

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

22. Jahrgang
August 2014
ISSN 1434-3460

15/2014

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 138 Abs. 1; SGB XII § 90; SGB II § 12 – Sozialrechtliche Verwertbarkeit eines Grundstücks nach Übertragung auf einen Sozialleistungsbezieher (Sozialhilfe oder Arbeitslosengeld II – „Hartz IV“); Belastung des Grundstücks mit Nießbrauch und Verfügungsverbot/Rückforderungsrecht für den Sozialhilfefall

BGB § 2333 Abs. 1 Nr. 4; StGB §§ 53, 54, 56 – Entziehung des Pflichtteils wegen vorsätzlicher Straftat; Verurteilung auf Bewährung und anschließender Widerruf der Bewährung; Aussetzung einer Gesamtfreiheitsstrafe

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

ZVG §§ 10 Abs. 1 Nr. 2 u. 4, 28 Abs. 1 S. 1; BGB § 883 Abs. 2; WEG § 16 Abs. 2 – Vorrang von Hausgeldansprüchen der Wohnungseigentümergeinschaft ggü. Auflassungsvormerkung; Rangklasse der Auflassungsvormerkung im Verfahren der Zwangsversteigerung; Fortsetzung des Versteigerungsverfahrens trotz Eigentumserwerbs

BGB § 1171; FamFG §§ 449, 451 – Aufgebotsverfahren bei Briefhypothek; Anforderungen an Glaubhaftmachung; unbekannte Erben

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 138 Abs. 1; SGB XII § 90; SGB II § 12 Sozialrechtliche Verwertbarkeit eines Grundstücks nach Übertragung auf einen Sozialleistungsbezieher (Sozialhilfe oder Arbeitslosengeld II – „Hartz IV“); Belastung des Grundstücks mit Nießbrauch und Verfügungsverbot/Rückforderungsrecht für den Sozialhilfefall

I. Sachverhalt

Eine Mutter will ihrem Sohn im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ein Einfamilienhaus übertragen und sich daran ein lebenslanges Nießbrauchsrecht vorbehalten. Es soll vereinbart werden, dass die Mutter auch die Kosten für Ausbesserungen und Erneuerungen zu tragen hat, die über die gewöhnliche Unterhaltung hinausgehen, sowie die außerordentlichen privaten und öffentlichen Lasten. Ferner wünscht die Mutter ein Rückübertragungsrecht u. a. für den Fall, dass ihr Sohn Sozialhilfe und/oder Arbeitslosengeld II („Hartz IV“) in Anspruch nimmt.

II. Fragen

1. Führt der Nießbrauch und/oder das Rücktrittsrecht der Mutter für den vorgenannten Fall dazu, dass das Grundstück unverwertbares Vermögen i. S. v. § 90 SGB XII bzw. § 12 SGB II darstellt?

2. Ist der Rücktrittsgrund „Inanspruchnahme von Sozialhilfe oder Arbeitslosengeld II“ möglich?

III. Zur Rechtslage

1. Nachranggrundsatz

Das Sozialhilferecht ist vom Nachrang- oder Subsidiaritätsprinzip geprägt (vgl. § 2 Abs. 1 SGB XII). Die Sozialhilfe soll vorübergehende Hilfe zur Selbsthilfe bieten mit dem Ziel, die Notlage aufgrund aktiver Mitwirkung des Leistungsberechtigten möglichst schnell zu beseitigen. Daher muss der Hilfebedürftige gem. § 90 Abs. 1 SGB XII **grundsätzlich sämtliche Vermögensgegenstände verwerten**.

Das Nachrang- oder Subsidiaritätsprinzip gilt gem. §§ 2, 3 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 3 i. V. m. § 9 Abs. 1 SGB II **auch im Recht der Grundsicherung für Arbeitssuchende** („Hartz IV“). § 12 Abs. 1 SGB II bestimmt entsprechend, dass alle verwertbaren Vermögensgegenstände bei Bemessung der Grundsicherung für Arbeitssuchende zu berücksichtigen sind.

Zum Vermögen des Erwerbers und potenziell Leistungsberechtigten würde nach der Grundstücksübertragung auch das Grundstück gehören. Damit stellt sich die Frage, ob der Erwerber nach der Übertragung zur Verwertung des Grundstücks verpflichtet wäre, bevor er Sozialleistungen beanspruchen könnte, oder ob ihm zumindest eine spätere Verwertung obläge mit der Folge, dass ihm Sozialleistungen einstweilen nur als Darlehen gewährt würden (vgl. § 91 SGB XII bzw. § 24 Abs. 5 SGB II).

Dies setzt jeweils verwertbares Vermögen im sozialrechtlichen Sinne voraus.

2. Sozialrechtlich verwertbares Vermögen

Sozialrechtlich geschont wird gem. § 90 Abs. 1 SGB XII bzw. § 12 Abs. 1 SGB II das nicht verwertbare Vermögen. Die Unverwertbarkeit kann sich hierbei aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ergeben.

Rechtlich verwertbar ist Vermögen, wenn es sich verbrauchen, übertragen und belasten lässt. Unverwertbarkeit ist demnach insbesondere anzunehmen, wenn der Inhaber des Vermögens in der Verfügung beschränkt ist und die Aufhebung der Beschränkung nicht erreichen kann (BSG ZEV 2008, 542, 543 Tz. 11 = MittBayNot 2008, 239; MittBayNot 2013, 174, 175 f. = ZEV 2013, 97 – jew. zu § 12 Abs. 1 SGB II).

In **tatsächlicher Hinsicht** setzt die Verwertbarkeit voraus, dass die Verwertung für den Betroffenen einen Ertrag bringt, mit dem er – wenn auch nur kurzzeitig – seinen Lebensunterhalt bestreiten kann. Tatsächlich nicht verwertbar sind daher Vermögensgegenstände, für die in absehbarer Zeit kein Käufer zu finden ist, etwa weil Gegenstände dieser Art nicht (mehr) marktgängig sind oder weil sie, wie Grundstücke infolge sinkender Immobilienpreise, über den Marktwert hinaus belastet sind (BSG MittBayNot 2008, 239, 240; BSG MittBayNot 2013, 174, 175 f.).

Eine **Gewährung** der Sozialleistungen **als Darlehen** (vgl. § 91 SGB XII bzw. § 24 Abs. 5 SGB II) ist gerade für den Fall vorgesehen, dass Vermögen **nicht sofort verbrauchbar oder verwertbar** oder dies nicht zumutbar ist. Doch auch dann muss das Vermögen, damit es überhaupt zulasten des Leistungsberechtigten berücksichtigt werden kann, **generell sozialrechtlich verwertbar**, also gem. § 90 Abs. 1 SGB XII einzusetzen bzw. gem. § 12 Abs. 1 SGB II zu berücksichtigen sein. Maßgebender Beurteilungszeitpunkt ist grundsätzlich der Zeitpunkt, in dem die Darlehensgewährung erfolgen soll (BSG MittBayNot 2008, 239, 240 f. im Anschluss an BVerwGE 106, 105, 111 = NJW 1998, 1879, 1881). Bereits der generellen Verwertbarkeit steht es entgegen, wenn in diesem Zeitpunkt bis auf Weiteres nicht absehbar ist, ob und wann der Leistungsberechtigte aus dem betroffenen Vermögen einen wirtschaftlichen Nutzen ziehen kann, wenn also völlig ungewiss ist, wann eine für die Verwertbarkeit notwendige Bedingung eintritt, etwa weil die Verwertbarkeit vom Tod einer Person abhängt (BSG MittBayNot 2008, 239, 241; ZEV 2009, 403, 404 Tz. 22). Für die Prognose, dass ein rechtliches oder tatsächliches Verwertungshindernis wegfällt, ist im Regelfall der Bewilligungszeitraum zugrunde zu legen, der beim Arbeitslosengeld II gem. § 41 Abs. 1 S. 4 u. 5 SGB II normalerweise sechs, ggf. bis zwölf Monate beträgt (BSG ZEV 2009, 403, 404 Tz. 23); unberührt bleibt die Obliegenheit, mögliche Verwertungsbemühungen während des Bewilligungszeitraums fortzusetzen, vgl. § 31

Abs. 2 Nr. 2 SGB II n. F. (BSG ZEV 2009, 403, 404 f. Tz. 24). Bei unbefristet bewilligten Leistungen soll die Verwertbarkeit ohne zeitliche Einschränkung zu berücksichtigen sein (SG Aachen MittBayNot 2013, 419, 421). Ist – etwa aufgrund der zeitlichen Komponente – die sozialrechtliche Verwertbarkeit generell zu verneinen, kommt eine Gewährung der Sozialleistung als Darlehen nicht in Betracht, sondern nur als „verlorener Zuschuss“.

3. Unverwertbarkeit wegen Nießbrauch?

In Bezug auf ein Erbbaurecht des Leistungsberechtigten, das mit einem lebenslangen Nießbrauch belastet war, hatte das **BSG** in der bereits angeführten Entscheidung von **2007** wörtlich ausgeführt (MittBayNot 2008, 239, 241):

Verwertbarkeit von Vermögen [...] kann nur dann angenommen werden, wenn der Berechtigte in der Lage ist, die Verwertung innerhalb einer bei Antragstellung feststehenden Zeitspanne durch eigenes Handeln – autonom – herbeizuführen. Ist dagegen völlig ungewiss, wann eine für die Verwertbarkeit notwendige Bedingung eintritt, wie dies hier in Bezug auf das Ableben der M der Fall ist, so liegt eine generelle Unverwertbarkeit [...] vor.“

Diese Aussage verstand man in der Literatur und instanzgerichtlichen Rechtsprechung teilweise in dem Sinne, dass ein lebenslanger Nießbrauch oder ein lebenslanges Wohnungsrecht die Verwertbarkeit aufseiten des Eigentümers oder Erbbauberechtigten gem. § 12 Abs. 1 SGB II generell ausschliesse (vgl. Litzenburger, FD-ErbR 2008, 257026; ders., ZEV 2013, 98; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 3. Aufl. 2012, Rn. 435 f., einschränkend aber Rn. 438).

Nachdem das LSG Schleswig-Holstein (ZFSH/SGB 2009, 297) dem nicht gefolgt war, hat das **BSG** seinen Rechtsstandpunkt in einer Entscheidung von **2013** klargestellt (MittBayNot 2013, 174, 176). Der Senat wies darauf hin, dass er in der Entscheidung von 2007 an die tatsächlichen Feststellungen des LSG gebunden gewesen sei (§ 163 SGG), wonach das Erbbaurecht wegen des Nießbrauchs gegenwärtig tatsächlich nicht verwertbar gewesen sei. Ausgehend von dieser tatsächlichen Feststellung habe der Senat sich nur noch zur zeitlichen Komponente der Nichtverwertbarkeit geäußert und die Absehbarkeit einer Vermögensverwertung verneint, wenn diese vom Eintritt eines ungewissen Ereignisses wie dem Tod einer Person abhängt. Weiter führte das BSG aus (MittBayNot 2013, 174, 176):

„Abgesehen von den grundsätzlichen Unterschieden zwischen einem Erbbaurecht, wie in jenem Verfahren, und Eigentum, wie im vorliegenden, kann aus jener Entscheidung nicht abgeleitet werden, dass jedes (Haus-) Grundstück, das mit einem Nießbrauch oder Wohnrecht belastet ist, nicht nach § 12 Abs. 1 SGB II verwertbar sei. Vielmehr ist im jeweiligen Einzelfall zu prüfen, ob es eine Verwertungsmöglichkeit gibt (vgl. zu einer Beleihung als Verwertungsmöglichkeit bei einem Hausgrundstück schon [...] BSGE 98, 243 [...]).“

Somit ist davon auszugehen, dass die **Belastung mit einem Nießbrauch als solche die Verwertbarkeit des Grundbesitzes nicht generell ausschließt**. Eine rechtliche Unverwertbarkeit ist ohnehin nicht gegeben, weil die (nachrangige) Belastung oder Veräußerung rechtlich möglich und zulässig bleibt. Für eine tatsächliche Unverwertbarkeit kommt es auf die **(Markt-)Verhältnisse im Einzelfall** an.

