

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

15. Jahrgang  
Juni 2007  
ISSN 1434-3460

11/2007

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

VerkFIBerG §§ 3, 12; SachenRBERG § 17; BGB §§ 145, 1960, 2353 – Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit des Grundstückseigentümers bei Abgabe eines Angebots auf Abschluss eines Grundstückskaufvertrages nach dem VerkFIBerG

BNotO § 24; BGB §§ 286, 433 – Versendung der notariellen Fälligkeitsermittlung durch einfachen Brief, Einschreiben mit Rückschein oder Zustellung durch Gerichtsvollzieher

### Gutachten im Fax-Abruf

## Rechtsprechung

WEG § 21 Abs. 5 Nr. 2; BGB §§ 633 a. F., 209 Abs. 2 Nr. 1 a. F. – Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft zur Geltendmachung von Rechten wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums

MaBV § 7 Abs. 1; WEG § 21; BGB § 633 Abs. 3 a. F. – Geltendmachung einer MaBV-Bürgschaft durch Wohnungseigentümergeinschaft in gewillkürter Prozessstandschaft

BGB §§ 1615 I, 1570; GG Art. 6 Abs. 2, 5 – Unterschiedliche Dauer der Unterhaltsansprüche für die Betreuung ehelicher und nichtehelicher Kinder verfassungswidrig

ZPO §§ 775 Nr. 5, 794 Abs. 1 Nr. 5; BGB §§ 1142, 1150, 1191 ff., 266 – Einstellung der Zwangsvollstreckung bei Ablösung des allein vollstreckbar gestellten „zuletzt zu zahlenden Teilbetrages“

## Literatur

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### VerkFIBerG §§ 3, 12; SachenRBERG § 17; BGB §§ 145, 1960, 2353

#### Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit des Grundstückseigentümers bei Abgabe eines Angebots auf Abschluss eines Grundstückskaufvertrages nach dem VerkFIBerG

### I. Sachverhalt

Die Gemeinde beabsichtigt als Käufer, dem Verkäufer gegenüber ein Angebot auf Abschluss eines Grundstückskaufvertrages nach dem Verkehrsflächenbereinigungsgesetz (§ 3 Abs. 1 VerkFIBerG) zum Erwerb einer Verkehrsfläche abzugeben. Die Verkäuferseite ist eine Erbengemeinschaft, bei der einer der im Grundbuch eingetragenen Erben verstorben ist. Ein Erbschein oder ein sonstiger Erbnachweis nach diesem Erben liegt nicht vor; die Erben wollen einen solchen auch nicht beantragen, zumal dieser Erbnachweis nur für dieses „Zwangsvertragsmodell“ nach dem VerkFIBerG benötigt würde; begreiflicherweise sehen die Erben keinen Anlass, deshalb einen Erbschein zu beantragen.

Die Erben sind wohl nicht unbekannt in dem Sinne, dass ein Nachlasspfleger für sie nach § 1960 BGB bestellt werden könnte. Es wird seitens der Erbengemeinschaft schlicht nichts getan.

Die Gemeinde möchte im Hinblick auf den für das VerkFIBerG geltenden Fristablauf – 30.6.2007 – nunmehr umgehend ein Angebot abgeben, sieht sich aber aus den dargestellten Gründen hierzu außerstande.

### II. Fragen

1. Wie genau (nach dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz) muss bei einem Angebot auf Abschluss eines Grundstückskaufvertrages nach dem VerkFIBerG (§ 3 Abs. 1 VerkFIBerG) der Verkäufer bezeichnet werden? Wie kann die Gemeinde ein Angebot abgeben, wenn sie die Person der Erben nicht mit hinreichender Sicherheit kennt?

2. Wer trüge die Kosten für den etwa beantragten Erbschein?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Bestimmtheit des Grundstückseigentümers für Kaufangebot nach dem Verkehrsflächenbereinigungsgesetz (VerkFIBerG)

### a) Kontrahierungszwang nur bei exakter Übereinstimmung des Kaufangebots mit den Vorgaben des VerkFIBerG

Nach § 3 Abs. 1 S. 3 VerkFIBerG (BGBl. 2001 I, S. 2716) ist der **Grundstückseigentümer** zur Annahme des **Zwangsvertragsangebots** i. S. d. § 3 Abs. 1 S. 2 VerkFIBerG **verpflichtet**, wenn der Inhalt des Angebots den **Bestimmungen des VerkFIBerG entspricht**. Dies bedeutet nach übereinstimmender Auffassung des Schrifttums (Rspr. gibt es zu dieser Frage, soweit für uns ersichtlich, noch nicht!), dass auch bei einer nur geringfügigen **Abweichung** des Kaufvertragsangebots von den gesetzlichen Vorgaben **kein Kontrahierungszwang** besteht (Matthiessen, in: Kimme, Offene Vermögensfragen, Loseblattkommentar, Stand: Nov. 2002, § 3 VerkFIBerG Rn. 9; Wittmer, in: Eickmann, Sachenrechtsbereinigung, Loseblattkommentar, Stand: April 2006, § 3 VerkFIBerG Rn. 9; Stavorinus, in: Eickmann, Sachenrechtsbereinigung, Loseblattkommentar, Stand: Okt. 2006, Anh. I zum VerkFIBerG Rn. 11; ders., NotBZ 2001, 349, 352; Heller, in: Prütting/Zimmermann/Heller, Grundstücksrecht Ost, 2003, § 3 VerkFIBerG Rn. 4 ff.; Schmidt-Räntsch, ZfIR 2006, 385, 387; Böhringer, VIZ 2002, 193, 195). Eine auf Annahme eines vom Gesetz – auch nur in geringem Maße – abweichenden Angebots **gerichtete Klage kann als unbegründet** abgewiesen werden, wenn das Gericht nicht von der Möglichkeit des § 14 Abs. 1 S. 3 VerkFIBerG i. V. m. § 106 Abs. 1 S. 1 SachenRBerG Gebrauch macht, die Rechte und Pflichten der Parteien abweichend vom Klageantrag festzustellen (Matthiessen, in: Kimme, § 3 VerkFIBerG Rn. 9 sowie § 14 VerkFIBerG Rn. 14). Daher stellt die **Ausgestaltung des Vertragsangebots** hohe Anforderungen sowohl an den öffentlichen Nutzer als auch an den beurkundenden Notar (Matthiessen, § 3 VerkFIBerG Rn. 9; Stavorinus, NotBZ 2001, 349, 358, der in diesem Zusammenhang auf das erhöhte Haftungsrisiko des Notars verweist).

### b) Bestimmtheit des Angebotsempfängers für Kontrahierungszwang erforderlich

Es stellt sich somit die Frage, welche Anforderungen das VerkFIBerG an die **Bestimmtheit der Person** des in dem Kaufangebot zu benennenden **Grundstückseigentümers** stellt. Eine Definition zu dem von ihm verwandten Begriff des **Grundstückseigentümers** enthält das VerkFIBerG **nicht**, sondern regelt diesbezüglich nur Teilaspekte, wie in § 3 Abs. 4 VerkFIBerG (Stavorinus, in: Eickmann, Anh. I zum VerkFIBerG Rn. 11). Dessen ungeachtet ist die Frage, welchem Grundstückseigentümer das Angebot unterbreitet wird, von substantieller Bedeutung. Wird nämlich der Erklärungsempfänger **falsch gewählt** oder **unrichtig bezeichnet**, liegt **kein annahmefähiges Angebot** vor und kann die Annahme des Angebots auch **nicht erfolgreich eingeklagt werden** (Stavorinus, Anh. I zum VerkFIBerG Rn. 11). Der Bezeichnung des Angebotsempfängers ist deshalb erhöhte Aufmerksamkeit zu widmen, da die Haftungsgefahr für den Notar hier erheblich höher ist als im „Normalfall“ des Vertragsangebots (so zu Recht der Hinweis von Stavorinus, Anh. I zum VerkFIBerG Rn. 11). Der Notar läuft hier insbesondere Gefahr, für die Kosten einer etwaigen erfolglosen Klage in Anspruch genommen zu werden (Stavorinus, NotBZ 2001, 349, 352).

### c) Angebot an Erbengemeinschaft

Grundstückseigentümer ist im vorliegenden Falle zunächst unstreitig eine Personenmehrheit in Form der ungeteilten **Erbengemeinschaft**, allerdings mit der Besonderheit, dass infolge des Versterbens eines der Miterben eine weitere Untererbengemeinschaft entstanden ist.

### aa) Erbengemeinschaft nicht rechtsfähig

Möglicherweise kann die Erbengemeinschaft nach den Prämissen, die der BGH zur Rechtsfähigkeit der Außen-GbR aufgestellt hat (BGHZ 146, 341 = DNotI-Report 2001, 41 = DNotZ 2001, 234 = NJW 2001, 1056 = NotBZ 2001, 100 = ZNotP 2001, 204), **als solche** Adressatin des Vertragsangebots sein. Dies würde allerdings die **Rechtsfähigkeit** der Erbengemeinschaft voraussetzen (vgl. dazu Baumann, DNotZ 2002, 159). Der BGH lehnt die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft wegen ihrer auf Auseinandersetzung gerichteten Zielsetzung sowie wegen des Fehlens eigener Organe weiterhin ab (BGH DNotI-Report 2002, 166 = FamRZ 2002, 1621 = NJW 2002, 3389 = NotBZ 2002, 450 = Rpfleger 2002, 625 = ZEV 2002, 504; BGH FamRZ 2004, 1193 = NJW-RR 2004, 1006 = Rpfleger 2004, 439 = ZEV 2004, 246; BGH DNotZ 2007, 134 = FamRZ 2007, 41 = MDR 2007, 340 = NJW 2006, 3715 = Rpfleger 2007, 75 = WM 2006, 2257 = ZErB 2007, 1 = ZIP 2006, 2125). Diese Auffassung des BGH wird zwar im Schrifttum teilweise kritisiert (Ann, MittBayNot 2003, 193; Eberl-Borges, LMK 2003, 5; Fritz, NZM 2003, 676); für die Praxis – namentlich für die richtige Angebotsgestaltung im Rahmen des VerkFIBerG – ist sie aber maßgeblich (Früchtl, NotBZ 2002, 452; Stavorinus, in: Eickmann, Anh. I zum VerkFIBerG Rn. 13).

Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass das Fehlen des Erbnachweises nach dem einen verstorbenen Miterben nicht etwa deshalb unerheblich ist, weil das Angebot sowieso an die Erbengemeinschaft als solche zu richten wäre.

### bb) Angebot an alle Miterben erforderlich

Daher gelten für die Bestimmtheit des Adressaten des Vertragsangebots die allgemeinen Grundsätze. Das Angebot ist somit an **alle Mitglieder der Erben- bzw. Untererbengemeinschaft** zu richten (im Ergebnis Stavorinus, in: Eickmann, Anh. I zum VerkFIBerG Rn. 13). Sämtliche Antragsempfänger müssen **bestimmt** oder zumindest **bestimmbar** bezeichnet sein (OLG Karlsruhe DNotZ 1988, 695 = NJW-RR 1989, 19 = Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl. 2007, § 145 BGB Rn. 1).

Im vorliegenden Falle könnte man zunächst daran denken, dass es auf den Erbschein möglicherweise gar nicht ankommt, weil die Erbfolge nach dem verstorbenen Miterben (wohl) bekannt ist. Unbeschadet dessen, dass dies vielleicht aus der Perspektive der Miterben zutreffen mag, gilt dies aber nicht aus Sicht des Nutzers, also der Gemeinde. Diese kennt die Erben des verstorbenen Miterben nicht, jedenfalls ohne Vorlage eines Erbscheins nicht mit der gebotenen Sicherheit. Unserer Auffassung nach würde eine derartige Annahme aber auch aus anderen Gründen zu kurz greifen: So ist es nicht ausgeschlossen, dass einer der Erbeserben die Erbschaft mittlerweile ausgeschlagen hat. Darüber hinaus ist es auch denkbar, dass sich die Erben nach dem verstorbenen Miterben im Rahmen einer – grundsätzlich formlos gültigen – Abschiebungsvereinbarung i. S. d. § 2042 BGB über das Ausscheiden eines von ihnen aus der Untererbengemeinschaft geeinigt haben (BGH DNotZ 1999, 60 = BGHZ 138, 8 = DNotI-Report 1998, 75 = DNotZ 1999, 60 = FamRZ 1998, 673 = MDR 1998, 539 = MittBayNot 1998, 188 = MittRhNotK 1998, 248 = NJW 1998, 1557 = Rpfleger 1998, 287 = ZEV 1998, 141).

