

BW NotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

3 | 2023

August 2023

HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A

70174 Stuttgart

SCHRIFTLEITUNG

Notar Anton Gordon,

Heidelberg

ISSN-Nummer 1434-2979

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de

ABHANDLUNGEN

Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit eines Wiederkaufsrechts als Inhalt einer erbaurechtlich-dinglichen Verkaufsverpflichtung nach § 2 Nr. 7 Erbbaurechtsgesetz – Theorie

von Notar Dr. Johann Andreas Dieckmann, M.St. (Oxford), Freiburg i.Br. 121

Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit eines Wiederkaufsrechts als Inhalt einer erbaurechtlich-dinglichen Verkaufsverpflichtung nach § 2 Nr. 7 Erbbaurechtsgesetz – Praxis

Bemerkungen zur Entscheidung des OLG Stuttgart

vom 13.9.2022 (10 U 278/21)

von Notar Dr. Johann Andreas Dieckmann, M.St. (Oxford), Freiburg i.Br. 135

RECHTSPRECHUNG

LIEGENSCHAFTSRECHT

OLG Stuttgart (10. Zivilsenat), Urteil vom 13.09.2022 – 10 U 278/21

Rückübertragung eines Erbbaurechts, die Versicherung des Bauwerks und die Zahlung des Erbbauzinses bis zur

Rückgabe des Grundstücks 146

ERBRECHT

BGH (IV. Zivilsenat), Beschluss vom 22.03.2023 – IV ZB 12/22

Keine Anfechtung einer lenkenden Erbausschlagung bei unbeachtlichen

Motivrrtum über den danach eintretenden Erben 159

GESELLSCHAFTSRECHT

OLG Celle (9. Zivilsenat), Beschluss vom 20.03.2023 – 9 W 24/23

Inhaltliche Erfordernisse an die Versicherung des Geschäftsführers

nach § 8 Abs. 3 GmbHG, GmbHG § 6 Abs. 2, GmbHG § 8 Abs. 3 166

STEUERRECHT

BFH (IV. Senat), Urteil vom 23.03.2023 – IV R 2/20

Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten 171

BFH (X. Senat), Beschluss vom 10.03.2023 – X B 70/22

Keine Gesamtrechtsnachfolge bei Ausgliederung 176

Datenschutz speziell für Notare



Ich habe mich auf den Datenschutz für Notare in Baden-Württemberg und Bayern spezialisiert.

Ich biete

- Kernkompetenzen in Datenschutz, IT-Sicherheit und Organisation
- Jahrzehntelange Erfahrung in diesen Bereichen
- Eine Vielzahl von Referenzen im Notarbereich
- Überprüfte Dokumentationen bei meinen Kunden durch LDSB und Amtsprüfung

Ihre Vorteile:

- Ihre Tätigkeiten und Abläufe sind mir bekannt
- Ich kenne ihre Programme (NOAH, TriNotar, ARNOtop, ...) und ihre Systemhäuser
- Erstellung aller notwendigen Unterlagen (Verfahrensverzeichnis, TOMs, ...)
- Persönliche Betreuung im Datenschutz
- Direkter Ansprechpartner

Datenschutz zum fairen Preis !

Hubert Rommel

Externer Datenschutzbeauftragter



Mitglied im Berufsverband
der Datenschutzbeauftragten
Deutschlands e.V.

Kapellenstraße 56
88471 Laupheim

Tel.: 07392 / 96 44 880
Mail: Info@EOS-HR.de

NOTARE

Lindenmaier Luz

Zur Verstärkung des Teams von Notar Mark Lindenmaier suchen wir für eine freiwerdende Stelle eine/n

**Württembergische/n Notariatsassessor/in oder
Volljurist/in mit Erfahrung im Notariat (m/w/d)**

für eine unbefristete Vollzeit- oder Teilzeittätigkeit.

Bei uns erwartet Sie ein vielfältiges und abwechslungsreiches Aufgabengebiet, das die gesamte Bandbreite der notariellen Tätigkeit umfasst und sich an Ihre Vorstellungen hinsichtlich Teilzeit und Homeoffice anpassen lässt. Neben der Vertragsgestaltung und Vorbereitung von Urkunden übernehmen Sie Beratungsgespräche mit Mandanten sowie Notarvertretungen und Beurkundungen.

Unsere etablierte Notarkanzlei im Herzen von Stuttgart-Bad Cannstatt verfügt über einen breiten, gewachsenen Kundenstamm und ist hervorragend mit öffentlichen Verkehrsmitteln oder mit dem PKW erreichbar.

Wir bieten Ihnen ein freundliches Betriebsklima in einem netten und kompetenten Team, überdurchschnittliche Bezahlung bei geregelten Arbeitszeiten, laufende Fortbildung, Homeoffice-Möglichkeiten, flache Hierarchien und einen modernen, klimatisierten Arbeitsplatz sowie Parkplatz. Bei der Wohnungssuche sind wir auf Wunsch behilflich.

Gerne führe ich ein persönliches Gespräch mit Ihnen. Bitte senden Sie Ihre Bewerbungsunterlagen, die natürlich streng vertraulich behandelt werden, an

Notar Mark Lindenmaier persönlich / vertraulich
NOTARE Lindenmaier Luz, Kreuznacher Straße 68, 70372 Stuttgart,
Tel. 0711/955926-72, mark.lindenmaier@ll-notare.de

Einladung

zur ordentlichen Mitgliederversammlung des Württembergischen Notarverein e.V.

am

**Samstag, den 23. September 2023,
10.00 Uhr**

im Congress-Centrum Stadtgarten,
Rektor-Klaus-Straße 9, 73525 Schwäbisch Gmünd.

Die Tagesordnung für die Mitgliederversammlung sieht folgendes vor:

- 1. Begrüßung und Grußworte**
- 2. Festvortrag:**
Nicole Razavi MdL, Ministerin für Landesentwicklung und Wohnen des Landes Baden-Württemberg:
„Beschleunigen, Erleichtern, Möglichmachen: Planen und Bauen in Baden-Württemberg“
- 3. a) Bericht des Vorstandes**
b) Bericht Kassenprüfer
- 4. Aussprache**
- 5. Entlastung des Vorstands und der Geschäftsführung**
- 6. Wahlen: Kassenprüfer/-in**
- 7. Weitere Zusammenarbeit mit dem Badischen Notarverein e.V.:**
Diskussion über einen gemeinsamen Verein und abschließende Beratung über den Entwurf einer gemeinsamen Satzung und mögliche Alternativen, Auftrag an den Vorstand
- 8. Verschiedenes**

Die ersten beiden Tagesordnungspunkte werden gemeinsam mit dem Badischen Notarverein e.V. durchgeführt, der anschließend zeitgleich seine Mitgliederversammlung veranstalten wird.

Der Vorstand:
Arnold, Jockisch, Käß, Gierner, Dr. Luy

89. BAND

BWNotZ

AUSGABE 3|2023 INHALTSVERZEICHNIS

HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart

SCHRIFTLÉITUNG

Notar Anton Gordon, Heidelberg

ISSN-Nummer 1434-2979

Erscheinungsweise: 6x pro Jahr

BESTELLUNGEN | ANZEIGEN

Geschäftsstelle des

Württembergischen Notarvereins e. V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart,

Tel. 0711 2237951, Fax 0711 2237956

E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de

Der Bezugspreis beträgt jährlich 60,- Euro einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt. Einzelhefte 10,50 Euro einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

HERSTELLUNG

Erich Schretzmann Siebdruck GmbH

siebdruck-schretzmann.de.

Huber Werbung, 73547 Lorch

www.huber-werbung-loorch.de

ABHANDLUNGEN

Seite

Von Notar Dr. Johann Andreas Dieckmann, M.St. (Oxford), Freiburg i.Br.

Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit eines Wiederkaufsrechts als Inhalt einer erbaurechtlich-dinglichen Verkaufsverpflichtung nach § 2 Nr. 7 Erbaurechtsgesetz - Theorie 121

Von Notar Dr. Johann Andreas Dieckmann, M.St. (Oxford), Freiburg i.Br.

Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit eines Wiederkaufsrechts als Inhalt einer erbaurechtlich-dinglichen Verkaufsverpflichtung nach § 2 Nr. 7 Erbaurechtsgesetz - Praxis

Bemerkungen zur Entscheidung des OLG Stuttgart

vom 13.9.2022 (10 U 278/21) 135

RECHTSPRECHUNG

LIEGENSCHAFTSRECHT

OLG Stuttgart (10. Zivilsenat), Urteil vom 13.09.2022 - 10 U 278/21 146

ERBRECHT

BGH (IV. Zivilsenat), Beschluss vom 22.03.2023 - IV ZB 12/22 159

OLG Köln (2. Zivilsenat), Beschluss vom 29.03.2023 - 2 Wx 39/23 164

GESELLSCHAFTSRECHT

OLG Celle (9. Zivilsenat), Beschluss vom 20.03.2023 - 9 W 24/23 166

KOSTENRECHT

OLG Karlsruhe (19. Zivilsenat), Beschluss vom 29.06.2023 - 19 W 79/21 (Wx) 167

STEUERRECHT

BFH (IV. Senat), Urteil vom 23.03.2023 - IV R 2/20 171

BFH (X. Senat), Beschluss vom 10.03.2023 - X B 70/22 176

BUCHBESPRECHUNGEN

1. Rohs/Wedewer, Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotkG)

(Besprechung von Professor Walter Böhringer, Notar a. D., Heidenheim/Brenz) 178

2. Thelen, Geldwäscherecht, 1 Auflage

(Besprechung von Notarassessor Dr. Maximilian Wosgien, Brüssel) 179

ABHANDLUNGEN

Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit eines Wiederkaufsrechts als Inhalt einer erbaurechtlich-dinglichen Verkaufsverpflichtung nach § 2 Nr. 7 Erbaurechtsgesetz – Theorie

Dr. Johann Andreas Dieckmann, M.St. (Oxford)

I. Einleitung	122	b) Rechtsprechung zu Verkaufsverpflichtung und Wiederkaufsrecht	128
II. Eigentümerinteressen an Bauwerkserrichtung bei Grundstücksvergabe	122	aa) Rechtsprechung zu § 2 Nr. 7 ErbbauRG	128
III. Bauverpflichtung und Heimfall im Recht des Erbaurechts	123	bb) Rechtsprechung zu § 456 BGB [§ 496 BGB a.F.]	128
1. Bauverpflichtung - Errichtung des Bauwerks (§ 2 Nr. 1 ErbbauRG)	123	c) Aus (einem Teil) juristischer Literatur zum dinglich-erbaurechtlichen Wiederkaufsrecht	129
a) Die Möglichkeit der Verdinglichung der Bauverpflichtung	123	aa) Formularbuch- und Handbuchliteratur	129
b) Voraussetzungen der Verdinglichung der Bauverpflichtung	124	bb) Kommentarliteratur zum Erbaurechtsgesetz	129
c) Die Alternative der rein schuldrechtlichen Vereinbarung einer Bauverpflichtung	124	cc) Aus der Kommentarliteratur zu § 456 BGB	129
2. Heimfall im Sinne von §§ 2 Nr. 4, 3, 4, 32 f. ErbbauRG	124	dd) Weitere Literatur	129
3. Heimfallgrund: Nichterfüllung der Bauverpflichtung	125	2. Der Schulterblick (zur Seite und zurück): Das „Vorkaufsrecht“ genannte dingliche Wiederkaufsrecht nach §§ 11, 14, 15 RHeimstG	129
IV. Bauverpflichtung und Wiederkauf im Recht des Grundstückskaufvertrags/städtebaulichen Vertrags bei Verkauf durch Gemeinden	126	a) Zum Heimstättenrecht	129
V. Erbaurechtsnahe Wiederkaufsrechts-Konstellationen	126	b) Eigentumsbindungen des Heimstättenrechts	130
1. Das sog. erbaurechtsersetzende Wiederkaufsrecht	126	c) Spekulationsvermeidung als Zweck des Heimstättenrechts und Funktion des dinglichen Wiederkaufsrechts	130
2. Das sog. „erbaurechtsersetzende Wiederkaufsrecht für unbefristetes Erbaurecht“	126	3. Vorteile eines erbaurechtlich-dinglichen Wiederkaufsrechts	130
3. Der Rückblick: Gestaltung von Erbaurechtsverträgen nach BGB-Erbaurecht	126	a) Klarstellende Unterscheidung der „Dinglichkeit“ des Rechts gegenüber z.B. dem heimstättenrechtlichen Wiederkaufsrecht	130
VI. Verkaufsverpflichtung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG als Inhalt des Erbaurechts	127	b) Zu den Vorteilen erbaurechtlich-dinglicher Vereinbarung	131
1. Möglichkeit der Vereinbarung	127	aa) Automatischer Übergang bei Rechtsträgerwechsel	131
2. Differenziertheit der vertraglichen Regelungen im Rahmen der Bestellung des Erbaurechts	127	bb) Fortbestand auf die Dauer des Erbaurechts rechts ohne zeitliche Begrenzung	131
3. Dinglich-erbaurechtliche Wirkung der Vereinbarung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG	128	4. Nachteile eines erbaurechtlich-dinglichen Wiederkaufsrechts	131
a) Voraussetzungen der Verdinglichung	128	a) Berechtigung nur des jeweiligen Eigentümers	131
b) Wirkungen der Verdinglichung	128	b) Wegfall nach Erwerb des Erbaugrundstücks und Aufhebung des Erbaurechts	132
VII. Wiederkaufsrecht als vertraglicher Inhalt einer Verkaufsverpflichtung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG	128	c) Zusammenfassung	132
1. Ein kurzer Blick in das lebende Recht von Erbaurecht und Wiederkaufsrecht	128	5. Notwendigkeit begleitender Regelungen für ein erbaurechtlich-dingliches Wiederkaufsrecht	132
a) Übersicht	128	a) Erforderlichkeit einer zusätzlichen schuldrechtlichen Vereinbarung	132
		b) (Erforderlichkeit oder) Wünschbarkeit dinglicher Sicherung durch Vormerkung	132
		6. Sinnhaftigkeit eines Wiederkaufsrechts als erbaurechtlich-dinglicher Inhalt einer Verkaufsverpflichtung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG	133
		7. Zulässigkeit eines Wiederkaufsrechts als erbaurechtlich-dinglicher Inhalt einer Verkaufsverpflichtung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG	133
		VIII. Zusammenfassung zur Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit eines dinglicher-erbaurechtlichen Wiederkaufsrechts	134

* Der Beitrag ist Herrn Notar Dr. Joachim Mellmann, Karlsruhe, gewidmet – *Freund, Mentor und geschätzter Kollege*. Die Nachweise im folgenden Text sind reduziert. Frau Ref. jur. Anne Fröhler, juristische Mitarbeiterin in meiner Notarkanzlei, gilt herzlicher Dank für die sorgfältige und zuverlässige Unterstützung bei Erstellung des Manuskriptes – J.A. Dieckmann.

I. Einleitung

Die im Folgenden zu erörternden Rechtsfragen ergeben sich aus den Streitigkeiten über den Bau einer Moschee, der sich in Leinfeld-Echterdingen zutrug und zuträgt¹. Zum Zwecke der Errichtung dieses Gebäudes war ein Erbaurecht bestellt worden. Die Streitigkeiten führten zu gerichtlichen Auseinandersetzungen, die die Instanzen beschäftigten. Der Fall ist mittlerweile beim Bundesgerichtshof anhängig². Aufgeworfen werden die Fragen in der Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 13.09.2022³. In einer langen und ausführlich begründeten Entscheidung betritt das Gericht Neuland. Der Senat qualifiziert einen Teil der Urkunde in einer Weise, die im lebenden Recht des Erbaurechts bisher – soweit ersichtlich – noch nie als Gestaltungsmittel verwendet worden ist. Und er vertritt eine Ansicht, die zum geltenden Recht des Erbaurechts bisher – ebenso soweit ersichtlich – noch nie vertreten worden ist. Diese **doppelte Erstmaligkeit** gibt Anlass, sich mit den Fragen etwas genauer auseinanderzusetzen.

Eine Entscheidung über die Länge von über 300 Randnummern in der Fassung bei Juris kann nicht knapp zusammengefasst werden. In der gebotenen Kürze soll die hier interessierende Frage herauskristallisiert werden. In der Urkunde, die streitgegenständlich war, wurde ein **Erbaurechtsvertrag** geschlossen; und es wurde ein **Angebot** zum Abschluss eines Kaufvertrags für das Erbaurechtsgrundstück durch den Eigentümer abgegeben. Erbaurechtlich wurde eine **Bauverpflichtung** aufgenommen, deren Verletzung einen **Heimfallgrund** nach §§ 2 Nr. 4, 3, 4, 32 f. ErbbauRG darstellte. Im kaufvertraglichen Teil wurde eine Bauverpflichtung aufgenommen, deren Verletzung ein **Wiederkaufsrecht** begründen sollte.

Das Gericht hat nun in dem **Angebot** eine **Kaufberechtigung im Sinne von § 2 Nr. 7 ErbbauRG** gesehen. Und es hat im **Wiederkaufsrecht** eine **Konkretisierung** und inhaltliche Bestimmung dieser Kaufberechtigung erkannt. § 2 Nr. 7 ErbbauRG lautet:

§ 2 [Vertragsmäßiger Inhalt des Erbaurechts]

Zum Inhalt des Erbaurechts gehören auch Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbauberechtigten über:

¹ Vgl. nur <https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.moscheebau-in-leinfeld-echterdingen-dermoscheestreit-geht-am-bgh-weiter.7af9ffe7-c701-4c0d-ae07-98cecc4a6cf5.html>

² BGH V ZR 191/22 [anhängig laut juris].

³ OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022 – 10 U 278/21, ErbbauZ 2022, 167 ff. mit Anm. Nagel = NotBZ 2023, 116 ff. mit Anm. Grziwotz = in diesem Heft S. 146 ff. die Entscheidung wird hier zitiert nach juris.

[...]

7. eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbauberechtigten zu verkaufen.

Der Senat geht von zweierlei aus⁴:

In dem Teil der Urkunde, der sich mit dem Angebot befasst, wurde eine Vereinbarung getroffen, die **erbaurechtlich-dinglicher Inhalt des Erbaurechts** sein sollte. Und auch das **Wiederkaufsrecht** sollte dabei zum **Inhalt des Erbaurechts** gemacht sein.

Auch wenn vom Gericht formulierte „Leitsätze“ nicht Teil einer gerichtlichen Entscheidung sind und daher nur eingeschränkt Gegenstand einer rechtlichen Erörterung sein können, soll Leitsatz 3 wiedergegeben werden. Er gibt die Rechtsansicht des Gerichtes treffend wieder.

„3. Die Kaufberechtigung des Erbauberechtigten i.S.d. § 2 Nr. 7 ErbbauRG kann durch Vertrag näher geregelt werden. Es ist deshalb zulässig, die Verkaufsverpflichtung des Grundstückseigentümers mit einem Recht des Wiederkaufs zu verknüpfen, das damit Teil des Erbaurechts wird. (Rn.131)“⁵

Im Folgenden soll losgelöst vom Fall **zum einen** erörtert werden, **ob** ein **Wiederkaufsrecht Inhalt der Verkaufsverpflichtung** nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG **sein kann**.

Zum anderen soll geprüft werden, **ob** – falls ja – eine **solche Vereinbarung sinnvoll** ist oder nicht.

Der vorliegende Beitrag ist eine Auseinandersetzung mit dieser rechtlichen und praktischen Frage. Eine (ausführliche) Besprechung des Urteils stellt er nicht dar. Die Frage, ob in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall eine solche Kaufberechtigung mit Wiederkaufsrecht in der Tat vereinbart worden war, soll hier nicht behandelt werden⁶.

II. Eigentümerinteressen an Bauwerkserrichtung bei Grundstücksvergabe

Vergibt eine Gemeinde oder allgemein die öffentliche Hand Grundstücke, die bauplanungsrechtlich als Bauland gewidmet sind, hat sie ein Interesse an deren Bebauung.

⁴ OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022 – 10 U 278/21 – (juris) Rn. 126.

⁵ OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022 – 10 U 278/21 – (juris).

⁶ Dies erfolgt gesondert – in diesem Heft J.A. Dieckmann, BWNotZ 2023, 135 ff.

Dies gilt insbesondere in Hinblick auf die Sicherung dringenden Wohnbedarfs in der Gemeinde, die Reduzierung von Flächenverbrauch, den Aufwand für Erschließung, die Schaffung von bezahlbarem Wohnraum für einkommensschwache Personen, die Mietwohnungen benötigen, und die Unterstützung von einkommensschwachen Personen bei der Bildung von Wohneigentum⁷. Ähnliche Interessen hat eine Gemeinde bei der Ansiedlung von z.B. Gewerbebetrieben. Erhalten Inhaber von solchen Gewerbebetrieben Grundstücke, sollen diese Flächen bebaut werden, damit die Infrastrukturinvestitionen der Gemeinde nicht vergeblich waren. Weitere wünschenswerte Fernziele sind, dass mittelbar Arbeitsplätze geschaffen werden können und sicher auch, dass Steuern generiert werden, z.B. Gewerbesteuer. Bauverpflichtungen können im Übrigen dazu geeignet sein, Grundstücksspekulation zu reduzieren. Sogenanntes „land banking“ soll vermieden werden.

Auch andere öffentliche Ziele, die mit der Grundstücksvergabe durch die öffentliche Hand bezweckt werden, erfordern die Errichtung von Bauwerken. Wird z.B. ein Grundstück zum Bau eines Krankenhauses vergeben, das der Versorgung der Bevölkerung dient und diese sicherstellen soll, wird das Ziel nur erreicht werden, wenn das Krankenhaus auch tatsächlich errichtet und betrieben wird. Ähnliches gilt bei der Vergabe eines Grundstücks zur Errichtung von Gebäuden, die der Ausübung der Religionsfreiheit dienen – wie im Ausgangsfall einer Moschee.

Diese **Interessen** sind **unabhängig von der Form der Vergabe** durch Erbaurecht oder **Veräußerung des Eigentums** am Grundstück.

Wird nun ein Erbaurecht vergeben, kann die Bauverpflichtung neben diesen Zwecken mittelbar auch der Absicherung des Erbbauzins dienen⁸. Wird das Erbaurecht gegen eine wiederkehrende Leistung gegeben, hat der Eigentümer ein Interesse an der Ertragskraft des Bauwerks und seiner Werthaltigkeit. Die Haftungsgrundlage der Erbbauzinsreallast nach §§ 9, 9a ErbbauRG ist größer, wenn das Gebäude errichtet wird, als wenn das Erbaugrundstück unbebaut bleibt. Der Erbbauberechtigte kann durch Nutzung des Bauwerks Einkommen generieren, das ihm ermöglicht, den Erbbauzins zu bezahlen. Kann er in dem Bauwerk wohnen, muss er nicht anderweitig Miete zahlen und hat Geld für den Erbbauzins „übrig“. Dieses Interesse hat jeder Erbbaugeber bei

einem entgeltlichen Erbaurecht unabhängig davon, ob er Privatperson, Stiftung, kirchlicher Rechtsträger oder Gebietskörperschaft ist.

III. Bauverpflichtung und Heimfall im Recht des Erbaurechts

1. Bauverpflichtung – Errichtung des Bauwerks (§ 2 Nr. 1 ErbbauRG)

a) Die Möglichkeit der Verdinglichung der Bauverpflichtung

Der Eigentümer des Erbaugrundstücks hat, wie dargelegt, aus mehreren Gründen ein Interesse an der Errichtung des Bauwerks. Das Erbaurechtsgesetz hat dieses Interesse erkannt und eröffnet in § 2 Nr. 1 ErbbauRG die Möglichkeit, die **Errichtung des Bauwerks zum Inhalt des Erbaurechts** in der Weise zu machen, dass der **jeweilige Erbbauberechtigte** gegenüber dem jeweiligen Eigentümer **verpflichtet** ist, **das Bauwerk zu errichten**. Die Bauverpflichtung wird, wie man sagt, „**verdinglicht**“⁹. Ähnliche Zielrichtung hat die in § 2 Nr. 2 ErbbauRG niedergelegte Verpflichtung zur Versicherung und zum Wiederaufbau im Falle der Zerstörung. Auch diese dient dem bzw. den Interessen des Eigentümers am Bestand des Bauwerks¹⁰.

Ohne diese Bauverpflichtung wäre der Erbbauberechtigte nur *berechtigt*, das Bauwerk zu haben und zu errichten. Er wäre aber auch frei, den Bau zu unterlassen¹¹. Ohne die Verpflichtung zum Wiederaufbau müsste er das Bauwerk nach seiner Zerstörung nicht erneut errichten¹².

Wird die Bauverpflichtung als Inhalt nach § 2 Nr. 1 ErbbauRG vereinbart und wirksam zum Inhalt des Erbaurechts gemacht, so **bindet sie jeden Erbbauberechtigten und berechtigt jeden Grundstückseigentümer** auf die Dauer des Erbaurechts¹³. Sie begründet für diesen einen klagbaren Anspruch auf Erfüllung.

⁷ Vgl. nur *Burmeister*, Praxishandbuch Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2019, Rn. 32 f.

⁸ Vgl. auch MüKoBGB/*WeiB*, 9. Aufl. 2023, ErbbauRG § 2 Rn. 8; BeckOK BGB/*Maaß*, 1.2.2023, ErbbauRG § 2 Rn. 4; Winkler/Schlögel, Erbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 38; Bauer/Schaub/*Maaß*, GBO, 4. Aufl. 2018, F. Rn. 62.

⁹ Vgl. auch Ingenstau/Hustedt/*Hustedt*, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 2; Bauer/Schaub/*Maaß*, GBO, 4. Aufl. 2018, F. Rn. 59; MüKoBGB/*WeiB*, 9. Aufl. 2023, ErbbauRG § 2 Rn. 6.

¹⁰ BeckOK BGB/*Maaß*, 1.2.2023, ErbbauRG § 2 Rn. 9; Bauer/Schaub/*Maaß*, GBO, 4. Aufl. 2018, F. Rn. 62; Winkler/Schlögel, Erbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 38, 65; Linde/Richter, Erbaurecht und Erbbauzins, 3. Aufl. 2001, Rn. 99, der auch ein Interesse des Erbbauberechtigten selber bejaht.

¹¹ Winkler/Schlögel, Erbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 39; Ingenstau/Hustedt/*Hustedt*, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 16; Bauer/Schaub/*Maaß*, GBO, 4. Aufl. 2018, F. Rn. 62; Staudinger/*Rapp*, BGB 2021, ErbbauRG § 2 Rn. 12.

¹² Winkler/Schlögel, Erbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 69; Ingenstau/Hustedt/*Hustedt*, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 45.

¹³ Ingenstau/Hustedt/*Hustedt*, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 2; Bauer/Schaub/*Maaß*, GBO, 4. Aufl. 2018, F. Rn. 59; MüKoBGB/*WeiB*, 9. Aufl. 2023, ErbbauRG § 2 Rn. 6.

Es handelt sich nicht um den **zwingenden gesetzlichen Inhalt** des Erbbaurechts, der nach § 1 ErbbauRG bestimmt wird¹⁴. Vielmehr handelt es sich um einen **fakultativen Inhalt**, der zum Inhalt des Erbbaurechts vereinbart werden kann, aber nicht muss¹⁵. Auch wenn man sich im besonderen (Immobilien-) Sachenrecht bewegt, bedeutet „dinglich“ nicht, dass die Bauverpflichtung Wirkung gegenüber jedermann hat; es bedeutet nur, dass sie im Verhältnis zwischen jedem Eigentümer und jedem Erbbauberechtigten gilt¹⁶. Es handelt sich sozusagen um eine Form von „Binnenrecht“¹⁷, ähnlich wie bei der Verdinglichung nach Wohnungseigentumsgesetz¹⁸. Ein Schuldverhältnis wird mit einem Sachenrecht verbunden¹⁹.

b) Voraussetzungen der Verdinglichung der Bauverpflichtung

Wie wird die Bauverpflichtung nun dinglicher Inhalt des Erbbaurechts als beschränktes dingliches Recht? Die Verdinglichung setzt voraus, dass die Regelung zum vertragsmäßigen Inhalt des Erbbaurechts im Sinne von § 2 ErbbauRG gemacht wird. Dazu muss sie beim Vertragserbbaurecht von den Beteiligten vereinbart werden, die **Einigung der Beteiligten über die Entstehung des Rechts** im Sinne von §§ 873 BGB, 11 ErbbauRG muss diesen Inhalt umfassen²⁰, d. h. sie muss von der Grundbucheintragung der Beteiligten im Vertrag gedeckt sein.

Schließlich muss sie durch **Eintragung im Grundbuch** zum Rechtsinhalt gemacht werden. Dabei ist nicht erforderlich, dass sie im Bestandsverzeichnis des Erbbaugrundbuchs ausdrücklich aufgenommen wird. Es genügt nach § 14 Abs. 1 S. 3 ErbbauRG die Bezugnahme auf die Bewilligung²¹. Auch nicht erforderlich ist, dass sie bei Eintragung in Abteilung II des Grundstücksgrundbuchs ausdrücklich vermerkt wird. Nach § 14 Abs. 2 ErbbauRG ist im Grundstücksgrundbuch nur auf das Erbbaugrundbuch Bezug zu nehmen.

14 Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 1; Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 1 Rn. 1; Nagel/Swars, ErbbauRG 2022, § 2 Rn. 33.

15 Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 2; vgl. allgemein zur Unterscheidung Staudinger/Rapp, BGB 2021, § 2 Rn. 2.

16 Staudinger/Rapp, BGB 2021, ErbbauRG § 2 Rn. 5; Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 11; Erman/Grziwotz, BGB 16. Aufl. 2020, ErbbauRG § 2 Rn. 1.

17 Staudinger/Rapp, BGB 2021, ErbbauRG § 2 Rn. 5 verwendet den Begriff „Binnenrechtsordnung“.

18 Vgl. Rapp, FS Wenzel, 279 ff.

19 BeckOGK/Toussaint, 15.3.2023, ErbbauRG § 2 Rn. 3.

20 Staudinger/Rapp, BGB 2021, ErbbauRG § 2 Rn. 4; MüKoBGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, ErbbauRG § 2 Rn. 4; Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 7; BeckOGK/Toussaint, 15.3.2023, ErbbauRG § 2 Rn. 32; RGRK-Räffle, 12. Auflage 1986, ErbbauVO § 2 Rn. 3 - 5.

21 Staudinger/Rapp, BGB 2021, ErbbauRG § 2 Rn. 4, § 14 Rn. 6; Bauer/Schaub/Maaß, GBO, 4. Aufl. 2018, F. Rn. 60; BeckOGK/Toussaint, 15.3.2023, ErbbauRG § 2 Rn. 32.

Wird ein Eigentümererbbaurecht bestellt²², genügt für die Verdinglichung neben der Eintragung im Grundbuch die einseitige Erklärung des Eigentümers zur Errichtung. Auch hier müssen die **Grundbucheintragung und Bewilligung samt Eintragung** den Inhalt abdecken.

c) Die Alternative der rein schuldrechtlichen Vereinbarung einer Bauverpflichtung

Auch wenn eine Bauverpflichtung im Rahmen eines Erbbaurechtsvertrags vereinbart wird, muss diese nicht zwingend mit dinglich-erbaurechtlichem Inhalt vereinbart werden. Sie kann vielmehr auch rein schuldrechtlich – freilich im Rahmen des geltenden Rechts – zwischen den Beteiligten getroffen werden²³. Das Erbbaurechtsgesetz beschränkt nicht die Vertragsfreiheit im schuldrechtlichen Bereich, soweit nicht ausdrücklich anders niedergelegt. Eine dem § 1 Abs. 4 ErbbauRG entsprechende Regelung enthält das Gesetz für die Errichtung des Bauwerks nicht. Eine Bauverpflichtung kann also auch rein schuldrechtlich vereinbart werden.

2. Heimfall im Sinne von §§ 2 Nr. 4, 3, 4, 32 f. ErbbauRG

Der Eigentümer eines Erbbaugrundstücks kann aus verschiedenen Gründen ein Interesse daran haben, dass das Bauwerkseigentum an ihn zurückübertragen und das Erbbaurecht von dem Erbbauberechtigten an ihn übertragen wird. Dies gilt insbesondere bei Vorliegen von Vertragsverletzungen des Erbbauberechtigten.

In der Zeit vor Inkrafttreten der Erbbaurechtsverordnung 1919 arbeitete die Praxis des BGB-Erbbaurechts 1900 zum Teil mit auflösenden Bedingungen für das Erbbaurecht und mit Ansprüchen auf Aufhebung des Erbbaurechts, die durch Vormerkungen sicherbar waren²⁴. Diese Einschränkung der Bestandssicherheit des Erbbaurechts als beschränktes dingliches Recht stellte den gravierendsten Mangel der Regelung des BGB-Erbbaurechts dar. Die Verordnung hat daher 1919 solchen Vereinbarungen die Wirksamkeit versagt.

22 Vgl. allgemein zu einem solchen Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 3 Rn. 8 ff.; J.A. Dieckmann, ErbbauZ 2021, 136 und 2021, 168.

23 Zu einer Ausgestaltung über § 2 ErbbauRG bei Vorliegen der Voraussetzungen rät jedoch Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 6 mit dem Hinweis darauf, dass eine Absicherung der rein schuldrechtlichen Bestimmungen z.B. durch Grundschulden, Vormerkungen etc. dem Zweck von § 2 ErbbauRG, das Erbbaugrundbuch zu entlasten und die Beleihbarkeit des Erbbaurechts zu fördern, sonst entgegenlaufen würde.

24 Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 53; BeckOGK/Toussaint, 15.3.2023, ErbbauRG § 2 Rn. 13. Vgl. die Beispielsverträge bei Dietzsch, Die Praxis des Erbbaurechts, 1907; Wittmaack, Das Erbbaurecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1906, S. 113 ff. (der selbst auflösende Bedingungen für unzulässig ansieht).

Nach § 1 Abs. 4 S. 1 ErbbauRG kann ein Erbaurecht nicht mehr durch auflösende Bedingungen beschränkt werden. Auf eine Vereinbarung, durch die sich der Erbauberechtigte verpflichtet, beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen das Erbaurecht aufzugeben und seine Löschung im Grundbuch zu bewilligen, kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen, § 1 Abs. 4 S. 2 ErbbauRG. Auch Kündigungsrechte für das Erbaurechtsverhältnis sind nach Eintragung des Erbaurechts im Grundbuch daher unzulässig²⁵.

Als **Funktionsäquivalent** bei einer **Vertragsstörung** hat das Gesetz stattdessen den sogenannten **Heimfall** begründet²⁶. Danach kann eine Verpflichtung des Erbauberechtigten, das Erbaurecht beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen, als dinglich-erbaurechtlicher Inhalt vereinbart werden. Die Legaldefinition des Heimfalls findet sich in § 2 Nr. 4 ErbbauRG. Das Heimfallrecht ist daneben in §§ 3, 4, 32 ff. ErbbauRG differenziert geregelt. Der rechtstechnische Unterschied zum BGB-Erbaurecht liegt insbesondere darin, dass das **Erbaurecht beim Heimfall als beschränktes dingliches Recht bestehen bleibt**. Weder erlischt es noch wird es aufgehoben.

Das Heimfallrecht des Eigentümers gegenüber dem Erbauberechtigten ist erbaurechtlich-dinglich²⁷. Es gilt im Verhältnis zwischen jedem Eigentümer und jedem Erbauberechtigten auf die Dauer des Erbaurechts.

Der Heimfallanspruch ist aber doch schuldrechtlicher Anspruch, welcher durch Ausübung durch formlose, einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung des Grundstückseigentümers bei Vorliegen (eines) der vereinbarten Heimfallgründe entsteht²⁸. Die Voraussetzungen, also die Heimfallgründe, unter denen dieser Anspruch entsteht, sind im Rahmen der Vertragsfreiheit frei vereinbar²⁹. Regelmäßige Heimfallgründe sind auch Verletzungen von erbbaurechtlichen Pflichten. So können Verstöße gegen

Vereinbarungen, die nach § 2 Nr. 1, 2, 3 ErbbauRG dinglich-erbaurechtlicher Inhalt geworden sind, durch Heimfall sanktioniert werden. Und es können Verstöße gegen rein schuldrechtliche Vereinbarungen wie insbesondere die zur Zahlung des Erbbauzinses heimfallbewehrt werden³⁰. Dies setzt z.B. § 9 Abs. 4 ErbbauRG voraus.

Das Heimfallrecht ist nicht sonderrechtsfähig, kann nicht für sich veräußert oder belastet werden und gilt als Grundstücksbestandteil nach § 96 BGB³¹.

Inwieweit das Heimfallrecht „dingliche“ Wirkung im engeren Sinn hat, soll hier nicht vertieft werden. Jedenfalls hat es keine Vormerkungswirkung (anders als das dingliche Vorkaufsrecht, gesetzliche dingliche Wiederkaufsrechte, §§ 11, 14, 15 RHSG³², und das Vorrecht auf Erneuerung nach §§ 2 Nr. 6, 31 Abs. 4 ErbbauRG³³). Außerdem bindet ein im Einzelfall entstandener Heimfallanspruch nicht den Rechtsnachfolger des diesen Heimfall verwirklicht habenden Erbauberechtigten³⁴.

Durch den Heimfall erhält der Grundstückseigentümer ebenso wie durch die Vereinbarung von Vertragsstrafen nach § 2 Nr. 3 ErbbauRG neben dem Erfüllungsanspruch aus dem Erbaurechtsverhältnis einen effektiven Rechtsbehelf zur Durchsetzung seiner berechtigten Interessen.

▶ 3. Heimfallgrund: Nichterfüllung der Bauverpflichtung

Regelmäßig wird bei der Bestellung von Erbaurechten als Heimfallgrund vereinbart, dass die Bauverpflichtung nicht erfüllt wird³⁵. Wird das Bauwerk nicht innerhalb einer bestimmten vertraglich definierten Zeit vertragsgetreu errichtet, so wird der Heimfall ausgelöst. Der Anspruch auf Erfüllung der Errichtungspflicht kann klageweise durchgesetzt werden. Praktisch ist er aber im Wege der Zwangsvollstreckung schwer zu realisieren. Hier hilft der Heimfall. Er ist ein effektives Mittel, zwar nicht den Primäranspruch durchzusetzen, aber doch wenigstens dem Erbauberechtigten das

25 Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 1 Rn. 134; Staudinger/Rapp, BGB 2021, ErbbauRG § 1 Rn. 49.

26 MüKoBGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, ErbbauRG § 2 Rn. 25; BeckOK BGB/Maaß, 1.2.2023, ErbbauRG § 2 Rn. 13; Winkler/Schlögel, Erbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 77; J.A. Dieckmann, ErbbauZ 2020, 104, 111; Linde/Richter, Erbaurecht und Erbbauzins, 3. Aufl. 2001, Rn. 103.

27 Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 3 Rn. 1.

28 Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 54; MüKoBGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, ErbbauRG § 2 Rn. 32; Bauer/Schaub/Maaß, GBO, 4. Aufl. 2018, F. Rn. 90; Winkler/Schlögel, Erbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 77; zur schuldrechtlichen Natur vgl. auch die grundlegende Entscheidung des BGH mit Ur. v. 6.11.2015 – VZR 165/14 in BGH DNotZ 2016, 448 ff.

29 Staudinger/Rapp, BGB 2021, § 2 Rn. 21; MüKoBGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, ErbbauRG § 2 Rn. 27; Bauer/Schaub/Maaß, GBO, 4. Aufl. 2018, F. Rn. 80; BeckOGK/Toussaint, 15.3.2023, ErbbauRG § 2 Rn 15 f; vgl. zur Einschränkung durch Treu und Glauben nur Winkler/Schlögel, Erbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn.84; Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn.73.

30 Insoweit jedoch nur eingeschränkt, vgl. Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 74; Staudinger/Rapp, BGB 2021, § 2 Rn. 21g; Winkler/Schlögel, Erbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 78.

31 Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 3 Rn. 2 ff.

32 Vgl. unten unter VII. 2.

33 Winkler/Schlögel, Erbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 148; Nagel/Swars, ErbbauRG 2022, § 2 Rn. 154.

34 Jetzt h.M. BGH NJW 2016, 3167; Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 54; hierzu ausführlich auch Nagel/Swars, ErbbauRG 2022, § 2 Rn. 113.

35 Vgl. Für die Praxis der Formularbücher nur Maaß, in: Limmer/Hertel/Frenz, Würzbürger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, S. 1224 (Teil 2 Kapitel 5 Rn. 2 unter C. VII. 1. a); Otto, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 27. Aufl. 2023, S. 1267 (§ 57 Rn. 62 unter § 9 a).

Besitz- und Eigentumsrecht am (gegebenenfalls teilweise errichteten) Bauwerk zu nehmen. Sodann kann das Erbbaurecht etwa an einen dritten Bauwilligen vergeben werden³⁶.

IV. Bauverpflichtung und Wiederkauf im Recht des Grundstückskaufvertrags/städtebaulichen Vertrags bei Verkauf durch Gemeinden

Die meisten Interessen einer Gemeinde an der Errichtung des Bauwerks sind unabhängig von der Vergabe in Form der Veräußerung des Grundstücks oder der Begebung eines Erbbaurechts.

Auch beim Verkauf von Grundstücken durch Gemeinden wird regelmäßig eine Verpflichtung vereinbart, die der Käufer erfüllen muss. Dies gilt gleichermaßen für die Vergabe von Grundstücken für Wohnbauzwecke wie für Gewerbeflächen. In dem Erfüllungsanspruch hat die Kautelarpraxis als Reaktionsmöglichkeit auf die Nichterfüllung der Verpflichtung die Verwendung des Wiederkaufsrechts etabliert³⁷ und in der Rechtsprechung vielfach behandelt³⁸. Wird der Kaufpreis bezahlt, aber die weitere Pflicht des Erwerbs nicht erfüllt, ist die verkaufende Gemeinde zum Wiederkauf berechtigt. In der Regel wird der schuldrechtliche Anspruch durch eine Erwerbsvormerkung nach § 883 BGB gesichert.

Die Parallelität der Interessen an der Errichtung des Bauwerks bei beiden Vergabeformen findet sich wieder in der Parallelität der Rückerwerbsmöglichkeiten: Beim Erbbaurecht wird der Heimfall, beim Grundstücksverkauf das Wiederkaufsrecht verwendet.

V. Erbbaurechtsnahe Wiederkaufsrechts-Konstellationen

▶ 1. Das sog. erbaurechtsersetzende Wiederkaufsrecht

Jedenfalls in drei Bereichen werden im Zusammenhang mit Erbbaurechten Wiederkaufsrechte erörtert. Nach der

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs³⁹ ist ein Wiederkaufsrecht für ein Grundstück, das erstmals 90 Jahre nach dem ersten Verkauf, aber voraussetzungslos ausgeübt werden könne, wirksam vereinbart. Voraussetzung sei, dass die Bedingungen des Rückkaufs den Käufer nicht unangemessen benachteiligen. Im Fall war der ursprüngliche Kaufpreis auch als Wiederkaufspreis vereinbart. Durch (vielleicht etwas gewagte) Auslegung des Vertrags hielt das Gericht dafür, dass eine gewisse Wertsicherung des Kaufpreises Vertragsbestandteil geworden sei⁴⁰. Somit wurde das Wiederkaufsrecht als wirksam vereinbart „gehalten“. Wegen der ähnlichen Wirkung der Wiederkaufskonstellation (das Eigentum am Gebäude wechselt gegen Entschädigung nach Ablauf von mehreren Jahrzehnten zurück an den Eigentümer) zum Erbbaurecht spricht man hier auch vom „erbaurechtsersetzenden Wiederkaufsrecht“⁴¹.

Schon in der Zeit vor Einführung der Erbbaurechtsverordnung wurde dies als „Ulmer Wiederkaufsrecht“ praktiziert und bekannt⁴².

▶ 2. Das sog. „erbaurechtsersetzende Wiederkaufsrecht für unbefristetes Erbbaurecht“

Daran ist auch der Gestaltungsvorschlag eines „erbaurechtsersetzenden Wiederkaufsrechts für unbefristetes Erbbaurecht“ zur Vermeidung von Schwierigkeiten bei der Verlängerung eines nach WEG-geteilten Erbbaurechts gemacht worden⁴³. Hier wird ein zeitlich unbefristetes Erbbaurecht mit einem Übertragungsanspruch des Eigentümers und einer Übernahmepflicht des Eigentümers nach einem hypothetischen Zeitablauf kombiniert⁴⁴.

Bei diesem Vorschlag für ein Wiederkaufsrecht erfolgt keine Anknüpfung an § 2 Nr. 7 ErbbauRG.

▶ 3. Der Rückblick: Gestaltung von Erbbaurechtsverträgen nach BGB-Erbbaurecht

Dass ein vertragliches Wiederkaufsrecht für das Erbbaurecht nicht vollständig undenkbar ist, zeigt ein Blick in die Zeit vor Einführung der Erbbaurechtsverordnung. So hat wohl das Reichsamt des Inneren in seinen Erbbaurechtsverträgen bedingte Rückübertragungsversprechen, die

36 Vgl. zu der Möglichkeit das Erbbaurecht nach § 3 HS. 2 ErbbauRG unmittelbar an einen vom Grundstückeigentümer zu bezeichnenden Dritten zu übertragen nur Staudinger/Rapp, BGB 2021, § 2 Rn. 25; Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn.109 f.

37 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Rn. 4078, 4088 und das Muster unter Rn. 4090; Kessler, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 5, Bürgerliches Recht I, 8. Aufl. 2020, S. 1543 f. (VII. 26 und Nr. 1 a des Musters); Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1605.

38 Vgl. nur die Fälle in BGH DNotZ 2023, 198; BGH DNotZ 2019, 857; BGH NJW 2015, 3169; BGH NJW 2010, 3505.

39 Vgl. BGH NJW 2011, 515, 518; BGH NJW-RR 2011, 1582; i.Erg. zustimmend Niemeyer, MittBayNot 2016, 120 ff.; a.A. Kämmerer/Martini, BauR 2007, 1337.

40 BGH NJW 2011, 515 Rn. 12 f.

41 Vgl. nur BGH NJW-RR 2011, 1582, 1584 Rn. 21.

42 Vgl. nur Erman, DJZ 1910, S. 562, 563, 564.

43 Zu der Problematik eingehend mit Fallbeispiel(en) J.A. Dieckmann, ErbbauZ 2023, 2, 7 ff. sowie ErbbauZ 2023, 38 ff.

44 J.A. Dieckmann, ErbbauZ 2023, 38, 42 ff.

mit Vormerkung gesichert wurden, vereinbart⁴⁵. Damit hat man die beleihungshindernde Praxis der auflösenden Bedingung eines Erbbaurechts zu ersetzen versucht. Dies wird in der Literatur von Erman berichtet und treffend als ein „etwas künstliche[s], aber zweckmäßige[s] Verfahren“ bezeichnet⁴⁶. Es ist sicher nicht unzutreffend, in dieser Gestaltung einen gewissen Vorläufer der jetzigen Regelung des Heimfallrechts zu erkennen.

VI. Verkaufsverpflichtung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG als Inhalt des Erbbaurechts

1. Möglichkeit der Vereinbarung

Der gesetzliche Katalog der möglichen vertragsmäßigen Inhalte eines Erbbaurechts umfasst auch die Verpflichtung des Eigentümers, das Grundstück an den Erbbauberechtigten zu verkaufen, § 2 Nr. 7 ErbbauRG. Oftmals wird das Recht auch als „Ankaufsrecht“⁴⁷ bezeichnet. Das Gesetz selbst spricht in § 39 ErbbauRG auch von „Kaufberechtigung“.

Sinn einer solchen Vereinbarung ist die Ermöglichung des Erwerbs des Grundstücks zum Erbbaurecht dazu. Fehlt etwa dem Erbbauberechtigten zunächst das Kapital, um auch das Grundstück zu kaufen, kann das Ankaufsrecht für ihn die Sicherheit bieten, später bei Änderung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse auch das Grundstück hinzu zu erwerben⁴⁸. Anders als beim Vorkaufsrecht gewährt die Kaufberechtigung die Möglichkeit zum Erwerb nicht nur dann, wenn ein Vorkaufsfall eingetreten ist⁴⁹. Vielmehr kann es nach den im Vertrag aufgestellten Voraussetzungen geltend gemacht werden.

2. Differenziertheit der vertraglichen Regelungen im Rahmen der Bestellung des Erbbaurechts

In der genauen Gestaltung des Inhalts des Ankaufsrechts bleibt die freie Vereinbarung den Vertragsbe-

teiligten überlassen⁵⁰. Beim ursprünglichen Eigentümererbaurecht kann der Grundstückseigentümer die Voraussetzungen frei bestimmen.

Insbesondere unter welchen Voraussetzungen der Ankauf getätigt werden kann, namentlich ob der Kaufpreis sogleich festgelegt wird oder nur eine Vereinbarung zu seiner Bestimmbarkeit getroffen wird, kann frei vereinbart werden⁵¹. Zulässig ist z.B. eine Regelung, dass das Ankaufsrecht entweder nach zehn Jahren oder nach 20 Jahren ausgeübt werden kann⁵². Dies gewährt Planungssicherheit für beide Vertragsbeteiligte.

Der Wortlaut der Norm von § 2 Nr. 7 ErbbauRG ist knapp und spricht nur von der „Verpflichtung zu verkaufen“. Es wäre wohl möglich zu vertreten, dass damit nur der einfache Fall des Verkaufes mit der Verpflichtung zur Übergabe der Sache und Verschaffung des Eigentums an der Sache sowie die Zahlung des Kaufpreises und Abnahme der Sache nach § 433 BGB gemeint sein soll. Dann wären nur die Vorschriften des Untertitels 1 von Titel 1 (Kauf, Tausch) der einzelnen Schuldverhältnisse in Abschnitt 8 des Rechts der Schuldverhältnisse des BGB anwendbar, soweit sie sich auf Grundstücke beziehen.

Eine solche Einschränkung der anwendbaren Kaufrechtsvorschriften ist dem Gesetz aber nicht zu entnehmen. Es spricht grundsätzlich nichts dagegen, auch die weiteren Varianten des Kaufrechts des BGB und also auch den Wiederkauf nach §§ 456 ff. BGB als möglichen Inhalt der Vereinbarung zu sehen. Ein Sachgrund, die Möglichkeit zu versagen, flexible und auf den Parteiwillen und die Parteiinteressen abgestimmte differenzierte Vereinbarungen in der ErbbaurechtKonstellation zu treffen, ist nicht ersichtlich.

Jedenfalls auf den ersten Blick erscheint also die Aufnahme einer Wiederkaufsvereinbarung im Rahmen einer Regelung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG rechtlich zulässig. Auf die Frage wird zurückgekommen⁵³.

45 Vgl. Erman DJZ 1910, S. 562, 564 m.N.

46 Vgl. Erman DJZ 1910, S. 562, 564 m.N.

47 Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 157; Staudinger/Rapp, BGB 2021, ErbbauRG § 2 Rn. 31; MüKoBGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, ErbbauRG § 2 Rn. 40; Bauer/Schaub/Maaß, GBO, 4. Aufl. 2018, F. Rn. 109; Linde/Richter, Erbbaurecht und Erbbauzins, 3. Aufl. 2001, Rn. 119; Nagel/Swars, ErbbauRG 2022, § 2 Rn. 157.

48 Glaf/Scheidt, Das Erbbaurecht, 1919, § 2 (S. 44 f.).

49 Nagel/Swars, ErbbauRG 2022, § 2 Rn. 159; ebenso auch schon die Unterscheidung bei BGH NJW 1954, 1443, 1444 aber unter Hinweis auf die Annäherung an ein Vorkaufsrecht bei freilich zulässiger Bedingung der Verkaufsverpflichtung, dass der Eigentümer das Grundstück an einen Dritten verkauft, nebst Hinweis auf die Meinung (entsprechende Nachweise ebd.), nach der das dingliche Vorkaufsrecht des Erbbauberechtigten nur ein Sonderfall einer Kaufberechtigung im Sinne des § 2 Nr. 7 ErbbauRG darstellen soll.

50 Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 157; Linde/Richter, Erbbaurecht und Erbbauzins, 3. Aufl. 2001, Rn. 119; Staudinger/Rapp, BGB 2021, ErbbauRG § 2 Rn. 31.

51 Staudinger/Rapp, BGB 2021, ErbbauRG § 2 Rn. 31; Linde/Richter, Erbbaurecht und Erbbauzins, 3. Aufl. 2001, Rn. 119; Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 99 ff.

52 Vgl. Linde/Richter, Erbbaurecht und Erbbauzins, 3. Aufl. 2001, Rn. 119; bzw. allgemein unter Hinweis auf eine Befristung BeckOK BGB/Maaß, 1.2.2023, ErbbauRG § 2 Rn. 23.

53 Vgl. später unter VII. 6.

▶ 3. Dinglich-erbaurechtliche Wirkung der Vereinbarung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG

a) Voraussetzungen der Verdinglichung

Damit das Ankaufsrecht vertraglicher Inhalt des Erbbaurechts wird, müssen, wie oben zur Bauverpflichtung ausgeführt, die nämlichen Voraussetzungen vorliegen⁵⁴. Insbesondere ist die Einhaltung der allgemeinen sachenrechtlichen Voraussetzungen nach §§ 873 BGB, 11 ErbbauRG, 20 GBO einzuhalten. Die Verpflichtung muss vereinbart sein, Inhalt der Vereinbarung muss sein, dass sie nicht rein schuldrechtlich, sondern „erbaurechtlich-dinglich“ gewollt ist, die Einigung über die Entstehung des Rechts als Grundbucheintragung muss die Vereinbarung dinglich umfassen. Schließlich muss die Eintragung im Grundbuch samt Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung erfolgen.

b) Wirkungen der Verdinglichung

Mit wirksamer Vereinbarung und Eintragung im Grundbuch wirkt die Kaufberechtigung für jeden Erbbauberechtigten als Käufer und jeden Grundstückseigentümer als Verkäufer auf die gesamte Dauer des Erbbaurechts⁵⁵.

Das Ankaufsrecht wird überwiegend wie ein Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrags behandelt. Mit Ausübung des Rechts durch formlose empfangsbedürftige Willenserklärung des Erbbauberechtigten gegenüber dem Eigentümer kommt ein Kaufvertrag zu den Bedingungen des Antragsrechts zustande⁵⁶.

Die dingliche Wirkung greift **nur während der Dauer des Erbbaurechts**⁵⁷. Das Ankaufsrecht kann nicht in der Weise geregelt werden, dass es für den Fall des Erlöschens des Erbbaurechts durch Zeitablauf vereinbart wird⁵⁸. Solch eine Vereinbarung wäre nur schuldrechtlich möglich⁵⁹.

⁵⁴ Vgl. später unter II. 1. b).

⁵⁵ MüKoBGB/*Weiβ*, 9. Aufl. 2023, ErbbauRG § 2 Rn. 43; Linde/Richter, Erbbaurecht und Erbbauzins, 3. Aufl. 2001, Rn. 120; vgl. auch schon die Nachweise zur Dinglichkeit unter I. 1. a).

⁵⁶ Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 160; Staudinger/*Rapp*, BGB 2021, ErbbauRG § 2 Rn. 31; Ingenstau/Hustedt/*Hustedt*, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 103; BeckOGK/*Toussaint*, 15.3.2023, ErbbauRG § 2 Rn. 30; Linde/Richter, Erbbaurecht und Erbbauzins, 3. Aufl. 2001, Rn. 119; BeckOK BGB/*Maaß*, 1.2.2023, ErbbauRG § 2 Rn. 24.

⁵⁷ Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 156; Staudinger/*Rapp*, BGB 2021, ErbbauRG § 2 Rn. 31; Ingenstau/Hustedt/*Hustedt*, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 101; BeckOK BGB/*Maaß*, 1.2.2023, ErbbauRG § 2 Rn. 23; Nagel/Swars, ErbbauRG 2022, § 2 Rn. 164; BeckOGK/*Toussaint*, 15.3.2023, ErbbauRG § 2 Rn. 30 a.E.; OLG Hamm, DNotZ 1974, 178, 182.

⁵⁸ Staudinger/*Rapp*, BGB 2021, ErbbauRG § 2 Rn. 31; Ingenstau/Hustedt/*Hustedt*, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 101; OLG Hamm, DNotZ 1974, 178, 182.

⁵⁹ Mit der (auch interessanten) Frage, ob der künftige und bedingte Anspruch auf Übereignung des Grundstücks bereits vor Annahme mit einer Vormerkung sicherbar ist (bejahend Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 162 m.w.N., verneinend dagegen Staudinger/*Rapp*, BGB 2021, ErbbauRG § 2 Rn. 32-32c m.w.N.), beschäftigt sich der Beitrag nicht.

Möglich ist auch, dass ein eigenständiges Ankaufsrecht begründet wird, wenn das Erbbaurecht aufgehoben wird, ehe das erbaurechtliche Ankaufsrecht ausgeübt wurde⁶⁰. Auch ein solches ist dann rein schuldrechtlich vereinbart.

VII. Wiederkaufsrecht als vertraglicher Inhalt einer Verkaufsverpflichtung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG

▶ 1. Ein kurzer Blick in das lebende Recht von Erbbaurecht und Wiederkaufsrecht

a) Übersicht

Ehe die rechtliche Zulässigkeit einer erbaurechtlichen Wiederkaufsklausel als Teil einer Vereinbarung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG erörtert wird, soll ein Blick in das **lebende Recht des Erbbaurechts und Wiederkaufsrechts** geworfen werden. Dabei soll ein cursorischer Überblick über die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen zum Ankaufs- und Wiederkaufsrecht gegeben werden. Sodann folgt ein Blick in die juristische Literatur, wobei insbesondere die Literaturgattungen von Formularbuch, Handbuch sowie Kommentar berücksichtigt werden. Die konkrete Frage ist: Finden sich dort Fälle von Wiederkaufsrechten als Teil eines Ankaufsrechts nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG?

b) Rechtsprechung zu Verkaufsverpflichtung und Wiederkaufsrecht

aa) Rechtsprechung zu § 2 Nr. 7 ErbbauRG

Die aus veröffentlichten gerichtlichen Entscheidungen zum erbaurechtlichen Ankaufsrecht nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG erkennbaren dinglichen Inhalte der Erbbaurechte und Inhalte von Erbbaurechtsverträgen lassen nicht erkennen, dass ein Wiederkaufsrecht als Teil des Ankaufsrechts in der Praxis Verwendung findet⁶¹.

bb) Rechtsprechung zu § 456 BGB [§ 496 BGB a.F.]

Gleiches gilt für die Judikatur zum Wiederkaufsrecht. Auch hier finden sich keine Konstellationen und kein Fallmaterial, in dem ein Wiederkaufsrecht in Verbindung mit einer Vereinbarung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG stehen würde⁶².

⁶⁰ Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 159.

⁶¹ Vgl. nur BGH NJW 1954, 1443; BGH NJW 1977, 761; BGH NJW 1979, 2387; BGH NJW 1991, 2141; BGH DNotZ 1981, 261; BGH MittBayNot 2013, 477; OLG Hamm DNotZ 1974, 178; OLG Hamm NJW 1974, 863.

⁶² Vgl. schon die Entscheidungen über „erbaurechtsersetzende“ Wiederkaufsrechte BGH NJW-RR 2011, 1582, BGH NJW 2011, 515. und etwa BGH DNotZ 2023, 198; BGH DNotZ 2019, 857; BGH NJW 2015, 3169; BGH NJW 2010, 3505. Insb. befasst sich die Rspr. oftmals mit der Vereinbarkeit mit AGBB, vgl. nur LG Karlsruhe DNotZ 1998, 483; OLG Hamm DNotZ 1996, 541; vgl. zur Auslegung, ob denn ein Wiederkaufsrecht vereinbart wurde, nur OLG Karlsruhe DNotZ 2006, 511.

c) Aus (einem Teil) juristischer Literatur zum dinglich-erbaurechtlichen Wiederkaufsrecht

aa) Formularbuch- und Handbuchliteratur

Von den mehreren Quellen, die das lebende Recht des Erbbaurechts prägen und speisen, gehört neben dem Gesetzestext und der veröffentlichten Rechtsprechung in gewisser Weise auch die Formularbuch-Literatur. Diese spiegelt zum einen die gewonnene Erfahrung von Autorinnen wider, die gleichartige Verträge entworfen und/oder beurkundet haben. Des Weiteren dienen die Formulare als Vorlage der Erstellung neuer Verträge, an denen sich Liegenschaftsverwaltung, Notarinnen, Rechtsanwältinnen und sonstige Beraterinnen orientieren können und in der Praxis auch orientieren.

Ein Blick in gängige Vertragsformulare ergibt: In **keinem einzigen** der veröffentlichten aktuellen **Formulare** findet sich eine Regelung, die ein Wiederkaufsrecht als Inhalt einer Verkaufsverpflichtung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG vorsieht.

Dies gilt insbesondere für die Werke von Winkler/Schlögel⁶³, Kersten/Bühling⁶⁴, Wilsch⁶⁵, Krauß⁶⁶ und die Formulare im Beck'schen Notarhandbuch⁶⁷, dem Würzburger Notarhandbuch⁶⁸, dem Münchener Vertragshandbuch⁶⁹ und den beck'schen Online-Formularen⁷⁰. Zumeist finden sich schon keine Vorschläge, ein Ankaufsrecht überhaupt aufzunehmen⁷¹.

bb) Kommentarliteratur zum Erbbaurechtsgesetz

Gleichermaßen Fehlanzeige bringt der Blick in die Kommentarliteratur zum Erbbaurechtsgesetz, soweit sie aus der Zeit vor der eingangs zitierten Entscheidung des OLG Stuttgart stammt. Auch hier wird die Zulässigkeit einer wiederkaufsrechtlichen Vereinbarung bei der Begründung eines Ankaufsrechts nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG – so

63 Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, S. 545, 632 (§ 7 des Musters, S. 635).
 64 Otto, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 27. Aufl. 2023, § 57, S. 1268; Franck, ebenda, § 62 Rn 49, S. 1350.
 65 Wilsch, NotarFormulare Erbbaurecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 86, 144.
 66 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Rn. 6280.
 67 Graf Wolffskeel v. Reichenberg, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, S. 631 (§ 4 Rn. 208).
 68 Maaß, in: Limmer/Hertel/Frenz, Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, S. 1225 (Teil 2 Kapitel 5 Rn. 2).
 69 Winkler, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 5, Bürgerliches Recht I, 8. Aufl. 2020, S. 1153 (V. 3 § 11 des Musters mit Anmerkung 6 (S. 1159)), S. 1284 (V. 31, § 7 des Musters mit Anmerkung 14 (S. 1293 [Sachenrechtsbereinigung])).
 70 Frense, in: Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 63. Ed. 1.1.2023, 8.5.1.1.
 71 Vgl. nur das Muster bei Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Rn. 6280; Muster bei Wilsch, NotarFormulare Erbbaurecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 144; Graf Wolffskeel v. Reichenberg, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 4 Rn. 208 (S. 631); Muster bei Otto, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 27. Aufl. 2023, § 57 Rn. 62 (S. 1265, 1268); Frense, in: Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 63. Ed. 1.1.2023, 8.5.1.1.

weit ersichtlich – nicht erörtert⁷². Eine solche Regelung wird – auch soweit ersichtlich – nirgendwo befürwortet.

cc) Aus der Kommentarliteratur zu § 456 BGB

Zum gleichen Ergebnis kommt man bei einem kursorischen Blick in die Kommentarliteratur zum Wiederkaufsrecht nach BGB. Hier findet sich zwar gelegentlich der Hinweis, dass eine gewisse Funktionsähnlichkeit des Wiederkaufsrechts zum Heimfallrecht nach § 2 Nr. 4 ErbbauRG bestehe⁷³. So erkennen manche Autoren im erbaurechtlichen Heimfallrecht eine besondere Ausprägung des Wiederkaufsrechts⁷⁴, andere sehen in ihr eine Sonderform des dinglichen Wiederkaufsrechts⁷⁵. Ausdrückliche Hinweise auf die Verwendbarkeit des Wiederkaufsrechts als Inhalt nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG finden sich hingegen nicht⁷⁶.

dd) Weitere Literatur

Auch bei Knothes Abhandlung über das Erbbaurecht⁷⁷ sowie in weiterer Literatur zum Wiederkaufsrecht und Erbbaurecht finden sich keine Hinweise auf die Verwendung des Wiederkaufsrechts nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG⁷⁸.

▶ 2. Der Schulterblick (zur Seite und zurück): Das „Vorkaufsrecht“ genannte dingliche Wiederkaufsrecht nach §§ 11, 14, 15 RHeimstG

a) Zum Heimstättenrecht

Nachdem das Erbbaurechtsgesetz eines von zwei maßgeblich durch die Bodenreformbewegung des frühen 20. Jahr-

72 Staudinger/Rapp, BGB 2021, ErbbauRG § 2 Rn. 31 ff.; Nagel/Swars, ErbbauRG 2022, § 2 Rn. 157 ff.; Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 99 ff.; MüKoBGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, ErbbauRG § 2 Rn. 42 und 43; BeckOGK/Toussaint, 15.3.2023, ErbbauRG § 2 Rn 30; BeckOK BGB/Maaß, 65. Ed. 1.2.2023, ErbbauRG § 2 Rn. 23 f. [der iü in Rn. 23 die OLGEntscheidung zitiert]; Glaß/Scheidt, Das Erbbaurecht, 1919, § 2 (S. 44 f.).
 73 Staudinger/Mader-Schermaier, BGB 2013, Vorbem. zu §§ 456 ff. BGB Rn. 2 a.E.; Jauernig-Berger, BGB, 18. Aufl. 2021, § 456 Rn. 3; MüKoBGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, BGB § 456 Rn. 2.
 74 BeckOK BGB/Faust, 01.02.2023, BGB § 456 Rn. 2.
 75 Soergel-Wertenbruch, 14. Aufl. 2009, § 456 Rn. 6.
 76 Jedenfalls hat der Verfasser keine einschlägige Fundstelle finden können. Vgl die Kommentierungen bei Staudinger/Rapp, 2021, § 2 Rn. 31 ff.; RGRK-Räfle, 12. Aufl. 1986, ErbbauVO § 2 Rn. 43 ff.; BeckOK BGB/Maaß, 65. Ed. 1.2.2023, ErbbauRG § 2 Rn. 23-25; MüKoBGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, ErbbauRG § 2 Rn. 40 ff.; BeckOGK/Toussaint, 15.3.2023, ErbbauRG § 2 Rn. 30; NKHeller, 5. Aufl., § 3 Rn 17 ff.; Erman-Grziwotz, 17. Aufl. 2022, § 2 Rn 10.
 77 Knothe, Das Erbbaurecht, 1987, S. 202 ff.
 78 Vgl. nur Mayer-Maly, FS Wieacker, 1978, 424 ff.; Ehrenforth, ZAkDR 1943, 38, der unter dem Titel „Sicherung von Wohnungsbauten durch gesetzliches Wiederkaufsrecht“ bei Behandlung der Wiederkaufsrechte im Reichsiedlungsgesetz und Reichsheimstättengesetz auch kurz auf das Erbbaurecht eingeht; Henrich, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, 1965, 229 f., 237 f., 244, 301, 360; Linde/Richter, Erbbaurecht und Erbbauzins, 3. Aufl. 2001, Rn. 119 ff; Walter, Kaufrecht, 1987 § 13 II.

hundreds geprägten Gesetzeswerken ist, soll ein kurzer Blick auf das zweite dieser Gesetze geworfen werden, das seinerseits funktional ein dingliches Wiederkaufsrecht vorsah: Das Reichsheimstättengesetz vom 10. Mai 1920⁷⁹. Zwar ist dies mit Wirkung vom 1. Oktober 1993⁸⁰ aufgehoben worden, also nicht mehr geltendes Recht. Die dort vorgesehene Regelung ist aber auch im hiesigen Zusammenhang von Interesse.

Unter Heimstätte verstand man Grundstücke mit einem Einfamilienhaus und Nutzgarten („Wohnheimstätte“) bzw. landwirtschaftliche oder gärtnerische Anwesen, zu deren Bewirtschaftung eine Familie unter regelmäßigen Verhältnissen keiner ständigen fremden Arbeitskräfte bedarf („Wirtschaftsheimstätte“). Das Grundstück sollte als Heim im Eigentum und wohnliche Lebensgrundlage für die Familie dienen⁸¹. Ausgeber von Reichsheimstätten konnten nur bestimmte öffentlich-rechtliche Körperschaften sein, die sie zu Eigentum ausgaben (§ 1 RHeimstG).

Das Heimstättenrecht wurde in Art. 155 der Weimarer Reichsverfassung programmatisch aufgenommen, dessen erster Absatz lautet:

Art. 155 Abs. 1 WRV:

Die Verteilung und Nutzung des Bodens wird von Staats wegen in einer Weise überwacht, die Mißbrauch verhütet und dem Ziele zustrebt, jedem Deutschen eine gesunde Wohnung und allen deutschen Familien, besonders den kinderreichen, eine ihren Bedürfnissen entsprechende Wohn- und Wirtschaftsheimstätte zu sichern. Kriegsteilnehmer sind bei dem zu schaffenden Heimstättenrecht besonders zu berücksichtigen.

b) Eigentumsbindungen des Heimstättenrechts

Die gesetzliche Regelung des Reichsheimstättengesetzes sah gegenüber sonstigem Grundeigentum eine erhebliche Bindung des Eigentümers (Heimstätter) vor: Die Teilung, Veräußerung und Vergrößerung war zustimmungspflichtig. Belastungen des Grundbesitzes mit Pfandrechten waren genehmigungspflichtig und es konnte eine Verschuldungsgrenze festgelegt werden. Die Nutzungsbindung wurde mittelbar über Heimfallansprüche und Vorkaufsrechte gesichert. Es gab erbrechtliche Beschränkungen. Die Zwangsvollstreckung in die Heimstätte war nur eingeschränkt möglich.

c) Spekulationsvermeidung als Zweck des Heimstättenrechts und Funktion des dinglichen Wiederkaufsrechts

Ein mit den gesetzlichen Regelungen verfolgter Zweck war auch die **Verhinderung von Spekulationen** mit dem Grundbesitz⁸². Diesem Zweck dienten insbesondere ein **Heimfallanspruch** und das **Vorkaufsrecht**. § 11 RHeimstG sah ein „Vorkaufsrecht“ des Ausgebers bei jeder Veräußerung der Heimstätte durch den Heimstätter vor. Das Vorkaufsrecht galt nicht nur bei Verkauf, sondern auch bei jeder anderen rechtsgeschäftlichen Übertragung – freilich unter Ausschluss der Veräußerung an den Ehegatten oder an Verwandte (§ 11 Abs. 2 RHeimstG). Der zu zahlende Erwerbspreis war gedeckelt. Sowohl beim Vorkaufsrecht als auch beim Heimfallanspruch hatte der Ausgeber höchstens den Betrag zu zahlen, der als sogenannter Grunderwerbspreis im Grundbuch eingetragen war. Dies war der für den Boden bei Errichtung oder Vergrößerung der Heimstätte festgesetzte Betrag. Hinzugerechnet wurde nur der noch vorhandene Wert etwaiger Baulichkeiten und Verbesserungen.

Entgegen dem Wortlaut des § 11 RHeimstG war dieses heimstättenrechtliche Vorkaufsrecht seiner Natur und Funktion nach ein **dingliches Wiederkaufsrecht**, das für jeden Fall der Veräußerung der Heimstätte galt. Das Vorkaufsrecht musste weder vertraglich vereinbart noch im Grundbuch eingetragen werden⁸³.

Sowohl das **Vorkaufsrecht** als auch der **Heimfallanspruch** hatten nach § 14 RHeimstG Dritten gegenüber die **Wirkung einer Vormerkung** zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums.

Auch Erbbaurechte waren grundsätzlich als Heimstätte geeignet, § 26 RHeimstG.

▶ 3. Vorteile eines erbaurechtlich-dinglichen Wiederkaufsrechts

Welche Vorteile hat (oder hätte) ein Wiederkaufsrecht als Bestandteil des dinglich-erbaurechtlichen Ankaufsrechts gegenüber einem nur schuldrechtlich vereinbarten Wiederkaufsrecht?

a) Klarstellende Unterscheidung der „Dinglichkeit“ des Rechts gegenüber z.B. dem heimstättenrechtlichen Wiederkaufsrecht

Die juristischen Begriffe „dinglich“ und „Dinglichkeit“ konnotieren das Vorliegen eines absoluten Rechts, das

79 Reichsheimstättengesetz vom 10. Mai 1920 (RGBl. 1920 S. 962, 1218).

80 Art. 1 G v. 17.6.1993, Bundesgesetzblatt I 912.

81 Wormit/Ehrenforth, Reichsheimstättengesetz, 3. Aufl. 1960, S. 14.

82 Wormit/Ehrenforth, Reichsheimstättengesetz, 3. Aufl. 1960, S. 21 f., § 11 Anm. 1, § 15 Anm. 1.

83 Wormit/Ehrenforth, Reichsheimstättengesetz, 3. Aufl. 1960, § 11 Anm. 2.

in der Regel dem Sachenrecht entspringt und gegenüber jedermann wirkt. Dingliche Rechte bedeuten oftmals eine besondere Vorrangposition. Sie gewähren z.B. das Recht zur Aussonderung oder abgesonderten Befriedigung in der Insolvenz oder sichern wie die Vormerkung nach § 883 BGB das Rangverhältnis zu anderen Rechten an Grundstücken und die Durchsetzung des schuldrechtlichen Anspruchs gegenüber Dritten. Das Wiederkaufsrecht nach Heimstättenrecht z.B. hatte auch eine dingliche Wirkung in diesem Sinne. Mit dieser Form von Dinglichkeit darf man den erbaurechtlich-dinglichen Gehalt der nach § 2 ErbbauRG möglichen Vereinbarungen jedoch nicht verwechseln. Dinglich bedeutet in diesem Zusammenhang im Recht des Erbbaurechts eine binnenrechtliche Verfestigung. Es liegt eine gewisse Funktionsähnlichkeit zur Verdinglichung von Regeln der Gemeinschaftsordnung nach WEG vor⁸⁴. Die Dinglichkeit nach Erbaurechtsgesetz führt damit aber nicht zu erhöhtem Schutz gegenüber Dritten oder nachrangigen Berechtigten.

b) Zu den Vorteilen erbaurechtlich-dinglicher Vereinbarung

aa) Automatischer Übergang bei Rechtsträgerwechsel

Nachdem eine solche Vereinbarung gegenüber jedem Eigentümer des Grundstücks und gegenüber jedem Erbbauberechtigten gilt, ist durch ihre Verwendung sichergestellt, dass sie auf die gesamte Laufzeit des Erbbaurechts gilt. Sie ist insbesondere auch unabhängig vom Wechsel in einer Person der ursprünglichen Vertragsbeteiligten. Geht das Erbbaurecht 35 Jahre nach seiner Bestellung im Wege der Einzelrechtsnachfolge von dem ersten Erbbauberechtigten auf den zweiten Erbbauberechtigten über (sei es infolge Kaufvertrags, Übergabe, Einbringung in eine Gesellschaft), so wird dieser zweite Erwerber unmittelbar verpflichtet. Einer Vertragsübernahme bedarf es nicht. Dies erleichtert die Vertragsgestaltung erheblich. Gleiches gilt bei dem Übergang im Wege der Zwangsversteigerung. Auch hier ist der Ersteher ohne weiteres berechtigt und verpflichtet⁸⁵.

Gleiches gilt bei Veräußerung des Erbbaugrundstücks. Auch hier bedürfte es keiner weiteren rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen, um sicherzustellen, dass das Wiederkaufsrecht bestehen bleibt. Vielmehr ist es untrennbar mit dem Eigentum verbunden.

⁸⁴ Rapp, FS Wenzel, 279 ff.; vgl. auch schon die Nachweise zur Dinglichkeit unter III. 1. a).
⁸⁵ Winkler/Schlögel, Erbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 27; Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 2; MüKoBGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, ErbbauRG § 2 Rn. 6.

bb) Fortbestand auf die Dauer des Erbbaurechts ohne zeitliche Begrenzung

Gegenüber einem nur schuldrechtlich vereinbarten Wiederkaufsrecht wäre ein weiterer gravierender Vorteil die **fehlende zeitliche Beschränkung** des Rechts. Nach Rechtsprechung und Literatur ist z.B. ein Wiederkaufsrecht im Rahmen eines städtebaulichen Vertrags als Grundstückskaufvertrag einer Gemeinde mit Bauverpflichtung nur für einen bestimmten Zeitraum zulässig⁸⁶. Dies gilt etwa für die sogenannten Einheimischen-Modelle bei Veräußerung von Bauplätzen wie auch bei Veräußerung von Grundstücken zum Zwecke der Ansiedlung von Gewerbe. Diese zeitliche Einschränkung gilt jedenfalls für das sozusagen sanktionierende Wiederkaufsrecht, das bei Verletzung von vertraglichen Verpflichtungen (Bauverpflichtung, Eigennutzung auf Zeit) vereinbart wird⁸⁷. Anders liegt es bei Fällen wie dem sogenannten Hamburger Wiederkaufsrecht, bei denen das Recht voraussetzungslos, aber erst nach Ablauf einer Frist von z.B. 90 Jahren ausgeübt werden kann⁸⁸.

Demgegenüber gelten bei Erbbaurechten solche zeitlichen Beschränkungen nicht⁸⁹. Was zulässiger Inhalt des Erbbaurechts ist, das ist und bleibt es auch auf die **gesamte Laufzeit des Erbbaurechts**.

Auf den ersten Blick also scheint das Wiederkaufsrecht als Bestandteil einer Vereinbarung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG einiges für sich zu haben.

► 4. Nachteile eines erbaurechtlich-dinglichen Wiederkaufsrechts

Warum nun findet sich im lebenden Recht von Ankaufsrecht und Wiederkaufsrecht (jedenfalls vor der Entscheidung des OLG Stuttgart⁹⁰) keine Spur seiner Kombination? Dies zeigt der Blick auf die Nachteile einer solchen Vereinbarung.

a) Berechtigung nur des jeweiligen Eigentümers

Der gravierendste Nachteil eines nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG vereinbarten Wiederkaufsrechts liegt nun ebenfalls in seiner Qualifikation als dinglich-erbaurechtlicher Bestandteil des Erbbaurechts.

⁸⁶ Vgl. MüKoBGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, BGB § 456 Rn. 1 m.w.N.

⁸⁷ BGH NJW-RR 2006, 1452; BGH MittBayNot 2016, 185, 186 f.

⁸⁸ BGH NJW 2011, 515.

⁸⁹ Vgl. nur Grziwotz, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, Kap. 1 § 10 B. II. 2. Rn. 22; BGH MittBayNot 2016, 179; Winkler/Schlögel, Erbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 56 m.w.N.

⁹⁰ OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022 – 10 U 278/21.

Dies wird sofort deutlich, wenn man sich das weitere **Schicksal des Erbbaurechts nach Ausübung des Ankaufsrechts** vergegenwärtigt. Übt der Erbbauberechtigte das Recht aus, bezahlt er den Kaufpreis und wird er in Erfüllung des Grundstückskaufvertrags mit Vollzug der Auflassung Eigentümer auch des Erbbaugrundstücks, entsteht ein **nachträgliches Eigentümererbaurecht**⁹¹. Eigentümer und Erbbauberechtigter sind dann **personenidentisch**.

Wem steht nun nach Vollzug der Auflassung der Anspruch aus dem Wiederkaufsrecht zu? Der Anspruch kann nur dem **jeweiligen Grundstückseigentümer** zustehen, also der Person, die auch Erbbauberechtigter ist⁹². Jedenfalls steht der Anspruch nicht dem ehemaligen Grundstückseigentümer zu, denn die Berechtigung aus dem dinglich-erbaurechtlichen Inhalt des Erbbaurechts kann nur einem Beteiligten am Erbbaurechtsverhältnis zustehen. Der **Alteigentümer** des Grundstücks ist an diesem aber **nicht mehr beteiligt**.

Im Ergebnis bringt das Wiederkaufsrecht dem ursprünglichen Eigentümer/Verkäufer also nichts.

b) Wegfall nach Erwerb des Erbbaugrundstücks und Aufhebung des Erbbaurechts

Im Übrigen ist der Fortbestand des Eigentümererbaurechts nach Vollzug der Auflassung zumeist nur ein Zwischenschritt. In aller Regel hat der Eigentümer/Erbbauberechtigte nach Erwerb des Grundstücks kein Interesse mehr an einem Fortbestand des Erbbaurechts. Er wird also das Erbbaurecht aufheben und es zur Löschung im Grundbuch bringen. Damit erlischt das Erbbaurecht. Ist das **Erbbaurecht erloschen, kann denkllogisch ein Wiederkaufsrecht, das Teil seines Inhalts gewesen ist, nicht mehr bestehen**.

Anders liegt es statistisch im zweiten Fall der nachträglichen Entstehung eines Eigentümererbaurechts, nämlich nach Ausübung des Heimfallrechts. Hier erwirbt nicht der Erbbauberechtigte das Grundstück, sondern es erwirbt umgekehrt der Grundstückseigentümer das Erbbaurecht. In diesen Fällen erfolgt oftmals keine Aufhebung des Erbbaurechts, vielmehr wird es durch Veräußerung an einen

Dritten oder Vierten neu vergeben⁹³. Hier ist ein Fortbestand des Wiederkaufsrechts für künftige Ausübungen des Ankaufsrechts denkbar.

c) Zusammenfassung

Im Ergebnis kann das erbaurechtlich-dingliche Wiederkaufsrecht nach Vollzug der Auflassung aus dem Kaufvertrag durch den ursprünglichen Eigentümer nicht mehr geltend gemacht werden. Auch wenn das Erbbaurecht fortbesteht, ist dieser Alteigentümer nicht mehr berechtigt. Sobald das Erbbaurecht aufgehoben ist, gibt es den Anspruch nicht mehr⁹⁴. Der Anspruch aus § 2 Nr. 7 ErbbauRG geht vielmehr mit dem Erbbaurecht und seiner Löschung im Grundbuch unter.

▶ 5. Notwendigkeit begleitender Regelungen für ein erbaurechtlich-dingliches Wiederkaufsrecht

a) Erforderlichkeit einer zusätzlichen schuldrechtlichen Vereinbarung

Wegen dieser Mängel gilt: Möchte sich der Grundstückseigentümer bei Vergabe eines Erbbaurechts mit Ankaufsberechtigung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG die Möglichkeit zum **Wiederkauf** des Grundstücks **rechtssicher vorbehalten**, kann er sich nicht allein auf die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts im Rahmen des § 2 Nr. 7 ErbbauRG verlassen. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass eine **schuldrechtliche Vereinbarung** getroffen wird, die ihm das Recht zum Wiederkauf auch dann einräumt, wenn er aus dem Erbbaurechtsverhältnis keine Rechte mehr herleiten kann.

b) (Erforderlichkeit oder) Wünschbarkeit dinglicher Sicherung durch Vormerkung

Die rein schuldrechtliche Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts ist ohne dingliche Absicherung nur eingeschränkt effektiv. Nachdem das Wiederkaufsrecht nach BGB anders als wie dargelegt das „wiederkaufsrechtliche“ Vorkaufsrecht nach Reichsheimstättengesetz und das Wiederkaufsrecht nach §§ 21, 22 Reichssiedlungsge-

91 MüKoBGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, ErbbauRG § 2 Rn. 43, § 1 Rn. 66; Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 112; Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 160, § 3 Rn. 9; Linde/Richter, Erbbaurecht und Erbbauzins, 3. Aufl. 2001, Rn. 119; Staudinger/Rapp, BGB 2021, ErbbauRG § 2 Rn. 35; Nagel/Nagel, ErbbauRG 2022, § 1 Rn. 117.

92 Auf die Dauer der Personenidentität von Eigentümer und Erbbauberechtigten ruht der Anspruch natürlich. Der Eigentümer kann nicht von sich als Erbbauberechtigtem den Verkauf an sich selbst verlangen.

93 Und anders liegt es, natürlich, beim ursprünglichen Eigentümererbaurecht, das auf Veräußerung angelegt ist, vgl. hierzu insbesondere unter Hinweis auf das praktische Bedürfnis nur Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 3 Rn. 9; Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 1 Rn. 48; Nagel/Nagel, ErbbauRG 2022, § 1 Rn. 117; J.A. Dieckmann, ErbbauZ 2021, 136 und 2021, 168.

94 Wilsch, NotarFormulare Erbbaurecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 87; Nagel/Swars, ErbbauRG 2022, § 2 Rn. 165 weist insoweit allgemein auf die Möglichkeit hin das Ankaufsrecht vor Ausübung losgelöst von der Erbbaurechtsbestellung als schuldrechtliche Vereinbarung umzugestalten.

setz keine dingliche Wirkung hat, muss zur Absicherung der Durchsetzung des Anspruchs mit einer Vormerkung nach § 883 BGB gearbeitet werden. Wird das Ankaufsrecht nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG ausgeübt und das Erbbaugrundstück nach Auflassung in das Eigentum des Erbbauberechtigten/Käufers umgeschrieben, ist eine Erwerbsvormerkung im Grundbuch einzutragen. Ansonsten fehlt eine effektive Absicherung des Anspruchs.

► 6. Sinnhaftigkeit eines Wiederkaufsrechts als erbaurechtlich-dinglicher Inhalt einer Verkaufsverpflichtung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG

Ist ein erbaurechtlich-dingliches Wiederkaufsrecht also sinnhaft? Die wenigen Vorteile des automatischen Übergangs bei Rechtsträgerwechsel und Fortbestand auf die Dauer des Erbbaurechts fallen beide nicht ins Gewicht. Gerade der Rechtsträgerwechsel führt nach Auflassung zu dem Verlust der Wiederkaufsberechtigung beim Alteigentümer/Verkäufer. Die Aufhebung des Erbbaurechts durch den Käufer/Erbbauberechtigten beendet den Fortbestand. Ist der Kaufvertrag nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG erfüllt und vollzogen, verliert der Wiederkaufsinteressierte alle seine Ansprüche.

Ergebnis: Ein dinglich-erbaurechtlich vereinbartes Wiederkaufsrecht als Bestandteil einer Verkaufsverpflichtung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG bringt dem Eigentümer relativ wenig. Ohne ein zusätzliches schuldrechtliches Wiederkaufsrecht sind seine Interessen nicht gewahrt.

► 7. Zulässigkeit eines Wiederkaufsrechts als erbaurechtlich-dinglicher Inhalt einer Verkaufsverpflichtung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG

Auf die Frage, ob die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts nach geltendem Recht als fakultativer vertraglicher Erbbaurechtsinhalt möglich ist, ist zurückzukommen. Die erste vorläufige Einschätzung ihrer Zulässigkeit⁹⁵ wird durch die vorstehenden Ausführungen nicht widerlegt.

Legt man die Bestimmung des § 2 Nr. 7 ErbbauRG nach dem Wortlaut eng aus, würde man nur den Kauf nach § 433 BGB im engeren Sinne unter sie fassen. Die Norm scheint gerade nicht vorzusehen, dass der Erbbauberechtigte das Grundstück *verkaufen* können soll.

Richtig erscheint das aber nicht. Die vertraglich-erbaurechtlichen Inhalte des § 2 ErbbauRG sind zwar in der

Weise abschließend, als der Katalog nicht erweitert werden kann. Insofern ist die Vorschrift des § 2 ErbbauRG aufgrund des sachenrechtlichen Typenzwangs eng auszulegen⁹⁶. So soll etwa die *Beseitigung des Bauwerks* nicht nach § 2 Nr. 1 ErbbauRG zum dinglichen Inhalt gemacht werden können, weil dort nur die *Errichtung des Bauwerks* aufgeführt ist⁹⁷. Bei den im Katalog ausdrücklich aufgeführten Regelungsmöglichkeiten ist aber eine inhaltliche Beschränkung nicht vom Gesetz vorgesehen. Insbesondere bei den Heimfallgründen, die in der Praxis in Verträgen vereinbart werden, sieht man die große Flexibilität und Gestaltbarkeit des Erbbaurechts⁹⁸. Der Zweck der Verdinglichung dieser Verpflichtungen liegt darin, sie auf die Dauer des Erbbaurechts unabhängig vom Wechsel eines Beteiligten des Rechtsverhältnisses als bindend festzulegen. Nur insoweit als das Gesetz ausdrücklich Regelungen für nicht wirksam erklärt, bestehen Schranken für zulässige dingliche Inhalte. Dies gilt insbesondere für die in § 1 Abs. 3 ErbbauRG und § 1 Abs. 4 ErbbauRG niedergelegten Punkte, die eine Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk, für unzulässig erklären und der Vereinbarung von auflösenden Bedingungen und einer Verpflichtung zur Aufgabe des Erbbaurechts die Wirksamkeit versagen.

Das Wortlautargument, nach dem der Verkauf durch den Erbbauberechtigten nicht ausdrücklich erwähnt wird, greift zu kurz. Denn das Gesetz hat natürlich keinen Anlass, eine solche Regelung vorzusehen, dass das Eigentum vom Eigentümer gekauft werden soll.

Gestützt wird diese Meinung auch durch das in der kostenrechtlichen Literatur verwandte Argument, dass ein dingliches Vorkaufsrecht des jeweiligen Erbbauberechtigten zulasten des Grundstücks zum Inhalt des Erbbaurechts nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG zähle⁹⁹. In der Sache ist das allerdings sehr zweifelhaft, da das Recht in Abteilung II des Grundbuchs des Grundstücks gesondert eingetragen

96 Bauer/Schaub/Maaß, GBO, 4. Aufl. 2018, F. Rn. 59; Winkler/Schlögel, Erbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 60; MüKoBGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, ErbbauRG § 2 Rn. 1; BayObLG NJW-RR 1991, 718, 719.

97 Winkler/Schlögel, Erbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 60, 90, 114; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1750; Nagel/Swars, ErbbauRG 2022, § 2 Rn. 41.

