

NOTARASSESSOR JEHANNES TRÖMER, M.A., KÖLN

Vereinbarungen über den dinglichen Inhalt des Nießbrauchs an Grundstücken

Inhaltsübersicht

A. Einführung

B. Nießbrauch und Begleitschuldverhältnis

- I. Zur gesetzlichen Konzeption
- II. Zu den Maßgaben einer Modifikation
 1. Der Ausgangspunkt: Das Wesen des Nießbrauchs
 2. Die materielle Ausfüllung des Typenzwangs
 3. Sachenrechtsinterne Maßstäbe
 4. Streitvermeidung als Maßstab

C. Die Gestaltung des Nießbrauchs

- I. Grundtypen der Gestaltung
 1. Möglichkeiten der Typisierung
 2. Variabler Grundbaustein zum Vorbehaltsnießbrauch
- II. Einzelne Regelungsbereiche
 1. Die Nutzung der Sache
 - a) Gesetzliche Regelung
 - b) Möglichkeiten der Gestaltung
 - aa) Umfang der Nutzung
 - (1) Besitz und Vermietung
 - (2) Nutzung von Gebäudeteilen
 - (3) Entgeltvereinbarung
 - (4) Übermaßfrüchte

bb) Die Überlassung zur Ausübung an Dritte

cc) Haftungsbeschränkung des Nießbrauchers

(1) Der Maßstab des § 277 BGB – einschränkende Rechtsprechung

(2) Alternativgestaltungen

dd) Verkehrssicherungspflicht

2. Die Veränderung der Sache

a) Gesetzliche Regelung

b) Möglichkeiten der Gestaltung: Gebäudeerrichtungsrecht des Nießbrauchers?

3. Die Erhaltung der Sache und die Tragung der Lasten

a) Gesetzliche Regelung

aa) § 1041 BGB

bb) § 1047 BGB

(1) Allgemeines

(2) Öffentliche Lasten

(3) Private Lasten

b) Möglichkeiten der Gestaltung

aa) Entlastung des Nießbrauchers

bb) Belastung des Nießbrauchers

D. Schlussbemerkung

A. Einführung

Der Inhalt des Nießbrauchs an Sachen ist in den §§ 1030-1067 BGB umfassend geregelt. Zur Vereinbarung etwa eines Vorbehaltsnießbrauchs im Rahmen eines Übergabevertrages wäre es demnach grundsätzlich ausreichend, zu vereinbaren, dass der Veräußerer sich den Nießbrauch an dem betreffenden Vertragsobjekt vorbehält und hierfür die gesetzlichen Bestimmungen gelten.

Nicht immer wird allerdings die gesetzliche Regelung den Interessen der Beteiligten entsprechen, so bspw. wenn eine von der gesetzlichen Verteilung abweichende Lastentragung zwischen Eigentümer und Nießbraucher gewünscht ist. Es gilt dann, den Inhalt des Nießbrauchs durch vertragliche Vereinbarung so zu modifizieren, dass die Vorstellungen der Beteiligten – seien diese steuerlich oder zivilrechtlich motiviert – angemessen umgesetzt werden. Dies kann einerseits durch schuldrechtlichen Vertrag zwischen Eigentümer und Nießbraucher geschehen, es können jedoch andererseits auch mit dinglicher Wirkung die gesetzlichen Rechte und Pflichten des Verhältnisses durch Vereinbarung geregelt werden, sofern hierbei nicht von Bestimmungen abgewichen wird, die das Wesen des Nießbrauchs prägen oder die Grenze zwischen Eigentum und Nießbrauch bilden.¹

Es liegt nahe, dass aus Sicht der Vertragsgestaltung nach Möglichkeit die vertragliche Regelung der Rechte und Pflichten zwischen Eigentümer und Nießbraucher so erfolgen soll, dass Veränderungen auf der personalen Ebene

der Vertragschließenden, etwa durch Rechtsnachfolge oder Insolvenz, möglichst keine Veränderungen im Vollzug der vertraglichen Vereinbarungen nach sich ziehen. Dieses Ziel lässt sich allenfalls eingeschränkt erreichen durch Vereinbarung von Weitergabe- und Übernahmeverpflichtungen, effektiv hingegen durch eine Verdinglichung des Rechtsinhalts mit der Folge der absoluten Wirkung dieser Vereinbarung für und gegen Rechtsnachfolger der Vertragschließenden gegenüber der relativen Wirkung einer schuldrechtlichen Modifikation.

Das Bedürfnis nach einer dinglich wirkenden vertraglichen Vereinbarung über den Inhalt des Nießbrauchs steht in einem Spannungsverhältnis zum sachenrechtlichen Grundsatz der Typenfixierung,² der bewirkt, dass solche Vereinbarungen nur zulässig sind, soweit dadurch nicht die begriffswesentlichen Grenzen zwischen Eigentum und Nießbrauch verletzt werden.³ Die Frage, wann diese Grenze überschritten wird, ist jedoch nicht im Sinne einer klaren dogmatisch fundierten Trennlinie entschieden; vielmehr erfolgt die Grenzziehung in der Praxis von Fall zu Fall.

Es sollen daher vorliegend nach der Darstellung theoretischer Ausgangspunkte (Teil B.) die Grundtypen der Gestaltung des Nießbrauchs an Grundstücken und für die notarielle Praxis besonders bedeutsame Konstellationen, in denen Vereinbarungen über den dinglichen Inhalt des Nießbrauchs eine Rolle spielen können, dargestellt und deren Problembereiche erörtert werden (Teil C.).

¹ J. Mayer/Geck, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 11 Rn. 38 mwN.

² Zu den möglichen begrifflichen Differenzierungen zwischen sachenrechtlichem numerus clausus, Typenzwang und Typenfixierung vgl. Kaulbach JuS 2011, 397; Stürner AcP 194 (1994), 265.

³ BGH DNotZ 1986, 23 (24).

B. Nießbrauch und Begleitschuldverhältnis

I. Zur gesetzlichen Konzeption

Die Regelung des Nießbrauchs insgesamt in §§ 1030-1089 BGB ist sehr eingehend.⁴ Für den Nießbrauch an Sachen regeln zunächst die §§ 1030-1033 BGB den Inhalt und die Entstehung des Nießbrauchs und im Anschluss die §§ 1034-1057 BGB insbesondere das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer.⁵ Dieses gesetzliche Schuldverhältnis tritt neben den eigentlichen sachenrechtlichen Gehalt des Nießbrauchs, der nach der Definition *Franks* als das umfassende sachenrechtliche Herrschaftsrecht über den belasteten Gegenstand auf Bezug der Nutzungen ohne Verfügung über die Substanz zusammengefasst werden kann.⁶ Unabhängig davon, ob man das Wesen des Nießbrauchs als eine Teilübertragung von Eigentümerbefugnissen (Abspaltungstheorie)⁷ oder als Beschränkung derselben im Sinne einer Dienstbarkeit (Duldungstheorie)⁸ sieht, ergibt sich, dass der Nießbrauch an Sachen das umfassendste Recht an der Sache ist, außer dem Eigentum selbst.

Wenn demnach das Gesetz durch den Nießbrauch, indem die Nutzung der Sache vom Eigentümer auf einen dinglich Berechtigten verlagert wird, eine Einschränkung der Freiheit des Eigentümers⁹ in umfassender Weise ermöglicht, ist es folgerichtig, dass das sich hieraus ergebende auf Dauer angelegte Verhältnis zwischen Berechtigtem und Eigentümer besonders geregelt wird. Dies geschieht durch das mit dem Nießbrauch verbundene gesetzliche Schuldverhältnis¹⁰ oder Begleitschuldverhältnis, das unmittelbar mit Bestellung des Nießbrauchs entsteht und besteht.¹¹

Nach der Charakterisierung *Amanns* für die Dienstbarkeiten im Allgemeinen lässt sich das Begleitschuldverhältnis durch folgende Merkmale – neben dem schon genannten seiner Entstehung kraft Gesetzes und ohne Beststellungsakt – zusammenfassend beschreiben: Es ist untrennbar verbunden mit dem dinglichen Recht und begründet schuldrechtliche Pflichten zwischen Nießbraucher und Eigentümer, für welche die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts gelten. Für die Erfüllung der sich hieraus ergebenden Pflichten haftet der jeweilige Schuldner mit seinem gesamten Vermögen; eine Sicherung durch Einräumung eines rangwahren Verwertungsrechts erfolgt jedoch nur ausnahmsweise kraft ausdrücklichen Verweises für die Grunddienstbarkeit auf die Vorschriften über die Reallasten in §§ 1021 Abs. 2, 1022 S. 2 BGB.¹²

Die dingliche Wirkung des Begleitschuldverhältnisses liegt nicht darin begründet, dass seine Rechte und Pflichten wie absolute Rechte auch von nicht am Verhältnis beteiligten Dritten beachtet werden müssten, sondern allein darin, dass sie den jeweiligen Eigentümer sowie den jeweiligen Nießbraucher berechtigen und verpflichten,¹³

also auch ohne gesonderten Übernahmetatbestand nicht auf die ursprünglichen Parteien beschränkt sind, vielmehr gegenüber etwaigen Rechtsnachfolgern unverändert weiter wirken. Die Regelungen des Begleitschuldverhältnisses gewähren so Schutz vor Veränderung durch Sukzession, Zwangsversteigerung und Insolvenz.¹⁴

II. Zu den Maßgaben einer Modifikation

1. Der Ausgangspunkt: Das Wesen des Nießbrauchs

Eine inhaltliche Gestaltung des Nießbrauchs findet statt, wo von den gesetzlichen Regelungen abweichende Vereinbarungen getroffen werden. Von vornherein keiner Vereinbarung zugänglich sind die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Normen, welche die Entstehung und Beendigung des Nießbrauchs regeln, außerdem diejenigen Bestimmungen, die den gesetzlichen Typus des Nießbrauchs ausmachen, wozu jedenfalls das fehlende Verfügungsrecht des Nießbrauchers und die Unübertragbarkeit des Nießbrauchs zählen.¹⁵

Die Regelungen über das zwischen Eigentümer und Nießbraucher bestehende Begleitschuldverhältnis hingegen sind grundsätzlich einer Vereinbarung zugänglich. Sind vertragliche Vereinbarungen möglich, so benötigen die Vertragsparteien Kriterien, an denen die Zulässigkeit von Vereinbarungen gemessen werden kann. Dies folgt für die notarielle Praxis schon daraus, dass die inhaltliche Gestaltung des Nießbrauchs gem. § 874 BGB durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zum Grundbuchinhalt gemacht wird und damit der Prüfung durch das Grundbuchamt unterliegt: Hält das Grundbuchamt die Vereinbarung für unzulässig, so verweigert es die begehrte Eintragung.

Die Rechtsprechung insbesondere des BGH beurteilt die Frage, ob und inwieweit von den Regelungen der §§ 1030 ff. BGB abweichende Vereinbarungen zum dinglichen Inhalt des Nießbrauchs gemacht werden können, im Allgemeinen nach den Kriterien der Vereinbarkeit mit dem Wesen des Nießbrauchs und der Grenze zwischen Eigentum und Nießbrauch.¹⁶ Eine Verletzung der begriffswesentlichen Grenze zwischen Eigentum und Nießbrauch wird jedenfalls dann als gegeben angesehen, wenn der Grundsatz der Erhaltung der Substanz der belasteten Sache verletzt oder wenn eine Leistungspflicht des Eigentümers als Inhalt des Rechts vereinbart würde.¹⁷ Die Antwort auf die Frage, wo konkret diese Grenze zu ziehen ist, bleibt im Übrigen der Entscheidung im Einzelfall vorbehalten.

2. Die materielle Ausfüllung des Typenzwangs

Schön kritisiert in seiner umfassenden Monographie zum „Nießbrauch an Sachen“ die Unbestimmtheit der von Rechtsprechung und herrschender Literatur angewandten Kriterien und erblickt in der Abgrenzung über das Merkmal des Wesens des Nießbrauchs gar einen Zirkel-

4 Staudinger/*Frank* Vorb. §§ 1030 ff. Rn. 1.

5 MüKoBGB/*Pohlmann* § 1030 Rn. 1.

6 Staudinger/*Frank* Vorb. §§ 1030 ff. Rn. 5.

7 *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 60 I Rn. 1, 8; zur Abspaltungstheorie vgl. auch *Heß* AcP 197 (1997), 489 (492).

8 Staudinger/*Frank* Vorb. §§ 1030 ff. Rn. 5.

9 So zur Dienstbarkeit im Allgemeinen *Stürmer* AcP 194 (1994), 265.

10 Staudinger/*Frank* Vorb. §§ 1030 ff. Rn. 6.

11 *Amann* DNotZ 1989, 531 (534).

12 *Amann* DNotZ 1989, 531 (534 f.).

13 *Amann* DNotZ 1989, 531 (535).

14 *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, 241.

15 *Frank* DNotZ 2006, 473; Staudinger/*Frank* Vorb. §§ 1030 ff. Rn. 8 ff.; MüKoBGB/*Pohlmann* Vor § 1030 Rn. 19; jeweils mit einer Übersicht über die Disponibilität der einzelnen Normen.

16 BGH DNotZ 1986, 23; NJW 1982, 31.

17 Staudinger/*Frank* Vorb. §§ 1030 ff. Rn. 12.

schluss.¹⁸ Ausgehend von einem „materielle[n] Verständnis des numerus clausus und Typenzwangs“¹⁹ unternimmt *Schön* den Versuch, inhaltliche Kriterien dafür zu entwickeln, welche Normen der §§ 1030 ff. BGB zwingend und welche insbesondere hinsichtlich des Begleit-schuldverhältnisses disponibel sind. Das materielle Verständnis der sachenrechtlichen Grundsätze des numerus clausus und Typenzwangs soll demnach darin bestehen, dass hiermit eine „Verdinglichung von kollektiv als sinnvoll anerkannten Strukturen“ verfolgt werde.²⁰ Die Ausgestaltung dinglicher Rechte sei daran zu messen, dass die vom Gesetz vorgegebene Struktur der Rechte nicht durch individuelle Regelungen überlagert werde, die nur aus der Interessenlage der Beteiligten verständlich sind; es dürften die subjektiven Zwecke der ursprünglichen Parteien einem Dritten, etwa einem Erwerber der Sache, nicht in „unzumutbarer Weise“ aufgedrängt werden, vielmehr sei eine „akzeptable Gestaltung“ des Rechtsverhältnisses im Hinblick auf die Stellung des Dritten erforderlich.²¹

Bereits dieser kurze Aufriss des Ansatzes zeigt, dass auch er nicht ohne die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auskommt. Das grundlegende Problem der Überlegungen *Schöns* liegt jedoch weniger in der Unbestimmtheit von Begriffen, sondern darin, dass in den Grundsatz der Typenfixierung Wertungen eingelegt werden, die ihm grundsätzlich fremd sind. Im allgemeinen Verständnis dient die Typenfixierung nicht dem Schutz der Interessen Dritter oder der Allgemeinheit, sondern primär der Rechtsklarheit.²² Nach Auffassung *Schöns* beruht die Typenfixierung „auf dem Interesse der Allgemeinheit an einer ökonomisch sinnvollen Ausgestaltung der dinglichen Rechte“, woraus folge, dass der Inhalt eines dinglichen Rechts insoweit nicht privatautonom gestaltet werden dürfe, sowie ein Interesse der Allgemeinheit an einer bestimmten Ausgestaltung bestehe.²³

Ganz unabhängig von der Frage, ob diese Allgemeininteressen handhabbare Maßstäbe bieten oder nicht vielmehr ihrerseits wieder eines Maßstabs bedürfen und das Problem damit lediglich verlagern, ist die Orientierung der Gestaltung dinglicher Rechte an solchen Interessen auch grundsätzlich in Frage zu stellen. Denn soziale Funktion des Sachenrechts ist es nicht, privatautonom getroffene Entscheidungen inhaltlich möglichst umfassend vorzugeben,²⁴ sondern diese in ein gesetzlich vorgegebenes formales Konzept zu fassen und damit zu strukturieren. Dies gilt umso mehr, wenn die Kriterien, nach denen die inhaltliche Vorgabe erfolgen soll, ihrerseits unbestimmt sind und der Ausfüllung und Legitimation bedürfen.

Die durch die Typen des Sachenrechts vorgegebene Struktur korrespondiert mit der Einrichtung des Grundbuchs als mit öffentlichem Glauben versehenen Register, da durch Bezugnahme (§ 874 BGB) der durch das jeweils betreffende sachenrechtliche Institut vorstrukturierte Regelungssachverhalt zum Inhalt des Grundbuchs gemacht werden kann. Mit anderen Worten leistet die

Typenfixierung eine Reduktion der Komplexität des zwischen den Parteien individuell ausgehandelten dinglichen Vertrages und ermöglicht es damit erst, diesen zur Grundlage einer Eintragung in das Grundbuch zu machen. Entscheidend für die Frage, welche Vereinbarung über den Inhalt eines dinglichen Rechts unter der Maßgabe der Typenfixierung zulässig ist, ist damit nicht das Interesse der Allgemeinheit, bestimmte Gestaltungen aus dem Gesichtspunkt einer „ökonomisch sinnvollen Ausgestaltung“²⁵ zu vermeiden, sondern die Funktion des Sachenrechts, durch verbindliche Vorgabe von Regelungstypen Vorhersehbarkeit²⁶ oder Erwartbarkeit hinsichtlich des Inhalts eines dinglichen Rechts zu schaffen. Das dingliche Recht als absolutes Recht soll für jeden, der sich – als Vertragsbeteiligter oder als Dritter – mit ihm konfrontiert sieht, in Ausgestaltung und Folgen vorhersehbar und nicht überraschend sein. In der Terminologie des Grundbuchwesens geht es hierbei um die „Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs“, ökonomisch gesprochen handelt es sich um die Verringerung von Transaktionskosten durch Beseitigung von Informationsasymmetrien.

Auf der Ebene des Grundbuchverkehrs bedeutet dies, dass die Eintragungsbewilligung eines Nießbrauchs den entsprechenden Grundbucheintrag eben als Nießbrauch nur deckt und die Eintragung in das Grundbuch überhaupt nur vorgenommen werden darf, wenn die der Bewilligung zugrundeliegende Vereinbarung sich innerhalb des gesetzlichen Konzepts des Nießbrauchs bewegt.

Liegt hierin nun gerade der von *Schön* kritisierte Zirkelschluss, indem das Wesen des Nießbrauchs das sein soll, was sich aus der Gesamtheit der Rechtssätze dieses Instituts ergibt?²⁷ Dies mag als Zirkelschluss charakterisiert werden, es kann sich jedoch auch um einen – wenig überraschenden – Fall der Selbstreferenz²⁸ handeln: Das Wesen des Nießbrauchs ist das, was das Rechtssystem – und eben nicht etwa das Wirtschaftssystem – als solches definiert. Gerade im Bereich des Sachenrechts als einer eher statischen Rechtsmaterie²⁹ ist diese Selbstreferenz auch funktional, denn die Übertragung von externen Wertungen wie „Interesse der Allgemeinheit an einer bestimmten Ausgestaltung des dinglichen Rechts“³⁰ oder „des gesamtwirtschaftlichen Interesses an einer optimalen Nutzung der Lebensgüter“³¹ in die Begriffe des Sachenrechts erbringt keine Steigerung der Leistungsfähigkeit des sachenrechtlichen Regelungssystems, sondern vermindert die Präzision der dort verwendeten Begriffe.

Dass hiermit eine Kopplung zwischen etwa Wirtschafts- und Rechtssystem im Sinne des Einfließens ökonomischer Annahmen oder empirischer Erkenntnisse in rechtliche Auslegungen keineswegs ausgeschlossen ist, versteht sich von selbst; sie ist im Zivilrecht in Theorie und Praxis ohnehin ein alltäglicher Vorgang. Nur kann dies nicht im Wege der begrifflichen Übernahme ökonomischer Wertungen als Leitlinie rechtlichen Handelns geschehen, sondern bedürfte der differenzierten Umsetzung in rechtliche Begriffe.

18 *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, 243.

19 *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, 248.

20 *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, 248.

21 *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, 252.

22 *Stürmer* AcP 194 (1994), 265 (281).

23 *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, 253.

24 *Stürmer* AcP 194 (1994), 265 (282), spricht von einer „inhaltliche[n] Bevormundung der Parteien auf sachenrechtlicher Ebene“.

25 *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, 253.

26 *Stürmer* AcP 194 (1994), 265 (281).

27 Vgl. *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, 243, Fn. 14.

28 Zum Begriff der Selbstreferenz vgl. etwa *Baraldi/Corsi/Esposito*, Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme, 1997, 163.

29 *MüKoBGB/Gaier* Einl. Sachenrecht Rn. 24.

30 *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, 253.

31 *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, 254.

3. Sachenrechtsinterne Maßstäbe

Vermag die allgemeinwohlorientierte Inhaltskontrolle mit ihren externen Wertungen demnach keine verlässlichen Maßstäbe für eine Abgrenzung der zulässigen von den unzulässigen Vereinbarungen über den dinglichen Inhalt eines Rechts bereitzustellen, so liegt es nahe, im Sachenrecht selbst nach Maßstäben zu suchen, die diesbezüglich Orientierung schaffen.

Ein Ansatzpunkt hierfür kann zunächst die Differenzierung *Stürners* sein, ob die Vereinbarung dem Recht einen zusätzlichen im Gesetz nicht vorgesehenen dinglichen Gehalt verschaffen soll oder ob es um die Abänderung einer positivgesetzlichen Regelung geht.³² Solche Vereinbarungen, die zusätzlich zu den im Gesetz vorgefundenen Regelungen dem dinglichen Recht weitere Inhalte hinzufügen sollen, wären dann unzulässig, wohingegen Änderungen dinglicher Inhalte, die das Gesetz selbst vorsieht, eher zulässig wären.³³ Dieser Ansatz lässt sich mit folgender Überlegung begründen und fortführen: Wenn das Gesetz den Typus eines dinglichen Rechts festlegt, dann gehört zu diesem nur das, was tatsächlich im Gesetz positiv niedergelegt ist. Regelungen, die keinen Bezugspunkt im Gesetz haben, gehören von vornherein dem jeweiligen Typus nicht an und sind daher mit dinglicher Wirkung nicht möglich. Modifizierende Regelungen hingegen, die einen gesetzlichen Anknüpfungspunkt aufweisen, sind grundsätzlich zulässig, da im Gesetz selbst die Entscheidung vorgegeben ist, den fraglichen Punkt zu regeln; ob diese Regelung dann die normativ-abstrakt vorgegebene oder eine vertraglich-individuell ausgehandelte sein soll, ist eine Folgefrage. Diese ist wiederum zu beantworten insbesondere nach Maßgabe der Erwartbarkeit, welche die beabsichtigte vertragliche Modifikation aufweist.

Als Kriterium innerhalb des Sachenrechts, das Orientierung bei der Gestaltung des dinglichen Inhalts der Dienstbarkeit schaffen soll, hat *Heß* eine Inhaltskontrolle des ausgestalteten dinglichen Rechts vorgeschlagen.³⁴ Der Ausgangspunkt dieses Ansatz in der AGB-rechtlichen Kontrolle und nach dem Maßstab von Treu und Glauben³⁵ erscheint zunächst unbestimmt und dem Sachenrecht fremd; von Interesse ist daher, womit die Inhaltskontrolle ausgefüllt werden soll. Leitbild der Ausgestaltung dinglicher Nutzungsrechte sollen insoweit die vergleichbaren Sachenrechte sein, namentlich das Erbbaurecht und das Wohnungseigentum.³⁶ Das Begleitschuldverhältnis der Dienstbarkeit gleiche demnach systematisch dem gestaltbaren Rechtsinhalt von Erbbaurecht und Wohnungseigentum.³⁷ Für das Erbbaurecht seien das Binnenverhältnis, als vertragsmäßiger Inhalt iSd § 2 ErbbauRG, und die daraus folgende Ausgestaltungsbefugnis von besonderer Bedeutung, da diese Gestaltung mit dinglicher Wirkung das Erbbaurecht verkehrsfähiger mache.³⁸

Folgt man *Heß* in der Annahme, die fehlende dingliche Ausgestaltbarkeit des Erbbaurechts nach den §§ 1012 ff. des BGB von 1900 habe dessen Verkehrsfähigkeit behindert, so hilft dies zwar für eine Ausfüllung des dinglichen Inhalts des Nießbrauchs nicht unmittelbar weiter. Dieses

Beispiel zeigt jedoch, dass ein einschränkender Blickwinkel auf die Möglichkeit einer vertraglichen Ausgestaltung des dinglichen Rechtsinhalts im Allgemeinen dazu führen kann, dass die praktische Verwendbarkeit des Rechtsinstituts beeinträchtigt wird. Denn die gesetzliche Konzeption reagiert auf Veränderungen der Bedürfnisse der am Rechtsverhältnis Beteiligten statisch, während die vertragliche Praxis flexibel ist und für neu entstehende tatsächliche Konstellationen bald angemessene Regelungen bereitstellt. Ein restriktives Verständnis der Gestaltbarkeit führte damit letztlich nicht dazu, dass das betreffende dingliche Recht in der Reinform des gesetzlichen Leitbildes verwendet wird, sondern dazu, dass es nicht mehr verwendet und auf Hilfskonstruktionen ausgewichen wird.

Hiermit wäre jedenfalls eine Begründung für die Relevanz der Existenz des Begleitschuldverhältnisses an sich gegeben und die grundsätzliche Bedeutung der Möglichkeit einer Modifikation unterstrichen. Konkrete Maßstäbe für die Gestaltung der dinglichen Abreden leitet *Heß* etwa aus dem Umstand ab, dass die Verdinglichung von Entgeltpflichten der Reallast vorbehalten und damit im Rahmen von Dienstbarkeiten unzulässig sei;³⁹ dies dürfte im Wesentlichen der grundsätzlich unumstrittenen Regel entsprechen, dass die Pflicht zu einem positiven Tun und insbesondere zur Zahlung nicht Hauptinhalt einer Dienstbarkeit sein kann.⁴⁰ Aus dem Wohnungseigentumsrecht wird das Dauerwohnrecht gem. § 31 WEG herangezogen, um die Vorgaben des § 33 Abs. 4 WEG zum Maßstab der Gestaltung eines Wohnungsrechts gem. § 1093 BGB zu machen.⁴¹ Schließlich soll auch das Gesetzesrecht zum Binnenverhältnis – also zum Begleitschuldverhältnis – des Nießbrauchs als gesetzliches Leitbild verwendet werden.⁴²

Zieht man auf diese Weise die gesetzlichen Regelungen des Begleitschuldverhältnisses als Maßgabe für dessen Gestaltung heran, so dürfte dies jedoch im Ergebnis nichts anderes bedeuten, als nach dem unabdingbaren Kern, dem Wesen des Nießbrauchs zu fragen, so dass der Ansatz einer Inhaltskontrolle anhand gesetzlicher Leitbilder des Sachenrechts für den konkreten Fall des Nießbrauchs letztlich wieder auf die Frage nach dessen Wesen und der begriffswesentlichen Grenzen zurückgeführt wird.

4. Streitvermeidung als Maßstab

Die Praxis der Gestaltung dinglicher Rechtsverhältnisse im Immobiliarsachenrecht, die nicht notwendig, aber doch faktisch *notarielle* Praxis ist, liefert zur Frage der Erwart- oder Vorhersehbarkeit einer Abänderung des dinglichen Inhalts einer Dienstbarkeit einen Beitrag, indem sie für Sachverhalte, die als zwischen den Beteiligten regelungsbedürftig angesehen werden, Vereinbarungen bereitstellt, die mögliche Konflikte zwischen den Parteien des Rechtsverhältnisses vorwegnehmen und in typisierter Form lösen.

Nach *Amann* umfasst der „Typus der Dienstbarkeit und der damit verbundene Erwartungshorizont [...] jedenfalls alle Rechtsfragen, über die in unmittelbarem Zusam-

32 *Stürner* AcP 194 (1994), 265 (281).

33 *Stürner* AcP 194 (1994), 265 (281).

34 *Heß* AcP 197 (1997), 489 (510).

35 So *Heß* AcP 197 (1997), 489 (511).

36 *Heß* AcP 197 (1997), 489 (513).

37 *Heß* AcP 197 (1997), 489 (503).

38 *Heß* AcP 197 (1997), 489 (497 f.).

39 *Heß* AcP 197 (1997), 489 (505).

40 Vgl. etwa *Amann* DNotZ 1986, 578; BeckNotar-HdB/Everts, 6. Aufl. 2015, A.VII., Rn. 31.

41 *Heß* AcP 197 (1997), 489 (513).

42 *Heß* AcP 197 (1997), 489 (513).

menhang mit der Ausübung der Befugnisse, welche die Dienstbarkeit (auch mit Wirkung gegenüber jedermann) verleiht, zwischen dem Dienstbarkeitsverpflichteten und dem Dienstbarkeitsberechtigten Streit entstehen kann“.⁴³

Dieser Ansatz beinhaltet einen Wechsel der Perspektive, indem nicht mehr gefragt wird, was als Regelung abstrakt zulässig sein soll, sondern was unter dem Gesichtspunkt der Streitvermeidung als regelungsbedürftig anzusehen ist. Die Vorhersehbarkeit für einen Rechtsnachfolger ergibt sich dann daraus, dass er damit rechnen muss, dass in Ausübung einer Dienstbarkeit bestimmte typische Problembereiche auftreten, die daher besonders geregelt sind. Die Frage, wie diese Regelung konkret beschaffen ist, ließe sich dann anhand der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung aufklären. Die Perspektive der Konfliktvermeidung als Maßgabe hat mindestens zwei Vorzüge:

In grundsätzlicher Betrachtung verschafft sie der Privatautonomie den ihr auch im Sachenrecht zukommenden Stellenwert. Nicht externe Maßstäbe eines wie auch immer verstandenen Gemeinwohls sind so Maßgabe der dinglichen Vereinbarung der Parteien des Rechtsverhältnisses, sondern deren eigene Bedürfnisse nach Eindeutigkeit in der Vereinbarung und Streitvermeidung.

Weiterhin bietet die Frage nach der konfliktvermeidenden Wirkung einer Vereinbarung die Möglichkeit einer Rückkopplung zwischen dem, was als wesensmäßiger Inhalt einer Dienstbarkeit angesehen wird, und dem, was sich als praktisch funktional erwiesen hat. Denn nur solche Regelungen haben in der (notariellen) Praxis Bestand, die Konflikte durch ihre Vorwegnahme und Regelung nicht erst entstehen lassen oder – im Fall von deren Entstehung trotz Regelung – Vorgaben für deren Lösung bereitstellen. Was sich solchermaßen in der notariellen Praxis etabliert und bewährt hat, ist als Regelung auch erwartbar, so dass die Art und Weise, wie Vereinbarungen ausgestaltet werden, ihrerseits wieder auf den Typus des Nießbrauchs zurückwirken.

C. Die Gestaltung des Nießbrauchs

I. Grundtypen der Gestaltung

1. Möglichkeiten der Typisierung

Der Nießbrauch an Grundstücken tritt in der Rechtspraxis in unterschiedlichen Gestalten auf. Diese lassen sich systematisieren nach dem Anlass der Bestellung des Nießbrauchs und nach dessen Inhalt.⁴⁴ Der Anlass der Bestellung kann der Wechsel des Eigentums an dem zu belastenden Grundstück sein, typischerweise als vorweggenommene Erbfolge. Die zu dieser Konstellation gehörende Kategorie ist der Vorbehaltsnießbrauch oder Versorgungsnießbrauch, je nachdem ob man für die Terminologie mehr auf die bisherige Eigentümerstellung abstellt, von der sich der veräußernde Eigentümer zumindest das Nutzungsrecht zurückbehält, oder auf den in der Zukunft liegenden Zweck der Übergabe, nämlich die wirtschaftliche Versorgung des Übergebers auf Lebenszeit sicherzustellen. Beim Zuwendungsnießbrauch hingegen wird der Nießbrauch unentgeltlich einem

Dritten – also jedenfalls nicht einem veräußernden Eigentümer – eingeräumt,⁴⁵ ähnlich beim Vermächtnisnießbrauch, der etwa angewandt werden kann, um einem überlebenden Ehegatten bei direkter Erbinsetzung der (ggf. einseitigen) Kinder die Nutzung des gesamten Nachlasses oder von Teilen hiervon zu sichern. Der Grund der Nießbrauchsbestellung ist für die steuerliche Zurechnung der Einkünfte von Bedeutung, insbesondere im Hinblick auf die Differenzierung zwischen Vorbehalts- und Zuwendungsnießbrauch.⁴⁶

Der Sicherungsnießbrauch als weitere auf den Bestellungsanlass bezogene Kategorie hat heute keine Bedeutung im Kreditsicherungsrecht mehr; er ist nicht zu verwechseln mit dem gebräuchlichen Gestaltungsmittel der Sicherungsdienstbarkeit.⁴⁷

Die bedeutsamste inhaltliche Kategorisierung des Nießbrauchs ist die in Brutto- und Nettonießbrauch: Bei ersterem trägt der Eigentümer alle Lasten, bei letzterem trägt der Nießbraucher auch über § 1047 BGB hinaus möglichst umfassend die Lasten.⁴⁸ Die einkommenssteuerrechtliche Lage gibt die inhaltliche Grundentscheidung für einen Nießbrauchtypus teilweise bereits vor: Soweit Abzüge für Aufwand nur dem Nießbraucher gewährt sind, führt dies eher zum Nettonießbrauch; wenn der Eigentümer trotz bestehenden Nießbrauchs einen Aufwand steuerlich absetzen und verrechnen kann, wird eher ein Bruttonießbrauch zu bestellen sein.⁴⁹

2. Variabler Grundbaustein zum Vorbehaltsnießbrauch

In der Gestaltungspraxis bietet es sich an, zumindest einen allgemeinen Baustein zum Nießbrauch vorzuhalten, der bereits einige häufig auftretende Varianten erfasst und auf dessen Grundlage dann weitere spezielle Gestaltungen entwickelt werden können. Ein solcher Baustein könnte für den praktisch häufigsten⁵⁰ Fall eines Vorbehaltsnießbrauchs im Rahmen vorweggenommener Erbfolge wie folgt formuliert werden, wobei entsprechend der verbreiteten Praxis von der nicht unproblematischen entsprechenden Anwendung des § 428 BGB⁵¹ Gebrauch gemacht wird (die Verwendung von „**“ bezeichnet dabei im Text vorgesehene Varianten mit deren Anfang und Ende, die kursiv gesetzten Wörter sollten in einer Vorlage zweckmäßigerweise als verborgener Text formatiert sein):

1. Der Veräußerer ** – mehrere als Gesamtberechtigte gem. § 428 BGB, der Längstlebende ungeschmälert – ** behält sich auf seine Lebensdauer den Nießbrauch an dem Vertragsobjekt ** – und zwar an einem __/100 Anteil hieran (Quotennießbrauch) – ** vor. Er ist demgemäß berechtigt, ** in Höhe der ihm vorbehaltenen Quote ** sämtliche Nutzungen aus dem Vertragsobjekt zu ziehen.

Die Ausübung darf Dritten ** nicht ** überlassen werden.

43 Amann DNotZ 1989, 531 (542).

44 Staudinger/Frank Vorb. §§ 1030 ff. Rn. 23.

45 Staudinger/Frank Vorb. §§ 1030 ff. Rn. 23.

46 Staudinger/Frank Vorb. §§ 1030 ff. Rn. 137 ff.

47 Zur Sicherungsdienstbarkeit vgl. Amann DNotZ 1986, 578.

48 Staudinger/Frank Vorb. §§ 1030 ff. Rn. 23.

49 Promberger MittBayNot 2010, 22 (23).

50 Staudinger/Frank Vorb. §§ 1030 ff. Rn. 24.

51 Krit. etwa MüKoBGB/Pohlmann § 1030 Rn. 16 ff. mwN.

1. Variante:

Für den Nießbrauch gelten im Übrigen die gesetzlichen Bestimmungen.

2. Variante:

Der Nießbraucher ist nicht verpflichtet, öffentliche und privatrechtliche Lasten des Vertragsobjekts zu tragen und für Ausbesserungen und Erneuerungen zu sorgen. Im Übrigen gelten für den Nießbrauch die gesetzlichen Bestimmungen.

3. Variante:

Der Nießbraucher ist verpflichtet, sämtliche auf dem Vertragsobjekt ruhenden privatrechtlichen und öffentlichen Lasten einschließlich der außerordentlichen öffentlichen Lasten zu tragen. Der Nießbraucher hat auch die nach der gesetzlichen Lastenverteilung dem Eigentümer obliegenden Lasten zu tragen, insbesondere die außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen. Dem Nießbraucher stehen keine Verwendungsersatzansprüche und Wegnahmerechte zu. Im Übrigen gelten für den Nießbrauch die gesetzlichen Bestimmungen.

Bei Alleineigentum eines veräußernden Ehegatten evtl. (Alt.: zuvor Übertragung eines 1/2-Anteils auf Ehegatten):

Gleicher lebenslanger Nießbrauch steht nach dem Tode des Veräußerers dessen Ehegatten zu, falls nicht dann deren Ehe geschieden oder die Scheidung beantragt ist.

2. Alle Beteiligten bewilligen die Eintragung des Nießbrauchs zugunsten des Veräußerers **sowie des aufschiebend und auflösend bedingten Nießbrauchs zugunsten des vorgenannten Ehegatten im Gleichrang untereinander** im Grundbuch mit dem Vermerk, dass zur Löschung **eines jeden Rechts** der Todesnachweis des Berechtigten genügt.
3. *Bei Quotenießbrauch evtl.:* Die ordnungsgemäße Bestimmung der Verwaltung und Nutzung des Vertragsgegenstandes steht abweichend von § 745 Abs. 1 BGB allein dem Erwerber als zukünftigem Eigentümer zu.

II. Einzelne Regelungsbereiche

Im Folgenden sollen einige besonders bedeutsam erscheinende Bereiche, in denen eine Ausgestaltung des dinglichen Inhalts des Nießbrauchs an Grundstücken in Frage kommt, dargestellt werden. Die Darstellung folgt dabei nicht der gesetzlichen Reihenfolge, sondern einer inhaltlichen Systematisierung nach den Kriterien Nutzung der Sache, Veränderung der Sache, Tragung der Lasten und Erhaltung der Sache, wobei die Abgrenzung nicht trennscharf ist, da etwa die Frage der Erhaltung der Sache, die hier unter dem Aspekt der Tragung der Lasten behandelt wird, ebenso bei der Nutzung der Sache eingeordnet werden könnte.

Die Unterscheidung in die Kategorien Nutzung der Sache, Veränderung der Sache, Tragung der Lasten und Erhaltung der Sache (oder auch in andere Kategorien, die für sinnvoll gehalten werden) kann in der Gestaltungspraxis sinnvoll sein, um in der Beratung der Beteiligten eine an inhaltlichen Problemfeldern orientierte Vorgehensweise zu fördern, die es vermeidet, lediglich Variablen der bestehenden Muster abzufragen und den Lebens-

sachverhalt hierin einzufügen, sondern ausgehend von Bereichen, die als regelungsbedürftig angesehen werden, die Interessen der Beteiligten zu ermitteln und die Regelungen hieraus zu entwickeln. Das Regelungsbedürfnis der Beteiligten lässt sich so strukturieren und der Blick auf die zu regelnden Aspekte lenken, ohne dabei möglicherweise das Ergebnis vorwegzunehmen.

1. Die Nutzung der Sache

a) Gesetzliche Regelung

Ausgangspunkt der Regelungen über die Nutzung der mit dem Nießbrauch belasteten Sache ist die Definition des § 1030 Abs. 1 BGB. Demnach ist die Befugnis des Nießbrauchers umfassend; er ist berechtigt, *die* – im Sinne von *alle* – Nutzungen der Sache zu ziehen. Gemäß der Definition des § 100 BGB sind Nutzungen die Früchte (§ 99 BGB) einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt.

Das Eigentum an Früchten erwirbt der Nießbraucher mit der Trennung gem. §§ 954, 955 Abs. 2 BGB, und zwar auch an solchen Früchten, die er unter Verletzung der Pflicht zur wirtschaftlichen Nutzung erlangt hat,⁵² § 1039 Abs. 1 BGB. Ein Mietzins steht dem Nießbraucher aus eigenem Recht unmittelbar zu; der Zuwendungsnißbraucher tritt in ein bei Nießbrauchsbestellung bereits bestehendes Mietverhältnis kraft Gesetzes analog §§ 566, 1056 BGB ein, der Vorbehaltsnißbraucher als früherer Eigentümer und Vermieter verbleibt in seiner Vermieterstellung.⁵³ Vermietung oder Verpachtung ist eigene Sachnutzung durch den Nießbraucher, nicht etwa Ausübungsüberlassung an einen Dritten,⁵⁴ was in der Praxis gelegentlich verwechselt wird.

Gem. § 1030 Abs. 2 BGB kann der Nießbrauch durch den Ausschluss einzelner Nutzungen beschränkt werden. Eine solche Vereinbarung, die sowohl bei Bestellung als auch später als Inhaltsänderung getroffen werden kann,⁵⁵ darf nicht dazu führen, dass dem Nießbraucher nur einzelne Nutzungsrechte zugewendet werden,⁵⁶ es muss vielmehr das grundsätzlich umfassend bleibende Nutzungsrecht negativ um einzelne Nutzungen gekürzt werden.⁵⁷ Je mehr die Nutzung des Nießbrauchers durch den Ausschluss einzelner Nutzungen beschränkt wird, umso eher entsteht ein Abgrenzungsproblem zur Grund- bzw. beschränkten persönlichen Dienstbarkeit,⁵⁸ die jeweils gerade die Nutzung in einzelnen Beziehungen betreffen. Entsprechend der heute überwiegenden Ansicht ist die Abgrenzung rein formell nach dem Inhalt der Bestellung vorzunehmen, und zwar dahingehend, dass ein Nießbrauch dann vorliegt, wenn von den Parteien nicht genannte Befugnisse dem Nießbraucher zustehen sollen, dagegen eine Dienstbarkeit, wenn nicht genannte Befugnisse dem Eigentümer zustehen sollen.⁵⁹ Sofern dem Nießbraucher in der Bestellsurkunde ein umfassendes Nutzungsrecht eingeräumt wird, schadet es der Qualifi-

⁵² Staudinger/Frank § 1030 Rn. 51.

⁵³ BeckOK BGB/Wegmann § 1030 Rn. 26.

⁵⁴ Staudinger/Frank § 1030 Rn. 52.

⁵⁵ Palandt/Bassenge BGB § 1030 Rn. 6.

⁵⁶ Staudinger/Frank § 1030 Rn. 54.

⁵⁷ BeckOK BGB/Wegmann § 1030 Rn. 30.

⁵⁸ Schippers MittRhNotK 1996, 197 (198).

⁵⁹ MüKoBGB/Pohlmann § 1030 Rn. 59; zur Abgrenzung von Dienstbarkeit und Nießbrauch s. die ausf. Darstellung bei Ertl MittBay-Not 1988, 53.

kation des Rechts als Nießbrauch nicht, wenn die vereinbarte Beschränkung die wirtschaftlich sinnvollste Nutzung der Sache ausschließt oder dem Berechtigten nur eine wirtschaftlich geringwertige Restnutzung verbleibt.⁶⁰

Das umfassende Nutzungsrecht des Nießbrauchers wird durch das Besitzrecht gem. § 1036 BGB ergänzt.⁶¹ Das Recht zum Besitz gilt gegenüber jedermann,⁶² mit den allgemeinen Folgen des Besitzes, etwa der Gewährung von Besitzschutz gem. §§ 858 ff., 1007 BGB.⁶³ Der Besitz des Nießbrauchers ist unmittelbarer oder mittelbarer Besitz, ersteres als Regelfall, letzteres etwa bei einer Nießbrauchbestellung an vermietetem Grundbesitz.⁶⁴

b) Möglichkeiten der Gestaltung

aa) Umfang der Nutzung

Der Umfang der Nutzung der Sache durch den Nießbraucher ist keine Frage der Modifikation des Begleiterschuldverhältnisses, er ist gleichwohl in gewissem Umfang gestaltbar.

(1) Besitz und Vermietung

Anknüpfungspunkt für eine Gestaltung des Umfangs der Nutzungen ist § 1030 Abs. 2 BGB, für den die oben⁶⁵ dargestellten Grundsätze gelten.

Der unmittelbare Besitz des Nießbrauchers kann, wie der BGH bereits im Jahr 1954 entschieden hat, als zulässige Einschränkung der Nutzungsbefugnis iSv § 1030 Abs. 2 BGB vollständig ausgeschlossen werden; ausreichend ist der mittelbare Besitz etwa an einem vollständig vermieteten Gebäude.⁶⁶ Der völlige Ausschluss des Besitzrechts des Nießbrauchers ist hingegen mit dem Wesen des Nießbrauchs nicht vereinbar und führt dazu, dass ein Nießbrauch als dingliches Recht nicht entsteht.⁶⁷

Eine Gestaltung des Inhalts, dass der Nießbraucher ohne Zustimmung des Grundstückseigentümers keine Miet-, Pacht- oder Nutzungsverträge mit einer Laufzeit von mehr als zwölf Monaten abschließen darf, ist nach einer Entscheidung des LG Aachen mit dinglicher Wirkung möglich.⁶⁸ Das LG stützt sich dabei auf die vorgenannte Entscheidung des BGH, aus der es herleitet, dass der Ausschluss des Rechts, die Sache zu vermieten, zulässig sein müsse. Wenn ein völliger Ausschluss des Mietrechts mit dem Wesen des Nießbrauchs vereinbar sei, so müsse dies erst recht für eine bloße Beschränkung dieses einzelnen Nutzungsrechts gelten. In der Praxis dürften solche Gestaltungen selten Verwendung finden; sie könnten aber im Einzelfall verwendet werden, wenn ein Schutz des Eigentümers vor den Folgen eines neu vom Nießbraucher abgeschlossenen Wohnraummietvertrages gewünscht ist. Denn ein solcher Mietvertrag geht gem. §§ 1056 Abs. 1, 566 ff. BGB bei Beendigung des Nießbrauchs auf den Eigentümer über. Zwar kann der Eigentümer das so übergegangene Mietverhältnis gem. § 1056 Abs. 2 S. 1 BGB mit der ge-

setzlichen Frist kündigen; das sich hieraus ergebende Prozessrisiko trägt er gleichwohl. Im Zusammenhang mit Fragen der Vermietung ist noch zu berücksichtigen, dass ein Nießbrauch, der auf die Mieterträge des Grundstücks beschränkt sein soll, seit einer Entscheidung des OLG Celle⁶⁹ als unzulässig angesehen wird.

(2) Nutzung von Gebäudeteilen

In der Praxis von Bedeutung ist die Frage, ob und ggf. wie der Wunsch der Beteiligten umgesetzt werden kann, dass ein Nießbrauch an einem bebauten Grundstück bestellt wird, dieser sich aber auf einen Teil des Gebäudes, idR eine bestimmte Wohnung, die der Eigentümer zur ausschließlichen Nutzung erhalten soll, nicht erstreckt. Unzulässig wäre es nach der Rechtsprechung, das Nutzungsziehungsrecht des Nießbrauchers auf einzelne Teile des Gebäudes zu beschränken.⁷⁰ Die grundsätzlich gegebene Möglichkeit, den Nießbrauch unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 GBO an einem Grundstücksteil, also an einer Teilfläche, zu bestellen, hilft bei der gewünschten Beschränkung auf Wohnungen als Gebäudeteile nicht weiter; die Möglichkeit, durch Aufteilung in Wohnungseigentum⁷¹ eigenständige Belastungsobjekte zu schaffen, wird oftmals schon aus Kostengründen ausscheiden.

Einige dieser Fälle werden sich bei näherer Sachverhaltsaufklärung bereits dadurch lösen lassen, dass die umfassende Nutzungsmöglichkeit des Nießbrauchs tatsächlich nicht benötigt wird, etwa weil ausschließlich Eigennutzung durch den Berechtigten beabsichtigt ist, so dass ein Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB für bestimmte Gebäudeteile bestellt werden kann und dem Eigentümer ohne weiteres die übrige Nutzung verbleibt.

Kommt diese Gestaltung nicht in Betracht, so wird vorgeschlagen, ein Eigentümer-Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB an erster Rangstelle und einen uneingeschränkten Nießbrauch am gesamten Grundstück an zweiter Rangstelle zu bestellen.⁷² Frank hingegen hebt hervor, dass zwar die dingliche Beschränkung des Nießbrauchs auf ein Gebäude oder Teile hiervon unzulässig seien, da wesentliche Bestandteile einer Sache nicht Gegenstand besonderer Rechte sein könnten.⁷³ Die Beschränkung der Ausübung des Nießbrauchs auf Gebäudeteile sei dagegen zulässig, was bei einer formalen Abgrenzung zwischen Nießbrauch und Dienstbarkeit insbesondere daraus folge, dass der Nießbraucher hinsichtlich seines Bereiches umfassend Nutzungsbefugnis bleibe.⁷⁴

Für die Praxis spricht gegen die Vereinbarung einer Beschränkung der Ausübung des Nießbrauchs auf Gebäudeteile der Umstand, dass der BGH noch im Jahr 2006 die bisherige Rechtsprechung zur Unzulässigkeit eines

60 Bauer/v. Oefele GBO Rn. III 305.

61 Soergel/Stürner § 1030 Rn. 1.

62 Palandt/Bassenge BGB § 1036 Rn. 1.

63 BeckOK BGB/Wegmann § 1036 Rn. 3.

64 Palandt/Bassenge BGB § 1036 Rn. 2.

65 Abschn. C.II.1.a.

66 BGHZ 13, 203.

67 OLG Hamm Rpfleger 1983, 144.

68 LG Aachen BeckRS 1986, 01110 = Rpfleger 1986, 468.

69 OLG Celle OLGE 6, 121; aA Soergel/Stürner § 1030 Rn. 10.

70 BGH NJW 2006, 1881 (1883); so auch schon RGZ 164, 196 (199 ff.); BayObLGZ 1979, 361 (362 f.).

71 Zum Nießbrauch an Wohnungs- und Teileigentum vgl. Staudinger/Frank § 1030 Rn. 13; Pöppel MittBayNot 2007, 85 (88), mit Formulierungsvorschlägen zu Regelungen im Hinblick auf Stimmrecht in Eigentümerversammlungen und Leistung des Wohngeldes.

72 Ertl MittBayNot 1988, 53 (63); Zulässigkeit der Bestellung eines Nießbrauchs im Rang nach einem Wohnungsrecht bestätigt durch LG Aschaffenburg MittBayNot 1992, 206.

73 Staudinger/Frank § 1030 Rn. 52.

74 Staudinger/Frank § 1030 Rn. 52; zustimmend MüKoBGB/Pohlmann § 1030 Rn. 66 f.; für Zulässigkeit der Ausübungsbeschränkung auf Gebäude oder Gebäudeteile im Ergebnis – jedoch mit anderer Begründung – auch BeckOK BGB/Wegmann § 1030 Rn. 31.

auf einzelne Teile des Gebäudes beschränkten Nießbrauchs bestätigt hat. Da dies jedoch ohne weitere eigene Begründung in der Sache, sondern lediglich unter Verweis auf die frühere Rechtsprechung geschah, erscheint es nicht ausgeschlossen, dass künftig die im Vordringen befindliche⁷⁵ Literaturauffassung, welche die Zulässigkeit bejaht, Berücksichtigung in der Rechtsprechung findet.

(3) Entgeltvereinbarung

Zum Umfang der Nutzung gehört auch die Frage, ob eine Gegenleistungspflicht des Nießbrauchers für seine Nutznießung in Form einer Entgeltregelung zum dinglichen Rechtsinhalt gemacht werden kann. Das BayObLG hat hierzu entschieden, dass keine Bedenken gegen die Vereinbarung einer Entgeltlichkeit des Nießbrauchs mit dinglicher Wirkung bestünden.⁷⁶ Zwar sei eine Verdinglichung eines Mietvertrags durch einen Nießbrauch in der Weise, dass sich das dingliche Recht nach dem Inhalt des schuldrechtlichen Mietvertrags richtet und von diesem Vertrag inhaltlich abhängig ist, nicht zulässig.⁷⁷ Wenn aber nur für bestimmte Konstellationen (im zugrundeliegenden Fall: Eingehung einer Ehe oder eines eheähnlichen Verhältnisses) an den Eigentümer ein als Miete bezeichnetes Entgelt zu entrichten sei, könne nicht davon gesprochen werden, dass in Wahrheit nur ein Mietverhältnis unzulässigerweise verdinglicht werden sollte; stets müsse aber die Höhe des Entgeltes hinreichend bestimmbar sein.⁷⁸ Im Rahmen eines Wohnungsrechts gem. § 1093 BGB hingegen sei es nicht möglich, ein hierfür vereinbartes Entgelt zum Inhalt oder Bestandteil dieses dinglichen Rechts zu machen, da ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und dinglich Berechtigtem dort – anders als beim Nießbrauch – nicht entstehe.⁷⁹

Diese Differenzierung zwischen Nießbrauch und Wohnungsrecht überzeugt nicht. Das Begleitschuldverhältnis besteht nicht nur beim Nießbrauch, wo es freilich schon vom Gesetz besonders differenziert ausgestaltet ist, sondern bei den Dienstbarkeiten allgemein,⁸⁰ somit auch bei einem Wohnungsrecht als besonderem gesetzlichen Typus der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Für das Wohnungsrecht ist allgemein anerkannt, dass die Entgeltlichkeit nicht Inhalt oder Gegenstand des dinglichen Wohnungsrechts selbst, sondern nur des zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts sein kann.⁸¹ Für eine in dieser Hinsicht abweichende Behandlung des Nießbrauchs sind keine Gründe ersichtlich, so dass eine Zahlungspflicht des Nießbrauchers nicht als dinglicher Inhalt des Nießbrauchs vereinbart werden kann.⁸² Außerdem ergäben sich Folgeprobleme hinsichtlich der Erkennbarkeit von Existenz, Höhe und weiteren Modalitäten der Zahlungspflicht für Dritte,⁸³ die zur Intransparenz des Rechts beitragen könnten.

In der Praxis kann, falls eine dingliche Sicherung eines schuldrechtlich zulässigerweise vereinbarten Entgeltes

gewünscht wird, von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, den Nießbrauch auflösend bedingt durch die Nichtzahlung einer bestimmten Anzahl von fälligen Raten zu bestellen. Zu beachten ist, dass eine Formulierung dahingehend, dass der Nießbrauch unter der Bedingung bestellt wird, dass der Nießbraucher ein laufendes Entgelt zahlt und mit nicht mehr als zwei Raten in Rückstand gerät, dazu führt, dass eine aufschiebende und eine auflösende Bedingung vereinbart sind: Der Nießbrauch entsteht erst mit Zahlung der ersten Summe und erlischt mit Zahlungsrückstand des Nießbrauchers.⁸⁴

(4) Übermaßfrüchte

Zur Frage des Umfangs der Nutzungen des Nießbrauchers gehört auch die Regelung des § 1039 BGB. Danach erwirbt der Nießbraucher das Eigentum auch an solchen Früchten, die er den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider („Raubfrüchte“)⁸⁵ oder zwar nicht entgegen den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft, aber aufgrund der Notwendigkeit eines besonderen Ereignisses („Übermaßfrüchte“)⁸⁶ gezogen hat; zum Ausgleich besteht eine Wertersatzpflicht des Nießbrauchers.

Der gesetzliche Eigentumserwerb gem. § 1039 Abs. 1 BGB ist nicht durch Vereinbarung abdingbar.⁸⁷ Ebenfalls nicht ausgeschlossen werden kann die Wertersatzpflicht des Nießbrauchers aus § 1039 Abs. 1 S. 2 BGB jedenfalls hinsichtlich der Raubfrüchte.⁸⁸ Das BayObLG hat eine Vereinbarung in einem Übergabevertrag, wonach die §§ 1037, 1039 Abs. 1 S. 2, 1048 Abs. 1 S. 2, 1051 BGB für den Inhalt des dem Veräußerer eingeräumten Nießbrauchsrechts abbedungen seien, für unzulässig gehalten. Durch den vollständigen Ausschluss des § 1039 Abs. 1 S. 2 BGB würde der Nießbraucher nicht nur hinsichtlich der Übermaßfrüchte von der Verpflichtung zum Wertersatz freigestellt, sondern auch hinsichtlich solcher Früchte, die er den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider erworben hat; das Behaltendürfen des Nießbrauchers hinsichtlich des Wertes der Nutzungen, die er unter Verletzung seiner Pflichten aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis gezogen hat, wäre jedoch mit der Pflicht des Nießbrauchers zur ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung nicht zu vereinbaren.⁸⁹

In der Praxis sollte demnach von einem Ausschluss der Wertersatzpflicht hinsichtlich der Raubfrüchte kein Gebrauch gemacht werden; zu einer solchen Regelung dürfte auch kaum Anlass bestehen. Bezüglich der Übermaßfrüchte kann hingegen entsprechend der in der Literatur vertretenen Differenzierung ein Ausschluss vereinbart werden, wenn dies im Einzelfall zur Verstärkung der Position des Nießbrauchers gewünscht wird.

bb) Die Überlassung zur Ausübung an Dritte

Gem. § 1059 S. 1 BGB ist der Nießbrauch grundsätzlich – mit Ausnahme der Fälle des § 1059a BGB – nicht übertragbar, die Ausübung des Nießbrauchs kann jedoch anderen überlassen werden (§ 1059 S. 2 BGB). § 1059

75 So MüKoBGB/Pohlmann § 1030 Rn. 66.

76 BayObLGZ 1979, 273 (277).

77 BayObLGZ 1979, 273 (277).

78 BayObLGZ 1979, 273 (278).

79 BayObLGZ 1979, 273 (278).

80 Eingehend hierzu Amann DNotZ 1989, 531 (537 f.).

81 BGH JurionRS 1968, 11930.

82 Palandt/Bassenge BGB § 1030 Rn. 7; MüKoBGB/Pohlmann § 1030 Rn. 79; Staudinger/Frank § 1030 Rn. 52.

83 Schippers MittRhNotK 1996, 197 (204).

84 MüKoBGB/Pohlmann § 1030 Rn. 84.

85 BeckOK BGB/Wegmann § 1039 Rn. 1.

86 BeckOK BGB/Wegmann § 1039 Rn. 1.

87 MüKoBGB/Pohlmann § 1039 Rn. 9; Staudinger/Frank Vorb. §§ 1030 ff. Rn. 10; BeckOK BGB/Wegmann § 1039 Rn. 17.

88 MüKoBGB/Pohlmann § 1039 Rn. 9; Staudinger/Frank Vorb. §§ 1030 ff. Rn. 13; BeckOK BGB/Wegmann § 1039 Rn. 17.

89 BayObLGZ 1977, 81 (87).

S. 1 BGB ist keiner Vereinbarung zugänglich, § 1059 S. 2 BGB hingegen ist mit dinglicher Wirkung abdingbar.⁹⁰ Da der Nießbrauch nicht übertragbar ist, kann er gem. § 1274 Abs. 2 BGB nicht verpfändet und gem. § 1069 Abs. 2 BGB nicht seinerseits mit einem Nießbrauch belastet werden.⁹¹

Um ähnliche Folgen wie die nicht mögliche Übertragbarkeit des Nießbrauchs herbeizuführen, kann als alternative Gestaltung etwa ein Anspruch einer Person auf Neubestellung eines Nießbrauchs bei Erlöschen des Nießbrauchs einer anderen Person begründet werden oder die Nießbrauchsbestellung durch dasselbe Ereignis auflösend bedingt für eine Person und aufschiebend bedingt für eine andere Person sein.⁹² Der Anspruch auf Einräumung des Nießbrauchs kann durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden.

Dass § 1059 S. 2 mit dinglicher Wirkung abdingbar ist, hat der BGH im Jahr 1986 in Übereinstimmung mit der schon damals hM in der Literatur entschieden; außerdem, dass der mit dinglicher Wirkung vereinbarte Abschluss der Überlassung nicht zur Unpfändbarkeit und damit auch nicht zur Insolvenzfreiheit des Nießbrauchs führt.⁹³ Dass ein Wohnungsrecht im Gegensatz hierzu nicht pfändbar ist, sofern nicht die Ausübung des Rechtes einem anderen ausdrücklich überlassen wurde,⁹⁴ sollte im Rahmen der Beratung und Gestaltung berücksichtigt werden.

Ausdrücklich geregelt werden muss die Frage der Ausübungsüberlassung in der Bestellsurkunde nur, wenn sie ausgeschlossen wird; sofern keine ausdrückliche Regelung besteht, gilt grundsätzlich die gesetzliche Lage und die Ausübungsüberlassung ist möglich. Es dürfte sich gleichwohl empfehlen, die Frage der Ausübungsüberlassung stets zu regeln. Hierfür spricht, dass der BGH für ein Wohnungsrecht nach § 1093 BGB entschieden hat, dass eine ergänzende Vertragsauslegung im Hinblick auf die anderweitige Nutzung der dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume nach Wegfall der Nutzung des Berechtigten in Betracht komme, wenn die Vereinbarung über die Bestellung eines Wohnungsrechts keine Regelung enthalte, wie die Wohnung genutzt werden soll, wenn der Wohnungsberechtigte sein Recht wegen Umzugs in ein Pflegeheim nicht mehr ausüben kann.⁹⁵ Zwar sind weder die rechtliche Ausgangslage noch die Erwägungen des BGH ohne Weiteres auf den Nießbrauch übertragbar; in der Literatur wird jedoch mit Hinweis auf die betreffende Entscheidung für den Nießbrauch vertreten, dass, wenn eine Ausübungsüberlassung nicht ausdrücklich vereinbart ist, eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht komme.⁹⁶ Die hiermit einhergehende Unsicherheit ist durch ausdrückliche Regelung vermeidbar.

Tatsächlich dürften die typischen Konstellationen der Bestellung eines Vorbehaltsnießbrauchs im Rahmen vor-

weggenommener Erbfolge und die in diesen Fällen zugrundeliegende Interessenlage der Beteiligten, die aufgrund der persönlich-familiären Verbundenheit⁹⁷ ein „Eindringen“ Dritter in das Nießbrauchsverhältnis möglichst vermeiden möchte, in der Regel dazu führen, dass die Ausübungsüberlassung auszuschließen ist,⁹⁸ wenn nicht ohnehin aufgrund des verbleibenden Risikos des Gläubigerzugriffs auf den Nießbrauch ein Wohnungsrecht gewählt wird.

cc) Haftungsbeschränkung des Nießbrauchers

(1) Der Maßstab des § 277 BGB – einschränkende Rechtsprechung

Im Fall des Vorbehaltsnießbrauchs überträgt der bisherige Eigentümer seinen Grundbesitz an einen Erwerber, typischerweise einen engen Familienangehörigen, und behält sich den Nießbrauch auf Lebenszeit vor. Hiermit verbunden dürfte in aller Regel die Erwartung des Veräußerers sein, mit Grundstück und Aufbauten weiterhin so verfahren zu dürfen, wie er es bisher getan hat;⁹⁹ die Beteiligten eines Übergabevertrages werden es als für sie selbstverständlich ansehen, dass der Schenker nicht in seinem alltäglichen Verhalten eingeschränkt und so schlechter gestellt wird.¹⁰⁰

Gesetzlich ausdrücklich geregelte Anknüpfungspunkte für die Behandlung der Sache durch den Nießbraucher sind die Vorschriften der §§ 1036 Abs. 2, 1041 S. 1 und 1050 BGB. Im Übrigen gilt für alle Verletzungen von Pflichten aus dem Begleitschuldverhältnis der Maßstab des § 276 BGB.¹⁰¹ Die Vorschriften der §§ 1036 Abs. 2, 1041 S. 1 und 1050 BGB sind jeweils mit dinglicher Wirkung jedenfalls nicht vollständig abdingbar, worüber grundsätzlich Einigkeit besteht.¹⁰²

Allerdings haftet der Nießbraucher im Rahmen des § 276 BGB bereits für jeden Grad der Fahrlässigkeit. Es liegt daher bei einem Vorbehaltsnießbrauch nahe, durch Vereinbarung den Sorgfaltsmaßstab mit dinglicher Wirkung dahingehend zu modifizieren, dass der Nießbraucher bei Ausübung des Nießbrauchs nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 277 BGB). Die Rechtsprechung, namentlich das KG und das OLG Frankfurt a.M., hält eine solche Vereinbarung als dinglichen Inhalt des Nießbrauchs jedoch für unzulässig.

Das KG hat im Jahr 2006 entschieden, die Haftung des Nießbrauchers für eine Verletzung der Pflichten aus §§ 1036 Abs. 2, 1037 Abs. 1, 1041 S. 1 BGB könne

90 Palandt/Bassenge BGB § 1059 Rn. 1 f.

91 MüKoBGB/Pohlmann § 1059 Rn. 4.

92 Palandt/Bassenge BGB § 1059 Rn. 1 f.

93 BGH DNotZ 1986, 23 (24 f.); krit. zur Pfändbarkeit des Nießbrauchs im Fall der Abbedingung des § 1059 S. 2 BGB Rossak MittBayNot 2000, 383 (384).

94 BeckNotar-HdB/Herrler, Kap. A V, Rn. 327; Rossak MittBayNot 2000, 383 (386) mwN.

95 BGH DNotZ 2009, 431.

96 So MüKoBGB/Pohlmann § 1059 Rn. 9.

97 Ähnlich Rossak MittBayNot 2000, 383 (384): Dokumentation der „nach dem Willen der Vertragsteile besondere[n], gesteigerte[n] Personengebundenheit des Rechtes“ bei Ausschluss des Rechts, die Ausübung einem Dritten zu überlassen.

98 Es wird dabei mit der hM davon ausgegangen, dass Vermietung eine typische Selbstausübung des Nießbrauchs darstellt, keine (teilweise) Überlassung zur Ausübung durch den Mieter (BGH DNotZ 1990, 502; aA MüKoBGB/Pohlmann § 1059 Rn. 9).

99 Vgl. Kessler, Probleme bei Rechten in Abteilung II des Grundbuchs, in: Grziwotz (Hrsg.): Notarielle Vertragsgestaltung im Immobilienrecht, Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg, 2014, 95 (134).

100 Frank DNotZ 2006, 472 (473).

101 Pöppel MittBayNot 2007, 85 (89).

102 Vgl. Palandt/Bassenge BGB § 1036 Rn. 2, § 1041 Rn. 2, § 1050 Rn. 1; Staudinger/Frank Vorb. §§ 1030 ff. Rn. 9, 13.

nicht mit dinglicher Wirkung beschränkt werden.¹⁰³ Das Gericht erkennt dabei in der Vereinbarung eines abweichenden, für den Nießbraucher mildernden Sorgfaltsmaßstabs einen Verstoß gegen die nicht abdingbare Regelung des § 1036 Abs. 2 BGB.¹⁰⁴ Der Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. lag eine Nießbrauchbestellung zugrunde, nach der für den Nießbrauch die gesetzlichen Bestimmungen gelten sollten, ua mit der Besonderheit, dass die Berechtigten bei Ausübung ihres Nießbrauchs nur die Sorgfalt schulden, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen.¹⁰⁵ Eine solche Vereinbarung, den dinglichen Pflichtenumfang des Nießbrauchers von seiner persönlichen Sorgfalt abhängig zu machen, sei jedoch mit dem sachenrechtlichen Typenzwang nicht vereinbar; für die Ausübung des Nutzungsrechts gelte gem. § 1036 Abs. 2 BGB ein objektiver Maßstab, womit nicht zu vereinbaren sei, dass objektiv gebotene Bewirtschaftungsmaßnahmen je nach der im Einzelfall zu ermittelnden, da auch veränderlichen, subjektiven Sorgfalt des Nießbrauchers nicht geschuldet wären.¹⁰⁶

Frank hat die Entscheidung des KG einer fundierten Kritik unterzogen, wobei er seine Argumentation insbesondere darauf stützt, dass ein gesetzliches Verbot fehle, die Pflichten des Nießbrauchers dem Maßstab des § 277 BGB zu unterstellen; dass dem Nießbraucher anerkannterweise eine Reihe von Pflichten erlassen werden können, die nach objektiven Maßstäben zu den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft gehörten; dass die Stellung eines Vorerben, der gem. § 2131 BGB dem Nacherben gegenüber in Ansehung der Verwaltung nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, durchaus der eines Nießbrauchers vergleichbar und nicht ersichtlich sei, warum die beim Vorerben schon gesetzlich vorgesehene Haftungsmilderung beim Nießbraucher im Falle ihrer vertraglichen Vereinbarung zu einer Verletzung des Wesenskerns des Rechts führen würde.¹⁰⁷

Die restriktive Position der Rechtsprechung in dieser Frage ist auch im Hinblick auf den Aspekt der Streitvermeidung als Maßstab der Gestaltung des dinglichen Rechts¹⁰⁸ problematisch. Hierzu mag man sich den Sinn der Regelung des § 277 BGB verdeutlichen. Dieser liegt darin, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass „in vielen Fällen [...] Personen so intensiv zusammen[wirken], auch zu einem gemeinsamen Zweck, dass sie sich bei der Auswahl im Zweifel auch zusagen, sich so zu nehmen, wie sie sind“.¹⁰⁹

Diese Überlegung trifft auch auf die Parteien des Begleitschuldverhältnisses zu. Eigentümer und Nießbraucher sind eng verbunden durch den Umstand, dass dem Eigentümer ein wesentlicher Teil seines Rechts entzogen und dem Nießbraucher auf dessen Lebenszeit zugeordnet ist. Dass sich hieraus vielfältige Konflikte ergeben können, ist naheliegend. Diese Konflikte jedenfalls in ihren typischen Erscheinungsformen möglichst zu antizipieren und entsprechend den Interessen der Parteien zu lösen, ist Aufgabe der Gestaltung.

Eine Vereinbarung über den geänderten Sorgfaltsmaßstab des § 277 BGB kommt nur zustande, wenn dies dem Wunsch der ursprünglichen Parteien des Begleitschuldverhältnisses entspricht; zwischen diesen wirkt die Vereinbarung ohnehin schuldrechtlich. Die Frage ist dann, ob es richtig ist, das Zusammenwirken der ursprünglichen Parteien, mit der Bereitschaft, sich so zu nehmen, wie man ist, dadurch in gewisser Weise zu perpetuieren, dass der auf dieser Grundlage getroffenen Vereinbarung Dauerwirkung auch im Fall der Sukzession auf Eigentümerseite zukommt. Aus Sicht des Nießbrauchers spricht vieles dafür, denn der Fall der Sukzession ist für ihn gerade der des verstärkten Sicherungsbedürfnisses. Für den Dritten, der in die Eigentümerstellung eintritt, ist die Frage des Haftungsmaßstabes nicht überraschend; ein jeder Erwerber eines mit einem Nießbrauch belasteten Grundstücks mag erkennen, dass in der Frage, welche Sorgfaltspflichten den Nießbraucher treffen, ein möglicher Konfliktbereich liegt und dieser demnach möglicherweise in gewisser Hinsicht durch die ursprünglichen Parteien abweichend vom Gesetz geregelt wurde. Über den genauen Inhalt dieser Regelung kann sich dann anhand der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung unterrichtet werden.

Nicht entkräftet ist damit freilich das Argument des OLG Frankfurt a.M., für einen Grundstückserwerber solle sich im Fall des Nießbrauchs soweit wie möglich aus dem Grundbuch und der darin in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung der Inhalt des sein Eigentum beschränkenden Rechts direkt ergeben, ohne dass tatsächliche Ermittlungen erforderlich wären wie im Fall eines Haftungsmaßstabs nach § 277 BGB.¹¹⁰ Würde § 277 BGB als Haftungsmaßstab mit dinglicher Wirkung vereinbart, so ergäbe sich aus Grundbuch und Eintragungsbewilligung nur, dass sich die Haftung nach § 277 BGB richtet, nicht jedoch der tatsächlich konkret gegebene Maßstab, da dieser von den Gepflogenheiten des Nießbrauchers abhängt. Im Hinblick darauf, dass aus der Anwendung des § 277 BGB aber gerade kein Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit folgt, scheint dieser vermeintliche Nachteil eines Erwerbers angesichts der gewonnenen Sicherheit des Nießbrauchers weniger schwer zu wiegen. In jedem Fall wird sich ein umsichtiger Erwerber über die Person des Nießbrauchers zu informieren haben, Rückschlüsse auf dessen Sorgfaltsmaßstäbe erscheinen dann ebenfalls möglich. *Kessler* hat außerdem darauf hingewiesen, dass auch die gesetzliche Regelung des § 1036 Abs. 2 BGB selbst eine gewisse subjektive Komponente enthält, wenn dort auf die Pflicht zur Aufrechterhaltung der bisherigen wirtschaftlichen Bestimmung abgestellt wird: Ein Erwerber des Grundstücks wird sich darüber Kenntnis verschaffen müssen, was genau die bisherige wirtschaftliche Bestimmung des Grundstücks war,¹¹¹ denn (nur) diese ist aufrechtzuerhalten.

(2) Alternativgestaltungen

Es spricht demnach vieles dafür, in den betreffenden Konstellationen weiterhin die Vereinbarung eines Haftungsmaßstabes gem. § 277 BGB als dinglichen Inhalt des Rechts vorzusehen. Dabei sollte allerdings nicht übersehen werden, dass die praktische Relevanz dieser

103 KG DNotZ 2006, 470.

104 KG DNotZ 2006, 470 (472).

105 OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2014, 12299.

106 OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2014, 12299.

107 Vgl. im Einzelnen *Frank* DNotZ 2006, 472 (474 f.).

108 S.o. Abschn. B. II. 4.

109 MüKoBGB/*Grundmann* § 277 Rn. 1.

110 OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2014, 12299.

111 *Kessler*, Probleme bei Rechten in Abteilung II des Grundbuchs, (Fn. 99), 95 (136).

Frage in einigen Konstellationen eingeschränkt ist. So wird bei Übergabeverträgen, wenn ein starkes Sicherungsbedürfnis seitens des Veräußerers besteht, in der Regel auch ein vertragliches Rückforderungsrecht, das grundbuchmäßig durch eine Rückerwerbsvormerkung gesichert ist, vereinbart. Hiermit hat der Veräußerer für die bedeutsamen Fälle einer Sukzession auf Erwerberseite – Zwangsvollstreckung, Insolvenz, Verfügung ohne Zustimmung, Erbfolge – die Möglichkeit des Rückerwerbs des Eigentums,¹¹² was ihm oftmals näher liegen wird, als dauerhaft an einem Nießbrauch, der an einem im Eigentum eines fremden Dritten stehenden Grundstück besteht, festhalten zu müssen.

Ist die dingliche Vereinbarung eines geänderten Haftungsmaßstabes gleichwohl gewünscht und erforderlich und lehnt das Grundbuchamt unter Verweis auf die Entscheidungen des KG und des OLG Frankfurt a.M. die Eintragung ab, bleibt als alternative Gestaltung zur Sicherung des Nießbrauchers noch die Bestellung eines Verwertungsrechts dergestalt, dass der Besteller dem Nießbraucher den Ersatz aller Kosten verspricht, die dem Nießbraucher dadurch entstehen, dass er vom Eigentümer für Pflichtverletzungen in Anspruch genommen wird, die ihn im Falle der vereinbarten Geltung des § 277 BGB nicht getroffen hätten und dieser schuldrechtliche Anspruch dann durch eine Höchstbetragshypothek (§ 1190 BGB) abgesichert wird.¹¹³ Dies könnte im Rahmen eines Übergabevertrages etwa wie folgt formuliert werden:

4. Der Erwerber verpflichtet sich gegenüber dem Veräußerer, ihm alle Kosten zu ersetzen, die dem Veräußerer als Nießbraucher dadurch entstehen, dass er von einem Eigentümer des Vertragsobjekts für Verletzungen von Pflichten aus dem Nießbrauch und dem mit ihm verbundenen gesetzlichen Schuldverhältnis in Anspruch genommen wird, die den Nießbraucher nicht getroffen hätten, wenn er nur für diejenige Sorgfalt hätte einstehen müssen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.
5. Zur Sicherung aller künftigen Forderungen des Veräußerers gegen den Erwerber aus der in vorstehendem Abs. 4 getroffenen Vereinbarung bestellt der Erwerber dem Veräußerer an dem Grundbesitz gem. § 1 eine Sicherungshypothek zum Höchstbetrag von € *** (Euro ***) und bewilligt deren Eintragung in das Grundbuch.

dd) Verkehrssicherungspflicht

Vereinbarungen zu Verkehrssicherungspflichten werden in der Literatur vornehmlich im Zusammenhang mit Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten behandelt.¹¹⁴ Dies überrascht nicht, denn Fragen der Verkehrssicherung stellen sich insbesondere bei Wegerechten aus praktischen Gründen verstärkt.¹¹⁵

Besteht am Grundstück ein Nießbrauch, so ist davon auszugehen, dass sowohl Eigentümer als auch Nießbraucher verkehrssicherungspflichtig sind. Tatsächlich kommt im Allgemeinen oftmals mehr als ein Adressat für eine Verkehrssicherungspflicht in Betracht, da dieselbe Gefahr unter verschiedenen rechtlichen Blickwinkeln in den Verantwortungsbereich mehrerer Personen fallen kann; ein typischer Fall ist insofern etwa das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Mieter hinsichtlich der Gefahren der Mietsache.¹¹⁶ Die Pflicht eines Adressaten der Verkehrssicherung entfällt nicht allein deshalb, weil möglicherweise noch eine andere Person verkehrssicherungspflichtig ist, die der Gefahr effektiver begegnen könnte oder deren Eingreifen naheliegender erscheint.¹¹⁷

So bleibt der Gebäudeeigentümer neben einem Pächter oder Mieter für die gefahrlose Benutzung des Gebäudes verkehrssicherungspflichtig; entsprechendes gilt auch im Verhältnis zum Nießbraucher.¹¹⁸ Den Parteien eines Vorbehaltsnießbrauches dürften diese Umstände zwar prinzipiell geläufig sein, insbesondere bei Alleinnutzung des Grundstücks durch den Nießbraucher erscheint es jedoch sinnvoll, den (neuen) Eigentümer auf seine entstehende Verkehrssicherungspflicht, die nach allgemeinen Grundsätzen zumindest in einer Überwachungs- und Kontrollpflicht besteht, hinzuweisen. Für den Nießbraucher als bisherigen Eigentümer hingegen ändert sich praktisch nichts Wesentliches; während er bislang alleinverantwortlich war, ist er künftig mitverantwortlich.

Ebenso wie im Rahmen einer beschränkten persönlichen oder Grunddienstbarkeit Vereinbarungen zwischen Eigentümer und Berechtigtem über Verkehrssicherungspflichten möglich sind,¹¹⁹ kommen solche Abreden auch beim Nießbrauch in Betracht. So dürften keine Bedenken dagegen bestehen, dass sich der Nießbraucher im Verhältnis zum Eigentümer mit dinglicher Wirkung verpflichtet, die Verkehrssicherungspflichten auf seine Kosten wahrzunehmen, was *Schippers* damit begründet, dass diese, ähnlich wie die Ausbesserungs- und Erneuerungspflichten, in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zustand der Sache als potentieller Gefahrenquelle und der Ausübung des Nießbrauchs, insbesondere der mit ihm verbundenen tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeiten, stünden.¹²⁰

Andererseits erscheint es ausgeschlossen, der Vereinbarung über Verkehrssicherungspflichten im Rahmen des Begleitschuldverhältnisses Wirkung gegenüber Dritten zukommen zu lassen. Hiergegen sprechen nicht nur die allgemeinen Regeln der Haftung und Zurechnung,¹²¹ sondern auch der Grundsatz, dass die Rechte und Pflichten aus dem Begleitschuldverhältnis keine dingliche Wirkung in der Weise beinhalten, dass sie wie absolute Rechte von jedermann zu beachten sind.¹²²

Die von *Amann* für Wegerechte genannten Beispiele einer dinglich wirkenden Vereinbarung zwischen Eigentümer und Berechtigtem – Regelung, wer wann den

112 Vgl. *Kessler*, Probleme bei Rechten in Abteilung II des Grundbuchs, (Fn. 99), 95 (137), der auch die Frage aufwirft, ob es im Falle des Bestehens eines vertraglichen Rückforderungsrechts überhaupt der Eintragung des Nießbrauchs in das Grundbuch bedarf.

113 *Kessler*, Probleme bei Rechten in Abteilung II des Grundbuchs, (Fn. 99), 95 (138).

114 Vgl. *Amann* DNotZ 1989, 531 (546); BeckNotar-HdB/*Everts*, Kap. A VII, Rn. 27.

115 Vgl. etwa BGH MittBayNot 2006, 495 zum gemeinsamen Winterdienst von Eigentümer und Nutzungsberechtigtem.

116 BeckOK BGB/*Förster* § 823 Rn. 300.

117 BeckOK BGB/*Förster* § 823 Rn. 301.

118 OLG Düsseldorf NJW-RR 1993, 93 (94).

119 Vgl. *Amann* DNotZ 1989, 531 (546).

120 *Schippers* MittRhNotK 1996, 197 (204 f.), auch zur Frage der dinglich wirkenden Übernahme der Verkehrssicherungspflicht durch den Eigentümer.

121 *Schippers* MittRhNotK 1996, 197 (204).

122 Zu diesem Grundsatz *Amann* DNotZ 1989, 531 (536 f.); sa o. Abschn. B.I.

Räum- und Streudienst oder andere Sicherungsmaßnahmen übernimmt, wer die Kosten hierfür trägt, wer eine Haftpflichtversicherung abschließt¹²³ und bezahlt, wer ein unversichertes Restrisiko trägt – lassen sich auch auf das Verhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher übertragen und können, wenn hierfür im Einzelfall ein konkretes Bedürfnis der Beteiligten besteht, entsprechend geregelt werden. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die praktische Bedeutung einer dinglich wirkenden Vereinbarung über die Verkehrssicherungspflichten für den Nießbrauch begrenzt sein dürfte, denn von maßgeblicher Bedeutung ist im Hinblick auf Verkehrssicherungspflichten letztlich die Haftung gegenüber Außenstehenden; die Vereinbarung mit dem Nießbraucher nutzt dem Eigentümer wirtschaftlich nur eingeschränkt, wenn er gleichzeitig die eigenen Maßnahmen zur Verkehrssicherung aus Gründen der Haftung gegenüber Dritten gleichwohl im erforderlichen Umfang aufrecht zu erhalten hat.

2. Die Veränderung der Sache

a) Gesetzliche Regelung

Die Regelungen über die Veränderung der Sache stehen im engen Zusammenhang mit den Regelungen über den Umfang der Nutzung; der Umfang der Nutzung umfasst systematisch auch die Frage, inwiefern Veränderungen der Sache durch den Nießbraucher möglich sind. Die Veränderung der Sache ist damit ein Teilaspekt des Umfangs der Nutzungen, der hier unter einem gesonderten Blickwinkel betrachtet wird.

Gesetzlicher Ausgangspunkt im Zusammenhang mit Fragen nach der Veränderung der Sache ist die Regelung des § 1037 Abs. 1 BGB, wonach der Nießbraucher nicht berechtigt ist, die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern. Veränderungen sind vom Eigentümer demnach hinzunehmen, solange sie nicht wesentlich sind, während Umgestaltungen schlechthin verboten sind.¹²⁴ Dieses Umgestaltungs- und Veränderungsverbot wird eingeschränkt durch § 1037 Abs. 2 BGB, wonach der Nießbraucher neue Anlagen zur Gewinnung von gewissen Bodenbestandteilen errichten darf, sofern nicht die wirtschaftliche Bestimmung des Grundstücks dadurch wesentlich verändert wird; dabei müssen die errichteten Anlagen zur Gewinnung selbst erforderlich sein.¹²⁵ Während die Regelung des § 1036 Abs. 2 BGB die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechterhalten soll, sichert § 1037 Abs. 1 BGB die Sache in ihrer körperlichen Beschaffenheit.¹²⁶

Es soll hierdurch sichergestellt werden, dass dem Eigentümer die Substanz der Sache so, wie sie bei Begründung des Nießbrauchs war, unverändert erhalten bleibt.¹²⁷ Nach Ansicht *Franks* ist das Verhältnis zwischen § 1036 Abs. 2 BGB und § 1037 Abs. 1 BGB dadurch charakterisiert, dass die dem Nießbraucher gem. § 1037 Abs. 1 BGB untersagten Handlungen eine Bestimmung der auf-

rechtzuerhaltenden Beschaffenheit der Sache voraussetzen, die wiederum sich nach der wirtschaftlichen Zweckbestimmung gem. § 1036 Abs. 2 BGB richtet, woraus folgte, dass die Umgestaltung oder wesentliche Änderung der Sache vor dem Hintergrund der Aufrechterhaltung dieser Zweckbestimmung zu beurteilen wäre.¹²⁸

In jedem Fall als Verstoß gegen § 1037 Abs. 1 BGB unzulässig ist die Umgestaltung einer größeren Wohnung in mehrere kleinere.¹²⁹ Im vom BGH entschiedenen Fall ging es um umfangreiche Umbauarbeiten (Änderung und Ergänzung der Sanitär-, Elektro- und Heizungsinstallationen; Beseitigen und Einbau von Türöffnungen u.a.m.), welche die Nießbraucherin hatte vornehmen lassen. Solchen nicht unbedeutenden Eingriffen in die bauliche Substanz eines Bauwerkes stünde § 1037 Abs. 1 BGB entgegen.¹³⁰ Unerhebliche Veränderungen wie ein anderer Anstrich, Verputz oder eine andere Dacheindeckung hingegen erfüllen schon die Tatbestandsmerkmale der Umgestaltung oder wesentlichen Veränderung nicht und sind daher zulässig.¹³¹ Ebenfalls regelmäßig zulässig sind Maßnahmen, die öffentlich-rechtlich geboten oder zumindest empfohlen sind, wie etwa zum Schallschutz oder zur Energieeinsparung, wenn hierdurch Interessen des Eigentümers nicht beeinträchtigt werden.¹³²

b) Möglichkeiten der Gestaltung: Gebäudeerrichtungsrecht des Nießbrauchers?

Nach hM sind die Pflichten des Nießbrauchers aus § 1037 Abs. 1 BGB nicht mit dinglicher Wirkung abdingbar.¹³³ Zutreffend ist dies insofern, als § 1037 Abs. 1 BGB den Grundsatz der Substanzerhaltung der mit dem Nießbrauch belasteten Sache ausdrückt und es diesem Grundsatz widersprechen würde, dem Nießbraucher zu gestatten, die Sache beliebig umzugestalten oder zu verändern.¹³⁴ Die für die Praxis bedeutsame Frage ist jedoch, ob § 1037 Abs. 1 BGB dann einer Vereinbarung zugänglich sein kann, wenn es um die Gestattung werterhöhender Umgestaltungen oder Veränderungen geht, die sich im Rahmen des § 1036 Abs. 2 BGB bewegen. Ein wichtiger Anwendungsfall ist dabei die Vereinbarung eines Gebäudeerrichtungsrechts für den Nießbraucher mit dinglicher Wirkung.

Das KG hat eine Vereinbarung, dass der Nießbraucher berechtigt sein sollte, ein Gebäude nebst den dazu erforderlichen Anlagen, wie Hof, Parkplätzen und Zufahrtswegen, in Ausübung seines Nießbrauchs sachgemäß zu errichten, als eine unzulässige Abbedingung des § 1037 Abs. 1 BGB angesehen.¹³⁵ Eine Umgestaltung oder wesentliche Veränderung sei dem Nießbraucher selbst dann untersagt, wenn hiermit eine Wert- oder Ertragssteigerung der Sache einherginge; zum Schutz eines Rechtsnachfolgers des den Nießbrauch bestellenden Eigentümers sei die Substanzerhaltung rein objektiv zu bestimmen und keiner Vereinbarung zugänglich.¹³⁶ Das

123 Die vollständig abdingbare Regelung des § 1045 BGB enthält keine Verpflichtung des Nießbrauchers zum Abschluss einer Personen- oder Haftpflichtversicherung (MüKoBGB/Pohlmann § 1045 Rn. 1 f.).

124 BeckOK BGB/Wegmann § 1037 Rn. 3.

125 Palandt/Bassenge BGB § 1037 Rn. 2; aA (§ 1037 Abs. 2 BGB keine Ausnahme zu § 1037 Abs. 1 BGB) Staudinger/Frank § 1037 Rn. 7.

126 Staudinger/Frank § 1037 Rn. 1.

127 KG DNotZ 1992, 675 (676).

128 Staudinger/Frank § 1037 Rn. 1.

129 BGH NJW 1983, 932.

130 BGH NJW 1983, 932.

131 Staudinger/Frank § 1037 Rn. 2; BeckOK BGB/Wegmann § 1037 Rn. 4.

132 MüKoBGB/Pohlmann § 1037 Rn. 5.

133 BayObLGZ 1977, 205; LG Köln MittRhNotK 1986, 24; KG DNotZ 1992, 675; Palandt/Bassenge BGB § 1037 Rn. 1.

134 Staudinger/Frank § 1037 Rn. 4.

135 KG DNotZ 1992, 675 (677).

136 KG DNotZ 1992, 675 (676 f.).

den Nießbraucher treffende Gebot der Substanzerhaltung sei das Korrelat dafür, dass der Eigentümer sein umfassendes Nutzungsrecht an der Sache einbüßt, weshalb die Substanzerhaltungspflicht des § 1037 Abs. 1 BGB zum unabdingbaren Wesenskern des Nießbrauchs gehöre.¹³⁷

Aus der umfassenden Kritik *Franks*¹³⁸ an der Entscheidung des KG sollen hier nur einige Aspekte hervorgehoben werden: Zunächst erscheint es widersprüchlich, beim Nießbrauch als dem umfassendsten beschränkten dinglichen Recht eine Gebäudeerrichtung in Ausübung des Rechts als unzulässig abzulehnen, während ein Gebäudeerrichtungsrecht als zulässiger Inhalt einer Dienstbarkeit seit langem anerkannt ist.¹³⁹ Was bei dem weniger umfassenden Recht ohne weiteres zulässigerweise vereinbart werden kann, muss erst recht ein möglicher dinglicher Inhalt des stärkeren Rechts sein.¹⁴⁰ Akzeptierte man das Bebauungsrecht des Nießbrauchers nicht als Gegenstand einer Vereinbarung über den dinglichen Inhalt des Nießbrauchs, so könnte erwogen werden, neben dem Nießbrauch im Gleichrang eine Dienstbarkeit zu bestellen, welche die gewünschte Bebauung zum Gegenstand hat. Dies dürfte jedoch dem Grundsatz widersprechen, dass die Nutzungsbefugnis eines Grundstücks nur entweder durch einen Nießbrauch oder eine Dienstbarkeit begründet werden kann;¹⁴¹ tatsächlich handelt es sich schließlich um ein und dasselbe umfassende Nutzungsrecht, das künstlich in einen Nießbrauchs- und einen Dienstbarkeitsteil aufgespalten würde.

Gem. § 95 Abs. 1 S. 2 BGB gehört ein Gebäude oder anderes Werk, das in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden worden ist, nicht zu den Bestandteilen eines Grundstücks. Die Norm begründet demnach eine Ausnahme zu dem Grundsatz des § 94 Abs. 1 S. 1 BGB, dass zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude, gehören. Im Rahmen des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB wird jedoch davon ausgegangen, dass dingliches Recht im Sinne dieser Vorschrift auch der Nießbrauch ist.¹⁴² Hielte man ein Bebauungsrecht des Nießbrauchers für schlechthin unvereinbar mit dem dinglichen Inhalt des Nießbrauchs, so könnte ein Nießbrauch nicht den Tatbestand des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB erfüllen, wofür jedoch keine Anhaltspunkte bestehen; es kann nicht im Rahmen des § 1037 BGB unzulässig sein, was im Rahmen des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB als zulässig angesehen wird.

Das KG sieht in der Vorschrift des § 1037 Abs. 2 BGB eine Ausnahme zu § 1037 Abs. 1 BGB.¹⁴³ Nach anderer Ansicht handelt es sich hingegen um keine Ausnahme; die Bedeutung der Vorschrift liege vielmehr darin, dass bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 1037 Abs. 2

BGB der Nießbraucher auch ohne ausdrückliche Vereinbarung gewisse Anlagen errichten darf.¹⁴⁴

Aufbauend auf diesem Verständnis ergibt sich folgende Systematik des § 1037 BGB und dessen Abänderbarkeit hinsichtlich eines Gebäudeerrichtungsrechts des Nießbrauchers: Grundsätzlich verbietet § 1037 Abs. 1 BGB als Sonderregel die Bebauung durch den Nießbraucher, die ohne die Existenz dieser Vorschrift als Bestandteil des umfassenden Nutzungsrechts ohne weiteres zulässig wäre, und schließt damit zunächst auch aus, dass ein Nießbrauch zur Rechtsfolge des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB hinsichtlich des Eigentums am Gebäude führt. Nicht vom Nießbrauch umfasst ist das Gebäudeerrichtungsrecht auch in dem Fall, dass die Parteien der Nießbrauchbestellung eine Bebauung nach ihren subjektiven Vorstellungen in Betracht ziehen, etwa weil es sich bei dem belasteten Grundstück um einen Bauplatz handelt. Diese subjektive Vorstellung der Parteien allein reicht nicht aus, um ein Bebauungsrecht als dinglichen Inhalt des Nießbrauchs zu begründen, da in diesem Fall die Erkennbarkeit des Rechtsinhalts für Dritte fehlt.

Im Sinne der Transparenz des dinglichen Rechts problematisch ist nicht grundsätzlich das Einfließen subjektiver Elemente in den Gehalt des Rechts;¹⁴⁵ wäre dies so, müsste eine Modifikation des Rechts überhaupt unzulässig sein. Problematisch ist hingegen die fehlende Erkennbarkeit einer Modifikation für Dritte. Dies spricht dafür, dass eine explizite Vereinbarung zwischen Besteller und Nießbraucher über das Gebäudeerrichtungsrecht als Inhalt des Nießbrauchs notwendig, aber auch hinreichend ist. Dass das Risiko eines Rechtsnachfolgers des den Nießbrauch bestellenden Eigentümers, die Sache in verändertem Zustand zurückzuerhalten, damit „nicht übersehbar“¹⁴⁶ wird, dürfte im Falle einer ausdrücklichen Vereinbarung des Bebauungsrechts als Inhalt des Nießbrauchs ausgeschlossen sein, da der die Eintragungsbewilligung in Bezug nehmende Grundbuchinhalt hierüber zuverlässig Auskunft gibt. Erachtet man somit die Modifikation des § 1037 Abs. 1 BGB hinsichtlich des Bebauungsrechts grundsätzlich für zulässig, so lässt sich auch die Frage, wie weit diese Änderungen gehen dürfen, beantworten: Maßstab für die inhaltliche Zulässigkeit der abweichenden Vereinbarung ist dann § 1036 Abs. 2 BGB, so dass solche Vereinbarungen getroffen werden können, welche die Grenzen der Ausübung des Nutzungsrechts aus § 1036 Abs. 2 BGB beachten.¹⁴⁷ Hierdurch ist auch dem Schutz eines späteren Eigentümers Rechnung getragen, zumal bei einem Verstoß gegen § 1036 Abs. 2 BGB Schadensersatzansprüche aus § 280 BGB des Eigentümers gegen den Nießbraucher entstehen.

3. Die Erhaltung der Sache und die Tragung der Lasten

a) Gesetzliche Regelung

Die Regelungen des Begleitschuldverhältnisses zur Erhaltung der Sache und zur Tragung der auf der Sache

137 KG DNotZ 1992, 675 (676 f.).

138 DNotZ 1992, 678.

139 So schon BGH NJW 1959, 670 (671): „Gegen die Zulässigkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit des Inhalts, daß dem Berechtigten das alleinige Recht eingeräumt wird, auf dem zu belastenden Grundstück eine Tankstelle zu errichten und zu betreiben, und daß auf dem Grundstück keine Tankstelle von Konkurrenzunternehmen errichtet werden darf, bestehen keine Bedenken“.

140 *Frank* DNotZ 1992, 678 (681).

141 Vgl. *Frank* DNotZ 1992, 678 (679); eingehend *Ertl* MittBayNot 1988, 53.

142 Vgl. nur *MüKoBGB/Stresemann* § 95 Rn. 23 mwN.

143 KG DNotZ 1992, 675 (676).

144 *Staudinger/Frank* § 1037 Rn. 7; vgl. auch *MüKoBGB/Pohlmann* § 1037 Rn. 7: Maßnahmen, welche die wirtschaftliche Bestimmung der Sache nicht umgestalten oder wesentlich verändern, seien ohnehin zulässig.

145 Restriktiver insoweit offenbar das KG DNotZ 1992, 675 (676).

146 KG DNotZ 1992, 675 (676).

147 *Staudinger/Frank* § 1037 Rn. 5; *BeckOK BGB/Wegmann* § 1037 Rn. 7.

ruhenden Lasten finden sich insbesondere in §§ 1041, 1047 BGB. Zusammenfassend lässt sich der Regelungsgehalt dieser Normen so charakterisieren, dass § 1041 BGB die Tragung der tatsächlichen Lasten regelt, § 1047 BGB hingegen die Tragung der rechtlichen Lasten.

aa) § 1041 BGB

§ 1041 S. 1 BGB ergänzt und konkretisiert die Pflichten aus § 1036 Abs. 2 BGB zur Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Bestimmung der Sache und zur ordnungsmäßigen Wirtschaft, indem der Nießbraucher zur Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand verpflichtet wird.¹⁴⁸ Seiner Pflicht zur Bestandserhaltung kommt der Nießbraucher dadurch nach, dass er die erforderlichen Handlungen entweder selbst vornimmt oder diese auf seine Kosten vornehmen lässt.¹⁴⁹ Die wirtschaftliche Bestandserhaltung umfasst bspw. die Fütterung der Tiere, die Erhaltung von landwirtschaftlichen Flächen in kultiviertem Zustand, die Nachpflanzung des Waldes und die Wiederaufforstung nach einem gestatteten Kahlschlag.¹⁵⁰

§ 1041 S. 2 BGB begrenzt die Pflichten des Nießbrauchers aus § 1041 S. 1 BGB, indem er dem Nießbraucher die Ausbesserungen und Erneuerungen, die zur wirtschaftlichen Bestandserhaltung erforderlich sind, nur auferlegt, soweit sie zur gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören. Entscheidend für den Umfang der Pflichten ist demnach das Merkmal der gewöhnlichen Unterhaltungsmaßnahme. Eine solche liegt allgemein dann vor, wenn sie bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung regelmäßig, und zwar wiederkehrend innerhalb kürzerer Zeitabstände zu erwarten ist.¹⁵¹ Zusätzliches Kriterium zur Beurteilung, ob eine Unterhaltungsmaßnahme gewöhnlich ist, ist deren Umfang,¹⁵² wobei die Frage, welche Maßnahmen sich aus den Erträgen bezahlen lassen, die das Objekt im Laufe mehrerer Jahre abwirft, nicht ausschlaggebend für die Abgrenzung der gewöhnlichen von den außergewöhnlichen Erhaltungskosten sein soll.¹⁵³

Wird die Unterhaltungsmaßnahme durch ein zufälliges Ereignis, etwa auch durch das Verhalten Dritter, notwendig, so ist sie nicht schon deshalb außergewöhnlich.¹⁵⁴ Gewöhnliche Unterhaltung der Sache iSd § 1041 S. 2 BGB liegt bspw. vor bei normalen Verschleiß- und Schönheitsreparaturen, laufenden Anstricharbeiten und der Erneuerung einzelner zerbrochener Fensterscheiben;¹⁵⁵ keine gewöhnliche Unterhaltung hingegen ist etwa die Erneuerung von Heizungs- oder elektrischer Anlage eines Gebäudes, der Einbau einer Wärmedämmung am Dach, der Einbau von Isolierverglasung im gesamten Gebäude, das Wiederherrichten verwohnter Mieträume, die vollständige Dachsanierung nach Ablauf der Lebensdauer, der Wiederaufbau eines Hauses, die Neubestockung eines gerodeten Weinberges.¹⁵⁶

Aus der Feststellung, dass den Nießbraucher eine Erhaltungsmaßnahme nicht trifft, da sie als außergewöhnlich iSv § 1041 S. 2 BGB anzusehen ist, folgt nicht im Gegenzug, dass der Eigentümer gegenüber dem Nießbraucher verpflichtet wäre, diese Maßnahme zu übernehmen,¹⁵⁷ was insbesondere im Fall des Versorgungsnießbrauchs den Nießbraucher in eine wirtschaftlich problematische Lage bringen kann.

Der Nießbraucher ist dann jedoch berechtigt, die außergewöhnliche Unterhaltungsmaßnahme, zu der er nicht verpflichtet wäre, selbst durchzuführen und darf hierzu gem. § 1043 BGB im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft auch Bestandteile verwenden, die keine Früchte oder Übermaßfrüchte sind.¹⁵⁸ Macht der Nießbraucher im Zuge einer solchen von ihm nicht geschuldeten Selbstvornahme Verwendungen auf die Sache, so richtet sich gem. § 1049 Abs. 1 BGB die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Die Position des Nießbrauchers ist demnach insoweit schwächer als etwa die des Mieters, der Verwendungsersatz gem. § 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB verlangen kann, oder des gutgläubigen unverklagten Besitzers gegenüber dem Eigentümer, dem der Anspruch aus §§ 994 Abs. 1, 995 f. BGB zusteht.¹⁵⁹ Darüber hinaus dürfte einem Ersatzanspruch des Nießbrauchers in der Praxis in den für den Nießbraucher besonders bedeutsamen Fällen, nämlich einer Notwendigkeit des Wiederaufbaus von Gebäuden oder der Erneuerung von für die Bewohnbarkeit wichtigen Einrichtungen wie elektrischer oder Heizungsanlage, der vorrangig zu berücksichtigende¹⁶⁰ wirkliche Wille des Eigentümers als Geschäftsherrn entgegenstehen: Es erscheint schwerlich vorstellbar, dass der Eigentümer die genannten, in der Regel aufwendigen und für das Grundstück langfristig folgeschweren Maßnahmen selbst nicht vornehmen möchte, es aber seinem Willen entspricht, dass der Nießbraucher diese für ihn vornimmt. Der mutmaßliche Wille des Geschäftsherrn ist nur heranzuziehen, wenn der wirkliche nicht ermittelt werden kann;¹⁶¹ auch dies wird in den genannten Konstellationen praktisch kaum jemals der Fall sein.

Im Zusammenhang mit § 1041 BGB ist die Regelung des § 1050 BGB zu sehen, wonach der Nießbraucher Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache, die durch ordnungsgemäße Ausübung des Nießbrauchs herbeigeführt werden, nicht zu vertreten hat. Zum Verhältnis der beiden Vorschriften hat der BGH entschieden, dass § 1050 BGB keine eigenständige Regelung zu den Instandhaltungspflichten des Nießbrauchers treffe, sondern den Eigentümer neben dem Risiko einer zufälligen Beschädigung oder Zerstörung der Sache mit deren im Lauf der Zeit allmählich eintretenden Kapitalminderung belaste.¹⁶² Die Regelung des § 1050 BGB beinhalte lediglich die Klarstellung, dass den Nießbraucher keine Kapitalerhaltungspflicht trifft, er also nicht für Verschlechterungen der Sache haftet, die trotz Durchführung der gesetzlich geschuldeten Erhaltungsmaßnahmen eintreten.¹⁶³ Mit anderen Worten kann sich der Nießbraucher im Rahmen der gesetzlichen

148 MüKoBGB/Pohlmann § 1041 Rn. 1.

149 Palandt/Bassenge BGB § 1041 Rn. 2; Staudinger/Frank § 1041 Rn. 2.

150 Staudinger/Frank § 1041 Rn. 10, mwN.

151 BGH NJW-RR 2003, 1290 (1291) = DNotZ 2004, 140 (141).

152 MüKoBGB/Pohlmann § 1041 Rn. 4; Staudinger/Frank § 1041 Rn. 5.

153 BGH DNotZ 1995, 699 (702) = MittRhNotK 1993, 257 (258), zu § 2124 BGB.

154 MüKoBGB/Pohlmann § 1041 Rn. 4; Staudinger/Frank § 1041 Rn. 5.

155 Frank MittBayNot 2008, 79.

156 Palandt/Bassenge BGB § 1041 Rn. 5; Staudinger/Frank § 1041 Rn. 11, jeweils mwN.

157 BGH NJW 1969, 1847 (1848).

158 Palandt/Bassenge BGB § 1043 Rn. 1.

159 Staudinger/Frank § 1049 Rn. 1.

160 Vgl. BeckOK BGB/Gehrlein § 683 Rn. 3.

161 BeckOK BGB/Gehrlein § 683 Rn. 3.

162 BGH NJW 2009, 1810 (1811).

163 BGH NJW 2009, 1810 (1811).

Lastenverteilung nicht unter Berufung auf § 1050 BGB von denjenigen Pflichten befreien, die ihm nach § 1041 BGB auferlegt sind.¹⁶⁴

bb) § 1047 BGB

(1) Allgemeines

§ 1047 BGB regelt die Frage, wer im Verhältnis von Eigentümer und Nießbraucher die öffentlichen und privatrechtlichen Lasten der Sache zu tragen hat. Nach dem Sinn der gesetzlichen Regelung sollen dem Nießbraucher die Nutzungen nur insoweit zustehen, als sie bei ordnungsmäßiger Wirtschaft den Reinertrag bilden.¹⁶⁵ Der Umfang einer dem Grunde nach bestehenden Lastentragungspflicht des Nießbrauchers ist jedoch unabhängig von der Höhe der tatsächlich gezogenen Nutzungen,¹⁶⁶ so dass der Nießbraucher Zahlungspflichten erforderlichenfalls aus seinem sonstigen Vermögen bestreiten muss. Dieser Folge kann der Nießbraucher für die Zukunft durch einen Verzicht auf den Nießbrauch entgegen; von bereits entstandenen Lasten wird er durch die Aufgabe des Rechts jedoch nicht befreit.¹⁶⁷ Zu beachten ist auch, dass etwaige schuldrechtliche Verpflichtungen aus dem der Bestellung des Nießbrauchs zugrunde liegenden Kausalgeschäft von der Aufgabe des dinglichen Rechts unberührt bleiben; sofern insoweit keine einseitige Aufgabebefugnis vereinbart wurde, ist zusätzlich ein Erlassvertrag nach § 397 BGB erforderlich.¹⁶⁸

Die Lastenverteilung des § 1047 BGB regelt ausschließlich das Innenverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher;¹⁶⁹ Gläubiger der von § 1047 BGB erfassten Lasten erlangen aufgrund der Norm kein eigenes Forderungsrecht gegen den Nießbraucher. Entsprechend kann der im Außenverhältnis verpflichtete Eigentümer dem Gläubiger nicht entgegenhalten, er sei von der Zahlungspflicht frei, da diese gem. der Lastenverteilung des § 1047 BGB den Nießbraucher treffe.¹⁷⁰ Der Eigentümer kann aber vom Nießbraucher Zahlung unmittelbar an den Gläubiger der jeweiligen Last – an sich selbst hingegen nur, wenn der Nießbraucher seine Zahlungspflicht nicht erfüllt und der Eigentümer statt seiner gezahlt hat – verlangen, die Zahlung durch den Nießbraucher führt zum Erlöschen der Forderung.¹⁷¹

(2) Öffentliche Lasten

Zu den auf der Sache ruhenden öffentlichen Lasten zählen bspw. Grund- und Gebäudesteuern oder Gebühren für Kanalisation, Straßenreinigung, Müllabfuhr und Schornsteinfeger;¹⁷² eine dingliche Haftung des Grundstücks ist für diese Art der Lasten oftmals gegeben, jedoch keine notwendige Voraussetzung.¹⁷³ Im Umkehrschluss zur Regelung des § 1047 Hs. 2 BGB, wonach die privatrechtlichen Lasten nur vom Nießbraucher zu tragen sind, soweit sie schon zur Zeit der Bestellung des

Nießbrauchs auf der Sache ruhen, gilt für die öffentlichen Lasten, dass der Nießbraucher sie unabhängig davon, ob sie bei Nießbrauchsbeginn bereits bestanden oder erst später entstanden sind, zu tragen hat.¹⁷⁴ Alle Lasten, die an die Person des Verpflichteten anknüpfen, nicht an die Sache, wie etwa die frühere Vermögenssteuer, fallen hingegen von vornherein nicht in den Regelungsbereich des § 1047 BGB und sind damit vom Nießbraucher aufgrund der Vorschrift nicht zu tragen.¹⁷⁵

Nicht zu tragen hat der Nießbraucher nach dem gesetzlichen Wortlaut die außerordentlichen öffentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind. Der BGH hat zu § 2126 BGB, der für das Verhältnis zwischen Vor- und Nacherben die Verteilung der außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Erbschaftsgegenstände gelegt anzusehen sind, regelt, entschieden, dass eine Last außerordentlich ist, wenn sie nicht regelmäßig wiederkehrt, sondern als eine ausnahmsweise einmalige Leistung erbracht werden muss; auf den Stammwert gelegt sei die Last, wenn sie aus der Substanz und nicht aus den Erträgen zu leisten ist.¹⁷⁶ Unabhängig von der Frage, ob dem Tatbestandsmerkmal „auf den Stammwert der Sache gelegt“ neben dem Merkmal der „außerordentlichen Lasten“ überhaupt eigenständige Bedeutung zukommt,¹⁷⁷ besteht Einigkeit darüber, dass maßgeblich für die Abgrenzung der Ordentlichkeit von der Außerordentlichkeit das Kriterium der ständigen Wiederkehr der Last ist.¹⁷⁸ Danach sind vom Eigentümer insbesondere Anlieger- und Erschließungsbeiträge zu zahlen, außerdem der Umlegungsbeitrag sowie ein Ausgleichsbeitrag nach BauGB.¹⁷⁹ Für Beiträge nach § 19 Flurbereinigungsgesetz (FlurbG) enthält § 69 FlurbG eine gegenüber § 1047 BGB vorrangige Sonderregelung bezüglich der Lastenverteilung.¹⁸⁰

(3) Private Lasten

Hinsichtlich privater Lasten differenziert die gesetzliche Regelung nicht zwischen ordentlichen und außerordentlichen Lasten, mit der Folge, dass der Nießbraucher diese unabhängig davon zu tragen hat, ob diese als ordentlich oder außerordentlich anzusehen sind; erforderlich ist jedoch, dass diese Lasten schon zur Zeit der Bestellung auf der Sache ruhen. Das Merkmal des „Ruhens auf der Sache“ ist dahingehend zu verstehen, dass es sich bei den von § 1047 BGB erfassten nur um dingliche Rechte handeln kann, aus denen die Zwangsvollstreckung in die Sache betrieben werden kann.¹⁸¹ Hierzu gehören neben den ausdrücklich genannten Zinsen der Hypothekenforderungen und Grundschulden und den aufgrund einer Rentenschuld zu entrichtenden Leistungen auch die Einzeleinstellungen von Reallasten, die Überbau- und Notwegrenten, die Leistungen nach § 1022 BGB¹⁸² und der Erbbauzins, auch falls dieser ausnahmsweise nicht durch eine Reallast gesichert sein sollte.¹⁸³

164 Promberger MittBayNot 2010, 22 (24).

165 MüKoBGB/Pohlmann § 1047 Rn. 1.

166 Staudinger/Frank § 1047 Rn. 4.

167 MüKoBGB/Pohlmann § 1047 Rn. 15.

168 BeckNotar-HdB/Herrler, 6. Aufl. 2015, A. V. Rn. 290.

169 Palandt/Bassenge BGB § 1047 Rn. 1.

170 Amann DNotZ 1989, 531 (538), zur Grundsteuerpflicht ggü. der Gemeinde.

171 Staudinger/Frank § 1047 Rn. 7.

172 Schippers MittRhNotK 1996, 197 (201).

173 Staudinger/Frank § 1047 Rn. 8.

174 MüKoBGB/Pohlmann § 1047 Rn. 6.

175 Palandt/Bassenge BGB § 1047 Rn. 2.

176 BGH NJW 1956, 1070.

177 Dagegen BeckOK BGB/Wegmann § 1047 Rn. 5.

178 Vgl. BeckOK BGB/Wegmann § 1047 Rn. 5; MüKoBGB/Pohlmann § 1047 Rn. 7; Palandt/Bassenge BGB § 1047 Rn. 2; Staudinger/Frank § 1047 Rn. 10.

179 MüKoBGB/Pohlmann § 1047 Rn. 7.

180 Staudinger/Frank § 1047 Rn. 12.

181 Staudinger/Frank § 1047 Rn. 14.

182 Palandt/Bassenge BGB § 1047 Rn. 3.

183 Staudinger/Frank § 1047 Rn. 28.

Eindeutig ist die Lastentragungspflicht des Nießbrauchers in dem Fall, dass die zugrundeliegende Last bereits bei Bestellung des Nießbrauchs bestand, Zweifel können hingegen bei erst später entstehenden Rechten bestehen. Für den Fall, dass bei Bestellung des Nießbrauchs bereits eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld im Grundbuch eingetragen ist, hat der Nießbraucher die Zinsen des später bestellten eingetragenen Grundpfandrechts zu tragen;¹⁸⁴ dies ergibt sich ohne weiteres aus § 883 Abs. 3 BGB.

Denn diese Norm bewirkt, dass die spätere Rechtsänderung mit dem Rang im Grundbuch eingetragen wird, den die Vormerkung innehat, das Recht wird demnach so behandelt, als ob es zum Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung bereits eingetragen worden wäre.¹⁸⁵ Wäre das Recht aber bereits vor Bestellung des Nießbrauchs eingetragen gewesen, so hätte der Nießbraucher nach der gesetzlichen Regelung die Lasten zu tragen gehabt. Anders stellt sich dies für den Fall eines Rangvorbehaltes oder Rangrücktritts des Nießbrauchers hinter ein Grundpfandrecht dar. Ein Rangrücktritt des Nießbrauchers hinter ein später neu bestelltes Grundpfandrecht kann nicht zur Folge der Lastentragungspflicht des Nießbrauchers gem. § 1047 BGB führen. Denn der Rangrücktritt des Nießbrauchers hinter ein später bestelltes Grundpfandrecht ist zumeist ein Entgegenkommen des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer, der ohne das erst- oder jedenfalls gegenüber dem Nießbrauch vorrangige Grundpfandrecht keine angemessene Finanzierung durch ein Kreditinstitut erhält.¹⁸⁶

Dies sagt jedoch noch nichts darüber aus, ob der Eigentümer hiermit auch im Innenverhältnis zwischen ihm und dem Nießbraucher dadurch zusätzlich begünstigt werden soll, dass der Nießbraucher nun die Lasten gem. § 1047 BGB trägt. Dies gilt umso mehr, als eine Anwendung des § 1047 BGB auf später bestellte Grundpfandrechte ausdrücklich vereinbart werden kann, etwa um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass mit Darlehensmitteln, die durch das Grundpfandrecht gesichert werden, ertragsverbessernde Investitionen in das Grundstück getätigt werden.¹⁸⁷ Unterbleibt eine solche Vereinbarung, so hat der Nießbraucher die Lasten aus dem später bestellten Grundpfandrecht bei einem Rangrücktritt nicht zu tragen. Nichts anderes kann in dem Fall gelten, dass der Vorrang eines später bestellten Grundpfandrechts nicht auf einem Rangrücktritt, sondern auf einem Rangvorbehalt beruht.¹⁸⁸ Denn der Rangvorbehalt als Gestaltungsmittel bei der Bestellung eines Vorbehaltsnießbrauchs im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge ist ein antizipierter Rangrücktritt, der in dieser Konstellation allein dazu dient, dem Eigentümer die grundpfandrechtsgesicherte Finanzierung durch Kreditinstitute zu ermöglichen. Keine Aussage lässt sich aus dem Rangvorbehalt hingegen zu der Frage der Lastenverteilung zwischen Eigentümer und Nießbraucher ableiten, so dass auch hier gilt, dass das später bestellte Grundpfandrecht nur dann zur Folge der Lastentragungspflicht des Nieß-

brauchers führen kann, wenn dies ausdrücklich vereinbart wurde.

Angesichts der tatsächlichen weitgehenden Ersetzung der Hypothek durch die Sicherungsgrundschuld als Kreditsicherungsmittel stellt sich die Frage, ob die Regelung des § 1047 BGB über die Pflicht zur Tragung der (gesamten) Grundschuldzinsen eine angemessene Lastenverteilung zwischen Eigentümer und Nießbraucher darstellt. Dies erscheint deshalb problematisch, da für die Grundschuld selbst ein Zins vereinbart ist, der in aller Regel weit über dem tatsächlich geschuldeten Kreditzins liegt.¹⁸⁹ Müsste der Nießbraucher die gesamten Grundschuldzinsen übernehmen, so wäre der Eigentümer über den eigentlich von § 1047 BGB vorgesehenen Rahmen entlastet, da die gezahlten „überschießenden“ Zinsen nach dem Inhalt des Sicherungsvertrages als Tilgungsleistungen zu behandeln sind.¹⁹⁰ Da der Gesetzgeber des § 1047 BGB diese Besonderheiten der Sicherungsgrundschuld – mangels damaliger Existenz des Sicherungsmittels in dieser Form – nicht berücksichtigen konnte, ist die Norm im Hinblick auf die Zinsen der Grundschuld einschränkend auszulegen, und zwar dahingehend, dass der Nießbraucher nur diejenigen Zinsen zu zahlen hat, die der Höhe der Zinsen der gesicherten Forderung entsprechen.¹⁹¹

Besteht der Nießbrauch an einem Wohnungseigentum, so ist zu beachten, dass die Pflicht zur Tragung der Lasten aus § 16 Abs. 2 WEG im Außenverhältnis gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft alleine den Eigentümer trifft.¹⁹² Es handelt sich bei diesen Lasten auch nicht um eine private Last iSv § 1047 BGB.¹⁹³ Dies ist folgerichtig, da das in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG enthaltene Vorrecht kein dingliches Recht der Wohnungseigentümergeinschaft begründet,¹⁹⁴ von § 1047 BGB hinsichtlich privater Lasten jedoch nur dingliche Rechte erfasst sind. Soweit unter die privatrechtlichen Lasten iSd § 16 Abs. 2 WEG etwa auch Zinsen und Tilgungsleistungen von Grundpfandrechten fallen, wenn das Pfandrecht alle Wohnungseinheiten belastet,¹⁹⁵ gilt nichts anderes, da die Verpflichtung sich auch in diesem Fall nicht unmittelbar aus dem Grundpfandrecht und dessen Verzinsung ergibt, sondern aus der – gewissermaßen zwischengeschalteten – Regelung des § 16 Abs. 2 WEG. Es kann sich aber nach Auffassung des BGH aufgrund des gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Nießbraucher und dem Eigentümer eine Verpflichtung des Nießbrauchers zur Kostentragung ergeben.¹⁹⁶ Die Lastenverteilung zwischen Nießbraucher und Eigentümer richtet sich im Rahmen des Begleitschuldverhältnisses jedoch mangels Anwendbarkeit dieser Norm nicht nach § 1047 BGB, sondern nach § 1041 BGB. Soweit demnach § 1041 BGB nach seinem Tatbestand solche Lasten und Kosten umfasst, die von § 16 Abs. 2 WEG dem Wohnungseigentümer auferlegt werden, erfolgt die Verteilung dieser Lasten und Kosten zwischen Eigentümer und Nießbraucher nach Maßgabe

184 Palandt/Bassenge BGB § 1047 Rn. 3; Staudinger/Frank § 1047 Rn. 14.

185 BeckOK BGB/H.-W. Eckert § 883 Rn. 59.

186 Staudinger/Frank § 1047 Rn. 14.

187 Staudinger/Frank § 1047 Rn. 14.

188 MüKoBGB/Pohlmann § 1047 Rn. 19; aA Palandt/Bassenge BGB § 1047 Rn. 3; Staudinger/Frank § 1047 Rn. 14: ein Rangvorbehalt spreche in der Regel dafür, dass den Nießbraucher insoweit die Lasten gem. § 1047 BGB treffen.

189 Vgl. zur Höhe der Grundschuldzinsen etwa MüKoBGB/Eickmann § 1191 Rn. 45.

190 Staudinger/Frank § 1047 Rn. 21.

191 So im Ergebnis auch BeckOK BGB/Wegmann § 1047 Rn. 9; Staudinger/Frank § 1047 Rn. 21; zu weiteren Einzelfragen bezüglich der Zinszahlungspflicht des Nießbrauchers bei Eigentümergrundschulden, Höchstbetragshypotheken, Gesamthypotheken, nachträglichen Zinserhöhungen und Verzugszinsen vgl. Staudinger/Frank § 1047 Rn. 22 ff.

192 BGH ZEV 2002, 240 (242).

193 Staudinger/Frank § 1047 Rn. 30.

194 BGH NJW 2013, 3515.

195 Vgl. BeckOK BGB/Hügel, WEG § 16 Rn. 4.

196 BGH ZEV 2002, 240 (242).

des § 1041 BGB. Für die in § 16 Abs. 2 WEG genannten Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung, wozu alle Aufwendungen zählen, die den ursprünglichen oder bestehenden Zustand im Sinne einer Pflege erhalten oder einen mangelhaften Zustand beseitigen, insbesondere alle Reparaturmaßnahmen am Gebäude bei Beschädigung durch Brand, Sturm, Wasser oder durch Abnutzung und Alterung des Gebäudes,¹⁹⁷ bedeutet dies, dass diese Kosten vom Nießbraucher bei gesetzlichem Inhalt des Nießbrauchs nur zu tragen sind, soweit es sich nicht um außergewöhnliche Ausbesserungen oder Erneuerungen handelt.

b) Möglichkeiten der Gestaltung

Vereinbarungen über die Erhaltung der Sache und die Lastentragung dürften zu den häufigsten Modifikationen des dinglichen Inhalts des Nießbrauchs gehören. So beruht die geläufige Typisierung einer Gestaltung als Brutto- oder Nettonießbrauch auf einer vertraglichen Abänderung der Regelungen der §§ 1041-1047 BGB. Sowohl die weitgehende Entlastung des Nießbrauchers (Bruttonießbrauch) als auch die zusätzliche Belastung des Nießbrauchers (Nettonießbrauch) sind in ihren Grundtypen erprobt, anerkannt und vielfach dargestellt,¹⁹⁸ so dass hier von einer erneuten Wiedergabe der insoweit unproblematischen Gestaltungen abgesehen werden soll.

aa) Entlastung des Nießbrauchers

Ob die Pflicht des Nießbrauchers zur Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand aus § 1041 S. 1 BGB mit dinglicher Wirkung abbedungen werden kann, ist umstritten.¹⁹⁹ In der Praxis wurde diese Frage etwa im Zusammenhang mit Gestaltungen, welche eine Pflicht des Nießbrauchers, ein mit einem Nießbrauch belastetes Waldgrundstück nach einem gestatteten Kahlhieb wieder aufzuforsten, mit dinglicher Wirkung auszuschließen versuchten, relevant.²⁰⁰ Ihre hauptsächliche Bedeutung dürfte die Modifikation (auch) des § 1041 S. 1 BGB jedoch im Zusammenhang mit der Frage nach der Zulässigkeit der Vereinbarung eines abweichenden Haftungsmaßstabes aufweisen, wenn die Regelung herangezogen wird, um eine Unzulässigkeit der Vereinbarung eines abweichenden Haftungsmaßstabes zu begründen. Diese Frage wird oben²⁰¹ im Kontext der Vereinbarungen über § 1036 Abs. 2 BGB behandelt.

Ein in der Praxis bedeutsames Problem des Nießbrauchs mit gesetzlichem Inhalt und solcher Gestaltungen des Nießbrauchs, die eine Entlastung des Nießbrauchers gegenüber der gesetzlichen Regelung bewirken,²⁰² liegt in der Frage, ob neben der Entlastung des Nießbrauchers auch eine korrespondierende Belastung des Eigentümers mit dinglicher Wirkung vereinbart werden kann. Im Grundsatz ist dabei davon auszugehen, dass die dem

Nießbraucher obliegende Erhaltungs- und Unterhaltungspflicht über die schon von § 1041 S. 2 BGB vorgesehene Beschränkung auf die gewöhnliche Unterhaltung hinaus durch Vereinbarung eingeschränkt werden kann.²⁰³ Hiermit ist jedoch noch nichts zu der Frage gesagt, wer die entsprechenden Maßnahmen, von denen der Nießbraucher – sei es durch Vereinbarung oder aufgrund Gesetzes – entlastet ist, nunmehr vorzunehmen hat. Dem Eigentümer sind diese Pflichten im Verhältnis zum Nießbraucher kraft Gesetzes nicht auferlegt, da den Eigentümer aus der Dienstbarkeit grundsätzlich keine Leistungspflichten treffen. Dies birgt für den Nießbraucher, der bei gesetzlichem Inhalt und erst recht bei einer ihn entlastenden Gestaltung des Nießbrauchs nach Vorstellung der Beteiligten möglichst umfassend gesichert sein soll, Risiken, mit denen er nicht ohne weiteres rechnen dürfte.²⁰⁴

Für ein Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB wird zur weiteren Sicherung des Berechtigten daher oftmals vereinbart, dass der Eigentümer das Gebäude und die dem Wohnrecht unterliegenden Räume und Einrichtungen stets in ordnungsgemäßem, gut bewohnbarem und beheizbarem Zustand zu erhalten habe.²⁰⁵ Dies wird für das Wohnungsrecht gestützt auf § 1021 Abs. 1 S. 1 BGB als zulässig angesehen, so dass den Grundstückseigentümer die Unterhaltungspflicht trifft, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert, und der Grundstückseigentümer auch die außergewöhnlichen Instandsetzungskosten trägt.²⁰⁶ Bei der Unterhaltungspflicht des Eigentümers handelt es sich dann um eine mit dem Wohnungsrecht als Nebenleistungspflicht verbundene unselbständige Reallast, die nicht besonders, sondern zusammen mit dem Wohnungsrecht im Grundbuch eingetragen wird.²⁰⁷ Die Interessenlage bei Vereinbarung eines Wohnungsrechts gem. § 1093 BGB einerseits und eines Nießbrauchs mit gesetzlichem Inhalt oder Entlastung des Nießbrauchers andererseits ist vergleichbar: Der Berechtigte wird oftmals das Belastungsobjekt selbst nutzen, er soll umfassend dinglich gesichert und möglichst auch vor umfangreicheren Zahlungsverpflichtungen geschützt sein, da er über die erforderliche Zahlungsfähigkeit nicht mehr (etwa bei einem Vorbehaltsnießbrauch bei vorweggenommener Erbfolge) oder noch nicht (etwa bei einem Zuwendungsnießbrauch an Minderjährige)²⁰⁸ verfügt. Es kann daher im Rahmen der Gestaltung erwogen werden, dem Nießbraucher einen Anspruch auf Unterhaltung der Sache als dinglichen Inhalt des Rechts einzuräumen.²⁰⁹ Hierfür spricht, dass dem Eigentümer zwar insoweit eine Leistungspflicht auferlegt wird, diese aber keine Hauptpflicht des Eigentümers gegenüber dem Nießbraucher ist.²¹⁰ Stützt man die Zulässigkeit der Vereinbarung über zusätzliche Unterhaltungspflichten des Eigentümers beim Wohnungsrecht auf § 1021 BGB,²¹¹ so ist jedoch frag-

197 BeckOK BGB/Hügel, WEG § 16 Rn. 8.

198 Formulierungsvorschläge für die Grundtypen von Brutto- und Nettonießbrauch und deren Variationen finden sich etwa bei Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl. 2015 Rn. 1208 ff.; BeckNotar-HdB/Herrler, 6. Aufl. 2015, A. V. Rn. 309; WürzNotar-HdB/Holland, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 6 Rn. 53; Schippers MittRhNotK 1996, 197 (203 f.).

199 Vgl. MüKoBGB/Pohlmann § 1041 Rn. 8.

200 Für die Zulässigkeit einer solchen Regelung LG Augsburg MittBayNot 1976, 139; dagegen BayObLGZ 1977, 205.

201 Abschn. C. II. 1. b) cc).

202 Formulierungsvorschlag hierfür bei Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rn. 1211.

203 Staudinger/Frank § 1041 Rn. 8; aA Palandt/Bassenge BGB § 1041 Rn. 4.

204 S.o. Abschn. C. II. 3. a) aa).

205 Vgl. Frank MittBayNot 2008, 79; entsprechender Formulierungsvorschlag bei Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1234.

206 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1251.

207 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1251; MüKoBGB/Jost § 1021 Rn. 2.

208 Zur Frage des Vorliegens eines lediglich rechtlichen Vorteils bei Nießbrauchbestellung für einen Minderjährigen vgl. Staudinger/Frank vor §§ 1030 ff. Rn. 30 ff.

209 Formulierungsvorschlag bei Frank MittBayNot 2008, 79 (80).

210 Frank MittBayNot 2008, 79.

211 So etwa Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1251.

lich, ob dies auch für den Nießbrauch zu gelten hat: Die Vorschrift des § 1021 BGB gilt unmittelbar nur für Grunddienstbarkeiten und somit von der gesetzlichen Systematik her gerade nicht für den Nießbrauch; anders als bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in § 1090 Abs. 2 BGB findet sich bei den Vorschriften zum Nießbrauch auch kein Verweis auf Normen der Grunddienstbarkeit. *Frank*²¹² hingegen stellt darauf ab, dass auch der Nießbrauch eine Dienstbarkeit ist und daher das, was in § 1021 BGB zur Grunddienstbarkeit vereinbart werden kann und beim Wohnungsrecht anerkannt ist, auch beim Nießbrauch nicht unzulässig sein könne. Dies lässt jedoch außer Acht, dass die Vorschriften zur Grunddienstbarkeit systematisch gerade nicht als „allgemeiner Teil“ des Rechts der Dienstbarkeiten ausgestaltet sind, sondern sich auf der Regelungsebene eines Titels und damit gleichrangig zu den weiteren Titeln des Abschnitts 4 des dritten Buches – eben Nießbrauch und beschränkte persönliche Dienstbarkeit – befinden und entsprechend nur kraft ausdrücklicher Verweisung, etwa in § 1092 Abs. 2, gelten. Hinzu kommt, dass ein Wohnungsrecht häufig nur einen Teil des Gebäudes betrifft und in diesem Fall die Ausübung des Wohnungsrechts davon abhängt, dass die übrigen Teile des Gebäudes soweit instandgehalten werden, als sonst die Benutzung des vom Wohnungsrecht betroffenen Gebäudeteils unmöglich wird.²¹³ Dies spricht zusätzlich für eine Vereinbarung der Unterhaltungspflicht des Eigentümers beim Wohnungsrecht, nicht jedoch für eine solche beim Nießbrauch, da nach hM der Nießbrauch nicht zulässigerweise nur an Gebäudeteilen bestellt werden kann.²¹⁴

Da demnach systematische Gründe gegen eine Vereinbarung von Unterhaltungspflichten des Eigentümers gegenüber dem Nießbraucher sprechen,²¹⁵ sollte von einer entsprechenden Gestaltung nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden und bei gegebenem Sicherungsbedürfnis des Nießbrauchers eher auf die ohne weiteres offenstehende Möglichkeit einer schuldrechtlichen Unterhaltungspflicht des Eigentümers mit dinglicher Sicherung durch gesonderte Reallast zurückgegriffen werden.

bb) Belastung des Nießbrauchers

Häufiger als den Nießbraucher entlastende Vereinbarungen dürften in der Praxis Gestaltungen vorkommen, die gegenüber dem gesetzlichen Inhalt eine zusätzliche Belastung des Nießbrauchers vorsehen, da dies oftmals einkommensteuerlich sinnvoll sein wird, um etwa im Rahmen eines Vorbehaltsnießbrauchs die Anerkennung der Lasten als Werbungskosten beim Nießbraucher zu ermöglichen.²¹⁶

Im Hinblick auf die Pflichten des Nießbrauchers aus § 1041 BGB wird im Rahmen eines Nettonießbrauchs zu vereinbaren sein, dass der Nießbraucher auch solche Ausbesserungen und Erneuerungen zu tragen hat, die über die gewöhnliche Unterhaltung hinausgehen; bezüglich § 1047

BGB ist zu regeln, dass der Nießbraucher auch die außerordentlichen Lasten trägt. Wenn es dem Nießbraucher in Abweichung von § 1041 S. 2 BGB obliegt, auch außergewöhnliche Unterhaltungsmaßnahmen durchzuführen, kann er seine Aufwendungen nicht nach § 1049 Abs. 1 BGB ersetzt verlangen;²¹⁷ dies sollte durch die Formulierung, dass Verwendungsersatzansprüche und Wegnahmerechte des Nießbrauchers ausgeschlossen sind, klargestellt werden.

Fraglich ist, ob neben diesen üblichen und allgemein anerkannten Regelungen eines Nettonießbrauchs auch § 1050 BGB mit dinglicher Wirkung abbedungen werden kann und sollte. In der Literatur wird eine Abbedingung der Regelung des § 1050 BGB überwiegend für unzulässig gehalten;²¹⁸ auch das BayObLG²¹⁹ hat eine Vereinbarung, wonach die Pflichten des Nießbrauchers gegenüber der gesetzlichen Regelung des § 1050 BGB erweitert werden sollten, für nicht in das Grundbuch eintragungsfähig erklärt. Der BGH hat sich in seiner Entscheidung vom 23.1.2009 nicht zu der Frage geäußert, ob § 1050 BGB mit dinglicher Wirkung abdingbar ist, da dort ausdrücklich über eine entsprechende schuldrechtliche Vereinbarung entschieden wurde.²²⁰

Für die Praxis geklärt hat der BGH jedoch die Frage nach dem Verhältnis von § 1050 BGB zu § 1041 BGB.²²¹ Wenn demnach § 1050 BGB keine eigenständige Regelung zu den Instandhaltungspflichten des Nießbrauchers trifft, sondern den Eigentümer neben dem Risiko einer zufälligen Beschädigung oder Zerstörung der Sache mit deren im Lauf der Zeit allmählich eintretenden Kapitalminderung belastet,²²² führte eine Abbedingung des § 1050 BGB dazu, dass statt des Eigentümers der Nießbraucher mit dieser Kapitalminderung belastet wird. § 1050 BGB betrifft nur solche Verschlechterungen, die im Rahmen der ordnungsgemäßen Nießbrauchsausübung trotz der nach § 1041 BGB geschuldeten Unterhaltung eingetreten sind und schränkt somit die Pflichten des Nießbrauchers aus § 1041 BGB nicht ein.²²³

Dies muss auch dann gelten, wenn die Pflichten des Nießbrauchers nicht nur die gesetzlichen aus § 1041 BGB sind, sondern wenn diese gegenüber der gesetzlichen Regelung zu Lasten des Nießbrauchers auf die außergewöhnliche Unterhaltung erweitert sind. Allerdings dürfte eine Belastung des Nießbrauchers mit den außergewöhnlichen Unterhaltungsmaßnahmen bereits dazu führen, dass der verbleibende Anwendungsbereich des § 1050 BGB sehr gering wird: Hat der Nießbraucher die dem § 1050 BGB gegenüber vorrangigen außergewöhnlichen Unterhaltungsmaßnahmen iSd § 1041 S. 2 BGB durchzuführen, so werden damit – nicht denknotwendig zwingend, jedoch

212 MittBayNot 2008, 79.

213 MüKoBGB/Jost § 1093 Rn. 9.

214 S. o. C. II. 1. b) aa) (2).

215 Zu einer Vereinbarung, wonach der Eigentümer verpflichtet sein soll, zur Finanzierung von Ausbesserungen und Erneuerungen eines Grundstücks ein Darlehen aufzunehmen, vgl. BayObLGZ 1985, 6 (9); zu Erhaltungs- und Unterhaltungsaufwendungen vgl. LG Bonn RNotZ 2004, 232.

216 Vgl. *Knöchlein* MittBayNot 1995, 345 (346); *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rn. 1215; *Promberger*, MittBayNot 2010, 22 (23).

217 BGH NJW 2009, 1810 (1811).

218 Vgl. Palandt/*Bassenge* BGB § 1041 Rn. 4; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1375; *BeckOK BGB/Wegmann* § 1050 Rn. 4; aA *Promberger* MittBayNot 2010, 22 (26).

219 DNotZ 1986, 151 (153 f.).

220 BGH NJW 2009, 1810 (1812): „Etwas anderes gilt aber für eine nur schuldrechtlich wirkende Vereinbarung, wie sie zwischen den Parteien in dem Vertrag vom April 1971 getroffen worden ist.“ Der BGH konnte die Frage der dinglichen Abdingbarkeit des § 1050 BGB somit offenlassen, vgl. auch *Promberger* MittBayNot 2010, 22 (25); MüKoBGB/*Pohlmann* § 1050 Rn. 3; aA offenbar *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1375, Fn. 55.

221 S. o. Abschnitt C. II. 3. a) aa).

222 BGH NJW 2009, 1810 (1811).

223 Palandt/*Bassenge* BGB § 1050 Rn. 1.

faktisch – auch solche Maßnahmen umfasst sein, die Abnutzung iSv § 1050 BGB wären, gälte die gesetzliche Regelung. Für solche (theoretisch) verbleibenden Abnutzungen, die selbst bei einer den Nießbraucher zusätzlich belastenden Abbedingung des § 1041 S. 2 BGB noch von § 1050 BGB umfasst wären, sollte es bei Geltung des § 1050 BGB bleiben: Auch im Rahmen eines Nettonießbrauchs braucht der Nießbraucher die Sache nicht in neuwertigem Zustand zurückzugeben.²²⁴ Gerade weil § 1050 BGB keine eigenständige Regelung zu den Instandhaltungspflichten des Nießbrauchers trifft, ist seine Abbedingung zur Vereinbarung eines Nettonießbrauchs weder erforderlich noch hinreichend.

Kein notwendiger Bestandteil eines Nettonießbrauchs, jedoch oftmals im Zuge der Vereinbarung eines solchen sinnvoll, sind Regelungen im Hinblick auf bestehende oder noch zu bestellende Grundpfandrechte. So kann mit dinglicher Wirkung vereinbart werden, dass der Nießbraucher neben den gem. § 1047 BGB zu tragenden Zinsen²²⁵ auch die Tilgung von Grundpfandrechten zu übernehmen hat.²²⁶ Als mit dinglicher Wirkung möglich wurden außerdem Vereinbarungen angesehen, wonach vom Nießbraucher an den jeweiligen Eigentümer Leistungen zu erbringen sind; so könne vereinbart werden, der Nießbraucher habe die Nutzungen zu bestimmten Zwecken zu verwenden, insbesondere zur Tilgung von Schulden beim Grundstückseigentümer oder bei einer dritten Person.²²⁷ Von geringer Bedeutung dürfte in der Praxis die Möglichkeit sein, dem Nießbraucher die Entrichtung der Zinsen nachträglich bestellter Grundpfandrechte aufzuerlegen.²²⁸

Nicht Gegenstand von Vereinbarungen über den dinglichen Inhalt des Nießbrauchs, jedoch bei der Vereinbarung eines Nettonießbrauchs oft als begleitende Regelung bedeutsam ist die für den Nießbraucher – gewissermaßen als Korrelat seiner umfassenden Lastentragungspflicht – möglicherweise später entstehende Frage nach der Notwendigkeit, Grundpfandrechte zur Sicherung von für die Finanzierung von Unterhaltungsmaßnahmen erforderlichen Darlehen verwenden zu können. Dies kann entweder geschehen durch die Nutzung bereits bestehender Grundpfandrechte oder durch Neubestellung, wenn keine solchen vorhanden sind. Im ersten Fall ist zu regeln, wem die Eigentümerrechte und Rückgewähransprüche zustehen sollen; dem veräußernden Nießbraucher oder dem Veräußerer und Erwerber gemeinsam in GbR.²²⁹ Im zweiten Fall kann die Beleihungsmöglichkeit für den Nießbraucher durch eine dem Eigentümer auferlegte Beleihungsver-

pflchtung mit dem Nießbraucher erteilter Vollmacht geschaffen werden.²³⁰

D. Schlussbemerkung

Der Vorbehaltsnießbrauch an einem Grundstück im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge ist der häufigste Anwendungsfall der Gestaltung eines Nießbrauchs in der notariellen Praxis.²³¹ Die Regelungsziele der Beteiligten und steuerliche Erwägungen erfordern sowohl beim Vorbehaltsnießbrauch als auch bei anderen Anlässen der Bestellung oftmals eine inhaltliche Modifikation des Nießbrauchs. Solche Vereinbarungen über den Inhalt sollten mit dinglicher Wirkung getroffen werden, um zu gewährleisten, dass sich durch während der oft langjährigen Dauer des Nießbrauchs eintretende „Störfälle“ (insbesondere Sukzession, Zwangsversteigerung und Insolvenz)²³² keine Auswirkungen auf Bestand und Ausgestaltung des Rechts ergeben. Während eine Vielzahl von Modifikationen sowohl in Literatur als auch Rechtsprechung als mit dinglicher Wirkung möglich anerkannt sind, besteht hinsichtlich anderer Abänderungen Unsicherheit über deren Zulässigkeit; dies gilt auch für so bedeutsame Fragen wie etwa die Vereinbarung eines abweichenden Haftungsmaßstabes oder ein Bebauungsrecht des Nießbrauchers.

Bei der Beurteilung dieser Fragen sollte nicht außer Betracht gelassen werden, dass eine restriktive Perspektive, die Modifikationen des dinglichen Inhalts tendenziell ablehnend gegenübersteht, die Funktionalität des Nießbrauchs als Regelungssystem und Gestaltungsinstrument vermindern kann. Denn die Modifikationen in der Vertragsgestaltung entspringen realen Regelungsbedürfnissen der Parteien; lassen sich diese nicht im Rahmen von Vereinbarungen über den Inhalt des Begleitschuldverhältnisses verwirklichen, so werden Ausweichgestaltungen gesucht, die jedoch das angestrebte Regelungsziel oftmals nicht so rechtssicher verwirklichen werden, wie ein Nießbrauch in vertraglich modifizierter Form. Der mit dinglicher Wirkung inhaltlich nach den Bedürfnissen der Beteiligten gestaltete Nießbrauch erfüllt im besten Fall zwei offenbar nicht immer einfach zu vereinbarende Zwecke: Er gewährleistet einerseits Rechtsklarheit und damit Rechtssicherheit durch Vorgabe der typisierten Struktur des dinglichen Rechts, lässt andererseits der Privatautonomie Raum, für den Einzelfall effiziente Vereinbarungen auszuhandeln, und belegt damit recht eindrucksvoll die Leistungsfähigkeit des Rechts der Dienstbarkeiten des BGB.²³³ ■

224 Vgl. Staudinger/*Frank* § 1050 Rn. 2, dort jedoch zum Verhältnis von § 1041 S. 2 BGB und § 1050 BGB ohne Modifikation der Pflichten aus § 1041 S. 2 BGB.

225 Hierzu Abschn. C. II. 3. a) bb) (3).

226 Staudinger/*Frank* § 1047 Rn. 20.

227 BayObLGZ 1979, 273 (277).

228 *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rn. 1218.

229 Vgl. *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rn. 1227 ff. mit Formulierungsvorschlag.

230 Vgl. *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rn. 1231 ff. mit Formulierungsvorschlag.

231 Vgl. MüKoBGB/*Pohlmann* Vor § 1030 Rn. 11 ff.; Staudinger/*Frank* Vorb. §§ 1030 ff Rn. 24.

232 *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, 241.

233 Zu eindimensional daher die Kritik von *Schmolke* WM 2010, 740 (747) am Servitutenrecht des BGB, der die „mit dem Typenzwang einhergehende Beschränkung der Privatautonomie“ lediglich als Verursacher „unnötige[r] (Frustrations-)Kosten“ sieht und damit die strukturierende Wirkung der sachenrechtlichen Typenbildung verkennt.

NOTAR DR. KARL SCHINDELDECKER, EITORF

Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung und Nachweisverzicht hinsichtlich des Kapitals einer Sicherungsgrundschuld nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes

Inhaltsübersicht

A. Problemstellung

B. Zulässigkeit des Nachweisverzichts

- I. Meinungsstand
- II. § 1193 Abs. 2 S. 2 iVm Abs. 1 BGB als Verbotsgesetz
 1. Stimmen für eine Unwirksamkeit nach § 134 BGB
 2. Stimmen gegen eine Unwirksamkeit nach § 134 BGB
 3. Streitentscheid
 - a) Rechtsnatur des Nachweisverzichts
 - b) Anwendbarkeit des § 134 BGB auf den prozessualen Nachweisverzicht
 - aa) BGH-Urteil v. 22.10.1998 – VII ZR 99-97 zum Bauträgervertrag
 - bb) BGH-Urteil v. 26.3.2003 – IV ZR 222/02 zu einer unter Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz erteilten Prozessvollmacht

- c) Auslegung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB
 - aa) Wortlaut und systematische Stellung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB
 - bb) Gesetzgebungsverfahren des Risikobegrenzungsgesetzes
 - cc) Zweck der Norm
 - (1) Mangelnder Schutzzweck der Norm aufgrund der nur beschränkten Regelung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB
 - (2) Der Nachweisverzicht ist keine verbotene Umgehung des Schutzzwecks der Norm
 - dd) Ergebnis
- III. AGB-Kontrolle des Nachweisverzichts
 1. Verstoß gegen § 309 Nr. 12 BGB
 2. § 307 Abs. 2 Nr. 1 oder Abs. 1 BGB

C. Wirksamkeit des Vollstreckungstitels

D. Ergebnis

A. Problemstellung

Bis zum Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes wurde im Rahmen der Bestellung von Grundschulden zur Sicherung von Geldforderungen – unter Ausnutzung der Öffnungsklausel des § 1193 Abs. 2 S. 1 BGB – meist die Regelung beurkundet, dass das Grundschuldkapital sofort fällig wird. Verbunden mit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wurde hierdurch zugunsten des Gläubigers ein sofort vollstreckbarer Titel geschaffen.¹ Der Schuldner konnte gegen die Vollstreckung hieraus Einwendungen (nur) aus der Sicherungsabrede im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend machen.²

Kombiniert wurde (und wird) die Grundschuld regelmäßig mit einem abstrakten Schuldanerkenntnis samt Vollstreckungsunterwerfung. Durch die beschriebene Regelungssystematik konnte der Gläubigerin unmittelbar nach Beurkundung der Unterwerfungserklärung eine vollstreckbare Ausfertigung der Bestellsurkunde sowohl hinsichtlich des Grundschuldkapitals als auch hinsichtlich des abstrakten Schuldanerkenntnisses ausgehändigt werden. Diese Gestaltung wurde von der ganz hM und Rechtsprechung für zulässig angesehen. Insbesondere lag keine überraschende Klausel oder unangemessene Benachteiligung des Schuldners im Sinne der §§ 307 ff. BGB vor, da die Gläubigerin gewichtige legitime Interessen an der Absicherung der von ihr ausgezahlten Darlehensvaluta zur Seite standen.³

Am 19.8.2008 ist das Risikobegrenzungsgesetz in Kraft getreten. Prozessual erfolgte eine Erweiterung des vollstreckungsrechtlichen Schuldnerschutzes insbesondere durch die Einführung eines verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruchs in § 799a ZPO und die Erleichterung einstweiliger Anordnungen ohne Sicherheitsleistung des Schuldners nach § 769 Abs. 1 ZPO. Materiell-rechtlich wurde die Möglichkeit eines einredefreien Erwerbs einer Sicherungsgrundschuld in § 1192 Abs. 1a BGB ausgeschlossen und § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB neu eingefügt. § 1193 BGB lautet seit diesem Zeitpunkt:

„§ 1193 Kündigung

(1) Das Kapital der Grundschuld wird erst nach vorgängiger Kündigung fällig. Die Kündigung steht sowohl dem Eigentümer als dem Gläubiger zu. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.

(2) Abweichende Bestimmungen sind zulässig. *Dient die Grundschuld der Sicherung einer Geldforderung, so ist eine von Absatz 1 abweichende Bestimmung nicht zulässig.*“

(Hervorhebung durch den Verfasser)

Die Möglichkeit, die sofortige Fälligkeit des Grundschuldkapitals in der Grundschuldbestellsurkunde anzuordnen, ist für Sicherungsgrundschulden mit der Einführung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB entfallen. Die Fälligkeit des Kapitals einer Sicherungsgrundschuld setzt für Grundschulden, die nach dem 19.9.2008 bestellt wurden, nach der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB zwingend die Kündigung mit einer Frist von sechs Monaten voraus.

1 Sommer RNotZ 2009, 578 (580); Schmieszek WM 2014, 1804 (1804); Dieckmann BWNotZ 2009, 144 (145).

2 Schmieszek WM 2014, 1804 (1804).

3 BGH MittBayNot 2008, 204; DNotZ 2004, 308; MittBayNot 2006, 317; Müller RNotZ 2010, 167 (184 mwN).

Grundsätzlich ist damit für die Erteilung der Vollstreckungsklausel nach § 726 ZPO jedenfalls die Kündigung durch öffentliche Urkunde nachzuweisen.⁴ Umstritten ist, ob vor Erteilung der Vollstreckungsklausel die Kündigungsfrist bereits abgelaufen sein muss. Nach zutreffender hM ist dies jedoch nicht erforderlich und die Klausel kann direkt nachdem der Kündigungszugang nachgewiesen wurde unter Aufnahme der Kündigungsfrist erteilt werden. Den Ablauf der Frist kann das Vollstreckungsorgan selbst bestimmen.⁵

Dem materiell-rechtlich zwingenden Erfordernis einer fristgerechten Kündigung begegnet die Praxis seit dem Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes prozessrechtlich verbreitet mit einem Verzicht des Schuldners auf den „Nachweis der Tatsachen, die das Entstehen oder die Fälligkeit der Grundschuld nebst Zinsen und sonstiger Nebenleistungen oder ihrer schuldrechtlichen Ansprüche bedingen“, um hierdurch nicht das Erfordernis einer qualifizierten Klausel gem. § 726 Abs. 1 ZPO auszulösen. Die grundsätzliche Zulässigkeit des Nachweisverzichts entspricht hierbei der hM und ständigen Rechtsprechung des BGH.⁶

Die Zulässigkeit des Nachweisverzichts im Rahmen der Bestellung von Sicherungsgrundschulden ist im Zuge des Inkrafttretens des Risikobegrenzungsgesetzes aber ebenso zum Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung geworden, wie die Rechtsfolgen der teilweise vertretenen Unzulässigkeit.

B. Zulässigkeit des Nachweisverzichts

I. Meinungsstand

Die Frage, ob nach der Neuregelung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB der beschriebene Nachweisverzicht hinsichtlich der Zwangsvollstreckungsunterwerfung aus einer Sicherungsgrundschuld zulässig ist, ist in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und rechtswissenschaftlichen Literatur umstritten.

Nach wohl herrschender Ansicht,⁷ die auch im BNotK-Rundschreiben Nr. 23/2008 v. 26.8.2008 zum Ausdruck kommt, ist der Nachweisverzicht auch nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes zulässig.⁸

Nach der Gegenansicht ist der Nachweisverzicht dagegen unwirksam.⁹ Begründet wird die Unwirksamkeit des Nachweisverzichts hierbei insbesondere – wie im Folgenden im Einzelnen dargestellt – mit einem Verstoß gegen die §§ 307 ff. BGB sowie § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB iVm § 134 BGB.

II. § 1193 Abs. 2 S. 2 iVm Abs. 1 BGB als Verbotsgesetz

1. Stimmen für eine Unwirksamkeit nach § 134 BGB

Die Ansicht, die einen Nachweisverzicht aufgrund eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot des § 1193 Abs. 2 S. 2 iVm Abs. 1 BGB für unzulässig hält, wird insbesondere von Stöber vertreten, der bei seiner Begründung nicht wie andere Stimmen an eine AGB-Kontrolle anknüpft (hierzu anschließend), sondern bei dem Normgehalt des § 1193 BGB als zwingender Vorschrift.¹⁰

Konkret führt Stöber aus, dass jede von § 1193 BGB abweichende Bestimmung, wie die sofortige Fälligkeit des Grundschuldkapitals, die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung, kürzere Fristen, Verfallklauseln etc., als Verstoß gegen das aus § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB folgende gesetzliche Verbot nach § 134 BGB unwirksam sei. Damit sei auch eine Befreiung von der Nachweispflicht ausgeschlossen.¹¹ Zum Beleg der Anwendbarkeit des § 134 BGB auf prozessuale Erklärungen verweist er auf die Urteile des BGH v. 26.3.2003 – IV ZR 222/02¹² und v. 22.10.1998 – VII ZR 99-97.¹³

Dieser Auffassung hat sich insbesondere das LG Hamburg angeschlossen. Das LG Hamburg ließ zwar offen, ob die Erteilung eines Nachweisverzichts auch nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes zulässig ist. Einer Klausel, die durch den Notar noch am Tag der Grundschuldbestellung erteilt werde, hafte jedoch die mangelnde Fälligkeit offenkundig an.¹⁴

2. Stimmen gegen eine Unwirksamkeit nach § 134 BGB

Gegen eine Unwirksamkeit nach § 134 BGB wird insbesondere angeführt, dass der prozessuale Anspruch der Zwangsvollstreckungsunterwerfung von dem materiellen Anspruch auf das Grundschuldkapital zu unterscheiden sei und vorliegend damit § 1193 Abs. 2 S. 2 iVm Abs. 1 BGB als gesetzliches Verbot weder direkt noch analog auf die Unterwerfungserklärung als Prozesshandlung anzuwenden sei.¹⁵

4 DNotI-Report 2008, 161 (162 mwN).

5 Dieckmann BWNotZ 2009, 144 (148); Schmid/Voss DNotZ 2008, 740 (755); Clemente ZfR 2008, 589 (596); Sommer RNotZ 2009, 578 (584); Volmer MittBayNot 2009, 1 (7); Böhringer NJW 2010, 1647 (1650); aA MüKoBGB/Eickmann, 6. Aufl. 2013, § 1193 Rn. 5; Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 726 Rn. 6; OLG Frankfurt Rpfleger 1973, 323; Zimmer NotBZ 2008, 386 (388 f.).

6 BGH WM 2006, 329; Schmid/Voss DNotZ 2008, 740 (755 mwN).

7 So LG Meiningen BeckRS 2013, 20901.

8 LG Frankenthal BeckRS 2014, 18679; LG Meiningen BeckRS 2013, 20901; LG Lüneburg Rpfleger 2009, 451; LG Essen Rpfleger 2011, 288; Müller RNotZ 2010, 167 (179); Zimmer NotBZ 2008, 386 (388 f.); Schmieszek WM 2014, 1804 (1808 f.); Schmid/Voss DNotZ 2008, 740 (756 f.); Volmer MittBayNot 2009, 1 (8); Schulz Rpfleger 2009, 451; BeckOK ZPO/Ulrich, 19. Ed., 1.12.2015, § 726 Rn. 5.1.; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2015, § 1193 Rn. 11; Palandt/Bassenge, 75. Aufl. 2016, § 1193 Rn. 3; Musielak/Voit/ Lackmann, ZPO, 12. Aufl. 2015, § 726 Rn. 5; zuletzt OLG München 23.6.2016 – 34 Wx 189/16, BeckRS 2016, 11673 mwN.

9 LG Hamburg BeckRS 2015, 11147; Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 726 Rn. 16, § 797 Rn. 12-18; Stöber, ZVG, 20. Aufl. 2012, § 15 Rn. 15.1; Derleder ZIP 2009, 2221 (2225); ebenfalls krit. MüKoBGB/Eickmann, 6. Aufl. 2013, § 1193 Rn. 8; Sommer RNotZ 2009, 578 (585).

10 Weiter auch Hecht, Die Struktur der Grundpfandrechte nach dem Risikobegrenzungsgesetz, 2012, S. 178; Derleder ZIP 2009, 2222 (2224 f., 2229).

11 Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 797 Rn. 12.

12 BGH DNotZ 2003, 694.

13 BGH MittBayNot 1998, 458.

14 LG Hamburg BeckRS 2015, 11147, das AG Hamburg-Barmbeck bestätigend; Stöber, ZVG, 20. Aufl. 2012, § 15 Rn. 40.15.

15 OLG München BeckRS 2016, 11673; LG Meiningen BeckRS 2013, 20901; Schmieszek WM 2014, 1804 (1806); Everts DNotZ 2013, 730 (734); Zimmer NotBZ 2008, 386 (388 f.); MüKoBGB/Eickmann, 6. Aufl. 2013, § 1193 Rn. 8; MüKoZPO/Wolfsteiner, 4. Aufl. 2012, § 794 Rn. 182 ff.

3. Streitentscheid

a) Rechtsnatur des Nachweisverzichts

Um die Frage zu beantworten, ob § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB als Verbotsgesetz zur Unwirksamkeit des hier gegenständlichen Nachweisverzichts führt, ist zunächst die Rechtsnatur und Wirkung des Nachweisverzichts zu untersuchen.

Umstritten ist hierbei bereits die Frage, ob die Kündigung und Fälligkeit des Grundschuldkapitals aus sich heraus nach § 726 ZPO nachzuweisende Tatsachen sind¹⁶ oder dies nur dann der Fall ist, wenn der Schuldner sie im Rahmen seiner Vollstreckungsunterwerfung zur Voraussetzung des Titels erhebt.¹⁷

Praktisch wirkt sich dieser Meinungsstreit nicht erheblich aus, da auch nach den Vertretern der letztgenannten Auffassung die Auslegungsregel besteht, dass die Vollstreckung von dem Nachweis all der Tatsachen abhängen soll, die der Gläubiger zur schlüssigen Begründung einer Klage gleichen Inhalts vortragen müsste, wozu im Fall der Grundschuld grundsätzlich auch die Fälligkeit des Grundschuldkapitals gehört.¹⁸ Gleichzeitig ist von beiden Ansichten anerkannt, dass es der Schuldner grundsätzlich in der Hand hat, die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung im Rahmen seiner Vollstreckungsunterwerfung zu regeln, entweder durch ausdrücklichen Ausschluss der vorgenannten Auslegungsregel und damit Schaffung eines unbedingten Titels oder auf nachgelagerter Ebene des § 726 ZPO durch Verzicht des Nachweises.¹⁹

Für die Ansicht, die die Fälligkeit durch Auslegung der Unterwerfungserklärung zur Vollstreckungsvoraussetzung erhebt, spricht insbesondere dogmatisch, dass die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung Prozesserklärung ist, die sich nach wohl hM auf einen eigenständigen prozessualen Anspruch stützt. Dies ist von dem materiellen Anspruch – bspw. auf Duldung der Zwangsvollstreckung – zu unterscheiden und ist gleichbedeutend mit dem Inhalt des Vollstreckungstitels.²⁰ Die Bestimmung richtet sich gerade nicht nach dem materiellen Rechtsverhältnis, sondern nach der prozessualen Erklärung.

Im Ergebnis erscheint damit der Nachweisverzicht als Ausgestaltung der prozessualen Unterwerfungserklärung, bei der der Schuldner darauf verzichtet, die Voraussetzungen des materiellen Anspruchs zu Vollstreckungsvoraussetzungen zu erheben und hierdurch einen unbedingten und unbefristeten prozessualen Anspruch zum Gegenstand des Titels macht.

b) Anwendbarkeit des § 134 BGB auf den prozessualen Nachweisverzicht

Ist damit – insoweit unabhängig von der Entscheidung des dargestellten Meinungsstreits – festzustellen, dass der Nachweisverzicht eine prozessuale Erklärung ist, die sich nicht auf den materiellen Anspruch auswirkt, sondern allein auf seine prozessuale Durchsetzung, ist im zweiten Schritt zu untersuchen, ob § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB dieser Ausgestaltung des prozessualen Anspruchs entgegensteht. Hierbei ist zwar richtig, dass § 134 BGB nicht von vornherein auf die prozessuale Unterwerfungserklärung und den Nachweisverzicht unanwendbar ist.²¹ Ob aber § 134 BGB zur Unwirksamkeit des Nachweisverzichts führt, ist eine Frage der Auslegung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB und nicht des § 134 BGB.

Nicht weiter führt hierbei die von Stöber angeführte Rechtsprechung des BGH:

aa) BGH-Urteil v. 22.10.1998 – VII ZR 99-97 zum Bauträgervertrag

Der VII. Zivilsenat erklärte mit Urteil v. 22.10.1998 die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in einem Bauträgervertrag wegen Verstoßes gegen die §§ 3, 12 MaBV iVm § 134 BGB für nichtig, weil der Notar ermächtigt war, die Vollstreckungsklausel ohne besonderen Nachweis zu erteilen.²² Das Gericht stellte fest, dass § 3 Abs. 2 S. 1 MaBV den Bauträger unter anderem verpflichtete, Vermögenswerte nur entsprechend dem Bauablauf entgegenzunehmen oder sich zu deren Verwendung ermächtigen zu lassen. Diese Bestimmung solle in Kombination mit § 3 Abs. 1 MaBV erreichen, dass Leistungen der Erwerber ein entsprechender Gegenwert am Bauvorhaben gegenüberstehe. Durch eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht laufe der Erwerber durch die jederzeitige Zugriffsmöglichkeit des Bauträgers Gefahr, Vermögenswerte endgültig zu verlieren, ohne durch einen entsprechenden Gegenwert am Bauvorhaben gesichert zu sein. Durch den Nachweisverzicht könne der Bauträger im Wege der Zwangsvollstreckung auf die Vermögenswerte des Erwerbers zugreifen, ohne dass die in § 3 MaBV geregelten Fälligkeitsvoraussetzungen vorliegen müssten. Der Schutz des Erwerbers sei daher nur durch die Nichtigkeit der mit dem Nachweisverzicht versehenen Unterwerfungserklärung zu erreichen.

Der BGH kommt somit nach Auslegung des § 3 Abs. 2 S. 1 MaBV zu dem Ergebnis, dass der Schutzzweck der Norm es gebiete, das Verbot auch auf den Nachweisverzicht anzuwenden, da dieser zu einer faktisch ungesicherten Vorleistung durch die Zwangsvollstreckung führen könne.

Dieser Gedanke lässt sich aber auf den Nachweisverzicht hinsichtlich der Vollstreckung des Kapitals einer Sicherungsgrundschuld nicht übertragen, da hier die Bank das Darlehen vollständig an den Schuldner auszahlt und es um Absicherung gerade dieser Leistung der Bank geht. Diese geht damit „in Vorleistung“.

16 Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 726 Rn. 2, 6 mit Verweis auf OLG Frankfurt Rpfleger 1975, 323 (326); Derleder ZIP 2009, 2221 (2228); Sommer RNotZ 2009, 578 (584); MüKoBGB/Eickmann, 6. Aufl. 2013, § 1193 Rn. 5.

17 Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2011, Rn. 17.16; BNotK-Rundschreiben 23/2008, Ziff. IV. 2. a) und b) cc); Dörrie ZBB 2008, 292 (303); Habersack NJW 2008, 3173 (3176); zum Streitstand insgesamt mwN Hecht, Die Struktur der Grundpfandrechte nach dem Risikobegrenzungsgesetz, 2012, S. 171.

18 Hecht, Die Struktur der Grundpfandrechte nach dem Risikobegrenzungsgesetz, 2012, S. 171 mwN.

19 BGH NJW 1981, 2756 (2757); NJW-RR 2006, 567; BayObLG DNotZ 33, 232; aA Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 726 Rn. 16 mwN zur hM.

20 Hecht, Die Struktur der Grundpfandrechte nach dem Risikobegrenzungsgesetz, 2012, S. 171 mwN; Everts DNotZ 2013, 730 (735); Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rn. 14.4 mwN auch zur Gegenansicht.

21 Insoweit zutreffend Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 726 Rn. 16.

22 BGH MittBayNot 1998, 458.

bb) BGH-Urteil v. 26.3.2003 – IV ZR 222/02 zu einer unter Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz erteilten Prozessvollmacht

In dem zweiten von *Stöber* angeführten Urteil wurde der Kläger aufgrund eines notariell beurkundeten Treuhandvertrages durch die Treuhandgesellschaft bei dem Abschluss eines Grundstückskaufvertrages sowie dem zur Finanzierung dienenden Darlehensvertrag vertreten und war ausweislich des Treuhandvertrages beauftragt, die „Interessen des Treugebers umfassend wahrzunehmen“.²³

Der BGH stellte den Verstoß gegen das aus Art. 1 § 1 S. 1 RBERG folgende Verbot der unerlaubten Rechtsberatung fest und dass sich dieses materielle Verbot auch auf die prozessuale Vollmacht zur Vollstreckungsunterwerfung beziehen müsse, weil anderenfalls Sinn und Zweck des gesetzlichen Verbots nicht zu erreichen wären. Es müsse die Wirksamkeit jeder Rechtshandlung verhindert werden, die seitens des unerlaubt rechtsberatenden Geschäftsbesorgers für seinen Auftraggeber vorgenommen werde.

Auch diese Entscheidung stellt damit allein die Möglichkeit klar, dass einer materiellen Norm Auswirkungen auf die Möglichkeiten prozessualer Gestaltung im Wege der Auslegung entnommen werden können. Dies stellt aber nach der zitierten Entscheidung des BGH keineswegs einen Automatismus dar. Dieses Ergebnis war vielmehr in der vorliegenden Entscheidung Ergebnis der Auslegung der Verbotsnorm, die im Falle des Rechtsberatungsgesetzes gerade auch die prozessuale Verpflichtung des Vertretenen ausschließen wollte.

c) Auslegung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB

Entscheidend für die Frage, ob mit der von *Stöber* vertretenen Auffassung der Nachweisverzicht gem. § 134 BGB unwirksam ist, ist damit, ob § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB im Wege der Auslegung eine solche prozessuale Wirkung zu entnehmen ist.

Auszugehen ist hierbei von der schon beschriebenen dogmatischen Unterscheidung zwischen dem materiellen Anspruch aus der Grundsuld sowie dem prozessualen Anspruch, der durch die Unterwerfungserklärung samt Nachweisverzicht geschaffen wird. Der materielle Anspruch bestimmt hierbei das rechtliche „Dürfen“, während der prozessuale Anspruch das rechtliche „Können“ regelt. Sofern das rechtliche „Können“ hierbei das „Dürfen“ überschreitet, räumt der Schuldner diese Rechtsmacht dem Gläubiger als eigennützigem Treuhänder ein.²⁴

Dieses Treuhandverhältnis eröffnet dem Gläubiger die Möglichkeit der umgehenden Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, zulässigerweise aber erst, sobald die materiellen Voraussetzungen sowohl der Grundsuld als auch des Sicherungsvertrages eingetreten sind. Dieses Treuhandverhältnis ist im Falle der zulässigen Vollstreckung auch im Interesse des Schuldners.

Die Prüfung und Erteilung der qualifizierten Klausel nach § 726 ZPO löst eine 0,5-Gebühr aus, die damit gerade dann anfiel, wenn der Schuldner finanziell ohnehin belastet ist.²⁵ Durch das Treuhandverhältnis obliegt diese Prüfung aber nicht dem Notar als Klauselorgan, sondern dem Gläubiger als Treuhänder, der das Vorliegen aller Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung eigenverantwortlich prüfen muss und das volle Kostenrisiko trägt, wenn sich diese Prüfung als unzutreffend erweist.

Konkret ist damit § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB darauf zu untersuchen, ob die Norm bzw. der mit ihr verfolgte Schutzzweck die Begründung gerade dieses Treuhandverhältnisses untersagt.

aa) Wortlaut und systematische Stellung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB

Zunächst lässt sich feststellen, dass weder der Wortlaut des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB noch die systematische Stellung als Regelung des materiellen Rechts für ein durch die Norm vermitteltes gesetzliches Verbot des Nachweisverzichts sprechen. Vom Gesetzgeber wurde ausdrücklich allein die materielle Fälligkeit der Grundsuld geregelt. Daneben ist die Einstufung von § 1193 Abs. 2 S. 2 iVm Abs. 1 BGB als Verbotsgesetz iSd § 134 BGB durchaus fraglich. Denn nach hM untersage ein Verbot iSd § 134 BGB ein Rechtsgeschäft, dass der Handelnde zwar vornehmen könne, aber nicht vornehmen dürfe. Führe die Beschränkung der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmacht dagegen bereits dazu, dass der Handelnde das Rechtsgeschäft gar nicht erst vornehmen könne, folge die schwebende oder endgültige Unwirksamkeit aus der die Einschränkung beinhaltenden Norm und nicht aus § 134 BGB.²⁶

§ 1193 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 BGB schränkt allein die Gestaltungsmacht der Parteien bei der materiellen Einigung über die Bestellung einer Grundsuld ein, verbietet aber nicht das Rechtsgeschäft selbst.²⁷

Diese systematischen Erwägungen sprechen für sich genommen jedoch, wie aufgezeigt wurde, nicht entscheidend dagegen, der Norm des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB auch eine prozessuale Reichweite zu entnehmen.

bb) Gesetzgebungsverfahren des Risikobegrenzungsgesetzes

Auch im Gesetzgebungsverfahren waren – soweit ersichtlich – allein die materiellen Erwägungen zum Abschluss der sofortigen Grundsuldfälligkeit ausschlaggebend. Die Beschlussempfehlung des Finanzausschusses schlug als (hier interessierende) Maßnahmen der gesetzlichen Regelung vor, eine Frist von sechs Monaten für die Fälligkeit einer Sicherungsgrundsuld festzuschreiben, die Voraussetzungen für die Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung zu präzisieren und die Einführung eines verschuldensunabhängi-

²³ BGH NJW 1999, 51.

²⁴ *Dieckmann* BWNotZ 2009, 144 (151); *Schmid/Voss* DNotZ 2008, 740 (742).

²⁵ *Schmid/Voss* DNotZ 2008, 740 (756); *Sommer* RNotZ 2009, 578 (584).

²⁶ BeckOK BGB/Wendtland, 27. Ed., 1.5.2016, § 134 Rn. 15 mwN; BeckOGK/Vossler, Stand 17.1.2016, § 134 Rn. 15; *Everts* DNotZ 2013, 730 (733).

²⁷ *Everts* DNotZ 2013, 730 (733 f.).

gen Schadensersatzanspruchs des Schuldners wegen einer zu Unrecht betriebenen Zwangsvollstreckung mit dem ausdrücklichen Ziel, den „Schuldner- und Verbraucherschutz[es] bei der Abtretung und dem Verkauf von Darlehensforderungen“ zu erhöhen.²⁸ Der Gesetzgeber wollte hierdurch dem von ihm erkannten Problem begegnen, dass Darlehensforderungen samt den hierzu eingeräumten Sicherheiten von den Banken abgetreten werden und der neue Gläubiger bei einem notleidenden Darlehen übereilt aus der Grundsuld die Zwangsversteigerung betreibt.²⁹

Die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung oder die Regelung der sofortigen Fälligkeit bringe den Schuldner in Schwierigkeiten und setze ihn zeitlich unter großen Handlungsdruck.³⁰ Die Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckung aus der Grundsuld hat der Gesetzgeber durch die verlängerte Kündigungsfrist auf der materiellen Ebene des rechtlichen „Dürfens“ daher beschränkt.

Der Gesetzgeber hat daneben auch die Gefahren des Schuldners auf der Ebene der Zwangsvollstreckung gesehen, sofern das rechtliche „Können“ des Gläubigers weiter reicht als das rechtliche „Dürfen“. Diesen Gefahren ist er jedoch mit Normierung des § 799a ZPO sowie der erweiterten Möglichkeit einstweiliger Anordnungen entgegengetreten. Insbesondere § 799a ZPO macht deutlich, dass der Gesetzgeber die Begründung dieses Treuhänderverhältnisses vorausgesetzt hat. Denn nach Ansicht des Gesetzgebers ist die Gefahr, dass der Gläubiger die ihm treuhänderisch übertragene Rechtsmacht missbraucht, besonders groß, wenn diese nicht dem ursprünglich vom Schuldner ausgewählten Gläubiger, sondern nach Abtretung der Grundsuld einem Dritten zukommt. § 799a ZPO schützt daher den Schuldner bei unzulässigen Vollstreckungsmaßnahmen dieses Dritten in besonderer Weise vor einem Missbrauch der Treuhänderposition. Dies zeigt aber, dass der Gesetzgeber die Drittwiderspruchsklage des Schuldners verbunden mit Schadensersatzansprüchen auch nach dem Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes als Schutzinstrument der Wahl betrachtet.

Im Übrigen begnügt sich der Gesetzgeber daher auch mit einem Hinweis auf die Möglichkeit der Vollstreckungsgegenklage.³¹ Gerade dieses Verfahren dient aber der Durchsetzung materieller Einwendungen gegen den der Zwangsvollstreckung zugrunde liegenden Anspruch. Hieraus lässt sich durchaus der Schluss ziehen, dass der Gesetzgeber eine prozessuale Ausstrahlung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB gerade nicht beabsichtigte und die von ihm geschaffenen prozessualen Abwehrmaßnahmen zum Schutz des Schuldners für ausreichend hielt.³²

*Schmieszek*³³ weist weiter darauf hin, dass bereits kurz nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes aus dem Bundestag an das Bundesministerium der Justiz die hier gegenständliche Frage herangetragen worden sei. Von dort war unter Hinweis auf die Entscheidung des

BGH v. 4.10.2005³⁴ die Auffassung bestätigt worden, dass das Risikobegrenzungs Gesetz keine Regelung enthalte, die die Zulässigkeit von Verzichten, durch die die sofortige Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung erreicht werden solle, einschränke. Die Parteien könnten in einer Erklärung zur Vollstreckungsunterwerfung selbst etwaige Vollstreckungsvoraussetzungen bestimmen. Sie könnten etwa vereinbaren, dass der Gläubiger von dem Nachweis des Eintritts bestimmter Tatsachen als Vollstreckungsvoraussetzung entbunden werde.

cc) Zweck der Norm

Es stellt sich damit abschließend die Frage, ob der von der Norm bezweckte Schutz des Schuldners es dennoch erfordert, auch die tatsächliche Möglichkeit der Zwangsvollstreckung einzuschränken, solange die Grundsuld noch nicht fällig ist.

(1) Mangelnder Schutzzweck der Norm aufgrund der nur beschränkten Regelung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB

Zunächst kann festgehalten werden, dass § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB den vom Gesetzgeber verfolgten Schutzzweck nicht umfassend verwirklicht.

So hängt die Kündigung der Grundsuld nach hM nicht von einem Kündigungsgrund ab, insbesondere nicht davon, dass das besicherte Darlehen notleidend geworden ist. Damit könnte die Grundsuld direkt nach ihrer Eintragung gekündigt werden und ließe damit auch ohne Nachweisverzicht bereits nach sechs Monaten die Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu.³⁵ Weiter erfasst § 1193 Abs. 1 iVm Abs. 2 S. 2 BGB sowieso nur das Kapital, nicht aber das in der Regel gleichzeitig abgegebene abstrakte Schuldanerkenntnis oder die Grundsuldzinsen bzw. dingliche Nebenleistungen.³⁶ Diese Umstände vermitteln durchaus den Eindruck, dass der durch das Kündigungserfordernis vermittelte Schutz kein absoluter ist, der den Grundsuldbesteller in jeder Hinsicht warnen und schützen soll.

Dies ändert aber wiederum nichts daran, dass durch Einbeziehung des Nachweisverzichts in den Anwendungsbeereich des § 1193 Abs. 1 iVm Abs. 2 S. 2 BGB der Schutz des Schuldners zumindest erhöht würde. Es erscheint für sich genommen jedenfalls nicht überzeugend, mit der möglicherweise unvollkommenen Verwirklichung eines Schutzzweckes durch den Gesetzgeber diesen im Rahmen der Auslegung der Norm weniger zu gewichten. Im Gegenteil könnten erkannte Schutzlücken als Argument für eine Erweiterung des materiellen Anwendungsbereiches sprechen.³⁷

28 BT-Drs. 16/9778, S. 3.

29 Schmid/Voss DNotZ 2008, 740.

30 BT-Drs. 16/9821, S. 17; Schmid/Voss DNotZ 2008, 740.

31 BT-Drs. 16/9821, S. 18.

32 Schmid/Voss DNotZ 2008, 740 (757); Schmieszek WM 2014, 1804 (1808).

33 Schmieszek WM 2014, 1804 (1808).

34 BGH WM 2006, 329.

35 Vgl. Volmer MittBayNot 2009, 1 (5); Bachner DNotZ 2008, 644 (647); Dieckmann BWNotZ 2009, 144 (146); Kalkbrenner ZNotP 2008, 401; Langenbacher NJW 2008, 3169 (3172); Zimmer NotBZ 2008, 386; Schmid/Voss DNotZ 2008, 740 (746); Wellenhofer JZ 2009, 1077 (1084).

36 Vgl. DNotI-Abrufgutachten Nr. 11535 v. 24.9.2008.

37 Vgl. zu dahingehenden Auslegungsansätzen Hinrichs/Jaeger ZfIR 2008, 745 (750); Köchling ZInsO, 2008, 848 (850); MüKoBGB/Eickmann, 6. Aufl. 2013, § 1193 Rn. 6; Clemente ZfIR 2008, 589 (595 f.); Hecht, Die Struktur der Grundpfandrechte nach dem Risikobegrenzungs Gesetz, 2012, S. 192 f.

(2) Der Nachweisverzicht ist keine verbotene Umgehung des Schutzzwecks der Norm

Insbesondere *Hecht* begründet eine Unwirksamkeit des Nachweisverzichts damit, dass durch diesen dem Gläubiger die Befugnis zur Einleitung der Zwangsvollstreckung und damit eine Rechtsmacht eingeräumt werde, die durch § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB gerade verhindert werden sollte.³⁸ Zum Beleg nimmt *Hecht* Bezug auf die Rechtsprechung des BGH zum unzulässigen Nachweisverzicht beim Bauträgervertrag.³⁹ Nach seiner Auffassung wolle § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB den Schuldner jedoch nicht vor einer verbotenen Vorleistung schützen, sondern vor der Obliegenheit, sich vor Fälligkeit der Grundschuld gegen eine unzulässige Zwangsvollstreckung durch Erhebung der Vollstreckungsgegenklage wehren zu müssen. Gerade der rechtsunkundige Kläger kenne häufig seine Rechte nicht und verpasse daher die Möglichkeit, sich vor Fälligkeit der Grundschuld gegen die Vollstreckung zu wehren.⁴⁰

Dem kann aber schon deshalb nicht ohne Weiteres zugestimmt werden, weil es gerade Aufgabe des Notars im Rahmen der Beurkundung der Unterwerfungserklärung ist, den Schuldner auf eben diese Möglichkeit hinzuweisen. Zuzugeben ist *Hecht*, dass eine abstrakte Gefährdung des Schuldners durch die dem Gläubiger eingeräumte Rechtsmacht nicht völlig ausgeschlossen ist. Diese Gefährdung liegt aber in der Natur der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung und wurde vom Gesetzgeber bei Normierung des Risikobegrenzungsgesetzes erkannt und einer Regelung zugeführt.

Dies zum einen dadurch, dass der Gesetzgeber den verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch des § 799a ZPO normiert hat, der gerade die als besonders gefährlich für den Schuldner erkannte Vollstreckung durch einen anderen Gläubiger als den, für den die Grundschuld bestellt wurde, regelt. Gerade der Gläubiger, den sich der Schuldner nicht ausgesucht hat und bei dem daher eine voreilige Vollstreckung eher zu erwarten ist, soll hierdurch von einer unzulässigen Vollstreckung abgehalten werden.

Daneben erleichtert es § 769 Abs. 1 S. 2 ZPO, die unzulässige Zwangsvollstreckung durch einstweilige Anordnung ohne Sicherheitsleistung zu unterbinden.

Hieraus wird aber deutlich, dass der Gesetzgeber den Schuldner keineswegs vor der Rolle als Kläger einer Vollstreckungsgegenklage schützen wollte, sondern es für ausreichend hielt, den Kläger in dieser Rolle hinreichend abzusichern und die mit der Last der Klageerhebung verbundenen Risiken und Belastungen für den Kläger zu minimieren. Darüber hinaus belässt es das Risikobegrenzungsgesetz aber bei der Regelung materiellen Rechts. Anders als in der auch von *Hecht* angeführten Entscheidung des BGH ist es im Fall des Darlehensvertrages der Gläubiger, der die Darlehensvaluta vorleistet und mit dem Risiko belastet ist, dass der Schuldner seine Gegenleistung einschließlich der finalen Rückzahlung nicht

oder nicht ordnungsgemäß erbringt. Dieses Risiko wird durch den Charakter als Dauerschuldverhältnis und die langen Laufzeiten deutlich erhöht. Das hierdurch ausgelöste, schon vor Normierung des Risikobegrenzungsgesetzes erkannte, legitime Interesse des Gläubigers an einer direkten und schnellen Durchsetzung des materiellen Anspruchs sollte mit Normierung des Risikobegrenzungsgesetzes gerade nicht beschränkt werden.

Dieses Sicherungsinteresse des Gläubigers wird auch durch die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung unter Nachweisverzicht geschützt, da diese es dem Gläubiger ermöglicht, im Falle der Fälligkeit direkt die Zwangsvollstreckung zu betreiben, ohne der Zeitverzögerung und möglichen Problemen im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens ausgesetzt zu sein, die auch im Falle der hier gegenständlichen Sicherungsgrundschuld möglich sind.

Eine Verzögerung kann sich bspw. praktisch aus einer zwischenzeitlich eingetretenen Aktenverwahrung – insbesondere im Bereich des Anwaltsnotariats – durch ein Amtsgericht ergeben.

Deutlich höher zu bewerten ist aber das durch das Klauselerteilungsverfahren und die in diesem durch den Notar vorzunehmende Prüfung vermittelte Interesse des Gläubigers an einer zeitnahen Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung.⁴¹ Wird das Klauselerteilungsverfahren erst durchgeführt, wenn die Darlehensvaluta schon ausgeschüttet wurde und das Darlehen notleidend ist, so könnten hierbei erkannte Fehler des Titels möglicherweise nicht mehr zu beheben sein.

So hat der Notar bei Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung bspw. in Vertretungsfällen die ordnungsgemäße Bevollmächtigung des Vertreters nicht nur im Rahmen der Beurkundung, sondern auch im Klauselerteilungsverfahren eigenständig zu prüfen. Im Zwangsvollstreckungsverfahren wird diese Prüfung nach der Rechtsprechung des BGH nicht wiederholt. Die Entscheidung des Notars bindet also insoweit die Vollstreckungsorgane.⁴² Gleiches wird für Fehler des Beurkundungsverfahrens gelten, die zur Unwirksamkeit der Beurkundung führen. Fällt bspw. (erst) im Rahmen der Klauselerteilung auf, dass die Zuziehung eines Dolmetschers aufgrund eines Ausschließungsgrundes unzulässig war oder eine Unterschrift unter der Urschrift fehlt, darf der Notar die Klausel nicht erteilen.⁴³

Der Gläubiger hat damit ein ganz erhebliches Interesse daran, dass das Klauselerteilungsverfahren zeitnah nach der Bestellung der Grundschuld durchgeführt und durch Erteilung oder Verweigerung der Klausel rechtsbehelfsfähig abgeschlossen wird. Zum einen wird häufig die Darlehensvaluta noch nicht ausgezahlt worden sein, zum anderen wird in diesem frühen Stadium in den

38 *Hecht*, Die Struktur der Grundpfandrechte nach dem Risikobegrenzungsgesetz, 2012, S. 180 zu § 307 BGB; weiter auch *Dieckmann* BWNotZ 2009, 144 (151).

39 BGH MittBayNot 1998, 458.

40 *Hecht*, Die Struktur der Grundpfandrechte nach dem Risikobegrenzungsgesetz, 2012, S. 179 f.

41 Zum Klauselerteilungsverfahren und den Prüfungspflichten des Notars: BGH NJW 2012, 3518 (3518); 2010, 2041; LG Detmold BeckRS 2011, 02457; MüKoZPO/Wolfsteiner, 4. Aufl. 2012, § 794 Rn. 249; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 13. Aufl. 2016, § 797 Rn. 4; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2011, § 38 Rn. 38.1 ff.

42 BGH NJW 2012, 3518 (3518); LG Detmold BeckRS 2011, 02457; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 13. Aufl. 2016, § 797 Rn. 4; Saenger/Kindl, ZPO, 6. Aufl. 2015, § 794 Rn. 36; Everts DNotZ 2013, 730 (734).

43 Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2011, Rn. 19.14 ff.; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 13. Aufl. 2016, § 797 Rn. 4.

meisten Fällen noch eine Behebung des Fehlers möglich sein.

Dass den Notar diese Prüfungspflichten auch im Rahmen der Beurkundung treffen, kann das Interesse an einer zeitnahen Entscheidung des Notars über die Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht entkräften. Zum einen handelt es sich trotz zeitlicher Nähe zur Beurkundung beim Klauselerteilungsverfahren um ein eigenständiges Verfahren, das aus sich heraus eine eigenständige Prüfungspflicht auslöst.⁴⁴ Zum anderen ermöglicht erst die erteilte Klausel bzw. ihre Ablehnung den Rechtsbehelf der Klauselerinnerung nach § 732 ZPO. Damit wird sich auch der Schuldner erst mit Erteilung der Klausel veranlasst sehen, Zweifel an der Wirksamkeit geltend zu machen.

Noch deutlicher wird das Interesse an der frühen Durchführung des Klauselerteilungsverfahrens bei einem Rechtsnachfolger des Gläubigers. Gerade aufgrund des zeitlichen Abstands zum Beurkundungsverfahren werden Fehler des Titels häufig im Klauselerteilungsverfahren nach § 727 ZPO entdeckt. Geschieht dies zu einem Zeitpunkt, in dem das Darlehen noch nicht notleidend ist, können diese in den meisten Fällen noch behoben und ein Schaden für die Beteiligten verhütet werden.

dd) Ergebnis

Im Ergebnis erscheint damit der Nachweisverzicht auch nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes jedenfalls nicht nach § 134 BGB unwirksam. § 1193 Abs. 2 S. 2 iVm Abs. 1 BGB schützt den Schuldner, in dem die Norm materiell-rechtlich die Vollstreckung erst sechs Monate nach Kündigung der Grundsuld erlaubt. Vollstreckungsrechtlich wird dieses Ergebnis trotz der sofort erteilten vollstreckbaren Ausfertigung durch die Vollstreckungsgegenklage, die Einführung des § 799a ZPO sowie die Erweiterung der einstweiligen Anordnung in § 769a ZPO hinreichend abgesichert.

III. AGB-Kontrolle des Nachweisverzichts

In der Regel werden die Grundsuldbestellungsurkunden dem Darlehensnehmer von dem Gläubiger vorgegeben und unterfallen als formularmäßige Vereinbarungen der AGB-Kontrolle.⁴⁵

1. Verstoß gegen § 309 Nr. 12 BGB

§ 309 Nr. 12 BGB untersagt eine unzulässige Verschiebung der Beweislast. Zu einer solchen führt der hier gegenständliche Nachweisverzicht aber gerade nicht. Es bleibt vielmehr nach hM und Rechtsprechung bei der allgemeinen Beweislast auch bei den vertauschten Rollen der Vollstreckungsgegenklage.⁴⁶

2. § 307 Abs. 2 Nr. 1 oder Abs. 1 BGB

Nach zum Teil vertretener Ansicht weicht der Nachweisverzicht nach dem Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes von dem Grundgedanken des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB ab, der den Schuldner vor einer Inanspruchnahme durch den Gläubiger vor Fälligkeit der Grundsuld schützen wolle. Dieser Schutzgedanke werde unterlaufen und gleichzeitig fehle es an einem legitimen Interesse des Gläubigers, da er mit der vollstreckbaren Ausfertigung ohnehin erst die Zwangsvollstreckung betreiben dürfe, wenn auch die materiellen Voraussetzungen vorlägen und gleichzeitig die Zustellung der Kündigungserklärung für den Gläubiger ohne Weiteres in der Form des § 726 ZPO nachweisbar sei.⁴⁷

Nach der Gegenansicht führt der Nachweisverzicht nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des Schuldners.⁴⁸ Der BGH erkenne in langjähriger Rechtsprechung die Zwangsvollstreckungsunterwerfung bei der Grundsuld – auch im Formularvertrag – als zulässig an und auch in der nach früherem Recht üblichen sofortigen Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung habe keine unangemessene Benachteiligung gelegen.⁴⁹ Zuletzt habe der BGH zudem wieder ausdrücklich entschieden, dass die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung einer notariellen Urkunde ohne Fälligkeitsnachweis keine unangemessene Benachteiligung des Schuldners sei.⁵⁰

*„Der Nachweisverzicht bezieht sich nur auf das Klauselerteilungsverfahren nach §§ 724 ff. ZPO und dient damit lediglich der Vereinfachung des Nachweises der problemlos gegebenen Vollstreckungsvoraussetzungen, die sonst in einer oft nicht praktikablen Weise nach § 726 Abs. 1 ZPO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden gegenüber dem Notar nachgewiesen werden müssten (BGHZ 147, 203, 210 f. = WM 2001, 1035)“.*⁵¹

Im Ergebnis liegt nach hier vertretener Auffassung mit der wohl hM auch nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes in der Erklärung des Nachweisverzichts keine unangemessene Benachteiligung des Schuldners.⁵²

Hierbei kann weitgehend auf die obigen Ausführungen zur Auslegung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB verwiesen werden.

Es lässt sich schon bezweifeln, ob dem Risikobegrenzungsgesetz tatsächlich der Grundgedanke entnommen werden kann, dass der Schuldner auch vollstreckungsrechtlich davor geschützt werden sollte, sich gegen eine unzulässige Zwangsvollstreckung durch Erhebung der Vollstreckungsgegenklage zu wehren. Die vom Gesetzgeber eingeführten prozessualen Änderungen streiten eher dafür, dass diese Verteilung der „Aktionslast“ nicht nur praktisch der Normalfall vor Normierung des Risikobegrenzungsgesetzes war, sondern auch gesetzgeberisches Leitbild im Rahmen der Vollstreckung aus

44 Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2011, Rn. 19.14 ff.; vgl. auch BGH NJW 2012, 3518 (3518).

45 Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 12. Aufl. 2015, § 794 Rn. 30 mwN; Staudinger/Coester-Waltjen, BGB, 2006, § 309 Nr. 12 Rn. 5.

46 BGH MittBayNot 2001, 386; DNotI-Report 2008, 161 (163 mwN).

47 Dieckmann BWNotZ 2009, 144 (152); Sommer RNotZ 2009, 578 (585).

48 DNotI-Report 2008, 161 ff. mit ausf. Wiedergabe des Meinungsstands.

49 DNotI-Report 2008, 161 (163 ua unter Verweis auf BGH MittBayNot 2008, 204); DNotZ 2006, 196; MittBayNot 2004, 183.

50 DNotI-Report 2008, 161 (163).

51 BGH WM 2008, 1679 (1682).

52 DNotI-Report 2008, 161 ff. mwN.

Sicherungsgrundschulden. Gerade auf dieses Leitbild und die Erhebung der Vollstreckungsgegenklage zielen die Änderungen der §§ 799a, 769a ZPO ab, wenn sie den Schutz des Schuldners vor einer unzulässigen Zwangsvollstreckung erhöhen.

Aber auch darüber hinaus liegt – wie bereits oben dargelegt wurde – keine unangemessene Benachteiligung des Schuldners vor, da die tatsächliche Gefährdung des Schuldners aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden Rechtsmittel sehr gering ist und im Übrigen bereits durch das gesetzliche Mittel der Unterwerfung selbst begründet. Gleichzeitig hat aber der Gläubiger an der unproblematischen Vollstreckung und zeitnahen Überprüfung des Titels im Klauselerteilungsverfahren ein berechtigtes Interesse.

C. Wirksamkeit des Vollstreckungstitels

Aufgrund des aufgezeigten Streitstandes soll abschließend auf die Frage eingegangen werden, ob die teilweise vertretene Unwirksamkeit des Nachweisverzichts auch zur Unwirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung führt.

Der BGH ging in den schon wiederholt zitierten Urteilen zum Bauträgervertrag⁵³ ersichtlich von einer Gesamtwirksamkeit auch der Vollstreckungsunterwerfung selbst aus, ohne diese im Einzelnen zu begründen.

Tatsächlich erscheint es im Rahmen der Vollstreckung aus einer Sicherungsgrundschuld näherliegend, die Unwirksamkeit auf den Nachweisverzicht zu beschränken.⁵⁴

Geht man – wie hier vertreten – davon aus, dass der Nachweisverzicht mit der Unterwerfungserklärung eine Einheit bildet und insgesamt auf die Schaffung eines unbedingten Titels gerichtet ist, könnte sich dies aus einer Umdeutung nach § 140 BGB ergeben. Die Anwendung

des § 140 BGB liegt hierbei besonders nahe, wenn man eine Unwirksamkeit des Nachweisverzichts nach § 134 BGB bejahen will.

Für einen solchen Ansatz könnte man ins Feld führen, dass nicht bereits die Unterwerfungserklärung, sondern allein der Nachweisverzicht es dem Gläubiger vorzeitig ermöglicht, auf die Vermögenswerte des Schuldners zuzugreifen; die Unterwerfung per se beeinträchtigt den Schuldner aber nicht.⁵⁵ Die Aufrechterhaltung liegt viel mehr im Interesse des Schuldners, dem ein erheblich erhöhtes Kostenrisiko droht, wenn der Gläubiger mangels vollstreckbaren Titels darauf verlegt wäre, diesen im (Urkunds-)Prozess zu erstreiten. Dem Schutzzweck des § 1193 Abs. 1 iVm Abs. 2 S. 2 BGB ist bereits durch die Nichtigkeit des Nachweisverzichts Genüge getan.

Noch näher liegt die getrennte Beurteilung und die isolierte Unwirksamkeit des Nachweisverzichts, wenn man die Unterwerfungserklärung und den Nachweisverzicht mit der Gegenauffassung auch dogmatisch trennt und den Nachweisverzicht auf der nachgelagerten Ebene des § 726 ZPO verortet. Ist der Nachweisverzicht „separierbar“, kann er also nicht nur sprachlich von der Unterwerfungserklärung getrennt werden, sondern ist er auch inhaltlich eigenständig, spräche viel dafür, dass nur der Nachweisverzicht gegen § 134 oder § 307 BGB verstoßen würde.

D. Ergebnis

Im Ergebnis ist die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung verbunden mit einem Nachweisverzicht des Schuldners hinsichtlich des Kapitals einer Sicherungsgrundschuld weder nach § 1193 Abs. 2 S. 2 iVm Abs. 1 BGB als gesetzlichem Verbot noch nach den §§ 307 ff. BGB unwirksam.

Dieses Ergebnis rechtfertigt sich insbesondere dogmatisch aus der strikten Trennung zwischen materiellem sowie prozessuellem Recht und wertungsmäßig durch das berechnete Interesse des Gläubigers an einer zeitnahen Durchführung des Klauselerteilungsverfahrens. ■

⁵³ BGH MittBayNot 1998, 458; NJW 2002, 138.

⁵⁴ Hecht, Die Struktur der Grundpfandrechte nach dem Risikobegrenzungsgesetz, 2012, S. 181; so anscheinend auch OLG Nürnberg MittBayNot 1990, 323 (324); Saenger/Kindl, ZPO, 6. Aufl. 2015, § 794 Rn. 38.

⁵⁵ Vgl. Hertel ZNotP 1999, 3 (6).

1. Liegenschaftsrecht – Zur Vertragsqualifikation und Abnahme bei Nachzüglerfällen im Bauträgerrecht

(BGH, Urteil vom 12.5.2016 – VII ZR 171/15)

BGB §§ 242, 307, 309 Nr. 8b ff., 633 Abs. 1, 634 Nr. 2, 637 Abs. 1, Abs. 3, 640 Abs. 1

WEG §§ 10 Abs. 2, 21 Abs. 5 Nr. 2

1. Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen richten sich bei nach dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geschlossenen Bauträgerverträgen weiterhin grundsätzlich nach Werkvertragsrecht, mag auch das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt sein (Fortführung von BGH, Urteil vom 21. Februar 1985 – VII ZR 72/84, BauR 1985, 314, 315).
2. Ergeht in der ersten Eigentümerversammlung im Jahr 2002 ein Beschluss gemäß einer Bestimmung in der Teilungserklärung dahingehend, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch ein Ingenieurbüro auf Kosten des Bauträgers in Vertretung der einzelnen Wohnungseigentümer durchgeführt werden soll, und erklärt das dementsprechend beauftragte Ingenieurbüro die Abnahme des Gemeinschaftseigentums auch im Namen von Nachzügler-Erwerbern, die zu diesem Zeitpunkt weder Wohnungseigentümer noch werden- de Wohnungseigentümer waren, so entfaltet diese Abnahme des Gemeinschaftseigentums eine Abnahmewirkung zu Lasten der Nachzügler-Erwerber weder aufgrund der genannten Bestimmung in der Teilungserklärung noch aufgrund des genannten Beschlusses in der ersten Eigentümerversammlung.
3. Die von einem Bauträger in einem Erwerbsvertrag gegenüber Nachzügler-Erwerbern gestellten Formulklauseln
„Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist durch das Ingenieurbüro K. ... am 25.11.2002 erfolgt. Die Verjährungsfrist für Ansprüche und Rechte wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum läuft für den Käufer zum selben Termin ab wie für diejenigen Käufer, welche die gemeinschaftliche Abnahme durchgeführt haben“
sind unwirksam.
4. Dem Bauträger ist es als Verwender dieser von ihm gestellten, unwirksamen Formulklauseln nach Treu und Glauben verwehrt, sich darauf zu berufen, dass sich der Vertrag noch im Erfüllungsstadium befinde und deshalb ein Anspruch aus §§ 637 Abs. 3 BGB nicht bestehe (Anschluss an BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 – VII ZR 49/15, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

Zur Einordnung:

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung betrifft Fragen der Vertragsqualifikation und der Abnahme bei Nachzüglerfällen im Bauträgerrecht.

Die Bedeutung der Qualifikation eines Vertrages über einen fertiggestellten Neubau ergibt sich daraus, dass auch nach der Schuldrechtsreform trotz der Vereinheitlichung hinsichtlich der Verjährungsfristen (§§ 438 Abs. 1 Nr. 2 lit. a), 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB) bedeutsame Unterschiede zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht bestehen: im Selbstvornahmerecht gem. § 637 BGB samt Vorschussanspruch, in der Initiativposition bei der Wahl zwischen mehreren Mängelbeseitigungsalternativen (§§ 439 Abs. 1, 635 BGB) und im Erfordernis der Abnahme (§ 640 BGB) und ihrer Folgen (*Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rn. 2542).

Der BGH hatte bereits mit seinem Urteil v. 21.2.1985 – VII ZR 72/84 – (NJW 1985, 1551 = DNotZ 1985, 622 (Ls.)) entschieden, dass die Sachmängelansprüche desjenigen, der eine neu errichtete Eigentumswohnung oder ein neu errichtetes Haus von einem Bauträger erwirbt, sich nach Werkvertragsrecht richten und dass der Umstand, dass das Bauwerk bei Vertragsschluss schon fertiggestellt war, hieran grundsätzlich nichts ändere. Dies entsprach schon damals der ständigen Rechtsprechung (vgl. etwa BGH NJW 1982, 2243; BGH NJW 1981, 2344; BGH NJW 1979, 1406) und wurde in der Folgezeit in weiteren Entscheidungen bestätigt (vgl. etwa BGH NJW-RR 2003, 519). Als maßgebend für die Frage, ob Kauf- oder Werkvertragsrecht anwendbar ist, wurde der Umstand angesehen, ob Vertragsgegenstand ein neu errichtetes Bauwerk ist. Dies konnte nach Ansicht des BGH auch dann noch der Fall sein, wenn eine Wohnung erst zwei Jahre nach Errichtung der Wohnanlage veräußert wurde; jedenfalls dann, wenn die Erwerber einer solchen Wohnung wie frühere Erwerber eine neue, nach ihren Wünschen ausgestattete Eigentumswohnung erhalten sollten (BGH NJW 1985, 1551).

Nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes wurde in der Literatur darauf hingewiesen, dass die Anwendung von Werkvertragsrecht beim Verkauf fertiggestellter Gebäude dogmatisch nicht passe und auch die Notwendigkeit hierfür weggefallen sei, da nach neuem Schuldrecht die Rechte des Erwerbers bei Sachmängeln weitgehend unabhängig davon seien, ob man Kaufrecht oder Werkvertragsrecht anwende (*Hertel*/ DNotZ 2002, 6 (18 f.); vgl. auch *Brambring* DNotZ 2001, 904 (906), der angesichts der in § 438 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) BGB auf fünf Jahre verlängerten Verjährungsfrist für die Rechte des Käufers wegen eines Mangels bei einem Bauwerk erwartete, dass ein Vertrag über eine neu hergestellte Immobilie künftig auch von der Rechtsprechung als Kaufvertrag qualifiziert werde; Überblick zu den unterschiedlichen Auffassungen bei *Meyer* RNotZ 2006, 497 [498]).

Der BGH hat nunmehr in der vorliegenden Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung zur Geltung von Werkvertragsrecht bei fertiggestellten Bauwerken fortgeführt und dabei ausdrücklich bestätigt, dass sich auch nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes Mängelrechte der Erwerber weiterhin nach Werkvertragsrecht richten.

Dies sei sachgerecht, da bei Anwendung von Kaufvertragsrecht keine Möglichkeit bestehe, einen Vorschuss für die zur Selbstbeseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen zu verlangen; weiterhin passe das Recht des Käufers, zwischen Nacherfüllung und Lieferung einer mangelfreien Sache wählen zu können, bei Bauwerken nicht; es sei auch dem Verkäufer das Verschulden von Dritten bezüglich der Verursachung von Bauwerksmängeln nur in geringerem Umfang zurechenbar als dies beim Werkunternehmer der Fall sei.

Aus der Anwendung von Werk- statt Kaufvertragsrecht folgt, dass maßgeblicher Zeitpunkt für den Verjährungsbeginn gem. § 634a Abs. 2 BGB die Abnahme ist. Die Probleme, die sich hinsichtlich der Abnahme in den sog. Nachzüglerfällen stellen (eingehend hierzu *Cramer/Cziupka* RNotZ 2016, 289), bestehen damit auch nach der vorliegenden Entscheidung fort. Insoweit stellt der BGH klar, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums gegenüber einem Nachzügler-Erwerber weder aufgrund einer Bestimmung in der Teilungserklärung dahingehend, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch ein Ingenieurbüro in Vertretung der einzelnen Wohnungseigentümer durchgeführt werden soll, noch aufgrund eines Beschlusses in der ersten Eigentümerversammlung dahingehend, dass eine bereits erfolgte Abnahme des Gemeinschaftseigentums auch Wirkung für Nachzügler-Erwerber haben soll, möglich ist. Folglich gilt weiterhin, dass der Regelungsort für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums allein der jeweilige Erwerbsvertrag ist (*Vogel* NZM 2010, 377 [382 mwN]). Dass der BGH sodann noch die im fraglichen Erwerbsvertrag enthaltene Klausel, wonach die Verjährungsfrist für Ansprüche und Rechte eines Nachzügler-Erwerbers wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum zum selben Termin abläuft, wie für diejenigen Käufer, welche die gemeinschaftliche Abnahme durchgeführt haben, für unwirksam erklärt, dürfte der bisherigen Rechtsprechung zur Frage der Bindung von Nachzügler an bereits erklärte Abnahmen entsprechen (Übersicht hierzu etwa bei *Vogel* NZM 2010, 377 [380 mwN]).

Für die notarielle Praxis des Bauträgervertrages ist die vorliegende Entscheidung im Hinblick auf die Vertragsqualifikation des Bauträgervertrages als Werkvertrag grundlegend, ohne dass sich hieraus jedoch unmittelbare Folgen für die Vertragsgestaltung im Sinne einer Notwendigkeit der Änderung bisheriger Muster ergäben. Denn diese gehen – trotz der Bedenken in dogmatischer Hinsicht – in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung des BGH ohnehin davon aus, dass bei einem Bauträgervertrag Werkvertragsrecht anwendbar und damit Regelungen zur Abnahme erforderlich sind (vgl. etwa WürzNotar-HdB/*Hertel* Teil 2 Kap. 3 Rn. 2 zum Grundfall und Rn. 313 zum Nachzüglerfall; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl. 2014, Rn. 1206, zum Nachzüglerfall: vorsorgliche Abnahme für den Fall, dass Werkvertragsrecht gilt).

Im Hinblick auf die praxisrelevante Frage, wo die zeitliche Grenze zwischen der Anwendung von Werkvertragsrecht einerseits und Kaufvertragsrecht andererseits liegt, gibt die Entscheidung in Zusammenschau mit dem Urteil v. 25.2.2016 – VII ZR 156/13 – (RNotZ 2016, 316) einen Hinweis: Während in der vorliegenden Entscheidung bestätigt wird, dass die Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht noch zu bejahen sein kann, wenn

der Erwerbsvertrag zwei Jahre nach Errichtung des Bauwerks geschlossen wurde, wendet der BGH in der Entscheidung v. 25.2.2016 jedenfalls für Eigentumswohnungen, die ein Bauträger ungefähr drei Jahre nach Errichtung veräußert und die zuvor vermietet waren, Kaufrecht an.

Die Schriftleitung (JT)

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin, eine Wohnungseigentümergeinschaft, macht gegen die Beklagte Mängelansprüche, insbesondere einen Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses für Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln an der Bausubstanz des Gemeinschaftseigentums (im Folgenden: Mängel am Gemeinschaftseigentum) geltend.

Im Jahr 2002 errichtete die L. GmbH, deren Rechtsnachfolgerin die Beklagte ist (im Folgenden nur: die Beklagte), in W. das Objekt „A. C. 10“, bestehend aus 23 Eigentumswohnungseinheiten nebst Kfz-Stellplätzen, die in der Folgezeit veräußert wurden.

Alle Erwerber vor dem 25. November 2002 schlossen einen von der Beklagten vorformulierten Vertrag, der in § 7 Abs. 5 folgende Regelung enthält (vgl. beispielhaft den Vertrag mit den Erwerbern T. vom 13. November 2002 [im Folgenden: Vertrag vom 13. November 2002]):

„(5) Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist noch nicht erfolgt. Gemäß § 19 der Teilungserklärung haben die Wohnungseigentümer in der 1. Eigentümerversammlung das Ingenieurbüro K. mit der Abnahme beauftragt. Die Abnahme wird auf Kosten der Verkäuferin in Vertretung der einzelnen Wohnungseigentümer für diese durchgeführt. Das Ingenieurbüro soll auch die Behebung der festgestellten Mängel bestätigen.“

Bei dem mit dem Erwerber Dr. M. am 14. Mai 2003 geschlossenen notariellen Vertrag (im Folgenden: Vertrag vom 14. Mai 2003) handelt es sich um einen von der Beklagten vorformulierten Vertrag, der bei allen nach dem 25. November 2002 kontrahierenden Erwerbern verwendet wurde. § 6 Abs. 3 dieses Vertrags lautet wie folgt:

„(3) Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist durch das Ingenieurbüro K. ... am 25.11.2002 erfolgt. Die Verjährungsfrist für Ansprüche und Rechte wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum läuft für den Käufer zum selben Termin ab wie für diejenigen Käufer, welche die gemeinschaftliche Abnahme durchgeführt haben.“

Die Klägerin hat Mängel am Gemeinschaftseigentum behauptet und insbesondere Zahlung eines Vorschusses für Aufwendungen zu deren Beseitigung verlangt.

Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat der Klage auf Zahlung eines Vorschusses für die Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum teilweise, nämlich in Höhe von 72.280,60 € nebst Zinsen, stattgegeben und weiteren Zahlungs- und Feststellungsanträgen entsprochen. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

I. Das Berufungsgericht führt, soweit für die Revision von Interesse, im Wesentlichen Folgendes aus:

Der Klägerin stünden die erstinstanzlich zuerkannten Beträge gegen die Beklagte zu. Der Vorschussanspruch ergebe sich aus § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 1, Abs. 3 BGB. Es sei anerkannt, dass sich die Mängelrechte beim Bauträgervertrag nach Werkvertragsrecht richteten.

Die Geltendmachung der Rechte aus §§ 634 ff. BGB setze allerdings grundsätzlich eine Abnahme voraus, die das Erfüllungsstadium beende und den Erfüllungsanspruch des Bestellers auf das abgenommene Werk beschränke. Eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums liege hier noch nicht vor. Die Abnahme von Wohnungseigentumsanlagen erfordere eine Abnahme sowohl des Sonder- als auch des Gemeinschaftseigentums durch jeden Erwerber. Auch die Abnahme des Gemeinschaftseigentums sei von jedem einzelnen Erwerber – für sich – vorzunehmen, da jeder Erwerber einen eigenen Anspruch auf mangelfreie Herstellung habe. Es gelte der Grundsatz, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums erst dann endgültig erfolgt sei, wenn sie auch durch den letzten Erwerber („Nachzügler“) oder durch einen von ihm dazu bevollmächtigten Dritten – ausdrücklich oder stillschweigend – erklärt werde.

Es genüge, dass nur ein Erwerber in einer Wohnungseigentümergeinschaft noch unverjährte Mängelansprüche in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum habe, denn die Wohnungseigentümergeinschaft könne die Ansprüche von Nachzüglern – wie vorliegend geschehen – an sich ziehen. Hier sei jedenfalls für die Verträge, die nach dem 25. November 2002 geschlossen worden seien, eine formularmäßige Bezugnahme auf eine bereits erfolgte Abnahme vom 25. November 2002 unwirksam. Die Bezugnahme auf eine bereits durchgeführte Prüfung sei bloße Abnahmefiktion, die wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 BGB unwirksam sei, weil sie dem einzelnen Erwerber nicht die Möglichkeit offenlasse, das Gemeinschaftseigentum selbst abzunehmen oder von einer Vertrauensperson eigener Wahl abnehmen zu lassen. Im Übrigen begegne die für die Nachzügler verwendete Vertragsklausel in § 6 Abs. 3 Satz 2 auch wegen der damit bezweckten Verkürzung der Verjährungsfrist für Mängel am Gemeinschaftseigentum durchgreifenden Bedenken, die hier aber dahingestellt bleiben könnten.

Eine schlüssige (konkludente) Abnahme durch die Nachzügler scheitere schon daran, dass diese aufgrund der vertraglichen Regelung davon ausgegangen seien, eine Abnahme sei bereits erfolgt. Dann könne ihrer Inbenutzungnahme des Gemeinschaftseigentums nicht der Wille unterlegt werden, dieses schlüssig als im Wesentlichen vertragsgerecht anzuerkennen.

Die fehlende Abnahme stehe dem Vorschussanspruch nicht entgegen. Die Frage, ob ein Vorschussanspruch auch vor Abnahme bestehe, sei zwar nicht unumstritten, aber sie werde, soweit ersichtlich, für bestimmte enge Ausnahmefälle zu Recht bejaht. Das gelte jedenfalls für die Fälle, in denen das Werk fertiggestellt und an den Besteller übergeben worden sei, dieser aber etwa die Abnahme wegen behaupteter Mängel verweigere oder eine Abnahme schlicht noch nicht erfolgt sei, ferner der Unternehmer eine Mängelbeseitigung verweigere oder trotz Setzung einer angemessenen Frist nicht vornehme.

Das Setzen einer (weiteren) Nacherfüllungsfrist gemäß § 637 BGB sei entbehrlich gewesen. Die Beklagte sei in der Vergangenheit mehrfach vergeblich aufgefordert worden, die verfahrensgegenständlichen Mängel zu beseitigen. Die jetzt noch verfahrensgegenständlichen Mängel seien nicht beseitigt worden, obwohl die Beklagte deren Beseitigung sogar teilweise zugesagt gehabt habe. Zudem habe sie spätestens durch ihre beharrliche Weigerung und das Leugnen der Mängel trotz des eindeutigen Ergebnisses des selbständigen Beweisverfahrens ihre mangelnde Bereitschaft zur Mängelbeseitigung dokumentiert.

Der Vorschussanspruch der Klägerin für die im Wege der Selbstvornahme vorgesehene Mängelbeseitigung belaufe sich auf die vom Landgericht zutreffend festgestellte Höhe.

Die Verjährungseinrede der Beklagten greife nicht durch. Die nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB der fünfjährigen Verjährungsfrist unterliegenden Ansprüche der Klägerin seien nicht verjährt. Mangels Abnahme habe die Verjährungsfrist nicht begonnen (§ 634a Abs. 2 BGB).

II. Das hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand. Insbesondere ist die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines Vorschusses für Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum nicht zu beanstanden.

1. Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, dass die Klägerin die geltend gemachten, das Gemeinschaftseigentum betreffenden Mängelansprüche derjenigen Erwerber, die nach dem 25. November 2002 kontrahiert haben (im Folgenden: Nachzügler-Erwerber), an sich gezogen hat, wird dies von den Parteien hingenommen. Entsprechendes gilt, soweit das Berufungsgericht die Klägerin bezüglich der genannten Ansprüche für prozessführungsbefugt erachtet hat. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich (vgl. BGH, Urteil vom 12. April 2007 – VII ZR 236/05, BGHZ 172, 42 Rn. 20; Urteil vom 15. Januar 2010 – V ZR 80/09, BauR 2010, 774 Rn. 7 ff. = NZBau 2010, 432).

Die Mängelansprüche des Nachzügler-Erwerbers wegen Mängeln am Bauwerk richten sich nach Werkvertragsrecht

2. Zutreffend hat das Berufungsgericht – von den Parteien unbeanstandet – angenommen, dass sich die Mängelansprüche des Nachzügler-Erwerbers Dr. M. (Vertrag vom 14. Mai 2003) wegen Mängeln am Bauwerk nach Werkvertragsrecht richten.

Vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes: Die Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen richten sich grundsätzlich nach Werkvertragsrecht, auch wenn das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt ist

a) Für vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geschlossene Verträge gilt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass sich die Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen grundsätzlich nach Werkvertragsrecht richten, mag auch das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt sein (vgl. grundlegend BGH, Urteil vom 29. Juni 1981 – VII ZR 259/80, BauR 1981, 571, 572 f., juris Rn. 8 ff. sowie Urteile vom 9. Januar 2003 – VII ZR 408/01, BauR 2003, 535, juris

Rn. 11 = NZBau 2003, 213; vom 17. September 1987 – VII ZR 153/86, BGHZ 101, 350, 352, juris Rn. 7; vom 7. Mai 1987 – VII ZR 129/86, BauR 1987, 438, juris Rn. 9 und vom 21. Februar 1985 – VII ZR 72/84, BauR 1985, 314, 315, juris Rn. 13 ff.; für noch nicht vollständig fertiggestellte Bauwerke vgl. BGH, Urteile vom 5. April 1979 – VII ZR 308/77, BGHZ 74, 204, 206 f., juris Rn. 11 ff. und vom 10. Mai 1979 – VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 267 f., juris Rn. 30 f.). Die Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht kann danach auch dann noch zu bejahen sein, wenn die Erwerbsverträge zwei Jahre nach Errichtung des Bauwerks geschlossen wurden (vgl. BGH, Urteil vom 9. Januar 2003 – VII ZR 408/01, aaO; Urteil vom 21. Februar 1985 – VII ZR 72/84, aaO, juris Rn. 15 f.).

Dabei ist ohne Bedeutung, ob die Parteien den Vertrag als Kaufvertrag und sich selbst als Käufer und Verkäufer bezeichnet haben. Entscheidend ist vielmehr, dass sich aus dem Inhalt solcher Verträge, aus ihrem Zweck und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung sowie aus der Interessenlage die Verpflichtung des Veräußerers zu einer mangelfreien Errichtung des Bauwerks ergibt (vgl. BGH, Urteile vom 9. Januar 2003 – VII ZR 408/01, aaO Rn. 11 und vom 7. Mai 1987 – VII ZR 129/86, BauR 1987, 438, juris Rn. 9).

An der Rechtsprechung hinsichtlich Ansprüchen der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen wird auch bei nach der Schuldrechtsreform geschlossenen Bauträgerverträgen festgehalten

b) An dieser Rechtsprechung ist hinsichtlich der Mängelansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen auch bei nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geschlossenen Bauträgerverträgen festzuhalten (vgl. zum Streitstand, bejahend: Kniffka/Kniffka, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., Einführung vor § 631 Rn. 89 ff.; Koeble in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 11. Teil Rn. 206 ff.; Bast, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl., Rn. 11 ff.; Vogel, BauR 2010, 1992, 1994 f.; Derleder, NZBau 2004, 237, 242 f.; Dören, ZfR 2003, 497, 500 ff.; Thode, NZBau 2002, 297, 299 f.; Pause, NZBau 2002, 648 f.; tendenziell bereits BGH, Urteil vom 26. April 2007 – VII ZR 210/05, BauR 2007, 1407, 1409, juris Rn. 18 f. = NZBau 2007, 507 sowie Urteil vom 25. Februar 2016 – VII ZR 49/15 Rn. 28, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; verneinend: Hertel, DNotZ 2002, 6, 18 f.; Bambring, DNotZ 2001, 904, 906; Ott, NZBau 2003, 233, 238 f.).

Durch die Schuldrechtsreform wurde die rechtliche Stellung des Käufers bei Bauwerken derjenigen des Bestellers bei einem Bauvertrag angenähert

Allerdings wurde mit den Änderungen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die rechtliche Stellung des Käufers bei Bauwerken in mancher Hinsicht derjenigen des Bestellers bei einem Bauvertrag angenähert. So verjähren die Mängelansprüche des Käufers nach § 437 Nr. 1 und 3 BGB bei einem Bauwerk statt in einem Jahr nunmehr gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 2 a) BGB in fünf Jahren; dies entspricht der Länge der Verjährungsfrist gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB. Nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Verkäufer dem Käufer die Sache – entsprechend dem in § 633 Abs. 1 BGB Geregelter – frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Außerdem

wird in § 439 Abs. 1 BGB ein Nacherfüllungsanspruch des Käufers statuiert; dieser kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.

Es ist gleichwohl weiterhin sach- und interessengerecht, dass sich die Ansprüche der Erwerber bei Bauträgerverträgen grundsätzlich nach Werkvertragsrecht richten

Unbeschadet der vorstehend genannten Annäherung ist es aus mehreren Gründen jedoch, was dem Willen des Gesetzgebers nicht widerspricht (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 229 f.; BT-Drucks. 14/6857, S. 59 f.; vgl. auch Vogel, BauR 2010, 1992, 1995), weiterhin sach- und interessengerecht, dass sich die Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern und Eigentumswohnungen bei Bauträgerverträgen grundsätzlich nach Werkvertragsrecht richten, auch wenn das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt ist (vgl. Kniffka/Kniffka, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., Einführung vor § 631 Rn. 89 ff.; Glöckner in Kleine-Möller/Merl/Glöckner, Handbuch des privaten Baurechts, 5. Aufl., § 4 Rn. 91). So besteht für den Käufer – anders als für den Besteller (vgl. § 637 BGB) – nicht die Möglichkeit, einen Vorschuss für die zur Selbstbeseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen zu verlangen (vgl. Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 5. Aufl. Rn. 72; Glöckner, aaO). Zudem passt das Recht des Käufers, zwischen Nacherfüllung und Lieferung einer mangelfreien Sache wählen zu können, bei Bauwerken nicht; es könnte zu Konflikten mit dem Recht des für den Bauwerksmangel gegebenenfalls letztverantwortlichen (Nach-)Unternehmers führen, die Art und Weise der Mängelbeseitigung bestimmen zu dürfen (vgl. Kniffka/Kniffka, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., Einführung vor § 631 Rn. 90; Pause, aaO). Hinzu kommt, dass dem Verkäufer das Verschulden von Dritten bezüglich der Verursachung von Bauwerksmängeln im Zuge der Errichtung des Bauwerks nur in geringerem Umfang zugerechnet werden kann als dem (Bau-)Unternehmer (vgl. Baer, Mängelrechte beim Wohnungseigentumserwerb vom Bauträger, 2010, S. 20 f. einerseits und Merl in Kleine-Möller/Merl/Glöckner, Handbuch des privaten Baurechts, 5. Aufl., § 15 Rn. 919 andererseits; vgl. ferner BGH, Urteile vom 2. April 2014 – VIII ZR 46/13, BGHZ 200, 337 Rn. 31 und vom 29. April 2015 – VIII ZR 104/14, NJW 2015, 2244 Rn. 13, beide zur mangelnden Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Herstellers einer Kaufsache im Verhältnis zum Verkäufer).

Es ist dem Bauträger zumutbar, eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch jeden Erwerber herbeizuführen

Demgegenüber ist es dem Bauträger zumutbar, eine Abnahme auch des Gemeinschaftseigentums durch jeden Erwerber (auch Nachzügler) herbeizuführen.

c) Nach den vorstehend genannten Maßstäben richten sich die Mängelansprüche des Nachzügler-Erwerbers Dr. M. aus dem Vertrag vom 14. Mai 2003 wegen der geltend gemachten Mängel am Gemeinschaftseigentum nach Werkvertragsrecht. Denn die Wohnanlage wurde nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Jahr 2002 errichtet. Als Zeitpunkt der Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch das Ingenieurbüro K. ist in § 6 Abs. 3 des Vertrags vom 14. Mai 2003 der 25. November 2002 genannt.

Eine zu Lasten der Nachzügler-Erwerber wirkende Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist weder aufgrund der Bestimmung in der Teilungserklärung noch aufgrund des Beschlusses der ersten Eigentümerversammlung erfolgt

3. Im Ergebnis ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht eine zu Lasten der Nachzügler-Erwerber, darunter des Nachzügler-Erwerbers Dr. M., wirkende Abnahme des Gemeinschaftseigentums nicht aufgrund der – in § 7 Abs. 5 des Vertrags vom 13. November 2002 in Bezug genommenen – Bestimmung in § 19 der Teilungserklärung und auch nicht aufgrund des Beschlusses der ersten Eigentümerversammlung bezüglich der Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch das Ingenieurbüro K. angenommen hat.

a) Für die Revisionsinstanz ist mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts davon auszugehen, dass die Wohnungseigentümer – entsprechend dem in § 7 Abs. 5 des Vertrags vom 13. November 2002 Ausgeführten – das Ingenieurbüro K. gemäß § 19 der Teilungserklärung aufgrund Beschlusses in der ersten Eigentümerversammlung mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums beauftragt haben, wobei die Abnahme auf Kosten der Beklagten in Vertretung der einzelnen Wohnungseigentümer durchgeführt werden sollte. Für die Revisionsinstanz ist mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts des Weiteren davon auszugehen, dass – entsprechend dem in § 6 Abs. 3 Satz 1 des Vertrags vom 14. Mai 2003 Ausgeführten – die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch das Ingenieurbüro K. am 25. November 2002 erfolgt ist. Für die Revisionsinstanz ist mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts außerdem davon auszugehen, dass eine Teilabnahme des Gemeinschaftseigentums vertraglich gestattet war (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 1983 – VII ZR 185/81, BauR 1983, 573, 575, juris Rn. 20, zur Teilabnahmefähigkeit des Gemeinschaftseigentums).

b) Im Streitfall ist das Wohnungseigentumsgesetz bezüglich der vorstehend unter II. 3. a) genannten Vorgänge in der Fassung vor der Novellierung durch das Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26. März 2007 (BGBl. I, S. 360) anzuwenden.

c) Die aufgrund der Bestimmung in § 19 der Teilungserklärung vom Ingenieurbüro K. am 25. November 2002 erklärte Abnahme des Gemeinschaftseigentums entfaltet keine Abnahmewirkung zu Lasten der Nachzügler-Erwerber, darunter des Nachzügler-Erwerbers Dr. M., selbst wenn, wovon die Revision offenbar ausgeht, dieses Ingenieurbüro die Abnahme des Gemeinschaftseigentums auch im Namen der Nachzügler-Erwerber erklärt haben sollte, die am 25. November 2002 weder Wohnungseigentümer noch werdende Wohnungseigentümer waren.

Vom Eigentümer in der Teilungserklärung einseitig vorgegebene Bestimmungen unterliegen der Inhaltskontrolle

aa) Von dem teilenden Eigentümer einseitig vorgegebene Bestimmungen unterliegen einer Inhaltskontrolle, bei der lediglich streitig ist, ob die für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Vorschriften der §§ 307 ff. BGB entsprechend anzuwenden sind oder ob sich diese Kontrolle unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls am Maßstab von Treu und Glauben (§ 242

BGB) auszurichten hat (vgl. BGH, Urteil vom 10. Dezember 2010 – V ZR 60/10, NJW 2011, 679 Rn. 7 m.w.N.).

Eine Regelung in der Teilungserklärung ist nichtig, wenn die Wirkung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums seitens der aufgrund Beschlusses beauftragten Abnahmeperson auf Nachzügler-Erwerber erstreckt werden soll

bb) Danach ist § 19 der Teilungserklärung, gleichgültig welcher der vorstehend genannten Maßstäbe der Inhaltskontrolle zugrunde gelegt wird, jedenfalls insoweit nichtig, als damit die Wirkung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums seitens der aufgrund Beschlusses der ersten Eigentümerversammlung beauftragten Abnahmeperson auf Nachzügler-Erwerber erstreckt werden soll. Gegenstand von Vereinbarungen nach § 10 Abs. 2 WEG können lediglich Regelungen sein, die das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander betreffen. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums fällt nicht hierunter (vgl. Riemenschneider in Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, 3. Teil Rn. 758; Schmidt in Festschrift für Deckert, 2002, S. 443, 462 f.; a.M. BayObLG, NJW-RR 2000, 13, 15, juris Rn. 29 und NJW-RR 2000, 379, 380, juris Rn. 34). Sie betrifft vielmehr das Vertragsverhältnis zwischen Bauträger und Erwerber (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 1985 – VII ZR 72/84, BauR 1985, 314, 316, juris Rn. 20; Riemenschneider in Grziwotz/Koeble, aaO; Schmidt aaO). Im Falle des Erwerbs einer Eigentumswohnung erhält der einzelne Erwerber aus dem Erwerbsvertrag einen individuellen Anspruch auf mangelfreie Werkleistung auch in Bezug auf das gesamte Gemeinschaftseigentum (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 1985 – VII ZR 72/84, aaO; Urteil vom 6. Juni 1991 – VII ZR 372/89, BGHZ 114, 383, 389, juris Rn. 24; Urteil vom 21. Juli 2005 – VII ZR 304/03, BauR 2005, 1623, 1624, juris Rn. 13 = NZBau 2005, 585). Dementsprechend liegt es grundsätzlich bei ihm, zu entscheiden, ob er das Werk als eine in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende Erfüllung gelten lassen will (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 1985 – VII ZR 72/84, aaO). Der Regelungsort für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist der jeweilige Erwerbsvertrag (Vogel, NZM 2010, 377, 382).

Nichts anderes folgt aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Geltendmachung und Durchsetzung von Mängelansprüchen wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums (vgl. BGH, Urteil vom 12. April 2007 – VII ZR 236/05, BGHZ 172, 42 Rn. 19 f.). Nach dieser Rechtsprechung ist die Wohnungseigentümergeinschaft für die Geltendmachung und Durchsetzung solcher Rechte allein zuständig, die ihrer Natur nach gemeinschaftsbezogen sind und ein eigenständiges Vorgehen des einzelnen Wohnungseigentümers nicht zulassen; das betrifft die gemeinschaftsbezogenen Rechte auf Minderung und kleinen Schadensersatz (vgl. BGH, Urteil vom 12. April 2007 – VII ZR 236/05, aaO Rn. 19 m.w.N.). Außerdem ist die Wohnungseigentümergeinschaft befugt, durch Mehrheitsbeschluss die Ausübung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte der einzelnen Erwerber aus den Erwerbsverträgen wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums an sich zu ziehen (vgl. BGH, Urteil vom 12. April 2007 – VII ZR 236/05, aaO Rn. 20). Anders als die Geltendmachung und Durchsetzung der vorstehend genannten Mängelansprüche, die

der Verwaltungskompetenz der Wohnungseigentümergemeinschaft gemäß § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG unterfallen (vgl. BGH, Urteil vom 12. April 2007 – VII ZR 236/05, aaO Rn. 16, Rn. 20), betrifft die Abnahme eine Verpflichtung des Erwerbers aus dem Erwerbsvertrag, die keinen unmittelbaren Bezug zu einer Aufgabe der gemeinschaftlichen Verwaltung aufweist (vgl. Pause, Bau-trägerkauf und Baumodelle, 4. Aufl. Rn. 604). Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums hat zwar Bedeutung auch für die Geltendmachung der vorstehend genannten Mängelansprüche. Darin erschöpft sich die Bedeutung der Abnahme aber nicht. Die Abnahme hat darüber hinaus weitere Wirkungen insbesondere bezüglich der Fälligkeit und Verzinsung der Vergütung, bezüglich des Gefahrübergangs und bezüglich des Vorbehalts eines Vertragsstrafenanspruchs (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 1989 – VII ZR 89/87, BGHZ 107, 75, 77, juris Rn. 9; Meier, BauR 2016, 565; Scheffelt, BauR 2014, 163, 179 Fn. 79; Schwarz, Die Abnahme des Werkes, 1988, S. 35-37). Diese Wirkungen betreffen das Vertragsverhältnis zwischen Erwerber und Bau-träger und nicht das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander.

d) Auch aufgrund des Beschlusses der ersten Eigentümerversammlung entfaltet die vom Ingenieurbüro K. am 25. November 2002 erklärte Abnahme des Gemeinschaftseigentums keine Abnahmewirkung zu Lasten der Nachzügler-Erwerber, darunter des Nachzügler-Erwerbers Dr. M.

aa) Fehlt es der Wohnungseigentümerversammlung an der erforderlichen Beschlusskompetenz, ist ein dennoch gefasster Beschluss nicht nur anfechtbar, sondern nichtig (vgl. BGH, Urteil vom 9. März 2012 – V ZR 161/11, NJW 2012, 1724 Rn. 10 f. m.w.N.; Beschluss vom 22. Januar 2004 – V ZB 51/03, BGHZ 157, 322, 333, juris Rn. 32).

Der Beschluss der Eigentümerversammlung bezüglich Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist insoweit nichtig, als damit die Wirkung der bereits erfolgten Abnahme des Gemeinschaftseigentums auf Nachzügler-Erwerber erstreckt werden soll

bb) Daran gemessen ist der Beschluss der ersten Eigentümerversammlung bezüglich der Abnahme des Gemeinschaftseigentums aus den vorstehend unter II. 3. c) bb) genannten Gründen mangels Beschlusskompetenz jedenfalls insoweit nichtig, als damit die Wirkung der vom Ingenieurbüro K. erklärten Abnahme des Gemeinschaftseigentums auf Nachzügler-Erwerber, darunter den Nachzügler-Erwerber Dr. M., erstreckt werden soll (vgl. Pause, Bau-trägerkauf und Baumodelle, 4. Aufl. Rn. 604; Schmidt in Festschrift für Deckert, 2002, S. 443, 462 f.; Basti in Festschrift für Wenzel, 2005, S. 103, 108 f.; a.M. BayObLG, NJW-RR 2000, 13, 15, juris Rn. 29 und NJW-RR 2000, 379, 380, juris Rn. 34, wonach die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch bestandskräftigen Beschluss zu einer Angelegenheit der gemeinschaftlichen Verwaltung gemacht werden kann).

4. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 1 des Vertrags vom 14. Mai 2003 unwirksam ist.

a) Nach den unbeanstandet gebliebenen tatrichterlichen Feststellungen handelt es sich bei dem Vertrag vom 14. Mai 2003 um einen von der Beklagten gestellten Formularvertrag, der gegenüber allen nach dem 25. November 2002 kontrahierenden Erwerbern ver-

wendet wurde. Revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

Eine Klausel, wonach Nachzügler-Erwerbern die Möglichkeit entzogen wird, bezüglich der Abnahme des Gemeinschaftseigentums selbst zu entscheiden oder hierüber durch eine Person ihres Vertrauens entscheiden zu lassen, ist nichtig

b) Die Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 1 ist bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung dahingehend zu verstehen, dass den Nachzügler-Erwerbern mit dieser Klausel die Möglichkeit entzogen wird, bezüglich der Abnahme des Gemeinschaftseigentums selbst zu entscheiden oder hierüber durch eine Person ihres Vertrauens entscheiden zu lassen; vielmehr soll durch diese Klausel die am 25. November 2002 erfolgte Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Verhältnis zu den Nachzügler-Erwerbern als für sie verbindlich festgeschrieben werden.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, an die der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 545 Abs. 1 ZPO angeknüpft hat, sind Allgemeine Geschäftsbedingungen wie reversible Rechtsnormen zu behandeln und infolgedessen vom Revisionsgericht frei auszulegen, da bei ihnen ungeachtet der Frage, ob sie über den räumlichen Bezirk des Berufungsgerichts hinaus verwendet werden, ein Bedürfnis nach einer einheitlichen Handhabung besteht (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 20. Juni 2013 – VII ZR 82/12, BauR 2013, 1673 Rn. 12 m.w.N. = NZBau 2013, 567; Urteil vom 9. Februar 2011 – VIII ZR 295/09, NJW 2011, 1342 Rn. 29).

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind (BGH, Urteil vom 9. Juli 2015 – VII ZR 5/15, BauR 2015, 1652 Rn. 26 m.w.N. = NZBau 2015, 549). Auch im Individualprozess ist die kundenfeindlichste Auslegung zugrunde zu legen, wenn diese zur Unwirksamkeit der Klausel führt und dadurch den Kunden begünstigt (vgl. BGH, Teilurteil vom 29. April 2008 – KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 19 – Erdgassondervvertrag).

bb) Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung erschöpft sich die Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 1 nicht in einer bloßen Information der Nachzügler-Erwerber über die bereits am 25. November 2002 – vor deren Vertragsabschluss – erfolgte Abnahme des Gemeinschaftseigentums seitens des Ingenieurbüros K. Unter Berücksichtigung der folgenden Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 2 ist die Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 1 aus der Sicht eines verständigen und redlichen Vertragspartners der Beklagten vielmehr entsprechend dem vom Berufungsgericht Ausgeführten dahin zu verstehen, dass sie den Nachzügler-Erwerbern das Recht entzieht, bezüglich der Abnahme des Gemeinschaftseigentums selbst zu entscheiden oder hierüber durch eine Person ihres Vertrauens entscheiden zu lassen; vielmehr soll durch diese Klausel die am 25. November 2002 erfolgte Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Verhältnis zu den Nachzügler-Erwerbern als verbindlich festgeschrieben werden.

cc) Die Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 1 ist wegen unangemessener Benachteiligung der Nachzügler-Erwerber, darunter des Nachzügler-Erwerbers Dr. M., gemäß § 307

Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, weil sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung in § 640 Abs. 1 BGB, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

Nach § 640 Abs. 1 BGB ist der Besteller verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen. Besteller ist auch hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums der einzelne Erwerber des Wohnungseigentums (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 1985 – VII ZR 72/84, BauR 1985, 314, 316, juris Rn. 20). Aufgrund der erheblichen Bedeutung der Abnahme im Werkvertragsrecht ist diese neben der Vergütungspflicht eine Hauptpflicht des Erwerbers (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 1989 – VII ZR 89/87, BGHZ 107, 75, 77, juris Rn. 9; Urteil vom 26. Februar 1981 – VII ZR 287/79, BauR 1981, 284, 287, juris Rn. 28). Damit korrespondiert auf der anderen Seite das Recht des einzelnen Erwerbers, bezüglich der Abnahme des Gemeinschaftseigentums – gegebenenfalls nach sachverständiger Beratung – selbst zu entscheiden oder durch eine von ihm zu beauftragende (Vertrauens-) Person entscheiden zu lassen (vgl. Vogel, BauR 2010, 1992, 1996).

Die unangemessene Benachteiligung resultiert daraus, dass den Nachzügler-Erwerbern, darunter dem Nachzügler-Erwerber Dr. M., dieses Recht entzogen wird (vgl. Vogel, BauR 2010, 1992, 1996; Gritschneider in Festschrift für Probst, 2015, S. 327, 337). Das Interesse der Beklagten an einer frühzeitigen und einheitlichen Abnahme des Gemeinschaftseigentums rechtfertigt es angesichts der Bedeutung der Abnahme und der damit verbundenen nachteiligen Rechtsfolgen für die Nachzügler-Erwerber nicht, dass letztere die bereits vor Vertragsabschluss durch das Ingenieurbüro K. erklärte Abnahme ohne Überprüfungs- und Widerspruchsmöglichkeit gegen sich gelten lassen müssen (vgl. auch Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 5. Aufl. Rn. 609).

dd) Die Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 1 ist außerdem aus den nachstehend unter II. 5. genannten Gründen gemäß § 309 Nr. 8 b) ff) BGB unwirksam, weil sie im Zusammenspiel mit der Regelung in § 6 Abs. 3 Satz 2 zu einer mittelbaren Verkürzung der Verjährungsfrist betreffend Mängelansprüche führt.

5. Die Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 2 des Vertrags vom 14. Mai 2003 ist gemäß § 309 Nr. 8 b) ff) BGB unwirksam.

a) Nach § 309 Nr. 8 b) ff) ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Bestimmung unwirksam, durch die bei Verträgen über die Lieferung neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen die Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels in den Fällen des § 438 Abs. 1 Nr. 2 und des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB erleichtert wird. Eine derartige unzulässige Erleichterung liegt bereits dann vor, wenn die gesetzliche Verjährungsfrist durch Vorverlegung des Verjährungsbeginns mittelbar verkürzt wird (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 – VII ZR 49/15 Rn. 37, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; Urteil vom 9. Oktober 1986 – VII ZR 245/85, BauR 1987, 113, 115, juris Rn. 16).

b) Mit der in § 6 Abs. 3 Satz 2 vorgesehenen Anknüpfung an die am 25. November 2002 erfolgte gemeinschaftliche Abnahme wird der Beginn der Verjährung von auf das Gemeinschaftseigentum bezogenen Mängelansprüchen der Nachzügler-Erwerber, darunter des Nachzügler-Erwerbers Dr. M., auf einen Zeitpunkt vor-

verlagert, zu dem diese weder den Erwerbsvertrag abgeschlossen hatten noch eine Übergabe an sie erfolgt war. Dies stellt eine mittelbare Verkürzung der Verjährungsfrist gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB dar, die von § 309 Nr. 8 b) ff) BGB erfasst wird.

Eine konkludente Abnahme des Gemeinschaftseigentums seitens der Nachzügler-Erwerber aufgrund der Inbenutzungnahme des Gemeinschaftseigentums ist nicht erfolgt

6. Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist es, dass das Berufungsgericht eine konkludente Abnahme des Gemeinschaftseigentums seitens der Nachzügler-Erwerber, darunter des Nachzügler-Erwerbers Dr. M., aufgrund der Inbenutzungnahme des Gemeinschaftseigentums verneint hat.

a) Eine Abnahme kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent, das heißt durch schlüssiges Verhalten des Bestellers, erklärt werden. Eine konkludente Abnahme setzt voraus, dass nach den Umständen des Einzelfalls das nach außen hervortretende Verhalten des Bestellers zu dem Schluss rechtfertigt, er billige das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß (BGH, Urteil vom 5. November 2015 – VII ZR 43/15, BauR 2016, 499 Rn. 30 m.w.N. = NZBau 2016, 93, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Erforderlich ist ein tatsächliches Verhalten des Bestellers, das geeignet ist, seinen Abnahmewillen dem Unternehmer gegenüber eindeutig zum Ausdruck zu bringen (BGH, Urteil vom 20. Februar 2014 – VII ZR 26/12, BauR 2014, 1023 Rn. 15). In der Ingebrauchnahme und anschließenden Nutzung eines Bauwerks durch den Besteller kann eine konkludente Abnahme liegen (vgl. BGH, Urteil vom 20. September 1984 – VII ZR 377/83, BauR 1985, 200, 201 f., juris Rn. 8 ff.). Ob eine konkludente Abnahme vorliegt, beurteilt sich grundsätzlich nach den Umständen des Einzelfalls (BGH, Urteil vom 20. Februar 2014 – VII ZR 26/12, BauR 2014, 1023 Rn. 15). Die insoweit vom Tatrichter vorzunehmende Auslegung ist im Revisionsverfahren nur eingeschränkt dahingehend überprüfbar (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 1996 – VII ZR 26/95, BauR 1996, 390, 391, juris Rn. 13), ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, sonstige Erfahrungssätze oder Denkgesetze vorliegen oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 2014 – VII ZR 60/14, BauR 2015, 828 Rn. 17 = NZBau 2015, 220).

b) In diesem Rahmen beachtliche Rechtsfehler liegen nicht vor, soweit das Berufungsgericht eine konkludente Abnahme des Gemeinschaftseigentums seitens der Nachzügler-Erwerber, darunter des Nachzügler-Erwerbers Dr. M., verneint hat.

aa) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind die Nachzügler-Erwerber aufgrund der vertraglichen Regelung davon ausgegangen, dass eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums bereits erfolgt sei. Feststellungen dahingehend, dass den Nachzügler-Erwerbern, darunter dem Nachzügler-Erwerber Dr. M., die Unwirksamkeit der Klauseln in § 6 Abs. 3 bekannt gewesen wäre oder dass sie jedenfalls Zweifel an der Wirksamkeit dieser Klauseln gehegt hätten, hat das Berufungsgericht nicht getroffen, ebenso wenig Feststellungen dahingehend, dass der Beklagten Entsprechendes bekannt gewesen wäre.

Die von der Revision im vorliegenden Zusammenhang erhobene Verfahrensrüge aus § 286 ZPO hat der Senat

geprüft und für nicht durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

bb) Vor diesem Hintergrund ist die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Nach den getroffenen Feststellungen wurde mit der vertraglichen Regelung bei den Nachzügler-Erwerbern der Eindruck erweckt, einer Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch sie bedürfe es wegen der bereits erfolgten Abnahme nicht (mehr). Auf dieser Grundlage ist die Ingebrauchnahme und anschließende Nutzung des Gemeinschaftseigentums durch die Nachzügler-Erwerber mangels besonderer Anhaltspunkte nicht geeignet, deren Abnahmewillen bezüglich des Gemeinschaftseigentums der Beklagten gegenüber eindeutig zum Ausdruck zu bringen (im Ergebnis ebenso OLG München, BauR 2009, 1444 f., juris Rn. 2; OLG Karlsruhe, NJW 2012, 237, 240, juris Rn. 88 f.; OLG Stuttgart, BauR 2015, 1688, 1694 f., juris Rn. 88; Krick, MittBayNot 2014, 401, 407; Pause/Vogel, BauR 2014, 764, 765 f.; Pioch, JA 2015, 650, 652; a.M. BayObLG, NZM 2001, 539, 540, juris Rn. 25; Messerschmidt/Leidig, BauR 2014, 1, 3 ff.; Pauly, ZfBR 2014, 523, 526; Bast, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl. Rn. 994). Aus der Sicht der Beklagten, der als Verwenderin die Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 1 und die darin in Bezug genommene Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch das Ingenieurbüro K. bekannt war, kann das in der Ingebrauchnahme und anschließenden Nutzung liegende Verhalten der Nachzügler-Erwerber redlicherweise nicht als Abnahme des Gemeinschaftseigentums verstanden werden (vgl. Hogenschurz, MDR 2012, 386, 389; Pause/Vogel, BauR 2014, 764, 765 f.).

Der Verwenderin der unwirksamen Formulklauseln ist es nach Treu und Glauben verwehrt, sich gegenüber den Nachzügler-Erwerbern darauf zu berufen, dass sich der Vertrag mangels Abnahme des Gemeinschaftseigentums noch im Erfüllungsstadium befinde

7. Ferner ist es im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht einen Vorschussanspruch gemäß § 637 Abs. 3 BGB unbeschadet der fehlenden Abnahme des Gemeinschaftseigentums seitens der Nachzügler-Erwerber, darunter des Nachzügler-Erwerbers Dr. M., ausgeurteilt hat. Denn der Beklagten ist es als Verwenderin der unwirksamen Formulklauseln in § 6 Abs. 3 nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich gegenüber den Nachzügler-Erwerbern, darunter dem Nachzügler-Erwerber Dr. M., darauf zu berufen, dass sich der Vertrag mangels Abnahme des Gemeinschaftseigentums noch im Erfüllungsstadium befinde.

a) Die Inhaltskontrolle von Formulklauseln dient ausschließlich dem Schutz des Vertragspartners des Verwenders; der Verwender kann sich nicht auf die Unwirksamkeit einer von ihm gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingung berufen (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 1986 – VII ZR 354/85, BGHZ 99, 160, 161, juris Rn. 15; Urteil vom 9. März 2006 – VII ZR 268/04, BauR 2006, 1012, 1013, juris Rn. 13 = NZBau 2006, 383; Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl., § 307 Rn. 95; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., vor § 307 BGB Rn. 53 m.w.N.) und darf aus einer solchen Unwirksamkeit keine Vorteile ziehen (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 – VII ZR 49/15 Rn. 42, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; Temming, AcP 2015, 17, 34).

b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist es der Beklagten als Verwenderin der unwirksamen Formulklauseln in § 6 Abs. 3 nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich darauf zu berufen, dass sich der Vertrag bezüglich des Gemeinschaftseigentums noch im Erfüllungsstadium befinde (vgl. Temming, AcP 2015, 17, 36 f.). Die Beklagte hat mit den genannten Klauseln gegenüber den Nachzügler-Erwerbern den Eindruck erweckt, dass das Erfüllungsstadium aufgrund erfolgter Abnahme des Gemeinschaftseigentums beendet sei. Die Beklagte muss daher als Verwenderin nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) den Nachteil tragen, dass sie trotz fehlender Abnahme des Gemeinschaftseigentums mit Mängelansprüchen von Nachzügler-Erwerbern, darunter des Nachzügler-Erwerbers Dr. M., konfrontiert wird.

8. Soweit das Berufungsgericht die übrigen Voraussetzungen für den ausgeurteilten Vorschussanspruch gemäß § 637 Abs. 3 BGB bejaht hat, ist dies revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Revision erinnert hiergegen auch nichts.

9. Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung nicht durchgreift. Die Verjährung von Mängelansprüchen beginnt grundsätzlich mit der Abnahme, § 634a Abs. 2 BGB. Eine solche ist weder durch § 19 der Teilungserklärung noch durch die Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 1 (vgl. oben II. 4., 5.) noch konkludent durch Ingebrauchnahme und anschließende Nutzung durch Dr. M. (vgl. oben II. 6.) erfolgt.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 101 Abs. 1 ZPO. ■

2. Liegenschaftsrecht – Zum Nachweis der Zustimmung eines Aufsichtsbeirates eines e.V. gegenüber dem Grundbuchamt

(KG, Beschluss vom 3.5.2016 – 1 W 507/15, mitgeteilt durch Richterin am KG Dr. Rieger)

BGB § 26 Abs. 1 S. 3

GBO § 29

WEG § 26 Abs. 3

Die Stellung als Mitglied des Aufsichtsbeirates eines eingetragenen Vereins kann im Grundbuchverfahren nicht entsprechend § 26 Abs. 3 WEG durch eine Niederschrift über den Bestellungsbeschluss nachgewiesen werden, bei der Unterschriften öffentlich beglaubigt sind.

Zur Einordnung

Das KG befasst sich in der nachstehend abgedruckten Entscheidung mit der Frage, wie dem Grundbuchamt die erforderliche Zustimmung eines Aufsichtsbeirates eines eingetragenen Vereins nachzuweisen ist.

§ 70 BGB erstreckt den Vertrauensschutz der negativen Publizität des Vereinsregisters gem. § 68 BGB auf Beschränkungen der Vertretungsmacht des Vorstands (MüKoBGB/Arnold § 70 Rn. 1). Knüpft die Befugnis zur Erteilung einer erforderlichen Zustimmung an eine nicht aus dem Grundbuch ersichtliche Rechtsstellung an, so ist nicht nur die Zustimmung in öffentlich beglaubigter Form nachzuweisen, sondern auch, dass derjenige, der die Zustimmung erteilt, die entsprechende Rechtsstellung tatsächlich einnimmt (OLG Hamm FGPrax 2013, 196 [197]).

Im vorliegenden Fall war die Stellung als Mitglied des Aufsichtsbeirates dem Grundbuchamt nachzuweisen, da im Vereinsregister zur Vertretungsbefugnis des Vorstandes eingetragen war, dass bei bestimmten Rechtsgeschäften die schriftliche Zustimmung des Aufsichtsbeirates erforderlich sei. Nach einer Ansicht ist für einen solchen Fall, dass infolge Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands die Zustimmung eines Mitglieds eines Vereinsorgans erforderlich ist, der Nachweis über die Zugehörigkeit des Zustimmenden zu diesem Organ in grundbuchmäßiger Form durch Vorlage einer Niederschrift über die Versammlung, in der die Wahl erfolgt ist, mit Beglaubigung der Unterschriften der Unterzeichner der Niederschrift möglich (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3650 mwN; vgl. auch OLG Hamm FGPrax 2013, 196: Der Nachweis über die Bestellung der Erklärenden zu Beiratsmitgliedern einer Wohnungseigentümergeinschaft bei erforderlicher Veräußerungszustimmung des Beirates kann in entsprechender Anwendung des § 26 Abs. 3 WEG geführt werden). Das KG nimmt zu dieser Frage in der vorliegenden Entscheidung einen restriktiveren Standpunkt ein und vertritt die Auffassung, dass der Nachweis über die Stellung als Mitglied des Aufsichtsbeirates nicht entsprechend § 26 Abs. 3 WEG geführt werden könne, in dessen Rahmen die in § 24 Abs. 6 WEG genannten Eigenschaften der unterzeichnenden Personen gerade nicht nachgewiesen werden müssen (BeckOK BGB/Hügel WEG § 26 Rn. 23).

Für die notarielle Praxis steigt mit der vorliegenden Entscheidung die Wahrscheinlichkeit, dass Grundbuchämter im Falle des Bestehens von Eintragungen nach § 70 BGB Nachweise darüber fordern werden, dass die die Zustimmung erklärende Person dem Organ angehört, von dessen Zustimmung die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts nach der Satzung abhängig gemacht wird.

Die Schriftleitung (JT)

Zum Sachverhalt:

I. In notarieller Verhandlung vom 25. April 2014 (UR-Nr. .../2014 des Notars ...) erklärten die Beteiligten zu 1) sowie A. und B. im Namen des Beteiligten zu 2) – eines eingetragenen Vereins –, die Beteiligte zu 1) verkaufe das Grundstück an den Beteiligten zu 2) zu einem Preis von ... €; die Vertragsparteien seien sich über den Übergang des Eigentums am Grundstück einig.

Im Vereinsregister (...) waren am 25. April 2014 A. und B. als gemeinsam vertretungsberechtigte Vorstandsmitglieder des Beteiligten zu 2) eingetragen. Weiter ist zur Vertretungsbefugnis des Vorstands eingetragen, bei Rechtsgeschäften mit einem Wert über 15.000 € (...) sei die schriftliche Zustimmung des Aufsichtsbeirates erforderlich.

Mit Schreiben vom 14. Juli 2014 hat Notar ... u.a. eine Ausfertigung der UR-Nr. .../2014 überreicht und beantragt, das Eigentum auf den Beteiligten zu 2) umzuschreiben und die zu dessen Gunsten eingetragene Vormerkung zu löschen. Auf eine den Aufsichtsbeirat betreffende Zwischenverfügung hat der Notar eine notariell beglaubigte Erklärung des B. und des C. vom 23. Oktober 2014 (UR-Nr. .../2014 des Notars ...) einge-

reicht, mit der sie als Aufsichtsbeirat des Beteiligten zu 2) dem Kaufvertrag UR-Nr. .../2014 zustimmen. Beigefügt war ein Protokoll der Mitgliederversammlung des Beteiligten zu 2) vom 13. Juni 2014 mit notariell beglaubigten Unterschriften von D. als Protokollführer und .B. als Versammlungsleiter (UR-Nr. .../2014 des Notars ...). Der Notar hat zudem eine Satzung des Beteiligten zu 2) in der Fassung vom 13. Juni 2014 vorgelegt, die E. und A. am 11. Dezember 2014 notariell beglaubigt unterschrieben haben (UR-Nr. .../2014 des Notars ...). Das Grundbuchamt hat die Anträge vom 14. Juli 2014 mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Akten (Bd III Bl. 51 bis 177) Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO), jedoch nicht begründet. Das Grundbuchamt hat die Anträge zu Recht gemäß § 18 Abs. 1 GBO zurückgewiesen. Die Voraussetzungen für die Umschreibung des Eigentums auf den Beteiligten zu 2) liegen nicht vor. Denn es ist nicht gemäß § 20 GBO nachgewiesen, dass die nach § 925 BGB erforderliche Auflassung gemäß §§ 164 Abs. 1, 26 Abs. 1 S. 2 BGB mit Wirkung für und gegen den Beteiligten zu 2) erklärt ist.

Die Vertretungsmacht der Vorstandsmitglieder steht unter der im Vereinsregister eingetragenen (§ 70 BGB) einschränkenden Bedingung, dass der Aufsichtsbeirat zustimmt

Die Erklärungen von A. und B. in der UR-Nr. .../2014 genügen dafür nicht, da ihre Vertretungsmacht nach § 26 Abs. 1 S. 3 BGB unter der im Vereinsregister eingetragenen (§ 70 BGB) einschränkenden Bedingung steht, dass der Aufsichtsbeirat der Auflassung zustimmt. Die Beschränkung gilt auch für den dinglichen Vertrag gemäß §§ 873, 925 BGB; die Formulierung „bei Rechtsgeschäften“ sei die Zustimmung erforderlich, erfasst nicht nur Verpflichtungs-, sondern auch Verfügungsgeschäfte. Die Wertgrenze ist ebenfalls überschritten, weil das Grundstück – wie auch aus dem vereinbarten Kaufpreis ersichtlich – einen Verkehrswert von über 15.000 € hat. Es ist nicht nachgewiesen, dass die (bedingungslos erklärte) Auflassung entsprechend §§ 177 Abs. 1, 182 Abs. 1, 184 BGB wirksam geworden ist. Aus der Zustimmungserklärung UR-Nr. .../2014 ergibt sich das nicht hinreichend. Das folgt bereits aus dem Umstand, dass der Aufsichtsbeirat des Beteiligten zu 2) ausweislich des Protokolls vom 13. Juni 2014 und § 11 Abs. 1 der Satzung aus drei Mitgliedern besteht. Es ist nicht erkennbar, dass die Regelungen über die Beschlussfassung in § 11 Abs. 6 der Satzung, die die Willensbildung betreffen, auch für die schriftlich zu erteilende Zustimmung gelten. Der Erlass einer weiteren Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO ist insoweit nicht geboten, weil es zudem am erforderlichen Nachweis fehlt, dass B. und C. am 23. Oktober 2014 – letzterer als Vorsitzender – Mitglieder des Aufsichtsbeirates des Beteiligten zu 2) waren.

Neben dem Nachweis der Zustimmungserklärung in öffentlich beglaubigter Form ist auch nachzuweisen, dass derjenige, der die Zustimmung erteilt, diese Stellung innehat

Knüpft die Zustimmungsmacht an eine bestimmte Rechtsstellung an, ist neben dem Nachweis der Zustim-

mungserklärung in zumindest öffentlich beglaubigter Form (§ 29 Abs. 1 S. 1 GBO) auch nachzuweisen, dass derjenige, der die Zustimmung erteilt, diese Stellung tatsächlich innehat (vgl. OLG Hamm, FGPrax 2013, 196, 197). Kann der Nachweis – wie hier mangels Eintragung – nicht in der Form des § 32 GBO geführt werden, muss die Organstellung gemäß § 29 Abs. 1 S. 2 GBO grundsätzlich durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden (vgl. OLG Hamm, a.a.O.; BayObLGZ 1991, 24, 34 f.). Der Beschluss über die Wahl des Aufsichtsbeirats ist aber nicht durch eine über die Mitgliederversammlung notariell aufgenommene Niederschrift beurkundet worden (vgl. dazu BayObLGZ, a.a.O. unter Verweis auf § 130 AktG). Darüber hinaus würde eine solche Urkunde gemäß § 415 ZPO nur den Vorgang der Beschlussfassung beweisen, nicht aber, dass die Beschlüsse vom 13. Juni 2014 wirksam sind. Das setzt u.a. eine – durch das Grundbuchamt nicht überprüfbare – ordnungsgemäße Einberufung der Mitgliederversammlung durch Einladung sämtlicher Mitglieder und die satzungsmäßige Beschlussfähigkeit der Versammlung voraus (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Aufl., § 32 Rn. 9). Mit den Mitteln des Grundbuchverfahrens ist auch die durch die Satzung bestimmte Zusammensetzung des Aufsichtsbeirats nicht feststellbar. Die eingereichte Fassung der Satzung vom 13. Juni 2014 (eingetragen in das Vereinsregister am ..., § 71 BGB), erfüllt die Anforderungen des § 29 Abs. 1 GBO nicht. Denn die notariell beglaubigten Unterschriften von E. und A. beweisen gemäß § 416 ZPO nur, dass sie die (schlüssige) Erklärung abgegeben haben, es handle sich um die am 13. Juni 2014 beschlossene Fassung der Satzung, nicht aber die inhaltliche Richtigkeit ihrer Erklärung. Gleiches gilt für das Versammlungsprotokoll (vgl. BayObLG, NJW-RR 1989, 1168, 1170 m.w.N.).

Stellung als Mitglied des Aufsichtsbeirats kann nicht entsprechend § 26 Abs. 3 WEG durch Niederschrift über den Bestellungsbeschluss nachgewiesen werden, bei der Unterschriften öffentlich beglaubigt sind

Die Stellung als Mitglied des Aufsichtsbeirats kann nicht entsprechend § 26 Abs. 3 WEG durch eine Niederschrift über den Bestellungsbeschluss nachgewiesen werden, bei der Unterschriften öffentlich beglaubigt sind (a.A. LG Bochum, Rpfleger 1979, 462; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 3650; Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, 11. Aufl., Rn. 455). Für eine Analogie fehlt es an einer unbeabsichtigten Gesetzeslücke und an der Vergleichbarkeit. Während der eingetragene Verein gemäß § 58 Nr. 4 BGB die Protokollierung von Beschlüssen frei regeln kann (Palandt/Ellenberger, a.a.O., § 58 Rn. 4), ist für die Wohnungseigentümergeinschaft mit § 24 Abs. 6 WEG bestimmt, welche Personen die Niederschrift zu unterschreiben haben (BayObLGZ 1961, 392, 396; Senat, Beschluss vom 5. September 2011 – 1 W 503/11). Die Beschlussfähigkeit der Versammlung der Wohnungseigentümer ergibt sich aus dem Gesetz oder aus abweichenden Regelungen in der Teilungserklärung, die öffentlich beurkundet oder beglaubigt sein muss. Die Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft sind aus dem Grundbuch ersichtlich. Zudem sind die Anforderungen an eine Nichtigkeit ihrer Beschlüsse gemäß § 23 Abs. 4 WEG gegenüber dem eingetragenen Verein erhöht.

Eine Nachweiserleichterung durch entsprechende Anwendung von § 26 Abs. 3 WEG ist auch nicht wegen der dienenden Funktion des Grundbuchrechts geboten. Das

bedeutet lediglich, dass sich nicht nach dem Verfahrensrecht bestimmt, wer Rechtsträger von Eigentum sein kann. Aus dieser Funktion folgt aber nicht, dass von den Formerfordernissen des § 29 Abs. 1 GBO abzusehen ist, wenn das materielle Recht eine solche Form nicht vorschreibt. So kann eine Vollmacht gemäß § 158 BGB unter beliebigen Bedingungen erteilt werden. Dennoch kann eine solche Vollmacht im Grundbuchverfahren keine Verwendung finden, wenn z. B. der Eintritt einer (das Außenverhältnis betreffenden) aufschiebenden Bedingung nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen werden kann (OLG Köln, ZEV 2007, 592, 593 f.; Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 3306). Die Sicherheit und Praktikabilität des Grundstücksverkehrs, der die Nachweisanforderungen dienen (Senat, FGPrax 2015, 5, 6), müssen nicht zurücktreten, wenn die Beweisnot allein auf dem Willen des Vollmachtgebers beruht, der die Vertretungsmacht von einer nicht formgerecht nachzuweisenden Bedingung abhängig gemacht hat (OLG Köln, a.a.O., S. 594). Für die Vertretungsverhältnisse eines eingetragenen Vereins gilt nichts anderes (Senat, Beschluss vom 5. September 2011, a.a.O.).

Der Beteiligte zu 2) hat die Möglichkeit, seine Satzung so zu gestalten und im Vereinsregister eintragen zu lassen, dass der Nachweis der Vertretungsmacht im Grundbuchverfahren geführt werden kann. Z.B. könnte er (für Grundstücksgeschäfte) bestimmen, dass die Zustimmung des Aufsichtsbeirats als erteilt gilt, wenn zwei Personen die Zustimmung erklären, deren Bestellung sich aus einer von einem Vorstandsmitglied unterschriebenen Versammlungsniederschrift ergibt. Hierdurch würde auch ein Einklang zwischen dem materiellen Recht und den Prüfungspflichten des Grundbuchamts hergestellt.

Der beantragten Löschung der Vormerkung steht aus den zuvor genannten Gründen ebenfalls ein Hindernis entgegen.

Die Wertfestsetzung beruht auf § 61 Abs. 1 und 2, § 36 Abs. 1 GNotKG. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen gemäß § 78 Abs. 2 S. 1 GBO vor.

3. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. ■

3. Liegenschaftsrecht – Zur Löschung eines Vorkaufsrechts nach dem Erwerb des belasteten Miteigentumsanteils durch einen anderen Miteigentümer

(KG, Beschluss vom 19.4.2016 – 1 W 1006/15, mitgeteilt durch Richter am KG Ronny Müller)

BGB §§ 874, 1098 Abs. 2
GBO §§ 16 Abs. 2, 19, 22 Abs. 1

Haben sich die Miteigentümer eines Grundstücks gegenseitig Vorkaufsrechte an den Miteigentumsanteilen der jeweils anderen Miteigentümer eingeräumt und hat einer von ihnen seinen Anteil an einen anderen Miteigentümer veräußert, kann die Löschung des Vorkaufsrechts des ausgeschiedenen Miteigentümers wegen Unrichtigkeit in Betracht kommen, wenn die Vorkaufsrechte ausschließlich deshalb eingeräumt worden waren, um das Eindringen nicht erwünschter Dritter zu verhindern.

Zur Einordnung

Das KG befasst sich in der nachstehend abgedruckten Entscheidung mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen Vorkaufsrechte zugunsten von Miteigentümern ggf. ohne Mitwirkung der (ehemals) Berechtigten und ihrer Rechtsnachfolger im Grundbuch gelöscht werden können.

In der Praxis kommt es häufig vor, dass die jeweiligen Miteigentümer eines Grundstücks sich gegenseitig (dingliche) Vorkaufsrechte an den Miteigentumsanteilen des anderen einräumen lassen, um insbesondere den Erwerb durch fremde Dritte vermeiden zu können (BeckOK BGB/Wegmann, 39. Ed., § 1094 Rn. 5). Die gesetzliche Grundlage dafür findet sich in den §§ 1094 ff. BGB (iVm §§ 463 ff. BGB). Die Belastung von einem Bruchteil eines Grundstücks ist ebenfalls zulässig, sofern er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht (§ 1095 BGB). Wie bei allen dinglichen Grundstücksrechten richtet sich die Bestellung und Aufhebung nach §§ 873 ff. BGB, wobei die Einigung zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts – anders als das Verpflichtungsgeschäft – nicht notariell beurkundet werden muss (BGH BeckRS 2016, 07596). Allerdings gilt für den grundbuchlichen Vollzug die Formvorschrift des § 29 GBO.

Die Beteiligten sind berechtigt, das grundsätzlich nur auf den ersten Vorkaufsfall beschränkte Vorkaufsrecht inhaltlich zu modifizieren. Es kann bspw. für mehrere oder alle Vorkaufsfälle gelten (§ 1097 BGB), bestimmten Bedingungen unterliegen, die Übertragbarkeit vorgesehen oder das Recht zeitlich befristet sein (MüKoBGB/H. P. Westermann, 6. Aufl. 2013, § 1094 Rn. 2). In der Praxis üblich ist die Beschränkung des Vorkaufsrechts allein auf den ersten Verkaufsfall, wobei das Vorkaufsrecht als unvererbliches und nicht übertragbares Recht ausgestaltet werden kann (s. hierzu mit Formulierungsvorschlag: BeckNotar-HdB/Everts, 6. Aufl. 2015, A. VIII. Rn. 17 f.). Diese Modifikationen bedürfen der Eintragung im Grundbuch, wobei insoweit auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann (BeckOK BGB/Wegmann, 39. Ed., § 1098 Rn. 16). Grundsätzlich erlischt das Vorkaufsrecht durch einen Verzicht (§ 875 Abs. 1 BGB). Sofern ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht nicht vererblich gestellt wird, erlischt es ferner mit dem Tod des Berechtigten oder zB entsprechend einer Vereinbarung der Beteiligten durch den Eintritt von auflösenden Bedingungen bzw. durch Zeitablauf (BeckOK BGB/Wegmann, 39. Ed., § 1094 Rn. 17).

Die Löschung des materiell-rechtlich erloschenen Vorkaufsrechts im Grundbuch ist eine Grundbuchberichtigung und kann als solche nach allgemeinen Grundsätzen erfolgen entweder gem. § 19 GBO aufgrund Vorlage einer Berichtigungsbewilligung des Betroffenen oder gem. § 22 GBO aufgrund Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs. Nach der Rechtsprechung sind an den in der Form des § 29 GBO zu erbringenden Unrichtigkeitsnachweis strenge Anforderungen zu stellen (so etwa BayObLG 11.11.1993 – 22 BR 78/93, BeckRS 1993, 07299).

Vor diesem Hintergrund entschied das KG nun, dass der Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 GBO) im Hinblick auf ein erloschenes, jedoch noch eingetragenes Vorkaufsrecht geführt sei, sofern ein Miteigentümer sämtliche Miteigentumsanteile an einem Grundstück erworben hat und die bezüglich der einzelnen Miteigentumsanteile

bestehenden Vorkaufsrechte mit Untergang der einzelnen Miteigentumsanteile ebenfalls erlöschen sollten. Die Bewilligung des (ehemals) Berechtigten bzw. seiner Rechtsnachfolger sei in diesem Fall nicht erforderlich. Ob dies nach dem Willen der Beteiligten der Fall sein sollte, könne durch Auslegung der Eintragungsbewilligung ermittelt werden, ohne dass es darüber hinausgehender Nachweise zwingend bedürfe. Im vorliegenden Fall war aus der Bewilligung ersichtlich, dass es den Beteiligten primär darauf ankam, das Eindringen von ihnen unbekannten Dritten als Miteigentümer zu vermeiden. Diesen Zweck konnten die jeweiligen Vorkaufsrechte mit Vereinigung aller Miteigentumsanteile auf einen Miteigentümer daher nicht mehr erreichen.

Für die notarielle Praxis zeigt die Entscheidung erneut auf, wie wichtig die konkrete Ausgestaltung und der grundbuchliche Vollzug von Vorkaufsrechten sind. Sofern das Eindringen von fremden Dritten – also keine Rechtsnachfolger aufgrund gesetzlicher Erbfolge oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen – als Miteigentümer angestrebt ist, sollte dies als Zweck explizit in die Eintragungsbewilligung aufgenommen werden. Ferner sollte klargestellt werden, dass ein Miteigentümer nach Vereinigung aller Miteigentumsanteile auf sich, auch ohne Mitwirkung der ausgeschiedenen Miteigentümer bzw. der Rechtsnachfolger berechtigt sein soll, die Vorkaufsrechte aus dem Grundbuch löschen zu lassen.

Die Schriftleitung (RK)

Zum Sachverhalt:

I. Der ursprüngliche Alleineigentümer des im Beschluss eingang bezeichneten Grundstücks ließ am 26. November 1947 zu Nr. 4 /1 des Notariatsregisters des Notars ... in B einen hälftigen Miteigentumsanteil an P B und G B zu je gleichen Rechten auf. Die Erwerber wurden am 21. Januar 1948 zu je ¼ Anteil im Grundbuch als Eigentümer eingetragen.

Alle Miteigentümer räumten sich am 30. April 1948 zu Nr. 2 /1 des Notariatsregisters des Notars ... in B gegenseitig Vorkaufsrechte „für alle Verkaufsfälle ein, welche während unserer Besitzzeit und der aller unserer Rechtsnachfolger im Eigentum des Grundstücks eintreten“. In Abt. II lfd. Nr. 5 bis 7 wurden am 22. Juni 1948 entsprechende Vorkaufsrechte eingetragen, unter lfd. Nr. 7 ein solches für den ursprünglichen Alleineigentümer lastend auf den ideellen Miteigentumsanteilen der übrigen beiden Miteigentümer.

G B verstarb am 20. Oktober 1950 und wurde von P B als Alleinerbe beerbt. Dieser erwarb am 17. August 1951 von dem ursprünglichen Alleineigentümer den diesem verbliebenen hälftigen Miteigentumsanteil zu Nr. 1 /1 des Notariatsregisters des Notars ... in B. P B wurde am 29. März 1952 als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen.

Durch nachfolgende Erbgänge erfolgte schließlich am 25. Juli 2014 die Eintragung des Beteiligten als Eigentümer.

Am 26. Mai 2015 hat der Beteiligte die Löschung der drei in Abt. II lfd. Nr. 5 bis 7 eingetragenen Vorkaufsrechte sowie von zwei zugunsten von P B eingetragenen Aufbaugrundsschulden bewilligt und beantragt, UR-NR.

... des Notars ... in B. Das Grundbuchamt hat mit Verfügung vom 22. Juni 2015 u. a. darauf hingewiesen, dass zur Löschung der Belastung Abt. II lfd. Nr. 7 die Bewilligung des Berechtigten bzw. seiner Rechtsnachfolger/ Erben erforderlich sei. Mit Beschluss vom 18. August 2015 hat es die Anträge zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 14. Oktober 2015, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 20. Oktober 2015 nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

II. 1. Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO, und hat in der Sache Erfolg. Zur Löschung des in Abt. II lfd. Nr. 7 eingetragenen Vorkaufsrechts bedarf es keiner Bewilligung des Berechtigten bzw. seiner Erben, § 19 GBO, weil die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist, § 22 Abs. 1 GBO.

An die Führung des Unrichtigkeitsnachweises sind strenge Anforderungen zu stellen

a) Allerdings sind nach allgemeiner und vom Senat in ständiger Rechtsprechung geteilter Ansicht an die Führung des Unrichtigkeitsnachweises strenge Anforderungen zu stellen; ein gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit reicht nicht. Der Antragsteller muss sämtliche Umstände nachweisen, welche die Grundbuchunrichtigkeit begründen, und zudem lückenlos alle nicht ganz entfernt liegenden Möglichkeiten ausräumen, die der Richtigkeit der begehrten neuen Eintragung entgegenstehen können (Senat, Beschluss vom 26. Februar 2004 – 1 W 557/03 – KG-Report 2004, 544).

Das ist vorliegend geschehen. Die Unrichtigkeit der Eintragung in Abt. II lfd. Nr. 7 folgt aus dem Grundbuch selbst sowie den bei den Grundakten befindlichen öffentlichen Urkunden.

b) Die von dem Grundbuchamt vorgenommene Auslegung der Eintragungsbewilligung, es sei lediglich ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle bestellt, dessen Berechtigter der ursprüngliche Alleineigentümer und dessen Erben seien, greift zu kurz. Dabei ist es im Ausgang nicht zu beanstanden, dass das Grundbuchamt zur näheren Bestimmung des Inhalts des Vorkaufsrechts auf die Eintragungsbewilligung abgestellt hat, § 874 BGB.

Durch eine zulässige Bezugnahme im Eintragungsvermerk wird die Bewilligung selbst zum Inhalt des Grundbuchs

Durch eine zulässige Bezugnahme im Eintragungsvermerk wird die Bewilligung selbst zum Inhalt des Grundbuchs (BGH, NJW-RR 2015, 208, 209). Ist aber eine Bezugnahme unzulässig und geht der Eintragungsvermerk über die Einigung hinaus, entsteht das Recht nur insoweit, wie sich Einigung und Eintragung decken (BGH, NJW-RR 2011, 882, 883).

aa) In Abt. II lfd. Nr. 7 ist ausdrücklich ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle für den ursprünglichen Alleineigentümer, mithin ein vom Regelfall eines Vorkaufsrechts für nur einen Verkaufsfall, vgl. § 1097 HS 1 BGB, abweichendes subjektiv-persönliches Recht (hierzu Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdn. 1401) eingetragen. Auch in der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung wird ein solches Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle ausdrücklich angesprochen, allerdings mit bestimmten Einschränkungen: nur solche Verkaufsfälle

sollten dem Vorkaufsrecht unterfallen, „welche während unserer Besitzzeit und der aller unserer Rechtsnachfolger im Eigentum des Grundstücks eintreten“. Das Grundbuchamt hat hieraus die Vererblichkeit des Vorkaufsrechts hergeleitet, was für sich nicht zu beanstanden ist (vgl. BGH, Urteil vom 23. Mai 1962 – V ZR 123/60 –, juris).

Durch eine solche Regelung schützen sich Miteigentümer typischerweise vor einem nicht von allen gewünschten Eindringen Dritter in die Gemeinschaft

bb) Verkannt hat das Grundbuchamt aber den unmittelbaren Bezug dieses Nebensatzes auf die im voranstehenden Hauptsatz geregelten Verkaufsfälle („alle Verkaufsfälle ..., welche ...“) und das mit dem Begriff „Besitzzeit“ verbundene zeitliche Element. Diese Regelungen können nur so verstanden werden, dass die gegenseitig eingeräumten Vorkaufsrechte nicht für alle Zeiten bestehen sollten, sondern nur so lange, wie der jeweils Berechtigte – oder seine Rechtsnachfolger – selbst noch Miteigentum besaß. Durch eine solche Regelung schützen sich Miteigentümer typischerweise vor einem nicht von allen gewünschten Eindringen Dritter in die Gemeinschaft (vgl. Schermaier, in: Staudinger, BGB, 2009, § 1095, Rdn. 7; Westermann, in: Münchener Kommentar, BGB, 6. Aufl., § 1095, Rdn. 3; Alpmann, in: jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 1095 BGB, Rdn. 6).

Die Tatsache, dass ein Recht befristet oder bedingt ist, muss als solche aus dem Grundbuch selbst ersichtlich sein

Ob die Vorkaufsrechte damit unter einer (auflösenden) Bedingung standen oder nicht vielmehr nur die Verkaufsfälle näher konkretisiert wurden, kann dahinstehen. Allerdings wäre im ersten Fall nach weit verbreiteter Meinung allein eine Bezugnahme im Eintragungsvermerk nicht ausreichend gewesen. Vielmehr muss die Tatsache, dass ein Recht befristet oder bedingt ist, als solche aus dem Grundbuch selbst ersichtlich sein, weil die Befristung oder Bedingung nicht zum Inhalt des Rechts gehört (OLG München, Beschluss vom 11. Juni 2012 – 34 Wx 115/12 – juris; OLG Hamm, FGPrax 2011, 10, 11; Beschluss vom 10. August 2011 – 15 W 557/10 – juris; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 266, 1409a; Demharter, a.a.O., § 44, Rdn. 20; Palandt/Bassenge, BGB, 75. Aufl., § 874, Rdn. 5). Die damaligen Miteigentümer hatten aber keine für alle Zeiten bestehenden Vorkaufsrechte bewilligt, so dass sich Eintragung und Einigung nur insoweit decken und die Rechte nur insoweit zur Entstehung gelangen konnten (vgl. BGH, NJW-RR 2011, 882, 883).

Es ist keine Gemeinschaft mehr vorhanden, deren Mitglieder vor dem Eindringen Dritter zu schützen wären

cc) Vor diesem Hintergrund ist das für den ursprünglichen Alleineigentümer bestellte Vorkaufsrecht erloschen. Seine „Besitzzeit“ endete spätestens mit der Umschreibung seines Miteigentumsanteils auf den Erwerber P B am 29. März 1952. Tatsächlich hatten beide am 17. August 1951 die Übergabe zum 1. September 1951 vereinbart, vgl. § 4 NotReg Nr. 1 /1. Die Annahme, dass zu diesem Zeitpunkt das Vorkaufsrecht bereits wirksam ausgeübt – und später vererbt – worden wäre, so dass dessen Vormerkungswirkungen, § 1098 Abs. 2 BGB, fortbestehen könnten, ist schon angesichts des Umstands, dass der ursprüngliche Alleineigentümer und Berechtigte des Rechts Abt. II lfd. Nr. 7 seinen Miteigentumsanteil an

den erwerbenden Miteigentümer veräußert und übertragen hat, fernliegend. Nicht außer Betracht kann insoweit auch der Zeitablauf seither sowie der Umstand bleiben, dass sich nach Erwerb des hälftigen Miteigentumsanteils sämtliche Anteile in der Person des P B vereinigt hatten und das Eigentum an dem Grundstück seither nur aufgrund von Erbgingen jeweils insgesamt übertragen worden ist. Das ursprüngliche Interesse an den Vorkaufsrechten besteht nicht mehr. Es ist keine Gemeinschaft mehr vorhanden, deren Mitglieder vor dem Eindringen Dritter zu schützen wären.

2. Liegen danach die Voraussetzungen zur Löschung des Vorkaufsrechts Abt. II lfd. Nr. 7 vor, war das Grundbuchamt insoweit zum Vollzug anzuweisen.

Den von dem Grundbuchamt angenommenen Zusammenhang der Anträge, § 16 Abs. 2 GBO, vermag der Senat nicht zu erkennen. Weder der Beteiligte noch der antragstellende Notar haben ausdrücklich eine Bestimmung in diesem Sinn getroffen und nur, weil die Anträge gemeinsam gestellt worden sind, ist die Annahme einer stillschweigenden Bestimmung nicht gerechtfertigt (Demharter, a.a.O., § 16, Rdn. 11). Zwischen den Anträgen besteht auch kein innerer Zusammenhang rechtlicher oder wirtschaftlicher Natur, der auf eine stillschweigende Bestimmung im Sinne von § 16 Abs. 2 GBO schließen ließe. Es handelt sich um selbstständige, voneinander unabhängige Belastungen die von dem Beteiligten als eingetragenen Eigentümer zur Löschung beantragt worden sind.

Zur Löschung der übrigen Anträge wird das Grundbuchamt nunmehr eine Zwischenverfügung entsprechend seines insoweit zutreffenden Hinweises vom 22. Juni 2015 zu erlassen haben. Für den Beteiligten könnte es sich anbieten, sich zu den dort erfolgten Hinweisen zur Löschung der Belastungen Abt. III lfd. Nr. 28 und 29 – klarstellend – zu verhalten, wobei diese Rechte tatsächlich mit Ablauf des 31. Dezember 1965 erloschen sein dürften, vgl. § 14 Abs. 3 GrPfRUMstG BE. ■

4. Liegenschaftsrecht – Zur Grundbuchberichtigung bei einer Verwechslung der Nummern im Aufteilungsplan

(OLG München, Beschluss vom 28.4.2016 – 34 Wx 378/15, mitgeteilt durch RichterIn am OLG Edith Paintner)

GBO §§ 19, 22, 39

Soll die Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich der Eigentümerstellung aufgrund Berichtigungsbewilligung(en) vollzogen werden, erfordert dies die schlüssige Darlegung, dass das Grundbuch derzeit unrichtig ist und durch die bewilligte Berichtigung auch wirklich richtig wird. Die notwendigen Angaben unterliegen der Form des § 29 GBO. Ist ein schlüssiger Vortrag gebracht, so hat das Grundbuchamt grundsätzlich von dessen Richtigkeit auszugehen und kann keine weiteren Beweise verlangen. Die Grenze bildet das Legalitätsprinzip, d.h. der Eintragungsantrag darf nur bei auf Tatsachen begründeter sicherer Kenntnis davon abgelehnt werden, dass eine Unrichtigkeit nicht vorliegt und/oder die begehrte Eintragung das Grundbuch nicht richtig machen würde.

Zur Einordnung

Das OLG München befasst sich in der nachstehend abgedruckten Entscheidung mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Grundbuchberichtigung durch Bewilligung aller betroffenen Wohnungseigentümer unter Zustimmung der dinglich Berechtigten erfolgen kann, wenn allein die Nummern im Aufteilungsplan falsch zugewiesen worden sind.

In der Praxis kommt es im Rahmen von Teilungserklärungen und Immobilienkaufverträgen gelegentlich vor, dass Grundstücke verwechselt bzw. versehentlich falsch bezeichnet werden und das falsche Grundstück aufgelassen und auf den Käufer umgeschrieben wird (hierzu: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3149). Es liegt bei einer irrtümlichen Falschbezeichnung ein Fall der „falsa demonstratio non nocet“ vor, in dem sowohl der Verpflichtungsvertrag gem. § 311b Abs. 1 BGB als auch die Auflassung gem. §§ 873, 925 BGB formgültig mit dem Inhalt zustande kommen, von dem die Parteien übereinstimmend ausgegangen sind (BGH DNotZ 2001, 846 [848]; BGH NJW 2002, 1038 [1039]; OLG Frankfurt RNotZ 2008, 229 [230]; *Bergermann* RNotZ 2002, 557 [564 f.]). Im Rahmen des § 20 GBO sowie bei der Grundbucheintragung gilt dagegen das, was ein objektiver Dritter unter der grundbuchverfahrensrechtlichen Erklärung bzw. der Eintragung versteht (*Bergermann* RNotZ 2002, 557 [565 f.], vgl. auch OLG München FGPrax 2009, 11 [12]; OLG München DNotZ 2012, 828 [830]). Wird der Käufer als Eigentümer des falschen Grundbesitzes eingetragen, hat er daher – mangels Eintragung im Grundbuch des gewollten Grundbesitzes bzw. mangels wirksamer Auflassung hinsichtlich des irrtümlich bezeichneten Grundbesitzes – weder an dem einen noch dem anderen Grundbesitz wirksam Eigentum erworben (*Bergermann* RNotZ 2002, 557 [566]). Das Grundbuch des irrtümlich bezeichneten Grundbesitzes ist in diesem Fall unrichtig, da der Verkäufer sein Eigentum nicht verloren hat. Eine Berichtigung kann entweder durch Berichtigungsbewilligung gem. § 19 GBO oder durch Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs gem. § 22 GBO erfolgen (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 360). Die Rechtsprechung lässt jedenfalls bei einer Parzellenverwechslung eine Eintragungsbewilligung aller Beteiligten, sog. Identitätserklärung, ausreichen, ohne dass es zusätzlich einer erneuten Auflassung bedarf (ua BGH DNotZ 2001, 846 [847], sa § 22 GBO).

Die Berichtigung ist aber nur möglich, wenn der zur Berichtigung oder Erfüllung Verpflichtete noch Verfügungsbefugt ist (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3149). Nach der Rechtsprechung des RG muss daher zunächst die erneute Eintragung des ursprünglichen Verkäufers erfolgen (sa § 39 GBO); erst im Anschluss kann die Eintragung des Käufers als Eigentümer erfolgen (RG 133, 279). Ohne korrigierende Bewilligung und Antrag der Beteiligten kann die Verwechslung nicht behoben werden; es verbleibt die Eintragung eines Amtswiderspruchs (§ 53 GBO).

In der Berichtigungsbewilligung ist schlüssig darzulegen (§ 20 GBO), dass das Grundbuch derzeit hinsichtlich der Eigentümerstellung unrichtig ist und durch die bewilligte Berichtigung auch wirklich richtig wird (ua OLG München BeckRS 2012, 05139). Der Eintragungsantrag darf nur bei auf Tatsachen begründeter sicherer Kennt-

nis davon abgelehnt werden, dass eine Unrichtigkeit nicht vorliegt und/oder die begehrte Eintragung des Grundbuch nicht richtig machen würde (OLG Frankfurt a.M. NotBZ 2006, 285; OLG Düsseldorf DNotI-Report 2000, 35).

Im vorliegenden Fall waren die den einzelnen Wohnungen im Aufteilungsplan zugeordneten Nummern wie folgt falsch bezeichnet: Die Wohnung Nr. 13 im Aufteilungsplan war tatsächlich die im Grundbuch eingetragene Nr. 14, die Wohnung Nr. 14 war tatsächlich die eingetragene Nr. 15 und die Wohnung Nr. 15 war tatsächlich die eingetragene Nr. 13. Die Miteigentumsanteile hingegen waren korrekt verzeichnet.

Das OLG München wendet die erläuterten Grundsätze zu Parzellenverwechslungen auf den vorliegenden Fall an und lässt daher für die Korrektur eine Identitätserklärung aller Beteiligten ausreichen. Dem stehe nach Ansicht des Gerichts nicht entgegen, dass die Teilungserklärung und das Grundbuch übereinstimmen, sofern alle Beteiligten – unter Mitwirkung dinglich Berechtigter – eine korrigierende Identitätserklärung (§§ 19, 22 GBO) in der Form des § 29 GBO abgeben und dort schlüssig die Umstände für die Falschbezeichnung darlegen. Weitere Beweise dürfe das Grundbuchamt in diesem Fall mangels bestehender Zweifel nicht fordern. Wie auch das RG fordert, seien die Grundbücher zunächst auf den ursprünglichen Veräußerer zu korrigieren und anschließend auf die Käufer korrigiert umzuschreiben. Zuletzt äußert das OLG München, dass für eine Korrektur die Beibringung eines korrigierten Aufteilungsplanes nicht erforderlich sei.

Aus notarieller Sicht stellt die Entscheidung des OLG München eine erfreuliche Bestätigung der bisherigen Grundsätze zu Parzellenverwechslungen dar und erweitert den Anwendungsbereich auf falsch bezeichnete Wohnungsnummern im Aufteilungsplan.

Die Schriftleitung (RK)

Zum Sachverhalt:

I. Die inzwischen liquidierte ... GmbH, für die der Beteiligte zu 1 als Nachtragsliquidator bestellt ist, errichtete Ende der 80-er Jahre des vergangenen Jahrhunderts als Bauträger eine Hotelanlage, bestehend aus sechs Gebäuden mit insgesamt 57 Appartement-Wohnungen, Gemeinschaftsanlagen, 19 Tiefgaragenstellplätzen sowie 38 weiteren Pkw-Stellplätzen im Freien. Dazu begründete sie mit Teilungserklärung vom 27.10.1988, eingetragen am 27.12.1988, an dem Baugrundstück Wohnungs- und Teileigentum.

1. Die Beteiligten zu 2 bis 4 sind laut Wohnungsgrundbuch Eigentümer in der Anlage, und zwar von Wohnungen im Haus Nr. 16. Dem Grundbuchstand zufolge gehört

- (1) dem Beteiligten zu 2 ein Miteigentumsanteil von 24,083/1000stel, verbunden mit der auf Bl. ... vorgetragenen Wohnung Nr. 14,
- (2) der Beteiligten zu 3 ein Miteigentumsanteil von 10,247/1000stel, verbunden mit der auf Bl. ... vorgetragenen Wohnung Nr. 15,
- (3) der Beteiligten zu 4 ein Miteigentumsanteil von 23,001/1000stel, verbunden mit der auf Bl. ... vorgetragenen Wohnung Nr. 13.

Das Wohnungseigentum Nr. 14 (Abt. III/2) ist mit einer Grundschuld ohne Brief zu 223.800 DM für ein Bankhaus belastet.

2. Die zunächst unter dem 24.1.2013 zum Vollzug vorgelegte notarielle Urkunde vom 31.10.2012 betrifft die Grundbuchberichtigung sowie die Auflassung in Form des Tauschs von Sondereigentum. Ziff. I. (Vorbemerkung) enthält unter Nr. 4 folgende Erklärung:

Seit der Eigentumsumschreibung wurde zwischenzeitlich festgestellt, dass im Rahmen des Aufteilungsplanes die Wohnungsnummern vertauscht wurden. Dieser Fehler wurde nach Angabe weder bei Abschluss des jeweiligen Kaufvertrages noch bei Beurkundung der Auflassungen bemerkt. Dabei sind die Miteigentumsanteile korrekt, jedoch wurden die Wohnungsnummern wie folgt „verwechselt“:

Die Wohnung Nr. 13 im Aufteilungsplan ist tatsächlich die im Grundbuch eingetragene Nr. 14.

Die Wohnung Nr. 14 im Aufteilungsplan ist tatsächlich die im Grundbuch eingetragene Nr. 15.

Die Wohnung Nr. 15 im Aufteilungsplan ist tatsächlich die im Grundbuch eingetragene Nr. 13.

Es folgt die Beschreibung der jeweiligen Wohnungen u.a. mit Flächenangabe (Nr. 15: 62,25 m²; Nr. 13: 65,37 m²; Nr. 14: 27,81 m²), ferner die Feststellung, dass sich aufgrund der tatsächlichen Nutzung und aufgrund der jeweiligen Kaufpreise folgender richtiger Kauf ergebe:

(Die Beteiligte zu 4) hat die im Aufteilungsplan mit Nr. 15 bezeichnete Wohnung gekauft.

(Die Beteiligte zu 3 als Rechtsnachfolgerin des ursprünglichen Käufers) hat die im Aufteilungsplan mit Nr. 14 bezeichnete Wohnung gekauft.

(Der Beteiligte zu 2) hat die im Aufteilungsplan mit Nr. 13 bezeichnete Wohnung gekauft.

Die Beteiligten gehen deshalb von einer „falsa demonstratio“ aus und ziehen daraus den Schluss, dass der seinerzeitige Bauträger weiterhin Eigentümer der Wohnungen ist. Deshalb ordnet dieser in Ziffer II. im Weg der Grundbuchberichtigung die bezeichneten Wohnungen neu zu. Soweit die auf Bl. ... eingetragene Grundschuld berührt ist, ist die Löschung von der Beteiligten zu 5 bewilligt und von der Beteiligten zu 1 beantragt. Ziffer III. der Urkunde enthält sodann nebst Bewilligung und Antrag die Auflassung, nämlich der Wohnung Nr. 13 an den Beteiligten zu 2, der Wohnung Nr. 14 an die Beteiligte zu 3 und der Wohnung Nr. 15 an die Beteiligte zu 4.

Mit Urkunde vom 7.2.2013 hat der Beteiligte zu 2 – damals durch einen Sequester – die Eintragung einer Sicherungshypothek in Höhe von 80.015 € an der im Aufteilungsplan mit der Nr. 13 (anstelle Nr. 14) bezeichneten Wohnung bewilligt und beantragt.

3. Das Grundbuchamt wies diese Eintragungsanträge am 18.6.2013 zurück; die Beschwerde blieb erfolglos. Auf den Beschluss des Senats vom 12.3.2014 (34 Wx 467/13 = RNotZ 2014, 434) wird im Einzelnen Bezug genommen.

4. Zu notarieller Urkunde vom 8.10.2014 genehmigte nunmehr der Beteiligte zu 2 als im Grundbuch eingetragener Eigentümer der mit einer Grundschuld zu 223.800 DM belasteten Wohnung Nr. 14 in Kenntnis der Vorurkunde sämtliche darin vom Sequester abgegebenen Erklärungen vorbehaltlos und unwiderruflich. Insbeson-

dere bewilligte und beantragte er die Eintragung der Auflassung gemäß Ziff. III. der Vorurkunde und beantragte überdies die Eintragung der Sicherungshypothek im Grundbuch.

Auf den Vollzugsantrag vom 17.10.2014 hat das Grundbuchamt zunächst formlos Bedenken geäußert, worauf der Notar einen ergänzenden Beschluss des Amtsgerichts über die Befugnisse des Nachtragsliquidators sowie einen in der Wohnungsnummerierung geänderten Aufteilungsplan vorlegte.

Mit Beschluss vom 25.8.2015 hat das Grundbuchamt die Eintragungsanträge erneut zurückgewiesen. Es meint, soweit Berichtigungsbewilligungen als ausreichend anzusehen seien, müsse schlüssig dargelegt werden, dass das Grundbuch unrichtig ist und durch die Eintragung richtig würde. Dabei seien grundsätzlich die vorgetragenen Tatsachen als richtig zu unterstellen. Vorgetragen worden seien aber nur Mutmaßungen. Ganz offensichtlich sei das Grundbuch nicht unrichtig; Grundbuch und Teilungserklärung samt Plan stimmten überein. Die schlüssige Darlegung könne sich in diesem Fall nicht auf eine gegenteilige Behauptung beschränken; warum das Grundbuch durch die begehrte Eintragung richtig werden sollte, sei nicht ausreichend dargelegt.

Hiergegen richtet sich die namens der Beteiligten eingelegte Beschwerde. Die Angaben in der Teilungserklärung und den Aufteilungsplänen seien hier eindeutig. Im gegebenen Fall genügten Richtigstellungsbewilligungen unter Zustimmung der dinglich Berechtigten. Ausreichend sei eine sogenannte Identitätserklärung der Beteiligten. Keineswegs hätten sich die abgegebenen Erklärungen lediglich auf Mutmaßungen beschränkt. Hilfsweise werde beantragt, die gegenständlichen Urkunden als Wohnungstausch unter entsprechend geänderter Nummerierung der Sondereigentumseinheiten zu behandeln.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II. Die zulässige Beschwerde (§ 71 Abs. 1, § 73 i.V.m. § 15 Abs. 2 GBO) hat Erfolg. Der Vollzug des „Wohnungstauschs“ samt Löschung und Neueintragung der Grundschuld kann nicht wegen unzureichender Berichtigungsbewilligungen abgelehnt werden.

1. Der Senat hat in dem vorangegangenen Beschluss die Voraussetzungen für eine Grundbuchberichtigung aufgrund erbrachten Unrichtigkeitsnachweises (§ 22 GBO) verneint (dort unter II. 2. b.). Die Sachlage ist insoweit unverändert; dies nehmen die Beteiligten auch hin. Sie erachten nämlich eine weitergehende Darstellung der Grundbuchunrichtigkeit für unerheblich, weil nunmehr sämtliche beteiligte Eigentümer an der Berichtigung mitgewirkt hätten.

Die für eine Parzellenverwechslung geltenden Grundsätze lassen sich auch auf „vertauschtes“ Wohnungseigentum übertragen

2. Ersichtliches Ziel ist vielmehr die Berichtigung aufgrund Eintragungsbewilligungen – Identitätserklärungen – in der Form des § 29 GBO ohne erneute Einigung und Auflassung, wie dies in Rechtsprechung und Literatur bei sogenannten Parzellenverwechslungen weitgehend anerkannt ist (BGHZ 87, 150; BGH NotBZ 2001, 388; Holzer EWiR 2001, 941/942; Köbl DNotZ 1983,

598/603; Schöner/Stöber Grundbuchrecht 15. Aufl. Rn. 3149). Die dafür geltenden Grundsätze lassen sich auch auf „vertauschtes“ Wohnungseigentum übertragen (vgl. BayObLGZ 1996, 149/151).

In der Berichtigungsbewilligung ist schlüssig darzulegen, dass das Grundbuch derzeit hinsichtlich der Eigentümerstellung unrichtig ist und durch die bewilligte Berichtigung auch wirklich richtig wird

a) In der Berichtigungsbewilligung ist wegen § 20 GBO schlüssig darzulegen, dass das Grundbuch derzeit hinsichtlich der Eigentümerstellung unrichtig ist und durch die bewilligte Berichtigung auch wirklich richtig wird (z.B. Senat vom 20.2.2012, 34 Wx 6/12 = FGPrax 2012, 104; OLG Frankfurt FGPrax 1996, 8; Demharter GBO 29. Aufl. § 22 Rn. 31; Hügel/Holzer GBO 3. Aufl. § 22 Rn. 71). Die notwendigen Angaben unterliegen der Form des § 29 GBO (Demharter a.a.O.; ders. FGPrax 2001, 54). Ist ein schlüssiger Vortrag gebracht, so hat das Grundbuchamt grundsätzlich von dessen Richtigkeit auszugehen und kann keine weiteren Beweise verlangen (Senat vom 20.2.2012; BayObLGZ 1994, 179/180; Hügel/Holzer § 22 Rn. 72). Die Grenze bildet das Legalitätsprinzip, d.h. der Eintragungsantrag darf nur bei auf Tatsachen begründeter sicherer Kenntnis davon abgelehnt werden, dass eine Unrichtigkeit nicht vorliegt und/oder die begehrte Eintragung das Grundbuch nicht richtig machen würde (Senat vom 20.2.2012; Hügel/Holzer a.a.O.). Demharter (FGPrax 2001, 54/55) weist zu Recht darauf hin, dass ein Unrichtigkeitsnachweis gerade nicht verlangt werden kann, weil das formelle Konsensprinzip von vorneherein die Möglichkeit einer Grundbuchunrichtigkeit einschließt und dies in Kauf nimmt.

b) Den Anforderungen an die notwendige Darlegung werden die notariellen Unterlagen gerecht.

aa) Die drei von der vorgetragenen Falschbezeichnung betroffenen, auf einer Ebene liegenden benachbarten Wohneinheiten werden in der grundbuchrechtlich notwendigen Eindeutigkeit beschrieben (vgl. § 28 GBO). In der Urkunde ist festgehalten, dass nach der seinerzeitigen Eigentumsbeschreibung der Vertausch der Wohnungsnummern im Aufteilungsplan festgestellt wurde. Verbunden mit der Aussage, dass die Nummern 13 bis 15 fehlerhaft ausgewiesen wurden und dass der Fehler beim ursprünglichen Kauf mit anschließender Auflassung unbemerkt blieb, beinhaltet dies einen Tatsachenvortrag, der geeignet ist, die Unrichtigkeit des Grundbuchs zu belegen, nämlich die erfolgte Eintragung von Eigentümern, deren Auflassungserklärung sich auf ein anderes als das im Grundbuch ausgewiesene Eigentum bezogen hat. Die Wirksamkeit des jeweiligen Kaufvertrags wie der Auflassung bleibt davon unberührt (BGHZ 87, 150/153 ff.; BGH ZfIR 2001, 160/163 unter II. 2. b.; Palandt/Bassenge BGB 75. Aufl. § 925 Rn. 14). Allerdings wird das Grundbuch unrichtig, weil die Eintragung nicht von der Auflassung gedeckt ist. Sodann werden die drei Wohnungen in der nach Angabe der Beteiligten richtigen Weise zugeordnet, wobei die Zuordnung aus der tatsächlichen Nutzung und der jeweiligen Kaufpreise hergeleitet wird. Das trägt dem Umstand Rechnung, auch schlüssig dartun zu müssen, dass durch die begehrte Eintragung das Grundbuch richtig wird.

bb) Auf Tatsachen gestützte Erkenntnisse, dass eine Unrichtigkeit nicht vorliegt und die Berichtigung ihrerseits zur Grundbuchunrichtigkeit führt, hat der Senat nicht.

Die Vermutung des § 891 BGB besagt nichts Zwingendes zur materiellen Rechtslage, die sich auch so darstellen kann, wie sie die Beteiligten übereinstimmend schildern

(1) Grundbuch und Teilungserklärung stimmen zwar überein. Für die Richtigkeit des Grundbuchs mag zunächst auch die Vermutung des § 891 BGB sprechen. Indessen besagt dies nichts Zwingendes zur materiellen Rechtslage, die sich auch so darstellen kann, wie sie die Beteiligten übereinstimmend schildern. Hinzu kommt, dass eine Berichtigung aufgrund Bewilligung ohne den gleichzeitig geführten Unrichtigkeitsnachweis stets scheitern müsste, wenn in diesem Fall die gesetzliche Vermutung des § 891 BGB Geltung beanspruchen würde. Vielmehr erlaubt es das Gesetz, durch den bloßen Willen des Betroffenen die Berichtigung herbeizuführen (vgl. bereits BayObLGZ 1934, 179/181 f.).

(2) In der Senatsentscheidung vom 12.3.2014 wurde auch der Frage nachgegangen, ob der Unrichtigkeitsnachweis erbracht ist, und dies im Ergebnis verneint (siehe dort zu II. 2. b.). Namentlich unter (2) und (3) hat sich der Senat mit der Größe der Miteigentumsanteile, den jeweiligen Kaufpreisen und Erkenntnissen aus einem Zwangsversteigerungsverfahren betreffend die mit der Nr. 14 bezeichnete Einheit befasst. Die Überlegungen sind hier für die Berichtigung auf der Grundlage von Bewilligungen insoweit verwertbar, als die dort genannten Auffälligkeiten nicht gegen eine tatsächlich stattgefundene Wohnungsvertauschung sprechen, sondern einen dahingehenden Vortrag gerade plausibel machen, etwa die tatsächliche Nutzung durch den vermeintlichen Eigentümer bzw. die Korrelation zwischen Miteigentumsanteilen wie Kaufpreisen einerseits und Größe der Wohnungen andererseits. Diese Umstände genügen zwar, wie der Senat ausgeführt hat, nicht den strengen Anforderungen an den Unrichtigkeitsnachweis, bedingen aber keineswegs die sichere Kenntnis, dass eine Vertauschung nicht stattgefunden hat und der den Bewilligungen zugrunde gelegte Sachverhalt damit unzutreffend ist. Selbst wenn man in Abgrenzung von „bloßen Bedenken“ bereits „erhebliche und begründete Zweifel“ für ausreichend erachtet, um auf der Basis von Bewilligungen eine Berichtigung verweigern zu dürfen (OLG Jena FGPrax 2001, 12; Kohler in Bauer/von Oefele GBO 3. Aufl. § 22 Rn. 12), sprechen doch zumindest nicht überwiegende Gründe gegen die Unrichtigkeit der aktuellen Eintragungen und gegen die Richtigkeit bei Zuordnung der Wohnungen in der nun bezeichneten Weise.

Es bedarf jeweils der Bewilligung des Betroffenen und der Zustimmung des Eigentümers, ferner der richtig gestellten Eintragungsbewilligung des Veräußerers

c) In formeller Hinsicht bedarf es jeweils der Bewilligung des – eingetragenen – Betroffenen (§ 22 Abs. 1 mit § 19 GBO) und der Zustimmung des – einzutragenden – Eigentümers (§ 22 Abs. 2 GBO), ferner der richtig gestellten Eintragungsbewilligung des Veräußerers – Identitätserklärung – (vgl. BGH ZfIR 2001, 160/164 unter II. 4. c.; Schöner/Stöber Rn. 3149; Joswig ZfIR 2001, 101/108), der seinerseits noch bewilligungsberechtigt sein muss. Wegen des Voreintragungsgrundsatzes (§ 39 GBO) müssen die Grundbücher zunächst auf den Veräußerer als Eigentümer berichtigt und kann dann erst das Eigentum an den richtigen Blättern auf die jeweiligen Erwerber umgeschrieben werden (vgl. RGZ 133, 279/281 f.; Holzer EWiR 2001, 941/942). Für den in Liquidation be-

findlichen Bauträger als Veräußerer handelt dessen gerichtlich bestellter Nachtragsliquidator. Dass sich dessen Wirkungskreis auch auf die Grundbuchberichtigung durch Mitwirkung bei der Auflassung der „richtigen“ Wohnungen bezieht, ist in dem Beschluss des Registergerichts vom 29.1.2015 klargestellt worden. Hinsichtlich der Grundschuld liegen neben dem am 9.1.2015 um die Löschung an dem Wohnungseigentum Nr. 14 ergänzten Antrag (unter Nr. 4 mit Urkunde vom 28.3.2013) samt Eigentümerzustimmung (Ziff. II a. E. der Urkunde vom 31.10.2012) die erforderlichen Erklärungen vor. Dass sonstige Berechtigte am Vollzug mitwirken müssten, ist nicht ersichtlich.

d) Soweit sich das Grundbuchamt auf die Entscheidung des Senats vom 14.7.2008 (34 Wx 037/08 = ZWE 2009, 39 mit Anm. Friedr. Schmidt) beruft, ist diese nicht einschlägig. Dort ging es um die mangelnde grundbuchrechtliche Bestimmtheit der Teilungserklärung im Hinblick auf die Mehrdeutigkeit der Wohnungsbezeichnung, von der hier nicht die Rede sein kann.

Eines neuerlichen Aufteilungsplans bedarf es im Hinblick auf die Umnummerierung der drei Einheiten nicht

3. Für die weitere Sachbehandlung wird noch – unverbindlich – angemerkt:

a) Die Rechtskraft des Beschlusses über die Bestellung des Beteiligten zu 1 zum Nachtragsliquidator in Form eines Rechtskraftzeugnisses (§ 46 FamFG) erscheint bislang nicht belegt. Dasselbe gilt für den Ergänzungsbeschluss des Registergerichts vom 29.1.2015, dessen Ausfertigung vom 18.2.2015 sich zudem nur in unbeglaubigter Ablichtung bei den Grundakten befindet.

b) Eines neuerlichen Aufteilungsplans bedarf es im Hinblick auf die Umnummerierung der drei Einheiten nicht (vgl. Senat vom 13.8.2010, 34 Wx 105/10 = MittBayNot 2011, 229 mit Anm. Grziwotz, und Röll MittBayNot 1979, 218, zur technischen Umsetzung). ■

5. Erbrecht – Zur Mitwirkungspflicht der Miterben an einem Aufgebotsverfahren nach § 1170 BGB

(OLG Karlsruhe, Urteil vom 24.5.2016 – 4 U 77/15, mitgeteilt durch Rechtsanwalt Dr. Berst-Frediani, Freiburg)

BGB §§ 212 Abs. 1 Nr. 1, 744, 748, 1162, 1170, 2038 Abs. 1 S. 2

FamFG §§ 450 Abs. 1, Abs. 3, 31

ZPO §§ 513 Abs. 2, 520

1. Miterben sind nicht nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB zur Mitwirkung an einem Aufgebotsverfahren gemäß § 1170 BGB verpflichtet, wenn dieses keine Aussicht auf Erfolg hat. Ein solches stellt keine Maßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung dar.
2. Ist es den Erben nicht möglich, glaubhaft zu machen, dass vor dem Erbfall keine Anerkennung i.S.d. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB erfolgt ist, kann das Aufgebotsverfahren nach § 1170 BGB erst nach Ablauf von 10 Jahren nach dem Erbfall durchgeführt werden, wenn keine anderweitigen Ermittlungsansätze ersichtlich.

(RNotZ-Leitsätze)

Zur Einordnung

Die notarielle Praxis wird häufig mit abhandengekommenen Grundpfandrechtsbriefen und der Frage konfrontiert, ob ein Aufgebotsverfahren Aussicht auf Erfolg hat. In der nachstehend abgedruckten Entscheidung hatte sich das OLG Karlsruhe mit der Frage zu beschäftigen, unter welchen Voraussetzungen Miterben gem. § 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB zur Mitwirkung an einem Aufgebotsverfahren nach § 1170 BGB verpflichtet sind.

Die Verwaltung des Nachlasses ist in § 2038 BGB geregelt. Danach steht die Verwaltung grundsätzlich den Erben gemeinschaftlich zu. Jeder Miterbe ist den anderen gegenüber verpflichtet, an den Maßnahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung mitzuwirken. Maßnahmen sind dann als „ordnungsmäßige Verwaltung“ anzusehen, wenn sie der Beschaffenheit des Nachlasses und dem Interesse aller Miterben nach billigem Ermessen entsprechen (BeckOK BGB/Lohmann, 39. Ed., 1.5.2016, § 2038 Rn. 4). Welche Maßnahmen im Einzelnen darunter fallen, ist vom Standpunkt eines vernünftig und wirtschaftlich denkenden Beurteilers zu entscheiden (BGH NJW 2006, 439, [441]).

Ist ein Hypothekenbrief abhandengekommen, kann er grundsätzlich nach § 1162 BGB im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden. Der Antragsteller hat dabei den Verlust der Urkunde sowie diejenigen Tatsachen, von denen seine Berechtigung zur Beantragung des Aufgebotsverfahrens abhängt, glaubhaft zu machen (§ 468 Nr. 2 FamFG). Bei mittlerweile eingetretener Sonder- bzw. Gesamtrechtsnachfolge im Eigentum kann dies jedoch problematisch sein: Bei einer Briefhypothek entsteht gem. §§ 1177 Abs. 1, 1163 Abs. 1 S. 2 BGB bereits durch Rückzahlung des Darlehens eine Eigentümergrundschuld, über die der Grundstückseigentümer gem. §§ 1154 Abs. 1 S. 1, 1117 BGB ohne Voreintragung durch Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Hypothekenbriefs verfügen kann (KG NJOZ 2009, 4554 [4556]).

Mangels eigener Wahrnehmung kann der Erbe daher grundsätzlich nicht versichern, dass über das bereits vor seinem Eigentumserwerb im Grundbuch eingetragene Recht nicht außergrundbuchlich verfügt wurde (OLG Düsseldorf RNotZ 2012, 34 [35 f.] mAnm Schriftleitung; krit. BeckOK FamFG/Schlögel, 19. Ed., 15.4.2016, § 467 Rn. 2; anders zur Briefgrundschuld hingegen: OLG Düsseldorf RNotZ 2013, 100 mAnm Schriftleitung). Daher soll in solchen Fällen grundsätzlich nur das Verfahren gem. § 1170 BGB zum Ausschluss des Grundpfandrechtsgläubigers mit seinen Rechten in Betracht kommen (BeckOK BGB/Rohe, § 1162 Rn. 2). Dieses setzt voraus, dass der Gläubiger unbekannt ist, seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung in das Grundbuch zehn Jahre verstrichen sind und das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist von dem Eigentümer in einer nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB zum Neubeginn der Verjährung geeigneten Weise – etwa durch Abschlagszahlung, Zinszahlung oder Sicherheitsleistung – anerkannt worden ist. Vor Einleitung des Aufgebotsverfahrens hat der Antragsteller ua auch glaubhaft zu machen, dass eine das Aufgebot ausschließende Anerkennung des Rechts des Gläubigers nicht erfolgt ist (§ 450 Abs. 1 FamFG).

Das OLG Karlsruhe kommt in seiner Entscheidung zu dem Ergebnis, dass keine Mitwirkungspflicht der Erben an dem Aufgebotsverfahren nach § 1170 BGB besteht, weil dieses mangels Erfolgsaussichten und der sich daraus ergebenden Kostenlast nicht der ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses entsprach. Den Erben wäre es nicht möglich gewesen glaubhaft zu machen, dass vor dem Erbfall keine Anerkennung iSd § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB erfolgt ist, da für einen Vorgang, der der eigenen Wahrnehmung entzogen ist, eine eidesstattliche Versicherung nicht abgegeben werden kann (BGH NJW 2004, 3491). Vor Ablauf der 10-Jahresfrist nach dem Erbfall konnten die Voraussetzungen des § 1170 BGB daher nicht festgestellt werden.

Für die notarielle Praxis ruft die Entscheidung nochmals die Voraussetzungen für das Aufgebotsverfahren zum Ausschluss unbekannter Gläubiger nach § 1170 BGB in Erinnerung. Liegt dem Aufgebot ein abhandengekommener Grundpfandrechtsbrief zugrunde, dürfte der Aufgebotsantrag regelmäßig keine Aussicht auf Erfolg haben, wenn seit dem Erwerb des Eigentums an dem Grundstück weniger als 10 Jahre vergangen sind und der aktuelle Eigentümer mangels eigener Kenntnismöglichkeiten nicht glaubhaft machen kann, dass durch seinen Rechtsvorgänger keine das Aufgebot ausschließende Anerkennung erfolgt ist.

Die Schriftleitung (DH)

Zum Sachverhalt:

I. Mit dem angefochtenen Urteil, auf dessen Tatbestand und Entscheidungsgründe für den Sach- und Streitstand im ersten Rechtszug und die getroffenen Feststellungen Bezug genommen wird, hat das Landgericht der Klage insgesamt und der Widerklage teilweise stattgegeben.

Nachdem die Beklagten die Unauffindbarkeit des Hypothekenbriefes über die zu Lasten des zur Erbmasse gehörigen Grundstücks eingetragene Hypothek eingeräumt hätten, könne die Klägerin nicht auf eine weitere Suche nach demselben verwiesen werden, sondern sei zur Geltendmachung eines Mitwirkungsanspruchs gegenüber den Beklagten aus § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB bezüglich eines Aufgebotsverfahrens zum Ausschluss unbekannter Gläubiger gem. § 1170 BGB berechtigt.

Insoweit stehe den Beklagten jedoch ein Zurückbehaltungsrecht zu, soweit die Klägerin ihrerseits zu Unrecht die geschuldete Mitwirkung an der Nachlassverwaltung, d.h. die Erfüllung entstandener Nachlassverbindlichkeiten, verweigere.

Die Mitwirkungspflicht beschränke sich indessen auf schlüssig dargelegte und bereits angefallene Kosten.

Mit ihrer Berufung wenden die Beklagten sich sowohl gegen ihre Verurteilung nach den Klageanträgen als auch gegen die überwiegende Abweisung der Widerklage.

1. Die Verurteilung der Beklagten gemäß den Klageanträgen beruht nach deren Auffassung auf der Verkenntung des Gegenstandswerts von nur 1.942,91 € und der daraus folgenden Zuständigkeit des Amtsgerichts, sowie der fehlenden Prozessführungsbefugnis der Klägerin, welche die Mitwirkung der Miterben gegen deren erklärten Widerspruch nicht geltend machen könne. Entgegen der Feststellung des Landgerichts sei von Seiten der Be-

klagen nur eingeräumt worden, dass eigene Bemühungen zur Auffindung des Hypothekenbriefes erfolglos geblieben seien.

Aufgrund der erstinstanzlichen belegten beharrlichen Mitwirkungsverweigerung der Klägerin sei auch nicht nur von einem Zurückbehaltungsrecht der Beklagten auszugehen. Die Beklagten hätten in erster Instanz vielmehr zu Recht den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung erhoben.

Soweit die Beklagten antragsgemäß verurteilt wurden, an Eides statt zu versichern, dass keine Anerkennung der streitgegenständlichen Hypothek erfolgt sei, erweise sich dies als auf eine unmögliche Leistung gerichtet, da eine eidesstattliche Versicherung nur hinsichtlich durch die Beklagten überprüfbarer Sachverhalte abgegeben werden könne.

2. Bezüglich der Widerklage beanstanden die Beklagten, dass das Landgericht hinsichtlich entstandener Arbeits- und Fahrtkosten zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass diesen ein Beschluss der Erbengemeinschaft zugrunde liegen müsse, zumal es sich teilweise um Maßnahmen der Notverwaltung gehandelt habe. Auf einer bloßen Unterstellung beruhe die Begründung des Landgerichts hinsichtlich geltend gemachter Instandhaltungskosten usw. für die Immobilie, da die Kontoführungsgebühren in der Aufstellung B 5 sich nicht auf das Nachlasskonto bezögen. Insoweit habe das Landgericht verfahrensfehlerhaft einen gebotenen Hinweis und die Aufklärung des Sachverhalts unterlassen.

Hinsichtlich künftiger Kosten habe das Landgericht fälschlicherweise eine Zustimmungspflicht der Klägerin insoweit verneint und die vorgetragenen Kosten als unzulässig pauschalisiert bewertet.

Neben ihrem Klageabweisungsantrag verfolgen die Beklagten daher den erstinstanzlich gestellten Hilfswiderklageantrag weiter.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil, welches sich lediglich hinsichtlich ihrer teilweisen Kostenbelastung als fehlerhaft erweise.

Mangels Auseinandersetzung der Beklagten mit dem angefochtenen Urteil hegt die Klägerin Bedenken hinsichtlich einer ordnungsgemäßen Berufungsbegründung gem. § 520 ZPO.

zu 1. Der Zuständigkeitsrüge der Beklagten stehe § 513 Abs. 2 ZPO entgegen.

Im Übrigen sei der durch das Landgericht zutreffend festgestellte Streitwert der Klage für das Berufungsverfahren durch die Beklagten selbst mit 9.714,55 €, allerdings ohne Berücksichtigung der Widerklage, angegeben worden.

Die Rüge der fehlenden Prozessführungsbefugnis sei bereits in erster Instanz widerlegt worden. Soweit die Beklagten weitere Suchmaßnahmen hinsichtlich des Hypothekenbriefes als erfolgversprechend darstellten, fehle es an einer Konkretisierung möglicher Fundstellen. Eine gegenseitige Blockade der Parteien bei der Verwaltung des Nachlasses begründe die ausgesprochene Zug-um-Zug-Verurteilung, nicht jedoch den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung.

Die nach dem Gesetzeswortlaut formulierten Klageanträge bezüglich der abzugebenden eidesstattlichen Ver-

sicherungen seien per se auf eigene Wahrnehmungen beschränkt.

zu 2. Bezüglich bereits entstandener Kosten sei durch die Beklagten entgegen der Berufungsbegründung in erster Instanz nicht dargelegt worden, welche Maßnahmen der Notverwaltung – welche auch nicht wirklich notwendig geworden sei – zugerechnet werden müssten. Die Vergütung eigener Arbeitsleistungen könnten die Beklagten im Übrigen analog § 670 BGB nicht verlangen. Instandhaltungskosten für die Immobilie seien in erster Instanz nicht substantiiert vorgetragen worden.

Zu Recht habe das Landgericht auch eine pauschale Zustimmung zur Erstattung zukünftiger Kosten als unzulässig angesehen, wobei auch insoweit schon keine Vergütung für Arbeitsleistungen in Betracht komme.

Das Gericht hat die Parteien in der mündlichen Verhandlung auf Bedenken hinsichtlich der durch das Landgericht angenommenen Mitwirkungspflicht der Beklagten nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB im Hinblick auf fehlende Erfolgsaussichten bezüglich des angestrebten Aufgebotsverfahrens gem. §§ 1179 BGB, 450 FamFG hingewiesen.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Beklagten ist überwiegend begründet

II. Die zulässige Berufung der Beklagten ist überwiegend begründet, da sich die Klage mangels Mitwirkungsanspruchs der Klägerin bezüglich des beabsichtigten Aufgebotsverfahrens als zulässig, aber unbegründet (1.) und die Widerklage, welcher das angefochtene Urteil auch hinsichtlich des durch das Landgericht als begründet angesehenen Teils fälschlich nicht mit der Tenorierung einer Verpflichtung der Klägerin, sondern nur durch Tenorierung eines Zurückbehaltungsrechts gegenüber dem Klageanspruch entsprochen hat, als überwiegend begründet (2.) erweist.

1. A) Den Streitwert für die Klage hat das Landgericht zutreffend mit Beschluss vom 24.4.2014 vorläufig auf 9.714 €, d.h. den Nominalwert des streitgegenständlichen Grundpfandrechts, festgesetzt und die Gegenvorstellung der Beklagten am 6.8.2014 mit überzeugender Begründung zurückgewiesen. Es kommt daher nicht darauf an, dass die Berufung gem. § 513 Abs. 2 ZPO auch nicht auf die Unzuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichtes gestützt werden kann.

Die Klägerin macht auch einen eigenen Anspruch aus § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB geltend; keinen Anspruch der Erbengemeinschaft wie im Fall des § 2039 BGB (diesen betrifft die durch die Beklagten zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofes) und ist daher fraglos prozessführungsbefugt.

Es besteht kein Anspruch auf Beteiligung an einem Aufgebotsverfahren gem. § 1170 BGB

B) Ein Anspruch gegenüber den Beklagten auf Beteiligung an einem Aufgebotsverfahren gem. § 1170 BGB, gerichtet auf Ausschluss eines unbekannten Gläubigers des im Grundbuch von Birkendorf, Nr. 454, unter Abt. III unter der Nr. 1 als Hypothek für die Nordstern Allgemeine Versicherung AG eingetragenen Grundpfandrechts steht der Klägerin jedoch nicht zu, da das beabsichtigte Ausschlussverfahren aussichtslos und daher zur

ordnungsgemäßen Verwaltung nicht im Sinn des § 2038 BGB erforderlich ist.

Zwar muss der Gläubiger des verbrieften Grundpfandrechts als unbekannt iSd § 1170 Abs. 1 BGB angesehen werden

a) Nachdem die Rechtsnachfolgerin der eingetragenen Hypothekengläubigerin, die AXA Versicherung AG anerkannt hatte, dass die besicherte Forderung nicht mehr valuiert, und der Löschung der Hypothek zustimmte, ohne sich zum Verbleib des Hypothekenbriefes zu äußern, und das zuständige Grundbuchamt mit Auskunft vom 20.08.2013 mitgeteilt hatte, dass ein dazugehöriger Hypotheken- bzw. Grundschuldbrief sich nicht bei den Grundakten befindet, muss der Gläubiger des verbrieften Grundpfandrechts zwar als unbekannt i.S.d. § 1170 Abs. 1 BGB angesehen werden, da die genannten Umstände dafür sprechen, dass der Hypothekenbrief nach Erfüllung der gesicherten Forderung an die damaligen Grundeigentümer, d.h. die Eltern der Parteien, übersandt worden waren. Der weitere Verbleib dieses Briefes, welcher nach übereinstimmendem Parteivortrag anders als der Brief für das weitere eingetragene Grundpfandrecht bei den Unterlagen der Erblasserin bislang nicht aufgefunden werden konnte, ist entgegen der ersichtlich ins Blaue hinein aufgestellten Behauptung der Beklagten, er müsse sich gleichwohl im elterlichen Anwesen finden lassen, als unbekannt anzusehen. Über die mit der Erfüllung der Forderung gem. §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Abs. 1 BGB entstandene Eigentümerbriefgrundschuld könnten die Eltern gem. §§ 1154 Abs. 1, 1192 Abs. 1 BGB ohne Eintragung ins Grundbuch durch Abtretung und Briefübergabe verfügt haben (BGH NJW 1968, 1674), ohne dass dafür die vorherige Berichtigung des mit Entstehen der Eigentümergrundschuld unrichtig gewordenen Grundbuchs erforderlich gewesen wäre. Der derzeitige Gläubiger des verbrieften Grundpfandrechts, insbesondere die Zugehörigkeit dieses Rechts zur Erbmasse, kann daher nicht festgestellt werden, weshalb der Hypothekenbrief nicht gem. § 1162 BGB aufgeboden werden kann (OLG Düsseldorf RNotZ 2012, 34; anders derselbe Senat für den Fall der Briefgrundschuld mangels Akzessorietät der Grundschuld RNotZ 2013, 100).

Seit der letzten Grundbucheintragung sind auch mehr als 10 Jahre verstrichen

b) Dem vorgelegten Grundbuchauszug zufolge sind seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung auch weit mehr als die nach § 1170 Abs. 1 BGB erforderlichen 10 Jahre verstrichen.

Erforderlich ist jedoch, dass das Recht nicht innerhalb dieser Frist nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB anerkannt worden ist

c) Die Ausschließung des unbekannten Gläubigers nach dieser Vorschrift kommt indessen nur in Betracht, wenn innerhalb der letzten 10 Jahre das Recht des unbekannten Gläubigers nicht im Sinne des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB anerkannt wurde.

Dies ist im Aufgebotsverfahren glaubhaft zu machen

Für das Aufgebotsverfahren ist daher bereits als Voraussetzung für die Verfahrenseinleitung gem. § 450 Abs. 1, Abs. 3, 31 FamFG glaubhaft zu machen, dass eine solche Anerkennung nicht erfolgt ist.

Für einen Vorgang, welcher der eigenen Wahrnehmung entzogen ist, darf keine eidesstattliche Versicherung abgegeben werden

Eine danach zugelassene eidesstattliche Versicherung, zu deren Abgabe das Landgericht die Beklagten für verpflichtet hält, darf indessen nicht für einen Vorgang abgegeben werden, welcher der eigenen Wahrnehmung entzogen ist (BGH NJW 2004, 3491). Sowohl die Klägerin als auch die Beklagten können aus eigener Kenntnis daher nur versichern, dass eine Anerkennung i.S.d. § 1170 Abs. 1 Satz 1 BGB seit dem Erbfall vom 9.6.2011 durch sie selbst nicht erfolgt ist, da sie nach ihrem Vortrag erst im Zuge des Versteigerungsverfahrens auf den Grundbucheintrag bezüglich des streitgegenständlichen Grundpfandrechts aufmerksam geworden waren, woraus sich ergibt, dass sie auch von diesbezüglichen Verfügungen oder Anerkennungshandlungen bzw. deren Unterlassung durch ihre Eltern als Voreigentümer keine Kenntnis haben können. Zutreffend hat die Klägerin zwar darauf verwiesen, dass gem. § 450 Abs. 3 FamFG die Zulassung der eidesstattlichen Versicherung des Antragstellers zur Glaubhaftmachung diesbezügliche Ermittlungen von Amts wegen zur Feststellung der Verfahrensvoraussetzungen nicht ausschließt. So wird in der Kommentarliteratur verbreitet die Ansicht vertreten, dass der Eigentümer von Amts wegen als Zeuge zu einer etwaigen Anerkennungshandlung zu vernehmen ist, sofern der vom Eigentümer verschiedene Antragsteller eine entsprechende eidesstattliche Versicherung nicht abgeben kann (MüKo FamFG 2. Aufl. 2013, §§ 447-453 Rn. 17; Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 3. Aufl., § 450 Rn. 4; Dutta in Bork/Jacobi/Schwab FamFG, 2. Aufl., § 450 Rn. 2). Soweit die Parteien für den Zeitraum vor dem Erbfall an einer eidesstattlichen Versicherung gehindert sind, kommt eine Vernehmung nach dem Ableben der damaligen Eigentümer indessen nicht mehr in Betracht. Nach den Auskünften der eingetragenen Hypothekengläubigerin und des Grundbuchamtes sind auch keinerlei anderen Ermittlungsansätze ersichtlich oder vorgetragen.

Die Voraussetzungen des § 1170 BGB können daher nicht vor Ablauf der 10-Jahresfrist nach dem Erbfall festgestellt werden

Der beabsichtigte Antrag auf Einleitung eines Aufgebotsverfahrens stellt sich daher als derzeit aussichtslos dar, da die Voraussetzungen des § 1170 BGB vor Ablauf der 10-Jahresfrist nach Erbfall nicht festgestellt werden können.

Zu einer Mitwirkung an dem aussichtslosen Aufgebotsverfahren waren die Beklagten daher nicht gem. § 2038 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet

Insoweit kommt es auch nicht Betracht, die Klägerin nach dem Klageantrag zu verurteilen, um dem Amtsgericht die Entscheidung über die Antragsvoraussetzungen nach §§ 1170 BGB, 450 FamFG zu überlassen, wie durch den Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung angeregt. Die Beklagten wären zu einer Mitwirkung an dem beabsichtigten Aufgebotsverfahren und anteiligen Tragung der sich daraus ergebenden Kostenlast gem. § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB nur verpflichtet, wenn dieses Antragstellung als Maßnahmen ordnungsgemäßen Verwaltung qualifiziert werden könnte, was aus den vorstehenden Gründen indessen nicht der Fall und im vorliegenden Verfahren zu entscheiden ist.

2. Die Berufung ist auch bezüglich der Widerklage gem. §§ 2038 Abs. 1, Abs. 2, 748 BGB begründet, soweit das

Landgericht eine Zustimmungsverpflichtung der Klägerin hinsichtlich des Ausgleichs von 1.435,39 € für Kosten der Instandhaltung, des Betriebs und Verwaltung des geerbten Hausgrundstücks verneint (a) und weitere Kosten lediglich im Rahmen eines Zurückbehaltungsrechts der Beklagten berücksichtigt hat (b). Ein weitergehender Anspruch auf Zustimmung zum Ausgleich angefallener Kosten steht dem Beklagten nicht zu (c). Die auf Zustimmung zur Erstattung zukünftiger Kosten gerichtete Widerklage ist weitestgehend unbegründet (d).

Die Klägerin muss dem Ausgleich der Kosten für die Instandhaltung, den Betrieb und die Verwaltung des geerbten Hausgrundstücks zustimmen

a) Soweit das Landgericht die Widerklage abgewiesen hat, weil angefallene Kosten bereits dem Nachlasskonto belastet worden seien, sind die Entscheidungsgründe nicht nachvollziehbar. Dass die Kostenaufstellung zu Anlage B5 sich auf das Nachlasskonto bezieht, hat keine der Parteien vorgetragen; aus den mit dieser Kostenaufstellung vorgelegten Unterlagen ergibt sich das Gegenteil. Mit den Bescheiden für Wasser/Abwasserrechnung 2011, Grundsteuer 2012 und der Abrechnung der Energie-DienstAG vom 5.5.2011 – 5.5.2012 jeweils zu Händen des Bekl. Ziff. 1 bzw. an diesen direkt (offenbar noch vor dessen sich aus den Anlagen K1 und K2 ergebenden Namensänderung) wurde die Abbuchung von dessen Konto bei der Volksbank Hochrhein, nicht dagegen vom Nachlasskonto bei der Sparkasse Bonndorf-Stühlingen, mitgeteilt. Bezüglich dieser nicht substantiiert bestrittenen Aufwendungen können die Beklagten daher Zustimmung und Erstattung vom Nachlasskonto verlangen, soweit die Verwendung für das Nachlassgrundstück im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung, bezüglich derer die Klägerin zur Zustimmung verpflichtet gewesen wäre, erfolgt war. Hiervon ist für die Wasser/Abwasserkosten 2011–2013, die Grundsteuer 2011–2013, Schornsteinfegergebühr 2011 und die Energiekosten 2011–2013, d.h. (nach Abzug eines für Müllgebühr 2011 angegebenen Guthabens) für einen Betrag von 1.435,39 € ohne weiteres auszugehen, nicht dagegen für die Bankgebühren, da die Kontoeröffnung und -führung ausschließlich für Nachlassverbindlichkeiten streitig und nicht belegt ist, ebenso wenig für nicht näher begründete Kosten für „Danksagung Primo Verlag“.

b) Zutreffend hat das Landgericht zwar die Kosten für die Hausmeistertätigkeit Schornsteinfeger 2013 nebst Mahngebühr und Grundsteuer 2014 nebst Mahnkosten als vom Nachlasskonto zu erstatten qualifiziert, eine entsprechende Zustimmungsverpflichtung der Klägerin – neben dem Zurückbehaltungsrecht der Beklagten – in dessen nicht tenoriert, was mit dem Berufungsurteil nachzuholen ist.

Den Beklagten steht kein Anspruch auf Vergütung der Bewirtschaftung des Nachlassgrundstücks zu

c) Ein Anspruch auf Vergütung von Zeitaufwand oder Einsatz der Arbeitskraft für die Bewirtschaftung des Nachlassgrundstückes im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung steht den Beklagten, wie durch das Landgericht zutreffend ausgeführt, dagegen nicht zu. Soweit die Beklagten darauf verweisen, dass auch Maßnahmen der Notverwaltung ausgeführt worden seien, fehlt es an substantiierter Darlegung solcher Maßnahmen und zeitlichen Abgrenzung zu Maßnahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung.

Zur Zustimmung zur Erstattung zukünftiger Kosten aus dem Nachlasskonto ist die Klägerin nur im Hinblick auf die Bezahlung der Grundsteuer verpflichtet

d) Soweit die Beklagten die Zustimmung zur Erstattung künftiger entstehender Kosten vom Nachlasskonto begehren, ist ihr Antrag zwar nicht auf eine – nur nach Maßgabe des § 744 BGB gerechtfertigte – Vorschussleistung gerichtet, da die Erstattung nach Kostenanfall erfolgen soll. Die pauschale Antragstellung und -begründung ermöglicht jedoch keine Zuordnung zu konkreten Maßnahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung, ausgenommen die Bezahlung der Grundsteuer, weshalb die Klägerin nur bezüglich letzterer zur Zustimmung zur Erstattung künftig anfallender Kosten aus dem Nachlasskonto verpflichtet ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 100 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. ■

6. Erbrecht – Zur Überführung eines Grundstückes in das nacherbenfreie Vermögen des Vorerben

(OLG Hamm, Beschluss vom 13.5.2016 – I-15 W 594/15, mitgeteilt durch Richter am OLG *Stefan Tegenthoff*)

BGB § 2113

GBO § 51

1. Durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen dem Vorerben und dem Nacherben kann ein zum Nachlass gehörendes Grundstück aus der Verfügungsbeschränkung der angeordneten Nacherbfolge entlassen werden.
2. Es bedarf dann nicht der Zustimmung von Ersatznacherben zur Löschung eines eingetragenen Nacherbenvermerks.

Zur Einordnung

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des OLG Hamm behandelt die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein zum Nachlass gehörendes Grundstück aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Vor- und dem Nacherben in das freie Vermögen eines Vorerben überführt werden kann, so dass die sich aus der Vor- und Nacherbschaft ergebenden Verfügungsbeschränkungen für den Vorerben nicht mehr zum Tragen kommen. Im konkreten Fall wird die Frage behandelt, ob ein eingetragener Nacherbenvermerk im Grundbuch im Nachgang zu einer solchen Vereinbarung aufgrund eines Unrichtigkeitsnachweises gelöscht werden kann oder ob die Erteilung von Löschungsbewilligungen sämtlicher Nacherben und Ersatznacherben erforderlich ist.

Der BGH (BGH NJW-RR 2001, 217 f. = RNotZ 2001, 166) und Stimmen in der obergerichtlichen Rechtsprechung (NJW-RR 2005, 956 f. = RNotZ 2005, 366; OLG Köln BeckRS 2011, 10906) sowie in der Literatur (*Keim DnotZ* 2003, 822 ff.; *Hartmann ZEV* 2009, 107 ff.; *Heskamp RNotZ* 2014, 517 ff.) nehmen die grundsätzliche Zulässigkeit einer Vereinbarung zwischen Vor- und Nacherben an, durch die einzelne Vermögensgegenstände aus dem Nachlass bzw. Sondervermögen des Vorerben in dessen freies Eigenvermögen überführt werden.

Ein im Grundbuch eingetragener Nacherbenvermerk kann dann im Wege des Unrichtigkeitsnachweises gelöscht werden (vgl. OLG Köln BeckRS 2011, 10906).

Bisher nicht abschließend geklärt ist die Rechtsnatur einer solchen Vereinbarung (vgl. hierzu *Heskamp* RNotZ 2014, 517 [518 ff.]). Das OLG Hamm tendiert in seiner Entscheidung dazu, der im Schrifttum vertretenen Ansicht (vgl. *Hartmann* ZEV 2009, 107 [112 f.]; *Heskamp* RNotZ 2014, 517 [520]; *Keim* DNotZ 2003, 823 [829]) zu folgen, nach der eine Vereinbarung zur Überführung von Nachlassgegenständen in das freie Vermögen des Vorerben als Freigabe entsprechend den Befugnissen eines Testamentsvollstreckers nach § 2217 BGB bzw. eines Insolvenzverwalters nach § 32 Abs. 3 InsO zu qualifizieren ist. Ob dabei die Mitwirkung des Vorerben zwingend erforderlich ist, wird im konkreten Fall offen gelassen, da dieser an der streitgegenständlichen Vereinbarung beteiligt war. Für das Erfordernis einer Mitwirkung spricht jedenfalls, dass die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft auch im Interesse des Vorerben erfolgen kann, etwa wenn es darum geht, Ansprüche von Pflichtteilsberechtigten oder des Sozialhilfeträgers zu vermeiden (vgl. *Heskamp* RNotZ 2014, 517 [522]).

Die Entscheidung des OLG Hamm bestätigt nochmals, dass die Möglichkeit besteht, bei angeordneter Vor- und Nacherbschaft einzelne Nachlassgegenstände durch Vereinbarung in das freie Vermögen des Vorerben zu überführen und dass bei Grundstücken insoweit eine Löschung des Nacherbenvermerkes durch Unrichtigkeitsnachweis möglich ist. Notwendig ist dabei eine explizite Freigabeerklärung des Nacherben. Einer Zustimmung möglicher Ersatznacherben bedarf es dazu nicht (vgl. *Heskamp* RNotZ 2014, 517 [521 f.]). Im Sinne des sichersten Weges dürfte es für die Praxis angezeigt sein, den Vorerben an einer entsprechenden Freigabe zu beteiligen.

Die Schriftleitung (AW)

Zum Sachverhalt:

I.) Die Beteiligten zu 1) und 2) sind eingetragene Miteigentümerinnen der im Rubrum näher bezeichneten Grundstücke. In Abt. II der Grundbücher ist jeweils ein Nacherbenvermerk eingetragen, der wie folgt lautet:

„I ..., und J ..., sind Vorerben.

Die Nacherbfolge tritt bei Tod der Vorerben ein. Nacherben sind:

- a) D ...,
- b) B,

Ersatznacherben sind deren Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge, ersatzweise der überlebende Nacherbe.“

Die Beteiligten zu 1) und 2) haben mit den Nacherben, den Beteiligten zu 3) und 4), hinsichtlich des o.a. Grundbesitzes eine notariell beurkundete Vereinbarung geschlossen, die in den wesentlichen Passagen wie folgt lautet:

„Um den Vorerben eine uneingeschränkte Verfügungsmöglichkeit über den vorbezeichneten Grundbesitz einzuräumen, verzichten ... -die Beteiligten zu 3) und 4)- auf ihr Nacherben und Ersatznacherbenrecht bezüglich des vorbezeichneten in § 2 aufgeführten Grundbesitzes.

... – die Beteiligte zu 1) und die Beteiligte zu 2) nehmen diesen Verzicht an. Die Grundstücke scheiden damit aus dem Nachlass aus und werden von der Nacherbenbenennung nicht erfasst.

...

Die Beteiligten zu 3) und 4) bewilligen und die Beteiligten zu 1) und 2) beantragen die Löschung des Nacherbenvermerks in den Grundbüchern ...“

Eine Ausfertigung der Urkunde ist dem Grundbuchamt mit dem Antrag auf Löschung der Nacherbenvermerke vorgelegt worden. Das Grundbuchamt hat – nach vorherigem Hinweis auf die Notwendigkeit der Zustimmung der Ersatznacherben – den Antrag zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 2) mit der Beschwerde.

Aus den Gründen:

I.) Die zulässige Beschwerde ist begründet.

Eine Löschung des Nacherbenvermerks aufgrund von Löschungsbewilligungen erfordert neben solcher der Nacherben auch solche der Ersatznacherben

Richtig ist allerdings zunächst der Ausgangspunkt des Grundbuchamtes, dass nämlich die Löschung des Nacherbenvermerks nur in Betracht kommt, wenn entweder die Löschungsbewilligung aller potentiell Betroffenen (§ 19 GBO) vorgelegt oder die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen wird (§ 22 GBO). Richtig ist weiter, dass zu den Betroffenen im Sinne des § 19 GBO auch die Ersatznacherben gehören (OLG Düsseldorf NJOZ 2014, 1735 f.; Bauer/v.Oefele/Schaub, GBO, 3. Aufl. § 51 Rdn. 116). Da von diesen hier keine Löschungsbewilligungen beigebracht worden sind, ist die Löschung des Nacherbenvermerks auf diesem Wege nicht möglich.

Keine Verfügung des Vorerben nach § 2113 BGB, bei der alleine die Zustimmung der Nacherben, nicht hingegen die der Ersatznacherben erforderlich ist

Hingegen ist nach Auffassung des Senats die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Hinblick auf den Nacherbenvermerk nachgewiesen. Der Senat teilt insoweit zwar die Auffassung, dass vorliegend keine Verfügung der Vorerbinnen über das Grundstück im Sinne des § 2113 BGB vorliegt, bei welcher nach allgemeiner Auffassung allein die Zustimmung des Nacherben, nicht hingegen zusätzlich auch die eines Ersatznacherben, erforderlich ist, um die Verfügungsbeschränkung durch die Nacherbfolge für das Grundstück aufzuheben (aus jüngerer Zeit vgl. OLG München ZEV 2012, 674 = DNotZ 2013, 24; ZEV 2015, 347 f. = RNotZ 2015, 301). Nicht zu teilen vermag der Senat hingegen die Annahme des Grundbuchamtes, dass dies der einzige Weg ist, auf dem ein Nachlassgegenstand ohne Mitwirkung des/der Ersatznacherben durch ein Ausscheiden aus dem Nachlass von der Verfügungsbeschränkung der Nacherbfolge frei werden kann.

Vor- und Nacherben steht eine rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht zu, einzelne Vermögensgegenstände von den Verfügungsbeschränkungen der Nacherbfolge zu befreien

In der jüngeren Rechtsprechung und Literatur besteht weitgehende Einigkeit, dass dem Vor- und dem Nacherben hinsichtlich einzelner Nachlassgegenstände eine solche rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht (ohne Mitwirkung eines Ersatznacherben) einzuräumen ist (vgl. BGH NJW-RR 2001, 217 f. = RNotZ 2001, 166, = DNotZ

2001, 392; BayObLG NJW-RR 2005, 956 f = RNotZ 2005, 366 = DNotZ 2005, 790; OLG Köln BeckRS 2011, 10906; Palandt/Weidlich, BGB, 75. Aufl., § 2100 Rdn.18; Burandt/Rojahn/Lang, ErbR, 2. Aufl., § 2102 BGB Rdn.20; Hügel/Zeiser, GBO, 26.Ed., § 51 Rdn. 107 f; sehr grundlegend Keim DNotZ 2003, 822 ff; Hartmann ZEV 2009, 107 ff; Heskamp RNotZ 2014, 517 ff). Dies entspricht auch der Auffassung des Senats.

Schutz des Nacherben unterliegt uneingeschränkt seiner rechtsgeschäftlichen Disposition

§ 2113 BGB kann, wie bereits das Reichsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung vom 8.11.1934 (RGZ 145, 316 ff) ausgeführt hat, nur im Zusammenhang mit § 2120 BGB richtig eingeordnet werden. Das heißt aus Sicht des Senats, dass der Schutz des Nacherben uneingeschränkt seiner rechtsgeschäftlichen Disposition unterliegt. Denn die Regelung des § 2120 BGB begründet nicht erst eine (auf Verfügungen des Vorerben beschränkte) Rechtsmacht des Nacherben, sie setzt diese vielmehr voraus. Auch ein sachlicher Grund, diese Dispositionsbefugnis auf die Zustimmung zu Verfügungen des Vorerben zugunsten eines Dritten zu beschränken, ist nicht erkennbar.

Der Ersatznacherbe ist aus der Sicht des Erblassers kein künftiger Berechtigter, sondern lediglich Ersatz für den primär bestimmten Nacherben

Soweit an dieser Stelle der Schutz eines Ersatznacherben in Betracht genommen ist, ist dies nach Auffassung des Senats schon im Ansatz verfehlt. Das Reichsgericht hat hierzu in seiner vorgenannten Entscheidung – ebenso plastisch, wie überzeugend – ausgeführt, dass das Gesetz den Geltungsgrund für die gestufte Erbfolge und die hiermit verbundene Beschränkung des Vorerben allein in der Anordnung des Erblassers sieht. Aus dessen Sicht sei der Ersatznacherbe jedoch kein (künftig) Berechtigter, sondern lediglich ein Ersatz für den primär bestimmten Nacherben. Soweit das Gesetz also im Interesse des Erblasserwillens den Nacherben schützt und ihm aber auch die rechtliche Befugnis zugesteht, sich dieses Schutzes zu begeben, ist hiermit immer nur der aktuelle Nacherbe angesprochen.

Keine Ableitung einer Beschränkung der Dispositionsbefugnis des Nacherben aus dem Erblasserwillen

Auch aus dem Erblasserwillen lässt sich keine Beschränkung der Dispositionsbefugnis des Nacherben herleiten. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Erblasser es bei seiner Nachlassgestaltung durchaus in der Hand hat, die Position des Ersatzerben stärker auszugestalten, wenn es ihm denn um mehr als die Vorsorge gegen einen möglichen Wegfall des (ersten) Nacherben geht, z.B. indem er den Ersatznacherben zugleich zum bedingten Nach-Nacherben einsetzt. Davon abgesehen gilt allerdings auch, dass das Gesetz eine Durchsetzung des Erblasserwillens gegen den übereinstimmenden Willen der Lebenden nicht vorsieht (vgl. im Einzelnen Keim DNotZ 2003, 822, 830).

Die Bindung des Vorerben ist hinsichtlich einzelner Nachlassgegenstände grundsätzlich einer rechtsgeschäftlichen Befreiung zugänglich, wobei die Frage nach deren dogmatischen Grundlage bisher ungeklärt ist

Kann nach alledem davon ausgegangen werden, dass die Bindung des Vorerben hinsichtlich der einzelnen Nach-

lassgegenstände grundsätzlich einer rechtsgeschäftlichen Befreiung durch den Nacherben zugänglich ist, so besteht doch keine Klarheit bzw. Einigkeit hinsichtlich der dogmatischen Einordnung eines solchen Rechtsgeschäfts und damit hinsichtlich der Wirksamkeitsvoraussetzungen. Der Bundesgerichtshof (BGH NJW-RR 2001, 217 f = RNotZ 2001, 166, = DNotZ 2001, 392) hat in einem obiter dictum die Möglichkeit einer Auseinandersetzung zwischen Vor- und Nacherben grundsätzlich anerkannt, sich zu deren rechtlicher Ausgestaltung, insbesondere in dinglicher Hinsicht, jedoch nicht geäußert. Das OLG Köln musste die Frage der rechtlichen Konstruktion nicht beantworten und hat diese letztlich offen gelassen.

Keine Einordnung als Verfügung über den Nachlassgegenstand selbst durch Auflassung, da der Vorerbe durch den Erbfall bereits Volleigentümer wird

Der Ansatz des BayObLG (a.a.O.), den Vorgang als Verfügung über den Nachlassgegenstand selbst, bei einem Grundstück also als Auflassung (§§ 873, 925 BGB), einzuordnen, ist aus Sicht des Senats dogmatisch nicht tragfähig. Mit dem Eintritt des Erbfalls wird der Vorerbe Volleigentümer bzw. Vollberechtigter der Nachlassgegenstände, Mitvorerben in der gesamthänderischen Bindung der Erbengemeinschaft. Wenn in diesem Zusammenhang häufig von dem Nachlass als einem Sondervermögen des Vorerben gesprochen wird, so macht sich dies nicht an der sachenrechtlichen Zuordnung der Gegenstände (zum Rechtsträger), sondern allein an der (bedingten) Verfügungsbeschränkung fest. Ein Rechtsgeschäft, dass diese sachenrechtliche Zuordnung, wie im vorliegenden Fall, nicht verändern soll, kann dementsprechend nie eine Verfügung über den Nachlassgegenstand im Sinne seiner dinglichen Zuordnung, sondern nur ein rechtliches Einwirken auf die Verfügungsbeschränkung sein (mit ähnlichen Bedenken auch OLG Köln a.a.O.).

Einordnung als Freigabe analog der Regelungen in § 2217 BGB und § 32 Abs. 3 InsO

Der Senat neigt dazu, sich der Auffassung von Keim, Hartmann und Heskamp (jeweils a.a.O.) anzuschließen, wonach ein solches Rechtsgeschäft als Freigabe analog zu den entsprechenden Handlungsmöglichkeiten des Testamentsvollstreckers (§ 2217 BGB) und des Insolvenzverwalters (§ 32 Abs. 3 InsO) zu verstehen ist. Die genannten Autoren haben aus Sicht des Senats überzeugend nachgewiesen, dass die zweifellos bestehenden Unterschiede kein hinreichender Grund sind, von einer solchen Analogie Abstand zu nehmen.

Keine Ableitung der Form des vorzunehmenden Rechtsgeschäftes aus der Analogie zu § 2217 BGB und § 32 Abs. 3 InsO

Da die wesentliche Erkenntnis aus einer solchen Analogie jedoch darin besteht, dass das Gesetz die Entlassung von einzelnen Vermögensgegenständen aus einem durch Verfügungsbeschränkungen gebundenen Sondervermögen durchaus kennt, hat der Senat Bedenken, auch die Form des Rechtsgeschäfts aus der Analogie abzuleiten. Richtig ist, dass die Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ist, deren Wirkungen nicht an das Einvernehmen mit dem Schuldner geknüpft sind. Fraglich ist jedoch, ob dies auf die Freigabe eines Gegenstandes aus dem Nachlass übertragen lässt, bei welcher die Interessenlage der Beteiligten deutlich abweicht.

Ob eine Mitwirkung des Vorerben erforderlich ist, kann offen bleiben

Für die Notwendigkeit einer Mitwirkung des Vorerben spricht zunächst, dass die Vorerbschaft auch im Interesse des Vorerben angeordnet sein kann (vgl. hierzu Heskamp a.a.O. S. 522). Weiter kann gerade bei der Freigabe von Grundstücken die Frage nach der Haftung für Verbindlichkeiten aufkommen, die an diesen Grundstücken dinglich gesichert worden sind, (vgl. hierzu Hartmann a.a.O. S. 112). Letztlich kann die Frage, ob die Freigabe ein vertragliches Zusammenwirken von Vor- und Nacherbe erfordert, jedoch dahinstehen, da vorliegend eine allseitige Vereinbarung beurkundet worden ist, die nach dem oben Gesagten den Wegfall der Nacherbenbindung an den betroffenen Grundstücken bewirkt, gleich welcher Sichtweise man sich in der letztgenannten Frage anschließt. ■

7. Erbrecht – Zur Auskunftspflicht des Erben gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten

(OLG Stuttgart, Beschluss vom 26.1.2016 – 19 W 78/15)

BGB § 2314
ZPO § 888

Besteht im Rahmen eines Auskunftsanspruches gemäß § 2314 Abs. 1 BGB der Verdacht, dass ein Erblasser im Zehn-Jahres-Zeitraum Zuwendungen von seinem Bankkonto oder Depot schenkungsweise an Dritte erbracht hat, so ist der Erbe verpflichtet, von seinem Auskunftsrecht gegenüber der Bank Gebrauch zu machen, um eventuelle Zuwendungsempfänger zu ermitteln

(RNotZ-Leitsatz)

Aus den Gründen:

Die sofortige Beschwerde des Schuldners gegen den Beschluss des Landgerichts vom 23. Oktober 2015 (2 O 37/14; GA 187 ff.), auf dessen Inhalt zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, ist zwar zulässig (§§ 793, 567 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 569 Abs. 1, Abs. 2 ZPO), jedoch unbegründet.

I. Das Landgericht (LGB 5 f.) ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Antrag der Gläubigerin gem. § 888 ZPO zulässig und begründet ist.

1. Was die Zulässigkeit des Antrags betrifft, so ist die Auskunftsverpflichtung nach § 2314 Abs. 1 BGB auf eine unvertretbare Handlung gerichtet, deren Vollstreckung nach § 888 ZPO zu erfolgen hat (vgl. nur OLG Stuttgart, Beschl. v. 27. Januar 2014 – 19 W 3/14, Rz. 7 bei juris).

Vollständige Erfüllung des Auskunftsanspruches erfordert auch Ermittlungen des Erben zu Schenkungen des Erblassers

2. Zu Recht ist das Landgericht (LGB 5 f.) zu dem Ergebnis gelangt, dass dem Erfüllungseinwand des Schuldners entgegensteht, dass dieser nicht im zumutbaren Umfang Nachforschungen angestellt hat, ob pflichtteilsergänzungsbedürftige Schenkungen der Erblasser in den letzten zehn Jahren erfolgt sind.

Für Ermittlungsumfang sind konkrete Anhaltspunkte maßgeblich

a) Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass es solche gegeben hat, hat das Landgericht in rechtlich nicht zu beanstan-

dender Weise darin gesehen, dass die Konten der Erblasser zum Stichtag nahezu keine Guthaben aufgewiesen haben, obwohl die Erblasser unstreitig zumindest monatliche Einkünfte i.H. von 1.720,00 € hatten und es somit nicht von vorneherein ausgeschlossen erscheint, dass im Zehn-Jahres-Zeitraum vor ihrem Tod – gegebenenfalls auch nur geringfügige – Beträge verschenkt wurden.

Besteht ein Verdacht auf Schenkungen vom Bankkonto oder Depot, so muss der Erbe sein Auskunftsrecht gegenüber der Bank nutzen

Besteht nun aber – wie vorliegend – der Verdacht, dass ein Erblasser im maßgeblichen Zehn-Jahres-Zeitraum Zuwendungen von seinem Bankkonto (oder seinem Depot) schenkungsweise an Dritte erbracht hat, so ist der Erbe – hier: der Schuldner – verpflichtet, von seinem Auskunftsrecht gegenüber der Bank Gebrauch zu machen, um eventuelle Zuwendungsempfänger zu ermitteln (vgl. Herzog in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2015, § 2314 Rz. 29).

Eine Abtretung der Auskunftsrechte an den Pflichtteilsberechtigten reicht nicht aus

Auf die vom Schuldner angebotene Abtretung der Auskunftsansprüche gegen die Banken (GA 200) muss sich die Gläubigerin hierbei nicht verweisen lassen, da § 2314 Abs. 1 BGB eine originäre Auskunftspflicht des Erben vorsieht.

Ermittlungspflicht umfasst die Einsichtnahme in Kontounterlagen der letzten zehn Jahre vor dem Erbfall

b) Zu den vom Schuldner anzustellenden Ermittlungen gehört insbesondere auch die Einsichtnahme in die (vollständigen) Kontoauszüge, Sparbücher oder vergleichbare Bankunterlagen für einen Zehn-Jahres-Zeitraum und die Zusammenstellung der einen bestimmten Betrag übersteigenden Verfügungen über die ermittelten Konten, soweit diesen Schenkungen oder sonstige Zuwendungen zu Grund liegen (könnten) (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 18. März 2014 – 2 W 495/13, NJW 2014, 1972, 1973).

Erhebliche Kosten für die Bereitstellung der Kontounterlagen sind dabei in Kauf zu nehmen

Selbst wenn man zugunsten des Schuldners unterstellte, dass ihm die Banken im vorliegenden Fall Aufwandsentschädigungen i.H. von insgesamt 1.500,00 € berechnen würden, wäre dies angesichts des in Rede stehenden Zehn-Jahres-Zeitraums nicht unverhältnismäßig.

Ermittlung umfasst darüber hinaus auch die Einholung von – nicht notwendigerweise schriftlichen – Erklärungen der Verwandten des Erblassers zu Schenkungen

c) Was die seitens des Landgerichts (LGB 6) zu Recht für zumutbar erachtete Einholung von Äußerungen von Verwandten über den Erhalt oder das Fehlen von Schenkungen anbetrifft, so hat der Schuldner in seiner Beschwerdeschrift vom 11. November 2015 (S. 2; GA 200) mitgeteilt, dass ihm gegenüber die dort im Einzelnen genannten Verwandten angegeben hätten, keine pflichtteilsrelevanten Schenkungen erhalten zu haben. Anspruch auf Vorlage schriftlicher Erklärungen jener Verwandter hat die Gläubigerin im Rahmen ihres geltend gemachten Auskunftsanspruches nicht (vgl. nur Weidlich in: Palandt, BGB, 75. Aufl., § 2314 Rz. 10).

Unstreitig hat sich der Schuldner allerdings – wie von der Gläubigerin (GA 214) aufgezeigt – in dieser Frage noch

nicht an die Kinder der Gläubigerin gewandt und diese aufgefordert, Auskunft zu Schenkungen der beiden Erblasser an sie zu erteilen. Auch in dieser Hinsicht hat er daher nicht alle zumutbaren Schritte unternommen, um aufzuklären, ob pflichtteilsergänzungsbedürftige Schenkungen in den letzten zehn Jahren erfolgt sind.

3. Das seitens des Landgerichts bemessene Zwangsgeld ist auch der Höhe nach nicht zu beanstanden. So wurde die Höhe des Zwangsgeldes im unteren Bereich des zulässigen Rahmens festgesetzt, welcher vom Mindestmaß von 5,00 € (Art. 6 Abs. 1 EGStGB) zum Höchstmaß von 25.000,00 € (§ 888 Abs. 1 Satz 2 ZPO) reicht. Insbesondere genügt die Höhe des Zwangsgeldes auch dem auch im Zwangsvollstreckungsrecht geltenden Gebot der Verhältnismäßigkeit (vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 2. November 1999 – 14 W 61/99, NJW-RR 2000, 1312 m.w.N.).

Nach alledem war die sofortige Beschwerde des Schuldners zurückzuweisen.

II. 1. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

2. Der Beschwerdewert war auf 500,00 € festzusetzen, da er sich nach dem Interesse des Schuldners bestimmt, das festgesetzte Zwangsgeld nicht bezahlen zu müssen. Dieses Interesse entspricht dem Zwangsgeldbetrag (vgl. Thüringer OLG, Beschl. v. 3. Juli 2012 – 1 WF 306/12; FamRZ 2013, 656 f. [Rz. 38 bei juris]; Saarländisches OLG Saarbrücken, Beschl. v. 28. Januar 2011 – 5 W 312/10 – 116, 5 W 312/10; FamRZ 2011, 1258 f. [Rz. 37 bei juris] m.w.N.).

III. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde war nicht veranlasst, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (§ 574 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. Abs. 3 Satz 1, Abs. 2 ZPO).

Anmerkung:

Der Beschluss des OLG Stuttgart stärkt erneut die Rechte des Pflichtteilsberechtigten im Rahmen der Durchsetzung seines Auskunftsanspruchs gegen den bzw. die Erben aus § 2314 Abs. 1 S. 1 BGB hinsichtlich der Feststellung des „fiktiven Nachlasses“.

1. Der Erbe war aufgrund eines Teilurteils des LG Hechingen zur Erstellung zweier Nachlassverzeichnisse über das Vermögen seiner nacheinander verstorbenen Eltern verurteilt worden. Im Nachlass befand sich so gut wie kein Geldvermögen. Hauptvermögensgegenstand war ein Mehrfamilienhaus. In Anwesenheit der Auskunftsberechtigten erstellte der Erbe tatsächlich auch Verzeichnisse über die jeweiligen Nachlässe. Bemängelt wurde von der Auskunftsverpflichteten allerdings, dass dem Erben bei der Erstellung dieser Verzeichnisse nicht sämtliche Kontoauszüge aus den letzten zehn Lebensjahren der Erblasser vorlagen. Auf Antrag der Auskunftsberechtigten setzte das LG Hechingen ein Zwangsgeld gegen den Erben fest. Mit der hiergegen eingelegten sofortigen Beschwerde wendete der Erbe die Erfüllung des Auskunftsanspruchs durch die vorgelegten Nachlassverzeichnisse ein. Nachdem das LG Hechingen der sofortigen Beschwerde nicht abhalf, hatte das OLG Stuttgart hierüber zu befinden.

2. Das OLG Stuttgart hat die sofortige Beschwerde des Erben mit einer ebenso kurzen wie für die Praxis der Pflichtteilsdurchsetzung bedeutsamen Begründung zurückgewiesen.

Im ersten Schritt legt das OLG Stuttgart das auslösende Moment für besondere Nachforschungspflichten des Erben im Hinblick auf mögliche pflichtteilsergänzungsbedürftige Schenkungen des Erblassers näher fest. Nach Auffassung des Gerichts soll der Erbe zu Nachforschungen verpflichtet sein, wenn konkrete Anhaltspunkte den Verdacht für (auch geringfügige) Schenkungen des Erblassers begründen. Solche Anhaltspunkte sieht das Gericht jedenfalls dann als gegeben an, wenn der Erblasser nicht unerhebliche monatliche Einkünfte hatte (im vorliegenden Fall: 1.720,00 EUR für zwei Erblasser!) und die Konten des Erblassers zum Todesstichtag beinahe kein Guthaben aufwiesen.

Im zweiten Schritt erläutert das Gericht sodann seine Auffassung zum notwendigen Umfang solcher Nachforschungen des Erben. Zur Ermittlung von Schenkungen müsse der Erbe Einsicht in die (vollständigen) Kontoauszüge, Sparbücher oder anderen Bankunterlagen der letzten zehn Lebensjahre des Erblassers nehmen. Gegebenenfalls müsse der Erbe hierzu von seinem Auskunftsrecht gegenüber der Bank Gebrauch zu machen. Aus den eingesehenen Unterlagen soll der Erbe sodann sämtliche einen bestimmten Betrag übersteigende Verfügungen des Erblassers ermitteln, soweit diesen Schenkungen oder sonstige Zuwendungen zugrunde liegen könnten.

Den Einwand des Erben, dass die Bank für die Erteilung vollständiger Kontoauszüge für ein Konto Gebühren von bis zu 1.500,00 EUR erhebe, wollte das Gericht nicht als Überschreitung der Zumutbarkeitsgrenze gelten lassen. Diese Kosten seien angesichts des in Rede stehenden Zehn-Jahres-Zeitraums nicht unverhältnismäßig. Der Erbe könne sich von seiner ihn persönlich treffenden Ermittlungspflicht auch nicht durch eine Abtretung seiner Auskunftsansprüche gegenüber Banken an den Pflichtteilsberechtigten befreien.

3. Klarheit schafft das Gericht also zunächst für die umstrittene Frage, ob Nachforschungspflichten des Erben zur Ermittlung pflichtteilsrelevanter Schenkungen des Erblassers bereits ohne konkrete Anhaltspunkte bestehen (so Palandt/Weidlich, § 2314 Rn. 9 mwN; aA MüKo-BGB/Lange, § 2314 Rn. 8; Zimmer, NJW 2015, 1). Soweit das OLG Stuttgart konkrete Anhaltspunkte für eine solche Pflicht des Erben verlangt, befindet es sich auf einer Linie mit der Rechtsprechung des IV. Zivilsenats des BGH. Danach muss ein Auskunftsverlangen über mögliche unentgeltliche Verfügungen durch „gewisse Anhaltspunkte“ gerechtfertigt sein und darf nicht nur auf eine reine Ausforschung hinauslaufen (BGH NJW 1972, 907 zum Auskunftsanspruch des Nacherben über unentgeltliche Verfügungen des Vorerben; BGH NJW 1973, 1876 zum Auskunftsanspruch des Erben gegenüber möglichen Beschenkten des Erblassers). Die Feststellung solcher Anhaltspunkte ist dagegen eine Frage des Einzelfalls.

4. Zweifel aus rechtspraktischer Sicht sind allerdings angebracht, wenn das OLG Stuttgart bei Vorliegen eines solchen konkreten Anhaltspunktes eine grundsätzliche Pflicht zur Durchsicht sämtlicher Kontoauszüge des Erblassers für den Zeitraum von zehn Jahren vor dem Erbfall verlangt (zustimmend dagegen Straub ZErB 2016, 107 [108]). Das Gericht stützt seine Auffassung maßgeblich auf den Beschluss des OLG Koblenz zu den Anforderungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis (OLG Koblenz RNotZ 2014, 371). Straub will dem Beschluss des OLG Stuttgart daher auch Fernwirkung für die Ermittlungspflichten des Notars zum fiktiven Nachlass

entnehmen. In seinem Beschluss hatte das OLG Koblenz die Durchsicht der vollständigen Bankunterlagen jedoch lediglich als *denkbare* Ermittlungstätigkeit bezeichnet. Nach der eindeutigen Rechtsprechung mehrerer Oberlandesgerichte ist der Notar zwar zu eigener Ermittlungstätigkeit verpflichtet (s. etwa OLG Saarbrücken ZEV 2010, 416; OLG Koblenz RNotZ 2014, 371). Dass die Ermittlungspflichten des Notars sich grundsätzlich an den Pflichten des Erben orientieren dürften, liegt daran, dass die Amtstätigkeit des Notars eine gewisse Gewähr für die Richtigkeit und Lückenlosigkeit bieten soll (Zimmer NJW 2015, 1 [6]). Leider haben sich die in der Literatur geäußerten Hoffnungen, dass nach dem Beschluss des OLG Koblenz nicht etwa bestimmte dort genannte Maßnahmen zu einem angenommenen Standard verklärt werden (Hager DNotZ 2014, 783 [787]), nicht erfüllt. Tatsächlich wird verkannt, dass die Ermittlungspflichten des Erben und damit auch des Notars ihre Grenzen in der tatsächlichen Machbarkeit und in der Zumutbarkeit finden (BGH NJW 1973, 1876).

Angemessen und zumutbar kann die Prüfung sämtlicher Kontounterlagen allenfalls in solchen Fällen sein, in denen der Erblasser lediglich über eine vergleichsweise geringe Anzahl an Konten verfügte oder in denen ein konkreter Anhaltspunkt für einen bestimmten Zuwendungsadressaten besteht. Sobald der Erblasser jedoch mehrere Konten bei unterschiedlichen Banken unterhielt, die nicht lediglich als Sparkonten mit einer geringen Anzahl von Kontenbewegungen gehalten wurden, sondern bspw. als separate Mieteingangskonten für jeweils einzelne Mietimmobilien, vervielfacht sich der Ermittlungsaufwand drastisch. Zudem stellt sich aus praktischer Sicht die Frage, ab welchem „bestimmten Betrag“ von Verfügungen des Erblassers denn der Verdacht einer Schenkung besteht und eine Rückfrage beim Erben gerechtfertigt sein soll? Die Festlegung eines solchen Schwellenwertes liegt im Ermessen des Notars und wird sich im Regelfall nach den konkreten finanziellen Verhältnissen des Erblassers richten. Gleichwohl schließt dies aber nicht aus, dass auf diese Weise eine größere Zahl „kleinerer“ Schenkungen außer Betracht gelassen wird. Nicht zuletzt lässt sich anhand von Kontenunterlagen auch in keiner Weise feststellen, welche Rechtsbeziehung oder welcher Sachverhalt einer Kontenverfügung oder Barabhebung des Erblassers zugrunde liegt (Müller MittbayNot 2015, 151). Regelmäßig kann der Erbe auf entsprechende Nachfragen des Notars zu bestimmten Verfügungen oder Abhebungen des Erblassers im Ermittlungszeitraum keine Auskunft geben. Nicht selten missversteht der Erbe eine solche Nachfrage auch als Unterstellung, dass er Zuwendungsadressat dieser Verfügungen oder Abhebungen gewesen sei, und reagiert mit Unverständnis.

Darüber hinaus kann eine enge finanzielle Verflechtung des Erblassers mit seinem Erben schwerwiegende Probleme bei der Ermittlung etwaiger Schenkungen bereiten. Genannt sei als Beispiel ein Erblasser, der seine nichteheliche Lebensgefährtin, mit der er seit Jahrzehnten zusammen gelebt hat, als Vorerbin und seine einseitigen Abkömmlinge als Nacherben eingesetzt hat. Die Abkömmlinge schlagen gem. § 2307 BGB aus, machen ihren Pflichtteil geltend und verlangen nun die Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses. Streng genommen würde die Ermittlung der pflichtteilsergänzungspflichtigen Schenkungen und Verfügungen hier voraussetzen, dass sämtliche Zahlungen auf jegliche Rech-

nungen, sei es für Handwerkerleistungen, Einrichtung, Lebensmittel oder Energiekosten, daraufhin überprüft werden, ob die zugrunde liegenden Leistungen auch der Lebensgefährtin zu Gute gekommen sind und ob hierfür ein finanzieller Ausgleich geleistet wurde. Im Gegensatz zu einem Gericht dürfte es dem Notar nicht gestattet sein, zur Durchführung dieser Ermittlungen einen Wirtschaftsprüfer als Sachverständigen einzusetzen. Den damit zusammenhängenden Kostenaufwand würde der Erbe als Auftraggeber auch nur schwer akzeptieren.

5. Der Beschluss des OLG Stuttgart ist zu begrüßen, soweit darin die Bedingungen für Nachforschungspflichten des Erben zum fiktiven Nachlass geklärt werden. Abzulehnen sind jedoch die aufgestellten Anforderungen des Gerichts an den Umfang der Untersuchung der Kontounterlagen des Erblassers, da der Rechtsanwender schnell auf die gezeigten praktischen Grenzen stößt. Mit einer Klarstellung der Pflichten durch den Gesetzgeber ist aktuell nicht zu rechnen. Insofern ist zu hoffen, dass der Bundesgerichtshof bald Gelegenheit zur Festlegung realistischer Grenzen bekommen wird.

Notarassessor Dr. Thomas Hennig, Koblenz ■

8. Gesellschaftsrecht – Zum Erfordernis der Änderung einer GmbH-Satzung im Insolvenzverfahren für die Eintragung einer Ersatzfirma im Handelsregister

(OLG München, Beschluss vom 30.5.2016 – 31 Wx 38/16, mitgeteilt durch Richter am OLG Krätzschel)

FamFG § 70
GmbHG § 3
HGB §§ 8, 17, 18, 22

Die Eintragung einer sog. Ersatzfirma im Handelsregister durch den Insolvenzverwalter bedarf einer Änderung der Satzung der Gesellschaft

Zur Einordnung

Das OLG München befasst sich in der nachstehend abgedruckten Entscheidung mit der Frage, ob für die Eintragung einer Ersatzfirma im Handelsregister durch den Insolvenzverwalter eine vorherige Satzungsänderung erforderlich ist.

Die Firma der GmbH gehört gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG zum Mindestinhalt der GmbH-Satzung und kann als notwendiger echter Satzungsbestandteil wirksam nur in der Satzung geregelt werden (MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 12). Jede Änderung eines notwendigen echten Satzungsbestandteils erfordert gem. § 53 GmbHG grundsätzlich einen notariell beurkundeten Beschluss der GmbH-Gesellschafter (s. hierzu und zur Abgrenzung von echten und unechten Satzungsbestandteilen MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 12 ff., 18 ff., 31 mwN; Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 53 Rn. 2). Wird über das Vermögen der GmbH ein Insolvenzverfahren eröffnet, fällt die Firma als vermögenswertes Recht in die Regel in die Insolvenzmasse (OLG Düsseldorf BeckRS 1988, 30991561; s. zur Unterscheidung Sach- und Personenfirma: K. Schmidt/Büteröwe, InsO, 19. Aufl. 2016, § 35 Rn. 23 f.; MüKoHGB/Heidinger, 4. Aufl. 2016, § 22 Rn. 78 ff.).

Der Insolvenzverwalter ist berechtigt, die Firma der GmbH mit dem Handelsgeschäft zu veräußern (*Schmidt*, HandelsR, 6. Aufl. 2014, § 12 Rn. 45 ff.; *Wellensiek/Oberle* in MünchHB GesR, III, 4. Aufl. 2012, § 65 Rn. 89; *Michalski/Nerlich*, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 60 Rn. 179; *MüKoHGB/Heidinger*, 4. Aufl. 2016, § 22 Rn. 88) oder sie selbständig zu verwerten (*K. Schmidt/Büteröwe*, InsO, 19. Aufl. 2016, § 35 Rn. 24). Er ist hierzu nach Rechtsprechung des BGH auch ohne Zustimmung des Namensgebers befugt (BGH NJW 1983, 755 f.). Veräußert der Insolvenzverwalter das Unternehmen oder die Firma, muss die Firma der insolventen GmbH entweder durch einen Zusatz ergänzt oder eine Ersatzfirma gebildet werden (*MüKoHGB/Heidinger*, 4. Aufl. 2016, § 22 Rn. 89 mwN). Denn auch im Insolvenzverfahren bedarf die GmbH als Formkaufmann einer Firma (*Ulmer* NJW 1983, 1697 [1702]; *Schmidt*, HandelsR, 6. Aufl. 2014, § 12 Rn. 51).

Im Hinblick auf das laufende Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH stellt sich aber die Frage, ob auch in diesem Fall für die Ersatzfirma eine Satzungsänderung erforderlich und ob der Insolvenzverwalter zur Bestimmung der Ersatzfirma zuständig ist. Dies wird in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt. Das KG hatte bereits 1930 entschieden, dass bei Veräußerung des Geschäfts einer Gesellschaft nebst deren Firma eine Satzungsänderung durch Gesellschafterbeschluss zur Einführung einer neuen Firma für die veräußernde Gesellschaft erforderlich ist (KG DNotZ 1930, 373 [376]). Ein solcher Gesellschafterbeschluss bedarf nach Auffassung des OLG Karlsruhe der Zustimmung des Insolvenzverwalters (OLG Karlsruhe NJW 1993, 1931). Das LG Essen hält die Einführung einer Ersatzfirma durch den Insolvenzverwalter und deren Eintragung im Handelsregister auch ohne vorherige Satzungsänderung für zulässig (LG Essen BeckRS 2009, 23101, vgl. auch BGH NJW-RR 2015, 245, der in der Änderung des Geschäftsjahres durch den Insolvenzverwalter – Rückkehr zum ursprünglich in der Satzung geregelten Geschäftsjahr – keine Satzungsänderung sieht). Nach OLG Düsseldorf wiederum kann das Recht des Insolvenzverwalters, die Firma zu verwerten, im Einzelfall zur Verdrängung der satzungsändernden Kompetenz der Gesellschafter führen (OLG Düsseldorf BeckRS 1988, 30991561).

Das Schrifttum spricht sich überwiegend für eine Kompetenz des Insolvenzverwalters aus, im Veräußerungsfall eine Ersatzfirma zu bilden (*Michalski/Nerlich*, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 60 Rn. 179 mwN; *MüKoHGB/Heidinger*, 4. Aufl. 2016, § 22 Rn. 89 f. mwN; *Wellensiek/Oberle* in MünchHB GesR, III, 4. Aufl. 2012, § 65 Rn. 89; *Grünberg* ZIP 1988, 1165 [1167]). Es wird darauf hingewiesen, dass die Gesellschafter der insolventen GmbH an einer Firmenänderung durch Gesellschafterbeschluss vielfach nicht mitzuwirken bereit sind (vgl. *MüKoHGB/Heidinger*, 4. Aufl. 2016, § 22 Rn. 89). Der Insolvenzverwalter sei aber aufgrund seines Verwertungsrechts auch zur Bildung und Anmeldung einer Ersatzfirma befugt (*MüKoHGB/Heidinger*, 4. Aufl. 2016, § 22 Rn. 89; *Schmidt*, HandelsR, 6. Aufl. 2014, § 12 Rn. 51; *Herchen* ZInsO 2004, 1112 [1116]; *Ulmer* NJW 1983, 1697 [1702]; ähnlich *Michalski/Nerlich*, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 60 Rn. 179; *Staub/Burgard*, HGB, I, 5. Aufl. 2009, § 22 Rn. 70). Häufig wird hierbei allerdings nicht ausdrücklich dazu Stellung genommen, in welcher Form der Insolvenzverwalter die Ersatzfirma einführen kann

und ob er die Kompetenz zur Änderung der Satzung hat (gegen eine Befugnis des Insolvenzverwalters, die Satzung zu ändern: *Staub/Burgard*, HGB, I, 5. Aufl. 2009, § 22 Rn. 70; *Grünberg* ZIP 1988, 1165 [1166]; für eine solche Befugnis: *Herchen* ZInsO 2004, 1112 [1116 f.]).

Trotz der Schwierigkeiten, einen satzungsändernden Beschluss der Gesellschafter während eines laufenden Insolvenzverfahrens herbeizuführen, hält das OLG München eine Satzungsänderung durch die Gesellschafter vor Eintragung der Ersatzfirma im Handelsregister für erforderlich. Es erkennt den Nachteil für die Leichtigkeit und effektive Durchführung des Insolvenzverfahrens, weist aber darauf hin, dass das Handelsregister ohne Satzungsänderung sonst für die gesamte Dauer des Insolvenzverfahrens zwingend unrichtig ist. Es bleibt abzuwarten, ob sich die Auffassung des Gerichtes durchsetzt oder dem Insolvenzverwalter das Recht zur Bildung einer Ersatzfirma ohne Mitwirkung der Gesellschafter zusteht.

Die Schriftleitung (IK)

Zum Sachverhalt:

I. Der Insolvenzverwalter der Gesellschaft, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet ist, beantragt die Eintragung einer sog. Ersatzfirma für diese.

Das Registergericht hat den Antrag zurückgewiesen. Es stellt im Wesentlichen darauf ab, dass dies eine Unrichtigkeit des Registers zur Folge habe, die sich daraus ergebe, dass der Name der Firma, der in der Satzung steht, von dem Namen abweicht, der dann im Register stünde. Außerdem sei der Insolvenzverwalter befugt, eine Änderung der Satzung vorzunehmen, so dass einer Satzungsänderung auch keine wesentlichen Hindernisse entgegenstünden.

Der Insolvenzverwalter ist hingegen der Ansicht, eine Satzungsänderung sei nicht nötig und rechtlich auch nicht möglich. Er trägt vor, die Eintragung sogenannter Ersatzfirmen entspreche der gängigen Praxis der Amtsgerichte.

Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg. Zutreffend geht das Registergericht davon aus, dass die Eintragung der vom Insolvenzverwalter gebildeten Ersatzfirma eine Satzungsänderung der Gesellschaft voraussetzt.

Verwertet der Insolvenzverwalter im Rahmen eines Insolvenzverfahrens die Firma einer Gesellschaft, bedarf es einer (Ersatz-)Firma

1. In der Rechtsprechung ist seit der Entscheidung des BGH NJW 1983, 755 anerkannt, dass der Insolvenzverwalter die Firma als Namen der Gesellschaft im laufenden Insolvenzverfahren verwerten kann und zwar unabhängig von der Frage, ob es sich um eine Personen- oder Sachfirma handelt. Damit geht einher, dass die Gesellschaft, die als Formkaufmann auch im Liquidationsstadium nicht namenlos bleiben kann, einer (Ersatz-)Firma bedarf (*Ulmer*, NJW 1983, 1697/1702).

Ob eine Satzungsänderung für die Bildung einer Ersatzfirma erforderlich ist, wird in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt

Ob die Bildung dieser Ersatzfirma eine Satzungsänderung der Gesellschaft erfordert, ist jedoch in der obergerichtlichen Rechtsprechung mit Ausnahme einer Entscheidung des KG nicht entschieden worden. Das KG hat den (Konkurs)verwalter für berechtigt gehalten, die Firma der (Konkurs)Schuldnerin unter gleichzeitiger Bildung einer Ersatzfirma zu veräußern. Die Bildung einer Ersatzfirma bedurfte indes nach Auffassung des KG einer Satzungsänderung (Kg DNotZ 1930, 373/376). Nach OLG Karlsruhe NJW 1993, 1931 (= BWNotZ 1993, 65) ist eine Satzungsänderung durch die Gesellschafter im Konkurs (nur) dann möglich, wenn der Konkursverwalter zustimmt. Das LG Essen hat – ohne sich mit der vorgenannten Entscheidung des KG auseinanderzusetzen – entschieden, die Bildung einer Ersatzfirma und deren Eintragung ins Register sei auch durch den Insolvenzverwalter ohne vorherige Satzungsänderung möglich. Es stützt seine Ansicht darauf, dass der Rechtsverkehr aus der Eintragung des Insolvenzvermerks im Handelsregister den Schluss ziehen könne, die relevanten Verhältnisse der Gesellschaft hätten sich geändert und würden „maßgeblich auch durch Sonderregelungen des Insolvenzrechts beeinflusst“ (LG Essen BeckRS 2009, 23101).

Das Registergericht hält den Insolvenzverwalter für berechtigt, die Satzung ohne die Gesellschafter zu ändern, eine BGH-Entscheidung hierzu liegt aber nicht vor

Das Registergericht hat in der angefochtenen Entscheidung zwar das Fehlen der Satzungsänderung beanstandet, hält aber den Insolvenzverwalter für berechtigt, eine Änderung der Satzung (ohne die Gesellschafter) vorzunehmen. Dies wird teilweise auch in der Literatur vertreten (Ulmer, a.a.O. S. 1702).

Der BGH hat sich zur Frage, ob der Insolvenzverwalter berechtigt ist, die Satzung der Insolvenzschriftschuldnerin zu ändern, bislang jedoch nicht geäußert; zuletzt wurde die Änderung des Geschäftsjahres der Gesellschaft durch den Insolvenzverwalter nicht als Satzungsänderung angesehen (BGH NJW-RR 2015, 245/246). Nach OLG Düsseldorf BeckRS 1988, 30991561 „kann im Einzelfall die satzungsändernde Kompetenz der Gesellschafter durch eigene Kompetenzen des Konkursverwalters verdrängt [werden]“.

Überwiegend wird in der Literatur die Bildung einer Ersatzfirma durch den Insolvenzverwalter für zulässig erachtet

2. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Bildung der Ersatzfirma zulässig ist, wird auch in der Literatur nicht einheitlich beantwortet. Es finden sich überwiegend Stimmen, die die Bildung einer Ersatzfirma für zulässig halten. Häufig bleibt allerdings offen, ob dabei davon ausgegangen wird, der Insolvenzverwalter könne die Ersatzfirma ohne Satzungsänderung vornehmen oder er sei zur Satzungsänderung kraft Amtes befugt (z.B. Scholz/Karsten Schmidt/Bitter, GmbHG 10. Auflage 2010 vor § 64 Rn. 100). Als wesentliches Argument, warum der Insolvenzverwalter die Befugnis haben müsse, eine Ersatzfirma – ohne vorherige Satzungsänderung – zu bilden, wird angeführt, dass die Satzungsänderung häufig am Widerstand der Gesellschafter

scheitern würde (Heidinger in: MüKo/HGB 4. Auflage 2016 § 22 Rn. 89). Darüber hinaus wird auch vertreten, die Gesellschafter hätten in der Regel kein anerkanntes Interesse, die effektive Verwertung der insolventen Gesellschaft zu verhindern (Staub/Burgard, HGB 5. Auflage § 22 Rn. 70). Schließlich soll aus dem Recht zur Firmenveräußerung in der Insolvenz – quasi als Annex – die Befugnis des Insolvenzverwalters zur Anmeldung der Ersatzfirma folgen (K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Auflage 2014 § 12 Rn. 51).

Die Ersatzfirma kann als Firmenänderung nicht ohne zugrunde liegenden satzungsändernden Beschluss ins Handelsregister eingetragen werden

3. Der Senat ist der Ansicht, dass eine Firmenänderung im Sinne der Eintragung einer Ersatzfirma ohne zugrunde liegenden satzungsändernden Beschluss nicht ins Handelsregister eingetragen werden kann. Das ist letztendlich das Ergebnis einer Abwägung zwischen zwei unterschiedlichen Rechtspositionen, von denen keiner von vornherein der Vorrang gebührt: Die Richtigkeit des Handelsregisters einerseits und die Leichtigkeit des Insolvenzverfahrens andererseits.

Verlangt man eine Satzungsänderung, ohne dass der Insolvenzverwalter die Kompetenz dazu hat, kann die teilweise fehlende Kooperationsbereitschaft der Gesellschafter im Insolvenzverfahren zu Schwierigkeiten führen

a) Es erscheint dem Senat nicht fernliegend, wie dies auch in der Literatur vertreten wird, dass die Gesellschafter der insolventen Gesellschaft nicht in jedem Falle kooperationsbereit sind und es deshalb für den Insolvenzverwalter mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein kann, wenn man für die Eintragung der Ersatzfirma einerseits die Änderung der Satzung verlangt und andererseits dem Insolvenzverwalter gleichzeitig nicht die Kompetenz zur Satzungsänderung zubilligt. Dadurch kann es zu Verzögerungen des Verfahrens kommen, die eine effektive Verwertung der Masse erschweren und damit den Interessen der Allgemeinheit an der effektiven Durchführung von Insolvenzverfahren widersprechen.

Andererseits führt jede Eintragung im Handelsregister ohne vorherige Satzungsänderung zur Unrichtigkeit des Handelsregisters

b) Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass jede GmbH eine Satzung braucht (§ 3 GmbHG) und die beantragte Eintragung (ohne vorherige Satzungsänderung) das Handelsregister zwingend unrichtig macht, weil tatsächlicher und eingetragener Satzungszweck divergieren. Zudem ist nicht absehbar, wie lange diese Unrichtigkeit dauert, denn jedenfalls während der Dauer des Insolvenzverfahrens wäre das Register unrichtig. Zweck des Handelsregister ist aber gerade, dass die wichtigsten Rechtsverhältnisse der Unternehmen offenbart werden (BGH NJW 1983, 1676/1677; Baumbach/Hopt HGB 36. Auflage 2014 § 8 Rn. 1) und damit auch der Verkehrsschutz (BGH a.a.O.; BayObLG NJW-RR 2000, 1479 = MittRhNotK 2000, 260 = MittBayNot 2000, 330). Erst nach Abschluss des Insolvenzverfahrens könnten die Gesellschafter dann ihrerseits wieder eine Firmenänderung vornehmen und die Richtigkeit des Handelsregisters herbeiführen.

Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, der Rechtsverkehr könne aus dem Register ersehen, dass

über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet sei und sich deswegen über die relevanten Gegebenheiten informieren (so aber LG Essen a.a.O.). Zweck des Registers als öffentliches Register ist es gerade, dass aus ihm alle relevanten Informationen für den Rechtsverkehr entnommen werden können (Baumbach/Hopt a.a.O.). Das ist aber dann nicht mehr der Fall, wenn der Rechtsverkehr auf andere Quellen verwiesen wird. Der BGH hat die Zurückweisung von Eintragungen gebilligt, wenn unzulässigerweise Umstände außerhalb der Satzung und des Handelsregisters herangezogen werden (müssen), die dem Rechtsverkehr in der Regel nicht zugänglich sind (BGH NJW 1983, 1676/1677). Insofern hält es der Senat für vorzugswürdig, dass die Eintragung einer Ersatzfirma ohne vorherige Satzungsänderung – was zwangsläufig die Unrichtigkeit des Handelsregisters nach sich ziehen würde – unzulässig ist.

Die beantragte Eintragung wurde zurecht verweigert

4. Die beantragte Eintragung wurde daher vom Registergericht zurecht verweigert. Da der Insolvenzverwalter die vom Registergericht für möglich gehaltene Satzungsänderung selbst nicht vorgenommen hat, muss der Senat nicht darüber befinden, ob eine solche zulässig wäre und eine Eintragung dann erfolgen könnte.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 22 Abs. 1 GNotKG.

IV. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor. Der Senat kann nicht erkennen, dass die zu beantwortende Rechtsfrage über den konkreten Einzelfall hinaus in einer quantitativ nicht überschaubaren Anzahl von Fällen auftreten und das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung des Rechts berührt oder die Auswirkungen der Rechtssache auf die Allgemeinheit deren Interessen in besonderem Maße berühren (Keidel/Meyer-Holz FamFG 18. Auflage 2014 § 70 Rn. 21). Auch aus der (veröffentlichten) Rechtsprechung der Instanzgerichte lässt sich derartiges nicht ablesen. Der Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage bislang weder vom Bundesgerichtshof, noch von einem anderen Oberlandesgericht behandelt worden ist, heißt nicht, dass sie über den konkreten Einzelfall hinaus durch eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichtes klärungsbedürftig wäre, so dass auch aus Gründen der Fortbildung des Rechts keine Zulassung der Rechtsbeschwerde in Betracht kommt (§ 70 Abs. 2 Nr. FamFG). ■

9. Gesellschaftsrecht – Keine Vertretungsmacht des Prokuristen zur Anmeldung der Änderung der inländischen Geschäftsanschrift

(KG, Beschluss vom 4.5.2016 – 22 W 128/15)

FamFG §§ 58 Abs. 2, 59, 69 Abs. 1, 382 Abs. 4 S. 2
HGB §§ 12 Abs. 1 S. 2, 31 Abs. 1, 48 Abs. 1, 49
GmbHG §§ 8 Abs. 4 Nr. 1, 13 Abs. 3

Die dem Prokuristen gesetzlich eingeräumte rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht reicht für die Anmeldung der Änderung der inländischen Geschäftsanschrift bei der Gesellschaft, für die die Prokura erteilt ist, nicht aus.

Zur Einordnung

In der nachstehend abgedruckten Entscheidung beschäftigt sich das KG mit der Frage, ob die Vertretungsbefugnis eines Prokuristen auch die Anmeldung der Änderung der Geschäftsanschrift der Gesellschaft umfasst, bei der er als Prokurist bestellt ist.

Gem. §§ 8 Abs. 4 Nr. 1, 78 GmbHG haben die Geschäftsführer die Geschäftsanschrift der GmbH zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Ändert sich später die Geschäftsanschrift, ist die Änderung gem. § 31 Abs. 1 HGB zum Handelsregister anzumelden (OLG Karlsruhe NJW-RR 2015, 94 [95]). Die Anmeldung kann grundsätzlich auch durch einen rechtsgeschäftlichen Vertreter erfolgen (MüKoHGB/Krafka, 4. Aufl. 2016, § 12 Rn. 25).

Ein Prokurist ist gem. § 49 Abs. 1 HGB grundsätzlich zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtshandlungen (rechtsgeschäftlich) ermächtigt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Nicht erfasst werden von der Prokura dagegen Geschäfte, die die Grundlagen des Unternehmens betreffen (Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 49 Rn. 2). Ohne zusätzliche Vollmacht ist er insbesondere auch nicht befugt, Anmeldungen zum Handelsregister vorzunehmen, die die Grundlagen des „eigenen“ Handelsgeschäfts betreffen (BGH NJW 1992, 975; OLG Düsseldorf FGPrax 2012, 175, Krafka/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl. 2013 Rn. 116). Ob ein Prokurist zur Anmeldung der Änderung der inländischen Geschäftsanschrift befugt ist, ist umstritten. Nach einer Ansicht ist dies zu bejahen: Aufgrund des Umstands, dass Änderungen der Geschäftsanschrift heutzutage häufiger anzutreffen sind, könne ein solcher als „zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehörig“ angesehen werden (KG MittBayNot 2014, 178 [179]). Die Gegenauffassung lehnt die Vertretungsbefugnis eines Prokuristen zur Anmeldung der Änderung der Geschäftsanschrift ab: Da die im Register aufgeführte Geschäftsanschrift nach § 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG die Abgabe von Willenserklärungen gegenüber den Vertretern der Gesellschaft und die Zustellung von Schriftstücken an die Gesellschaft ermöglicht, sei sie von weitreichender organisatorischer Bedeutung für die Gesellschaft. Ihre Anmeldung zum Handelsregister sei daher ein Grundlagengeschäft (OLG Karlsruhe NJW-RR 2015, 94 [95]).

Der 22. Zivilsenat des KG schließt sich in seiner Entscheidung (obiter dictum) der Auffassung des OLG Karlsruhe an und weicht damit von der Auffassung des bislang für Registersachen zuständigen 12. Zivilsenats des KG ab. Dass nach Änderung des § 4a GmbHG durch das MoMiG zur Änderung der Geschäftsanschrift keine Satzungsänderung nach § 53 Abs. 1 GmbHG mehr erforderlich ist, ändere nichts daran, dass die Änderung der inländischen Geschäftsanschrift der Organisation des Handelsgewerbes zuzuordnen ist. Ein Handelsgewerbe, in dessen Rahmen die Verlegung des Ortes, an dem der Eingang und die Vornahme rechtsrelevanter Erklärungen zu erwarten ist, zum laufenden Geschäftsbetrieb gehört, sei nicht denkbar. Einem Prokuristen, der allein auf der Grundlage der ihm nach § 49 Abs. 1 HGB eingeräumten Vertretungsmacht vorgeht, fehle daher die Befugnis zur Anmeldung der Änderung der Geschäftsanschrift.

Obwohl die Frage weiterhin nicht höchstrichterlich entschieden ist, kann die Entscheidung – zusammen mit der Entscheidung des OLG Karlsruhe – dazu führen, dass die Anmeldung der Änderung der Geschäftsanschrift einer GmbH durch einen Prokuristen künftig in der Regel beanstandet werden wird. Um Verzögerungen zu vermeiden, ist es daher ratsam, dass die Anmeldung von vornherein durch die Geschäftsführer oder aufgrund einer diesen Anmeldefall umfassenden Vollmacht erfolgt.

Die Schriftleitung (DH)

Zum Sachverhalt:

I. Die Beteiligte ist seit dem 27. Juni 2013 in das Handelsregister B des Amtsgerichts eingetragen. Neben dem Geschäftsführer verfügt sie über zwei Prokuristen, die Herren F. H. und J. K. Sie dürfen die Beteiligte jeweils zu zweit oder mit einem Geschäftsführer vertreten. Eine Befreiung von den Beschränkungen von § 181 BGB ist erteilt. Der einzige Geschäftsführer der Beteiligten wohnt in Italien. Als Geschäftsanschrift ist derzeit die F., ..., im Register vermerkt.

Mit einer notariell beglaubigten Erklärung vom 2. Oktober 2015 meldete der zum Prokuristen bestellte Herr H die Änderung der Geschäftsanschrift zur Eintragung an. Die Geschäftsanschrift laute nunmehr: c/o Kanzlei M. Der Wortlaut der Anmeldung enthält keinen Hinweis auf die Prokuristenstellung, es heißt vielmehr, dass die Anmeldung in der Eigenschaft als Geschäftsführer der Gesellschaft erfolgt.

Mit einem Schreiben vom 22. Oktober 2015 hat das Amtsgericht unter Berufung auf die Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 7. August 2014 darauf hingewiesen, dass die Vertretungsmacht eines Prokuristen nicht die Anmeldung der Änderung der Geschäftsanschrift erfasse. Diese habe vielmehr durch den Geschäftsführer zu erfolgen, wofür eine Frist von sechs Wochen gesetzt werde. Gegen diese Verfügung hat der beurkundende Notar mit Schreiben vom 23. Oktober 2015 Beschwerde eingelegt. Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und ausgeführt, dass eine Anmeldung zwar durch einen rechtsgeschäftlichen Vertreter erfolgen könne, die durch die Prokura eingeräumte gesetzliche Vertretungsmacht hierfür aber wegen der großen Bedeutung der Änderung der Geschäftsanschrift nicht ausreiche.

Aus den Gründen:

II. A. Die als im Namen der Gesellschaft als Beteiligter eingelegte Beschwerde vom 23. Oktober 2015 ist nach § 58 Abs. 2 FamFG in Verbindung mit § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Beteiligte ist durch die Ablehnung der sie betreffenden Änderung der Geschäftsanschrift aus selbst beschwert, so dass ihr die Beschwerdebefugnis nach § 59 FamFG zusteht. Die Form der Beschwerde nach § 64 Abs. 2 FamFG ist ebenso gewahrt wie die Frist nach § 63 Abs. 1 FamFG. Der Beschwerdewert übersteigt wegen der Bedeutung der Eintragung in jedem Fall auch den Betrag von 600 EUR nach § 61 Abs. 1 FamFG.

B. In der Sache hat die Beschwerde aber keinen Erfolg.

Die Registeranmeldung ist nicht deshalb unwirksam, weil der Prokurist die Erklärung unter der Bezeichnung „Geschäftsführer“ unterschrieben hat

1. Dies beruht allerdings nicht darauf, dass der Anmeldende H. in der Erklärung vom 2. Oktober 2015 behauptet, dass er der Geschäftsführer der Gesellschaft ist, obwohl er ausweislich der Registereintragungen lediglich Prokurist der Gesellschaft ist. Denn dies macht die Anmeldung nicht unwirksam.

Die Vertretungsbefugnis des Prokuristen war jedoch auf ein gemeinsames Handeln mit einem weiteren Prokuristen oder einem Geschäftsführer beschränkt

2. Die Anmeldung war aber in jedem Fall schon deshalb zu beanstanden, weil der Prokurist H. gar nicht alleine handeln durfte. Die Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft, auf die er sich auch gegenüber dem Registergericht im Rahmen der Anmeldung beruft, ist darauf beschränkt, dass er gemeinsam mit einem weiteren Prokuristen oder einem Geschäftsführer der Gesellschaft handelt. Das hat er nicht getan.

Darüber hinaus erstreckt sich die Vertretungsmacht eines Prokuristen nicht auf die Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift der Gesellschaft

3. Das Amtsgericht hat aber auch zu Recht darauf hingewiesen, dass eine Anmeldung auf der Grundlage der Vertretungsmacht eines Prokuristen zur Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift bei der Gesellschaft, die nach § 48 Abs. 1 HGB Inhaber des die Prokura betreffenden Handelsgeschäftes ist, nicht in Betracht kommt.

a) Die inländische Geschäftsanschrift ist nicht nur nach § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG bei der Erstanmeldung der Gesellschaft in deren Rahmen mitzuteilen. Es besteht nach § 31 Abs. 1 HGB auch die Verpflichtung eine spätere Änderung der inländischen Geschäftsanschrift zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Diese Regelung gilt dabei für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung entsprechend, weil diese nach § 13 Abs. 3 GmbHG Handelsgesellschaft ist, so dass auf sie nach § 6 Abs. 1 HGB die für den Kaufmann geltenden Vorschriften anzuwenden sind. § 31 HGB ist aber gerade eine einen Kaufmann betreffende Vorschrift (vgl. KG Berlin, Beschluss vom 20. September 2013 – 12 W 40/13 –, juris, Rn. 9; Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Beschluss vom 27. Januar 2011 – 11 W 4/11 –, juris, Rn. 6).

Die Änderung der Geschäftsanschrift kann grundsätzlich auch durch einen rechtsgeschäftlichen Vertreter erfolgen

b) Anzumelden hat die Änderung nach § 31 Abs. 1 HGB in Verbindung mit § 29 Abs. 1 HGB der Kaufmann, hier also der gesetzliche Vertreter der Beteiligten. Dies ist zunächst der Geschäftsführer. Allerdings kann eine Anmeldung auch durch einen rechtsgeschäftlichen Vertreter erfolgen. Dies folgt aus § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB, der die Form der entsprechenden Vollmacht vorschreibt. Der Prokurist ist gerade ein rechtsgeschäftlicher Vertreter, wobei sich der Umfang seiner Vertretungsmacht aus § 49 HGB ergibt (vgl. BGH, Beschluss vom 2. Dezember 1991 – II ZB 13/91 –, BGHZ 116, 190-200, Rn. 5 = DNotZ 1992, 584 = MittRhNotK 1992, 51). Daraus folgt dann auch zugleich, dass der Nachweis des Umfangs der Vertretungsmacht nicht durch die Vorlage einer Vollmacht in der Form des § 12 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Satz 1 HGB notwendig ist, sondern allein durch Hinweis auf die Registerein-

tragungen geführt werden kann (vgl. Schmidt-Kessel/Müther, Handelsregisterrecht, 2009, § 12 Rn. 27).

Die Vertretungsbefugnis eines Prokuristen umfasst jedenfalls nicht die Änderung der inländischen Geschäftsanschrift der Gesellschaft, für die er bestellt ist

c) Der dem Prokuristen gesetzlich eingeräumt Vertretungsumfang reicht aber nicht dazu aus, die Gesellschaft, für die die Prokura erteilt ist, im Rahmen einer Anmeldung nach § 31 Abs. 1 HGB wegen der Änderung der inländischen Geschäftsanschrift zu vertreten. Ob etwas anderes gilt, wenn der Prokurist bei einer Tochtergesellschaft tätig wird, muss hier nicht entschieden werden.

Der Prokurist ist von der Befugnis zur Anmeldung von Eintragungsumständen allerdings nicht generell ausgeschlossen, denn es bedarf keiner Spezialvollmacht, die eben gerade darauf gerichtet wäre, Vertretungsmacht zur Vertretung bei einer Anmeldung gegenüber dem Registergericht einzuräumen (vgl. BGH, Beschluss vom 2. Dezember 1991 – II ZB 13/91 –, BGHZ 116, 190-200, Rn. 5 = DNotZ 1992, 584 = MittRhNotK 1992, 51). Es handelt sich bei der Anmeldung einer Änderung der inländischen Geschäftsanschrift auch nicht um eine höchstpersönliche Anmeldung, die generell einer rechtsgeschäftlichen Vertretung entgegen stünde (vgl. dazu Schmidt-Kessel/Leutner/Müther, a.a.O., Rn. 24). Voraussetzung ist aber, dass sich die Handlung im Rahmen der eingeräumten Vertretungsmacht hält.

Nach § 49 Abs. 1 HGB ist der Prokurist zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtshandlungen ermächtigt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Die Befugnis zur Vornahme von Rechtshandlungen vor Gericht, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, muss dann aber auch grundsätzlich die Stellung von Verfahrensanträgen im Rahmen eines Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit einschließen (ebenso BGH, Beschluss vom 2. Dezember 1991 – II ZB 13/91 –, BGHZ 116, 190-200, Rn. 5 = DNotZ 1992, 584 = MittRhNotK 1992, 51). Notwendig ist dann nur, dass der Betrieb eines Handelsgewerbes eine derartige Vertretung mit sich bringt. Dies ist von den sog. Grundlagengeschäften abzugrenzen, die gerade nicht den Betrieb des Handelsgewerbes betreffen, sondern seine Organisation.

Ob die Anmeldung der Änderung der inländischen Geschäftsanschrift eine Maßnahme ist, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, ist umstritten

Ob es sich bei der Anmeldung der Änderung der inländischen Geschäftsanschrift um eine Maßnahme handelt, die der Betrieb irgendeines Handelsgewerbes mit sich bringt, oder ob es sich um eine Organisationsmaßnahme handelt, die dadurch einem Zugriff des Prokuristen entzogen ist, ist umstritten (Betrieb: KG Berlin, Beschluss vom 20. September 2013 – 12 W 40/13 –, juris, Rn. 14; Organisation: OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7. August 2014, 11 Wx 17/14, juris, Rn. 4). So hat der bisher für die Registersachen zuständige 12. Zivilsenat des Kammergerichts die Auffassung vertreten, dass Umzüge häufiger vorkämen, gerade keine Verlegung des Gesellschaftssitzes vorläge, die Geschäftsanschrift frei wählbar sei und jedenfalls in dem von ihm zu entscheidenden Fall keine wesentliche Bedeutung gehabt habe, weil der Umzug innerhalb von Berlin erfolgt sei; auch der Gläubigerschutz verlange keine Anmeldung durch den Geschäftsführer (KG, 12. Zivilsenat, Beschluss vom 20. September

2013 – 12 W 40/13 –, juris, Rn. 9). Aus diesem Grund sei von einer ausreichenden Vertretungsmacht auszugehen. Demgegenüber hat das OLG Karlsruhe darauf hingewiesen, dass der inländischen Geschäftsanschrift eine weitreichende Bedeutung zukomme, weil über sie der Gesellschaft rechtsrelevante Handlungen vorgenommen werden könnten; die inländische Geschäftsanschrift habe damit eine dem satzungsmäßigen Sitz kaum abweichende Bedeutung. Sie sei von wesentlicher organisatorischer Bedeutung (vgl. Beschluss vom 7. August 2014, 11 Wx 17/14, juris, Rn. 4).

Die Änderung der inländischen Geschäftsanschrift ist nicht dem Betrieb, sondern der Organisation des Handelsgewerbes zuzurechnen

Der letzteren Auffassung ist zu folgen. Allerdings rechtfertigt der Gläubigerschutz nicht die Annahme, es handle sich um einen wesentlichen Umstand, so dass die Handlung nicht dem Betrieb eines Handelsgewerbes zugeordnet werden kann. Denn Gläubiger werden schon dadurch geschützt, dass das Gesetz vorteilhafte Rechtsfolgen daran knüpft, dass die im Handelsregister eingetragene Geschäftsanschrift unzutreffend ist. Nach § 15a Satz 1 HGB kann der Gesellschaft öffentlich zugestellt werden, wenn eine Zustellung unter der eingetragenen Anschrift nicht möglich ist. Ob die inländische Geschäftsanschrift wesentliche Bedeutung für die Gesellschaft hat, wofür in der Tat § 35 Abs. 2 Satz 3 GmbHG sprechen könnte, oder nicht, kann letztendlich dahinstehen. Es kommt allein auf die Frage an, ob die Wahl der inländischen Geschäftsanschrift bei irgendeinem Handelsgewerbe zum laufenden Geschäftsbetrieb gehört oder ob es dem Organisationsbereich zuzuordnen ist. Eine gesetzliche Zuweisung, die man etwa in der Zuweisung der Entscheidungsbefugnis an Gesellschafterversammlung oder Hauptversammlung finden könnte, fehlt. Auch aus der Tatsache, dass die Verpflichtung zur Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift zwangsgeldbewehrt ist (vgl. dazu Senat, Beschlüsse vom 8. März 2016, 22 W 49/15 und 22 W 10/16), lässt sich nicht schließen, dass eine Anmeldung durch einen rechtsgeschäftlichen Vertreter unzulässig wäre. Denn das Gesetz sieht auch in solchen Fällen keine Einschränkung der Möglichkeit der Vertretung bei der Anmeldung durch Vollmacht vor, § 12 Abs. 1 HGB. Der Wechsel der inländischen Geschäftsanschrift ist aber in jedem Fall der Organisation des Handelsgewerbes zuzurechnen. Dies folgt schon daraus, dass die Frage der inländischen Geschäftsanschrift früher uneingeschränkt mit der Frage nach dem Sitz der Gesellschaft verbunden war und erst durch die Abkehr der Notwendigkeit von Übereinstimmung von Satzungssitz und tatsächlichem Sitz durch Änderung des § 4a GmbHG durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 entfallen ist. Durch die Änderung sollte aber nicht die Wahl des tatsächlichen Sitzes als nunmehr dem laufenden Geschäftsbetrieb zugehörige Frage eingeordnet werden. Sie sollte den Gesellschaftern vielmehr mehr Gestaltungsmöglichkeiten einräumen, wie etwa die Möglichkeit den tatsächlichen Verwaltungssitz ins Ausland zu verlegen. Im Gegenzug ist die Verpflichtung zur Anmeldung und Eintragung einer inländischen Geschäftsanschrift eingeführt worden. Sitz und inländischer Geschäftsanschrift bleiben daher weiterhin Organisationsaspekte der Gestaltung des Unternehmens, auch wenn zur Änderung der Geschäftsanschrift

schrift keine Satzungsänderung nach § 53 Abs. 1 GmbHG erforderlich ist. Demnach kann es entgegen der Auffassung des 12. Zivilsenats auch nicht darauf ankommen, ob die inländische Geschäftsanschrift aufgrund einer Vielzahl von Umzügen häufig geändert werden muss. Denn hierdurch wird nichts über die Zuweisung zum Betrieb oder zur Organisation gesagt. Tatsächlich ist aber auch kein Handelsgewerbe denkbar, in dessen Rahmen die Verlegung des Ortes, an dem der Eingang und die Vornahme rechtsrelevanter Erklärungen zu erwarten ist, zu dem laufenden Betrieb gehört. Dann aber fehlt einem Prokuristen, der allein auf der Grundlage der ihm nach § 49 Abs. 1 HGB eingeräumten Vertretungsmacht vorgeht, eine ausreichende Befugnis zur Anmeldung.

Die Anmeldung war nicht wirkungslos, sondern ist lediglich durch einen vollmachtlosen Vertreter erfolgt

4. Das Amtsgericht konnte die fehlende Anmeldebefugnis auch im Rahmen einer Zwischenverfügung nach § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG beanstanden. Denn die Anmeldung war danach nicht wirkungslos, sondern lediglich durch einen vollmachtlosen Vertreter erfolgt, die aber durch die tatsächlich Anmeldebefugten in der Form des § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB genehmigt oder bestätigt werden kann.

Die Zwischenverfügung vom 22. Oktober 2015 ist insoweit auch nicht zu ergänzen. Die Möglichkeit der Genehmigung wird mit der Zwischenverfügung vom 22. Oktober 2015 zwar nicht aufgezeigt. Dort ist lediglich von einer Anmeldung durch den Geschäftsführer die Rede. In dem Nichtabhilfebeschluss wird aber die Frage einer nachträglichen Vollmacht, die dann als Genehmigung anzusehen wäre, angesprochen. Dies reicht aus.

C. Eine Kostenentscheidung ist nicht zu treffen. Die Verpflichtung der Beteiligten zur Tragung der im Beschwerdeverfahren Kosten sind von ihr schon nach dem Gesetz zu tragen. ■

10. Kostenrecht – Zur kostenrechtlichen Bewertung einer Vertragsübernahme im Grundstückskaufvertrag

(OLG Hamm, Beschluss vom 7.4.16 – I-15 W 122/15, mitgeteilt durch Richter am OLG Stefan Tegenhoff)

GNotKG §§ 36 Abs. 1, 47 S. 2, 52 Abs. 1, 86 Abs. 2, 109 Abs. 1 S. 1 und 2

1. Die Übernahme der Verträge über Energielieferung und Mediendienstleistungen bildet ein einheitliches Rechtsverhältnis mit dem Grundstückskaufvertrag, in dem der Eintritt des Käufers in diese Verträge vereinbart wird.
2. Die Übernahme solcher Verträge betrifft nicht die Beschaffenheit der Kaufsache und stellt sich als zusätzliche Leistung des Käufers dar, die nach § 47 S. 2 GNotKG dem Kaufpreis hinzuzurechnen ist.
3. Die Bewertung dieser Leistung richtet sich gem. § 36 Abs. 1 GNotKG nach dem zu schätzenden Interesse des Verkäufers, sich ohne eigenen Aufwand von seinen schuldrechtlichen Verpflichtungen aus den genannten Verträgen lösen zu können.

Zur Einordnung

Wird in einem Grundstückskaufvertrag vereinbart, dass der Käufer bestimmte Verträge des Verkäufers mit Dritten – hier Verträge über Energielieferung und Mediendienstleistungen – übernimmt, stellt sich die Frage, wie sich die Vereinbarung der Vertragsübernahme kostenrechtlich auswirkt.

Grundsätzlich gilt gem. § 86 Abs. 2 GNotKG, dass jedes Rechtsverhältnis, auf das sich die beurkundeten Erklärungen beziehen, einen eigenen Beurkundungsgegenstand bildet. Ausnahmsweise können aber mehrere Rechtsverhältnisse gem. §§ 86 Abs. 2, 109 GNotKG einen einheitlichen Beurkundungsgegenstand bilden, gem. § 109 Abs. 1 S. 1 GNotKG insbesondere dann, wenn zwei Rechtsverhältnisse in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen und das eine Rechtsverhältnis unmittelbar dem Zweck des anderen Rechtsverhältnisses dient (s. zum Verhältnis von § 86 zu § 109 GNotKG Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Bormann, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 86 Rn. 10). § 109 Abs. 1 S. 2 GNotKG verlangt zusätzlich, dass das andere Rechtsverhältnis der Erfüllung, Sicherung oder sonstigen Durchführung des einen Rechtsverhältnisses dient. Wie das Regelbeispiel in § 109 Abs. 1 S. 4 Nr. 1a) GNotKG zeigt, ist ein Abhängigkeitsverhältnis regelmäßig zwischen einem Kaufvertrag und der Übernahme einer durch Grundpfandrecht am kaufgegenständlichen Grundstück gesicherten Darlehensschuld anzunehmen. Das OLG Stuttgart hat zudem die Übernahme der Verpflichtungen aus einem zwischen Verkäufer und Mieter geschlossenen Mietvertrag bei Kauf des noch zu bebauenden Grundstücks als gegenstandsgleich erachtet (OLG Stuttgart MittBayNot 1998, 53 [54] [zur KostO]); s. weitere Beispielfälle bei Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Bormann, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 109 Rn. 26 ff.). Das OLG Hamm kommt im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, dass die Vertragsübernahme neben dem Grundstückskaufvertrag keinen eigenständigen Beurkundungsgegenstand bildet. Die Übernahme eines Energielieferungs- und eines Mediendienstleistungsvertrags dient nach Auffassung des Gerichts nur der vereinfachten Abwicklung des Grundstückserwerbs.

Sind mehrere Rechtsverhältnisse gegenstandsgleich, bestimmt sich der Geschäftswert gem. § 109 Abs. 1 S. 5 GNotKG nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, zu dessen Erfüllung, Sicherung oder sonstiger Durchführung das andere Rechtsverhältnis dient (s. hierzu Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Bormann, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 109 Rn. 53). Bei einem Kaufvertrag ist der Bemessung des Geschäftswertes gem. § 47 S. 1 GNotKG grundsätzlich der Kaufpreis als Wert der Kaufsache zugrunde zu legen. Gem. § 47 S. 2 GNotKG sind zudem vom Käufer übernommene Leistungen hinzuzurechnen. Die Hinzurechnung erfolgt allerdings nur für die Übernahme von Leistungen, die nicht auf den Kaufpreis angerechnet wurden (Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 47 Rn. 14; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 19. Aufl. 2015, § 47 Rn. 18). Erfolgt bspw. eine Schuldübernahme in Anrechnung auf den Kaufpreis, ist ihr Wert nicht hinzuzurechnen (vgl. BeckOK KostenR/Soutier, 14. Ed., 15.5.2016, § 47 GNotKG Rn. 11 ff. mit weiteren Beispielen). Zusätzliche Verpflichtungen des Käufers sind nur zu berücksichtigen, wenn diese Verpflichtungen neben dem Kaufpreis

als weitere Gegenleistung für die Überlassung des Kaufgegenstandes zu werten sind und damit dem Verkäufer wirtschaftlich zugute kommen (BayObLGZ 1956, 401 [404]; OLG Zweibrücken MittRhNotK 1979, 136 [137]; OLG Stuttgart NJW 1998, 53 [54]). In der bereits erwähnten Entscheidung zur Übernahme eines Mietvertrages über ein noch zu bauendes Gebäude in einem Grundstückskaufvertrag lehnte das OLG Stuttgart eine Hinzurechnung der Vertragsübernahme ab, da mit Übernahme der Verpflichtungen auch die Rechte aus dem Mietvertrag auf den Käufer übergehen und dem Verkäufer daher kein zusätzliches Entgelt zufließt (OLG Stuttgart NJW 1998, 53 [54]).

Das OLG Hamm kommt im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, dass bei Übernahme eines Energielieferungs- und eines Mediendienstleistungsvertrags durch den Käufer eine Hinzurechnung nach § 47 S. 2 GNotKG vorzunehmen ist. Maßgeblich für die Hinzurechnung ist nach Auffassung des Gerichts die vereinbarte Beschaffenheit des Kaufgegenstandes iSv § 434 BGB, für die der Käufer den Kaufpreis zahlt. Die übernommenen Vertragsverhältnisse stellen nach Auffassung des Gerichts – im Gegensatz zur vereinbarten Übernahme eines Mietverhältnisses – keine Vereinbarung über die Beschaffenheit des Grundstücks dar. Für die Höhe der Hinzurechnung maßgeblich ist zudem nicht der Wert der übernommenen Leistung, sondern der Wert der Vertragsübernahme für den Verkäufer.

Für die notarielle Praxis erläutert die Entscheidung nochmals die Anforderungen an das Abhängigkeitsverhältnis für die Annahme gegenstandsgleicher Rechtsverhältnisse bei Beurkundung eines Grundstückskaufvertrags mit Vereinbarung einer Vertragsübernahme. Die Entscheidung zeigt zudem, dass bei gegenstandsgleichen Rechtsverhältnissen zwar die Gebühr des Hauptgeschäftes gem. § 109 Abs. 1 S. 5 GNotKG maßgeblich ist, vom Käufer zusätzlich übernommene Leistungen aber nach § 47 S. 2 GNotKG hinzuzurechnen sein können.

Die Schriftleitung (IK)

Zum Sachverhalt:

I.) Der Beteiligte zu 1) beurkundete am 20.8.2013 aufgrund eines am 14.8.2013 erteilten Auftrags einen Vertrag, durch den die Beteiligten zu 2) und 3) von der Beteiligten zu 4) ein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes Grundstück erwarben. Als Kaufpreis wurden 171.000 € vereinbart.

In Abteilung II des einschlägigen Grundbuchs war unter lfd. Nr. 2 eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit – Wärmeerzeugungs- und Warmwasserversorgungsrecht ...- für die Q GmbH & Co. KG eingetragen. In § 2 des Kaufvertrages übernahmen die Käufer diese Belastung „ohne Anrechnung auf den Kaufpreis“ und traten in alle sich hieraus ergebenden Verpflichtungen einschließlich der den Belastungen zugrunde liegenden schuldrechtlichen Verpflichtungen ein. In § 10 Ziff. 5 des Kaufvertrages übernahmen die Käufer ausdrücklich die Rechte und Pflichten aus dem zwischen der Verkäuferin und dem o.a. Dienstleister bestehenden Wärmecontractingvertrag. Zugleich wurden hier die Modalitäten der (bestehenden) gemeinsamen Versorgung des Kaufgrundstücks und des

im Eigentum der Verkäuferin verbleibenden Nachbargrundstücks geregelt. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ablichtung des Kaufvertrages (hier Blatt 21 ff der Akte) verwiesen. Der Wärmecontractingvertrag hatte ein Enddatum zum 31.12.2015.

In § 10 Ziff. 3 des Kaufvertrages traten die Verkäufer in den zwischen der V GmbH & Co. KG und der Verkäuferin bestehenden Gestattungsvertrag betr. einen Breitbandkabelanschluss ein. Dieser Vertrag hatte eine unbestimmte Laufzeit mit einer jährlichen Kündigungsfrist zum 31.12. eines jeden Jahres. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Beteiligten zu 2) und 3) war dieser Vertrag seitens der Verkäuferin bereits vor Beurkundung des Kaufvertrages zum 31.1.2014 beendet worden. Für die Zeit danach bot sie eine Breitbandkabelversorgung durch ein konzernverbundenes Unternehmen an.

In § 10 Ziff. 4 des Kaufvertrages wurde schließlich zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines derzeit im Eigentum der Verkäuferin stehenden Grundstücks ein Geh- und Fahrrecht bestellt und die Eintragung im Grundbuch bewilligt. Die Rechtsausübung sollte auf einen zeichnerisch näher bestimmten ca. 3,5 m breiten Streifen des Kaufgrundstücks beschränkt sein.

Der Beteiligte zu 1) hat seine Kosten gegenüber den Beteiligten zu 2) und 3) zunächst dergestalt abgerechnet, dass er die Beurkundungsgebühr (KV-Nr. 21100) sowie eine Vollzugs- und eine Betreuungsgebühr (KV-Nrn. 22110 und 22200) jeweils aus einem Geschäftswert von 307.800 € berechnet hat. Diesen Geschäftswert hat er dahingehend erläutert, dass neben dem Kaufpreis gemäß § 47 S. 2 GNotKG die Übernahme von Leitungsrechten, des Kabelfernsehvertrages, des Contractingvertrages sowie die Bestellung der Grunddienstbarkeit zu berücksichtigen seien, die er gemäß § 50 GNotKG mit jeweils 20 % des Kaufpreises bewertet habe. Ob dieser Rechnung wandten sich die Beteiligten zu 2) und 3) mit einer Anfrage an die Notarkammer in Hamm.

Auf die Anregung der Notarkammer, die Kostenrechnung insbesondere im Hinblick auf § 52 GNotKG zu überprüfen, hat der Beteiligte zu 1) seine o.a. Kostenrechnung aufgehoben und den Beteiligten zu 2) und 3) die nunmehr streitgegenständliche Kostenrechnung erteilt. Diese lautet wie folgt:

21100 Beurkundungsverfahren; Kaufvertrages
Geschäftswert 282.150,00 € (§§ 97, 47, 52) 1.170,00 €

21201 Beurkundungsverfahren; Bewilligung
Grunddienstbarkeit
Geschäftswert 171.000,00 € (§§ 97, 52)
§ 94 Abs. 1 wurde berücksichtigt 204,00 €

22110 Vollzugsgebühr
Geschäftswert 453.150,00 € (§ 112) 442,50 €

22200 Betreuungsgebühr
Geschäftswert 453.150,00 € (§ 113) 442,50 €

32005 Post- und Telekommunikationspauschale 20,00 €

32001 Dokumentenpauschale (Farbe) vom
20.9.2013 (7 Kopien) 2,10 €

32001 Dokumentenpauschale (s/w) vom 20.9.2013
(161 Kopien) 24,15 €

32002 Dokumentenpauschale vom 15.8.2013
(3 Dateien, 23 Seiten) 11,50 €

32011 Auslagen Grundbucheinsicht
vom 14.8.2013 (1 Stück) 8,00 €

Nettobetrag 2.324,75 €

32014 Umsatzsteuer 19 % 442,70 €

Gesamtbetrag 2.766,45 €.

Den Gegenstandswert für die Beurkundung des Kaufvertrages hat er dahingehend begründet, dass dem Kaufpreis der Wert der beiden übernommenen vertraglichen Verpflichtungen gemäß § 47 S. 2 GNotKG hinzuzurechnen sei. Diesen habe er nach § 52 Abs. 2 GNotKG bewertet, wobei er in Ermangelung näherer Angaben zu einem konkreten Wert von 5 % des Kaufpreises als Jahreswert ausgegangen sei (§ 52 Abs. 5 GNotKG). Da der „Kabelvertrag“ ein Leistungsverhältnis unbestimmter Dauer sei, sei der 10fache Jahreswert anzusetzen, bei dem Wärmelieferungsvertrag im Hinblick auf den Endtermin der 3fache Jahreswert. Hieraus ergebe sich der Gesamtwert 282.150 € (171.000+85.500+26.650). Die Grunddienstbarkeit habe er analog der letztgenannten Berechnungsweise mit dem 20fachen Jahreswert (171.000) angesetzt, woraus sich dann in der Addition der Gesamtwert für die Betreuungs- und die Vollzugsgebühr ergibt.

Der Präsident des Landgerichts ist in seiner Stellungnahme davon ausgegangen, dass die Vertragsübernahmen im Verhältnis zum Kaufvertrag gegenstandsverschieden sind (§§ 109 ff GNotKG). Die Bewertung durch den Notar hat er nach § 52 GNotKG für im Ansatz zutreffend gehalten, einen Rückgriff auf den Wert des § 52 Abs. 5 GNotKG aber bei dem „Kabelvertrag“ für unnötig und im Ergebnis unbillig gehalten. Die Vergütungssätze von V seien öffentlich zugänglich. Lege man diese zugrunde, ergebe sich ein Wert von lediglich 6.638,40 € (statt 85.500). Die Bewertung der Übernahme des Wärmelieferungsvertrages hält er hingegen für zutreffend. Die Grunddienstbarkeit sei zu hoch bewertet, da lediglich ein Teil des Grundstücks effektiv in Anspruch genommen würde. Lege man den Bodenwert der betroffenen Fläche zugrunde ergebe sich ein Wert von lediglich 6.840 € (statt 171.000).

Der Notar hat sich den Ausführungen des PLG angeschlossen. Die Beteiligten zu 2) und 3) haben nochmals darauf hingewiesen, dass der Vertrag mit V bereits bei Vertragsschluss beendet gewesen sei. Hinsichtlich der Wärmelieferung haben sie (nunmehr) mitgeteilt, dass die hierfür monatlich 275 € zu zahlen hätten.

Das Landgericht hat die Kostenrechnung mit dem angefochtenen Beschluss abgeändert. Es hat dem Notar nur eine Beurkundungsgebühr nach einem Wert von 176.075 € belassen und diesen Wert auch der Betreuungs- und der Vollzugsgebühr zugrunde gelegt. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Vertragsübernahmen gegenstandsgleich im Sinne des § 109 Abs. 1 GNotKG seien und sich auch nach § 47 S. 2 GNotKG nicht auf den Wert auswirken, weil sie für die Verkäuferin keinen wirtschaftlichen Gewinn darstellten, da spiegelbildlich auch die Ansprüche aus den Verträgen übergingen. Die Grunddienstbarkeit sei lediglich mit 5.075 € zu bewerten. Zwar sei von dem Wert der betroffenen Grundstücksfläche auszugehen, da die Dienstbarkeit aber nur ein Recht zur Mitnutzung begründe, sei ein Abschlag von 50 % vorzunehmen. Aus den addierten Werten sei trotz der Verschiedenheit der Gegenstände lediglich eine Gebühr zu erheben, da dies günstiger sei (§ 94 GNotKG).

Hiergegen wendet sich der Notar mit der Beschwerde, wobei er diese inhaltlich auf die Nichtberücksichtigung der Vertragsübernahmen als gegenstandsgleich beschränkt.

Aus den Gründen:

II.) Die zulässige Beschwerde hat im Ergebnis keinen Erfolg.

Vorliegend bedarf es allein der Entscheidung, ob die vereinbarten Vertragsübernahmen in die Kostenberechnung einfließen

Im Hinblick auf die Beschränkung der Beschwerde bedarf es vorliegend allein der Entscheidung, ob die in der Kaufvertragsurkunde zusätzlichen vereinbarten Vertragsübernahmen hinsichtlich der Versorgung mit Fernwärme und Kabelnetzzugang in die Kostenberechnung einzufließen haben, sei es als jeweils eigener Beurkundungsgegenstand nach Maßgabe des § 35 Abs. 1 GNotKG, sei es als übernommene Leistung im Sinne des § 47 S. 2 GNotKG.

Die Vertragsübernahmen bilden keinen eigenständigen Beurkundungsgegenstand

Insoweit teilt der Senat im Ausgangspunkt die Auffassung des Landgerichts, dass die Vertragsübernahmen keinen eigenständigen Beurkundungsgegenstand bilden. Gemäß § 86 Abs. 2 GNotKG bilden mehrere Rechtsverhältnisse im Grundsatz verschiedene Beurkundungsgegenstände. Gemäß §§ 86 Abs. 2, 109 Abs. 1 S. 1 GNotKG liegt derselbe Beurkundungsgegenstand dann vor, wenn Rechtsverhältnisse zueinander in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen und das eine unmittelbar dem Zweck des anderen dient. Nach der weiteren Bestimmung des § 109 Abs. 1 S. 2 GNotKG setzt das Abhängigkeitsverhältnis voraus, dass ein Rechtsverhältnis der Erfüllung, Sicherung oder sonstigen Durchführung des anderen Rechtsverhältnisses dient. Letzteres ist vorliegend der Fall. Die Vertragsübernahmen sind nicht Ausdruck eines eigenständigen wirtschaftlichen Interesses der Verkäuferin, sondern sie dienen lediglich der vereinfachten Abwicklung des Eigentumsübergangs auf Seiten der Verkäuferin. Denn durch diesen würde sie in die Situation geraten, aufgrund ihrer Bindung an die Bezugsverträge zur Zahlung des Entgelts verpflichtet zu bleiben, obwohl die vertraglichen, auf das Hausgrundstück bezogenen Leistungen für sie keinen Wert mehr besitzen. Dass derartige, die Abwicklung erleichternde Vertragsübernahmen unter § 109 Abs. 1 S. 1 GNotKG fallen, zeigt aus Sicht des Senats auch das Regelbeispiel des § 109 Abs. 1 S. 4 Nr. 1a) GNotKG.

Die vereinbarten Vertragsübernahmen müssen nach § 47 S. 2 GNotKG zu einer Erhöhung des Geschäftswertes führen

Im Gegensatz zum Landgericht ist der Senat der Auffassung, dass die vereinbarten Vertragsübernahmen nach § 47 S. 2 GNotKG zu einer Erhöhung des Geschäftswertes führen müssen, die allerdings so geringfügig anzusetzen ist, dass es im Ergebnis nicht zu einer Erhöhung der aus diesem Geschäftswert zu berechnenden Gebühren kommt.

Die Vertragsübernahmen haben auch nicht bereits bei der Kaufpreisbildung Berücksichtigung gefunden

Nach § 47 S. 2 GNotKG wird bei der Bewertung eines Kaufvertrages dem Kaufpreis u.a. der Wert der vom

Käufer übernommenen Leistungen hinzugerechnet. Durch diese Vorschrift soll in die Wertberechnung ein über den Kaufpreis hinausgehender Leistungsaustausch zwischen den Vertragsparteien einfließen. Zu berücksichtigen sind deshalb nur solche Vermögensvorteile, die Kaufpreisbildung Berücksichtigung gefunden haben (Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 19. Aufl., § 47 Rdnr. 24). Diese Abgrenzung muss deshalb nach den individuellen Vereinbarungen der Kaufvertragsparteien getroffen werden. Eine vom Käufer übernommene zusätzliche Leistung kann daher regelmäßig nicht im Hinblick auf solche Vereinbarungen angenommen werden, die die Beschaffenheit der Kaufsache im Sinne des § 434 BGB betreffen. Denn es muss angenommen werden, dass die vereinbarte Beschaffenheit der Kaufsache ihren Ausdruck in dem vereinbarten Kaufpreis gefunden hat. Beschaffenheit im kaufvertraglichen Sinn sind jedoch nicht nur die physikalischen Eigenschaften der Sache, sondern auch die tatsächlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen der Sache zur Umwelt, sofern sie zumindest ihren Grund im tatsächlichen Zustand der Sache haben und ihr für eine gewisse Dauer anhaften. Diese weite Begriffsfassung führt die Rechtsprechung auch unter Geltung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes fort (BGH NJW 2011, 1217). Deshalb kann eine Beschaffenheitsvereinbarung auch im Hinblick der Verkäufer für sich oder Dritte fordern kann, sofern sie nicht bereits bei der auf Rechtsverhältnisse getroffen sein, die im Verhältnis zu Dritten im Hinblick auf die Sache geschlossen sind. Dies gilt beispielhaft für bestehende Nutzungsrechte Dritter, die von dem Käufer übernommen werden, unabhängig davon, ob sich die Übernahme für den Käufer günstig oder ungünstig auswirkt. In welcher rechtlichen Form diese Übernahme erfolgt, ist für die Bewertung als kaufvertragliche Beschaffenheitsvereinbarung unerheblich. Es kann deshalb für die Bewertung keinen Unterschied ergeben, ob das Nutzungsrecht eines Dritten durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit am verkauften Grundstück dinglich gesichert ist (vgl. OLG Zweibrücken MittRhNotK 1979, 139 Bimsausbeutungsrecht), ob der Käufer kraft Gesetzes in ein bestehendes Mietverhältnis eintritt (§ 566 BGB) oder außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift ein Eintritt des Käufers in ein bestehendes Mietverhältnis vereinbart wird (OLG Stuttgart FGPrax 1997, 215: Verkauf einer vermieteten Gewerbeimmobilie vor deren Überlassung an den Mieter). Die vorliegend vereinbarten Vertragsübernahmen können indessen nicht als Beschaffenheitsvereinbarung bewertet werden. Denn die bestehenden Vertragsverhältnisse über Energielieferung und Mediendienstleistungen haben keinen sachlichen Bezug zum Zustand des Grundstücks, sondern dienen ausschließlich der Deckung des persönlichen Lebensbedarfs der Nutzer des Grundstücks.

Die Bewertung nach § 47 S. 2 GNotKG zielt nur auf den persönlichen Vorteil des Verkäufers infolge der Vertragsübernahme ab, nicht auf den Leistungsaustausch selbst

Zu bewerten ist nach § 47 S. 2 GNotKG der über den Kaufpreis hinausgehende wirtschaftliche Vorteil, der dem Verkäufer infolge der Vertragsübernahme zufließt. Nicht zu bewerten ist demgegenüber der Leistungsaustausch innerhalb des Vertragsverhältnisses, in das der Käufer eintritt, der als solcher gerade nicht Gegenstand der kaufvertraglichen Vereinbarung ist (so aus Sicht des Senats zutreffend Korintenberg/Tiedtke, § 47 Rdnr. 28 für den dort behandelten Beispielsfall des vereinbarten Ein-

tritts des Käufers eines Grundstücks in einen bestehenden Architektenvertrag). § 50 GNotKG ist bereits nach seinem Wortlaut auf die hier in Frage stehenden Leistungsverträge nicht anwendbar. Eine Anwendung des § 52 Abs. 1 GNotKG scheidet ebenfalls aus. Diese Vorschrift bezieht zwar schuldrechtliche Verträge über einen Leistungsaustausch in ihren Anwendungsbereich ein. Deren Anwendung ließe jedoch die besondere Bewertungsaufgabe im Rahmen des § 47 S. 2 GNotKG unberücksichtigt, die – wie ausgeführt – nur auf den persönlichen Vorteil des Verkäufers infolge der Vertragsübernahme, nicht jedoch auf den Leistungsaustausch selbst zielt.

Der Vorteil des Verkäufers, dass seine schuldrechtlichen Verpflichtungen aufgrund der Vertragsübernahme nicht weiter bestehen, ist nach Maßgabe des § 36 Abs. 1 GNotKG nach billigem Ermessen zu bestimmen

Dieser Vorteil kann nur darin bestehen, dass der Verkäufer die finanziellen Nachteile vermeiden will, die sich ergeben könnten, wenn ungeachtet des Eigentumsübergangs seine schuldrechtlichen Verpflichtungen aus dem Energielieferungsvertrag bzw. dem Mediendienstleistungsvertrag fortbestünden, er sich also beispielsweise nur durch eine Abstandsanzahlung von Verträgen lösen könnte, deren Leistungen für ihn wirtschaftlich sinnlos geworden sind. Der so bestimmte wirtschaftliche Vorteil für den Verkäufer kann nur nach Maßgabe des § 36 Abs. 1 GNotKG nach billigem Ermessen bestimmt werden. Realistischer Ausgangspunkt dieser Bewertung kann nur die vertragliche Vergütung sein, die der Verkäufer für die Dauer der Restlaufzeit der Verträge bis zu einem möglichen Kündigungszeitpunkt zu zahlen hätte, aus der dann im Wege der Schätzung ein Bruchteil für eine denkbare Abstandsanzahlung für eine vorzeitige Vertragsauflösung anzunehmen ist. In diesem Zusammenhang bedarf es nicht einer weiteren Sachverhaltsaufklärung (§ 26 FamFG) im Hinblick darauf, ob der von der Beteiligten zu 2) als große Immobiliengesellschaft geschlossene Energielieferungsvertrag und der Mediendienstleistungsvertrag ihrem Inhalt nach der Beteiligten zu 2) nicht ohnehin bereits einen Anspruch auf Zustimmung des Vertragspartners zu einer Vertragsübernahme durch einen Grundstückserwerber einräumen. Regelmäßig wird der Vertragspartner auch ein besonderes Interesse gerade an dem Fortbestand des Vertrages mit dem Grundstückserwerber haben. Unabhängig von solchen konkreten Bemessungskriterien kann nach Auffassung des Senats die obere Grenze des realistischen Schätzrahmens einen Bruchteil von 10% der bis zu einem möglichen Vertragsende zu zahlenden Leistungsvergütung nicht übersteigen. Bezogen auf die Ausgangsbeträge von 6.638,40 € und 26.500,00 € beläuft sich dieser Betrag auf lediglich 3.328,84 €.

Der Geschäftswert für die Beurkundungsverfahrens-, Vollzugs- und Betreuungsgebühr ergibt sich danach ausgehend von dem Kaufpreis (171.000,00 €), dem im Beschwerdeverfahren unbeanstandet gebliebenen Ansatz für die Grunddienstbarkeit (5.075,00 €) und dem vorstehend genannten (Höchst-) Betrag der Hinzurechnung mit insgesamt 179.403,84 €. Eine weitere Gebührenstufe wird jedoch erst bei einem Geschäftswert von 185.000,00 € erreicht. Folglich kommt es für die hier zu treffende Entscheidung nicht darauf an, ob die Bestimmung des Geschäftswertes für die Hinzurechnung der beiden Vertragsübernahmen ggf. auch zu einem geringeren Schätzungsbetrag hätte führen können. Der Senat konnte sich deshalb auf eine lediglich klarstellende Bezif-

ferung des Geschäftswertes in der angefochtenen Kostenberechnung beschränken.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach den §§ 129 Abs. 2 GNotKG, 70 Abs. 2 FamFG liegen nicht vor. Der Senat sieht sich in der Beurteilung der Gegenstandsgleichheit von Kaufvertrag einer-

seits und den beiden Vertragsübernahmen andererseits nicht in einer Divergenz zu abweichenden Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur. Die Bestimmung des Geschäftswertes für die Hinzurechnung der Vertragsübernahmen ist eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung. ■

RNotZ-Forum

Rechtsprechung in Leitsätzen

1. Liegenschaftsrecht – Zum Formerfordernis hinsichtlich der Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts

(BGH, Urteil vom 8.4.2016 – V ZR 73/15)

BGB §§ 311b Abs. 1 S. 1, 873, 1094

Die zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts gem. § 873 BGB erforderliche Einigung muss, anders als das Verpflichtungsgeschäft, nicht notariell beurkundet werden (insoweit Aufgabe von BGH, NJW-RR 1991, 205, 206)

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof) ■

2. Liegenschaftsrecht – Zur Vorlagepflicht bezüglich einer Genehmigung oder eines Negativattests vor Vollzug der Aufteilung eines Grundstücks

(KG, Beschluss vom 26.5.2016 – 1 W 170/16, mitgeteilt durch Richter am KG Ronny Müller)

BauGB §§ 15 Abs. 1, 22 Abs. 5 S. 5, Abs. 6 S. 1, Abs. 8, 172 Abs. 1

GBG §§ 18 Abs. 1 S. 1, 19

UmwandV Berlin § 1

WEG § 8

Ein ortsüblich bekanntgemachter Beschluss über die Aufstellung einer Erhaltungssatzung gibt dem Grundbuchamt keinen Anlass, dem Antragsteller vor Vollzug der Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungs- bzw. Teileigentum die Vorlage einer Genehmigung oder eines Negativattests der Gemeinde aufzugeben.

(Fundstellen beck-online, Entscheidungsdatenbank Berlin-Brandenburg, Jurion) ■

3. Liegenschaftsrecht – Zur notariellen Bescheinigung einer durch Rechtsgeschäft begründeten Vertretungsmacht

(OLG Hamm, Beschluss vom 10.3.2016 – I-15 W 45/16, mitgeteilt durch Richter am OLG Stefan Tegenthoff)

BNotO § 21 Abs. 3

GBG § 34

1. Wird im Grundbucheintragungsverfahren eine notarielle Bescheinigung einer durch Rechtsgeschäft begründeten Vertretungsmacht vorgelegt, die den Anforderungen des § 21 Abs. 3 BNotO entspricht, bedarf es regelmäßig nicht der zusätzlichen Vorlage derjeni-

gen Urkunden, auf deren Grundlage der Notar die Bescheinigung ausgestellt hat.

2. § 34 GBO erleichtert nur die Form des Nachweises der Vertretungsberechtigung, lässt demgegenüber die Erforderlichkeit des Nachweises sämtlicher Glieder der Legitimationskette, die auf den eingetragenen Berechtigten zurückführen, unberührt.

(Fundstellen: beck-online, Jurion, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW) ■

4. Liegenschaftsrecht – Zur Anwendbarkeit der MaBV bei Aufteilung von Verträgen über den Erwerb des Grundstücks und dessen Bebauung

(OLG München, Urteil vom 17.3.2016 – 9 U 1662/11)

MaBV § 3 Abs. 1, 2

1. Schließt der Auftraggeber mit dem Auftragnehmer zunächst einen (Bau-)Werkvertrag über die schlüsselfertige Errichtung einer Doppelhaushälfte und erwirbt er wenige Tage später das dazugehörige Baugrundstück von einer Projektgesellschaft, die „im Lager“ des Auftraggebers steht, sind beide Verträge als Einheit zu qualifizieren.

2. Für die Anwendbarkeit der MaBV kommt es nicht darauf an, dass das Baugrundstück durch den Auftragnehmer selbst übertragen werden muss.

3. Findet die MaBV Anwendung und ist der vereinbarte Zahlungsplan wegen Verstoßes gegen § 3 Abs. 2 MaBV nichtig, kann der Auftragnehmer Abschlagszahlungen (nur) nach den gesetzlichen Vorschriften des BGB verlangen.

(Fundstellen: beck-online, Bayern.Recht, juris) ■

5. Liegenschaftsrecht – Zur Sondereigentumsfähigkeit von Räumen, in denen sich eine gemeinschaftliche Heizungsanlage befindet

(HansOLG Bremen, Beschluss vom 26.4.2016 – 3 W 28/15)

GBG §§ 15, 71 Abs. 1, 72, 81 Abs. 1

WEG §§ 5 Abs. 2, 8, 14 Nr. 4

Der Teilung eines Grundstücks in zwei Wohneinheiten steht nicht § 5 WEG entgegen, wenn in dem Raum, der nach dem Aufteilungsplan ein im Sondereigentum ste-

hendes Badezimmer ist, zugleich die gemeinschaftliche Heizungsanlage untergebracht ist. Den schutzwürdigen Belangen der anderen Sondereigentümer wird durch die Gestattungspflicht in § 14 Nr. 4 WEG Rechnung getragen. Diese kann durch Vereinbarung oder in der Teilungserklärung erweitert werden.

(Fundstellen: beck-online, HansOLG Bremen) ■

6. Familienrecht – Zum Erfordernis einer betreuungs- bzw. familiengerichtlichen Genehmigung bei Abänderung der Gemeinschaftsordnung

(OLG Hamm, Beschluss vom 12.11.2015 – I-15 W 290/15)

BGB §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1, 1908i Abs. 1 WEG § 10 Abs. 3

Die für einen Minderjährigen oder Betreuten abgegebene Bewilligung der Eintragung einer Abänderung der Gemeinschaftsordnung im Grundbuch ist als Verfügung im Sinne des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu qualifizieren und bedarf deshalb einer betreuungsgerichtlichen bzw. familiengerichtlichen Genehmigung.

(Fundstellen: beck-online, MittBayNot 2016, 239) ■

7. Erbrecht – Zur Anfechtung wechselbezüglicher Verfügungen in einer Verfügung von Todes wegen durch einen Dritten

(BGH, Urteil vom 25.5.2016 – IV ZR 205/15)

BGB §§ 2270 Abs. 1, 2271 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Hs. 1, 2285

Die Anfechtung wechselbezüglicher Verfügungen des erstversterbenden Ehegatten durch einen Dritten wird nicht in entsprechender Anwendung von § 2285 BGB beschränkt.

(Fundstellen: beck-online) ■

8. Erbrecht – Zur Auslegung von Verfügungen von Todes wegen

(OLG Naumburg, Beschluss vom 28.1.2016 – 2 Wx 73/14, mitgeteilt durch Notar Dr. Johannes Fetsch, Euskirchen)

BGB § 133, 1937, 2048, 2084, 2087 Abs. 2, 2088 Abs. 1, 2255

1. Die Erbinsetzung in einem privatschriftlichen Testament muss nicht zwingend das Wort „Erben“ enthalten, sofern eine Auslegung ergibt, dass der Erblasser bestimmte Personen als Erben einsetzen wollte.

2. Ordnet der Erblasser wesentliche Vermögensteile seines Vermögens ohne ausdrückliche Erbinsetzung bestimmten Personen zu und verteilt er so sein gesamtes Vermögen, kann diese Aufteilung als Erbinsetzung ausgelegt werden.

(RNotZ-Leitsätze) ■

9. Kostenrecht – Zur Berücksichtigung des Brandversicherungswerts für die Grundstücksbewertung durch das Grundbuchamt

(OLG München, Beschluss vom 3.5.2016 – 34 Wx 7/16, mitgeteilt durch Richterin am OLG Edith Paintner)

GNotKG § 46

1. Zur Zulässigkeit der Wertermittlung von bebauten Grundstücken nach Brandversicherungswerten.

2. Ist der Brandversicherungswert dem Grundbuchamt bekannt – etwa durch freiwillige Vorlage einer entsprechenden Urkunde –, kann er auch nach neuem Recht für die Grundstücksbewertung grundsätzlich herangezogen werden. Für Zwecke der Steuererhebung angegebene Werte genießen keinen gesetzlichen Vorrang.

(Fundstellen: beck-online, Bayern.Recht, Jurion) ■

10. Kostenrecht – Zu „vom Erblasser herrührende(n)“ Verbindlichkeiten im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 2 GNotKG

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.4.2016 – I-3 Wx 62/16, mitgeteilt durch Richter am OLG a.D. Peter von Wnuck-Lipinski)

BGB § 1967 Abs. 2 1. Fall

GNotKG §§ 40 Abs. 1 S. 1, 2, 79

Die vom Erblasser eingegangene, auf seinen Tod aufschiebend bedingte Verpflichtung zur Rückübertragung eines ihm von seinen Eltern gegen Einräumung des dinglichen lebenslangen Wohnrechts übertragenen Grundstücks stellt eine „vom Erblasser herrührende“ Verbindlichkeit (Erblasserschuld) im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 2 GNotKG dar.

(Fundstellen: beck-online, juris) ■

EU-Güterrechtsverordnungen:

Der Rat der Europäischen Union hat am 24. Juni 2016 zwei Güterrechtsverordnungen, eine für Ehegatten und eine für Lebenspartner, beschlossen (Verordnung zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands sowie Verordnung zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften). Die Verordnungen sollen dazu beitragen, internationalen Paaren die tägliche Verwaltung ihres Eigentums und die güterrechtliche Auseinandersetzung bei Trennung oder Todesfall eines Ehegatten oder Lebenspartners zu erleichtern. Die Verordnungen ergingen auf Initiative von 17 Mitgliedstaaten – Belgien, Bulgarien, Tschechische Republik, Deutschland, Griechenland, Spanien, Frankreich, Kroatien, Italien, Luxemburg, Malta, Niederlande, Österreich, Portugal, Slowenien, Finnland und Schweden, die sich für eine Harmonisierung des Güterrechts für internationale Paare im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit aussprachen. Inzwischen hat sich auch Zypern der Verstärkten Zusammenarbeit in diesem Bereich angeschlossen. Nächster Schritt ist nun die Umsetzung der beiden Güterrechtsverordnungen in nationales Recht, wofür die 18 Mitgliedstaaten 30 Monate Zeit haben (siehe zum Ganzen die Pressemitteilung des BMJV vom 27. Juni 2016 sowie beide Güterrechtsverordnungen, abrufbar unter http://www.bmjbv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2016/06272016_Gueterrechtsverordnungen.html?nn=6704238)

Neue Regelungen zur Verringerung des Verwaltungsaufwands für Bürgerinnen und Bürger im Zusammenhang mit öffentlichen Urkunden:

Das EU-Parlament hat am 9. Juni 2016 eine von der Kommission vorgeschlagene Verordnung zur Vereinfachung der Verwendung öffentlicher Urkunden angenommen. Ziel der Verordnung ist eine Verringerung des Verwaltungs-, Zeit- und Kostenaufwands bei Verwendung einer öffentlichen Urkunde in einem anderen Mitgliedstaat. So werden viele öffentliche Urkunden wie Geburts- und Heiratsurkunden in einem anderen Mitgliedstaat nunmehr auch ohne Echtheitsvermerk (Apostille) anerkannt. Die Verordnung schafft zudem das Erfordernis ab, in jedem Fall eine beglaubigte Abschrift und eine beglaubigte Übersetzung beizubringen. Für bestimmte Urkunden sieht die Verordnung nunmehr Übersetzungshilfen vor, die bei Verwendung der öffentlichen Urkunde zur Erläuterung beigelegt werden können. Zur Vermeidung von Betrugsfällen ermöglicht eine IT-Plattform (das bereits existierende Binnenmarkt-Informationssystem, IMI) einer Behörde, der eine ausländische Urkunde vorgelegt wurde, die Echtheit der Urkunde bei berechtigten Zweifeln direkt bei der ausstellenden Behörde zu überprüfen. Die Verordnung ist nach Inkrafttreten innerhalb von 30 Monaten in nationales Recht umzusetzen (siehe zum Ganzen die Pressemitteilung der EU-Kommission vom 9. Juni 2016, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2092_de.htm).