*, Stand: 02.04.2021, § 9b Rdnr. 15). Nicht von dieser Ausnahme erfasst sind allerdings dingliche Rechtsgeschäfte oder sonstige Abwicklungsmaßnahmen (BT-Drucks. 19/22634, S. 43; BeckOK-WEG/*Leidner*, § 9b Rdnr. 15). Vielmehr hat der Verwalter uneingeschränkte Vertretungsmacht für die Abgabe sämtlicher im Verkehr mit dem Grundbuchamt vorkommender Eintragungsbewilligungen (*Walter Böhringer*, ZfIR 2020, 773 ff).

**13** Ein Nachweis dieser Vertretungsmacht muss nicht geführt werden, da § 9b Abs. 1 Satz 3 WEG die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht ausdrücklich anordnet. Daraus folgt, dass der Rechtsverkehr auf die Vertretungsmacht des Verwalters vertrauen kann. Der Vertragspartner muss sich nur über die Wirksamkeit der Verwalterbestellung versichern (BeckOK-WEG/*Leidner*, § 9b Rdnr. 11).

**14** Vorliegend ist die Bestellung des Verwalters der Beteiligten zu 1 durch Vorlage des Protokolls über die Eigentümerversammlung am 11.06.2015 Ziffer 6 belegt. Zwar endete die Verlängerung des Verwaltervertrages am 14.06.2020. Allerdings hat sich der Verwalter auf Art. 2 § 6 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie vom



27.03.2020 berufen, wonach der letzte bestellte Verwalter bis zu seiner Abberufung oder der Bestellung eines neuen Verwalters im Amt bleibt.

15 III. Die Kostenfolge der zulässigen und begründeten Beschwerde ergibt sich aus dem Gesetz (§ 22 Abs. 1, § 25 Abs. 1 GNotKG). Für eine Kostenerstattungsanordnung zugunsten der Beschwerdeführer auf der Grundlage von §§ 81 ff. FamFG bestand kein Anlass. Die Staatskasse kommt in Grundbuchsachen grundsätzlich nicht als Beteiligter in Betracht, dem bei erfolgreicher Beschwerde die außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeführers auferlegt werden könnten (*Demharter*, GBO, § 77 Rdnr. 33).

#### ANMERKUNG:

Von Notar PD Dr. **Patrick Meier**, Bischofsheim i. d. Rhön

### 1. Problemstellung

Die Frage, wer in Bezug auf ein nach WEG aufgeteiltes Grundstück Erklärungen zum Grundbuch abgeben kann, stellt sich in der notariellen Praxis an verschiedenen Punkten. Die vorliegende Entscheidung des OLG Nürnberg befasst sich mit dieser Problematik aus der Sichtweise der angestrebten Belastung des aufgeteilten Grundstücks. Ebenso ist es denkbar, dass Teile der nach WEG aufgeteilten Grundstücksfläche veräußert werden sollen, beispielsweise im Rahmen von Straßengrundabtretungen oder bei einer Grenzbegradigung mit einem Nachbargrundstück. Besondere praktische Bedeutung hat zudem die Situation, dass zugunsten des nach WEG aufgeteilten Grundstücks eine Grunddienstbarkeit bestellt ist, die nunmehr gelöscht werden soll. In sämtlichen Konstellationen stellt sich die Frage, wer befugt ist, die jeweils erforderlichen Erklärungen abzugeben und wessen Bewilligungen damit dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachzuweisen sind.

### 2. Entscheidung und Kritik

Nach Auffassung des OLG Nürnberg soll der Verwalter der Wohnungseigentumsanlage befugt sein, grundbuchtaugliche Erklärungen zur Belastung des nach WEG aufgeteilten Grundstücks abzugeben und damit Verfügungen über dieses zu treffen. Wollte man die Auffassung ernst nehmen, wäre mithin der Verwalter gleichermaßen in der Lage, die Löschung einer zugunsten dieses Grundstücks bestehenden Grunddienstbarkeit zu bewilligen und Auflassungserklärungen über Teilflächen abzugeben. Dies würde die notarielle Praxis erheblich vereinfachen, weil dann nicht mehr die Beteiligung sämtlicher Eigentümer erforderlich wäre, sondern nur noch der Verwalter eine derartige Erklärung abgeben müsste, wobei seine Stellung nach § 26 Abs. 4, § 24 Abs. 6 WEG durch ein Protokoll nachgewiesen werden kann, bei dem die dort genannten Unterschriften<sup>1</sup> beglaubigt werden.

1 Vorsitzender der Versammlung, ein (weiterer) Wohnungseigentümer und – soweit ein solcher besteht – der Vorsitzende des Beirates.

Trotz des wie dargestellt für sich genommen wünschenswerten Ergebnisses krankt die Entscheidung des Senats daran, dass sie sich mit der geltenden Rechtslage nicht in Einklang bringen lässt. Sie lässt sich allein damit erklären, dass das OLG Nürnberg verkennt, dass die *Wohnungseigentümer* und die *Gemeinschaft der Wohnungseigentümer* nach § 9a WEG nicht identisch sind. Schon die Darstellung des Sachverhalts ist nicht vollkommen eindeutig. So führt der Senat aus, dass die *Eigentümer* der Beteiligte zu 1 (offenbar die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer) Eigentümer des Grundstücks sind. Nach Auffassung des Senats bewilligten diese die Eintragung der Dienstbarkeit durch den Verwalter. Auch wenn die Formulierung, die Mitglieder der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer seien deren Eigentümer, zumindest terminologisch unscharf ist,<sup>2</sup> erkennt der Senat doch noch an dieser Stelle die Rechts- und Sachlage zutreffend. Eigentümer des nach WEG aufgeteilten Grundstücks ist nicht die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, sondern es sind die jeweiligen Wohnungseigentümer in einer Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB.<sup>3</sup> Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist nach § 9a Abs. 1 WEG demgegenüber nunmehr ein vollkommen rechtsfähiger Verband,<sup>4</sup> der folglich selbst Rechte und Pflichten erwerben kann. Er ist daher streng von der Person seiner Mitglieder zu unterscheiden und infolgedessen nicht dasselbe wie die Summe seiner Mitglieder. Das Verhältnis der Mitglieder zur Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist mithin vergleichbar zu dem von Gesellschaftern und Gesellschaft oder zu dem von Mitgliedern und Verein.<sup>5</sup> Diese mögen zwar die Personengesellschaft oder die juristische Person tragen, sie sind aber nicht mit dieser identisch. Auch die Vermögensmassen müssen stets voneinander differenziert werden.

Gerade diesem Erfordernis wird der Beschluss allerdings nicht gerecht. Zwar ist es seit der jüngsten Reform in der Tat nunmehr zweifellos möglich, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer selbst Grundeigentum erwirbt,<sup>6</sup> das WEG-Grundstück selbst steht aber (im Regelfall)<sup>7</sup> nicht im Eigentum des Verbandes. Zwar kann dieser auch am WEG-Grundstück selbst Eigentum erlangen, indem er Sondereigentumseinheiten und damit auch den

2 Auch BGH, Urteil vom 11.06.2021, V ZR 41/19, NZM 2021, 613, 614 spricht insoweit terminologisch zutr. von „Mitgliedern“.

3 MünchKomm-BGB/*Commichau*, 8. Aufl. 2020, Vor § 1 Rdnr. 38; *Hügel/Elzer*, Wohnungseigentum, 5. Aufl. 2021, § 7 Rdnr. 1 f.

4 BeckOGK-BGB/*Falkner*, Stand: 01.12.2020, § 9a WEG Rdnr. 43; BeckOK-BGB/*Hügel*, Stand: 01.11.2021, § 9a WEG Rdnr. 12; *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, 2020, Rdnr. 76.

5 *Dötsch/Schultzky/Zscheschack*, WEG-Recht 2021, 2021, Kap. 3 Rdnr. 19; *Skauradszun/Elzer/Hinz/Riecke/Skauradszun*, Die WEG-Reform 2020, 2021, § 1 Rdnr. 14.

6 MünchKomm-BGB/*Burgmair*, 8. Aufl. 2021, § 9a WEG Rdnr. 38; BeckOK-WEG/*Müller*, Stand: 01.01.2022, § 9a Rdnr. 32.

7 Siehe zur Möglichkeit des Erwerbs „eigener Anteile“: BeckOK-WEG/*Müller*, § 9a Rdnr. 41 ff.

hierzu gehörenden Miteigentumsanteil erwirbt. Da der Verband allerdings erst mit der Anlegung der Grundbuchblätter entsteht,<sup>8</sup> bedarf es stets zumindest bei seiner Begründung eines anderen Rechtsträgers, der als sein Mitglied fungiert und damit Eigentümer des aufzuteilenden Grundstücks ist. Dies erkennt das OLG Nürnberg zumindest in seiner Sachverhaltsdarstellung auch im Ansatz noch richtig. Im Anschluss daran führt allerdings das OLG in einer gewissen Breite aus, weshalb der Verwalter aufgrund seiner gesetzlichen Vertretungskompetenz für den Verband nicht daran gehindert ist, eine derartige Eintragung zu bewilligen. Diese Aussagen erweisen sich zwar im Grundsatz als richtig,<sup>9</sup> für den vorliegenden Fall sind sie allerdings ohne Relevanz, da der Verband nicht Eigentümer des Grundstücks ist und es demnach auch nicht darauf ankommt, wer ihn vertreten kann.<sup>10</sup> Das OLG prüft mithin die Vertretungsbefugnis für das falsche Rechtssubjekt, da der Verband an diesem Geschäft nicht mitzuwirken hat.

Eine Bewilligung durch den Verwalter wäre nur dann ausreichend, wenn dieser auch dazu befugt wäre, die Mitglieder der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu vertreten. Sie sind Eigentümer des Grundstücks und damit nach allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätzen als einzige dazu berechtigt, über dieses zu verfügen, es mithin zu belasten. Soll die Löschung eines dem jeweiligen Eigentümer zustehenden Rechts vorgenommen werden, so ist hierzu allein der Rechtsinhaber berechtigt, sodass auch das dem Eigentümer des Grundstücks obliegt. Dies ergibt sich daraus, dass nach § 96 BGB die Grunddienstbarkeit wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist<sup>11</sup> und damit dessen Eigentümer zusteht. Eine Vertretungsmacht des Verwalters für die Eigentümer kann zwar rechtsgeschäftlich nach §§ 164 ff. BGB begründet werden, sie besteht aber nicht kraft Gesetzes.<sup>12</sup> Sie kann zudem richtigerweise auch nicht durch die Gemeinschaftsordnung mit Wirkung gegen alle Sonderrechtsnachfolger eingeräumt werden. Insoweit ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass vor allem Ermächtigungen zur Umwandlung von Sonder- in Gemeinschaftseigentum und umgekehrt nicht als Teil der Gemeinschaftsordnung gelten, da diese nicht das Gemeinschafts-, sondern das sachenrechtlich Grundverhältnis regeln.<sup>13</sup> Verfügungen können daher nicht in der Gemeinschaftsordnung gestattet wer-

den,<sup>14</sup> wobei dies für sämtliche Arten von Verfügungen gilt. Daher kann auch eine Ermächtigung des Verwalters zur Belastung des Gemeinschaftseigentums oder zur Aufhebung eines Rechts zugunsten des aufgeteilten Grundstücks nicht erfolgen. Eine gleichwohl getroffene Abrede würde nur diejenigen binden, die an ihr beteiligt waren.

Aus diesem Grund sind die Ausführungen des OLG Nürnberg zur Frage der Vertretungsmacht des Verwalters in Bezug auf die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer von vornherein nicht zielführend, da sie im Hinblick darauf, ob der Verwalter auch die Eigentümer vertreten darf, bedeutungslos sind.<sup>15</sup> Die Frage, ob der Verwalter grundsätzlich befugt ist, die Wohnungseigentümer zu vertreten, wurde zwar früher teils abweichend beurteilt.<sup>16</sup> Dies ergab sich daraus, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer lange Zeit nicht als rechtsfähig anerkannt war. Spätestens durch die Reform 2020 hat sich diese Frage allerdings erledigt. In § 9a Abs. 1 Satz 1 WEG bestimmt der Gesetzgeber die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer als unbeschränkt rechtsfähig und normiert in § 9b WEG die Vertretungsbefugnis des Verwalters für sie. Eine darüber hinausgehende Vertretungsbefugnis für die Eigentümer besteht folglich im Grundsatz nicht mehr. Eine solche ergäbe sich bestenfalls dann, wenn nach § 9a Abs. 2 Alt. 2 WEG die Belastung des Eigentums oder die Aufhebung einer solchen Belastung an einem anderen Grundstück ein Recht der Wohnungseigentümer wäre, das eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern würde. Dies kann allerdings für die Bestellung einer Dienstbarkeit von vornherein nicht bejaht werden. Jeder Miteigentumsanteil kann an sich isoliert belastet werden, sodass auch jeder Eigentümer selbst darüber bestimmen kann, ob und in welchem Umfang er dies gestatten möchte. Vor diesem Hintergrund kann die Belastung der Miteigentumsanteile kein Recht darstellen, das nur einheitlich durch den Verband wahrgenommen werden kann, sodass sich auch aus § 9a Abs. 2 Alt. 2 WEG keine Zuordnung zu diesem ergeben kann.<sup>17</sup> Infolgedessen kann auch keine Vertretungsbefugnis des Verwalters bestehen.

Bei der Löschung einer zugunsten des aufgeteilten Grundstücks eingetragenen Dienstbarkeit hat der Verwalter hierzu ebenfalls keine Kompetenz, da dies gleichermaßen nicht unter § 9a Abs. 2 Alt. 2 WEG fällt. Zwar kann eine solche Dienstbarkeit nur einheitlich gelöscht werden, weil die Löschung an einem einzigen Miteigentumsanteil zum Untergang der Dienstbarkeit insgesamt

8 § 9a Abs. 1 Satz 2 WEG.

9 So auch *Wilsch*, FGPrax 2021, 203, 204.

10 Ebenso *Wilsch*, FGPrax 2021, 203, 204.

11 BGH, Urteil vom 17.02.2012, V ZR 102/11, NZM 2012, 471.

12 *Hügel/Elzer*, Wohnungseigentum, § 7 Rdnr. 87; *Hügel/Elzer*, WEG, 3. Aufl. 2021, § 9a Rdnr. 63; BeckOK-WEG/Müller, § 9a Rdnr. 48 ff.

13 BGH, Urteil vom 04.04.2003, V ZR 322/02, DNotZ 2003, 536, 538; BayObLG, Urteil vom 24.07.1997, 2 Z BR 49/97, DNotZ 1998, 379, 382 f.; Urteil vom 05.01.2000, 2 Z BR 163/99, DNotZ 2000, 466, 467 f.; Urteil vom 12.10.2001, 2 Z BR 110/01, DNotZ 2002, 149, 151.

14 BayObLG, Urteil vom 24.07.1997, 2 Z BR 49/97, DNotZ 1998, 379, 382 spricht insoweit von der sachenrechtlichen Zuordnung; siehe auch BGH, Urteil vom 04.04.2003, V ZR 322/02, DNotZ 2003, 536, 538, der nicht zwischen Umwandlungen und anderen Verfügungen unterscheidet.

15 Wie hier *Wilsch*, FGPrax 2021, 203, 204.

16 Siehe dazu *Weitnauer/Lüke*, Wohnungseigentumsgesetz, 9. Aufl. 2004, § 27 Rdnr. 9.

17 Im Ergebnis ebenso: *Hügel/Elzer*, Wohnungseigentum, § 7 Rdnr. 87; *Hügel/Elzer*, WEG, § 9a Rdnr. 63; BeckOK-WEG/Müller, § 9a Rdnr. 48 ff.



führen würde,<sup>18</sup> dies genügt allerdings für die Anwendung von § 9a Abs. 2 Alt. 2 WEG nicht. Die Norm fordert vielmehr, dass es sich um ein Recht handelt, das eine einheitliche *Rechtsverfolgung* erfordert. Es müssen also Rechte oder Ansprüche betroffen sein, die nur von allen zusammen und mit Wirkung gegenüber allen durchgesetzt werden können.<sup>19</sup> Hierzu zählen in erster Linie (vertragliche) Ansprüche in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum.<sup>20</sup> Für Befugnisse, die aus einer Dienstbarkeit resultieren, gilt dies allerdings nicht. Ihre Erfüllung kann vielmehr durch jeden einzelnen Miteigentümer isoliert verlangt werden, sodass diese jeweils selbst gegen den Dienstbarkeitsverpflichteten vorgehen können und somit eine einheitliche Rechtsverfolgung gerade nicht angezeigt ist. Demnach kann auch eine Dienstbarkeit zugunsten des aufgeteilten Grundstücks nicht dem Tätigkeitsbereich der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zugeordnet werden, sodass der Verwalter nicht befugt ist, ihre Löschung oder Änderung zu bewilligen. In der Konsequenz bedarf es ebenfalls der Mitwirkung sämtlicher Eigentümer.<sup>21</sup>

### 3. Ergebnis und Ausblick

Insgesamt ist die Entscheidung des OLG Nürnberg damit abzulehnen.<sup>22</sup> Sie verletzt die gesetzlichen Regelungen und disqualifiziert sich dadurch, dass der Senat die Unterscheidung zwischen den Wohnungseigentümern und der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nicht erkennt. Praktisch ist daher sowohl zur (teilweisen) Veräußerung und Belastung des aufgeteilten Grundstücks als auch zur Löschung eines für dieses eingetragenen Rechts auch nach dem WEMoG die Mitwirkung sämtlicher Wohnungseigentümer erforderlich.<sup>23</sup> Dies kann, wenn die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer einen Miteigentumsanteil selbst hält, auch die Mitwirkung des Verwalters, als Vertreter *dieses* Eigentümers, erfordern. Das gilt allerdings nur insoweit, als der Miteigentumsanteil der Gemeinschaft betroffen ist, wohingegen die sonstigen Anteile durch ihren jeweiligen Eigentümer repräsentiert werden müssen.

Obleich die Entscheidung einen scheinbar praktisch leicht gangbaren Ausweg eröffnet, kann niemandem angeraten werden, sich auf sie zu stützen. Zum einen ist da-

von auszugehen, dass andere Grundbuchämter und Beschwerdegerichte die Rechtslage zutreffend erkennen und daher die Eintragung ablehnen werden, zum anderen ändert die fehlerhafte Eintragung nichts an der materiellen Lage. Es entstehen somit bei einer unrichtigen Eintragung Scheinrechte, bei der Löschung ist die entsprechende Befugnis nur scheinbar aufgehoben. Zwar ist es denkbar, dass die Rechte bei einer späteren Veräußerung gutgläubig (weg-)erworben werden, allerdings kann sich ein umsichtiger Vertragsgestalter hierauf nicht verlassen. Darüber hinaus würde dies zumindest denjenigen, der nicht erst seit der so bewirkten Eintragung im Grundbuch das Eigentum erworben hat, nicht schützen.

## 8. Löschung einer Auflassungsvormerkung nach zwischenzeitlicher Teilung in Wohnungseigentum

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16.11.2020, 20 W 252/19

BGB §§ 883, 885 BGB  
WEG § 7

### LEITSATZ:

**Wird bei Teilung eines Grundstücks in Wohnungseigentum eine zuvor bestehende Auflassungsvormerkung in den einzelnen Wohnungsgrundbuchblättern vermerkt, können später nicht einzelne Wohnungen aus der Vormerkung „freigegeben“ werden. Die Vormerkung kann nur insgesamt gelöscht werden.**

### AUS DEN GRÜNDE:

(...)

**21** Die Zulassung der Rechtsbeschwerde erfolgt gemäß § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 1.Alt. GBO zur Fortbildung des Rechts. Die Frage, ob in der hier vorliegenden Konstellation eine Vormerkung hinsichtlich nur einer von mehreren betroffenen Wohnungen gelöscht werden kann, war bisher, soweit ersichtlich, nicht Gegenstand vertiefter Behandlung in Rechtsprechung und Schrifttum, könnte aber nicht unerhebliche praktische Bedeutung haben.

(...)

<sup>18</sup> Dazu: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 2949.

<sup>19</sup> Siehe dazu *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 131 ff.; *Skauradszun/Elzer/Hinz/Riecke/Skauradszun*, Die WEG-Reform 2020, § 1 Rdnr. 38 f.

<sup>20</sup> *BeckOK-BGB/Hügel*, § 9a WEG Rdnr. 25 f.; *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 133, gehen sogar davon aus, dass es nahezu keine Anwendungsbereiche geben wird.

<sup>21</sup> *Hügel/Elzer*, Wohnungseigentum, § 7 Rdnr. 87; *Hügel/Elzer*, WEG, § 9a Rdnr. 63; *BeckOK-WEG/Müller*, § 9a Rdnr. 48 ff.; wohl ebenso *BeckOGK-BGB/Falkner*, § 9a WEG Rdnr. 96.

<sup>22</sup> So auch *Wilsch*, FGPrax 2021, 203, 204 f.

<sup>23</sup> Im Ergebnis wie hier: *Hügel/Elzer*, Wohnungseigentum, § 7 Rdnr. 87; *Hügel/Elzer*, WEG, § 9a Rdnr. 63; *BeckOK-WEG/Müller*, § 9a Rdnr. 48 ff.

## Bürgerliches Recht

### FAMILIENRECHT

#### 9. Voraussetzungen für Abänderung eines Unterhaltstitels

BGH, Beschluss vom 17.03.2021, XII ZB 221/19 (Vorinstanz: KG, Urteil vom 12.04.2019, 13 UF 124/17)

BGB §§ 138, 242, 1572, 1573

FamFG § 113 Abs. 1 Satz 2, § 238

#### LEITSÄTZE:

1. Die Unterhaltsabänderung nach § 238 FamFG besteht in einer unter Wahrung der Grundlagen des Unterhaltstitels vorzunehmenden Anpassung des Unterhalts an veränderte Verhältnisse (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 15.07.2015, XII ZB 369/14 FamRZ 2015, 1694).
2. Auch wenn für die erstmalige Bewertung eines möglichen Rechtsmissbrauchs im Rahmen der Ausübungskontrolle eines Ehevertrags nach § 242 BGB der Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe maßgeblich ist, kann sich durch die weitere Entwicklung ergeben, dass ein späteres Berufen seitens des von dem Ehevertrag begünstigten Ehegatten auf eine entsprechende Regelung im Sinne von § 242 BGB nicht mehr rechtsmissbräuchlich ist. Dies kann grundsätzlich im Rahmen einer Unterhaltsabänderung nach § 238 FamFG berücksichtigt werden.
3. Allerdings müssen die Voraussetzungen des § 238 FamFG erfüllt sein, um eine abweichende Bewertung der Ausübungskontrolle aus der abzuändernden Entscheidung zu erreichen. Es müssen mithin Tatsachen vorgetragen werden, aus denen sich eine wesentliche Veränderung der der Entscheidung zugrundeliegenden tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse ergibt.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Die Beteiligten streiten um die Abänderung eines Urteils zum nahehelichen Unterhalt für die Zeit ab April 2014.

2 Sie heirateten im Jahr 1978. Aus der Ehe gingen zwei in den Jahren 1982 und 1983 geborene Kinder hervor. Die Beteiligten schlossen am 03.02.1981 einen notariellen Ehevertrag, mit dem sie für den Fall der Trennung oder Scheidung wechselseitig auf jegliche Unterhaltsansprüche verzichteten und die Durchführung des Versorgungsausgleichs ausschlossen. Nach ihrer Trennung im Mai 2006 schlossen sie am 14.06.2006 einen weiteren notariellen Ehevertrag. In diesem erklärten sie in den Vorbemerkungen, dass die von ihnen in der notariellen Urkunde vom 03.02.1981 getroffenen Vereinbarungen aufrechterhalten bleiben sollten und auch gegenwärtig ihrem ausdrücklichen Willen entsprächen. Ferner vereinbarten die Beteiligten Gütertrennung, regelten den Zugewinnausgleich und nahmen eine Vermögensaufteilung vor.

3 Die Ehe der Beteiligten wurde mit Urteil des AG Oranienburg vom 16.12.2009, rechtskräftig seit dem 07.04.2010, geschieden. Der Antragsteller (im Folgenden: Ehemann) wurde in der Folgesache Ehegattenunterhalt verurteilt, an die Antragsgegnerin (im Folgenden: Ehefrau) nach Rechtskraft der Scheidung zunächst monatlich 622 € Elementarunterhalt und 157 € Altersvorsorgeunterhalt zu zahlen. Nach einer durch das AG über einen Zeitraum von vier Jahren vorgenommenen stufenweisen Herabsetzung war der Ehemann ab dem 01.01.2014 noch verpflichtet, einen monatlichen Ehegattenunterhalt von 102 € Elementarunterhalt sowie 26 € Altersvorsorgeunterhalt zu zahlen. Der Versorgungsausgleich ist auf die Beschwerden der Beteiligten durch das OLG Brandenburg mit Beschluss vom 30.06.2016 dahin gehend rechtskräftig geregelt worden, dass ein Teilausgleich der in der Ehezeit erworbenen Anwartschaften in Höhe des ehebedingten Nachteils vorzunehmen sei.

4 Die im März 1956 geborene Ehefrau verfügt über keine Berufsausbildung. Sie war zum Zeitpunkt der Heirat als Verwaltungsangestellte im öffentlichen Dienst in Vollzeit erwerbstätig. Nach der Geburt des 1982 geborenen Sohnes kündigte sie ihr Arbeitsverhältnis. Seit 1992 war sie halbschichtig wieder im öffentlichen Dienst erwerbstätig und stockte ihre Tätigkeit im Jahr 1999 auf eine Vollzeitstätigkeit auf. Nach diversen Operationen stellte sie zum 1.10.2013 einen Antrag auf Gewährung einer Erwerbsminderungsrente, dem entsprochen wurde. Die Ehefrau bezieht von der Deutschen Rentenversicherung Bund im hier noch streitigen Zeitraum eine Rente wegen voller Erwerbsminderung, die sich nach der Durchführung des Versorgungsausgleichs für den Zeitraum seit September 2016 erhöht hat. Sie bezieht weiter eine Betriebsrente wegen voller Erwerbsminderung von der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL).

5 Der im Jahr 1955 geborene Ehemann bezieht Einkünfte als Angestellter und begehrt eine Herabsetzung seiner Verpflichtung zur Zahlung von Ehegattenunterhalt auf „Null“ für die Zeit ab August 2014, da infolge des Rentenbezugs durch die Ehefrau eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse eingetreten sei. Im Rahmen einer Abänderung seien aufgrund des neuen Unterhaltstatbestands auch die Wirksamkeit der Eheverträge und deren Anwendbarkeit auf den nahehelichen Unterhalt neu zu überprüfen.

6 Das AG hat den Abänderungsantrag des Ehemanns zurückgewiesen. Auf den Widerantrag der Ehefrau, mit dem sie für die Zeit ab April 2014 aufgrund ihrer Erwerbsunfähigkeit erhöhte Unterhaltszahlungen begehrt, hat es das Urteil des AG Oranienburg dahin abgeändert, dass es den Ehemann verpflichtet hat, an die Ehefrau für den Zeitraum von April 2014 bis Juni 2015 einen monatlichen Ehegattenunterhalt i. H. v. 524 € und für den Zeitraum von Juli 2015 bis August 2016 einen monatlichen Ehegattenunterhalt i. H. v. 421 € jeweils als Elementarunterhalt nebst Zinsen zu zahlen. Im Übrigen hat es den Widerantrag zurückgewiesen. Das KG hat auf die Beschwerde des Antragstellers und unter Zurückweisung der Anschlussbeschwerde der Antragsgegnerin die Entscheidung des AG teilweise dahin ab-

geändert, dass es den Ehemann zur Zahlung eines monatlichen Unterhalts für den Zeitraum vom 01.04.2014 bis 30.06.2014 i. H. v. 213 € zuzüglich 26 € Altersvorsorgeunterhalt, vom 01.07.2014 bis 30.06.2015 von 217 € zuzüglich 26 € Altersvorsorgeunterhalt für den Monat Juli 2014, vom 01.07.2015 bis 30.06.2016 von 221 € und vom 01.07.2016 bis 31.08.2016 von 230 € nebst Zinsen verpflichtet hat. Ferner hat das KG festgestellt, dass der Ehemann ab 01.09.2016 keinen nachehelichen Unterhalt mehr schuldet. Hiergegen wendet sich der Ehemann mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, mit der er für die Zeit von April bis Juli 2014 die vollständige Abweisung des Widerantrags und bereits für die Zeit ab August 2014 den vollständigen Wegfall seiner Unterhaltsverpflichtung erreichen will.

**7 B.** Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das KG, soweit der Ehemann die Entscheidung angefochten hat.

**8 I.** Das KG hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

(...)

**17 II.** Das hält einer rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand. Zu Unrecht hat sich das KG mit Blick auf die abzuändernde Entscheidung des AG Oranienburg an einer erneuten Ausübungskontrolle hinsichtlich des Ehevertrags vom 03.02.1981 gemäß § 242 BGB gehindert gesehen.

**18 1.** Nach § 238 Abs. 1 FamFG kann jeder Teil die Abänderung einer in der Hauptsache ergangenen Endentscheidung des Gerichts beantragen, die eine Verpflichtung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen enthält. Der Antrag ist zulässig, sofern der Antragsteller Tatsachen vorträgt, aus denen sich eine wesentliche Veränderung der der Entscheidung zugrunde liegenden tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse ergibt. Gemäß § 238 Abs. 2 FamFG kann der Antrag nur auf Gründe gestützt werden, die nach Schluss der Tatsachenverhandlung des vorausgegangenen Verfahrens entstanden sind und deren Geltendmachung durch Einspruch nicht möglich ist oder war (Senatsbeschlüsse vom 15.07.2015, XII ZB 369/14, FamRZ 2015, 1694 Rdnr. 14 und BGHZ 218, 213 = FamRZ 2018, 914 Rdnr. 10).

**19** Ist das Abänderungsverfahren eröffnet, so ermöglicht es weder eine freie, von der bisherigen Höhe unabhängige Neufestsetzung des Unterhalts noch eine abweichende Beurteilung derjenigen Verhältnisse, die bereits in der Erstentscheidung eine Bewertung erfahren haben. Darüber hinaus bleiben im Abänderungsverfahren auch solche im Ausgangsverfahren schon entscheidungserheblichen Umstände unberücksichtigt, die seinerzeit von den Beteiligten nicht vorgetragen oder vom Gericht übersehen wurden. Denn auch eine Korrektur von Fehlern der rechtskräftigen Entscheidung ist im Abänderungsverfahren nicht zulässig. Einer Fehlerkorrektur steht vielmehr die Rechtskraft der Vorentscheidung entgegen, deren Durchbrechung nur insoweit gerechtfertigt ist, als sich die maßgeblichen Verhältnisse nachträglich verändert haben (Senatsbeschlüsse vom 15.07.2015, XII ZB 369/14, FamRZ 2015, 1694 Rdnr. 19 m. w. N. und BGHZ 218, 213 = FamRZ 2018, 914 Rdnr. 12).

**20** Die Abänderungsentscheidung besteht dementsprechend in einer unter Wahrung der Grundlagen des Unterhaltstitels vorzunehmenden Anpassung des Unterhalts an veränderte Verhältnisse (§ 238 Abs. 4 FamFG). Für das Ausmaß der Abänderung kommt es darauf an, welche Umstände für die Bemessung der Unterhaltsrente seinerzeit maßgebend waren und welches Gewicht ihnen dabei zugekommen ist. Auf dieser durch Auslegung zu ermittelnden Grundlage hat der Richter im Abänderungsverfahren unter Berücksichtigung der neuen Verhältnisse festzustellen, welche Veränderungen in diesen Umständen eingetreten sind und welche Auswirkungen sich daraus für die Höhe des Unterhalts ergeben (Senatsbeschluss vom 15.07.2015, XII ZB 369/14, FamRZ 2015, 1694 Rdnr. 20 m. w. N.).

**21 2.** Auf dieser Grundlage hat das KG die Voraussetzungen für eine zulässige Abänderung nach § 238 FamFG zutreffend bejaht.

**22** Die zugrunde liegenden Tatsachen haben sich wesentlich geändert. Dem Ausgangsurteil lag der Antrag auf Zahlung nachehelichen Aufstockungsunterhalts zugrunde. Demgegenüber macht die Ehefrau nunmehr einen Anspruch auf Unterhalt wegen Krankheit nach § 1572 Nr. 4 BGB geltend. Das beruht auf ihrer erst später eingetretenen Erwerbsunfähigkeit, weshalb sie statt ihres früheren Erwerbseinkommens nunmehr eine Erwerbsminderungsrente bezieht.

**23 3.** Hinsichtlich der Begründetheit des Abänderungsantrags kann dem KG allerdings nur teilweise gefolgt werden.

**24 a)** Zutreffend hat es sich allerdings im Rahmen des § 238 FamFG an die Bewertungen des Ausgangsurteils des AG Oranienburg vom 16.12.2009 bezüglich der Sittenwidrigkeit des Ehevertrags vom 03.02.1981 und zur Bedeutung des Weiteren Ehevertrags vom 14.06.2006 gebunden gesehen.

**25 aa)** Die Abänderung einer gerichtlichen Entscheidung darf nicht weitergehen, als es aus Gründen der Anpassung an die veränderten Verhältnisse notwendig ist. Damit unterliegt die Abänderung einer Begrenzung, die sich durch das Merkmal der „Anpassung“ an die veränderten Umstände treffend ausdrücken lässt. Die Vorschrift soll weder eine Möglichkeit zur neuerlichen Bewertung des alten Sachverhalts noch einen Weg eröffnen, diesen bei Gelegenheit einer – gerechtfertigter Weise erfolgenden – Abänderung abweichend zu beurteilen. Erst recht kann sie nicht die Gelegenheit bieten, gegen den Grund des Anspruchs Einwendungen zu erheben oder diesen sonst neu zur Nachprüfung zu stellen (BGH, Urteil vom 16.05.1979, IV ZR 57/78, FamRZ 1979, 694, 695 m. w. N. und Senatsbeschluss, BGHZ 218, 213 = FamRZ 2018, 914 Rdnr. 12 ff.).

**26 bb)** Gemessen hieran dürfen die in der Vergangenheit liegenden Grundlagen der Ausgangsentscheidung nicht auf etwaige Fehler hin überprüft werden, obgleich vieles dafür spricht, dass der zweite Ehevertrag aus dem Jahr 2006 die Regelungen des ersten Ehevertrags nach der Geburt der beiden Kinder, der Trennung der Ehegatten und auf der Grundlage der neueren Senatsrechtsprechung zur Wirksamkeit von Eheverträgen – konstitutiv – bestätigen sollte (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, FamRZ 2020, 1347 Rdnr. 40 f.).

**27 b)** Soweit sich das KG indes auch an die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB des Ehevertrags vom 03.02.1981 gebunden gesehen hat, hat es verkannt, dass diese einer Neubewertung im Rahmen der Abänderung nach § 238 FamFG zugänglich ist.

**28 aa)** Mit der Anpassung von Eheverträgen unter dem Gesichtspunkt der Rechtsmissbrauchskontrolle (§ 242 BGB) sollen allein ehebedingte Nachteile ausgeglichen werden. Sind solche Nachteile nicht vorhanden oder bereits vollständig kompensiert, dient die richterliche Ausübungskontrolle nicht dazu, dem durch den Ehevertrag belasteten Ehegatten zusätzlich entgangene ehebedingte Vorteile zu gewähren und ihn dadurch besser zu stellen, als hätte es die Ehe und die mit der ehelichen Rollenverteilung einhergehenden Dispositionen über Art und Umfang seiner Erwerbstätigkeit nicht gegeben. Maßgeblich ist insoweit, ob sich im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige, unzumutbare Lastenverteilung ergibt. Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse durch die beiden Eheleute von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrundeliegenden Lebensplanung grundlegend abweicht und dadurch bei dem belasteten Ehegatten ehebedingte Nachteile entstanden sind, die durch den Ehevertrag nicht angemessen kompensiert werden (Senatsbeschluss vom 20.06.2018, XII ZB 84/17, FamRZ 2018, 1415 Rdnr. 20, 31 m. w. N.).

**29** Auch wenn für die erstmalige Bewertung eines solchen möglichen Rechtsmissbrauchs der Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe maßgeblich ist, kann sich für einen künftig geschuldeten Unterhalt durch die weitere Entwicklung ergeben, dass ein späteres Berufen seitens des von dem Ehevertrag begünstigten Ehegatten auf eine entsprechende Regelung im Sinne von § 242 BGB nicht mehr rechtsmissbräuchlich ist. Gleiches gilt bei der Anwendung der Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage, wenn sich die Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse durch die Ehegatten von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde liegenden Lebensplanung grundlegend unterscheidet (vgl. Senatsbeschlüsse vom 20.06.2018, XII ZB 84/17, FamRZ 2018, 1415 Rdnr. 20 und vom 27.02.2013, XII ZB 90/11, FamRZ 2013, 770 Rdnr. 19). Gründe hierfür können beispielsweise – wie im Falle des § 1578b BGB – die Dauer der erbrachten Unterhaltszahlungen sein, dass der vom Vertrag benachteiligte Ehegatte auf den Unterhalt wegen anderweitiger Vermögenszuwendungen nicht mehr angewiesen ist und dass der verbleibende Unterhaltsbetrag als vergleichsweise gering erscheint. Ferner können auch andere Umstände in die Abwägung mit einbezogen werden, wie etwa eine neue Partnerschaft des Unterhaltsberechtigten oder auch die nicht zweckentsprechende Verwendung des Altersvorsorgeunterhalts. Ebenso kann Anlass für eine Neubewertung im Rahmen der Ausübungskontrolle sein, dass sich der Unterhaltsberechtigte – wie hier – nunmehr auf einen anderen Unterhaltstatbestand beruft.

**30** Allerdings müssen die Voraussetzungen des § 238 FamFG erfüllt sein, um die Ausübungskontrolle nach § 242

BGB bzw. eine entsprechende Vertragsanpassung nach § 313 BGB nunmehr anders zu beurteilen, als dies in der abzuändernden Entscheidung mit Bewilligung eines Unterhalts in Höhe der ehebedingten Nachteile geschehen ist. Das heißt, es müssen Tatsachen vorgetragen werden, aus denen sich eine wesentliche Veränderung der der Entscheidung zugrunde liegenden tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse ergibt (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 15.07.2015, XII ZB 369/14, FamRZ 2015, 1694 Rdnr. 14 ff.).

**31 bb)** Gemessen hieran hätte das KG – hätte es sich nicht an die frühere Bewertung des Ehevertrags vom 03.02.1981 im Scheidungsverbundverfahren gebunden gesehen – prüfen müssen, ob der vereinbarte Unterhaltsverzicht nach wie vor wegen einer evident einseitigen, unzumutbaren Lastenverteilung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) einer Ausübungskontrolle nicht standhält.

**32** Anhaltspunkte dafür, einen Rechtsmissbrauch seitens des Ehemanns, soweit er sich auf den Unterhaltsausschluss beruft, nunmehr zu verneinen, könnten hier vorliegen. Der Ehemann zahlt bereits seit 2009 Ehegattenunterhalt; dabei erhielt die Ehefrau nach dem Verbundurteil vom 16.12.2009 zunächst sogar einen höheren Unterhalt, als ihr nach der Rechtsprechung des Senats zugestanden hätte. Geschuldet war nur der ehebedingte Nachteil, und nicht ein über den angemessenen Lebensbedarf (vgl. insoweit Senatsurteile vom 18.02.2015, XII ZR 80/13, FamRZ 2015, 824 Rdnr. 26 ff.) hinausgehender Unterhalt. Auch wenn diese Entscheidung in Rechtskraft erwachsen ist und den Senat somit bindet, kann der Umfang des vom Antragsteller geleisteten Unterhalts im Rahmen der Ausübungskontrolle berücksichtigt werden. Hinzu kommt, dass sich der Elementarunterhalt seit April 2014 auf einen relativ geringen Betrag zwischen 213 € und 230 € beläuft. Zudem hat die Ehefrau einen neuen Partner. Auch wenn die Voraussetzungen für eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs gemäß § 1579 Nr. 2 BGB nach den Feststellungen des KG zunächst nicht erfüllt waren, kann das Vorliegen einer neuen Partnerschaft im Rahmen der Ausübungskontrolle eine andere Bewertung erfahren. Ebenso kann im Rahmen der Prüfung des § 242 BGB berücksichtigt werden, dass die Ehefrau den Altersvorsorgeunterhalt dem KG zufolge nicht verwendungsgemäß angelegt hat. Ferner erhielt die Ehefrau nach den Feststellungen des KG von der Deutschen Rentenversicherung Bund für den Zeitraum vom 01.10.2013 bis zum 31.05.2014 eine Rentennachzahlung von 5.816,06 € und von der VBL für den Zeitraum vom 01.10.2013 bis 30.9.2014 eine solche i. H. v. 2.320,17 €, insgesamt also einen Betrag, der die Höhe des vom KG noch zugesprochenen Unterhalts von 6.355 € sogar übersteigt. Schließlich stützt sich die Ehefrau nunmehr auf einen anderen Unterhaltstatbestand, nämlich Unterhalt wegen – einer als solcher nicht ehebedingten – Krankheit.

**33 4.** Der Senat kann nicht abschließend in der Sache entscheiden, weil das KG noch weitere Feststellungen zu treffen und diese zu würdigen haben wird. Deshalb ist der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache an das KG zurückzuverweisen, § 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG.

## Bürgerliches Recht

### ERBRECHT

#### 10. Anwendbarkeit des § 2352 Satz 3 BGB auf einen vor dem 01.01.2010 abgeschlossenen Erbvertrag bei Zuwendungsverzicht nach dem Stichtag

OLG Köln, Beschluss vom 02.06.2021, 2 Wx 145/21, mitgeteilt von **Thomas Bosbach**, Richter am OLG Köln

BGB § 2352 Satz 3  
EGBGB Art. 229 § 23 Abs. 4

#### LEITSÄTZE:

1. Die Bindungswirkung des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB hindert einen durch Erbvertrag eingesetzten Erben nicht daran, gemäß § 2352 Satz 2 und 3 BGB i. V. m. § 2349 BGB auch mit Wirkung für seine eigenen Abkömmlinge auf die erbvertragliche Zuwendung zu verzichten.
2. § 2352 Satz 3 BGB findet auch auf vor dem 01.01.2010 abgeschlossene Erbverträge Anwendung, sofern der Zuwendungsverzicht nach dem Stichtag abgeschlossen wurde.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

11. Durch Erbvertrag vom 22.07.1968 hatten sich der Erblasser und seine am 25.06.2016 vorverstorbene Ehefrau wechselseitig zu Alleinerben eingesetzt. Zum Alleinerben des Längstlebenden war der im Jahre 1959 geborene Sohn des Erblassers berufen worden; zu Ersatzerben für den Fall seines Vorversterbens waren seine Abkömmlinge eingesetzt worden. Ferner hieß es:

„Auch behält sich der Längstlebende von uns nicht den einseitigen Rücktritt von den Bestimmungen bezüglich seines Todes vor.“

2 Am 15.11.2019 schlossen der Erblasser und sein Sohn einen notariell beurkundeten Zuwendungsverzichtsvertrag. Darin verzichtete der Sohn des Erblassers „mit Wirkung für sich und seine Abkömmlinge“ auf das ihm nach dem Erbvertrag vom 22.07.1968 zustehende Erbrecht „insoweit, als hierdurch die Wirksamkeit der von Herrn K R beabsichtigten Verfügungen von Todes wegen, nämlich der Neuregelung der Ersatzerbfolge für den Fall, dass Herr W R vorverstirbt oder aus einem sonstigen Grund als Erbe wegfällt, sowie der Anordnung einer Nacherbfolge zulasten von Herrn W R und der Anordnung der Testamentsvollstreckung (sowohl in Form der Dauervollstreckung, als auch eine Abwicklungsvollstreckung und Nacherbenvollstreckung) verhindert werden würde.“ Im Folgenden erteilte der Sohn des Erblassers „hiermit mit Wirkung für sich und seine Abkömmlinge ausdrücklich seine Einwilligung in die Änderung der Ersatzerbfolge, in seine Beschwerung mit der Nacherbfolge und der Testamentsvollstreckung.“

3 Durch notariell beurkundetes Testament vom selben Tage berief der Erblasser seinen Sohn zum alleinigen befreiten Vorerben sowie die Beteiligten zu 2 bis 4 zu Ersatzerben für den Fall des Vorversterbens sowie des sonstigen Wegfalls seines Sohnes und zu Nacherben auf den Tod des Sohnes. Für den Fall des Erbantritts seines Sohnes ordnete der Erblasser, da der Sohn „aufgrund seines Alters und seines Gesundheitszustandes nicht dazu in der Lage sein wird, das ihm durch diese letztwillige Verfügung zugefallene Vermögen zu verwalten“, bis zum Tod des Sohnes Dauertestamentsvollstreckung an. Für den Fall des Eintritts der Ersatzerbfolge ordnete er Testamentsvollstreckung zum Zwecke der Auseinandersetzung an. Zum Testamentsvollstrecker bestimmte er den Beteiligten zu 5.

4 Am 26.11.2020 verstarb der Sohn des Erblassers. Der Erblasser verstarb am 02.01.2021.

5 Der Beteiligte zu 5 hat am 19.02.2021 gestützt auf das Testament vom 15.11.2019 die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses beantragt. Dem Antrag ist die Beteiligte zu 1 als Tochter des Sohnes des Erblassers mit dem Vorbringen entgegnetreten, diesem Testament und dem Zuwendungsverzicht stehe die bindende Einsetzung der Abkömmlinge des Sohnes des Erblassers zu Ersatzerben im Ehevertrag aus dem Jahre 1969 entgegen.

6 Mit Beschluss vom 26.04.2021 hat der Nachlassrichter die Tatsachen festgestellt, welche zur Begründung des Antrages auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses erforderlich sind.

7 Gegen den ihr am 29.04.2021 zu Händen ihres Verfahrensbevollmächtigten zugestellten Beschluss hat die Beteiligte zu 1 mit einem am 07.05.2021 bei dem AG eingegangenen Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom selben Tage Beschwerde eingelegt und im Wesentlichen geltend gemacht, der Zuwendungsverzicht und damit auch das Testament seien im Hinblick auf die Bindungswirkung der Ersatzerbeneinsetzung im Erbvertrag und nach § 138 BGB unwirksam. Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache zur Entscheidung dem OLG vorgelegt.

8 2. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht (§ 63 Abs. 1 FamFG) eingelegt worden. Auch ist die Beschwerdeführerin beschwerdeberechtigt nach § 59 Abs. 1 FamFG. Denn sie macht geltend, Erbin geworden zu sein, sodass die Erteilung des vom Beteiligten zu 5 beantragten Testamentsvollstreckerzeugnisses sie in ihren Rechten einträchtigen würde.

9 In der Sache hat die Beschwerde keinen Erfolg. Das Nachlassgericht hat mit Recht die Tatsachen festgestellt, welche zur Begründung des Antrages auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses erforderlich sind. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist wirksam; eine Bindungswirkung der Berufung der Abkömmlinge des Sohnes des Erblassers zu Ersatzerben im Erbvertrag aus dem Jahre 1968 steht dem nicht entgegen.

10 Die Beschwerde verkennt, dass die Bindungswirkung des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB einen durch Erbvertrag als Dritten eingesetzten Erben nicht daran hindern kann, ge-

mäß § 2352 Satz 2 BGB auf die Zuwendung zu verzichten, dies nach Satz 3 der Bestimmung i. V. m. § 2349 BGB auch mit Wirkung für seine eigenen Abkömmlinge. Im Umfang des Zuwendungsverzichts wird der überlebende Ehegatte frei von der Bindungswirkung (OLG Köln, FamRZ 1983, 837, 838; Staudinger/Schotten, Neub. 2016, § 2352 Rdnr. 29).

**11** Da der Erbfall nach dem Stichtag des 01.01.2010 eingetreten ist, steht der Anwendbarkeit des § 2352 Satz 3 BGB gemäß Art. 229 § 23 Abs. 4 EGBGB nicht entgegen, dass der Erbvertrag zwischen dem Erblasser und seiner Ehefrau bereits im Jahre 1968 geschlossen worden war. Auf die in der Fundstelle MünchKomm-BGB/Wegerhoff, 8. Aufl. 2020, Rdnr. 14 angesprochene Problematik, wie Fälle zu behandeln sind, in denen der Zuwendungsverzichtsvertrag vor dem Stichtag geschlossen wurde, kommt es im Streitfall nicht an, weil der Zuwendungsverzicht vom Sohn des Erblassers erst im Jahre 2019 erklärt wurde.

**12** Nicht zu verkennen ist im vorliegenden Fall allerdings die Besonderheit, dass der im Erbvertrag als Alleinerbe bedachte Sohn des Erblassers in dem Zuwendungsverzichtsvertrag im Jahre 2019 auf diese Erbeinsetzung nicht in vollem Umfang verzichtet hat: Denn der Verzicht ist in Teil A. I. 1. beschränkt worden, nämlich „insoweit, als hierdurch die Wirksamkeit der von Herrn K R beabsichtigten Verfügungen von Todes wegen, nämlich der Neuregelung der Ersatzerbfolge für den Fall, dass Herr W R vorversterbt oder aus einem sonstigen Grund als Erbe wegfällt, sowie der Anordnung einer Nacherbfolge zugunsten von Herrn W R und der Anordnung der Testamentsvollstreckung (sowohl in Form der Dauervollstreckung, als auch eine Abwicklungsvollstreckung und Nacherbenvollstreckung) verhindert werden würde.“ Damit hat der Sohn des Erblassers nicht auf die Zuwendung – also die Einsetzung zum Alleinerben – schlechthin verzichtet, sondern lediglich auf die Stellung als uneingeschränkter Vollerbe verzichtet und sich anstelle dessen mit einer Berufung lediglich zum Vorerben und der Anordnung einer Testamentsvollstreckung einverstanden erklärt. Ein derartiger teilweiser Zuwendungsverzicht, durch den es dem Erblasser eröffnet wird, den durch die Zuwendung Begünstigten durch die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft sowie einer Testamentsvollstreckung zu beschweren, unterliegt keinen rechtlichen Bedenken (BGH, NJW 1978, 1159; Staudinger/Schotten, § 2352 Rdnr. 13 m. w. N.). Darauf beschränkt sich im vorliegenden Fall demnach auch die Erstreckungswirkung des § 2349 BGB zugunsten der Abkömmlinge des Sohnes: Unwirksam ist der Zuwendungsverzicht des Sohnes des Erblassers insoweit, als er sich auf die Stellung seiner Abkömmlinge als Ersatzerben schlechthin bezieht. Denn im Rahmen der §§ 2349, 2352 BGB kann der Erbe auf die Zuwendung zugunsten seiner Abkömmlinge nicht weitergehend verzichten, als er dies für seine eigene Person tut. Es ist unzulässig, die Wirkung des Verzichts auf die Erstreckungswirkung zugunsten der Abkömmlinge zu beschränken (Staudinger/Schotten, § 2349 BGB Rdnr. 6 m. w. N.). Da der Sohn des Erblassers nicht auf seine Berufung zum Erben als solche verzichtet hatte, führte die Erstreckungswirkung des Zuwendungsverzichts aus dem Jahre 2019 nach diesen Grundsätzen – lediglich – dazu, dass der Erblasser durch spätere letztwillige Verfügung

wie diesen selbst auch die Abkömmlinge seines Sohnes mit der Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft sowie einer Testamentsvollstreckung beschweren konnte, nicht aber ihnen die im Erbvertrag bindend eingeräumte Stellung als Ersatzerben schlechthin entziehen konnte.

**13** Entgegen der Auffassung der Beschwerde ist dieser vom Sohn des Erblassers erklärte beschränkte Zuwendungsverzicht in Ansehung der Erstreckungswirkung auch nicht unwirksam wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB. Denn in dem Umfang, in welchem der eingesetzte Erbe für sich selbst verzichtet, begegnet die entsprechende Erstreckungswirkung grundsätzlich keinen Bedenken. Ein Ausnahmefall mag – was indes hier offenbleiben kann – dann gegeben sein, wenn ein todkranker Verzichtender in der sicheren Erwartung seines baldigen Todes allein deshalb einen Erbverzicht vereinbart, um das Erbrecht seiner Abkömmlinge auszuschalten (Staudinger/Schotten, § 2349 Rdnr. 4). Davon kann im Streitfall indes nicht die Rede sein, weil der Sohn des Erblassers die genannten Beschränkungen – auch – für seine eigene Person hingenommen hat und nichts dafür ersichtlich ist, dass er bei Vertragsschluss todkrank war von seinem baldigen Versterben ausging. Hierfür bietet insbesondere auch der Zeitraum zwischen dem Abschluss des Zuwendungsverzichtsvertrages am 15.11.2019 und dem Versterben des Sohnes am 26.10.2020 keinen Anhalt. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass seinerzeit von einem Vorversterben des Sohnes ausgegangen werden musste, tatsächlich ist der Erblasser nur weniger als zwei Monate später nachverstorben.

**14** Eine durch den Zuwendungsverzicht zulässig gewordene Beschwerde auch der Abkömmlinge des Sohnes als Ersatzerben ist dem Testament vom 15.11.2019 im Wege der Auslegung zu entnehmen. Zwar hat der Erblasser nicht den Fall in den Blick genommen, dass die Einsetzung der Beteiligten zu 2 bis 4 zu Ersatzerben unwirksam ist, weil – wie ausgeführt – der Zuwendungsverzicht ihn nicht in die Lage versetzte, den Abkömmlingen seines Sohnes ihre Ersatzerbenstellung in vollem Umfang zu entziehen. Indes macht die beabsichtigte Entziehung der Ersatzerbenstellung der Abkömmlinge des Sohnes deutlich, dass es dem Erblasser um eine möglichst weitgehende Einschränkung ihrer erbrechtlichen Stellung ging. Aufgrund dessen ist die vollständige Enterbung der Abkömmlinge des Erblassers als Ersatzerben im Wege der Auslegung auf eine hier noch zulässige Beschwerde mit einer Vor- und Nacherbschaft verbunden mit der Anordnung einer Testamentsvollstreckung zu beschränken. Da es dem Erblasser erkennbar um eine weitestmögliche Begünstigung der Beteiligten zu 2 bis 4 ging, sind diese Nacherben ebenso wie sie es nach dem Willen des Erblassers gewesen wären, wenn sein Sohn Vorerbe geworden wäre. Einer Beschwerde der Abkömmlinge des Erblassers als (Ersatz-)Vorerben mit der Testamentsvollstreckung steht auch nicht entgegen, dass die Dauervollstreckung in Abschnitt IV. 2. des Testaments mit einer gesundheits- und altersbedingten Unfähigkeit des Sohnes des Erblassers zur Verwaltung des Vermögens begründet worden ist und unterstellt werden kann, dass bei den Abkömmlingen solche Umstände nicht vorliegen. Denn die Motivation des Erblassers, den Abkömmlingen des Sohnes



die Erbenstellung schlechthin zu entziehen, lässt seinen Willen erkennen, deren Erbenstellung im rechtlich zulässigen Rahmen im Interesse der Beteiligten zu 2 bis 4 weitestmöglich einzuschränken, wozu nach dem Umfang des für seine eigene Person erklärten Zuwendungsverzichts des Sohnes neben der Beschränkung auf die Vorerbenstellung auch die Beschwerde der Abkömmlinge des Sohnes mit der Dauertestamentsvollstreckung gehörte.

15 Auf die für die Erbauseinandersetzung unter den Beteiligten zu 2 bis 4 zusätzlich angeordnete Abwicklungsvollstreckung kommt es derzeit vor Eintritt des Nacherbfalls nicht an.

16 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG.

17 Es besteht kein Anlass, die Rechtsbeschwerde zuzulassen. Gegen diese Entscheidung ist damit kein Rechtsmittel gegeben.

18 4. Dem Testamentsvollstrecker wird zur Geschäftswertfestsetzung aufgegeben, bis zum 25.06.2021 Angaben zum Wert des Aktivnachlasses zu machen.

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Thomas Bernhard**, LL.M. (Galway), Nürnberg

Liegt bereits ein gemeinschaftliches Testament oder ein Erbvertrag vor, dann ist eine spätere Verfügung von Todes wegen gemäß § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde. Möchte nun der Erblasser seine Testierfreiheit zurückerlangen und ist eine Aufhebung der bindenden Verfügung von Todes wegen nicht mehr möglich, also insbesondere nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten bzw. Lebenspartners beim sog. Berliner Testament, dann kann dies mittels eines Zuwendungsverzichts gemäß § 2352 BGB erreicht werden.

Wirklich geholfen ist dem Erblasser damit aber häufig nur dann, wenn die Bindungswirkung nicht nur gegenüber dem Verzichtenden entfällt, sondern auch gegenüber den Ersatzerben, häufig also den Abkömmlingen des Verzichtenden. Meist möchte nämlich der Erblasser, der nicht mehr sein Kind als Erben einsetzen will, auch die zu diesem Stamm gehörenden Enkel von der Erbfolge ausschließen. Dies hat der Gesetzgeber erkannt und § 2352 Satz 3 BGB mit Wirkung zum 01.01.2010 dahin gehend abgeändert, dass dieser nun auch § 2349 BGB auf den Zuwendungsverzicht für anwendbar erklärt. Demnach erstreckt sich die Wirkung eines Zuwendungsverzichts nun auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden, sofern nicht ein anderes bestimmt wird.

Erst diese Gesetzesänderung hat den Zuwendungsverzicht wirklich praxistauglich werden lassen und dazu geführt, dass er seitdem häufiger als Gestaltungsmittel eingesetzt wird. So auch in dem hier vorliegenden Sachverhalt, in dem der Verzichtende nicht komplett verzichtet hat, sondern für sich und seine Abkömmlinge einen Verzicht nur insoweit erklärt hat, dass bestimmte neue Verfügungen des Erblassers zulässig sein sollten.

Die zweifellos richtige Entscheidung des OLG Köln gibt Anlass daran zu erinnern, dass auch die Neufassung des § 2352 Satz 3 BGB keinen Freibrief zur Einschränkung der Rechte der Abkömmlinge des Verzichtenden gibt. Der Vertragsgestalter muss vielmehr genau darauf achten, inwieweit der erklärte Zuwendungsverzicht tatsächlich auch für die Abkömmlinge des Verzichtenden Wirkung entfalten kann.

#### 1. Zeitlicher Anwendungsbereich des neu gefassten § 2352 Satz 3 BGB

Gänzlich unzweifelhaft ist im vorliegenden Sachverhalt der zeitliche Anwendungsbereich des neu gefassten § 2352 Satz 3 BGB eröffnet. Der Erbvertrag stammte aus dem Jahr 1968. Der Zuwendungsverzicht wurde im Jahr 2019 beurkundet. Der Erblasser verstarb im Jahr 2021.

Gemäß Art. 229 § 23 Abs. 4 Satz 2 EGBGB gelten für Erbfälle seit dem 01.01.2010 die Vorschriften des BGB in der seit dem 01.01.2010 geltenden Fassung, unabhängig davon, ob an Ereignisse aus der Zeit vor dem Inkrafttreten dieser Vorschriften angeknüpft wird. Trotz des scheinbar eindeutigen Wortlauts ist bzgl. des zeitlichen Anwendungsbereichs weiterhin die Behandlung von Sachverhalten umstritten, in denen der Zuwendungsverzicht vor dem 01.01.2010 erklärt wurde, der Erbfall aber erst danach eingetreten ist. Bei einem vor diesem Stichtag erklärten Zuwendungsverzicht ist nämlich anzunehmen, dass die Beteiligten jedenfalls aufgrund der Belehrung des beurkundenden Notars über die zu diesem Zeitpunkt geltende Rechtslage davon ausgegangen sind, dass sich der Zuwendungsverzicht gerade nicht auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt. *Kanzleiter*<sup>1</sup> hält deshalb die Anwendung des § 2349 BGB auf Sachverhalte, in denen der Zuwendungsverzicht vor dem 01.01.2010 erklärt wurde, generell für ausgeschlossen. Die wohl herrschende Meinung löst das Problem über eine ergänzende Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB und will danach differenzieren, ob in der notariellen Urkunde eine Belehrung darüber enthalten ist, dass sich der Verzicht nicht auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt.<sup>2</sup> Zu Recht wird diesbezüglich allerdings angemerkt, dass lediglich die Aufnahme einer Belehrung in die Urkunde keine Auswirkungen auf deren Auslegung haben kann, weshalb in jedem Einzelfall der tatsächliche bzw. hypothetische Wille der Beteiligten zu erforschen sei, ob sie den Verzicht auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden hätten erstrecken wollen, wenn dies rechtlich möglich gewesen wäre.<sup>3</sup>

- <sup>1</sup> *Kanzleiter*, DNotZ 2010, 520, 527; ähnlich *Keim*, RNotZ 574, 575 f., der aber eine andere Auslegung im Einzelfall für möglich hält, beispielsweise wenn der Zuwendungsverzicht bereits in Erwartung der neuen Rechtslage erklärt wurde.
- <sup>2</sup> OLG Schleswig, Beschluss vom 15.04.2014, 3 Wx 93/13, MittBayNot 2015, 48 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.08.2016, I-3 Wx 192/15 m. krit. Anm. *Everts*, MittBayNot 2017, 605 ff.
- <sup>3</sup> BeckOK-BGB/*Litzenburger* Stand: 01.08.2021, § 2352 Rdnr. 26; *Everts*, MittBayNot 2017, 605 ff.

Wenn aber wie hier der Zuwendungsverzicht erst nach dem 01.01.2010 erklärt wurde, dann ist es unstrittig, dass § 2352 Satz 3 BGB in seiner neuen Fassung Anwendung findet und somit auch § 2349 BGB anwendbar ist. Der Vertragsgestalter, der künftig Zuwendungsverzichte beurkundet, muss sich über den zeitlichen Anwendungsbe- reich des neu gefassten § 2352 BGB also keine Gedan- ken mehr machen, völlig unabhängig davon, aus welchem Jahr die Verfügung von Todes wegen stammt, deren Bin- dungswirkung durch den Zuwendungsverzicht beseitigt werden soll.

## 2. Grenzen des eingeschränkten Zuwen- dungsverzichts bei Erstreckung auf Abkömmlinge

Sehr wohl Gedanken machen muss sich der Vertragsges- talter aber über die inhaltliche Ausgestaltung des Zu- wendungsverzichts und die Reichweite der Erstreckung des Verzichts auf die Abkömmlinge des Verzichtenden.

Bekanntlich muss der Verzichtende nicht vollständig auf die Zuwendung verzichten. Er kann bei Vermächnissen auch nur auf einen bestimmten Gegenstand verzichten, bei der Erbeinsetzung den Verzicht auf einen ideellen Bruchteil beschränken oder dem Erblasser die Befugnis einräumen, den Erben mit bestimmten Auflagen oder Vermächnissen zu beschweren sowie Testamentsvoll- streckung oder eine Vor- und Nacherbschaft anzuord- nen.<sup>4</sup>

Möglich ist es dabei auch, wie hier die geplante neue letztwillige Verfügung des Erblassers in dem Zuwen- dungsverzicht konkret zu benennen und den Verzicht auf das Erbrecht nur insoweit zu erklären, als hierdurch die Wirksamkeit der durch den Erblasser beabsichtigten Ver- fügungen von Todes wegen verhindert werden würde.

Gerade bei der Verwendung einer derartigen Formulie- rung muss man bei der Gestaltung dann aber genau auf- passen, inwieweit dadurch die Rechte des Verzichtenden beschränkt werden und inwieweit die Rechte der Ab- kömmlinge des Verzichtenden betroffen sind. Im vorlie- genden Sachverhalt sollte der Verzichtende weiterhin Erbe werden (wenn auch nur noch Vorerbe), die Ersatz- erbfolge sollte aber vollständig geändert werden und die bislang als Ersatzerbin bestimmte einzige Tochter des Verzichtenden sollte gar nicht mehr bei der Erbfolge be- rücksichtigt werden.

Das OLG Köln hat den Zuwendungsverzicht insoweit mit Recht für unwirksam gehalten. Der Verzichtende könne niemals zulasten seiner Abkömmlinge weitergehend ver- zichten, als er dies für seine eigene Person tue. Das OLG Köln begründet diese These nicht weiter. Gleichwohl ist sie zutreffend. Es würde sich hierbei um eine missbräuch- liche Anwendung des § 2349 BGB handeln. Das ergibt sich schon aus dessen Wortlaut, der von einer „Erst- reckung“ des Verzichts auf Abkömmlinge spricht. Von einer Erstreckung kann aber dann nicht die Rede sein, wenn

die Verzichtswirkung in der Person des Verzichtenden selbst gerade nicht eintreten soll.<sup>5</sup> Es würde hier auch systematisch das Rechtsgeschäft fehlen, an das das Ge- setz die Erstreckungswirkung anknüpft.<sup>6</sup>

Auch bei einem Erb- oder Pflichtteilsverzicht muss aus denselben Gründen der Grundsatz gelten, dass der Ver- zichtende zulasten seiner Abkömmlinge nicht weiterge- hend verzichten kann, als er dies für seine eigene Person tut.<sup>7</sup>

## 3. Keine Sittenwidrigkeit

Zuzustimmen ist dem OLG auch darin, dass die Erstre- ckungswirkung gemäß § 2352 Satz 3, § 2349 BGB hier jedenfalls in dem Umfang eintritt, in dem der Verzichten- de auch für sich selbst verzichtet hat. Daher gilt die An- ordnung der Testamentsvollstreckung hier auch für die Ersatzerben. Eine Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB er- kennt das OLG hier mit Recht nicht.

Der vorsichtige Vertragsgestalter sei aber noch darauf hingewiesen, dass das OLG eine Sittenwidrigkeit aus- drücklich dann für möglich hält, wenn der Verzichtende bereits todkrank ist und in sicherer Erwartung seines bal- digen Todes den Verzicht ausschließlich deshalb erklärt, um das Erbrecht seiner Abkömmlinge zu beschränken. Diese Fallgruppe wird in der Literatur durchaus diskutiert, hat nun aber auch in der Rechtsprechung eine erste Er- wähnung gefunden und ist nicht nur beim Zuwendungs- verzicht, sondern insbesondere auch bei Erb- und Pflicht- teilsverzichten zu beachten.

5 Dieses Argument führt das DNotI bei einer ähnlichen Frage- stellung (zur Ausschaltung des „lästigen Enkels“ durch Pflichtteilsverzicht) an, DNotI-Report 2007, 73 f.

6 DNotI a. a. O.

7 BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2349 Rdnr. 7; DNotI, a. a. O.

4 MünchKomm-BGB/Wegerhoff, 8. Aufl. 2020, § 2352 Rdnr. 4.

## 11. Zur Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testamentes bei Überleben eines Ehepartners

OLG München, Beschluss vom 07.04.2021, 31 Wx 108/21, mitgeteilt von **Florian Amslinger**, Richter am OLG München

FamFG §§ 348, 349

### LEITSÄTZE:

1. Grundsätzlich ist nur das Original (die Urschrift) einer letztwilligen Verfügung, nicht aber eine einfache Kopie hiervon zu eröffnen. Aus dem Grundsatz, dass die Erbfolge aber auch aus einer nur noch in Kopie vorhandenen letztwilligen Verfügungen festgestellt werden kann, folgt jedoch, dass in einem solchen Fall ausnahmsweise die Kopie zu eröffnen ist.
2. Zu eröffnen ist grundsätzlich das gesamte Schriftstück. Eine Ausnahme gilt lediglich bei trennbaren Verfügungen des überlebenden Ehepartners in gemeinschaftlichen Testamenten, da nur die Verfügungen des verstorbenen Ehepartners zu eröffnen sind, § 349 Abs. 1 FamFG. Dabei kommt es für die Frage der Trennbarkeit nicht auf die Wünsche und Geheimhaltungsinteressen der Eheleute, sondern allein auf die konkrete Ausgestaltung und sprachliche Fassung des gemeinschaftlichen Testaments an. Liegt nur eine von einem Ehepartner handschriftlich niedergelegte und sodann von beiden Ehepartnern unterschriebene gemeinsame letztwillige Verfügung vor, in der Formulierungen wie „wir“ und „unser“ gewählt wurden, ist eine derartige Trennung und damit eine nur teilweise Eröffnung nicht möglich.

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Zutreffend ist das Nachlassgericht davon ausgegangen, dass das gemeinschaftliche Testament vom 23.03.2011 einschließlich sämtlicher Nachträge vollständig auch gegenüber den beiden Schlusserben zu eröffnen ist.

2 1. Die Beschwerde ist zulässig.

3 a) Bei dem Beschluss des Nachlassgerichts vom 26.01.2021, in welchem angekündigt wurde, die Verfügungen von Todes wegen einschließlich der Nachträge vollständig zu eröffnen, handelt es sich zwar formal um eine Zwischenentscheidung, die der Sache nach aber wegen des bereits hieraus folgenden Rechtseingriffs wie eine Endentscheidung zu behandeln ist. Sie ist daher ausnahmsweise mit der Beschwerde nach §§ 58 ff. FamFG anfechtbar (vgl. KG, ZEV 2019, 537; Firsching/Graf/Krätzschel, Nachlassrecht, 11. Aufl. 2019, § 37 Rdnr. 37; Burandt/Rojahn/Gierl, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 349 FamFG Rdnr. 3).

4 b) Die Beschwerde wurde sodann auch form- und fristgerecht innerhalb der Monatsfrist des § 63 Abs. 1 FamFG erhoben.

5 2. Die Beschwerde ist in der Sache jedoch ohne Erfolg. Zu Recht hat das Nachlassgericht angekündigt, auch die Nach-

träge zum gemeinschaftlichen Testament vom 24.03.2011 und 23.11.2016 vollständig auch gegenüber den Kindern des Erblassers eröffnen zu wollen.

6 a) Unerheblich ist dabei, dass der zweite Nachtrag im Original nicht auffindbar ist und nur als Kopie vorliegt. Zwar ist grundsätzlich stets das Original zu eröffnen, aus dem Grundsatz, dass die Erbfolge aber auch aus nicht vorhandenen Originalurkunden, sondern aus nur noch in Kopie vorhandenen Testamenten festgestellt werden kann (vgl. OLG München, ZEV 2017, 634) folgt aber, dass in einem solchen Fall konsequenterweise auch die Kopie zu eröffnen ist (vgl. Burandt/Rojahn/Gierl, Erbrecht, § 348 FamFG Rdnr. 2; Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 348 Rdnr. 15; a. A. MünchKomm-FamFG/Muscheler, 3. Aufl. 2019, § 348 Rdnr. 12; Firsching/Graf/Krätzschel, Nachlassrecht, § 37 Rdnr. 34).

7 b) Ausgangspunkt für den Umfang der Testamentseröffnung ist die Vorschrift des § 348 FamFG. Nach § 348 Abs. 3 FamFG hat das Gericht den Beteiligten den sie betreffenden Inhalt der Verfügung von Todes wegen bekannt zu geben. Beteiligte sind dabei all diejenigen, denen durch die Verfügung ein Recht (auch aufschiebend bedingt oder befristet) gewährt oder genommen oder deren Rechtslage in sonstiger Weise unmittelbar beeinflusst wird (vgl. Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 348 Rdnr. 9). Die gemeinsamen Kinder des Erblassers und seiner Ehefrau, die durch das gemeinschaftliche Testament zunächst enterbt werden, sind dabei bereits Beteiligte kraft Gesetzes, wie sich aus § 348 Abs. 2 Satz 1, § 7 Abs. 2 Nr. 2 FamFG ergibt (vgl. Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, a. a. O.; Burandt/Rojahn/Gierl, Erbrecht, § 348 Rdnr. 8). Ob sie auf ihren Pflichtteil verzichtet haben, ist insofern irrelevant (vgl. Firsching/Graf/Krätzschel, Nachlassrecht, § 37 Rdnr. 30).

8 c) Etwas anderes mag für den Schlusserben eines gemeinschaftlichen Testaments gelten, wenn dieser nicht gesetzlicher Erbe des zuerst Verstorbenen und wenn von einer freien Widerruflichkeit der Schlusserbeneinsetzung auszugehen ist (vgl. KG, a. a. O.; OLG Zweibrücken, ZEV 2010, 476; Firsching/Graf/Krätzschel, Nachlassrecht, § 37 Rdnr. 31). Beides ist vorliegend aber nicht der Fall. Bei den Schlusserben, handelt es sich um die gemeinsamen Kinder und damit gesetzliche Erben der Eheleute. Deren gemeinschaftliches Testament enthält darüber hinaus unter Ziffer X. die Regelung, dass sämtliche in diesem Testament niedergelegten Verfügungen, soweit gesetzlich zulässig, wechselbezüglich sein sollen.

9 d) Zu eröffnen ist grundsätzlich das gesamte Schriftstück, auch einzelne ggf. gegenstandslos gewordenen Bestandteile (vgl. Keidel/Zimmermann, FamFG, § 348 Rdnr. 20, § 349 Rdnr. 4; Firsching/Graf/Krätzschel, Nachlassrecht, § 37 Rdnr. 34). Etwas anderes gilt nur für solche – trennbaren – Textpassagen, die inhaltlich zweifelsfrei keine Verfügung von Todes wegen darstellen, wovon hier nicht ausgegangen werden kann und was auch beschwerdeseits nicht behauptet wird. Beschwerdeseits wird vielmehr die Auffassung vertreten, dass die konkreten Verfügungen, die gemeinsamen Kinder aktuell nicht betreffen, da sie den zweiten Erbfall regelten und daher das Geheimhaltungsin-

teresse der Eheleute überwiege. Einen derartigen Ausnahmetatbestand sieht die Regelung des § 348 FamFG jedoch nicht vor. Eine Ausnahme gilt lediglich für gemeinschaftliche Testamente nach § 349 Abs. 1 FamFG. Da grundsätzlich nur die Verfügungen des verstorbenen Ehepartners zu eröffnen sind, müssen danach die Verfügungen des überlebenden Ehepartners nicht bekannt gegeben werden, wenn und soweit es sich tatsächlich um trennbare Verfügungen handelt. Auch hier kommt es aber nicht auf die Wünsche und etwaige Geheimhaltungsinteressen der Eheleute, sondern schlicht auf die Frage der Trennbarkeit an (vgl. Firsching/Graf/KrätzscheI, Nachlassrecht, § 37 Rdnr. 37). Die Verfügenden hatten es durch entsprechende Gestaltungs- und Formulierungsmöglichkeit schließlich selbst in der Hand, eine ihren Geheimhaltungsinteressen entsprechende Regelung zu treffen (vgl. Keidel/Zimmermann, FamFG, § 349 Rdnr. 7). Vorliegend kann jedoch aufgrund der gewählten sprachlichen Fassung der jeweiligen Verfügungen gerade nicht von einer Trennbarkeit ausgegangen werden (vgl. Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, § 349 Rdnr. 9; MünchKomm-FamFG/Muscheler, § 349 Rdnr. 3). Es liegen nur von einem Ehepartner handschriftlich niedergelegte und sodann von beiden unterschriebene gemeinsame Verfügungen vor, in denen Formulierungen wie „wir“, „unser“, „nach dem Tod des Erstversterbenden“ und „nach dem Tod des Längerlebenden“ vor. Eine Trennung zwischen den Verfügungen der Eheleute ist daher nicht möglich und für eine nur teilweise Eröffnung dementsprechend kein Raum.

10 II. 1. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Die Beschwerdeführerin hat kraft Gesetzes die Gerichtskosten ihrer erfolglosen Beschwerde zu tragen, § 22 Abs. 1 GNotKG.

11 2. Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren war nach § 61 Abs. 1, § 36 Abs. 3 GNotKG auf 5.000 € festzusetzen. Die Höhe des Nachlasswertes war insofern nicht maßgeblich, da das Interesse der Beteiligten zu 1 vorliegend nicht wirtschaftlicher, sondern rein ideeller Natur war. Dieses wurde mangels anderweitiger Anknüpfungspunkte auf den Regelwert des § 36 Abs. 3 GNotKG festgesetzt.

12 III. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

## 12. Bewertung von lebzeitigen Leistungen der testamentarischen Erbin durch die Erblasserin

OLG Koblenz, Hinweisbeschluss vom 24.09.2020, 12 U 646/20

BGB §§ 2325, 2327  
ZPO § 522 Abs. 2, § 528

### LEITSÄTZE:

1. Nimmt die spätere Erblasserin von ihrer testamentarischen Erbin Leistungen in Anspruch, denen sie einen bestimmten Wert beimisst und die sie mit diesem Wert vergütet, muss ihre Bewertung grundsätzlich anerkannt werden; der Bewertung von Leistung und Gegenleistung durch die Parteien sind nur insoweit Grenzen gesetzt, als sie nicht auf Willkür beruhen und somit zu einer Aushöhlung des Pflichtteilsrechts führen dürfen, indem die Erblasserin erbrachte Zuwendungen mit einer, im groben Missverhältnis zu dieser Leistung stehenden, Gegenleistung verknüpft und diese Gegenleistung so der Ausgleichspflicht im Rahmen des Pflichtteilsergänzungsrechts entzieht.
2. Misst die spätere Erblasserin der Tatsache regelmäßiger Besuche ihrer testamentarisch vorgesehenen Erbin und der sich durch die Besuche und die Unternehmungen ihr eröffneten „Flucht aus der Eintönigkeit des Heimaufenthaltes“ eine besondere Wertigkeit bei, erscheint dies verständlich und nachvollziehbar; der Ansatz eines monatlichen Betrages von 1.000 € als Gegenleistung für solche Besuche ist – unter Berücksichtigung der Gesamtumstände – in rechtlicher Hinsicht nicht als unverhältnismäßig zu qualifizieren.
3. Überlässt die spätere Erblasserin ihrer späteren Erbin bereits zu Lebzeiten den für die Veräußerung ihres Hauses erzielten Verkaufserlös in der sicheren Erwartungshaltung, dass sie für den Rest ihres Lebens durch die spätere Erbin „versorgt“ bzw. sozial eingebunden werde, ist für die Berechnung, inwieweit in dieser Überlassung des Kaufpreises eine gemischte Schenkung zu sehen ist, der monatliche Wert der seitens der Erbin zu erbringenden Leistungen mit der allgemeinen statistischen Lebenserwartung der Erblasserin zum Überlassungszeitpunkt zu multiplizieren und um den von § 14 Abs. 1 BewG vorgesehenen Abzinsungsfaktor von 5,5 % zu reduzieren.

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der Klägerin steht ein mit der Klage geltend gemachter Pflichtteils- und/oder Pflichtteilsergänzungsanspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.

2 Soweit die Klägerin mit der Berufung beanstandet, das LG habe zu Unrecht nicht berücksichtigt, dass zum Nachlassvermögen auch eine Münzsammlung gehöre, die – nach ihrer Auffassung – mit einem Wert von 25.000 € in den aktiven Nachlass einzuberechnen sei, vermag der Senat ihrer Argumentation nicht zu folgen. Die diesbezüglichen Be-

hauptungen der Klägerin sind, wie das LG zutreffend ausgeführt hat, nicht hinreichend substantiiert und einer Beweiserhebung daher nicht zugänglich. Es ist weder in quantitativer noch in qualitativer Hinsicht hinreichend dargetan, dies auch im Rahmen des Berufungsverfahrens, um welche Münzen es sich hierbei im Einzelnen handeln soll, noch sind Anhaltspunkte erkennbar, die eine materielle Bewertung dieser Nachlassposition zulassen würden. Die klägerseits unter Beweis gestellten Beobachtungen des von ihr benannten Zeugen W sind nicht geeignet, im Falle ihrer Erweislichkeit eine Tatsachenlage zu schaffen, die belastbar die Grundlage für die Feststellung eines den Wert des Nachlassvermögens erhöhenden Sachverhalts begründen könnte. Insoweit hat das LG daher zu Recht die von der Klägerin behauptete Existenz einer Münzsammlung bei der Wertberechnung außer Ansatz gelassen. Entsprechendes gilt auch hinsichtlich des klägerseits behaupteten höheren Wertes für das Mobiliar der Erblasserin. In dieser Hinsicht fehlt es auch hier an einer für die abweichende Wertbemessung erforderlichen validen Tatsachengrundlage, so dass eine Änderung der Berechnungsgrundlage in diesem Punkt nicht veranlasst war.

**3** Auch die weitergehenden Angriffe der Berufung führen vorliegend nicht zu einer wertmäßigen Erhöhung des Nachlassvermögens und damit auch nicht zu einem weitergehenden pflichtteilerhöhenden Anspruch der Klägerin.

**4** Soweit die Klägerin den von dem LG übernommenen Wertansatz der Beklagten für die von der Erblasserin hinterlassenen Schmuckstücke in Abrede stellt und behauptet, diese seien mit einem höheren Wert von 6.300 € in das Nachlassvermögen einzubeziehen, kann die Beurteilung dieser streitigen Tatsache letztlich dahinstehen, da sich auch unter Berücksichtigung eines – im Vergleich zur Berechnung des LG – um 3.210 € höheren Wertansatzes im Ergebnis ein pflichtteilsmäßiger Auszahlungsanspruch der Klägerin nicht ergibt. Auch in diesem Fall wäre – wie noch darzulegen ist – der zu errechnende Pflichtteilsanspruch durch die beklagtenseits erklärte „Primäraufrechnung“ mit der wertmäßigen Rückforderung des durch die Klägerin vereinnahmten Depots bei der D Bank erloschen.

**5** Wenn die Klägerin in diesem Zusammenhang argumentiert, mit dem von ihr zu Lebzeiten der Mutter aus deren Vermögen im Jahre 2011 entnommenen Depot sei nach der Vorschrift des § 2327 BGB zu verfahren, sodass dieser Umstand wertmäßig bei der Ermittlung des (fiktiven) Nachlasses zu berücksichtigen sei und ihr, der Klägerin, damit auf ihren Pflichtteilergänzungsanspruch anzurechnen sei, kann dem nicht gefolgt werden. Unabhängig von der Frage, ob die Klägerin de facto in der Lage und aufgrund der ihr erteilten Vollmacht gegenüber der Bank auch legitimiert war, diese Wertanlage aus dem Vermögen der Mutter ihrem eigenen Vermögen zuzuführen, handelte es sich hierbei keineswegs um eine unentgeltliche Zuwendung der Mutter, sondern um eine von der Klägerin eigenmächtig, ohne Rechtsgrund, lediglich zu dem Zweck, einer eventuellen Benachteiligung bei der Erbaufteilung vorzubeugen, ihrem Vermögen einverleibte Wertanlage. Zu Recht ist das LG daher von einer Forderung der Mutter aus ungerechtfertigter

reicher Bereicherung ausgegangen, die mit dem Erbfall in den Nachlass gefallen ist. In Höhe eines Betrages von 14.670,45 € bestand somit ein aufrechenbarer Gegenanspruch der Beklagten als Rechtsnachfolgerin ihrer Mutter, mit dem diese wirksam die Aufrechnung gegenüber dem Pflichtteilsanspruch der Klägerin erklärt hat.

**6** Ausgehend von dieser Feststellung hätte sich der aktive Nachlass bei einem um 3.210 € höheren Wertansatz für den hinterlassenen Schmuck vorliegend von 37.686,97 € auf 40.896,97 €, der um die Passiva bereinigte Nachlass von 31.489,04 € auf 34.699,04 € erhöht, sodass der Pflichtteilsanspruch der Klägerin (vorbehaltlich im Folgenden noch zu erörternder weiterer Positionen) mit 8.674,76 € zu veranschlagen wäre. Auch dieser Betrag wäre durch den zur Aufrechnung gestellten Rückforderungsanspruch i. H. v. 14.670,45 € betreffend den Depotwert mithin vollständig aufgezehrt worden.

**7** Soweit die Klägerin mit der Berufung darüber hinaus die Feststellungen des LG zu dem mit der Klage geltend gemachten Pflichtteilsergänzungsanspruch angreift, richtet sich ihr Einwand in tatsächlicher Hinsicht im Wesentlichen gegen die wertmäßige Behandlung des der Beklagten zugewandten Verkaufserlöses i. H. v. 150.000 € aus dem Verkauf des Hauses im Juli 2011 und die hierauf erfolgte Anrechnung von Pflege-/Betreuungsleistungen der Beklagten. Zutreffend hat das LG diese Zuwendung im Hinblick auf die als „Bestätigung“ deklarierte Erklärung der Erblasserin vom (...)01.2012 als gemischte Schenkung gewertet mit der Folge, dass nur der die Gegenleistung überschießende Teil der Zuwendung als unentgeltlich in die Berechnung im Sinne des § 2325 BGB einzustellen war.

**8** Entgegen den Angriffen der Berufung ergeben sich vorliegend keine belastbaren Anhaltspunkte für die klägerische Behauptung, die Erblasserin sei am (...)01.2012 nicht mehr geschäftsfähig gewesen, sodass es an der Rechtswirksamkeit der abgegebenen Erklärung fehle. Weder nach der Aktenlage noch aus dem Sachvortrag der Klägerin sind verlässliche und dem Beweis zugängliche Umstände erkennbar, die begründete Zweifel an der Geschäftsfähigkeit der Erblasserin wecken könnten.

**9** Mit ihrer Erklärung vom (...)01.2012 hat die Erblasserin auf die Vergangenheit (ausgehend von Oktober 2010) und die Zukunft gerichtet eine Verknüpfung zwischen dem der Beklagten schenkweise zugewandten Erlös aus dem Verkauf des Hauses einerseits und den täglichen Verrichtungen sowie der persönlichen Zuwendung hergestellt, die ihr, der Erblasserin, von der Beklagten im Rahmen ihrer täglichen Bedürfnisse seit Oktober 2010 entgegengebracht wurde und nach ihren Vorstellungen auch künftig entgegengebracht werden würde. Diese persönlichen Leistungen der Beklagten sind entgegen der Ansicht der Klägerin – dem Grunde nach zunächst – unabhängig davon in die Bewertung mit einzubeziehen, ob die Erblasserin im Zeitpunkt ihrer Erklärung pflegebedürftig war, ob sie zu Hause durch eine professionelle Tagespflege (mit-)versorgt wurde und/oder sich in einem Pflegeheim befand (vgl. BGH, NJW 2017, 329). Allein die subjektiven Vorstellungen der Vertragspartner, hier der Erklärenden, sind insoweit zu beachten. Der

Erblasserin stand es daher zunächst frei, darüber zu entscheiden, ob die unentgeltliche Zuwendung des Erlöses aus dem Hausverkauf mit einer anderen von der Beklagten erbrachten Leistung verknüpft und so die Unentgeltlichkeit (teilweise) ausgeschlossen werden sollte. Zum anderen war es grundsätzlich im Belieben der Erblasserin, die Wertverhältnisse der auszutauschenden Leistungen selbst zu bestimmen (Prinzip der subjektiven Äquivalenz). Ob der Wert der von der Beklagten ausgehenden Leistungen gleichwertig war oder nicht, sollte daher zunächst der subjektiven Bewertung der Bestimmenden, hier der Erblasserin, selbst unterliegen, die aufgrund ihrer Privatautonomie grundsätzlich selbst über ihr Vermögen frei disponieren konnte (vgl. BGH, NJW 95, 1349; NJW-RR 96, 754). Ihre Bewertung muss daher grundsätzlich anerkannt werden, weil es ihr aufgrund ihrer Privatautonomie freistand, auch die objektiv eventuell wesentlich geringere Gegenleistung subjektiv noch als gleichwertig anzusehen (vgl. Palandt/*Weidlich*, 79. Aufl., § 2325 Rdnr. 9 m. w. N. der Rspr.). Der Bewertung von Leistung und Gegenleistung durch die Parteien sind jedoch insoweit Grenzen gesetzt, als sie nicht auf Willkür beruhen und somit – bezogen auf den vorliegenden Fall – zu einer Aushöhlung des Pflichtteilsrechts aufseiten der Klägerin führen dürfen, weil der/die Erblasser/-in sich ihres Vermögens de facto zu ihrem, der Klägerin, Nachteil ganz oder teilweise durch unentgeltliche Hingabe ihres Vermögens an Dritte begibt, indem sie erbrachte Zuwendungen mit einer, im groben Missverhältnis zu dieser Leistung stehenden Gegenleistung verknüpft und diese Gegenleistung so der Ausgleichspflicht im Rahmen des Pflichtteilsergänzungsrechts entzieht. So liegt der Fall hier jedoch mit Blick auf den Wert der von dem LG zugrunde gelegten Gegenleistung nicht.

**10** Die Erblasserin hat in ihrer Erklärung vom (...)01.2012 selbst keinen nominellen Wert der von der Beklagten erbrachten und noch zu erbringenden Leistungen festgelegt. Soweit das LG in diesem Zusammenhang die Pflege-/Betreuungsleistungen der Beklagten mit einem Wert in Höhe von monatlich 1.000 € in Ansatz gebracht hat, erscheint dies mit Blick auf die erkennbaren spezifischen Überlegungen und persönlichen Verhältnisse, in denen die Erblasserin lebte und die der Erklärung vom (...)01.2012 zugrunde lagen, nicht überhöht. Angesichts der aus der Erklärung der Erblasserin hervortretenden besonderen und auch allgemein nachvollziehbaren Motivation hält die Wertfestsetzung des LG auch nach der Überzeugung des Senats insoweit einer Überprüfung stand.

**11** Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Erblasserin zunächst keinen Unterschied zwischen der Wertigkeit der beklagenseits erbrachten Leistungen im Rahmen der Lebensverhältnisse zu Hause und im Pflegeheim gemacht hat. Die Erblasserin hat in ihrer Erklärung darauf abgestellt, dass die Beklagte ihr zu Hause die Einkäufe erledigt, sie mit Mittagessen versorgt, ihre Wäsche gewaschen und sie auch medikamentös versorgt habe; sie hat andererseits auch betont, dass die Beklagte sie im Heim mehrmals wöchentlich besuche und sie auch (gelegentlich) mit nach Hause zum Essen nehme oder sie ins Restaurant einlade. Sie räumte damit der während ihres Heimaufenthaltes von der Beklagten erbrachten und aus ihrer Sicht künftig zu er-

bringenden „sozialen Verrichtungen“ einen ebenso hohen Stellenwert ein wie den „Pflegeleistungen zu Hause“, so dass das im Seniorenheim im Vergleich zu ihrem Aufenthalt zu Hause geminderte Erfordernis von täglichen Verrichtungen aus Sicht der Erblasserin durch sonstige, wertmäßig gleichzusetzende Leistungen aufgewogen wurde. Diese Vorstellung erscheint nicht willkürlich und unverhältnismäßig, wenn man berücksichtigt, dass die Erblasserin mit dem Auszug aus dem Eigenheim ihr unmittelbares soziales Umfeld verlassen hat und ihre persönlichen Bedürfnisse daher besonders darauf gerichtet waren, (im Alter) nicht völlig sozial, insbesondere von der Familie isoliert und abgeschieden zu sein, dies auch mit Blick auf den aus ihrer Sicht problematischen Kontakt zu ihrer anderen Tochter, der Klägerin. Wenn sie daher der Tatsache regelmäßiger Besuche von der Beklagten, und der sich durch die Besuche und die Unternehmungen damit ihr eröffnende „Flucht aus der Eintönigkeit des Heimaufenthaltes“ eine besondere Wertigkeit beigemessen hat, erscheint dies verständlich und nachvollziehbar und ist in rechtlicher Hinsicht daher nicht als unverhältnismäßig zu qualifizieren und durch das Gericht auch nicht in subjektiver Hinsicht zu bewerten. Einer allein an wirtschaftlichen Überlegungen orientierten Sichtweise ist dieser Sachverhalt daher entzogen. Gerade die vorgenannten Gesichtspunkte haben nach dem Inhalt der Erklärung vom (...)01.2012 erkennbar einen besonderen Stellenwert bei der Willensbildung der Erblasserin eingenommen und bedurften daher auch wertmäßig einer hervorgehobenen Behandlung. Der Erblasserin musste es insoweit im Rahmen ihrer Privatautonomie freistehen, den vorgenannten, aus ihrer Sicht existenziellen Bedürfnissen auch eine herausragende Bedeutung beizumessen und finanzielle Anreize zu schaffen, um diese Zielsetzung zu erreichen und derartige Leistungen Dritter zu erhalten, unabhängig von dem tatsächlichen Aufwand und dem „Marktwert“, der mit der Erbringung solcher Dienste für den Leistenden, die Beklagte, verbunden sein würde. Ungeachtet der Tatsache, dass die Erblasserin zu dem Zeitpunkt ihrer Erklärung nicht offenkundig in hohem Maße pflegebedürftig war und sie diese Erklärung auch in diesem Bewusstsein abgegeben hat, erscheint dem Senat aus den vorstehend dargelegten Gründen der von dem LG in Ansatz gebrachte Betrag von 1.000 € monatlich nicht überhöht, jedenfalls vertretbar, und bedarf auch mit Blick auf die zwischenzeitliche Änderung der Lebensverhältnisse auf Seiten der Erblasserin (Umzug ins Pflegeheim) keiner differenzierten Bewertung.

**12** Anders als das LG geht der Senat jedoch davon aus, dass das „Leistungsverhältnis“ nicht lediglich für den Zeitraum der tatsächlichen (Gegen-)Leistungserbringung, also in einem Zeitraum von 17 Monaten, von Anfang Oktober 2010 bis zum 08.03.2012, als die Erblasserin verstarb, zu betrachten ist. Auf die tatsächliche Inanspruchnahme der Leistung kommt es grundsätzlich nicht an. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung des Wertes der ins Auge gefassten Pflegeleistungen/sonstigen Verrichtungen der Beklagten ist der Zeitpunkt, in dem die hier in Relation zueinander gestellten Leistungen, die Überlassung des Verkaufserlöses einerseits und die von der Beklagten bereits erbrachten und noch zu erbringenden persönlichen Leis-

tungen andererseits miteinander verknüpft werden. Dabei ist entscheidend auf den Zeitpunkt der Überlassung des Verkaufserlöses, also Juli 2011 (BGH, NJW 2017, 329; NJW 2000, 598; OLG Celle, FamRZ 2009, 462, 463; OLG Koblenz, ZEV 2002, 460, 461), unter Einbeziehung des Zeitraums ab Oktober 2010, auf den sich die Leistungsverknüpfung nach dem Willen der Erblasserin ebenfalls rückwirkend beziehen sollte, abzustellen. Insoweit ist – entgegen der Auffassung der Klägerin – für die Bewertung nicht maßgeblich auf die spätere tatsächliche Entwicklung der Umstände zu rekurrieren. Insbesondere ist nicht entscheidend die Frage einer etwa eingetretenen Pflegebedürftigkeit der Erblasserin, sondern die Prognoseentscheidung der Parteien ist anhand einer subjektiven Bewertung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorzunehmen, wobei im vorliegenden Fall, wie dargelegt, nicht ein Vertragsschluss und darin vereinbarte verbindliche Pflegeleistungen der Beklagten in Rede stehen, sondern die Verknüpfung von für die Erblasserin bereits erbrachten oder noch zu erbringenden freiwilligen Betreuungsleistungen und sonstigen sozialen Diensten der Beklagten mit dem ihr „geschenkten“ Erlös aus dem Verkauf des Hauses verrechnet werden sollten. Maßgeblich ist hier also auf die Prognoseentscheidung der Erblasserin und der Beklagten anhand einer subjektiven Bewertung bezogen auf den Zeitpunkt, von dem ab die Leistungsverknüpfung gelten sollte, mithin auf Oktober 2010, abzustellen, da die „Schenkung“ von der Erblasserin in der sicheren Erwartungshaltung erfolgte, dass sie für den Rest ihres Lebens durch die Beklagte „versorgt“ bzw. sozial eingebunden werden würde. Der Wert der beklagtenseits zu erbringenden Leistungen ist daher mit der allgemeinen statistischen Lebenserwartung der Erblasserin zum maßgeblichen Zeitpunkt (Oktober 2010) zu multiplizieren (vgl. insoweit Kroiß/Horn/Ann/Mayer, BGB, Erbrecht, § 2325 Rdnr. 36, beck-online). Die durchschnittliche Lebenserwartung der zum maßgeblichen Zeitpunkt hier 82-jährigen Erblasserin lag in Deutschland laut Sterbetafel bei knapp acht Jahren [7,95 bei einer 82-jährigen weiblichen Person gemäß der Allgemeinen Sterbetafel 2010/12 des Statistischen Bundesamtes, Quelle: [https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEMonografie\\_...24/5126205129004.pdf](https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEMonografie_...24/5126205129004.pdf); jsessionid=FA 1 AF 63 DF 0 B46 D49 D1 A93104747 A938 E].

**13** Nimmt man einen monatlichen Betrag von 1.000 € an, eine berücksichtigungsfähige „Laufzeit“ der „Vereinbarung“ von acht Jahren und den von § 14 Abs. 1 BewG vorgesehenen Abzinsungsfaktor von 5,5 %, ermittelt sich ein Wert von 76.015 € als auf die gemischte Schenkung des Verkaufserlöses anzurechnende, den Schenkungsbetrag mindernde Gegenleistung der Beklagten, sodass sich der Wert der gemischten Schenkung an die Beklagte seitens der Erblasserin auf 73.985 € reduziert (= 150.000 € - 76.015 €). Der fiktive Gesamtnachlass, von dem LG mit 295.191,92 € berechnet und von der Klägerin insoweit nicht angegriffen, ermäßigt sich hiernach um weitere 59.015 € (76.015 € - 17.000 €) auf 236.176,92 €.

**14** Die vorstehende Bewertung verstößt auch nicht gegen den zivilprozessualen Grundsatz der „reformatio in peius“ nach § 528 ZPO. Eine Schlechterstellung im Sinne der vor-

genannten Bestimmung liegt nicht vor, wenn bei einem aus mehreren Posten zusammengesetzten Anspruch einzelne Posten herabgesetzt oder gestrichen werden, die Gesamtsumme indes nicht geringer wird (Zöller/Heßler, ZPO, 32. Aufl., § 528 Rdnr. 28). So liegt der Fall hier, was auch mit Blick auf die nachstehenden Ausführungen deutlich wird.

**15** Zutreffend weist die Klägerin darauf hin, dass das LG bei der Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs nach §§ 2325, 2327 BGB einen unzutreffenden, mit  $\frac{1}{6}$  bemessenen Berechnungsfaktor zugrunde gelegt hat. Ausgehend von einer zutreffenden Pflichtteilsquote von  $\frac{1}{4}$  (die Hälfte der gesetzlichen Erbquote von  $\frac{1}{2}$ ) hätte der Klägerin aus dem fiktiven Nachlass i. H. v. 236.176,92 € ein Pflichtteilsergänzungsanspruch i. H. v. 59.044,23 € (= 236.176,92 € x  $\frac{1}{4}$ ) zugestanden. Da die Klägerin Eigengeschenke im Wert von 56.402,21 € erhalten hat, die gemäß der Vorschrift des § 2327 Abs. 1 BGB auf den Gesamtbetrag des Pflichtteils und der Ergänzung anzurechnen sind, ermittelt sich grundsätzlich ein Pflichtteilsergänzungsanspruch von 2.642,02 € (= 59.044,23 € - 56.402,21 €). Diesen Pflichtteilsergänzungsanspruch hat die Beklagte durch ihre Aufrechnungserklärung zum Erlöschen gebracht. Von den insgesamt aufrechenbaren Gegenansprüchen der Beklagten von 14.670,45 € ist nämlich nur ein Teilbetrag von höchstens 8.674,76 € durch Aufrechnung gegenüber dem Pflichtteilsanspruch der Klägerin bereits erloschen, sodass ein weiterer, den Pflichtteilsergänzungsanspruch der Klägerin bei weitem übersteigender Restgegenanspruch von 5.995,69 € (= 14.670,45 € - 8.674,76 €) verbleibt.

**16** Bei diesem Ergebnis verbleibt es auch dann, wenn man mit dem von der Klägerin erhobenen Einwand davon ausgeht, dass die Beklagte über einen Zeitraum von 17 Monaten einen weiteren Betrag von 400 € monatlich erhalten hat, der, so die Klägerin, auf die von der Beklagten für die Erblasserin erbrachten Dienste anzurechnen sei. Insoweit würde sich der fiktive Nachlass um weitere 6.800 € erhöhen, sodass die Klägerin hieran mit einem Betrag von 1.700 € partizipieren würde. Auch ein um diesen Betrag erhöhter Pflichtteilsergänzungsanspruch wäre vorliegend im Wege der Aufrechnung bereits vollständig erfüllt worden.

**17** Da die Berufung der Klägerin somit keine Aussicht auf Erfolg hat, legt das Gericht aus Kostengründen die Rücknahme des Rechtsmittels nahe. Im Falle der Berufungsrücknahme ermäßigen sich vorliegend die Gerichtsgebühren von 4,0 auf 2,0 Gebühren (vgl. KV Nr. 1222 GNotKG).

**18** Der Senat beabsichtigt, den Wert des Streitgegenstandes für das Berufungsverfahren auf 19.532,86 € festzusetzen.

**19** Anm.: Auf den Hinweisbeschluss des Senats hin hat die Klägerin ihre Berufung zurückgenommen.



**ANMERKUNG:**

Von Notarassessor Dr. **Andreas Bernert**, Kemnath

**1. Sachverhalt und Entscheidung des Gerichts**

Die unverheiratete Erblasserin hatte soweit bekannt zwei Töchter, von denen sie eine zur Alleinerbin eingesetzt hatte. Streitig war nach dem Tod der Erblasserin im März 2012 die Höhe des Pflichtteilsanspruchs der enterbten Tochter.

Zwei Aspekte des Sachverhalts bieten Anlass zu näherer Betrachtung:

a) Die Pflichtteilsberechtigte hatte im Jahr 2011 mit Hilfe einer Vollmacht aus einem Depot der Erblasserin Vermögen auf sich selbst übertragen. Sie argumentierte nun, dass es sich hierbei um eine Schenkung an den Pflichtteilsberechtigten im Sinne von § 2327 BGB handele.

Daraus sollte folgen, dass die Schenkung dem Werte nach zwar dem fiktiven Nachlass hinzugerechnet werden und sich die Pflichtteilsberechtigte den Wert auf ihren Anspruch anrechnen lassen müsse (§ 2327 Abs. 1 Satz 1 BGB), vor allem aber, dass die Pflichtteilsberechtigte das entnommene Vermögen behalten dürfe. Dem schiebt das OLG in seinem hier besprochenen Hinweisbeschluss jedoch ohne viel Federlesens den Riegel vor. Es handele sich um eine ungerechtfertigte Bereicherung der Pflichtteilsberechtigten, die die Alleinerbin zurückfordern bzw. mit der sie aufrechnen könne.

Obwohl im Ergebnis wenig überraschend, so ist dieser Aspekt der Entscheidung doch ein mahnendes Beispiel zum Missbrauch von Vorsorgevollmachten, die keinesfalls zur „vorzeitigen Auszahlung eines Erb- oder Pflichtteils“ verwendet werden sollten, wenn nicht ein entsprechender Wille des Erblassers zuverlässig dokumentiert ist.<sup>1</sup> Ob hierauf evtl. mündlich bei der Errichtung von Vorsorgevollmachten hingewiesen werden sollte, hängt von der im Einzelfall zu beurteilenden Gefahr des Weckens schlafender Hunde ab.

b) Interessanter an der Entscheidung ist jedoch ein anderer Aspekt: Im Jahr 2011, etwa acht Monate vor ihrem Tod, wandte die Erblasserin im Alter von 82 Jahren der Alleinerbin einen Betrag in Höhe von 150.000 € zu. Im Januar 2012, also kurz vor ihrem Tod, errichtete die Erblasserin eine als „Bestätigung“ überschriebene Erklärung, in der sie festhielt, dass diese Zuwendung verknüpft sei mit den täglichen Verrichtungen und der persönlichen Zuwendung, die ihr die spätere Alleinerbin seit Oktober 2010 erbringe.

Das OLG bestätigte die Vorinstanz darin, dass es sich bei der Zuwendung des Geldbetrags um eine gemischte Schenkung handele. Problematisch war jedoch die Bewertung der seitens der Alleinerbin erbrachten Gegenleistungen. Denn einen nominellen Wert dieser Leistungen hatte die Erblasserin in ihrer „Bestätigung“ nicht

bestimmt. Soweit bekannt hatte die Alleinerbin die Erblasserin über einen Zeitraum von insgesamt etwa anderthalb Jahren mit Mittagessen versorgt, ihre Wäsche gewaschen, Medikamente beschafft und die Erblasserin nach deren zwischenzeitlichem Umzug in ein Heim regelmäßig besucht und zum Essen ausgeführt.

aa) Das OLG betont zunächst, dass es aufgrund der Privatautonomie der Erblasserin nicht zu beanstanden sei, wenn diese die Zuwendung von 150.000 € als den erbrachten und noch zu erbringenden Leistungen äquivalent ansieht. Hierbei sei auch unerheblich, in welcher konkreten Lebenssituation sich die Erblasserin befand, ob sie also überhaupt pflegebedürftig sei, in einem Heim lebe oder zu Hause gepflegt werde. Über die Frage der Gleichwertigkeit könne die Erblasserin von Fällen der Willkür abgesehen frei entscheiden. Insbesondere sei nicht zu erkennen, dass die von der Alleinerbin erbrachten Leistungen dadurch geringwertiger geworden seien, dass die Erblasserin zwischendurch in ein Heim umgezogen ist. Die vom OLG so bezeichnete und für die Aufnahme in den Schlagwortkanon der juristischen Ausbildung geeignete „Flucht aus der Eintönigkeit des Heimaufenthalts“ habe von der Erblasserin durchaus als gleichwertig angesehen werden können.

bb) Den Wert der Leistungen, die die Alleinerbin erbrachte, bezifferte das OLG „unter Berücksichtigung der Gesamtumstände“ ebenso wie die Vorinstanz nach § 287 Abs. 2 ZPO mit 1.000 € monatlich. Anders als die Vorinstanz erkennt es jedoch als relevanten Zeitraum nicht das Zeitfenster von Oktober 2010 (Beginn der Leistungen) bis März 2012 (Tod der Erblasserin), sondern orientiert sich an der allgemeinen statistischen Lebenserwartung der Erblasserin, welche noch etwa 7,95 Jahre betrug. Die Faktoren seien zu multiplizieren und um den von § 14 Abs. 1 BewG vorgesehen Abzinsungsfaktor von 5,5 % zu reduzieren. Nur die Differenz zwischen dem so errechneten Betrag und der Zuwendung von 150.000 € könne demnach als für einen Pflichtteilergänzungsanspruch nach § 2325 BGB relevant erachtet werden. Die Gegenleistung war daher mit ca. 76.000 € zu bewerten, was den Anspruch der Pflichtteilsberechtigten um etwa 19.000 € verringerte.

**2. Bewertung der Entscheidung und Folgen für die Praxis**

a) Die enterbte Tochter ist nach § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB als Abkömmling der Erblasserin pflichtteilsberechtigt. Da die Erblasserin einem Dritten – hier der Alleinerbin – etwas zugewandt hat, kommt ein Pflichtteilergänzungsanspruch nach § 2325 Abs. 1 BGB in Betracht. § 2325 BGB setzt dem Wortlaut nach eine Schenkung voraus, wobei im Falle einer gemischten Schenkung der überschießende unentgeltliche Schenkungsanteil zu berücksichtigen ist.<sup>2</sup>

2 OLG Brandenburg, Beschluss vom 07.10.1997, 10 W 23/97, BeckRS 1998, 01133 Rdnr. 6; Palandt/Weidlich, 80. Aufl. 2021, § 2325 Rdnr. 9; BeckOK-BGB/Müller-Engels, Stand: 01.08.2021, § 2325 Rdnr. 9.

1 Ausführlich Sperrnath, MittBayNot 2021, 425 ff.



Eine gemischte Schenkung liegt vor, wenn der Wert der Leistung des Schenkers den Wert der Gegenleistung des Beschenkten objektiv überwiegt, dies den Beteiligten bewusst ist und der überschießende Anteil der Leistung des Schenkers unentgeltlich zugewendet werden soll.<sup>3</sup> Entscheidendes Differenzierungskriterium ist hierbei das Bewusstsein der Parteien um die fehlende Äquivalenz der Leistungen. Ob die Leistungen gleichwertig sind oder nicht, richtet sich nämlich bis zur Grenze der Willkür nicht nach deren objektiven Wert, sondern nach dem „Prinzip der subjektiven Äquivalenz“.<sup>4</sup> Das OLG ging von einer gemischten Schenkung aus, leider aber ohne dass die Gründe hierfür ersichtlich werden. Zwingend erscheint dieses Ergebnis nicht, denn wie auch das OLG selbst feststellt, kommt es auf die Gesamtumstände an und der Erblasser darf sich die Pflege durch nahe Angehörige in den Worten der Rechtsprechung durchaus „etwas kosten lassen (...), ohne sich zu schnell dem Vorwurf ausgesetzt zu sehen, er habe willkürlich dafür zu viel ausgegeben, also zum Nachteil des Pflichtteilsberechtigten etwas verschenkt“.<sup>5</sup>

b) Ein interessanter, aber vom OLG nicht vertiefter Aspekt der Entscheidung liegt in der zeitlichen Reihenfolge der gegenseitig erbrachten Leistungen, denn die Erblasserin tätigte die einmalige Geldzuwendung während der laufenden Pflegeleistungen.

Grundsätzlich kommt es im Schenkungsrecht, §§ 516 ff. BGB, für die Frage, ob eine Zuwendung entgeltlich oder unentgeltlich sein soll, auf den Zeitpunkt der Zuwendung an.<sup>6</sup> Im Rahmen von § 2325 Abs. 1 BGB ist hingegen spätestens seit einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2007<sup>7</sup> anerkannt, dass auch eine nachträgliche Einigung über die Entgeltlichkeit einer Zuwendung erfolgen kann, wenn zwischen den betroffenen Leistungen kein auffällig grobes Missverhältnis besteht. Die Folge ist, dass nachträglich der Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Leistungsempfängers wechselt und – jedenfalls für den entgeltlichen Teil – kein Fall des § 2325 Abs. 1 BGB vorliegt.<sup>8</sup> Da das Pflichtteilsrecht, wie auch § 2311 BGB zeigt, maßgeblich auf den Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers abstellt, ist dem auch nicht zu widersprechen.<sup>9</sup>

3 BeckOK-BGB/*Gehrlein*, § 516 Rdnr. 13.

4 BGH, Urteil vom 21.06.1972, IV ZR 221/69, NJW 1972, 1709, 1710, mit Verweis auf eine Entscheidung des RG vom 22.02.1940, RGZ 163, 257 ff., in welcher eine gemischte Schenkung im Rahmen der Rückforderung wegen groben Undanks zu beurteilen war und das RG entschied, dass auch hierfür der auf eine unentgeltliche Zuwendung des Mehrwerts gerichtete Wille beider Parteien hervortreten müsse.

5 OLG Oldenburg, Urteil vom 01.07.1997, 5 U 23/97, BeckRS 9998, 1480.

6 MünchKomm-BGB/*Koch*, 8. Aufl. 2019, § 516 Rdnr. 47.

7 BGH, Urteil vom 14.02.2007, IV ZR 258/05, ZEV 2007, 326 ff. m. Anm. *Kornexl*.

8 MünchKomm-BGB/*Lange*, § 2325 Rdnr. 18; *Weber*, ZEV 2017, 117, 118; *Kornexl*, ZEV 2003, 196, 197.

9 Palandt/*Weidlich*, § 2325 Rdnr. 9; *Weber*, ZEV 2017, 117, 118.

Hier lagen die Dinge jedoch etwas anders, denn es hat nicht zuerst der Erblasser geleistet und dann später der Beschenkte eine Gegenleistung erbracht. Vielmehr hat zuerst der Beschenkte geleistet (Pflegeleistungen ab Oktober 2010) und der Erblasser diese später belohnt und durch die Zuwendung auch die anschließend noch zu erbringenden Gegenleistungen des Beschenkten abgegolten. Ob für den „belohnenden“ Teil nun auf den Moment der Zuwendung oder die spätere „Bestätigung“ abzustellen ist, ist unerheblich, denn jedenfalls hat der Beschenkte bereits vorher geleistet. Für den anschließenden Zeitraum ab der Zuwendung bis zum Tod der Erblasserin ist die Teilentgeltlichkeit jedenfalls anzuerkennen, denn ab hier war beiden Seiten klar, dass die Pflege als Gegenleistung für die Geldzuwendung erfolgt.

Spannender ist aber der Zeitraum davor, der das Problem der sog. remuneratorischen Schenkung aufwirft. Ob im Rahmen von § 2325 Abs. 1 BGB auch die Konstellation als entgeltlich zu erfassen ist, in der der Erblasser im Hinblick auf vormals unentgeltliche Leistungen an ihn selbst eine Zuwendung tätigt, ist umstritten, jedenfalls für die Fälle, in denen der später Beschenkte seine Leistung zunächst nicht in der Annahme erbringt, hierfür später entlohnt zu werden.<sup>10</sup> Das OLG Koblenz geht auf diesen Aspekt nicht ein.

Es liegt allerdings nahe, dass im konkreten Fall § 2330 BGB Anwendung findet, wonach solche Schenkungen keinen Ergänzungsanspruch begründen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. Im Gegensatz zu Anstandsschenkungen können Pflichtschenkungen im Rahmen von § 2330 BGB auch ein größeres Ausmaß annehmen.<sup>11</sup> Es ist jedenfalls denkbar, dass es die Erblasserin als ihre sittliche Pflicht ansah, ihrer Tochter für die bereits erbrachten Leistungen etwas zuzuwenden. Auch insoweit gilt nach der Rechtsprechung des BGH, dass ein überschießender Teil als ergänzungspflichtige Schenkung zu behandeln ist.<sup>12</sup>

In anderen Fällen, also außerhalb von § 2330 BGB, ist jedoch Vorsicht geboten, auch wenn der BGH in zwei Entscheidungen<sup>13</sup> angedeutet hat, dass auch diese Konstellation pflichtteilergänzungsmindernd sein kann und sich dem ein großer Teil der Literatur angeschlossen hat.<sup>14</sup>

Gegen eine nachträgliche Vereinbarung zur Entgeltlichkeit spricht nämlich, dass der Erblasser den ihm zugewandten Wert ja bereits erhalten hat, dieser also sein Ver-

10 MünchKomm-BGB/*Lange*, § 2325 Rdnr. 18.

11 BeckOK-BGB/*Müller-Engels*, § 2330 Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/*Lange*, § 2330 Rdnr. 3.

12 BGH, Urteil vom 26.04.1978, IV ZR 26/77, BeckRS 2009, 25421.

13 BGH, Urteil vom 15.03.1989, IV a ZR 338/87, DNotZ 1991, 498, 499; Urteil vom 17.01.1996, IV ZR 214/94, NJW-RR 1996, 705, 706; Palandt/*Weidlich*, § 2325 Rdnr. 9.

14 *Weber*, ZEV 2017, 117, 119 m. w. N.

mögen bereits mehr. Über Vermögen, das dem Erblasser unentziehbar gehört, etwa weil es ihm in der Vergangenheit eben geschenkt wurde, kann der Erblasser nicht in der Weise zulasten des Pflichtteilsberechtigten kompensationslos verfügen, dass er die nun erfolgende Schenkung „umbenent“ zur Gegenleistung für irgendeine in der Vergangenheit an ihn erbrachte Leistung des nunmehr Beschenkten. Im bipolaren Verhältnis zwischen Schenker und Beschenkten mag dies unbedenklich sein, das Pflichtteilsrecht schützt jedoch den pflichtteilsberechtigten Dritten.<sup>15</sup>

Anders wird man dies aufgrund der Entscheidung – mit Vorsicht – für bereits erbrachte Pflegeleistungen an den Erblasser sehen können, da diese häufig zumindest auch in dem Willen bzw. der Hoffnung erbracht werden, dass sie später auf die ein oder andere Weise entlohnt werden.<sup>16</sup> Unter Umständen hilft zudem § 2330 BGB.

c) Begrüßenswert ist schließlich, dass sich die Entscheidung hinsichtlich der Dauer der Pflegeleistungen und damit hinsichtlich der Höhe der anzurechnenden Gegenleistungen auf die statistische Lebenserwartung der Erblasserin stützt. Damit liegt die Entscheidung auf der Linie der herrschenden Meinung, die für die Beteiligten Planungs- und damit Rechtssicherheit bietet.<sup>17</sup> Der vom OLG bestätigte monatliche Wert der erbrachten Leistungen mit 1.000 € reiht sich ein in die Spannweite von 150 € bis 1500 €, zu der schon Entscheidungen ergangen sind.<sup>18</sup> Eine größere pflichtteilsschmälernde Wirkung hätte es freilich gehabt, wenn die Beteiligten den Wert der monatlichen Leistungen konkret beziffert hätten, wobei insoweit gerade bei der Pflege durch Angehörige ja wie erwähnt ein großzügiger Maßstab anzulegen ist.<sup>19</sup>

d) Für die notarielle Praxis ist die Entscheidung einmal mehr Bestätigung, dass sich Pflegeleistungen, die gegenüber dem Erblasser erbracht werden und ja bei dessen Tod im Nachlass nicht mehr wertmäßig vorhanden sind, zur Pflichtteilsreduzierung – und im Übrigen auch zur Schmälerung der Bemessungsgrundlage für die Schenkungsteuer – nutzen lassen.

Ein Allheilmittel bieten Pflegeleistungen aber freilich nicht. Denn sie können zwar großzügig bewertet werden, sind aber gerichtlich auch nicht kontrollfrei, wie auch die vorliegende Entscheidung zeigt, die ja keine Vollentgeltlichkeit angenommen hat. Gerade bei der nur gelegentli-

chen Pflege, die ja aber auch tatsächlich erbracht werden muss und für den Leistenden mit Anstrengungen und persönlichen Einschränkungen verbunden sein kann, sollte daher bei der Wertbestimmung nicht übertrieben werden.

Ist die Pflichtteilsergänzungsreduktion das Hauptziel der Vereinbarung von Pflegeleistungen, so sollten zudem deren Auswirkungen nicht überschätzt werden. Dies gilt vor allem dann, wenn die statistische Lebenserwartung des Erblassers nur noch gering ist. Ausgehend von 1.000 € monatlich verringern fünf Jahre Pflege den Anspruch bei zwei Kindern um 15.000 € – unter Umständen ein hoher Preis. Ist jedoch etwa im Kontext einer Übergabe ohnehin geplant, dass das begünstigte Kind den Übergeber und späteren Erblasser pflegen soll, so sollte nicht die Chance vertan werden, jedenfalls die für die Zukunft noch zu erbringenden Pflegeleistungen im Vertrag mit Augenmaß zu bewerten, um so Streitigkeiten bzgl. Pflichtteilsergänzungsansprüchen zumindest punktuell vorzubeugen.

### 13. Verlust der Verfügungsbefugnis eines Testamentsvollstreckers

OLG Naumburg, Beschluss vom 17.03.2020, 12 Wx 51/19, mitgeteilt von **Jürgen Thole**, Richter am OLG Naumburg

BGB §§ 878, 2205 Satz 2  
GBO §§ 20, 29

#### LEITSATZ:

**Mit der Entlassung aus dem Amt vor Vollendung des Eigentumsübergangs verliert der Testamentsvollstrecker seine Verfügungsbefugnis. Zugunsten des Testamentsvollstreckers ist auch nicht § 878 BGB analog anzuwenden.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. H und E B waren seit dem 20.05.1997 als Eigentümer des im Grundbuch des AG Zerbst von C Blatt (...) eingetragenen Flurstücks 139 der Flur 8 eingetragen.

2 Nach dem Tod von H B errichtete E B unter dem 18.11.2004 ein Testament, mit dem sie W L, M K und B J zu ihren Erben einsetzte und Rechtsanwalt M R aus C zum Testamentsvollstrecker bestimmte.

3 Nach dem Tod von E B am 11.04.2013 wurden am 14.12.2015 die vorgenannten Erben in Erbengemeinschaft als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

4 Am 30.11.2015 veräußerte Rechtsanwalt R das Grundstück mit dem vor dem Notar Bh in W geschlossenen Vertrag an die Beteiligten. Unter dem 11.01.2016 beantragte Notar Bh die Umschreibung des Eigentums auf die Beteiligten. Zu einer Eintragung des Eigentumswechsels kam es in der Folge nicht.

15 Weber, ZEV 2017, 117, 120; Keim, FamRZ 2004, 1081, 1084; a. A. Palandt/Weidlich, § 2325 Rdnr. 9.

16 Palandt/Weidlich, § 2325 BGB Rdnr. 9.

17 BeckOGK-BGB/A. Schindler, Stand: 01.04.2021, § 2325 Rdnr. 209; MünchKomm-BGB/Lange, § 2325 Rdnr. 62; Palandt/Weidlich, § 2325 Rdnr. 9; OLG Koblenz, Urteil vom 17.10.2001, 9 U 166/01, ZEV 2002, 460, 461; OLG Celle, Beschluss vom 08.07.2008, 6 W 59/08, BeckRS 2008, 16860; DNotl, Gutachten Nr. 65260 vom 10.03.2006 m. w. N.

18 BeckOGK-BGB/A. Schindler, § 2325 Rdnr. 208 m. w. N.

19 OLG Oldenburg, Urteil vom 01.07.1997, 5 U 23/97, BeckRS 9998, 1480.

**5** Mit Beschluss vom 25.04.2018 entließ das AG Zerbst Rechtsanwalt R als Testamentsvollstrecker, dessen hiergegen gerichtete Beschwerde wies das OLG Naumburg mit Beschluss vom 18.10.2018 zurück.

**6** Das Grundbuchamt hat mit dem angefochtenen Beschluss vom 16.09.2019 den Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers vor der Eigentumsumschreibung weggefallen sei. Die Zustimmung zu dem Kaufvertrag durch den Alleinerben W L habe nicht beigebracht werden können.

**7** Die Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten haben mit Schriftsatz vom 07.10.2019 hiergegen Beschwerde eingelegt und zur Begründung ausgeführt, dass der damalige Testamentsvollstrecker im Zeitpunkt des Kaufvertragschlusses und der Beantragung der Eigentumsumschreibung im Amt gewesen sei. Dann sei es unerheblich sei, ob der Testamentsvollstrecker abberufen worden sei, ehe die Eigentumsumschreibung im Grundbuch tatsächlich erfolge. Ausreichend sei, dass im Zeitpunkt der Antragstellung alle notwendigen Voraussetzungen für die Eigentumsumschreibung vorgelegen hätten.

**8** Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 08.10.2019 ohne weitere Begründung nicht abgeholfen und das Verfahren dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

**9** II. Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg.

**10** Zu Recht hat das Grundbuchamt dem Antrag der Beteiligten auf Eintragung als Eigentümer nicht entsprochen.

**11** Gemäß § 20 GBO darf die Auflassung eines Grundstücks im Grundbuch nur eingetragen werden, wenn die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Rechtsübergang (Auflassung, § 925 BGB) und daneben gemäß § 19 GBO die Bewilligung des in dem Recht Betroffenen erklärt und dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen sind. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

**12** Denn der Beteiligte zu 1 hat mit seiner Entlassung aus dem Amt des Testamentsvollstreckers vor Vollendung der Übertragung des Eigentums auf die Beteiligte zu 2 seine Verfügungsbefugnis verloren.

**13** Dem veräußernden Rechtsanwalt R fehlt nunmehr seine Befugnis gemäß § 2205 Satz 2 BGB, über den gegenständlichen Grundbesitz zu verfügen, nachdem ihn das AG Zerbst mit Beschluss vom 25.04.2018 als Testamentsvollstrecker entlassen hat. Entscheidend für die Beurteilung der Verfügungsbefugnis ist aber der Zeitpunkt der Eintragung, weil

sich erst in diesem Augenblick die verfahrensrechtliche Verfügung über das betroffene Recht verwirklicht (zum Beispiel OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.11.2002, 3 Wx 321/02, juris). Etwas anderes ergibt sich hier auch nicht gemäß § 878 BGB, wonach eine Verfügungserklärung des Verfügungsberechtigten nicht dadurch unwirksam wird, dass er in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamt gestellt worden ist. Eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift kommt nicht in Betracht, weil Rechtsanwalt R als Berechtigter nicht in seiner Verfügungsmacht beschränkt worden ist, sondern diese gänzlich verloren hat. Auch eine analoge Anwendung des § 878 BGB scheidet nach der einheitlichen Rechtsprechung der Obergerichte aus (zum Beispiel OLG Celle, Beschluss vom 21.01.1953, 4 Wx 55/52, beck-online; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 26.11.1979, 20 W 724/79, juris; OLG Köln, Beschluss vom 27.08.1980, 2 Wx 26/80, MittRhNotK 1981, 139; BayObLG, Beschluss vom 20.08.1998, 2 Z BR 45/98, juris; Beschluss vom 22.04.1975, BReg. 2 Z 24/75, MittBayNot 1975, 228). Anders als die Beteiligten vorbringen, hat das Brandenburgische OLG (Urteil vom 24.11.1994, 5 W 48/94, juris) nicht etwa gemeint, dass es ausreiche, dass zum Zeitpunkt der Stellung des Antrags beim Grundbuchamt alle notwendigen Voraussetzungen vorgelegen haben. Es hat vielmehr ausgeführt, dass derjenige, der über ein Grundstücksrecht verfügt, grundsätzlich auch noch im Zeitpunkt der Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch Verfügungsbefugnt sein muss. Allein aus den dort – anders als im vorliegenden Fall – anwendbaren speziellen Regelungen des Vermögensgesetzes hat das Brandenburgische OLG einen besonderen Vertrauensschutz abgeleitet.

**14** Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 80, 84 FamFG. Der Geschäftswert ist nach § 79 Abs. 1 Satz 1 GNotKG festzusetzen und – mangels näherer Anhaltspunkte – nach § 36 Abs. 3 GNotKG zu bemessen. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 78 Abs. 2 GBO) liegen nicht vor.



## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 14. Verschmelzungsbeschluss einer Genossenschaft im Rahmen einer virtuellen Versammlung

BGH, Beschluss vom 05.10.2021, II ZB 7/21 (Vorinstanz: OLG Karlsruhe, Beschluss vom 26.03.2021, 1 W 4/21 (Wx))

*GesRuaCOVBekG § 3 Abs. 1  
UmwG § 13 Abs. 1 Satz 2*

#### LEITSATZ:

**Nach § 3 Abs. 1 GesRuaCOVBekG kann auch der Verschmelzungsbeschluss einer Genossenschaft in einer virtuellen Versammlung gefasst werden. Das Versammlungserfordernis des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG steht dem nicht entgegen.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1 hat am 02.12.2020 beim AG – Registergericht – beantragt, die Verschmelzung der Beteiligten zu 2, einer eingetragenen Genossenschaft, auf sie im Genossenschaftsregister einzutragen. Das Registergericht hat den Antrag zurückgewiesen, weil der Verschmelzungsbeschluss der Beteiligten zu 2 am 30.11.2020 in einer virtuellen Vertreterversammlung gefasst worden war. Die hiergegen erhobene Beschwerde der Beteiligten zu 2 vom 23.12.2020 ist vom OLG zurückgewiesen worden. Dagegen richtet sich die vom OLG zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 2.

2 II. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Beschlüsse des Beschwerde- und des Registergerichts und zur Zurückverweisung der Sache an das Registergericht.

3 I. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß §§ 70 ff. FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Insbesondere ist die Beteiligte zu 2 auch beschwerdeberechtigt.

4 Wie das Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt hat, kann im Antragsverfahren die Zurückweisung des Antrags zwar grundsätzlich nur vom (ursprünglichen) Antragsteller angefochten werden (§ 59 Abs. 2 FamFG). Bei einer Mehrheit von Antragsberechtigten wird diese Berechtigung aber aus verfahrensökonomischen Gründen auch auf diejenigen erstreckt, die den verfahrenseinleitenden Antrag zwar nicht gestellt haben, aber zum Zeitpunkt der Beschwerdeeinlegung noch wirksam stellen könnten (vgl. BGH, Beschluss vom 10.10.1992, V ZB 3/92, BGHZ 120, 396, 398; Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 20. Aufl., § 59 Rdnr. 41; Zöller/Feskorn, ZPO, 33. Aufl., § 59 FamFG Rdnr. 10). Hier waren gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 und 2 UmwG sowohl die Beteiligte zu 2 (als übertragender Rechtsträger) als auch die Beteiligte zu 1 (als übernehmender Rechtsträger) berechtigt, die Verschmelzung der Beteiligten zu 2 auf die Beteiligte zu 1 zur Eintragung in das Register des Sitzes der Beteiligten zu 2 anzumelden und die Beteiligte zu 2 hätte einen solchen Antrag im Zeitpunkt ihrer Beschwerdeeinlegung noch stellen kön-

nen. Die auch im Fall des § 59 Abs. 2 FamFG erforderliche (vgl. BGH, Beschluss vom 27.08.2003, XII ZB 33/00, NJW 2003, 3772, 3773; Beschluss vom 01.03.2011, II ZB 6/10, ZIP 2011, 765 Rdnr. 9) materielle Beschwer der Beteiligten zu 2 im Sinne von § 59 Abs. 1 FamFG ist ebenfalls zu bejahen, da sie durch die Ablehnung der Eintragung unmittelbar nachteilig in ihren subjektiven Rechten beeinträchtigt ist.

5 2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

6 a) Das Beschwerdegericht (OLG Karlsruhe, ZIP 2021, 1323) hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Vertreterversammlung der Beteiligten zu 2 habe mangels physischer Anwesenheit der Versammlungsteilnehmer nicht den Anforderungen des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG entsprochen. Die danach vorgeschriebene Versammlung könne zwar auch rein virtuell durchgeführt werden, wenn das Gesetz oder die Satzung das zuließen. Beides sei hier aber nicht der Fall. Auch § 3 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie in der Fassung vom 27.03.2020 ermögliche keine Generalversammlung ohne physische Präsenz.

7 b) Diese Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Nach dem im Rechtsbeschwerdeverfahren anzuwendenden Recht konnte der Verschmelzungsbeschluss der Beteiligten zu 2 in einer virtuellen Vertreterversammlung gefasst werden.

8 aa) Bei der Entscheidung über die Rechtsbeschwerde ist das zum Zeitpunkt der Rechtsbeschwerdeentscheidung geltende Recht anzuwenden. Das gilt auch, wenn das Gericht der Vorinstanz dieses Recht noch nicht berücksichtigen konnte (st. Rspr.; BGH, Beschluss vom 15.06.2021, II ZB 35/20, ZIP 2021, 1514 Rdnr. 41).

9 Anzuwenden ist hier daher nicht § 3 Abs. 1 GesRuaCOVBekG in der im Zeitpunkt der Entscheidung des Beschwerdegerichts vorliegenden alten Fassung vom 27.03.2020 (BGBl. 2020 I, S. 569, 570), sondern in der durch Art. 32 des Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe geänderten neuen Fassung vom 07.07.2021 (BGBl. 2021 I, S. 2363, 3328), die nach Art. 36 Abs. 3 des Änderungsgesetzes rückwirkend zum 28.03.2020 in Kraft getreten und damit auch für die Beurteilung des am 30.11.2020 gefassten Verschmelzungsbeschlusses maßgeblich ist.

10 bb) Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 GesRuaCOVBekG können Beschlüsse der Mitglieder einer Genossenschaft auch dann schriftlich oder elektronisch gefasst werden, wenn dies in der Satzung nicht ausdrücklich zugelassen ist oder die Satzung keine Regelungen zu schriftlichen oder elektronischen Beschlussfassungen einschließlich zu virtuellen Versammlungen enthält; die elektronische Beschlussfassung schließt Beschlussfassungen in Gestalt von virtuellen Generalversammlungen ohne physische Präsenz der Mitglieder ein. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 5 GesRuaCOVBekG gilt dies entsprechend für Vertreterversammlungen im Sin-

ne des § 43a GenG; insbesondere sind auch virtuelle Vertreterversammlungen ohne physische Präsenz der Vertreter ohne entsprechende Regelungen in der Satzung zulässig.

**11** Die im Schrifttum umstrittene Frage, ob die Beschlussfassung in einer virtuellen Generalversammlung auch schon zuvor nach § 43 Abs. 7 GenG (so Lang/Weidmüller/Holthaus/Lehnhoff, GenG, 39. Aufl., § 43 Rdnr. 114b; Berliner Kommentar zum Genossenschaftsrecht/Keßler, 2. Aufl., § 43 Rdnr. 120; Althanns/Buth/Leißl/Althanns, Genossenschafts-Handbuch, Ergänzungslieferung 4/2020 – XII/2020, § 43 Rdnr. 233; Bauer, Genossenschafts-Handbuch, Lfg. 3/13 – VII.13, § 43 Rdnr. 209; Beck'sches Handbuch der Genossenschaften/Gätsch, § 5 Rdnr. 197; Geschwandtner/Helios, Genossenschaftsrecht, 2007, S. 126 f.; DNotI-Gutachten vom 15.05.2020, Abruf-Nr. 177537, S. 2 f.; Lieder in FS Vetter, 2019, S. 419, 426 ff.; Beck, RNotZ 2014, 160, 167; Geschwandtner/Helios, NZG 2006, 691, 693; Klein, ZIP 2016, 1155, 1156; Holthaus, NZG 2021, 699, 701 f.; Scheibner, DZWIR 2020, 274, 275; Vetter/Thielmann, NJW 2020, 1175, 1179; a. A. Beuthien/Schöpflin, GenG, 16. Aufl., § 43 Rdnr. 53; Pöhlmann/Fahndrich/Bloehs/Fahndrich, GenG, 4. Aufl., § 43 Rdnr. 60; Thume, WM 2020, 1053, 1054 ff.) oder nach § 3 Abs. 1 Satz 1 GesRuaCOVBekG a. F. (so Henssler/Strohn/Geibel, GesR, 5. Aufl., § 43 GenG Rdnr. 6a; Holthaus, NZG 2021, 699, 700 f.; Thume, WM 2020, 1053, 1055 f., 1060; Thume, EWIR 2021, 390, 392) möglich war, bedarf damit keiner Entscheidung.

**12 cc)** Nach § 3 Abs. 1 GesRuaCOVBekG kann auch der Verschmelzungsbeschluss einer Genossenschaft in einer virtuellen Versammlung gefasst werden. Das Versammlungserfordernis des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG steht dem nicht entgegen.

**13 (1)** Die Regelung des § 3 Abs. 1 GesRuaCOVBekG gilt ihrem Wortlaut nach uneingeschränkt für sämtliche Beschlüsse der Genossenschaftsmitglieder, ohne nach dem Beschlussgegenstand oder dessen Bedeutung bzw. Gewicht zu unterscheiden. Die Einbeziehung von umwandlungsrechtlichen Beschlüssen in die durch § 3 Abs. 1 GesRuaCOVBekG geschaffenen Erleichterungen der Beschlussfassung entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, während der Versammlungsbeschränkungen aufgrund der COVID-19-Pandemie die Handlungsfähigkeit der Gesellschaften zu erhalten (FraktionenE zum GesRuaCOVBekG, BT-Drucks. 19/18110, S. 5). So hat er nicht nur bereits in der Begründung zu § 4 GesRuaCOVBekG, mit dem die Stichtagsfrist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG für die bei Eintragung der Verschmelzung vorzulegenden Schlussbilanz verlängert wurde, zum Ausdruck gebracht, dass er auch Umwandlungsmaßnahmen mittels virtueller Versammlungen erleichtern wollte (FraktionenE des GesRuaCOVBekG, BT-Drucks. 19/18110, S. 29). In der Begründung zur rückwirkenden Änderung von § 3 GesRuaCOVBekG vom 07.07.2021 hat er darüber hinaus ausdrücklich klargestellt, dass mit dieser Regelung insbesondere auch die Durchführung virtueller Versammlungen unter Mitwirkung eines Notars zur Beurkundung umwandlungsrechtlicher Beschlüsse gemäß den §§ 13 und 193 UmwG ermöglicht werde und in dieser

Form durchgeführte virtuelle Versammlungen dem Versammlungserfordernis der § 13 Abs. 1 Satz 2, § 193 Abs. 1 Satz 2 UmwG genügen können (Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 19/30516, S. 73).

**14 (2)** Das Versammlungserfordernis des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG steht einer Beschlussfassung in einer virtuellen Versammlung nicht entgegen.

**15** Nach der rechtsformübergreifenden Regelung des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG kann ein Verschmelzungsbeschluss nur in einer Versammlung der Anteilshaber gefasst werden. Damit ist nach bislang allgemeiner Meinung eine Beschlussfassung im schriftlichen Beschlussverfahren ausgeschlossen (vgl. BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, Stand: 01.07.2021, § 13 Rdnr. 41; Böttcher/Habighorst/Schulte/Böttcher, Umwandlungsrecht, 2. Aufl., § 13 Rdnr. 15; Henssler/Strohn/Heidinger, GesR, § 13 UmwG Rdnr. 11; Lutter/Drygala, UmwG, 6. Aufl., § 13 Rdnr. 9; Maulbetsch/Klumpp/Rose/Maulbetsch, UmwG, 2. Aufl., § 13 Rdnr. 39; Schmitt/Hörtnagel/Winter, UmwG, 9. Aufl., § 13 Rdnr. 14; Semler/Stengel/Leonhard/Gehling, UmwG, 5. Aufl., § 13 Rdnr. 14). Ob dies auch noch nach Inkrafttreten von § 3 Abs. 1 Satz 1 GesRuaCOVBekG gelten soll, wird dabei nicht erörtert, bedarf im vorliegenden Fall aber auch keiner Entscheidung, da hier keine schriftliche Beschlussfassung, sondern ein Beschluss in einer – wenn auch virtuellen – Versammlung zu beurteilen ist.

**16 § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG** verlangt nicht zwingend, dass die Anteilshaber bei der Versammlung physisch anwesend sind. Die Versammlung kann vielmehr auch in anderer Form, d. h. auch virtuell, durchgeführt werden, wenn dies nach dem Gesetz oder der Satzung für den jeweiligen Rechtsträger zulässig ist und die Möglichkeiten der Anteilshaber zum Meinungsaustausch mit den Gesellschaftsorganen und untereinander einer physischen Versammlung vergleichbar sind (vgl. BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, § 13 Rdnr. 42; Böttcher/Habighorst/Schulte/Böttcher, Umwandlungsrecht, § 13 Rdnr. 15; KK-UmwG/Simon, § 13 Rdnr. 11; Lutter/Drygala, UmwG, § 13 Rdnr. 10, 13; Semler/Stengel/Leonhard/Gehling, UmwG, § 13 Rdnr. 14; BeckOK-BGB/Notz, Stand: 15.09.2018, § 32 Rdnr. 199; Althanns/Buth/Leißl/Althanns, Genossenschafts-Handbuch, § 43 Rdnr. 237; Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts/Ghassemi-Tabar, 5. Aufl., § 11 Rdnr. 13; Schöne/Arens, WM 2012, 381, 385; Piper, NZG 2012, 735, 737; Vetter/Tielmann, NJW 2020, 1175, 1179 f.; a. A. Lieder in FS Vetter, S. 419, 443 f.; Lieder, ZIP 2020, 837, 842 f.; Widmann/Mayer/Weiler, Umwandlungsrecht, Stand: 01.08.2018, § 193 Rdnr. 18; BeckOK-BGB/Schöpflin, § 32 Rdnr. 45; Baumann/Sikora/Schuller, Hand- und Formularbuch des Vereinsrechts, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 23; Reichert, Handbuch des Vereins und Verbandsrechts, 14. Aufl., Kapitel 2 Rdnr. 1905; Waldner/Neudert, Der eingetragene Verein, 21. Aufl., Teil 1 Rdnr. 210a; Erdmann, MMR 2000, 526, 529, 531; wohl auch Maulbetsch/Klumpp/Rose/Quass, UmwG, 2. Aufl., § 193 Rdnr. 4; offen Henssler/Strohn/Heidinger, GesR, 5. Aufl., § 13 UmwG Rdnr. 11a).

**17 § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG** setzt die Beschlussfassung in einer Versammlung, d. h. in einer Zusammenkunft der Anteilshaber voraus, ohne jedoch die Form dieser Zusammen-

menkunft näher zu bestimmen. Nach herkömmlichem Verständnis dürfte mit dem Begriff der Versammlung zwar in erster Linie die körperliche Zusammenkunft der Teilnehmer gemeint sein. Aufgrund der Entwicklung der modernen Kommunikationstechniken können darunter nach allgemeinem Sprachgebrauch aber auch Zusammenkünfte beispielsweise in Telefon- und Videokonferenzen gefasst werden, wenn eine Erörterung des Beschlussgegenstands gewährleistet ist.

**18** Den Materialien zu § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG ist keine Festlegung auf eine physische Präsenzveranstaltung zu entnehmen. Daraus ergibt sich lediglich, dass die Beschlussfassung in einer Versammlung, die bereits dem geltenden Recht entspreche und sich für die meisten Unternehmensformen schon aus den Vorschriften über die Versammlung der Anteilhaber ergebe, nunmehr aus Gründen der Klarstellung als allgemeiner Grundsatz ausdrücklich geregelt werden sollte (FraktionsE eines Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts [UmwBerG], BT-Drucks. 12/6699, S. 85 f.). Dass der Gesetzgeber sich dabei – in Kenntnis der damaligen Möglichkeiten der Telefon- und Videokonferenz – nicht darauf beschränkt hat, nur die schriftliche Beschlussfassung für Verschmelzungsbeschlüsse auszuschließen und die Art der Beschlussfassung im Übrigen den Anteilseignern zu überlassen, bedeutet nicht, dass er damit andere Versammlungsformen als die einer physischen Zusammenkunft grundsätzlich ausschließen wollte (so aber *Erdmann*, MMR 2000, 526, 531; a. A. *Lieder* in FS Vetter, S. 419, 443). Es ist vielmehr anzunehmen, dass die Vorschrift für technische Entwicklungen im Bereich der Kommunikationstechnik offen sein sollte, was durch die nunmehrige Begründung der rückwirkenden Änderung von § 3 Abs. 1 GesRuaCOVBekG offenbar geworden ist (vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 19/30516, S. 73).

**19** Die Beschlussfassung in einer virtuellen Versammlung ist auch mit Sinn und Zweck des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG vereinbar. Der Versammlungszwang soll den Anteilseignern ermöglichen, die Verschmelzung vor der Beschlussfassung untereinander und mit den Gesellschaftsorganen zu erörtern (vgl. BeckOGK-UmwG/*Rieckers/Cloppenborg*, § 13 Rdnr. 40; *Böttcher/Habighorst/Schulte/Böttcher*, Umwandlungsrecht, § 13 Rdnr. 15; *Lutter/Drygala*, UmwG, § 13 Rdnr. 10; *Semler/Stengel/Leonhard/Gehling*, UmwG, § 13 Rdnr. 14; *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/Ghassemi-Tabar*, § 11 Rdnr. 13). Auf diesem Weg soll sowohl die Information der Anteilseigner als auch die Diskussion unter ihnen und damit eine gründliche und gemeinsame Meinungsbildung der Anteilseigner sichergestellt werden (vgl. *Widmann/Mayer/Weiler*, Umwandlungsrecht, § 193 Rdnr. 17; *Schöne/Arens*, WM 2012, 381, 382; *Priester*, ZGR 1990, 420, 436). Dieser Zweck kann indes mit den heute bestehenden Möglichkeiten der Kommunikation beispielsweise über Telefon oder Video ebenso erreicht werden wie mit einer physischen Zusammenkunft der Anteilsinhaber, wenn die konkrete Ausgestaltung der Kommunikation eine vergleichbare Teilnahme der Anteilsinhaber und Durchführung der Versammlung wie bei einer physischen Präsenzveranstaltung ermöglicht.

**20** Schließlich erfordert auch die nach § 13 Abs. 3 Satz 1 UmwG vorgeschriebene notarielle Beurkundung des Verschmelzungsbeschlusses keine physische Versammlung (*Schöne/Arens*, WM 2012, 381, 382; a. A. *Waldner/Neudert*, Der eingetragene Verein, Teil 1 Rdnr. 210a). Das Beurkundungserfordernis kann bei einer rein virtuellen Versammlung dadurch gewahrt werden, dass der Notar für die Beurkundung am Aufenthaltsort des Versammlungsleiters zugegen ist, sich dort von dem ordnungsgemäßen Ablauf des Beschlussverfahrens überzeugt und sodann die Feststellung des Beschlussergebnisses durch das zuständige Gesellschaftsorgan beurkundet (vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 19/30516, S. 73).

**21 III.** Die Beschlüsse des Beschwerdegerichts und des Registergerichts sind danach aufzuheben und die Sache ist an das Registergericht zurückzuverweisen (§ 74 Abs. 5, Abs. 6 Satz 1 und Satz 2 Fall 2 FamFG). Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat nicht möglich, da es der weiteren Prüfung bedarf, ob die Durchführung der virtuellen Versammlung der Beteiligten zu 2 am 30.11.2020 den Anforderungen hinsichtlich der Wahrung der Mitgliederrechte, d. h. neben der Ausübung des Stimmrechts insbesondere auch des Teilnahmerechts durch die Möglichkeit zum Austausch mit den zuständigen Organen des Rechtsträgers und anderen Anteilsinhabern bzw. Vertretern, die an der Versammlung teilnehmen, und auch die übrigen formellen und (soweit von der Prüfungskompetenz des Registergerichts umfasst) materiellen Voraussetzungen für die Eintragung der Verschmelzung erfüllt sind.

## 15. Verwendung des Begriff „partners“ in der Firma einer GmbH

BGH, Beschluss vom 13.04.2021, II ZB 13/20 (Vorinstanz: OLG Hamburg, Beschluss vom 10.03.2020, 11 W 11/20)

*HGB § 18 Abs. 2*

*PartGG § 2 Abs. 1, § 8 Abs. 4, § 11 Abs. 1*

### LEITSATZ:

**Die Verwendung des Begriffs „partners“ in der Firma einer GmbH ist zulässig.**

Die Entscheidung ist abgedruckt in der DNotZ 2021, 985.

## 16. Anfechtung eines Beschlusses über die Zustimmung zu einem Ausgliederungs- und Abspaltungsvertrag

BGH, Urteil vom 23.02.2021, II ZR 65/19 (Vorinstanz: OLG Düsseldorf, Urteil vom 04.04.2019, 6 U 24/18)

*AktG § 120 Abs. 2 Satz 1, § 131 Abs. 1, § 141 Abs. 1, § 179 Abs. 3, § 243*  
*UmwG §§ 6, 23, 63, 65 Abs. 2, §§ 123, 125, 127 Satz 1, § 128 Satz 1*

### LEITSÄTZE:

1. **Ungeachtet der Vorschriften des UmwG kann bei Verschmelzungen und Spaltungen ein Sonderbeschluss der Vorzugsaktionäre nach § 141 Abs. 1 AktG erforderlich sein.**
2. **Ein Sonderbeschluss der Stammaktionäre nach § 65 Abs. 2 Satz 2 UmwG ist nicht erforderlich, wenn es neben den stimmberechtigten Stammaktien als weitere Aktiegattung nur stimmrechtslose Vorzugsaktien gibt.**
3. **Notariell zu beurkunden sind mit einem Spaltungsvertrag sämtliche Abreden, die nach dem Willen der Beteiligten mit diesem ein einheitliches Ganzes bilden, also mit ihm stehen und fallen sollen.**

Die Entscheidung ist abgedruckt in der DNotZ 2021, 779.

## 17. Gründungsaufwand bei einer GmbH

KG, Beschluss vom 26.10.2021, 22 W 44/21

*AktG 26 Abs. 2*  
*GmbHG § 9c*  
*HGB § 143 Abs. 2*  
*UmwG § 220*

### LEITSÄTZE:

1. **Der von einer GmbH laut Satzung zu übernehmende Gründungsaufwand ist jedenfalls dann nicht auf einen Betrag von 10 % des Stammkapitals begrenzt, wenn der Gesellschaft freies Kapital in Höhe von einem Mehrfachen des Stammkapitals zur Verfügung steht.**
2. **Beim Formwechsel einer KG in eine GmbH unter Ausscheiden der Komplementär-GmbH bedarf es einer Anmeldung dieses Ausscheidens nicht.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Mit einer notariell beglaubigten elektronischen Erklärung vom 16./17.12.2020 meldeten die vier Kommanditisten der unter HRA 57965 im Handelsregister des AG Charlottenburg eingetragenen e (...) GmbH & Co. KG deren Formwechsel aufgrund eines notariell beurkundeten Umwandlungsbeschlusses in die Beteiligte, eine GmbH, und ihre Bestellung zu Geschäftsführern an. Weiter enthält die Erklärung

Angaben zu Firma, Gegenstand, Geschäftsanschrift, Stammkapital und zur abstrakten Vertretungsregelung sowie die Angabe der konkreten Vertretungsregelung und schließlich die Versicherung der fehlenden Inhabilität, einer Werthaltigkeit des Stammkapitals sowie dass alle Gesellschafter auf eine Klage gegen den Umwandlungsbeschluss und die Erstellung eines Berichts verzichtet hätten. Die umwandelnde Gesellschaft habe auch keinen Betriebsrat. Dieser Anmeldung waren eine Berechnung des Gründungsaufwands, der notariell beurkundete Umwandlungsbeschluss vom 16.12.2020, der zugleich eine Vereinbarung über das Ausscheiden der persönlich haftenden Gesellschafterin, die Feststellung des Gesellschaftsvertrags der Beteiligten, die Bestellung der Geschäftsführer und ihrer Vertretungsbefugnis und Verzichtserklärungen in Bezug auf die Umwandlung enthält, sowie eine Gesellschafterliste und ein Sachgründungsbericht vom 21./22.12.2020 beigelegt. Weiter wurde eine vorläufige Vermögensaufstellung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum 31.12.2019, die sich im Jahre 2020 in die e (...) GmbH & Co. KG umgewandelt hatte, eingereicht.

2 Mit Schreiben vom 11.01.2021 hat das AG die Regelung in § 15 des Gesellschaftsvertrages beanstandet, die die Übernahme von Gründungskosten i. H. v. 10.000 € vorsieht. Diesem Hinweis trat der Urkundsnotar mit Schreiben vom 01.02.2020 entgegen und bat ggf. um eine beschwerdefähige Entscheidung. Daraufhin hat das AG die Anmeldung mit Beschluss vom 10.02.2021 zurückgewiesen. Der hiergegen gerichteten Beschwerde vom 15.03.2021 hat das AG nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

3 II. 1. Die Beschwerde ist nach § 58 Abs. 1 FamFG statthaft, sie richtet sich gegen den die Anmeldung des Formwechsels zurückweisenden Beschluss des AG vom 10.02.2021. Die Beschwerde ist mit dem Schreiben vom 15.03.2021, der am gleichen Tag eingegangen ist, form- und fristgerecht eingelegt worden. Die Zustellung des Beschlusses erfolgte am 15.02.2021. Die im Namen der Beteiligten, einer werdenden GmbH, und der formwechselnden Personenhandels-gesellschaft eingelegte Beschwerde ist auch nicht teilweise unzulässig. Die Beteiligte ist durch die Zurückweisung der Anmeldung, die zu ihrer Eintragung führen soll, in eigenen Rechten beschwert. Die Voraussetzungen des § 59 Abs. 1 FamFG liegen damit vor. Die Anmeldung erfolgte auch in ihrem Namen, sodass auch § 59 Abs. 2 FamFG gegeben ist. Die formwechselnde Personengesellschaft wäre zwar nicht beschwerdebefugt, weil nicht sie, sondern ihre Gesellschafter im Registerverfahren als Beteiligte anzusehen sind (vgl. BGH, Beschluss vom 21.07.2020, II ZB 26/19, juris Rdnr. 23). Die Beschwerde ist aber trotz des Wortlauts nicht als in ihrem Namen eingelegt anzusehen, weil beim Formwechsel der Ursprungsrechtsträger und der Rechtsträger neuer Rechtsform identisch sind. Es kommt daher auch nicht zu einer Rechtsnachfolge, sondern nach § 202 Nr. 1 UmwG lediglich zu einem Rechtsformwechsel (vgl. auch Senat, Beschluss vom 13.05.2020, 22 W 73/14, juris Rdnr. 15). Dann aber ist die Beschwerde als allein durch die Beteiligte eingelegt anzusehen.

**4 2.** Die Beschwerde hat auch Erfolg. Die Zurückweisung der Anmeldung vom 16.12.2020 ist zu Unrecht erfolgt.

**5 a)** Die Entscheidung des AG ist allerdings nicht schon deshalb abzuändern, weil eine unwirksame Regelung über die Übernahme der Verpflichtung zur Tragung der Gründungskosten vom Registergericht im Rahmen der Erstanmeldung nicht beanstandet werden könnte.

**6** Das Registergericht hat nicht nur nach § 9c Abs. 1 Satz 1 GmbHG die ordnungsgemäße Errichtung und Anmeldung der Gesellschaft zu prüfen, sondern kann nach § 9c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG auch Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages beanstanden, die gegen Vorschriften verstoßen, die dem Gläubigerschutz dienen. Die wegen von einer GmbH zu tragender Gründungskosten entsprechend anzuwendende Vorschrift des § 26 Abs. 2 AktG (vgl. BGH, Beschluss vom 20.02.1989, II ZB 10/88, BGHZ 107, 1-7) enthält zwar in Bezug auf die Höhe des Gründungsaufwandes keine ausdrücklichen Beschränkungen. Es ist aber in der Rechtsprechung anerkannt, dass insoweit eine Angemessenheitsprüfung stattzufinden hat. Ist die Festsetzung danach unangemessen hoch, ist dies durch das Registergericht zu beanstanden und die Eintragung abzulehnen (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 22.10.2014, 9 W 124/14, juris; OLG Hamburg, Beschluss vom 18.03.2011, 11 W 19/11, juris; *Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl., Rdnr. 941).

**7 b)** Eine unangemessen hohe Festsetzung des Gründungsaufwands in § 15 des Gesellschaftsvertrages der Beteiligten zu 1, die im Rahmen der Anmeldung des Formwechsels beanstandet werden könnte, liegt aber nicht vor.

**8** Entgegen der Auffassung des AG besteht keine Beschränkung der Höhe des übernehmbaren Gründungsaufwandes auf bis zu 10 % des Stammkapitals (ebenso OLG Hamburg, Beschluss vom 18.03.2011, 11 W 19/11, juris Rdnr. 14). Derartiges wird weder durch eine gesetzliche Regelung angeordnet noch zwingen andere Gründe für eine entsprechende Festlegung. Die Regelung des § 26 Abs. 2 AktG dient zwar dem Gläubigerschutz. Ein Gläubiger hat auch ein Interesse, dass die Gesellschaft jedenfalls zum Zeitpunkt der Eintragung über ein möglichst hohes Vermögen verfügt. Andererseits sieht § 26 Abs. 2 AktG den Schutz Dritter jedenfalls zunächst allein durch die Offenlegung als gewahrt an. Dass insoweit auch Begrenzungen anzunehmen sind, wenn überhöhte oder nicht belegte Kosten in Ansatz gebracht werden, rechtfertigt eine starre Grenze nicht. Dies zeigt sich auch im vorliegenden Fall. Aufgrund des Unternehmenswertes der formwechselnden KG fallen zwingend höhere Notarkosten an, als wenn der Wert des Stammkapitals maßgebend wäre, vgl. § 108 Abs. 3 Satz 1 GNotKG. Dass bei einer Gründung im vereinfachten Verfahren das zu verwendende Musterprotokoll (Anlage zu § 2 Abs. 1a Satz 2 GmbHG) in Nr. 5 eine Beschränkung auf 300 € vorsieht, ändert nichts. Diese Regelung ist nicht verallgemeinerungsfähig und ergibt auch keinen hinreichenden Maßstab für die Behandlung der Gründungskosten bei einer nach den allgemeinen Vorschriften gegründeten GmbH (vgl. auch OLG Hamburg, Beschluss vom 18.03.2011, 11 W 19/11, juris Rdnr. 15).

**9 c)** Aus dem Vorstehenden ergibt sich dann aber auch, dass die Bestimmung des noch zulässigen Aufwands nicht anhand der Stammkapitalziffer erfolgen kann. Denn diese ist für die Höhe der anfallenden Gründungskosten irrelevant. Soweit in solchen Fällen der Hinweis erteilt wird, die Gesellschaft könnte ja die Stammkapitalziffer entsprechend anheben (so OLG Celle, Beschluss vom 22.10.2014, 9 W 124/14, juris), sieht der Senat keine Rechtfertigung für einen derartigen Eingriff in die Entscheidungsfreiheit der Umwandlungsbeteiligten.

**10** Dies gilt vor allem deshalb, weil eine Beeinträchtigung Dritter und damit auch der Gläubiger mit einer solchen Gestaltung nicht verbunden ist. Die Beteiligte weist zu Recht darauf hin, dass der umwandelnden Gesellschaft ausreichend freies Vermögen zur Verfügung steht. Der über die Kapitalziffer von 40.000 € hinausgehende und nach Abzug der Verbindlichkeiten verbleibende Betrag von fast zwei Millionen € gewährleistet, dass keine zulasten der Gläubiger gehende Unterfinanzierung gegeben ist.

**11 d)** Weitere Gründe, die gegen einen Vollzug der Anmeldung sprechen, liegen nicht vor. Aus diesem Grund ist das AG anzuweisen, den Formwechsel zu vollziehen.

**12** Der Sachgründungsbericht vom 21./22.12.2020 enthält zwar nur Angaben zu den Jahresergebnissen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, aus der die formwechselnde Gesellschaft entstanden ist, im Jahr 2019. Dies beruht aber darauf, dass diese Gesellschaft bürgerlichen Rechts ebenfalls erst 2019 entstanden ist. Die Regelung des § 5 Abs. 4 Satz 2 2. Hs. GmbHG kann aber keine Anwendung finden, wenn die Gesellschaft erst ein Jahr bestanden hat. Das Recht jetzt einen Werthaltigkeitsnachweis zu fordern besteht nicht, bisher eingetretene Verzögerungen beruhen auf dem Eintragungs- und dem Beschwerdeverfahren.

**13** Die Anmeldung ist auch nicht deshalb zu beanstanden, weil das Ausscheiden der persönlich haftenden Gesellschafterin des formwechselnden Rechtsträger nicht angemeldet wird. Das Ausscheiden folgt zwar aus der Vereinbarung über das Ausscheiden vom 16.12.2020. Es ist dabei aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt der Eintragung des Rechtsträgers neuer Rechtsform. Mit dieser Eintragung, die konstitutiv wirkt, erlischt aber der formwechselnde Rechtsträger in der Rechtsform der KG. Damit endet auch die Gesellschafterstellung der Komplementärin. Bei der GmbH werden die Gesellschafter nicht in das Register eingetragen, sodass auch insoweit etwa wegen § 15 Abs. 1 HGB kein Erfordernis besteht das Ausscheiden einzutragen. Für die Gesellschafterliste gilt die Vorschrift nicht. Auch wegen der Nachhaftung bedarf es keiner Eintragung. Die Nachhaftungsregelungen stimmen überein (§ 160 HGB, § 224 UmwG).

**14** Eine Kostenentscheidung ist nicht zu treffen. Gerichtskosten fallen nicht, eine Erstattung außergerichtlicher Kosten kommt nicht in Betracht. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde, die hier wegen der Entscheidung des OLG Celle (Beschluss vom 22.10.2014, 9 W 124/14, juris) notwendig sein könnte, kommt nicht in Betracht, weil es an einem Beschwerwerten fehlt.



## INTERNATIONALES PRIVATRECHT

### 18. Zur Wirksamkeit einer in Brasilien erklärten Erbausschlagung

OLG Köln, Beschluss vom 14.07.2021, 2 Wx 119/21, mitgeteilt von **Thomas Bosbach**, Richter am OLG Köln

*BGB §§ 1944, 1945*  
*EGBGB Art. 11 Abs. 1*  
*EuErbVO Art. 28*

#### LEITSÄTZE:

1. Die Form einer in Brasilien erklärten Ausschlagung der Erbschaft nach einem in Deutschland verstorbenen Erblasser richtet sich alternativ nach brasilianischem Recht (Ortsform) oder nach deutschem Recht (das anzuwendende Erbrecht).
2. Die notwendige notarielle Beglaubigung der Unterschrift des Ausschlagenden kann im Wege der Substitution durch die Beglaubigung einer vergleichbaren autorisierten Person des brasilianischen Rechts ersetzt werden.

## ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

### 19. Wohnungsrecht des Insolvenzschuldners als Teil der Insolvenzmasse

KG, Beschluss vom 07.10.2021, 1 W 342/21, mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

*BGB §§ 873, 874, 889, 891, 925, 1092, 1093*  
*GBO §§ 13, 19, 53*  
*InsO §§ 35, 36, 80*  
*ZPO §§ 851, 857*

#### LEITSATZ:

**Veräußert der Eigentümer ein Grundstück unter gleichzeitiger Bestellung eines Wohnungsrechts daran zu seinen Gunsten und wird das Eigentum, nachdem das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet worden ist, auf Anfechtung des Insolvenzverwalters auf ihn zurück übertragen, fällt nicht nur das Eigentum, sondern auch das Wohnungsrecht in die Insolvenzmasse und der Insolvenzverwalter ist befugt, gegenüber dem Grundbuchamt die Löschung des Wohnungsrechts im Grundbuch zu bewilligen (Abgrenzung zu OLG München, FGPrax 2011, 17).**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte zu 1 war, soweit hier von Interesse, ursprünglich als Eigentümer des im Beschlusseingang näher bezeichneten Grundstücks (im Folgenden: Grundstück) im Grundbuch eingetragen.

2 Am 15.06.2006 gründete er mit der Beteiligten zu 2 zur UR-Nr. J 2 xx/2(...) des Notars Dr. H-J J in B eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts – „Gxx 9 Verwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts“. Die Beteiligten zu 1 und 2 vereinbarten die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück als Einlage des Beteiligten zu 1 in die Gesellschaft und erklärten dementsprechend die Auflassung auf sich „als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechtes“.

3 Zugleich bewilligte der Beteiligte zu 1 zur UR-Nr. J 2 xx/2(...) desselben Notars für sich die Eintragung der Belastung des Eigentums an dem Grundstück mit einem Wohnungsrecht in dem Grundbuch. Der Beteiligte zu 1 bestimmte u. a., dass die Ausübung des Wohnungsrechts dritten Personen nicht überlassen werden könne.

4 Am 01.09.2006 wurde die Beteiligte zu 3 unter Bezeichnung der Beteiligten zu 1 und 2 „als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ anstelle des Beteiligten zu 1 in Abt. I lfd. Nr. 2 im Grundbuch eingetragen. Zugleich buchte das Grundbuchamt in Abt. II lfd. Nr. 12 zugunsten des Beteiligten zu 1 das von ihm bewilligte Wohnungsrecht.

5 Über das Vermögen des Beteiligten zu 1 wurde am 02.06.2009 durch das AG Charlottenburg – 36 h IN (...) – das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beteiligte zu 4 als Insolvenzverwalter bestellt. Am 07.04.2011 wurde in Abt. II lfd. Nr. 13 des Grundbuchs hierzu ein Insolvenzvermerk eingetragen.

6 Auf die Klage des Beteiligten zu 4 wurden die „Gxx 9 Verwaltungsgesellschaft bR“, vertreten durch die Beteiligte zu 2, sowie die Beteiligte zu 2 am 16.09.2014 von dem LG Berlin, 16 O 356/13, verurteilt, „die Rückübertragung und Rückauflassung des [Grundstücks] an den Insolvenzschuldner zu erklären und die Berichtigung der Eintragung im Grundbuch zu dulden“. Die Berufung der Beklagten blieb vor dem KG weitgehend erfolglos – Urteil vom 14.03.2017, 14 U 175/14.

7 Am 21.06.2021 erklärte der Beteiligte zu 4 unter Bezugnahme auf die Urteile des LG Berlin und des KG zur UR-Nr. 1 xx/2(...) des Notars K N in B die Auflassung des Grundstücks auf den Beteiligten zu 1, bewilligte die Löschung des in Abt. II lfd. Nr. 12 eingetragenen Wohnungsrechts und beantragte die Eintragung eines Insolvenzvermerks im Grundbuch. Der Urkundsnotar beantragte am 22.06.2021 unter Beifügung einer Ausfertigung seiner UR-Nr. 1 xx/2(...) sowie vollstreckbarer Ausfertigungen der Urteile des LG und des KG den Vollzug im Grundbuch. Dem kam das Grundbuchamt am 19.08.2021 durch Eintragung des Beteiligten zu 1 anstelle der Beteiligten zu 3 in Abt. I lfd. Nr. 3, der Löschung der Belastung Abt. II lfd. Nr. 12 sowie der Eintragung eines weiteren Insolvenzvermerks in Abt. II lfd. Nr. 14 nach. Unter dem 06.09.2021 hat der Beteiligte zu 1 durch seinen Verfahrensbevollmächtigten gegen die Löschung des Wohnungsrechts mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs Beschwerde erhoben. Derselbe Verfahrensbevollmächtigte hat mit Schriftsatz vom 06.09.2021 im Namen der Beteiligten zu 2, 5 und 6 Beschwerde gegen die Eintragung des Beteiligten zu 1 als Eigentümer in Abt. I des Grundbuchs erhoben und auch insofern die Eintragung eines Amtswiderspruchs beantragt. Die Beteiligten zu 5 und 6



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

seien der zunächst aus den Beteiligten zu 1 und 2 bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesellschafter beigetreten.

**8** Das Grundbuchamt hat beiden Beschwerden mit Beschlüssen vom 09.09.2021 nicht abgeholfen.

**9** II. 1. Gegenstand des hiesigen Verfahrens – 1 W 342/21 – ist die gegen die Löschung des Wohnungsrechts gerichtete Beschwerde vom 06.09.2021. Das weitere, von den Beteiligten zu 2, 5 und 6 erhobene Rechtsmittel wird gesondert als eigenes Verfahren zum Geschäftszeichen 1 W 343/21 geführt.

(...)

**14** Ergibt sich, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist, so ist von Amts wegen ein Widerspruch einzutragen. Ein Amtswiderspruch kann sich auch gegen die Löschung einer Grundbucheintragung richten (BGH, ZfR 2011, 537, 539). Hier liegen die Voraussetzungen zur Eintragung eines solchen Amtswiderspruchs aber nicht vor.

**15 a)** Das Grundbuchamt hat bei der Löschung des in Abt. II lfd. Nr. 12 eingetragenen Wohnungsrechts keine gesetzlichen Vorschriften verletzt.

**16** Die Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Rechts erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO, wenn sie derjenige, dessen Recht von der Löschung betroffen wird, bewilligt, § 19 GBO. Insoweit gilt für die Löschung nichts anderes als für die Eintragung eines Rechts (*Demharter*, GBO, § 46 Rdnr. 6). Antragsberechtigt ist jeder, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, § 13 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 GBO. Die Antragsberechtigung ist, wie auch die Bewilligungsbefugnis, Ausfluss der sachenrechtlichen Verfügungsbefugnis über das betroffene Recht (*Demharter*, GBO, § 13 Rdnr. 49, § 19 Rdnr. 56). Das Grundbuchamt hat sie von Amts wegen zu prüfen (*Demharter*, GBO, Anhang zu § 13 Rdnr. 45, § 19 Rdnr. 58). Hier war der Beteiligte zu 4 zur Verfügung über das im Grundbuch eingetragene Wohnungsrecht befugt.

**17 aa)** Ist über das Vermögen des von der Eintragung Betroffenen das Insolvenzverfahren eröffnet worden, so kann nur der Insolvenzverwalter über das Recht verfügen, wenn es zum insolvenzbefangenen Vermögen des Schuldners gehört, § 80 Abs. 1 InsO (BeckOK-Insolvenzrecht/*Riewe/Kaubisch*, Stand: Juli 2021, § 80 Rdnr. 10; Karsten Schmidt/*Sternal*, Insolvenzordnung, 19. Aufl., § 80 Rdnr. 6; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 3138). Das ist nicht der Fall bei Gegenständen, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen, § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO.

**18** Unveräußerliche Rechte sind in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung insoweit unterworfen, als die Ausübung einem anderen überlassen werden kann, § 857 Abs. 3, § 851 Abs. 1 ZPO. Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist nicht übertragbar, § 1092 Abs. 1 Satz 1 BGB. Ihre Ausübung kann einem anderen nur überlassen werden, wenn die Überlassung gestattet ist, § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB. Ist sie nicht gestattet, unterfällt die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht dem insolvenzbefangenen

Vermögen des Schuldners (BGH, ZIP 2006, 2321; NJW 1962, 1392; Hügel/*Wilsch*, GBO, 4. Aufl., InsR Rdnr. 61a; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1264; Uhlenbruck/*Hierte/Praß*, InsO, 15. Aufl., § 35 Rdnr. 141; BeckOK-Insolvenzrecht/*Kirchner*, § 35 Rdnr. 9).

**19** Nichts anderes gilt, wenn zugunsten des Schuldners im Grundbuch ein Wohnungsrecht nach § 1093 BGB eingetragen ist. Hierbei handelt es sich um eine besondere Form der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, auf die u. a. auch die in §§ 1090 bis 1092 BGB getroffenen Regelungen Anwendung finden (Senat, Beschluss vom 25.04.1968, 1 W 2093/67, NJW 1968, 1883; Erman/*Grziwotz*, BGB, 16. Aufl., § 1093 Rdnr. 5; MünchKomm-InsO/*Peters*, 4. Aufl., § 35 Rdnr. 185; Gottwald/*Haas/Wimmer*, Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl., § 25 Rdnr. 50). Nur wenn dem Schuldner als Berechtigtem des Wohnungsrechts die Überlassung der Ausübung an Dritte gestattet ist, kann das Recht gepfändet werden (BGHZ 130, 314, 318; NJW-RR 1986, 991, 992; NJW 1999, 643, 644; Senat, a. a. O., 1883; BeckOK-ZPO/*Riedel*, Stand: Juli 2021, § 857 Rdnr. 71; Zöller/*Herget*, ZPO, 33. Aufl., § 857 Rdnr. 12; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, a. a. O.) und unterfällt dann dem Insolvenzbeschluss (BeckOK-Insolvenzrecht/*Kirchner*, § 35 Rdnr. 9; MünchKomm-InsO/*Peters*, § 35 Rdnr. 517; unklar Uhlenbruck/*Hierte/Praß*, InsO, § 35 Rdnr. 139).

**20 bb)** Erwirbt der Berechtigte eines Wohnungsrechts das Eigentum an dem damit belasteten Grundstück, bleibt dies auf den Bestand des Wohnungsrechts ohne Einfluss, § 889 BGB (OLG München, FGPrax 2011, 17; Staudinger/*Picker*, Neub. 2019, § 889 Rdnr. 4; MünchKomm-BGB/*Kohler*, 8. Aufl., § 889 Rdnr. 2).

**21 cc)** Vorliegend ist eine Gestattung zur Überlassung der Ausübung des Wohnungsrechts an Dritte im Grundbuch nicht eingetragen worden. Das ist richtig, denn der Beteiligte zu 1 hatte zur UR-Nr. J 2 xx/2(...) ein solches Recht sogar ausdrücklich ausgeschlossen. Es ist deshalb auch nicht Gegenstand der Eintragungsbewilligung geworden, sodass die Bezugnahme im Grundbuch auf diese Bewilligung kein Recht zur Überlassung an Dritte zur Folge gehabt hat, § 874 Satz 1 BGB (vgl. BGH, ZIP 2006, 2321, 2322).

**22** Der Beteiligte zu 1 hat das Eigentum an dem mit einem Wohnungsrecht belasteten Grundstück durch Einigung und Eintragung im Grundbuch erworben, §§ 873, 925 BGB. Daran haben die vom Senat im Parallelverfahren 1 W 343/21 festgestellten Verletzungen von Verfahrensvorschriften durch das Grundbuchamt nichts geändert. Anlass für die Eintragung eines Amtswiderspruchs hat der Senat nicht festzustellen vermocht (vgl. Beschluss vom heutigen Tag – 1 W 343/21), sodass insoweit die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB gilt. Der Beteiligte zu 1 war Inhaber des Wohnungsrechts.

**23** Bei einem auf den ersten Blick vergleichbaren Sachverhalt ist der Insolvenzverwalter nicht für berechtigt erachtet worden, eine Löschungsbewilligung wirksam zu erteilen (OLG München, a. a. O.; dem zustimmend *Schaefer*, EWIR 2011, 223, 224). Dort war zugunsten des Schuldners nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen im

Grundbuch des Grundstücks seiner Ehefrau ein Wohnungsrecht eingetragen worden. Das Wohnungsrecht habe dem Insolvenzbeklag nicht unterlegen. Daran habe auch der spätere Erwerb des Grundstücks durch den Schuldner nichts geändert.

**24 dd)** Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich von jenem aber in einem grundlegenden Punkt. Der Beteiligte zu 1 hat durch seine jetzige Eintragung in Abt. I des Grundbuchs das Eigentum an dem Grundstück nicht erstmalig erworben. Vielmehr war er bereits dessen Eigentümer bevor er es – in anfechtbarer Weise – auf die Beteiligte zu 3 übertrug. Dabei wurde zu seinen Gunsten zugleich das Wohnungsrecht im Grundbuch eingetragen. Jedenfalls für diese Fallgestaltung ist es gerechtfertigt, das Wohnungsrecht als der Insolvenzmasse angehörig zu betrachten.

**25** Die in §§ 857, 851 ZPO getroffenen Regelungen dienen nicht dem Schutz des Schuldners, sondern desjenigen, gegen den der Schuldner selbst Forderungen hat. Die Pfändung einer solchen Forderung zielt darauf ab, die Verwertungsbefugnis des Inhabers der Forderung auf den Vollstreckungsgläubiger zu übertragen. Das ist dann nicht gerechtfertigt, wenn das zu pfändende Recht nicht übertragbar ist, also materiellrechtlich keinem anderen Gläubiger abgetreten werden kann. Die mit einer Pfändung verbundene Übertragung von Gläubigerrechten im Wege staatlicher Zwangsakte soll nur dann erfolgen können, wenn dies auch materiellrechtlich möglich wäre (Zöller/Herget, ZPO, § 851 Rdnr. 1; MünchKomm-ZPO/Smid, 6. Aufl., § 851 Rdnr. 1).

**26** Dies gilt auch für andere Vermögensrechte, die nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind, § 857 Abs. 1 ZPO.

**27** Hingegen sind unveräußerliche Rechte der Pfändung insoweit unterworfen, als die Ausübung einem anderen überlassen werden kann, § 857 Abs. 3 ZPO. In einem solchen Fall besteht bereits ohne Pfändung die Möglichkeit der Ausübung des Rechts durch einen anderen als den Inhaber des Rechts. Im Fall eines entsprechend gestalteten Wohnungsrechts kann der Eigentümer des damit belasteten Grundeigentums die Ausübung des Rechts durch einen – nur – von dessen Inhaber bestimmten Dritten nicht verhindern.

**28** Allerdings ist die Übertragung der Ausübung eines Wohnungsrechts wie auch einer sonstigen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ohne besondere Vereinbarungen hierzu wiederum ausgeschlossen, § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB. Ein solches Recht ist damit der Pfändung nicht unterworfen.

**29** Auch diese Regelungen dienen allein dem Schutz des Drittschuldners (Lüdtke/Schulz, ZVI 2019, 291, 296), bei dem es sich im Fall eines Wohnungsrechts um den Eigentümer des belasteten Grundstücks handelt. Er wird davor geschützt, im Vollstreckungsfall einen Wechsel in der Person des Berechtigten hinnehmen zu müssen (Schaefer, a. a. O., S. 224). Ist die Überlassung der Ausübung eines Wohnungsrechts ausgeschlossen, § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB, kann das Recht nur durch seinen Inhaber ausgeübt werden.

**30** Das ist jedoch anders, wenn der Eigentümer wie hier zugleich Inhaber des Wohnungsrechts ist. Er ist nicht ebenso

schutzwürdig, wie ein Eigentümer, dessen Recht mit dem Wohnungsrecht eines anderen belastet ist. Bei Personenidentität hat der Eigentümer jederzeit Einfluss auf die Zulässigkeit der Ausübung des Wohnungsrechts durch einen anderen. Insoweit unterscheidet er sich nicht von dem Inhaber unbelasteten Eigentums. Dann bedarf er aber auch nicht des Schutzes des § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB (Lüdtke/Schulz, a. a. O.). So ist der BGH in einer älteren Entscheidung davon ausgegangen, in einem solchen Fall sei die Gestattung der Übertragung der Ausübung auf einen anderen für die Pfändung, § 857 Abs. 3 ZPO, sogar stets als erteilt zu erachten (BGH, NJW 1964, 1226).

**31** Infolgedessen ist das Wohnungsrecht des Beteiligten zu 1 durch die Rückübertragung des Eigentums am Grundstück auf ihn zwar zunächst bestehen geblieben, § 889 BGB. Die Vereinigung beider Rechte in seiner Person hat aber die Pfändbarkeit des Wohnungsrechts zur Folge und dessen Übergang in die von dem Beteiligten zu 4 zu verwaltenden Insolvenzmasse. Der Beteiligte zu 4 war danach befugt, über das Wohnungsrecht zu verfügen.

**32 b)** Ist dem Grundbuchamt in Bezug auf die Löschung der Belastung in Abt. II Ifd. Nr. 12 des Grundbuchs kein Gesetzesverstoß vorzuwerfen, kommt infolgedessen auch keine Grundbuchunrichtigkeit in Frage, wie sie für die Eintragung eines Amtswiderspruchs erforderlich wäre, § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO. Vielmehr gilt hier die Vermutung des § 891 Abs. 2 BGB, dass ein im Grundbuch gelöscht Recht nicht bestehe.

**33 4.** Die Sache hat grundsätzliche Bedeutung, weswegen die Rechtsbeschwerde zuzulassen ist, § 78 Abs. 2 Satz 1 GBO.

**34** Die Festsetzung des Verfahrenswerts folgt aus §§ 61, 52 GNotKG.



## BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

### 20. Die Nutzung einer auslegungsfähigen Vertragsklausel verletzt grundsätzlich keine von einem Notar bei der Beurkundung zu beachtenden Pflichten nach § 17 Abs. 1 BeurkG

BGH, Beschluss vom 22.03.2021, NotSt(Brfg) 5/20  
(Vorinstanz: OLG Celle, Urteil vom 10.08.2020, Not 7/20)

*BeurkG § 17 Abs. 1*  
*BDG § 64 Abs. 2*  
*BNotO § 105*  
*VwGO § 124 Abs. 2 Nr. 1*

#### LEITSÄTZE:

1. Die im Kaufvertrag gewählte Formulierung („Der Käufer hat dafür Sorge zu tragen, dass der Verkäufer aus der [...] Bürgschaft [...] entlassen wird“) bringt hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass die Vertragsparteien eine unmittelbare Pflicht des Käufers zur Herbeiführung des gewünschten Erfolgs aufnehmen wollten. Dass es sich dabei nicht um eine bloß unverbindliche Absichtserklärung, sondern um eine echte Rechtspflicht handelt, wird insbesondere auch aus der Fristsetzung am Beginn des anschließenden Absatzes („Die Entlassung aus der Bürgschaft muss bis zum bis zum 30.06.2014 erfolgen“) sowie dem Hinweis auf „schuldrechtliche Ansprüche“ des Verkäufers deutlich. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Da dem Käufer mehrere geeignete Möglichkeiten zur Herbeiführung des geschuldeten Erfolgs zur Verfügung stehen und nicht ersichtlich ist, dass sich die Vertragsparteien insoweit hätten näher festlegen wollen, war die – auch sonst in der Vertrags- und Gesetzessprache für die Beschreibung verbindlicher Pflichten gebräuchliche – Formulierung „hat dafür Sorge zu tragen“ ausreichend. Hieraus ergibt sich für den Käufer die Rechtspflicht, jegliche Maßnahmen zu treffen, welche die Bürgschaftsgläubigerin für die Entlassung des Verkäufers aus der Bürgenhaftung berechtigt verlangen würde. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der fristgerecht eingereichte und auch im Übrigen zulässige Antrag des Klägers auf Zulassung der Berufung ist begründet. Der Zulassungsgrund aus § 105 BNotO i. V. m. § 64 Abs. 2 BDG i. V. m. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO liegt vor; es bestehen ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils.

2 Der Kläger hat die von einem Notar bei der Beurkundung zu beachtenden Pflichten nach § 17 Abs. 1 BeurkG nicht verletzt.

3 Entgegen der Ansicht des OLG bringt die im Kaufvertrag gewählte Formulierung („Der Käufer hat dafür Sorge zu tragen, dass der Verkäufer aus der [...] Bürgschaft [...] entlas-

sen wird“) hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass die Vertragsparteien eine unmittelbare Pflicht des Käufers zur Herbeiführung des gewünschten Erfolgs (Entlassung des Verkäufers aus seiner Bürgenhaftung) aufnehmen wollten. Dass es sich dabei nicht um eine bloß unverbindliche Absichtserklärung, sondern um eine echte Rechtspflicht handelt, wird insbesondere auch aus der Fristsetzung am Beginn des anschließenden Absatzes („Die Entlassung aus der Bürgschaft muss bis zum bis zum 30.06.2014 erfolgen“) sowie dem nachfolgenden Hinweis auf „schuldrechtliche Ansprüche“ des Käufers in dem Fall, dass der Verkäufer dieser „Verpflichtung“ nicht nachkommen sollte, deutlich.

4 Da dem Käufer mehrere geeignete Möglichkeiten zur Herbeiführung des geschuldeten Erfolgs (Stellung einer geeigneten Ersatzsicherheit, Rückführung des Darlehens oder sonstige Vereinbarungen mit der Bürgschaftsgläubigerin) zur Verfügung standen und nicht ersichtlich ist, dass sich die Vertragsparteien insoweit hätten näher festlegen wollen, war die – auch sonst in der Vertrags- und Gesetzessprache (vgl. bspw. § 14 Abs. 4 Satz 2, § 67 Abs. 1 Satz 2 BNotO) für die Beschreibung verbindlicher Pflichten gebräuchliche – Formulierung „hat dafür Sorge zu tragen“ ausreichend. Hieraus ergab sich für den Käufer die Rechtspflicht, jegliche Erklärungen abzugeben und Maßnahmen zu treffen, welche die Bürgschaftsgläubigerin für die Entlassung des Verkäufers aus der Bürgenhaftung berechtigt verlangen würde.

5 Die Frage nach einer etwaigen Freistellungs- und Schadensersatzpflicht des Käufers betrifft hierbei die Ebene der Sekundäransprüche, die im Vertragstext allgemein angesprochen worden ist („schuldrechtliche Ansprüche“) und im Übrigen in Ansehung von § 17 Abs. 1 BeurkG grundsätzlich auch keiner vertraglichen Regelung bedarf.

6 Vor diesem Hintergrund kommt dem Umstand, dass die Vertragsparteien im Zivilprozess über die Auslegung des Vertrags gestritten haben und das dortige Berufungsgericht eine andere Auslegung hat erkennen lassen als das Erstgericht sie vorgenommen hat, keine maßgebliche Bedeutung für die Frage einer Amtspflichtverletzung des Klägers zu.

## 21. Zur Benennung des Urkundsnotars als Testamentsvollstrecker durch einen privatschriftlichen Nachtrag zum Erbvertrag

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2021, 3 Wx 61/20, mitgeteilt von **Peter von Wnuck-Lipinski**, Richter am OLG a. D.

*BGB §§ 125, 2232 Satz 1 Var. 2, § 2276 Abs. 1 Satz 2, § 2368 Abs. 1*  
*BeurkG §§ 7, 27, 30, 44*  
*DONot § 16 Abs. 2, §§ 18, 30*  
*FamFG § 68 Abs. 1 Satz 2 2. Hs., § 70 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2*

### LEITSÄTZE:

1. **Reichen Eheleute, deren Erbvertrag der Notar beurkundet hat, bei diesem einen privatschriftlichen „Nachtrag“ ein, in dem sie den Notar als Testamentsvollstrecker einsetzen, ohne dass er die im Nachtrag enthaltenen Erklärungen oder die Übergabe des Nachtrags als letztwillige Verfügung beurkundet, so stehen der Wirksamkeit der Ernennung des Notars zum Testamentsvollstrecker §§ 7, 27 BeurkG i. V. m. § 125 BGB nicht entgegen.**
2. **Die Verwahrung des „Nachtrags“ zusammen mit der Haupturkunde oder Anheftung an diese führt nicht dazu, dass nunmehr eine einheitliche Urkunde vorliegt und die Urkundstätigkeit des Notars sich dann auch auf den an die Haupturkunde angeklebten oder angehefteten und in ihr verwahrten privatschriftlichen „Nachtrag“ erstreckt.**
3. **Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen, weil die Fortbildung des Rechts bzw. die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Frage des Vorliegens einer Urkundstätigkeit oder eines Umgehungstatbestands bei der Bestellung des Urkundsnotars zum Testamentsvollstrecker erfordert.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1I. Die Beteiligte zu 1 ist die Ehefrau des Erblassers. Die Beteiligten zu 2 und 3 sind die Kinder des Erblassers und der Beteiligten zu 1.

2 Der Erblasser hatte, teils gemeinsam mit der Beteiligten zu 1, mehrere Verfügungen von Todes wegen errichtet. Zuletzt errichteten der Erblasser und die Beteiligte zu 1 am 15.10. einen notariellen Erbvertrag (UR Nr. 5424 für 2001), der von dem Beteiligten zu 4 als Notar beurkundet wurde. Darin hoben sie alle früheren Verfügungen von Todes wegen auf und regelten die Erbfolge neu.

3 Am selben Tag setzten die Eheleute ein von beiden unterzeichnetes handschriftliches Schreiben auf, das wie folgt lautet:

„Nachtrag zu dem Erbvertrag vom 15/10.01. (UR Nr. 5423 für 2001)

Ordnet jeder von uns Testamentsvollstreckung an.

Testamentsvollstrecker soll Notar [...] (der Beteiligte zu 4) sein.“

4 Der Beteiligte zu 4 hat Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses beantragt.

5 Mit Beschluss vom 26.11.2019 hat das Nachlassgericht den Antrag zurückgewiesen.

6 Es hat ausgeführt, Testamentsvollstrecker solle hier der den Erbvertrag beurkundende Notar sein. Dieser habe durch Verbindung des Erbvertrages mit der handschriftlichen Erklärung über die Anordnung der Testamentsvollstreckung und Benennung des Testamentsvollstreckers eine einheitliche Urkunde unter einheitlichem Aktenzeichen geschaffen, die in amtliche Verwahrung genommen worden sei. In einem solchen Fall sei die Benennung des Beurkundungsnotars wegen Verstoßes gegen § 7 BeurkG, § 125 BGB als unwirksam anzusehen.

7 Dagegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 4.

8 Er macht geltend, es treffe nicht zu, dass er den notariellen Erbvertrag mit dem handschriftlichen Nachtrag fest verbunden habe. Tatsächlich sei es so gewesen, dass ihn der Erblasser nach Beurkundung des Erbvertrages – und nachdem die Beteiligten das Notariat bereits verlassen hatten – angerufen und ihm mitgeteilt habe, man beabsichtige, ihn als Testamentsvollstrecker einzusetzen. Die Bitte, einen entsprechenden Zusatz in die Urkunde aufzunehmen, habe er zurückgewiesen und stattdessen dem Erblasser den Text einer Testamentsvollstreckerbestimmung diktiert. Die vom Erblasser in anderer inhaltlicher Form geschriebene und von beiden Eheleuten unterschriebene Urkunde sei später im Notariat abgegeben worden, wobei keinem der Beteiligten aufgefallen sei, dass im Kopf eine „falsche“ UR-Nummer eingetragen gewesen sei. Dieser handschriftliche Nachtrag sei mit Schreiben vom 26.10.2001 an die Standesämter Krefeld und Höhr-Grenzhausen übermittelt worden. Eine feste Verbindung beider Dokumente lasse sich den Original-Urkunden nicht entnehmen. Letztlich könne dahingestellt bleiben, ob die vom AG (zu Unrecht) angenommene Verbindung bestanden habe. Denn auch dann wäre nicht von einer Unwirksamkeit der Testamentsvollstreckerbestimmung auszugehen. Die setze nämlich voraus, dass die Willenserklärung Bestandteil der Urkundstätigkeit des Notars geworden sei. Daran fehle es hier. Die Übergabe sei nach Abschluss der notariellen Beurkundung erfolgt. Daher erstrecke sich die Beweiswirkung der öffentlichen Urkunde nicht auf den Vorgang der Übergabe, sodass die Voraussetzungen des § 2232 Satz 1 Alt. 2 BGB nicht vorlägen. Daran ändere auch die (zu Unrecht angenommene) spätere Verbindung nichts.

9 Mit weiterem Beschluss vom 02.04.2020 hat das Nachlassgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Düsseldorf zur Entscheidung vorgelegt. Es hat ausgeführt, der Erbvertrag und der Zusatz hinsichtlich der Testamentsvollstreckung seien durchgängig geöst und durch Schnur und notarielles Prägesiegel des Beteiligten zu 4 physisch verbunden (§ 44 BeurkG), wodurch der Beteiligte zu 4 eine einheitliche Urkunde geschaffen habe. Darauf, wie



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

der handschriftliche Zusatz zustande gekommen sei, komme es nicht an.

**10** Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte und der Testamentsakten Bezug genommen.

**11** II. Die zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 4 ist nach der vom Nachlassgericht ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe gemäß § 68 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. FamFG dem Senat zur Entscheidung angefallen.

**12** Die Beschwerde ist begründet, denn dem Beteiligten zu 4 ist das beantragte Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen, weil er durch letztwillige Verfügung des Erblassers und der Beteiligten zu 1, nämlich den privatschriftlichen „Nachtrag“ vom 15.10.2001, wirksam zum Testamentsvollstrecker ernannt worden ist, § 2368 Abs. 1 BGB.

**13** Der Wirksamkeit des „Nachtrags“ stehen §§ 7, 27 BeurkG i. V. m. § 125 BGB nicht entgegen. Danach ist der Notar insoweit von der Mitwirkung an der Beurkundung einer letztwilligen Verfügung ausgeschlossen, als er darin zum Testamentsvollstrecker des Erblassers ernannt wird. Ein Verstoß gegen die genannten Vorschriften führt zur Unwirksamkeit des betroffenen Teils der Beurkundung, mithin der Ernennung zum Testamentsvollstrecker, und zu einer gemäß § 125 BGB formnichtigen Willenserklärung.

**14** Hier hat der Beteiligte zu 4 als Notar in Bezug auf den privatschriftlichen „Nachtrag“ keine Beurkundungstätigkeit entfaltet, § 2232 BGB. Er hat weder eine mündliche Erklärung des Erblassers betreffend die Ernennung zum Testamentsvollstrecker beurkundet (Var. 1), noch liegt eine Urkundstätigkeit nach § 2232 Satz 1 Var. 2 BGB vor, wonach eine letztwillige Verfügung im Wege eines öffentlichen Testaments/Erbvertrages (§ 2276 Abs. 1 Satz 2 BGB) auch in der Weise errichtet werden kann, dass der Erblasser dem Notar ein – offenes oder verschlossenes – Schriftstück mit dem Hinweis übergibt, es handele sich dabei um seinen letzten Willen und der Notar diesen Vorgang beurkundet, § 30 BeurkG.

**15** Das OLG Bremen hat die Frage, ob ein Verstoß gegen §§ 7, 27 BeurkG vorliegt, wenn der Notar die testamentarische Erklärung des Erblassers beurkundet, dieser werde die Person des Testamentsvollstreckers in einer gesonderten handschriftlichen Niederschrift bestimmen, und der Notar das ihm im Anschluss übergebene entsprechende Schriftstück zusammen mit dem Testament in amtliche Verwahrung gibt, unterschiedlich beurteilt (NJW-RR 2016, 76, bejahend; NJW-RR 2016, 979, verneinend). In der letzten dieser beiden Entscheidungen hat es ausgeführt, da die Übergabe außerhalb der notariellen Beurkundung erfolgt sei, könne sich die Beweiswirkung der öffentlichen Urkunde nicht auf den Vorgang der Übergabe erstrecken. Damit fehle es an den Voraussetzungen des § 2232 Satz 1 Var. 2 BGB, sodass kein einheitliches Testament und damit keine Beurkundung der Testamentsvollstreckerernennung erfolgt sei. Auch das OLG Köln (NJW-RR 2018, 457) hat weder einen direkten Verstoß gegen §§ 7, 27 BeurkG, noch eine zur Unwirksamkeit führende Umgehung angenommen in einem Fall, in dem der Erblasser im Anschluss an die nota-

rielle Beurkundung seiner letztwilligen Verfügung ein handschriftliches Testament mit der Bestimmung des Urkundsnotars zum Testamentsvollstrecker errichtet hatte. Weder enthielt das notarielle Testament eine Verweisung auf die privatschriftliche Testamentsvollstreckerernennung noch hatte der Urkundsnotar beide Schriftstücke zur amtlichen Verwahrung verbunden.

**16** Der Senat vermag auch in der hier vorliegenden Vorgehensweise keine Umgehung der §§ 7, 27 BeurkG zu erkennen.

**17** Eine Urkundstätigkeit, etwa durch Beurkundung einer Erklärung des Erblassers, dass der Testamentsvollstrecker durch gesonderte handschriftliche Niederschrift bestimmt werde, hat der Notar nicht entfaltet. Die handschriftliche Erklärung des Erblassers und der Beteiligten zu 1 nimmt zwar in ihrer Überschrift auf den notariellen Erbvertrag Bezug, umgekehrt enthält die notarielle Urkunde jedoch keine Bezugnahme auf eine zu erwartende privatschriftliche Erklärung, so dass der Notar insoweit nicht tätig geworden ist.

**18** Es ist auch durch Verbindung des Erbvertrages und des Nachtrages nach § 44 BeurkG keine Urkundstätigkeit begründet worden. § 44 BeurkG stellt eine beurkundungsrechtliche Sollvorschrift dar, die eine Verbindung mehrerer Blätter einer (einzigen) Urkunde (Satz 1) oder beigefügter Dokumente (Satz 2) durch Schnur und Prägesiegel vorsieht; hängen Urkunden mit anderen Urkunden inhaltlich zusammen, sind sie hingegen nicht gemäß § 44 BeurkG zu verbinden. Solche Urkunden können allerdings nach § 18 Abs. 2 DONot mit der Haupturkunde verwahrt oder dieser angeheftet werden, § 30 DONot (BeckOGK-BeurkG/Regler, Stand: 01.10.2020, § 44 Rdnr. 13). Danach ist eine solche Verbindung nicht nach § 44 BeurkG erforderlich, sondern nach § 18 DONot möglich und zwar (ausdrücklich) zur Aufbewahrung der Urkunde(n). Eine solche Verbindung führt nicht dazu, dass sodann eine einheitliche Urkunde vorliegt und sich die Urkundstätigkeit des Notars dann auch die der Haupturkunde angeklebte oder angeheftete und ihr verwahrte Urkunde erstreckt.

**19** III. Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG und entspricht so billigem Ermessen. Gerichtskosten fallen nicht an. Da die gerichtlichen Entscheidungen in beiden Instanzen entgegengesetzt ausgefallen sind, erscheint es angemessen, dass die Beteiligten die ihnen entstandenen außergerichtlichen Kosten je selbst tragen.

**20** Die Rechtsbeschwerde war zuzulassen, weil die Fortbildung des Rechts bzw. die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Frage des Vorliegens einer Urkundstätigkeit oder eines Umgehungstatbestands bei der Bestellung des Urkundsnotars zum Testamentsvollstrecker erfordert, § 70 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 FamFG.

**ANMERKUNG:**

Von Notarassessorin Dr. **Johanna Werntaler**,  
Neumarkt i. d. Opf.

### 1. Das „Zusatztestament“ zwischen Testierfreiheit und Mitwirkungsverbot

Beurkundet der Notar eine Verfügung von Todes wegen, kann er als Urkundsnotar darin gemäß § 7 Nr. 1, § 27 BeurkG nicht selbst zum Testamentsvollstrecker nach § 2197 BGB ernannt werden. Nach § 7 Nr. 1 BeurkG ist die Beurkundung solcher Erklärungen unwirksam, die den beurkundenden Notar selbst rechtlich begünstigen. § 27 BeurkG stellt die Ernennung zum Testamentsvollstrecker – mit oder ohne Honorar<sup>1</sup> – der Erlangung eines rechtlichen Vorteils gleich<sup>2</sup> und führt zur Unwirksamkeit der Ernennung.<sup>3</sup> Zweck der Regelung ist, Interessenskollisionen aufseiten des beurkundenden Notars zu vermeiden und damit die absolute Neutralität der Urkundsperson zu wahren.<sup>4</sup> Das Mitwirkungsverbot schließt jeglichen Anschein der Einflussnahme auf den Erblasser von vornherein aus.<sup>5</sup> In der Praxis führt dies zu einem nicht überwindbaren Interessenskonflikt.<sup>6</sup> Einerseits erlangen Notare als Vertrauensperson oft einen tiefen Einblick in die persönlichen Angelegenheiten ihrer Mandanten. Der Wunsch, dem Notar auch als Testamentsvollstrecker die Umsetzung des letzten Willens anzuvertrauen, liegt daher nicht fern.<sup>7</sup> Andererseits stößt hier jedoch die Testierfreiheit als verfassungsrechtlich geschützter Kern des Erbrechts an die verfahrensrechtlichen Schranken des Beurkundungsrechts.<sup>8</sup>

Eine überwiegend für zulässig erachtete „Ersatzlösung“ besteht allerdings darin, den Urkundsnotar in einem, die notarielle Verfügung ergänzenden, eigenhändigen Testament (§ 2231 Nr. 2, §§ 2247, 2267 BGB) zum Testamentsvollstrecker zu ernennen.<sup>9</sup> Abgeraten wird in diesem Zusammenhang jedoch davon, das eigenhändige Testament mit der notariellen Verfügung zur Verwahrung in den

- 1 Bengel/Reimann/Sandkühler, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Aufl. 2022, § 11 Rdnr. 24.
- 2 BT-Drucks. 5/3282, S. 34.
- 3 Die Wirksamkeit der Verfügung im Übrigen richtet sich nach §§ 2085, 2298 Abs. 3 BGB.
- 4 OLG Bremen, Beschluss vom 24.09.2015, 5 W 23/15, MittBayNot 2016, 347, 348; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 27 Rdnr. 1; Reimann, DNotZ 1994, 659, 661.
- 5 Statt vieler BeckOK-BeurkG/Seebach, Stand: 01.05.2021, § 27 Rdnr. 1.
- 6 So bereits Reimann, DNotZ 1990, 430.
- 7 Genske, notar 2017, 188 m. w. N.
- 8 Staudinger/Staudinger, Neub. 2016, § 2197 Rdnr. 90.
- 9 OLG Bremen, Beschluss vom 24.09.2015, 5 W 23/15, MittBayNot 2016, 347 ff.; Beschluss vom 10.03.2016, 5 W 40/15, MittBayNot 2016, 344, 345; Staudinger/Hertel, Neub. 2017, Beurkundungsgesetz, Rdnr. 324; Beck'sches Notarhandbuch/Dietz, 7. Aufl. 2019, § 17 Rdnr. 70; krit.: BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, Stand: 01.10.2021, § 27 Rdnr. 15.

Testamentsumschlag zu nehmen.<sup>10</sup> Obwohl im vorliegenden Fall das privatschriftliche Zusatztestament offenbar nicht nur mit der notariellen Urkunde in einem Umschlag verwahrt, sondern sogar an diese angenäht war, billigte das OLG Düsseldorf diese Vorgehensweise zuletzt in seiner Entscheidung vom 09.04.2021 (2.). Unter Fortführung der jüngsten Rechtsprechung (3.) setzt das OLG Düsseldorf dem Mitwirkungsverbot nach § 7 Nr. 1, § 27 BeurkG enge Grenzen (4.).

### 2. Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2021, 3 Wx 61/20

#### a) Sachverhalt

Im zugrunde liegenden Fall errichtete der Erblasser mit seiner Ehefrau einen notariellen Erbvertrag. Nach dem Vortrag des Notars seien die Beteiligten nach der Beurkundung und nach Verlassen des Notariats mit dem Wunsch an ihn herangetreten, ihn zum Testamentsvollstrecker zu ernennen. Den Inhalt eines privatschriftlichen Nachtrags habe er den Beteiligten sodann diktiert. Am selben Tag setzten die Eheleute ein eigenhändiges gemeinschaftliches Zusatztestament auf, das wie folgt lautete:

„Nachtrag zu dem Erbvertrag vom (...), UR Nr. (...)

Ordnet jeder von uns Testamentsvollstreckung an. Testamentsvollstrecker soll Notar [...] sein.“

Die Beteiligten gaben den handschriftlichen Nachtrag im Notariat ab, woraufhin dieser zusammen mit dem Erbvertrag in die amtliche Verwahrung gegeben wurde. Nach den Ausführungen des Nachlassgerichts waren der Erbvertrag und der Nachtrag mit Schnur und notariellem Prägiesiegel verbunden worden. Das Nachlassgericht hielt die Testamentsvollstreckerbestimmung nach § 7 Nr. 1, § 27 BeurkG für unwirksam und versagte dem Notar das Testamentsvollstreckerzeugnis. Hiergegen legte der Notar Beschwerde ein.

#### b) Entscheidung des OLG Düsseldorf

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf steht im vorliegenden Fall der Ausschließungsgrund nach § 7 Nr. 1, § 27 BeurkG der Ernennung des Notars zum Testamentsvollstrecker mittels eigenhändigem Nachtrag nicht entgegen. Der Anwendungsbereich der § 7 Nr. 1, § 27 BeurkG ist nicht eröffnet (aa)), da der privatschriftliche Nachtrag nicht Teil der beurkundeten Verfügung geworden ist (bb)). Auch eine „Umgehung“ der § 7 Nr. 1, § 27 BeurkG schließt das OLG Düsseldorf aus (cc)).

#### aa) Kein direkter Verstoß gegen §§ 7, 27 BeurkG

War die Vorinstanz noch davon ausgegangen, der eigenhändige Nachtrag sei „durch eine Einbeziehung in das Beurkundungsverfahren Bestandteil des von dem be-

- 10 OLG Bremen, Beschluss vom 24.09.2015, 5 W 23/15, MittBayNot 2016, 347, 348 f. m. w. N.; Reimann, DNotZ 1990, 433 und DNotZ 1994, 659, 663; Litzemberger, ZEV 2016, 275; a. A. wohl Kroiß/Horn/Solomon/Gutfried, Nachfolgerecht, 2. Aufl. 2019, § 27 Rdnr. 15.

urkundenden Notar protokollierten und beurkundeten Testaments<sup>11</sup> geworden, tritt das OLG Düsseldorf dem entgegen: Nimmt der Notar das privatschriftliche Ergänzungstestament lediglich entgegen, ohne eine Beurkundungstätigkeit im Sinne von § 2232 Satz 1 Var. 2 BGB, § 30 BeurkG auszuüben, finden die §§ 7, 27 BeurkG keine Anwendung.<sup>12</sup> Zum öffentlichen Testament wird eine übergebene Schrift erst durch die Errichtung eines Tatsachenprotokolls über die Übergabe durch den Notar.<sup>13</sup>

bb) Keine einheitliche Urkunde durch Verbindung (§ 44 BeurkG)

Mag das handschriftliche Nachtragstestament auch mit Schnur und Prägesiegel mit dem Erbvertrag verbunden worden sein, so führt dies nach Auffassung des OLG Düsseldorf nicht zu einer einheitlichen Urkunde. Gemäß § 44 BeurkG „soll“ eine einheitliche Urkunde eine derartige Verbindung aufweisen. Die Verbindung dokumentiert also die Beurkundungstätigkeit. Sie ersetzt diese aber nicht. Der Nachtrag durfte vielmehr nach § 18 Abs. 2 DNot mit dem Erbvertrag zur Aufbewahrung verbunden werden.<sup>14</sup>

cc) Keine Umgehung der §§ 7, 27 BeurkG

Auch einen Umgehungstatbestand schließt das OLG Düsseldorf aus. Zwar nimmt das privatschriftliche Testament als „Nachtrag“ zum notariellen Erbvertrag Bezug auf diesen. Umgekehrt fehlt es aber in dem beurkundeten Erbvertrag an einer Bezugnahme auf das Ergänzungstestament, sodass es auf dieser Ebene an einer (missbräuchlich gearteten) Mitwirkung des beurkundenden Notars fehlt.<sup>15</sup>

### 3. Rückblick: Rechtsprechungschaos beim „Zusatztestament“

Für das OLG Düsseldorf war maßgeblich, dass das Zusatztestament im beurkundeten Erbvertrag keine Erwähnung fand. Damit spielt das OLG Düsseldorf auf Fallkonstellationen an, bei welchen es in der Vergangenheit zu divergierenden Entscheidungen kam. Mit seiner Entscheidung distanziert sich das OLG Düsseldorf von der älteren restriktiven Auffassung der Rechtsprechung (a) und führt die jüngere Rechtsprechung fort (b)).

a) Verstoß des Zusatztestaments gegen das Mitwirkungsverbot

aa) OLG Bremen, Beschluss vom 15.07.2014, 5 W 13/14<sup>16</sup>

In der Entscheidung vom 15.07.2014 bejahte das OLG Bremen einen direkten Verstoß gegen § 7 Nr. 1, § 27 BeurkG. Das Ergänzungstestament mit der Testamentsvollstreckerbenennung befand sich in einem verschlossenen Umschlag, der als „Anlage zum Testament“ gekennzeichnet war. Im notariellen Testament erklärte der Erblasser:

„Ich *habe* dem beurkundenden Notar einen verschlossenen Umschlag mit einer eigenhändigen, privatschriftlichen Verfügung *übergeben*, die die Ernennung des Testamentsvollstreckers enthält.“

sowie

„Ich beauftrage den Notar, dieses Testament sowie den (...) verschlossenen Umschlag in die amtliche Verwahrung (...) zu geben.“<sup>17</sup>

Nach Auffassung des OLG Bremen war durch die Übergabe der „Anlage zum Testament“ und dem im notariellen Testament enthaltenen Tatsachenprotokoll über diesen Vorgang ein einheitliches öffentliches Testament im Sinne von § 2232 Satz 1 Alt. 2, Satz 2 BGB errichtet worden.<sup>18</sup> § 27 BeurkG gilt neben der Beurkundung von Willenserklärungen auch für die Übergabe einer verschlossenen Schrift nach § 30 BeurkG und unabhängig davon, ob der Notar erkennt, dass er als Testamentsvollstrecker benannt wird.<sup>19</sup> Erkennt der Notar sogar, dass der Erblasser ihn zum Testamentsvollstrecker ernennen will, muss er die Beurkundung gemäß § 14 Abs. 2 BNotO ablehnen.<sup>20</sup>

bb) OLG Bremen, Beschluss vom 24.09.2015, 5 W 23/15<sup>21</sup>

Das der Entscheidung vom 24.09.2015 zugrunde liegende Vorgehen beurteilte das OLG Bremen als „Umgehung des Ausschließungstatbestandes nach den § 7 Nr. 1, § 27 BeurkG“<sup>22</sup>. In dem Fall befand sich das eigenhändige Ergänzungstestament in einem verschlossenen Briefumschlag mit der Aufschrift „Testamentsvollstreckung“. Darin schrieb die Erblasserin:

11 AG Geldern, Beschluss vom 26.11.2019, 26 VI 867/19, juris Rdnr. 16.

12 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2021, 3 Wx 61/20, FGPrax 2021, 237 = juris Rdnr. 16 f.

13 OLG Bremen, Beschluss vom 10.03.2016, 5 W 40/15, MittBayNot 2016, 344, 345.

14 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2021, 3 Wx 61/20, FGPrax 2021, 237 = juris Rdnr. 21.

15 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2021, 3 Wx 61/20, FGPrax 2021, 237 = juris Rdnr. 19 f.

16 OLG Bremen, Beschluss vom 15.07.2014, 5 W 13/14, MittBayNot 2016, 350 (Ls).

17 OLG Bremen, Beschluss vom 15.07.2014, 5 W 13/14, DNotI-Report 2014, 151 (Hervorhebung durch die Verfasserin).

18 OLG Bremen, Beschluss vom 15.07.2014, 5 W 13/14, DNotI-Report 2014, 152.

19 Ebenso Staudinger/*Reimann*, § 2197 Rdnr. 90.

20 Ebenso OLG Bremen, Beschluss vom 24.09.2015, 5 W 23/15, MittBayNot 2016, 347, 348; DNotI-Report 17/2012, 143, 144; Beck'sches Notarhandbuch/*Dietz*, § 17 Rdnr. 70.

21 OLG Bremen, Beschluss vom 24.09.2015, 5 W 23/15, MittBayNot 2016, 347.

22 OLG Bremen, Beschluss vom 24.09.2015, 5 W 23/15, MittBayNot 2016, 347, 349.



„In Ergänzung zu meinem notariellen Testament vom (...) ernenne ich zum Testamentsvollstrecker Rechtsanwalt und Notar (...).“<sup>23</sup>

Im notariellen Testament hieß es:

„Ich werde die Person des Testamentsvollstreckers in einer gesonderten handschriftlichen Niederschrift *bestimmen* und in einem verschlossenen Umschlag dem beurkundenden Notar *übergeben*. Dieser Umschlag ist zusammen mit diesem Testament in die amtliche Verwahrung des AG (...) zu übergeben.“<sup>24</sup>

Nach Ansicht des OLG Bremen sei das eigenhändige Zusatztestament durch die Erklärung der Erblasserin in der Niederschrift unmittelbar mit dem notariellen Testament verknüpft und damit Bestandteil des notariellen Testaments geworden. Hierfür spräche auch die gemeinsame Verwahrung in einem Umschlag.<sup>25</sup> Die Ernennung des Urkundsnotars zum Testamentsvollstrecker war nach Auffassung des OLG Bremen daher unwirksam.<sup>26</sup>

b) Zulässigkeit des Zusatztestaments

aa) OLG Bremen, Beschluss vom 10.03.2016, 5 W 40/15<sup>27</sup>

Im darauffolgenden Jahr hatte derselbe Senat des OLG Bremen über einen identisch formulierten privatschriftlichen Nachtrag (siehe 3. a) bb)) zu entscheiden und rückte von der vorgenannten Rechtsprechungslinie ab. Die im Futur gehaltene Erklärung in der notariellen Niederschrift kündige lediglich die Übergabe einer entsprechenden privatschriftlichen Verfügung an. Erfolgt die Übergabe aber außerhalb der notariellen Beurkundung, fehlt es an einer Verbindung der Testamentsformen des § 2232 BGB zu einem einheitlichen Testament und damit an einer Anwendbarkeit von § 7 Nr. 1, § 27 BeurkG.<sup>28</sup> Dies gelte unabhängig davon, in welcher zeitlichen oder räumlichen Nähe zur Beurkundung das eigenhändige Testament errichtet wird. Denn die Wirksamkeit der Beurkundung müsse sich verhältnismäßig leicht aus dem Inhalt der Urkunde feststellen lassen.<sup>29</sup>

23 OLG Bremen, Beschluss vom 24.09.2015, 5 W 23/15, MittBayNot 2016, 347.

24 OLG Bremen, Beschluss vom 24.09.2015, 5 W 23/15, MittBayNot 2016, 347 (Hervorhebung durch die Verfasserin).

25 OLG Bremen, Beschluss vom 24.09.2015, 5 W 23/15, MittBayNot 2016, 349.

26 Zur Umdeutung des teilnichtigen öffentlichen Testaments in ein wirksames eigenhändiges Testament siehe Frenz/Miermeister/Baumann, Bundesnotarordnung, 5. Aufl. 2020, § 27 BeurkG, Rdnr. 11.

27 OLG Bremen, Beschluss vom 10.03.2016, 5 W 40/15, MittBayNot 2016, 344 ff.

28 Siehe auch MünchKomm-BGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, § 2232 Rdnr. 34 f.

29 Zum Ganzen: OLG Bremen, Beschluss vom 10.03.2016, 5 W 40/15, MittBayNot 2016, 344, 345.

bb) OLG Köln, Beschluss vom 05.02.2018, 2 Wx 275/17<sup>30</sup>

Die vom OLG Bremen eingeschlagene Kehrtwende führte das OLG Köln in seiner Entscheidung vom 05.02.2018 fort. In dem zu entscheidenden Fall fehlte es sowohl an einer inhaltlichen Bezugnahme als auch an einer physischen Verbindung zwischen dem notariellen Testament und dem eigenhändigen Testament vom gleichen Tag. Das OLG Köln schloss hier mangels Beurkundungstätigkeit des Notars sowohl einen direkten Verstoß gegen § 7 Nr. 1, § 27 BeurkG als auch das Vorliegen eines Umgehungstatbestands aus. Da das Gesetz nicht den Erfolg (die Ernennung des Urkundsnotars zum Testamentsvollstrecker), sondern nur einen bestimmten Weg dorthin (die Beurkundung) missbilligt, schließe sich eine „Umgehung“ des Beurkundungsverbots durch Errichtung eines eigenhändigen Testaments denknotwendig aus.<sup>31</sup>

#### 4. Stellungnahme

Die Ernennung des beurkundenden Notars zum Testamentsvollstrecker „auf Umwegen“ führt in einen Graubereich. Gibt der Urkundsnotar im Nachgang zur Beurkundung dem Erblasser den Text zur Einsetzung als Testamentsvollstrecker in einem eigenhändigen Testament vor – wie im aktuellen Fall des OLG Düsseldorf offenbar geschehen –, führt dies das beurkundungsrechtliche Mitwirkungsverbot scheinbar ad absurdum. Gleichwohl ist die Entscheidung des OLG Düsseldorf als dogmatisch konsequent und der Rechtssicherheit zuträglich zu begrüßen.

Das Mitwirkungsverbot nach § 7 Nr. 1, § 27 BeurkG soll den Urkundsnotar vor sachfremden Erwägungen und damit dessen Neutralität und Objektivität schützen.<sup>32</sup> Die auf der autonomen Entscheidung des Erblassers beruhende Testamentsvollstreckung durch den Notar soll die Verfahrensregelung aber nicht verhindern. Verboten ist nicht das Tätigwerden des Urkundsnotars als Testamentsvollstrecker an sich, sondern lediglich ein Tätigwerden auf Grundlage eines selbst beurkundeten öffentlichen Testaments.<sup>33</sup>

Das OLG Düsseldorf verfolgt daher in seiner Entscheidung einen rein verfahrensbezogenen Ansatz. Das Mitwirkungsverbot der § 7 Nr. 1, § 27 BeurkG kann sich als beurkundungsrechtliche Regelung systematisch nicht auf einen nicht beurkundeten Nachtrag zur notariellen Verfügung von Todes wegen erstrecken. Entscheidend ist allein, ob die Ernennung des Urkundsnotars zum Testamentsvollstrecker innerhalb des Beurkundungsverfahrens vorgenommen wird – mit der Folge, dass der Anwendungsbereich der § 7 Nr. 1, § 27 BeurkG eröffnet ist – oder

30 OLG Köln, Beschluss vom 05.02.2018, 2 Wx 275/17, NJW-RR 2018, 457.

31 OLG Köln, Beschluss vom 05.02.2018, 2 Wx 275/17, NJW-RR 2018, 457 = juris Rdnr. 19.

32 Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, § 27 Rdnr. 1.

33 OLG Bremen, Beschluss vom 10.03.2016, 5 W 40/15, MittBayNot 2016, 344, 345; Bengel/Reimann/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, § 2 Rdnr. 223.

eben nicht.<sup>34</sup> Aufgrund der tiefgreifenden Sanktionierung – der Unwirksamkeit der Verfügung – bedarf es hinsichtlich des Mitwirkungsverbotens als einfachgesetzliche Beschränkung der Testierfreiheit einer klaren Grenzziehung.

Aus materiellrechtlicher Sicht steht dem Tätigwerden des Urkundsnotars als Testamentsvollstrecker nichts entgegen. Allein das Verfahrensrecht zieht zum Schutz der Neutralität der Urkundsperson in § 7 Nr. 1, § 27 BeurkG Leitplanken ein.<sup>35</sup> Bei einer teleologischen Betrachtung müssen diese aber im Hinblick auf die Testierfreiheit dort enden, wo sich die Ernennung des Testamentsvollstreckers der unmittelbaren Einflussosphäre des Notars entzieht: außerhalb der Beurkundung. Setzt der Erblasser den Notar auf Grundlage eines eigenhändigen Testaments als Testamentsvollstrecker ein, lässt sich argumentieren, dass dies aufseiten des Erblassers zumindest eines eigenen „Willensrucks“ bedarf.<sup>36</sup>

Soweit das OLG Düsseldorf in der vorliegenden Entscheidung „die Umgehung der §§ 7, 27 BeurkG“ prüft, ist fraglich, wonach sich außerhalb der direkten Verstöße gegen § 7 Nr. 1, § 27 BeurkG innerhalb des Beurkundungsverfahrens, eine Umgehung außerhalb des Beurkundungsverfahrens bemisst. Eine Beeinflussung durch den Notar ist zwar auch jenseits der Beurkundungssituation nicht auszuschließen. Jedoch dürften sich für die Frage, wann die Einsetzung des Urkundsnotars im eigenhändigen Testament auf einer rein selbstbestimmten Entscheidung des Erblassers beruht oder er wegen eines engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs noch unter dem Eindruck der Beurkundungsverhandlung steht, keine geeigneten Abgrenzungskriterien finden lassen.<sup>37</sup> Unabhängig von der Frage, welcher zeitliche Abstand zwischen beurkundetem Testament und Ergänzungstestament für eine Zäsurwirkung ausreichend sein mag, steht schon das Grundkonzept der Testierfreiheit sowie die teils gegebene Dringlichkeit der Testierung der Einführung einer solchen „Schamfrist“ entgegen. Weder ein zeitlicher noch ein inhaltlicher Zusammenhang mit der beurkundeten Verfügung von Todes wegen können zur (analogen) Anwendung der § 7 Nr. 1, § 27 BeurkG auf das eigenhändige Zusatztestament führen.<sup>38</sup> Bestimmt sich die Reichweite des Mitwirkungsverbotens nach § 7 Nr. 1, § 27 BeurkG rein verfahrenstechnisch danach, ob ein öffentliches (§ 2232 BGB) oder ein eigenhändiges Testament (§ 2247 BGB) vorliegt, ermöglicht dies eine klare Abgrenzung. Damit

schaft die Entscheidung eine der Testierfreiheit und Rechtssicherheit dienende Klarheit. Denn die Wirksamkeit der Verfügung muss sich aus der Urkunde selbst ergeben – ohne Ermittlungen über das Zustandekommen des Ergänzungstestaments anstellen zu müssen.<sup>39</sup>

Das OLG Düsseldorf hat zwar das mit der notariellen Urkunde verbundene und gemeinsam verwahrte handschriftliche Ergänzungstestament aus zivilrechtlicher Sicht „durchgewunken“. Hiervon zu trennen ist jedoch die dienstrechtliche Zulässigkeit. Die im vorliegenden Fall gewählte Vorgehensweise ist berufsrechtlich bedenklich. Schließlich soll der Urkundsnotar zwar über die Möglichkeit des Ergänzungstestaments informieren dürfen,<sup>40</sup> aber wegen seiner Neutralitätspflicht keinesfalls aktiv auf die Einsetzung als Testamentsvollstrecker mittels eigenhändigem Zusatztestament hinwirken bzw. eine derartige Gestaltung von sich aus anbieten.<sup>41</sup> Dabei handelt es sich um eine schmale Gratwanderung. Dahin gehend gilt es, gemäß § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO schon den Anschein der Parteilichkeit und Abhängigkeit und damit der amtspflichtswidrigen Mitwirkung zu vermeiden.

Die Neutralitätspflicht des Notars beginnt bereits bei der Beratung des Rechtssuchenden.<sup>42</sup> Zur Meidung des bösen Scheins sollten sich Notare daher auch der Erstellung von Entwürfen für privatschriftlich zu errichtende Testamente enthalten, die seine Einsetzung als Testamentsvollstrecker vorsehen.<sup>43</sup> Der Eindruck, der Notar habe entgegen seiner Pflicht zur Willenserforschung aus § 17 Abs. 1 BeurkG auf seine eigene Einsetzung als Testamentsvollstrecker hingewirkt, darf nicht entstehen.

Eigenhändige Zusatztestamente sollten darüber hinaus nicht mit der notariellen Verfügung von Todes wegen in einem Umschlag verschlossen und in die amtliche Verwahrung gegeben werden (§ 34 BeurkG).<sup>44</sup> Im Hinblick auf § 35 BeurkG ist der Umschlag als Zubehör der Urkunde zu werten.<sup>45</sup> Im Umschlag mit zu verschließen sind dem Telos nach lediglich solche Dokumente, die die Wirksamkeit der notariellen Verfügung fördern können.<sup>46</sup> Ein eigenhändiges Zusatztestament fällt nicht hierunter. Letzteres sollte gar nicht erst den Weg in das Notariat finden.

34 So bereits OLG Bremen, Beschluss vom 10.03.2016, 5 W 40/15, MittBayNot 2016, 344, 345.

35 Bengel/Reimann/Reimann, Testamentsvollstreckung, Rdnr. 221.

36 Reimann, DNotZ 1994, 659, 663.

37 OLG Bremen, Beschluss vom 10.03.2016, 5 W 40/15, MittBayNot 2016, 344, 345.

38 OLG Bremen, Beschluss vom 10.03.2016, 5 W 40/15, MittBayNot 2016, 344, 346; OLG Köln, Beschluss vom 05.02.2018, 2 Wx 275/17, NJW-RR 2018, 457 = juris Rdnr. 19; Staudinger/Reimann, § 2197 Rdnr. 91: unzulässige Einschränkung der Testierfreiheit; siehe auch *Schönenberg-Wessel*, ErbR 2021, 681, 682.

39 OLG Bremen, Beschluss vom 10.03.2016, 5 W 40/15, MittBayNot 2016, 344, 345.

40 OLG Oldenburg, Beschluss vom 26.10.1989, 5 W 134/89, DNotZ 1990, 431, 432; Staudinger/Hertel, Beurkundungsgesetz, Rdnr. 574.

41 BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 27 Rdnr. 15 f.; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, § 27 Rdnr. 21; Staudinger/Hertel, Beurkundungsgesetz, Rdnr. 574; Armbrüster/Preuß/Renner/Seger, BeurkG und DNot, 8. Aufl. 2019, § 27 Rdnr. 6.

42 Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, Kommentar, 8. Aufl. 2016, § 14 Rdnr. 54.

43 A. A. wohl DNotI-Report 17/2012, 143, 144.

44 So bereits Reimann, DNotZ 1990, 431, 433.

45 Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, § 35 Rdnr. 1.

46 BeckOK-BeurkG/Seebach, § 34 Rdnr. 34.1.

Der sicherste Weg ist eindeutig, sich jeglicher Mitwirkung an solchen „Misch-Testamenten“ zu enthalten,<sup>47</sup> – da Alternativmöglichkeiten bestehen, um dem Wunsch des Erblassers, den Notar zum Testamentsvollstrecker einzusetzen, Geltung zu verschaffen – etwa durch die Beurkundung der notariellen Verfügung von Todes wegen durch einen anderen Notar, der nicht Sozium ist,<sup>48</sup> oder die Errichtung eines eigenhändigen Testaments durch den Erblasser, das dieser selbst zur Inverwahrungnahme an das Nachlassgericht liefert.<sup>49</sup>

47 BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 27 Rdnr. 15 f.; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, § 27 Rdnr. 1; Staudinger/Hertel, Beurkundungsgesetz, Rdnr. 574.

48 OLG Bremen, Beschluss vom 10.03.2016, 5 W 40/15, MittBayNot 2016, 344, 345; DNotI-Report 17/2012, 143, 145 unter Hinweis auf § 3 Abs. 1 Nr. 4 BeurkG.

49 DNotI-Report 17/2012, 143, 144; Staudinger/Hertel, Beurkundungsgesetz, Rdnr. 324 (Ablieferung durch den Notar wäre amtspflichtswidrig); a. A. Bengel/Reimann/Sandkühler, Handbuch der Testamentsvollstreckung, § 11 Rdnr. 25 (Ablieferung durch den Notar möglich).

## ÖFFENTLICHES RECHT

### 22. Nichtigkeit der Berliner Verordnung über einen Genehmigungsvorbehalt gemäß § 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB

KG, Beschluss vom 16.11.2021, 1 W 347/21, mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

*BauGB § 250 Abs. 1*

*BGB § 878*

*UmwandlungsVOBIn vom 03.08.2021 (GVBl. Bl. 932)*

*WEG § 8 Abs. 1*

#### LEITSATZ:

**Die Berliner Verordnung über einen Genehmigungsvorbehalt gemäß § 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB für die Begründung oder Teilung von Wohnungseigentum oder Teileigentum in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten vom 03.08.2021 ist nichtig, weil zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung am 06.08.2021 die Begründung für den Erlass der Verordnung nicht allgemein zugänglich war. Die zum 13.08.2021 erfolgte Veröffentlichung der Begründung im Amtsblatt von Berlin führte nicht zur Heilung des Begründungsmangels.**

## STEUERRECHT

### 23. Privates Veräußerungsgeschäft – Berechnung der Zehnjahresfrist bei Erteilung einer sanierungsrechtlichen Genehmigung

BFH, Urteil vom 25.03.2021, IX R 10/20 (Vorinstanz: FG München, Urteil vom 07.11.2019, 10 K 2075/18)

*BauGB § 144 Abs. 2 Nr. 1 und 3*

*EStG § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1*

#### LEITSATZ:

**Eine „Anschaffung“ bzw. „Veräußerung“ i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG liegt vor, wenn die übereinstimmenden rechtsgeschäftlichen Verpflichtungserklärungen beider Vertragspartner innerhalb der Zehnjahresfrist bindend abgegeben worden sind (Anschluss an BFH, Urteil vom 10.02.2015, IX R 23/13, BFHE 249, 149 = BStBl. II 2015, S. 487).**

#### SACHVERHALT:

1 I. Streitig ist, ob der Kläger und Beschwerdeführer (Kläger) im Streitjahr (2013) einen Gewinn aus der Veräußerung eines Immobilienobjekts als sonstige Einkünfte i. S. d. § 22 Nr. 2 i. V. m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG erzielt hat.

2 Am 20.12.2002 gaben der Kläger und seine Ehefrau ein notariell beurkundetes Angebot zum Erwerb einer Eigentumswohnung in X ab, das der Veräußerer mit notariell beurkundeter Annahmeerklärung vom 07.01.2003 annahm. Das vom Kläger und seiner Ehefrau zur Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung genutzte Immobilienobjekt befand sich in einem förmlich festgelegten Sanierungsgebiet i. S. d. § 142 BauGB.

3 Mit notariell beurkundetem Kaufvertrag vom 27.12.2012 veräußerten der Kläger und seine Ehefrau die Immobilie. Nach § 4 des Kaufvertrags sollte der Kaufpreis binnen zehn Tagen fällig sein, nachdem den Vertragsparteien die Mitteilung des Notars zugegangen war, dass die sanierungsrechtliche Genehmigung zum Kaufvertrag nach § 144 BauGB vorliege. Die für die Eigentumsumschreibung erforderliche sanierungsrechtliche Genehmigung nach § 144 Abs. 2 Nr. 1 BauGB wurde von der zuständigen Gemeindebehörde am 05.02.2013 erteilt. Aus der Veräußerung erzielten der Kläger und seine mit ihm im Streitjahr zusammen veranlagte Ehefrau unstreitig einen Gewinn (Einnahmenüberschuss) i. H. v. 203.390 €.

4 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) legte im Einkommensteuerbescheid für 2013 vom 23.02.2016 unter Anrechnung von 97 € Verlustvortrag sonstige Einkünfte des Klägers i. H. v. 203.293 € zu Grunde.

5 Der Einspruch, mit dem der Kläger vortrug, das Objekt sei nach Ablauf der Haltefrist von zehn Jahren veräußert worden, hatte keinen Erfolg.

6 Hiergegen richtete sich die Klage des Klägers.

7 Während des Klageverfahrens erging unter dem 22.10.2018 aus hier nicht streitigen Gründen ein geänderter Einkommensteuerbescheid für das Streitjahr.

8 Das FG wies die Klage mit Urteil vom 07.11.2019, 10 K 2075/18 (EFG 2020, 1614) als unbegründet ab. Es entschied, der Kaufvertrag sei schuldrechtlich am 27.12.2012 für beide Vertragsparteien bindend geworden. Zwar liege nach § 144 Abs. 2 Nr. 1 BauGB ein öffentlich-rechtliches Genehmigungserfordernis vor; der Kaufvertrag sei daher bis zur Erteilung der sanierungsrechtlichen Genehmigung schwebend unwirksam gewesen. Die erteilte Genehmigung wirke aber zurück.

**9** Mit seiner Revision rügt der Kläger die Verletzung materiellen Rechts. Der Tatbestand eines privaten Veräußerungsgeschäfts i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG sei nicht erfüllt. Das Veräußerungsgeschäft sei bis zur Erteilung der Genehmigung schwebend unwirksam gewesen. Die Vertragsparteien hätten während dieser Zeit nicht die Vertragserfüllung verlangen oder Gewährleistungsrechte geltend machen können. Ebenso wenig hätten sie vorhersehen oder beeinflussen können, ob und wann der Vertrag wirksam werde. Mithin seien ihre Willenserklärungen nicht innerhalb der zehnjährigen Veräußerungsfrist bindend geworden. Auch das wirtschaftliche Eigentum an dem Grundstück sei nicht innerhalb dieser Frist übertragen worden. Der Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung verbiete es, einer nach Ablauf der zehnjährigen Veräußerungsfrist erteilten öffentlichrechtlichen Genehmigung steuerrechtlich Rückwirkung zukommen zu lassen.

**10** Der Kläger beantragt sinngemäß,

das Urteil des FG München und die Einspruchsentscheidung des FA vom 28.06.2018 aufzuheben sowie die Einkommensteuer 2013 unter Änderung des zuletzt ergangenen Einkommensteuerbescheids 2013 vom 22.10.2018 ohne Berücksichtigung eines Gewinns aus privaten Veräußerungsgeschäften i. H. v. 203.390 € festzusetzen.

**11** Das FA beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**12** II. Die Revision ist unbegründet und nach § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen.

**13** Das FG hat zu Recht erkannt, dass der Kläger den Tatbestand eines privaten Veräußerungsgeschäfts i. S. d. § 22 Nr. 2 i. V. m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG erfüllt hat.

**14** 1. Nach § 22 Nr. 2 EStG zählen zu den sonstigen Einkünften (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 EStG) auch Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften i. S. d. § 23 EStG. Dazu gehören gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG u. a. Veräußerungsgeschäfte bei Grundstücken, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zehn Jahre beträgt. Für die Berechnung des Zeitraums zwischen Anschaffung und Veräußerung sind nach ständiger Rechtsprechung des BFH grundsätzlich die Zeitpunkte maßgebend, in denen die obligatorischen Verträge abgeschlossen wurden (st. Rspr., vgl. BFH, Urteil vom 10.12.2015, IX R 23/13, BFHE 249, 149 = BStBl. II 2015, S. 487 m. w. N.).

**15** a) Mit Blick auf den Zweck des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG, innerhalb der Veräußerungsfrist realisierte Werterhöhungen eines bestimmten Wirtschaftsguts im Privatvermögen der Einkommensteuer zu unterwerfen, kann von einer (rechtsgeschäftlichen) „Anschaffung“ oder „Veräußerung“ nur gesprochen werden, wenn die Vertragserklärungen beider Vertragspartner innerhalb der Veräußerungsfrist bindend abgegeben worden sind. Eine „Veräußerung“ in diesem Sinne liegt daher vor, wenn die rechtsgeschäftlichen Erklärungen beider Vertragspartner innerhalb der Veräußerungsfrist übereinstimmend abgegeben werden. Denn mit den beiderseitigen übereinstimmenden Willenserklärungen wird der Vertragsschluss für die Vertragspartner zivilrechtlich bindend. Damit sind, dem Normzweck des § 23 EStG entsprechend, die Voraussetzungen für die Realisierung der Wertsteigerung verbindlich eingetreten (vgl. BFH-Urteile vom 02.02.1982, VIII R 59/81, BFHE 135, 300 =

BStBl. II 1982, S. 390 zu § 7b EStG 1977; vom 02.10.2001, IX R 45/99, BFHE 196, 567 = BStBl. II 2002, S. 10 unter II. 1. b) bb) Rdnr. 12 und in BFHE 249, 149 = BStBl. II 2015, S. 487 Rdnr. 21 und 24; *Tiedtke/Wälzholz*, Stbg 2002, 209, 211; *Mirbach/Riedel*, FR 2015, 272, 273).

**16** b) Nach § 144 Abs. 2 Nr. 1 BauGB bedarf die rechtsgeschäftliche Veräußerung eines Grundstücks in einem förmlich festgelegten Sanierungsgebiet der schriftlichen Genehmigung der Gemeinde. Gleiches gilt nach § 144 Abs. 2 Nr. 3 1. Hs. BauGB für einen schuldrechtlichen Vertrag, durch den eine Verpflichtung zur Veräußerung eines Grundstücks begründet wird. Ist der schuldrechtliche Vertrag genehmigt worden, gilt nach § 144 Abs. 2 Nr. 3 2. Hs. BauGB auch das in Ausführung dieses Vertrags vorgenommene dingliche Rechtsgeschäft als genehmigt. § 144 BauGB normiert damit einen umfassenden Genehmigungsvorbehalt für rechtsgeschäftliche Grundstücksübertragungsgeschäfte in Sanierungsgebieten. Das Fehlen einer nach § 144 BauGB erforderlichen Genehmigung macht daher sowohl das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft (§§ 433 ff., 311b BGB) als auch das dingliche Verfügungsgeschäft (§§ 873, 925 BGB) schwebend unwirksam (vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/*Krautzberger*, Baugesetzbuch, § 144 Rdnr. 28; Battis/Krautzberger/Löhr/*Mitschang*, Baugesetzbuch, 14. Aufl., § 144 Rdnr. 6; Schrödter/Möller, BauGB, 9. Aufl., § 144 Rdnr. 6; *Schmidt-Eichstaedt*, Baurecht 1995, 798, 799; *Erman/Maier-Reimer/Finkenauer*, BGB, 16. Aufl., Vor § 182 Rdnr. 8, 14; *Staudinger/Klumpp*, Neub. 2019, Vor §§ 182 ff. Rdnr. 116; *Schießl*, jM 2015, 298, 303; BGH, Beschluss vom 26.02.2015, V ZB 86/13, WM 2015, 1771 Rdnr. 8 m. w. N.). Die Vertragsparteien sind zwar mit Abschluss des rechtsgeschäftlichen Grundstücksveräußerungsgeschäfts an ihre Willenserklärungen gebunden, es bestehen aber noch keine Erfüllungsansprüche (vgl. Palandt/*Ellenberger*, 80. Aufl., § 275 Rdnr. 36; *Staudinger/Klumpp*, Vor §§ 182 ff. Rdnr. 116, 124; BeckOK-BGB/*Bub*, Stand: 01.02.2021, § 182 Rdnr. 25). Mit der Erteilung der Genehmigung wird das Rechtsgeschäft (rückwirkend) wirksam, mit der rechtskräftigen Verweigerung der Genehmigung endgültig unwirksam.

**17** c) Die Bindungswirkung eines innerhalb der Haltefrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG abgeschlossenen, wegen des Fehlens einer öffentlichrechtlichen Genehmigung (noch) schwebend unwirksamen Vertrags kann jedoch ausreichen, um die Rechtsfolgen eines privaten Veräußerungsgeschäfts eintreten zu lassen. Haben sich die Parteien bereits vor Erteilung der öffentlichrechtlichen Genehmigung auf die Vertragsinhalte geeinigt und sich mithin dergestalt gebunden, dass sich keine Partei mehr einseitig vom Vertrag lösen kann, sind die Voraussetzungen für die Annahme eines Anschaffungs- oder Veräußerungsgeschäfts innerhalb der Zehnjahresfrist erfüllt (vgl. Kirchhof/*Kube*, EStG, 19. Aufl., § 23 Rdnr. 17; *Bordewin/Brandt/Bachem*, EStG, § 23 Rdnr. 82; *Korn/Carlé*, EStG, § 23 Rdnr. 27.1; *Götz*, FR 2001, 288, 289; *Schießl*, jM 2015, 298, 303; a. A. *Blümich/Rat-schow*, EStG, § 23 Rdnr. 17.1). Denn die in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG verwendeten Begriffe „Anschaffung“ und „Veräußerung“ verdeutlichen, dass die Wirksamkeit des Vertrags nicht zwingend schon bei dessen Abschluss gegeben sein

muss. Bezieht sich die Genehmigung Dritter nicht auf die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrags oder die Wirksamkeit der Willenserklärungen, verfolgt sie vielmehr Zwecke, die außerhalb des Vertrags liegen, und auf die die Vertragsbeteiligten keinen Einfluss haben, hat sie auf die zivilrechtlich entstandene – und von den Vertragsbeteiligten auch gewollte – Bindungswirkung keinen Einfluss. So verhält es sich bei der Genehmigung nach § 144 BauGB. Diese Regelung bezweckt mit dem behördlichen Genehmigungsvorbehalt, Rechtsgeschäfte, die sich erschwerend auf den Ablauf der Sanierung auswirken können, zu verhindern (vgl. BGH-Beschluss in WM 2015, 1771 Rdnr. 18).

**18 d)** Erforderlich ist danach eine – beiderseitige Bindung – der Vertragsbeteiligten. Eine bloß einseitige Bindung durch ein einseitiges Angebot (vgl. BFH, Urteil vom 07.08.1970, VI R 166/67, BFHE 100, 93 = BStBl. II 1970, S. 806), einen Kauf auf Probe (§ 454 BGB) oder die Möglichkeit einer Partei, sich durch Versagung der Genehmigung nach Abschluss des Vertrags durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 177 Abs. 1 BGB) jederzeit wieder vom Vertrag lösen zu können (vgl. BFH-Urteile in BFHE 196, 567 = BStBl. II 2002, S. 10 und in BFHE 249, 149 = BStBl. II 2015, S. 487 Rdnr. 25; vgl. Götz, FR 2001, 288, 289), reicht insoweit nicht aus. Denn in den genannten Fällen der einseitigen Bindung können die Beteiligten nicht sicher von der Realisierung des Grundstückswerts ausgehen, solange es einer Partei freisteht, ob sie das Geschäft zustande kommen lassen will oder nicht. In diesen Fällen ist der Vertrag bindend erst dann geschlossen, wenn das Angebot angenommen (§§ 145, 152 Satz 1 BGB), der Kaufgegenstand die Billigung des Probekäufers findet (§ 454 BGB) oder vom Vertretenen genehmigt wird (§§ 177, 178 BGB, vgl. BFH-Urteile in BFHE 135, 300 = BStBl. II 1982, S. 390 Rdnr. 12 und in BFHE 196, 567 = BStBl. II 2002, S. 10 unter II. 1. b) bb) Rdnr. 12; vgl. BeckOK-ESTG/Trossen, Stand: 01.01.2021, § 23 Rdnr. 142).

**19** Anders ist dies hingegen, wenn – wie im Streitfall – das Erstarken eines schwebend unwirksamen Rechtsgeschäfts zur vollen Wirksamkeit nicht mehr vom Verhalten der Vertragsparteien abhängig ist. Denn im Fall des Vertragsschlusses bei noch ausstehender sanierungsrechtlicher Genehmigung können sich die Vertragsparteien nicht einseitig von ihren Willenserklärungen lösen; sie unterliegen während der schwebenden Unwirksamkeit dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme und sind verpflichtet, alles zu unternehmen, um die Genehmigung und damit die volle Wirksamkeit des Vertrags herbeizuführen (vgl. Erman/Maier-Reimer/Finkenauer, § 184 Rdnr. 9; Staudinger/Klumpp, Vor §§ 182 ff. Rdnr. 116, 124). Daher entfaltet auch ein wegen des Fehlens einer öffentlichrechtlichen Genehmigung schwebend unwirksames Rechtsgeschäft beiderseitige Bindungswirkung, obschon die Beteiligten zu diesem Zeitpunkt die Rechtsmacht besitzen, diese Bindungswirkung bis zur Erteilung der Genehmigung gemeinsam durch einvernehmlichen Aufhebungsvertrag zu beseitigen.

**20 2.** Das FG hat nach diesen Grundsätzen im Ergebnis zu Recht das Vorliegen eines privaten Veräußerungsgeschäfts bejaht.

**21 a)** Die Kläger haben das zur Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung genutzte Immobilienobjekt mit Abgabe der notariell beurkundeten Annahmeerklärung durch den Veräußerer und mithin am 07.01.2003 i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG entgeltlich „angeschafft“ und am 27.12.2012 entgeltlich an einen Dritten „veräußert“.

**22** Auf der Grundlage der den Senat nach § 118 Abs. 2 FGO bindenden tatsächlichen Feststellungen des FG lag am 27.12.2012, und damit innerhalb der zehnjährigen Veräußerungsfrist, ein beiderseits bindender obligatorischer Vertragsschluss vor. Anhaltspunkte dafür, dass die Vertragspartner die vertragliche Bindung bis zur Erteilung der sanierungsrechtlichen Genehmigung hinausschieben wollten, sind nicht ersichtlich; denn ein schuldrechtlicher Genehmigungsvorbehalt war weder ausdrücklich noch stillschweigend vereinbart worden. Vielmehr war das Vorliegen der sanierungsrechtlichen Genehmigung nach § 4 des Vertrags allein maßgeblich für die Fälligkeit des Kaufpreises und hatte keine konstitutive Bedeutung für den Vertragsschluss. Da mit den übereinstimmenden Willenserklärungen innerhalb der Haltefrist für die Beteiligten eine beiderseitige Bindung eingetreten war, der Inhalt des Vertrags feststand, die zur Eigentumsübertragung erforderlichen Erklärungen abgegeben waren und es den Vertragsparteien nicht mehr möglich war, sich bis zur Erteilung der Genehmigung nach § 144 Abs. 2 Nr. 1 BauGB einseitig von dem Vertrag zu lösen, sind die den Normzweck des § 23 EStG prägenden Voraussetzungen für eine Realisierung der in dem maßgeblichen Immobilienobjekt liegenden Wertsteigerung verbindlich eingetreten. Es war nicht zweifelhaft, dass nach Ergehen der Genehmigung der Vertrag vollzogen werden würde. Damit ist es entgegen der Auffassung des Klägers unerheblich, dass die Erteilung der sanierungsrechtlichen Genehmigung außerhalb der Veräußerungsfrist lag (so auch Schießl, jM 2015, 298, 303; Tiedtke/Wälzholz, Stbg 2002, 209, 214). Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Genehmigung steuerlich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückwirkt. Die bindende Veräußerung der Immobilie war danach am 27.12.2012 und damit innerhalb der maßgeblichen Zehnjahresfrist.

**23 b)** Zwar hat das FA den Veräußerungsgewinn i. H. v. 203.390 € unzutreffend allein beim Kläger erfasst, obwohl der Veräußerungsgewinn vom Kläger und seiner Ehefrau als jeweils hälftige Miteigentümer erzielt wurde. Wegen der Zusammenveranlagung im Streitzeitraum hat dies auf die Höhe der Steuerfestsetzung keine Auswirkung.

**24 3.** Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

#### ANMERKUNG:

Von Richter am BFH Dr. Nils Trossen, München

Dem Entscheidungssachverhalt lag zunächst eine fehlerhafte Berechnung der Zehnjahresfrist zugrunde. Der Kläger und seine Ehefrau hatten beim Erwerb der streitigen Immobilie am 20.12.2002 ein notariell beurkundetes Angebot zum Erwerb der Immobilie abgegeben. Dieses wurde dann vom Veräußerer am 07.01.2003 angenommen. Der Kläger ging anschließend – fehlerhaft – davon aus,

die Frist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG berechne sich ab dem Zeitpunkt der Abgabe des notariellen Angebots, mithin bereits im Zeitpunkt der Abgabe des Angebots liege eine Anschaffung i. S. d. § 23 EStG vor. Anders lässt sich nicht erklären, dass die Immobilie dann bereits mit notariellen Vertrag vom 27.12.2012 veräußert wurde und nicht bis zum 08.01.2013 gewartet wurde. Als dann aufgrund der bereits am 27.12.2012 erfolgten Veräußerung feststand, dass die Zehnjahresfrist „gerissen“ war, wurde die Argumentation gegenüber dem FA umgestellt. Nunmehr beriefen sich der Kläger und seine Ehefrau auf den Umstand, dass die Immobilie sich in einem förmlich festgelegten Sanierungsgebiet nach § 142 BauGB befand. Solange für die Veräußerung die sanierungsrechtliche Genehmigung nach § 144 BauGB nicht erteilt worden sei, sei die Veräußerung schwebend unwirksam gewesen. Für die Frage der Berechnung der Zehnjahresfrist sei daher auf den Zeitpunkt der Erteilung der sanierungsrechtlichen Genehmigung abzustellen. Diese wurde erst am 05.02.2013, mithin nach Ablauf der Zehnjahresfrist – erteilt.

Die Entscheidung schreibt in Bezug auf die Behandlung schwebend unwirksamer Rechtsgeschäfte die bisherige Rechtsprechungslinie fort, die der BFH bereits mit Entscheidungen vom 02.10.2001<sup>1</sup> und vom 10.02.2015<sup>2</sup> beschritten hatte und die auch im Schrifttum<sup>3</sup> vertreten wurde. Diese lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- Wurde einer der beiden Vertragspartner vor dem Notar vollmachtlos vertreten und war deshalb der Vertrag wegen Fehlens der Vertretungsmacht schwebend unwirksam, kommt der schuldrechtliche Vertrag bindend erst mit Erteilung der Genehmigung (§§ 177, 178 BGB) zustande.<sup>4</sup> Zeitpunkt der Verwirklichung des privaten Veräußerungsgeschäfts ist mithin der Zeitpunkt der Genehmigung durch den Vertretenen. Hintergrund ist, dass sich bis zur Erteilung der Genehmigung der Vertretene durch Versagung der Genehmigung jederzeit vom Vertrag wieder lösen kann. Die zivilrechtliche Rückwirkung ist für die Berechnung der Spekulationsfrist unbeachtlich.<sup>5</sup> Die Rechtslage dürfte die gleiche sein, wenn die Zustimmung des Verwalters (§ 12 WEG) erforderlich ist.<sup>6</sup>
- Ist der Vertrag aufgrund des Fehlens einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung unwirksam, deren Schutzwirkung die Wahrung öffentlicher Interessen ist (wie im Besprechungsfall die sanierungsrechtliche Genehmigung nach § 144 BauGB), liegt ein privates Veräu-

ßerungsgeschäft bereits vor, wenn die Vertragsparteien ihre rechtsgeschäftlichen Verpflichtungserklärungen innerhalb der Zehnjahresfrist bindend abgegeben haben. In dem Zeitpunkt, in dem der Vertragsschluss für die Vertragspartner zivilrechtlich bindend wird, sind dem Normzweck des § 23 EStG entsprechend die Voraussetzungen für die Realisierung der Wertsteigerung verbindlich eingetreten. Denn bezieht sich eine öffentlich-rechtliche Genehmigung Dritter nicht auf die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrags oder die Wirksamkeit der Willenserklärungen und verfolgt sie vielmehr Zwecke, die außerhalb des Vertrags liegen und auf die die Vertragsbeteiligten keinen Einfluss haben, hat sie auf die zivilrechtlich entstandene und von den Vertragsbeteiligten auch gewollte Bindungswirkung keinen Einfluss.<sup>7</sup>

- Offen ist die Behandlung einer schwebenden Unwirksamkeit, wenn die fehlende Genehmigung nicht die Wahrung von öffentlichen Interessen, sondern der Interessen der konkret betroffenen Person zum Ziel hat. Dies liegt im Fall der betreuungs-, nachlass- oder familienrechtlichen Genehmigung vor. Die gerichtliche Genehmigung dient hier dazu, den Abschluss möglicherweise riskanter Rechtsgeschäfte einer vorherigen gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen und die Betroffenen (Betreuten, Minderjährigen) zu schützen.<sup>8</sup> Mit dieser Schutzfunktion stünde es in Widerspruch, wenn ein genehmigungsbedürftiger Kaufvertrag bereits vor der Erteilung der Genehmigung wirksam werden würde.<sup>9</sup> Hier dürfte das Fehlen der Genehmigung gegen eine rechtliche Bindung der Parteien sprechen, da erst vom Zeitpunkt der Genehmigung an tatsächlich und rechtlich alle Folgerungen aus dem bisher schwebend unwirksamen Vertrag gezogen werden können.

Eine nur einseitige Bindung reicht zur Verwirklichung des privaten Veräußerungsgeschäfts nicht aus. Dies stellt die Besprechungsentscheidung unmissverständlich klar.<sup>10</sup> Dies gilt u. a. für den Fall des einseitigen Angebots,<sup>11</sup> der Einräumung eines Vorkaufsrechts (§ 194 BGB) oder den Kauf auf Probe (§ 454 BGB).<sup>12</sup> Denn in diesen Fällen können die Beteiligten nicht von der Realisierung der Wertsteigerung mittels der Grundstücksveräußerung ausgehen.<sup>13</sup>

1 BFH, Urteil vom 02.10.2001, IX R 45/99, BStBl. II 2002, S. 10.

2 BFH, Urteil vom 10.02.2015, IX R 23/13, BFHE 249, 149 = BStBl. II 2015, S. 487.

3 *Tiedke/Wälzholz*, Stbg 2002, 209, 211; *Mirbach/Riedel*, FR 2015, 272, 273.

4 BFH, Urteil vom 02.10.2001, IX R 45/99, BStBl. II 2002, S. 10.

5 Vgl. *Wachter*, ZNotP 2021, 293, 296, 299; BeckOK-EstG/*Trossen*, Stand: 01.10.2021, § 23 Rdnr. 142.2.

6 Vgl. *Wachter*, ZNotP 2021, 293, 300; BeckOK-EstG/*Trossen*, § 23 Rdnr. 142.3.

7 Vgl. Rdnr. 17 der besprochenen Entscheidung.

8 Vgl. BeckOK-EstG/*Trossen*, § 23 Rdnr. 142.4.

9 Vgl. *Wachter*, ZNotP 2021, 293, 300.

10 Vgl. Rdnr. 18 der besprochenen Entscheidung.

11 BFH, Urteil vom 07.08.1970, VI R 166/67, BStBl. II 1970, S. 806.

12 Vgl. BeckOK-EstG/*Trossen*, § 23 Rdnr. 142.5.

13 Vgl. BeckOK-EstG/*Trossen*, § 23 Rdnr. 142.1.

## 24. Auslegung einer Vermächtnisanordnung

BFH, Urteil vom 25.11.2020, II R 36/18 (Vorinstanz:  
FG Köln, Urteil vom 28.06.2018, 7 K 926/15)

BGB § 364 Abs. 1, §§ 1939, 2147, 1953, 2180 Abs. 3  
ErbStG § 3 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 4, § 13a Abs. 8, § 13b  
Abs. 1 Nr. 2  
FGO § 118 Abs. 2

### LEITSÄTZE:

1. Die Auslegung einer Vermächtnisanordnung ebenso wie die Ermittlung, ob ein Vermächtnis angenommen wurde, obliegt dem Tatsachengericht und ist für die Revisionsinstanz grundsätzlich bindend.
2. Ob begünstigtes Vermögen durch Vermächtnis mit dem Tode des Erblassers erworben wurde (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG), richtet sich nach dem Gegenstand des Vermächtnisses und nicht danach, was an Erfüllung statt geleistet wird.

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist Vermächtnisnehmerin aus dem Nachlass ihres am (...)05.2013 verstorbenen Vaters (Erblasser). Der Erblasser war zu diesem Zeitpunkt als Kommanditist mit einem Anteil von 1 % an einer KG beteiligt. Außerdem war er im gleichen Umfang an der Komplementär-GmbH beteiligt, die an der KG nicht vermögensmäßig beteiligt war. Alleinerbe ist der Bruder der Klägerin und Sohn des Erblassers (Erbe).

2 In einem Testament hatte der Erblasser der Klägerin einen Quotennießbrauch an seiner KG-Beteiligung von 2,97 % bezogen auf das gesamte Kapital vermacht. Dieses Vermächtnis war zivilrechtlich mit einem Verzicht der Klägerin auf die Geltendmachung etwaiger Pflichtteilsansprüche gegen den Nachlass des Erblassers verknüpft. Bei einer Vermächtnisänderung zuungunsten der Klägerin wäre dieser Verzicht hinfällig geworden.

3 Dieses Testament wurde durch einen zwischen dem Erblasser und seiner Ehefrau geschlossenen Ehe- und Erbvertrag widerrufen.

4 In diesem Erbvertrag setzte der Erblasser zugunsten der Klägerin mehrere Vermächtnisse aus. Hierzu gehörte der lebenslange unentgeltliche Nießbrauch an der Kommanditbeteiligung des Erblassers an der KG sowie seiner Beteiligung an der Komplementär-GmbH. Mitgliedschaftsrechte sollten mit dem Nießbrauch nicht verbunden sein, insbesondere kein Stimmrecht. Da sich die Beteiligungen des Erblassers bis zum Abschluss des Erbvertrags zwischenzeitlich auf 1 % reduziert hatten, verpflichtete er seinen Erben in dem Erbvertrag zudem wie folgt:

„Um eine Schlechterstellung meiner Tochter durch diese Veränderungen zu vermeiden und die Bedingung, unter der sie ihren Pflichtteilsverzicht erklärt hat, nicht auszulösen, verpflichte ich meinen Erben, den meiner Tochter durch die Reduktion meiner beiden Beteiligungen entstandenen finanziellen Nachteil auszugleichen.“

5 Am 20.08.2013 schlossen der Erbe und die Klägerin eine „Vereinbarung von Nießbrauchsrechten“ zur Erfüllung des Nießbrauchsvermächtnisses und des im Erbvertrag angeordneten Nachteilsausgleichs. Es wurde vereinbart, dass abweichend von den Bestimmungen im Erbvertrag die Klägerin jeweils einen Quotennießbrauch an den dem Erben bereits vor dem Erbfall gehörenden Gesellschaftsbeteiligungen in Höhe von 2,97 % erhalten sollte und dass mit diesem Nießbrauch auch Stimmrechte begründet werden sollten. Hiermit sollten alle Ansprüche der Klägerin, insbesondere auch Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche, abgegolten sein.

6 Die Klägerin wurde durch Bescheid vom 17.07.2014 unter dem Vorbehalt der Nachprüfung zur Erbschaftsteuer veranlagt. Für den Nießbrauch an 1 % der Gesellschaftsbeteiligungen ermittelte der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) einen Kapitalwert von 1.358.726 €, den er nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes in der zum Zeitpunkt des Erbfalls gültigen Fassung (ErbStG) neben einem Grundstücksvermächtnis der Erbschaftsteuer unterwarf.

7 Mit ihrem Einspruch vom 25.07.2014 gegen diesen Bescheid beantragte die Klägerin für den Nießbrauch an den Gesellschaftsbeteiligungen die Gewährung der Begünstigung nach §§ 13a, 13b ErbStG. Am 17.03.2015 änderte das FA im Rahmen der Einspruchsentscheidung die Erbschaftsteuerfestsetzung und unterwarf neben dem bislang angesetzten Nießbrauch zusätzlich den Nachteilsausgleich mit 2.676.690 € nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG der Erbschaftsteuer. Die Steuerbefreiung nach §§ 13 a, 13 b ErbStG gewährte es nicht und wies den Einspruch als unbegründet zurück.

8 Mit Änderungsbescheid vom 28.01.2016 setzte das FA aus im Revisionsverfahren nicht streitigen Gründen die Erbschaftsteuer herab.

9 Das FG wies die dagegen gerichtete Klage als unbegründet ab. Die Steuerbefreiung nach §§ 13a, 13b ErbStG sei nicht zu gewähren, da der Erwerb von Todes wegen durch die Klägerin sich nicht auf begünstigtes Vermögen erstrecke. Nach Beweisaufnahme – u. a. durch Vernehmung von zwei Zeugen und der schriftlichen Einlassung des beurkundenden Notars – war das FG davon überzeugt, dass der Erbvertrag nach dem Willen des Erblassers darauf gerichtet gewesen sei, der Klägerin einen Quotennießbrauch an 1 % der dem Erblasser im Zeitpunkt seines Todes zuzurechnenden Gesellschaftsanteile und zudem einen Nachteilsausgleich zu vermachen. Der Nachteilsausgleich sei in Geld oder in Form einer weiteren Gewinnbeteiligung an der KG im Wege des Nießbrauchs zu erfüllen gewesen. Beides habe nicht mit einer Mitunternehmerstellung für die Klägerin verknüpft sein sollen. Außerdem war das FG davon überzeugt, dass die Klägerin die Mitunternehmeranteile an der KG nicht zur Abfindung eines ausgeschlagenen Vermächtnisses erworben habe. Sie habe das Vermächtnis gerade nicht ausgeschlagen, sondern angenommen. Das Urteil ist in EFG 2019, 449 veröffentlicht.

10 Mit ihrer Revision macht die Klägerin geltend, das FG habe bei seiner Auslegung der „Vereinbarung von Nieß-



brauchsrechten“ sowie des Erbvertrags allgemeine Erfahrungssätze verletzt und die Begleitumstände – insbesondere die Interessenlage der Beteiligten – nicht hinreichend ermittelt.

**11** Die Klägerin beantragt,

die Vorentscheidung aufzuheben und den Erbschaftsteuerbescheid vom 17.07.2014 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 17.03.2015, zuletzt geändert durch Bescheid vom 28.01.2016, dahin gehend zu ändern, dass hinsichtlich der durch notarielle Vereinbarung vom 20.08.2013 bestellten Nießbrauchsrechte an den Gesellschaftsbeteiligungen die Optionsverschonung gemäß § 13a Abs. 8, § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG gewährt wird.

**12** Das FA beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

**13** II. Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Ausgehend von seinen Feststellungen, an die der BFH gebunden ist, hat das FG zu Recht entschieden, dass eine Begünstigung gemäß §§ 13a, 13b ErbStG von der Klägerin nicht in Anspruch genommen werden konnte.

**14** 1. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG unterliegt der Erbschaftsteuer der Erwerb von Todes wegen. Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Erwerb von Todes wegen u. a. der Erwerb durch Vermächtnis (§§ 2147 ff. BGB).

**15** a) Was Gegenstand eines Vermächtnisses ist, richtet sich nach dem Inhalt der letztwilligen Verfügung (BFH, Urteil vom 06.12.2000, II R 28/98, BFH/NV 2001, 601 unter II. 1.). Gegenstand eines Vermächtnisses kann gemäß §§ 1030, 1069 ff. BGB auch der Nießbrauch an einem Anteil an einer Personengesellschaft sein. Ob mit dem vermachten Nießbrauch auch eine Mitunternehmerstellung verbunden ist, hängt davon ab, ob dem Nießbraucher Mitunternehmerinitiative und Mitunternehmerisiko zukommen soll (vgl. BFH-Urteile vom 01.09.2011, II R 67/09, BFHE 239, 137 = BStBl. II 2013, S. 210 Rdnr. 22 und vom 06.11.2019, II R 34/16, BFHE 267, 440 = BStBl. II 2020, S. 465 Rdnr. 34, jew. m. w. N.).

**16** b) Von dem Erwerb „durch Vermächtnis“ (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) ist der Erwerb „aufgrund Vermächtnisses“, d. h. was der Vermächtnisnehmer zu dessen Erfüllung letztlich erhält, zu unterscheiden (vgl. zum Grundstückserwerb von Todes wegen nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG: BFH, Urteil vom 29.09.2015, II R 23/14, BFHE 251, 485 = BStBl. II 2016, S. 104 Rdnr. 20).

**17** Nimmt der Vermächtnisnehmer eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllung statt an, so führt dies zu einem Erlöschen des ursprünglichen Schuldverhältnisses (§ 364 Abs. 1 BGB). Der ursprüngliche – im Zeitpunkt der Entstehung des Erbschaftsteueranspruchs gegebene und damit maßgebliche – Inhalt des durch das Vermächtnis begründeten Schuldverhältnisses wird davon jedoch nicht berührt (BFH, Urteil vom 25.10.1995, II R 5/92, BFHE 179, 148 = BStBl. II 1996, S. 97 unter II. 1. a)). Die nach der Entstehung des Steueranspruchs zwischen dem Erben und dem Vermächtnisnehmer getroffenen Erfüllungsabreden können

den einmal entstandenen Steueranspruch daher weder aufheben noch verändern (vgl. BFH-Urteile in BFHE 179, 148 = BStBl. II 1996, S. 97 unter II. 1. a); vom 10.07.2002, II R 11/01, BFHE 199, 28 = BStBl. II 2002, S. 775 unter II. 1. und vom 19.07.2006, II R 1/05, BFHE 213, 122 = BStBl. II 2006, S. 718 unter II. 1. m. w. N.). Etwas anderes gilt nur, wenn objektiv zweifelhaft ist, was Gegenstand eines Vermächtnisses ist. Hierüber können sich die Beteiligten – zum Beispiel durch einen Vergleich – verständigen. Ein solcher ernstgemeinter Vergleich hat seinen Rechtsgrund im Erbrecht und ist daher auch bei der Erbschaftsbesteuerung zugrunde zu legen (vgl. BFH-Urteil in BFH/NV 2001, 601 unter II. 1. m. w. N.).

**18** 2. Als vom Erblasser zugewendet gilt u. a. auch, was als Abfindung für die Ausschlagung eines Vermächtnisses gewährt wird (§ 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG).

**19** a) Die Anwendung dieser Vorschrift setzt voraus, dass der Vermächtnisnehmer das ihm ausgesetzte Vermächtnis (gegen Abfindung) ausgeschlagen hat (BFH, Urteil vom 07.10.1998, II R 52/96, BFHE 187, 50 = BStBl. II 1999, S. 23 unter II. 2.), sodass nach § 2180 Abs. 3 i. V. m. § 1953 Abs. 1 BGB der Anfall des Vermächtnisses – rückbezogen auf den Zeitpunkt des Erbfalls – als nicht erfolgt anzusehen ist. Die Ausschlagung eines Vermächtnisses ist an keine Frist gebunden (Urteil des BGH vom 12.01.2011, IV ZR 230/09, FamRZ 2011, 468 Rdnr. 12) und kann auch in einem schlüssigen Verhalten des Bedachten erblickt werden (BFH, Urteil vom 18.05.1966, II 167/62, BFHE 86, 652; BGH, Urteil vom 18.10.2000, IV ZR 99/99, FamRZ 2001, 88 unter 4.).

**20** b) Die Abfindung, die der Erbe dem Bedachten für die Ausschlagung des Vermächtnisses gewährt, ist nicht mit der Erfüllung des Vermächtnisses durch Leistung eines anderen Gegenstandes (§ 364 Abs. 1 BGB) gleichzusetzen. Das folgt daraus, dass beim Erwerb durch Vermächtnis und im Falle der Ausschlagung des Vermächtnisses die Erbschaftsteuer zu unterschiedlichen Zeitpunkten entsteht. Beim „Erwerb durch Vermächtnis“ (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) entsteht die Steuer nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 i. Hs. ErbStG mit dem Tode des Erblassers. Bei „Abfindung für die Ausschlagung des Vermächtnisses“ (§ 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG) entsteht die Steuer nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. f ErbStG erst mit der Ausschlagung (BFH-Urteile in BFHE 86, 652 und vom 18.07.1973, II R 34/69, BFHE 110, 196 = BStBl. II 1973, S. 798).

**21** 3. Nach § 13a Abs. 1, Abs. 8 Nr. 4 i. V. m. § 13b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 ErbStG bleiben 100 % des Erwerbs von begünstigten Vermögen bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen für Zwecke der Erbschaftsteuer außer Ansatz. Zu dem begünstigten Vermögen gehört gemäß § 13 b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG insbesondere das Betriebsvermögen bei dem Erwerb eines Mitunternehmeranteils i. S. v. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG an einer Kommanditgesellschaft oder einer anderen Personengesellschaft. Der Erwerber einer Beteiligung an einer Personengesellschaft muss aufgrund des Erwerbs Mitunternehmer geworden sein (BFH-Urteile in BFHE 239, 137 = BStBl. II 2013, S. 210 Rdnr. 54 ff. und vom 06.05.2015, II R 34/13, BFHE 250, 197 = BStBl. II 2015, S. 821 Rdnr. 20 ff. m. w. N.). Ob dies der Fall ist, richtet sich nach ertragsteuerrechtlichen Grundsätzen. Danach gehört auch ein Nießbrauch an einem Anteil an einer Personengesell-



schaft, die Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt, zu dem begünstigten Vermögen i. S. v. § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG, wenn der Nießbrauch aufgrund seiner Ausgestaltung die Mitunternehmerstellung des Nießbrauchers in der Personengesellschaft begründet (vgl. hierzu BFH-Urteile in BFHE 239, 137 = BStBl. II 2013, S. 210 Rdnr. 64 und in BFHE 267, 440 = BStBl. II 2020, S. 465 Rdnr. 24 ff., jew. m. w. N.).

**22 4.** An die vom FG aufgrund der festgestellten Tatsachen getroffene Würdigung ist der BFH im Revisionsverfahren nach § 118 Abs. 2 FGO gebunden.

**23 a)** Die Auslegung von Verträgen und Willenserklärungen – zum Beispiel eines Testaments oder Erbvertrags – gehört zum Bereich der tatsächlichen Feststellungen und bindet den BFH gemäß § 118 Abs. 2 FGO, wenn sie den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB entspricht und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt, d. h. jedenfalls möglich ist. Das Revisionsgericht prüft, ob das FG die gesetzlichen Auslegungsregeln sowie die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet und die für die Vertragsauslegung bedeutsamen Begleitumstände erforscht und rechtlich zutreffend gewürdigt hat (ständige Rechtsprechung, vgl. zum Beispiel BFH-Urteile vom 11.07.2019, II R 4/17, BFHE 265, 447 = BStBl. II 2020, S. 319 Rdnr. 13 und vom 05.12.2019, II R 37/18, BFHE 267, 524 = BStBl. II 2020, 236 Rdnr. 15, jew. m. w. N.).

**24** Insbesondere die Würdigung von Unterlagen und Beweisergebnissen ist grundsätzlich dem FG vorbehalten, das hierbei gemäß § 96 Abs. 1 Satz 1 FGO nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung entscheiden muss (vgl. BFH, Urteil vom 05.11.2019, II R 15/17, BFHE 267, 280 = BStBl. II 2021, S. 30 Rdnr. 40). Dagegen ist die rechtliche Einordnung des von den Vertragspartnern Gewollten am Maßstab der jeweils einschlägigen Normen für das Revisionsgericht nicht nach § 118 Abs. 2 FGO bindend, sondern in vollem Umfang nachprüfbar Rechtsanwendung (st. Rspr., zum Beispiel BFH, Urteil vom 30.01.2019, II R 26/17, BFHE 264, 47 = BStBl. II 2020, S. 733 Rdnr. 31 und in BFHE 267, 524 = BStBl. II 2020, S. 236 Rdnr. 15).

**25 b)** Bei einem Vermächtnis ist durch Auslegung zu ermitteln, was der vermachte Gegenstand ist. Diese Auslegung obliegt grundsätzlich dem Tatsachengericht (BFH, Urteil vom 16.01.2019, II R 7/16, BFHE 263, 465 = BStBl. II 2019, S. 617 Rdnr. 14 m. w. N.). Genauso muss das FG als Tatsacheninstanz aufklären und die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen dazu treffen, ob ein Vermächtnis angenommen (und möglicherweise an Erfüllung statt erfüllt wurde) oder ausdrücklich bzw. durch schlüssiges Verhalten ausgeschlagen wurde (vgl. BFH, Urteil in BFHE 86, 652; Beschluss vom 04.03.2008, II B 28/07, BFH/NV 2008, 983 unter II. 1. c)). Erst aufgrund dieser tatsächlichen Feststellungen kann rechtlich beurteilt werden, ob ein Erwerb durch Vermächtnis (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) oder ein Erwerb aufgrund Ausschlagung eines Vermächtnisses (§ 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG) vorliegt (vgl. BFH-Urteil in BFHE 110, 196 = BStBl. II 1973, S. 798).

**26 5.** Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das FG zutreffend entschieden, dass sich der Erwerb von Todes we-

gen durch die Klägerin nicht auf nach §§ 13a, 13b ErbStG begünstigtes Vermögen erstreckt hat. Der Gegenstand des Vermächtnisses umfasste nicht die Einräumung einer Mitunternehmerstellung. Die Klägerin hat diese – wie vom FG festgestellt – vielmehr als Leistung an Erfüllung statt angenommen. Dafür kann die Begünstigung nach §§ 13a, 13b ErbStG nicht gewährt werden.

**27 a)** Nach den o. g. Maßstäben sind die Feststellungen des FG bindend, sowohl hinsichtlich des Inhalts des Vermächtnisses als auch hinsichtlich der Feststellung, dass das Vermächtnis nicht ausgeschlagen, sondern durch eine Leistung an Erfüllung statt erfüllt wurde.

**28** Das FG hat ohne Rechtsfehler festgestellt, dass die Klägerin das Vermächtnis nicht ausgeschlagen hat. Dabei hat es zu Recht den Wortlaut der „Vereinbarung von Nießbrauchsrechten“, die schriftliche Einlassung des Notars sowie die Aussagen beider Zeugen berücksichtigt und sich damit auseinandergesetzt, dass eine deutliche inhaltliche Abweichung von der Vermächtnisanordnung vorliegt.

**29** Das FG hat dabei nicht gegen Erfahrungssätze verstoßen. Ob eine konkludente Vermächtnisausschlagung vorliegt, ist anhand der Gesamtumstände des Einzelfalls zu entscheiden. Diese können je nach Einzelfall auch dazu führen, dass sich aus dem Abschluss verschiedener Erfüllungsverträge mit dem Erben eine konkludente Annahme ergeben kann (vgl. Beschluss des OLG Karlsruhe vom 18.04.2017, 9 W 4/17, FamRZ 2017, 1975 Rdnr. 28). Dabei ist – entgegen des Vortrags der Klägerin – unbeachtlich, dass die Klägerin möglicherweise die rechtlichen Voraussetzungen eines Vermächtnisses und dessen Annahme nicht im Einzelnen gekannt hat, denn dieses hindert die Annahme des Vermächtnisses durch schlüssiges Verhalten nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 08.10.1997, IV ZR 328/96, ZEV 1998, 24).

**30 b)** Auch die Auslegung des Inhalts des Vermächtnisses ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das FG hat es zwar dahinstehen lassen, ob der Anspruch auf Nachteilsausgleich nach dem Willen des Erblassers auf Geld gerichtet sein sollte oder auf die Bestellung eines weiteren Nießbrauchs an nicht nachlasszugehörigen KG-Anteilen oder ob der Erblasser womöglich der Klägerin und dem Erben durch Anordnung eines Wahl-, Gattungs- oder Zweckvermächtnisses die exakte Bestimmung des Vermächtnisgegenstandes überlassen wollte. Jedoch ist das FG zu der Überzeugung gelangt, dass der Inhalt des Anspruchs auf Nachteilsausgleich vom Erblasser in jedem Fall insoweit eingeschränkt wurde, als dieser „gleichartig“ und somit nicht mit einer Mitunternehmerstellung i. S. d. § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG, § 15 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EStG für die Klägerin verknüpft sein sollte.

**31** Soweit die Klägerin insofern geltend macht, die Vermächtniserfüllung sei hinsichtlich Art und Weise nicht vorgegeben gewesen, meint sie, es sei typischerweise davon auszugehen, dass der Erblasser die unternehmerische Entscheidung, in welcher Form der Nachteilsausgleich erfüllt werden solle (und dementsprechend auch, ob die Klägerin mitunternehmerisch beteiligt wird), dem Erben überlassen

habe. Dies stellt jedoch keinen allgemeingültigen Erfahrungssatz dar, gegen den das FG hätte verstoßen können, sondern lediglich eine konkrete Annahme für diesen Einzelfall.

32 6. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 2 FGO.

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessorin Dr. **Julia Bayer**, Schwabmünchen

### 1. Sachverhalt und Problematik

Durch letztwillige Verfügung wird ein stimmrechtsloser nicht-mitunternehmerischer Nießbrauch an einer Gesellschaftsbeteiligung nebst einer nicht näher definierten „Abfindung“ vermacht. Vom Erben wird daraufhin an den Vermächtnisnehmer ein mitunternehmerisch ausgestalteter Quotennießbrauch an einer höheren, dem Erben schon vor dem Todesfall zustehenden Gesellschaftsbeteiligung an derselben Gesellschaft zugewandt. Der Vermächtnisnehmer erklärt im Gegenzug alle Ansprüche, die ihren Ursprung im Tod des Erblassers haben (Vermächtnis, Pflichtteil) als befriedigt. Hintergrund der Anordnung der „Abfindung“ und der Vereinbarung der Nachlassbeteiligten ist, dass der Vermächtnisnehmer lebzeitig auf den Pflichtteil nach dem Erblasser verzichtet hat, (wohl) auflösend bedingt, sollte er keine der letztlich erfüllten Quotennießbrauchsbeteiligung nahekommende Zuwendung erhalten.

### 2. Entscheidung des BFH

Die Crux des Falls liegt darin, dass schon der Erbvertrag, aber auch die „Vereinbarung über Nießbrauchsrechte“ nicht eindeutig formuliert waren, was sich letztlich durch für den BFH bindende tatrichterliche Auslegung zuungunsten des Vermächtnisnehmers ausgewirkt hatte, dem insbesondere die Steuerbefreiungen nach §§ 13a, 13b ErbStG für Betriebsvermögen versagt wurden.

- a) Erwerb „durch Vermächtnis“ ist nicht gleich Erwerb „aufgrund Vermächtnisses“

Ein steuerbarer Erwerb „durch Vermächtnis“ gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG liegt nach der vom BFH bestätigten steuerrechtlichen Dogmatik bereits in dem rein schuldrechtlichen Vermächtnisanspruch gegen den Erben (§ 2174 BGB), und zwar mit dem vom Erblasser zugewandten Inhalt. Nach dem Stichtagsprinzip entsteht die Steuer damit bereits im Todeszeitpunkt des Erblassers, unabhängig davon, wann und wie das Vermächtnis erfüllt wird, § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Für die Festsetzung der Erbschaftsteuer ist damit allein der in der letztwilligen Verfügung zum Ausdruck gebrachte Erblasserwille entscheidend, nicht das, was später „aufgrund Vermächtnisses“ erlangt wird. Der erfüllte Gegenstand ist nur dann entscheidend, wenn schon nach dem Willen des Erblassers noch offen ist, was vermacht wird (etwa bei Bestimmungsrechten

oder Wahlvermächtnis;<sup>1</sup> streitig für Gattungsvermächtnis oder eine Ersetzungsbefugnis).<sup>2</sup>

Wird dem Vermächtnisnehmer später ein nicht vermachteter Gegenstand an Erfüllung statt (§ 364 Abs. 1 BGB) zugewandt, lässt dies den bereits entstandenen Steueranspruch folglich unberührt.<sup>3</sup> Steuerbegünstigungen nach §§ 13a, 13b ErbStG können damit nur dann erfasst werden, wenn bereits der Erblasser privilegiertes Vermögen zugewandt hat, nicht bei Leistung eines solchen an Erfüllung statt.<sup>4</sup>

- b) Abfindung für Vermächtnisausschlagung

Anders behandelt der BFH den Tatbestand des § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG. Die Ausschlagung des Vermächtnisses, welche bekanntlich weder form- noch fristgebunden ist, somit auch konkludent erfolgen könnte, beseitigt den entstandenen Steueranspruch nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ex tunc (§§ 2180, 1953 Abs. 1 BGB). Der Steueranspruch nach § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG entsteht erst mit der Ausschlagung und mit dem Inhalt der Abfindung (Rdnr. 20). Die Abfindung ist folglich das Surrogat, welches anstelle der ursprünglichen Zuwendung tritt und als vom Erblasser zugewandt gilt.

Besteht die Abfindung also in Betriebsvermögen, kann die Steuerprivilegierung nach §§ 13a, 13b ErbStG dem die Abfindung erhaltenden Vermächtnisnehmer gewährt werden.<sup>5</sup> Auch die Finanzverwaltung erkennt die Ausschlagung gegen Abfindung nach § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG als Erwerb von begünstigungsfähigem Betriebsvermögen an,<sup>6</sup> obwohl in diesem Fall nicht der Erblasser die Zuwendung des Betriebsvermögens angeordnet hat. Der Erbe verliert damit naturgemäß die erbschaftsteuerlichen Begünstigungen für das geerbte Betriebsvermögen.

### 3. Fazit für die Gestaltungspraxis

Die Testamentsauslegung des Instanzgerichts ergab hier, dass in der vom Erblasser zugewandten „Abfindung“ jedenfalls nicht der letztlich erfüllte mitunternehmerische Quotennießbrauch erblickt werden konnte. Auch hatten Erblasser und Vermächtnisnehmer keinen steuerlich anzuerkennenden Vergleich über eine unklare Formulierung

1 Siehe zur steuerlichen Maßgeblichkeit des später Ausgewählten BFH, Urteil vom 06.06.2001, II R 14/00, BStBl. II 2001, S. 725; Wilms/Jochum/Hülsmann, ErbStG, Stand: Oktober 2021, § 3 Rdnr. 145.

2 Überblick bei Viskorf/Schuck/Wälzholz/Wälzholz, ErbStG, 6. Aufl. 2020, § 3 Rdnr. 143.

3 Siehe auch Kapp/Ebeling/Geck, ErbStG, Stand: Dezember 2021, § 3 Rdnr. 171.1; BFH, Urteil vom 21.06.1995, II R 62/93, BStBl. II 1995, S. 783; ebenso die Finanzverwaltung in R E 13 b.1 Abs. 4 ErbStR 2019.

4 So bereits Überblick bei Viskorf/Schuck/Wälzholz/Wälzholz, ErbStG, § 3 Rdnr. 144.

5 Viskorf/Schuck/Wälzholz/Wälzholz, ErbStG, § 3 Rdnr. 229.

6 R E 13 b.1 Abs. 1 Satz 4 Nr. 7 ErbStR 2019.



im Erbvertrag geschlossen (Rdnr. 17).<sup>7</sup> Der Vermächtnisnehmer habe vielmehr das Vermächtnis angenommen und es sei an Erfüllung statt durch eine mitunternehmerische Beteiligung erfüllt worden – hierfür werde keine Betriebsvermögensbegünstigung gewährt. Das Ergebnis dieser tatrichterlichen Auslegung dürfte so nicht zwingend sein, was auch der BFH andeutet, er war jedoch an die Auslegung gebunden. Um dem Bedürfnis einer richterlichen Auslegung zuvorzukommen, kann die Entscheidung zum Anlass genommen werden, sich Folgendes zu vergegenwärtigen:

#### a) Letztwillige Verfügungen

Bei der Abfassung letztwilliger Verfügungen sind Vermächtnisgegenstand und die Art des Vermächtnisses (Sach-, Geld-, Wahlvermächtnis etc.) stets präzise zu bestimmen – insbesondere bei Abfassung des Unternehmertestaments ist dabei an privilegiertes Vermögen zu denken. Sofern den Beteiligten Gestaltungsspielraum nach dem Tode eingeräumt werden soll, kann beispielsweise auch ein Wahlvermächtnis gewährt werden. Dabei ist darauf zu achten, wem das Wahlrechts zusteht.

#### b) Vermächtniserfüllungen und Pflichtteil

Bei Gestaltung der Vermächtniserfüllung ist Fingerspitzengefühl gefragt:

Unproblematisch ist der Fall, wenn genau das vom Erblasser Zugewandte übertragen wird. Ist die letztwillige Verfügung hingegen nicht eindeutig, kann über einen Vergleich der Nachlassbeteiligten über die Auslegung nachgedacht werden. Kommt ein solcher nicht in Betracht, weil keine Unsicherheit über das im Testament Zugewandte besteht, kann es steuerlich deutlich günstiger sein, dass der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis ausschlägt und der gewünschte Erwerb als Abfindung für die Ausschlagung ausgestaltet wird. Dies setzt allerdings die Einigung der am Nachlass Beteiligten voraus und kann der Vermächtnisnehmer nicht gegen den Willen des bzw. der Erben erzwingen.

Es ist also mit derselben Präzision vorzugehen, wie bei der Übertragung von Gegenständen im pflichtteilsrechtlichen Kontext; hier entsteht der Pflichtteilsanspruch (§ 2303 BGB) zwar erst mit seiner Geltendmachung, § 9 Abs. 1 Nr. 1b) ErbStG, und er ist immer auf Geldzahlung gerichtet. Auch hier bestehen jedoch bekanntermaßen über die erbschaftsteuerlichen Bewertungsfragen hinausgehende Unterschiede zwischen der Geltendmachung des Pflichtteils mit Leistung an Erfüllung statt (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) und dem Verzicht auf die Geltendma-

chung des Pflichtteils gegen Gewährung einer Abfindung<sup>8</sup> (§ 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG).

Der konkrete Fall betraf begünstigtes Betriebsvermögen. Hierfür kann festgehalten werden, dass sowohl beim Vermächtnis als auch beim Pflichtteil die Ausschlagung (beim Vermächtnis) bzw. der Verzicht (beim Pflichtteil) gegen Abfindung zum Erhalt der Privilegierung führen kann.

#### c) Flankierende grunderwerb- und einkommensteuerliche Fragen

In anderen Fällen, insbesondere bei der Zuwendung von Grundbesitz, sind auch die Grunderwerbsteuer einerseits und die Einkommensteuer (§ 23 EStG) andererseits in den Blick zu nehmen.

Während die Leistung an Erfüllung statt ertragsteuerlich einen entgeltlichen Vorgang darstellt, der ggf. zu einem steuerbaren Veräußerungsgewinn beim Übertragenden und zu einer neuen AfA-Reihe beim Erwerbenden führt<sup>9</sup> und zudem neben erbschaft- (§ 3 Abs. 1 ErbStG) auch grunderwerbsteuerbar (kein Fall des § 3 Nr. 2 GrEStG)<sup>10</sup> ist, ist die Abfindung für Ausschlagung/Verzicht im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 4 zwar grunderwerbsteuerbar, aber nach § 3 Nr. 2 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit. Ertragsteuerlich dürfte wegen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise hingegen die Ausschlagung eines Baranspruchs gegen Sachabfindung ebenso wie eine Leistung an Erfüllung statt behandelt werden.<sup>11</sup>

8 Im Gegensatz zum Verzicht auf einen bereits geltend gemachten Anspruch; hier Vorsicht: unentgeltliche Zuwendung des Verzichtenden; siehe § 13 Nr. 11 ErbStG, der die Steuerfreiheit nur für den noch nicht geltend gemachten Pflichtteil anordnet.

9 Zusammenfassender Überblick etwa bei Beck'sches Notarhandbuch/Wartenburger, 7. Aufl. 2019, § 17 Rdnr. 512.

10 Grundlegend BFH, Urteil vom 10.07.2002, II R 11/01, MittBayNot 2003, 73 (m. Anm. Gottwald).

11 BMF vom 14.03.2006, IV B 2 – S 2242 – 7/06, BStBl. I 2006, S. 253 Rdnr. 37; BFH, Urteil vom 20.04.2004, IX R 5/02, BStBl. II 2004, S. 987.

7 Siehe zur steuerlichen Anerkennung eines Erbvergleichs *Selbherr*, ZErB 2005, 10; *Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk Gottschalk*, ErbStG, Stand: 31.07.2021, § 3 Rdnr. 80; *Wilms/Jochum/Hülsmann*, ErbStG, § 3 Rdnr. 110 ff.; BFH, Beschluss vom 19.09.2000, II B 10/00, BFH/NV 2001, 163; Urteil vom 26.02.2008, II R 82/05, BFHE 220, 526 = BStBl. II 2008, S. 629; Urteil vom 01.07.2008, II R 71/06, BFHE 222, 63 = BStBl. II 2008, S. 874; *Storz*, ZEV 2008, 353.

## 25. Pflichtteilsverzicht als wucherähnliches Rechtsgeschäft

BFH, Beschluss vom 01.09.2020, II B 16/20 (Vorinstanz:  
FG Köln, Beschluss vom 04.12.2019, 7 K 1855/16)

AO § 41 Abs. 1

BGB § 138

FGO § 115 Abs. 2 Nr. 2

### LEITSÄTZE:

1. Ein im Zusammenhang mit einem Vermächtnis erklärter Pflichtteilsverzicht kann wegen § 138 BGB unwirksam sein.
2. Ob ein besonders grobes Missverhältnis i. S. d. § 138 BGB zwischen dem Wert des Vermächtnisses und dem Wert des Pflichtteils vorliegt, ist aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls festzustellen.

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Kläger und Beschwerdeführer (Kläger) ist der Enkel der Erblasserin. Mit Datum vom 04.01.2002 schloss die Erblasserin mit ihrer Tochter (der Mutter des Klägers) einen Erbvertrag, in dem sie Vermächtnisse (Anteile an einer KG) für ihre Enkel (den Kläger und seine beiden Brüder) und einen Nießbrauch hieran für ihre Tochter bis zum 25. Lebensjahr des jüngsten Enkelkindes anordnete. Zudem vereinbarten die Vertragschließenden einen Pflichtteilsverzicht und Ausgleichsleistungen. Die Erblasserin verstarb im Dezember 2002.

2 Ausgehend von einem durch Vermächtnis erworbenen Anteil am Betriebsvermögen der KG setzte der Beklagte und Beschwerdegegner (das FA) die Erbschaftsteuer beim Kläger zunächst erklärungsgemäß unter dem Vorbehalt der Nachprüfung fest. Insbesondere wegen geänderter Bewertung des Betriebsvermögens wurde der Bescheid mehrfach geändert. Der Kläger legte Einspruch ein. Im Laufe des Einspruchsverfahrens beantragte er die Aufhebung des Erbschaftsteuerbescheids.

3 Der Kläger vertritt die Auffassung, das unter Pflichtteilsverzicht eingeräumte Vermächtnis sei wegen der Sittenwidrigkeit des zwischen der Erblasserin und ihrer Tochter geschlossenen Erbvertrags unwirksam. Es bestehe ein krasses Missverhältnis zwischen dem Wert des Pflichtteilsanspruchs der Mutter des Klägers und ihrer dafür erhaltenen Abfindung. Ferner sei das eingeräumte Vermächtnis aufgrund anfänglicher Unmöglichkeit unwirksam. Der Alleinerbe sei nicht in der Lage gewesen, das Vermächtnis zu erfüllen. Letztlich beruhe der Erwerb des Klägers auf einem entgeltlichen Vorgang und unterliege nicht der Erbschaftsteuer.

4 Die nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhobene Klage hatte keinen Erfolg. Das FG hat die Klage als unbegründet abgewiesen. U. a. habe der Kläger die Anteile an der KG durch ein wirksames Vermächtnis erworben.

5 Mit seiner Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision macht der Kläger das Erfordernis einer Entscheidung des BFH zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 FGO) geltend.

6 II. Die Beschwerde ist unbegründet.

7 1. Die Voraussetzungen des § 115 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 FGO sind nicht erfüllt.

8 a) Die Zulassung der Revision aus diesem Grund setzt voraus, dass das FG in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Gerichts abgewichen ist, dass dabei über dieselbe Rechtsfrage entschieden wurde und diese für beide Entscheidungen rechtserheblich war, dass die Entscheidungen zu gleichen oder vergleichbaren Sachverhalten ergangen sind, dass die abweichend beantwortete Rechtsfrage im Revisionsverfahren geklärt werden kann und dass eine Entscheidung des BFH zur Wahrung der Rechtseinheit erforderlich ist. Zur schlüssigen Darlegung einer solchen Abweichungsrüge muss der Beschwerdeführer tragende und abstrakte Rechtssätze aus dem angefochtenen FG-Urteil einerseits und aus den behaupteten, genau bezeichneten Divergenzentscheidungen andererseits herausarbeiten und einander gegenüberstellen, umso die behauptete Abweichung zu verdeutlichen (BFH-Beschlüsse vom 05.06.2019, II B 21/18, BFH/NV 2019, 1253 Rdnr. 11 und vom 05.03.2020, II B 99/18, BFH/NV 2020, 852 Rdnr. 13, jew. m. w. N.).

9 b) Nach Auffassung des Klägers ist das FG von der Rechtsprechung des BGH zur Sittenwidrigkeit wucherähnlicher Geschäfte (vgl. u. a. BGH, Urteil vom 19.01.2001, V ZR 437/99, BGHZ 146, 298) abgewichen.

10 Nach der Rechtsprechung des BGH könne ein besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung den Schluss auf eine bewusste oder grob fahrlässige Ausnutzung eines den Vertragspartner in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigenden Umstandes rechtfertigen. Für das Vorliegen eines besonders groben Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung und die daran anknüpfende Schlussfolgerung auf die verwerfliche Gesinnung komme es allein auf die objektiven Werte dieser Leistungen an. Allein ein besonders grobes Äquivalenzmissverhältnis erlaube es, auf die verwerfliche Gesinnung als subjektives Merkmal des § 138 Abs. 1 BGB zu schließen. Jedenfalls handle es sich um eine beweis erleichternde tatsächliche Vermutung für die verwerfliche Gesinnung des Begünstigten.

11 Demgegenüber sei das FG bei seiner Entscheidung davon ausgegangen, dass ein Pflichtteilsverzicht bei Vorliegen einer Gegenleistung erst recht wirksam sein könne, wenn er nach dem BGB auch ohne eine Gegenleistung wirksam sein könne. Ein besonders grobes Verhältnis zwischen dem Wert des Pflichtteilsverzichts und der dafür erhaltenen Abfindung sei für die Prüfung einer möglichen Sittenwidrigkeit unbeachtlich. Für das Vorliegen einer möglichen Sittenwidrigkeit eines Pflichtteilsverzichts sei nicht auf das Verhältnis des Werts des Verzichts zum Wert der Abfindung abzustellen, sondern darauf, ob der Verzichtende subjektiv als durch die Abfindung versorgt angesehen werden konnte.

12 c) Die vom FG aufgestellten Rechtssätze stehen der Rechtsprechung des BGH nicht entgegen.

13 aa) Das FG ist davon ausgegangen, dass die Unwirksamkeit des Abfindungsgeschäfts wegen § 138 BGB auch zur Unwirksamkeit des Pflichtteilsverzichts führen kann. Dabei hat es ausdrücklich Bezug genommen auf das Urteil des OLG Hamm vom 08.11.2016, I-10 U 36/15, FamRZ 2017, 1167. In diesem Fall entschied das Gericht, dass der streitgegenständliche Erbverzicht, in dem ein Ungleichgewicht zulasten des Verzichtenden bestand, sittenwidrig war.

14 Damit hat das FG keine divergierenden Rechtssätze aufgestellt. Vielmehr hat es im Rahmen seiner tatsächlichen Würdigung den Wert des Nachlasses und die Abfindungsleistungen gegenüber gestellt und kein sittenwidriges Missverhältnis im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses feststellen können. Auch wenn das FG von einer wertmäßigen Differenz zwischen der Abfindung und dem Wert des Nachlasses ausgeht, fehlt es seiner Auffassung nach an einem besonders groben Missverhältnis, das Voraussetzung für die Unwirksamkeit ist. Somit ist es der Rechtsprechung des BGH gefolgt, wonach die Voraussetzungen des § 138 BGB anhand einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls festgestellt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 14.06.2017, III ZR 487/16, NJW-RR Zivilrecht 2017, 1261 Rdnr. 7).

15 bb) Tatsachenwürdigungen kann der BFH nur daraufhin überprüfen, ob sie verfahrensfehlerfrei zustande gekommen sind und mit den Denkgesetzen und den allgemeinen Erfahrungssätzen im Einklang stehen, unabhängig davon, ob sie nicht zwingend, sondern nur möglich sind (st. Rspr., vgl. BFH-Urteile vom 29.06.2016, II R 41/14, BFHE 254, 64 = BStBl. II 2016, S. 865 Rdnr. 28 und vom 12.02.2020, XI R 24/18, BFHE nn = DStR 2020, 1190 Rdnr. 47, jew. m. w. N.).

16 Ausgehend davon ist die Tatsachenwürdigung durch das FG nicht zu beanstanden. Das FG hat zutreffend den aleatorischen Charakter eines Pflichtteilsverzichts, in dem jeder Beteiligte bewusst Unsicherheiten hinsichtlich der persönlichen und wirtschaftlichen Entwicklung in der Person des Erblassers und des Verzichtenden auf sich nimmt (vgl. BGH, Urteil vom 13.11.1996, IV ZR 62/96, BGHZ 134, 60 Rdnr. 15; Beschluss des BayObLG vom 27.1.1995, 1 Z BR 22/94, FamRZ 1995, 964 Rdnr. 19; Urteil des LG Nürnberg-Fürth vom 23.03.2018, 6 O 6494/17, FamRZ 2018, 1867 Rdnr. 31, 50; Groll/Steiner/Muscheler, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 5. Aufl. 2019, Erbverzicht Rdnr. 18.199), berücksichtigt und zu Recht darauf hingewiesen, dass der Tod der Erblasserin im Dezember 2002 keine Auswirkung auf die Beurteilung des Verhältnisses der gegenseitigen Leistungen bei Vertragsschluss im Januar 2002 habe. Diese tatsächliche Würdigung steht mit den Denkgesetzen und den allgemeinen Erfahrungssätzen im Einklang. Der BFH wäre daran auch in einem Revisionsverfahren gemäß § 118 Abs. 2 FGO gebunden.

17 cc) Soweit der Kläger vorträgt, das FG stütze sein Urteil auch darauf, dass neben den objektiven Tatbestand des groben Missverhältnisses der Leistungen ein subjektives Tatbestandsmerkmal des § 138 BGB hinzutreten müsse, um die mögliche Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts fest-

zustellen, lässt sich auch hieraus nicht das Erfordernis einer Entscheidung des BFH zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ableiten.

18 Ein solcher Rechtssatz liegt dem angefochtenen Urteil nicht zugrunde. Das FG hat bereits die Voraussetzungen des objektiven Tatbestands (grobes Missverhältnis) verneint. Soweit es im Weiteren noch Ausführungen zum Vorliegen des subjektiven Tatbestands des § 138 BGB gemacht hat, geschah dies lediglich zur Prüfung, ob sich eine Unwirksamkeit des Verzichts nach § 138 Abs. 1 BGB aus dem Gesamtcharakter der dem Verzicht zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vereinbarung ergab (vgl. OLG Hamm Urteil in FamRZ 2017, 1167, Rdnr. 30 m. w. N.).

19 d) Ungeachtet der vorstehenden Ausführungen wäre selbst bei einer Abweichung von der BGH-Rechtsprechung die abweichend beantwortete Rechtsfrage im Revisionsverfahren nicht klärbar.

20 Selbst wenn man aufgrund einer Unwirksamkeit des Pflichtteilsverzichts zur Unwirksamkeit der den Kläger lediglich begünstigenden Vermächtnisanordnung käme, unterläge das Vermächtnis gleichwohl der Erbschaftsteuer. Wird eine Verfügung von Todes wegen ausgeführt obwohl sie unwirksam ist, und beruht die Ausführung der Verfügung auf der Beachtung des erblasserischen Willens, den Begünstigter und Belasteter anerkennen, ist gemäß § 41 Abs. 1 AO das wirtschaftliche Ergebnis dieses Vollzugs erbschaftsteuerrechtlich zu beachten (BFH, Urteil vom 22.09.2010, II R 46/09, BFH/NV 2011, 261 Rdnr. 8 m. w. N.). Ein formunwirksames Vermächtnis ist danach erbschaftsteuerrechtlich zu erfassen, wenn feststeht, dass der Beschwerter die Rechtshandlungen, die sich als Erfüllung dieses Vermächtnisses darstellen, mit dem Willen vorgenommen hat, dem (formunwirksam) geäußerten letzten Willen des Erblassers zu entsprechen (BFH, Urteil vom 28.03.2007, II R 25/05, BFHE 215, 557 = BStBl. II 2007, S. 461 Rdnr. 9, m. w. N.).

21 Vom Vorliegen dieser Voraussetzungen ist hier aufgrund der vom FG getroffenen tatsächlichen Feststellungen auszugehen.

22 2. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 2 FGO.

23 3. Im Übrigen ergeht die Entscheidung gemäß § 116 Abs. 5 Satz 2 2. Hs. FGO ohne Angabe weiterer Gründe, insbesondere ohne detaillierte Darstellung des Tatbestands.

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. Felix Odersky, Dachau

Obergerichtliche Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Erb- bzw. Pflichtteilsverzichtsverträgen ist selten, so dass die Entscheidung des BFH Interesse weckt und auch schon in vielen erbrechtlichen Fachzeitschriften – allerdings ohne Anmerkungen – veröffentlicht wurde. Dem Beschluss des BFH ist im Ergebnis zuzustimmen. „Richtig gelesen“ enthalten auch die veröffentlichten Leitsätze eine Bestätigung der herrschenden zivilrechtlichen Meinung. Allerdings ist die Formulierung der Leitsätze sehr missverständlich, sodass diese hier nicht „unwidersprochen“ bleiben sollen.

Da es sich nur um eine Nichtzulassungsbeschwerde handelt, ist der bekannt gemachte Sachverhalt leider dürftig: In einem mit ihrer Tochter geschlossenen Erbvertrag vermachte die Großmutter Gesellschaftsanteile an ihre Enkel. Die Tochter (und Mutter der Enkel) verzichtete in der gleichen Urkunde auf ihren Pflichtteil, wobei sie wohl zusätzlich selbst eine kleine Abfindung erhielt. Nach Erfüllung der Vermächtnisse und Festsetzung der Erbschaftsteuer, reute dies wohl die Enkel. Den „Fluchtweg“ suchten sie in der Argumentation beim FG, dass der Pflichtteilsverzicht der Mutter als wucherähnliches Geschäft sittenwidrig war und damit auch die Vermächtnisse nichtig seien.

### 1. Generelle Prüfung der Sittenwidrigkeit eines Pflichtteilsverzichts

Die Prüfung der möglichen Sittenwidrigkeit eines Pflichtteilsverzichts hat nach mittlerweile ganz herrschender Meinung so zu erfolgen, wie dies in dem zitierten Urteil des OLG Hamm vom 08.11.2018, MittBayNot 2018, 54, vorgenommen wurde: Der Pflichtteilsverzicht ist als abstraktes erbrechtliches Verfügungsgeschäft grundsätzlich wertneutral und kann nicht aus sich heraus sittenwidrig sein. Der Vorwurf der Sittenwidrigkeit kann sich aber aus dem zugrunde liegenden Kausalgeschäft ergeben. Ist dieses ausnahmsweise im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Umstände (§ 138 Abs. 1 BGB) sittenwidrig, kann dessen Nichtigkeit gemäß § 139 BGB auch den Pflichtteilsverzicht erfassen, wenn ein entsprechender Verknüpfungswille bestand. Ein solcher Wille wird dabei regelmäßig vermutet, wenn der Verzicht und das Kausalgeschäft, wie zum Beispiel eine Abfindungsvereinbarung zusammen beurkundet wurden.

Im Prozess vor dem FG wurde wohl vom Kläger die Unwirksamkeit des Pflichtteilsverzichts – als wucherähnliches Geschäft – allein mit einem objektiv erheblichen Missverhältnis zwischen dem Wert des Pflichtteilsanspruchs und der vereinbarten Abfindung begründet. Eine solche Begründung könnte aber, wie auch vom FG zutreffend geprüft, im Hinblick auf den aleatorischen Charakter des Pflichtteilsverzichts niemals allein ausreichen. Die Sittenwidrigkeit kann sich nach herrschender Meinung nicht allein aus dem Wertunterschied zwischen (ungewissem) Wert des künftigen Pflichtteils und der vereinbarten Abfindung ergeben, sondern es müssen zusätzliche, besonders missbilligenswerte Umstände (wie zum Beispiel eine Täuschung über den Wert des Nachlasses, die Ausnutzung des sehr jungen Alters oder der Unerfahrenheit des Verzichtenden) hinzutreten, die erst in einer Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Umstände den seltenen Ausnahmefall des Sittenwidrigkeitsvorwurfs nach § 138 Abs. 1 BGB begründen.

### 2. Pflichtteilsverzicht bei Vermächtnisanordnung

In dem vorliegenden Fall erstaunt darüber hinaus, dass anscheinend nur der Wertunterschied des Verzichts zu der Abfindung geprüft wurde, nicht aber zugleich auf den Wert der Vermächtnisse zugunsten der Kinder der Ver-

zichtenden eingegangen wurde. Der „fremdnützig“ Pflichtteilsverzicht, mit dem Zuwendungen an Angehörige des Verzichtenden abgesichert werden, ist aber einer der häufigsten Anwendungsfälle des Pflichtteilsverzichts und in der ganz überwiegenden Zahl von vernünftigen billigenswerten Motiven getragen. Wenn man in einem ersten Schritt der Gesamtwürdigung einen Wertvergleich vornehmen wollte, müsste man daher dem Verzicht den Wert der Abfindung sowie den Wert der Vermächtnisse zugunsten der Enkel gegenüberstellen, zumal diese erbvertraglich mit der Tochter vereinbart wurden.

Noch überraschender ist aber, dass im zweiten Leitsatz des Beschlusses gar nicht mehr auf die Abfindung, sondern nur noch auf den Wert der Vermächtnisse abgestellt wird. Dies entspricht zum einen – zumindest nach dem mitgeteilten Sachverhalt – weder dem angegriffenen Urteil des FG noch dem Inhalt der Nichtzulassungsbeschwerde. Zum anderen wäre dies erst recht inhaltlich unzutreffend: Auch wenn das erbvertraglich bindende Vermächtnis in einer notariellen Urkunde mit einem Pflichtteilsverzicht kombiniert wird, stehen diese nicht in einem Synallagma. Beides sind vom Charakter selbstständige aleatorische Verfügungen, die mit Unsicherheiten, wie dem Wert des Nachlasses, der lebzeitigen Verfügung über den Vermächtnisgegenstand, Schulden usw. verbunden sind, sodass sich ein bloßer Wertvergleich von vornherein verbietet. Richtig ist zwar, dass auch ein Vermächtnis und ein Pflichtteilsverzicht nach dem Willen der Beteiligten miteinander stehen und fallen können und damit im Fall des Sittenwidrigkeitsvorwurfs beide nichtig sein können, wie dies im ersten Leitsatz erwähnt wird. Bei der Prüfung dieses Vorwurfs kann der Wertvergleich aber nur eine untergeordnete Rolle spielen und es müssen in jedem Fall im Rahmen der Gesamtwürdigung weitere höchst missbilligenswerte Umstände hinzutreten, um den absoluten Ausnahmefall einer Sittenwidrigkeit zu begründen. Der zweite Leitsatz der Entscheidung, der nach seinem Wortlaut eine Gesamtwürdigung zur Feststellung eines grobes Missverhältnisses zwischen den Werten voraussetzt, ist damit nur genau „umgekehrt“ richtig: ein grobes Missverhältnis der Werte kann allenfalls ein (kleiner) Bestandteil der erforderlichen Gesamtwürdigung aller Umstände und Motive des Vertrages sein.

### 3. Steuerliche Anerkennung unwirksamer Vermächtnisse

Interessant ist das obiter dictum am Schluss der Entscheidung. Der BFH bestätigt damit seine bekannte Rechtsprechung, nach der die Erfüllung eines formunwirksamen Vermächtnisses erbschaftsteuerlich anzuerkennen ist, wenn damit dem tatsächlichen Willen des Erblassers entsprochen wird. Zugleich wird diese Rechtsprechung nun in der Weise erweitert, dass auch andere Unwirksamkeitsgründe – wie hier ein unterstellter Sittenwidrigkeitsvorwurf – nicht der erbschaftsteuerlichen Anerkennung des tatsächlich erfüllten Vermächtnisses entgegenstehen.



## Tagungsbericht

# „Vertragsgestaltungen im ehelichen Güterrecht“ Digitale Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 22.11.2021

Von **Johannes Gansmeier**, München<sup>1</sup>

Am 22.11.2021 fand die dritte digitale Tagung im Jahr 2021 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Vertragsgestaltungen im ehelichen Güterrecht“. 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, Dr. *Susanne Kappler*, Notarin in Arnstorf, und Dr. *Daniel Sommer*, Notarassessor in München, vor. Anschließend übergab er das Wort an *Kappler*.

Diese widmete ihren Vortrag der „Herausnahme von Vermögen aus dem Zugewinnausgleich“. Als Ausgangspunkt ihrer Überlegungen ging *Kappler* darauf ein, dass es Ehegatten grundsätzlich freistehe, Abweichungen von §§ 1373 ff. BGB unter Beibehaltung des gesetzlichen Güterstandes zu vereinbaren. Grenzen dieser grundsätzlichen Dispositionsfreiheit seien dann erreicht, wenn und soweit Vereinbarungen darauf hinausliefen, den Güterstand zu „denaturieren“. Dies sei der Fall, wenn die vertragliche Vereinbarung das gesetzliche Modell der Zugewinnsgemeinschaft derart weitgehend verändere, dass das spezifische Ordnungsziel dieses Güterstands nicht mehr gewahrt würde. Vor diesem Hintergrund zulässig und durch höchstrichterliche Rechtsprechung „gedeckt“<sup>2</sup> sei insbesondere die Herausnahme von Vermögen aus dem Zugewinnausgleich.

Bedarf für derartige gestalterische Modifikationen des gesetzlichen Güterstands könne sich in zahlreichen Konstellationen ergeben, wobei kategorial unter anderem Konstellationen in Betracht kämen, in denen (1) der ausgleichspflichtige Zugewinn nicht auf gemeinsamer Lebensleistung beruhe, (2) die gesetzliche Zurechnung zum Anfangsvermögen zu keiner Begünstigung führe oder (3) die gesetzliche Zurechnung zum Anfangsvermögen eine doppelte Begünstigung bewirke. Neben zahlreichen praktisch relevanten Fallkonstellationen ging *Kappler* dabei auch auf Gestaltungsbedarf im Kontext von Zuwendungen an das Schwiegerkind ein. Seitdem die Rechtsprechung den

Schwiegereltern für den Fall der Ehescheidung einen Rückforderungsanspruch gegen das Schwiegerkind zuerkennt,<sup>3</sup> könne Gestaltungsbedarf dahin gehend realisiert werden, zum Schutz des Schwiegerkindes die schwiegerelterliche Zuwendung aus dem Zugewinnausgleich herauszunehmen. So könnten etwa Konstellationen verhindert werden, in denen der Zugewinn des Schwiegerkinds durch die Zuwendung deshalb höher zu veranschlagen ist, weil dessen Anfangsvermögen dadurch negativ wird, dass der Rückforderungsanspruch der Schwiegereltern aufgrund von zwischenzeitlichen Wertsteigerungen höher zu veranschlagen ist als der Grundstückswert zum Zeitpunkt der Zuwendung.<sup>4</sup>

Einigkeit über die Notwendigkeit güterrechtlichen Gestaltungsbedarfs bestehe darüber hinaus im Rahmen sog. „Unternehmeheren“. Dieser Gestaltungsbedarf beruhe insbesondere darauf, dass sich die Bewertung von Unternehmen (Betriebsvermögen) in der Praxis als höchst diffizil darstelle. Ferner sei es meist nicht im Interesse der Ehegatten, das jeweilige Unternehmen im Rahmen der Durchführung des Zugewinns zu liquidieren; um dies zu verhindern, seien indes ebenfalls Modifikationen des gesetzlichen Güterstands notwendig,

Nach Darstellung und kritischer Würdigung der für eine gestalterische Herausnahme von Vermögen aus dem Zugewinnausgleich relevanten Konstellationen ging *Kappler* auf zentrale Probleme bei der rechtstechnischen Umsetzung ein. Bereits die Bezeichnung der aus dem Zugewinnausgleich herauszunehmenden Gegenstände könne sich dabei als äußerst komplex gestalten. Insbesondere sei dies bei Unternehmen oder Unternehmensbeteiligungen der Fall. *Kappler* plädierte dafür, in diesem Fall keine zu restriktiven Anforderungen an die sprachliche Bezeichnung des herauszunehmenden Vermögens zu stellen; durch die Inbezugnahme „jeglichen Betriebsvermögens“ könne der jeweils adressierte Vermögensbestandteil durchaus rechtsicher erfasst werden (unter Hinweis auf die österreichische Rechtslage in § 82 Abs. 1 Ziffer 3 und 4 österreichisches EheG). Damit einhergehenden Missbrauchspotenzialen –

1 Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Geschäftsführer der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

2 Dazu etwa BGH, Urteil vom 26.03.1997, XII ZR 250/95, MittBayNot 1997, 231 = DNotI-Report 1997, 130 = NJW 1997, 2239.

3 Dazu BGH, Urteil vom 03.02.2010, XII ZR 189/06, MittBayNot 2011, 138 = DNotZ 2010, 852 = NJW 2010, 2202.

4 Darlegung dieser Problematik unter Verweis auf *Braeuer*, FPR 2011, 75, 78.

etwa die vereinfachte Verlagerung von privatem Vermögen in das Betriebsvermögen durch entsprechende rechtliche Konstruktionen („Immobilienverwaltung GmbH & Co. KG“) – könne beispielsweise dadurch vorgebeugt werden, dass rein vermögensverwaltende Betriebsvermögensbestandteile nicht vom Zugewinnausgleich ausgenommen werden.

Besonderes Augenmerk bedürfe nach *Kappler* die Gestaltung von Erträgen des vom Zugewinnausgleich ausgenommenen Vermögens (zum Beispiel: Mieten aus einer Immobilie, die aus Zugewinn ausgenommen wurde). Auch Erträge könnten aus dem Zugewinn ausgenommen werden, wenn die Ehegatten dies wünschten. Am zweckmäßigsten sei insofern die Einrichtung eines separaten Kontos, auf welchem die Erträge des aus dem Zugewinn ausgenommenen Vermögensbestands „gesondert“ gesammelt und von welchem aus alle Aufwendungen für diesen Vermögensbestandteil getätigt werden. Ebenfalls besonders relevant seien Konstellationen, in denen ein Ehegatte Verwendungen in das vom Zugewinnausgleich ausgenommene Vermögen tätigt, da hiermit erhebliche Manipulationsgefahren einhergingen. So könne etwa der Eigentümer bzw. Inhaber des aus dem Zugewinnausgleich ausgenommenen Vermögensbestands vor der Ehescheidung eigentlich zugewinnausgleichspflichtiges Vermögen in den ausgenommenen Vermögensbestandteil investieren („Installation goldener Wasserhähne“). Sofern dies in doloser Absicht geschehe, sei entsprechenden Fälle über eine Anwendung des § 1375 Abs. 2 Nr. 3 BGB beizukommen. Verwendungen des Nicht-Eigentümer-Ehegatten in den vom Zugewinnausgleich ausgenommenen Vermögensgegenstand seien für diesen Ehegatten ohne entsprechende Regelung „verloren“. Insofern sei es – sofern dies dem Wunsch der Ehegatten entspreche – regelmäßig empfehlenswert, besondere Schutzvorschriften zugunsten dieses Ehegatten vertraglich zu verankern.

Gegen Ende ihres Vortrags ging *Kappler* auf das sog. „Umkippen“ ehevertraglicher Regelungen ein, also zum Beispiel die unplanmäßige Erhöhung des Zugewinns zugunsten des von der Herausnahme bereits begünstigten Ehegatten und vice versa. Der BGH habe in einer dazu ergangenen Entscheidung darauf verzichtet, eine entsprechende Regelung als unwirksam einzustufen.<sup>5</sup> Allgemein seien gütervertragliche Gestaltungen, wie *Kappler* abschließend im Kontext der richterlichen Inhaltskontrolle hervorhob, relativ kontrollfest; der BGH spreche insofern weiterhin von der Kernbereichsferne des Güterrechts.

Anschließend an das konzise Fazit *Kapplers* übernahm *Sommer* zum Thema „Gestaltungsfragen bei Immobilienerwerb durch Ehegatten“. Gedanklicher Ausgangspunkt für die rechtliche Erfassung der im Vortragstitel benannten Konstellationen sei die Frage, wie die jeweilige Immobilie erworben bzw. gehalten werden solle. Dabei seien zuvorderst wirtschaftliche und steuerrechtliche Überlegungen einzu beziehen, wobei die Grunderwerbsteuer – anders als bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften – aufgrund des § 3 Nr. 4 GrEStG in der Regel keine Rolle spiele. Im Rahmen der

genuin wirtschaftlichen Vorüberlegungen könne es von besonderer Bedeutung sein, ob oder ob nicht die Investition eines Ehegatten in das Eigentum des anderen Ehegatten bzw. ein „überquotaler“ Investitionsbeitrag im Falle der Scheidung zurückgefordert werden kann. Sofern die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand lebten, würde nach der insofern maßgeblichen Rechtsprechung des BGH regelmäßig kein über den Zugewinnausgleich hinausgehender Ausgleich stattfinden. Nur in Ausnahmefällen käme eine Anwendung des § 313 BGB in Betracht. Würden die Ehegatten im Güterstand der Gütertrennung leben sei demgegenüber ein Rückgriff auf das Institut der Ehegatteninnengesellschaft oder § 313 BGB denkbar.

Aus schenkungsrechtlicher Perspektive sei überdies zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des BFH eine ehebedingte Zuwendung in der Regel eine freigiebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG darstelle und somit grundsätzlich schenkungsteuerpflichtig sei. Bei Familienheimen nach § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG drohe demgegenüber regelmäßig keine Schenkungsteuer. Unter schenkungssteuerrechtlichem Gesichtspunkt kritisch seien im Ergebnis somit vor allem vermietete Immobilien sowie Zweit- und Ferienwohnungen (Kriterium: „Mittelpunkt familiären Zusammenlebens“).

Anschließend widmete sich *Sommer* der Konstellation des Erwerbs von Immobilien durch Ehegatten. Dabei müsse insbesondere hinterfragt werden, wann der Erwerb zum Miteigentum zu gleichen Teilen ohne Ehevertrag für die Ehegatten sachgerecht sei. Dies sei zum einen bei gleichen Investitionsbeiträgen der Ehegatten der Fall. Zum anderen könne eine derartige Gestaltung auch sachgemäß sein, wenn zwar unterschiedliche Investitionsbeiträge aufgewendet würden, der Ausgleich der unterschiedlichen Investitionsbeiträge aus sonstigen Gründen aber von den Ehegatten als gerecht empfunden werde (zum Beispiel: entsprechende „Aufgabenteilung“ in einer Ehe). In sonstigen Konstellationen könne der Erwerb zum Miteigentum zu gleichen Teilen in der Zugewinnsgemeinschaft oftmals unpassend sein – und somit Gestaltungsbedarf auslösen. Dies sei etwa der Fall, wenn ein Ehegatte erheblich mehr Investitionsbeiträge erbringe und seine Vermögensposition auch nach einer Scheidung festigen oder drohende Schenkungsteuer vermeiden möchte. In diesem Fall sei nach *Sommer* in der Regel eine ergänzende ehevertragliche Regelung zur Modifikation der Zugewinnsgemeinschaft erforderlich. Diese könne beispielsweise auf die Herausnahme der Immobilie aus dem Zugewinn oder auf den vollständigen Ausschluss des Zugewinnausgleichs für den Fall der Scheidung gerichtet sein.

Für die Gestaltung des Immobilienerwerbs durch Ehegatten böten sich mehrere Optionen an: In der sog. „Darlehenslösung“ seien beide Ehegatten zu gleichen Teilen Eigentümer des Grundstücks, einer der Ehegatten investiere allerdings mehr, als es seinem Eigentumsanteil entspreche. Durch eine zusätzliche Vereinbarung zwischen den Ehegatten würden diese „übermäßig“ geleisteten Beiträge – die rechtlich als Darlehen zu qualifizieren seien – bis zur Kündigung des Darlehens bzw. bis zur Scheidung gestundet.

<sup>5</sup> Dazu BGH, Beschluss vom 17.07.2013, XII ZB 143/12, DNotZ 2014, 128 = NJW 2013, 2753.



Durch eine derartige Gestaltung könne insbesondere verhindert werden, dass eine freigiebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG vorliege. Der darlehensgebende Ehegatte sei allerdings in dieser Gestaltungskonstellation nicht an einer Wertentwicklung der Immobilie hinsichtlich überquotaler Beiträge beteiligt. Das Darlehen sei nicht beurkundungspflichtig.

Alternativ könne der Immobilienerwerb durch Ehegatten als Erwerb durch eine gemeinschaftliche Gesellschaft bürgerlichen Rechts konzipiert werden. Dies böte den Vorteil, dass die Gesellschaftsanteile – und somit auch die Beteiligungsquote an der Immobilie – zwischen den Ehegatten variabel ausgestaltet werden könnten. Auch die Folgen einer Trennung seien in dieser Gestaltungsvariante individuell regelbar (zum Beispiel Übernahmerecht eines Ehegatten gegen Abfindung in Höhe des Verkehrswerts). In dieser Konstellation liege ebenfalls keine freigiebige Zuwendung im schenkungsteuerlichen Sinne vor. Beide Ehegatten seien über die Gesamthand an der Wertentwicklung der Immobilie mit dem gesamten jeweiligen Investitionsbeitrag beteiligt. Als erheblicher Nachteil der GbR-Gestaltungsalternative müsse jedoch beachtet werden, dass das Familienheimprivileg gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4a, 4b ErbStG unter Umständen gefährdet sei.

Als letzte Gestaltungsalternative für den Immobilienerwerb durch Ehegatten stellte *Sommer* auf die Anpassung der Miteigentumsanteile an die jeweils erbrachten Investitionsbeiträge ab. Diese Variante böte sich insbesondere an, wenn und soweit die jeweiligen Finanzierungsbeiträge der Ehegatten vorhersehbar seien; in diesem Fall könne der Miteigentumsanteil jedes Ehegatten entsprechend ausge-

staltet werden. Sofern dies von den Ehegatten gewünscht sei, könnten im Rahmen des Immobilienerwerbs auch Regelungen zur Auseinandersetzung der Miteigentümergeinschaft vereinbart werden.

Nach der anschließenden Exemplifizierung von Konstellationen, in denen ein Ehegatte in die im Alleineigentum des anderen Ehegatten stehende Immobilie investiert, ging *Sommer* darauf ein, welche Gestaltungsmöglichkeiten für Fälle in Betracht kämen, in denen ein Ehegatte besonders haftungsgefährdet sei („asset protection“). Der Grundbesitz sollte in diesem Fall regelmäßig durch den weniger haftungsgefährdeten Ehegatten gehalten werden; da oftmals vor allem das Familienheim „abgesichert“ werden soll, drohe insofern auch keine Schenkungsteuer (§ 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG). Die Immobilienübertragung müsse dabei allerdings – natürlich – vor Eintritt des Haftungsfalls stattfinden, wobei unter Umständen zusätzlich auf etwaige insolvenz-anfechtungsrechtliche Fristen zu achten sei. Um den investierenden, haftungsgefährdeten Ehegatten für den Fall der Scheidung abzusichern, seien ergänzende ehevertragliche Regelungen erforderlich, da der Zugewinnausgleich für diesen in der Regel nicht ausreichend sei. Denkbar sei insofern beispielsweise die Einräumung eines Wohnrechts nach § 1093 BGB, da dieses gemäß § 857 Abs. 3 ZPO nicht der Pfändung unterliege (soweit die Ausübung nicht einem Dritten überlassen werden kann, § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Nach dem Vortrag eröffnete *Grigoleit* die Diskussions- und Fragerunde mit den Referenten. Die Powerpoint-Folien der Referenten stehen auf der Homepage der Forschungsstelle zur Verfügung ([www.notarrechtsinstitut.de](http://www.notarrechtsinstitut.de), dort unter „Veranstaltungen“).



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

**Rede der Präsidentin der Notarkasse A.d.ö.R, Notarin Dr. Helene Ludewig, anlässlich der Trauerfeier und Beisetzung von Dr. Hans-Rainer Gebhard am 15.02.2022 in Haar<sup>1</sup>**

Liebe Frau Gebhard,  
liebe Trauergäste!

Vielen Dank, dass Sie mir die Gelegenheit geben, mich hier im Namen der Notarkasse noch einmal bei Dr. *Hans-Rainer Gebhard* zu bedanken. Ich tue das ausdrücklich auch im Auftrag meiner beiden Vorgänger, Dr. *Tilman Götte* und Professor *Manfred Bengel*. Beide konnten heute leider nicht kommen, haben mich aber gebeten, auch für sie zu sprechen und eine Blume auf das Grab zu legen.

Trotz großer Verdienste von *Hans-Rainer Gebhard* werde ich versuchen, mich kurz zu halten.

*Hans-Rainer Gebhard's* Berufsleben war geprägt und begleitet von seiner Tätigkeit für die Notarkasse. Die Notarkasse war für ihn wichtig. Er war aber auch für die Notarkasse wichtig.

Nach seiner Ernennung zum Notarassessor mit Wirkung vom 16. November 1973 war er zunächst für anderthalb Jahre Notar *Reinhold von Großmann* in Hersbruck zur Ausbildung zugewiesen. Schon ab 1. Mai 1975 war er dann aber in der Ottostraße in München für die Landesnotarkammer Bayern und die Notarkasse tätig und blieb es bis 2010, also insgesamt 35 Jahre lang, mit wenigen kurzen Unterbrechungen.

Mit Wirkung vom 1. August 1980<sup>2</sup> wurde er von Professor *Germar Hüttinger*, dem damaligen Präsidenten, zum Geschäftsführer der Notarkasse bestellt und blieb dies fast zehn Jahre lang, auch unter dem späteren Präsidenten Dr. *Wolfgang Ring*. Damit ist er der Geschäftsführer mit der längsten Dienstzeit.

Am 1. Februar 1990 wurde er wieder Notar im Dienst in München, in Sozietät mit dem Kollegen *Hans-Peter Rüth*. Er blieb der Notarkasse aber stets verbunden: Noch im gleichen Jahr wurde er zum Mitglied des Verwaltungsrats gewählt und war schließlich von 1998 bis 2010 erster Stellvertreter des Präsidenten. Fast 30 Jahre lang war er zudem Mitglied des Anlageausschusses der Notarkasse und konnte mit seiner Erfahrung und seinem Sachverstand erheblich zur gewinnbringenden Anlagetätigkeit beitragen.

Daneben war er von 2001 bis 2010 der Beauftragte der Notarkasse für Versicherungsangelegenheiten und als solcher Mitglied des Verwaltungsrats des Notarversicherungsfonds in Köln und des Ausschusses für Versicherungsangelegenheiten bei der Bundesnotarkammer.

Im Jahr 1998 trat er zusammen mit Professor *Bengel* zur Wahl des Präsidenten der Notarkasse an und unterlag knapp. Es ist so sympathisch wie typisch für ihn, dass er deshalb niemals grollte oder beleidigt war, sondern – im Gegenteil – immer betonte, was für ein großes Glück das für ihn gewesen sei. Tatsächlich ergänzten sich die beiden auf wunderbare Weise – wobei *Hans-Rainer Gebhard* meist den Part des besonnenen und ruhigen Beraters und Denkers im Hintergrund übernahm, während Professor *Bengel* die Idealbesetzung für die großen Auftritte nach draußen war.

Schon in seinen Beurteilungen in der Assessorenzeit wurden *Hans-Rainer Gebhard's* herausragenden Eigenschaften betont: Er war ein wissenschaftlich hervorragender Jurist und ein kluger Kopf. Er war aber auch und vor allem ein unglaublich geduldiger, umsichtiger, hilfsbereiter, humorvoller und einfach netter Mensch ohne jede Eitelkeit.

Und besonders deshalb werden wir ihn vermissen – seine ruhige Art, sein verschmitztes Lächeln, seinen Humor, seine Freude an einer interessanten Aufgabe, aber auch an einer neuen Operaufführung, einer idyllischen Landschaft und einem guten Essen.

Es war einfach schön, mit ihm zusammen zu arbeiten und zu sein, und es ist unglaublich schade, dass das jetzt nicht mehr möglich ist.

Dass viele Kollegen und auch viele Beschäftigte der Notarkasse ihm eng verbunden waren, zeigt ihre heutige Präsenz.

Wir werden ihm ein ehrendes Andenken bewahren.

Der Herr schenke ihm die ewige Ruhe!

1 Es gilt das gesprochene Wort. – Notar a. D. Dr. *Hans-Rainer Gebhard* (\* 15. September 1945) ist am 8. Februar 2022 verstorben.

2 Nach einer Rückkehr in die Praxis zur Ausbildung bei Notar Dr. *Peter Gantzer* in München (1. Juli 1978 bis 14. Juli 1980) und Ernennung zum Notar in Regen am 15. Juli 1980 mit sofortiger Niederlegung.

## Veranstaltungshinweise

### Rheinisches Institut für Notarrecht

#### Relevanz der beschränkten dinglichen Rechte in der Praxis

Freitag, 29.04.2022, 14 Uhr s. t.  
Universität Bonn oder über Zoom (Hybridveranstaltung)

#### Referenten:

Notar a. D. Dr. *Julius Forschner*  
Notar PD Dr. *Patrick Meier*  
Notar Dr. *Klaus Oertel*  
Dr. *Johannes Richter*

#### Kontakt/Anmeldung:

Rheinisches Institut für Notarrecht,  
Adenauerallee 46a, 53113 Bonn;  
notarrecht@uni-bonn.de

### 21. Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

#### Aktuelle Herausforderungen im Immobilienrecht

Freitag, 24.06.2022  
Neubaukirche der Julius-Maximilians-Universität Würzburg  
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

#### Aus dem Programm:

AGB-Kontrolle von Bauträgerverträgen  
(Dr. *Gregor Basty*, Notar, München)

Das neue Maklerrecht, insb. Regelungsmöglichkeiten im  
Grundstückskaufvertrag  
(PD Dr. *Patrick Meier*, Notar, Bischofsheim i. d. Rhön)

Sachenrechtliche Fragestellungen nach der WEG-Reform  
(Prof. Dr. *Florian Jacoby*, Universität Bielefeld)

Auswirkungen der Grunderwerbsteuerreform auf die  
notarielle Vertragsgestaltung  
(Dr. *Eckhard Wälzholz*, Notar, Füssen)

Städtebauliche Verträge in der Praxis (insb. vor dem Hin-  
tergrund des BGH-Urteils vom 29.01.2022, V ZR 139/19)  
(Dr. *Franz Dirnberger*, Geschäftsführendes Präsidial-  
mitglied, Bayerischer Gemeindetag)

§ 250 BauGB n. F. in der notariellen Praxis  
(Prof. Dr. *Herbert Grziwotz*, Notar a. D., Regen; Vorstands-  
mitglied des INotR Würzburg)

Beurkundungs- und berufsrechtliche Gestaltungsgrenzen  
– Distanz- und Umgehungsgeschäfte  
(Dr. *Stefanie Roloff*, Richterin am BGH, Karlsruhe)

Zulässiger und unzulässiger Inhalt von Dienstbarkeiten  
(Prof. Dr. *Johanna Schmidt-Räntsch*, Richterin am  
BGH a. D.)

#### Tagungsbeitrag:

„Präsenzteilnahme“/„Onlineteilnahme“: frei für Notaras-  
sessoren mit NotRV-Mitgliedschaft; 60 € für Notare a. D.  
mit NotRV-Mitgliedschaft; 105 € für Notare a. D. und Notar-  
assessoren ohne NotRV-Mitgliedschaft, Rechtsanwälte mit  
max. 3 J. Zulassung, Notariatsangestellte; 185 € für NotRV-  
Mitglieder; 235 € für Nichtmitglieder.

#### Kontakt/Anmeldung:

Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg,  
Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Fax: 0931/35576225;  
E-Mail: notrv@dnoti.de; www.notrv.de.



## Veranstaltungen des DAI

1. **Online-Vortrag LIVE: Start ins (Anwalts-)Notaramt**  
(Tondorf)  
01.03.2022 online
2. **Online-Vortrag LIVE: GNotKG Aktuell – optimiert abrechnen**  
(Tondorf)  
03.03.2022 online
3. **Vertragsvorbereitung, -gestaltung und Abwicklung von Grundstücks-, Wohnungseigentums- und Erbbaurechtskaufverträgen**  
(Tondorf)  
04.03.2022 in Heusenstamm und als Livestream
4. **GmbH-Recht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**  
(Herzog)  
08.03.2022 in Bochum und als Livestream
5. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**  
(Berkefeld)  
11.03.2022 in Berlin und als Livestream
6. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2021/2022**  
(Herrler/Hertel/Hügel/Kessler)  
12.03.2022 in Erfurt
7. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2021/2022**  
(Herrler/Hertel/Ihle/Kessler)  
18.03.2022 in Bochum und als Livestream
8. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2021/2022**  
(Herrler/Hertel/Kessler)  
19.03.2022 in Düsseldorf
9. **Aktuelles Kostenrecht im Notariat**  
(Volpert)  
28.03.2022 in Heusenstamm und als Livestream
10. **Notarielle Fachprüfung – Systematisches Klausurentraining**  
(Berkefeld)  
26.04.2022 in Bochum und als Livestream
11. **Erbrecht – aktuell für Notare**  
(Keim)  
27.04.2022 in Kassel
12. **Online-Vortrag LIVE: Handelsregister – Ausbildungsbegleitender Lehrgang für Auszubildende im Notariat ab dem zweiten Lehrjahr**  
(Tondorf)  
27.04.2022 online
13. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2021/2022**  
(Herrler/Hertel/Kessler/Lieder)  
28.04.2022 in Heusenstamm und als Livestream
14. **Einführung in das Grundbuch für Quereinsteiger**  
(Böhringer)  
29.04.2022 in Berlin und als Livestream
15. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2021/2022**  
(Herrler/Hertel/Kessler)  
29.04.2022 in Stuttgart

**Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, T. 0234 970640, F. 0234 703507, M. notare@anwaltsinstitut.de.

## Neuerscheinungen

1. Anders/Gehle: Zivilprozessordnung: ZPO. 80. Aufl., Beck, 2021. 3162 S., 175,00 €
2. Baumann/Sikora: Hand- und Formularbuch des Vereinsrechts. 3. Aufl., Beck, 2021. 1111 S., 159,00 €
3. Bolk: Beratungsschwerpunkte Kapitalgesellschaft - Abonnementsbezug, Bilanzierung, Besteuerung und zivilrechtliche Fragen in der steuerberatenden Praxis. 2. Aufl., Deubner, 2021. 978 S., 184,68 €
4. Böttcher: ZVG. Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 7. Aufl., Beck, 2021. 1017 S., 129,00 €
5. Diehn: Notarkosten. Grundlagen, Erläuterungen, Beispiele. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2021. 360 S., 44,00 €
6. Dutta/Baldus: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 5: Erbrecht. Testamentsvollstreckung §§ 2197-2228. Sellier – De Gruyter, 2022. 524 S., 169,00 €
7. Dutta/Jacoby/Schwab: FamFG. Kommentar. 4. Aufl., Giesecking, 2021. 2500 S., 149,00 €
8. Elsing: Das Geldwäschegesetz in der notariellen Praxis. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2021. 168 S., 69,00 €
9. Flache: Praxishandbuch Datenschutz im Notariat. 1. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2021. 296 S., 79,00 €
10. Gebele/Scholz: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht. 14. Aufl., Beck, 2021. 3026 S., 149,00 €
11. Grüneberg: Bürgerliches Gesetzbuch. 81. Aufl., Beck, 2021. 3257 S., 119,00 €
12. Hauschild/Kallrath/Wachter: Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht. 3. Aufl., Beck, 2022. 2129 S., 239,00 €
13. Hölters/Weber: Aktiengesetz: AktG. 4. Aufl., Vahlen, 2021. 2959 S., 299,00 €
14. Jaeger: Insolvenzordnung: InsO. Band 4: §§ 103-128. 2. Aufl., De Gruyter, 2021. 880 S., 199,95 €
15. Jennißen: Wohnungseigentumsgesetz. Kommentar. 7. Aufl., Otto Schmidt, 2021. 1766 S., 139,00 €
16. Klapdor: Der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten im Rahmen der transparenzregisterrechtlichen Regelungen des Geldwäschegesetzes. Nomos, 2021. 639 S., 178,00 €
17. Klein/Müller/Lieber: Änderung der Unternehmensform. Handbuch zum Umwandlungs- und Umwandlungssteuerrecht. 12. Aufl., NWB, 2021. 834 S., 99,00 €
18. Knittel: Beurkundungen im Kindschaftsrecht. 9. Aufl., Reguvis, 2021. 460 S., 49,00 €
19. Korintenberg: Gerichts- und Notarkostengesetz: GNotKG. 22. Aufl., Vahlen, 2021. 2048 S., 169,00 €
20. Krauß: Vermögensnachfolge in der Praxis. 6. Aufl., Heymanns, 2021. 2788 S., 169,00 €
21. Langhein/Naumann/Görner: NotarFormulare Wohnungseigentumsrecht. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2022. 328 S., 94,00 €
22. Liehr: Auswirkungen des Brexits auf Umwandlungen aus steuerrechtlicher und zivilrechtlicher Sicht am Beispiel der britischen Limited. Edition Wissenschaft & Praxis, 2021. 184 S., 49,00 €
23. Limmer/Hertel/Frenz: Würzburger Notarhandbuch. 6. Aufl., Heymanns, 2021. 3850 S., 259,00 €
24. Louven: Handbuch Unternehmenskaufvertrag. 1. Aufl., RuW, 2021. 580 S., 139,00 €
25. Meyer-Landrut: Formular-Kommentar GmbH-Recht. 5. Aufl., Heymanns, 2021. 1532 S., 189,00 €
26. Meyer-Sparenberg/Jäckle: Beck'sches M&A-Handbuch. Planung, Gestaltung, Sonderformen, regulatorische Rahmenbedingungen und Streitbeilegung bei Mergers & Acquisitions. 2. Aufl., Beck, 2022. 2592 S., 269,00 €
27. Möller: Die Beschlussfassung im Recht der Personen- und Kapitalgesellschaften. 1. Aufl., Duncker & Humblot, 2021. 344 S., 89,90 €
28. Orth/Uhl: Stiftungsrechtsreform 2021. 1. Aufl., Otto Schmidt, 2021. 300 S., 44,80 €
29. Otte/Herzog/Olshausen: BGB: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 5: Erbrecht. (Pflichtteil, Erbwürdigkeit) §§ 2303-2345. Sellier – De Gruyter, 2022. 710 S., 289,00 €
30. Otto/Sikora/Tiedtke: Gerichts- und Notarkostengesetz. Kommentar. 22. Aufl., Vahlen, 2021. 2048 S., 169,00 €
31. Ring/Grziwotz/Schmidt-Räntsch: BGB Bürgerliches Gesetzbuch. Sachenrecht. Band 3. 5. Aufl., Nomos, 2022. 2764 S., 218,00 €
32. Rotter: Immobilien im Unternehmensvermögen. NWB, 2021. 622 S., 69,00 €
33. Saenger/Ullrich/Siebert: Zivilprozessordnung: ZPO. Kommentiertes Prozessformularbuch. 5. Aufl., Nomos, 2021. 2700 S., 148,00 €
34. Saenger/Ullrich/Siebert: Paket ZPO. Nomos, 2021. 6400 S., 222,00 €
35. Schauhoff/Ufer: Gemeinnützige Unternehmen und Konzerne. Recht, Steuern, Management. Beck, 2021. 339 S., 99,00 €



36. Schmid: Steuerfallen im Erbrecht. 2. Aufl., NWB, 2021. 337 S., 49,00 €
37. Schmidt: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht. InsO, InsVV, SchVG, Haftungsrecht, Steuerrecht, Strafrecht. 9. Aufl., Heymanns, 2021. 3418 S., 199,00 €
38. Schürmann/Pruns/Schiffer: Die Reform des Stiftungsrechts. Deutscher Notarverlag, 2022. 278 S., 49,00 €
39. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 249-254 (Schadensersatzrecht). 16. Aufl., Sellier – De Gruyter, 2021. 406 S., 159,95 €
40. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 630a-630h (Behandlungsvertrag). 16. Aufl., Sellier – De Gruyter, 2021. 540 S., 309,00 €
41. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 823 E-I, 824, 825 (Verkehrspflichten, deliktische Produkthaftung, Verletzung eines Schutzgesetzes, Arzthaftungsrecht). 15. Aufl., Otto Schmidt – De Gruyter, 2021. 697 S., 239,00 €
42. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 826-829; ProdHaftG (Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung, Unzurechnungsfähigkeit und Produkthaftung). 19. Aufl., Otto Schmidt – De Gruyter, 2021. 700 S., 239,00 €
43. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 3: Sachenrecht: ErbbauRG: Erbbaurechtsgesetz §§ 1018-1112. 1. Aufl., Otto Schmidt – De Gruyter, 2021. 340 S., 129,95 €
44. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3: Sachenrecht (§§ 1030-1112, Nießbrauch, Vorkaufrecht, Reallasten). 17. Aufl., Otto Schmidt – De Gruyter, 2022. 676 S., 229,00 €
45. Stieper/Klump/Singer/Herrler: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB. §§ 90-124; §§ 130-133. 17. Aufl., Otto Schmidt – De Gruyter, 2021. 956 S., 339,00 €
46. Süß/Wachter: Handbuch des internationalen GmbH-Rechts. 4. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2022. 2404 S., 189,00 €
47. Süß/Wachter: Handbuch des internationalen GmbH-Rechts. 4. Aufl., zerb, 2021. 2404 S., 189,00 €
48. Taeger/Gabel: Datenschutzgrundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz. 4. Aufl., Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2022. 2390 S., 298,00 €
49. Viskorf: Grunderwerbsteuergesetz. 20. Aufl., Beck, 2022. 877 S., 149,00 €
50. Walz: Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht: Deutsch-Englisch. 5. Aufl., Beck, 2022. 1943 S., 189,00 €
51. Weber: Digitalisierung im Gesellschaftsrecht. Die elektronische Gründung von Kapitalgesellschaften nach dem EU-Company Law Package. Nomos, 2021. 324 S., 92,00 €
52. Weingärtner/Ulrich/Löffler: Vermeidbare Fehler im Notariat. 11. Aufl., Heymanns, 2021. 520 S., 99,00 €
53. Weinreich/Klein: Familienrecht. Kommentar. 7. Aufl., Luchterhand, 2021. 2268 S., 129,00 €
54. Wieczorek/Schütze: Zivilprozessordnung und Nebengesetze: ZPO - Band 2: §§ 50-127a. 5. Aufl., De Gruyter, 2021. 1095 S., 369,00 €
55. Zöller: Zivilprozessordnung: ZPO. 34. Aufl., Otto Schmidt, 2021. 3293 S., 169,00 €

## Personaländerungen

### 1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Hans-Rainer Gebhard  
verstorben am 08.02.2022

### 2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 01.02.2022:

Notar Dr. Hans-Hermann Wörner, Kemnath

Mit Wirkung zum 01.03.2022:

Notar Dr. Gottfried von Bary, München

Notarin Dr. Nadja Danninger, Berlin  
(Hauptgeschäftsführerin der BNotK)

Notar Dr. Benedikt Strauß, Berlin  
(Geschäftsführer der BNotK)

Notarin Roswitha Vogt-Grziwotz, Regem

Mit Wirkung zum 01.04.2022:

Notar Günter Hasler, Viechtach

### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 01.02.2022:

Roding dem Notar a. D.  
Benjamin Weingarten

Mit Wirkung zum 01.03.2022:

Bischofsheim dem Notarassessor  
i. d. Rhön PD Dr. Patrick Meier  
(bisher in Würzburg,  
DNotI)

München dem Notar a. D.  
(in Sozietät mit Ulrich F. Gropengießer  
Notar Rasso Rapp)

Regem dem Notarassessor  
Dr. Benedikt Strauß  
(Geschäftsführer  
der BNotK)

Regem der Notarassessorin  
Dr. Nadja Danninger  
(Hauptgeschäftsführerin  
der BNotK)

Regem dem Notarassessor  
(in Sozietät mit Dr. Benedikt Mack  
Notarin Angelika (bisher in München,  
Sträuber) Notarstellen Dr. Regler/  
Dr. Sikora)

Mit Wirkung zum 01.04.2022:

Rosenheim dem Notar  
(in Sozietät mit Dr. Ulrich Hönle  
Notar Dr. Martin (bisher in Waldmünchen)  
Leiß)

Viechtach dem Notarassessor  
Christoph Aumann  
(bisher in Dachau,  
Notarstellen Dr. Odersky/  
Dr. Mayr)

### 4. Sonstige Veränderungen:

Der Amtssitz des Notars Jochen Keßler wurde zum  
01.01.2022 von Ludwigsstadt nach Kronach verlegt

Notar Benedikt Mack, Regem, wurde mit Wirkung  
vom 26.01.2022 promoviert



### Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Fürth, Notarstelle Falko Bode  
Königstraße 109  
90762 Fürth

Kronach, Notarstelle Jochen Keßler  
Kulmbacher Straße 20  
96317 Kronach  
T. 09621 910270  
F. 09261 9102711  
M. mail@notar-kessler.de

Oettingen i. Bay., Notarstelle Kathrin Trutschel  
Schloßstraße 16  
86723 Oettingen i. Bay.

Notarkammer Pfalz  
Schlossplatz 11a  
66482 Zweibrücken  
T. 06332 9071103  
F. 06632 9071104  
M. mail@notarkammer-pfalz.de  
www.notarkammer-pfalz.de



Aufsätze



Buchbesprechungen



Rechtssprechung



Sonstiges



Standesnachrichten







Aufsätze



Buchbesprechungen



Rechtsprechung



Sonstiges

Standesnachrichten





Abonnement

## MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, T. 089 55166-0, F. 089 55089-572, M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 01.07. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15.11. eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München, T. 089 5482170, F. 089 555551, [www.universalmedien.de/notarkammer](http://www.universalmedien.de/notarkammer).