98 Vgl. nur die Muster bei Wilsch, NotarFormulare Erbaurecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 144; Otto, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 27. Aufl. 2023, S. 1265; Maaß, in: Limmer/Hertel/Frenz, Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, S. 1222; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Rn. 6280; Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 64; für eine eher zurückhaltende Verwendung spricht sich dagegen Nagel, ErbbauZ 2020, 2, 5 aus.

99 OLG München MittBayNot 2006, 531; Winkler/Schlögel, Erbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 9 Rn. 4; Korintenberg-Sikora, GNotKG, 22. Aufl. 2022, § 43 Rn. 20. In der Sache ist das allerdings sehr zweifelhaft, da das Recht in Abteilung II des Grundbuchs des Grundstücks gesondert eingetragen wird und somit ein anderes Rechtsverhältnis sein muss.

95 Vgl. oben VII. 1 und 2.

wird und somit ein anderes Rechtsverhältnis sein muss als das Erbbaurecht selbst. Sicher ist aber, dass das Ankaufsrecht nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG ausschließlich für den Fall definiert werden kann, dass das Grundstück an einen Dritten verkauft wird¹⁰⁰.

VIII. Zusammenfassung zur Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit eines dinglich-erbaurechtlichen Wiederkaufsrechts

Die Erörterungen zur Frage der Regelung eines Wiederkaufsrechts als möglicher Inhalt einer Kaufberechtigung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG hatten zwei Aspekte: Ist eine solche Regelung zulässig? Und, wenn ja, ist eine solche Regelung sinnvoll? Bei Untersuchung dieser beiden Aspekte wurde auch auf das bisher vorhandene Material im Sinne von Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen.

Die **Ergebnisse der Untersuchung** lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Das **lebende Recht von Erbbaurecht und Wiederkauf** kennt eine solche **Vereinbarung** bislang **nicht**. Dies gilt für Rechtsprechung, Literatur und Vertragspraxis, soweit sie sich in Formularbüchern wiederfindet bzw. in ihnen widerspiegelt wird. Ein dingliches Wiederkaufsrecht, welches den Vorschriften des Reichsheimstättengesetzes 1920 entspricht, kennen weder Erbbaurechtsgesetz noch BGB.

Nach geltendem Recht erscheint es **zulässig**, ein Wiederkaufsrecht als Inhalt einer Vereinbarung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG zu treffen. Die erste Frage nach der Zulässigkeit ist also zu bejahen.

Die zweite Frage nach der **Sinnhaftigkeit** ist dagegen zu **verneinen**. Eine solche Regelung ist grob lückenhaft, erfüllt die Ziele des Eigentümers nicht, bedarf einer schuld-

rechtlichen Begleitvereinbarung und ist daher ungeeignet. Die einzigen Vorteile einer erbaurechtlich-dinglichen Vereinbarung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG liegen zum einen im automatischen Übergang ihrer Berechtigung und Verpflichtung bei Wechsel im Eigentum des Grundstücks oder der Inhaberschaft des Erbbaurechts, zum anderen liegen sie in ihrem Fortbestand auf die zeitliche Dauer des Erbbaurechts, ohne dass Bindungsfristen problematisch wären.

Der erbaurechtlich-dingliche Charakter führt aber zur Berechtigung nur des **jeweiligen Eigentümers** des Erbbaugrundstücks. Gerade wenn das Grundstück vom Erbbauberechtigten nach Ausübung des Ankaufsrechts sachenrechtlich erworben ist, verliert der ursprüngliche Grundstückseigentümer sein Wiederkaufsrecht. Denn dann kann er aus dem dinglichen Inhalt des Erbbaurechts keinen Anspruch mehr herleiten. Endgültig geht das Wiederkaufsrecht mit der nach dem Erwerb des Grundstücks statistisch regelmäßig folgenden Aufhebung des Erbbaurechts durch einseitige Erklärung des Eigentümers/Käufers/Erbbauberechtigten unter. Will der erste Erbbaugeber wirklich sicher sein, das Grundstück zurückkaufen zu können, muss er ohnehin ein schuldrechtliches Wiederkaufsrecht vereinbaren und den Anspruch daraus möglichst durch Vormerkung sichern.

Nicht alles, was zulässig ist, ist auch sinnvoll. So liegt es auch hier. Als Gestaltungsalternative ist das Recht **nur sehr eingeschränkt geeignet**. Ohne ein begleitendes schuldrechtliches Wiederkaufsrecht sind die Interessen des Eigentümers/Erbbaugebers/Verkäufers nicht gewahrt.

Die Befassung mit dem schwierigen Thema der Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit einer dinglich-erbaurechtlichen Wiederkaufsvereinbarung beim Ankaufsrecht nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG soll mit einer leichten Note enden. Frei nach Lorient: Ein Wiederkaufsrecht als Teil einer Ankaufberechtigung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG ist möglich, aber sinnlos.

¹⁰⁰ Staudinger/Rapp, BGB 2021, ErbbauRG § 2 Rn. 34; BGH NJW 1954, 1443.

Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit eines Wiederkaufsrechts als Inhalt einer erbaurechtlich-dinglichen Verkaufsverpflichtung nach § 2 Nr. 7 Erbaurechtsgesetz - Praxis

Bemerkungen zur Entscheidung des OLG Stuttgart vom 13.9.2022 (10 U 278/21)

Dr. Johann Andreas Dieckmann, M.St. (Oxford)

I. Einleitung und Sachverhalt	136	b) Zur Wortlautauslegung des Vertrags	139
1. Einleitung	136	c) Gravierende Divergenz von Bindungsfrist und Laufzeit des Erbaurechts	140
2. Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit einer Wiederkaufsvereinbarung als Teil einer Verkaufsverpflichtung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG	136	d) Alternativverlauf I: Erlöschen des Wiederkaufsrechts bereits vier Jahre nach Vertragsabschluss bei vertragsmäßiger Erfüllung der Bauverpflichtung	140
3. Kurze Zusammenfassung des Sachverhalts	136	e) Alternativverlauf II: Annahme der Verkaufsverpflichtung, Vollzug der Auflassung und nachträglich entstehende Nichterfüllung der Bauverpflichtung	140
a) Ausgangssachverhalt	136	f) Mögliche Kollision mit § 1 Abs. 4 ErbbauRG	141
b) Teilinhalte der Urkunde und Bruchstücke ihrer (nur zu erahnenen) Struktur	137	g) Zur systematischen Auslegung der Urkunde	141
c) Weitere Entwicklung	137	h) Zur funktionalen Auslegung der Urkunde	142
4. Klageanträge und Entscheidung des Landgerichts Stuttgart sowie des Oberlandesgerichts Stuttgart	137	i) Einfluss ungenauer Bezeichnung des Urkundsgegenstands durch den Notar	142
5. Aus der Begründung des Oberlandesgerichts	137	3. Zur erbaurechtlichen Argumentation des Gerichts	143
II. Stellungnahme und Erörterung	138	a) Wiedergabe der Ausführungen des Gerichts	143
1. (Verkaufsverpflichtung und) Wiederkaufsrecht als grundsätzlich wirksam vereinbar Inhalt der Kaufberechtigung	138	b) Zur Annahme der zwingenden Dinglichkeit einer Kaufvereinbarung	143
2. (Verkaufsverpflichtung und) Wiederkaufsrecht als im konkreten Fall wirksam vereinbar Inhalt der Kaufberechtigung	138	c) Zur Annahme der auflösenden Bedingung der Verkaufsverpflichtung	144
a) War (Verkaufsverpflichtung und) Wiederkaufsrecht Gegenstand der dinglichen Einigung nach §§ 873 Abs. 1 BGB, 11 ErbbauRG?	138	4. Abstützung der Argumentation des Senats durch Literatur und Rechtsprechung?	144
		III. Zusammenfassung	145

* Die Nachweise im folgenden Text sind reduziert. Frau Ref. jur. Anne Fröhler, juristische Mitarbeiterin in meiner Notarkanzlei, gilt herzlicher Dank für die sorgfältige und zuverlässige Unterstützung bei Erstellung des Manuskriptes – J.A. Dieckmann.

I. Einleitung und Sachverhalt

1. Einleitung

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 13.09.2022¹ ist kompliziert und berührt mehrere Rechtsgebiete. Hier wird nur ihr erbaurechtlicher Aspekt beleuchtet und untersucht.

In einer notariellen Urkunde wird ein Erbbaurechtsvertrag begründet, vom Erbbaugeber ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags an den Erbbauberechtigten abgegeben und ein Wiederkaufsrecht vereinbart. Es wird eine Bauverpflichtung vorgesehen, deren nicht rechtzeitige Erfüllung erbaurechtlich zum Heimfall führt und bei Annahme des Kaufangebots zum Wiederkauf berechtigt.

Die hier insbesondere interessierende Frage ist, ob das Gericht zutreffend davon ausgeht, dass dieses **Kaufangebot mit Wiederkaufsrecht als dinglich-erbaurechtlicher Inhalt** nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG des im Rahmen der Urkunde geschlossenen Erbbaurechtsvertrags zu qualifizieren ist.

2. Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit einer Wiederkaufsvereinbarung als Teil einer Verkaufsverpflichtung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG

Gesondert ist untersucht worden, ob eine solche Vereinbarung für ein Wiederkaufsrecht als vertraglicher Inhalt des Erbbaurechts getroffen werden kann und ob dies sinnvoll ist². Die **Zulässigkeit** wurde **bejaht**³. Die **Sinnhaftigkeit** wurde jedoch skeptisch beurteilt und **verneint**. Das erbaurechtlich-dingliche Wiederkaufsrecht, welches nur dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zustehen kann, bringt dem ursprünglichen Eigentümer und Erbbaugeber nach Annahme des Kaufangebots und Vollzug der Auflassung im Grundbuch nichts, da er dann nicht mehr berechtigt ist. Im Regelfall wird der Erbbauberechtigte nach Durchführung des Kaufs das nachträgliche Eigentümererbaurecht aufheben. Dann erlischt das Wiederkaufsrecht ohnehin. Ohne begleitendes schuldrechtliches Wiederkaufsrecht steht der erste Eigentümer/Verkäufer im Regelfall schutzlos da.

Wie lässt sich nun die Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart und dessen Begründung vor dem Hinter-

grund der allgemeinen Ausführungen zur Zulässigkeit und Praktikabilität bewerten, soweit sie sich zum Wiederkaufsrecht verhält?

3. Kurze Zusammenfassung des Sachverhalts

a) Ausgangssachverhalt

Folgender Kernsachverhalt liegt dem Streit zugrunde:

Eine Gebietskörperschaft und ein eingetragener Verein schließen einen grundstücksbezogenen Vertrag. Die notarielle Urkunde, die den Vertrag enthält, hat mehrere Gegenstände. Die Gemeinde als Eigentümer verpflichtet sich zur Bestellung eines Erbbaurechts zugunsten des Vereins. Zugleich enthält die Urkunde ein Angebot auf Abschluss eines Grundstückskaufvertrags von der Gemeinde als Eigentümer und Verkäufer an den Verein als Käufer. Vereinbart wird jeweils eine Bauverpflichtung. Der Verein ist nach dem Vertrag verpflichtet, ein hinreichend konkretisiertes Bauwerk – nämlich eine Moschee mit Nebengebäuden – innerhalb einer hinreichend konkretisierten Frist zu errichten. Diese Vereinbarung wird als dinglich-erbaurechtlicher Inhalt des Erbbaurechts vereinbart.

Auch im Angebot zum Kaufvertrag wird eine Bauverpflichtung niedergelegt.

Diese Bauverpflichtung bzw. die beiden Bauverpflichtungen haben weitere Bedeutung in beiden Teilen der grundstücksbezogenen Urkunde: An ihre Nichteinhaltung wird ein erbaurechtlicher Heimfallanspruch geknüpft. Der jeweilige Eigentümer kann danach vom jeweiligen Erbbauberechtigten die Übertragung des Erbbaurechts im Wege des Heimfalls verlangen, wenn die Bauverpflichtung nicht innerhalb der bestimmten Frist erfüllt ist.

Auch im Teil der Urkunde, der das Kaufangebot umfasst, wird ein Rechtsbehelf für den Fall, dass die Bauverpflichtung nicht erfüllt wird, vorgesehen: Ein Wiederkaufsrecht. Wird nach Abschluss und Erfüllung des Kaufvertrags das Bauwerk nicht zeitig errichtet, so ist der Verkäufer des Grundstücks berechtigt, dieses im Wege des Wiederkaufs zurück zu erwerben.

Das Erbbaurecht wird im Grundbuch eingetragen.

Das im Erbbaurecht vergebene Grundstück soll in zwei Bauabschnitten bebaut werden. Im ersten Bauabschnitt ist die Errichtung eines Kulturhauses und einer Moschee

¹ OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022 – 10 U 278/21, ErbbauZ 2022, 167 ff. mit Anm.

Nagel = NotBZ 2023, 116 ff. mit Anm. *Grziwotz* = in diesem Heft S. 145.

Die Entscheidung wird hier zitiert nach juris.

² J.A. Dieckmann, BWNotZ 2023, 120 ff – (in diesem Heft).

³ J.A. Dieckmann, BWNotZ 2023, 120,132 – (in diesem Heft).

nebst Außenanlagen vorgesehen. In einem zweiten Bauabschnitt folgt die Errichtung eines Schülerwohnheims, eines Bistros, eines Friseursalons und eines Ladengeschäfts. Die klagende Stadt hatte die Änderung des Bebauungsplans für die Errichtung einer Moschee beschlossen.

b) Teilinhalte der Urkunde und Bruchstücke ihrer (nur zu erahrenden) Struktur

Der Inhalt der dem Streit zugrunde liegenden notariellen Urkunde wird in der Entscheidung nur sehr rudimentär und bruchstückhaft wiedergegeben. Es wird (jedenfalls) ein Erbbaurechtsvertrag mit einer Laufzeit von 60 Jahren und einer automatischen Verlängerung um 30 Jahre geschlossen, also für 90 Jahre.

Die Urkunde ist nach römischen Ziffern gegliedert, die wiederum nach arabischen Ziffern unterteilt sind. Nach **II. Ziffer 2** wird eine Bauverpflichtung festgelegt. Der erste Bauabschnitt soll innerhalb von vier Jahren beginnend am 1. November 2014 fertiggestellt sein. Unter **II. Ziffer 7** wird der Heimfall definiert, der unter anderem bei nicht fristgerechter Fertigstellung des ersten Bauabschnitts verlangt werden kann. Unter **III. Ziffer 11** ist ein Erbbauzins vereinbart.

Der **Abschnitt VII.** der Urkunde enthält ein **Kaufangebot** für das Grundstück zum Kaufpreis von € 883.400,00. Der Kaufvertrag enthält ebenfalls eine Bauverpflichtung für den ersten Bauabschnitt. Als Bindungsfrist für das Kaufangebot wird der 30.12.2023 vereinbart. Unter **Abschnitt VIII. Ziffer 9** der Urkunde enthält das Kaufangebot eine Regelung zum Wiederkaufsrecht der Klägerin für den Fall, dass die Bauverpflichtung nicht fristgerecht vollständig erfüllt ist.

c) Weitere Entwicklung

Es kommt, wie es kommen muss: Der Bau verzögert sich. Mit Schreiben vom 02.07.2018 teilt der Beklagte mit, dass die Frist der Bauverpflichtung nicht eingehalten werden könne. Im Juli 2018 beschließt der Gemeinderat die Geltendmachung des Heimfallrechts. Im August 2018 nimmt der Beklagte das Kaufangebot an und zahlt den Kaufpreis. Die Auflassung wird nicht erklärt und es erfolgt kein Eigentumswechsel. Ein vom Kläger beauftragter Sachverständige kommt im August 2018 zum Ergebnis, dass die Frist nicht eingehalten werden könne. Sodann erklärt die Klägerin mit Schreiben vom 6. September 2018 den Heimfall des Erbbaurechts. Am 18.12.2018 übt die Klägerin das Wiederkaufsrecht für das Grundstück aus und erklärt erneut den Heimfall für das Erbbaurecht.

Zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht im Mai 2022 war der erste Bauabschnitt noch immer nicht abgeschlossen.

▶ 4. Klageanträge und Entscheidung des Landgerichts Stuttgart sowie des Oberlandesgerichts Stuttgart

Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage Übertragung des Erbbaurechts, die Versicherung des Bauwerks und die Zahlung des Erbbauzinses bis zur Rückgabe des Grundstücks.

Der Beklagte begehrt im Wege der Widerklage die Auflassung des Grundstücks, die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ausübung des Wiederkaufsrechts und die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Klägerin für Schäden, die aufgrund der Ausübung des Heimfallrechts und des Wiederkaufsrechts entstanden sind.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Übertragung des Erbbaurechts auf die Klägerin und zur Zahlung von € 110.425 Schadensersatz verurteilt. Die weitergehende Klage auf Versicherung des Gebäudes wird ebenso abgewiesen wie die Widerklage. Das Landgericht hält dafür, dass der Anspruch auf Rückübertragung des Erbbaurechts aus dem ausgeübten Wiederkaufsrecht folge⁴.

Die Klägerin verfolgt vor dem Oberlandesgericht ihre Klageanträge weiter und beantragt hilfsweise, die Beklagte zu verurteilen, das Erbbaurecht mit Zustimmung der Klägerin aufzuheben.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts teilweise abgeändert. Die Beklagte wird auch verurteilt, das Bauwerk zu versichern.

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Das OLG spricht den Übertragungsanspruch bezüglich des Erbbaurechts aufgrund Heimfalls zu. Es versagt den Erfolg des Auflassungsanspruchs des Vereins wegen wirksamer Ausübung des Wiederkaufsrechts.

▶ 5. Aus der Begründung des Oberlandesgerichts

Das Oberlandesgericht Stuttgart geht davon aus, dass der Kaufvertrag wirksam zustande gekommen ist und dass das Wiederkaufsrecht wirksam ausgeübt wurde.

⁴ OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022 – 10 U 278/21 – (juris) Rn. 28, 68

Zum Wiederkaufsrecht führt es aus, dass dieses zu einer Kaufberechtigung im Sinne von § 2 Nr. 7 ErbbauRG gehöre. Der insoweit relevante Teil der Entscheidung findet sich in den Rn. 110 ff. und 125 ff.

Die Vereinbarung wird vom Gericht durchgehend als „**Erbbaurechtsvertrag**“ bezeichnet⁵.

Das Gericht führt aus⁶: Neben dem gesetzlichen Inhalt des Erbbaurechts nach § 1 ErbbauRG gehören nach § 2 ErbbauRG gewisse Vereinbarungen zum Inhalt des Erbbaurechts. Die Vorschrift bedeute, dass die Vereinbarungen nicht getroffen zu werden brauchen, dass sie aber, wenn sie getroffen werden, zum Inhalt des Erbbaurechts gehören und nicht nur schuldrechtliche Wirkung, sondern auch dingliche Wirkung für und gegen Dritte haben. Die Vereinbarung zum Wiederkauf sei ebenso wie das Kaufangebot Teil des Erbbaurechtsvertrags und nicht Teil eines rechtlich eigenständigen Verkaufsangebots⁷. Nach dem Gesetzeswortlaut von § 2 Nr. 7 ErbbauRG sei nicht nur die Verpflichtung des Grundstückseigentümers zum Verkauf des Grundstücks vom Erbbaurecht umfasst, sondern auch die Vereinbarungen darüber⁸. Die Kaufberechtigung könne durch Vertrag näher geregelt werden. Unter Hinweis auf BGH NJW 1954, 1443 führt das Gericht aus, es müsse für zulässig erachtet werden, dass die Verkaufsverpflichtung z.B. von einer Befristung oder Bedingung abhängig gemacht werde. Die Verkaufsverpflichtung sei hier zulässig auflösend bedingt für den Fall der Ausübung des Wiederkaufsrechts vereinbart⁹. Dem stehe auch nicht entgegen, dass das Erbbaurecht während seines Bestehens nur dingliche Wirkung entfalte, da weder der Wiederkauf noch eine etwaige Auflassung den Bestand des Erbbaurechts berühren.

Das Wiederkaufsrecht sei zudem nicht nach § 1 Abs. 4 ErbbauRG unwirksam¹⁰. In VII B. 9. des Vertrags sei geregelt, dass im Fall der Ausübung des Wiederkaufsrechts alle Lasten zu beseitigen seien, die vom Beurkundungstag an auf dem Vertragsgegenstand eingetragen werden. Eine Löschung des Erbbaurechts könne die Klägerin nicht verlangen. Eine vertragliche Regelung sei im Zweifel so auszulegen, dass eine wirksame und gesetzeskonforme Regelung vorliege. Daher sei die Regelung dahingehend auszulegen, dass das Erbbaurecht nicht zu den zu besei-

tigenden Lasten gehöre. Das Erbbaurecht und der kaufrechtliche Teil des Erbbaurechtsvertrags seien keine zwei verschiedenen Verträge. Der Wiederkauf sei Teil der Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück zu verkaufen¹¹.

Dieser Teil des Vertrags sei dahingehend auszulegen, dass die Beseitigungspflicht nicht das Erbbaurecht umfasse. Folge man dieser Auslegung nicht, sei nur die etwaige Verpflichtung zur Aufhebung des Erbbaurechts nicht anwendbar¹².

II. Stellungnahme und Erörterung

Die Ausführungen des Gerichts sollen nur eingeschränkt erörtert werden. Zum einen soll die Annahme, dass ein Ankaufsrecht samt Wiederkaufsrecht dinglicher Inhalt des Erbbaurechts nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG geworden sei, hinterfragt werden. Zum anderen soll die Begründung des Gerichts in den Rn. 125 ff. aus erbaurechtlicher Perspektive untersucht werden.

▶ 1. (Verkaufsverpflichtung und) Wiederkaufsrecht als grundsätzlich wirksam vereinbarter Inhalt der Kaufberechtigung

Das Oberlandesgericht geht davon aus, dass das Wiederkaufsrecht als dinglich-erbaurechtlicher Inhalt vereinbart wurde. Es hält also eine Wiederkaufsrechtsvereinbarung für eine taugliche Nebenvereinbarung im Sinne von § 2 Nr. 7 ErbbauRG. Dies deckt sich mit der Auffassung, dass eine solche Vereinbarung *rechtlich möglich* ist¹³. Auch *Nagel*¹⁴ und *Grziwotz*¹⁵ sehen das in ihren Anmerkungen so. So weit, so gut. Hier endet aber die Zustimmung zur Begründung der Entscheidung.

▶ 2. (Verkaufsverpflichtung und) Wiederkaufsrecht als im konkreten Fall wirksam vereinbarter Inhalt der Kaufberechtigung

a) War (Verkaufsverpflichtung und) Wiederkaufsrecht Gegenstand der dinglichen Einigung nach §§ 873 Abs. 1 BGB, 11 ErbbauRG?

Ob die Annahme des Gerichts, eine Verdinglichung des Ankaufsrechts und Wiederkaufsrechts sei erfolgt, zutrifft,

5 OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022 – 10 U 278/21 – (juris) Rn. 5, 7, 11, 22, 26, 33, 48, 54, 74 ff., 91, 116, 126, 139, 159, 160, 163 und *passim*.

6 OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022 – 10 U 278/21 – (juris) Rn. 125.

7 OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022 – 10 U 278/21 – (juris) Rn. 126.

8 OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022 – 10 U 278/21 – (juris) Rn. 130 f.

9 OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022 – 10 U 278/21 – (juris) Rn. 132 f.

10 OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022 – 10 U 278/21 – (juris) Rn. 153 ff.

11 OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022 – 10 U 278/21 – (juris) Rn. 159.

12 OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022 – 10 U 278/21 – (juris) Rn. 160.

13 J.A. Dieckmann, BWNotZ 2023, 121 ff – (in diesem Heft).

14 Nagel, ErbbauZ 2022, 167, 181.

15 Grziwotz, NotBZ 2023, 116, 117.

kann jedoch aus den veröffentlichten Entscheidungsgründen nicht mit letzter Sicherheit entnommen werden. Denn die Gründe und der Sachverhalt geben die zur Beantwortung der Rechtsfrage notwendigen Informationen (leider) nicht vollständig wieder.

Zwar wird im Tatbestand auf den Vertrag/Erbaurechtsvertrag in Anlage K1 Bezug genommen.

Die **entscheidenden Inhalte** und Passagen der Urkunde werden aber **nicht aufgeführt**. Weder wird der Wortlaut der **Einigung** über die Entstehung des Erbaurechts wiedergegeben, noch wird die **Bewilligung**, der die Eintragung zugrunde liegt, mitgeteilt. Sachenrechtlich ist nach §§ 873 Abs. 1 BGB, 11 ErbbauRG entscheidend, dass die Einigung der Beteiligten über den Eintritt der Rechtsänderung vorliegt. D. h. Eigentümer und Erbbauberechtigter müssen darüber einig sein, was zum dinglichen Inhalt des zugunsten des Grundstücks bestellten beschränkten dinglichen Rechts „Erbaurecht“ gehören soll¹⁶. Nur das, was von der dinglichen Einigung über die Entstehung des Rechts umfasst ist, kann mit Eintragung des Erbaurechts im Grundbuch auch dinglicher Inhalt des Erbaurechts werden.

Wenn die Grundbucheklärungen in Bezug auf die Einigung lauteten:

Die Beteiligten sind sich einig über die Entstehung des Erbaurechts zugunsten des Grundstücks Flurstück 000 der Gemarkung 000 zugunsten NN **mit dem vertraglichen Inhalt nach Maßgabe von II. und VII.** dieser Urkunde; der Eigentümer bewilligt, der Erbbauberechtigte beantragt Grundbuchvollzug.

wäre die Frage leicht zu bejahen.

Lauteten sie nur

Die Beteiligten sind sich einig über die Entstehung des Erbaurechts zugunsten des Grundstücks Flurstück 000 der Gemarkung 000 zugunsten NN **mit dem vertraglichen Inhalt nach Maßgabe von II.** dieser Urkunde; der Eigentümer bewilligt, der Erbbauberechtigte beantragt Grundbuchvollzug.

wäre die Frage leicht zu verneinen.

Lautete die Einigung:

Die Beteiligten sind sich einig über die Entstehung des Erbaurechts zugunsten des Grundstücks Flurstück 000 der Gemarkung 000 zugunsten NN **mit dem vertraglichen Inhalt nach Maßgabe** dieser Urkunde; der Eigentümer bewilligt, der Erbbauberechtigte beantragt Grundbuchvollzug.

müsste im Wege der Auslegung ermittelt werden, ob der dingliche Inhalt nur in Abschnitt II. des Vertrags oder auch in Abschnitt VII. des Vertrags niedergelegt ist. Dann hätte der Notar die Aufgabe der genauen Formulierung des Textes der Urkunde nicht hinreichend erfüllt.

Leider fehlt die Wiedergabe der Grundbucheklärungen im Urteil vollständig. Verlässlich kann man also nicht beurteilen, ob Ankaufsrecht und Wiederkaufsrecht dinglicher Inhalt werden sollten.

b) Zur Wortlautauslegung des Vertrags

Überwiegend wahrscheinlich aber handelt es sich bei dem Angebot sowie dem Wiederkaufsrecht **nicht** um eine Vereinbarung, die zum Inhalt des Erbaurechts gemacht werden sollte. Die Formulierung im Vertrag, die ein **Kaufangebot** zu einem festen Kaufpreis vorsieht, spricht für eine einseitige Erklärung des Grundstückseigentümers. Das Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrags ist als einseitige Erklärung etwas anderes als die vertragliche Vereinbarung eines Ankaufsrechts. Die gesetzliche Begrifflichkeit des Erbaurechtsgesetzes verwendet nicht den Ausdruck des Angebots. Es ist nicht nur nicht naheliegend, dass in der notariellen Urkunde bei Beteiligung einer rechtlich erfahrenen, großen Gebietskörperschaft der Begriff des „Angebots“ verwendet worden wäre, wenn kein Angebot im Rechtssinne gemeint war. Vielmehr ist es fernliegend, davon auszugehen, eine **Vereinbarung** zwischen Erbbauberechtigter und Eigentümer im Sinne von § 2 Nr. 7 ErbbauRG als **Angebot** zu bezeichnen. Zwar wird in den Vorschriften der Rechtsgeschäftslehre im Allgemeinen Teil des BGB der Begriff „Antrag“ und nicht „Angebot“ verwendet (§§ 145 ff. BGB)¹⁷. Es entspricht aber allgemeiner Praxis, die Begriffe synonym zu verwenden¹⁸. Der Notar, der die Erklärungen der Beteiligten nach § 17 BeurkG „klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben“ soll, wird kaum eine Vereinbarung als einseitiges Angebot formulieren. Was als Angebot formuliert ist, ist im Zweifel auch als solches gemeint und also gerade nicht als Vereinbarung.

¹⁶ Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 11 Rn. 43; BeckOK BGB/Maaß, 1.2.2023, ErbbauRG § 11 Rn. 2; MüKoBGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, ErbbauRG § 11 Rn. 14.

¹⁷ Von der sonst gebräuchlichen Begrifflichkeit weicht bei elektronischer Form § 127 Abs. 3 BGB ab, der von „Austausch von Angebots- und Annahmeerklärung“ spricht.

¹⁸ Vgl. nur MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2021, BGB § 145 Rn. 5.

Dieses Ergebnis wird durch den Blick in die Literatur der **Formularbücher** gestützt. Dort, wo ein Ankaufsrecht als Inhalt des Erbbaurechts begründet oder erwähnt wird, findet sich **in keinem Text** die Formulierung als „Angebot“¹⁹.

c) Gravierende Divergenz von Bindungsfrist und Laufzeit des Erbbaurechts

Auch dass eine Bindungsfrist des Angebots bis zum 31. Dezember 2023 vorgesehen wurde, spricht gegen seinen erbaurechtlich-dinglichen Charakter. Das Angebot sollte nicht einmal zehn Jahre ab Beurkundung des Vertrags gültig sein. Demgegenüber hatte das Erbbaurecht eine Laufzeit von 60 bzw. 90 Jahren. Dass man nun unbedingt mit dinglich-erbaurechtlicher Wirkung ein Recht als Teil des Erbbaurechts vereinbaren wollte, das über 50 oder gar 80 Jahre vor Ablauf des Erbbaurechts erlöschen würde, spricht gegen den dinglichen Charakter. Für das Ankaufsrecht benötigte man die Dinglichkeit letztlich nur bei Wechsel des Eigentums am Grundstück oder der Inhaberschaft am Erbbaurecht. Nachdem die Bauzeit des Bauwerks schon mit jedenfalls vier Jahren angesetzt war, hätte der Verein als Erbbauberechtigter nur sechs Jahre der Nutzung der Gebäude gehabt, bis das Ankaufsrecht auslief. Es war kaum zu erwarten, dass innerhalb dieser kurzen Zeit eine Veräußerung erfolgen würde. Dann genügt aber natürlich die Abgabe eines bindenden Angebots.

d) Alternativverlauf I: Erlöschen des Wiederkaufsrechts bereits vier Jahre nach Vertragsschluss bei vertragsmäßiger Erfüllung der Bauverpflichtung

Noch deutlicher spricht gegen die Annahme der Verdinglichung des Wiederkaufsrechts die gemeinsame Vorstellung der Parteien von der Durchführung der vertraglichen Leistungen. Das Wiederkaufsrecht sollte nur dann zur Verfügung stehen, wenn die Bauverpflichtung bezüglich des ersten Bauabschnitts nicht innerhalb der ersten vier Jahre erfüllt würde. Die Beteiligten gingen bei Vertragsabschluss sicher übereinstimmend davon aus, dass die Bebauung in dieser Zeit erfolgen würde. Eine Gebietskörperschaft geht einen Vertrag nicht ein, wenn sie zum Zeitpunkt des Abschlusses nicht sicher davon ausgeht, dass die Bauverpflichtung erfüllt würde. Gleiches muss

für den Verein gelten. Wäre der Vertrag nun insoweit erfüllt worden, wäre das Wiederkaufsrecht von vornherein mangels Eintritts der Bedingung gegenstandslos gewesen. Dass dies nach vier von 60 bzw. 90 Jahren Laufzeit des Erbbaurechts feststehen würde, spricht nachdrücklich gegen die Annahme des Gerichts von der Verdinglichung. Für eine so kurze Zeitspanne genügt im Erbbaurechtsverhältnis eine begleitende schuldrechtliche Vereinbarung.

e) Alternativverlauf II: Annahme der Verkaufsverpflichtung, Vollzug der Auflassung und nachträglich entstehende Nichterfüllung der Bauverpflichtung

Dass die Auslegung der Urkunde durch das Gericht den vernünftigen Interessen der Vertragsbeteiligten nicht entspricht erweist sich auch, wenn man sich ansieht, wie sich die Auffassung des Gerichts bei nur leicht anderem Verlauf der Ereignisse auswirken würde²⁰.

Abwandlung 1:

Das Ankaufsrecht wird 2016 angenommen, der Kaufpreis bezahlt, die Auflassung wird erklärt und entgegengenommen und im Grundbuch vollzogen. Im Jahr 2018 erweist sich, dass die Errichtung des Baus nicht rechtzeitig erfolgen wird.

Würde der Gemeinde hier ein Wiederkaufsrecht zustehen? Das erbaurechtlich-dingliche Wiederkaufsrecht stünde ihr nur zu, wenn sie Eigentümer des Erbbaugrundstückes wäre. Das Eigentum am Grundstück hat sie aber in Vollzug der Auflassung verloren. Einen Anspruch auf Wiederkauf kann sie nicht herleiten.

Noch deutlicher wird dies in einer weiteren Fortentwicklung des Falls.

Abwandlung 2:

Wie Abwandlung 1 mit der Ausnahme, dass im Jahr 2017 das Erbbaurecht als nachträgliches Eigentümererbaurecht vom Verein aufgehoben und im Grundbuch gelöscht worden ist.

Offensichtlich ist hier die Frage nach der Herleitung eines dinglich-erbaurechtlichen Wiederkaufsrechts nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG zugunsten der Gemeinde noch viel leichter zu verneinen. Das Recht setzt das Vorhandensein eines Erbbaurechts voraus. Das Erbbaurecht existiert aber nicht mehr.

Dass ein Ankaufsrecht nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG nicht für die Zeit nach Aufhebung des Erbbaurechts gelten kann,

¹⁹ Vgl. nur *Winkler*, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 5, Bürgerliches Recht I, 8. Aufl. 2020, V. 3, S. 1153 [Sachenrechtsvereinigung: V 31, S. 1284]; *Otto*, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 27. Aufl. 2023, § 57, S. 1268; *Franck*, ebenda, § 62 Rn. 49, S. 1350; stattdessen ist z.B. vielmehr die Rede von einer „Verkaufsverpflichtung“; vgl. *Maaß*, in: Limmer/Hertel/Frenz, Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, S. 1225 (Teil 2 Kapitel 5); *Wilsch*, NotarFormulare Erbbaurecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 86 ff.; *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, S. 545, 632 (§ 7 des Musters, S. 635; Sachenrechtsvereinigung).

²⁰ Vgl. *J.A. Dieckmann*, BWNotZ 2023, S. 121 ff (in diesem Heft).

ist allgemein anerkannt²¹. Für ein Wiederkaufsrecht als Teil des Ankaufsrechts nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG kann nichts anderes gelten.

Es kann ausgeschlossen werden, dass diese Rechtsfolge von den Beteiligten gewünscht war.

f) Mögliche Kollision mit § 1 Abs. 4 ErbbauRG

Weiter spricht die in dem Kaufvertrag enthaltene Verpflichtung zur Beseitigung späterer Belastungen gegen die Annahme des dinglich-erbaurechtlichen Charakters des Wiederkaufsrechts. Das Gericht hat zutreffend problematisiert, ob in einer solchen Vereinbarung nicht ein Verstoß gegen § 1 Abs. 4 ErbbauRG vorliege²². Die Erwägungen hierzu sind jedenfalls sehr gut nachvollziehbar. Es erscheint aber nicht überzeugend, eine vertragliche Regelung unter eine Norm zu subsumieren, wenn ein Teil der Regelung gerade wegen dieser normativen Qualifikation für unwirksam gehalten werden muss. Wenn das Gericht – zutreffend – ausführt, eine vertragliche Regelung sei im Zweifel so auszulegen, dass eine wirksame und gesetzeskonforme Regelung vorliege, setzt es sich mit seiner eigenen Auslegung hierzu in Widerspruch: Denn statt die Klausel in der Urkunde als Angebot auf Abschluss eines schuldrechtlichen Kaufvertrags mit Wiederkaufsklausel auszulegen, in dem unproblematisch eine Verpflichtung zur Beseitigung von dinglichen Belastungen aufgenommen werden kann, qualifiziert es die Klausel als Teilvereinbarung nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG, die wegen der Kollision zu § 1 Abs. 4 ErbbauRG teilweise als unwirksam angesehen wird.

g) Zur systematischen Auslegung der Urkunde

Das Gericht hebt hervor, dass das Erbaurecht und der kaufrechtliche Teil des „Erbaurechtsvertrags“ nicht zwei verschiedene Verträge seien²³. Auch wenn nur wichtige Bruchstücke des Urkundentextes und -inhalts vorliegen, erscheint dies aus systematischen Gründen **fernliegend**. Die Urkunde ist in Abschnitte mit römischer Zählung unterteilt. Anscheinend ist der dingliche Inhalt des Erbaurechts in Abschnitt II. enthalten. Nach den Urteilsgründen finden sich folgende Passagen in diesem Abschnitt, wobei der Zusatz in eckiger Klammer die entsprechende Vorschrift des Gesetzes zitiert:

[II. 1. wird nicht wiedergegeben]

II. 2. Verpflichtung zur Erstellung des ersten Bauabschnittes [§ 2 Nr. 1 ErbbauRG]

[II. 3. wird nicht wiedergegeben]

[II. 4. wird nicht wiedergegeben]

II. 5. Verpflichtung zur Versicherung des Bauwerks [§ 2 Nr. 2 ErbbauRG]

[II. 6. Wird nicht wiedergegeben]

II. 7. Heimfall unter anderem bei nicht fristgerechter Fertigstellung des ersten Bauabschnittes nach II. 2 [§ 2 Nr. 4 ErbbauRG]

Die weitere Struktur des Vertrags ist wie folgt:

III. Erbbauzins [§ 9 ErbbauRG]

[IV. wird nicht wiedergegeben]

[V. wird nicht wiedergegeben]

[VI. wird nicht wiedergegeben]

VII. Kaufangebot [unter Umständen § 2 Nr. 7 ErbbauRG]

VIII. Wiederkaufsrecht für den Fall der nicht vollständigen Erfüllung der Bauverpflichtung (i.V.m. II. 2.)²⁴ [unter Umständen § 2 Nr. 7 ErbbauRG]

In der Gestaltung von Erbaurechtsverträgen ist es üblich und verbreitet, den erbaurechtlich-dinglichen Teil in einem gesonderten Abschnitt aufzuführen und von den rein schuldrechtlichen und sonstigen Vereinbarungen und Bestandteilen der Urkunde zu trennen²⁵. Die Struktur des Vertrags hier scheint sich – soweit ersichtlich – dem anzuschließen. Naheliegender scheint, dass der gesetzliche Inhalt entweder zusammen mit dem Beschrieb des Grundstücks in Abschnitt I. oder in Abschnitt II. unter Ziffer 1 aufgeführt war. Der vertragliche Inhalt im Sinne der §§ 2, 3, 4, 5, 27 Abs. 1 S. 2, 31, 32 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG folgte dann in Abschnitt II. Wenn der Vertrag so strukturiert war, würde man, wenn man der Zählung von § 2 Nr. 1-7 ErbbauRG folgt, das **Ankaufsrecht unter II. 10.** vermuten.

Stattdessen findet sich das Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags erst **nach vier weiteren Abschnitten unter VII.** und der **Wiederkauf unter VIII.**

21 Staudinger/Rapp, 2021, § 2 Rn 31; BeckOGK/Toussaint, 15.03.2023, ErbbauRG § 2 Rn 30 a.E.; OLG Hamm NJW 1974, 863.

22 OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022 – 10 U 278/21 – (juris) Rn. 153 ff.

23 Insbesondere OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022 – 10 U 278/21 – (juris) Rn. 159.

24 OLG Stuttgart, Urteil vom 13. September 2022 – 10 U 278/21 – (juris) Rn. 165.

25 Vgl. so auch speziell für das Ankaufsrecht nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG nur das Muster bei Winkler, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 5, Bürgerliches Recht I, 8. Aufl. 2020, S. 1284 ff. (V. 31, II. § 7 bzw. IV. des Musters); Winkler/Schlögel, Erbaurecht, 7. Aufl. 2021, S. 535 ff. (II. § 7 bzw. IV. des Musters); Otto, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 27. Aufl. 2023, S. 1268 f. (II. § 12 bzw. IV.).

Die Regeln über den Erbbauzins, die in Abschnitt III geregelt sind, sind nicht dinglicher Inhalt des Erbbaurechts²⁶. Der Erbbauzins ist zwar als Reallast dinglich gesichert und geprägt. Dieser ist aber Belastung des Erbbaurechts, nicht sein Inhalt. Der Abschnitt III. der Urkunde befasst sich also nicht mehr mit dem dinglich-erbaurechtlichen Inhalt, sondern mit schuldrechtlichen Vereinbarungen. Diese stehen untrennbar mit dem Erbbaurecht in Verbindung. Aber sie sind eben nicht dessen dinglich-erbaurechtlicher Inhalt.

Die **Systematik des Urkundsaufbaus**, soweit sie aus den Bruchstücken der Entscheidungsgründe ermittelbar ist, **spricht** gegen die Annahme des Gerichts und **deutlich für ein einseitiges Angebot** auf Abschluss eines Kaufvertrags, der mit einem Wiederkaufsrecht verknüpft ist.

h) Zur funktionalen Auslegung der Urkunde

Das Gericht hat sich nicht damit auseinandergesetzt, dass notarielle Urkunden über die Bestellung von Erbbaurechten **funktional** eine ganze Reihe von Inhalten umfassen, die nicht zur Bestellung des Erbbaurechts notwendig sind. Erbbaurechtlicher Kerninhalt ist nur die Verpflichtung zur Bestellung eines hinreichend bestimmten Erbbaurechts (Kausalgeschäft) und die zur Entstehung des Rechts notwendigen dinglichen Erklärungen, Einigung und weitere Grundbucheklärungen (Verfügungsgeschäft). Für die Bestellung des Erbbaurechts ist als **Minimalinhalt** notwendig:

- Beschreibung des Grundstücks
- Benennung des Berechtigten
- Niederlegung des Inhalts des Erbbaurechts (zum einen mit dem gesetzlichen Inhalt des nach § 1 ErbbauRG und zum anderen mit dem fakultativen vertraglichen Inhalten nach §§ 2, 3, 4, 5, 27 Abs. 1 S. 2, 31, 32 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG)
- Einigung von Eigentümer und Erbbauberechtigtem über die Entstehung des Erbbaurechts und Bewilligung des Grundbuchvollzugs und Antrag.

Um einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Erbbaurechts zu begründen, ist die Verpflichtung, das Recht zu bestellen, aufzunehmen.

Mehr braucht es nicht. **Alles andere**, was in einem beliebigen Erbbaurechtsvertrag enthalten ist, ist **nicht zu der Entstehung des Rechts** notwendig.

In aller Regel und typischerweise enthalten Erbbaurechtsverträge natürlich eine ganze Reihe weiterer **schuldrechtlicher** Vereinbarungen wie die über die Vereinbarung eines Erbbauzinses samt Verpflichtung zur Bestellung einer Reallast, eines oder zweier Vorkaufsrechte und die dazugehörigen **Grundbucheklärungen** (Bewilligung der Eintragung und Antrag)²⁷. Oft werden noch **prozessuale Erklärungen** wie Zwangsvollstreckungsunterwerfungen wegen der schuldrechtlichen und dinglichen Ansprüche aus der Reallast aufgenommen. Darüber hinaus werden vielfach auch beschränkt dingliche Rechte zugunsten Dritter bestellt, etwa Grunddienstbarkeiten zur Erschließung der Nachbargrundstücke oder beschränkte persönliche Dienstbarkeiten zugunsten von Versorgungsträgern. Betrachtet man eine Urkunde über einen Erbbaurechtsvertrag funktional, ist nur ein geringer Teil mit dem eigentlichen Erbbaurecht befasst.

Mit dieser Komplexität der Urkunde befasst sich das Gericht mit keinem Wort. Es fehlt eine differenzierte Erörterung, was erbaurechtlicher und was sonstiger Inhalt ist.

i) Einfluss ungenauer Bezeichnung des Urkundsgegenstands durch den Notar

Möglicherweise hat eine ungenaue Bezeichnung des Gegenstands bzw. der mehreren Gegenstände der Urkunde durch den Notar zu der aus hiesiger Sicht fehlerhaften Auslegung beigetragen. Auch dies ist mangels hinreichender Wiedergabe der relevanten Passagen der Urkunde durch das Gericht nicht verlässlich zu beurteilen. Sollte der Gegenstand der Urkunde schlicht mit „Erbbaurechtsvertrag“ oder „Erbbauvertrag“ angegeben worden sein, könnte dies zu der unrichtigen Auslegung beigetragen haben. Notarielle Urkunden geben den Inhalt der Urkunde schlagwortartig auf dem Deckblatt und als Überschrift nach Wiedergabe der Erschienenen und Beteiligten wieder. Die Handhabung der Genauigkeit der Wiedergabe ist unterschiedlich.

Bei mehreren Gegenständen wird zum Teil nur der Hauptgegenstand als sozusagen führend angegeben. Exakter ist es, wenn man alle unterschiedlichen Gegenstände bezeichnet.

²⁶ Linde/Richter, Erbbaurecht und Erbbauzins, 3. Aufl. 2001, Rn. 195; MüKoBGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, ErbbauRG § 9 Rn. 6; KG FGPrax 2019, 51, 52; BGH NJW 1986, 932, 933; BeckOK BGB/Maaß, 1.2.2023, ErbbauRG § 9 Rn. 2; ausführlich hierzu, darunter auch zu dem Regierungsentwurf BTDrucks. 12/5992, S. 47, nach dem der Erbbauzins durch eine Regelung in Form eines § 2 Nr. 8 ErbbauVO dinglicher Inhalt des Erbbaurechts geworden wäre, v. Oefele, DNotZ 1995, 643 ff.

²⁷ Vgl. hierzu und zum Folgenden nur die Muster bei Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Rn. 6280; Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 11 Rn. 24; Wilsch, NotarFormulare Erbbaurecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 144; Winkler, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 5, Bürgerliches Recht I, 8. Aufl. 2020, S. 1149 ff., 1282. iü Knothe, Das Erbbaurecht, 1987, S. 145 ff.

Je genauer die gegebenenfalls mehreren Gegenstände der Urkunde wiedergegeben werden, desto klarer ist die Auslegung. Nach § 17 Abs. 1 BeurkG soll der Notar die Erklärungen der Beteiligten klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Hierzu gehört auch die richtige Benennung der Gegenstände dessen, was in der Urkunde niedergelegt wird. Für die Auslegung des Vertrags und des Urkundsinhalts ist das wichtige Indiz. Hier erscheint es möglich, dass nur der Hauptgegenstand des Urkundsinhalts aufgeführt wurde. Hätte man als Hauptüberschrift in der Urkunde den Vermerk „Urkunde über Bestellung eines Erbbaurechts (Erbbaurechtsvertrag), Angebot auf Abschluss eines Grundstückkaufvertrags mit Wiederkaufsabrede sowie Grundbucheklärungen und weiteren Vereinbarungen“ verwendet, wäre die richtige Auslegung des Vertrags erleichtert.

Auch zu diesem für die Beantwortung der materiellrechtlichen Rechtsfrage Relevanten gibt das Urteil (leider) keine Hinweise.

▶ 3. Zur erbaurechtlichen Argumentation des Gerichts

a) Wiedergabe der Ausführungen des Gerichts

Zentral in der Argumentation des Gerichts sind die in den Rn. 125, 126 sowie 131 und 132 aufgeführten Passagen. Diese sind auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des Erbbaurechts zu prüfen. Sie sollen im Wortlaut wiedergegeben werden:

125 Der gesetzliche Inhalt des Erbbaurechts ist im § 1 ErbbauRG festgelegt. Darüber hinaus kann durch Vereinbarung der Beteiligten der Inhalt des Erbbaurechts erweitert werden. Nach § 2 ErbbauRG gehören gewisse Vereinbarungen zum Inhalt des Erbbaurechts. Diese Vorschrift bedeutet, dass die dort angeführten Vereinbarungen nicht getroffen zu werden brauchen, dass sie aber, wenn sie getroffen werden, zum Inhalt des Erbbaurechts gehören und infolgedessen nicht nur schuldrechtliche Wirkungen zwischen den Beteiligten, sondern auch dingliche Wirkung für und gegen Dritte haben. Als Inhalt des Erbbaurechts können gem. §§ 5, 27, 32 ErbbauRG auch noch weitere Vereinbarungen getroffen werden (vgl. BGH NJW 1954, 1443, 1444 zur damals gültigen ErbbauRVO).

126 Diese Vereinbarung zum Wiederkauf ist ebenso wie das Kaufangebot Teil des Erbbaurechtsver-

trags und nicht Teil eines rechtlich eigenständigen Verkaufsangebots.

127 Gemäß § 2 Nr. 7 ErbbauRG ist die Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen, möglicher Inhalt des Erbbaurechts, denn hier heißt es:

128 „Zum Inhalt des Erbbaurechts gehören auch Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten über: (...)“

129 *7. eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen.“*

130 Nach dem Gesetzeswortlaut sind daher nicht nur die Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen, vom Erbbaurecht umfasst, sondern auch die Vereinbarungen darüber.

131 Die Kaufberechtigung des Erbbauberechtigten i.S.d. § 2 Nr. 7 ErbbauRG kann durch Vertrag näher geregelt werden. Es muss deshalb für zulässig erachtet werden, dass die Vertragsteile die Verkaufsverpflichtung des Grundstückseigentümers z. B. von einer Befristung oder Bedingung abhängig machen (vgl. BGH NJW 1954, 1443, 1444 zur damals gültigen ErbbauVO).

132 Hier ist die Verkaufsverpflichtung auflösend bedingt für den Fall der Ausübung des unter bestimmten Voraussetzungen der Klägerin eingeräumten Wiederkaufsrechts.

133 Entgegen der Auffassung des Beklagten steht dem nicht entgegen, dass das Erbbaurecht nur dingliche Wirkung während seines Bestehens entfaltet, denn weder der Wiederkauf noch eine etwaige Auflassung berühren den Bestand des Erbbaurechts.

b) Zur Annahme der zwingenden Dinglichkeit einer Verkaufsvereinbarung

Die Argumentation des Gerichts in diesen Passagen ist in mehrerlei Hinsicht unzutreffend.

Die Annahme, dass eine Vereinbarung zur Kaufberechtigung, wenn sie im Rahmen eines Erbbaurechtsverhältnis-

ses getroffen wird, zwingend erbaurechtlich-dinglichen Inhalt haben muss, ist unrichtig. § 2 ErbbauRG ermöglicht wie auch die anderen Vorschriften, die den vertraglichen Inhalt bestimmen, dass solche Vereinbarungen zum Inhalt des Erbaurechts gemacht werden. Es bleibt den Parteien aber unbenommen, sie rein schuldrechtlich zu vereinbaren²⁸.

Das Oberlandesgericht folgt, ohne sich mit der entgegenstehenden neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs²⁹ auseinanderzusetzen, der älteren Meinung in Literatur und Rechtsprechung³⁰.

Auch die weitergehende Annahme, dass die Vereinbarungen dingliche Wirkung für und gegen Dritte haben, trifft nicht zu. Hier verwechselt der Senat die verschiedenen Formen und Begriffe von Dinglichkeit. Wie sollte auch ein Ankaufsrecht, das dem Erbbauberechtigten gegenüber dem Grundstückseigentümer zusteht, einem Dritten gegenüber wirken?

Die Ausführungen stimmen zwar mit denen im Rahmen der Motive zur Erbaurechtsverordnung gemachten überein. Sowohl die Begründung zum Entwurf von 1918 wie auch die nach Erlass der Erbaurechtsverordnung im Jahr 1919 veröffentlichte führen aus: „Dingliche Wirkung für und gegen Dritte haben nur die Vereinbarungen, die als Inhalt des Erbaurechts anzusehen sind [...]“³¹. Zwar ist die historische Auslegung von Gesetzen als hermeneutischer Grundsatz allgemein und im Besonderen gerade bei der Erbaurechtsverordnung/dem Erbaurechtsgesetz wichtig. Viele Vorschriften des Erbaurechtsgesetzes haben gerade die **Funktion der Korrektur** der Missstände des BGB-Erbaurechts. Dennoch darf die Auffassung der Dinglichkeit der Vereinbarungen nach § 2 ErbbauRG im Sinne einer Drittwirkung als überholt angesehen werden. Für die Konstellation des Heimfalls hat der Bundesgerichtshof die Rechtsfrage anders beantwortet³². Nach herrschender Meinung wirkt die Verdinglichung der Rechtsposition nicht unmittelbar Dritten gegenüber³³.

28 Staudinger/Rapp, BGB 2021, ErbbauRG § 2 Rn. 4 zweiter Absatz; BeckOK BGB/Maaß, 1.2.2023, ErbbauRG § 2 Rn. 3; Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 2; RGRK-Räffle, 12. Auflage 1986, ErbbauVO § 2 Rn. 6 a.E.

29 BGH NJW 2016, 3167 ff. allgemein zur Qualifizierung des Heimfallanspruchs als lediglich schuldrechtlicher Anspruch. BGHZ 223, 305 Rn. 17 (obiter; Fall zu WEG).

30 BGH NJW 1954, 1443, 1444 (obiter).

31 Beide in Sonderbeilage zum deutschen Reichsanzeiger und Königlich Preußischen Staatsanzeiger Nr. 104, hier zitiert nach BeckOGK/Toussaint, 15.03.2023, ErbbauRG § 2 Rn. 3.3 und 3.5.

32 BGH NJW 2016, 3167, 3168 Rn. 18.

33 Staudinger/Rapp, BGB 2021, ErbbauRG § 2 Rn. 5; Ingenstau/Hustedt/Hustedt, 12. Aufl. 2022, ErbbauRG § 2 Rn. 11; RGRK-Räffle, 12. Auflage 1986, ErbbauVO § 2 Rn. 2. Ebenso BGH NJW 2016, 3167 und BGHZ 223, 305 Rn. 17 (obiter).

c) Zur Annahme der auflösenden Bedingung der Verkaufsverpflichtung

Auch die in Rn. 132 ausgeführte Auffassung, dass die Verkaufsverpflichtung auflösend bedingt mit Ausübung des Wiederkaufsrechts sei, überzeugt nicht. Zwar können Ankaufsrechte unter Bedingungen und Befristungen gestellt werden³⁴. Soweit ist dem Senat zuzustimmen. Dass die Ausübung des Wiederkaufsrechts aber als auflösende Bedingung der Verkaufsverpflichtung anzusehen ist, erscheint rechtskonstruktiv schwer möglich. Die Geltendmachung des Wiederkaufsrechts setzt die vorherige Ausübung des Ankaufsrechts voraus. Ohne ein ausgeübtes Ankaufsrecht ist ein Wiederkaufsrecht schlecht oder gar nicht denkbar. Wenn nun das Ankaufsrecht auflösend bedingt mit Ausübung des Wiederkaufsrechts wegfiel, müsste auch letzteres wegfallen.

Dann wären sowohl der Kaufvertrag als auch der Wiederkauf rückwirkend unwirksam. Die Abwicklung unterläge den Vorschriften des Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung.

Dass die Beteiligten eine solche Regelung gewollt hätten, erscheint jedenfalls zweifelhaft. Naheliegender ist es anzunehmen, dass mit Ausübung des Wiederkaufsrechts die Durchsetzung der Ansprüche des Erbbauberechtigten/Käufers/Wiederverkäufers aus dem noch nicht erfüllten Grundstückskaufvertrag einredebehaftet ist. Wenn er die Auflassung des Grundstücks verlangt, handelt er insoweit treuwidrig (§ 242 BGB), als er das Eigentum am Grundstück sogleich wieder herausgeben muss.

▶ 4. Abstützung der Argumentation des Senats durch Literatur und Rechtsprechung?

Einige kritische Bemerkungen seien auch in formaler Hinsicht zu den Ausführungen und der Begründung des Gerichts erlaubt.

Vorab: Die rechtliche Komplexität des der Entscheidung zugrunde liegenden Lebenssachverhalts ist hoch. Neben allgemeinen vertraglichen und speziellen erbaurechtlichen Fragestellungen hat das Gericht sich mit öffentlich-rechtlichen Auswirkungen und Regelungen zu befassen. Darüber hinaus sind die verfassungsrechtlichen Bezüge wegen der Relevanz des Baus für die Glaubensgemeinschaft zu berücksichtigen gewesen³⁵.

34 Nagel/Swars, ErbbauRG 2022, § 2 Rn. 158; BeckOK BGB/Maaß, 1.2.2023, ErbbauRG § 2 Rn. 23; BGH NJW 1954, 1443, 1444.

35 Vgl. zu diesen OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022 – 10 U 278/21 – (juris) Rn. 135 ff.

Diese Komplexität soll nicht unterschätzt werden. Hier steht nur ein Teilaspekt der mehreren rechtlichen Probleme im Fokus. Und es ist natürlich viel leichter, ein Urteil in Ruhe kritisch zu beleuchten, als es sorgfältig zu begründen. Dennoch genügt die Art der Begründung des Gerichts und Zuhilfenahme von Literatur den Anforderungen an eine berufsgerichtliche Entscheidung in einem so bedeutenden Sachverhalt – der Streitwert betrug mehr als € 3 Millionen! – nicht. In der ganzen Entscheidung werden nur vier Kommentarstellen zum Erbaurechtsgesetz erwähnt. Diese betreffen letztlich nicht streitentscheidende Rechtsfragen. Weder das erbaurechtliche Standardwerk von Winkler/Schlögel noch die Kommentierungen bei Staudinger³⁶, Ingenstau/Hustedt oder im BeckOGK³⁷ noch das grundbuchrechtliche Grundlagenwerk von Schöner/Stöber sind in Bezug genommen worden. Schon bei einer oberflächlichen Recherche der einschlägigen Kommentare zum Recht des Wiederkaufs nach BGB und der erbaurechtlichen Kaufberechtigung wäre die Neuartigkeit der Lösung klargewesen. Dies hätte Anlass gegeben, sich intensiver mit der Frage zu beschäftigen, ob im vorliegenden Fall wirklich entgegen dem Wortlaut und entgegen der systematischen Struktur der Urkunde das Angebot zum Abschluss eines Grundstückskaufvertrags ein Ankaufsrecht im Sinne des § 2 Nr. 7 ErbbauRG mit eingeschlossenem Wiederkaufsrecht vorlag.

Wenn die Gestaltung auch nach 100 Jahren Geltung der Erbaurechtsverordnung bzw. des Erbaurechtsgesetzes in keinem einzigen Fall in Literatur und Rechtsprechung nachweisbar ist³⁸, würde man eine intensivere Auseinandersetzung mit der Rechtsfrage erwarten.

III. Zusammenfassung

Die erbaurechtlichen Erwägungen und Ausführungen in der Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart überzeugen nicht. Die Auslegung der Urkunde widerspricht dem Wortlaut und der üblichen Bedeutung des verwendeten Begriffes des Angebots im Rechtsverkehr. Die systematische Auslegung des Inhalts der Urkunde überzeugt ebenso wenig. Wenn in Abschnitt II. der dinglich-erbaurechtliche Inhalt niedergelegt wird, das Angebot mit Wiederkaufsrecht dagegen in den sozusagen weit entfernten Abschnitten VII. und VIII. an ganz anderer Stelle der Urkunde, überzeugt es nicht anzunehmen, dass beides nach § 2 ErbbauRG vereinbart sein soll.

Die fehlende Wiedergabe der Grundbucheintragungen durch das OLG macht es unmöglich, die Rechtsfrage hinreichend sicher zu beantworten. Ob das Gericht die Einigung richtig ausgelegt hat, ist daher nicht überprüfbar. Durch die Nichtberücksichtigung in Tatbestand und Gründen zeigt sich aber, dass die rechtliche Bedeutung der dinglichen Vollzugserklärungen nicht hinreichend erkannt wurde. Die Komplexität eines Erbaurechtsvertrages mit seiner Vielzahl von funktional unterschiedlichen Gegenständen, die nicht alle für die Bestellung des beschränkt dinglichen Rechts mit seinem gesetzlichen und vertraglichen Inhalt notwendig sind, hat das Gericht nicht erwogen und verkannt. Möglicherweise (wahrscheinlich sogar vermutlich) hat die ungenaue Bezeichnung des Urkundsinhalts durch den Notar hierzu beigetragen.

Die erbaurechtlichen Ausführungen zeugen vom Fehlverständnis der erbaurechtlich-dinglichen Wirkung. Entgegen der Auffassung des Gerichts ist weder das, was als vertraglicher Inhalt nach § 2 ErbbauRG vereinbart werden kann, zwingend erbaurechtlich-dinglicher Inhalt. Noch wirken die Inhalte des Erbaurechts dinglich gegenüber Dritten.

Der Binnenrechtscharakter der Dinglichkeit des Erbaurechts ist vom Gericht nicht gesehen worden. Eine der Bedeutung der Sache angemessene Berücksichtigung von Rechtsprechung und Literatur zum Erbaurecht ist der Entscheidung nicht zu entnehmen.

Im Ergebnis ist festzuhalten: Die Annahme des Gerichts, das Angebot mit der Wiederkaufsabrede als erbaurechtlich-dinglicher Inhalt nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG anzusehen, ist unzutreffend. Soweit spezifisch erbaurechtliche Fragen Gegenstand des Erkenntnisses sind, geht ein Gutteil der Begründung des Gerichts fehl.

³⁶ Von Rapp 2021.

³⁷ Von Toussaint.

³⁸ S. die Nachweise bei J.A. Dieckmann, BWNotZ 2023, S. 121 ff. (in diesem Heft).

RECHTSPRECHUNG

LIEGENSCHAFTSRECHT

Rückübertragung eines Erbbaurechts, die Versicherung des Bauwerks und die Zahlung des Erbbauzinses bis zur Rückgabe des Grundstücks

ZPO § 511 Abs. 2; ErbbauRG § 26; ErbbauRG § 2 Nr. 7; BGB § 456; ErbbauRG § 32; BauGB § 11 Abs. 2 S. 1

Amtliche Leitsätze:

1. Eine Berufung, mit der lediglich eine andere Urteilsbegründung begehrt wird (hier: Rückübertragung des Erbbaurechts wegen des Heimfallrechts und nicht wegen des Wiederkaufs; Zahlung nicht aufgrund eines Schadensersatzanspruchs, sondern als Erbbauzins) ist unzulässig, weil die erforderliche formelle Beschwerde fehlt.
2. Die wirksame Ausübung des Heimfallrechts führt nicht zu einer Beendigung des Erbbaurechts, denn der Heimfall ist als schuldrechtlicher Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts an den Grundstückseigentümer ausgestaltet. Vielmehr endet das Erbbaurecht mit dessen Löschung im Grundstücksgrundbuch.
3. Die Kaufberechtigung des Erbbauberechtigten i.S.d. § 2 Nr. 7 ErbbauRG kann durch Vertrag näher geregelt werden. Es ist deshalb zulässig, die Verkaufsverpflichtung des Grundstückseigentümers mit einem Recht des Wiederkaufs zu verknüpfen, das damit Teil des Erbbaurechts wird.
4. Auch wenn gemäß § 32 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG im Fall eines Heimfallanspruchs eine angemessene Vergütung für das Erbbaurecht vertraglich ausgeschlossen werden kann, ist dies einer öffentlichen Körperschaft untersagt, wenn der Erbbaurechtsvertrag dann gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB) verstößt und zu einer unzumutbaren Belastung für den Vertragspartner der öffentlichen Körperschaft führt. Das ist dann der Fall, wenn der öffentlichen Körperschaft bei Ausübung des Heimfallrechts eine im Rahmen des Erbbaurechts vom Erbbauberechtigten bestimmungsgemäß geschaffene erhebliche Werterhöhung entschädigungslos zu Gute käme.

OLG Stuttgart (10. Zivilsenat),
Urteil vom 13.09.2022 - 10 U 278/21

▶ I. Tatbestand:

- 1 Die Klägerin begehrt die Rückübertragung eines Erbbaurechts, die Versicherung des Bauwerks und die Zahlung des Erbbauzinses bis zur Rückgabe des Grundstücks.
- 2 Der Beklagte begehrt widerklagend die Auflassung des Grundstücks, die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ausübung des Wiederkaufsrechts sowie die Feststellung der Pflicht der Klägerin, Schadensersatz zu leisten für Schäden, die ihm aufgrund der Ausübung des Heimfallrechts und Wiederkaufsrechts entstanden seien.
- 3 Der Beklagte sollte auf dem klägerischen Grundstück in der W.-Straße in O. die Möglichkeit erhalten, eine Moschee zu errichten.
- 4 Die Baupläne umfassten in einem 1. Bauabschnitt die Errichtung eines Kulturhauses und einer Moschee nebst Außenanlagen und in einem 2. Bauabschnitt die Errichtung eines Schülerwohnheims, eines Bistros, eines Friterieurs und eines Ladens mit H.-Produkten. Die Klägerin hatte die Änderung des Bebauungsplans für die Errichtung einer Moschee auf Grundlage des Aufstellungsbeschlusses vom 28.07.2009 am 25.11.2014 beschlossen.
- 5 Die Parteien schlossen am 26.11.2014 einen Erbbaurechtsvertrag, auf dessen Inhalt (Anl. K 1) verwiesen wird, für eine Laufzeit von 60 Jahren mit einer Verlängerung um weitere 30 Jahre im Falle eines ausbleibenden fristgerechten schriftlichen Widerspruchs.
- 6 Unter II. 2. haben die Parteien u.a. eine Verpflichtung des erbbauberechtigten Beklagten vereinbart, den 1. Bauabschnitt innerhalb von vier Jahren fertigzustellen, beginnend ab 01.11.2014, unter Hinweis auf die beschränkte Gültigkeit der Baugenehmigung von drei Jahren.
- 7 Unter II. 7. vereinbarten die Parteien, unter welchen Voraussetzungen vor Zeitablauf die Übertragung des Erbbaurechts auf den Grundstückseigentümer oder auf einen von diesem zu bestimmenden Dritten verlangt werden kann (Heimfall). Hier sind u.a. die Nichterfüllung oder Zuwiderhandlungen gegen konkret bezeichnete vertragliche Verpflichtungen, u.a. die fristgerechte Fertigstellung des ersten Bauabschnitts innerhalb von vier Jahren ab dem 01.11.2014 aus II. 2. (3) des Erbbaurechtsvertrags, genannt.
- 8 Unter III. 11. haben die Parteien einen gestaffelten Erbbauzins vereinbart mit anfänglich 35.336,00 € jährlich ab 01.07.2017.

9 Unter VII. der notariellen Urkunde unterbreitete die Klägerin dem Beklagten ein Kaufangebot für das Grundstück zum Preis von 883.400,00 €. Auch der Kaufvertrag enthält eine Bauverpflichtung für den 1. Bauabschnitt innerhalb von vier Jahren ab dem 01.11.2014. Eine Bindungsfrist für das Kaufangebot wurde bis zum 31.12.2023 vereinbart.

10 Unter VIII. Ziff. 9 enthält das Kaufangebot eine Regelung zu einem Wiederkaufsrecht der Klägerin für den Fall der nicht vollständigen Erfüllung der fristgerechten Bauverpflichtung gemäß Ziff. 2.

11 Ergänzend wird auf den Erbbaurechtsvertrag (Anlage K 1) verwiesen.

12 Ende Februar 2015 wurde die Baugenehmigung für den 1. Bauabschnitt erteilt. Der Bau wurde im Jahr 2017 begonnen.

13 Trotz verschiedener Verzögerungen im Bauablauf, u.a. wegen Planungsänderungen und Wechsel des Bauleiters, sicherte der Beklagte noch im Januar 2018 die fristgerechte Fertigstellung des 1. Bauabschnitts zu, erklärte dann aber mit Schreiben vom 02.07.2018, dass er die Frist nicht werde einhalten können und verwies darauf, dass bei Geltendmachung eines Heimfallrechts der Verein Insolvenz anmelden müsse.

14 Mit Beschluss vom 24.07.2018 stimmte der Gemeinderat der Geltendmachung des Heimfallrechts zu.

15 Am 08.08.2018 nahm der Beklagte das Kaufangebot an und zahlte den vereinbarten Kaufpreis an die Klägerin.

16 Nachdem ein von der Klägerin beauftragter Sachverständiger am 30.08.2018 zum Ergebnis gekommen war, dass er die Frist zur Fertigstellung des 1. Bauabschnitts auch unter hohen Anstrengungen nicht werde einhalten können, erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 06.09.2018 den Heimfall des Erbbaurechts.

17 Am 18.12.2018 übte die Klägerin gegenüber dem Beklagten das Wiederkaufsrecht aus und erklärte erneut den Heimfall.

18 Der 1. Bauabschnitt war auch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in II. Instanz im Mai 2022 nicht abgeschlossen.

19 Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes 1. Instanz sowie der Antragstellung in 1. Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils des Landgerichts Stuttgart verwiesen.

20 Das Landgericht Stuttgart hat den Beklagten verurteilt zu erklären, dass das an dem im Grundbuch von L. für O. gebuchte Grundstück, Flurstück../5 W.-Straße, Gebäude- und Freifläche 25 a 24 m² im Erbbaugrundbuch der Gemeinde L. unter Nr. ../7 eingetragene Erbbaurecht auf die Klägerin übertragen wird, und zu bewilligen, dass das Erbbaugrundbuch und das Grundbuch entsprechend umgeschrieben wird.

21 Zudem wurde der Beklagte verurteilt, an die Klägerin 110.425,00 € zu zahlen.

22 Auf die Widerklage wurde festgestellt, dass der Beklagte und Widerkläger nicht verpflichtet ist, an die Klägerin und Widerbeklagte einen Erbbauzins gemäß Ziff. III des Erbbaurechtsvertrags vom 26.11.2014 zu zahlen.

23 Die weitergehende Klage auf Versicherung des Gebäudes und die weitergehende Widerklage auf Auflassung des Grundstücks, auf Feststellung der Rechtswidrigkeit und Unwirksamkeit der Ausübung des Wiederkaufsrechts, auf den Widerruf und die Unterlassung von konkret aufgeführten Behauptungen nebst Feststellung der Schadensersatzpflicht im Zusammenhang mit diesen Behauptungen wurde abgewiesen.

24 Das Landgericht führte zur Begründung aus, dass der Klägerin zwar aus dem Heimfallrecht kein Anspruch auf Übertragung des streitgegenständlichen Erbbaurechts zustehe, allerdings bestehe ein inhaltsgleicher Anspruch aus der Ausübung des Wiederkaufsrechts.

25 Dem Beklagten stehe aufgrund des ausgeübten Wiederkaufsrechts kein Anspruch auf Übertragung des Eigentums am streitgegenständlichen Grundstück zu, ein Schadensersatzanspruch wegen der Geltendmachung des Heimfallrechts bestehe nicht.

26 Das Landgericht hat den Erbbaurechtsvertrag dahingehend ausgelegt, dass das Heimfallrecht nach Annahme des Kaufangebots nicht mehr ausgeübt werden könne. Zwar hätten die Parteien keine Regelung getroffen im Hinblick auf die Auswirkungen der Annahme des Kaufangebots auf das Heimfallrecht, allerdings würde der Beklagte mit der Eigentumsübertragung auch Inhaber des Heimfallanspruchs werden. Soweit die Klägerin vor Übertragung des Grundstücks eine lediglich formale Rechtsposition ausnutze, sei dies treuwidrig. Die Ausübung des Heimfallrechts führe daher nicht zum Anspruch auf Rückübertragung des Erbbaurechts.

27 Die Annahme des Kaufangebotes durch den Beklagten sei wirksam, es sei insbesondere nicht treuwidrig. Treuwidrigkeit ergebe sich weder aus dem hierdurch erreichten günstigen Regime mit der Verpflichtung zur Entschädigungszahlung im Falle der Rückabwicklung des Kaufs noch aus der unterbliebenen Wahrnehmung eines Besprechungstermins Anfang August 2018. In der Folge bestehe kein Anspruch mehr auf Versicherung des Grundstücks und Zahlung des Erbbauzinses.

28 Die Klägerin habe Anspruch auf Rückübertragung des Erbbaurechts aus dem ausgeübten Wiederkaufsrecht. Die Klausel zum Wiederkauf sei wirksam. Eine Grundrechtsverletzung des Beklagten sei damit nicht verbunden, da der Vertrag eine Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten des Beklagten darstelle, ihm stehe kein Recht auf Zurverfügungstellung eines Grundstücks zur Religions-

ausübung zu. Mit der Vertragsgestaltung verfolge die Klägerin ein legitimes Ziel, einerseits die Möglichkeit der Grundrechtsentfaltung des Beklagten zu fördern und andererseits das öffentliche Interesse an einer zügigen Umsetzung des Baus einer Moschee zu fördern und abzusichern. Die Ausübung des Wiederkaufsrechts sei wirksam, denn die Voraussetzungen hätten vorgelegen, nachdem der 1. Bauabschnitt nicht fristgemäß bis zum 31.10.2018 fertiggestellt gewesen und dies auf ein Verschulden des Beklagten zurückzuführen sei. Die grundrechtliche Bindung der Klägerin bestehe auch bei der Ausübung von Gestaltungsrechten. Ein Ermessensnichtgebrauch liege nicht vor, die Klägerin sei sich ihrer Auswahlentscheidung bewusst gewesen ausweislich des Widerrufsschreibens (Anl. B 10). Die Ausübung des Wiederkaufsrechts sei geeignet, eine zeitnahe Umsetzung des von ihr aufgestellten Bebauungsplans zu erreichen und eine Bauruine in der Stadt zu verhindern, zudem sei dies erforderlich und angemessen gewesen. Der Beklagte könne daher die Auflassung nicht verlangen. Er schulde aufgrund der unterbliebenen Rückgabe des Grundstücks gem. §§ 280, 286 BGB Nutzungersatz in Höhe des Erbbauzinses.

29 Der Beklagte habe keinen Anspruch auf Schadenersatz aus der Ausübung des Heimfall- und Wiederkaufsrechts, der Feststellungsantrag sei wegen Vorrangs der Leistungsklage unzulässig und zudem unbegründet, da die Ausübung vertraglicher Ansprüche keine Pflichtverletzung begründe.

30 Die schriftsätzlichen Äußerungen im Schriftsatz vom 05.11.2020 begründeten keine äußerungsrechtlichen Ansprüche, der angegriffene Vortrag sei im Rahmen einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung zulässig.

31 Hiergegen wenden sich die Berufungen beider Parteien.

32 Die Klägerin verfolgt auch die ihr durch das erstinstanzliche Urteil zugesprochenen Ansprüche weiter. Sie begehrt eine Verurteilung auf der Grundlage des Heimfallrechts und wendet sich gegen die Feststellung ihrer Treuwidrigkeit im Hinblick auf die Ausübung des Heimfallanspruchs. Zudem legt sie auf eine Begründung wert, dass die Annahme des Kaufangebots durch den Beklagten treuwidrig gewesen sei.

33 Die Klägerin macht geltend, dass ihr aufgrund des nicht gelöschten und damit fortbestehenden Erbbaurechts der Anspruch auf Nachweis der Versicherung des Bauwerks gegen Brand- und Elementarschäden und der Erbbauzins zustehet, weshalb die Widerklage, auch soweit die Feststellung erfolgt sei, dass der Beklagte und Widerkläger nicht verpflichtet sei, an die Klägerin und Widerbeklagte einen Erbbauzins gemäß Ziff. III des Erbbauvertrages vom 26.11.2014 zu zahlen, abzuweisen sei.

34 Die Klägerin beantragt,

1. Der Beklagte wird verurteilt, zu erklären, dass das

an dem im Grundbuch von L. für O. in Blatt..4 BV Nr. 6 gebuchten Grundstück Gemarkung O. Flst. im Erbbaugrundbuch der Gemeinde L. unter Nr. ..7 eingetragene Erbbaurecht auf die Klägerin übertragen wird und zu bewilligen, dass das Erbbaugrundbuch und das Grundbuch entsprechend umgeschrieben werden.

2. Hilfsweise:

Der Beklagte wird verurteilt, zu erklären, das an dem im Grundbuch von L. für O. in Blatt..4 BV Nr. 6 gebuchten Grundstück Gemarkung O. Flst. im Erbbaugrundbuch der Gemeinde L. unter Nr. ..7 eingetragene Erbbaurecht mit Zustimmung der Klägerin aufzuheben.

3. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin Erbbauzins in Höhe von € 110.425,00 zu bezahlen.

4. Der Beklagte wird verurteilt, das Bauwerk der Moschee gegen Brand- und Elementarschäden aller Art zum Neuwert zu versichern und den Versicherungsschein vorzulegen.

5. Die Widerklage wird abgewiesen.

35 Der Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

36 Die Berufung der Klägerin sei mangels Beschwer bereits unzulässig, auch die Abweisung des Antrags auf Versicherung des Gebäudes begründe keine Beschwer, da eine Kostentragung damit nicht verbunden sei.

37 Darüber hinaus wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil mit dem Ziel der Abweisung der Klage insgesamt.

38 Ein dem Heimfallrecht entsprechender Anspruch ergebe sich nicht aus dem Wiederkaufsrecht. Das Wiederkaufsrecht sei nicht streitgegenständlich gewesen. Die Klage sei nicht auf das Wiederkaufsrecht gestützt gewesen, da das Wiederkaufsrecht erst vier Tage nach Einreichung der Klage mit Schreiben vom 18.12.2018 ausgeübt worden sei. Hieran habe die Klägerin aufgrund der mit dem Wiederkauf verbundenen Verwendungersatzpflicht kein Interesse.

39 Auch im Hinblick auf die der Klägerin zugesprochene Zahlung habe die Klägerin keinen Schadenersatzanspruch geltend gemacht. Es liege damit ein Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO vor.

40 Der Beklagte verfolgt die abgewiesenen Widerklageanträge mit Ausnahme der abgewiesenen Anträge im Zusammenhang mit den in erster Instanz streitgegenständlichen Äußerungen der Klägerin weiter.

41 Der Beklagte ist der Auffassung, ihm stehe der Auflassungsanspruch zu, denn die Klägerin habe das Wiederkaufsrecht rechtswidrig ausgeübt. Das Wiederkaufsrecht sei unwirksam, da es dem Grunde nach nicht als Gegenstand eines Erbbauvertrages gemäß § 2 ErbbRG in Betracht komme. Auch die Bauverpflichtung sei rechtswidrig.

42 Der Beklagte sei in seinem Eigentum am Gebäude, seinem Grundrecht auf Religionsfreiheit, der Kirchengutsgarantie des Art. 140 Grundgesetz i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV sowie in seinem dinglich geschützten Anwartschaftsrecht verletzt.

43 Der Beklagte beantragt,

1. Die Klage wird – insgesamt – abgewiesen.
2. Die Klägerin und Widerbeklagte wird verurteilt, gegenüber dem Beklagten und Widerkläger die Auflassung des Grundstücks Flst. zu erklären und die Eintragung im Grundbuch zu bewilligen.
3. Es wird festgestellt, dass die von der Klägerin und der Widerbeklagten gegenüber dem Beklagten und Widerkläger mit Schreiben vom 18.12.2018 erklärte Ausübung des Wiederkaufsrechts gemäß Ziff. VII B. 9 des zwischen den Parteien geschlossenen Erbbaurechtsvertrages vom 26.11.2014 – UR des Notars Dr. H. Nr. ... – rechtswidrig und unwirksam ist.
4. Es wird festgestellt, dass die Klägerin und Widerbeklagte gegenüber dem Beklagten und Widerkläger verpflichtet ist, den Schaden zu ersetzen, der dem Beklagten und Widerkläger aus der Ausübung des Heimfallrechts gemäß Ziff. II 7. Erbbaurechtsvertrag vom 26.11.2014 durch Schreiben der Klägerin und Widerbeklagten vom 06.09.2018 und 18.12.2018 sowie durch Ausübung des Wiederkaufsrechts gemäß Ziff. VII. B. 9. Erbbaurechtsvertrag vom 26.11.2014 durch Schreiben der Klägerin und Widerbeklagten vom 18.12.2018 entstanden ist und noch entstehen wird.

44 Die Klägerin beantragt,

die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.

45 Bezüglich des weiteren Sach- und Streitstandes in 2. Instanz wird auf die gewechselten Schriftsätze samt Anlagen verwiesen.

▶ II. Aus den Gründen:

46 Die Berufung der Klägerin ist teilweise unzulässig und im Übrigen zulässig und begründet.

47 Die Berufung des Beklagten ist zulässig, jedoch unbegründet.

48 Die Berufung der Klägerin ist nur teilweise, die Berufung des Beklagten ist insgesamt zulässig.

49 Die Berufungen sind gemäß § 511 Abs. 1 ZPO statthaft. Die Form- und Fristvorschriften der §§ 517, 519 und 520 ZPO sind gewahrt.

50 Zwar ist bei beiden Berufungen die gemäß § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO erforderliche Mindestbeschwer erreicht, die Klägerin ist jedoch nicht beschwert, soweit ihr das mit ihren Berufungsanträgen Nr. 1 und Nr. 3 Verlangte bereits

zugespochen wurde und über ihren Hilfsantrag (Berufungsantrag Nr. 2) nicht entschieden wurde.

51 Die für die Zulässigkeit des Rechtsmittels erforderliche Beschwer hat den Sinn und Zweck, den Rechtsmittelzug nur zu eröffnen, wenn dafür ein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Im Interesse der Gesamtheit der rechtsschutzsuchenden Bürger und des jeweiligen Prozessgegners soll ausgeschlossen werden, dass das Rechtsmittelgericht sich mit dem Rechtsstreit befassen muss, ohne dass der Rechtsmittelkläger ein schutzwürdiges Interesse an der von ihm erstrebten Entscheidung hat (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juni 1968 – IV ZR 594/68 –, juris, Rn. 9, BGHZ 50, 261-266).

52 Dies setzt zum einen eine formelle Beschwer voraus, eine solche liegt vor, wenn das angefochtene Urteil von den gestellten Anträgen des Berufungsführers abweicht (vgl. BGH, Beschluss vom 19. März 2009 – IX ZB 152/08 –, juris, Rn. 6).

53 Zum anderen ist eine materielle Beschwer, ein sachlicher Nachteil der Entscheidung im Vergleich zum Klagebegehren, erforderlich (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juni 1968 – IV ZR 594/68 –, juris, Rn. 9, BGHZ 50, 261-266).

54 Die Beschwer kann sich aber nicht allein aus einer nicht gewünschten Begründung ergeben, auch wenn sich die Folgewirkungen unterscheiden mögen (vgl. BGH, Urteil vom 10. März 1993 – VIII ZR 85/92 –, juris, Rn. 18, 19). Eine rein materielle Beschwer genügt demnach nicht.

55 Hier fehlt es bereits an der formellen Beschwer, denn der Berufungsantrag Nr. 1 der Klägerin entspricht Ziff. 1 des landgerichtlichen Tenors und der mit dem Berufungsantrag Nr. 3 verlangte Betrag wurde der Klägerin mit Ziff. 2 des landgerichtlichen Tenors zugesprochen.

56 Die Klägerin begehrt insoweit eine andere Urteilsbegründung und zwar dahin, dass das Verlangen auf Rückübertragung des Erbbaurechts auf dem Heimfallrecht und nicht auf der Ausübung des Wiederkaufs beruhe und dass die Zahlung nicht aufgrund eines Schadensersatzanspruchs, sondern als Erbbauzins geschuldet sei. Diese begehrte Auswechslung der Begründung genügt zur Begründung einer formellen Beschwer nicht.

57 Der hilfsweise gestellte Berufungsantrag Nr. 2 der Klägerin ist dahin auszulegen, dass er für den Fall der Erfolglosigkeit des Berufungsantrags Nr. 1 gestellt wurde. Da es der Klägerin um die Auswechslung der Begründung geht und die Berufungsanträge Nr. 1 und Nr. 2 gestellt wurden, obwohl ihr in erster Instanz der Klageantrag Nr. 1 zugesprochen wurde, ergibt die Auslegung, dass der Berufungsantrag Nr. 2 nicht auch von der Erfolglosigkeit des Klageantrags zu 1 abhängen sollte, denn sonst hätte die Klägerin auf die Antragstellung verzichten können.

58 Damit ist mit der Unzulässigkeit des Berufungsantrags Nr. 1 die Bedingung für den Berufungsantrag Nr. 2 eingetreten.

59 Die Berufung ist auch insoweit mangels Beschwer unzulässig, da der entsprechende Hilfsantrag in erster Instanz für den Fall der Erfolglosigkeit des Hauptantrags Nr. 1 gestellt war, mit dem die Klägerin in erster Instanz erfolgreich war, die Bedingung für den Hilfsantrag in erster Instanz war daher nicht eingetreten ist, weshalb das Landgericht über den Hilfsantrag gar nicht entschieden hat und die Klägerin dadurch auch nicht beschwert ist.

60 Die Berufung der Klägerin ist im Hinblick auf die zulässigen Berufungsanträge Nr. 4 und 5 erfolgreich.

61 Die Klägerin verfolgt den abgewiesenen Antrag auf Verurteilung des Beklagten, das Gebäude gegen Brand- und Elementarschäden aller Art zum Neuwert zu versichern und den Versicherungsschein vorzulegen, weiter.

62 Der Klägerin steht ein Anspruch auf Versicherung des Bauwerks und Vorlage des Versicherungsscheins aus dem Erbbaurechtsvertrag zu.

63 1. Gemäß II. Nr. 5 des notariellen Erbbaurechtsvertrag vom 26.11.2014 ist der Erbbauberechtigte verpflichtet, das Bauwerk gegen Brand- und Elementarschäden aller Art unverzüglich auf seine Kosten zum Neuwert zu versichern. Diese Versicherungen sind über die Dauer des Erbbaurechts aufrecht zu erhalten. Der Versicherungsschein ist der Stadt vorzulegen.

64 2. Die Parteien streiten darüber, ob durch notarielle Annahme des Kaufangebots aus dem Erbbaurechtsvertrag das Erbbaurecht beendet wurde.

65 Das Landgericht geht davon aus, dass der Anspruch nur bis zur Kaufpreiszahlung bestand und seither der Beklagte das Risiko der Verschlechterung des Untergangs der Sache trage, bis die Klägerin den Wiederkaufpreis bezahlt habe.

66 3. Nach der vertraglichen Vereinbarung ist die dem Beklagten obliegende Versicherungspflicht und deren Dauer vom Bestehen des dem Beklagten zustehenden Erbbaurechts abhängig.

67 Das Erbbaurecht ist gemäß § 1 ErbbauRG ein dingliches Recht. Es wird in das Erbbaugrundbuch eingetragen und wirkt dann gegen jedermann.

68 a) Der Beklagte hat mit der Vereinbarung und seiner Eintragung im Grundbuch als Erbbauberechtigter unstreitig das Erbbaurecht erlangt.

69 b) Gemäß § 26 ErbbauRG erlischt das Erbbaurecht durch Aufhebung. Maßgeblich ist dessen Löschung im Grundstücksgrundbuch. Eine Aufhebung des Erbbaurechts in diesem Sinn hat nicht stattgefunden.

70 c) Die Ausübung des Heimfallrechts führt unabhängig von der Wirksamkeit der Ausübung nicht zu einer Beendigung des Erbbaurechts, denn der Heimfall ist als schuldrechtlicher Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts an den Grundstückseigentümer ausgestaltet (vgl. BGH, Urteil vom 20. Oktober 1965 – VIII ZR 168/63 –, juris, Rn. 15).

Das Erbbaurecht besteht auch nach Übertragung an den Grundstückseigentümer als Eigentümererbbbaurecht fort (vgl. MüKoBGB/Heinemann, 8. Aufl. 2020, ErbbauRG § 1 Rn. 64; BGH, Urteil vom 6. November 2015 – V ZR 165/14 –, juris, Rn. 21, BGHZ 207, 334-349).

71 Die Rückübertragung des Erbbaurechts ist unstreitig noch nicht erfolgt, das Erbbaurecht des Beklagten besteht daher noch fort.

72 d) Soweit das Landgericht angenommen hat, dass die vertragliche Versicherungspflicht aufgrund der weiteren vertraglichen Regelungen zum Kauf ab der Kaufpreiszahlung durch den Beklagten nicht fortbesteht, überzeugt dies nicht.

73 Wird das Grundstück vom Erbbauberechtigten erworben, entsteht mit dem Vollzug des Erwerbs im Grundbuch ein Eigentümererbbbaurecht (vgl. Heinemann in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, ErbbauRG § 2 Rn. 43).

74 Dann wäre der Beklagte nicht mehr gegenüber der Klägerin zur Aufrechterhaltung der Versicherung verpflichtet.

75 Der Erwerb des Grundstücks durch den Beklagten wurde grundbuchrechtlich noch nicht vollzogen, sondern dieser Vollzug wird mit der Widerklage geltend gemacht. Damit besteht das Erbbaurecht zugunsten des Beklagten fort.

76 Der schuldrechtliche Abschluss eines Kaufvertrags über das Grundstück allein hat keine Auswirkungen auf das dingliche Erbbaurecht.

77 Soweit das Landgericht aus dem Vertrag aufgrund des Übergangs des Risikos der Verschlechterung oder des Untergangs der Sache mit der Kaufpreiszahlung ein Ende der Versicherungspflicht entnommen hat, ist dies weder im Vertrag angelegt noch wäre eine solche Auslegung interessengerecht.

