

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

22. Jahrgang
März 2014
ISSN 1434-3460

5/2014

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2325, 517 – Pflichtteilergänzungsansprüche bei Schenkung eines der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstands an den Nacherben

UmwG §§ 17 Abs. 2 S. 4, 152, 125 S. 1; BGB §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 u. 3 – Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns; Wahrung der 8-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG; Fristberechnung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

MaBV §§ 3 Abs. 1, 12; BGB §§ 134, 305 ff. – Freigabeversprechen; Unzulässigkeit der „Vertreten-müssen-Klausel“; Folgen der Unzulässigkeit

BGB §§ 277, 1036 Abs. 2, 1050 – Keine dingliche Beschränkung der Haftung des Nießbrauchers auf eigenübliche Sorgfalt

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2325, 517

Pflichtteilergänzungsansprüche bei Schenkung eines der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstands an den Nacherben

I. Sachverhalt

Ehegatten haben sich in einem Erbvertrag gegenseitig zu alleinigen Vorerben eingesetzt und ihren gemeinsamen Sohn als Nach- und Ersatzerben bestimmt. Die gemeinsame Tochter soll möglichst wenig aus dem elterlichen Vermögen erhalten.

Nach dem Tod des Vaters macht die Tochter Pflichtteilsansprüche geltend. Diese werden erfüllt. Die Mutter möchte nun Grundbesitz, den sie von ihrem Ehemann geerbt hat, zu Lebzeiten auf den als Nacherben benannten Sohn übertragen.

II. Frage

Löst die lebzeitige Veräußerung des nacherbengebundenen Grundbesitzes an den Nacherben Pflichtteilergänzungsansprüche zugunsten der Tochter aus?

III. Zur Rechtslage

1. Vorliegen einer Schenkung

Pflichtteilergänzungsansprüche nach den §§ 2325 ff. BGB werden insbesondere durch **Schenkungen des Erblassers**

i. S. d. §§ 516 f. BGB ausgelöst (vgl. nur Burandt/Rojahn/G. Müller, Erbrecht, 2011, § 2325 BGB Rn. 25). Erforderlich ist also objektiv eine Bereicherung des Vertragspartners aus dem Vermögen des Erblassers und subjektiv die Einigung der Beteiligten über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung.

Ob auch die **unentgeltliche Übertragung eines der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstands** durch den Vorerben an den Nacherben Pflichtteilergänzungsansprüche auslöst, ist gesetzlich nicht geregelt und wird in Rechtsprechung und Literatur **kaum diskutiert**. Ein gewisses Indiz für eine Ergänzungspflichtigkeit könnte sich aus § 7 Abs. 1 Nr. 7 ErbStG herleiten lassen: Hiernach gilt als steuerpflichtige Schenkung, was der Vorerbe vor Eintritt des Nacherbfalls an den Nacherben herausgibt. Diese Qualifizierung steht im Einklang damit, dass aus zivilrechtlicher Sicht der Eintritt des Nacherbfalls, der zum automatischen Erwerb des Nacherben i. S. v. § 2139 BGB führt, nicht der Disposition des Vor- und Nacherben unterliegt; so können sie bspw. nicht die rechtsgeschäftliche Vorverlegung des Endes der Vorerbenstellung vereinbaren (Staudinger/Avenarius, BGB, Neubearb. 2013, § 2139 Rn. 14).

Umgekehrt ist der Vorerbe nicht daran gehindert, dem Nacherben die Erbschaft ganz oder teilweise schon vor Eintritt des Nacherbfalls herauszugeben. Da vor diesem Zeitpunkt keine Verpflichtung des Vorerben zur Herausgabe des Gegenstands an den Nacherben besteht, handelt es sich bei einer derartigen lebzeitigen Übertragung aber um eine **unentgeltliche Zuwendung unter Lebenden** (Staudinger/Avenarius, § 2139 Rn. 14).

2. Auslösung eines Pflichtteilergänzungsanspruchs

Damit ist aber nicht gesagt, dass diese Schenkung zwangsläufig einen Pflichtteilergänzungsanspruch auslöst. Zwar ist der Tatbestand des § 2325 Abs. 1 BGB dem Wortlaut nach erfüllt. Allerdings bedarf es u. E. insofern einer **normativen Korrektur**, wie sie im Rahmen der Pflichtteilergänzung auch in anderen Konstellationen praktiziert wird (vgl. etwa die Einbeziehung von unbenannten Zuwendungen).

Maßgeblich **gegen die Ergänzungspflichtigkeit** jedenfalls des Substanzwerts der Immobilie spricht, dass sich der Pflichtteilergänzungsanspruch der Tochter gerade nicht auf die Immobilie erstrecken würde, wenn sich jene zum Zeitpunkt des Todes des Vorerben (der Mutter) noch in dessen Nachlass befände, also nicht lebzeitig übertragen worden wäre. Denn als Bestandteil **des der Nacherbfolge unterliegenden Sondervermögens** könnte die Immobilie im Rahmen des § 2325 BGB für die Berechnung des Pflichtteils am Nachlass des Vorerben nicht herangezogen werden.

Da die §§ 2325 ff. BGB nur verhindern wollen, dass der Erblasser den Pflichtteilsanspruch durch lebzeitige Vermögensübertragungen unterläuft, dürften daher **bei einer am Schutzzweck orientierten Auslegung des § 2325 BGB** (teleologische Reduktion) solche Schenkungen nicht erfasst sein, die im Falle ihres Unterbleibens nicht zu einer Erhöhung des regulären Pflichtteilsanspruchs des Berechtigten geführt hätten (so im Ergebnis auch OLG Celle OLGR 1996, 30, 31; BeckOK-BGB/J. Mayer, Std.: 1.2.2014, § 2325 Rn. 3; vgl. auch Hartmann, ZNotP 2012, 371, 385). Dies lässt sich damit begründen, dass sich der Pflichtteilsanspruch der Angehörigen des Vorerben nicht auf das der Nacherbfolge unterliegende Sondervermögen bezieht; die Schenkung hat also letztlich nur das Sondervermögen, **nicht aber das gegenwärtige (Eigen-)Vermögen des Schenkers vermindert** (Burandt/Rojahn/G. Müller, § 2325 BGB Rn. 26).

3. Schenkung bzgl. nicht gezogener Nutzungen?

Damit bleibt noch zu erörtern, ob die infolge der vorzeitigen Übertragung nicht gezogenen Nutzungen – die ohne Weiteres in das Eigenvermögen des Vorerben fielen, vgl. § 2111 Abs. 1 S. 1 BGB – einen Pflichtteilergänzungsanspruch des nach dem Vorerben Pflichtteilsberechtigten auslösen. In Rechtsprechung und Literatur wird diese Frage – soweit ersichtlich – nicht erörtert.

a) Wertung des § 517 BGB

Mit Blick auf die in § 517 BGB enthaltene Wertung, wonach das **Unterlassen eines Vermögenserwerbs** zum Vorteil eines anderen **keine Schenkung** bedeutet, stellen u. E. auch die wegen vorzeitiger Eigentumsübertragung nicht gezogenen Nutzungen keine ergänzungspflichtige Schenkung i. S. v. § 2325 Abs. 1 BGB dar. Ebenso wenig läge etwa eine Schenkung vor, wenn es der Vorerbe unterließe, nachlasszugehöriges Geld verzinslich anzulegen.

b) Exkurs: unentgeltliche Gebrauchsüberlassung als Sondertatbestand?

Ob sich daneben die Rechtsprechung des BGH zur unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung von Wohnraum (vgl. nur BGH MittBayNot 2008, 62) heranziehen lässt, erscheint u. E. **zweifelhaft**, zumal vorliegend dem Nacherben nicht nur die Gebrauchsbefugnis, sondern der Gegenstand selbst übertragen wird. Die Ansicht der Rechtsprechung, dass die

unentgeltliche Gebrauchsüberlassung von Wohnraum keine Schenkung i. S. d. §§ 2325 ff. BGB, sondern eine Leihe darstellt, ist im Übrigen in der Literatur durchaus umstritten (krit. etwa Herrler, notar 2010, 90, 97; Schlitt, in: Schlitt/Müller, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2010, § 5 Rn. 124 ff.).

4. Ergebnis

Die vorzeitige, unentgeltliche Übertragung des nachlasszugehörigen Grundbesitzes auf den Nacherben stellt **keine ergänzungspflichtige Schenkung** i. S. v. § 2325 Abs. 1 BGB dar. Dies gilt u. E. nicht nur für die Substanz, sondern auch für die aus diesem Grund nicht gezogenen Nutzungen, die an sich in das pflichtteilsrelevante Eigenvermögen des Vorerben gefallen wären.

UmwG §§ 17 Abs. 2 S. 4, 152, 125 S. 1; BGB §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 u. 3 Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns; Wahrung der 8-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG; Fristberechnung

I. Sachverhalt

Ein eingetragener Einzelkaufmann will sein Unternehmen auf eine GmbH & Co. KG ausgliedern. Der Ausgliederungsvertrag wurde am 29.10.2013 beurkundet und noch am selben Tag zusammen mit den erforderlichen Registeranmeldungen beim Registergericht eingereicht. Grundlage der Ausgliederung sollte die Bilanz des übertragenden Rechtsträgers zum 28.2.2013 sein. Nach Ansicht des Registergerichts war die Frist des § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG überschritten.

II. Frage

Erfolgte die Anmeldung der Ausgliederung noch rechtzeitig, d. h. innerhalb der 8-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines

Bei der Anmeldung der Ausgliederung ist die **8-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG** zu wahren (vgl. § 125 S. 1 UmwG): Der Stichtag der Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers darf höchstens acht Monate vor der Anmeldung liegen. Dabei besteht Einigkeit, dass sich diese Frist nach den Vorschriften des BGB berechnet (§§ 186 ff. BGB).

2. Details der Fristberechnung

Umstritten ist allerdings, **ob** eine **Vorwärtsrechnung** in direkter Anwendung der §§ 187, 188 BGB zu erfolgen hat **oder** eine **Rückrechnung** analog den genannten Vorschriften. Je nach Methode gelangt man vorliegend zu unterschiedlichen Ergebnissen.

a) Vorwärtsrechnung

Bei direkter Anwendung, d. h. bei einer Vorwärtsrechnung, ist fristauslösendes Ereignis i. S. d. § 187 Abs. 1 BGB der Stichtag; das Fristende ist gem. § 188 Abs. 2 BGB der Ablauf des Tages des letzten Monats, der in seiner Zahl dem Tag entspricht, in den das fristauslösende Ereignis fällt. Bei einem Bilanzstichtag zum 28.2. wäre die Frist also **am 28.10., 24:00 Uhr, abgelaufen** (so OLG Köln GmbHR 1998, 1085 = MittBayNot 1999, 87; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, 6. Aufl. 2013, § 17 UmwG Rn. 43).

b) Rückrechnung

Die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur sieht dies anders und rechnet analog den §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB zurück. Hiernach ist für den Fristbeginn der Anmeldetag entscheidend. Das Fristende fällt auf den Beginn (00:00 Uhr) des Tages, der dem Anmeldetag entspricht. Bei einem Bilanzstichtag zum 28.2. ist dann aber **§ 188 Abs. 3 BGB analog** anwendbar: Fehlt der Anmeldetag im Monat des Fristablaufs, tritt an dessen Stelle der letzte Tag des Monats. Im konkreten Fall wäre daher eine **Anmeldung noch am 31.10.2013 möglich** gewesen (so Widmann/Mayer/Fronhöfer, Umwandlungsrecht, Std.: Jan. 2010, § 17 UmwG Rn. 89; Semler/Stengel/Schwanna, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 17 Rn. 17; KölnKommUmwG/Simon, 2009, § 17 Rn. 40; Kallmeyer/Müller, UmwG, 5. Aufl. 2013, § 17 Rn. 27; Henssler/Strohn/Heidinger, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 17 UmwG Rn. 25; Lutter/Decher, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 17 Rn. 12; vgl. auch MünchKommBGB/Grothe, 6. Aufl. 2012, § 187 Rn. 4).

c) Stellungnahme

Unseres Erachtens spricht einiges für die zweite Auffassung, denn § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG betrifft nach seinem Wortlaut keinen vorausliegenden, sondern einen zurückliegenden Zeitraum, sodass §§ 186 ff. BGB jedenfalls nicht unmittelbar einschlägig sind (vgl. Widmann/Mayer/Fronhöfer, § 17 UmwG Rn. 88; Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 187 Rn. 4). Im Übrigen ist den Befürwortern der Vorwärtsrechnung die abweichende Ansicht womöglich gar nicht bewusst. So lässt das OLG Köln (GmbH 1998, 1085) in seiner nur knapp begründeten Entscheidung die Methode der Rückrechnung unerwähnt. *Hörtnagl* (§ 17 UmwG Rn. 43) wiederum scheint Aspekte der Vorwärts- und Rückrechnung miteinander zu vermengen.

3. Fazit

Nach der wohl überwiegenden, **u. E.** vorzugswürdigen Literaturmeinung wäre die Anmeldung der Ausgliederung vorliegend analog § 188 Abs. 3 BGB noch innerhalb der 8-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG und damit **fristgerecht** erfolgt. Angesichts der noch ausstehenden höchstrichterlichen Klärung betreffend die Vorwärts- oder Rückrechnung der Frist dürfte sich in der Praxis einstweilen eine vorherige Abstimmung mit dem zuständigen Registerrichter empfehlen (Semler/Stengel/Schwanna, § 17 Rn. 17 m. Fn. 79).

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.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.

ESÜ

Schweiz: Vertretung durch einen in der Schweiz benannten Vertretungsbeistand bei Veräußerung einer in Deutschland belegenen Immobilie
Abruf-Nr.: 129512

GBO § 29; BNotO § 21 Abs. 3

Notarielle Vollmachtsbescheinigung über ausländische Vollmacht ohne Apostille bzw. Legalisation
Abruf-Nr.: 131018

Rechtsprechung

MaBV §§ 3 Abs. 1, 12; BGB §§ 134, 305 ff. Freigabeversprechen; Unzulässigkeit der „Vertreten-müssen-Klausel“; Folgen der Unzulässigkeit

Sieht das Freigabeversprechen der den Bauträger finanzierenden Bank vor, dass eine Lastenfreistellung erfolgt, wenn der Erwerber das Steckenbleiben des Bauvorhabens nicht zu vertreten hat, so ist diese „Vertreten-müssen-Klausel“ mit § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 u. S. 3 MaBV unvereinbar. Die Unzulässigkeit dieser Klausel führt allerdings nicht gem. § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Freigabeversprechens, sondern allenfalls zu einer partiellen Unwirksamkeit. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

BGH, Urt. v. 7.11.2013 – VII ZR 167/11

Problem

Bauträger und Erwerberin schlossen einen Bauträgervertrag. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses war der Vertragsgegenstand noch nicht fertiggestellt, weshalb die vertragliche Fälligkeitsvereinbarung an die gewerberechtlichen Vorgaben des § 3 Abs. 1 und 2 MaBV anknüpfte. Der Vertragsgegenstand war mit Grundpfandrechten zugunsten der den Bauträger finanzierenden Bank belastet, sodass auch ein Freigabeversprechen nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV erforderlich war. Der Notar holte das Freigabeversprechen der Gläubigerin ein, das u. a. folgenden Wortlaut enthielt (Hervorhebungen und Klammerzusätze durch den BGH).

„Für den Fall, dass die Baumaßnahme **aus Gründen, die der Käufer nicht zu vertreten hat** ([...] *nachfolgend: Vertreten-müssen-Klausel*), nicht ordnungsgemäß vollendet werden sollte, werden wir

a) die einzelnen, noch zu bildenden Wohnungseigentumseinheiten/Teileigentumseinheiten gegen vorbehaltlose Zahlung des dem erreichten Bautenstand entsprechenden Teiles der geschuldeten Kaufvertragssumme pfandfrei stellen.

b) Wir behalten uns aber ausdrücklich vor, anstelle der Pfandfreistellung gemäß Ziffer 3 a – unter angemessener Berücksichtigung der Interessen des Käufers – die vom Käufer geleisteten Kaufpreiszahlungen maximal bis zum anteiligen Wert des Vertragsobjekts ohne Zinsen **Zug um Zug gegen Löschung der Auflassungsvormerkung** ([...] *nachfolgend: Zug-um-Zug-Klausel*) des jeweiligen Käufers an diesen zurückzuzahlen.

Sofern freizugebende Beträge durch Grundpfandrechte am Vertragsobjekt abgesichert sind, ist außerdem Voraussetzung, dass gleichzeitig die Löschung dieser Belastung erfolgt.“

Nachdem die vertraglich vereinbarten Fälligkeitsvoraussetzungen vorlagen, stellte der Notar den Kaufpreis

fällig. Daraufhin erbrachte die Erwerberin die im Vertrag vorgesehenen Ratenzahlungen. In der Folgezeit kam es zu Unstimmigkeiten zwischen Bauträger und Erwerberin; diese rügte u. a. die Bauausführung (Grün- statt Blechdach). Zudem hatten die Beteiligten festgestellt, dass der mitverkaufte Tiefgaragenstellplatz mit einer Dienstbarkeit zugunsten eines Miteigentümers und zugunsten der Stadt M belastet war. Die Belastung am Vertragsgegenstand konnte allerdings aufgehoben werden.

Mit ihrer Klage macht die Erwerberin geltend, der Bauträger habe die von ihr geleisteten Abschlagszahlungen unter Verstoß gegen § 3 MaBV zu früh entgegengenommen. Insbesondere entspreche das Freigabeversprechen nicht den gesetzlichen Vorgaben. Sie begehrt daher vom Bauträger die Herausgabe der Nutzungen (Zinsvorteil).

Entscheidung

1. Zu Beginn seiner Entscheidungsgründe skizziert der BGH seine bisherige Rechtsprechung zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 3 MaBV und erinnert daran, dass eine **der MaBV widersprechende Fälligkeitsvereinbarung** gem. §§ 3, 12 MaBV i. V. m. § 134 BGB **nichtig** ist. Die Nichtigkeit erfasse allerdings ausschließlich die von § 3 Abs. 1 u. 2 MaBV abweichende Fälligkeitsabrede und berühre die Wirksamkeit des Bauträgervertrags im Übrigen nicht. An die Stelle der (insgesamt) nichtigen Fälligkeitsvereinbarung trete vielmehr das dispositives Gesetzesrecht in Gestalt des § 641 BGB, sodass der **Zahlungsanspruch** des Bauträgers **erst mit Abnahme** des Bauwerks **fällig** werde. Mit der Entgegennahme von Zahlungen vor diesem Zeitpunkt verstoße der Bauträger gegen das gewerberechtliche Verbot des § 3 MaBV. Dem Erwerber stehe daher ein **Bereicherungsanspruch** aus § 817 S. 1 BGB zu, der gem. § 818 Abs. 1 i. V. m. § 100 BGB auch das Recht umfasse, vom Bauträger die Herausgabe der gezogenen Nutzungen in Form von Zinszahlungsersparnissen zu verlangen. Die Bestimmung des § 813 Abs. 2 BGB stehe dem Kondiktionsanspruch grundsätzlich nicht entgegen.

2. In dem vorliegend vom BGH entschiedenen Fall war Gegenstand der Prüfung aber nicht der Bauträgervertrag, sondern das zum Vollzug des Vertrags eingeholte Freigabeversprechen der den Bauträger finanzierenden Bank. Nach Ansicht des VII. Zivilsenats ist die im Freigabeversprechen enthaltene **Vertreten-müssen-Klausel mit den Vorgaben von § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 u. S. 3 MaBV unvereinbar**. Die Verpflichtung der den Bauträger finanzierenden Bank zur Pfandfreigabe dürfe nicht an die Bedingung geknüpft werden, dass den Erwerber hinsichtlich der Nichtvollendung des Bauvorhabens kein Verschulden treffe, denn eine derartige Bedingung sei in der MaBV nicht vorgesehen und es werde auf diese Weise eine Einwendung aus dem Vertragsverhältnis zwischen Bauträger und Erwerber systemwidrig und ohne sachliche Rechtfertigung in das Verhältnis zwischen Kreditgeber und Erwerber eingeführt (vgl. Tz. 17).

3. In den Fällen, in denen das Bauvorhaben steckenbleibt und die Bank des Bauträgers erwägt, gem. § 3 Abs. 1 S. 3 MaBV ihre Sicherheit – gegen Rückzahlung der Abschlagszahlungen an den Erwerber – zu behalten, möchte sie sich nicht auf die Zwangsvollstreckung als Verwertungsmöglichkeit beschränken lassen. In der Zwangsvollstreckung ginge zwar die nachrangige Auflassungsvormerkung des Erwerbers gem. §§ 52 Abs. 1 S. 2, 91 Abs. 1 ZVG unter. Im Regelfall richten sich die

Bemühungen der Bank allerdings auf einen freihändigen Verkauf, weil der dabei erzielbare Veräußerungserlös zu meist höher ist als in der Zwangsvollstreckung. Solange für den Erwerber aber noch eine Auflassungsvormerkung am Grundbesitz eingetragen ist, wäre für einen späteren **freihändigen Verkauf** seine Mitwirkung erforderlich. Hierauf möchte sich die Bank verständlicherweise nicht verweisen lassen, wenn sie dem Erwerber die geleisteten Abschlagszahlungen zurückgewährt. Das Freigabeversprechen der Banken enthält daher nicht selten die Einschränkung, dass eine **Rückzahlung der geleisteten Abschlagszahlungen nur Zug um Zug gegen Erteilung einer Löschungsbewilligung** erfolgt. Die **Zulässigkeit** einer solchen Klausel ist in der Literatur **umstritten**, da die MaBV eine entsprechende Einschränkung nicht vorsieht (vgl. die zahlr. Nachw. in Tz. 18; s. auch die Erläuterungen der BNotK zum „Muster eines Freigabeversprechens“, DNotZ 2002, 402, 405 f.; dort wird zwar keine Bedingung formuliert, sehr wohl aber die schutzwürdige Erwartung der Bank im Freigabeversprechen offengelegt).

Die Frage, ob die im Freigabeversprechen enthaltene **Zug-um-Zug-Klausel** betreffend die Löschung der für den Erwerber eingetragenen Auflassungsvormerkung im Widerspruch zur MaBV stehe, hat der BGH in seiner Entscheidung **offengelassen**. Dies ist für die Praxis sehr bedauerlich, zumal zwei **divergierende obergerichtliche Entscheidungen** vorliegen: Das OLG München (DNotZ 2011, 929) als Vorinstanz des BGH sah in der Zug-um-Zug-Klausel einen Verstoß gegen die Vorgaben der MaBV, während das OLG Nürnberg (Urt. v. 22.2.2006 – 4 U 2591/05 – juris; Anm. Vogel, IBR 2009, 390) in einem anderen Fall eine entsprechende Einschränkung des Freigabeversprechens für zulässig hielt. Mit Blick auf die Entscheidung des OLG Nürnberg weist der BGH lediglich auf seinen Beschl. v. 16.4.2009 zur Nichtzulassungsbeschwerde hin (VII ZR 240/06) und stellt sodann fest, dass es auch im vorliegenden Verfahren keiner Beantwortung der umstrittenen Frage bedürfe, denn ein etwaiger Verstoß führe jedenfalls nicht zu der von der Vorinstanz angenommenen Rechtsfolge.

4. Das OLG München hatte angenommen, ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 u. S. 3 MaBV bewirke eine Gesamtnichtigkeit des Freigabeversprechens gem. § 12 MaBV i. V. m. § 134 BGB. Hierzu stellt der BGH zunächst klar, dass **§ 12 MaBV**, wonach der Bauträger seine sich aus § 3 MaBV ergebenden Verpflichtungen weder ausschließen noch einschränken kann, **allein das Rechtsverhältnis zwischen Bauträger und Erwerber** betrifft. Auf das Verhältnis zwischen Erwerber und Bank finde die Vorschrift demgegenüber keine unmittelbare Anwendung. Ob § 12 MaBV wegen der in § 3 Abs. 1 S. 5 MaBV vorgesehenen Verknüpfung des Freigabeversprechens mit dem Bauträgervertrag analog anzuwenden sei, könne dahinstehen, da auch eine analoge Anwendung von § 12 MaBV i. V. m. § 134 BGB jedenfalls **nicht** zu einer **Gesamtnichtigkeit des Freigabeversprechens** führe.

Der BGH betont, dass das Freigabeversprechen dem **Schutz des Erwerbers** diene. Dieser Schutz würde konkretisiert, wenn die Freigabepflicht der Bank gänzlich entfielen und der Erwerber allein auf seinen schuldrechtlichen Lastenfreistellungsanspruch gegenüber dem Bauträger angewiesen wäre. Aus diesem Grunde komme eine Gesamtnichtigkeit (§ 139 BGB) nicht in Betracht, sondern allenfalls eine partielle Nichtigkeit der einzelnen Klausel. Dies gelte unabhängig davon, ob man die

Klausel an den §§ 3, 12 MaBV oder an den §§ 305 ff. BGB messe – wobei der BGH keine Zweifel daran lässt, dass das Freigabeversprechen einer AGB-Kontrolle unterliegt (vgl. Tz. 24). Der Grundsatz, dass im Rahmen einer AGB-Kontrolle eine geltungserhaltende Reduktion nicht stattfindet, erfahre vorliegend die anerkannte Ausnahme, dass eine Gesamtnichtigkeit ausscheide, wenn hierdurch der Schutzzweck des Gesetzes unterlaufen würde. Demzufolge komme **nur** eine **partielle Nichtigkeit des Freigabeversprechens** in Betracht, und zwar sowohl hinsichtlich der Vertreten-müssen-Klausel als auch hinsichtlich der Zug-um-Zug-Klausel.

BGB §§ 277, 1036 Abs. 2, 1050 Keine dingliche Beschränkung der Haftung des Nießbrauchers auf eigenübliche Sorgfalt

Eine Vereinbarung, dass der Nießbrauchsberechtigte dem Eigentümer für die Erfüllung seiner Verpflichtung nur gem. § 277 BGB einzustehen hat, kann nicht mit dinglicher Wirkung im Grundbuch eingetragen werden. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Frankfurt, Beschl. v. 14.1.2014 – 20 W 349/2013

Problem

Das Nießbrauchsrecht an einem Grundstück kann von der schuldrechtlichen Abrede begleitet sein, dass der Berechtigte dem Eigentümer für die Erfüllung seiner Pflichten nur gem. § 277 BGB, also für eigenübliche Sorgfalt, einzustehen hat. Ob diese Vereinbarung auch mit dinglicher Wirkung zugunsten und zulasten Dritter im Grundbuch eingetragen werden kann, ist umstritten. Für die Eintragungsfähigkeit wird hauptsächlich ins Feld geführt, dass die Beschränkung des Haftungsmaßstabs nicht gesetzlich verboten sei. Der pauschale Hinweis auf die Unabdingbarkeit der §§ 1036 Abs. 2, 1037 Abs. 1, 1041 S. 1 BGB genüge nicht als Argument dafür, dass der vereinbarten Haftungsbeschränkung keine dingliche Wirkung zukomme; durch die Beschränkung des Haftungsmaßstabs werde nämlich nicht in den Wesenskern des Nießbrauchs eingegriffen (Palandt/Bassenge, BGB, 73. Aufl. 2014, § 1036 Rn. 2; Staudinger/Frank, BGB, Neubearb. 2009, § 1036 Rn. 18; Frank, DNotZ 2006, 472; Pöppel, MittBayNot 2007, 85, 90; vgl. auch DNotI-Abrufgutachten Nr. 11523 v. 21.6.2007). Mit Beschluss vom 11.4.2006 (DNotZ 2006, 470) hat das KG jedoch die gegenteilige Auffassung vertreten.

Auch im Fall des OLG Frankfurt sollte zugunsten der Antragsteller ein Nießbrauchsrecht an einem Grundstück dergestalt eingetragen werden, dass die Berechtigten bei Ausübung ihres Rechts nur die Sorgfalt schulden, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Gegen die Regelung zum Verschuldensmaßstab wandte das Grundbuchamt ein, dass die §§ 1036, 1050 BGB unabdingbar seien und eine diesbezügliche Vereinbarung daher nicht als dinglicher Inhalt des Rechts eingetragen werden könne. Dagegen richtete sich die Beschwerde.

Entscheidung

Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Das OLG Frankfurt schließt sich im Ergebnis der Auffassung des KG an. Der Senat hält es für unvereinbar mit dem **sachenrechtlichen Typenzwang**, den dinglichen Pflichtenumfang des

Nießbrauchers von seiner persönlichen Sorgfalt abhängig zu machen – dies, obwohl noch kein Eingriff in den Wesenskern des Nießbrauchs vorliegen möge und obwohl die Unabdingbarkeit des § 1050 BGB mit dinglicher Wirkung keine Rolle spiele, weil die Pflichten des Nießbrauchers durch die Beschränkung des Haftungsmaßstabs nicht verstärkt, sondern gemildert würden.

Seine Bedenken stützt das OLG Frankfurt auf die **dinglich nicht abdingbaren Ausübungsschranken** für den Nießbraucher gem. § 1036 Abs. 2 BGB. Für die bei der Ausübung des Nutzungsrechts nach dieser Norm einzuhaltenden Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft gelte ein objektiver Maßstab. Ein Haftungsmaßstab entsprechend § 277 BGB stünde hierzu im Widerspruch, denn danach wären **objektiv gebotene Bewirtschaftungsmaßnahmen** aufgrund der jeweils im Einzelfall zu ermittelnden, subjektiven Sorgfalt des Nießbrauchers nicht geschuldet. Diese Bedenken ließen sich nicht dadurch entkräften, dass dem Nießbraucher etliche Pflichten erlassen werden könnten, die grundsätzlich zu den Regeln ordnungsgemäßer Wirtschaft gehörten, etwa die Versicherungspflicht nach § 1045 BGB und die Pflicht zur Lastentragung nach § 1047 BGB. Der Umfang dieser Pflichten sei nämlich ebenfalls objektiv bestimmbar und richte sich nicht nach den persönlichen Umständen des Nießbrauchers. Für einen Grundstückserwerber solle sich aber im Fall des Nießbrauchs gleichermaßen wie bei anderen Belastungen der Inhalt des eigentumsbeschränkenden Rechts weitestmöglich aus dem Grundbuch und der darin in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergeben. Hiermit sei das **Erfordernis tatsächlicher Ermittlungen** – wie sie bei einem subjektiven Haftungsmaßstab nach § 277 BGB geboten sind – **nicht vereinbar**.

Die vom OLG Frankfurt zugelassene Rechtsbeschwerde ist nach Auskunft des BGH nicht eingelegt worden.

Literaturhinweise

Veranstaltungen

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.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Sebastian Herrler

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