Somit besteht aus Sicht des öffentlichen Nutzers hier sehr wohl eine Unsicherheit darüber, wer – bezogen auf den verstorbenen Miterben – konkret Grundstückseigentümer der betroffenen Parzelle ist. Ein Angebot, das sich an alle Erben des namentlich bekannten, verstorbenen Miterben richtete, könnte zur Folge haben, dass damit nicht zwangsläufig die richtigen

(Teil-)Eigentümer erfasst werden. Mit einem Angebot, das sich allgemein an den/die „Eigentümer-Rechtsnachfolger“ des verstorbenen Miterben richtete, liefe der öffentliche Nutzer Risiko, in einem Klageverfahren wegen teilweiser Unbestimmtheit des Beklagten abgewiesen zu werden. Unter Berücksichtigung dieser gravierenden Rechtsfolge, die ein an den „falschen“ Grundstückseigentümer gerichtetes Angebot haben würde, kann die Gemeinde auf der Grundlage des derzeitigen Tatbestandes wohl kein den Anforderungen des § 3 Abs. 1 Satz 3 VerkFlBerG genügendes Vertragsangebot abgeben.

#### **d) Kein Antragsrecht der Gemeinde für Erbschein**

Die Gemeinde kann auch nicht von sich aus einen Erbschein beantragen. Erben- oder Nachlassgläubiger haben nach §§ 896, 792 ZPO nur dann ein eigenes Antragsrecht für den Erbschein, wenn sie einen Vollstreckungstitel zur Grundbucheintragung gegen den Erben haben und zur Vollstreckung die Grundbucheintragung des Erben erforderlich ist (und dafür wiederum ein Erbschein). Hier hat die Gemeinde aber lediglich einen Anspruch auf Verkauf, aber noch keinen Vollstreckungstitel. (Auch sofern schon ein Erbschein erteilt sein sollte, hat die Gemeinde keinen Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung nach § 792 ZPO, da sie noch keinen Vollstreckungstitel hat.)

#### **e) Pflegerbestellung für den Grundstückseigentümer**

Möglicherweise hilft im vorliegenden Fall aber die Vorschrift des § 3 Abs. 4 Satz 3 VerkFlBerG weiter. Diese Vorschrift erklärt nämlich den § 17 SachenRBerG über die Möglichkeit einer Pflegerbestellung in bestimmten Fällen für entsprechend anwendbar. Danach ist ein Pfleger für den Grundstückseigentümer in namentlich benannten fünf Fallgruppen (vgl. § 17 Abs. 1 Nr. 1-5 SachenRBerG) zu bestellen. Sinn und Zweck dieser Regelung ist die Vermeidung einer dauerhaften Blockade des Verkehrsflächenerwerbs; vor allen Dingen sollen durch diese Vorschrift Vollzugsdefizite, die noch aus der Zeit der Grundstücksdokumentation in der DDR herrühren, abgemildert werden (Wittmer, in: Eickmann, § 3 VerkFlBerG Rn. 42). Hinzuweisen ist im vorliegenden Zusammenhang insbesondere auf die Vorschrift des § 17 Abs. 1 Nr. 4 SachenRBerG, der § 17 Abs. 1 Nr. 2 SachenRBerG (unbekannter Rechtsinhaber) für die Fälle ergänzt, in denen als **Grundstückseigentümer** eine **Gemeinschaft** in Betracht kommt, insbesondere eine **Erbengemeinschaft**, in der einzelne Miterben bekannt sind, die gesamte Erbengemeinschaft jedoch nicht ermittelt werden kann (Rothe, in: Eickmann, Sachenrechtsbereinigung, Loseblattkommentar, Stand: September 1997, § 17 SachenRBerG Rn. 10).

Auch wenn wir dies weder durch Rechtsprechung noch durch Fundstellen im Schrifttum belegen können, dürften die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Vorschrift unserer Auffassung nach bei der vorliegenden Sachverhaltskonstellation erfüllt sein, denn aus Sicht des öffentlichen Nutzers sind eben nicht alle Mitglieder der Grundstückseigentümergeinschaft bekannt; auch wenn ihm die (vermeintlichen) Erben des verstorbenen Miterben namentlich benannt worden sein sollten oder er anderweitig Kenntnis über deren Person erlangt haben sollte, so kann er doch ohne Vorlage eines Erbscheins nicht sicher sein, dass diese tatsächlich die Grundstückseigentümer sind. Diese Ungewissheit kann der öffentliche Nutzer auch nicht aus eigener Kraft beseitigen, da er kein Antragsrecht für die Erteilung eines Erbscheins hat. Würde das Vormundschaftsgericht (das hier zuständig ist) die Bestellung eines Pflegers verweigern, honorierte es letztendlich die „Verweigerungshaltung“ der Erben des verstorbenen Miterben; auf diese Weise könnte

schlichtweg der Ankaufsanspruch des öffentlichen Nutzers auf der Grundlage des VerkFlBerG ausgeschaltet werden (Rechtsgedanke des § 162 Abs. 1 BGB). Dass dies nicht die Intention des VerkFlBerG sein kann, folgt u. E. aus § 3 Abs. 4 S. 3 VerkFlBerG i. V. m. § 17 SachenRBerG, mag der Gesetzgeber ursprünglich auch andere Fallgestaltungen vor Augen gehabt haben.

Daher dürfte im vorliegenden Falle wohl eine Pflegerbestellung nach § 3 Abs. 4 Satz 3 VerkFlBerG i. V. m. § 17 SachenRBerG notwendig sein. Zuständig für die Pflegerbestellung ist das örtlich zuständige Vormundschaftsgericht (Rothe, in: Eickmann, § 17 SachenRBerG Rn. 13). Das Vertragsangebot könnte dann an die namentlich bekannten Miterben sowie den Pfleger als gesetzlichen Vertreter der Erben des verstorbenen Miterben gerichtet werden und wäre auf diese Weise auch gerichtlich durchsetzbar.

## **2. Kostentragung für Erbscheinsantrag und Erbscheinserteilung**

### **a) Öffentlicher Nutzer trägt Vertragskosten**

Nach § 12 Satz 1 VerkFlBerG sind die Kosten des auf der Grundlage des VerkFlBerG abgeschlossenen Vertrages und seiner Durchführung vom **öffentlichen Nutzer** zu tragen. Da diese Regelung erkennbar von der gesetzgeberischen Vorstellung getragen ist, den Grundstückseigentümer von sämtlichen Kosten freizustellen, ist sie **weit auszulegen** (Stavorinus, in: Eickmann, § 12 VerkFlBerG Rn. 2). Der öffentliche Nutzer trägt demgemäß insbesondere auch die Kosten der Vertragsannahme durch den Grundstückseigentümer (Stavorinus, a. a. O., m. w. N. aus dem Schrifttum in Fn. 3).

### **b) Erbscheinskosten muss öffentlicher Nutzer nach h. M. nicht übernehmen**

Soweit im Schrifttum zu dieser Frage überhaupt Stellung genommen wird, besteht allerdings auch darüber Einigkeit, dass die Kosten für die Beschaffung der auf **Grundstückseigentümerseite** etwa erforderlichen **Erbnachweise** i. S. d. § 35 GBO nicht von § 12 Satz 1 VerkFlBerG erfasst werden und somit nach allgemeinen Grundsätzen vom Grundstückseigentümer selbst zu tragen sind (Stavorinus, in: Eickmann, § 12 VerkFlBerG Rn. 5; Matthiessen, in: Kimme, § 12 VerkFlBerG Rn. 8; im Ergebnis wohl auch Böhringer, VIZ 2002, 193, 198). Zugestanden wird allerdings, dass diese Rechtsauffassung – wie bereits aus der Abwicklung der Bodenreform bekannt – bei der Bereinigung aufgrund des VerkFlBerG als Hemmschwelle wirken kann (so zu Recht der Hinweis von Stavorinus, in: Eickmann, § 12 VerkFlBerG Rn. 5).

Unserer Auffassung nach könnte unter Berücksichtigung des Wortlauts des § 12 Satz 1 VerkFlBerG und vor allen Dingen im Hinblick auf den Umstand, dass im vorliegenden Fall der Erbschein ja ausschließlich für die Zwecke der Durchführung des Zwangsvertrages nach dem VerkFlBerG benötigt würde (und beschränkt zum Zweck der Grundbuchberichtigung erteilt werden kann, § 107 Abs. 3 KostO), mit guten Gründen vertreten werden, dass auch die Kosten des Erbscheinsantrags und der Erbscheinserteilung vom öffentlichen Nutzer getragen werden müssen.

Im Ergebnis dürfte es aber auf eine Entscheidung dieser Frage jedenfalls insoweit nicht ankommen als die Gestaltung eines dem Annahmezwang unterliegenden Vertragsangebots in Rede steht. Denn nach allen Stellungnahmen im Schrifttum, also auch derjenigen Autoren, die die Aufnahme einer Kostenregelung in das Kaufvertragsangebot als

durch § 3 Abs. 1 S. 3 VerkFlBerG für zwingend vorgegeben erachten, **reicht die schlichte wörtliche Wiedergabe des § 12 S. 1 VerkFlBerG aus** (Matthiessen, in: Kimme, § 12 VerkFlBerG Rn. 11; Stavorinus, in: Eickmann, § 12 VerkFlBerG Rn. 12; Schmidt-Räntsch, ZfIR 2006, 385, 395; Heller, in: Prütting/Zimmermann/Heller, § 12 VerkFlBerG Rn. 1; Zimmermann, in: Rechtshandbuch Vermögen und Investitionen in der ehemaligen DDR, Loseblattkommentar, Stand: April 2002, § 7 VerkFlBerG Rn. 1).

Im Ergebnis würde es mangels Beschwer des Grundstückseigentümers einem Annahmewang desselben aber auch nicht entgegenstehen, wenn in der Kostenregelung des Kaufvertragsangebots hinsichtlich der Erbscheinsantrags- und Erbscheinserteilungskosten ausdrücklich die Kostenübernahme durch den öffentlichen Nutzer erklärt würde, sinnvollerweise beschränkt auf einen Erbschein nur zum Zweck der Grundbuchumschreibung (§ 107 Abs. 3 KostO) (sofern dies kommunalrechtlich zulässig ist).

### 3. Ergebnis

Will der öffentliche Nutzer ein Angebot zum Erwerb eines Verkehrsflächengrundstücks nach § 3 Abs. 1 VerkFlBerG abgeben und stehen die Erben des eingetragenen Grundstückseigentümers nicht eindeutig fest (ist insbes. kein Erbschein erteilt), so kann der öffentliche Nutzer nach § 3 Abs. 4 S. 3 VerkFlBerG i.V.m. § 17 SachenRBerG die Bestellung eines Pflegers für den Grundstückseigentümer beantragen. In dem Angebot muss keine ausdrückliche Regelung über die Kosten des (zur Grundbuchberichtigung bei Fehlen eines notariellen Testaments erforderlichen) Erbscheins erfolgen. Nach h.M. muss der öffentliche Nutzer die Kosten der Erbscheinserteilung nicht tragen.

---

## **BNotO § 24; BGB §§ 286, 433 Versendung der notariellen Fälligkeitsermittlung durch einfachen Brief, Einschreiben mit Rückschein oder Zustellung durch Gerichtsvollzieher**

### I. Sachverhalt

In einem Grundstückskaufvertrag übernimmt der Notar, den Beteiligten den Eintritt der Fälligkeit mitzuteilen.

### II. Fragen

1. Gibt es eine Amtspflicht, die Fälligkeitsermittlung nicht nur durch einfachen Brief, sondern etwa durch Einwurfeinschreiben, durch Einschreiben mit Rückschein oder durch den Gerichtsvollzieher zustellen zu lassen?

2. Welche diesbezüglichen Empfehlungen finden sich in der notarrechtlichen Literatur?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Rechtsprechung

##### a) BGH

In einem Urteil vom 26.11.2004 (V ZR 119/04, MittBayNot 2005, 395 m. Anm. Lichtenwimmer) sah es der BGH als revisionsrechtlich nicht zu beanstanden an, dass das OLG als Tatsacheninstanz eine Fälligkeitsregelung, wonach der Kaufpreis „binnen zehn Tagen nach Absendung“ der notariellen Fälligkeitsermittlung „zur Zahlung fällig“ sein sollte, dahingehend ausgelegt hatte, dass damit lediglich eine Veränderung zur Fristberechnung getroffen sei, dass aber wei-

tere Voraussetzungen für den Fälligkeitseintritt sei, dass dem Käufer die Fälligkeitsermittlung zugegangen sei, und dass daher der Verkäufer auch **beweisbelastet für den Zugang der Fälligkeitsermittlung sei**.

##### b) OLG Koblenz

Weiter ist aus der neueren Rechtsprechung ein Beschluss des OLG Koblenz in einer Familiensache vom 28.1.2005 (11 WF 1013/04, OLG-Report 2005, 869) anzuführen, dass ein **Einwurfeinschreiben** der Deutschen Post AG **nicht als öffentliche Urkunde einen Zustellungsnachweis** (§§ 415, 418 ZPO), sondern allenfalls den Beweis des ersten Anscheins für den ordnungsgemäßen Einwurf der Sendung begründe.