78 Aus der Pflicht des Beklagten, die Lasten des Grundstücks zu tragen, ergibt sich im Falle des Scheiterns des Eigentumserwerbs ein Haftungsrisiko, das ein Interesse beider Vertragsparteien begründet, die Versicherung solange aufrecht zu erhalten, bis der Erwerb vollzogen ist.

79 e) Der Beklagte hat deshalb seine Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag im Hinblick auf das Erbbaurecht zu erfüllen. Damit schuldet er einen Versicherungsschutz und dessen Nachweis im Hinblick auf das errichtete Gebäude.

80 Die Klägerin verfolgt die Abweisung der Widerklage, soweit festgestellt wurde, dass der Beklagte nicht verpflichtet ist, einen Erbbauzins zu zahlen, fort.

81 Die Klägerin ist der Auffassung, der Erbbauzins sei bis zum dinglichen Vollzug des Heimfallanspruchs zu zahlen. Dem stehe die Annahme des Kaufangebots nicht entgegen, da diese rechtsmissbräuchlich gewesen sei.

82 Der Klägerin steht ab wirksamer Ausübung des Wiederkaufsrechts wieder ein Anspruch auf Zahlung des Erbbauzinses zu, weshalb die Widerklage insoweit abzuweisen war.

83 Das Landgericht hat die Zulässigkeit des Widerklageantrags mit der Begründung, dass der Zahlungsklage keine Feststellungswirkung für die Zukunft zukomme, rechtsfehlerfrei und damit bindend festgestellt.

84 Die Parteien haben unter VII. B. 4. vereinbart, dass nach Annahme des Kaufangebots durch den Erbbauberechtigten dieser bis zur Besitzübergabe nach vollständiger Kaufpreiszahlung den Erbbauzins an die Stadt zu zahlen hat.

85 Daraus folgt im Umkehrschluss, dass nach einer Inbesitznahme aufgrund des Kaufvertrags kein Anspruch der Stadt auf Zahlung des Erbbauzinses mehr besteht.

86 Die Auslegung nach dem Wortlaut nebst dem Sinn und Zweck ergibt, dass ein Besitz im Sinn des VII. B. 4. S. 1, der einen Erbbauzins nach Satz 2 ausschließt, nur vorliegt, wenn und solange der Kaufvertrag auch wirksam besteht. Entfällt der Kaufvertrag oder können aus ihm aus einem anderen Grund keine Besitzrechte mehr abgeleitet werden, beruht der Besitz des Beklagten wieder auf seinem Erbbaurecht, so dass VII. B. 4. S. 2 dann nicht mehr eingreift und der vereinbarte Erbbauzins geschuldet ist.

87 Nach den vertraglichen Regelungen sind Heimfallrecht und Wiederkaufsrecht unterschiedliche Rechte. Zwar hat die Klägerin hier sowohl das Heimfallrecht als auch das Wiederkaufsrecht ausgeübt, allerdings ist weder die Geltendmachung des Heimfallrechts neben dem Wiederkaufsrecht noch die gleichlautende Beurteilung der Wirksamkeit der Ausübung der beiden Rechte zwingend, auch wenn im Falle des Wiederkaufs auch das Heimfallrecht ausgeübt werden kann. Die Klägerin kann sich darauf beschränken, den Eigentumserwerb zu verhindern und weiterhin ein Erbbaurecht gewähren. Die etwaige Fortdauer des Erbbaurechts trotz Ausübung des Wiederkaufsrechts ist auch für den Beklagten von Interesse, da ihm so das Nutzungsrecht als Erbbauberechtigter bleibt.

88 Bei einem anderen Verständnis der Regelung in VII. B. 4. müsste der Beklagte bei Fortdauer des Erbbaurechts nach Kauf und Wiederkauf keinen Erbbauzins zahlen. Dies wäre nicht interessengerecht. Andererseits ist es auch nicht interessengerecht, die Klägerin auf die zusätzliche Ausübung des Heimfallrechts zu verweisen, um eine kostenlose Überlassung des Erbbaurechts zu vermeiden.

89 Die Parteien haben wirksam einen Kaufvertrag geschlossen und der Beklagte hat den Kaufpreis vollständig bezahlt.

aa)

90 Der Beklagte hat die Annahme des Kaufangebots am 08.08.2018 erklärt.

91 Das Angebot der Klägerin war zu diesem Zeitpunkt noch gültig. Die vertragliche Bindungsfrist gem. VII. A. 2. a) bis 31.12.2023 war noch nicht abgelaufen.

92 Ein Erlöschen des Angebots ist weder dargetan noch ersichtlich. Der Beklagte hat die Annahme weder endgültig abgelehnt noch hatte die Klägerin das Heimfallrecht zu diesem Zeitpunkt ausgeübt.

93 Auf den Umstand, ob der Klägerin die Annahmeerklärung noch vor der Ausübung des Heimfallrechts zugegangen ist, kommt es nicht an, denn nach § 152 S. 2 BGB kommt es allein auf die Beurkundung der Annahme an, diese war am 08.08.2018.

94 Die Ausübung des Heimfallrechts hingegen stellt eine empfangsbedürftige Willenserklärung dar, die zugehen muss, um wirksam zu werden, § 130 Abs. 1 BGB. Da die Erklärung erst später, nämlich am 06.09.2018 und am 18.12.2018 erfolgt ist, konnten diese Erklärungen das Angebot bis zur Annahme am 08.08.2018 nicht mehr rechtzeitig zum Erlöschen bringen.

95 Die Annahme ist darüber hinaus formgerecht gem. §§ 311b Abs. 1 S. 1, 128 BGB erfolgt.

96 Nachdem der Beklagte eigene berechnete Interessen verfolgt und sich sein Handeln zudem innerhalb des zwischen den Parteien vertraglich vereinbarten Rahmens bewegt, ergibt sich daraus kein Verstoß gegen Treu und Glauben.

97 Soweit die Klägerin beanstandet, dass der Beklagte wegen Verhinderung dessen Vertreters vorgegeben habe, keinen Besprechungstermin mit der Klägerin wahrnehmen zu können, im maßgeblichen Zeitraum jedoch die Beurkundung der Annahme des Kaufangebots vorgenommen habe, ergibt sich auch daraus kein Verstoß gegen Treu und Glauben.

98 Der Beklagte mag damit auf Zeit gespielt haben und Verärgerung auf Seiten der Klägerin ausgelöst haben, es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte für eine Vereitelung der früheren Geltendmachung des Heimfallanspruchs.

99 Es ist weder dargetan noch ersichtlich, dass die Klägerin, wenn der Besprechungstermin stattgefunden hätte, vor Annahme des Kaufangebots das Heimfallrecht ausgeübt hätte, denn zum damaligen Zeitpunkt war die Fertigstellungsfrist noch nicht abgelaufen und das Gutachten zur Frage, ob die Frist eingehalten werden könne, datiert erst auf den 30.08.2018.

100 Der Beklagte hat unstreitig den Kaufpreis vollständig bezahlt. Damit ist gemäß VII. B. 4. S. 1 der Besitz des streitgegenständlichen Grundstücks an den Beklagten übergegangen. Ab diesem Zeitpunkt besaß er das Grundstück nicht mehr aufgrund des Erbbaurechts, sondern aufgrund des Kaufvertrags.

101 Die Ausübung des Wiederkaufsrechts führt nicht zur Unwirksamkeit des Kaufs und der damit verbundenen Regelungen.

102 In welchem Umfang sich das Wirksamwerden eines Wiederkaufvertrages auf den Kaufvertrag auswirkt, ergibt sich nicht aus dem Gesetz.

103 Aus der Entstehungsgeschichte des § 497 BGB a.F. (heute § 456 BGB) lässt sich nur entnehmen, dass die Regelungen über den Wiederkauf auf dem Gedanken beruhen, dass durch den Abschluss des Wiederkaufs der frühere Kauf für die Vergangenheit nicht außer Kraft tritt (Motive, Band 2 S. 342). Die Parteien können jedoch die Auswirkungen des Wiederkaufs auf den Kaufvertrag regeln. Haben sie dies nicht getan, lässt sich aus dem auf Eingehung eines neuen Vertragsverhältnisses gerichteten Willen nur schließen, dass die Rechtsbeziehungen mit Wirksamwerden des Wiederkaufs nach den Konditionen dieses Schuldverhältnisses zu beurteilen sind. Dagegen ist nicht anzunehmen, dass die Parteien den Kaufvertrag unabhängig vom Schicksal des Wiederkaufs für die Zukunft endgültig aufheben wollten. Denn Kauf und Wiederkauf ermöglichen durch ihre jeweils eigenständige gesetzliche Ausgestaltung ein Nebeneinander beider Rechtsverhältnisse unter Vorrang des Wiederkaufsrechts. Solange der Wiederkaufvertrag Geltung beansprucht, steht einem Rückgriff auf den ursprünglichen Kaufvertrag der Einwand des Wiederkaufs entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2000 – V ZR 386/98 –, Rn. 10, juris).

104 Eine Aufhebung der Vereinbarung zum Kauf durch den Erbbauberechtigten haben die Parteien für den Fall des Wiederkaufs nicht getroffen. Die Auslegung der vertraglichen Regelungen der Parteien im Erbbaurechtsvertrag ergibt auch hier, dass sich das Rechtsverhältnis der Parteien vorrangig nach dem sich aus der Ausübung des Wiederkaufsrechts ergebenden Schuldverhältnis richtet, und dass die mit dem Kauf geschaffenen Rechtswirkungen nicht rückwirkend aufgehoben werden sollen.

105 Es bleibt daher auch nach dem Wiederkauf jedenfalls für den Zeitraum bis zur wirksamen Ausübung des Wiederkaufs beim Erlöschen der Pflicht zur Zahlung des Erbbauzinses.

106 Mit der wirksamen Ausübung des Wiederkaufsrechts ist allerdings das Recht des Beklagten zum Besitz aufgrund des Kaufvertrags und der Kaufpreiszahlung entfallen und er besitzt das Grundstück wieder (nur noch) aufgrund des noch bestehenden, weil nicht gelöschten Erbbaurechts.

107 Ist es noch nicht zur Auflassung des Grundstücks und/oder der Eintragung im Grundbuch aufgrund der Annahme des Kaufangebots und Zahlung des Kaufpreises gekommen, wird die Erwerbserwartung des Käufers aus dem Kaufvertrag ab wirksamer Ausübung des Wiederkaufsrechts zerstört und die Nutzung erfolgt dann nicht mehr in der berechtigten Erwartung eines Eigentumserwerbs, sondern (wieder) nur noch auf Grundlage des Erb-

baurechts, wobei die Parteien für den Fall der Nutzung des Grundstücks allein auf Grundlage des Erbbaurechts die Zahlung des Erbbauzinses vereinbart haben.

108 Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin den Kaufpreis noch nicht zurückbezahlt hat, denn der Beklagte hatte und hat es einerseits in der Hand, die Voraussetzungen für die Pflicht zur Zahlung des Wiederkaufpreises zu schaffen, und andererseits hatte er es in der Hand, die Ausübung des Wiederkaufsrechts durch Einhaltung seiner vertraglichen Pflichten zu verhindern. Maßgeblich ist letztlich, dass nach VII. B. 4. die Zahlung des Erbbauzinses davon abhängt, ob der Beklagte aufgrund des Kaufvertrags oder des Erbbaurechts Besitzer ist. Ab Ausübung des Wiederkaufsrechts konnte der Beklagte nicht mehr Eigentümer werden und besaß damit das Grundstück nicht mehr in der berechtigten Erwartung einer Eigentumsübertragung, sondern allein aufgrund des fortbestehenden Erbbaurechts mit der damit korrespondierenden Verpflichtung zur Zahlung des Erbbauzinses.

109 Die Klägerin hat wirksam das Wiederkaufsrecht ausgeübt.

aa)

110 Die Parteien haben in Z. VII B. 9. ein Recht zum Wiederkauf gemäß §§ 456 ff. BGB unter anderem für den Fall vereinbart, dass der Beklagte seiner vertraglich übernommenen Verpflichtung, bis zum 30.10.2018 den 1. Bauabschnitt abzuschließen, nicht nachkommt.

111 Diese Vereinbarung ist wirksam.

112 Der gesetzliche Inhalt des Erbbaurechts ist im § 1 ErbbauRG festgelegt. Darüber hinaus kann durch Vereinbarung der Beteiligten der Inhalt des Erbbaurechts erweitert werden. Nach § 2 ErbbauRG gehören gewisse Vereinbarungen zum Inhalt des Erbbaurechts. Diese Vorschrift bedeutet, dass die dort angeführten Vereinbarungen nicht getroffen zu werden brauchen, dass sie aber, wenn sie getroffen werden, zum Inhalt des Erbbaurechts gehören und infolgedessen nicht nur schuldrechtliche Wirkungen zwischen den Beteiligten, sondern auch dingliche Wirkung für und gegen Dritte haben. Als Inhalt des Erbbaurechts können gem. §§ 5, 27, 32 ErbbauRG auch noch weitere Vereinbarungen getroffen werden (vgl. BGH NJW 1954, 1443, 1444 zur damals gültigen ErbbauRVO).

113 Diese Vereinbarung zum Wiederkauf ist ebenso wie das Kaufangebot Teil des Erbbaurechtsvertrags und nicht Teil eines rechtlich eigenständigen Verkaufsangebots.

114 Gemäß § 2 Nr. 7 ErbbauRG ist die Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen, möglicher Inhalt des Erbbaurechts, denn hier heißt es:

„Zum Inhalt des Erbbaurechts gehören auch Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten über: (...)

7. eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen.“

115 Nach dem Gesetzeswortlaut sind daher nicht nur die Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen, vom Erbbaurecht umfasst, sondern auch die Vereinbarungen darüber.

116 Die Kaufberechtigung des Erbbauberechtigten i.S.d. § 2 Nr. 7 ErbbauRG kann durch Vertrag näher geregelt werden. Es muss deshalb für zulässig erachtet werden, dass die Vertragsteile die Verkaufsverpflichtung des Grundstückseigentümers z. B. von einer Befristung oder Bedingung abhängig machen (vgl. BGH NJW 1954, 1443, 1444 zur damals gültigen ErbbauVO).

117 Hier ist die Verkaufsverpflichtung auflösend bedingt für den Fall der Ausübung des unter bestimmten Voraussetzungen der Klägerin eingeräumten Wiederkaufsrechts.

118 Entgegen der Auffassung des Beklagten steht dem nicht entgegen, dass das Erbbaurecht nur dingliche Wirkung während seines Bestehens entfaltet, denn weder der Wiederkauf noch eine etwaige Auflassung berühren den Bestand des Erbbaurechts.

119 Art. 4 GG und Art. 14 GG stehen dem Wiederkaufsrecht nicht entgegen.

120 Im Ausgangspunkt kann sich zwar einerseits der Beklagte auf Art. 4 GG berufen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. Oktober 1968 – 1 BvR 241/66 –, juris, Rn. 19-23, BVerfGE 24, 236-252 für einen nichtrechtsfähigen Verein) und andererseits gilt die Grundrechtsbindung staatlicher Stellen gemäß Art. 1 Abs. 3 GG bei jedwedem Staatshandeln und hängt weder von der Organisations- noch der Handlungsform ab (vgl. BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 19. Juli 2016 – 2 BvR 470/08 –, juris, Rn. 26-27).

121 Originäre Leistungsansprüche, vom Staat bei der Grundrechtsausübung unterstützt zu werden, bestehen nicht, allerdings stellt die Religionsfreiheit nicht nur ein individuelles Abwehrrecht dar, sondern sie gebietet auch im positivem Sinn, Raum für die aktive Betätigung der Glaubensüberzeugung und die Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit auf weltanschaulich-religiösem Gebiet zu sichern (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. Mai 1995 – 1 BvR 1087/91 –, juris, Rn. 35, BVerfGE 93, 1-37).

122 Der Beklagte hat keinen grundrechtlichen Anspruch, genau auf dem streitgegenständlichen Grundstück seinen Mitgliedern die Religionsausübung zu ermöglichen. Die Stadt ist damit nicht grundrechtlich verpflichtet, dem Beklagten dieses Grundstück zur Verfügung zu stellen.

123 Die Möglichkeit zur Errichtung einer Moschee wurde nicht aufgrund eines grundrechtlich geschützten Anspruchs eingeräumt, sondern durch den mit der Klägerin

abgeschlossenen Erbbaurechtsvertrag, dessen Bedingungen der Beklagte nicht eingehalten und dadurch das Heimfallrecht ausgelöst hat.

124 Die nach Errichtung der Moschee beabsichtigte Ermöglichung der Grundrechtsausübung erfolgte nur in beschränktem Rahmen, nämlich mit vorbehaltenen Rechten und Entziehungsmöglichkeiten. Der Beklagte hat von Anfang an die Erweiterung seines Rechtsrahmens nur mit diesen Einschränkungen erhalten, sodass die Ausübung der vorbehaltenen Rechte keinen Grundrechtseingriff begründet.

125 Eigentum an dem Grundstück hatte der Beklagte mangels Eintragung nicht erlangt, so dass auch im Hinblick auf Art. 14 GG kein Grundrechtseingriff vorliegt.

126 Der Beklagte ist der Auffassung, dass das Wiederkaufsrecht nichtig sei, weil der Anspruch mit der Bauverpflichtung des Beklagten verknüpft sei, die unwirksam sei.

127 Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 ErbbauRG gehören zum Inhalt des Erbbaurechts auch Vereinbarungen über die Errichtung des Bauwerks.

128 Dies kann auch eine Vereinbarung über eine Bauverpflichtung sowie über etwaige Sanktionen bei Nichterfüllung umfassen (vgl. MüKoBGB/Heinemann, 8. Aufl. 2020, ErbbauRG § 2 Rn. 9).

129 Vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit bedarf es für die Wirksamkeit des Vertrages keines besonderen gerade zivilrechtlichen Interesses der Klägerin an der Bauverpflichtung, lediglich §§ 134, 138, 242 BGB ziehen Grenzen für die Motive und Interessen im Zusammenhang mit zivilrechtlichen vertraglichen Regelungen. Diese Vorschriften sind hier nicht betroffen. Die Klägerin hat dargelegt, dass der Zweck der vertraglichen Regelung war, ihren muslimischen Mitbürgern zeitnah einen Gebetsraum in einer Moschee zur Verfügung zu stellen.

130 Entgegen der Auffassung des Beklagten ist die Bauverpflichtung hinreichend bestimmt, indem auf den Bauantrag vom 13.12.2011 Bezug genommen wurde. Soweit sich durch die Baugenehmigung (nach Durchführung des Abstimmungsverfahrens) Änderungen zum Bauantrag ergeben, konkretisiert dies die Bauverpflichtung, da die Auslegung des Vertrags ergibt, dass kein rechtswidriges Verhalten verlangt werden soll.

131 Auch eine Verletzung der Grundrechte des Beklagten geht mit der Baupflicht nicht einher.

132 Der Beklagte sollte auf der Grundlage des Vertrags ein Grundstück erhalten, auf das er keinen Anspruch hatte, mit dem gemeinsamen Ziel, dass darauf eine Moschee errichtet werden soll. Auch die Bauverpflichtung stellt sich damit lediglich als Bestandteil der Erweiterung des Rechtsrahmens des Beklagten dar. Dem Beklagten stand es frei, auf den möglichen Moscheeumbau auf diesem Grundstück zu verzichten und den Vertrag nicht abzuschließen.

133 Auch der Umstand, dass bei Einhaltung der Bauvorschriften ein Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung besteht, steht der Baupflicht nicht gem. § 11 Abs. 2 S. 2 BauGB entgegen, denn die Erteilung der Baugenehmigung ist im Vertrag nicht als vertragliche Pflicht vereinbart, vielmehr gibt es zum „Ob“ der Erteilung der Baugenehmigung keine Regelungen, sondern nur dazu, dass für beide Bauabschnitte gemeinsam die Baugenehmigung erteilt werden „soll“; auch wenn der zweite Bauabschnitt möglicherweise nicht innerhalb der dreijährigen Gültigkeit ausgeführt werden wird.

134 Die erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz erfolgten Rechtsausführungen des Beklagten führen damit nicht zu einer abweichenden Beurteilung der Rechtslage. Damit liegen die Voraussetzungen für die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nicht vor.

135 Das Wiederkaufsrecht ist nicht gemäß § 1 Abs. 4 ErbbauRG unwirksam.

136 Gem. § 1 Abs. 4 ErbbauRG kann sich der Grundstückseigentümer nicht auf eine Vereinbarung berufen, durch die sich der Erbbauberechtigte verpflichtet, beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen das Erbbaurecht aufzugeben und seine Löschung im Grundbuch zu bewilligen.

137 Die Parteien haben in VII B. 9. geregelt, dass im Fall der Ausübung des Wiederkaufsrechts alle Lasten zu beseitigen sind, die von heute an auf dem Vertragsgegenstand eingetragen werden.

138 Das Erbbaurecht wird erst nach und aufgrund des Vertragsabschlusses eingetragen.

139 Eine Löschung des Erbbaurechts kann die Klägerin jedoch gem. § 1 Abs. 4 ErbbauRG nicht verlangen.

140 Vor dem Hintergrund, dass eine vertragliche Regelung im Zweifel so auszulegen ist, dass eine wirksame und gesetzeskonforme Regelung vorliegt, ist die Regelung dahin auszulegen, dass zu den zu beseitigenden Lasten nicht das Erbbaurecht gehört.

141 Wie bereits ausgeführt, sind das Erbbaurecht und der kaufrechtliche Teil des Erbbaurechtsvertrags keine zwei verschiedenen Verträge, sondern der Wiederkauf ist Teil der Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den Beklagten zu verkaufen und damit gemäß § 2 Nr. 7 ErbbauRG Teil des Erbbaurechts. Auch wenn der Wortlaut der vertraglichen Regelung auf den Zeitpunkt der Eintragung der Last abstellt, ist vom Sinn und Zweck des Vertrags, der auch schon die Belastung mit einem Erbbaurecht regelt, eine Auslegung möglich, dass im Hinblick auf das gleichzeitig vereinbarte Erbbaurecht dieses von der Beseitigungspflicht im Hinblick auf alle Lasten ab „heute“ nicht umfasst ist, sondern alle nach diesem Vertrag entstehenden Lasten gemeint sind. Dafür

spricht auch, dass der Vertrag zwischen Wiederkaufsrecht und Heimfallrecht unterscheidet und mit der Ausübung des Wiederkaufsrechts nicht zwingend auch vom Heimfallrecht Gebrauch gemacht werden muss, sodass nach der Ausübung eines Wiederkaufsrechts das Erbbaurecht erhalten bleiben kann.

142 Selbst wenn man dieser Auslegung nicht folgt, wäre nicht der Erbbaurechtsvertrag insgesamt und auch nicht die Regelungen zum Kaufangebot oder zum Wiederkaufsrecht unwirksam, sondern lediglich die etwaige Verpflichtung zur Aufhebung des Erbbaurechts. § 139 BGB ist unanwendbar (vgl. Grüneberg-Wicke BGB 81. Aufl. § 1 ErbbauRG Rn. 14) und selbst bei Anwendbarkeit des § 139 BGB würde dies nicht zur Gesamtnichtigkeit führen, weil anzunehmen ist, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre, denn die Klägerin ist durch das ihr zustehende Heimfallrecht ausreichend geschützt. Die Parteien hätten auch ohne die Verpflichtung zur Beseitigung des Erbbaurechts das Wiederkaufsrecht vereinbart.

143 Abweichend von den Regelungen zum Heimfallrecht ist hier das Gebot zur angemessenen Vertragsgestaltung nicht verletzt.

144 Dem erforderlichen angemessenen Ausgleich für die vom Beklagten übernommene Bauverpflichtung haben die Parteien dadurch Rechnung getragen, dass der Wiederkaufspreis gemäß VII. B. 9. des Erbbaurechtsvertrags aus dem vereinbarten Kaufpreis zuzüglich des Werts der Verwendungen auf den Vertragsgegenstand besteht, soweit sie zur Zeit des Wiederkaufs einen Verkaufswert haben. Damit haben die Parteien einen wirtschaftlich angemessenen Ausgleich für die Verwendungen des Beklagten getroffen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt. Eine unzumutbare Belastung liegt für den Beklagten nicht vor. Dies gilt auch dann, wenn die Klägerin nicht die konkreten Aufwendungen des Beklagten zu erstatten hat, sondern den um diese Aufwendungen erhöhten Verkehrswert des Grundstücks.

145 Die Voraussetzungen zur Ausübung des Wiederkaufsrechts lagen vor.

146 Das Recht der Klägerin, einen Wiederkauf zu verlangen, räumt VII B. 9. i.V.m. Ziffer II. 2. (3) des Erbbaurechtsvertrags ein, wenn der 1. Bauabschnitt mit dem gesamten Untergeschoss, Gebetshaus, Stellplätzen und Außenanlagen nicht mit Ablauf des 31.10.2018 fertiggestellt sein sollte. Unstreitig war zu diesem Zeitpunkt der 1. Bauabschnitt bei weitem nicht vollständig fertiggestellt. Selbst bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in 2. Instanz war der 1. Bauabschnitt nicht fertiggestellt.

147 Unstreitig wurde ein längerer als unbedingt erforderlicher Zeitraum für die Verwirklichung des Bauvorhabens im Abschnitt 1 vertraglich festgelegt, der Raum gab,

gewisse beim Bau nicht zu vermeidende Verzögerungen aufzufangen.

148 Auf eine etwaig gemäß II. 2. (5) zu gewährende Nachfrist kommt es nicht an, denn der Beklagte hat lediglich eine Nachfrist von sechs Monaten geltend gemacht, die ebenfalls abgelaufen ist. Jedenfalls war auch zum Zeitpunkt der Ausübung des Wiederkaufsrechts nicht absehbar, dass mit einer zeitnahen Fertigstellung zu rechnen ist. Der Beklagte hatte noch mit Schreiben vom 21.07.2018 (Anlage K 14) eine vertragsgemäße Fertigstellung bis zum 31.10.2018 in Aussicht gestellt und dann mit einem neuen Bauzeitenplan eine Fertigstellung vor Weihnachten 2018 angekündigt. Der Privatgutachter S. hat mit seinem Gutachten vom 30.08.2018 (Anlage K 18) überzeugend festgestellt, dass das Bauvorhaben frühestens Ende April 2019 fertiggestellt sein würde. Dieses Privatgutachten hat der Beklagte nicht angegriffen. Entsprechend beschleunigte Baumaßnahmen im Herbst 2018 sind jedoch weder dargetan noch ersichtlich.

149 Das Landgericht hat festgestellt, dass die fehlende Fertigstellung des Baus bis zum 31.10.2018 auf einem Verschulden des Beklagten beruht, der insbesondere für die Auswahl der Bauleiter und Architekten verantwortlich ist. An diese Feststellung ist der Senat gemäß § 529 ZPO gebunden, weil die Berufungsbegründung des Beklagten hieran keine Zweifel weckt. Der Beklagte muss sich das eigene Auswahlverschulden bei der Beauftragung der Bauleiter und Planer gemäß § 278 BGB im Verhältnis zur Klägerin zurechnen lassen. Dies gilt auch dann, wenn die Fristeinholung nur eine Obliegenheit darstellt, denn § 278 BGB greift auch dann ein; der Begriff der Verbindlichkeit ist aufgrund des Normzwecks weit auszulegen (vgl. hierzu auch §§ 254 Abs. 2 S. 2, 346 Abs. 3 Nr. 2 BGB, 377 HGB, die die Anwendung für Obliegenheiten jeweils ausdrücklich regeln, MüKoBGB/*Grundmann*, BGB 9. Aufl. 2022, § 278 Rn. 24).

150 Dass es überhaupt unverschuldete Verzögerungen gab, ist von den Beklagten nicht hinreichend dargetan.

151 Allein das Erfordernis einer wasserrechtlichen Genehmigung genügt für die Ausräumung eines Verschuldens nicht, denn der Beklagte trägt nicht vor, dass auf der Grundlage des Bodengutachtens nicht schon früher erkennbar war, dass eine solche Genehmigung erforderlich war. Das Bodengutachten lag schon bei Vertragsschluss vor und es wurde ein längerer als unbedingt erforderlicher Zeitraum festgelegt.

152 Die Ausübung des Wiederkaufsrechts war auch verhältnismäßig.

153 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt auch ohne gesetzliche Regelung das gesamte Handeln der öffentlichen Verwaltung, und zwar auch dann, wenn sie für ihre Aufgaben die Gestaltungsform des Privat-

rechts wählt (vgl. BGH, Urteil vom 16. April 2010 – V ZR 175/09 –, juris, Rn. 18).

154 Die Klägerin musste danach im Wege einer Ermessensentscheidung prüfen, ob die Ausübung des Wiederkaufsrechts im Interesse der Sicherung des mit dem Kaufangebot verfolgten Zwecks geboten ist oder eine vermeidbare Härte darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2015 – V ZR 144/14 –, juris, Rn. 36, BGHZ 206, 120-136).

155 Erforderlich ist zunächst die Eignung der Rechtsausübung zur Verfolgung eines legitimen Zwecks.

156 Da Art. 4 GG keinem Gesetzesvorbehalt unterliegt, findet die Religionsfreiheit nur im Verfassungsrecht, mit dessen Verwirklichung der Freiheitsgebrauch im Einzelfall kollidiert, ihre Schranken, es ist ein schonender Ausgleich der Verfassungsgüter im Wege praktischer Konkordanz zu finden (BVerfG, Beschluss vom 19. Oktober 1971 – 1 BvR 387/65 –, juris, Rn. 26, BVerfGE 32, 98-111).

157 Allerdings liegt in der Erweiterung des Rechtsrahmens des Beklagten unter den vereinbarten Bedingungen, hier insbesondere des Heimfall- und Wiederkaufsrechts, schon kein Eingriff in die Grundrechte des Beklagten vor (siehe oben), so dass die Verhältnismäßigkeit nicht nur in Bezug auf Rechtsgüter von Verfassungsrang zu messen ist.

158 Die Klägerin bringt vor, dass sie eine Bauruine habe vermeiden und ihren muslimischen Bürgern die Ausübung ihres Glaubens in einer Moschee habe ermöglichen wollen, und dass diese Absicht weiterhin bestehe.

159 Dass die Klägerin die Moschee nach Rückgabe des Grundstücks kaum selbst fertigstellen und den Gläubigen zur Verfügung stellen wird, steht der Eignung der Ausübung des Wiederkaufsrechts nicht entgegen, denn sie kann das Grundstück hierfür einer anderen geeigneten natürlichen oder juristischen Person zur Verfügung stellen, die die Gewähr bietet, dass das Vorhaben zeitnah fertig gestellt wird, nachdem es dem Beklagten weder innerhalb der anvisierten vier Jahre noch innerhalb der inzwischen vergangenen über siebeneinhalb Jahre gelungen ist, den ersten Bauabschnitt fertigzustellen.

160 Nachdem es dem Beklagten noch immer nicht gelungen ist, die Moschee fertig zu stellen, war die Ausübung des Wiederkaufsrechts auch erforderlich.

161 Trotz mehrfacher Mahnungen und Erinnerungen der Klägerin hat der Beklagte seine Verpflichtung zur rechtzeitigen Herstellung des Bauabschnitts 1 schuldhaft verletzt. Auch aus dem Vortrag der Klägerin wird das öffentliche Interesse deutlich, der Bevölkerung zeitnah einen Gebetsraum in einer Moschee zur Verfügung zu stellen. Andererseits war nicht absehbar, ob die Moschee in der vom Privatgutachter veranschlagten kürzest möglichen Zeit errichtet werden würde; vielmehr war zu befürchten, dass sich die Zeitverzögerungen fortsetzen und das Ge-

bäude noch lange nicht fertiggestellt sein würde. Tatsächlich war die Moschee bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat unstreitig nicht fertiggestellt und nutzbar. Die Klägerin hat sich darauf berufen, dass die Klägerin mit dem Erbbaurecht und dem Kaufangebot sowie der Maßgabe der Errichtung einer Moschee innerhalb einer bestimmten Zeit ihrem städtebaulichen, sozialen und kulturellen Gemeinschaftsauftrag gerecht werden wollte. Dazu habe sie die Gewissheit haben müssen, dass diese Ziele durch den Beklagten auch verwirklicht werden. Verwirkliche der Vertragspartner diese nicht und verstoße er nachhaltig gegen den Vertrag, sei es erneut Aufgabe der Kommune, diesen gegen kommunale städtebauliche, soziale und kulturelle Ziele verstoßenden Zustand zu beenden. Damit beruft sich die Klägerin in berechtigter Weise auf einen Vertrauensverlust gegenüber dem Beklagten im Hinblick auf die zeitnahe Verwirklichung der von der Klägerin gewünschten Moschee. Dieser Vertrauensverlust und das öffentliche Interesse an der zeitnahen Errichtung einer Moschee rechtfertigen es, vom Wiederkaufsrecht Gebrauch zu machen und nach Rückgabe auch des Erbbaurechts gegebenenfalls die Moschee durch einen Dritten oder durch die Klägerin selbst fertig zu stellen.

162 Darüber hinaus war die Ausübung auch im engeren Sinne verhältnismäßig.

163 Eine unzumutbare Härte ergibt sich nicht, denn dem Beklagten steht eine Entschädigung für seine Verwendungen auf das Grundstück zu.

164 Durch eine Entschädigung, die die Erhöhung des Grundstückswerts durch die Aufwendungen des Beklagten und eine etwaige Bodenwertsteigerung angemessen berücksichtigt, wird der Beklagte in die Lage gesetzt, an anderer Stelle eine Gebetsmöglichkeit für seine Mitglieder zu schaffen, auch wenn die Erhöhung des Grundstückswerts durch die Aufwendungen nicht der Höhe der Aufwendungen selbst entsprechen sollte. Insoweit stellt das Abstellen auf die Erhöhung des Grundstückswerts durch die Aufwendungen und nicht auf den Wert der Aufwendungen selbst einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien dar.

165 Eine möglicherweise mit der Ausübung des Heimfall- und Wiederkaufsrechts eintretende Verzögerung der Inbetriebnahme der Moschee beruht auf der vom Beklagten zu verantwortenden Verzögerung der Fertigstellung des streitgegenständlichen Bauwerks. Dies ist nicht der Klägerin anzulasten.

166 Die Berufung des Beklagten ist unbegründet.

167 Der Beklagte wendet sich gegen die Verurteilung zur Rückübertragung des Erbbaurechts.

168 Das Landgericht hat die Pflicht zur Übertragung zwar aus dem Heimfallrecht verneint, da die Klägerin aufgrund

der Auslegung des Vertrages, jedenfalls aber gemäß § 242 BGB das Recht nach Annahme des Kaufangebots nicht mehr geltend machen könne. Allerdings folge der Anspruch aus der Geltendmachung des Wiederkaufsrechts.

169 Tatsächlich folgt der Anspruch jedoch aus der Ausübung des vertraglich vereinbarten Heimfallrechts.

170 Das Landgericht hat dabei verkannt, dass die Annahme des Kaufangebots das Erbbaurecht unberührt lässt und dass das Erbbaurecht erst mit der Eintragung des Beklagten als Eigentümer im Grundbuch auf ihn als Eigentümererbbaurecht übergeht.

171 Im Ausgangspunkt fallen Erbbaurecht und Eigentum planmäßig auseinander, sie können als dingliche Rechte unterschiedlich und getrennt voneinander behandelt werden, so gesondert belastet und übertragen werden, vgl. §§ 1, 11, 14 f. ErbbauRG. Ein schuldrechtlicher Anspruch auf Eigentumsübertragung umfasst daher grundsätzlich nicht einen Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts.

172 Hierbei handelt es sich um Fragen der Rechtsanwendung, die entgegen der Auffassung des Beklagten unabhängig von der Zulässigkeit der Berufung der Klägerin und unabhängig von der Berufungsbegründung des Beklagten vom Senat zu prüfen sind.

173 Zudem liegt im Erbbaurecht keine nur formale Rechtsposition vor, die treuwidrig ausgenutzt wurde, wenn der Klägerin aufgrund des Wiederkaufs das Eigentum verblieben ist.

174 Das Heimfallrecht, also die Verpflichtung des Erbbauberechtigten, das Erbbaurecht beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen, kann gemäß § 2 Nr. 4 ErbbauRG zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden.

175 Die wirksame Ausübung eines Heimfallrechts begründet nach § 2 Nr. 4 ErbbauRG einen Anspruch des Grundstückseigentümers gegen den Erbbauberechtigten auf Übertragung des Erbbaurechts gemäß § 11 Abs. 2 ErbbauRG, § 873 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2015 – V ZR 144/14 –, juris, Rn. 9, BGHZ 206, 120-136).

176 Der Beklagte sieht sich durch die Ausübung des Heimfallrechts in seinen Grundrechten verletzt.

177 Art. 4 GG steht dem Heimfallrecht und dessen Ausübung nicht entgegen, denn Art. 4 GG gewährt keinen Anspruch auf Zurverfügungstellung eines Grundstücks. Soweit die Stadt aufgrund des Abschlusses des streitgegenständlichen Vertrags dem Beklagten den Erwerb des Grundstücks eingeräumt hat, steht diese Erweiterung der Rechte des Beklagten von vornherein unter den vertraglichen Grenzen. Ergänzend wird auf die Ausführungen zum Wiederkaufsrecht Bezug genommen.

178 Der Beklagte ist der Auffassung, dass das Heimfallrecht nichtig sei, weil der Anspruch mit der Bauverpflichtung des Beklagten verknüpft sei, die unwirksam sei.

179 Die Bauverpflichtung ist wirksam vereinbart auf der Grundlage von § 2 Abs. 1 Nr. 1 ErbauRG. Sie verstößt weder gegen §§ 134, 138, 242 BGB noch gegen Grundrechte.

180 Sie ist hinreichend bestimmt und nicht mit einer vertraglichen Verpflichtung der Klägerin auf Erteilung einer Baugenehmigung verknüpft.

181 Im Hinblick auf die nähere Begründung wird auf die Ausführungen zum Wiederkaufsrecht verwiesen.

182 Bedenken gegen die Wirksamkeit des Heimfallrechts bestehen vor dem Hintergrund, dass für die Rückübertragung des Grundstücks im Fall des Wiederkaufs die Parteien unter VII. B. 9. eine Verpflichtung zur Zahlung von Verwendungsersatz vereinbart haben, der insbesondere die im Zusammenhang mit der Gebäudeerrichtung verbundene Wertsteigerung des Grundstücks umfasst, während im Falle der Rückübertragung des Erbbaurechts nach Ausübung des Heimfallanspruchs eine Vergütung nach II. 7. (2) 1. selbst für eine etwaige Wertsteigerung durch die Errichtung des Gebäudes im Grundsatz ausgeschlossen ist und nur im Falle einer möglichen Enteignung des Erbbaurechts nach dem Enteignungsgesetz erfolgen soll, wobei nach II. 7. (3) sogar die Beseitigung des Bauwerks verlangt werden kann.

183 Im Ergebnis ist nicht das Heimfallrecht als solches, sondern nur der Ausschluss der Vergütungspflicht unwirksam.

184 Gemäß § 32 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG schuldet zwar grundsätzlich der Grundstückseigentümer im Fall eines Heimfallanspruchs eine angemessene Vergütung für das Erbbaurecht. Gemäß § 32 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG kann jedoch diese Vergütung auch vertraglich ausgeschlossen werden.

185 Der Erbbaurechtsvertrag verstößt im Hinblick auf den Ausschluss der Vergütung gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB).

186 Die Bestimmungen des Erbbaurechtsvertrags sind an diesem Gebot zu messen. Das Gebot gilt für alle Verträge über Erbbaurechte, die von öffentlichen Körperschaften in Verfolgung eines öffentlichen Zwecks zur Ausgabe an Private bestellt werden (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2015 – V ZR 144/14 –, juris, Rn. 16, BGHZ 206, 120-136).

187 Der hier zu beurteilende Kaufvertrag über das Erbbaurecht ist ein städtebaulicher Vertrag im Sinne des § 11 Abs. 1 BauGB, auf den § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB unmittelbar anzuwenden ist. Selbst wenn § 11 BauGB nicht einschlägig wäre, würde nichts Anderes gelten, da das Gebot zur angemessenen Vertragsgestaltung auf dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beruht und daher auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung für das gesamte Handeln der öffentlichen Körperschaften im Rechtsverkehr mit Privaten

bestimmend ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2015 – V ZR 144/14 –, juris, Rn. 17, BGHZ 206, 120-136).

188 Das Gebot angemessener Vertragsgestaltung verlangt, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung und dem Wert der von der Behörde erbrachten oder zu erbringenden Leistung steht und dass die vertragliche Übernahme von Pflichten auch ansonsten zu keiner unzumutbaren Belastung für den Vertragspartner der Behörde führt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2015 – V ZR 144/14 –, juris, Rn. 19, BGHZ 206, 120-136).

189 Hier sollte das Grundstück bestimmungsgemäß mit einem Kulturhaus und einer Moschee einschließlich Nebenräumen und Stellplätzen vom Beklagten bebaut werden. Diese Bauerwartung kommt in der Bauverpflichtung in Z. II 2. (3) des Erbbaurechtsvertrags deutlich zum Ausdruck. Beide Parteien gingen damit davon aus, dass innerhalb von vier Jahren nach Vertragsschluss erhebliche werterhöhende Aufwendungen des Beklagten für das Grundstück erbracht werden. Mit dem Umstand, dass solche werterhöhenden Aufwendungen der Klägerin zugutekommen, musste insbesondere gerechnet werden, wenn innerhalb der vier Jahre das Bauvorhaben begonnen, aber nicht innerhalb der Frist vollständig fertiggestellt werden kann und die Klägerin dann das Heimfallrecht ausübt. Es ist unangemessen, in diesem Zusammenhang zu vereinbaren, dass bei einem Heimfall die Werterhöhung entschädigungslos der Klägerin zugutekommt. Eine solche Vereinbarung verstößt gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung.

190 Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass im Falle des Heimfallrechts ohne eine Vergütung dem Beklagten für die hier erheblichen Investitionen in die Errichtung des Moscheegebäudes auch die finanziellen Mittel fehlen könnten, um unter Berücksichtigung etwaiger Darlehensverbindlichkeiten seinen mit dem streitgegenständlichen Vertrag verfolgten Zweck in anderen Räumlichkeiten erfüllen zu können.

191 Durch die weiteren Vertragsbestimmungen ist die Klägerin hinreichend davor geschützt, eine Entschädigung für werterhöhende Aufwendungen zahlen zu müssen, mit denen sie als Eigentümerin nichts anfangen kann. Insoweit wurde der Klägerin in Z. II 7. (3) Abs. 2 das Recht eingeräumt, vom Beklagten die Beseitigung des Bauwerks auf eigene Kosten zu verlangen. Auch dieses Verlangen steht unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit. Dies ist ggf. im Einzelfall zu prüfen.

192 Die daraus folgende Unwirksamkeit der Regelung zum Ausschluss einer Vergütung für das Erbbaurecht gemäß Z. II 7. (2) Nr. 1 des Erbbaurechtsvertrags führt nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrags. Soweit der Vertrag nur teilweise unangemessen ist, ist er auch nur

insoweit unwirksam (vgl. BGH, Urteil vom 16. April 2010 – V ZR 175/09 –, juris, Rn. 9 und 25).

193 Dafür, dass die Parteien den Vertrag bei Kenntnis der Unwirksamkeit dieser Klausel nicht oder dann ohne das Heimfallrecht abgeschlossen hätten, gibt es keine Anhaltspunkte.

194 An die Stelle einer unwirksamen Regelung treten die gesetzlichen Vorschriften.

195 Die durch die Unwirksamkeit dieser Vereinbarung entstandenen Lücke des Vertrags wird hier durch § 32 Abs. 1 Nr. 1 ErbbauRG geschlossen. Danach hat die Klägerin dem Beklagten eine angemessene Vergütung für das Erbbaurecht zu gewähren. Zur Höhe ist ergänzend auf die Regelung der Parteien im gleichen Erbbaurechtsvertrag unter Z. VII B. 9. b) zurückzugreifen, der beschreibt, wie die angemessene Vergütung für die Verwendungen auf den Vertragsgegenstand nach dem Willen der Parteien im Fall des Wiederkaufs zu ermitteln ist.

196 Die Voraussetzungen zur Ausübung des Heimfallrechts lagen vor.

197 Das Recht der Klägerin, einen Heimfallanspruch geltend zu machen, räumt Z. II. 7. (1) 1. a) i.V.m. 2. (3) ein, wenn der 1. Bauabschnitt mit dem gesamten Untergeschoss, Gebetshaus, Stellplätzen und Außenanlagen nicht mit Ablauf des 31.10.2018 fertiggestellt sein sollte.

198 Unstreitig war zu diesem Zeitpunkt der 1. Bauabschnitt bei weitem nicht vollständig fertiggestellt. Auch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in 2. Instanz war der 1. Bauabschnitt nicht fertiggestellt.

199 Auf eine etwaig gemäß II. 2. (5) zu gewährende Nachfrist kommt es nicht an, denn der Beklagte hat lediglich eine Nachfrist von sechs Monaten geltend gemacht, die ebenfalls abgelaufen ist.

200 Das Landgericht hat festgestellt, dass die fehlende Fertigstellung des Baus bis zum 31.10.2018 auf einem Verschulden des Beklagten beruht, der insbesondere für die Auswahl der Bauleiter und Architekten verantwortlich ist. An diese Feststellung ist der Senat gemäß § 529 ZPO gebunden, weil die Berufungsbegründung des Beklagten hieran keine Zweifel weckt. Tatsächlich muss der Beklagte sich das eigene Auswahlverschulden bei den Bauleitern und Planern gemäß § 278 BGB im Verhältnis zur Klägerin zurechnen lassen.

201 Dies gilt auch dann, wenn die Fristeinholung nur eine Obliegenheit darstellt, denn § 278 BGB greift auch dann ein; der Begriff der Verbindlichkeit ist aufgrund des Normzwecks weit auszulegen (vgl. hierzu auch §§ 254 Abs. 2 S. 2, 346 Abs. 3 Nr. 2 BGB, 377 HGB, die die Anwendung für Obliegenheiten jeweils ausdrücklich regeln, MüKoBGB/Grundmann, BGB 9. Aufl. 2022, § 278 Rn. 24).

202 Dass es überhaupt unverschuldete Verzögerungen gab, ist von den Beklagten nicht hinreichend dargetan.

203 Allein das Erfordernis einer wasserrechtlichen Genehmigung genügt für die Ausräumung eines Verschuldens nicht, denn der Beklagte trägt nicht vor, dass auf der Grundlage des Bodengutachtens nicht schon früher erkennbar war, dass eine solche Genehmigung erforderlich war. Das Bodengutachten lag schon bei Vertragsschluss vor.

204 Hinzu kommt, dass unstreitig ein längerer als unbedingt erforderlicher Zeitraum vertraglich festgelegt wurde, der auch gewisse, beim Bau nicht zu vermeidende Verzögerungen beinhaltet.

205 Dass die Klägerin den Heimfallanspruch bereits vor Fristablauf mit Schreiben vom 06.09.2018 (Anlage K 19) geltend gemacht hat, steht der Wirksamkeit nicht entgegen.

206 Nach § 323 Abs. 4 BGB kann ein Gläubiger bereits vor Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.

207 Diese Vorschrift ist hier entsprechend anwendbar, weil die Folgen des Heimfallanspruchs einem Rücktritt nahekommen.

208 Die Klägerin hat zum 30.08.2018 ein Gutachten des Privatgutachters S. (Anlage K 18) eingeholt, wonach festgestellt wurde, dass die Baumaßnahme auch bei zusätzlichen Beschleunigungsmaßnahmen sicher nicht zum 31.10.2018 fertiggestellt sein werde.

209 Dagegen erhebt der Beklagte keine durchgreifenden Einwendungen.

210 Diesen Ausführungen steht auch eine etwaig zu gewährende Nachfrist nicht entgegen.

211 Nachdem der Beklagte noch mit Schreiben vom 21.07.2018 (Anlage K 14) eine vertragsgemäße Fertigstellung bis zum 31.10.2018 in Aussicht gestellt hat und mit einem neuen Bauzeitenplan eine Fertigstellung vor Weihnachten 2018 angekündigt wurde, ergab sich daraus eine begehrte Nachfrist von zwei Monaten. Der Privatgutachter S. hat aber mit seinem Gutachten vom 30.08.2018 (Anlage K 18) überzeugend festgestellt, dass das Bauvorhaben frühestens Ende April 2019 fertiggestellt sein würde. Dieses Privatgutachten hat der Beklagte nicht angegriffen. Damit steht fest, dass auch innerhalb einer angemessenen Nachfrist von zwei bis drei Monaten der Beklagte den 1. Bauabschnitt nicht hätte fertigstellen können.

212 Die Ausübung des Heimfallanspruchs war auch verhältnismäßig.

213 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt auch ohne gesetzliche Regelung das gesamte Handeln der öffentlichen Verwaltung, und zwar auch dann, wenn sie für ihre Aufgaben die Gestaltungsform des Privatrechts wählt (vgl. BGH, Urteil vom 16. April 2010 – V ZR 175/09 –, juris, Rn. 18).

214 Die Klägerin musste danach im Wege einer Ermessensentscheidung prüfen, ob die Durchsetzung des Heimfallanspruchs im Interesse der Sicherung des mit der Ausgabe des Erbbaurechts verfolgten Zwecks geboten ist oder eine vermeidbare Härte darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2015 – V ZR 144/14 –, juris, Rn. 36, BGHZ 206, 120-136).

215 Aufgrund der unterbliebenen Fertigstellung des 1. Bauabschnitts und dem Vertrauensverlust der Klägerin in die zeitnahe Fertigstellung der Moschee, um der muslimischen Bevölkerung zeitnah einen Gebetsraum zur Verfügung zu stellen, war der Wiederkauf geeignet und erforderlich.

216 Insoweit wird entsprechend auf die Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit der Ausübung des Wiederkaufsrecht Bezug genommen.

217 Ohne die Geldendmachung auch des Heimfallrechts hat die Klägerin keine Möglichkeit, die Fertigstellung der Moschee anderweitig zu veranlassen.

218 Darüber hinaus war die Ausübung auch im engeren Sinne verhältnismäßig.

219 Die Ausübung des Heimfallrechts darf nicht zu einer dem Gebot angemessener Vertragsgestaltung widersprechenden Abschöpfung zwischenzeitlich eingetretener Bodenwertsteigerungen führen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2015 – V ZR 144/14 –, juris, Rn. 25, BGHZ 206, 120-136). Das ist auf der Grundlage der Unwirksamkeit von Z. II. 7. (2) 1. und dem dann eingreifenden § 32 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG, der einen Entschädigungsanspruch gewährt, nicht der Fall.

220 Durch eine Entschädigung, die die Erhöhung des Grundstückswerts durch die Aufwendungen des Beklagten angemessen berücksichtigt, wird der Beklagte in die Lage gesetzt, an anderer Stelle eine Gebetsmöglichkeit für seine Mitglieder zu schaffen, auch wenn die Erhöhung des Grundstückswerts durch die Aufwendungen nicht der Höhe der Aufwendungen selbst entsprechen sollte. Insoweit stellt das Abstellen auf die Erhöhung des Grundstückswerts durch die Aufwendungen und nicht auf den Wert der Aufwendungen selbst einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien dar. Eine möglicherweise mit der Ausübung des Heimfallrechts eintretende Verzögerung der Inbetriebnahme der Moschee beruht auf der vom Beklagten zu verantwortenden Verzögerung der Fertigstellung des streitgegenständlichen Bauwerks. Dies ist nicht der Klägerin anzulasten.

221 Die angemessene Entschädigung ist im Urteilsanspruch nicht zu berücksichtigen, sondern ggf. außerhalb dieses Rechtsstreits geltend zu machen. Der Beklagte hat weder auf die Zahlung einer angemessenen Entschädigung (hilfsweise) geklagt noch gegenüber der von der Klägerin eingeklagten Rückübertragung des Erbbau-

rechts ein Zurückbehaltungsrecht bis zur Zahlung einer angemessenen Entschädigung geltend gemacht.

222 Auch die Annahme des Kaufangebots durch den Beklagten steht der Ausübung des Heimfallrechts nicht entgegen, nachdem die Klägerin ihr Wiederkaufsrecht ausgeübt hat. Die Klägerin verlangt mit dem Heimfallrecht keine Rechtsposition, die sie unmittelbar danach mit der Auflassung des Grundstücks an den Beklagten wieder an diesen verlieren würde, denn der Wiederkauf geht dem Kauf vor, dem Beklagten steht kein Auflassungsanspruch zu. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

ERBRECHT

Keine Anfechtung einer lenkenden Erbausschlagung bei unbeachtlichen Motivirrtum über den danach eintretenden Erben

BGB § 119 Abs. 1 Alt. 1, § 1953, § 1954, § 1955, § 1957

Amtlicher Leitsatz:

Irrt sich der eine Erbschaft Ausschlagende bei Abgabe seiner Erklärung über die an seiner Stelle in die Erbfolge eintretende Person, ist dies nur ein Irrtum über eine mittelbare Rechtsfolge der Ausschlagungserklärung aufgrund anderer rechtlicher Vorschriften. Ein solcher Motivirrtum berechtigt nicht zur Anfechtung gemäß § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB. (Rn. 15 – 16 und 18 – 24)

BGH (IV. Zivilsenat),

Beschluss vom 22.03.2023 – IV ZB 12/22

I. Tatbestand:

1 I. Die Beteiligten erstreben eine Klärung der Erbfolge im Erbscheinsverfahren.

2 Der Erblasser ist am 3. Juli 2018 verstorben, ohne eine letztwillige Verfügung zu hinterlassen. Die Beteiligte zu 1 ist die Witwe des Erblassers, der Beteiligte zu 2 ein gemeinsames Kind. Sämtliche Abkömmlinge des Erblassers schlugen durch notariell beglaubigte Erklärungen gegenüber dem Nachlassgericht die Erbschaft aus. Die fristgerecht beim Nachlassgericht eingegangene Erklärung des Beteiligten zu 2 lautet auszugsweise: „Ich, (...), schlage die Erbschaft hiermit aus allen in Betracht kommenden Gründen aus.“

3 Daraufhin beantragte die Beteiligte zu 1 zunächst einen Erbschein, durch den sie als Alleinerbin aufgrund gesetzlicher Erbfolge ausgewiesen werden sollte. Nachdem das Nachlassgericht die Beteiligte zu 1 darauf hingewiesen hatte, dass sie gemäß § 1931 Abs. 1 BGB nur Alleinerbin sei, soweit weder Erben der ersten und zweiten Ordnung noch Großeltern vorhanden seien, focht der Beteiligte zu 2 seine Ausschlagungserklärung durch notariell beglaubigte Erklärung fristgerecht wegen Irrtums an, die auszugsweise wie folgt lautet:

„In der Nachlasssache (...) fechte ich, (...), die Ausschlagungserklärung (...) wegen Irrtums an.

Ich und meine Geschwister haben die Erbschaft ausgeschlagen, weil wir davon ausgingen, dass somit unsere Mutter, (...), Alleinerbin ist und somit auch als Alleineigentümerin der Eigentumswohnung (...) eingetragen wird. Nunmehr erhielt ich Kenntnis darüber, dass durch die Ausschlagungserklärung sämtlicher Kinder unseres Vaters dessen Halbgeschwister erben.

Diese Halbgeschwister sind weder meiner Mutter, meinen Geschwistern oder mir namentlich bekannt. Auch mein Vater hatte zu diesen Halbgeschwistern keinen Kontakt. Erst mit der Mitteilung des Nachlassgerichts (...) erfuhr ich durch meine Mutter am 2. Oktober 2018, dass die Halbgeschwister meines Vaters durch meine Erbausschlagung erben.

(...)“

4 Daraufhin beantragte die Beteiligte zu 1 einen gemeinschaftlichen Erbschein für sie und den Beteiligten zu 2 als Miterben zu 1/2.

5 Sodann wies das Nachlassgericht darauf hin, dass es die Anfechtungserklärung nicht als wirksam erachte, da es sich um einen unbeachtlichen Motivirrtum handele, und gab Gelegenheit zur Stellungnahme. Hierauf ergänzte der Beteiligte zu 2 seine Anfechtungserklärung durch weitere notariell beglaubigte Erklärung unter anderem wie folgt:

„Bei der Ausschlagung der Erbschaft ging ich davon aus, dass die Erbschaft der übrig bleibenden Miterbin, meiner Mutter, übertragen wird. Mir war nicht bekannt, dass die Erbschaft durch meine Ausschlagung demjenigen anfällt, welcher berufen gewesen wäre, wenn ich und meine Geschwister zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätten.

(...)“

6 Ferner erklärten die Beteiligten mit anwaltlichem Schreiben, der Beteiligte zu 2 sei im Zeitpunkt der Ausschlagung der Auffassung gewesen, dass durch seine Ausschlagung und diejenige seiner Geschwister die Erbanteile der Beteiligten zu 1 übertragen würden. Er sei also der Auffassung gewesen, dass diese Erbteile ihr anwachsen würden.

7 Den Erbscheinsantrag hat das Nachlassgericht zurückgewiesen. Im Rahmen der dagegen gerichteten Beschwerde

hat das Oberlandesgericht Ermittlungen zur Identität der Erben zweiter Ordnung durchgeführt, die ergeben haben, dass der Erblasser neben Halbgeschwistern auch eine Vollschwester hatte. Daraufhin hat der Beteiligte zu 2 seine Anfechtungserklärung dahingehend ergänzt, dass ihm auch nicht bekannt gewesen sei, dass sein Vater eine Vollschwester gehabt habe. Sodann hat das Oberlandesgericht die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten, mit der sie den Erbscheinsantrag weiterverfolgen.

8 II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in ZEV 2022, 525 veröffentlicht ist, ist der Ansicht, der Beteiligte zu 2 sei nicht neben der Beteiligten zu 1 zur Erbfolge gelangt, da er die Erbschaft wirksam ausgeschlagen habe. Die Wirkung der Ausschlagung sei nicht durch seine Anfechtungserklärung beseitigt worden. Die Anfechtung sei unwirksam, da sich anhand seines Vorbringens ein rechtlich beachtlicher Anfechtungsgrund nicht feststellen lasse. In der ex-post-Sicht sei es offensichtlich, dass sich der Beteiligte zu 2 bei seiner Ausschlagungserklärung in einem Rechtsirrtum befunden habe. Die allgemeine Begründung der Anfechtung, der Beteiligte zu 2 habe darüber geirrt, dass neben seiner Mutter noch Erben zweiter Ordnung zur Erbfolge gelangen können, sei aus Rechtsgründen unbeachtlich, da es sich um einen bloßen Motivirrtum handele. In diesen Fällen habe der Ausschlagende nicht über die primäre Rechtsfolge (Verlust der Erbenstellung), sondern über eine weitere, von Gesetzes wegen eintretende Rechtsfolge, nämlich den Anfall bei einer bestimmten Person geirrt. Die Vorstellungen und die Willensrichtung des Ausschlagenden seien für den rechtlichen Maßstab, was als unmittelbare und was als mittelbare Rechtsfolge angesehen werden könne, bedeutungslos. Die primäre Rechtsfolge der Ausschlagung sei nach § 1953 Abs. 1 BGB der Wegfall des Ausschlagenden. Dies bringe weitere Rechtsfolgen hervor, nämlich den Anfall der Erbschaft oder des Erbteils bei anderen Personen, weil das BGB einen erbenlosen Nachlass nicht kenne.

§ 1953 Abs. 2 BGB stelle insoweit nicht mehr als eine bereits durch § 1953 Abs. 1 BGB vorgegebene Rechtsfolge klar. Wem die Erbschaft/der Erbteil nunmehr anfalle, bestimme sich nicht nach § 1953 Abs. 2 BGB, sondern vielmehr allein nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge oder den Regeln der gewillkürten Erbfolge betreffend Ersatzerbfolge und Anwachsung. § 1953 Abs. 2 BGB besage nicht mehr, als dass anstelle des Ausschlagenden eine andere Person an seine Stelle trete. Hierüber irre der Ausschlagende aber nicht. Er irre darüber, welche Person dies sei. Soweit schriftsätzlich vorgetragen worden sei, der Beteiligte zu 2 habe die Vorstellung gehabt, sein Erbteil werde seiner Mutter anwachsen

beziehungsweise er übertrage hiermit seinen Erbteil, werde dies in der obergerichtlichen Rechtsprechung als relevanter Irrtum diskutiert. Für derartige Feststellungen biete der Vortrag der – rechtlich vertretenen – Beteiligten aber keinerlei Anhaltspunkte, weshalb auch eine amtswegige Sachaufklärung keine Grundlage habe. Soweit der Beteiligte zu 2 zusätzlich geltend mache, ihm sei unbekannt gewesen, dass sein Vater (Halb-)Geschwister gehabt habe, sei dieser tatsächliche Irrtum für die Ausschlagungserklärung jedenfalls nicht kausal geworden, da der Beteiligte zu 2 diese infolge seines Rechtsirrtums auch bei Kenntnis von der Existenz der (Halb-)Geschwister abgeben hätte.

► II. Aus den Gründen:

9 III. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

10 Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Das Beschwerdegericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Antrag auf Erteilung eines Erbscheins für die Beteiligte zu 1 und den Beteiligten zu 2 als Miterben zu 1/2 unbegründet ist, da der Beteiligte zu 2 infolge der Ausschlagung der Erbschaft nicht zur Erbfolge gelangt ist. Die Wirkung der Ausschlagung ist nicht durch die Anfechtung der Ausschlagungserklärung beseitigt worden.

11 1. Ursprünglich war der Beteiligte zu 2 als Sohn des Erblassers nach gesetzlicher Erbfolge gemäß §§ 1924 Abs. 1, 1931 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, 1371 Abs. 1 BGB Miterbe. Seine Miterbenstellung hat er jedoch rückwirkend verloren (§ 1953 Abs. 1 BGB), indem er gegenüber dem Nachlassgericht form- und fristgerecht die Ausschlagung der Erbschaft nach §§ 1944 Abs. 1, 1945 Abs. 1 BGB erklärt hat. Da die Erwartung des Beteiligten zu 2, dass der Nachlass in vollem Umfang an die Beteiligte zu 1 fallen werde, keinen Niederschlag in der Ausschlagungserklärung gefunden hat, liegt darin keine Bedingung im Rechtssinne, die gemäß § 1947 BGB die Unwirksamkeit der Ausschlagung zur Folge hätte (vgl. OLG Düsseldorf ZEV 2019, 469 Rn. 14; ZEV 2018, 85, 86 [juris Rn. 20]; Staudinger/Otte, BGB (2017) § 1954 Rn. 5 [Stand: 30. April 2021] m.w.N.; Eickelberg, ZEV 2018, 489, 490 f.).

12 2. Die Wirkung der Ausschlagung ist nicht durch die Anfechtungserklärung des Beteiligten zu 2 beseitigt worden (§ 142 Abs. 1 BGB).

13 Die form- (§ 1955 Abs. 1 Satz 2, § 1945 Abs. 1, § 129 Abs. 1 BGB) und fristgerecht (§ 1954 Abs. 1, Abs. 2 BGB) gegenüber dem Nachlassgericht (§ 1955 Satz 1 BGB) erklärte Anfechtung ist unwirksam, da sich anhand des Vorbringens des Beteiligten zu 2 kein rechtlich beachtlicher Anfechtungsgrund feststellen lässt.

14 Die Ausschlagung der Erbschaft kann ebenso wie deren Annahme nur nach den allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen unter Lebenden gemäß §§ 119 ff. BGB angefochten werden. Die Sonderregeln der §§ 1954, 1955 und 1957 BGB für Frist, Form und Wirkung der Anfechtung der Ausschlagungserklärung ändern oder erweitern die Anfechtungsgründe nicht (vgl. Senatsbeschluss vom 5. Juli 2006 – IV ZB 39/05, BGHZ 168, 210 Rn. 19 m.w.N.).

15 Von diesen Grundsätzen ausgehend hat das Beschwerdegericht zu Recht angenommen, dass sich der Beteiligte zu 2 bei Abgabe der Ausschlagungserklärung nicht in einem allein in Betracht kommenden Irrtum im Sinne des § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB befand. Ein Inhaltsirrtum kann zwar auch darin gesehen werden, dass der Erklärende über Rechtsfolgen seiner Willenserklärung irrt, weil das Rechtsgeschäft nicht nur die von ihm erstrebten Rechtswirkungen erzeugt, sondern solche, die sich davon unterscheiden. Ein derartiger Rechtsirrtum berechtigt aber nur dann zur Anfechtung, wenn das vorgenommene Rechtsgeschäft wesentlich andere als die beabsichtigten Wirkungen erzeugt (vgl. Senatsurteil vom 29. Juni 2016 – IV ZR 387/15, ZEV 2016, 574 Rn. 11; Senatsbeschluss vom 5. Juli 2006 – IV ZB 39/05, BGHZ 168, 210 Rn. 19; st. Rspr.). Dagegen ist der nicht erkannte Eintritt zusätzlicher oder mittelbarer Rechtswirkungen, die zu den gewollten und eingetretenen Rechtsfolgen hinzutreten, kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung mehr, sondern ein unbeachtlicher Motivirrtum (Senatsurteil vom 29. Juni 2016 aaO; Senatsbeschluss vom 5. Juli 2006 aaO; jeweils m.w.N.).

16 Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs ist der Beteiligte zu 2 keinem Irrtum über die unmittelbaren Rechtswirkungen der Ausschlagung erlegen, soweit er geltend macht, er sei bei Abgabe der Ausschlagungserklärung davon ausgegangen, dass somit seine Mutter Alleinerbin sei. Dass er sich über die konkrete Person des Nächstberufenen geirrt hat, begründet unabhängig davon, welche rechtlichen oder tatsächlichen Fehlvorstellungen dem zugrunde lagen, z.B. irriige Annahme einer Anwachsung beim verbleibenden Miterben oder Irrtum über Inhalt der gesetzlichen Erbfolge im deutschen Erbrecht, lediglich einen unbeachtlichen Motivirrtum. Es ist daher ohne Bedeutung, ob dem Beteiligten zu 2 auch unbekannt war, dass sein Vater (Halb-)Geschwister hatte.

17 a) Die hier maßgebliche Frage, ob im Falle einer sogenannten „lenkenden Ausschlagung“, bei der es dem Ausschlagenden gerade um den Eintritt des Anfalls an einen bestimmten Dritten ankommt, ein Irrtum darüber, wem der Erbteil infolge der Ausschlagung anfällt, einen Irrtum über die mittelbaren oder unmittelbaren Rechtsfolgen darstellt, ist umstritten. Eine Auffassung sieht den Irrtum über die nächstberufene Person stets als einen Irrtum über die un-

mittelbaren Rechtsfolgen der Ausschlagung und damit als einen beachtlichen Inhaltsirrtum an (OLG Düsseldorf ZEV 2019, 469 Rn. 22; ZEV 2018, 85, 87 [juris Rn. 34]; wohl auch, im Ergebnis aber offenlassend OLG Frankfurt ZEV 2021, 507 Rn. 22, 24 f.; ebenfalls offengelassen von OLG Brandenburg ZEV 2022, 716 Rn. 16; BeckOGK/*Rehberg*, BGB § 119 Rn. 105 [Stand: 1. September 2022]; MünchKommBGB/*Leipold*, 9. Aufl. § 1954 Rn. 7; NK-BGB/*Feuerborn*, 4. Aufl. § 119 Rn. 51; NK-BGB/*Ivo*, 6. Aufl. § 1954 Rn. 7 f.; *J. Schmidt* in Erman, BGB 16. Aufl. § 1954 Rn. 3c; *Staudinger/Singer*, BGB (2021) § 119 Rn. 73; *Ivo*, ZEV 2017, 518, 519; *Keim*, ErbR 2022, 978 f.; ders., ErbR 2021, 1012, 1013 ff.; ders., ZEV 2020, 393, 400 f.). Eine andere Auffassung geht in diesen Fällen hingegen – wie auch das Beschwerdegericht – nur von einem Irrtum über die mittelbaren Rechtsfolgen der Ausschlagung und damit von einem unbeachtlichen Motivirrtum aus (vgl. KG ZEV 2020, 152 Rn. 26 f.; OLG Frankfurt ZEV 2017, 515 Rn. 16 ff.; OLG Hamm FGPrax 2011, 236, 236 f. [juris Rn. 7]; OLG München NJW 2010, 687 [juris Rn. 14]; OLG Schleswig ZEV 2005, 526 [juris Rn. 10 f.]; OLG Hamm ZEV 1998, 225; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 150, 151 [juris Rn. 33]; FamRZ 1997, 905 juris Rn. 17; OLG Stuttgart OLGZ 1983, 304, 306 f. [juris Rn. 24]; KG KGJ 35 A Nr. 19 00002; BeckOGK/*Heinemann*, BGB § 1954 Rn. 25 Stand: 15. Dezember 2022; BeckOK-BGB/*Siegmann/Höger*, § 1954 Rn. 7 [Stand: 1. Mai 2022]; *Grüneberg/Weidlich*, BGB 82. Aufl. § 1954 Rn. 5; *Staudinger/Otte*, BGB (2017) § 1954 Rn. 6 [Stand: 30. April 2021]; *Naczinsky* in Soergel, BGB 14. Aufl. § 1954 Rn. 3; *Muscheler* in Groll/Steiner, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung 5. Aufl. § 22 Rn. 22.101a; *KrätzscheI* in KrätzscheI/Falkner/Döbereiner, Nachlassrecht 12. Aufl. § 16 Rn. 20; *Reul* in Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis 3. Aufl. § 5 Rn. 11; *Eickelberg*, ZEV 2018, 489, 495; *Kollmeyer*, ZEV 2021, 509; ders., ZEV 2017, 517, 518; *Musielak*, ZEV 2016, 353, 356; *Wendt*, ErbR 2021, 562, 567).

18 b) Die letztgenannte Auffassung trifft zu. Wenn sich der Ausschlagende bei Abgabe der Ausschlagungserklärung über die nach seinem Wegfall an seiner Stelle in die Erbfolge eintretende konkrete Person irrt, ist dies nur ein Irrtum über eine mittelbare Nebenfolge der Ausschlagungserklärung aufgrund anderer rechtlicher Vorschriften. Es liegt ein Motivirrtum vor, der nicht zur Anfechtung berechtigt.

19 aa) Dafür sprechen Systematik und Wortlaut des § 1953 BGB. Unmittelbare Rechtsfolgen der Ausschlagung sind danach der Wegfall der Erbenstellung bei dem Ausschlagenden und der Anfall bei einer anderen Person. Wer die Person des Nächstberufenen ist, regelt § 1953 BGB nicht unmittelbar.

20 (1) Die Ausschlagung bewirkt, dass der Ausschlagende die ihm zugedachte Rechtsstellung aufgibt (§ 1953

Abs. 1 BGB) und diese Rechtsstellung dem Nächstberufenen anfällt (§ 1953 Abs. 2 BGB). Das steht mit dem Grundsatz des Vonselbsterwerbs in Einklang, wonach die erbrechtliche Sukzession gemäß § 1922 Abs. 1 BGB mit dem Erbfall kraft Gesetzes eintritt (vgl. BeckOGK/*Preuß*, BGB § 1922 Rn. 43 [Stand: 1. Februar 2023]).

21 Davon ist allerdings die Frage zu unterscheiden, wer Erbe nach § 1953 Abs. 2 BGB und Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers ist. Die konkrete Bestimmung der nachrückenden Person regelt § 1953 Abs. 2 BGB nicht. Sie richtet sich nach den Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge (§§ 1924 ff. BGB) oder im Rahmen der gewillkürten Erbfolge vorrangig nach der Testamentsauslegung und nachrangig nach den §§ 2069, 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB. § 1953 Abs. 2 BGB stellt sich lediglich als Vorgabe für die weitere Rechtsanwendung dar. Ein Irrtum darüber führt damit, anders als die Rechtsbeschwerde meint, lediglich zu einer fehlerhaften Anwendung der Vorschriften über die gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge, nicht jedoch über die wesentliche und unmittelbare Rechtswirkung der Ausschlagung (vgl. KG ZEV 2020, 152 Rn. 27; OLG Frankfurt ZEV 2017, 515 Rn. 16; OLG Hamm FGPrax 2011, 236, 237 [juris Rn. 7]). Einer Differenzierung, ob der Ausschlagende in diesem Zusammenhang die gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge verkennt und dies aus rechtlichen Gründen oder aus tatsächlichen Gründen etwa wegen Unkenntnis der Existenz eines Geschwisterteils des Erblassers geschieht, bedarf es insofern nicht.

22 (2) Dafür spricht auch der Sinngehalt des Wortes „ausschlagen“. Dieser beinhaltet für den juristischen Laien, dass der Ausschlagende nicht mehr Erbe sein will und er durch die Ausschlagung seine Erbenstellung an eine andere Person verliert (vgl. OLG Schleswig ZEV 2005, 526 [juris Rn. 11 ff.]), nicht aber, dass anstelle des Ausschlagenden ein bestimmter Dritter Erbe werden soll.

23 bb) Dass das deutsche Erbrecht keinen herrenlosen Nachlass kennt (vgl. BeckOGK/*Heinemann*, BGB § 1953 Rn. 2 [Stand: 15. Dezember 2022]; BeckOK-BGB/*Siegmann/Höger* § 1953 Rn. 1 [Stand: 1. Mai 2022]; MünchKomm-BGB/*Leipold*, 9. Aufl. § 1953 Rn. 1; NK-BGB/*Ivo*, 6. Aufl. § 1953 Rn. 1), steht der Annahme, § 1953 Abs. 2 BGB mache die Begünstigung einer bestimmten Person zu einer nachrangigen, mittelbaren Folge, nicht entgegen. Der Umstand, dass die konkrete Person des Nächstberufenen nach den Vorschriften über die gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge ermittelt werden muss, führt nicht dazu, dass der Nachlass herrenlos wird. § 1953 Abs. 2 BGB fingiert den Anfall der Erbschaft für den endgültigen Erben auf den Zeitpunkt des Erbfalls (vgl. Senatsurteil vom 30. November 2022 – IV ZR 60/22, ZEV 2023, 103 Rn. 22 m.w.N.). **24 cc)** Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ist die Anfechtung auch weder dadurch gerechtfertigt, dass

der Ausschlagende den Anfall der Erbschaft an eine bestimmte Person als das primäre Ziel seiner Ausschlagung und seinen Wegfall als bloßes Mittel zu diesem Zweck erachtet, noch durch eine sonstige an der Vorstellung oder Willensrichtung des Ausschlagenden ausgerichtete wertende Betrachtung (a.A. OLG Düsseldorf ZEV 2018, 85, 87 [juris Rn. 34]). Eine Rechtsfolge wird nicht dadurch zu einer unmittelbaren, dass sie der Hauptgrund für die Erklärung der Ausschlagung war (KG ZEV 2020, 152 Rn. 27; *Lange*, ZEV 2022, 527, 528; a.A. *Keim*, ErbR 2021, 1012, 1013 f.). Eine andere Betrachtung würde – wovon auch das Beschwerdegericht ausgegangen ist – der gesetzlichen Konzeption der §§ 119 ff. BGB und der §§ 1942 ff. BGB nicht gerecht (ebenso KG aaO). Die Rechtsfolge anhand der Vorstellung und Absicht des Ausschlagenden, mit der Ausschlagung falle die Erbschaft einer bestimmten anderen Person an, zu qualifizieren, führte sie zudem dem Inhalt der Ausschlagungserklärung zu, der hier allerdings ausschließlich darin besteht, die Erbschaft nicht anzunehmen (vgl. *Musielak*, ZEV 2016, 353, 355 f.). Die unmittelbaren Rechtsfolgen der Ausschlagung beruhen nicht auf der Willensentschließung des Ausschlagenden (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Juni 2008 – V ZB 150/07, NJW 2008, 2442 Rn. 18 zur GrundstücksZwangsversteigerung), sondern ergeben sich aus § 1953 BGB.

25 dd) Die Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeit im vorliegenden Fall ist überdies im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich, wovon auch das Beschwerdegericht unter Bezugnahme auf § 1953 Abs. 3 BGB zutreffend ausgeht. Soweit die Rechtsbeschwerde hiergegen einwendet, der Anfechtende müsse die gewollte Lenkungswirkung belegen und plausibel machen und es lasse sich im Erbscheinsverfahren regelmäßig eine schnelle Klärung der Sachlage herbeiführen (vgl. *Keim*, ErbR 2022, 978, 979; ders., ErbR 2021, 1012, 1015), verfängt dies nicht. Die erweiterte Anfechtungsmöglichkeit widerspräche der besonderen Interessenlage bei der Ausschlagung, den durch den Vonselbsterwerb (§ 1922 Abs. 1 BGB) herbeigeführten Schwebezustand durch Annahme oder Fristablauf nach verhältnismäßig kurzer Zeit zu beseitigen. Die denkbaren Beweggründe, die Veranlassung zu einer Ausschlagungserklärung geben können, sind zudem unüberschaubar (vgl. BeckOK-BGB/*Wendtland*, § 119 Rn. 37.1 [Stand: 1. Februar 2023]). Es gilt daher, die Anfechtbarkeit wegen eines Rechtsfolgenirrtums auf die Fälle zu begrenzen, in denen sich – anders als hier – die Rechtsfolge, auf die sich der Irrtum bezieht, nach der gesetzlichen Regelung und Systematik unmittelbar aus dem Rechtsgeschäft bzw. der Willenserklärung ergibt, und hierdurch die Stabilität des Erbschaftserwerbs zu erzielen (vgl. *Schmidt*, ErbR 2022, 929, 930 f.).

26 ee) Die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Leitbild des historischen Gesetzgebers

bestätigen den strengen Umgang mit der Anerkennung von Ausschlagungsanfechtungen und die Verantwortung des Ausschlagenden, sich vor Abgabe der Erklärung über die Umstände des Erbfalls rechtlich und tatsächlich kundig zu machen. So besagen die Motive, dass eine allgemeine Anfechtung der Ausschlagungserklärung wegen Irrtums nicht zugelassen sei. Dem Irrtum des Ausschlagenden, welcher sich immer nur als ein Irrtum in den Motiven darstellen werde, einen besonderen Einfluss beizumessen, werde sich nicht rechtfertigen lassen (vgl. zu §§ 2040, 2041 BGB-E Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band V S. 272; vgl. auch *Wendt*, ErbR 2021, 562, 566). Nach allgemeinen Grundsätzen bleibe es Sache des Ausschlagenden, sich vor seiner Entscheidung die vollständige Kenntnis von den letztwilligen Verfügungen des Erblassers zu verschaffen. Ihm könne nicht gestattet werden, weil er seine Lage wegen ihm unbekannt gebliebener letztwilliger Verfügungen des Erblassers verkannt habe, nachträglich die Rechte derjenigen, an welche in Folge seiner Ausschlagung ein Anfall erfolgt sei, in Frage zu stellen (vgl. zu §§ 2040, 2041 BGB-E Mugdan aaO S. 273).

27 ff) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde folgt ein anderes Verständnis nicht daraus, dass der Senat in seinen Entscheidungen vom 5. Juli 2006 (IV ZB 39/05, BGHZ 168, 210) zu § 2306 Abs. 1 BGB in der bis zum 31. Dezember 2009 geltenden Fassung und vom 29. Juni 2016 (IV ZR 387/15, ZEV 2016, 574) zu § 2306 Abs. 1 BGB in der derzeit geltenden Fassung einem die Erbschaft annehmenden Erben ein Anfechtungsrecht zugestanden hat, weil der Erbe nicht gewusst hatte, dass er das Pflichtteilsrecht im Falle der Ausschlagung nicht verliert (ebenso KG ZEV 2020, 152 Rn. 30). Unmittelbare und wesentliche Wirkung der Erklärung einer Annahme der Erbschaft ist danach, dass der Erbe die ihm zgedachte Rechtsstellung einnimmt und er das von § 2306 Abs. 1 BGB eröffnete Wahlrecht verliert, sich für den möglicherweise dem Werte nach günstigeren Pflichtteilsanspruch zu entscheiden. Dieser Verlust des Pflichtteilsrechts als Rechtsfolge der Erbschaftsannahme ist zwingende Folge des Einrückens in die Erbenstellung durch die Annahme der Erbschaft (Senatsurteil vom 29. Juni 2016 aaO Rn. 21; Senatsbeschluss vom 5. Juli 2006 aaO Rn. 22).

28 Mit einem Irrtum über das pflichtteilsrechtliche Wahlrecht ist der vorliegende Fall des Irrtums über die nach Ausschlagung nächstberufene Person nicht vergleichbar. Das Wahlrecht und die Entstehung des Pflichtteilsrechts sind in § 2306 Abs. 1 BGB zwingend und unmittelbar mit der Ausschlagungserklärung verknüpft. Dass die Pflichtteilsberechtigung daneben auch deren Feststellung in Person des Ausschlagenden nach § 2303 BGB sowie die

Zuwendung eines beschwerten oder beschränkten Erbteils gemäß § 2306 Abs. 1 BGB voraussetzt (vgl. *Keim*, ZEV 2020, 393, 400), ändert an dieser Verknüpfung nichts. Die zur Bestimmung des Nächstberufenen heranzuziehenden Regelungen der gesetzlichen oder gewillkürten Erbfolge stellen dagegen keine unmittelbare Rechtsfolge der Ausschlagung dar. Im Übrigen betreffen die Rechtsfolgen der §§ 2303, 2306 Abs. 1 BGB die Person des Ausschlagenden selbst, während die Weiterleitung an den Nächstberufenen eine Rechtsfolge betrifft, die allein in dessen Person eintritt und damit den Ausschlagenden nicht berührt. Die Zulassung der Anfechtung bei einem Irrtum über das pflichtteilsrechtliche Wahlrecht und die Nichtzulassung bei einem Irrtum über die nach Ausschlagung nächstberufene Person erscheinen schließlich auch aufgrund der Erwägungen des historischen Gesetzgebers gerechtfertigt, wonach – anders als nach dem Grundsatz, dass eine Anfechtung der Ausschlagungserklärung wegen Irrtums nicht zuzulassen sei – für den Pflichtteilsberechtigten hiervon abgewichen werden müsse (vgl. zu §§ 2040, 2041 BGB-E Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band V S. 272, 273; dazu *Wendt*, ErbR 2021, 562, 566).

Bindende Erbeinsetzung des Bruders des Erblassers in einem gemeinschaftlichen Testament

BGB §§ 2094, 2270, 2271

Amtliche Leitsätze:

1. „Nahestehen“ iSd § 2270 Abs. 2 BGB ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu entscheiden, wobei an den Begriff hohe Anforderung zu stellen sind. Eine bindende Schlusserbeneinsetzung des Bruders des Erblassers kann vorliegen, wenn in der gemeinschaftlichen testamentarischen Anordnung ein besonderer Grund für die Erbeinsetzung aufgenommen worden ist.
2. Die Wechselbezüglichkeit der Erbeinsetzung erfasst auch einen angewachsenen Erbanteil.

OLG Köln (2. Zivilsenat),

Beschluss vom 29.03.2023 – 2 Wx 39/23

▶ I. Tatbestand:

1 Am ...2022 ist A (im Folgenden: Erblasser) verstorben. Die Ehefrau des Erblassers ist am ...2006 verstorben.

Die Beteiligte zu 2) ist das einzige Kind des Erblassers und seiner vorverstorbenen Ehefrau. Die Beteiligte zu 3), ..., ist die Ehefrau des am ...2021 verstorbenen Bruders des Erblassers, D.

2 Am ...2005 errichteten der Erblasser und seine vorverstorbene Ehefrau ein gemeinschaftliches handschriftliches Testament (Bl. 8 d. Testamentsakte 35 IV 449/22), das u.a. folgenden Inhalt hat:

„Testament:

Wir, die Eheleute A, setzen uns hiermit gegenseitig zu alleinigen Erben unseres gesamten Nachlasses ein. Erbe des Letztversterbenden sollen D und C sein.

Grund: Unsere Tochter hat sich mit gesamter Familie von unserer Familie losgesagt, ausgeschlossen auch unsere Enkelin ... Sie hat sich mir gegenüber dahingehend geäußert, nichts mehr mit uns zu tun zu haben.

D und C haben wir darum bedacht, weil sie bei der Pflege meiner Frau uns sehr stark unterstützt haben. Dies soll der Dank dafür sein.

...“

3 Am ...2022 errichtete der Erblasser ein handschriftliches Testament, in dem er (u.a.) die Beteiligte zu 1) als Alleinerbin einsetzte (Bl. 48 d. Testamentsakte 35 IV 449/22). In dem Testament hat er u.a. ausgeführt, dass die Einsetzung seines Bruders und seiner Schwägerin von seiner Ehefrau und ihm vorgenommen worden sei, um einerseits die gesetzliche Erbfolge seiner Tochter auszuschließen und andererseits überhaupt eine Erbfolge sicherzustellen. Die Einsetzung des Schlusserben sei nie die Bedingung für die gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten gewesen.

4 Mit notarieller Urkunde vom 16.11.2022 hat die Beteiligte zu 1) die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Alleinerbin ausweist (Bl. 2 ff. d.A. des AG). Zur Begründung hat sie vorgetragen, dass die letztwillige Verfügung vom ...2005 keine eindeutige Regelung im Hinblick auf eine mögliche testamentarische Bindungswirkung des Letztversterbenden enthalte. Ein Widerruf der Einsetzung der Schlusserben, der durch das Testament vom ...2022 erfolgt sei, sei daher möglich gewesen. Dem stehe § 2271 Abs. 2 BGB nicht entgegen. Die Schlusserbeneinsetzung sei nicht wechselbezüglich im Sinne von § 2270 Abs. 1 BGB erfolgt. Die vorverstorbene Ehefrau sei mit dem Bruder des Erblassers und dessen Ehefrau auch nicht verwandt gewesen im Sinne von § 2270 Abs. 2 BGB. Die Pflegeleistungen dürften nicht ausreichen, um ein „Nahestehen“ der Ehefrau des Erblassers zu dessen Bruder und seiner Ehefrau anzunehmen. Hierfür spreche auch, dass der Erblasser in einem „Nachtrag zum Testament“ (Bl. 69 f d. Testamentsakte 35 IV 449/22) erläutert habe, warum das Verhältnis zu seinem Bruder und dessen Ehefrau doch nicht als gut und nah bezeichnet werden könne.

5 Die Beteiligte zu 3) ist dem Antrag der Beteiligten zu 1) auf Erteilung eines Erbscheins entgegengetreten. Sie hat vorgetragen, dass die Einsetzungen der Schlusserben in dem gemeinschaftlichen Testament wechselbezüglich seien. Hierfür spreche, dass die Eheleute jeweils in ein und demselben Satz gleichlautende Verfügungen getroffen hätten. Gleichlautende Verfügungen ließen regelmäßig den Schluss darauf zu, dass ihnen eine gemeinsame und damit gegenseitig voneinander abhängige Vorstellung der testierenden Ehegatten zugrunde liege. Für eine Wechselbezüglichkeit spreche weiterhin, dass die Beteiligte zu 3) und ihr Ehemann den Erblasser und seine Ehefrau bei der Pflege der Ehefrau des Erblasser unterstützt hätten und dies im Testament auch zum Ausdruck gebracht worden sei.

6 Durch am 06.02.2023 erlassenen Beschluss hat das Nachlassgericht den Antrag der Beteiligten zu 1) auf Erteilung eines Alleinerbscheins zurückgewiesen (Bl. 43 ff. d.A. des AG). Zur Begründung hat das Nachlassgericht ausgeführt, dass gem. § 2270 Abs. 2 BGB von der Wechselbezüglichkeit der Einsetzung des Erblassers durch die Ehefrau und der Einsetzung der Schlusserben durch den Erblasser auszugehen sei. Hierfür spreche die Schwägerschaft zwischen der Ehefrau des Erblassers und dessen Bruder sowie der Beteiligten zu 3) und die ausdrückliche Erwähnung des Dankes für die erbrachten Pflegeleistungen.

7 Gegen diesen der Beteiligten zu 1) am 08.02.2023 zugestellten Beschluss hat die Beteiligte zu 1) mit am 21.02.2023 beim Amtsgericht Bonn eingegangenen Schreiben vom 14.02.2023, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird (Bl. 65 f. d.A. des AG), Beschwerde eingelegt.

8 Durch am 13.03.2023 erlassenen Beschluss hat das Nachlassgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 71 f. d.A. des AG).

9 Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 07.02.2023 hat die Beteiligte zu 3) die Erteilung eines Alleinerbscheins beantragt (Bl. 53 f. d.A. des AG), über den das Nachlassgericht noch nicht entschieden hat.

► II. Aus den Gründen:

10 Die gem. § 58 Abs. 1 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

11 Das Nachlassgericht hat den Antrag der Beteiligten zu 1) auf Erteilung eines Alleinerbscheins zur Recht und mit zutreffender Begründung, der sich der Senat anschließt, zurückgewiesen. Die Beteiligte zu 1) ist nicht Alleinerbin des Erblassers. Nach dem Tod seiner Ehefrau konnte der Erblasser die Einsetzung seines Bruders

und der Beteiligten zu 3) in dem gemeinschaftlichen Testament vom ...2005 gem. § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB nicht mehr widerrufen. Das Testament vom ...2022, mit dem er die Beteiligte zu 1) als Alleinerbin eingesetzt hat, ist daher nicht wirksam. Eine der Ausnahmen gem. § 2271 Abs. 2 S. 1, 2 BGB liegt nicht vor.

12 Die Einsetzung des Bruders des Erblassers und der Beteiligten zu 3) in dem Testament vom ...2005 ist wechselbezüglich im Sinne von § 2270 BGB erfolgt. Eine Wechselbezüglichkeit der Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament setzt gemäß § 2270 Abs. 1 BGB voraus, dass aus dem Zusammenhang des Motivs heraus die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen worden wäre, also nach dem Willen der Eheleute die eine Verfügung mit der anderen stehen und fallen soll (KG, Beschluss vom 17.02.2021 – 6 W 1071/20, ErbR 2021, 1042-1045, Rn. 6 nach juris; Grüneberg/*Weidlich*, BGB, 82. Aufl. 2023, § 2270 Abs. 1 m.w.N.). Enthält das Testament – wie hier – keine ausdrückliche Bestimmung über die Wechselbezüglichkeit, ist diese durch Auslegung zu bestimmen. Dabei muss der Inhalt der Erklärungen als Ganzes gewürdigt werden, einschließlich der Nebenumstände, und zwar auch solcher außerhalb der Testamentsurkunde, soweit sie im Testament angedeutet wurden; auch die allgemeine Lebenserfahrung ist zu berücksichtigen. Es kann indes offenbleiben, ob hier aufgrund der vorliegenden Tatsachen eine solche Feststellung getroffen werden kann.

13 Denn hier greift die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB ein. Die Ehefrau des Erblassers hat den Erblasser zu ihrem Alleinerben eingesetzt. Für den Fall seines Überlebens hat der Erblasser seinen Bruder und dessen Ehefrau als Schlusserben eingesetzt. Der Bruder des Erblassers und die Beteiligte zu 3) waren zwar nicht verwandt mit der vorverstorbenen Ehefrau des Erblasser, sie standen ihr jedoch sonst nahe. „Nahestehen“ ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu entscheiden. An den Begriff sind hohe Anforderungen zu stellen (Grüneberg/*Weidlich*, BGB, 82. Aufl. 2023, § 2270 Rn. 9 m.w.N.). Diese Anforderungen sind hier jedoch erfüllt. Der Erblasser und seine Ehefrau haben in dem gemeinschaftlichen Testament als Grund für die Einsetzung des Bruders des Erblassers und der Beteiligten zu 3) ausdrücklich aufgenommen, dass die Einsetzungen wegen der Unterstützung bei der Pflege der Ehefrau des Erblassers erfolgt sind. Im Hinblick auf diese Unterstützung bei der Pflege ist ein Näheverhältnis des Bruders des Erblassers und der Beteiligten zu 3) zur Ehefrau des Erblassers anzunehmen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Ehefrau des Erblassers zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung am ...2005, die weniger als ein Jahr vor ihrem Tod erfolgte, offenbar schwer an Arthrose erkrankt war. Dies ergibt sich aufgrund eines

Zusatzes unter der Unterschrift des Erblassers und seiner Ehefrau, in dem eine dritte Person (Diakon) im Hinblick auf die „krakelige“ Unterschrift der Ehefrau ausführt, dass die Unterschrift von der Ehefrau stamme, es für sie aufgrund ihrer Erkrankung jedoch schwer gewesen sei, die Unterschrift unter das Testament zu setzen. Diesen Zusatz hielten der Erblasser und seine Ehefrau im Hinblick auf die Schwierigkeiten der Ehefrau, eine leserliche Unterschrift zu leisten, offenbar für notwendig. Dies spricht aber dafür, dass die Ehefrau auf nicht unerhebliche Pflegeleistungen angewiesen war, die wiederum auf ein Näheverhältnis zwischen der gepflegten Person und den pflegenden Personen schließen lässt, zumal es sich bei den pflegenden Personen nicht um Fremde, sondern um den Bruder des Erblassers und dessen Ehefrau handelte. Einem Nahestehen zwischen der Ehefrau des Erblassers einerseits und dem Bruder des Erblassers und der Beteiligten zu 3) andererseits zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung steht auch nicht entgegen, dass das Verhältnis zwischen dem Erblasser auf der einen Seite und seinem Bruder sowie der Beteiligten zu 3) auf der anderen Seite nach dem Tod der Ehefrau des Erblassers nicht mehr ungetrübt war, was sich aus einem auf April 2013 datierten „Nachtrag zu meinem Testament“ des Erblassers ergibt (Bl. 69 f d. Testamentsakte 35 IV 449/22). Denn es kommt insoweit auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung und auf das Verhältnis der Ehefrau des Erblassers zu dem Bruder des Erblassers und der Beteiligten zu 3) zu diesem Zeitpunkt und nicht auf das Verhältnis des Erblassers zu den eingesetzten Schlusserben zu einem späteren Zeitpunkt an. Ebenso unerheblich ist der Einwand der Beteiligten zu 1), aus dem späteren Testament des Erblassers vom ...2022 ergebe sich ein anderes Motiv für die Schlusserbeneinsetzungen. Denn das Motiv für die Schlusserbeneinsetzung ist in dem gemeinschaftlichen Testament vom ...2005 eindeutig angegeben. Dafür, dass der dort angegebene Grund zum Zeitpunkt der Errichtung am ...2005 nicht dem Willen beider Testatoren, also auch der Ehefrau des Erblassers entsprochen hat, sind keine nachvollziehbaren Anhaltspunkte ersichtlich, auch nicht der Umstand, dass der Erblasser dieses Motiv ca. 17 Jahre später offensichtlich nicht mehr akzeptieren wollte.

14 Da der Bruder des Erblassers vorverstorben ist, wächst sein Anteil der Beteiligten zu 3) an (§ 2094 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Wechselbezüglichkeit der Einsetzung der Beteiligten zu 3) erfasst auch den angewachsen Anteil (vgl. zuletzt OLG Oldenburg, Beschluss vom 26.08.2022 – 3 U 37/22, Rn. 30 nach juris). Hierauf kommt es letztlich aber nicht an, weil jedenfalls der Antrag der Beteiligten zu 1) auf Erteilung eines Alleinerbscheins keinen Erfolg hat und das Nachlassgericht über den Antrag der Beteiligten zu 3) noch nicht entschieden hat.

GESELLSCHAFTSRECHT

Inhaltliche Erfordernisse an die Versicherung des Geschäftsführers nach § 8 Abs. 3 GmbHG, GmbHG § 6 Abs. 2, GmbHG § 8 Abs. 3

Amtlicher Leitsatz:

Die nach § 8 Abs. 3, § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG abzugebende Versicherung eines Geschäftsführers, keinem Berufs- oder Gewerbeverbot zu unterliegen, darf sich nicht auf eine für das Registergericht nicht überprüfbare eigene rechtliche Bewertung unter Wiedergabe des Gesetzestextes beschränken, sondern muss eine konkrete subsumierbare Tatsachendarstellung enthalten. Die Versicherung kann bspw. mit Hilfe einer umfassenden, jegliche Art von gerichtlicher oder behördlicher Berufs- und Gewerbeuntersagung betreffenden Formulierung erfolgen.

OLG Celle (9. Zivilsenat),

Beschluss vom 20.03.2023 – 9 W 24/23

I. Tatbestand:

1 Die betroffene Gesellschaft begehrt ihre Eintragung in das Handelsregister. Das Registergericht hat zunächst mit einem Schreiben vom 14. Februar 2023 und anschließend mit einem weiteren, förmlich als Zwischenverfügung bezeichneten und mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehenen Schreiben vom 22. Februar 2023 die Auffassung vertreten, die Versicherung der Geschäftsführer nach § 8 Abs. 3 GmbHG sei im Hinblick auf 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG mangels konkreter Angaben unzureichend und beschränke sich auf eine vom Registergericht nicht nachprüfbare rechtliche Würdigung.

2 Dagegen wendet sich die betroffene Gesellschaft mit ihren Beschwerden.

II. Aus den Gründen:

3 1. Es kann dahinstehen, ob bereits das Schreiben vom 14. Februar 2023, das keine Rechtsbehelfsbelehrung, wohl aber eine Fristsetzung enthält, eine mit der Beschwerde anfechtbare Zwischenverfügung darstellt (vgl. *Eickelberg* in Sternal, FamFG, 21. Aufl. 2023, Rn. 33, m. w. N. zur Auslegung entsprechender Schreiben im Zweifel als förmliche Zwischenverfügung).

4 Jedenfalls das inhaltlich gleichgerichtete Schreiben vom 22. Februar 2023, gegen das die Antragstellerin vorsorglich erneut Beschwerde eingelegt hat, stellt eine förmliche Zwischenverfügung dar.

5 2. Die statthafte und auch im Übrigen zulässige, insbesondere frist- und formgerecht erhobene Beschwerde erweist sich jedoch aus den zutreffenden Erwägungen der angefochtenen Entscheidungen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, als unbegründet, weil die von den Geschäftsführern der betroffenen Gesellschaft abgegebenen Versicherungen im Hinblick auf § 8 Abs. 3, § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG unzureichend sind.

6 Der Geschäftsführer einer GmbH hat zu versichern, nicht aufgrund eines gerichtlichen Urteils oder einer vollziehbaren Entscheidung einer Verwaltungsbehörde einen Beruf, einen Berufszweig, ein Gewerbe oder einen Gewerbebezweig nicht ausüben zu dürfen, sofern der Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt.

7 Die (wortgleichen) Versicherungen der Geschäftsführer der betroffenen Gesellschaft lauten wie folgt:

„Es liegen keine Umstände vor, aufgrund derer ich als Geschäftsführer nach § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 GmbHG von dem Amt als Geschäftsführer ausgeschlossen wäre: Geschäftsführer kann nicht sein, wer ...

b) aufgrund eines gerichtlichen Urteils oder einer vollziehbaren Entscheidung einer Verwaltungsbehörde einen Beruf, einen Berufszweig, ein Gewerbe oder einen Gewerbebezweig nicht ausüben darf, sofern der Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt, ...“

8 Die Versicherungen der Geschäftsführer der betroffenen Gesellschaft enthalten im Streitfall insoweit mithin keine konkreten Angaben, sondern beschränken sich auf die Wiedergabe des Gesetzestextes mit der (eigenen) rechtlichen Bewertung, die tatsächlichen Voraussetzungen der wörtlich wiedergegebenen Vorschrift lägen nicht vor. Zumindest im Hinblick auf die Frage einer Gewerbeuntersagung ist die Versicherung der Geschäftsführer im Registerverfahren nicht im Wege einer Subsumtion überprüfbar. In dieser Hinsicht lässt die Formulierung bspw. auch den Schluss zu, dass gegen die Geschäftsführer womöglich zwar gerichtliche oder behördliche Untersagungen ergangen sind, diese aber (nach Auffassung der Versicherenden) nicht – ganz oder teilweise – mit dem Unternehmensgegenstand der angemeldeten Gesellschaft übereinstimmen. Im Hinblick auf eine derartige Schlussfolgerung muss die Versicherung der Geschäftsführer jedoch dem Registergericht tatsächlichen Vortrag an die Hand geben, um eine solche rechtliche Würdigung selber treffen zu können (vgl. etwa OLG Schleswig, Beschluss vom 3. Juni 2014, 2 W 36/14, Rn. 23 f. nach juris; OLG Frankfurt, Beschluss vom 11. Juli

2011, 20 W 246/11, Rn. 20 ff. nach juris; *Servatius* in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, Rn. 16a zu § 8; *Jaeger* in BeckOK GmbHG, 54. Edition, Rn. 19 zu § 8; Altmeppen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, Rn. 15 zu § 8).

9 Der abweichenden Auffassung, wonach die Formulierung, es lägen „keine Umstände vor, die der Bestellung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 GmbHG entgegenstehen“, als Versicherung nach § 8 Abs. 3 GmbHG zulässig und ausreichend sei (so OLG Stuttgart, Beschluss vom 10. Oktober 2012, 8 W 241/11, Rn. 11 nach juris; *Herrler* in Münchener Kommentar GmbHG, Rn. 74 zu § 8) vermag sich der Senat ebenso wenig anzuschließen wie das Registergericht. Insbesondere spricht der Beschluss des BGH vom 17. Mai 2010 (II ZB 5/10) entgegen der Auffassung des OLG Stuttgart nicht für eine solche Sichtweise. Der Entscheidung des BGH lag vielmehr ein Sachverhalt zugrunde, in welchem der Geschäftsführer versichert hatte, er sei „noch nie, weder im Inland noch im Ausland, wegen einer Straftat verurteilt worden.“ Eine derartige Versicherung ermöglicht (a maiore ad minus) die Schlussfolgerung, dass der Betreffende notwendigerweise auch nicht wegen einer der im Katalog des § 6 Abs. 2 GmbHG genannten Straftaten verurteilt worden ist. Die den bloßen Gesetzestext u. a. des § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG wiedergebende, im Streitfall verwendete Formulierung steht dem gerade nicht gleich. Anders wäre es, wenn die Geschäftsführer versichert hätten, dass gegen sie keinerlei Gewerbeuntersagung vorliege: Eine solche Formulierung ließe ohne Weiteres auch den Schluss zu, dass dann auch keine Gewerbeuntersagung hinsichtlich eines mit der angemeldeten Gesellschaft übereinstimmenden Unternehmensgegenstandes vorliegen kann (vgl. die von Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Dritter Abschnitt, Handelsregister Abteilung B, Rn. 953, vorgeschlagene Formulierung: „auch wurde mir weder durch gerichtliches Urteil noch durch vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung eines Berufs, Berufszweigs, Gewerbes oder Gewerbebezweigs untersagt, somit auch nicht im Bereich des Unternehmensgegenstandes der Gesellschaft“).

KOSTENRECHT

Zur Anwendung der Gebührenprivilegierung nach KV 14110 zum GNotKG bei der Eintragung einer aus Erben bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts

GNotKG KV 14110

Amtliche Leitsätze:

1. Die Kostenprivilegierung von Abs. 1 zu Nr. 14110 KV GNotKG setzt voraus, dass es sich bei dem Erwerber um einen „Erben“ handelt.
2. Privilegiert ist nur der erbrechtliche Gesamtrechtsnachfolger. Die Eintragung des Erben muss originär auf der Erbfolge beruhen und der Voreintragung des Erblassers als Eigentümer unmittelbar nachfolgen. In diesem Rahmen ist die Art der Erbauseinandersetzung grundsätzlich unerheblich.
3. In Bezug auf die Eintragung einer mit den Erben personenidentischen Gesellschaft bürgerlichen Rechts liegen diese Voraussetzungen nicht vor. In Anbetracht der Außenrechtsfähigkeit und Parteifähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie deren formeller Grundbuchfähigkeit liegt eine Eintragung einer „Dritten“ vor, welche gerade nicht an der erbrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge partizipiert und sich strukturell von den Erben und Erbengemeinschaft unterscheidet. Die Eintragung beruht letztlich auf einem eigenständigen Rechtsgeschäft 4 Abs. 1 zu Nr. 14110 KV GNotKG ist als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen.

OLG Karlsruhe (19. Zivilsenat),
Beschluss vom 29.06.2023 – 19 W 79/21 (Wx)

I. Tatbestand:

- 1 Die Beschwerde richtet sich gegen den Beschluss des Amtsgerichts Mannheim – Grundbuchamt – vom 09.03.2021, nachdem gegen die Beteiligte eine Gebühr nach KV 14110 GNotKG angesetzt worden ist. Die Beschwerde beruft sich auf die Ausnahmeregel Abs. 1 zu KV 14110 GNotKG. Hiernach stehe der Beteiligten im vorliegenden Fall Gebührenfreiheit zu. Denn hierfür genüge es, wenn die Erben die Grundstücke im Rahmen der Erbauseinandersetzung auf eine mit ihnen personenidentische Gesellschaft des bürgerlichen Rechts übertrugen.
- 2 Der Erblasser R. war in verschiedenen Grundbüchern als Eigentümer von Grundstücken eingetragen. Bei den Gesellschaftern der Beteiligten (fortan: die Gesellschafter) handelt es sich um dessen Kinder und einzige Erben.
- 3 Der Erblasser verstarb am ...; er wurde von den Gesellschaftern beerbt. Diese setzten die zwischen ihnen bestehende Erbengemeinschaft nach dem Tod des Erblassers – und zugleich die voreingetragene Erbengemeinschaft nach dem Tod der vorverstorbenen Mutter – auseinander, indem sie die Nachlassgrundstücke in eine zwischen ihnen am ... gegründete BGB-Gesellschaft einbrachten. Eine Zwischeneintragung der Erbengemeinschaft im Grundbuch fand nicht statt.

4 Ein dahingehender Vollzugsantrag wurde mit Schreiben vom 20.05.2020 g. gestellt. Der Vollzug der Eigentumsänderungen erfolgte am 28.05.2020.

5 In der Folge wurde gegen die Beteiligte eine Gebühr nach KV 14110 GNotKG aus dem Wert des betroffenen Grundbesitzes angesetzt.

6 Gegen diesen Kostenansatz richtete sich die mit Datum vom 16.06.2020 erhobene Erinnerung der Beteiligten.

7 Das Amtsgericht Mannheim – Grundbuchamt – wies die Erinnerung mit Beschluss vom 09.03.2021 zurück. Der Kostenansatz des Grundbuchamts sei rechtlich nicht zu beanstanden. Dabei folgte das Gericht in der Sache den Ausführungen der Kostenbeamtin und der zuvor angehörten Bezirksrevisorin. Nach dem Wortlaut des Abs. 1 KV 14110 GNotKG sei ausschließlich die Eintragung von Erben privilegiert. Verknüpften die Erben die Auseinandersetzung jedoch mit einem weiteren Rechtsgeschäft – wie im vorliegenden Falle der Einbringung in eine zwischen den Erben zuvor gegründete BGB-Gesellschaft – könne die Gebührenbefreiung nicht mehr in Anspruch genommen werden. Die BGB-Gesellschaft selbst sei als juristische Person nicht Erbin geworden, die Einbringung der Grundstücke sei mit einem weiteren Rechtsträgerwechsel verbunden. Daran ändere nichts, dass die Gesellschafter der BGB-Gesellschaft ausschließlich Erben seien und insoweit Personenidentität bestehe.

8 Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten vom 22.03.2021. Die Voraussetzungen der Nummer 1. A. 1 der Anlage 1 zum GNotKG seien erfüllt. Die Gesellschafter der R. & K. (...) GbR seien ausschließlich die Erben von Herrn R.

9 Ausweislich des klaren Wortlauts knüpfe die Regelung an die objektive Erbenstellung an. Bereits aus dem Wortlaut lasse sich nicht ableiten, dass die beschwerdegegenständliche Eintragung von der Kostenprivilegierung nicht erfasst sein solle. Es sei vielmehr ausreichend, wenn die Erben erst infolge einer Erbauseinandersetzung eingetragen würden. Auf welche Art und Weise die Erbauseinandersetzung durch die Erbengemeinschaft erfolge, enge die Regelung richtigerweise nicht ein. Den Erben stehe es frei, die Form der Auseinandersetzung zu wählen. Einzige Voraussetzung der Norm sei es, dass mindestens ein Erbe im Grundbuch als Eigentümer nach dem Erblasser namentlich eingetragen sei. Der Gesetzgeber setze keineswegs zwingend voraus, dass ausschließlich unmittelbar der Erbe und nicht – wie hier – eine mit den Erben identische Gesellschaft des bürgerlichen Rechts eingetragen werde.

10 Tatsächlich sei es gerade ein wesentypisches Merkmal der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, dass im Grundbuch nicht lediglich die Gesellschaft, sondern alle Gesellschafter namentlich und persönlich eingetragen

werden. Die uneingeschränkte Anwendbarkeit von Abs. 1 Nummer 14110 GNotKG im vorliegenden Fall werde auch durch die gesetzgeberische Intention gedeckt. Unter Beachtung des ausdrücklichen Willens des Gesetzgebers könne es keinen Unterschied machen, ob die Erbengemeinschaft sich dergestalt auseinandersetzt, dass die Erben jeweiliges Bruchteilseigentum erlangen oder die identische Rechtsfolge durch eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts herbeigeführt wird. Hinzu trete, dass die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nicht bereits seit längerer Zeit bestand, sondern gerade zum Zwecke der Erbauseinandersetzung von den Erben gegründet worden sei. In beiden Fällen seien ausschließlich die Erben als endgültiger Rechtsnachfolger an den Grundstücken beteiligt. Die Erbengemeinschaft nach dem Tod von Herrn R. sei insgesamt in die R. & K. (...) GbR aufgegangen.

11 Wegen des weiteren Beschwerdevorbringens und des Sachverhalts im Übrigen wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

► II. Aus den Gründen:

12 Die zulässige Beschwerde der Kostenschuldnerin (§ 81 Abs. 2 S. 1, Abs. 5 GNotKG) bleibt ohne Erfolg.

13 Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

14 1. Die Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg, weil das Amtsgericht Mannheim – Grundbuchamt – im beschwerdegegenständlichen Beschluss vom 09.03.2021 zu Recht die Voraussetzungen der Privilegierung nach Abs. 1 KV 14110 GNotKG verneinte.

15 Der Kostenansatz vom 28.05.2020 (MAN029 GRG 539/2020) erweist sich als zutreffend. Dies ergibt sich im Einzelnen aus den nachstehenden Ausführungen:

16 a) Für die Eintragung eines Eigentümers/ Miteigentümers im Grundbuch werden Gebühren (1,0) nach Nr. 14110 KV GNotKG erhoben. Ausnahmsweise wird die Gebühr für die Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers oder von Erben des Gesellschafters bürgerlichen Rechts nicht erhoben, wenn der Eintragungsantrag binnen zwei Jahren seit dem Erbfall bei dem Grundbuchamt eingereicht wird. Dies gilt auch, wenn die Erben erst infolge einer Erbauseinandersetzung eingetragen werden (Abs. 1 Nr. 14110 KV GNotKG).

17 Damit ist die Grundbuchberichtigung in Folge der Gesamtrechtsnachfolge des Alleinerben oder der Erbengemeinschaft eine Eintragung eines Eigentümers, wobei für die Berichtigung im Regelfall die Gebühr nach KV 14110 entsteht; Abs. 1 normiert eine Ausnahme vom Grundsatz der Gebührenpflicht und gewährt eine befristete Gebührenbefreiung.

18 Mit dem ersten Satz 1 von Abs. 1 zu Nr. 14110 KV GNotKG hat der Gesetzgeber dabei die schon bisher in § 60 Abs. 4 KostO aF enthaltene Privilegierung für die Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers übernommen. Satz 2 der Anmerkung ist hingegen neu und soll die bisher umstrittene Frage klären, ob Erben, die infolge einer Erbauseinandersetzung im Grundbuch eingetragen werden, noch an der Gebührenvergünstigung teilnehmen (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 19.3.2014 – 2 Wx 73/14, FGPrax 2014, 129, beck-online unter Hinweis auf den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts, BT-Drs. 17/11471, 206).

19 Hintergrund dieser Gebührenprivilegierung ist das öffentliche Interesse an der raschen Berichtigung des Grundbuchs. Denn oft scheuen sich die Erben des eingetragenen Eigentümers, sich ihrerseits als jetzige Eigentümer im Grundbuch eintragen zu lassen, weil sie einen Kostenanfall befürchten oder z. B. den überlebenden Elternteil als bloßen Miterben schonen wollen. Absatz 1 KV 14110 GNotKG Erben soll einen Anreiz geben, die Grundbuchberichtigung einzuleiten (*Hartmann* in: *Hartmann, Kostengesetze online*, 4. Lieferung, 11/2022, 14110, Rn. 15).

20 Im Einzelnen sind dabei nachstehende Grundsätze zu beachten:

21 aa) Bei dem Erwerber muss es sich um einen „Erben“ handeln.

22 Privilegiert ist nur der erbrechtliche Gesamtrechtsnachfolger, wozu auch der Erbeserbe und der Nacherbe zählen (vgl. OLG München, Beschluss vom 12.12.2014 – 34 Wx 374/14 Kost, BeckRS 2015, 2063 Rn. 6, beck-online; im Einzelnen *Korintenberg/Wilsch*, 22. Aufl. 2022, GNotKG KV 14110 Rn. 47f m.w.N.). Aufgrund des klaren Wortlautes („...Eintragung von Erben...“) gilt die Ausnahmeregelung aber nur, wenn und soweit die Eintragung eines Erben, nicht auch zeitgleich die Eintragung eines Dritten (z. B. Ehegatten oder Erbteilserwerbers) in Frage steht (BeckOK *KostR/Becker*, 41. Ed. 1.1.2021, GNotKG KV 14110 Rn. 22-24).

23 In diesem Rahmen ist die Art der Erbauseinandersetzung grundsätzlich unerheblich (Absatz 1 S. 2 zu KV 14110 GNotKG; vgl. dazu eingehend *Korintenberg/Wilsch*, 22. Aufl. 2022, GNotKG KV 14110 Rn. 47; BeckOK *KostR/Becker*, 41. Ed. 1.1.2021, GNotKG KV 14110 Rn. 22-24 jeweils m.w.N.).

24 bb) Die Eintragung muss damit originär auf der Erbfolge beruhen. Die Rechtsnachfolge darf nicht von der Ausübung eines Beitrittsrechts, einer Option oder Ähnlichem abhängig sein (*Wilsch*, ZEV 2013, 428, beck-online). Insofern zeigt sich, dass rechtsgeschäftliche Erwerber wie Vermächtnisnehmer oder Erbteilserwerber generell nicht von der Privilegierung umfasst sind (*Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Gutfried*, 4. Aufl. 2021, GNotKG KV 14110 Rn. 18).

25 cc) Die Eintragung des oder der Erben muss der Voreintragung des Erblassers als Eigentümer nachfolgen. Diese Voraussetzung ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut der Anmerkung (vgl. Korintenberg/*Wilsch*, 22. Aufl. 2022, GNotKG KV 14110 Rn. 49).

26 Wurde zunächst die Erbengemeinschaft im Grundbuch eingetragen, so ist dementsprechend die danach folgende weitere Eintragung eines oder mehrerer einzelner Erben nach entsprechender Erbaueinandersetzung keine Eintragung „von Erben des eingetragenen Eigentümers“ mehr; vielmehr ist mit der Voreintragung der Erbengemeinschaft die gebührenbefreite Tätigkeit des Grundbuchamtes abgeschlossen (OLG Köln, Beschluss vom 19.03.2014 – 2 Wx 73/14, BeckRS 2014, 10416, beck-online).

27 b) Überträgt man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall, liegt hier kein gebührenbefreiter Sachverhalt nach Absatz 1 zu KV 14110 GNotKG in Betracht; es kommt auch keine analoge Anwendung des Befreiungstatbestandes in Betracht.

28 Hierzu ist im Einzelnen wie folgt auszuführen:

29 aa) Vorauszuschicken ist, dass die Außenrechtsfähigkeit und Parteifähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts – hier der Beteiligten – zu bejahen ist und demnach auch deren Fähigkeit, selbst Eigentümerin eines Grundstücks zu sein, gegeben ist. Die formelle Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft ist anerkannt; sie kann dabei im Grundbuch als Eigentümerin allein unter der Bezeichnung eingetragen werden, die ihre Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag für sie vorgesehen haben (BGH, Beschluss vom 04.12.2008 – V ZB 74/08, DNotZ 2009, 115, beck-online).

30 Demzufolge sind die Gesellschafter der Kostenschuldnerin von dieser selbst zu trennen; es handelt sich um verschiedene Rechtssubjekte. Infolge dessen kann die Kostenschuldnerin entgegen dem Beschwerdevorbringen keineswegs mit den Erben des Erblassers gleichgesetzt werden. Es liegt keine konstitutive Eintragung der Gesellschafter, sondern eine Eintragung der Gesellschaft vor. Daher teilt der Senat auch das Vorbringen der Beschwerde nicht, dass die Erben durch die Eintragung endgültige Rechtsnachfolger des Erblassers geworden seien. Der Erwerb von Bruchteilseigentum durch die Erben stellt damit auch keineswegs eine „identische Rechtsfolge“ dar. An der strukturellen Verschiedenheit der Erben und BGB-Gesellschaft ändert naturgemäß auch der Umstand nichts, dass deren Gesellschafter und die Erben personenidentisch sind. Schließlich unterscheidet sich auch der Zweck der Beteiligten bereits insoweit von dem der Erbengemeinschaft, da letztere ihrer Natur nach auf Auseinandersetzung ausgerichtet ist.

31 bb) Aus diesen grundlegenden Überlegungen folgt, dass der Wortlaut der Ausnahmeregel Abs. 1 zu KV 14110

GNotKG einer Kostenfreiheit hier entgegensteht. Denn bei dem eingetragenen Erwerber handelt es sich nicht um einen „Erben“, sondern eine Dritte, welche gerade nicht an der erbrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge partizipiert.

32 Das Beschwerdevorbringen, wonach einzige Voraussetzung der Norm sei, dass mindestens ein Erbe im Grundbuch als Eigentümer nach dem Erblasser namentlich eingetragen sei, steht in Anbetracht der eingangs gemachten Ausführungen im Widerspruch zum Wortlaut der fraglichen Privilegierung.

33 cc) Bereits die Existenz der Beteiligten beruht allein auf rechtsgeschäftlichem Tun. Der Sache nach liegt ein rechtsgeschäftlicher Erwerb eines Dritten vor, welcher dem Tatbestand des Abs. 1 KV 14110 GNotKG nicht unterfällt.

34 Dabei erkennt der Senat, dass der Sache nach gewissermaßen ein „erbrechtlicher Zwischenerwerb der Gesellschafter“ stattgefunden haben mag. Eben dies ändert nichts daran, dass die Eintragung eines Erben der Voreintragung des Erblassers als Eigentümer nicht unmittelbar nachfolgte. Letzteres stellt jedoch eine Voraussetzung des Privilegierungstatbestands aus den dargestellten Gründen dar. Die Gesellschafter der Beteiligten sind hier gerade nicht in ihrer Eigenschaft als Erben im Grundbuch eingetragen.

35 Das Gepräge des vorliegenden Falles weist damit Parallelen zu dem „Zwischenerwerb“ und der zwischenzeitlichen Eintragung einer Erbengemeinschaft auf, mit welcher sich das OLG Köln, Beschluss vom 19.03.2014 – 2 Wx 73/14, BeckRS 2014, 10416, beck-online zu befassen hatte. In Anbetracht des Wortlauts von Absatz 1 zu KV 14110 GNotKG wurde dabei eine Gebührenfreiheit verneint (vgl. a.a.O.). Bormann/Diehn/Sommerfeldt/*Gutfried*, 4. Aufl. 2021, GNotKG KV 14110 Rn. 25 bemerkt hierzu, dass dieses Ergebnis angesichts des mit der Privilegierung verfolgten Zwecks, Erbaueinandersetzungen im Hinblick auf die Schaffung eines übersichtlichen Grundbuchs zu fördern, als bedauerlich angesehen werden könne, jedoch sei der Wortlaut, der von der Eintragung der Erben des eingetragenen Eigentümers spreche, in dieser Hinsicht eindeutig. Dem hat der Senat im Kern nichts hinzuzufügen und bemerkt nur, dass ein näher definierter und begrenzter Privilegierungstatbestand in Rede steht; dieser erlaubt es nicht, jedwede Erbaueinandersetzung mit anderweitigen Rechtsgeschäften zu verknüpfen. Auch die Fristgebundenheit der Privilegierung dokumentiert deren begrenzte Natur.

36 dd) Diese Sicht der Dinge entspricht dem Grundsatz der Methodenlehre, dass Absatz 1 zu KV 14110 GNotKG in seiner Eigenschaft als Ausnahmeregel einer engen Auslegung zuzuführen ist. Der von der Beschwerde vorgebrachte Telos der Vorschrift ändert hieran – ebenso wie

am vorstehend thematisierten Wortlaut – nichts. Soweit die Beschwerde hierin Unbilligkeiten erblickt, sind diese in Anbetracht der begrenzten Natur der Privilegierung hinzunehmen.

37 ee) Hiernach kommt eine Gebührenfreiheit nach Absatz 1 zu KV 14110 GNotKG nicht in Betracht. Der Umstand, dass hier zugleich die voreingetragene Erbengemeinschaft nach dem Tod der vorverstorbenen Mutter der Gesellschafter auseinandergesetzt wurde, bedarf daher keiner kostenrechtlichen Würdigung.

38 ff) Die Voraussetzungen einer analogen Anwendung der Vorschrift liegen nicht vor; es mangelt jedenfalls an einer planwidrigen Regelungslücke. Der Gesetzgeber hat der der Gebührensiffer KV 14110 GNotKG beigegebenen Erläuterung mit Wirkung zum 1. Januar 2024 durch das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts eine neue Fassung gegeben. Der Begründung des zugrundeliegenden Gesetzentwurfs (BR-Drs. 59/21, S. 246) ist zu entnehmen, dass dem Gesetzgeber die Auswirkungen der grundbuchrechtlichen Anerkennung der Eintragungsfähigkeiten von Gesellschaften bürgerlichen Rechts bewusst war. Dass er davon abgesehen hat, auch für den – nicht fernliegenden Fall – der Begründung einer Immobiliengesellschaft bürgerlichen Rechts im Erbfall eine privilegierende Regelung zu treffen, spricht gegen das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke.

39 c) Sonstige Einwände gegen die Kostenrechnung wurden nicht erhoben und sind auch nicht ersichtlich.

STEUERRECHT

Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten

EStG § 7 Abs. 1 S. 5

Amtliche Leitsätze:

1. Die Übertragung eines Wirtschaftsguts des Privatvermögens auf eine gewerbliche Personengesellschaft gegen erstmalige Einräumung einer Mitunternehmerstellung ist auch dann ein vollentgeltliches Geschäft (Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten), wenn der Wert des übertragenen Wirtschaftsguts nicht nur dem Kapitalkonto I (Festkapitalkonto), sondern auch einem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto gutgeschrieben wird (Bestätigung der Rechtsprechung).
2. Dieser Vorgang ist nicht in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil aufzuspalten; § 7 Abs. 1 Satz 5

EStG ist insgesamt nicht anwendbar (Bestätigung der Rechtsprechung).

BFH (IV. Senat),

Urteil vom 23.03.2023 – IV R 2/20

I. Tatbestand:

1 Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob im Zuge der Übertragung eines Grundstücks mit aufstehender Windkraftanlage (WKA) auf eine Personengesellschaft die Bemessungsgrundlage für die Absetzung für Abnutzung (AfA) gemäß § 7 Abs. 1 Satz 5 des Einkommensteuergesetzes (EStG) zu kürzen ist.

2 Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist die M-GbR. Sie wurde mit Gesellschaftsvertrag (G-Vertrag) vom 24.02.2010, im Innenverhältnis mit Wirkung ab dem 01.01.2010, gegründet (§ 4 G-Vertrag). Gesellschafter der Klägerin sind G, J, D und A zu je 25%. Das Festkapital der Klägerin beträgt 10.000 € (§ 5 Nr. 1 G-Vertrag). Jeder Gesellschafter hält hieran einen Anteil von 2.500 € (§ 5 Nr. 2 G-Vertrag). Gegenstand der Klägerin ist die Verwaltung eigenen Vermögens, insbesondere von Grundstücken, das Betreiben einer WKA sowie alle damit zusammenhängenden Geschäfte (§ 2 G-Vertrag). Die Gewinnverteilung richtet sich nach den Festkapitalkonten (§ 10 Nr. 1 G-Vertrag). Nach § 12 Nr. 6 G-Vertrag gewähren je 100 € Festkapitaleinlage eine Stimme in der Gesellschafterversammlung. Im Falle der Auflösung der Gesellschaft wird das sich bei der Liquidation ergebende Vermögen im Verhältnis der (Fest-)Kapitalanteile an die Gesellschafter verteilt (vgl. § 18 G-Vertrag).

3 Zur Erfüllung der Einlageverpflichtung der Gesellschafter ist nach § 5 Nr. 3 G-Vertrag ein Grundstück mit aufstehender WKA auf die Klägerin zu übertragen. Soweit der Wert der Einlage die Einlage gemäß § 5 Nr. 2 G-Vertrag von nominal insgesamt 10.000 € übersteigt, ist dieser Betrag einem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto gutzuschreiben.

4 Das einzubringende Grundstück sollte von der Besitz-GbR übertragen werden. An der Besitz-GbR waren die GbR I zu 50% sowie B und R zu jeweils 25% beteiligt, an der GbR I die Gesellschafter der Klägerin zu jeweils 25%. Zum Vermögen der Besitz-GbR gehörte ein Grundstück, das mit einer Kläranlage und einer WKA bebaut war. Die Besitz-GbR erzielte Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung.

5 Bereits mit Auseinandersetzungsvertrag vom 28.12.2009 hatten die Gesellschafter der Besitz-GbR vereinbart, dass die GbR I gegen Abfindung aus der Gesellschaft ausscheidet. Zur Erfüllung des Abfindungsanspruchs sollte nach

§ 4 Nr. 1 des Auseinandersetzungsvertrags der mit der WKA bebaute Teil des Grundstücks auf die neu gegründete Klägerin übertragen werden. Der hinsichtlich der WKA mit dem Versorger bestehende Stromeinspeisevertrag sollte im Innenverhältnis ab dem 01.01.2010 auf die neu zu gründende Klägerin übertragen werden (§ 4 Nr. 2 des Auseinandersetzungsvertrags). Tatsächlich vereinbarte die Klägerin mit der Y-GmbH mit Nachtragsvertrag vom 14.04.2010, dass der Stromeinspeisevertrag mit Wirkung ab dem 01.01.2010 mit allen Rechten und Pflichten auf die Klägerin übergeht. Die Stromeinspeisevergütungen gingen ab März 2010 auf den Konten der Klägerin ein. Am 04.03.2010 wurde die Übertragung des Grundstücks nebst WKA ohne Auflassung von der Besitz-GbR auf die Klägerin notariell beurkundet. Die Auflassung wurde am 31.08.2010 notariell beurkundet.

6 Nachdem der Beklagte und Revisionsbeklagte (Finanzamt – FA –) im Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen (Gewinnfeststellungsbescheid) 2010 vom 06.12.2013 für die Klägerin im Schätzungswege ermittelte Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 36.000 € ausgewiesen hatte, reichte die Klägerin in dem sich anschließenden Einspruchsverfahren eine Feststellungserklärung ein. Sie erklärte einen Gewinn aus Gewerbebetrieb in Höhe von 165 €. Bei der Gewinnermittlung berücksichtigte sie für die WKA eine AfA in Höhe von 30.300 €. Die Klägerin setzte die WKA mit einem Wert von 400.000 € an und legte der AfA eine Nutzungsdauer von elf Jahren zugrunde. Der jährliche Absatzbetrag von 36.363 € sei im Feststellungszeitraum 2010 (Streitjahr) nur zeitanteilig ab März 2010 in Höhe von 30.300 € gewinnmindernd zu berücksichtigen. Der die Festkapitalkonten von jeweils 2.500 € überschreitende Wert der eingebrachten WKA wurde in Höhe von 390.000 € in der Buchführung der Klägerin einem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto gutgeschrieben.

7 Das FA erkannte in der Einspruchsentscheidung vom 24.02.2015 den für die WKA geltend gemachten Abschreibungsbetrag mit Hinweis auf § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG nicht steuermindernd an. Es liege die Überführung eines Wirtschaftsguts aus dem Privatvermögen in das Betriebsvermögen und damit eine Einlage vor. Danach seien nach § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG die zuvor im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in Anspruch genommenen Abschreibungsbeträge vom Einlagewert abzuziehen, so dass die Klägerin im Ergebnis keine weiteren Abschreibungsbeträge mehr in Anspruch nehmen könne. Hiervon ausgehend stellte das FA in der Einspruchsentscheidung vom 24.02.2015 die laufenden Gesamthandseinkünfte der Klägerin mit 30.465 € fest. Im Übrigen wies es den Einspruch als unbegründet zurück.

8 Mit der hiergegen erhobenen Klage begehrte die Klägerin sinngemäß, die für das Streitjahr festgestellten laufenden Gesamthandseinkünfte in Höhe von 30.465 € auf 165 € herabzusetzen. Im Verfahren vor dem Finanzgericht (FG) war streitig, ob die Übertragung des Windkraftanlagengrundstücks auf die Klägerin ein entgeltlicher oder ein unentgeltlicher Vorgang sei. Zudem war für den Fall der Annahme eines entgeltlichen Vorgangs streitig, mit welchem Wert bei der Klägerin Anschaffungskosten für die WKA als Bemessungsgrundlage für die AfA in gleichen Jahresbeträgen (lineare AfA) anzusetzen seien. Nach dem Sitzungsprotokoll vom 17.10.2019 verständigten sich die Beteiligten im Rahmen der mündlichen Verhandlung tatsächlich dahingehend, dass die WKA im Zeitpunkt der Übertragung auf die Klägerin mindestens einen Wert von 10.000 € hatte.

9 Die Klage war nur in geringem Umfang erfolgreich. Das FG änderte mit Urteil vom 17.10.2019 – 7 K 67/15 den Gewinnfeststellungsbescheid 2010 dahin, dass der laufende Gesamthandsgewinn mit 29.708 € festgestellt wird. Zur Begründung führte das FG im Wesentlichen aus:

10 Die WKA sei gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in die gewerblich tätige Klägerin eingebracht worden. Es liege ein tauschähnlicher Vorgang vor, soweit der Wert der WKA den Festkapitalkonten der Gesellschafter gemäß § 5 Nr. 2 G-Vertrag in Höhe von 10.000 € gutgeschrieben worden sei. § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG finde insoweit keine Anwendung. Das FG schließe sich der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) an, wonach § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG bei der Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern in eine Personengesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten mangels Einlage keine Anwendung finde. Ein derartiger Vorgang sei auch nicht einer Einlage i.S. des § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG gleichzustellen.

11 Soweit jedoch der Wert der übertragenen WKA der gesamthänderisch gebundenen Rücklage mit 390.000 € gutgeschrieben worden sei, liege kein tauschähnlicher Vorgang, sondern eine Einlage vor. Insoweit könne die Klägerin gemäß § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG keine Abschreibungsbeträge steuermindernd geltend machen. Die Rechtsprechung des BFH, wonach insgesamt ein tauschähnlicher Vorgang vorliege, wenn der Wert des zur Erlangung der Mitunternehmerstellung eingebrachten Wirtschaftsguts nicht nur dem Kapitalkonto I, sondern auch dem Kapitalkonto II oder einem anderen Kapitalkonto (z.B. gesamthänderisch gebundenes Rücklagenkonto) gutgeschrieben werde, sei durch das BFH-Urteil vom 29.07.2015 – IV R 15/14 (BFHE 251, 422, BStBl II 2016, 593) überholt. Der BFH habe in dieser Entscheidung zwar ausdrücklich offengelassen, ob auch dann ein in vollem Umfang entgeltliches Geschäft vorliege,

wenn der Wert des zur Erlangung/Erweiterung einer Mitunternehmerstellung eingebrachten Wirtschaftsguts nicht nur dem Kapitalkonto I, sondern zum Teil auch einem anderen Kapitalunterkonto (z.B. dem Kapitalkonto II) gutgeschrieben oder in eine gesamthänderisch gebundene Rücklage eingestellt werde. Die systematisch zutreffende Übertragung der in diesem BFH-Urteil aufgestellten Grundsätze auf den Streitfall führe aber dazu, dass die WKA nur insoweit gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten eingebracht sei, als deren Wert den Festkapitalkonten der Gesellschafter gutgeschrieben werde. Denn die maßgeblichen Gesellschafterrechte richteten sich nach dem Gesellschaftsvertrag nur nach den Festkapitalkonten. Die vorzunehmende Aufspaltung des Übertragungsvorgangs in einen vollentgeltlichen und in einen voll unentgeltlichen Teil spiegele auch den wirtschaftlichen Gehalt des zu beurteilenden Sachverhalts zutreffend wider. Ein entgeltliches Austauschverhältnis liege nur insoweit vor, als die Klägerin für die Übertragung der WKA Gesellschaftsrechte im Wert von insgesamt 10.000 € gewährt habe. Dass die gewährten Gesellschaftsrechte nach der Übertragung der WKA einen Mehrwert repräsentieren, sei lediglich ein notwendiger Reflex der Übertragung, der eine Erhöhung der Anschaffungskosten nicht rechtfertige.

12 Hieraus resultiere für das Streitjahr bei Anschaffungskosten in Höhe von 10.000 € und einer betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer von elf Jahren ein zeitanteiliger Abschreibungsbetrag in Höhe von 757 € (= jährlicher Abschreibungsbetrag von 909 € x 10/12).

13 Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, die sie mit einer Verletzung des § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG begründet.

14 Sie beantragt, das Urteil des Niedersächsischen FG vom 17.10.2019 – 7 K 67/15 aufzuheben und den Bescheid für 2010 über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen vom 06.12.2013 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 24.02.2015 dahin zu ändern, dass ein laufender Gesamthandsgewinn in Höhe von 165 € festgestellt wird.

15 Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen, soweit die Klägerin begehrt, in dem Bescheid für 2010 über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen vom 06.12.2013 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 24.02.2015 einen laufenden Gesamthandsgewinn von unter 19.098 € festzustellen.

16 Zur Begründung trägt das FA vor, dass es – anders als noch vor dem FG – die im Streitfall erfolgte Übertragung nunmehr als einen vollentgeltlichen Vorgang werte. Dies habe eine Abstimmung mit dem Bundesministeri-

um der Finanzen (BMF) und den obersten Landesfinanzbehörden ergeben. Insoweit sei die Klägerin klaglos zu stellen. Gleichwohl könne die von der Klägerin beehrte Abschreibung nicht in voller Höhe anerkannt werden. Der Wert der WKA betrage nach dem vereinfachten Ertragswertverfahren lediglich 145.939,90 €. Die Abschreibung für zehn Monate belaufe sich daher auf 11.367 €. Daraus ergebe sich ein laufender Gesamthandsgewinn in Höhe von 19.098 € (= 30.465 € ./. 11.367 €).

▶ II. Aus den Gründen:

17 Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung – FGO –).

18 Das Urteil des FG ist aufzuheben, weil es die Übertragung des im Privatvermögen befindlichen Grundstücks mit aufstehender WKA (bzw. der ideellen Anteile hieran) gegen Einräumung der Mitunternehmerstellungen zu Unrecht in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil aufgeteilt hat. Diese Übertragung ist als ein insgesamt entgeltlicher Vorgang zu beurteilen (dazu 1.). Die Sache ist nicht spruchreif (dazu 2.).

19 1. Die Übertragung der (ideellen) Anteile an dem vorbezeichneten Grundstück mit aufstehender WKA gegen Einräumung der Mitunternehmerstellungen ist ein insgesamt tauschähnliches und damit ein vollentgeltliches Geschäft. § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG ist nicht, auch nicht teilweise anwendbar.

20 a) aa) Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 EStG ist bei Wirtschaftsgütern, deren Verwendung oder Nutzung durch den Steuerpflichtigen zur Erzielung von Einkünften sich erfahrungsgemäß auf einen Zeitraum von mehr als einem Jahr erstreckt, jeweils für ein Jahr der Teil der Anschaffungs- oder Herstellungskosten abzusetzen, der bei gleichmäßiger Verteilung dieser Kosten auf die Gesamtdauer der Verwendung oder Nutzung auf ein Jahr entfällt (lineare AfA). Bemessungsgrundlage der linearen AfA sind daher die Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Wirtschaftsguts. Bei abnutzbaren Wirtschaftsgütern, die nach einer Verwendung zur Erzielung von Einkünften i.S. des § 2 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 4 bis 7 EStG in ein Betriebsvermögen eingelegt worden sind, mindert sich der Einlagewert um die AfA oder Absetzungen für Substanzverringerung, Sonderabschreibungen oder erhöhte Absetzungen, die bis zum Zeitpunkt der Einlage vorgenommen worden sind, höchstens jedoch bis zu den fortgeführten Anschaffungs- oder Herstellungskosten (§ 7 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 1 EStG); ist der Einlagewert niedriger als dieser Wert,

bemisst sich die weitere AfA vom Einlagewert (§ 7 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 2 EStG).

21 bb) Nach bisheriger höchstrichterlicher Rechtsprechung begründet die Einbringung von Wirtschaftsgütern des Privatvermögens in eine gewerbliche Personengesellschaft gegen die Einräumung (oder Erweiterung) einer Mitunternehmerstellung (Gewährung von Gesellschaftsrechten) keine Einlage i.S. von § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG, sondern ein entgeltliches Geschäft. § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG greift nicht ein (BFH-Urteile vom 24.01.2008 – IV R 37/06, BFHE 220, 374, BStBl II 2011, 617, unter II.2., und IV R 66/05, BFH/NV 2008, 1301, unter II.2.). In diesem Fall liegt für die Personengesellschaft ein Anschaffungsgeschäft vor (BFH-Urteil in BFHE 220, 374, BStBl II 2011, 617, unter II.2.a und b).

22 cc) Die Einräumung einer Mitunternehmerstellung zeigt sich dadurch, dass der Wert des eingebrachten Wirtschaftsguts dem Kapitalkonto des Gesellschafters gutgeschrieben wird, welches nach dem Gesellschaftsvertrag die Gesellschaftsrechte repräsentiert. Im Fall eines gesellschaftsvertraglich vereinbarten Mehrkontenmodells wird dieses Konto üblicherweise als Festkapitalkonto oder Kapitalkonto I bezeichnet (BFH-Urteil in BFHE 251, 422, BStBl II 2016, 593, Rz 27).

23 (1) Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung, der Verwaltungsauffassung und der herrschenden Meinung im Fachschrifttum liegt bei der Einbringung von Einzelwirtschaftsgütern des Privatvermögens in eine Personengesellschaft ein vollentgeltliches (= insgesamt entgeltliches) Geschäft auch dann vor, wenn infolge der der Einbringung zugrundeliegenden Vereinbarung der Wert des eingebrachten Wirtschaftsguts nicht nur dem Kapitalkonto I, sondern auch einer gesamthänderisch gebundenen Rücklage gutgeschrieben wird (BFH-Urteile in BFHE 220, 374, BStBl II 2011, 617, unter II.2.b bb bbb und II.2.b cc; in BFH/NV 2008, 1301, unter II.2.b bb; BMF-Schreiben vom 11.07.2011 – IV C 6-S 2178/09/10001, BStBl I 2011, 713, Tz. II.2.a, dritter Spiegelstrich, Alternative 1 i.V.m. BMF-Schreiben vom 26.07.2016 – IV C 6-S 2178/09/10001, BStBl I 2016, 684; *Schmidt/Kulosa*, EStG, 42. Aufl., § 7 Rz 125; *Bartone* in Korn, § 7 EStG Rz 101.1; *Anzinger* in *Herrmann/Heuer/Raupach* – HHR –, § 7 EStG Rz 214).

24 Auch bei der Einbringung betrieblicher Sachgesamtheiten nach § 24 des Umwandlungssteuergesetzes und Gutschrift des eingebrachten Werts in vorbezeichneter Weise geht die ganz herrschende Meinung von einem vollentgeltlichen Geschäft aus (z.B. BFH-Urteil vom 25.04.2006 – VIII R 52/04, BFHE 214, 40, BStBl II 2006, 847, unter II.B.3.a; vgl. auch BFH-Urteil vom 17.07.2008 – I R 77/06, BFHE 222, 402, BStBl II 2009, 464, unter B.I.3.; BMF-Schreiben vom 11.11.2011 – IV C 2-S. 1978-

b/08/10001//2011/0903665, BStBl I 2011, 1314, Rz 24.07 i.V.m. BMF-Schreiben in BStBl I 2016, 684; *Schmitt/Hört-nagl*, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 9. Aufl., § 24 UmwStG Rz 131; *Patt* in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock (D/P/M)*, Kommentar zum KStG, § 24 UmwStG Rz 108; *Bär/Merkle* in *Haritz/Menner/Bilitewski*, Umwandlungssteuergesetz, 5. Aufl., § 24 Rz 76).

25 2) Der Senat hält an dieser Beurteilung – auch aus Gründen der Rechtsprechungskontinuität – fest. Bei einer vereinbarungsgemäßen Gutschrift des Werts des eingebrachten Wirtschaftsguts in vorbezeichneter Weise liegt insgesamt ein tauschähnliches Geschäft vor. Dieser Vorgang ist auch entgeltlich, soweit eine anteilige Gutschrift auf dem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto erfolgt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Einbringung insgesamt für Rechnung des Einbringenden erfolgt, d.h. es zu keinen Vermögensverschiebungen zwischen den Gesellschaftern kommt.

26 In diesem Fall ist der auf dem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto verbuchte Wertanteil des eingebrachten Wirtschaftsguts Bestandteil der vom Einbringenden im Austausch gegen die Einräumung der Mitunternehmerstellung geschuldeten Leistung und damit Teil des tauschähnlichen Geschäfts. Auch wenn die Gutschrift auf diesem Rücklagenkonto dem Einbringenden – anders als eine Gutschrift auf dem Festkapitalkonto – keine direkte Vermögensposition zuweist, gewährleistet sie doch, dass der Einbringende eine Mitunternehmerstellung in Höhe des Werts seines eingebrachten Wirtschaftsguts erhält. Denn der Einbringende partizipiert an dem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto anteilig in Höhe seiner Beteiligungsquote, die sich wiederum nach dem Festkapitalkonto richtet. In einem solchen Fall ist die anteilige Gutschrift auf dem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto ein Teil der dem Einbringenden für seine Sacheinlage gewährten „tauschähnlichen Gegenleistung“ und nicht nur eine reflexartige Wertsteigerung seiner Beteiligung.

27 dd) Entgegen der Auffassung des FG ergibt sich im Grundsatz nichts Abweichendes aus den BFH-Urteilen in BFHE 251, 422, BStBl II 2016, 593 (Rz 25 f.) und vom 04.02.2016 – IV R 46/12 (BFHE 253, 95, BStBl II 2016, 607, Rz 26 f.).

28 In diesen Urteilen hat der Senat entschieden, dass keine Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten, sondern eine Einlage vorliegt, wenn der Gegenwert des übertragenen Wirtschaftsguts dem Einbringenden allein auf seinem Kapitalkonto II gutgeschrieben wird und sich die maßgeblichen Gesellschaftsrechte nach den Regelungen im Gesellschaftsvertrag nach dem aus dem Kapitalkonto I folgenden festen Kapitalanteil richten (so jetzt auch BMF-Schreiben in BStBl I 2016, 684).

29 Zugleich hat der Senat offengelassen, ob an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten sei, wonach ein vollentgeltliches Geschäft auch dann vorliege, wenn der Wert des eingebrachten Wirtschaftsguts nicht nur dem Kapitalkonto I, sondern zum Teil auch einem anderen Kapitalunterkonto (z.B. dem Kapitalkonto II) oder der gesamthänderisch gebundenen Rücklage gutgeschrieben werde. Das FG hat hieraus allgemein gefolgert, dass in derartigen Fällen die Einbringung in einen entgeltlichen (tauschähnliches Geschäft) und einen unentgeltlichen Teil (Einlage) aufzuteilen sei (vgl. auch Kollmann/Schmidt/Kaya, Deutsches Steuerrecht 2022, 2294). Dem schließt sich der Senat nicht an. Die geäußerten Bedenken bezogen sich allein auf die den vorbezeichneten Urteilen zugrundeliegenden besonderen Sachverhaltskonstellationen. In diesen Fällen war der Übertragende bereits Gesellschafter (Kommanditist) einer bestehenden Personengesellschaft (GmbH & Co. KG) und sowohl vor als auch nach der Einbringung zu 100% am Vermögen, Gewinn/Verlust und an den Stimmrechten der Personengesellschaft beteiligt (vgl. dazu HHR/Niehus/Wilke, § 6 EStG Rz 1560; Patt in D/P/M, a.a.O., § 24 UmwStG Rz 109). In solchen Fällen, in denen eine relative Erweiterung der Mitunternehmerstellung gegenüber den Mitgesellschaftern nicht erfolgt, stellt sich die Frage, ob und wie zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Vorgängen unterschieden werden kann. Bei der im Streitfall gegebenen Konstellation der (erstmaligen) Einräumung einer Mitunternehmerstellung liegt hingegen bei anteiliger Gutschrift des Werts des eingebrachten Wirtschaftsguts auf dem Festkapitalkonto und der gesamthänderisch gebundenen Rücklage ein insgesamt entgeltlicher Vorgang vor.

30 b) Bei Anwendung dieser Grundsätze ist im Streitfall § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG mangels einer Einlage insgesamt nicht anwendbar.

31 aa) Die Gesellschafter der Klägerin haben sich anlässlich ihrer Neugründung nach § 5 Nr. 3 G-Vertrag verpflichtet, ihre Sacheinlage durch Übertragung des Windkraftanlagengrundstücks einschließlich Aufbauten zu erbringen. Soweit der Wert dieser Einlage die Höhe der Festkapitalkonten der Gesellschafter von jeweils 2.500 €, d.h. insgesamt 10.000 € überstieg, war der übersteigende Betrag einem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto gutzuschreiben. Die Klägerin hat daher ein Mehrkontenmodell installiert. Ausweislich der gesellschaftsvertraglichen Regelungen richten sich bei diesem Kontenmodell die maßgeblichen Gesellschaftsrechte, insbesondere das Gewinnbezugsrecht und das Stimmrecht, nach den festen Kapitalanteilen der Gesellschafter (vgl. § 5 Nr. 2, § 10 Nr. 1, § 12 Nr. 6 G-Vertrag).

32 bb) Das einzubringende Windkraftanlagengrundstück befand sich vor der Übertragung auf die Klägerin im

Privatvermögen der Besitz-GbR. Die Sacheinlage stellt sich daher steuerrechtlich als die Einbringung von Einzelwirtschaftsgütern des Privatvermögens gegen erstmalige Einräumung von Mitunternehmerstellungen dar; der Grund und Boden sowie die aufstehende WKA sind steuerrechtlich unterschiedliche Wirtschaftsgüter (BFH-Urteil vom 06.02.2014 – IV R 41/10, Rz 41). Jeder Gesellschafter der Klägerin hat seine (ideellen) Anteile an dem Windkraftanlagengrundstück eingebracht. Der Umstand, dass das Windkraftanlagengrundstück zivilrechtlich unmittelbar von der Besitz-GbR auf die Klägerin übertragen wurde, ist unerheblich. Denn hiermit hat die Besitz-GbR ihre Abfindungsverpflichtung gegenüber der GbR I erfüllt und das Windkraftanlagengrundstück für Rechnung der Gesellschafter der Klägerin in dieselbe eingebracht.

33 cc) Dieser Einbringungsvorgang ist für jeden Gesellschafter der Klägerin als ein insgesamt tauschähnliches Geschäft und damit als ein vollentgeltlicher Vorgang zu werten. Dem steht die anteilige Gutschrift auf dem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto nicht entgegen. Das Entgelt besteht für jeden Gesellschafter in der Gutschrift auf dem jeweiligen Festkapitalkonto in Höhe von 2.500 € und seinem Anteil an der gesamthänderisch gebundenen Rücklage, der sich wiederum nach seiner Beteiligungsquote richtet.

34 2. Die Sache ist nicht spruchreif. Das FG hat – aus seiner Sicht zu Recht – bisher keine ausreichenden tatsächlichen Feststellungen zum gemeinen Wert der übertragenen WKA getroffen.

35 a) Überträgt ein Gesellschafter ein Wirtschaftsgut seines Privatvermögens gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in das Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft, wird dieser Vorgang nach ständiger Rechtsprechung als Anschaffung des Wirtschaftsguts zu einem dem gemeinen Wert des Wirtschaftsguts entsprechenden Preis beurteilt (z.B. BFH-Urteil vom 26.03.2015 – IV R 7/12, Rz 13, m.w.N.). Gehört das eingebrachte Wirtschaftsgut bei der Personengesellschaft zu deren abnutzbarem Anlagevermögen, ergibt sich die AfA-Bemessungsgrundlage nach § 7 Abs. 1 Satz 1 EStG folglich aus dem gemeinen Wert des Wirtschaftsguts im Zeitpunkt der Einbringung. Der gemeine Wert ist ein objektiver Wert. Dieser Wert ist vom FG festzustellen (BFH-Urteil vom 26.03.2015 – IV R 7/12, Rz 14 f.).

36 b) Die WKA ist eine Betriebsvorrichtung und damit – anders als der Grund und Boden, auf dem sie montiert ist – ein abnutzbares bewegliches Wirtschaftsgut des Anlagevermögens (z.B. BFH-Urteil vom 06.02.2014 – IV R 41/10, Rz 28, m.w.N.). Die Klägerin hat die AfA-Bemessungsgrundlage für die WKA mit einem Betrag von 400.000 € angesetzt. Das FA ist hingegen von einem wesentlich geringeren gemeinen Wert der WKA ausgegangen.

37 Das FG wird im zweiten Rechtsgang die erforderlichen Feststellungen zum gemeinen Wert der WKA nachzuholen und – im Rahmen des Klageantrags – über die Klage zu entscheiden haben.

Keine Gesamtrechtsnachfolge bei Ausgliederung

AO § 45 Abs. 1; FGO § 115 Abs. 2 Nrn. 1 u. 2; UmwG § 123 Abs. 3, § 131 Abs. 1 Nr. 1

Amtlicher Leitsatz:

In der Rechtsprechung des BGH und BFH ist geklärt, dass es in Fällen der Ausgliederung (§ 123 Abs. 3 UmwG) nicht zu einer Gesamtrechtsnachfolge i.S. des § 45 AO kommt. Der übernehmende Rechtsträger kann daher wegen eines an den übertragenden Rechtsträger ergangenen Steuerbescheids nicht in zulässiger Weise Klage erheben. (Rn. 14 – 18)

BFH (X. Senat),

Beschluss vom 10.03.2023 – X B 70/22

Tatbestand:

1 Die Klägerin und Beschwerdeführerin (Klägerin) ist eine GmbH & Co. KG. Einziger Kommanditist ist K. Dieser betrieb ursprünglich ein Einzelunternehmen und war im Handelsregister eingetragen. Mit Ausgliederungs- und Übernahmevertrag vom 03.12.2018 übertrug er das sich aus der noch aufzustellenden Ausgliederungsbilanz ergebende Vermögen des Einzelunternehmens als Gesamtheit zum Einbringungsstichtag 02.01.2019, 0:00 Uhr gegen Gewährung eines weiteren Kommanditanteils auf die Klägerin (Ausgliederung zur Aufnahme nach § 123 Abs. 3, §§ 152 ff. des Umwandlungsgesetzes – UmwG –). Die Ausgliederung wurde mit der Eintragung in das Handelsregister des K am 09.08.2019 wirksam.

2 Am 12.04.2019 – noch vor Wirksamwerden der Ausgliederung – ergingen geänderte Gewerbesteuerbescheide gegenüber K. Die von ihm bevollmächtigte Steuerberatungs-GmbH (S) legte am 07.05.2019 für K Einspruch ein. Am 26.05.2020 – nach Wirksamwerden der Ausgliederung – wies der Beklagte und Beschwerdegegner (Finanzamt – FA –) den Einspruch zurück. Die Einspruchsentscheidung war an K gerichtet.

3 Am 25.06.2020 erhob S für die Klägerin Klage gegen die gegen K ergangenen Gewerbesteuerbescheide.

Das Finanzgericht (FG) verwarf die Klage als unzulässig, da die Klägerin durch die gegen K ergangenen Bescheide nicht in ihren Rechten verletzt sein könne. Insbesondere bewirke die Ausgliederung zur Aufnahme nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung keine Gesamtrechtsnachfolge.

4 Mit ihrer Beschwerde begehrt die Klägerin die Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache und zur Fortbildung des Rechts.

5 Das FA hält die Beschwerde für unbegründet.

II. Aus den Gründen:

6 Die Beschwerde ist unbegründet.

7 Keiner der von der Klägerin geltend gemachten Zulassungsgründe ist tatsächlich gegeben.

8 1. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung i.S. des § 115 Abs. 2 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung (FGO).

9 a) Grundsätzliche Bedeutung kommt einer Rechtssache nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) zu, wenn die für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Rechtsfrage das (abstrakte) Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt. Außerdem muss die Rechtsfrage klärungsbedürftig und in einem künftigen Revisionsverfahren klärungsfähig sein (Senatsbeschlüsse vom 12.02.2019 – X B 90/18, BFH/NV 2019, 513, Rz 10, und vom 05.11.2020 – X B 50/20, BFH/NV 2021, 290, Rz 7).

10 b) So wie die Klägerin die Rechtsfrage formuliert, stellt sich schon von vornherein kein rechtliches Problem. Die Klägerin begehrt – im Hinblick darauf, dass auch sie es wohl als geklärt ansieht, dass in den Fällen der Ausgliederung keine Gesamtrechtsnachfolge eintritt – die Klärung der Rechtsfrage, ob es jedenfalls dann doch zu einer Gesamtrechtsnachfolge kommen muss, wenn die Ausgliederung vor dem Finanzrechtsstreit wirksam wurde oder zumindest der Ausgliederungsstichtag vor dem Datum des angegriffenen Bescheids in der Gestalt der Einspruchsentscheidung liegt.

11 Die Klägerin hat allerdings nicht deutlich machen können, inwieweit sich die von ihr gebildete Fallgruppe von den bereits durch die höchstrichterliche Rechtsprechung entschiedenen Fallgestaltungen (dazu noch unten c) unterscheidet. Die Frage, ob eine vom übernehmenden Rechtsträger erhobene Klage wegen eines an den übertragenden Rechtsträger ergangenen Steuerbescheids zulässig ist, kann sich denklogisch überhaupt nur stellen, wenn die Ausgliederung vor dem Finanzrechtsstreit wirksam wurde. Bei einer Ausgliederung, die erst nach Klageerhebung wirksam wird, liegt es (erst recht) fern,

dass ein anderer als der Steuerschuldner in zulässiger Weise Klage erheben könnte.

12 Nichts anderes ergibt sich für das Verhältnis zwischen dem Ausgliederungsstichtag und dem Datum des angefochtenen Bescheids bzw. der Einspruchsentscheidung. Wenn der Ausgliederungsstichtag dem Erlass des Bescheids bzw. der Einspruchsentscheidung zeitlich nachfolgt, kann sich das Problem, ob der Inhaltsadressat dieser Bescheide hätte geändert werden müssen, von vornherein nicht stellen.

13 Letztlich befasst sich die Beschwerdebegründung auch nicht mit der von der Klägerin formulierten (scheinbaren) Sonderkonstellation. Vielmehr kritisiert sie allgemein die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach es in Fällen der Ausgliederung nicht zu einer Gesamtrechtsnachfolge kommt.

14 c) Diese Frage ist in der Rechtsprechung geklärt und daher nicht klärungsbedürftig.

15 Nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG hat die Eintragung der Spaltung (hier: Ausgliederung nach § 123 Abs. 3 UmwG) in das Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers u.a. die Wirkung, dass der ausgegliederte Teil des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers einschließlich der Verbindlichkeiten entsprechend der im Spaltungs- und Übernahmevertrag vorgesehenen Aufteilung jeweils als Gesamtheit auf den übernehmenden Rechtsträger übergeht.

16 Der Bundesgerichtshof (Urteil vom 06.12.2000 – XII ZR 219/98, Neue Juristische Wochenschrift 2001, 1217, unter 3.) hat hierzu entschieden, dass jedenfalls bei einem Passivprozess ein Eintritt des übernehmenden Rechtsträgers in den Prozess im Wege der Rechtsnachfolge nicht in Betracht kommt. Leitend hierfür ist, dass es sich bei der Ausgliederung nicht um die Übertragung des gesamten Vermögens handelt, sondern um eine besondere Übertragungsart, die es gestattet, statt der Einzelübertragung verschiedener Vermögensgegenstände eine Summe von Vermögensgegenständen in einem Akt zu übertragen. Gleichwohl hat diese Summe von Einzelübertragungen (Ausnahme vom sachenrechtlichen Spezialitätsgrundsatz) prozessual keine anderen Rechtsfolgen als eine Einzelübertragung.

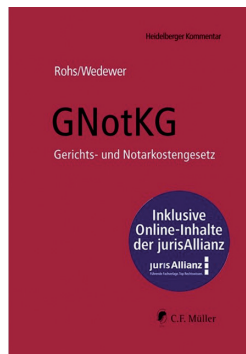
17 Diese Rechtsprechung hat der BFH anschließend in das Steuerrecht übertragen und in zahlreichen Entscheidungen die Anwendbarkeit der steuerverfahrensrechtlichen Regelung über die Gesamtrechtsnachfolge (§ 45 Abs. 1 der Abgabenordnung) auf Fälle der Ausgliederung (§ 123 Abs. 3 UmwG) und Abspaltung (§ 123 Abs. 2 UmwG) ver-

neint (wegen der Einzelheiten der Begründung vgl. zur Ausgliederung BFH-Urteile vom 07.08.2002 – I R 99/00, BFHE 199, 489, BStBl II 2003, 835; vom 23.03.2005 – III R 20/03, BFHE 209, 29, BStBl II 2006, 432, und vom 26.09.2006 – X R 21/04, BFH/NV 2007, 186; zur Abspaltung BFH-Urteil vom 05.11.2009 – IV R 29/08, BFHE 226, 492).

18 Die Klägerin zeigt nicht auf, welche Argumente gegen diese Rechtsprechung die genannten obersten Gerichtshöfe des Bundes noch nicht erwogen haben sollen. Soweit die Klägerin behauptet, in § 12 des Grundstücksverkehrsgesetzes und § 12 des Baugesetzbuchs seien Spezialvorschriften enthalten, die eine Gesamtrechtsnachfolge in Ausgliederungsfällen ausschließen, kann der Senat dies nicht nachvollziehen, da in den genannten Vorschriften weder von einer Ausgliederung noch von einer Gesamtrechtsnachfolge oder einer Ausnahme von einer Gesamtrechtsnachfolge die Rede ist.

19 d) In der Beschwerdebegründung wird zudem auch nicht aufgezeigt, in welchem Umfang, von welcher Seite und aus welchem Grunde die Beantwortung der aufgeworfenen Frage zweifelhaft und streitig sein soll (vgl. zu diesem Erfordernis Senatsbeschluss vom 24.06.2014 – X B 216/13, BFH/NV 2014, 1888, Rz 12, m.w.N.). Das FG hat – neben der Anführung der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung – eine umfassende Auswertung der Literatur zu der entscheidungserheblichen Frage vorgenommen und dabei ausschließlich Werke gefunden, in denen der dargestellten Rechtsprechung zugestimmt wird. Auch die Klägerin hat in ihrer Beschwerdebegründung kein einziges abweichendes Literaturzitat anführen können. Vor diesem Hintergrund ist die aufgeworfene Rechtsfrage bereits nicht als klärungsbedürftig anzusehen.

20 2. Bei dem Zulassungsgrund der Fortbildung des Rechts (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 Alternative 1 FGO) handelt es sich um einen speziellen Unterfall des Zulassungsgrundes der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache. Für seine Darlegung gelten daher regelmäßig dieselben Anforderungen, die an eine auf § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO gestützte Beschwerdebegründung zu stellen sind (ständige Rechtsprechung, vgl. BFH-Beschlüsse vom 30.11.2010 – VI B 100/10, BFH/NV 2011, 574, Rz 5, und vom 13.12.2012 – X B 104/12 BFH/NV 2013, 559, Rz 15). Da das Vorbringen der Klägerin insoweit lediglich auf ihren Vortrag zur grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache Bezug nimmt, kann eine Revisionszulassung im Streitfall auch nicht auf das Erfordernis einer Rechtsfortbildung gestützt werden.



GNotKG - Gerichts- und Notarkostengesetz

Kommentar von *Dr. Günther Rohs* und *Paul Wedewer*; fortgeführt von *Günther Rohs, Ministerialdirigent a.D., Dr. Wolfram Waldner, Notar a. D.,* und *Harald Wudy, Wiss. Leiter* der Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse.

Loseblattsammlung mit 140. Aktualisierung April 2023. 3 Ordner.

Verlag C. F. Müller GmbH, Heidelberg.

160,- €. ISBN 978-3-8114-3671-8.

Notar a. D. Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

In der Tradition des „Rohs/Wedewer“ verzahnt das Werk das materielle Recht mit dem Kostenrecht als dessen Folgerecht. Der seit Jahrzehnten bewährte und beliebte Kommentar wird mit seinen wissenschaftlich fundierten und zugleich praxisnahen Erläuterungen allen Anforderungen der täglichen Praxis gerecht. Besonders hervorzuheben ist das neue „ABC“, das auf über 200 Seiten alphabetisch alle in Betracht kommenden Verträge und Erklärungen mit Ausführungen zur Gebühr und zum Geschäftswert erläutert. Mit Hilfe dieses ausführlichen „ABC“ ist ein Kostenfall in der Regel ganzheitlich lösbar, ohne dass die Einzelvorschriften nachgeschlagen werden müssen.

Die Ergänzungslieferung nimmt das aktuelle Geschehen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur auf. Mit Wirkung vom 1.1.2023 wurde das seit dem 1.1.1900 in Deutschland bestehende Güterrechtsregister abgeschafft. Es können keine Neueintragungen mehr erfolgen, wohl aber noch Löschungen, außerdem ist das Register noch bis zum 31.12.2037 einsehbar. Für Altfälle ist eine Übergangsfrist. So bleiben die früheren Wirkungen des Güterrechtsregisters gegenüber Dritten nach § 1412 BGB a. F. bis 31.12.2027 bestehen (Art. 229 § 64 Abs. 1 EGBGB), vgl. § 100 Rn. 46. Zum 1.7.2022 hat das Elektronische Urkundenarchiv seine Tätigkeit aufgenommen. Beglaubigt der Notar nur die Unterschrift unter einem ihm vorgelegten Dokument, kann er entscheiden, ob er eine Abschrift verwahrt, wozu er einen Auftrag zu erhalten hat (KV 25100 Rn. 8; KV 32004 – 32016 Rn. 36). Die Digitalisierung im notariellen Tätigkeitsbereich ist nunmehr auch im Notariat mit großen Auswirkungen auf das Kostenrecht angekommen. Für bestimmte Vorgänge sind Online-Beurkundungen bzw. Online-Beglaubigungen zulässig. Ausführlich behandelt der Kommentar dazu die neu entstandenen Kostenfolgen (KV 25100 Rn. 25, 37a, 78a). Die fallbezogenen Gebühren können gemäß Nr. 32016 KV GNotKG weitgereicht werden. Das ab 1.1.2024 neu geführte Gesellschaftsregister wird neue kostenrechtliche Tatbestände einführen.

Auch auf den Fall einer Eigentumsumschreibung aufgrund eines Vorausvermögens eines Miterben ist das Kostenprivileg nach Nr. 14110 KV GNotKG anwendbar (KV 14110 – 14112 Rn. 12; OLG Köln BWNotZ 2022, 66). Die Zweijahresfrist für die Gebührenprivilegierung bei Nr. 14110 KV GNotKG ist eine Ausschlussfrist (KV 14110 Rn. 9), allerdings gelten auch

für das gerichtskostenrechtliche Verfahren ergänzend die Vorschriften des FamFG, so § 16 Abs. 2 FamFG i. V. m. § 222 Abs. 2 ZPO (so OLG Köln BWNotZ 2022, 66). Sind im Grundbuch bereits (fortdauernde) Zwangshypotheken/Zwangsversteigerungsvermerke eingetragen, so kann das Grundbuchamt bei solchen Bonitätsfeststellungen die Grundbucheintragung von der Zahlung eines Kostenvorschusses abhängig machen (§ 13 Rn. 14 ff.; OLG Karlsruhe FGPrax 2022, 243). Fraglich ist, ob sich die Gebühr für die Eintragung einer bedingten Rückauflassungsvormerkung nach dem vollen Grundstückswert (so nur OLG Köln FGPrax 2022, 238 = ZEV 2023, 110 m. abl. Anm. Waldner) oder nach dem halben Grundstückswert richtet (so § 45 Rn. 8; OLG München FGPrax 2015, 230 u. a.).

Fraglich ist, ob ein Notar, der den Vertrag mit dem rechtsgeschäftlich bestellten Vorkaufsrecht über ein Grundstück beurkundet hat, für die Beurkundung der Auflassung nach Ausübung des Vorkaufsrechts nur eine 0,5-Gebühr nach Nr. 21101 KV Nr. 2 GNotKG erhält (so das Werk in KV 2100 – 21102 Rn. 366; dazu auch KG FGPrax 2021, 647). Wurde das dingliche Vorkaufsrecht nicht beurkundet (z. B. lediglich unterschiftsbeglaubigt), so fällt für die Auflassung mangels Beurkundung des Verpflichtungsgeschäfts eine 2,0-Gebühr nach Nr. 21100 KV GNotKG an. Auch bei alltäglichen Vorgängen gibt es immer wieder Kostenprobleme, so zur kostenrechtlichen Bewertung einer Betreuungs- und Patientenverfügung mit der Frage, ob die Vermögensverhältnisse der Beteiligten eine zurückhaltende Erhöhung des Auffangwerts aus § 36 Abs. 3 GNotKG rechtfertigen können (§ 36 Rn. 69; § 98 Rn. 34; OLG Düsseldorf NotBZ 2023, 186). Selbst auf seltene Falllagen geht der Kommentar ein, so z. B., ob und wann dem Grundbuchamt gemäß § 35 Abs. 3 GBO eine eidesstattliche Versicherung über die Erbfolge bei geringwertigem Grundstück genügt (§ 40 Rn. 5 und 27). Im bedeutenderen Fall des Eingreifens einer Pflichtteilsstrafklausel oder Verwirkungsklausel wäre bei Bejahung der Zulässigkeit einer eidesstattlichen Versicherung (offen gelassen vom BGH BWNotZ 2022, 209) für die Gebühren vom Grundstückswert auszugehen (§ 40 Rn. 5; Vorbem. 2.3.3 – 23302 Rn. 21).

Diese kurzen Einblicke in die Vielfalt der Kostenfragen mögen genügen, belegen aber auch die Aktualität dieses vorzüglichen Werkes. Der Kommentar informiert souverän auf höchstem Niveau.



Geldwäscherecht

Von *Martin Thelen*,
1. Auflage 2021, Verlag C. H. Beck, 185 Seiten, Softcover.
59,- €. ISBN 978-3-406-76394-6.

Notarassessor Dr. Maximilian Wosgien, Brüssel

Im Vorwort seines bereits im Januar 2021 in erster Auflage erschienenen Werks schreibt *Thelen*: „Die Geldwäschebekämpfung ist von großer politischer und gesellschaftlicher Relevanz. Da[bei] kommt Notaren aufgrund ihrer gesetzlich vorgeschriebenen Mitwirkung bei Immobilienkäufen eine zentrale Rolle bei der Geldwäscherprävention zu. [...] Auch wenn die neuen Pflichten die Bürokratie in den Notarbüros erhöhen, fügen sie sich durchaus in das Berufsbild der Notare als öffentliche Amtsträger ein. Denn Aufgabe der Notare ist nicht allein die unabhängige und unparteiische Betreuung der Beteiligten. Ihre Tätigkeit dient vielmehr auch öffentlichen Zwecken.“ So ist es.

Derzeit beschäftigt die Berliner und Brüsseler Geschäftsstellen der Bundesnotarkammer kein Thema so intensiv wie die verschiedenen Gesetzgebungsinitiativen zur Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung. Das betrifft etwa die laufenden Verhandlungen zum sog. EU-Geldwäschepaket. Der russische Angriffskrieg in der Ukraine hat dem Thema eine zuvor ungeahnte Brisanz gegeben und der Ruf der Politik nach strengeren Regeln zur Geldwäschebekämpfung wird immer lauter.¹ Auch auf nationaler Ebene stehen jüngst mit dem sog. Sanktionsdurchsetzungsgesetz II² die Zeichen auf Verschärfung. Die Entwicklung ist damit nicht abgeschlossen; Notarinnen und Notare müssen sich auf weitere Gesetzesverschärfungen einstellen.

Dabei leisten die deutschen Notarinnen und Notare bereits jetzt als öffentliche Amtsträger an der Seite des Staates einen entscheidenden Beitrag zur Bekämpfung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung. Wie *Thelen* herausarbeitet, verringert schon das notarielle Verfahren an sich mit den beurkundungsrechtlichen Identifizierungs- und Dokumentationspflichten den Anreiz für Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung erheblich.³

Die Einhaltung der weitergehenden geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten ist für Notarinnen und Notare entscheidend. Ihre Einhaltung stellt die Praxis vor erhebliche Herausforderungen. Gleichzeitig können Verstöße gegen geldwäscherechtlichen Pflichten empfindlich sanktioniert und strafrechtlich verfolgt werden. Trotz des hohen Bedarfs an geldwäscherechtlicher Literatur spe-

ziell für Notarinnen und Notare ist die Anzahl an praktischen Ratgebern für die notarielle Praxis bislang überschaubar.⁴ In diese Lücke stößt Werk von *Thelen*.

Es dürfte wenige ebenso gute Kenner des praktischen Geldwäscherechts geben. In sein Buch hat er seine Erfahrungen einfließen lassen, die er als für das Geldwäscherecht zuständiger Referent der Bundesnotarkammer sammeln konnte. Es basiert auf den Auslegungs- und Anwendungshinweisen der Bundesnotarkammer zum Geldwäschegesetz und bietet darüber hinaus weiterführende und vertiefte Informationen und praktische Hinweise. Behandelt werden insbesondere: (i) Geldwäschetypologien und Risikofaktoren; (ii) Risikoanalyse und interne Sicherungsmaßnahmen; (iii) Sorgfaltspflichten, insbesondere Beurkundungsverbote; (iv) Meldepflichten, insbesondere nach der neuen GwGMeldV-Immobilien; und (v) Transparenzregister und Mitteilungspflicht.

Das Werk ist für die Praxis uneingeschränkt zu empfehlen, auch wenn es die Gesetzgebung zum 31. Dezember 2020 wiedergibt. Es weist noch immer einen sehr hohen Praxisbezug auf. Aufgeräumt wird mit verbreiten Missverständnissen in der Praxis, zum Beispiel zur vermeintlichen geldwäscherechtlichen Pflicht, eine Beurkundung mangels geldwäscherechtlicher Identifizierung abzulehnen.⁵ Es finden sich ausführliche Praxistipps, etwa zur Stellung eines Antrags auf Einsicht in das Transparenzregister⁶, oder auch Formulierungsbeispiele, beispielsweise für eine Negativverklärung hinsichtlich des Status eines Beteiligten oder wirtschaftlich Berechtigten als politisch exponierter Person⁷. Hilfreich sind etwa auch die Ausführungen zur Person des wirtschaftlich Berechtigten bei bestimmten juristischen Personen und Gesellschaften.⁸ Hilfreich sind ferner zum Beispiel die Ausführungen zur GwGMeldV-Immobilien.⁹

Der Rezensent wartet bereits gespannt auf die 2. Auflage des Werkes, die Mitte 2023 erscheinen soll. Diese wird *Thelens* Geldwäscherecht in der notariellen Praxis auf den aktuellen Gesetzstand bringen. Hätte der Rezensent einen Wunsch frei, würde er sich wünschen, dass *Thelen* anschließend eine 3. Auflage veröffentlichen wird. Denn dann wird es mit Inkrafttreten des EU-Geldwäschepakets ein EU-weites single rule book mit unmittelbar anwendbaren Sorgfaltspflichten geben. Ein guter Leitfaden wäre für die notarielle Praxis dann von großem Wert.

¹ So heißt es im Berichtsentwurf der beiden Ko-Berichtersteller im gemeinsamen ECON/LIBE-Ausschuss des Europäischen Parlaments über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems für Zwecke der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung: „Die völlig grundlose Invasion Russlands in die Ukraine und die anschließenden gezielten staatlichen Sanktionen gegen russische Oligarchen haben die Frage aufkommen lassen, wie eine derartige Nachlässigkeit gegenüber verdächtigen Geldströmen überhaupt und so lange möglich war. Die Reform des Unionsrahmens zur Bekämpfung der Geldwäsche ist daher aktueller denn je.“

² BGBl. 2022, S. 2606.

³ *Thelen*, Geldwäscherecht, Rn. 57.

⁴ Vgl. zur vierten Auflage 2020 von *Herzog*, Geldwäschegesetz, etwa *Wosgien* BWNNotZ 2020, 168.

⁵ *Thelen*, Rn. 404 f. m.w.N.

⁶ *Thelen*, Rn. 366.

⁷ *Thelen*, Rn. 390.

⁸ *Thelen*, Rn. 273 ff.

⁹ *Thelen*, Rn. 445 ff.

Standesnachrichten

Amtsniederlegungen:

Mit Ablauf des 30. Juni 2023 ist Herr Rechtsanwalt und Notar Rudolf Bezler, Stuttgart aus dem Notaramt ausgeschieden.

NOTRV

Deutsche
Notarrechtliche
Vereinigung e.V.

Ausschreibung

des „Helmut-Schippel-Preises“ für das Jahr 2024

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V. in Würzburg
setzt für eine hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit
auf dem Gebiet des Notarrechts den

„Helmut-Schippel-Preis“

in Höhe von 5.000 € aus.

Zum Notarrecht zählen alle Fragen des materiellen oder formellen Rechts, die mit der Notariatspraxis im weitesten Sinne oder der Vertragsgestaltung im Zusammenhang stehen (z. B. auch Grundstücksrecht, Erbrecht, Familienrecht, Gesellschafts- und Unternehmensrecht).

Über die Vergabe entscheidet der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. unter Ausschluss des Rechtsweges. Bewerber werden gebeten, ihre Forschungsarbeiten bis spätestens

30. Juni 2024

bei der
Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V.,
Gerberstraße 19,
97070 Würzburg,

in drei gedruckten Exemplaren (verbleiben bei der Notarrechtlichen Vereinigung) sowie
als pdf-Datei an notrv@dnoti.de einzureichen (maßgebend ist der Eingang).

Ein weiteres Exemplar wird im Falle des Preiserhalts zur Archivierung der
Helmut-Schippel-Preisträgerarbeiten zur Verfügung gestellt. Die endgültige Vergabeentscheidung
wird voraussichtlich Anfang 2025 getroffen. Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung
behält sich eine Aufteilung des Preises auf mehrere Bewerberinnen/Bewerber vor.
Die Preisverleihung findet im Rahmen einer wissenschaftlichen Vortragsveranstaltung statt.

Nähere Informationen erhalten Sie unter www.notrv.de.



ambiel
IT-SYSTEMHAUS

Ihre freundlichen IT-Profis

IT-Dienstleistung und optimierte Hardware für die führenden fünf
Fachanwendungen im Bereich Notariate.



Thomas Ambiel
Geschäftsführer



Serafina Domina
Software Consultant



Jörg Schulze
Teamleiter IT-Notariate

Jetzt kostenlos beraten lassen

☎ 07131 - 898699 - 200

✉ vertrieb@itservice.de



Aktuelle Hardware Highlights



Microsoft
Surface Laptop 5
High End Power



Zero Noise PC
Energieeffizient
und Still



iPhone 14
iPhone 14 Pro



Personalausweis-
scanner für NOAH



www.itcollection.de

Wünschen Sie sich den idealen IT-Partner an Ihrer Seite auf dem Weg zum eigenen Notariat?

Sie wurden gerade zur Notarin bzw. zum Notar bestellt? Dann sind Sie aktuell auf dem spannenden Weg zum Unternehmer mit Ihrem eigenen Notariat. Besonders bei Ihnen als Notarin bzw. Notar und Ihren Mitarbeitern unterliegen viele Ihrer Arbeitsprozesse zahlreichen rechtlichen Vorgaben: IT-Sicherheit, Datenschutz, Rechts- und Notariatskonformität, elektronische Akte, elektronisches Urkundenarchiv und Online-Beurkundung, um nur einige zu nennen.

Die Einhaltung dieser Standards bei Ihrer täglichen Arbeit ist für Ihre Reputation und für das Vertrauen Ihrer Mandantschaft zentral. Dies birgt bei Fehlern jedoch auch hohe rechtliche, finanzielle und damit auch unternehmerische Risiken.

Sie können diese IT-bezogenen Risiken auf ein Minimum reduzieren: indem Sie von Beginn Ihrer Notarlaufbahn mit einem erfahrenen und zuverlässigen IT-Partner zusammen arbeiten, der sich genau auf Ihre Anforderungen an IT-Systeme spezialisiert hat. Mit uns an Ihrer Seite können Sie und Ihre Mitarbeiter sich auf Ihre Arbeit und Ihre Mandanten konzentrieren. Ihre IT die einfach läuft: notariatskonform, rechtssicher und zuverlässig.

Sie wünschen sich für Ihr Notariat genau so einen Partner an Ihrer Seite? Dann wollen wir Sie gerne persönlich kennenlernen, um mit Ihnen zu prüfen, ob unsere IT-Lösungen auch Ihre Anforderungen erfüllen.

Vereinbaren Sie jetzt Ihren Kennenlern-Termin für eine kostenlose Erstanalyse mit Ihrem Lösungsberater!

Ihre klaren Vorteile mit ITcollection als Partner:

Seit 2006 der ideale IT-Partner für Notare:

mit über 1.000 betreuten Arbeitsplätzen bei aktuell über 100 Notariatskunden.

Sie bekommen von uns funktionierende, rechtssichere und notariatskonforme Arbeitsprozesse für Ihr Notariat – weit mehr als nur Hard- und Software.

Wir kümmern uns täglich (meist unsichtbar im Hintergrund) um aktuelle Cyber-Security, Datensicherungen, Software-Updates, nötige System-Updates.

Ihre IT ist bei uns in sicheren Händen.

Wir garantieren Ihnen sogar im kritischsten Fall, dass Ihre IT innerhalb von maximal 24 Stunden wieder vollumfänglich einsatzfähig ist.

Miete statt Kauf reduziert Ihre IT-Kosten und schont Ihre Liquidität. Ihre IT bleibt auf diese Weise flexibel und immer up-to-date - schon während des Aufbaus Ihres Notarbüros.

Erhebliche fachliche und finanzielle Entlastungen für Ihr Notarbüro.

Wir kümmern uns um Ihre IT.

Sichere IT-Komplettlösungen für Notare seit 2006

Jetzt Termin anfordern!
zentrale@itcollection.de

Sichern Sie sich noch bis 08. September 2023 eine kostenfreie Erstanalyse mit Ihrem Lösungsberater!