

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 308 Nr. 9 – AGB-rechtliche Zulässigkeit des Ausschlusses der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs in Grundstückskaufverträgen ab dem 1.10.2021

BGB § 2033 – Übertragung eines zum Nachlass gehörenden Erbteils durch Testamentsvollstrecker

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

WEG § 28 Abs. 3, Abs. 5 a. F. – Einheitliche Jahresabrechnung auch bei Untergemeinschaften einer Mehrhausanlage

EStG §§ 22 Nr. 2 i. V. m. 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 – Privates Veräußerungsgeschäft – Berechnung der 10-Jahres-Frist bei Erteilung einer sanierungsrechtlichen Genehmigung

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 308 Nr. 9

AGB-rechtliche Zulässigkeit des Ausschlusses der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs in Grundstückskaufverträgen ab dem 1.10.2021

I. Sachverhalt

Mit Wirkung zum 1.10.2021 wurde § 308 BGB um eine Ziffer 9 ergänzt, die wie folgt lautet:

„In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam: [...]

9. (Abtretungsausschluss)

eine Bestimmung, durch die die Abtretbarkeit ausgeschlossen wird

a) für einen auf Geld gerichteten Anspruch des Vertragspartners gegen den Verwender oder

b) für ein anderes Recht, das der Vertragspartner gegen den Verwender hat, wenn

aa) beim Verwender ein schützenswertes Interesse an dem Abtretungsausschluss nicht besteht oder

bb) berechnete Belange des Vertragspartners an der Abtretbarkeit des Rechts das schützenswerte Interesse des Verwenders an dem Abtretungsausschluss überwiegen; [...]

II. Frage

Hat die Änderung Auswirkungen auf den Ausschluss der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs bei Verbraucherverträgen?

III. Zur Rechtslage

1. Zu § 308 Nr. 9 BGB

a) Anwendungsbereich

Die Norm wurde durch das „Gesetz für faire Verbraucherverträge“ vom 10.8.2021 (BGBl. I 2021, 3433) in § 308 BGB eingefügt. Die Norm ist gem. Art. 229 § 60 EGBGB auf ab dem 1.10.2021 entstandene Schuldverhältnisse anzuwendenden.

Gleichzeitig wurde § 308 Nr. 9 BGB in den Katalog des § 310 Abs. 1 S. 1 BGB aufgenommen. Bei Verwendung

von AGB gegenüber Unternehmern findet die Norm damit keine Anwendung. Gem. § 310 Abs. 1 S. 2 BGB ist indes nicht ausgeschlossen, dass der Norm Indizwirkung bei der Beurteilung der Wirksamkeit von Klauseln nach § 307 Abs. 1 u. 2 BGB im unternehmerischen Rechtsverkehr zukommt (vgl. statt aller BeckOGK-BGB/Richters/Friesen, Std.: 1.7.2021, § 310 Rn. 52 ff.).

Die Vorschrift findet zudem nur dann Anwendung, wenn es sich bei den Vertragsbedingungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Dies wird bei Verbraucherverträgen gem. § 310 Abs. 3 BGB regelmäßig der Fall sein, da hier die einmalige Verwendungsabsicht genügt und die Bedingungen als vom Unternehmer gestellt gelten. Liegt kein Verbrauchervertrag vor, sondern ein Vertrag zwischen zwei Unternehmern oder zwischen zwei Verbrauchern, findet § 310 Abs. 3 BGB keine Anwendung. Dann muss im Einzelfall geprüft werden, ob die Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegen, insb. ob bei *Vorformulierung* der Bedingungen durch den Notar ein *Stellen* der Bedingungen einer Vertragspartei vorliegt (ausführlich zur Thematik des „Stellens“ bei einer Vorformulierung durch den Notar Leuschner, in: Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, 2021, § 305 Rn. 124; vgl. auch BGH NJW 1991, 843). Das wird aufgrund der Neutralitätspflicht des Notars regelmäßig nicht der Fall sein.

b) Auswirkungen auf die Inhaltskontrolle

Mit dem Klauselverbot des § 308 Nr. 9 BGB sollen ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien nicht nur Vereinbarungen erfasst werden, durch die die Abtretung eines Anspruchs gänzlich ausgeschlossen wird, sondern auch solche, durch die die Abtretbarkeit lediglich beschränkt wird (Wais, NJW 2021, 2833, 2834). So sollen auch Klauseln unter das neue Klauselverbot fallen, mit denen eine Abtretung des Anspruchs nur an bestimmte Personen zugelassen, beschränkt, an bestimmte Voraussetzungen gebunden oder von einer Zustimmung des Schuldners abhängig gemacht wird (BT-Drs. 19/26915, S. 30).

Ausgangspunkt der Regelung ist, dass nach § 399 Alt. 2 BGB die Abtretbarkeit von Ansprüchen grundsätzlich durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen werden kann. Für Geldforderungen enthielt bisher bereits § 354a HGB eine Sonderregelung für Kaufleute, die zumindest die Abtretung weiterhin wirksam werden ließ. Weitere Beschränkungen bezüglich Abtretungsausschlüssen bestanden bisher nicht.

Während ausweislich der Begründung des Entwurfs der Bundesregierung alle Abtretungsbeschränkungen bei Ansprüchen eines Verbrauchers gegen den Verwender

von AGB, die auf die Zahlung von Geld gerichtet sind, gem. § 308 Nr. 9 lit. a) BGB unwirksam sein sollen, soll durch § 308 Nr. 9 lit. b) für andere Ansprüche und Rechte die anhand der Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB entwickelte und von der Gesetzesbegründung explizit in Bezug genommene Rechtsprechung festgeschrieben werden, wonach ein Abtretungsausschluss unwirksam ist, wenn ein schützenswertes Interesse des Verwenders nicht besteht oder berechtigte Belange des Verbrauchers an der Abtretbarkeit des Anspruchs oder des Rechts das berechtigte Interesse des Verwenders der AGB überwiegen (BT-Drs. 19/26915, S. 11 und 30).

Tatsächlich entspricht die Regelung des § 308 Nr. 9 lit. b) BGB der **ständigen Rechtsprechung des BGH** (vgl. zuletzt BGH NJW 2012, 2107 Rn. 9 m. w. N.; zudem BGH NJW 1995, 665, 666; BGH NJW 1990, 1601; BGH NJW 1989, 2750; MünchKommBGB/Roth/Kieninger, 8. Aufl. 2019, § 399 Rn. 40; BeckOGK-BGB/Quantz, Std.: 1.5.2021, § 307 Abtretungsklausel Rn. 49; BeckOGK-BGB/Lieder, Std.: 1.8.2021, § 399 Rn. 82 f.). Die Gesetzesbegründung führt in der Folge ausdrücklich an, dass sich insofern keine Änderung der Rechtslage ergebe (BT-Drs. 19/26915, S. 21). Der Gesetzgeber geht dementsprechend davon aus, dass ein Abtretungsausschluss hinsichtlich *nicht* auf Geld gerichteter Ansprüche und Rechte in den AGB des Schuldners unter den gleichen Voraussetzungen wie bisher vereinbart werden kann (BT-Drs. 19/26915, S. 30).

Nach dem der Gesetzesbegründung insoweit eindeutig zu entnehmenden Willen des Gesetzgebers sollte durch die Einfügung von § 308 Nr. 9 lit. b) BGB die Rechtslage bezüglich nicht auf Geld gerichteter Ansprüche und Rechte gerade nicht geändert werden. Zwar wurden im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens teilweise Befürchtungen geäußert, dass die Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung in § 308 Nr. 9 BGB dazu führen könnte, dass Entscheidungen der Gerichte künftig eher zur Unwirksamkeit des Abtretungsverbots gelangen (so bspw. der Deutschen Anwaltverein in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf abrufbar unter: <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-10-20-refe-faire-verbrauchervertraege>, dort S. 4). Gleichwohl wird ebenda davon ausgegangen, dass die bisherigen Grundsätze der Rechtsprechung weiterhin Geltung behielten (ebenso LG Berlin, Urt. v. 20.4.2021 – 65 S 241/20, Rn. 41 ff.; BeckOGK-BGB/Lieder, § 399 Rn. 82; wohl auch Ring, NJ 2021, 393 f.; für den *unternehmerischen* Rechtsverkehr – angesichts der Rechtsprechung zur Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB jedenfalls bezüglich Geldforderungen i. S. v. § 308 Nr. 9 lit. a) BGB u. E. zumindest zweifelhaft – eine Indizwirkung von § 308 Nr. 9 BGB verneinend Leuschner/Sajnovits, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, 2021, Teil 3 Rn. 3).

Nach bisheriger Rechtsprechung ist für das Abwägen der einander gegenüberstehenden Interessen des Schuldners an einem Abtretungsausschluss und des Klauselgegners an der Abtretbarkeit ein generalisierender, überindividueller Prüfungsmaßstab und eine typisierende Betrachtungsweise zu Grunde zu legen. Auf die speziellen Umstände des Einzelfalls kommt es insoweit nicht an, sondern darauf, wie die Klausel unter Berücksichtigung aller nicht fernliegenden Fallgestaltungen verwendet werden kann (BGH NJW 2012, 2107 Rn. 10 m. w. N.). Regelmäßig setzen sich dabei die Interessen des Forderungsschuldners an klarer und übersichtlicher Vertragsabwicklung gegenüber dem Interesse des Gläubigers an der wirtschaftlichen Verwertbarkeit der Forderung durch (BeckOGK-BGB/Lieder, § 399 Rn. 82 f.; krit. und für eine Vermutung der Unzulässigkeit eines formelmäßigen Abtretungsausschlusses, die der Verwender entkräften müsse, aber MünchKommBGB/Roth/Kieninger, § 399 Rn. 40).

Etwas anderes könnte allenfalls gelten, wenn der Vertragspartner des Verwenders (regelmäßig der Verbraucher als Erwerber) auf eine Abtretung oder Verpfändung (vgl. § 1274 Abs. 2 BGB) des Eigentumsverschaffungsanspruchs zu Finanzierungszwecken angewiesen ist (bspw. beim Erwerb einer Teilfläche oder beim Bauträgervertrag, bei dem der Bauträger eine Sicherheit gem. § 7 MaBV stellt). Dann würde ein Ausschluss der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs ggf. zur Unmöglichkeit der Finanzierung führen, so dass man in diesem Fall vertreten könnte, dass das Interesse an einer Sicherungsmöglichkeit das Interesse des Verwenders überwiegt. Dabei muss allerdings berücksichtigt werden, dass die Finanzierung grundsätzlich allein Angelegenheit des Erwerbers ist. Es scheint also ebenso vertretbar, dass man auch in diesem Fall das Interesse daran, dass ihm kein Vertragspartner aufgedrängt wird, als überwiegend ansieht. In diesen Fällen wird aber schon der Notar regelmäßig versuchen, darauf hinzuwirken, dass ein solcher Abtretungsausschluss in den Vertrag gar nicht erst aufgenommen wird, wenn ihm bekannt ist, dass der Erwerber auf eine entsprechende Abtretung zu Finanzierungszwecken angewiesen ist. Gestalterisch abmildern lässt sich das Risiko für den Veräußerer, indem man die Abtretungsmöglichkeit dahingehend beschränkt, dass eine Abtretung nur an Kreditinstitute zulässig ist.

2. Auswirkungen auf den formelmäßigen Ausschluss der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs in Grundstückskaufverträgen

Bezüglich des vertraglich begründeten Eigentumsverschaffungsanspruchs aus §§ 433 Abs. 1 S. 1, 311b BGB in Grundstückskaufverträgen dürfte sich daher weiterhin das schützenswerte Interesse des Verkäufers, bis zur

Kaufpreiszahlung oder bis zu seiner Zustimmung an dem von ihm ausgesuchten ursprünglichen Vertragspartner festhalten zu wollen und sich nicht nach Abtretung des Anspruchs einem anderen, quasi aufgedrängten Forderungsinhaber gegenüberzusehen, überwiegen. Dem Verbraucher-Käufer dürfte regelmäßig schon nicht an einer wirtschaftlichen Verwertung im Wege der Abtretung gelegen sein (BeckOGK-BGB/Quantz, § 307 Abtretungsklausel Rn. 54), jedenfalls dürfte ein solches Interesse des Käufers das Beharrungsinteresse des Verkäufers als Schuldner in der Regel nicht überwiegen.

Dies gilt u. E. selbst dann, wenn die Rechtsprechung künftig eine restriktivere, eher zu einer Vermutung der Unzulässigkeit eines Abtretungsausschlusses in AGB neigende Tendenz entwickeln sollte. Insoweit besteht nämlich ein integrales Interesse des Veräußerers daran, dass der Vertragspartner Inhaber des Anspruchs bleibt, weil nur so die häufig vereinbarten Löschungsmöglichkeiten für die Vormerkung als Sicherungsinstrument zu Gunsten des Verkäufers ihre Wirksamkeit behalten können, soweit entsprechende Vollmachten oder Erklärungen durch den Käufer abgegeben werden. Diese Gefahr kann zwar durch Vereinbarung einer aufschiebend bedingten Vormerkung reduziert werden. Die im vorangegangenen Absatz genannten Argumente gelten aber auch in diesem Fall.

Wir gehen im Ergebnis daher davon aus, dass sich § 308 Nr. 9 BGB auf den formelmäßigen Ausschluss der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs in Grundstückskaufverträgen regelmäßig nicht auswirkt und dieser somit *grundsätzlich* weiterhin zulässig bleibt. Der Ausschluss der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruches ist gemäß § 308 Nr. 9 lit. b) BGB nur dann unwirksam, wenn beim Verwender, also dem Verkäufer, kein schützenswertes Interesse an dem Abtretungsausschluss besteht. Dies wird man aber regelmäßig bejahen können.

BGB § 2033

Übertragung eines zum Nachlass gehörenden Erbteils durch Testamentsvollstrecker

I. Sachverhalt

Die Erblasserin hat in einem handschriftlichen Testament ihre Beteiligung an einem Grundstück an eine Person vermacht, die nicht Miterbin ist. Es hat sich herausgestellt, dass die Erblasserin keinen Miteigentumsanteil an dem vermachten Grundbesitz hatte, sondern der Grundbesitz im Eigentum einer Erbengemeinschaft steht, an der die Erblasserin beteiligt war. Der betroffene Grundbesitz ist einziger verbliebener Nachlassgegen-

stand der im Grundbuch eingetragenen Erbengemeinschaft.

Die Beteiligten sind einig, dass der Vermächtnisnehmerin somit der Erbteil vermacht wurde, den die Erblasserin an der im Grundbuch eingetragenen Erbengemeinschaft innehatte.

Im Testament wurde Testamentsvollstreckung angeordnet.

II. Frage

Kann der Testamentsvollstrecker den Vermächtniserfüllungsvertrag in Form der Erbteilsübertragung abschließen oder ist die Mitwirkung der Erben erforderlich?

III. Zur Rechtslage

1. Zum zulässigen Gegenstand eines Vermächtnisses

Gegenstand eines Vermächtnisses i. S. d. §§ 1939, 2147 ff. BGB ist ein Vermögensvorteil. Vermächtnisgegenstand kann damit alles sein, was als Inhalt der Leistungspflicht eines Schuldners nach § 241 BGB vereinbart werden könnte, sofern nur ein Vermögensvorteil zugewendet wird (vgl. nur Palandt/Weidlich, BGB, 80. Aufl. 2021, § 1939 Rn. 4 m. w. N.). Typischerweise fallen darunter Geldbeträge, Grundstücke, Gesellschaftsanteile, aber auch Forderungsrechte oder der Erlass einer Forderung (z. B. aus einem Darlehen). In diesem Zusammenhang ist anerkannt, dass auch ein Erbteil an einer noch ungeteilten Erbschaft einem anderen im Wege des Vermächtnisses zugewandt werden kann (RGZ 105, 246, 251; Soergel/Ludyga, BGB, 14. Aufl. 2020, § 2169 Rn. 4).

2. Zum Vermächtnisgegenstand im vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall wurde nach dem mitgeteilten Wortlaut des privatschriftlichen Testaments nicht der Erbteil im Wege des Vermächtnisses zugewandt, sondern der – rechtlich nicht existente – Anteil der Erblasserin am Grundbesitz, der zum Nachlass gehört, an dem die Erblasserin als Miterbin beteiligt war.

Streng genommen steht wegen der Gesamthandsbindung (vgl. § 2032 Abs. 1 BGB) keinem der Miterben vor Auseinandersetzung des Nachlasses ein „Anteil“ an einem solchen Grundstück zu, über den selbständig verfügt werden könnte. Daher ist das Vermächtnis über den „Anteil“ der Erblasserin an diesem Nachlassgegenstand grundsätzlich nach § 2169 Abs. 1 BGB **unwirksam**, da der vermachte Gegenstand zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehört. Insoweit könnte es sich allenfalls um ein Verschaffungsvermächtnis i. S. v. § 2170 Abs. 1 BGB handeln (was insbesondere anzunehmen wäre, wenn der Erblasserin die Nichtzugehörigkeit zum Nachlass bekannt war). Der mit dem Ver-

mächtnis beschwerte Erbe wäre dann verpflichtet, dem Vermächtnisnehmer den Gegenstand „zu verschaffen“, d. h. der „Anteil“ am Grundbesitz müsste erst durch Auseinandersetzung der Gesamthandsgemeinschaft bezüglich des Grundstücks gebildet werden, damit er anschließend vom Erben in Erfüllung des Vermächtnisses auf den Vermächtnisnehmer übertragen werden kann (für den Fall, dass eine Verschaffung nicht möglich wäre, hätte der Beschwerte gem. § 2170 Abs. 2 S. 1 BGB Wertersatz zu entrichten).

Da es sich im vorliegenden Fall um ein handschriftliches Testament der Erblasserin handelt, ist u. E. jedoch auch eine Auslegung dahingehend denkbar, dass nicht der „Anteil“ am Grundbesitz, sondern der gesamte Anteil an der Hinterlassenschaft des vorverstorbenen Erblassers (Erbteil) vermacht werden sollte. Dies wird v. a. davon abhängen, was zum Zeitpunkt des Erbfalls im Nachlass des vorverstorbenen Erblassers vorhanden war und ob sich schon zu diesem Zeitpunkt dessen Nachlass in dem darin befindlichen Grundstück „erschöpfte“ (der mitgeteilte Sachverhalt ist insoweit nicht ganz eindeutig). Hierbei handelt es sich aber letztlich um eine reine **Auslegungsfrage**, die von uns nicht abschließend beurteilt werden kann.

3. Erfüllung des Vermächtnisses

Für den Fall, dass im Wege der Auslegung davon auszugehen ist, dass sich das Vermächtnis auf den Erbteil als solchen bezieht, ist das Vermächtnis durch Übertragung des Erbteils i. S. v. § 2033 Abs. 1 BGB zu erfüllen. Ist die Erblasserin von mehreren Miterben beerbt worden, dann ist hierfür eine gemeinschaftliche Verfügung ihrer Miterben i. S. v. § 2040 Abs. 1 BGB erforderlich, da es sich bei dem Erbteil um einen Einzelgegenstand ihres Nachlasses handelt.

Ausweislich des mitgeteilten Sachverhalts hat die Erblasserin Testamentsvollstreckung angeordnet. Leider ist nicht mitgeteilt, um was für eine Art der Testamentsvollstreckung es sich handelt (Auseinandersetzungsvollstreckung, reine Verwaltungsvollstreckung oder Dauervollstreckung, vgl. § 2209 Abs. 1 BGB).

In jedem Fall unterfallen die einzelnen Nachlassgegenstände – sofern der Erblasser keine einschränkenden Anordnungen getroffen hat – dem Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers (vgl. § 2205 BGB). Dieser schließt im Umfang seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis eine Verfügung der Erben aus (vgl. § 2211 Abs. 1 BGB). Ausgeschlossen vom Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers sind jedoch die (persönlichen) Rechtsverhältnisse der Erben, die nicht zum Nachlass gehören, sowie die Rechtsstellung des Erben in Bezug auf den Nachlass (vgl.

nur MünchKommBGB/Zimmermann, 8. Aufl. 2020, § 2205 Rn. 7). Der Testamentsvollstrecker kann daher bspw. nicht für den Erben die angefallene Erbschaft annehmen oder ausschlagen, da es sich hierbei um eine persönliche Erklärung des Erben handelt. Gleiches gilt für eine Übertragung des Erbteils des Miterben i. S. v. § 2033 Abs. 1 BGB, da dieses Recht allein dem einzelnen Miterben zusteht.

Der Ausschluss von Verfügungen über Erbteile am Nachlass bezieht sich allerdings nur auf den Nachlass des Erblassers, der der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt; hinsichtlich der Erbteile an einem **anderen Nachlass**, die in den Nachlass des verstorbenen Erblassers fallen, ist der Testamentsvollstrecker **nicht von einer Verfügung ausgeschlossen** (so explizit BGH NJW 1984, 2464, 2465 = BeckRS 9998, 101563 = FamRZ 1984, 780). Ein Erbteil, der den Erbeserben zugefallen ist und erst für diese der Testamentsvollstreckung unterliegt, kann, ebenso wie sonstige Vermögensgegenstände, als solcher Gegenstand der Verwaltung und damit auch der Verfügung durch den Testamentsvollstrecker sein (BeckOGK-BGB/Grotheer, 1.10.2020, § 2205 Rn. 43.1).

4. Ergebnis

Hinsichtlich des Erbteils an der Erbengemeinschaft, deren Nachlass der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt, hat der Testamentsvollstrecker kein Verfügungs- und Verwaltungsrecht. Er ist daher auch nicht in der Lage, insoweit ein Vermächtnis zu erfüllen, das auf Übertragung des angefallenen Erbteils oder auf dessen Belastung, z. B. durch einen Erbteilsnießbrauch, gerichtet ist (BeckOGK-BGB/Grotheer, § 2205 Rn. 45.1).

Im vorliegenden Fall betrifft die Vermächtniserfüllung aber einen Erbteil an einem **Fremd-Nachlass**, der in den Nachlass der Erblasserin gefallen ist. Wenn dem Testamentsvollstrecker in Bezug auf den Nachlass der Erblasserin ein Verwaltungs- und Verfügungsrecht zusteht, kann er über Einzelgegenstände dieses Nachlasses – und damit auch über den ererbten Erbteil – verfügen und demzufolge auch ein hierüber ausgesetztes Vermächtnis durch Erbteilsübertragung gem. § 2033 Abs. 1 BGB erfüllen. Einer Mitwirkung der Erben bedarf es hierfür nicht.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Abruf-Gutachten.

MaBV § 3; BGB §§ 631, 640

Getrennter Ratenplan für die Herstellung einer Erschließungsstraße; Unzulässigkeit der Abnahme durch einen vom Bauträger bestimmten Sachverständigen

Abruf-Nr.:

EuErbVO Art. 25

Bosnien: Ehegattenerbvertrag

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

WEG § 28 Abs. 3, Abs. 5 a. F.

Einheitliche Jahresabrechnung auch bei Untergemeinschaften einer Mehrhausanlage

1. Auch dann, wenn nach der Gemeinschaftsordnung einer Mehrhausanlage Untergemeinschaften in eigener Zuständigkeit nach dem Vorbild selbständiger Eigentümergemeinschaften über die Lasten und Kosten entscheiden, muss für die Wohnungseigentümergeinschaft eine einheitliche Jahresabrechnung erstellt und beschlossen werden.

2. Über die Gesamtabrechnung als Teil der einheitlichen Jahresabrechnung muss zwingend allein die Gesamtgemeinschaft beschließen; ebenso ist die Darstellung der Instandhaltungsrücklage notwendigerweise Sache der Gesamtgemeinschaft, und zwar auch dann, wenn für Untergemeinschaften separate Rücklagen zu bilden sind.

3. Untergemeinschaften kann eine Befugnis zur eigenständigen Beschlussfassung über Teile der einheitlichen Jahresabrechnung nur durch ausdrückliche, eindeutige Regelung in der Gemeinschaftsordnung eingeräumt werden, und zwar beschränkt auf die Verteilung der ausschließlich die jeweilige Untergemeinschaft betreffenden Kosten in den Einzelabrechnungen; im Zweifel ist das Rechnungswesen insgesamt Sache der Gesamtgemeinschaft. (Teilweise Aufgabe von Senat, Urteil vom 20. Juli 2012 – V ZR 231/11, NZM 2012, 766)

BGH, Urt. v. 16.7.2021 – V ZR 163/20

Problem

Im Streitgegenständlichen Verfahren ging es um eine

Mehrhausanlage, bei der die Wohnungseigentümergeinschaft in mehrere Untergemeinschaften untergliedert war. In einer Eigentümerversammlung der Gesamtgemeinschaft wurde ein Beschluss über die Genehmigung der Jahresabrechnung für das Vorjahr gefasst. Die Darstellung der Instandhaltungsrücklage führte unter der Position „Instandhaltungsrücklage Haus X“ Entnahmen in Höhe von 18.664,45 € für Architekten- und Planungskosten auf. Hiergegen wandten sich die Kläger mit einer Beschlussmängelklage. Sie argumentierten, der Gesamtgemeinschaft fehle die **Beschlusskompetenz für die Abrechnung** über die vorgenannte Entnahme.

Sie stützten sich u. a. auf die Gemeinschaftsordnung: In dieser war geregelt, dass jede Untergemeinschaft sämtliche ihrem Haus zuzuordnenden Kosten und Lasten so zu tragen hatte, als ob sie eine eigene Wohnungseigentümergeinschaft wäre und dass bei ausschließlich einer bestimmten Untergemeinschaft zuzuordnenden Angelegenheiten allein die Mitglieder dieser Untergemeinschaft stimmberechtigt sein sollten. Des Weiteren war vorgesehen, dass – soweit möglich – gesonderte Rücklagen zu bilden sowie die Gebäude gesondert abzurechnen seien.

Entscheidung

Der Bundesgerichtshof verneinte das Vorliegen des gerügten Beschlussmangels. Nur die Gesamtgemeinschaft dürfe den Beschluss über die Gesamtabrechnung und die Darstellung der Instandhaltungsrücklage fassen. Durch Vereinbarung könnten zwar weitgehend selbstständige Untergemeinschaften gebildet werden. Für die Wohnungseigentümergeinschaft insgesamt müsse aber **eine einheitliche Jahresabrechnung** erstellt und beschlossen werden, und zwar auch, wenn die Untergemeinschaften in eigener Zuständigkeit über die Lasten und Kosten entschieden. Dem Wohnungseigentumsrecht sei ein **Nebeneinander von Teiljahresabrechnungen** nämlich **fremd**: Erstens diene die aus der Gesamtabrechnung abgeleitete Einzelabrechnung dazu, eine (einheitliche) Abrechnungsspitze im Verhältnis zwischen dem einzelnen Wohnungseigentümer und der Gesamtgemeinschaft zu ermitteln; in diese flössen stets auch Kosten ein, die – wie etwa Verwalter- oder Kontoführungskosten – die Gesamtgemeinschaft betreffen. Zweitens müssten etwaige Abrechnungsmängel in einem **einheitlichen Verfahren** geklärt werden; gäbe es nebeneinanderstehende Beschlüsse der Gesamtgemeinschaft und der Untergemeinschaften, wäre unklar, ob ggf. mehrere Anfechtungsverfahren eingeleitet werden müssten.

Müsse danach eine einheitliche Jahresabrechnung aufgestellt und beschlossen werden, seien Ausgestaltung

und Grenzen von Vereinbarungen über die Mitwirkung von Untergemeinschaften an der Jahresabrechnung zu klären.

Über die Gesamtabrechnung als Teil der einheitlichen Jahresabrechnung müsse zwingend allein die Gesamtgemeinschaft beschließen, da die Gesamtgemeinschaft Inhaberin der Bankkonten sei und der Verwalter der Gesamtgemeinschaft eine Rechnungslegung schulde; nur auf der Grundlage der Gesamtabrechnung könne der Verwalter kontrolliert werden.

Auch die einen notwendigen Bestandteil der einheitlichen Jahresabrechnung bildende **Darstellung der Instandhaltungsrücklage** sei eine Sache der Gesamtgemeinschaft, und zwar auch dann, wenn – wie hier – für Untergemeinschaften separate Rücklagen gebildet würden. Die Darstellung der Rücklagen berühre nämlich zwingend die Interessen **aller** Wohnungseigentümer. Denn der Jahresabrechnung müsse sich entnehmen lassen, wie die auf den Bankkonten der rechtsfähigen Gesamtgemeinschaft verwalteten zweckgebundenen Gelder verwendet und verbucht worden seien. Unerheblich sei insoweit, ob mehrere sowie gebäudeseparate Bankkonten unterhalten würden, da die Darstellung der Instandhaltungsrücklage in der Jahresabrechnung stets auf die **Buchhaltungskonten** bezogen sei; außerdem sei die rechtsfähige Gesamtgemeinschaft die Inhaberin sämtlicher Bankkonten, und zwar auch derjenigen, die für die Rücklagen der Untergemeinschaften eingerichtet seien.

Zu den Einzelabrechnungen führte der Bundesgerichtshof aus, dass diese insoweit Sache der Gesamtgemeinschaft seien, als es um die Verteilung derjenigen Kosten gehe, die sämtliche Wohnungseigentümer betreffen. Untergemeinschaften könnten daher allenfalls dazu befugt sein, die ausschließlich ihre Mitglieder betreffenden Kosten in den Einzelabrechnungen zu verteilen.

Der Bundesgerichtshof konstatierte insofern zusammenfassend, die Verselbständigung der Untergemeinschaft habe ihre sachliche Bedeutung vielmehr **auf anderen Gebieten** als dem Rechnungswesen, insbesondere könnten Untergemeinschaften – bei entsprechender Ausgestaltung der Gemeinschaftsordnung – eigenständig über Instandhaltungsmaßnahmen an dem zugehörigen Gebäude und die Finanzierung derselben entscheiden.

Unabhängig davon sei ein Beschlussmangel vorliegend auch deshalb zu verneinen, weil sich der konkreten Gemeinschaftsordnung nicht mit hinreichender Eindeutigkeit entnehmen lasse, dass die Untergemeinschaften an dem Rechnungswesen der Wohnungseigentümerge-

meinschaft mitwirken sollten. Es genüge nicht, wenn die Gemeinschaftsordnung lediglich vorsehe, dass die Untergemeinschaften weitgehend verselbstständigt sein, dass die Kosten getrennt ermittelt und abgerechnet oder eigene Rücklagen gebildet werden sollten. **Im Zweifel** sei das Rechnungswesen insgesamt **Sache der Gesamtgemeinschaft**.

Einordnung

Die Entscheidung erging noch zum WEG in der bis zum 30.11.2020 gültigen Fassung. Nach neuem Recht beschließen die Wohnungseigentümer nicht mehr über „die Jahresabrechnung“ (als Zahlenwerk), sondern nur noch über die Einforderung von Nachschüssen bzw. die Anpassung bereits beschlossener Vorschüsse (Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 28 Rn. 191; Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rn. 864 ff.). Überträgt man die Entscheidung auf das neue WEG-Recht (§ 28 Abs. 2 S. 1 WEG), so können die Eigentümer über die Einforderung von Nachschüssen oder die Anpassung der beschlossenen Vorschüsse wohl ebenfalls nur in der Gesamtgemeinschaft beschließen (Elzer, IMR 2021, 3205). Weiterhin dürfte aber möglich sein, dass über das „ob“ und „wie“ von Instandhaltungsmaßnahmen und die diesbezüglichen Kosten nur durch die Mitglieder der Untergemeinschaft abgestimmt wird (Hügel/Elzer, § 28 Rn. 354). Dies lässt sich bspw. dadurch erreichen, dass eine Abstimmung in der Gesamtversammlung erfolgt und nur den Mitgliedern der Untergemeinschaften diesbezüglich ein Stimmrecht eingeräumt wird.

ESTG §§ 22 Nr. 2 i. V. m. 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Privates Veräußerungsgeschäft – Berechnung der 10-Jahres-Frist bei Erteilung einer sanierungsrecht- lichen Genehmigung

Eine „Anschaffung“ bzw. „Veräußerung“ i. S. d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG liegt vor, wenn die übereinstimmenden rechtsgeschäftlichen Verpflichtungserklärungen beider Vertragspartner innerhalb der Zehn-Jahres-Frist bindend abgegeben worden sind (Anschluss an BFH-Urteil vom 10.2.2015 – IX R 23/13, BFHE 249, 149, BStBl II 2015, 487).

BFH, Urt. v. 25.3.2021 – IX R 10/20

Problem

Es geht bei Rechtsgeschäften, deren Wirksamkeit von der Erteilung einer Genehmigung abhängt, um die Frage, ob eine „Anschaffung“ oder „Veräußerung“ i. S. d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegt oder ob der (spätere) Zeitpunkt der Genehmigungserteilung maßgebend ist.

In dem hier zugrunde liegenden Fall ging es um den Erwerb und die Veräußerung einer Eigentumswohnung, die sich in einem förmlich festgelegten Sanierungsgebiet i. S. d. § 142 BauGB befand. Die Verkäufer gaben am 20.12.2002 ein notariell beurkundetes Angebot zum Erwerb ab, das der Veräußerer mit notariell beurkundeter Annahmeerklärung vom 7.1.2003 annahm. Mit notariell beurkundetem Kaufvertrag vom 27.12.2012 wurde die Immobilie weiterveräußert; die für die Eigentumsumschreibung erforderliche sanierungsrechtliche Genehmigung gemäß § 144 BauGB wurde von der zuständigen Behörde am 5.2.2013 erteilt.

Anschaffungszeitpunkt war hier unproblematisch das Datum der Annahmeerklärung am 7.1.2003. Da das Datum des notariellen Kaufvertrags innerhalb der 10-Jahres-Frist, die behördliche Genehmigung hingegen außerhalb der Frist erteilt wurde, war die Frage relevant, wann die für § 23 Abs. 1 S.1 Nr. 1 EStG maßgebende „Veräußerung“ stattfand.

Entscheidung

Bei der Frage, ob relevanter Zeitpunkt i. S. v. § 23 EStG bereits der Kaufvertrag oder erst der spätere Zeitpunkt der Genehmigungserteilung ist, unterscheidet der BFH wie folgt:

Haben die Vertragsparteien zivilrechtlich bindend übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben und kann sich keine Partei mehr einseitig vom Vertrag lösen, so sind die Voraussetzungen für die Annahme eines Anschaffungs- oder Veräußerungsgeschäfts i. S. v. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG **mit dem Abschluss des notariellen Kaufvertrags** erfüllt, wenn sich die für die Wirksamkeit des Vertrags erforderliche Genehmigung eines Dritten nicht auf die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrags oder die Wirksamkeit der Willenserklärungen bezieht, sondern Zwecke verfolgt, die außerhalb des Vertrags liegen (hier: sanierungsrechtliche Ziele) und die Vertragsbeteiligten keinen Einfluss auf die Genehmigung haben.

So lag der Fall hier. Die „Veräußerung“ i. S. v. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG fand somit am 27.12.2012 und daher noch innerhalb der 10-Jahres-Frist statt. Dies begründete der BFH mit dem Normzweck des § 23 EStG, Werterhöhungen von Wirtschaftsgütern des Privatvermögens, die innerhalb der Veräußerungsfrist realisiert werden, zu besteuern. Im Urteilsfall sei eine verbindliche Realisierung der Wertsteigerung der Immobilie bereits mit dem Kaufvertrag eingetreten, da sich keine Partei mehr einseitig vom Vertrag lösen konnte. Unerheblich sei, dass während der Zeit schwebender Unwirksamkeit noch keine Erfüllungsansprüche der Parteien bestünden.

Hiervon grenzt der BFH die Fälle ab, in denen der Vertrag durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht i. S. v. § 177 Abs. 1 BGB geschlossen wurde und die Wirksamkeit von der Genehmigung des Vertretenen abhängt. In diesem Falle hat es eine Vertragspartei noch in der Hand, sich einseitig durch Versagung der Genehmigung vom Vertrag zu lösen. Der Vertrag ist erst mit der Genehmigung durch den Vertretenen (§§ 177, 178 BGB) bindend, daher ist die Wertsteigerung der verkauften Immobilie erst zu diesem Zeitpunkt verwirklicht. Eine „Anschaffung“ bzw. „Veräußerung“ i. S. v. § 23 EStG findet somit erst im (späteren) Zeitpunkt der Genehmigungserteilung statt; die Genehmigung wirkt steuerrechtlich nicht auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück (so auch BFH, Urt. v. 2.10.2001 – IX R 45/99).

Praxishinweis

Die vorstehenden Abgrenzungskriterien wendet der BFH auch für Fälle eines aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfts an. Kann der Eintritt der aufschiebenden Bedingung von keiner Vertragspartei beeinflusst werden und tritt diese Bedingung außerhalb der 10-Jahres-Frist ein, während der für beide Parteien bindende Vertrag innerhalb der Frist geschlossen worden war, ist für die Fristberechnung gemäß § 23 EStG der Vertragsschluss maßgeblich (BFH DStR 2015, 742). Die Tatsache, dass die Bedingung erst außerhalb der 10-Jahres-Frist eingetreten ist, ist dann unerheblich.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter www.dnoti.de

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Mainleite 5, 97340 Marktbreit