Sollte die Verwertung innerhalb des aufgezeigten Prognosezeitraums allerdings aufgrund der (Markt-)Verhältnisse im Einzelfall tatsächlich nicht möglich sein, wäre von genereller Unverwertbarkeit auszugehen, ohne dass dem der spätere – seinem Zeitpunkt nach ungewisse – Wegfall des Nießbrauchs entgegenghalten werden könnte.

4. Unverwertbarkeit wegen Rückforderungsrecht?

Bei einem Rückforderungsrecht, das u. a. durch die **Belastung oder Veräußerung des Grundbesitzes ohne Zustimmung des Rückforderungsberechtigten** ausgelöst wird, stellt sich die Situation anders dar, denn ein wirksames Rückforderungsrecht bildet – erst recht bei Sicherung durch Vormerkung – bereits ein **gegenwärtiges rechtliches oder zumindest tatsächliches Hindernis für die Verwertung** durch Belastung oder Veräußerung des Grundbesitzes. Eine Entscheidung des BSG hierzu liegt – soweit ersichtlich – noch nicht vor.

a) Überwiegende Ansicht der Rspr.

Die Rechtsprechung der Obergerichte deutet jedoch darauf hin, dass ein solches Rückforderungsrecht – sogar ohne Rücksicht auf die Sicherung durch Vormerkung – der sozialrechtlichen Verwertbarkeit generell entgegensteht.

Das **LSG Nordrhein-Westfalen** (BeckRS 2008, 50560) hat die Verwertbarkeit i. S. d. § 12 Abs. 1 SGB II bei Grundbesitz verneint, der mit einem Nießbrauch belastet und für den ein **schuldrechtliches Verfügungsverbot** vereinbart war. In Verbindung damit war – wie üblich – ein Rückforderungsrecht vereinbart, das durch Vormerkung gesichert werden sollte. Das LSG **verneinte** die **Verwertbarkeit** hinsichtlich der Eigennutzung mit Blick auf den Nießbrauch und hinsichtlich der Veräußerung oder Belastung allein mit Blick auf das schuldrechtliche Verfügungsverbot gem. § 137 S. 2 BGB und die dadurch ggf. eintretenden Rechtsfolgen (Rückforderung, Schadensersatz); auf die Vormerkung ging es nicht ein. Unter Hinweis darauf, dass derartige Regelungen im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge üblich und sachgerecht seien, sah das LSG auch **keine Sittenwidrigkeit** gem. § 138 Abs. 1 BGB gegeben. Dass Rückforderungsrecht und Nießbrauch zu einem späteren Zeitpunkt entfallen würden, hielt das LSG – im Einklang mit der oben angeführten Rechtsprechung des BSG – wegen Ungewissheit des maßgeblichen (Todes-)Zeitpunkts der Berechtigten für unerheblich (vgl. auch Krauß, Rn. 437).

Ebenfalls zur Unverwertbarkeit gelangte das **LSG Bayern** (BeckRS 2012, 67746). Es ging um einen **vormerkungsgesicherten Rückübertragungsanspruch des Übertragenden**, den dieser geltend machen konnte, sofern ohne seine Zustimmung über den Grundbesitz verfügt wurde. Dabei stellte das LSG maßgeblich auf die Wirkungen der Vormerkung ab und leitete daraus die tatsächliche Unverwertbarkeit infolge Rückforderung her. **Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB verneinte** das LSG: Dem Recht der Sozialhilfe und der Grundsicherung sei kein Grundsatz zu entnehmen, dass einem Leistungsempfänger Familienvermögen zur Verfügung zu stellen sei, um einen Leistungsträger zu entlasten. Die Geltendmachung eines durch Vormerkung gesicherten Rückforderungsanspruchs des Schenkers sei **allenfalls dann ausgeschlossen, wenn dies im Rahmen eines vorwerfbaren Zusammenwirkens des Sozialleistungsempfängers und des Vormerkungsberechtigten** erfolge, um die nachrangige Verpflichtung staatlicher Sozialleistungsträger zu unterlaufen.

Rechtliche Unverwertbarkeit wegen einer **Verfügungsbeschränkung** wird ferner für den Fall angenommen, dass der Erbe **aufgrund** angeordneter **Dauertestamentsvollstreckung** bis zu seinem Tod (oder ggf. seiner Wiederverheiratung) über den Nachlass nicht nur vorübergehend nicht verfügen kann, insbes. beim sog. Behindertentestament (VGH Baden-Württemberg NJW 1993, 152; OVG Sachsen NJW 1997, 2898, 2899; LSG Baden-Württemberg ZEV 2008, 147, 148 = RNotZ 2008, 115; LSG Hamburg FamRZ 2013, 1428).

b) Gegenansicht

Ein abweichender Standpunkt kommt in einer Entscheidung des **VG Gießen** zum Ausdruck (DNotZ 2001, 784, 785).

Danach stellt ein Grundstück, das unter dem Vorbehalt eines lebenslangen Nießbrauchs sowie unter Vereinbarung eines durch Rückkauflassungsvormerkung gesicherten schuldrechtlichen Veräußerungs- und Belastungsverbots übertragen worden ist, rechtlich verwertbares Vermögen des Erwerbers i. S. d. § 90 Abs. 1 SGB XII (= § 88 Abs. 1 BSHG) dar. Das VG Gießen begründete dies im Wesentlichen damit, dass die **Ausübung des vormerkungsgesicherten Anspruchs zu dem Zwecke, die Verwertung des Grundstücks zugunsten des Sozialhilfeträgers zu vereiteln**, in sittenwidriger Weise gegen den Grundsatz des Nachrangs der Sozialhilfe verstoße und damit **gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig** sei. Damit ist ein Vermögensgegenstand, der unter einem (vormerkungsgesicherten) schuldrechtlichen Veräußerungs- und Belastungsverbot erworben wurde, gleichwohl verwertbar. Die Geltendmachung des Rückübertragungsverlangens durch den Veräußerer bei einer vom Sozialhilfeträger erzwungenen Veräußerung oder Belastung (letztere etwa durch dingliche Absicherung der Darlehensgewährung, vgl. § 91 SGB XII) sei wegen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB unbeachtlich, sodass kein Beseitigungsanspruch bestehe.

Die Entscheidung des VG Gießen steht im **Widerspruch zur Rechtsprechung** des LSG Nordrhein-Westfalen und des LSG Bayern. Sie wird überwiegend auch **von der Literatur abgelehnt** (eingehend J. Mayer, DNotZ 2001, 786; Krauß, Rn. 647, 433 f.; ders., MittBayNot 2005, 349, 356; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 917 Fn. 1; zust. aber MünchKommBGB/Armbrüster, 6. Aufl. 2012, § 138 Rn. 45). Sie lässt sich u. E. kaum mit der durchgängigen sozialrechtlichen Rechtsprechung in Einklang bringen, die die Verwertbarkeit des erbrechtlichen Erwerbs unter Dauertestamentsvollstreckung verneint.

c) Inanspruchnahme von Sozialhilfe und/oder Arbeitslosengeld als zulässiger Rückforderungsgrund?

Vorliegend soll das Rückübertragungsrecht nicht nur an ein Verfügungsverbot (insbesondere Veräußerung und Belastung ohne Zustimmung der Übergeberin) anknüpfen, sondern auch an die Inanspruchnahme von Sozialhilfe und/oder Arbeitslosengeld II.

Der Rückforderungsberechtigte könnte die Rückforderung also mit der Beantragung oder jedenfalls der erstmaligen Erlangung von Sozialleistungen verlangen. In diesem Fall stünde dem Leistungsberechtigten grundsätzlich kein verwertbares Vermögen mehr zur Verfügung.

Fraglich ist jedoch, **ob** der Rückforderungsgrund „Inanspruchnahme von Sozialhilfe und/oder Arbeitslosengeld“

wegen Sittenwidrigkeit **gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig** ist. Die Frage ist als offen anzusehen. Gegen die Sittenwidrigkeit ließe sich anführen, dass es – wie es das LSG Bayern (BeckRS 2012, 67746) formuliert hat – kein sozialrechtliches Gebot gibt, einem Leistungsempfänger Familienvermögen zur Verfügung zu stellen, um einen Leistungsträger zu entlasten.

Anders als ein allgemeines Veräußerungs- und Belastungsverbot ist eine solche Klausel aber schon nach ihrer inhaltlichen Gestaltung und damit nach ihrem Zweck speziell gegen den Sozialleistungserbringer gerichtet, nämlich gegen eine Verwertung zugunsten des Sozialleistungsbeziehers. Sie ist auch nicht ebenso üblich wie ein allgemeines Veräußerungs- und Belastungsverbot, das schon durch das Interesse, als Nießbraucher keinem familienfremden Dritten gegenüberzustehen, sittlich gerechtfertigt erscheint. Insgesamt dürfte das **Risiko der Sittenwidrigkeit somit höher** einzuschätzen sein als bei einem allgemeinen Veräußerungs- und Belastungsverbot.

Im Fall der Sittenwidrigkeit könnte die Rückforderung nicht geltend gemacht werden, der generellen Verwertbarkeit stünde dieses Recht dann nicht entgegen.

In diesem Zusammenhang ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass ein **Rückforderungsrecht** wegen einer **Veräußerung oder Belastung** zumindest nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur wirksam ist und bereits zur **Unverwertbarkeit** des Vermögens beim Sozialleistungsbezieher führt, ohne dass es einer Rückauffassung an den Veräußerer bedürfte. Bei Vorbehalt eines **Nießbrauchs** lässt sich dagegen nicht ausschließen, dass das Grundstück verwertbares Vermögen darstellt.

BGB § 2333 Abs. 1 Nr. 4; StGB §§ 53, 54, 56 Entziehung des Pflichtteils wegen vorsätzlicher Straftat; Verurteilung auf Bewährung und anschließender Widerruf der Bewährung; Aussetzung einer Gesamtfreiheitsstrafe

I. Sachverhalt

E möchte seinem Adoptivsohn S den Pflichtteil entziehen. S wurde wegen Diebstahls in sieben Fällen und versuchten Diebstahls zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt. Im Urteil heißt es, dass bei den vollendeten Taten eine Freiheitsstrafe von vier Monaten angemessen sei und bei der versuchten Tat eine Freiheitsstrafe von zwei Monaten. Die Strafe war zur Bewährung ausgesetzt. Weil S die Auflagen nicht erfüllte, wurde die Bewährung widerrufen. Wegen guter Führung entließ man S nach der Hälfte der Zeit aus der Strafhaft.

II. Fragen

1. Ist § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB bei einer Verurteilung auf Bewährung anwendbar?

2. Falls ja: Genügt die Aussetzung einer Gesamtfreiheitsstrafe als Entziehungsgrund, wenn für die einzelnen Taten Freiheitsstrafen von jeweils weniger als einem Jahr verhängt worden sind?

III. Zur Rechtslage

1. Haftstrafe auf Bewährung als Anwendungsfall des § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB?

a) Gem. § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB kann der Erblasser einem Abkömmling den Pflichtteil entziehen, wenn dieser wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung rechtskräftig verurteilt wird und die Teilhabe des Abkömmlings am Nachlass deshalb für den Erblasser unzumutbar ist. Indem er auf eine **Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung** abstellt, knüpft § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB aus Sicht des Gesetzgebers an ein einfach feststellbares objektives Kriterium an (Burandt/Rojahn/G. Müller, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2333 BGB Rn. 41). Dadurch soll insbesondere der Rechtssicherheit gedient sein (Burandt/Rojahn/G. Müller, a. a. O.). Dabei lässt der Gesetzgeber nicht jede Straftat genügen: Vielmehr muss die Straftat **von erheblichem Gewicht** sein und deshalb ein besonders schweres sozialwidriges Fehlverhalten darstellen (vgl. BT-Drucks. 16/8954, S. 24). Dies soll bei einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung gewährleistet sein.

b) **Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut** und der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 16/8954, S. 23 f.) ist die Anordnung einer **Freiheitsstrafe auf Bewährung nicht** von § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB **erfasst**. Der Gesetzgeber hält eine Straftat offenbar nur dann für gewichtig genug, wenn die Freiheitsstrafe ohne Bewährung ausgesetzt ist. Der Bundesrat hatte noch zu bedenken gegeben, dass die Strafaussetzung zur Bewährung allein von der Sozialprognose abhängt, die Höhe der Strafe dagegen vom Unrechtsgehalt der Tat; es sei daher verfassungsrechtlich bedenklich, einem Abkömmling, der zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren mit Bewährung verurteilt worden sei, den Pflichtteil zu belassen, die Entziehung bei einer Freiheitsstrafe von 13 Monaten ohne Bewährung aber zu ermöglichen (BT-Drucks. 16/8954, S. 32; krit. auch Burandt/Rojahn/G. Müller, § 2333 BGB Rn. 46; Hauck, NJW 2010, 903, 904; MünchKommBGB/Lange, 6. Aufl. 2013, § 2333 Rn. 40; Damrau/Riedel, PK-ErbR, 2. Aufl. 2011, § 2333 BGB Rn. 36; J. Mayer, in: J. Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, 3. Aufl. 2013, § 8 Rn. 49). Diesen Bedenken hat der Gesetzgeber nicht Rechnung getragen.

Der klare Wortlaut des § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB lässt keinen Raum für eine abweichende Auslegung. Eine **Bewährungsstrafe** fällt damit nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift und ist **kein Grund für eine Pflichtteilsentziehung**.

2. Widerruf der Bewährung

Möglicherweise gilt jedoch etwas anderes, wenn die Bewährung nachträglich widerrufen wird.

Nach überwiegender Meinung spielt der nachträgliche **Bewährungswiderruf keine Rolle**; es sei nämlich auf den **Zeitpunkt der Urteilsverkündung** abzustellen (MünchKommBGB/Lange, § 2333 Rn. 40; Damrau/Riedel, § 2333 BGB Rn. 33; Frieser/Lindner, FAK-ErbR, 4. Aufl. 2013, § 2333 BGB Rn. 17). Im Übrigen beruhe der Bewährungswiderruf auf einem **weiteren Fehlverhalten**, auf das die Pflichtteilsentziehung nicht gestützt worden sei (MünchKommBGB/Lange, § 2333 Rn. 40). Das letztere Argument dürfte jedoch nur dann verfangen, wenn die Pflichtteilsentziehung – anders als vorliegend – vor dem Bewährungswiderruf erfolgt.

Eine **andere Ansicht** vertritt dagegen *Herzog* (HK-PflichtteilsR, 2010, § 2333 BGB Rn. 41; vgl. auch – ohne nähere Begründung – *Deppenkemper*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB, 9. Aufl. 2014, § 2333 Rn. 6). Ihr zufolge darf die Versagung der Bewährung nicht deshalb zulasten des Erblassers gehen, weil sie nicht auf der ursprünglichen, die Pflichtteilsentziehung auslösenden Verfehlung beruht. Für den Erblasser sei in diesem Fall der Strafmakel und damit die Unzumutbarkeit ebenso gravierend, wie wenn der Pflichtteilsberechtigte ohne Bewährung verurteilt worden wäre; dieser habe nämlich bewiesen, dass er sich nicht bessere. Gerade die Tatsache, dass der Bewährungswiderruf ein **weiteres Fehlverhalten** voraussetzt, **spricht aber gegen eine Gleichsetzung** mit der Verurteilung ohne Bewährung (*MünchKommBGB/Lange*, § 2333 Rn. 40; *Frieser/Lindner*, § 2333 BGB Rn. 17). Denn hierin manifestiert sich ein **anderer Unrechtsgehalt**. Zudem ist zu beachten, dass die subjektiv empfundene Unzumutbarkeit für den Erblasser nur ein Tatbestandselement des § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB darstellt. Das objektiv erforderliche ethisch-moralische Unwerturteil über das ursprüngliche kriminelle Verhalten des Pflichtteilsberechtigten muss als weiteres Element hinzukommen (*Damrau/Riedel*, § 2333 BGB Rn. 33). Dieses liegt beim Bewährungswiderruf aber eben in einem anderen Fehlverhalten des Pflichtteilsberechtigten.

Nach einer **vereinzelt** vertretenen Ansicht soll das weitere widerrufsauslösende Verhalten eine **Pflichtteilsentziehung** ermöglichen, **die sich zusätzlich auf dieses Verhalten stützt** (*Frieser/Lindner*, § 2333 BGB Rn. 17). Dagegen lässt sich einwenden: Es reicht zwar aus, wenn die Straftat im Zeitpunkt der Entziehung begangen ist und eine Verurteilung erst später, u. U. auch erst nach dem Erbfall erfolgt. Dies ändert aber nichts daran, dass ein späterer Bewährungswiderruf keine Aussage über das ursprüngliche Unwerturteil der Straftat trifft. Maßgeblich für eine Pflichtteilsentziehung nach § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB kann jedoch nur die Straftat als solche sein; spätere **Entwicklungen nach der Tat bzw. der Verurteilung** müssen demnach **irrelevant** sein (*Damrau/Riedel*, § 2333 BGB Rn. 33).

Im Ergebnis überzeugen die in der Literatur vertretenen Mindermeinungen nicht. Mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Rechtslage aber unsicher. Die auf einen Bewährungswiderruf gestützte Pflichtteilsentziehung ist damit nicht von vornherein aussichtslos, wenn auch u. E. nicht überzeugend begründet.

3. Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe

Unabhängig vom Bewährungswiderruf ist zu berücksichtigen, dass vorliegend eine Gesamtfreiheitsstrafe gebildet wurde und für die Einzeltaten jeweils Freiheitsstrafen von weniger als einem Jahr verhängt wurden (vgl. dazu *Burandt/Rojahn/G. Müller*, § 2333 BGB Rn. 47). Fraglich ist, ob dies eine ausreichende Verurteilung i. S. d. § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB darstellt.

Unseres Erachtens ist dabei zu bedenken, dass die jeweiligen Einzelstrafen durch die Gesamtstrafenbildung zwar ihre rechtliche Selbständigkeit behalten, jedoch allein die Gesamtstrafe den Urteilstenor und die Grundlage der Vollstreckung und Entscheidung über die Aussetzung zur Bewährung bildet (vgl. *Sternberg-Lieben/Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 54 Rn. 19; *Frister*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paefffen*, StGB, 4. Aufl. 2013, § 54 Rn. 27). Nach dem Sinn und Zweck des § 54 StGB **soll die Gesamtstrafe den Unrechtsgehalt aller Taten nach außen hin verdeutli-**

chen (*MünchKommStGB/v. Heintschel-Heinegg*, 2. Aufl. 2012, § 54 Rn. 4). Daher erscheint es überzeugend, auch im Rahmen des § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB – der ohne nähere Differenzierung lediglich von der „Freiheitsstrafe“ spricht – auf die Gesamtstrafe abzustellen (ebenso *R. Kössinger*, in: *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 4. Aufl. 2011, § 8 Rn. 119; vgl. auch *Erman/Röthel*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 2333 Rn. 14, wonach bei der Einbeziehung fahrlässiger Straftaten eine Pflichtteilsentziehung nur möglich ist, wenn die Einsatzstrafen für die vorsätzlich begangenen Straftaten mindestens ein Jahr betragen; a. A. mit gewichtigen Gründen *Bayer/Koch/Muscheler*, Aktuelle Fragen des Erbrechts, 2010, S. 39, 53).

Der Wortlaut des § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB verlangt zwar die Verurteilung wegen „einer“ Straftat. Dies besagt indes nur, dass eine vorsätzliche Straftat im materiellen Sinne (§ 52 Abs. 1 StGB) zum Strafausspruch geführt haben muss, schließt also eine Verurteilung aufgrund mehrerer vorsätzlicher Straftaten im materiellen Sinne (§ 53 StGB) nicht aus. Es ließe sich allerdings argumentieren, dass nach der Ratio der Norm nur eine Straftat mit einer Einsatzstrafe von einem Jahr einen hinreichend gewichtigen Verstoß begründen und es sich nicht zum Nachteil des Pflichtteilsberechtigten auswirken kann, dass die Straftaten in einem und nicht in mehreren Verfahren abgeurteilt werden. Unseres Erachtens sprechen dennoch die besseren Gründe dafür, zumindest die Gesamtstrafenverurteilung wegen mehrerer vorsätzlicher Taten als ausreichenden Pflichtteilsentziehungsgrund anzusehen. Ein besonders **schwerwiegendes Verhalten** kann **auch in der Begehung mehrerer vorsätzlicher Straftaten** liegen (vgl. *BT-Drucks. 16/8954*, S. 36). Außerdem knüpft § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB an den im Strafausspruch zur Geltung kommenden **Strafmakel** an (vgl. *BT-Drucks.*, a. a. O.); dieser ergibt sich **aus der Gesamtstrafe, nicht aus der Einsatzstrafe**. Für eine Auslegung in diesem Sinne lässt sich schließlich anführen, dass der Gesetzgeber eine einfache und rechts-sichere Typisierung beabsichtigt hat (vgl. *BT-Drucks. 16/8954*, S. 23). Ob auch eine nachträgliche Gesamtstrafe (§ 55 StGB) für eine Pflichtteilsentziehung ausreicht, ist allerdings offen.

4. Ergebnis

Die Rechtslage ist derzeit noch nicht abschließend geklärt. Unseres Erachtens stellt die Gesamtstrafe wegen der vorsätzlichen Diebstähle an sich eine ausreichende Verurteilung i. S. d. § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB dar und rechtfertigt damit die Pflichtteilsentziehung. Da die Strafe aber nur zur Bewährung ausgesetzt wurde, kommt eine Pflichtteilsentziehung im Ergebnis nicht in Betracht. Daran dürfte auch der spätere Bewährungswiderruf nichts ändern.

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 §§ 2032, 2033, 2100, 2111, 2143

Vereinigung sämtlicher Miterbenanteile in der Hand eines Vorerben; Veräußerung von Gesamthandsgegenständen; Wiederaufleben der Gesamthandsgemeinschaft

Abruf-Nr.:

BGB §§ 185, 878; InsO §§ 35, 80, 81

Nachträglich eintretende Verfügungsbeschränkung beim verfügenden Nichtberechtigten; Insolvenz; Verfügungsbefugnis; Genehmigung; zur Insolvenzmasse gehörendes Vermögen

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

ZVG §§ 10 Abs. 1 Nr. 2 u. 4, 28 Abs. 1 S. 1; BGB § 883 Abs. 2; WEG § 16 Abs. 2

Vorrang von Hausgeldansprüchen der Wohnungseigentümergeinschaft ggü. Auflassungsvormerkung; Rangklasse der Auflassungsvormerkung im Verfahren der Zwangsversteigerung; Fortsetzung des Versteigerungsverfahrens trotz Eigentumserwerbs

a) Eine (Auflassungs-)Vormerkung ist im Zwangsversteigerungsverfahren wie ein Recht der Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG zu behandeln.

b) Ansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft, die die Zwangsversteigerung aus der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG betreibt, sind gegenüber einer Auflassungsvormerkung stets vorrangig. Diese ist nicht im geringsten Gebot zu berücksichtigen und erlischt mit dem Zuschlag; erwirbt der Vormerkungsberechtigte nach der Beschlagnahme das Eigentum, ist das Verfahren fortzusetzen und nicht gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 ZVG einzustellen.

BGH, Beschl. v. 9.5.2014 – V ZB 123/13

Problem

Im Rahmen der WEG-Novelle 2007 hob der Gesetzgeber bekanntlich die Rangklassenprivilegierung für sog. Litlohnansprüche auf und setzte an deren Stelle in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG die Privilegierung der Ansprüche aus rückständigen Wohngeldzahlungen. Seither sind Charakter und Rechtsnatur dieser Ansprüche umstritten. Im Jahre 2009 entschied der BGH für das Insolvenzverfahren, dass dem Verband der Wohnungseigentümer im Umfang des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ein Absonderungsrecht zustehe (BGH NJW-RR 2009, 923 Tz. 7; NJW 2011, 3098). Im Jahre 2013 nahm der BGH dann zu dem Meinungsstreit Stellung, ob § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ein dingliches Recht der Wohnungseigentümergeinschaft begründet, und verneinte dies (DNotZ 2014, 115 = DNotI-Report 2013, 165). Die bislang noch offene Frage nach dem **Rangverhältnis zwischen Auflassungsvormerkung und Hausgeldansprüchen** bei Beschlagnahme des Grundstücks im Zwangsversteigerungsverfahren hat der V. Zivilsenat

des BGH jetzt zulasten der Auflassungsvormerkung entschieden.

Der BGH-Entscheidung lag der Sonderfall zugrunde, dass der durch Auflassungsvormerkung gesicherte Eigentumsverschaffungsanspruch nicht erfüllt worden war, d. h., es war nicht zur Umschreibung des Eigentums im Grundbuch gekommen. Die Auflassungsvormerkung war seit dem Jahre 1999 im Grundbuch eingetragen. Die Wohnungseigentümergeinschaft betrieb die Zwangsversteigerung des Grundbesitzes wegen titulierter Wohngeldansprüche aus dem Jahre 2008. Im Oktober 2010 ordnete das Amtsgericht wegen der Wohngeldansprüche die Zwangsversteigerung an. Vor dem Versteigerungstermin teilten die Vormerkungsberechtigten mit, dass die Eigentumsumschreibung auf sie beantragt worden sei. Zur Eigentumsumschreibung kam es bis zum Zuschlagsbeschluss zugunsten des Meistbietenden jedoch nicht mehr. Da die Vormerkung im Zuschlagsbeschluss nicht als bestehenbleibendes Recht aufgeführt war, beschränkten die Vormerkungsberechtigten gegen den Beschluss erfolglos den Beschwerdeweg bis zum BGH.

Entscheidung

1. Der V. Zivilsenat verneint zunächst einen Zuschlagsversagungsgrund gem. § 83 Nr. 5 ZVG, denn die Vormerkungsberechtigten seien nicht Eigentümer geworden und die bloße Vormerkung sei kein Recht, das der Zwangsversteigerung entgegenstehe. Ebenso wenig habe der Zuschlag die Vorschriften über die Feststellung des geringsten Gebots gem. § 83 Nr. 1 ZVG verletzt, denn das Vollstreckungsgericht habe die Vormerkung zu Recht nicht in das geringste Gebot aufgenommen. In seiner Begründung hierzu äußert sich der BGH zunächst generell zur Aufnahme der Vormerkung in das geringste Gebot, geht dann auf die Rangklasse der Auflassungsvormerkung ein und nimmt schließlich Stellung zu etwaigen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG.

2. Nach Ansicht des V. Zivilsenats ist die **Auflassungsvormerkung** im Zwangsversteigerungsverfahren **wie ein eingetragenes Recht zu behandeln** (§§ 9 Nr. 1, 4 ZVG). Gehe die Vormerkung dem Anspruch des (beistrangig betreibenden) Gläubigers vor, sei sie in das geringste Gebot aufzunehmen (§ 44 Abs. 1 ZVG) und bleibe beim Zuschlag bestehen (§ 52 Abs. 1 ZVG). Dies habe zur Folge, dass der Vormerkungsberechtigte den Eigentumserwerb auch gegenüber dem Ersterer weiter durchsetzen könne. Gehe die Vormerkung dagegen dem (beistrangig betreibenden) Gläubiger im Rang nach, sei sie nicht in das geringste Gebot aufzunehmen und erlösche mit dem Zuschlag (§§ 1 Abs. 1, 52 Abs. 1 S. 2 ZVG). Dies wiederum habe zur Folge, dass an die Stelle der Vormerkung der Anspruch auf Wertersatz aus dem Versteigerungserlös trete (§ 92 Abs. 1 ZVG).

3. Innerhalb des Rangklassensystems ordnet der BGH die **Auflassungsvormerkung** der **vierten Rangklasse** zu (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG). Daraus leitet er ab, dass sie stets nachrangig gegenüber Ansprüchen der Wohnungseigentümergeinschaft ist, wenn diese die Zwangsversteigerung aus der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG betreibt. Die Auflassungsvormerkung sei selbst dann nicht im geringsten Gebot zu berücksichtigen, wenn sie – wie vorliegend – bereits vor Entstehung der bevorrechtigten Hausgeldansprüche in das Grundbuch eingetragen worden sei. Der BGH folgt mit diesem Ansatz

der überwiegenden Meinung in der Literatur und erteilt der Gegenmeinung eine Absage, die zumindest dann einen „Vorrang“ der Vormerkung annimmt, wenn die Vormerkung vor der Beschlagnahme entsteht. Der Vorrang der Hausgeldansprüche nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG gegenüber der Aufassungsvormerkung ergebe sich nämlich daraus, dass die Vormerkung der Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG unterfalle.

Am **Nachrang der Vormerkung** ändere weder der schuldrechtliche Charakter der Wohngeldansprüche noch die Vormerkungswirkung nach § 883 Abs. 2 BGB etwas. Denn nicht das Rangklassensystem werde von § 883 Abs. 2 BGB durchbrochen, sondern die Schutzwirkung der Vormerkung werde durch die Spezialregelungen des ZVG modifiziert und eingeschränkt.

Zu einem „Wettlauf“ zwischen Wohnungseigentümergeinschaft und Vormerkungsberechtigten komme es dadurch nicht. Selbst ein Eigentumserwerb des Vormerkungsberechtigten vor Zuschlag in der Zwangsversteigerung führe nicht gem. § 28 Abs. 1 ZVG zur Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens, weil der Eigentumserwerb gem. § 23 Abs. 1 ZVG i. V. m. §§ 135, 136 BGB beschlagnahmewidrig erfolge. Zurückzuführen sei dies auf den gesetzgeberischen Willen, durch die Neufassung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG die Wohnungseigentümergeinschaft im Zwangsversteigerungsverfahren zu privilegieren.

4. Der V. Zivilsenat räumt zwar ein, dass Berechtigten, zu deren Gunsten am 1.7.2007 bereits eine Vormerkung in einem Wohnungseigentumsgrundbuch eingetragen war, durch die Neufassung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ein Rechtsverlust droht. Diese **unechte Rückwirkung** begegne jedoch **keinen verfassungsrechtlichen Bedenken**, denn insofern sei das Bestandsinteresse der Vormerkungsberechtigten gegenüber den schutzwürdigen Interessen der Wohnungseigentümergeinschaft nachrangig. Zum einen sei nämlich der Anspruch der Rangklasse 2 in zeitlicher Hinsicht sowie der Höhe nach begrenzt, zum anderen habe es auch vor dem 1.7.2007 Ansprüche in den Rangklassen 1 bis 3 gegeben, die der Vormerkung vorgegangen seien.

BGB § 1171; FamFG §§ 449, 451 Aufgebotsverfahren bei Briefhypothek; Anforderungen an Glaubhaftmachung; unbekannte Erben

Für die Glaubhaftmachung, dass der Gläubiger im Sinne von § 1171 BGB unbekannt ist, kommt es bei einer Briefhypothek darauf an, ob die möglichen Erben des letzten bekannten Gläubigers den Brief haben oder Auskunft über den Verbleib des Briefes und seines letzten Inhabers geben können, nicht aber darauf, ob ihr Erbrecht nachgewiesen oder nachweisbar ist.

BGH, Beschl. v. 22.5.2014 – V ZB 146/13

Problem

Ist der Gläubiger einer Hypothek *unbekannt*, kann der Grundstückseigentümer ein **Aufgebotsverfahren** entweder nach Ablauf der zehnjährigen Frist des § 1170 BGB

oder durch Hinterlegung nach § 1171 BGB durchführen (§§ 433 ff. FamFG; vgl. ferner § 10 GBBerG; hierzu DNotI-Abfugutachten Nr. 104090 v. 1.3.2011).

Der Antragsteller muss ausreichend **glaubhaft machen, dass der Gläubiger unbekannt** ist (§ 449 FamFG). In seiner Entscheidung vom 22.5.2014 hat der BGH die diesbezüglichen Voraussetzungen im Zusammenhang mit dem Tod des Gläubigers einer **Briefhypothek** präzisiert.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Auf einem Grundstück lastete eine Briefhypothek über 2.500 Goldmark. Der Eigentümer wollte eine Ausschließung des Hypothekengläubigers im Wege des Aufgebots durch Hinterlegung des Nominalbetrags nebst den eingetragenen Zinsen erreichen. Er berief sich darauf, dass der für das Recht erteilte Hypothekenbrief nicht auffindbar sei. Der eingetragene Gläubiger sei inzwischen verstorben. Die Möglichkeiten, die Erben seiner ebenfalls verstorbenen Erben festzustellen, seien erschöpft. Das Beschwerdegericht war der Ansicht, der Eigentümer hätte bei den Erbeserben nachfragen und eine Nachlasspflegschaft beantragen müssen.

Entscheidung

Nach **§ 1171 Abs. 1 S. 1 BGB** kann der **unbekannte Gläubiger** einer Hypothek im Wege des **Aufgebotsverfahrens** mit seinem Recht ausgeschlossen werden, wenn der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung berechtigt ist und den Betrag der Forderung hinterlegt. Nach § 1171 Abs. 1 S. 2 BGB sind außerdem die im Grundbuch eingetragenen Zinsen zu hinterlegen, soweit sie nicht für eine frühere Zeit als das vierte Kalenderjahr vor Rechtskraft des Ausschließungsbeschlusses anfallen.

Unbekannt ist der Gläubiger einer **Hypothek**,

- wenn unklar ist, um wen es sich dabei handelt,
- wenn er verstorben und nicht festzustellen ist, wer ihn beerbt hat oder
- wenn er oder sein möglicher Erbe ihr Recht nicht nachweisen können oder den Nachweis trotz Aufforderung ohne zureichenden Grund in angemessener Zeit nicht erbringen.

Bei einer Briefhypothek kommt es nicht darauf an, wer den Gläubiger beerbt hat und ob dessen Erbrecht nachweisbar oder nachgewiesen ist, da die Hypothek durch schriftliche Erklärung und Übergabe des Briefes an einen Dritten abgetreten worden sein kann (§§ 1153, 1154 BGB). Deshalb ist der **Gläubiger einer Briefhypothek unbekannt**, wenn

- der erteilte Brief unauffindbar und
- der Aufenthalt des letzten bekannten Inhabers unbekannt ist.

Nach Auffassung des BGH genügt es nicht, dass der Inhaber dem Eigentümer unbekannt ist. Vielmehr muss er **schlechthin unbekannt** sein. Dies ist dann der Fall, wenn der **Antragsteller alle naheliegenden und mit zumutbarem Aufwand zu erschließenden Erkenntnisquellen ausgeschöpft** hat, um den Verbleib des Briefes und den Aufenthalt seines letzten Inhabers zu klären.

Zu den auszuschöpfenden Quellen gehört eine **Nachfrage bei Personen, die etwas über den Hypothekenbrief wissen können**. Das mögen die tatsächlichen Erben des Gläubigers, aber auch andere Personen wie etwa Angestellte oder Bekannte des Gläubigers sein. Bei den

möglichen Erben kommt es nicht auf den Nachweis ihres Erbrechts an. Entscheidend ist, ob sie den (Erben-)Besitz am Brief erlangt haben oder wissen, wo sich der Brief befindet oder befinden könnte oder wer ihn zuletzt hatte und wo sich diese Person aufhält.

Die Personen müssen sich mit **zumutbarem Aufwand** ermitteln lassen. Eine **Nachlasspflegschaft** mit dem Ziel, die Erben zu ermitteln, **kann nicht verlangt werden**.

Für den **konkreten Sachverhalt** zieht der BGH daraus folgende Konsequenzen: Der Antragsteller müsse nicht nachweisen, wer die Erbeserben des im Grundbuch eingetragenen Hypothekengläubigers gewesen seien. Allerdings gebe es zwei mögliche Erbeserben, die plausibel für sich in Anspruch nähmen, Erben geworden zu sein (**Erbprätendenten**). Diese hätte der Antragsteller nach dem Verbleib des Briefes und dem letzten bekannten Inhaber **befragen** müssen. Es sei nicht auszuschließen, dass die Erbprätendenten den Brief hätten oder Angaben über seinen letzten Inhaber machen könnten. Sollte die Befragung keine weiteren Erkenntnisse zutage fördern, dürfte – so der BGH – der Gläubiger unbekannt und dies ausreichend glaubhaft gemacht sein.

Praxishinweis

Die Entscheidung betrifft das Hinterlegungsaufgebot bzgl. einer Briefhypothek. Sie dürfte sich aber auf sämtliche Aufgebotsverfahren über Briefrechte bei unbekanntem Erben übertragen lassen.

Literaturhinweise

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