

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

23. Jahrgang  
Oktober 2015  
ISSN 1434-3460

19/2015

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 464 Abs. 2; PreisklG § 1 – Vorkaufsrecht mit festem Kaufpreis im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten (preislimitiertes Vorkaufsrecht); Wertsicherungsklausel; Verstoß gegen PreisklG

GmbHG §§ 55, 53, 54, 57, 3 Abs. 2, 58 – Aufhebung eines korporativen Agios oder Aufgelds nach Eintragung der Kapitalerhöhung; Insolvenz der Gesellschaft nach Aufhebung

### Gutachten im Abrufdienst

### Rechtsprechung

BGB §§ 434, 133, 157; EnEV § 16 – Aushändigung des Energieausweises ist keine Beschaffenheitsvereinbarung

ErbStG §§ 13 Abs. 1 Nr. 4c, 13c Abs. 1 u. 3 – Befreiung eines Familienheims von der Erbschaftsteuer bei Erbauseinandersetzung

### Literaturhinweise

### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB § 464 Abs. 2; PreisklG § 1 Vorkaufsrecht mit festem Kaufpreis im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten (preislimitiertes Vorkaufsrecht); Wertsicherungsklausel; Verstoß gegen PreisklG

#### I. Sachverhalt

E möchte seinem Sohn (S) eine unbebaute Teilfläche seines Grundstücks überlassen. S plant, auf dieser Teilfläche ein Gebäude zu errichten. Für den Fall eines späteren Verkaufs möchte E ein sog. preislimitiertes Vorkaufsrecht eingeräumt bekommen. Der maximal vom Vorkaufsberechtigten zu zahlende Kaufpreis soll sich nach folgender Formel berechnen: Für den Grund und Boden der überlassenen Teilfläche ist grds. ein Preis von 200.000 € anzusetzen, wobei dieser Wert entsprechend den Veränderungen des Verbraucherpreisindex für Deutschland zwischen dem Monat der Beurkundung der Teilflächenschenkung und dem Monat des Drittverkaufs anzupassen ist. Für das von S noch zu errichtende Gebäude ist dessen Verkehrswert anzusetzen, der notfalls von einem Sachverständigen zu schätzen ist.

#### II. Frage

Ist ein preislimitiertes Vorkaufsrecht in der Weise zulässig, dass der Höchstbetrag des vom Vorkaufsberechtigten zu

zahlenden Kaufpreises nicht bereits bei Einräumung des Vorkaufsrechts bestimmt ist, sondern erst durch spätere Umstände feststellbar wird?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Schuldrechtliches Vorkaufsrecht mit festem Kaufpreis (preislimitiertes Vorkaufsrecht)

Die Ausübung eines Vorkaufsrechts hat nach der gesetzlichen Regel des § 464 Abs. 2 BGB zur Folge, dass der Kauf zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Verpflichteten unter den Bedingungen zustande kommt, die der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat. Beim dinglichen Vorkaufsrecht gilt dasselbe aufgrund der Verweisung in § 1098 Abs. 1 S. 1 BGB.

Soweit ersichtlich, sind sich Rechtsprechung und Literatur einig darüber, dass **§ 464 Abs. 2 BGB im Rahmen des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts** der Vertragsfreiheit unterliegt, also **dispositiv** ist. Die Vertragsparteien können abweichend etwa vereinbaren, dass für den Kaufvertrag infolge Ausübung des Vorkaufsrechts ein **fester (Höchst-) Kaufpreis oder der Schätzpreis** gilt (sog. preislimitiertes Vorkaufsrecht). Demgegenüber wird beim dinglichen Vorkaufsrecht eine solche Abweichung von der gesetzlichen Regel wegen des sachenrechtlichen Typenzwangs ganz überwiegend nicht für möglich gehalten (RGZ 104, 122, 123; BayObLG BeckRS 1995, 11041, Tz. 17 = MittBayNot 1995, 460; OLG München RNotZ 2008, 226, 228; OLG Frankfurt NJW-RR 2008, 895, 896; BeckOGK-BGB/Omlor, Std.: 1.6.2015, § 1094 Rn. 29.1;

Hahn, MittRhNotK 1994, 193, 194; MünchKommBGB/Westermann, 6. Aufl. 2012, § 464 Rn. 5 m. Fn. 21; MünchKommBGB/Westermann, 6. Aufl. 2013, § 1094 Rn. 6; Staudinger/Schermaier, BGB, Neubearb. 2013, § 464 Rn. 18; Staudinger/Schermaier, Neubearb. 2009, Vor §§ 1094 ff. Rn. 14).

Die beabsichtigte Gestaltung kommt daher nur als schuldrechtliches Vorkaufsrecht, nicht als dingliches Vorkaufsrecht gem. § 1094 BGB in Betracht. Das schuldrechtliche Vorkaufsrecht lässt sich im Übrigen **durch Eintragung einer Vormerkung ebenfalls dinglich absichern** (vgl. RGZ 104, 122, 123; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1441; Muster bei Langenfeld/Keith, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6, 6. Aufl. 2010, IX. 25).

## 2. Zulässigkeit der Wertsicherungsklausel

Da die Vertragsparteien bei Vereinbarung des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts **weitgehende Privatautonomie** genießen (vgl. Ziff. 1), steht es ihnen grundsätzlich frei, für den Kaufvertrag infolge Ausübung des Vorkaufsrechts anderes als den Festpreis vorzusehen. So begegnet es u. E. keinen Bedenken, dass sich der **Kaufpreis**, soweit er auf die (noch zu errichtenden) Gebäude entfällt, **anhand des** – ggf. durch einen Sachverständigen zu ermittelnden – **Verkehrswerts** bemisst.

Hinsichtlich des Grund und Bodens soll ein Kaufpreisanteil als Festpreis i. H. v. 200.000 € vereinbart, jedoch mit einer **Wertsicherungsklausel** versehen werden, die diesen Kaufpreisanteil an die Entwicklung des Verbraucherpreisindex für Deutschland koppelt. Es fragt sich, ob die §§ 1 ff. **PreisklG (Preisklauselgesetz)** der Vereinbarung einer solchen Wertsicherungsklausel entgegenstehen. Daran kann man insbesondere deshalb zweifeln, weil keiner der Fälle einer zulässigen Preisklausel gem. § 3 PreisklG gegeben ist. Voraussetzung für einen Verstoß gegen § 1 Abs. 1 PreisklG ist allerdings, dass überhaupt eine dem Preisklauselgesetz unterfallende Wertsicherungsklausel vorliegt. Die Vorschrift des § 1 Abs. 1 PreisklG verbietet es, dass sich der Betrag von Geldschulden unmittelbar und selbsttätig durch den Preis oder Wert anderer Güter oder Leistungen bestimmt, die mit den vereinbarten Gütern oder Leistungen nicht vergleichbar sind. Die Klauseln gem. § 1 Abs. 2 PreisklG sind *per se* nicht vom Verbot erfasst. Ausgenommen sind mithin Leistungsvorbehalts-, Spannungs- und Kostenelementklauseln (vgl. hierzu allg. Reul, MittBayNot 2007, 445, 446 ff.; speziell zum bauträgervertraglichen Kontext Klühs, ZfIR 2012, 850).

Im Übrigen setzt das Preisklauselverbot das Bestehen einer Geldforderung voraus. **Lediglich die Indexierung einer bereits bestehenden Geldforderung** soll durch die §§ 1 ff. PreisklG sanktioniert sein (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl. 2015, § 1 PreisklG Rn. 2 [Anh. § 245]; Reul, MittBayNot 2007, 445, 452 m. Fn. 55; jurisPK-BGB/Toussaint, 7. Aufl. 2014, § 1 PreisklG Rn. 22; Kirchhoff, DNotZ 2007, 913, 915; vgl. auch Gutachten DNotI-Report 2003, 105). **Nicht anwendbar** ist das Verbot demnach **auf (aufschiebend) befristete bzw. bedingte Forderungen**. Die künftige Forderung ist dabei insbesondere von einer sog. betagten Forderung zu unterscheiden, die den §§ 1 ff. PreisklG sehr wohl unterfällt (vgl. vorgenannte Fundstellen). Während die künftige Forderung erst mit Bedingungseintritt entsteht, ist die betagte Forderung bereits entstanden, wird aber erst in der Zukunft fäl-

lig (Palandt/Ellenberger, § 163 Rn. 2). Dass § 1 Abs. 1 PreisklG nicht für künftige Forderungen gilt, soll sich aus dem Normzweck des Gesetzes ergeben: Das Schutzgut der **Preisstabilität** ist nur betroffen, wenn die Klausel eine bereits bestehende Geldschuld der Anpassung unterwirft (vgl. jurisPK-BGB/Toussaint, § 1 PreisklG Rn. 22). Es liegt **keine Wertsicherung** einer Geldschuld vor.

Die Argumentation mit dem Schutzzweck ist u. E. überzeugend: Solange eine Geldschuld noch nicht entstanden ist, greift das Indexierungsverbot nicht ein. Wie der Sachverhalt anschaulich illustriert, soll mithilfe der gewählten Wertsicherungsklausel lediglich die **Höhe der Geldschuld im Zeitpunkt ihrer Entstehung** bestimmt werden. Ist die Schuld aber einmal entstanden – hier: durch Ausübung des Vorkaufsrechts –, ist ihre **Höhe gerade unveränderlich**. Die Wertsicherungsklausel bezweckt vorliegend nämlich nur, den Kaufpreisanteil für Grund und Boden zu bestimmen, der – abweichend von § 464 Abs. 2 BGB – gelten soll, wenn durch Ausübung des Vorkaufsrechts gem. § 464 Abs. 2 BGB ein Kaufvertrag zwischen Vorkaufsberechtigtem und -verpflichtetem zustande kommt. Der aus diesem Kaufvertrag resultierende Kaufpreisanspruch stellt daher keine betagte, sondern eine (doppelt) bedingte Forderung dar, denn er entsteht erst dann, wenn (1.) der Vorkaufsfall eintritt und (2.) das Vorkaufsrecht wirksam ausgeübt wird.

## 3. Ergebnis

Die Beteiligten können im Wege eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts dem Vorkaufsberechtigten die Möglichkeit geben, das Grundstück zu einem bestimmten Festpreis zu erwerben. Das Vorkaufsrecht lässt sich durch eine Vormerkung im Grundbuch sichern. Es verstößt nicht gegen das PreisklG, dass der Kaufpreis nach dem Verbraucherpreisindex im Zeitpunkt der Vorkaufsrechtsausübung angepasst werden soll.

---

## GmbHG §§ 55, 53, 54, 57, 3 Abs. 2, 58 Aufhebung eines korporativen Agios oder Aufgelds nach Eintragung der Kapitalerhöhung; Insolvenz der Gesellschaft nach Aufhebung

### I. Sachverhalt

A ist Alleingesellschafter der X-GmbH. 2014 beschließt er eine Barkapitalerhöhung mit Agio. Das Agio beträgt 800.000 € 250.000 € davon sind sofort zu zahlen, der Rest wird nach Aufforderung der Gesellschafterversammlung fällig. B übernimmt die neuen Anteile und verpflichtet sich in der Übernahmeerklärung zugleich zur Zahlung des Agios. Er zahlt die Mindesteinlage und den fälligen Teil des Agios. Die Kapitalerhöhung wird im Handelsregister eingetragen.

2015 geraten die Gesellschafter in Streit. B möchte aus der Gesellschaft wieder ausscheiden und bietet seine Geschäftsanteile dem A zum Kauf an; A ist zum Erwerb bereit. Beide Gesellschafter sind sich einig, dass das restliche Agio nicht mehr gezahlt werden soll. „Zur Sicherheit“ wollen sie die Agiopflicht ausdrücklich aufheben. Die Gesellschafter meinen, dass man den Kapitalerhebungsbeschluss insoweit ändern könne.

### II. Fragen

1. Wie lässt sich nach Eintragung der Kapitalerhöhung die

Verpflichtung zur Zahlung eines Agios aufheben, das im Rahmen einer Kapitalerhöhung begründet wurde? Ist die Aufhebung im Handelsregister einzutragen? Sind evtl. die Vorschriften über die Kapitalherabsetzung analog anzuwenden?

2. Was gilt, wenn nach der Aufhebung das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet wird? Kann der Insolvenzverwalter trotz Aufhebung vom Gesellschafter die Zahlung des Agios zur Masse fordern?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Abgrenzung schuldrechtliches/korporatives Agio

Die Verpflichtung zur Zahlung eines Agios oder Aufgelds, das der Gesellschafter neben der Einlage zu leisten hat, wird regelmäßig im Rahmen der Gesellschaftserrichtung oder der Kapitalerhöhung begründet. Sie kann sowohl schuldrechtlichen als auch korporativen Charakter haben (BGH DNotZ 2008, 461, 462 Tz. 13).

Für den vorliegenden Fall der Kapitalerhöhung gilt: Ist das Agio **Teil des Kapitalerhöhungsbeschlusses und der Übernahmeerklärung**, zielt es auf eine korporative Nebenleistungspflicht (vgl. § 3 Abs. 2 GmbHG) und wird mit Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister verbindlich (BGH DNotZ 2008, 461, 462 f. Tz. 15); eine Verankerung in der Satzung ist nicht erforderlich (DNotZ 2008, 461, 462 Tz. 14). Wir setzen im Folgenden voraus, dass das konkret gegebene Agio korporativen Charakter hat.

#### 2. Anforderungen an Aufhebung eines korporativen Agios

##### a) Aufhebung als Satzungsänderung

Hinsichtlich der Aufhebung des korporativen Agios liegt u. E. die entscheidende Zäsur in der Eintragung der Kapitalerhöhung: **Vor der Eintragung** stünde es den Gesellschaftern frei, das Agio als Teil des Kapitalerhöhungsbeschlusses aufzuheben, den Kapitalerhöhungsbeschluss insofern also zu verändern. Dafür wäre – wie für jede Änderung – ein förmlicher Beschluss gem. § 53 Abs. 2 GmbHG erforderlich (BGH NJW-RR 2008, 486 f. Tz. 6 = MittBayNot 2008, 231; MünchKommGmbHG/Lieder, 2011, § 55 Rn. 60). Formlos möglich wäre lediglich die „Totalaufhebung“ des Erhöhungsbeschlusses. Die Beseitigung des Agios stellt u. E. aber keine Aufhebung in diesem Sinne dar, sondern lediglich eine Änderung im Verhältnis zum gesamten Erhöhungsbeschluss.

**Nach Eintragung** kann eine Kapitalerhöhung an sich nur durch Kapitalherabsetzung gem. § 58 GmbHG rückgängig gemacht werden (MünchKommGmbHG/Lieder, § 55 Rn. 60; Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 55 Rn. 36 a. E.). Konkret ginge es indes weder um eine Herabsetzung der Stammkapitalziffer noch um eine sonstige Änderung des Satzungstextes. Dennoch erscheint u. E. jedenfalls ein **Beschluss gem. § 53 Abs. 2 GmbHG** geboten – dies schon aus der Erwägung heraus, dass die Aufhebung *actus contrarius* der Einführung ist. Inhaltlich betrachtet geht es zudem um die Aufhebung einer Nebenleistungspflicht i. S. d. § 3 Abs. 2 GmbHG. Diese kann aufgehoben werden, grundsätzlich aber nur durch Satzungsänderung (Scholz/Emmerich, 11. Aufl. 2012, § 3 Rn. 87; MünchKommGmbHG/Wicke, 2. Aufl. 2015, § 3 Rn. 96; GroßkommGmbHG/Ulmer/Löbbe, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 112).

Eine „technische“ Schwierigkeit ergibt sich freilich dann, wenn das korporative Agio bei der Kapitalerhöhung keinen Niederschlag im Satzungstext gefunden hat. Wie man insoweit praktisch verfahren soll, ist wohl weitgehend ungeklärt. Unseres Erachtens kommt es einerseits in Betracht, dass **im Handelsregister** lediglich der **Änderungsbeschluss vermerkt**, also im Grunde eine Art Satzungsänderung ohne Satzungstextänderung eingetragen wird. Andererseits erscheint es durchaus möglich, die Aufhebung des Agios mit einer Satzungstextänderung zu verbinden. So ließe sich dieser Umstand (dass die konkrete Verpflichtung zur Zahlung des Aufgelds aufgehoben ist oder nicht besteht) in den Satzungstext integrieren. Das mutet zwar etwas eigenartig an, ist aber nicht undenkbar. Zu empfehlen ist in diesem Zusammenhang Rücksprache mit dem zuständigen Registergericht.

##### b) § 58 GmbHG analog?

Dass zusätzlich zur Satzungsänderung die speziellen Anforderungen der ordentlichen Kapitalherabsetzung (§ 58 GmbHG) einzuhalten sind, ist **nicht ohne Weiteres** anzunehmen. Nach wohl h. M. ist das Agio nicht Teil der gläubigerschützenden Einlageaufbringungspflicht (s. Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 3. Aufl. 2013, § 11 Rn. 61 m. w. N.; vgl. *obiter dictum* auch BGH DNotZ 2012, 623, 627 Tz. 17). Es schlägt sich auch rechnerisch nicht in der publizierten Stammkapitalziffer der GmbH nieder. Der Gläubigerschutz wird damit nicht gänzlich belanglos: Selbst nach einer Kapitalherabsetzung zur Rückzahlung von Einlagen ist **§ 30 GmbHG** zu beachten; die Rückzahlung steht also unter dem Vorbehalt, dass dadurch keine Unterbilanz entsteht oder vertieft wird (Scholz/Priester, § 58 Rn. 77; MünchKommGmbHG/Vetter, § 58 Rn. 160). Entsprechendes muss u. E. für die Aufhebung des korporativen Agios gelten: Durch Ausbuchung der Agioforderung darf folglich keine Unterbilanz entstehen oder vertieft werden.

#### 3. Insolvenz der Gesellschaft nach Aufhebung

Das Agio verliert nach Insolvenzeröffnung seine primäre Funktion als ungebundenes Eigenkapital und der Insolvenzverwalter kann es ohne vorherige Einforderung (Fälligestellung) der Gesellschafterversammlung einfordern (BGH DNotZ 2008, 461, 463 f. Tz. 19 f.). Grundsätzlich gilt dies u. E. aber nicht für das förmlich beseitigte (also nicht bloß: nicht fällige) Agio. Vielmehr dürfte dieser Fall im Ergebnis **nicht anders als die förmlich – also durch Kapitalherabsetzung – beseitigte Einlagepflicht** zu behandeln sein. Daran ändert u. E. nichts, dass die Beseitigung des Agios nach oben Gesagtem kein Sperrjahr verlangt. Hierin liegt kein Wertungswiderspruch, sondern tritt der prinzipiell andere Charakter des Agios zutage.

Nicht gebannt ist damit das **Risiko insolvenzrechtlicher Anfechtung** gem. § 134 oder evtl. auch § 135 InsO. Letztlich geht es um den Erlass einer Forderung; dies wäre selbst im Rahmen einer ordentlichen Kapitalherabsetzung nicht anders. Im einen wie im anderen Fall wäre es dem Insolvenzverwalter daher nach allgemeinen Grundsätzen ggf. möglich, die Aufhebung anzufechten (vgl. zur ordentlichen Kapitalherabsetzung zur Auszahlung von Einlagen Mylich, ZGR 2009, 474, 498 f.).

#### 4. Ergebnis

Nach Eintragung der Kapitalerhöhung kann das korporative Agio durch satzungsändernden Gesellschafterbeschluss gem. § 53 GmbHG wieder aufgehoben werden. Soweit

sich das Agio im Satzungswortlaut nicht niedergeschlagen hat, ist womöglich nur dieser Gesellschafterbeschluss im Handelsregister zu vermerken. Die Anforderungen des § 58 GmbHG sind u. E. nicht entsprechend zu beachten. Nach förmlicher Aufhebung des Agios dürfte es zwar auch der Insolvenzverwalter in der Insolvenz der Gesellschaft nicht mehr einfordern können. Allerdings kann es ihm möglich sein, die Aufhebung nach allgemeinen Regeln anzufechten.

## 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.

**BGB §§ 307, 309 Nr. 8, 637**

**Ausschluss des Rechts des Erwerbers auf Selbstvornahme im Bauträgervertrag**

Abruf-Nr.:

**WEG § 12**

**Verwalterzustimmung; Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft; Erstveräußerung**

Abruf-Nr.:

**BGB §§ 131, 165**

**Erteilung einer General- und Vorsorgevollmacht an einen Minderjährigen, aufschiebend bedingt auf dessen Volljährigkeit**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB §§ 434, 133, 157; EnEV § 16**

**Aushändigung des Energieausweises ist keine Beschaffenheitsvereinbarung**

**Die bloße Aushändigung eines Energieausweises durch den Makler führt nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 BGB.**

OLG Schleswig, Urt. v. 13.3.2015 – 17 U 98/14

### Problem

Gem. § 16 Abs. 2 EnEV hat der Verkäufer dem Käufer einen Energieausweis vorzulegen. Nach der bis zum 1.5.2014 maßgeblichen Fassung der EnEV (geändert durch VO v. 29.4.2009, BGBl. I, S. 954) musste diese Pflicht mit dem Verlangen des Käufers erfüllt werden. Nach der Neufassung hat der Verkäufer dem Käufer spätestens bei der Besichtigung den Ausweis vorzulegen. Die Pflicht zur Vorlage ist nicht mehr verzichtbar (näher hierzu Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 2 Rn. 317 ff.).

Das OLG Schleswig hat sich mit der Frage auseinandergesetzt, ob ein falscher Energieausweis zu

Gewährleistungsansprüchen des Käufers führt. Diese Frage ist nach der alten wie neuen Fassung der EnEV gleichermaßen relevant.

Der Verkäufer bot ein Wohnhaus (Baujahr 1934) zum Verkauf an. Auf Initiative des späteren Käufers ließ der Verkäufer von einem Sachverständigen einen Energieausweis erstellen. Der Makler händigte dem Käufer den Ausweis vor Vertragsschluss aus. Die Angaben im Energieausweis waren unzutreffend. Der Sachverständige hatte keine Ortsbesichtigung vorgenommen und die von ihm erfragten Angaben und Maße nicht überprüft. Allerdings war ihm das Wohnhaus als solches wegen seiner Bekanntschaft mit dem Verkäufer bekannt.

Der notariell beurkundete Kaufvertrag enthielt einen üblichen Gewährleistungsausschluss. Das Grundstück wurde verkauft „*wie besehen und unter Ausschluss jeglicher Haftung für Fehler und Mängel, gleich welcher Art.*“

Der Käufer verlangte vom Verkäufer wegen unzutreffender Angaben im Energieausweis die Minderung des Kaufpreises.

### Entscheidung

Nach Auffassung des OLG Schleswig steht dem Käufer gegen den Verkäufer kein Anspruch auf Teilrückzahlung des Kaufpreises zu. Der Käufer habe kein Minderungsrecht gem. §§ 441, 437 Nr. 2 Var. 2, 434 BGB. Denn die vom Energieausweis abweichenden energetischen Eigenschaften des Gebäudes stellten **keinen Sachmangel** dar.

Zunächst geht das OLG Schleswig auf die Frage ein, ob der Zustand des Hauses im Widerspruch zur **üblicherweise erwarteten Beschaffenheit** gem. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB steht. Dies **verneint das Gericht** mit dem Argument, dass die Käufer angesichts des Baujahres (1934) nicht mit einem irgendwie gearteten niederenergetischen Zustand des Hauses rechnen konnten. Die Angaben aus dem Energieausweis seien auch nicht im Exposé des Maklers enthalten gewesen. Nur dann hätten derartige Angaben – falls dem Verkäufer zurechenbar – gem. § 434 Abs. 1 S. 3 BGB die gem. § 434 Abs. 1 S. 2 BGB zu erwartende Beschaffenheit mitprägen können.

Es liege auch **keine Beschaffenheitsvereinbarung** gem. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB vor. Der Energieverbrauch könne zwar eine Beschaffenheit i. S. d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen. Es sei jedoch im konkreten Fall **nicht ersichtlich, dass der Verkäufer sich ausdrücklich oder konkludent hinsichtlich der Energieeffizienz habe binden wollen.** Im **notariell beurkundeten Vertrag** finde sich für eine entsprechende Beschaffenheitsvereinbarung kein Anhaltspunkt. Im Gegenteil sei ein umfassender Gewährleistungsausschluss geregelt. Der Beschaffenheitsvereinbarung stehe zwar nicht ihre Beurkundungsbedürftigkeit entgegen; die Parteien könnten auch außerhalb der Urkunde Beschaffenheitsvereinbarungen getroffen haben. Die fehlende Beurkundung wäre gem. § 311b Abs. 1 S. 2 BGB durch die Auflassung und Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch geheilt worden, wenn der Verkäufer im Zeitpunkt der Auflassung nicht von den Angaben im Energieausweis abgerückt wäre und der Käufer vom Mangel oder jedenfalls von der Formnichtigkeit der Beschaffenheitsvereinbarung nicht vor der Eintragung erfahren hätte. Die notarielle Urkunde trage jedoch die **Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit** der Regelungen in sich. Dem Käufer sei es nicht gelungen, diese Vermutung zu widerlegen. Wäre es

dem Käufer auf die Energieeffizienz angekommen, hätte es nahegelegen, dieses Anliegen im Vertrag zu formulieren. Auch aus der **Übergabe des Energieausweises** lasse sich **keine Beschaffenheitsvereinbarung** hinsichtlich der Energieeffizienz herleiten.

Nach § 16 EnEV sei der Verkäufer verpflichtet, dem potenziellen Käufer eines Grundstücks, das mit einem Gebäude bebaut sei, einen Energieausweis zugänglich zu machen. **Aus Verstößen gegen diese Vorlagepflicht** erwüchsen jedoch **keine zivilrechtlichen Folgen**, der Verkäufer verhalte sich nach § 27 Abs. 2 EnEV bei Vorsatz oder Leichtfertigkeit lediglich ordnungswidrig. In § 5a S. 3 EnEG heiße es, dass der Energieausweis und seine Angaben nur der Information diene. Aus den Gesetzesmaterialien zur EnEV (BR-Drucks. 282/07, S. 118 f.) ergebe sich, dass der Energieausweis Rechtswirkungen im Kaufvertrag nur dann begründe, wenn die Vertragsparteien den Energieausweis ausdrücklich zum Vertragsbestandteil machten.

Mit der Aushändigung des Energieausweises sei keine Einstandserklärung des Verkäufers verbunden. Dagegen spreche, dass der Energieausweis selbst auf seinen informatorischen Charakter verweise und außerdem der Verkäufer mangels eigener Fachkunde die enthaltenen Angaben kaum überprüfen könne. Das Haftungsrisiko des Verkäufers wäre andernfalls kaum überschaubar. Dies gelte umso mehr, wenn im Notarvertrag in unmittelbarem zeitlichem Kontext ein typischer Gewährleistungsausschluss vereinbart werde. Die Käufer seien nicht schutzlos: Sie könnten den Sachverständigen in Anspruch nehmen, falls dieser gegen seine Sorgfaltspflichten verstoßen haben sollte (vgl. Hertel, DNotZ 2007, 486, 495). Zum anderen bestehe eine Regressmöglichkeit gegen den Verkäufer, falls dieser arglistig gehandelt haben sollte, etwa durch Manipulation der Grundlagen oder des Inhalts des Energieausweises.

Ein Anspruch nach den Grundsätzen der **culpa in contrahendo** (§§ 280, 311 Abs. 2 BGB i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB) komme **nicht** in Betracht. Anhaltspunkte für eine vorsätzlich falsche Information des Verkäufers seien nicht gegeben. Der Verkäufer habe die Unrichtigkeit der Angaben im Energieausweis auch nicht erkannt. Zu einer Kontrolle sei er nicht verpflichtet gewesen. Allenfalls ein etwaiges starkes Abweichen seines Energieverbrauchs vom angegebenen wäre für ihn als Laien überhaupt zu erfassen gewesen. Der Sachverständige sei im Übrigen kein Erfüllungsgehilfe des Verkäufers i. S. v. § 278 BGB.

## **ErbStG §§ 13 Abs. 1 Nr. 4c, 13c Abs. 1 u. 3 Befreiung eines Familienheims von der Erbsteuer bei Erbauseinandersetzung**

**1. Ein Familienheim i. S. des § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 1 ErbStG setzt u. a. voraus, dass der begünstigte Erwerber nach dem Erbfall die in einem bebauten Grundstück i. S. des § 181 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 BewG befindliche Wohnung unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern zur Selbstnutzung für eigene Wohnzwecke bestimmt. Dazu muss der Erwerber innerhalb einer angemessenen Zeit nach dem Erbfall die Absicht zur Selbstnutzung der Wohnung fassen und durch den Einzug in die Wohnung tatsächlich umsetzen.**

**2. Erwirbt ein Miterbe im Rahmen der Teilung des Nachlasses das Alleineigentum an einem Familienheim**

**i. S. des § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 1 ErbStG oder an einem zu Wohnzwecken vermieteten Grundstück i. S. des § 13c Abs. 3 ErbStG, erhöht sich sein begünstigtes Vermögen unabhängig davon, ob die Vereinbarung über die Erbauseinandersetzung zeitnah, d. h. innerhalb von sechs Monaten nach dem Erbfall erfolgt.**

BFH, Urt. v. 23.6.2015 – II R 39/13

### **Problem**

Der Erblasser V wohnte bis zu seinem Tod zusammen mit seiner Tochter S in einer Wohnung seines Zweifamilienhauses. V verstarb im Dezember 2010 und wurde von S und seinem Sohn K je zur Hälfte beerbt. Ende 2011 zog K mit seiner Ehefrau in die vormals von V und S bewohnte Wohnung ein. Die andere Wohnung im Gebäude war fremdvermietet. Im März 2012 setzten sich K und S in einem notariellen Erbauseinandersetzungsvertrag dahingehend auseinander, dass K das vorgenannte Grundstück zu Alleineigentum erwarb und S dafür andere Grundstücke aus dem Nachlass erhielt.

K ist der Auffassung, dass die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG für die selbst genutzte Wohnung und nach § 13c ErbStG für die vermietete Wohnung unter Berücksichtigung des gesamten Grundstückswerts zu gewähren sei. Die Klage gegen den abweichenden Steuerbescheid hatte vor dem FG Erfolg. Hiergegen hat sich das Finanzamt mit der Revision gewandt.

### **Entscheidung**

Der BFH hat die Revision zurückgewiesen.

**Steuerfrei ist nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c S. 1 ErbStG u. a. der Erwerb von Todes wegen des Eigentums an einem bebauten Grundstück i. S. d. § 181 Abs. 1 Nr. 1-5 BewG durch Kinder i. S. d. Steuerklasse I Nr. 2, soweit**

- der **Erblasser** darin bis zum Erbfall eine Wohnung **zu eigenen Wohnzwecken genutzt** hat oder er aus zwingenden Gründen an einer Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken gehindert war,
- die Wohnung **beim Erwerber unverzüglich zur Selbstnutzung** zu eigenen Wohnzwecken **bestimmt** ist (Familienheim)
- und die **Wohnfläche** der Wohnung 200 qm nicht übersteigt.

Die Steuerbefreiung kann **auch** eine Wohnung in einem **Zweifamilienhaus** betreffen. Begünstigt ist der Erwerb von Todes wegen, bei einem **Miterben** also der Erwerb entsprechend seiner **Erbquote**.

Der Erwerber muss die Absicht haben, die Wohnung selbst zu eigenen Wohnzwecken zu nutzen, und diese Absicht tatsächlich umsetzen. Die Bestimmung zur Selbstnutzung muss außerdem unverzüglich erfolgen, d. h. innerhalb einer nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilenden **angemessenen Prüfungs- und Überlegungszeit**. Zu berücksichtigen sind insoweit eine Bedenkzeit, die Renovierung und Gestaltung der Wohnung sowie ein anstehender Umzug. Angemessen ist **regelmäßig ein Zeitraum von sechs Monaten** nach dem Erbfall. Ein Zeitraum von nur ein paar Wochen kann im Einzelfall unter günstigen Bedingungen ausreichend sein.

Auch nach Ablauf von **mehr als sechs Monaten** kann eine unverzügliche Bestimmung zur Selbstnutzung vorliegen,

wenn der Erwerber darlegt, wann er sich zur Selbstnutzung der Wohnung entschlossen hat, aus welchen Gründen ein tatsächlicher Einzug in die Wohnung nicht früher möglich gewesen ist und warum er diese Gründe nicht zu vertreten hat. Ein solcher Grund mag etwa gegeben sein, wenn sich die Bestimmung wegen der Erbauseinandersetzung verzögert oder weil noch Fragen zum Erbanfall zu klären sind. Umstände im Einflussbereich des begünstigten Erwerbers (etwa die Renovierung der Wohnung) rechtfertigen nur unter besonderen Voraussetzungen eine längere Frist als sechs Monate (z. B. bei Entdeckung eines gravierenden Mangels nach Beginn der Renovierungsarbeiten). Der **BFH** hat die tatrichterliche Würdigung des Revisionsgerichts, dass K an einer früheren Selbstnutzung gehindert gewesen war, nicht beanstandet und eine **unverzügliche Bestimmung** zur Selbstnutzung trotz Überschreitung der Sechs-Monats-Frist **bejaht**.

Damit war der Erwerb des Familienheims zumindest in Höhe der Erbquote des K steuerfrei.

Nach Auffassung des BFH ist aber **Steuerfreiheit in einem noch größeren Umfang** gegeben, da § 13 Abs. 1 Nr. 4c S. 4 ErbStG eingreift. Überträgt der Erbe erworbenes begünstigtes Vermögen im Rahmen der Teilung des Nachlasses auf einen Dritten und gibt der Dritte dabei diesem Erwerber nicht begünstigtes Vermögen hin, das er vom Erblasser erworben hat, erhöht sich nach dieser Vorschrift der Wert des begünstigten Vermögens des Dritten um den Wert des hingegebenen Vermögens, höchstens jedoch um den Wert des übertragenen Vermögens.

Der Dritte, der für den Erwerb des begünstigten Vermögens anderes Vermögen aus demselben Nachlass hingibt, soll bei diesem **Begünstigungstransfer** so gestellt werden, als habe er von Anfang an begünstigtes Vermögen erhalten. Die Erhöhung des Werts des begünstigten Vermögens beim Dritten ist von mehreren Voraussetzungen abhängig:

- Im Rahmen der Teilung des Nachlasses **muss der Erbe begünstigtes Vermögen auf einen Dritten übertragen**. Dritter in diesem Sinne ist auch ein **Miterbe**;
- der **Dritte muss dem Erben nicht begünstigtes Vermögen übertragen**, das er **vom Erblasser** erworben hat. Dem Dritten darf insoweit keine Steuerbefreiung zustehen. Ob Vermögen begünstigt ist oder nicht, bestimmt sich nach den Verhältnissen beim Dritten, der im Rahmen der Nachlassenteilung Vermögensgegenstände erwirbt;
- für das übertragene Vermögen muss die Steuerbefreiung eingreifen. Der **Erwerber** muss die Wohnung unverzüglich zur **Selbstnutzung** bestimmen. Dabei ist die zeitliche Nähe zum Erbfall maßgebend (s. o.).

Im vorliegenden Fall waren diese Voraussetzungen gegeben, da K mit seinem Anteil an den anderen Immobilien nicht begünstigtes Vermögen für den Erwerb von begünstigtem Vermögen (Familienheim) hingab.

**Keine Voraussetzung** für die Hinzurechnung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c S. 4 ErbStG ist laut BFH, dass die **Erbauseinandersetzung zeitnah** zum Erbfall erfolgt. Der BFH wendet sich damit ausdrücklich gegen die abweichende Auffassung der Finanzverwaltung (R E 13.4 Abs. 5 S. 11 ErbStR 2011). Eine zeitliche Nähe zum Erbfall ist für die Teilung des Nachlasses nicht vorgeschrieben.

Auch **für die vermietete Wohnung des Zweifamilienhauses** steht dem K nach § 13c Abs. 1 u. 3 ErbStG der **verminderte Wertansatz** insoweit zu, als er im Rahmen

der Erbauseinandersetzung über seinen Anteil als Miterbe hinaus das Alleineigentum am Zweifamilienhaus erhalten hat. Nach § 13c Abs. 1 u. 3 ErbStG sind bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Erwerbs bebaute Grundstücke mit 90 % ihres Werts anzusetzen, wenn sie zu Wohnzwecken vermietet werden, im Inland, in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat belegen sind und nicht zum begünstigten Betriebsvermögen oder begünstigten Vermögen eines Betriebs der Land- und Forstwirtschaft i. S. d. § 13a ErbStG gehören.

§ 13c Abs. 2 S. 3 enthält eine Parallelregelung zu § 13 Abs. 1 Nr. 4c S. 4 ErbStG: Überträgt ein Erbe erworbenes begünstigtes Vermögen im Rahmen der Teilung des Nachlasses auf einen Dritten und gibt der Dritte dabei diesem Erwerber nicht begünstigtes, vom Erblasser erworbenes Vermögen hin, erhöht sich insoweit der Wert des begünstigten Vermögens des Dritten um den Wert des hingegebenen Vermögens, höchstens jedoch um den Wert des übertragenen Vermögens. Deswegen greifen insoweit dieselben Erwägungen wie für die Hinzurechnung beim Familienheim: Eine Erhöhung des Werts des begünstigten Vermögens ist insbesondere möglich, wenn bei einer aus zwei Miterben bestehenden Erbengemeinschaft ein Miterbe im Rahmen der Teilung des Nachlasses das Alleineigentum an einem vermieteten Grundstück, also begünstigtem Vermögen i. S. v. § 13c Abs. 3 ErbStG erhält und hierfür dem übertragenden Miterben das Alleineigentum an einem anderen Grundstück überlässt. Das gilt selbst dann, wenn das andere Grundstück ebenfalls ein zu Wohnzwecken vermietetes Grundstück i. S. d. § 13c Abs. 3 ErbStG ist.

#### **Hinweis**

Der BFH hat erhebliche Zweifel geäußert, ob die Steuerbefreiung des § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG verfassungsgemäß ist. Er legt die Frage aber nicht dem BVerfG vor, weil das BVerfG mit Beschl. v. 17.12.2014 (NJW 2015, 303) die Weitergeltung des ErbStG bis zu einer Neuregelung angeordnet hat und diese Neuregelung spätestens bis zum 30.6.2016 zu treffen ist.

## Literaturhinweise

---

## Postvertriebsstück: B 08129

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

## Veranstaltungen

**Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats** (Tondorf), 2.-6.11.2015 Köln

**Workshop: Elektronischer Rechtsverkehr im Grundbuchbereich** (Klein/Kühnelt), 4.11.2015 Kiel

**Notarielle Nachlassregelungen in der Praxis** (Wegerhoff), 6.11.2015 Kiel

**Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag** (Krauß), 13.11.2015 Heusenstamm, 14.11.2015 Berlin

**Neuere Entwicklungen bei den Rechten in Abteilung II und III – Schwerpunkt Dienstbarkeiten für Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien** (Sikora), 14.11.2015 München

**Insolvenzrecht in der notariellen Praxis** (Reul), 14.11.2015 Köln

**Aktuelles zum Recht der Hauptversammlung** (Reul/Ziemons), 19.11.2015 Bochum

**Die Notarprüfung** (Blaeschke), 20.11.2015 Kiel

**Erfahrungen mit dem GNotKG in der Praxis** (Tiedtke), 20.11.2015 Osnabrück

**Intensivkurs Gesellschaftsrecht** (Heckschen/Heidinger/Kirschstein), 20.-21.11.2015 Heusenstamm

**Insolvenzrecht in der notariellen Praxis** (Reul), 28.11.2015 Bad Kreuznach

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. Johannes Weber

**Redaktion:** Dr. Simon Blath

### 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  
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg