

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1908i, 1828 – Tod des Betreuten nach Abschluss des Kaufvertrags und vor Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung; Vertragsvollzug; Maklerprovision

BGB § 880; GBO § 19 – Rangrücktritt einer Vormerkung; Erfordernis der Mitwirkung eines sukzessiv Berechtigten

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

AO § 42 – Gestaltungsmissbrauch (§ 42 AO) bei Grundstücksübertragungen zwischen Ehegatten

##### Aktuelles

##### Literaturhinweise

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 1908i, 1828

#### Tod des Betreuten nach Abschluss des Kaufvertrags und vor Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung; Vertragsvollzug; Maklerprovision

##### I. Sachverhalt

Es wurde – nach Vermittlung durch einen Makler – ein Grundstückskaufvertrag geschlossen. Der Verkäufer, der unter Betreuung stand, wurde bei Vertragsabschluss durch den Käufer vertreten. Die Genehmigung des Betreuers wurde drei Wochen nach dem Kaufvertragsabschluss erteilt, im Anschluss wurde die betreuungsgerichtliche Genehmigung beantragt. Der Grundstückseigentümer verstarb vor Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung. Die Auflassung ist im Kaufvertrag erklärt, die Eintragung einer Auflassungsvormerkung bewilligt. Kaufpreisfälligkeitsvor-

aussetzung ist unter anderem das Vorliegen der Genehmigungserklärung durch das Betreuungsgericht in der erforderlichen Form. Der Käufer ist womöglich nicht bereit, an einer weiteren Vereinbarung mitzuwirken.

##### II. Fragen

1. Kann der Erbe des Verkäufers den Kaufvertrag genehmigen oder muss der Kaufvertrag erneut geschlossen werden?
2. Muss die Auflassung durch den Erben sowie durch den Erwerber nochmals erklärt werden?
3. Muss die Vormerkung erneut bewilligt werden?
4. Muss die im Kaufvertrag vereinbarte Kaufpreisfälligkeit abgeändert werden oder ersetzt die Genehmigung durch den Erben die erforderliche Genehmigung durch das Betreuungsgericht?
5. Steht im Fall der Genehmigung dem Makler nach den gesetzlichen Bestimmungen eine Provision zu oder ist durch die Genehmigung ein neuer Vertrag zustande gekommen?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Genehmigungsbedürftigkeit des Vertrags

Nach ständiger Rechtsprechung ist nach dem Tod des Betreuten kein Raum mehr für die Erteilung oder Verweigerung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung (KG OLGE 4, 416, 417; KG JW 1938, 2142; BayObLGZ 1964, 350, 351 = NJW 1965, 397; OLG Frankfurt Rpfleger 1978, 99). Dies gilt selbst für genehmigungsbedürftige Verträge, die ein gutgläubiger Betreuer kraft Fortbestand seiner Befugnisse (gem. §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1893, 1698a, 1698b BGB) abgeschlossen hat (BayObLGZ 1964, 350, 351 = NJW 1965, 397; G. Müller, in: G. Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 212). In diesen Fällen tritt vielmehr **in entsprechender Anwendung des § 1829 Abs. 3 BGB die Genehmigung der Erben** des Betreuten an die Stelle der Genehmigung des Betreuungsgerichts (KG OLGE 4, 416, 417; KG JW 1938, 2142; BayObLGZ 1964, 350, 351 = NJW 1965, 397; G. Müller, Rn. 216; Staudinger/Veit, BGB, 2014, § 1829 Rn. 51; Weber, DNotZ 2015, 498, 520). Ausnahmen hat die Rechtsprechung bislang nicht zugelassen.

Zur Übertragung der bisherigen Rechtsprechung auf das reformierte Genehmigungsverfahren nach FamFG fehlen bislang Äußerungen in der Rechtsprechung. In der Literatur besteht allerdings Einigkeit, dass es hinsichtlich der Notwendigkeit der Genehmigung der Erben des Betreuten bei Tod des Betreuten vor Eintritt der Wirksamkeit des Vertrages keine Rolle spielt, ob der Betreute

- vor Erlass des Genehmigungsbeschlusses,
- nach Erlass des Genehmigungsbeschlusses, aber vor Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses, oder
- nach Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses, aber vor Mitteilung der Genehmigung an den anderen Vertragsteil nach § 1829 BGB

verstorben ist. In den beiden erstgenannten Fällen kann die Genehmigung nicht mehr wirksam werden, im letztgenannten Fall kann die wirksam gewordene Genehmigung nicht mehr zum Wirksamwerden des Vertrages führen (Schaal, notar 2010, 268, 277). Selbst wenn der Notar nach dem Tod des Betreuten in Unkenntnis des Todesfalls von der ihm erteilten Doppelvollmacht Gebrauch machen würde, würde dies nicht zur Wirksamkeit des Vertrages führen.

Stirbt nach alledem der Betreute – wie im vorliegenden Fall – vor Wirksamwerden des Vertrages, führt dies zum Erlöschen des Betreueramtes und die Befugnis zur Erteilung der **Genehmigung** des Vertrages geht entsprechend § 1829 Abs. 3 BGB auf die **Erben des Be-**

**treuten** über (BayObLGZ 1964, 350, 351 = NJW 1965, 397; Heggen, NotBZ 2010, 393, 399; Schaal, notar 2010, 268, 276; Weber, DNotZ 2015, 498, 520). Um den weiterhin fortbestehenden Schwebezustand zu beenden, kann der Vertragsgegner entsprechend § 1829 Abs. 2 BGB die Erben (sofern diese feststehen) **zur Erklärung** über die Genehmigung innerhalb einer Frist von vier Wochen **auffordern** (BeckOGK-BGB/Kilian, Std.: 1.11.2019, § 1829 Rn. 38). Wird die Genehmigung versagt oder innerhalb der Frist nicht erteilt, so gilt sie nach § 1829 Abs. 2 Hs. 2 BGB als verweigert. Der Vertrag wäre sodann endgültig unwirksam.

Demzufolge können die **Erben des Verkäufers den Vertrag genehmigen**. Die Genehmigung hat nach § 184 Abs. 1 BGB **Rückwirkung**, der Vertrag wird somit mit Wirkung *ex tunc* wirksam (Staudinger/Veit, § 1828 Rn. 54; Staudinger/Gursky, BGB, 2014, § 184 Rn. 35). Demzufolge ist eine **neue Auflassungserklärung nicht erforderlich** (vgl. Heggen, NotBZ 2010, 393, 400 f.).

Die **Eintragung der Vormerkung** setzt eine Bewilligung voraus (§ 885 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Bewilligung einer Auflassungsvormerkung bedarf nach h. M. der betreuungsgerichtlichen Genehmigung gem. §§ 1821 Abs. 1 Nr. 1, 1908i Abs. 1 BGB (vgl. nur OLG Frankfurt NJW-RR 1997, 719; Heggen, NotBZ 2010, 393, 399; a. A. Staudinger/Gursky, BGB, 2013, § 885 Rn. 9). Wenn die Erben sämtliche für den Erblasser abgegebene Erklärungen genehmigen (§ 1829 Abs. 3 BGB analog), würde auch die **Bewilligung** der Vormerkung **rückwirkend wirksam**. Eine erneute Bewilligung der Vormerkung halten wir nicht für nötig, wenn auch nicht für schädlich.

#### 2. Grundbuchvollzug

Zum Grundbuchvollzug ist allerdings ein **Erbnachweis in öffentlicher Form des § 35 GBO** erforderlich. Eine **Voreintragung** der Erben (§ 39 Abs. 1 GBO) ist nach § 40 Abs. 1 GBO entbehrlich. Soll noch eine Finanzierungsgrundschuld eingetragen werden, ist zu beachten, dass die Frage nach der Entbehrlichkeit der Voreintragung und einer analogen Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO höchst umstritten ist (für analoge Anwendung OLG Frankfurt MittBayNot 2018, 247; OLG Köln FGPrax 2018, 106; OLG Stuttgart ZErB 2018, 337; hiergegen KG FGPrax 2011, 270). Unabhängig hiervon ist die Eintragung der Erben insbesondere im Hinblick auf den weiteren Vollzug und die anstehende Fälligkeit des Kaufpreises unbedingt empfehlenswert. Denn anderenfalls besteht die Gefahr, dass die Erben den Kaufvertrag genehmigen, das Grundbuchamt aber den Vollzug der Auflassung unter Hinweis auf eine ggf. aus seiner Sicht nicht ausreichende Legitimation der Erben verweigert (etwa nach einer späteren Einziehung des Erbscheins).

### 3. Anpassung der Fälligkeitsvoraussetzungen

Fraglich ist, inwieweit einem Vollzug des Kaufvertrages die im Kaufvertrag enthaltenen **Fälligkeitsvoraussetzungen** entgegenstehen. Dabei ist insbesondere festzustellen, dass die Einholung einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung nicht mehr möglich ist, sondern die Genehmigung der Erben an die Stelle der betreuungsgerichtlichen Genehmigung tritt.

Die Fälligkeitsvoraussetzung könnte evtl. im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) dahingehend ausgelegt werden, dass eine betreuungsgerichtliche Genehmigung nicht mehr Voraussetzung für die Fälligkeit ist, sondern die Genehmigung durch die Erben. Ergänzend würde man auch die Voreintragung der Erben verlangen müssen, da das oben beschriebene Risiko der Einziehung eines Erbscheins besteht und keine gesicherte Grundlage für die Kaufpreiszahlung besteht, bis die Erben im Grundbuch eingetragen sind.

Die **ergänzende Auslegung** setzt voraus, dass der Vertrag eine Regelungslücke enthält; diese kann sich auch aus nachträglichen Änderungen der rechtlichen Verhältnisse ergeben (Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, § 157 Rn. 3). Nach allgemeiner Meinung ist in diesen Fällen darauf abzustellen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie die neuen Verhältnisse gekannt hätten. Im vorliegenden Fall wird man wohl nur zu dem Ergebnis kommen können, dass die Parteien nicht die betreuungsgerichtliche Genehmigung, sondern eine Genehmigung der Erben und deren Eintragung im Grundbuch als Fälligkeitsvoraussetzung vereinbart hätten; denn die Fälligkeitsvoraussetzung wurde lediglich aufgenommen, um die Wirksamkeit des Vertrags vor der Kaufpreiszahlung sicherzustellen. Ist der Vertrag durch die Genehmigung der Erben wirksam und ist aufgrund der Voreintragung der Erben der grundbuchmäßige Vollzug sichergestellt, bedarf es dieser Voraussetzung nicht mehr.

Fraglich ist allerdings, ob der Notar bei seiner Fälligkeitsmitteilung von sich aus diese ergänzende Vertragsauslegung vornehmen darf oder ob es hierzu z. B. eines Nachtrages der Beteiligten bedarf. Der Notar ist bei der Fälligkeitsmitteilung zur gewissenhaften Ausführung nach den Regeln der Praxis verpflichtet und darf insbesondere nicht nach eigenem Ermessen über die Fälligkeit entscheiden, wenn ihm die Beteiligten keinen Ermessensspielraum eingeräumt haben (BGH DNotZ 1986, 406, 409; Albrecht, in: Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl. 1995, Rn. 544). Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe des Notars, den Inhalt des Vertrags auszulegen (BGH DNotZ 2016, 151 Tz. 15). Insbesondere für Weisungen im Zusammenhang mit den Auszahlungsbedingungen

beim Notaranderkonto oder Treuhandaufträgen bei der Löschung abzulösender Rechte ist anerkannt, dass der Notar die Weisungen grds. strikt zu befolgen hat. Der Notar darf dabei keine Umstände außerhalb des Treuhandauftrags berücksichtigen, sondern muss sich **streng an den Wortlaut der Weisung** halten (BGH NJW 2000, 1644; RNotZ 2003, 402, 403; BGH, Beschl. v. 20.1.2011 – V ZB 219/10, BeckRS 2011, 04095. Tz. 7; BGH, Beschl. v. 28.10.2010 – V ZB 70/10, BeckRS 2010, 2918 Tz. 33; DNotZ 2015, 545 Tz. 17).

Es ist jedoch zu erwägen, bei einer Fälligkeitsmitteilung einen **weiteren Maßstab** anzulegen, weil die Fälligkeitsmitteilung ein Rechtsgutachten verbunden mit einer Tatsachenfeststellung darstellt (BGH DNotZ 1985, 48; DNotZ 1985, 147; DNotZ 2003, 122). Anders als bei der Auszahlung von Geldbeträgen vom Anderkonto oder der Löschung von Rechten ist es möglich, in der Fälligkeitsmitteilung eine Differenzierung vorzunehmen und in der Formulierung deutlich zu machen, dass man insoweit nicht mehr auf den Text des Vertrages selbst abstellt, sondern auf eine darüber hinausgehende Vertragsauslegung. Wir halten es daher für zulässig, dass der Notar in einer **eingeschränkten Fälligkeitsmitteilung** an die Beteiligten darauf hinweist, dass die Fälligkeitsvoraussetzungen mit Ausnahme der vereinbarten betreuungsgerichtlichen Genehmigung eingetreten sind und die Genehmigung der Erben vorliegt und der Wirksamkeit und dem Vollzug des Vertrags nach dem Kenntnisstand des Notars nichts mehr entgegensteht. Dies könnte man mit einem Hinweis auf die denkbare Möglichkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung verbinden, dass die eingeschränkte Fälligkeitsmitteilung für die Fälligkeit des Kaufpreises ausreicht.

Möglich, wenn u. E. auch nicht zwingend erforderlich, wäre es auch, dass die Parteien durch einen **klarstellenden Nachtrag** zum Vertrag die Fälligkeitsvoraussetzungen modifizieren. Eine Vertragsänderung ist (vor bindend gewordener Auffassung, vgl. BGH NJW 2018, 3523) nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB beurkundungspflichtig. Änderungen zur Behebung von Abwicklungsschwierigkeiten bedürfen jedoch nicht der notariellen Form (BGH NJW 2001, 1932, 1933; zum Ganzen BeckOGK-BGB/Schreindorfer, Std.: 1.12.2019, § 311b Rn. 236). Unter diese Fallgruppe dürfte auch der vorliegende Fall zu subsumieren sein. Es geht bei der Änderung der Vertragsänderung um die Beseitigung einer überflüssigen Abwicklungsmodalität. Demzufolge dürfte eine privatschriftliche Änderung des Vertrags ausreichend sein.

In diesem Zusammenhang dürfte auch zu würdigen sein, dass dem Verkäufer zumindest aus Treu und Glauben ein entsprechender Anspruch gegen den Käufer auf

entsprechende Abänderung der Fälligkeitsvoraussetzungen zustehen dürfte, sodass eine Abänderungsurkunde lediglich die Erfüllung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit enthalten dürfte.

#### 4. Anspruch auf Maklerprovision

Fraglich ist, ob dem Makler auch im Falle der Genehmigung des Vertrages durch die Erben ein **Provisionsanspruch** zusteht.

Ein Anspruch auf eine Maklerprovision aus einem geschlossenen Maklervertrag besteht nach § 652 BGB nur, wenn der nachgewiesene Hauptvertrag dem nach dem Maklervertrag beabsichtigten Vertrag bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise dem Inhalt, der Geschäftsart und der Personen nach im Wesentlichen entspricht (BGH NJW-RR 2014, 1272 Rn. 18; NJW 2014, 2352 Rn. 10; MünchKommBGB/Roth, 8. Aufl. 2020, § 652 Rn. 155). An der erforderlichen Gleichwertigkeit fehlt es, wenn der abgeschlossene Vertrag bereits rechtlich ein völlig anderes Gepräge als der ursprünglich avisierte Vertrag hat (BeckOGK-BGB/Meier, Std.: 1.11.2019, § 652 Rn. 263).

Dass Vertragspartner auf der Verkäuferseite nunmehr die Erben werden, dürfte dem Vertrag nicht ein anderes Gepräge verleihen. Als Gesamtrechtsnachfolger (§§ 1922, 1967 Abs. 1 BGB) treten die Erben gerade an die Stelle des Vertragspartners. Dass der Vertrag mit den Erben zustande kommt, ist unmaßgeblich (vgl. MünchKommBGB/Roth, § 652 Rn. 165). Der Tod des Auftraggebers beendet den Maklervertrag nicht. Er geht auf die Erben über (§ 672 S. 1 BGB analog; MünchKommBGB/Roth, § 652 Rn. 98). Auch an der wirtschaftlichen Kongruenz haben wir keine Zweifel, da der Inhalt des Vertrags gleich bleibt und die Einholung einer Genehmigung der Erben anstelle einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung für die wirtschaftliche Bedeutung des Vertrags unerheblich ist.

Demzufolge gehen wir davon aus, dass dem Makler nach der Genehmigung ein Provisionsanspruch zusteht, sofern die übrigen Voraussetzungen für sein Entstehen vorliegen.

---

## BGB § 880; GBO § 19

### Rangrücktritt einer Vormerkung; Erfordernis der Mitwirkung eines sukzessiv Berechtigten

---

#### I. Sachverhalt

Im Grundbuch ist eine Eigentumsübertragungsvormerkung (bedingter und befristeter Rückübertragungsanspruch) für den Ehemann eingetragen.

In der Veränderungsspalte ist eingetragen, dass die durch die Vormerkung gesicherten Ansprüche aufschiebend bedingt an die Ehefrau abgetreten sind. Nun soll ein Rangrücktritt der Vormerkung gegenüber einer neu zu bestellenden Grundschuld erklärt werden.

#### II. Frage

Muss sich die Ehefrau gegenüber dem Grundbuchamt ebenfalls mit dem Rangrücktritt der Vormerkung einverstanden erklären?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Rangfähigkeit von Vormerkungen

Dass auch **Vormerkungen rangfähig** sind und daher in Anwendung von § 880 BGB hinter anderen Grundstücksbelastungen im Rang zurücktreten können, dürfte der heute **h. M.** entsprechen (vgl. RGZ 124, 200, 202; BGH NJW 1986, 576; Staudinger/S. Heinze, BGB, 2018, § 880 Rn. 2, § 879 Rn. 8 m. w. N.; zur Rangfähigkeit speziell der Auflassungsvormerkung vgl. BGH NJW 1967, 566, 567; NJW 1999, 2275, 2276). Soweit die **Mindermeinung** eine Rangfähigkeit der Vormerkung generell (so wohl BeckOGK-BGB/Kessler, Std.: 1.1.2020, § 880 Rn. 11) oder nur für solche Vormerkungen, die einen Anspruch auf Eigentumsverschaffung sichern (so etwa MünchKommBGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 880 Rn. 4, § 879 Rn. 9 m. w. N.), ablehnt, wird jedenfalls die Eintragung eines **Wirksamkeitsvermerks** für möglich gehalten (vgl. zur Alternativität dieser Mittel BGH NJW 1999, 2275). Hinsichtlich der Mitwirkungserfordernisse der „zurücktretenden“ Berechtigten dürfte hier im Ergebnis das Gleiche wie beim Rangrücktritt gelten – jedenfalls, soweit man vergleichsweise einen umfassenden Wirksamkeitsvermerk betrachtet, bei dem die Wirksamkeit auch gegenüber dem sukzessiv Berechtigten verlautbart wird (vgl. dazu noch unter Ziff. 3). Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich daher, der h. M. folgend, zunächst auf Ausführungen zum Rangrücktritt.

##### 2. Voraussetzungen des Rangrücktritts

Gem. **§ 880 Abs. 2 S. 1 BGB** ist für die Rangänderung in **materiell-rechtlicher Hinsicht** die Einigung zwischen zurücktretendem und vortretendem Berechtigtem und die Eintragung der Änderung ins Grundbuch erforderlich. Nach **§ 19 GBO** erfolgt eine Eintragung im Grundbuch grundsätzlich aufgrund der Bewilligung desjenigen, dessen Recht von ihr betroffen ist. „**Betroffener**“ i. d. S. ist derjenige, „dessen grundbuchmäßiges Recht durch die vorzunehmende Eintragung nicht nur wirtschaftlich, sondern rechtlich beeinträchtigt wird oder zumindest rechtlich nachteilig berührt werden kann“ (BGH NJW-RR 2006, 888, 889). Die Person des Betroffenen ist hierbei zunächst

**anhand der nach § 891 BGB maßgeblichen Buchrechtslage** zu ermitteln (vgl. BeckOK-GBO/Holzer, Std.: 15.12.2019, § 19 Rn. 61 m. w. N.). Da vorliegend keine Differenz zwischen formeller Buchrechtslage und materieller Rechtslage besteht, dürfte sich auch hinsichtlich der Person des Bewilligungsberechtigten und der Person des nach materiellem Recht notwendigerweise mitwirkenden Berechtigten kein Unterschied ergeben.

Gibt es bzgl. eines Rechts mehrere Berechtigte, ist nach materieller Rechtslage für den Rangrücktritt die Zustimmung sämtlicher Berechtigter erforderlich (BeckOGK-BGB/Kessler, § 880 Rn. 20; Staudinger/S. Heinze, § 880 Rn. 13, je m. w. N.). Gleiches gilt in grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht bei mehreren nach dem Grundbuchstand „Betroffenen“ (BeckOK-GBO/Holzer, § 19 Rn. 66 m. w. N.) und insb. auch für den Fall, dass nur eine mögliche rechtliche Beeinträchtigung in Rede steht (BeckOK-GBO/Holzer, § 19 Rn. 70 m. w. N.).

### 3. Rangrücktritt bei Mehrfachberechtigungen

Obwohl die maßgeblichen Kommentierungen zu den Mehrfachberechtigungen diesbezüglich vor allem die Fälle in den Blick zu nehmen scheinen, bei denen ein Recht mehreren gemeinschaftlich zur selben Zeit zusteht, dürfte für den vorliegenden Fall der **Sukzessivberechtigung** an dem vormerkungsgesicherten Recht nichts anderes gelten.

Es entspricht hier auch jedenfalls der verfügbaren **obergerichtlichen Rechtsprechung**, dass die Bewilligungsberechtigung hinsichtlich einer Vormerkung, die ein aufschiebend bedingt abgetretenes Recht sichert, sowohl dem Zedenten wie auch dem Zessionar zukommt (OLG München RNotZ 2011, 420; OLG Hamm, Beschl. v. 1.7.2016 – 15 W 112/16, BeckRS 2016, 116877, Tz. 5).

Dieser Ansicht schließen wir uns an. Die aufschiebend bedingte Abtretung über den vormerkungsgesicherten Anspruch stellt eine Verfügung über diesen Anspruch und damit auch über das akzessorische Sicherungsrecht „Vormerkung“ dar (§ 401 Abs. 1 BGB). In Anwendung von **§ 161 Abs. 1 S. 1 BGB** ist jede weitere in der Schwebezeit getroffene Verfügung im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. Die Vereinbarung eines Rangrücktritts stellt, ebenso wie die Aufgabe der Vormerkung, eine Verfügung über das zurücktretende Recht dar. Mit hin wäre also auch ein durch den Zedenten (hier: den Ehemann) vereinbarter und bewilligter Rangrücktritt beim Eintritt der Bedingung dem Zessionar (hier: der Ehefrau) gegenüber unwirksam, sofern der Zessio-

nar hieran nicht mitgewirkt hat. Der **Zedent** ist folglich **nicht mehr vollständig Verfügungsberechtigt**; vielmehr ist seine Berechtigung bereits aufschiebend bedingt auf den Zessionar übergegangen (vgl. auch Reymann, MittBayNot 2018, 146, 148). Ein „vollständiger“ Rangrücktritt der Vormerkung hätte aber gerade zur Folge, dass dieser auch gegenüber dem Zessionar für den Fall eines späteren Bedingungeintritts Wirkung entfalten würde. Dessen Mitwirkung dürfte also hierfür sowohl in materiell-rechtlicher als auch in grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht notwendig sein.

Soweit die **Mitwirkung auf den Zedenten beschränkt** würde, käme u. E. **allenfalls die Vereinbarung eines Wirksamkeitsverhältnisses zwischen Zedent und Grundschuldgläubiger** und die Eintragung eines dahingehend beschränkten **Wirksamkeitsvermerks** bei der Vormerkung in Betracht (vgl. zum Wirksamkeitsvermerk bei der Vormerkung insb. BeckOGK-BGB/Kessler, § 880 Rn. 11; Kessler, RNotZ 2014, 155). Hierdurch könnte aber allenfalls erreicht werden, dass die Grundschuld wirksam gegenüber dem Zedenten, nicht jedoch gegenüber dem Zessionar wäre. Für den Fall des Eintritts der Bedingung wäre dieser Vermerk für den Grundschuldgläubiger wertlos, da sich der Zessionar diesen nicht entgegenhalten lassen müsste. Auch im Falle der Verwertung des Grundstücks dürfte der Grundschuldgläubiger nicht im gleichen Umfang abgesichert sein, wie bei einem wirksamen Rangrücktritt.

## 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 Faxabruf-Gutachten.

### WEG §§ 7 Abs. 4, 8

#### **Erfordernis einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung bei Realteilung**

Abruf-Nr.:

#### **BeurkG § 9, 10; DONot § 26 Abs. 2; HRV § 43 Nr. 4 Eintragung im Handelsregister unter einem Künstlernamen; Ablehnung der Beurkundung**

Abruf-Nr.:

# Rechtsprechung

## AO § 42

### Gestaltungsmisbrauch (§ 42 AO) bei Grundstücksübertragungen zwischen Ehegatten

**1. Die Zwischenschaltung einer nahe stehenden Person im Rahmen von Grundstücksaktivitäten des Steuerpflichtigen kann im Falle der beabsichtigten Vermeidung eines gewerblichen Grundstückshandels nach der Rechtsprechung des BFH einen Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO begründen.**

**2. Die von dem erwerbenden Ehegatten selbst durch die Erschließung ins Werk gesetzte Wertsteigerung der Grundstücke steht einer abweichenden steuerrechtlichen Zurechnung der Einkunftsquelle grundsätzlich entgegen.**

BFH, Urt. v. 10.7.2019 – X R 21-22/17

#### Problem

Zum Sonderbetriebsvermögen eines Landwirts, der gemeinsam mit seiner Ehefrau einen landwirtschaftlichen Milchviehbetrieb in der Rechtsform einer GbR bewirtschaftete, gehörten landwirtschaftliche Flächen, die zu Baugrundstücken erschlossen werden sollten. Bereits im Jahr 1996 hatte die Gemeinde für diese landwirtschaftlichen Flächen, die dem Sonderbetriebsvermögen des Ehemanns zugeordnet waren, einen Bebauungsplan aufgestellt. In einem städtebaulichen Vertrag im Jahr 1996 mit der Gemeinde verpflichtete sich der Ehemann, die innere Erschließung auf seine Kosten vorzunehmen. Bis zum Jahr 2006 wurden keine Maßnahmen zur Erschließung getroffen und die Baulandgrundstücke wurden unverändert von der landwirtschaftlichen GbR bewirtschaftet. Im Oktober 2006 schloss der Ehemann mit seiner Ehefrau einen notariellen Grundstückskaufvertrag und veräußerte diesen Grund und Boden aus seinem Sonderbetriebsvermögen. Nach dem Kaufvertrag war die Ehefrau verpflichtet, die Grundstücke zu erschließen und sodann weiter zu verkaufen. Zur Fälligkeit des vereinbarten Kaufpreises war vereinbart, dass ab Verkauf des sechsten Bauplatzes der jeweils erzielte Erlös in voller Höhe bis zur vollständigen Tilgung des Kaufpreises an den Verkäufer zu zahlen sei, spätestens aber insgesamt bis zum 31.12.2011. Eine Besicherung der Kaufpreisforderung wurde nicht vereinbart. Regelungen über die Verzinsung bei Verzug wurden ausdrücklich nicht getroffen. Die Ehefrau schloss sodann mit der Gemeinde als Erschließungsträgerin einen Vertrag über die Durchführung der Erschließung des Baugebiets und nahm zur Finanzierung der Erschließung einen Kredit bei der Bank auf. Als Absicherung wurde eine Grund-

schuld auf die im Eigentum des Ehemanns stehenden landwirtschaftlich genutzten Grundstücke bestellt.

Die Finanzverwaltung und auch das Niedersächsische Finanzgericht (Urt. v. 7.7.2016 – 6 K 11029/14, juris) vertraten die Auffassung, dass der notarielle Grundstückskaufvertrag zwischen den Eheleuten steuerrechtlich nicht anzuerkennen sei, vielmehr die Baulandvermarktung dem Ehemann als gewerblichen Grundstückshandel zuzurechnen sei. Durch die Zwischenschaltung der Ehefrau sei ein Gesamtplan beider Ehegatten zur Steuerminimierung verfolgt worden. Denn die Veräußerung des Grund und Bodens an die Ehefrau sollte dem Ehemann die Bildung einer Rücklage gem. § 6b EStG im Bereich eines landwirtschaftlichen Betriebs ermöglichen, um so die stillen Reserven auf Reinvestitionsobjekte übertragen zu können. Die Bildung der Rücklage sei demgegenüber bei gewerblichen Einkünften aus einem Grundstückshandel nicht möglich, da in diesem Fall die Grundstücke dann Umlaufvermögen darstellen.

#### Entscheidung

Der BFH hat im Grundsatz bestätigt, dass die Zwischenschaltung einer nahestehenden Person im Rahmen von Grundstücksaktivitäten eines Steuerpflichtigen im Falle der beabsichtigten Vermeidung eines gewerblichen Grundstückshandels einen Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten gem. § 42 AO begründen könne und hat insoweit auch Fallgruppen genannt, bei denen dies angenommen wurde (ausführlich dargestellt unter III. Ziff. 1 b, cc).

Nach dem BFH sind diese Fälle dadurch gekennzeichnet, dass durch eine wirtschaftlich sinnlose Zwischenschaltung steuerpflichtige Einkünfte aus einem gewerblichen Grundstückshandel vermieden werden, d. h. die Gewinne aus der Wertschöpfung des Grundbesitzes in der nicht steuerbaren Vermögenssphäre des Steuerpflichtigen vereinnahmt werden sollen. Wird daher eine nahestehende natürliche Person in die Grundstücksaktivitäten einbezogen, und sind für die Gestaltung keine außersteuerlichen Gründe erkennbar, sind die Veräußerungen durch diese nahestehende Person (Ehefrau) dem Ehemann über § 42 AO zuzurechnen, wenn aufgrund einer Würdigung des Gesamtbilds der Verhältnisse der Ehemann „das Geschehen beherrscht und steuert“ bzw. die Zwischenschaltung wirtschaftlich sinnlos ist.

Der BFH hielt im vorliegenden Sachverhalt die Begründung des Finanzgerichts für eine missbräuchliche Gestaltung nach § 42 AO nicht für ausreichend. Denn das Finanzgericht hätte unberücksichtigt gelassen, dass der Wertschöpfungsprozess im vorgenannten Fall – anders als in den aufgezeigten Konstellationen einer Zwischenschaltung – zum Zeitpunkt der Übertragung der

Grundstücke auf die Ehefrau im Jahre 2006 noch nicht abgeschlossen war. Erst durch deren Erschließung entwickelten sich die Grundstücke vom Rohbauland zu baureifem Land und erst dadurch seien Objekte andere Marktgängigkeit geschaffen worden, die einen gewerblichen Grundstückshandel begründen könnten. Nach dem BFH wurde der Ehefrau somit keine bereits fertig ausgehandelte, sondern erst eine von ihr selbst umzusetzende Erwerbschance übertragen. Der BFH wies ferner darauf hin, dass differenziert werden müsse zwischen einerseits der Übertragung der Grundstücke und deren anschließender wertsteigernder Nutzung als Einkunftsquelle und andererseits der Frage, ob der Kaufvertrag über die Grundstücke einem Fremdvergleich standhielte. Denn selbst wenn man zu dem Ergebnis käme, dass der Kaufvertrag über die Grundstücke einem Fremdvergleich nicht standhielte, lasse sich daraus kein Grundsatz und keine Rückschlüsse darauf ziehen, dass die Verwendung dieses Wirtschaftsguts für die Einkünfterzielung über die Grundsätze des § 42 AO weiterhin dem vorherigen Rechtsträger zuzurechnen sind. Ist der Kaufvertrag nicht fremdüblich ausgestaltet, so hat dies Auswirkungen darauf, ob für die Grundstücke ein Anschaffungsvorgang der Ehefrau angenommen würde (mit der Folge, dass Anschaffungskosten in Ansatz gebracht werden) oder ob hier die Grundstücke zum Teilwert in das Betriebsvermögen der Ehefrau eingelegt würden.

Der BFH wies daher die Sachen an das Finanzgericht zurück, zur weiteren Sachaufklärung, ob sich die Tätigkeit des Ehemanns im Wesentlichen in der Übertragung der Grundstücke auf die Ehefrau erschöpfte oder ob er darüber hinaus die Entscheidungsprozesse hinsichtlich der Erschließung, Parzellierung und Veräußerung der einzelnen Baugrundstücke sowohl im Außenverhältnis zu dem jeweiligen Vertragspartnern als auch im Innenverhältnis zur Ehefrau derart intensiv steuerte und verantwortete, dass abweichend von der zivilrechtlichen Vertragslage der Gewerbebetrieb „Baulandvermarktung“ steuerrechtlich nur ihm zugerechnet werden kann. Im Weiteren weist der BFH auch daraufhin, dass es nicht gänzlich ausgeschlossen sei, dass der Ehemann bereits im Jahr 2006 durch seine im Gang gesetzten grundstücksbezogenen Aktivitäten für ihn selbst den Beginn eines gewerblichen Grundstückshandels ausgelöst haben könnte. Sollte ein gewerblicher Grundstückshandel bereits vom Ehemann eröffnet worden sein, wären die betroffenen Grundstücke zunächst aus dem Sonderbetriebsvermögen bei der GbR zum Buchwert ins Umlaufvermögen des neugegründeten Gewerbebetriebs überführt gewesen.

### Hinweis

An der Entscheidung des BFH zeigt sich, dass in Grenzbereichen der Gestaltung die Gesamtumstände im je-

weiligen Einzelfall genau geprüft werden. Gerade bei Grundstücksgeschäften besteht auch immer die Gefahr, dass ein gewerblicher Grundstückshandel angenommen wird.

## Aktuelles

### 30. Deutscher Notartag in Hamburg

Unter dem Leitthema „Das Notariat der Zukunft – digital und rechtssicher“ richtet die Bundesnotarkammer vom 28. bis 30. Mai 2020 in Hamburg den 30. Deutschen Notartag aus.

Das Fachprogramm des Notartags findet am 29. Mai 2020 in der Handelskammer Hamburg statt. Dabei geht es vor allem um die Digitalisierung im Gesellschaftsrecht. Außerdem werden wegweisende Zukunftsprojekte der Bundesnotarkammer wie die vollständige digitale Abwicklung von Grundstückskaufverträgen und die Nutzung der Blockchain-Technologie für notarielle Vollmachten vorgestellt. Als Referenten und Teilnehmer der Podiumsdiskussionen konnten neben fachlich besonders ausgewiesenen Notarkollegen erneut hochrangige Vertreter aus Politik, Justiz, Wissenschaft und Wirtschaft gewonnen werden.

Der Notartag beginnt am Donnerstag, den 28. Mai 2020 mit dem Begrüßungsabend in der Altonaer Fischauktionshalle. Am Freitag, den 29. Mai 2020 wird zum festlichen Ballabend auf den Süllberg geladen. Tagsüber sieht das Rahmenprogramm verschiedene Führungen und Ausflüge in Hamburg vor. Der Notartag endet am Samstag, den 30. Mai 2020 mit einer Führung durch die Elbphilharmonie.

Anmeldungen sind ausschließlich online unter [www.notartag.de](http://www.notartag.de) möglich. Detaillierte Informationen zum Fach- und Rahmenprogramm sind dort ebenfalls abrufbar. Das Präsidium der Bundesnotarkammer lädt bereits heute herzlich zur Teilnahme am 30. Deutschen Notartag in Hamburg ein.

**Postvertriebsstück: B 08129**

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg  
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

---

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**[www.dnoti.de](http://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](mailto:dnoti@dnoti.de)                      Internet: [www.dnoti.de](http://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:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Johannes Cziupka

**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