##### c) Landgerichtliche Urteile

Die Frage, ob eine Amtspflicht zur Übersendung einer notariellen Fälligkeitsermittlung in einer bestimmten Form besteht, wurde bisher nur von Landgerichten entschieden. Sämtliche bekannt gewordenen Entscheidungen hielten auch bei konstitutiven Fälligkeitsermittlungen eine **Übermittlung durch einfachen Brief für ausreichend** (LG Traunstein MittBayNot 1995, 244; LG Saarbrücken DNotI-Report 1997, 40). Ebenso hatte bereits das Reichsgericht für die Versendung einer Urkunde an das Grundbuchamt entschieden (RG JW 1933, 1766; ähnlich OLG Düsseldorf RNotZ 2005, 374 zum Versand einer vollstreckbaren Ausfertigung – vgl. Bous, RNotZ 2005, 100; ebenso LG Berlin DNotI-Report 2003, 135 = BRAK-Mitt. 2002, 213 für den Versand einer Mitteilung durch einen Rechtsanwalt an seinen Mandanten).

## 2. Literatur

### a) Keine Amtspflicht des Notars für besondere Übermittlungsform

Auch die **Literatur** geht davon aus, dass keine Amtspflicht des Notars zur Wahl einer besonderen Übermittlungsform für die Fälligkeitsermittlung besteht eine Übermittlung durch einfachen Brief genüge den Amtspflichten des Notars (Amann, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 4. Aufl. 2006, A I Rn. 107; Ganter, in: Zugehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 2004, Rn. 2099; Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. 1997, Rn. 677; Heinemann, in: Grziwotz/Everts/Heinemann/Koller, Grundstückskaufverträge, 2005, Rn. 617; Hertel, DNotZ 2001, 910, 922; ders., in: Würzburger Notarhandbuch, 2005, Teil 2 Rn. 295; Limmer, in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, 2. Aufl. 2004, § 21 BNotO Rn. 27; Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 2001, Rn. 330; Waldner, Grundstückskaufverträge, 2003, Rn. 193).

### b) Empfehlungen für Einwurfeinschreiben

Verschiedene Literaturstimmen halten jedoch ein Einwurfeinschreiben für sinnvoll, zwar nicht als Amtspflicht, aber unter dem Gesichtspunkt der Vertragsgestaltung – teils allgemein (so für die konstitutive Fälligkeitsermittlung: Ganter, in: Zugehör/Ganter/Hertel, Rn. 2104 und 2109; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 3. Aufl. 2006, Rn. 561; Wolf, in: Lambert/Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, 2. Aufl. 2005, Teil 2 Rn. 130; ähnlich Hertel, der dies im Würzburger Notarhandbuch, Teil 2 Rn. 295 als „erwägenswert“ bezeichnet hat), teils zumindest in problematischen („pathologischen“) Einzelfällen (Heinemann, in: Grziwotz/Everts/Heinemann/Koller, Rn. 617).

### c) Festlegung der Zusendungsart im Vertrag

*Lichtenwimmer* (Entscheidungsanmerkung, MittBayNot 2005, 396, 397) empfiehlt, dass nicht der Notar, sondern die Beteiligten über die Versendungsart entscheiden sollten. Da sich Vor- und Nachteile der verschiedenen Übermittlungsarten die Waage hielten, sollte der Notar die verschiedenen Übermittlungsarten vorstellen und die Beteiligten diejenige wählen lassen, die ihren Vorstellungen am besten gerecht werde.

Auch mehrere **Kammerrundschreiben** haben eine **ausdrückliche Festlegung im Vertrag** empfohlen (ohne zusätzlich eine Erläuterung auch der anderen Versendungsarten oder der Vor- oder Nachteile zu fördern) (so etwa Notarkammer Frankfurt, Rundschreiben 1/2006, S. 10; Notarkammer Kassel, in: Rechtsanwaltskammer/Notarkammer Kassel, Mitteilung Nr. 2/2005, S. 14; Notarkammer Thüringen, Rundschreiben Nr. 4/2006, S. 10).

Weitergehende Empfehlungen, die verschiedenen Versendungsarten und deren Vor- und Nachteile mit den Beteiligten zu erörtern, geben die Kammerrundschreiben nicht. Eine solche Erörterung dürfte angesichts der typischerweise auch eher untergeordneten Bedeutung der Frage gegenüber anderen klärungsbedürftigen Punkten im Rahmen des Kaufvertrages auch nur schwer umsetzbar sein. Wenn der Verkäufer im Einzelfall diesbezüglich Bedenken hat, kann er dies bei der Beurkundung ansprechen; die ausdrückliche Regelung im Kaufvertrag gibt ihm dann einen Anhaltspunkt dazu.

### 3. Argumente

Das Zögern der meisten Autoren, sich auf eine bestimmte Empfehlung festzulegen, liegt in einem Widerspruch zwischen zwei Zielen: Je förmlicher die notarielle Fälligkeitsermittlung übermittelt wird, desto eher kann der **Beweis** des Zugangs im Bestreitensfall erbracht werden, desto **langsamer** ist aber im Normalfall die Übermittlung. Außerdem steigen die Zustellungskosten. Die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher kann auch sozial diskriminierend wirken, da geschwätzige Nachbarn dann alles mögliche Schlechte vermuten werden, nur nicht, dass der Zustellungsempfänger ein Haus oder eine Wohnung gekauft hat. Problem des (beweiskräftigen) Einschreibens mit Rückschein ist die mögliche Zugangsverhinderung, wenn der Empfänger das Einschreiben nicht abholt, oder doch die Zugangsverzögerung, weil er wohlmöglich erst mehrere Tage später zur Abholung zur Post kommt. Dies wird beim Einwurfeinschreiben vermieden, weshalb die Literatur mehrheitlich, wenn sie denn überhaupt eine stärkere Form als die Zustellung durch einfachen Brief empfiehlt, auf das Einwurfeinschreiben verweist. Hier ist aber jedenfalls nach der zitierten Entscheidung des OLG Koblenz geklärt, dass auch dies keinen vollen Beweis des Zugangs erbringt.

Auch ist zu bedenken, dass es im Regelfall allenfalls um eine **Verzögerung von ca. zwei Wochen** geht. Denn typischerweise werden Zahlungsfristen zwischen 10 und 14 Tagen ab Zugang der notariellen Fälligkeitsermittlung (oder ggf. auch ab der Absendung) vereinbart. Hat der Verkäufer nach Ablauf dieser Frist noch kein Geld erhalten, wird er sich beim Käufer melden. Spätestens dann müsste der Käufer vortragen, dass er noch keine Fälligkeitsermittlung erhalten hat, so dass dann eine erneute Zuleitung veranlasst werden könnte – diesmal natürlich sinnvollerweise in beweiskräftiger Form. Kommt es dem Verkäufer im Einzelfall besonders dringlich auf die pünktliche Zahlung an (etwa weil er das Geld selbst zum Kauf eines anderen Objekts benötigt), so wird er dies im

Zweifel schon in der Beurkundungsverhandlung zum Ausdruck bringen. Dann kann man entweder im Einzelfall eine andere Versendungsart wählen oder den Verkäufer darauf hinweisen, er möge sich doch, nachdem er selbst die Abschrift der Fälligkeitsermittlung erhalten habe, vorsichtshalber beim Käufer erkundigen, ob auch ihm die Fälligkeitsermittlung zugegangen sei. Dann könnte für den unwahrscheinlichen Fall des Verlustes (oder auch des Bestreitens des Zugangs) der Fälligkeitsermittlung noch kurzfristig eine neue Fälligkeitsermittlung versandt werden.

### 4. Ergebnis

Mithin wird man weiterhin davon ausgehen können, dass nach allgemeiner Ansicht keine Amtspflicht für die Wahl einer bestimmten Versendungsart besteht. Allerdings empfehlen verschiedene Literaturstimmen, dies in der Urkunde selbst zu regeln.

## Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8). Ein Inhaltsverzeichnis findet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

**Bitte beachten Sie:** Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb nicht die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung.

**BeurkG §§ 13a, 17 Abs. 1, 21; WEG §§ 10 Abs. 2, 3 Bezugnahme oder Verweisung bei Eintritt des Erwerbers in Gemeinschaftsordnung bei Zweiterwerb von Wohnungseigentum**  
Fax-Abruf-Nr.: 11472

**VerkFIBerG §§ 3, 7, 8, 14; SachenRBERG § 106 Angebot nach Verkehrsflächenbereinigungsgesetz; Erteilung der Auflassungsvollmacht nicht durch Grundstückseigentümer, sondern durch öffentlichen Nutzer; Möglichkeit der Nachbesserung eines Angebots nach Fristablauf (30.6.2007)**  
Fax-Abruf-Nr.: 1644

**EGBGB Art. 234 §§ 1, 4, 4a, 5, 6; BGB § 1416; FGB-DDR §§ 13 f., 39; ZGB-DDR § 299 Scheidungsbedingte Auseinandersetzung einer ehelichen Eigentums- und Vermögensgemeinschaft des FGB der ehemaligen DDR, wenn nach der Wiedervereinigung zur Fortgeltung dieses Güterstandes optiert worden ist; anwendbares Güterstands-, Unterhalts- und Versorgungsausgleichsrecht**  
Fax-Abruf-Nr.: 1645

**BGB §§ 1775, 1776, 1777, 1797 Benennung mehrerer Vormünder als Mitvormünder mit getrennten Wirkungskreisen durch die allein sorgeberechtigte Mutter**  
Fax-Abruf-Nr.: 12147

**BGB §§ 2147, 2177, 883 Verfügungsunterlassungsvermächtnis und Sicherung durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung**  
Fax-Abruf-Nr.: 12148

**WEG § 21 Abs. 5 Nr. 2; BGB §§ 633 a. F., 209 Abs. 2 Nr. 1 a. F.**

**Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft zur Geltendmachung von Rechten wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums**

1. a) Die Wohnungseigentümergeinschaft kann durch Mehrheitsbeschluss die Durchsetzung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte der Erwerber von Wohnungseigentum wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums an sich ziehen. Macht sie von dieser Möglichkeit Gebrauch, begründet dies ihre alleinige Zuständigkeit. Im Gerichtsverfahren tritt die Wohnungseigentümergeinschaft als gesetzlicher Prozessstandschafter auf.

b) Eine Wohnungseigentümergeinschaft kann in gewillkürter Prozessstandschaft Ansprüche verfolgen, die in einem engen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums stehen und an deren Durchsetzung sie ein eigenes schutzwürdiges Interesse hat. Sie kann von den einzelnen Wohnungseigentümern ermächtigt werden, neben den Ansprüchen wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums Ansprüche wegen Mängeln des Sondereigentums geltend zu machen.

2. a) Ein Mahnbescheid unterbricht die Verjährung des Anspruchs auf Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten auch dann, wenn – von der Sachbefugnis abgesehen – noch nicht sämtliche Anspruchsvoraussetzungen vorliegen (Bestätigung von BGH, Urteil vom 5. Mai 1988 – VII ZR 119/87, BGHZ 104, 268, 273).

b) Bei Geltendmachung eines Anspruchs auf Kostenvorschuss für die Beseitigung mehrerer Mängel kommt einem Mahnbescheid verjährungsunterbrechende Wirkung nur zu, wenn für den Antragsgegner erkennbar ist, wegen welcher einzelnen Mängel und in welcher jeweiligen Höhe Ansprüche gegen ihn erhoben werden.

BGH, Urt. v. 12.4.2007 – VII ZR 236/05  
Kz.: LI 4 – § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG  
Fax-Abruf-Nr.: 10709

### Problem

Die Wohnungseigentümergeinschaft verlangte vom Bau-träger einen Kostenvorschuss wegen Sachmängeln sowohl am Sonder- als auch am Gemeinschaftseigentum. Das Berufungsgericht hatte entschieden, dass die Wohnungseigentümergeinschaft mangels Rechtsfähigkeit nicht klagen könne.

### Entscheidung

Der VII. Zivilsenat schloss sich der Rechtsprechung des V. Zivilsenats zur Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft an. Die Teilrechtsfähigkeit gelte auch, soweit die Wohnungseigentümergeinschaft nicht eigene Rechte geltend mache, sondern Rechte der Wohnungseigentümer in Prozessstandschaft, sei es aufgrund gesetzlicher Befugnis oder aufgrund rechtsgeschäftlicher Ermächtigung.

Nach § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG steht der Wohnungseigentümergeinschaft die Beschlusskompetenz zur Entscheidung über die ordnungsgemäße Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums zu. Dies gilt auch für die **erstmalige Herstellung des Gemeinschaftseigentums**. Grundsätzlich kann der Einzelerwerber zwar Mängelrechte wegen Sachmängeln des Gemeinschaftseigentums selbständig verfolgen. Die Wohnungseigentümergeinschaft ist jedoch für die Geltendmachung und Durchsetzung solcher Rechte von vornherein allein zuständig, die ihrer Natur nach gemeinschaftsbezogen sind und ein eigenständiges Vorgehen des einzelnen Wohnungseigentümers nicht zulassen, nämlich für **Minderung und kleinen Schadensersatz** (BGHZ 74, 258, 263 f. = DNotZ 1980, 603 = NJW 1979, 2207; BGH BauR 1998, 783 = BJW 1998, 2967 = ZfBR 1998, 245 = ZNotP 1998, 494; BauR 2006, 979, 981 = DNotI-Report 2006, 74 = DNotZ 2006, 678 = NJW 2006, 2254 = NZBau 2006, 371). Ebenso hatte der BGH bereits entschieden, dass die Wohnungseigentümergeinschaft durch Mehrheitsbeschluss nach § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG entscheiden kann, wegen eines Mangels des Gemeinschaftseigentums Vorschuss zu fordern (BGHZ 81, 35, 38 = NJW 1981, 1841 = Rpfleger 1981, 346; BGH BauR 1997, 488 = BB 1997, 912 = MittBayNot 1997, 166 = NJW 1997, 2173 = ZfIR 1997, 288).

Nunmehr entschied der BGH, dass die Wohnungseigentümergeinschaft insoweit den einzelnen Erwerber von der Verfolgung seiner Rechte ausschließen kann, dass also Erfüllungs- oder Nacherfüllungsanspruch sowie die Ansprüche auf Vorschuss oder Aufwendungsersatz nur von der Wohnungseigentümergeinschaft, nicht vom einzelnen Erwerber geltend gemacht werden können. (Demgegenüber kann die Wohnungseigentümergeinschaft die Geltendmachung der Ansprüche einzelner Erwerber auf großen Schadensersatz oder auf Wandelung bzw. Rücktritt nicht an sich ziehen, BGH DNotI-Report 2006, 162 = DNotZ 2007, 22 = NJW 2006, 3275 = NZBau 2006, 706.)

---

**MaBV § 7 Abs. 1; WEG § 21; BGB § 633 Abs. 3 a. F. Geltendmachung einer MaBV-Bürgschaft durch Wohnungseigentümergeinschaft in gewillkürter Prozessstandschaft**

a) Die teilrechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann Ansprüche der Erwerber von Wohnungseigentum aus Bürgschaften nach § 7 MaBV in gewillkürter Prozessstandschaft geltend machen.

b) Die Gemeinschaft kann regelmäßig auch Ansprüche von Erwerbern, die noch nicht im Grundbuch eingetragen sind, auf Freigabe von Grundschulden, die auf dem Wohnungseigentum lasten, in gewillkürter Prozessstandschaft geltend machen.

c) Eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV sichert auch Ansprüche eines Erwerbers auf Rückgewähr seiner Vorauszahlungen, die sich aus § 633 Abs. 3 BGB a.F. ergeben.

d) Eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV sichert das Vorauszahlungsrisiko eines Erwerbers auch insoweit, als es um Mängel am Gemeinschaftseigentum geht, obwohl ein einzelner Erwerber die Erstattungen von Mängelbeseitigungskosten lediglich an die Gemeinschaft verlangen kann.

e) Der Anspruch eines Erwerbers auf Rückgewähr seiner Vorauszahlungen wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum ist durch eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV in Höhe des Anteils gesichert, welcher dem Haftungsanteil des Erwerbers/Bürgschaftsgläubigers im Verhältnis zur Wohnungseigentümergeinschaft für Aufwendungen der Instandsetzung und Instandhaltung entspricht.

f) Ein Erwerber kann gegen eine von ihm geschuldete restliche Vergütung nicht mit einem auf Leistung an die Gemeinschaft gerichteten, nach den Mängelbeseitigungskosten berechneten Anspruch wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum aufrechnen.

BGH, Urt. v. 12.4.2007 – VII ZR 50/06  
Kz.: LI 2 – § 7 MaBV  
Fax-Abruf-Nr.: 10710

#### Problem

Dieselbe Bank hatte sowohl den Bauträger finanziert (und sich insoweit den Erwerbern gegenüber zur Freistellung nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV verpflichtet) wie auch den Erwerbern Bürgschaften nach § 7 MaBV gestellt. Nunmehr klagte die Wohnungseigentümergeinschaft aus der Bürgschaft wegen Mängeln am Sonder- und Gemeinschaftseigentum. Ebenso verlangte die Wohnungseigentümergeinschaft Freistellung der von den einzelnen Erwerbern erworbenen Wohnung vom Globalgrundpfandrecht der Bank.

#### Entscheidung

Nach der Entscheidung des BGH kann die Wohnungseigentümergeinschaft in **gewillkürter Prozessstandschaft** sowohl die Ansprüche der Erwerber aus der MaBV-Bürgschaft wie aus der Freistellungsverpflichtung gegenüber der Bank geltend machen. Die Bürgschaftsansprüche sind zwar nicht Teil des Verwaltungsvermögens der Wohnungseigentümergeinschaft und sind auch keine dieses Vermögen direkt betreffenden Ansprüche. Die Wohnungseigentümergeinschaft kann die Rechtsverfolgung daher nicht durch Beschluss an sich ziehen. Sie kann jedoch von den einzelnen Erwerbern zur Geltendmachung in gewillkürter Prozessstandschaft ermächtigt werden. Vorliegend waren die Bürgschaftsansprüche zwar an die Wohnungseigentümergeinschaft abgetreten worden; diese Abtretung war aber unwirksam, da die Bürgschaftsansprüche aufgrund ihrer Akzessorität nicht ohne die Mängelrechte aus dem Bauträgervertrag selbst abgetreten werden konnten.

Dem Bürgschaftsanspruch stehe auch nicht entgegen, dass der einzelne Erwerber hinsichtlich der Mängel am Gemeinschaftseigentum eine Erstattung von Mängelbeseitigungskosten lediglich an die Gemeinschaft verlangen kann. Insoweit sichert die einzelne Bürgschaft einen Anspruch in Höhe des **Haftungsanteils** des jeweiligen Erwerbers im Verhältnis zur Wohnungseigentümergeinschaft für Instandhaltungsmaßnahmen (§ 16 Abs. 2 WEG).

---

### **BGB §§ 1615 I, 1570; GG Art. 6 Abs. 2, 5 Unterschiedliche Dauer der Unterhaltsansprüche für die Betreuung ehelicher und nichtehelicher Kinder verfassungswidrig**

**1. Die unterschiedliche Regelung der Unterhaltsansprüche wegen der Pflege oder Erziehung von Kindern in § 1570 des Bürgerlichen Gesetzbuches einerseits und § 1615 I Absatz 2 Satz 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches**

andererseits ist mit Artikel 6 Absatz 5 des Grundgesetzes unvereinbar.

**2. Dem Gesetzgeber wird aufgegeben, bis zum 31. Dezember 2008 eine verfassungsmäßige Regelung zu treffen.**

BVerfG, Beschl. v. 28.2.2007 – 1 BvL 9/04  
Kz.: LI 1 – § 1615 I BGB  
Fax-Abruf-Nr.: 10711

#### Problem

Nach § 1615 I Abs. 2 S. 3 BGB endet der Unterhaltsanspruch einer nichtehelichen Mutter wegen Betreuung des Kindes grundsätzlich drei Jahre nach der Geburt, „sofern es nicht insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Kindes grob unbillig wäre, einen Unterhaltsanspruch nach Ablauf dieser Frist zu versagen“ (zu Ausnahmen nach der Rechtsprechung vgl. BGHZ 168, 245 = DNotI-Report 2006, 137 = FamRZ 2006, 1362 = NJW 2006, 2687 = ZNotP 2007, 31). Der Anspruch des geschiedenen Ehegatten auf Betreuungsunterhalt kennt hingegen keine feste zeitliche Grenze, sondern besteht nach § 1570 BGB „solange und soweit“ von dem betreuenden Ehegatten „wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann“.

#### Entscheidung

Nach dem Beschluss des BGH verstößt diese Ungleichbehandlung gegen das in Art. 6 Abs. 5 GG enthaltene Verbot einer Schlechterstellung nichtehelicher Kinder gegenüber ehelichen Kindern. Die ungleiche Dauer der Unterhaltsansprüche rechtfertigt sich insbesondere auch nicht durch die naheheliche Solidarität, die geschiedene Ehegatten im Gegensatz zu nicht miteinander verheirateten Eltern einander schulden.

Die zeitliche Begrenzung des Unterhaltsanspruchs auf i. d. R. drei Jahre sei hingegen nicht für sich gesehen zu beanstanden (insbesondere nicht als Verletzung des durch Art. 6 Abs. 2 GG geschützten Elternrechts). Da der Gesetzgeber die erforderliche Gleichbehandlung entweder durch Änderung am ehelichen Betreuungsunterhalt oder am Betreuungsunterhalt der nichtehelichen Mutter oder durch Änderung in beiden Tatbeständen vornehmen könne, erklärte das BVerfG die Norm nicht für unwirksam. Es setzte jedoch dem Gesetzgeber eine Frist zur Gesetzesänderung bis zum 31.12.2008.

---

### **ZPO §§ 775 Nr. 5, 794 Abs. 1 Nr. 5; BGB §§ 1142, 1150, 1191 ff., 266**

**Einstellung der Zwangsvollstreckung bei Ablösung des allein vollstreckbar gestellten „zuletzt zu zahlenden Teilbetrages“**

**Ist der Schuldner vollstreckbar verpflichtet, die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück wegen eines zuletzt zu zahlenden Teilbetrags einer Grundschuld zu dulden, ist zur Befriedigung des Gläubigers im Sinne von § 775 Nr. 5 ZPO nur die Zahlung dieses Teilbetrags nebst Kosten, nicht aber die vollständige Ablösung der Grundschuld erforderlich (Fortführung von Senat, BGHZ 108, 372).**

BGH, Beschl. v. 29.3.2007 – V ZB 160/06  
Kz.: LI 1 – § 775 Nr. 5 ZPO  
Fax-Abruf-Nr.: 10712

### Problem

Vor allem um Kosten zu sparen, wird die Zwangsvollstreckungsunterwerfung teilweise lediglich hinsichtlich eines „zuletzt zu zahlenden Teilbetrages“ erklärt (vgl. **Gutachten, DNotI-Report 1998, 53**). Der BGH hatte dies als vertragliche Tilgungsbestimmung bei Teilleistungen außerhalb der Zwangsversteigerung angesehen. Eine Ablösung könne der Grundstückseigentümer bzw. ein ablösungsberechtigter Dritter nach § 1142 Abs. 1 BGB bzw. §§ 1150, 268 BGB aber nur durch Ablösung in voller Höhe erreichen, sofern nicht der Gläubiger eine Teilzahlung annehme (BGHZ 108, 372, 379 f. = DNotZ 1990, 586 = NJW 1990, 258 = Rpfleger 1990, 16).

### Entscheidung

In der Zwangsversteigerung führt hingegen bereits eine Zahlung auf den titulierten Teil zum Titelverlust. Die Verrechnungsregelung aus dem Zusatz „zuletzt zu zahlender Teilbetrag“ gilt ihrem Sinn nach nur bei Zahlung außerhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens. Außerdem dient das Zwangsvollstreckungsverfahren der Durchsetzung der titulierten Teilforderung. Für einen weitergehenden Titel benötigt der Gläubiger eine weitergehende Verurteilung oder Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Schuldners.

## Literaturhinweise

**M. Adam**, Möglichkeiten und Grenzen erbrechtlicher Verwirkungsklauseln, MDR 2007, 68 ff.

**C. Armbrüster**, Der Verwalter als Organ der Gemeinschaft und Vertreter der Wohnungseigentümer, ZWE 2006, 470

**J. D. Battke/E. Voigt**, Zur Zulässigkeit von gesellschaftsvertraglichen Auskunftsrechten des fakultativen Aufsichtsrates kommunaler Eigengesellschaften gegenüber dem Gemeinderat, SächsVBl. 2006, 273

**S. O. Bäuml**, Das Gesetz zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge: Der Kabinettsentwurf vom 25. Oktober 2006 aus Sicht der Beratungspraxis, ZEV 2006, 525

**P. Bruns**, Das Leitungsnotrecht des §7e NRG Baden-Württemberg, BWNotZ 2006, 160

**R. Drouven/R. Mödl**, US-Gesellschaften mit Hauptverwaltungssitz in Deutschland im deutschen Recht, NZG 2007, 7

**F. Eckert/N. Heckel**, Vertretung und Genehmigungserfordernisse bei Rechtsgeschäften kirchlicher Vermögensträger in Bayern – Teil II: Römisch-Katholische Kirche, MittBayNot 2006, 471

**N. J. Ehinger**, Auswirkungen des MoMiG auf die Praxis der GmbH & Co. KG, BB 2007, 2701

**T. Führ**, Grundrechte und Testierfreiheit – „Preußen“-Beschluss und Pflichtteilsrecht, MittBayNot 2006, 461

**J. Herrlein**, Die Entwicklung des Rechts der Wohnraummiete im ersten Halbjahr 2006, NJW 2006, 3393

**J. van Kann/C. Just/J. Krämer**, Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen (REIT-Gesetz), DStR 2006, 2105

**C. Kessler**, Die Eintragungsfähigkeit variabler Grundschuldzinsen, MittBayNot 2006, 468

**U. Kulke**, Wucherähnliches Rechtsgeschäft und rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit bei Grundstückskaufverträgen, ZfIR 2006, 788

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 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. Christian Hertel, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

#### 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  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg