

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

EuGüVO Art. 26 – China: Güterstatut

BGB §§ 181, 84 Abs. 2, 84c, 723 Abs. 1 Nr. 2, 725; BayStG Art. 17 – Befreiung des Stiftungsvorstands von den Beschränkungen des § 181 BGB; fehlende Satzungsgrundlage; Notvorstand

FamFG §§ 352, 352a; BGB §§ 1882, 1960, 2353 – Erbscheinsantrag bei gesetzlicher Erbfolge und unbekannten Erben; quotenloser Erbschein; Mindestteilerbschein; Bestellung eines (Nachlass-) Pflegers

#### Rechtsprechung

BGB §§ 138 Abs. 1 u. 2, 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1, 894 – Wucherähnliches Geschäft; Nichtigkeit eines Kaufvertrags; Berechnung des Verkehrswerts eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück

EStG § 24 Nr. 1 lit. a; BGB § 1030 Abs. 1 – Entgeltliche Aufgabe eines Nießbrauchsrechts an einem Grundstück; ertragsteuerliche Behandlung; steuerbare Entschädigung

WEG § 10; BGB § 343; HGB § 348 – Verstrafe wegen einer Bauzeitüberschreitung; Ausbaugestattung in der Gemeinschaftsordnung

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### EuGüVO Art. 26 China: Güterstatut

##### I. Sachverhalt

Es soll ein Grundstückskaufvertrag beurkundet werden. Käuferin ist eine chinesische Staatsange-

hörige. Sie hat in China geheiratet und mit ihrem Ehemann bei Eheschließung ihren Lebensmittelpunkt in China gehabt. Inzwischen haben die Eheleute ihren Lebensmittelpunkt nach Deutschland verlegt. Beide Eheleute sind weiterhin chinesische Staatsangehörige.

##### II. Fragen

1. In welchem Güterstand lebt die Käuferin?
2. Kann sie die Immobilie wie geplant allein erwerben?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Eheschließung vor dem 29.1.2019

##### a) Deutsches Kollisionsrecht

Falls die Eheleute vor dem 29.1.2019 geheiratet haben, bestimmt sich das auf die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe anwendbare Recht gem. Art. 229 § 47 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB nicht nach den Vorschriften der Europäischen Güterrechtsverordnung vom 24.6.2016, sondern nach Art. 15 EGBGB in der damals geltenden Fassung.

Gem. Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB a. F. ist das Recht des Staates anzuwenden, dem beide Eheleute zum Zeitpunkt der Eheschließung angehörten. Da **beide Eheleute** zum Zeitpunkt der Eheschließung die **chinesische Staatsangehörigkeit** hatten, verweist Art. 15 EGBGB a. F. auf das chinesische Recht.

Bei dieser Verweisung ist zu beachten, dass in den Sonderverwaltungszonen Hongkong und Macao sowie im übrigen China (Festlandchina) **unterschiedliche Rechtsordnungen** gelten. Für die weitere Prüfung wird unterstellt, dass die Eheleute nicht aus einer der beiden Sonderverwaltungszonen kommen und daher gem. Art. 4 Abs. 3 S. 2 EGBGB das in Festlandchina geltende Recht anzuwenden ist.

Diese Verweisung erfasst auch das chinesische IPR (**Gesamtverweisung**). Insbesondere wäre eine Rückverweisung gem. Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB zu beachten.

##### b) Chinesisches Kollisionsrecht

In der Volksrepublik China ist das Internationale Privatrecht, insbesondere das internationale Familienrecht, durch das am 1.11.2010 erlassene **Gesetz der Volksrepublik China über die Rechtsanwendung in Zivilsachen mit Auslandsberührung (RAG)** geregelt.

###### aa) Zeitlicher Anwendungsbereich des RAG

Gem. § 52 RAG findet das Gesetz **ab dem 1.4.2011 Anwendung**. Wurde die Ehe vor dem 1.4.2011 geschlossen, so unterliegen die güterrechtlichen Folgen der Ehe spätestens seit dem 1.4.2011 dem durch das RAG bestimmten Recht.

Vor dem Inkrafttreten des RAG war das auf die güterrechtlichen Wirkungen einer Ehe anwendbare Recht weder gesetzlich noch auf andere Weise geregelt. Es bestand insoweit rechtliche Unsicherheit. Es ist davon auszugehen, dass das

RAG in der Praxis der chinesischen Gerichte **de facto auch rückwirkend** auf vor dem Stichtag liegende Zeiträume angewandt wird. Diese Vermutung wird auch durch die Interpretationen des Obersten Volksgerichts der Volksrepublik China zur Auslegung des Rechtsanwendungsgesetzes v. 10.12.2012 (AZ 24/2012) bestätigt. So bestimmt Art. 2 dieser Auslegungsregeln, dass dann, wenn eine zivilrechtliche Beziehung vor dem Anwendungsstichtag für das Rechtsanwendungsgesetz entstanden ist, das Volksgericht die Rechtsanwendung nach den zum Zeitpunkt der Entstehung dieser Beziehung geltenden Regeln bestimmen soll. Enthielt das damalige Recht aber keinerlei Regelung, so können die Vorschriften des RAG entsprechend angewandt werden.

Aus der genannten Auslegungsregel ergibt sich u. E. zunächst, dass bei **Dauerrechtsverhältnissen**, wie den güterrechtlichen Beziehungen zwischen Eheleuten, die auf eine gesetzliche Regelung unmittelbar zurückzuführen sind, mit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des RAG das **neue Kollisionsrecht** angewandt werden kann. Darauf hinaus wäre aber auch für die Zeit vor dem Anwendungsstichtag für das RAG aufgrund des Umstandes, dass die damalige Rechtslage keinerlei gesetzliche Regelung für das auf die güterrechtlichen Beziehungen von Eheleuten anwendbaren Rechts enthielt, eine rückwirkende Anwendung der neuen Regeln auf den Zeitraum zwischen der Eheschließung bis zum Inkrafttreten des RAG am 1.4.2011 anzunehmen.

###### bb) Güterstatut nach dem RAG

Für die güterrechtlichen Wirkungen einer Ehe verweist § 24 RAG zunächst auf das von den Eheleuten einvernehmlich gewählte Recht. Treffen die Eheleute keine Rechtswahl, so gilt das Recht des Staates, in dem die Eheleute ihren **gewöhnlichen Aufenthalt** haben.

Anders als Art. 15 Abs. 1 EGBGB a. F. knüpft das chinesische Gesetz hier im Rahmen der objektiven Anknüpfung des Güterstatuts nicht an die Umstände bei Eheschließung an, sondern an die jeweils aktuellen Verhältnisse (**wandelbare Anknüpfung**). Nach chinesischem IPR führt daher die **Verlegung des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts** beider Eheleute in einen anderen Staat zu einem **Statutenwechsel**.

Nach alledem ist also davon auszugehen, dass die Eheleute ab der Eheschließung bis zur Übersied-

lung nach Deutschland im Jahr 2007 im gesetzlichen Güterstand des chinesischen Rechts gelebt haben (zu diesem unter Ziff. 2 lit. b). **Seit dem Umzug nach Deutschland dagegen gilt kraft Rückverweisung deutsches Güterrecht.** Sie leben daher aktuell in Zugewinngemeinschaft.

## 2. Eheschließung am oder nach dem 29.1.2019

### a) Europäisches Kollisionsrecht

Sollten die Eheleute am oder nach dem 29.1.2019 geheiratet haben, bestimmt sich das auf die güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe anwendbare Recht nach den Vorschriften der **Europäischen Güterrechtsverordnung** v. 24.6.2016 (Art. 69 Abs. 3 EuGüVO). Diese gilt als *loi universelle* auch dann, wenn die Eheleute nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats i. S. d. EuGüVO besitzen (Art. 20 EuGüVO).

Gem. Art. 26 Abs. 1 lit. a EuGüVO unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe vorbehaltlich einer abweichenden ehevertraglichen Vereinbarung (Rechtswahl) dem Recht des Staates, in dem die Eheleute **nach der Eheschließung ihren ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt** genommen haben. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass die Eheleute ihren ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt nach der Eheschließung in China gehabt haben und erst später nach Deutschland übersiedelt sind. Auch in diesem Fall würde also das deutsche IPR auf das chinesische Recht verweisen.

Ein Unterschied zur zuvor geltenden Rechtslage ergibt sich allerdings daraus, dass eine **Rückverweisung** des ausländischen Rechts bei Anwendbarkeit der Europäischen Güterrechtsverordnung **nicht zu beachten** ist. Art. 32 EuGüVO bestimmt vielmehr ausdrücklich, dass eine Verweisung auf ausländisches Recht ausschließlich das ausländische materielle Recht erfasst. Die Begründung des ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts in der Volksrepublik China hätte also zur Folge, dass die Eheleute **endgültig im gesetzlichen Güterstand des chinesischen Rechts verbleiben**. Nach dem Umzug nach Deutschland würde also aus deutscher Sicht weiterhin chinesisches Recht anwendbar bleiben. Welches Recht aus chinesischer Sicht gilt, spielt keine Rolle.

Eine **Ausnahme** von dieser Unwandelbarkeit ergibt sich aus Art. 26 Abs. 3 EuGüVO, wenn das **Gericht auf Antrag** eines der Ehegatten ent-

scheidet, dass das Recht eines anderen Staates für den ehelichen Güterstand gelten soll, sofern der Antragsteller nachweist, dass die Ehegatten ihren letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in diesem anderen Staat über einen erheblich längeren Zeitraum als in dem Staat des ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts hatten und beide Ehegatten **auf das Recht dieses anderen Staates bei Planung ihrer vermögensrechtlichen Beziehung vertraut** hatten. In diesem Fall gilt das Recht des anderen Staates ab dem Zeitpunkt der Eheschließung.

Sollten freilich die Eheleute im vorliegenden Fall aufgrund **notariellen Hinweises**, dass hier wegen des ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Eheleute in China chinesisches Güterrecht gelte, gemeinsames Eigentum erwerben, dürfte ein **irrtümliches Vertrauen** auf die Geltung deutschen Rechts als das Recht des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts **wohl zerstört** sein.

### b) Chinesisches Sachrecht

Soweit chinesisches Sachrecht berufen ist, ergeben sich die materiellen güterrechtlichen Wirkungen der Ehe aus den Art. 1062 ff. des chinesischen ZGB v. 28.5.2020. Danach gilt mit der **gesetzlichen Gütergemeinschaft** ein Güterstand, bei dem der Erwerb von Vermögen nach der Eheschließung durch einen oder beide Ehegatten dazu führt, dass das entsprechende Vermögen gemeinschaftliches Vermögen der Eheleute wird. Es handelt sich also um eine **Form der Errungenschaftsgemeinschaft**.

Folge wäre im vorliegenden Fall, dass die Ehefrau zwar den Kaufvertrag allein abschließen und auch die Auflassung entgegennehmen könnte. Die Eintragung der Erwerberin als Alleineigentümerin würde aber dennoch dazu führen, dass der übertragene Gegenstand gemeinschaftliches Vermögen der Eheleute würde. Diese müssten also im **gesetzlichen Güterstand der gesetzlichen Gütergemeinschaft des Rechts der Volksrepublik China als Gesamtberechtigte im Grundbuch** eingetragen werden.

Sollte zwischen den Eheleuten Einigkeit darüber bestehen, dass die Ehefrau das Grundstück zu Alleineigentum erwerben soll, so können die Eheleute die entsprechenden güterrechtlichen Voraussetzungen dafür schaffen, indem sie durch **Ehevertrag** die gesetzliche Gütergemeinschaft

des chinesischen Rechts durch die **Gütertrennung nach chinesischem Recht** ersetzen.

Alternativ könnte u. U. auch zur Urkunde eines deutschen Notars nach Art. 22 Abs. 1 lit. a EuGÜVO eine **Rechtswahl** getroffen werden, wonach die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe dem deutschen Recht unterliegen. In der Folge würden die Ehegatten in Zugewinngemeinschaft deutschem Rechts leben. Das **chinesische Recht** würde diese **Rechtswahl ebenfalls anerkennen** (§ 24 RAG).

## BGB §§ 181, 84 Abs. 2, 84c, 723 Abs. 1 Nr. 2, 725; BayStG Art. 17

### Befreiung des Stiftungsvorstands von den Beschränkungen des § 181 BGB; fehlende Satzungsgrundlage; Notvorstand

#### I. Sachverhalt

Die A-Stiftung und die B-Stiftung sind rechtsfähige Stiftungen und die einzigen Gesellschafter der C-GbR. Beide Stiftungen werden vom alleinigen Vorstand V vertreten. V ist bei der B-Stiftung von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, bei der A-Stiftung nicht. Dort fehlt es auch an einer statutarischen Grundlage für die Befreiung. Für die Bestellung des Vorstands ist ein Stiftungsrat zuständig.

Die A-Stiftung will nun ihren Gesellschaftsanteil an der C-GbR auf die B-Stiftung übertragen. Ziel ist es, die GbR zum liquidationslosen Erlöschen zu bringen (vgl. § 712a Abs. 1 BGB).

#### II. Fragen

1. Kann V bei der A-Stiftung durch Beschluss des Stiftungsrats generell von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit werden?

2. Falls nein: Ist es wenigstens möglich, den V für die Gesellschaftsanteilsübertragung von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Befreiungsmöglichkeit

###### a) Grundsatz: keine „stiftungsinterne“ Befreiung ohne Satzungsvorsorge

Die **Vorstände der Stiftung unterliegen** nach allgemeinen Grundsätzen den Beschränkungen des **§ 181 BGB**, soweit sie nicht in der Stiftungssatzung

davon befreit sind oder soweit ihnen nicht vom statutarisch dafür vorgesehenen Organ Befreiung erteilt wird (vgl. BochumKommStiftR/Uffmann, 2023, § 84 BGB Rn. 51; Staudinger/Hüttemann/Rawert, BGB, 2017, § 86 Rn. 20; Richter/Godron/Gollan, Stiftungsrecht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 20, 33; Schwake, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 79 Rn. 314; BeckOK-BGB/Stürner, Std.: 1.11.2025, § 84 Rn. 10). Die zum 1.7.2023 weitgehend in Kraft getretene Reform des Stiftungszivilrechts (BGBl. I 2021, S. 2947) hat insoweit nichts geändert.

Einschränkungen des § 181 BGB im Hinblick auf den Alleinvorstand werden wohl nur von einer Mindermeinung befürwortet (s. Kamp, ZfPW 2019, 408, 412 ff.). Dass eine Einschränkung gerade bei der mitgliederlosen Rechtsperson angezeigt sei, erscheint aber fraglich. Dagegen lässt sich einwenden, dass die mitgliederlose Stiftung – gerade bei fehlendem Aufsichtsorgan – besonders vor Interessenkonflikten des Vorstands zu schützen ist (so MünchKommGmbHG/Weitemeyer, 10. Aufl. 2025, § 84 Rn. 26).

Enthält demnach die Satzung keinerlei Gestattung und lässt sich ihr eine solche auch durch Auslegung (s. noch unten) nicht entnehmen, so kommt eine Befreiung grundsätzlich nicht in Betracht. Fraglich ist aber, ob ein etwa installiertes **Bestellungs- oder Kontrollorgan** den Vorstand *ad hoc für den Einzelfall* befreien kann. Unseres Erachtens ist dies **nicht ohne Weiteres** anzunehmen. Letztlich müsste sich eine solche Befreiung vom Stifterwillen herleiten lassen, ebenso wie sie bei anderen Rechtsträgern auf das Willensbildungsorgan zurückzuführen ist.

Ein **Bestellungs- oder Kontrollorgan** ist hingegen **kein Willensbildungsorgan**. Über ein solches verfügt die Stiftung als Rechtsträger ohne personales Substrat nicht. Das Organ lässt sich zwar auf den Stifterwillen zurückführen, da der Stifter es in der Satzung installiert haben wird. Wenn er ihm aber die Befreiungsbefugnis nicht zugewiesen hat, ist es gerade zweifelhaft, ob man sie dem betreffenden Organ zugestehen kann. Anderer Ansicht ist *Burgard* (in: Burgard, Stiftungsrecht, 2023, § 84 BGB Rn. 38): Seines Erachtens soll ein ggf. existentes Vorstandskontrollorgan den Vorstand „im Zweifel“ für den Einzelfall befreien können. Die von ihm als Beleg in Bezug genommenen Autoren verhalten sich

zu dieser Frage aber nicht (s. Staudinger/Hüttemann/Rawert, § 86 Rn. 20; MünchKommBGB/Weitemeyer, § 84 Rn. 26 bzw. MünchKommBGB/Weitemeyer, 9. Aufl. 2021, § 86 Rn. 16).

Freilich ist es denkbar, dass sich ein **Stifterwille**, gerichtet auf eine Befreiungsmöglichkeit, **per Auslegung** ermitteln lässt; selbst ein mutmaßlicher Wille ist zu berücksichtigen (§ 83 Abs. 2 BGB). Auch Stiftungsgeschäft und Satzung sind nur deshalb „verfassungsprägend“ (vgl. § 83 Abs. 1 BGB), weil sich in ihnen der Stifterwille ausspricht (vgl. BochumKommStiftR/Heuel, § 83 BGB Rn. 12). Dass in diesem Fall eine Befreiung ohne ausdrückliche Satzungsermächtigung möglich ist, soll nicht geleugnet werden. In der Praxis wird sich jedoch ein solcher – auf den Zeitpunkt des Stiftungsgeschäfts bezogener – Wille ohne Satzungsgrundlage **nur selten mit Gewissheit** ermitteln lassen.

### b) Andere Auswege

Als Ausweg bei fehlender Satzungsvorsorge schlägt die Literatur die Bestellung eines **Notvorstands** vor (Schwake, § 79 Rn. 315; Staudinger/Hüttemann/Rawert, § 86 Rn. 11; MünchKommBGB/Weitemeyer, § 84 Rn. 26; vgl. auch OLG Frankfurt NJW 1966, 504). Insoweit dürfte seit Inkrafttreten der Reform des Stiftungsrechts zum 1.7.2023 **§ 84c BGB** heranzuziehen sein (MünchKommBGB/Weitemeyer, § 84 Rn. 26; Burgard, § 84 BGB Rn. 38). Im Unterschied zur Zeit vor der Reform, in der § 29 BGB analog angewandt wurde, ist für die Notvorstandsbestellung also nicht mehr das Gericht, sondern die sachnähtere Stiftungsbehörde zuständig (vgl. BT-Drucks. 19/28173, S. 62 f.). Für Bayern etwa bestimmt **Art. 17 BayStG**, dass die Stiftungsbehörde für Fälle des § 181 BGB einen besonderen Vertreter zu bestellen hat. Diese Bestimmung gilt allerdings nur für **Stiftungen des öffentlichen Rechts** (s. Überschrift Teil 3 BayStG), da die Stiftungsaufsicht sich nur auf solche Stiftungen bezieht (Art. 10 Abs. 1 BayStG).

Unter Umständen ließe sich eine **Satzungsänderung** erwägen, mit der eine Befreiung des Vorstands oder eine Befreiungsermächtigung eingeführt wird. Nach dem reformierten Stiftungsrecht sind Änderungen „einfacher“ Bestimmungen grds. möglich, wenn dies der Erfüllung des Stiftungszwecks dient (§ 85 Abs. 3 BGB n. F.). Letztlich entscheidet über die Möglichkeit der Satzungsänderung aber die Satzung selbst

(§ 85 Abs. 4 S. 1 BGB). Für das Verfahren gilt § 85a BGB. Eine Änderung durch den Vorstand bei Fehlen eines statutarisch zuständigen Organs (§ 85a Abs. 1 S. 1 BGB) wird ausscheiden, denn hierbei wäre der Vorstand in gleicher Weise in einem Interessenkonflikt befangen wie bei einem Insichgeschäft (vgl. auch den Rechtsgedanken des § 84b S. 2 BGB). Nach Maßgabe des § 85a Abs. 2 BGB kann auch die Stiftungsbehörde handeln.

Denkbar ist schließlich die **Bestellung eines weiteren** (einzelvertretungsberechtigten) **Vorstandsmitglieds** nach allgemeinen Grundsätzen. Hier ist es wiederum Tatfrage, ob und inwieweit die Satzung dies zulässt. Die Einschaltung eines **rechtsgeschäftlichen Vertreters** aufseiten einer Stiftung dürfte keinen Erfolg versprechen. Zwar ist es denkbar, dass der jeweils alleinvertretungsberechtigte Vorstand einen rechtsgeschäftlichen Direktvertreter der Stiftung bestellt (also nicht einen Vertreter seiner selbst als Vertreter des Vertreters). Es erscheint aber **nicht gewiss**, dass die formale Vermeidung einer Untervollmacht bereits genügt, um § 181 BGB auszuschließen (vgl. Gutachten DNotI-Report 2012, 189, 191 f.; zur Einschaltung eines Prokuristen s. allerdings BGH NJW 1984, 2085).

## 2. Alternative Gestaltungen zur Anteilsabtragung

An die Stelle der Übertragung des Gesellschaftsanteils könnte eine Ausscheidensvereinbarung oder die Kündigung der Gesellschaft durch die A-Stiftung treten. Dann würde das liquidationslose Erlöschen mit Gesamtrechtsnachfolge bei der B-Stiftung bereits durch das Ausscheiden der A-Stiftung bewirkt (§ 712a Abs. 1 BGB). Bei einer **Ausscheidensvereinbarung** (auch: Austrittsvereinbarung) stünde die A-Stiftung ebenso wie bei einer Übertragung unmittelbar der vom Vorstand vertretenen B-Stiftung gegenüber (vgl. Schulte, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 2024, § 37 Rn. 2; Reichert/Schlitt/Dolzer, GmbH & Co. KG, 9. Aufl. 2024, § 30 Rn. 54). § 181 BGB wäre in gleicher Weise betroffen.

Die **Kündigung** der Mitgliedschaft (§ 725 BGB) wäre zwar eine einseitige Erklärung, sie müsste als empfangsbedürftige Erklärung jedoch allen Mitgesellschaftern (so MünchKommBGB/Schäfer, 9. Aufl. 2024, § 725 Rn. 14) oder zumindest einem vertretungsbefugten Mitgesellschafter zugehen (so BeckOGK-BGB/Lübke, Std.:

1.9.2025, § 725 Rn. 50; BeckOK-BGB/Schöne, Std.: 1.11.2025, § 725 Rn. 12). Im vorliegenden Fall kann Empfänger nur die B-Stiftung sein, die wiederum vom Vorstand vertreten wird. Die Vertretung beim Zugang fällt ebenfalls unter § 181 BGB (MünchKommBGB/Schubert, 10. Aufl. 2025, § 181 Rn. 16).

### 3. Ergebnis

Ohne Satzungsgrundlage dürfte eine Befreiung des Stiftungsvorstands ausscheiden; jedenfalls erscheint die Gestattung – etwa durch ein Bestellungsorgan – in diesem Fall nicht praxissicher. Soweit kein anderer Vorstand vorhanden ist oder bestellt werden kann, kommt die Bestellung eines Notvorstands in Betracht.

---

## FamFG §§ 352, 352a; BGB §§ 1882, 1960, 2353

### Erbscheinsantrag bei gesetzlicher Erbfolge und unbekannten Erben; quotenloser Erbschein; Mindestteilerbschein; Bestellung eines (Nachlass-)Pflegers

---

#### I. Sachverhalt

Erblasserin E ist unverheiratet und kinderlos verstorben. Zum Nachlass gehören Immobilien und ein Aktiendepot. Ein Testament hat E nicht hinterlassen. Ihre Eltern und Großeltern sind vorverstorben. Ob das Großelternpaar väterlicherseits (Geburtsjahr ca. 1870) weitere Abkömmlinge hinterlassen hat, ist nicht bekannt. Nach dem Großelternpaar mütterlicherseits lässt sich der Stammbaum ermitteln. Bei einem vorverstorbenen Cousin der E ist allerdings unbekannt, ob dieser Abkömmlinge hinterlassen hat.

#### II. Fragen

1. Kann den bekannten Erben ein quotenloser Erbschein erteilt werden?
2. Kann den bekannten Erben ein Mindestteilerbschein erteilt werden?
3. Kann für die unbekannten Erben ein Pfleger bestellt werden?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Unbekannte Erben im Erbschein

In einem Erbschein ist der Ausweis unbekannter Erben als solcher ebenso wie der Ausweis einer bestimmten Quote für unbekannte, noch zu ermittelnde Erben unzulässig. Zweck eines Erbscheins

ist es gerade, **bestimmte Personen als Erben des Erblassers auszuweisen** (OLG Hamm ZErb 2013, 68 f.). Dazu gehört insbesondere die Feststellung, dass diese Personen den Erblasser überlebt haben (§ 1923 Abs. 1 BGB). Diese Feststellung lässt sich bei unbekannten Personen nicht treffen.

##### 2. Quotenloser Erbschein gem. § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG

In Betracht kommt, dass die bekannten Erben einen (gemeinschaftlichen) quotenlosen Erbschein beantragen. Nach § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG ist die von S. 1 der Vorschrift geforderte Angabe der Erbteile der Erben im Erbschein nicht erforderlich, wenn **alle Antragsteller** im Antrag auf die Aufnahme der Erbteile in den Erbschein **verzichten**. Liegen die Voraussetzungen des § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG vor, kann sich der Erbschein auf die **Wiedergabe der Erbfolge ohne Ausweisung der Erbteile** beschränken.

##### a) Verzicht auf Aufnahme von Erbquoten; Person des Verzichtenden

In Rechtsprechung und Literatur ist nach wie vor umstritten, **welche Personen einen Verzicht** auf die Aufnahme der Erbteile in den Erbschein erklären müssen (hierzu bereits Gutachten DNotI-Report 2020, 115). Nach einer Ansicht genügt es, wenn **der oder die antragstellenden Miterben** den Verzicht erklären (OLG Hamm FGPrax 2023, 37; OLG Düsseldorf ZEV 2020, 167 m. Anm. Zimmermann; Harders, in: Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 13. Aufl. 2022, § 352a Rn. 5 m. w. N.; Rohr, DNotZ 2023, 179, 187 ff.; Rottmann, ZEV 2024, 286, 287 f.; abw. zur Voraufage nun auch Sternal/Lamberz, FamFG, 22. Aufl. 2025, § 352a Rn. 14). Die Gegenansicht verlangt in Anbetracht der Tragweite des Verzichts eine ausdrückliche – nicht notwendigerweise gleichzeitige – Erklärung **aller Miterben** (OLG Frankfurt a. M. FGPrax 2022, 133; OLG Bremen RNotZ 2021, 109; OLG München ZEV 2020, 166; BeckOK-FamFG/Schlögel, Std.: 1.9.2025, § 352a Rn. 3 m. w. N.; Sternal/Zimmermann, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 352a Rn. 14).

Auch wenn sich für die erste Auffassung insbesondere der Wortlaut des § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG anführen lässt, sollten zumindest vorsorglich **sämtliche Miterben** mitwirken. Dies würde derzeit unbekannte Miterben einschließen.

##### b) Keine Anwendung des § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG im vorliegenden Fall?

Unabhängig von dieser Streitfrage ist allerdings

fraglich, ob der **Anwendungsbereich des § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG** überhaupt eröffnet ist.

Die Regelung zum quotenlosen Erbschein wurde im Jahr 2015 in das Gesetz eingefügt (BGBl. I, S. 1042). Der Gesetzgeber hatte dabei Fälle vor Augen, in denen die **Miterben unproblematisch feststehen, die Größe der Erbteile aber erst aufwendig geklärt** werden müsste, etwa wenn ein Erblasser allein Anordnungen über die gegenständliche Verteilung des Nachlasses getroffen hat (BT-Drucks. 18/4201, S. 60; OLG Düsseldorf NJW-RR 2020, 388, 390). Mit dem quotenlosen Erbschein lassen sich in derartigen Fällen **zeitliche Verzögerungen** bei der Erteilung des Erbscheins vermeiden. Die Regelung soll ausdrücklich Fälle betreffen, „**in denen die Miterben unproblematisch feststehen**“ (BT-Drucks. 18/4201, S. 60; zum Ganzen auch Rohr, DNotZ 2023, 179, 181 ff.). Ein quotenloser Erbschein kommt somit nicht in Betracht, wenn **Unklarheit oder Streit bereits über den Kreis der Erben** herrscht (Eckelskemper/Schmitz, in: Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 5. Aufl. 2023, Form. J.V.1. Anm. 6; Krätzschel, in: Krätzschel/Falkner/Döbereiner, Nachlassrecht, 12. Aufl. 2022, § 38 Rn. 9).

Vorliegend röhren die Unsicherheiten bei der Quotenermittlung daher, dass der **Kreis der Miterben noch nicht abschließend geklärt** ist. Ein Cousin und dessen etwaige Abkömmlinge sind noch nicht abschließend ermittelt. Der vom Gesetzgeber für den quotenlosen Erbschein gem. § 352a Abs. 2 S. 2 BGB vorgesehene Anwendungsbereich ist hierfür nicht eröffnet. Die Erteilung eines quotenlosen Erbscheins scheidet daher aus.

### 3. Mindestteilerbschein

Bereits vor Einführung des § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG war in Ausnahmefällen die Beantragung eines Erbscheins anerkannt, der die quotenmäßige Beteiligung der Miterben offenließ (sog. **vorläufiger gemeinschaftlicher Erbschein**) oder der einen Mindestbruchteil am Nachlass bezeugte, wenn die Größe des Erbteils noch ungewiss war (sog. **Mindestteilerbschein**). Ein solcher Mindestteilerbschein kam etwa als „**Nasciturus-Erbschein**“ dann in Betracht, wenn ein Erblasser neben einem Abkömmling eine schwangere Witwe hinterlassen hatte und aufgrund gesetzlicher Erbfolge beerbt worden war (KG KGJ 42, 128; aufz. zum Ganzen Rohr, DNotZ 2023, 179, 182 m. w. N.).

Fraglich ist, ob diese in der Vergangenheit etablierten „Behelfslösungen“ nach der Einführung des § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG weiterhin anzuerkennen sind. Im Schrifttum wird angedeutet, dass die **neue Regelung abschließend** ist (MünchKommFamFG/Grziwotz, 4. Aufl. 2026, § 352a Rn. 19 m. w. N.; Staudinger/Herzog, BGB, 2016, § 2353 Rn. 102: „lex specialis“). Demgegenüber meint etwa Sieghörtner (in: BeckOGK-BGB, Std.: 1.10.2025, § 2353 Rn. 134), dass die vor dem Inkrafttreten des § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG **von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze unverändert** fortgelten.

In Fällen, in denen die Erbquoten aufgrund von Bewertungsschwierigkeiten noch nicht feststehen, aber der **Kreis der Miterben bekannt** ist, erscheint es sachgerecht, von einer **abschließenden Regelung durch den neuen § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG** auszugehen. Zweifelhaft ist jedoch, ob dies auch für solche Konstellationen gilt, in denen sich die Unsicherheit bei der Ermittlung der Erbquoten aus Unklarheiten über die **Identität oder die Existenz von Miterben** ergibt. Auf entsprechende Sachverhalte geht die Gesetzesbegründung nicht ein (dazu oben Ziff. 2 lit. b). Man wird daher nicht unterstellen können, dass der Gesetzgeber eine Neuregelung auch dieser Sachverhalte beabsichtigte. Wenn Unsicherheit über die Existenz oder Identität der Miterben und damit deren Anzahl besteht, sind u. E. auch **weiterhin die bestehenden Institute** des Nasciturus- oder Mindestteilerbscheins anzuerkennen (zum Ganzen Rohr, DNotZ 2023, 179, 182 f.). Rechtsprechung, die diese Sichtweise bestätigt, ist uns allerdings nicht bekannt.

Somit kommt u. E. die Beantragung eines Mindestteilerbscheins in Betracht. Darin wird der **Erbteil mit einer Mindestgröße** festgestellt, die sich aber noch erhöhen kann (Krätzschel, § 38 Rn. 10). Ferner ist der **Grund** anzugeben, weshalb der Erbteil insoweit noch unbestimmt ist (MünchKommBGB/Grziwotz, 9. Aufl. 2022, § 2353 Rn. 10). Ein gemeinschaftlicher Erbschein für den ganzen Nachlass ist nicht möglich, weil der Kreis der Erben noch nicht abschließend feststeht. Zulässig ist aber eine **Zusammenfassung mehrerer solcher Teilerbscheine** als Gruppenerbschein oder gemeinschaftlicher Teilerbschein (Krätzschel, § 38 Rn. 10 Fn. 30; MünchKommBGB/Grziwotz, § 2353 Rn. 10).

### 4. Bestellung eines Pflegers

Zudem kommt die Bestellung eines **Nachlass-**

**Pflegers** (§ 1960 BGB) oder eines **Pflegers für unbekannte Beteiligte** (§ 1882 BGB) in Betracht. Die Nachlasspflegschaft stellt einen Sonderfall der Pflegschaft für einen unbekannten Beteiligten dar, nämlich für einen unbekannten Erben. Ein Nachlasspfleger ist zu bestellen, wenn die Voraussetzungen der §§ 1960, 1961 BGB vorliegen, andernfalls kann die Bestellung eines Pflegers nach § 1882 BGB in Betracht kommen (zur Abgrenzung s. BeckOGK-BGB/Heinemann, Std.: 1.10.2025, § 1960 Rn. 68 ff.).

Im Fall des Mindestteilerbscheins kann ein dadurch ausgewiesener Erbe **gemeinsam mit einem Pfleger** für den vielleicht hinzukommenden Miterben Verfügungen vornehmen (Krätzschel, § 38 Rn. 10 Fn. 30; MünchKommBGB/Grziwotz, § 2353 Rn. 10). Da die Erben über einzelne Nachlassgegenstände **gem. § 2040 Abs. 1 BGB nur gemeinschaftlich** verfügen können, hätte für die unbekannten Miterben bei der Veräußerung von einzelnen Nachlassgegenständen ein Pfleger zu handeln. Auf dessen Handeln sind gem. § 1888 Abs. 1 BGB (ggf. i. V. m. § 1962 BGB) die gerichtlichen Genehmigungstatbestände gem. §§ 1850 ff. BGB anzuwenden. Vorliegend befinden sich im Nachlass Aktien und Immobilien, die Wertschwankungen unterliegen und eine aufwendige Verwaltung erfordern können. Je nach Marktsituation mag deren Veräußerung geboten sein (Tatfrage). Dies könnte die Bestellung eines Pflegers erforderlich machen.

Ein Nachlasspfleger ist dazu befugt, **Verfügungen über Nachlassgegenstände** zu treffen und u. U. sogar Nachlassgrundstücke zu veräußern (vgl. BGH NJW 1968, 353, 354; Krug, in: Krug/Daragan/Bernauer, Die Immobilie im Erbrecht, 2. Aufl. 2023, § 13 Rn. 38; nur ausnahmsweise für zulässig haltend, wenn dies zur ordnungsgemäßen Verwaltung und Erhaltung des Nachlasses oder zur Schadensabwendung erforderlich ist: OLG Köln FGPrax 2018, 83, 84). Nach allgemeiner Meinung gehört aber die **Durchführung und Überwachung der Erbauseinandersetzung nicht zu den Aufgaben des Nachlasspflegers**, selbst wenn die ermittelten Miterben ihn darum ersuchen (RGZ 154, 110, 114; BayObLGZ 1951, 346, 349; OLG Düsseldorf ZEV 2012, 364; BeckOGK-BGB/Heinemann, § 1960 Rn. 155; MünchKommBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1960 Rn. 75). Sofern mit der Übertragung von Nachlassgegenständen also eine (Teil-)Erbauseinandersetzung einhergehen sollte, fiele diese nicht in den Aufgabenbereich eines Nachlasspflegers.

Der Wirkungskreis eines Nachlasspflegers umfasst allgemein die Sicherung und Verwaltung des Nachlasses sowie die Ermittlung der Erben (MünchKommBGB/Leipold, § 1960 Rn. 51). Zumindest unter diesem Gesichtspunkt könnte vorliegend die Bestellung eines Nachlasspflegers in Betracht kommen. Neben der **Unklarheit über die endgültigen Erben** muss gem. § 1960 BGB ein **Fürsorgebedürfnis** bestehen. Dieses wird vom Nachlassgericht nach pflichtgemäßem Ermessen beurteilt, kann jedoch zu verneinen sein, soweit Miterben vorhanden sind, die den Nachlass zuverlässig verwalten (MünchKommBGB/Leipold, § 1960 Rn. 26). Da es sich um eine **Tatfrage** handelt, ist uns eine abschließende Beurteilung nicht möglich.

## Rechtsprechung

**BGB § 138 Abs. 1 u. 2, § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1, § 894**

**Wucherähnliches Geschäft; Nichtigkeit eines Kaufvertrags; Berechnung des Verkehrswerts eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück**

**1. Der Kondiktionsanspruch des Verkäufers ist bei einer Nichtigkeit allein des Kaufvertrages nach § 138 Abs. 1 BGB auf Rückübertragung des Eigentums gerichtet, während bei einer Nichtigkeit auch des Erfüllungsgeschäfts nach § 138 Abs. 2 BGB Grundbuchberichtigung verlangt werden kann.**

**2. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass der Verkehrswert eines Miteigentumsanteils dessen rechnerischem Anteil an dem Verkehrswert des gesamten Grundstücks entspricht; das gilt auch bei einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines Grundstückskaufvertrages. Derjenige, der sich auf die Nichtigkeit eines Kaufvertrages über einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück als wucherähnliches Geschäft nach § 138 Abs. 1 BGB beruft, kann sich daher darauf beschränken, Angaben zum Verkehrswert des Grundstücks zu machen; einer gesonderten Darlegung des Werts des Miteigentumsanteils bedarf es nicht.**

BGH, Urt. v. 7.11.2025 – V ZR 155/24

### Problem

Ehefrau und Ehemann waren zu je 1/2 Miteigen-

tümer eines Grundstücks. Im Zuge der Trennung veräußerte die Ehefrau an zwei Erwerber jeweils einen Miteigentumsanteil in Höhe von 1/5. Die Erwerber verpflichteten sich gegenüber der Ehefrau, diese im Innenverhältnis zu ihrem Ehemann von bestimmten Darlehensverbindlichkeiten bei einer Bank freizustellen. Der Wert des gesamten Grundstücks betrug im Zeitpunkt des Vertragschluss ca. 690.000 €, rechnerisch entfielen auf die veräußerten 2/5 somit 276.000 €. Dem gegenüber standen auf die Ehefrau entfallende Verbindlichkeiten i. H. v. ca. 55.000 €. Die Erwerber beantragten schließlich die Zwangsversteigerung des Grundstücks zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft.

Die Ehefrau verklagte die Erwerber zunächst vor dem Landgericht auf Rückübertragung der Miteigentumsanteile wegen eines krassen Missverständnisses zwischen Leistung und Gegenleistung nach § 138 Abs. 1 BGB. Hilfsweise beantragte sie, die Erwerber zu verurteilen, die Berichtigung des Grundbuchs dahingehend zu bewilligen, dass sie Inhaberin der auf die Beklagten gebuchten Miteigentumsanteile sei. Das Landgericht wies die Klage ab.

Während des Berufungsverfahrens vor dem Kammergericht erging sodann im Teilungsversteigerungsverfahren der Zuschlag des Grundstücks an einen Dritten. Die Ehefrau beantragte in der Berufungsinstanz daher zuletzt die Feststellung, dass sich der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt habe. Das Kammergericht wies die Berufung zurück.

### Entscheidung

Die vom Senat zugelassene Revision führte zur Zurückweisung an eine andere Kammer des Berufungsgerichts.

Für das Revisionsverfahren unterstellt der BGH aufgrund der Ausführungen des Berufungsgerichts, dass die **Rückübertragung** der Miteigentumsanteile **mit dem Zuschlag objektiv unmöglich** (§ 275 Abs. 1 BGB) wurde (Rn. 8). Entscheidend für den Erfolg der Revision sei somit, ob die Klage bis zu diesem Zeitpunkt zulässig und begründet gewesen sei.

Zum Sittenwidrigkeitsvorwurf führt der BGH sodann zunächst allgemein aus, dass ein gegenseitiger **Vertrag als wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig** sei, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein

auffälliges Missverständnis bestehe und außerdem mindestens ein weiterer Umstand hinzukomme, der den Vertrag bei Zusammenfassung der subjektiven und der objektiven Merkmale als sittenwidrig erscheinen lasse. Dies sei insbesondere der Fall, wenn eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten hervorgetreten sei, wobei wiederum ein besonders grobes Missverständnis den Schluss auf eine solche verwerfliche Gesinnung zulasse. Von einem besonders groben Missverständnis sei bei Grundstücksgeschäften wiederum auszugehen, wenn der Wert der Leistung „*knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung*“ (Rn. 11).

Der BGH geht **im konkreten Fall** von einem solchen **besonders groben Missverständnis** aus. Ausgehend von der Nichtigkeit des Kaufvertrags nimmt der BGH an, der Rechtsgrund für die Leistung der Ehefrau sei entfallen und es habe demnach **ein Anspruch auf Rückübereignung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB** bestanden (Rn. 15). Das Kammergericht hatte offenbar angenommen, der Rechtsgrund für den Eigentumserwerb der Erwerber sei die Auflassung selbst, die ihrerseits als wertneutrales abstraktes Verfügungs geschäft von einer etwaigen Sittenwidrigkeit des Verpflichtungsgeschäfts nicht erfasst werde.

Dem widerspricht der BGH. Er betont, dass sich bei einem **wucherähnlichen sittenwidrigen Geschäft** nach § 138 Abs. 1 BGB die **Nichtigkeit nur auf das schuldrechtliche Grundgeschäft** beziehe. Die abstrakten Erfüllungsleistungen blieben hingegen wirksam. Rechtsgrund für den Eigentumserwerb sei der Kaufvertrag als schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft und nicht die Auflassung selbst. Die Auflassung sei Teil des Erfüllungsgeschäfts. Das Erfüllungsgeschäft könne lediglich nach § 138 Abs. 2 BGB nichtig sein. In diesem Fall könne Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB verlangt werden (Rn. 15).

Das Landgericht hatte die Klage wohl mit der Begründung abgewiesen, das besonders grobe Missverständnis sei nicht nachgewiesen, da nicht hinreichend substantiiert zum Verkehrswert der veräußerten Miteigentumsanteile vorgetragen worden wäre. Die Ehefrau hatte sich hinsichtlich des Verkehrswerts auf ein Privatgutachten sowie auf das im Teilungsversteigerungsverfahren eingeholte Verkehrswertgutachten bezogen. Das **Landgericht** hatte jedoch gemeint, es könne **nicht einfach der Verkehrswert des gesamten Grundstücks entsprechend dividiert** werden, um den Verkehrswert eines Miteigentumsanteils

zu ermitteln. Dies sei unplausibel, da der Ehemann Miteigentümer zu 1/2 sei und die Immobilie allein bewohne.

Der **BGH** hält die Anforderungen des Landgerichts für überspannt. Der Vortrag der Klägerin zum Wert der veräußerten Miteigentumsanteile sei als ausreichend anzusehen (Rn. 17 ff.). Derjenige, der sich auf die Nichtigkeit eines Kaufvertrags über einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück als wucherähnliches Geschäft nach § 138 Abs. 1 BGB berufe, brauche **nur Angaben zum Verkehrswert des Grundstücks** zu machen. Er sei nicht gehalten, von sich aus zu etwaigen Abschlägen vorzutragen. Hierüber sei ggf. Beweis zu erheben.

---

### **EStG § 24 Nr. 1 lit. a; BGB § 1030 Abs. 1 Entgeltliche Aufgabe eines Nießbrauchsrechts an einem Grundstück; ertragsteuerliche Be- handlung; steuerbare Entschädigung**

**1. Das Entgelt für den Verzicht auf die Aus-  
übung eines Nießbrauchsrechts an einem dem  
Privatvermögen zugehörigen Grundstück ist  
eine steuerbare Entschädigung gemäß § 24  
Nr. 1 Buchst. a des Einkommensteuergesetzes  
(EStG), wenn der Nießbraucher das Grund-  
stück zum Zeitpunkt des Verzichts tatsäch-  
lich vermietet und hieraus Einkünfte aus Ver-  
mietung und Verpachtung erzielt (entgegen  
Urteil des Bundesfinanzhofs – BFH – vom  
25.11.1992 - X R 34/89, BFHE 170, 76, BStBl  
II 1996, 663, unter 1.b).**

**2. Der Tatbestand des § 24 Nr. 1 Buchst. a EStG setzt nicht voraus, dass der Steuerpflichtige, dem eine Entschädigung als Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen zufließt, bei Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung unter rechtlichem, wirtschaftlichem oder tatsächlichem Druck stand (unter andrem entgegen BFH-Urteil vom 24.10.1990 - X R 161/88, BFHE 162, 329, BStBl II 1991, 337, unter 3).**

BFH, Urt. v. 10.10.2025 – IX R 4/24

#### **Problem**

Eigentümer eines Grundstücks waren mehrere Personen in Erbgemeinschaft. Die Immobilie war belastet mit einem lebenslangen Nießbrauchsrecht.

Die Nießbraucherin (i.F. „Klägerin“) vermietete das Grundstück zunächst an fremde Dritte und erzielte deshalb Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Ab 2012 vermietete sie das Grundstück an eine Kommanditgesellschaft (KG), deren persönlich haftende Gesellschafterin sie war. Das Nießbrauchsrecht wurde dadurch Sonderbetriebsvermögen der Klägerin bei der KG und die Klägerin erzielte aus der Vermietung fortan gewerbliche Einkünfte. Als die Klägerin 2018 aus der Gesellschaft ausschied, fiel das Nießbrauchsrecht wieder in ihr Privatvermögen. Die Mieteinnahmen führten hiernach wieder zu Einkünften aus Vermietung und Verpachtung.

Im Jahr 2019 verzichtete die Klägerin vertraglich gegen Zahlung einer Entschädigung auf ihr Nießbrauchsrecht. Der Abfindungsbetrag überstieg dabei – wohl unstreitig – den Wert des Nießbrauchsrechts. Das Finanzamt erfasste den Vorgang daher als privates Veräußerungsgeschäft nach § 23 EStG. Hiergegen wandte sich die Klägerin erfolgreich vor dem FG Münster (DStRE 2024, 922). Ein entgeltlicher Verzicht auf ein Nießbrauchsrecht stelle keine Veräußerung, sondern einen veräußerungähnlichen Vorgang dar. Ein solcher falle nicht unter § 23 EStG.

#### **Entscheidung**

Die Revision des Finanzamts führte zur Aufhebung und Zurückverweisung an die Vorinstanz.

Nach dem BFH ist in dem entgeltlichen **Verzicht auf das Nießbrauchsrecht an einer vom Nießbraucher vermieteten Immobilie** eine **steuerbare** und steuerpflichtige **Entschädigung** für entgehende Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung nach § 24 Nr. 1 lit. a EStG zu sehen.

Die Norm lautet:

*„Zu den Einkünften im Sinne des § 2 Absatz 1 gehören auch*

- 1. Entschädigungen, die gewährt worden sind*
- a) als Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen [...].“*

Der entgeltliche Teil des Verzichts sei den nach § 24 Nr. 1 lit. a i. V. m. § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG steuerbaren Einnahmen zuzuordnen. § 24 EStG stelle die Reichweite der einzelnen Einkunftsarten klar. Der Norm sei zu entnehmen, zu welcher Einkunftsart eine Entschädigung gehöre. Es könne der Norm aber auch entnommen werden, dass solche Entschädigungen nicht zu den in

§ 2 Abs. 1 EStG genannten Einkünften zählten, die für entgangene oder entgehende Einnahmen gewährt würden, die ihrerseits nicht zu den Einkünften i. S. v. § 2 Abs. 1 EStG zählten (Rn. 17). Entscheidend für die Anwendung des § 24 Nr. 1 lit. a EStG sei, dass die **Entschädigung für den Wegfall steuerbarer Einnahmen** gewährt werde. Der Tatbestand sei hingegen nicht erfüllt, wenn die Entschädigung für den Vermögensverlust an einem Wirtschaftsgut geleistet werde (Rn. 18).

Nach dem BFH ist jedenfalls dann von einer Entschädigung im Sinne des § 24 Nr. 1 lit. a EStG auszugehen, wenn der Nießbraucher das Grundstück zum Zeitpunkt des Verzichts tatsächlich vermietet und folglich daraus Einkünfte gem. § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG erzielt habe. Die Entschädigung werde dann für den Wegfall der Einnahmen und nicht für den Wegfall des Nießbrauchs selbst bezahlt. Der BFH stellt insoweit eine wirtschaftliche Betrachtung an (Rn. 24). Die tatsächliche Einkünftezielung sei der wirtschaftliche Kerngehalt des aufgegebenen Rechts. Das Nießbrauchsrecht habe losgelöst von seiner Nutzung zur Einkünftezielung keinen eigenständigen wirtschaftlichen Wert.

Für unerheblich hält es der BFH entgegen anderslautender früherer Rechtsprechung, dass der **Verzicht hier freiwillig** erfolgte, nicht von dritter Seite veranlasst wurde und die Verzichtende auch nicht unter rechtlichem, wirtschaftlichem oder tatsächlichem Druck stand (Rn. 30 ff.). Dafür, dass freiwillige Verzichte vom Anwendungsbereich auszunehmen seien, biete der Wortlaut des § 24 Nr. 1 lit. a EStG keine Stütze. Auch der Normzweck gebiete die Annahme einer derartigen ungeschriebenen Voraussetzung nicht (Rn. 35). Wie die Entschädigung zustande komme, habe für den Steuertatbestand keine Bedeutung.

### Praxishinweis

Herrler hat in der Vergangenheit bereits umfassend auf die „Risiken und Nebenwirkungen der Aufgabe von Nutzungsrechten (Nießbrauch, Wohnungsrecht etc.)“ hingewiesen (DNotZ 2019, 493). Die aktuelle BFH-Entscheidung fügt eine u. U. ganz erhebliche Nebenwirkung hinzu. **Bislang** wurden entgeltliche Verzichte auf Nießbrauchsrechte von der Finanzverwaltung, soweit ersichtlich, überwiegend als **nicht steuerbare Vermögensumschichtungen** qualifiziert (vgl. sog. „Nießbrauchserlass“, BMF-Schreiben v. 30.9.2013, BStBl. I 2013, 1184 Rn. 58, 60 ff. für verschiedene Arten des Nießbrauchs). Ausdrü-

cklich offengelassen hat der BFH, ob er ebenso entschieden hätte, wenn das Grundstück zum Zeitpunkt des Verzichts nicht vermietet gewesen wäre (Rn. 25 a.E.).

---

### WEG § 10; BGB § 343; HGB § 348

**Vertragsstrafe wegen einer Bauzeitüberschreitung; Ausbaugestattung in der Gemeinschaftsordnung**

In einer Gemeinschaftsordnung können für den Fall einer Bauzeitüberschreitung bei der Ausübung eines Ausbaurechts Regelungen über Strafzahlungen getroffen werden, für die §§ 339 ff. BGB gelten. Hiernach verwirkte Strafen unterliegen der Herabsetzungsmöglichkeit nach § 343 BGB; § 348 HGB ist nicht anwendbar.

BGH, Urt. v. 24.10.2025 – V ZR 129/24

### Problem

Die beklagte Gesellschaft war Mitglied der klagenden Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE). Die Gemeinschaftsordnung (GemO) gestattete es der Beklagten, den Dachbereich auszubauen und das Dach aufzustocken. Die GemO enthielt hierzu folgende Regelung:

„[...] Die Baumaßnahmen von Beginn bis zur Beendigung der Arbeiten müssen innerhalb von maximal 15 Monaten abgeschlossen werden. Der Beginn ist dem Verwalter anzugeben. Bei einer Bauzeitüberschreitung von 15 Monaten ist eine Konventionalstrafe an die Wohnungseigentümergemeinschaft in Höhe von 1 % der Bausumme des Dachgeschoßes pro Monat der Bauzeitüberschreitung zu zahlen. Als Bausumme wird ein Betrag von 1.500 € pro Quadratmeter Wohnfläche für die Bemessung der Vertragsstrafe verbindlich festgelegt. [...]“

Die Beklagte machte von dieser Gestattung Gebrauch. Betroffen war eine Wohnfläche von über 1000 m<sup>2</sup>. Die Bauzeit betrug mindestens 33 Monate. Die GdWE verlangte von der Beklagten daher eine Zahlung von ca. 230.000 € wegen der Bauzeitüberschreitung.

Die Vorinstanzen gaben der Klage der GdWE statt: Die Gemeinschaftsordnung unterliege nicht der AGB-Kontrolle; auch sei kein Missbrauch einseitiger Gestaltungsmacht gegeben (§ 242 BGB). Damit sei die Wirksamkeit der

Vertragsstrafenklausel allein an §§ 134, 138 BGB zu messen, deren Voraussetzungen jedoch nicht erfüllt seien. Die einzelnen Wohnungseigentümer hätten zwar nach § 10 Abs. 2 WEG u. U. einen Anspruch auf Anpassung einer Regelung in der GemO, müssten sich an den Regelungen aber festhalten lassen, solange eine solche Anpassung nicht erfolgt sei. Eine Anpassung der Höhe der verwirkten Vertragsstrafe nach § 313 BGB oder § 343 BGB komme nicht in Betracht.

### Entscheidung

Der BGH hob das Urteil der Berufungsinstanz auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurück.

Zutreffend habe das Berufsgericht angenommen, dass die **Regelungen der §§ 339 ff. BGB** auf das hier betroffene Strafversprechen **anwendbar** seien. Die **für Vereins- und Verbandsstrafen entwickelten Grundsätze** seien **nicht heranzuziehen**. Um eine solche Strafe, die nicht auf Vertrag, sondern auf einer Unterwerfung unter die Mitgliedschaft (in dem Verein/Verband) beruhe, gehe es vorliegend nicht. Eine richterliche Herabsetzung der Vertragsstrafe nach § 343 BGB komme daher grundsätzlich in Betracht.

Der BGH deutet an (Rn. 13), dass es für die Abgrenzung zwischen der Anwendbarkeit der §§ 339 ff. BGB von der Anwendbarkeit der Grundsätze über Vereins- und Verbandsstrafen darauf ankommen könnte, ob zusätzlich zur Verwirkung des inkriminierten Verhaltens ein **gesondertes Verfahren zur Festsetzung der Strafe und deren Höhe** eingehalten werden muss. Im vorliegenden Fall konnte der BGH die Frage jedoch **offenlassen**, da hier das inkriminierte Verhalten (Überschreiten der Bauzeit) unmittelbar zur Vertragsstrafe führen sollte, es also keiner zusätzlichen Beschlussfassung der GdWE bedurfte. Zudem hält der BGH es im Hinblick auf die Abgrenzung auch für entscheidend, dass diese Vertragsstrafe nur den Beklagten und nicht auch jeden anderen Wohnungseigentümer treffen konnte.

Der BGH bestätigt zudem, dass in einer GemO für den Fall der Bauzeitüberschreitung bei Ausübung eines Ausbaurechts Regelungen über Strafzahlungen getroffen werden können, für die die §§ 339 ff. BGB gelten (Rn. 16). Offenlassen kann der BGH die Frage, ob eine Vertragsstrafenregelung auch nachträglich durch Beschluss eingeführt werden kann. Richtig habe die Vor-

instanz des Weiteren entschieden, dass **die AGB-Kontrolle nicht stattfinde** und die Regelung auch nicht unter dem Aspekt der Missbrauchskontrolle nach § 242 BGB nötig sei; ebenso wenig lägen die Voraussetzungen der §§ 134, 138 BGB vor (Rn. 17).

Auch eine **Anpassung der Strafhöhe nach § 313 Abs. 1 BGB** komme **nicht in Betracht**, da jedenfalls § 10 Abs. 2 WEG insoweit als *lex specialis* vorrangig sei (Rn. 20). **Nicht anwendbar sei zudem § 348 HGB** (Rn. 26 ff.), da die Beklagte das Strafversprechen nicht im Sinne von § 348 HGB durch Rechtsgeschäft abgegeben habe; sie sei vielmehr kraft Gesetzes in die GemO eingetreten, die ihrerseits ein Strafversprechen enthalten habe.

Entgegen dem Berufsgericht komme **allerdings eine Herabsetzung nach § 343 BGB** in Betracht (Rn. 21 ff.). Nach § 343 Abs. 1 S. 1 BGB könne eine aufgrund einer Vertragsstrafenvereinbarung verwirkzte Strafe auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden, wenn sie unverhältnismäßig hoch sei.

§ 10 Abs. 2 WEG sei insoweit nicht vorrangig, denn es gehe vorliegend nicht um ein Verlangen nach Anpassung der GemO. Beantragt sei vielmehr die Herabsetzung einer Strafe, deren Grundlage sich lediglich in der GemO finde, und gerade nicht die Änderung der GemO selbst. Die Herabsetzung einer im Einzelfall unverhältnismäßig hohen Strafe **betreffe nicht die bestehenden Verwaltungs- und Benutzungsregelungen der Gemeinschaft** und greife nicht unmittelbar in das durch Vereinbarungen geschaffene Gefüge der Wohnungseigentümer ein. Das Berufsgericht habe daher die Möglichkeit der Herabsetzung der Strafe gem. § 343 BGB zu prüfen.







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:** Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Sebastian Steuer

**Bezugsbedingungen:**

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

**Bezugspreis:**

Jahresabonnement 170,00 € zzgl. 7 % MwSt. 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 Erscheinungsstermin 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:**

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice  
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn