

## Inhalt

### Notarrecht

- Ausgewählte Fragen des notariellen Berufsrechts** ..... 242  
*von Vorsitzender Richter am BGH Gregor Galke, Karlsruhe*

### Vertragsrecht

- Erhebliche Störung des Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung** ..... 252  
*von Notar Sebastian Herrler, München*

### Steuerrecht

- Einheitlicher Vertrag zur Übertragung von Gesellschaftsanteilen gegen Übereignung von Grundbesitz** . . . . 261  
*von Steuerberater/Dipl.-Finanzwirt Peter Hutmacher, Heinsberg*

### ZNotP-Fragezeichen

- In dieser Rubrik möchten wir Sie auf mögliche Fehler- und Gefahrenquellen aufmerksam machen.  
 Die Antworten finden Sie auf S. 280. .... 264

### ZNotP-Rechtsprechungsreport

#### Grundstücksrecht

- Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung der Beeinträchtigung einer Grunddienstbarkeit  
*BGH, Urt. v. 18. 7. 2014 – V ZR 151/13* ..... 264

#### Familienrecht

- Familienselbstbehalt bei Unterhaltspflicht des Kindes  
*BGH, Beschl. v. 23. 7. 2014 – XII ZB 489/13* ..... 268

- Unterhalt und Versorgungsrechte  
*BGH, Beschl. v. 14. 5. 2014 – XII ZB 301/12* ..... 269

#### Landwirtschaftsrecht

- Hofeigenschaft bei einem aus mehreren Flurstücken bestehenden Grundstück  
*BGH, Beschl. v. 26. 6. 2014 – V ZB 1/12* ..... 275

### ZNotP-Kostenecke

#### Entscheidungen zum Kostenrecht

- Entwurfsauftrag durch einen Makler  
*OLG München, Beschl. v. 17. 6. 2014 – 34 Wx 213/14 Kost* ..... 278

## Notarrecht

### Ausgewählte Fragen des notariellen Berufsrechts\*

von Vorsitzender Richter am BGH Gregor Galke, Karlsruhe

Der Beitrag knüpft an die Rechtsprechungsübersicht von Herrmann in ZNotP 2014, 402 ff. an. Dargestellt wird nunmehr die Rechtsprechung des Senats für Notarsachen beim BGH in der Zeit von August 2013 bis September 2014. Dabei standen im Vordergrund die verwaltungsrechtlichen Notarsachen, die Fragen des Zugangs zum Amt des Notars und – gleichsam am anderen Ende – des Ausscheidens aus dem Amt des Notars zum Gegenstand hatten. Spektakuläre Leitentscheidungen sind nicht zu vermelden; es ging vielmehr darum, die überkommenen Linien der Rechtsprechung behutsam fortzubilden.

#### A. Bestellung zum Notar

##### I. Eignung für das Amt des Notars

§ 6 Abs. 1 Satz 1 BNotO bestimmt, dass nur solche Bewerber zu Notaren zu bestellen sind, die nach ihrer Persönlichkeit und ihren Leistungen für das Amt des Notars geeignet sind. Die Eignung eines Bewerbers wird nicht vermutet; etwa verbleibende Zweifel gehen vielmehr zulasten des Bewerbers.<sup>1</sup>

##### 1. Persönliche Eignung

Die Beurteilung, ob die persönliche Eignung gegeben ist, gebietet eine Gesamtbewertung aller, gemessen an den persönlichen Anforderungen an einen Notar, aussagekräftigen Umstände, die in der Persönlichkeit und in dem früheren Verhalten des Bewerbers zutage getreten sind. Dabei darf und muss auch ein früheres Verhalten als Rechtsanwalt oder als Notarvertreter oder Notarverwalter – bzw. als Bewerber um eines dieser Ämter – einbezogen werden.<sup>2</sup>

Im Berichtszeitraum standen mehrere Entscheidungen der Landesjustizverwaltung zur Überprüfung, durch die Bewerbern die Bestellung zum Anwaltsnotar versagt wurde, weil die persönliche Eignung fehle.

##### a) Verhalten als Notariatsverwalter

Die persönliche Eignung eines Bewerbers um die Stelle eines Anwaltsnotars stand infrage, weil er als Notariatsverwalter wiederholt seine Befugnisse überschritten hatte. Der Fall gab Anlass, die Funktion des Notariatsverwalters im Bereich des hauptamtlich ausgeübten Notariats einerseits, des Anwaltsnotariats andererseits näher zu untersuchen.

Die Bestellung und die Aufgaben des Notariatsverwalters sind in § 56 BNotO wie folgt geregelt:

Ist das Amt eines zur *hauptberuflichen Amtsausübung bestellten Notars* erloschen (oder ein anderer Fall des § 56 Abs. 1 BNotO gegeben), so soll i.d.R. an seiner Stelle ein Notarassessor (oder eine sonst befähigte Person) damit betraut werden, das Amt des Notars vorübergehend wahrzunehmen (Notariatsverwalter). Die Notariatsverwaltung soll im Bereich des hauptberuflichen Notariats den Fortbestand

der eingerichteten Notarstelle gewährleisten. Die begonnenen und laufenden Amtsgeschäfte werden abgewickelt und die Notarstelle mit ihrer personellen und sachlichen Organisation wird erhalten, bis ein neuer Notar als „Amtsnachfolger“ des ausgeschiedenen Notars seine Amtstätigkeit aufnimmt.<sup>3</sup> Entsprechendes gilt bei der Amtssitzverlegung oder im Fall der vorübergehenden Verhinderung des hauptberuflichen Notars an der persönlichen Amtsausübung.

Ist ein *Anwaltsnotar* durch Erlöschen des Amtes ausgeschieden, so kann an seiner Stelle zur Abwicklung der Notargegeschäfte – grds. bis zur Dauer eines Jahres, ausnahmsweise auch darüber hinaus (vgl. § 56 Abs. 2 Satz 2 BNotO) – ein Notariatsverwalter bestellt werden, wenn hierfür ein Bedürfnis besteht (§ 56 Abs. 2 Satz 1 BNotO). Der Notariatsverwalter ist *innerhalb der ersten 3 Monate* berechtigt, auch neue Notariatsgeschäfte zu übernehmen (§ 56 Abs. 2 Satz 3 BNotO). Da die Notariatsverwaltung im Anwaltsnotariat nach § 56 Abs. 2 Satz 1 BNotO grds. auf die bloße Abwicklung der bereits begonnenen Amtsgeschäfte gerichtet ist, soll der Notariatsverwalter dort möglichst keine neuen Notariatsgeschäfte vornehmen.<sup>4</sup> Ihm obliegt es nicht, die Notarstelle für einen „Amtsnachfolger“ zu erhalten und fortzuführen.<sup>5</sup> Insoweit liegt es bei dem Anwaltsnotar anders als bei dem zu hauptberuflicher Amtsausübung bestellten Notar.

Mithin gestattet die an den Notariatsverwalter im Anwaltsnotariat gerichtete Vorschrift des § 56 Abs. 2 Satz 3 BNotO nach ihrem klaren Wortlaut wie nach ihrer systematischen Einbettung die Vornahme neuer Notariatsgeschäfte nur innerhalb der ersten 3 Monate der Notariatsverwaltung. Es ist in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung, wie die

\* Erweiterte Fassung des Vortrags, den der Autor auf der 12. Jahresarbeits-tagung des Notariats am 11.9.2014 in Berlin gehalten hat.

1 St. Rspr., vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 10/13, DNotZ 2014, 311 Rn. 5 m.w.N.

2 Vgl. BGH, Urt. v. 23.7.2012 – NotZ (Brfg) 12/11, BGHZ 194, 165 Rn. 14; Beschl. v. 17.3.2014 – NotZ (Brfg) 20/13, ZNotP 2014, 113 Rn. 8; Beschl. v. 21.7.2014 – NotZ (Brfg) 1/14, BA, S. 4; s. auch Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 10/13, DNotZ 2014, 311 Rn. 5.

3 Vgl. Schippel/Bracker/Bracker, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 56 Rn. 3.

4 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 10/13, DNotZ 2014, 311 Rn. 9 m.w.N. insbesondere auch aus den Gesetzesmaterialien; s. auch Schippel/Bracker/Bracker (Fn. 3), § 56 Rn. 4.

5 Vgl. Schippel/Bracker/Bracker (Fn. 3), § 56 Rn. 5.

Vergütung des Notariatsverwalters geregelt ist. Gem. § 59 Abs. 1 Satz 1 BNotO führt der Notariatsverwalter sein Amt auf Rechnung der Notarkammer gegen eine von dieser festzusetzende angemessene Vergütung; abweichende Regelungen sind zulässig (§ 59 Abs. 3 Satz 1 BNotO). Die Notarkammer kann etwa dem Notariatsverwalter – gegen Verzicht auf die Verwaltervergütung – die in der Zeit der Notariatsverwaltung mit den Notariatsgeschäften erwirtschafteten Gebühren überlassen. Durch eine solche Regelung wird die durch § 56 Abs. 2 Satz 3 BNotO auf die ersten 3 Monate der Notariatsverwaltung beschränkte Befugnis des Notariatsverwalters, neue Notariatsgeschäfte vorzunehmen, jedoch nicht erweitert. Diese zeitliche Grenze steht nicht zur Disposition der Notarkammer.<sup>6</sup>

Unerheblich ist ferner, ob das nach Ablauf der Dreimonatsfrist des § 56 Abs. 2 Satz 3 BNotO vorgenommene Urkundengeschäft noch innerhalb der Frist angebahnt worden ist. Es kommt allein auf den Zeitpunkt des „neuen Notariatsgeschäft(s)“ (§ 56 Abs. 2 Satz 3 BNotO) selbst an.<sup>7</sup>

Im fraglichen Fall war der Bewerber um das Amt des Notars mehrfach zum Notariatsverwalter bestellt worden und hatte in dieser Funktion jeweils nach Ablauf der Dreimonatsfrist neue Notariatsgeschäfte vorgenommen. Auf diese Weise wollte er einer als unbefriedigend angesehenen Vergütungsregelung steuern. Es handelte sich demnach um einen vorsätzlichen und wiederholten Verstoß gegen eine zwingende gesetzliche Bestimmung des notariellen Berufsrechts. Darauf durfte die Landesjustizverwaltung in der gebotenen Gesamtschau durchaus Zweifel an der persönlichen Eignung des Notarbewerbers gründen.<sup>8</sup>

## b) Unvollständige oder unrichtige Angaben

Als Träger eines öffentlichen Amtes, der auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege wichtige Funktionen wahrnimmt, ist der Notar in besonderem Maße zur Integrität verpflichtet. Das gilt im Verhältnis zum rechtsuchenden Bürger wie zu den Aufsichtsbehörden. Letztere müssen sich darauf verlassen können, dass der Notar ihnen vollständige und wahrheitsgemäße Auskünfte erteilt. Die persönliche Eignung ist deshalb zu verneinen, wenn der Notarbewerber durch falsche Angaben versucht hat, die Aufsichtsbehörde im Bewerbungsverfahren zu täuschen, um seine Bewerbungschancen zu verbessern. Allerdings dürfen wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Anforderungen nicht überspannt werden. Sie sind nicht Selbstzweck, sondern müssen stets in Beziehung zu den Bedürfnissen einer leistungsfähigen vorsorgenden Rechtspflege gesetzt werden.<sup>9</sup>

### aa) Verschwiegene Rüge

In dem ersten hier anzuführenden Fall hatte der Notarbewerber seine Rechtsanwaltskanzlei nicht so organisiert, dass vereinnahmte Treuhandgelder unverzüglich an den Empfangsberechtigten weitergeleitet wurden. Der Vorstand der Rechtsanwaltskammer hatte diesen Verstoß gegen § 43a Abs. 5 BRAO mit einer Rüge geahndet (§ 74 Abs. 1 Satz 1

BRAO). Der Bewerber verschwieg die (bestandskräftig gewordene) Rüge trotz ausdrücklicher Frage nach „Rüge- und anwaltsgerichtlichen Verfahren“ in mehreren Selbstauskünften, die er der Landesjustizverwaltung zu Anträgen auf Bestellung zum Notarvertreter erteilt hatte. Nach den nicht ernstlich zweifelhaften (§ 111d Satz 2 BNotO, § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) Feststellungen des OLG handelte der Bewerber dabei vorsätzlich. Die Landesjustizverwaltung durfte durch dieses Verhalten die persönliche Eignung zum Notar infrage gestellt sehen und dem Bewerber die Bestellung zum Notar versagen.<sup>10</sup>

### bb) Nachlässige Selbstauskunft

Wie vom BGH bereits mehrfach ausgesprochen muss sich die Landesjustizverwaltung darauf verlassen können, dass Notare und Notarbewerber ihnen vollständige und wahrheitsgemäße Auskünfte erteilen. Das gilt auch – und erst recht – für die Selbstauskunft, die im Zusammenhang mit einem Antrag auf Bestellung zum Notarvertreter der Landesjustizverwaltung vorgelegt wird. Diese Auskunft soll die Landesjustizverwaltung instand setzen, über einen solchen Antrag schnell und ohne weitere Nachforschungen zu entscheiden. Deshalb wird von dem Bewerber um eine Notarvertretung in den Selbstauskunftsformularen stets eine ausdrückliche Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit der erteilten Auskünfte verlangt. Ergänzt der Bewerber unvollständige Angaben, dann müssen jedenfalls die ergänzenden Angaben richtig und vollständig sein. Handhabt ein Notarbewerber die vorbeschriebene Auskunftsverpflichtung bei Gesuchen um Bestellung zum Notarvertreter sehr nachlässig, kann dies Zweifel an der persönlichen Eignung zum Notar begründen.<sup>11</sup>

### cc) Nebentätigkeit als Aufsichtsrat und als Vorstand

In einem weiteren Fall hatte die Landesjustizverwaltung bei der Prüfung der persönlichen Eignung des Notarbewerbers – wie dargelegt im Ansatz zu Recht – zu dessen Lasten gewertet, dass er in seinem Gesuch um Bestellung zum Notarvertreter nicht angegeben hatte, Mitglied des Aufsichtsrats einer GmbH zu sein. In die Eignungsbeurteilung musste allerdings auch einfließen, dass der Bewerber in dem Bewerbungsverfahren um das Amt des Notars seiner Wahrheitspflicht vollständig genügt hatte. Er hatte in diesem Bewerbungsverfahren – ungeachtet dessen, dass er zum Stich-

6 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 10/13, DNotZ 2014, 311 Rn. 10; Eylmann/Vaasen/Wilke, BNotO, BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 56 BNotO Rn. 15.

7 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 10/13, DNotZ 2014, 311 Rn. 7 und 9.

8 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 10/13, DNotZ 2014, 311 Rn. 8.

9 Vgl. BGH, Urt. v. 23.7.2012 – NotZ (Brfg) 12/11, BGHZ 194, 165 Rn. 14 m.w.N. aus der Rechtsprechung des Senats für Notarsachen.

10 Vgl. BGH, Beschl. v. 21.7.2014 – NotZ (Brfg) 1/14, BA, S. 4 f.

11 Vgl. BGH, Beschl. v. 21.7.2014 – NotZ (Brfg) 3/14, BA, S. 4 f.

tag nicht mehr dem Aufsichtsrat angehört hatte und er diese Nebentätigkeit dementsprechend im Bewerbungsverfahren um das Amt des Notars nicht mehr anzeigen musste, – seine frühere Mitgliedschaft im Aufsichtsrat der GmbH offenlegt. Es konnte daher nicht davon ausgegangen werden, dass er sich mit falschen Angaben im Bewerbungsverfahren um das Amt des Notars unberechtigte Vorteile sichern wollte. Diese Umstände hätte die Landesjustizverwaltung bei der Gesamtwägung, ob bei dem Bewerber die persönliche Eignung zum Amt des Notars infrage steht oder nicht, berücksichtigen müssen. Die von dem OLG gegen die Landesjustizverwaltung ausgesprochene Verpflichtung zur Neubescheidung hatte deshalb vor dem BGH Bestand; der Antrag der Landesjustizverwaltung, gegen dieses Urteil die Berufung zuzulassen, wurde zurückgewiesen.<sup>12</sup>

In diesem Zusammenhang sei noch angemerkt, dass die unentgeltliche Nebentätigkeit als Vorstand eines gemeinnützigen Vereins, der keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhält, nicht unter die nach § 8 Abs. 3 Satz 1 BNotO genehmigungspflichtigen Nebentätigkeiten fällt. Die in dem Notarvertreterbewerbungsbogen gestellte Frage allein nach genehmigungsbedürftigen Nebentätigkeiten durfte insoweit verneint werden.<sup>13</sup>

#### dd) Vortrags- und Unterrichtstätigkeit

Ein anderes von der Landesjustizverwaltung betriebenes Zulassungsverfahren betraf ebenfalls die Verneinung der persönlichen Eignung wegen unterbliebener Angaben von Nebentätigkeiten:<sup>14</sup>

Der sich um die Bestellung zum Notar bewerbende Rechtsanwalt hatte in Anträgen auf Bestellung zum Notarvertreter eine Vortragstätigkeit nicht angegeben. Das war unter den Umständen des Streitfalls indes nicht bedenklich. In der formularmäßigen Selbstauskunft für die Bestellung zum Notarvertreter war – anders als in dem Bewerbungsbogen für die Bestellung zum Notar (s. auch oben unter A.I.1.b) cc) – allein nach genehmigungsbedürftigen Nebentätigkeiten gefragt.<sup>15</sup> Der Bewerber hatte aber eine gem. § 8 Abs. 4 BNotO nicht genehmigungsbedürftige Vortragstätigkeit ausgeübt; er hatte – außerhalb eines auf Dauer angelegten Dienstverhältnisses – lediglich an 4 Tagen im Jahr jeweils zwei- bis dreistündige Vorträge gehalten.

Eine von dem Bewerber ausgeübte Dozententätigkeit, die er in der Selbstauskunft für die Bestellung zum Notarvertreter ebenfalls nicht angegeben hatte, war zwar als genehmigungspflichtige Nebentätigkeit i.S.d. § 8 Abs. 4 BNotO zu qualifizieren. Denn es handelte sich nicht mehr um Vortrags-, sondern um – genehmigungspflichtige (vgl. § 8 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BNotO) – Lehr- und Unterrichtstätigkeit; an 6 Studientagen sollte auf dem Markt für Immobilien Tätigen die notwendigen Fachkenntnisse schulmäßig vermittelt werden. Da aber kein Anhalt bestand, dass die Lehrtätigkeit einseitig ausgerichtet war, wäre sie allerdings genehmigungsfähig gewesen. Zudem hatte der Bewerber sein Fehlverhalten bei Selbstauskunften für die Bestellung zum

Notarvertreter in seinem Gesuch um Bestellung zum Notar offengelegt. In einer Gesamtbewertung der Umstände des Streitfalls durfte das OLG daher unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die persönliche Eignung für gegeben ansehen; daran bestanden jedenfalls keine zulassungsfördernden Richtigkeitszweifel (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO, § 111d Satz 2 BNotO).<sup>16</sup>

## 2. Fachliche Eignung

Die Frage nach dem Maß der fachlichen Eignung stellte sich im Berichtszeitraum nur in einem Sonderfall. Es ging um die Konkurrenz zwischen einem württembergischen Bezirksnotar und einer württembergischen Notariatsassessorin, die sich um eine Stelle für eine hauptberufliche Notarin/einen hauptberuflichen Notar in Baden-Württemberg beworben hatten.

Im Land Baden-Württemberg können sich Notare *im Landesdienst* auf eine Stelle als Notar zur hauptberuflichen Amtsausübung (§ 3 Abs. 1 BNotO) bewerben; sie stehen Bewerbern gleich, die einen dreijährigen Anwärterdienst als Notarassessor geleistet haben und sich im Anwärterdienst des Landes Baden-Württemberg befinden (§ 114 Abs. 2 Satz 1 BNotO, jetzt und im Folgenden in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung). Das Gleiche gilt für Personen, welche die Voraussetzungen für die Ernennung zum Bezirksnotar erfüllen (§ 114 Abs. 2 Satz 2 BNotO). Die Befähigung zum Richteramt (§ 5 Satz 1 BNotO) und die Leistung des Anwärterdienstes als Notarassessor (§ 7 BNotO) sind für sie nicht Voraussetzung für die Bestellung zum hauptberuflichen Notar.

Die Beteiligten des Streitfalls<sup>17</sup> erfüllten die Voraussetzungen der Sonderregelungen des § 114 Abs. 2 Satz 1 und 2 BNotO: Der Beigeladene als (würtembergischer) Bezirksnotar (§ 114 Abs. 2 Satz 1 BNotO), die klagende würtembergische Notariatsassessorin, weil sie (ebenfalls) die würtembergische Notarprüfung bestanden und damit die Voraussetzungen für die Ernennung zur Bezirksnotarin geschaffen hatte (§ 114 Abs. 2 Satz 2 BNotO). Unterschiede bestanden allerdings in der beruflichen Laufbahn der Beteiligten. Der Beigeladene hatte als Bezirksnotar 23 Jahre ununterbrochen im Landesdienst gestanden und dabei rd. 13 Jahre die Dienstaufsicht in Notariaten innegehabt. Die Klägerin war nach der Notarprüfung 2 Jahre bei einem Notar tätig gewesen. Dann war sie in den Dienst des Landes Baden-Württemberg getreten und etwas über 2 Jahre (beamtete) Notarvertreterin (zunächst z.A., dann auf Lebens-

12 BGH, Beschl. v. 17.3.2014 – NotZ (Brfg) 20/13, ZNotP 2014, 113 Rn. 8.

13 Vgl. BGH, Beschl. v. 17.3.2014 – NotZ (Brfg) 20/13, ZNotP 2014, 113 Rn. 3.

14 BGH, Beschl. v. 21.7.2014 – NotZ (Brfg) 23/13.

15 Vgl. BGH, Beschl. v. 21.7.2014 – NotZ (Brfg) 23/13, BA, S. 3 f. und Beschl. v. 17.3.2014 – NotZ (Brfg) 20/13, ZNotP 2014, 113 Rn. 3.

16 Vgl. BGH, Beschl. v. 21.7.2014 – NotZ (Brfg) 23/13, BA, S. 4 ff.

17 BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 13/13, BGHZ 199, 148, dazu BVerfG, NA-Beschl. v. 17.1.2014 – 1 BvR 3544/13.

zeit) gewesen. Dann war sie auf eigenen Antrag hin aus dem Landesdienst entlassen worden und von da an wieder als württembergische Notariatsassessorin in dem Büro eines Notars angestellt. Damit war sie zum maßgeblichen Stichtag (vgl. § 6b Abs. 4 BNotO) insgesamt 23 Jahre als württembergische Notariatsassessorin tätig gewesen. In dem Rechtsstreit stand die Frage inmitten, ob die Landesjustizverwaltung ihre Auswahlentscheidung zugunsten des beigeladenen Bezirksnotars wesentlich darauf stützen durfte, dass die Klägerin nur relativ kurze Zeit – als Notarvertreterin – im Landesdienst tätig gewesen, der konkurrierende Bezirksnotar hingegen über 20 Jahre im Landesdienst und für diese Zeit durch Beurteilungen belegte hervorragende Leistungen – auch als Dienstaufsicht führender Bezirksnotar – aufzuweisen hatte.

Der BGH hat die Auswählerwägungen der Landesjustizverwaltung nicht beanstandet. Leitend hierfür war § 114 Abs. 2 Satz 4 BNotO, wonach bei der Prüfung der fachlichen Eignung nach § 6 Abs. 3 BNotO auch der berufliche Werdegang der Bewerber zu berücksichtigen ist, *vor allem die im Justizdienst des Landes erbrachten Leistungen*. Diese besondere Gewichtung ist gerechtfertigt durch die im württembergischen Rechtsgebiet historisch angelegte Verknüpfung des hauptberuflichen Notaramts mit der beamtenrechtlichen Laufbahn der Bezirksnotare. Für die Bezirksnotare stellt die Bestellung zum Notar (§ 3 Abs. 1 BNotO) eine weitere (die höchste) „Beförderungsstufe“ in einer beamtenrechtlichen Laufbahn dar, auch wenn sie selbst mit dem Ausscheiden aus dem Beamtenverhältnis verbunden ist. Hinzukommt, dass die Bezirksnotare vor der Bestellung zum Notar sich im öffentlichen Dienst, also unter unmittelbarer staatlicher Kontrolle über längere Zeit auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege bewährt haben müssen, sodass die gleiche, eine einheitliche Beurteilung ermöglichende Ausgangslage für alle Bewerber und damit für eine echte Auslese geschaffen wird.<sup>18</sup> Der beigeladene Bezirksnotar hatte diese Laufbahn mit selbstständiger Beurkundungsbefugnis in vielen Jahren durchmessen und dabei – auch als Leiter von Notariaten – hervorragende und sich ständig verbessernde Leistungen im Landesdienst erbracht. Das durfte die Landesjustizverwaltung durchaus eignungsverstärkend zugunsten des Beigeladenen berücksichtigen. Die klagende württembergische Notariatsassessorin konnte solche Eignungsmerkmale, schon weil sie nach wenigen Jahren aus dem Landesdienst ausgeschieden war, nicht in gleich hohem Maße in Anspruch nehmen.

## II. Abbruch des Besetzungsverfahrens

Das Ergebnis einer Stellenausschreibung oder im Laufe des Besetzungsverfahrens eintretende Umstände, wie etwa die Rücknahme einer Bewerbung, können die Landesjustizverwaltung veranlassen, das Auswahl- und Stellenbesetzungsverfahren abzubrechen. Es fragt sich, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen dies zulässig ist. Im Zusammenhang mit der Besetzung einer bayerischen Notarstelle hatte der BGH Gelegenheit, hierzu Stellung zu nehmen.<sup>19</sup> Danach gilt Folgendes:

Der Landesjustizverwaltung steht hinsichtlich des jederzeitigen Abbruchs eines Bewerbungs- und Auswahlverfahrens ein weiteres Ermessen zu als bei der Auswahlentscheidung selbst. Denn es handelt sich um ein organisations- und verwaltungspolitisches Ermessen; für den Abbruch des Bewerbungs- und Auswahlverfahrens genügt grds. ein – im Rahmen des Art. 33 GG zulässiger – sachlicher Grund.<sup>20</sup> Als ein solcher können im notariellen Berufsrecht naturgemäß die Belange einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege, insbesondere in ihrer Ausformung in den §§ 4 und 5 bis 7 BNotO, angesehen werden.<sup>21</sup> Zu dem sachlichen Grund als „materiellrechtliche“ Voraussetzung eines Abbruchs tritt ein „formelles“ Erfordernis hinzu: Es muss sichergestellt sein, dass die von dem Verfahren betroffenen Bewerber rechtzeitig und in geeigneter Form von dem Abbruch Kenntnis erlangen.<sup>22</sup> Der rechtswirksame Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens führt dazu, dass der Bewerbungsverfahrensanspruch der Bewerber erlischt.<sup>23</sup>

Im fraglichen Fall hatte die Landesjustizverwaltung die Voraussetzungen für einen Abbruch des Besetzungsverfahrens rechtsfehlerfrei angenommen. Dafür war insbesondere ein sachlicher Grund gegeben.

Auf die Ausschreibung hin hatten sich lediglich drei „Landesfremde“, nämlich zwei (Nur-)Notare sowie ein Rechtsanwalt und Notar, beworben. Der von der Landesjustizverwaltung für die Besetzung der Stelle in Aussicht genommene (Nur-)Notar verzichtete aus familiären Gründen. Die Landesjustizverwaltung brach daraufhin das Besetzungsverfahren ab. Sie stützte sich dabei auf an den Belangen einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege ausgerichteten Bedenken hinsichtlich der verbliebenen beiden Bewerber:

Die Landesjustizverwaltung, die die Stellen ausgeschrieben hatte, übernahm in den notariellen Dienst mit Rücksicht auf eine qualitativ angemessene Versorgung der Rechtsuchenden mit notariellem Rechtsrat ausschließlich Bewerber mit „Prädikatsexamen“, d.h. also mit (mindestens) der Note „Vollbefriedigend“, in der Zweiten juristischen Staatsprüfung. Diese Voraussetzung erfüllte einer der verbliebenen Notarbewerber nicht.<sup>24</sup>

Hinsichtlich des zweiten verbliebenen Notarbewerbers ergaben sich die Bedenken aus § 10 Abs. 1 Satz 3 BNotO. Danach kann der Amtssitz des Notars mit dessen Zustimmung unter Beachtung der Belange einer geordneten Rechtspflege verlegt werden. Der fragliche Bewerber hatte aber zum

18 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 13/13, Rn. 12 ff. m.w.N.

19 BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 9/13, dazu BVerfG, NA-Beschl. v. 5.3.2014 – 1 BvR 443/14.

20 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 9/13, Rn. 5 ff. m.w.N. auch zur Rechtsprechung des BVerfG zum beamtenrechtlichen Bewerbungsverfahren.

21 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 9/13, Rn. 7.

22 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 9/13, Rn. 7.

23 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 9/13, Rn. 5.

24 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 9/13, Rn. 11.

Stichtag die an seinem (bisherigen) Amtssitz – und auch in Bayern für das Erstamt – geltende Mindestverweildauer von 5 Jahren<sup>25</sup> nicht erfüllt; er hatte die Notarstelle weniger als 2 Jahre inne. Die für den Bewerber zuständige Notarkammer hatte in Abstimmung mit „ihrer“ Landesjustizverwaltung mitgeteilt, dass die Stelle nach einem Amtssitzwechsel des Bewerbers nicht eingezogen werde und die Erfüllung der Mindestverweildauer beachtlich sei. Es ist nicht zu beanstanden, dass darauf die für das Besetzungsverfahren zuständige Landesjustizverwaltung bei ihrer Entscheidung abzuberechnen auch diese „landesfremden“ Belange der vorsorgenden Rechtspflege unter dem Gesichtspunkt des bundesfreundlichen Verhaltens ins Gewicht fallen ließ.<sup>26</sup>

## B. Altersgrenze

Der BGH hatte im Berichtszeitraum wiederholt Anlass, seine Rechtsprechung zu der Altersgrenze für Notare (§ 48a BNotO), insbesondere zu der Einhaltung unionsrechtlicher Vorgaben, weiter zu entfalten (I.). Ferner stellte sich mit Blick auf den EGMR die Frage einer Aussetzung des Verfahrens (II.).

### I. Unionsrechtliche Vorgaben

Die Regelung der §§ 48a, 47 Nr. 1 BNotO, wonach die Notare mit dem Ende des Monats, in dem sie das siebzigste Lebensjahr vollenden, die Altersgrenze erreichen und das Amt des Notars erlischt, steht mit dem Unionsrecht in Einklang. Sie verstößt insbesondere nicht gegen das – einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts darstellenden und durch die *RL 2000/78/EG des Rats v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf* konkretisierte – Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters. Die durch § 48a BNotO bewirkte ungleiche Behandlung wegen des Alters ist gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie zulässig. Denn sie verfolgt das legitime sozialpolitische Ziel, die Berufschancen zwischen den Generationen gerecht zu verteilen. Sie ist zu der Erreichung dieses Zieles erforderlich und angemessen, weil ohne die gesetzliche Altersgrenze für die Besetzung der nur in begrenzter Zahl zur Verfügung stehenden Stellen (§ 4 Satz 1 BNotO) nicht mit der erforderlichen Vorhersehbarkeit und Planbarkeit gewährleistet wäre, dass lebensältere Notare die ihnen zugewiesenen Stellen für lebensjüngere Bewerber freimachen.<sup>27</sup>

Eine andere Beurteilung folgt auch nicht aus Art. 15, 16, 17, 21 der *Charta der Grundrechte der EU v. 12.12.2007*<sup>28</sup> (GRC). Ob der Anwendungsbereich der Charta eröffnet ist, könnte für das Berufsrecht der Notare fraglich sein, weil insoweit die Zuständigkeit nicht auf die EU übertragen worden sein dürfte. Offen bleiben kann auch, ob die notarielle Tätigkeit von dem Schutzbereich des Art. 16 GRC – unternehmerische Freiheit – und des Art. 17 GRC – Garantie des privaten Eigentums – erfasst wird; denn der Notar übt ein öffentliches Amt aus (§ 1 BNotO). Jedenfalls unterlägen die v.g., von der Charta gewährleisteten Grundrechte einer nach Art. 52 Abs. 1 GRC zulässigen Einschränkung.

Danach ist eine – gesetzliche – Einschränkung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten zulässig, die deren Wesensgehalt achtet, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt und den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entspricht. Die für die Notare geltende Altersgrenze dient aber, wie schon ausgeführt, gerade einem solchen legitimen Ziel des Allgemeinwohls. Mildere Mittel, um dieses Ziel, die Sicherung einer geordneten Altersstruktur des aktiven Notariats und die Gewährleistung einer ausreichenden Fluktuation im Interesse der beruflichen Perspektive jüngerer Anwärter (nicht, worauf vielfach abgestellt wird, die Sicherung der körperlichen und geistigen Leistungsfähigkeit der aktiven Notare), zu erreichen, sind nicht ersichtlich.<sup>29</sup>

### II. Aussetzung des Verfahrens

In den die Altersgrenze betreffenden Rechtsstreiten ist verschiedentlich die *Aussetzung des Verfahrens* beantragt worden. Das Verfahren sollte bis zu der Entscheidung des EGMR über die Individualbeschwerde eines anderen Notars, dessen Amt aufgrund des Erreichens der Altersgrenze gem. § 47 Nr. 1 BNotO erloschen war, ausgesetzt werden. Der BGH<sup>30</sup> hat indes die Voraussetzungen einer Aussetzung gem. § 94 VwGO, § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO nicht für gegeben erachtet. Das von einem Notar, der an dem zur Entscheidung stehenden Rechtsstreit nicht beteiligt war, vor dem EGMR betriebene Individualbeschwerdeverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland war nicht präjudiziell i.S.d. § 94 VwGO. Die danach für die Zulässigkeit einer Aussetzung geforderte Vorgeflichkeit besteht nicht schon dann, wenn in beiden Verfahren dieselbe Rechtsfrage entscheidungserheblich ist. § 94 VwGO stellt – wie die wortgleiche Bestimmung des § 148 ZPO – nicht auf sachliche oder tatsächliche Zusammenhänge zwischen verschiedenen Verfahren ab, sondern auf die Abhängigkeit vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses. Allein die tatsächliche Möglichkeit eines Einflusses genügt dieser gesetzlichen Voraussetzung nicht und wäre i.Ü. auch ein konturenloses Kriterium, das das aus dem Justizgewährleistungsanspruch folgende grundsätzliche Recht der Prozessparteien auf Entscheidung ihres Rechtsstreits in seinem Kern beeinträchtigen würde.

25 Vgl. zur Unbedenklichkeit dieses Erfordernisses BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 9/13, Rn. 14 m.w.N.

26 Vgl. BGH Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 9/13, Rn. 12 ff.

27 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 8/13, Rn. 3 und NotZ (Brfg) 11/13, DNotZ 2014, 313 Rn. 4, jeweils m.w.N. auch zu der Rechtsprechung des EuGH.

28 ABl. 2007, Nr. L 303 S. 1.

29 BGH, Beschl. v. 17.3.2014 – NotZ (Brfg) 21/13, ZNotP 2014, 111 Rn. 10 f. m.w.N., dazu BVerfG, NA-Beschl. v. 27.6.2014 – 1 BvR 1313/14.

30 BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 11/13, DNotZ 2014, 313 Rn. 12 f. und – NotZ (Brfg) 12/13, Rn. 12 f., dazu BVerfG, NA-Beschl. v. 20.2.2014 – 1 BvR 216/14.

## C. Amtsenthebung wegen gefährdender Wirtschaftsführung

Der Notar ist seines Amtes zu entheben, wenn die Art seiner Wirtschaftsführung die Interessen der Rechtsuchenden gefährdet (§ 50 Abs. 1 Nr. 8 Fall 2 BNotO). Dieser Hauptanwendungsfall der Amtsenthebung war im Berichtszeitraum mehrfach Gegenstand von Zulassungsanträgen. Der BGH betonte nochmals die Grundsätze:

### I. Grundsätze

Neben der Zerrüttung der wirtschaftlichen Verhältnisse eines Notars, die regelmäßig anzunehmen ist, wenn gegen ihn Zahlungsansprüche in erheblicher Größenordnung bestehen oder gerichtlich geltend gemacht werden, Pfändungs- oder Überweisungsbeschlüsse gegen ihn erlassen, fruchtlose Pfändungsversuche unternommen, Verfahren zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gem. § 807 ZPO eingeleitet oder Haftbefehle zur Erzwingung dieser Versicherung gegen ihn erlassen worden sind, ist bereits eine Wirtschaftsführung des Notars, die Gläubiger dazu zwingt, wegen berechtigter – selbst kleinerer<sup>31</sup> – Forderungen Zwangsmaßnahmen zu ergreifen, als solche nicht hinnehmbar.<sup>32</sup> Ohne Belang ist dabei, aus welchen Gründen diese Maßnahmen erforderlich werden. Dies gilt selbst dann, wenn sie nicht auf schlechte wirtschaftliche Verhältnisse, Vermögenslosigkeit oder Überschuldung des Notars zurückzuführen sind.<sup>33</sup> Unbeachtlich ist ferner, ob den Notar ein Verschulden an der Situation trifft, die ihn zu seiner Wirtschaftsführung veranlasst.<sup>34</sup>

### II. Vorübergehende Krise

Eine die Interessen der Rechtsuchenden gefährdende Wirtschaftsführung kann allerdings zu verneinen sein, wenn sich Gläubiger lediglich in einer kurzen, vorübergehenden und inzwischen überwundenen Phase der beruflichen Tätigkeit des Notars veranlasst sehen, ihre Forderungen zwangsweise beizutreiben. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die zuverlässige Aussicht einer stabilen Konsolidierung der Einkommenssituation besteht.<sup>35</sup>

### III. Wahrung der Zuverlässigkeit in der Krise

Hinzuweisen ist ferner darauf, dass der Notar auch in einer wirtschaftlichen Krise die für sein Amt erforderliche Zuverlässigkeit und Integrität zu wahren hat. Deshalb ist bei der Würdigung, ob eine gefährdende Wirtschaftsführung vorliegt, auch zu berücksichtigen, ob der Notar etwa falsche oder unvollständige Angaben gegenüber den Gläubigern oder den Gerichten gemacht, sonstige insolvenzrechtliche Mitwirkungspflichten verletzt oder die für die Kanzleiangestellten zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträge vorerhalten hat.<sup>36</sup> Im Rahmen der Prüfung der Wirtschaftsführung hat der Notar gegenüber der Landesjustizverwaltung nach § 26 Abs. 2 VwVfG, § 64a Abs. 1 BNotO eine von ihm geforderte Erklärung über seine Wirtschaftsführung abzugeben. Die Ermittlungspflicht der Behörde aufgrund des im

Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatzes endet, wo es ein Beteiligter in der Hand hat, die notwendige Erklärung abzugeben und Beweismittel vorzulegen, um eine seinem Interesse entsprechende Entscheidung herbeizuführen. Erteilt der Notar auf eine solche Aufforderung Auskunft, muss diese richtig und vollständig sein; täuscht der Notar die Landesjustizverwaltung wiederholt über die Höhe seiner Verbindlichkeiten, kann darin ein Indiz für gefährdende unordentliche Wirtschaftsführung gesehen werden.<sup>37</sup>

### IV. Spätere Änderungen der Sachlage

Unentschieden blieb weiterhin, ob nach der Entscheidung der Landesjustizverwaltung über die Amtsenthebung zugunsten des Notars eingetretene Änderungen der Sachlage, insbesondere der wirtschaftlichen Verhältnisse und der Wirtschaftsführung, beachtlich sind.<sup>38</sup> In den fraglichen Fällen waren solche Änderungen nicht festzustellen.

### D. Auskunft zur Berufshaftpflichtversicherung

§ 19a Abs. 6, 1. HS BNotO bestimmt, dass die Landesjustizverwaltung (oder die Notarkammer, der der Notar angehört) Dritten zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen auf Antrag Auskunft erteilt über den Namen und die Adresse der Berufshaftpflichtversicherung des Notars sowie die Versicherungsnummer, soweit der Notar kein überwiegendes schutzwürdiges Interesse an der Nichterteilung der Auskunft hat.

Die Beigeladenen ersuchten die beklagte Landesjustizbehörde mitzuteilen, bei welcher Versicherung der klagende Notar die Berufshaftpflichtversicherung unterhalte. Sie berührten sich eines Schadensersatzanspruchs gegen den Notar. Dieser habe sich zu Unrecht geweigert, ihnen vollstreckbare Ausfertigungen von Grundschuldbestellungsurkunden zu erteilen. Hierdurch seien sie gehindert, im laufenden Zwangsversteigerungsverfahren ihre Rechte aus den Grundschulden geltend zu machen. Die Landesjustizverwaltung kündigte gegenüber dem Notar an, den Beigeladenen die erbetene Auskunft erteilen zu wollen.

31 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 7/13, DNotZ 2014, 304 Rn. 10, dazu BVerfG, NA-Beschl. v. 20.2.2014 – 1 BvR 182/14.

32 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 7/13, DNotZ 2014, 304 Rn. 8 und 11 f. und – NotZ (Brfg) 1/13, Rn. 3.

33 Vgl. BGH, Beschl. v. 17.3.2014 – NotZ (Brfg) 17/13, DNotZ 2014, 548 Rn. 4, dazu BVerfG, NA-Beschl. v. 16.5.2014 – 1 BvR 1221/14.

34 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 7/13, DNotZ 2014, 304 Rn. 8; – NotZ (Brfg) 1/13, Rn. 3.

35 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 7/13, DNotZ 2014, 304 Rn. 10; – NotZ (Brfg) 14/13, Rn. 4; – NotZ (Brfg) 1/13, Rn. 4.

36 Vgl. BGH, Beschl. v. 17.3.2014 – NotZ (Brfg) 17/13, DNotZ 2014, 548 Rn. 5.

37 Vgl. BGH, Beschl. v. 17.3.2014 – NotZ (Brfg) 17/13, DNotZ 2014, 548 Rn. 9 ff., 17 f.

38 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 7/13, DNotZ 2014, 304 Rn. 10 m.w.N.

Auf Klage des Notars untersagte das OLG der Landesjustizverwaltung, den Beigeladenen Auskunft über Name und Adresse der Berufshaftpflichtversicherung des Notars sowie über dessen Versicherungsnummer zu geben. Die von dem OLG zugelassene Berufung der Beigeladenen hatte Erfolg; der BGH<sup>39</sup> hat die Unterlassungsklage des Notars abgewiesen.

§ 19a Abs. 6, 1. HS BNotO bindet den Auskunftsanspruch im Ansatz nur daran, dass der Auskunft beantragende Dritte einen Schadensersatzanspruch gegen den Notar geltend macht bzw. dies beabsichtigt. Der Auskunftsanspruch hängt nicht, wie das OLG gemeint hat, davon ab, dass der Dritte die Auskunft zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs *benötigt*. Er setzt – schon nach dem klaren Wortlaut des § 19a Abs. 6, 1. HS BNotO – weder voraus, dass der Dritte einen Direktanspruch (§ 115 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 VVG) gegen die Berufshaftpflichtversicherung des Notars hat noch, dass dem Dritten eine eigene Anzeigepflicht gegenüber der Berufshaftpflichtversicherung des Notars obliegt. Die Vorschrift ist § 51 Abs. 6 Satz 2, 1. HS BRAO nachgebildet, die einen entsprechenden Auskunftsanspruch des Dritten, der einen Schadensersatzanspruch gegen den Rechtsanwalt geltend macht, gegen die Rechtsanwaltskammer normiert und gleichfalls nicht eine solche Einschränkung enthält.<sup>40</sup> Zweck des gegen die Landesjustizverwaltung oder die Notarkammer gerichteten Auskunftsanspruchs gem. § 19a Abs. 6, 1. HS BNotO ist es, dem Dritten die Rechtsverfolgung wegen eines etwaigen Schadensersatzanspruchs gegen den Notar zu erleichtern.<sup>41</sup> Dabei ist im Blick zu behalten, dass die rasche und ordnungsgemäße Regulierung von Schäden auch im Interesse der Landesjustizverwaltung wie der Notarkammer und letztlich des Berufsstands insgesamt liegt.

In dem auf Erteilung der Auskunft gerichteten Verwaltungsverfahren und in dem gerichtlichen Verfahren ist grds. nicht zu prüfen, ob dem Dritten tatsächlich ein Schadensersatzanspruch gegen den Notar zusteht. Der Dritte soll durch die Auskunft lediglich instand gesetzt werden, sein Schadensersatzverlangen gegenüber der Berufshaftpflichtversicherung des betreffenden Notars vorzutragen. Ob der Notar Schadensersatz nach § 19 BNotO wegen Verletzung einer Amtspflicht schuldet und die Berufshaftpflichtversicherung den Notar ggf. von Schadensersatzansprüchen des Dritten freizustellen hat, ist der Prüfung durch die Berufshaftpflichtversicherung überlassen, die regelmäßig zunächst den Notar hören wird. Im Streitfall wäre die Frage des Schadensersatzes im ordentlichen Rechtsweg durch die Zivilgerichte (vgl. § 19 Abs. 3 BNotO) zu klären.<sup>42</sup>

Ein „überwiegendes schutzwürdiges Interesse an der Nichterteilung der Auskunft“ (§ 19a Abs. 6, 1. HS a.E. BNotO) wird der Notar eher ausnahmsweise einwenden können, etwa wenn mit der Auskunft allein sachfremde Ziele verfolgt werden. Dass der Notar nach Erteilung der Auskunft einem gewissen Druck durch die Berufshaftpflichtversicherung ausgesetzt sein könnte, Amtshandlungen auszuführen oder zu unterlassen, begründet ein den Auskunftsanspruch

des Dritten zurückdrängendes „schutzwürdiges Interesse“ noch nicht. Von dem Notar wird insoweit – wie auch sonst – verlangt, dass er sein öffentliches Amt stets als unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten versteht (vgl. § 14 Abs. 1 BNotO). In der Praxis dürfte die Berufshaftpflichtversicherung ohnehin – nach Prüfung in Abstimmung mit dem Notar – für unberechtigt erachtete Schadensersatzforderungen schon von sich aus zurückweisen.<sup>43</sup>

## E. Prüfung der Amtsführung

Gem. § 93 Abs. 3 Satz 1 BNotO, § 32 Abs. 2 Satz 1 DONot wird die Prüfung der Amtsführung von der Präsidentin oder dem Präsidenten des LG oder Richterinnen und Richtern auf Lebenszeit, welche sie mit der Prüfung beauftragt haben, – ggf. unter Heranziehung von Beamtinnen und Beamten der Justizverwaltung (§ 93 Abs. 3 Satz 3 BNotO) – durchgeführt. Ein Streitfall gab dem BGH Gelegenheit klarzustellen, dass § 32 Abs. 2 Satz 1 DONot – ungeachtet des „oder“ – zulässt, dass die Präsidentin bzw. der Präsident des LG, die selbst prüfen, zusätzlich Richterinnen oder Richter auf Lebenszeit mit der Prüfung beauftragen. Ein sachlicher Grund, die Prüfungszuständigkeit allein auf die Präsidentin/den Präsidenten des LG *oder* von ihnen beauftragte Richterinnen oder Richter auf Lebenszeit zu beschränken, besteht nicht. Es kann gerade auch im Interesse des von der Prüfung betroffenen Notars liegen, den Ablauf der Prüfung zu beschleunigen, indem die Präsidentin/der Präsident des LG selbst prüft und zusätzlich Richterinnen oder Richter auf Lebenszeit mit der Prüfung beauftragt.<sup>44</sup>

Hiervon unberührt bleibt die – im Streitfall nicht in Zweifel gezogene – Befugnis der Aufsichtsbehörde nach § 93 Abs. 3 Satz 2 BNotO (s. auch § 32 Abs. 3 Satz 1 DONot), nach Anhörung der Notarkammer Notare zu Prüfungen hinzuzuziehen.<sup>45</sup>

## F. Zuweisung fachkundiger Mitarbeiter durch die Bayerische Notarkasse

Die Bayerische Notarkasse beschäftigt „fachkundige Mitarbeiter“, die den Notaren im Tätigkeitsbereich der Kasse zur Dienstleistung zugewiesen werden (§ 113 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BNotO). Für die Überlassung der fachkundigen Mitarbeiter erhebt die Notarkasse von den betreffenden Notaren Besoldungsbeiträge, die allerdings nicht kostendeckend sind. Die der Notarkasse entstehenden (Lohn-)Kosten für

39 BGH, Urt. v. 17.3.2014 – NotZ (Brfg) 16/13, ZNotP 2014, 116, vorgesehen zum Abdruck in BGHZ.

40 BGH, Urt. v. 17.3.2014 – NotZ (Brfg) 16/13, ZNotP 2014, 116 Rn. 14 ff.; s. auch BGH, Urt. v. 22.10.2010 – AnwZ (Brfg) 60/11, NJW 2013, 234.

41 BGH, Urt. v. 17.3.2014 – NotZ (Brfg) 16/13, ZNotP 2014, 116 Rn. 16.

42 Vgl. BGH, Urt. v. 17.3.2014 – NotZ (Brfg) 16/13, ZNotP 2014, 116 Rn. 17.

43 Vgl. BGH, Urt. v. 17.3.2014 – NotZ (Brfg) 16/13, ZNotP 2014, 116 Rn. 20.

44 Vgl. BGH, Beschl. v. 17.3.2014 – NotZ (Brfg) 18/13, ZNotP 2014, 114 Rn. 4.

45 Vgl. BGH, Beschl. v. 17.3.2014 – NotZ (Brfg) 18/13, ZNotP 2014, 114 Rn. 5.

die bei ihr angestellten fachkundigen Mitarbeiter werden zusätzlich über die von allen Notaren ihres Tätigkeitsbereichs eingeforderte Staffelabgabe finanziert. Die Zuweisung des fachkundigen Mitarbeiters erfolgt – so handhabt es die Notarkasse – mit Zustimmung des Notars. Im Streitfall ging es um die Beendigung der Zuweisung. Die klagenden Notare beantragten, gerichtlich festzustellen, dass die Notarkasse verpflichtet sei, allein auf ihr Verlangen hin die Zuweisung eines fachkundigen Mitarbeiters aufzuheben.

Der Antrag scheiterte nicht schon daran, dass das Feststellungsinteresse fehlte (§ 43 VwGO; § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO). Ein berechtigtes Interesse an der Feststellung (§ 43 Abs. 1 VwGO) konnte damit begründet werden, dass die Notare vor der Zuweisung eines fachkundigen Mitarbeiters geklärt wissen wollten, unter welchen Voraussetzungen sie sich ggf. von dem zugewiesenen fachkundigen Mitarbeiter trennen könnten.

Vor dem OLG hatten die Notare bereits die Feststellung erstritten, dass sie die Aufhebung der Zuweisung des fachkundigen Mitarbeiters beanspruchen können, wenn zwischen ihnen und dem fachkundigen Mitarbeiter die Voraussetzungen des § 626 BGB vorliegen und sie die Notarkasse rechtzeitig entsprechend unterrichtet haben. Insoweit war das Urteil des OLG rechtskräftig geworden. Der Zulassungsantrag der Notare war darauf gerichtet, weitergehend festzustellen, dass die Notarkasse verpflichtet ist, die Zuweisung allein aufgrund des Verlangens der Notare – also ohne dass die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung nach § 626 BGB gegeben sein müssten – zu beenden. Der Zulassungsantrag blieb erfolglos.<sup>46</sup>

§ 113 Abs. 6 BNotO bestimmt lediglich, dass die Notare verpflichtet sind, die ihnen zur Dienstleistung zugewiesenen, in einem Dienstverhältnis zu der Notarkasse stehenden fachkundigen Mitarbeiter zu beschäftigen. Die Vorschrift regelt nicht, unter welchen Voraussetzungen die Zuweisung zu beenden ist.<sup>47</sup>

Die Zuweisung des fachkundigen Mitarbeiters – und dementsprechend auch die Aufhebung einer Zuweisung – erfolgt durch Verwaltungsakt der Notarkasse. Die Entscheidung über die Zuweisung und die Entscheidung über die Beendigung der Zuweisung stehen im pflichtgemäßen Ermessen der Notarkasse. Richtschnur für diese Entscheidungen sind jeweils die Belange einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege. Im Rahmen dieser Ermessensentscheidung sind die berechtigten Belange des von der Zuweisung betroffenen Notars wie die des fachkundigen Mitarbeiters selbst zu berücksichtigen. Der Notar hat dementsprechend grds. nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, ob die Zuweisung widerrufen wird oder nicht. In besonders gelagerten Fällen mag das der Notarkasse eingeräumte Ermessen auf „Null“ reduziert sein. Hierauf war der Zulassungsantrag indes nicht gerichtet. Die Antragsteller begehrten nicht die Feststellung eines Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Entscheidung oder eines Anspruchs auf Widerruf der Zuweisung unter besonderen ermessensreduzierenden Um-

ständen. Es sollte vielmehr festgestellt werden, dass die Notarkasse allein auf ihr Verlangen hin verpflichtet ist, die Zuweisung zu beenden. Eine solche, mit der Verpflichtung der Notarkasse, im vorbeschriebenen rechtlichen Rahmen ein Ermessen auszuüben, nicht verträgliche Feststellung konnten die Notare nicht beanspruchen.<sup>48</sup> Der BGH hat weiter geprüft, ob diese rechtliche Beurteilung durch Verfassungsrecht, insbesondere durch das Übermaßverbot,<sup>49</sup> oder durch das Recht der EU,<sup>50</sup> – zu denken wäre an eine nach Art. 45 AEUV nicht zulässige Diskriminierung oder an einen Verstoß gegen die RL 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rats v. 19.11.2008 über Leiharbeit<sup>51</sup> – infrage gestellt wird; er hat das verneint.

Der Zulassungsantrag blieb auch erfolglos, soweit mit ihm die Anfechtungsklage weiterverfolgt wurde, die die Notare gegen den Bescheid der Notarkasse über die von ihnen zu zahlende Staffelabgabe erhoben hatten. Die abgabenfinanzierte Einrichtung der fachkundigen Mitarbeiter (§ 113 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BNotO) begegnet keinen grundsätzlichen rechtlichen Bedenken. Sie dient im Gegenteil den Belangen einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege. Auf diesem Gebiet erwirbt der Mitarbeiter besondere Fachkunde in einer mehrjährigen, an die Fachangestelltenausbildung anschließenden Ausbildung, die mit einer Prüfung abschließt. Dies setzt den fachkundigen Mitarbeiter instand, den Notar bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen. Regelmäßig verbleibt der fachkundige Mitarbeiter an der Notarstelle und wird dem Amtsnachfolger zugewiesen. Das stellt eine im Interesse der rechtsuchenden Bevölkerung erwünschte Kontinuität an solchen Notarstellen sicher, deren Inhaber häufig wechseln. Die abgabenfinanzierte Zuweisung ermöglicht auch den Notaren, die umsatzschwache Stellen innehaben, die Dienstleistung durch hoch qualifizierte Mitarbeiter.<sup>52</sup>

Auch die Bemessung der Staffelabgabe nach der Zahl der Urkundsgeschäfte war nicht zu beanstanden. Dabei handelt es sich um einen zuverlässigen, weil auf objektiver Grundlage beruhenden, Maßstab. Es bestanden keine konkreten Anhaltspunkte, dass dieser typisierende Maßstab – etwa durch manipulierte Zahlen – grds. infrage gestellt worden wäre.<sup>53</sup>

## G. Verfahrensrecht

### I. Besetzung des Senats für Notarsachen

Der Senat für Notarsachen bei dem OLG ist (u.a.) mit Ri-OLG besetzt. Hiergegen können nicht deswegen Bedenken erhoben werden, weil die RiOLG ggf. über Rechtsbehelfe

46 BGH, Beschl. v. 21.7.2014 – NotZ (Brfg) 15/13.

47 Vgl. BGH, Beschl. v. 21.7.2014 – NotZ (Brfg) 15/13, BA, S. 7.

48 Vgl. BGH, Beschl. v. 21.7.2014 – NotZ (Brfg) 15/13, BA, S. 7 f.

49 Vgl. BGH, Beschl. v. 21.7.2014 – NotZ (Brfg) 15/13, BA, S. 8 ff.

50 Vgl. BGH, Beschl. v. 21.7.2014 – NotZ (Brfg) 15/13, BA, S. 11 ff.

51 ABl. der EU L 327/9 v. 5.12.2008.

52 Vgl. BGH, Beschl. v. 21.7.2014 – NotZ (Brfg) 15/13, BA, S. 17 f.

53 Vgl. BGH, Beschl. v. 21.7.2014 – NotZ (Brfg) 15/13, BA, S. 16 f.

gegen Verwaltungsentscheidungen des Präsidenten des OLG zu befinden haben, der über sie die Dienstaufsicht führt. Ein dem Senat für Notarsachen zugewiesener RiOLG ist – abgesehen von den allgemeinen Ausschlussgründen (§ 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 54 Abs. 1 VwGO, § 41 ZPO) – nur dann von dieser Ausübung des Richteramts ausgeschlossen, wenn er in der Notarsache bei dem vorausgegangenen Verwaltungsverfahren mitgewirkt hat (vgl. § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 54 Abs. 2 VwGO). Die vorbeschriebene – gesetzlich angeordnete (vgl. §§ 101, 111 Abs. 4 BNotO) – Besetzung begründet für die dem Senat für Notarsachen zugewiesenen RiOLG regelmäßig nicht die Besorgnis der Befangenheit (§ 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 54 Abs. 1 und 3 VwGO, § 42 ZPO). Ein besonderer Umstand, der Bedenken gegen die Unvoreingenommenheit wecken könnte, ist nicht schon darin zu sehen, dass der RiOLG Mitglied des Präsidiums des OLG ist, dem auch der Präsident des OLG kraft Gesetzes angehört (§ 21a Abs. 2 GVG).<sup>54</sup> Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in verwaltungsrechtlichen Notarsachen steht aufgrund der gesetzlichen Rechtswegzuweisung (§ 111 Abs. 1 bis 3 BNotO, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) ohnehin nicht in Zweifel.<sup>55</sup>

## II. Bestimmung des zuständigen Gerichts

Der Antragsteller war im Zuge eines mit der Landesjustizverwaltung geschlossenen Vergleichs auf eigenen Antrag aus dem Amt des Notars entlassen worden. Er hält diesen Vergleich für unwirksam. Die beabsichtigte Klage gegen die Landesjustizverwaltung, für die er den BGH um Bestimmung des Gerichtsstands ersucht hat, ist auf „Wertersatz“ für die entgangenen Nutzungen der früheren Notarstelle und auf Amtshaftung gerichtet gewesen. Dem Antragsteller sollte zudem erlaubt werden, die Bezeichnung „Notar außer Dienst (a.D.)“ zu führen. Angekündigt gewesen ist ferner ein Antrag, die Unwirksamkeit des Vergleichs festzustellen.

Der Antrag, das für diese Klage – im Rechtsweg nach § 111 BNotO zuständige – OLG (Senat für Notarsachen) zu bestimmen, war gem. §§ 111a, 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 53 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 Satz 1 VwGO (analog) statthaft.

In verwaltungsrechtlichen Notarsachen ist das OLG örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Verwaltungsakt erlassen wurde oder zu erlassen wäre; dies gilt sinngemäß für hoheitliche Maßnahmen, die berufsrechtliche Rechte und Pflichten der Beteiligten beeinträchtigen oder verwirklichen (§ 111a Satz 1 BNotO). Danach war das OLG M das für die beabsichtigte Klage nach § 111 BNotO zuständige Gericht. Denn die begehrte, als Verwaltungsakt zu qualifizierende Erlaubnis, die Bezeichnung „Notar außer Dienst (a.D.)“ führen zu dürfen (§ 52 Abs. 2 BNotO), oblag dem Präsidenten des OLG M, in dessen Bezirk der Antragsteller das Amt des Notars innehatte (§ 111a Satz 1, 1. HS, Fall 2 BNotO). Die angestrebte Zuerkennung von „Wertersatz“ für entgangene Nutzungen aus der vormaligen Notarstelle wie die Unwirksamkeitsfeststellung bzgl. des mit der Landesjustizverwaltung geschlossenen Vergleichs betreffen hoheitliche Maßnahmen, die sich aus dem (früheren) Amt

des Notars ergebende Rechte des Antragstellers verwirklichen sollen (§ 111a Satz 1, 2. HS BNotO).<sup>56</sup> Das OLG M ist im Streitfall auch weder rechtlich noch tatsächlich an der Ausübung der Gerichtsbarkeit verhindert (§ 53 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO), weil dem Senat für Notarsachen RiOLG angehören, die unter der Dienstaufsicht des Präsidenten des OLG M stehen, der – als Behörde – mitverklagt werden soll. Insoweit kann auf die vorstehenden Ausführungen (unter G.I.) Bezug genommen werden.<sup>57</sup> Dass das OLG – Senat für Notarsachen – nicht zuständig sein dürfte, über Ansprüche aus Amtshaftung zu entscheiden, war in dem Verfahren auf Bestimmung des innerhalb des Rechtsweges nach § 111 BNotO zuständigen Gerichts (§ 53 VwGO analog) nicht zu prüfen.<sup>58</sup>

## H. Disziplinarrecht

In Disziplinarsachen lagen dem BGH im Berichtszeitraum nur zwei Entscheidungen zur Überprüfung vor:

### I. Disziplinarmaß

Der Präsident des LG hatte gegen den Notar durch Disziplinarverfügung einen Verweis und eine Geldbuße im Wesentlichen verhängt, weil der Notar die Verwahrungsmassen von 17 Kaufverträgen über Eigentumswohnungen über *ein* statt – wie von § 54b Abs. 2 Satz 3 BeurkG geboten – über 17 getrennte Notaranderkonten abgewickelt hatte. Zwischen diesen Geschäften bestand eine Verknüpfung dahin, dass jeweils Verkäufer und Käufer der einzelnen Eigentumswohnungen identisch waren, nur eine Finanzierungsgläubigerin für die Objekte aufkam und die Auszahlungsvoraussetzungen für alle 17 Verträge gleich gestaltet waren. Auf die Klage des Notars (§ 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 52 Abs. 2 BDG, § 42 VwGO) hatte das OLG diese Umstände zum Anlass genommen, die Disziplinarverfügung mit der Maßgabe aufzuheben, dass gegen den Notar eine Missbilligung ausgesprochen wird. Hiergegen richtete sich der Zulassungsantrag der Landesjustizverwaltung, die die Wiederherstellung der Disziplinarverfügung erstrebte.

Der Zulassungsantrag blieb erfolglos. Der Gerichtsbescheid (§ 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 3 BDG, § 84 VwGO)<sup>59</sup> des OLG ließ Richtigkeitszweifel (§ 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 64 Abs. 2 BDG, § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO)<sup>60</sup> nicht erkennen.

54 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 7/13, DNotZ 2014, 304 Rn. 4; s. auch Beschl. v. 17.3.2014 – ARNot 1/13, DNotZ 2014, 545 Rn. 11.

55 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2013 – NotZ (Brfg) 7/13, DNotZ 2014, 304 Rn. 5 m.w.N.

56 Vgl. BGH, Beschl. v. 17.3.2014 – ARNot 1/13, DNotZ 2014, 545 Rn. 5 f., 8.

57 Vgl. BGH, Beschl. v. 17.3.2014 – ARNot 1/13, DNotZ 2014, 545 Rn. 11.

58 Vgl. BGH, Beschl. v. 17.3.2014 – ARNot 1/13, DNotZ 2014, 545 Rn. 7.

59 Urban/Wittkowski, BDG, 2011, § 59 Rn. 19.

60 Urban/Wittkowski (Fn. 59), § 64 Rn. 16.

Wie der BGH<sup>61</sup> bereits entschieden hat, hat das Gericht auf die Klage gegen die Disziplinarverfügung neben der Rechtmäßigkeit auch die Zweckmäßigkeit der angefochtenen Disziplinarentscheidung zu überprüfen (§ 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 60 Abs. 3 BDG). Das Disziplinargericht ist nicht darauf beschränkt, eine rechtswidrige Verfügung gem. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufzuheben; es trifft in Anwendung der in § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 13 Abs. 1 BDG niedergelegten Grundsätze – innerhalb der durch die Disziplinarverfügung vorgegebenen Disziplinarmaßnahmenobergrenze – vielmehr eine eigene „Ermessensentscheidung“. Es kann die Disziplinarverfügung aufheben und eine mildere Disziplinarmaßnahme verhängen.

Diese Prüfungskompetenz des Disziplinargerichts umfasst die Befugnis, statt einer Disziplinarmaßnahme eine bloße Missbilligung gem. § 94 Abs. 1 Satz 1 BNotO auszusprechen, die zwar einen Tadel enthält, jedoch disziplinarischen Charakter nicht hat.<sup>62</sup>

Von diesen Grundsätzen war das OLG ausgegangen. Es hatte die außergewöhnlichen Umstände, die den Notar in dem vereinzelt gebliebenen Sonderfall zur Führung eines unzulässigen Sammelkontos veranlasst hatten – was die Notarkammer für vertretbar hielt –, gewürdigt und ging nur von einem geringfügigen Verschulden aus. Die weiteren durch die Geschäftsprüfung aufgedeckten Nachlässigkeiten hatte das OLG ebenfalls in seine Gesamtwürdigung einbezogen und das einheitliche Dienstvergehen durch die von ihm verhängte Missbilligung als hinreichend geahndet angesehen. Seine das Disziplinarmaß in einem Einzelfall betreffenden Erwägungen waren jedenfalls nicht zulassungsfordernd fehlerhaft.<sup>63</sup>

## II. Vorläufige Amtsenthebung in Disziplinarsachen

Die Staatsanwaltschaft warf dem Notar vor, in zwei Fällen notarielle Beurkundungen vorgenommen und dadurch Eigentumsübertragungen als Voraussetzung für Darlehensgewährungen durch eine Bank ermöglicht zu haben, obwohl ihm bekannt gewesen sei, dass die Immobilien überfinanziert gewesen seien. Der Präsident des LG leitete gegen den Notar ein Disziplinarverfahren ein und setzte es bis zum Abschluss des Strafverfahrens aus. Nachdem das LG den Notar wegen Beihilfe zum Betrug in zwei Fällen schuldig gesprochen hatte, enthub der Präsident des OLG den Notar vorläufig seines Amts. Der Strafsenat des BGH hob zwar später das Strafurteil des LG auf. Die dort getroffenen Feststellungen waren aber – soweit im Disziplinarverfahren von Bedeutung – nicht angegriffen.

Das OLG wies den Antrag des Notars, die vorläufige Amtsenthebung auszusetzen, zurück. Hiergegen richtete sich die zum BGH erhobene Beschwerde des Notars; der Rechtsbehelf blieb erfolglos.<sup>64</sup>

Die für die Erhebung der Disziplinaranzeige zuständige Behörde kann den Notar gleichzeitig mit oder nach der Ein-

leitung des Disziplinarverfahrens vorläufig seines Amts entheben, wenn im Disziplinarverfahren voraussichtlich auf Entfernung aus dem Amt des Notars erkannt werden wird (§ 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 38 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BDG). Die vorläufige Amtsenthebung erfordert weiterhin, dass die Maßnahme zur Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter geboten ist und dass sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht.<sup>65</sup>

Diese Voraussetzungen für die vorläufige Amtsenthebung waren im Streitfall gegeben. Es bestanden hinreichende Anhaltspunkte, dass der Notar wegen eines schwerwiegenden Dienstvergehens in seinem Amt untragbar geworden war und deshalb im Wege der Disziplinaranzeige aus dem Dienst entfernt werden wird (§§ 95, 97 Abs. 1 Satz 1, § 98 Abs. 1 Satz 2, §§ 99, 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 34 Abs. 2, 52 Abs. 1 BDG).

Der Notar hat seine Amtstätigkeit insbesondere zu versagen, wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden (§ 14 Abs. 2 BNotO). Ebenso ist ein auf Umgehung einer solchen verbotenen Amtsausübung gerichtetes Verhalten des Notars mit seinem Amt nicht vereinbar.<sup>66</sup>

Der Notar war verdächtig, in diesem Kernbereich seiner Amtspflichten versagt zu haben. Ungeachtet eines Hinweises der Staatsanwaltschaft, dass die zeitnahe Beurkundung von Kettenkaufverträgen mit erheblichen Differenzen zwischen dem An- und dem Verkaufspreis auch für den Notar strafrechtlich relevant sein könnte, beurkundete der Notar solche Verträge. Der Notar erhielt von der Notarkammer einen entsprechenden, auch die Möglichkeit des Amtsverlustes nennenden Hinweis. Er reagierte hierauf, indem er eine Vertragspartei, die an solchen Kettenkaufverträgen als Käufer und Verkäufer mitgewirkt und die Beurkundung eines weiteren solchen Geschäfts durch den Notar offenbar gerade angebahnt hatte, den Hinweis gab, dass die unmittelbare erhebliche Wertsteigerung einer gewissen Begründung bedürfe oder aber die Verträge nicht unmittelbar hintereinander abgewickelt werden sollten. Darin durfte das OLG vorsätzlich gegen § 14 Abs. 2 BNotO verstoßende „gestalterische Vorkehrungen“ des Notars sehen, die das Vertrauen in seine Integrität endgültig zerstörten.<sup>67</sup>

61 BGH, Beschl. v. 23.7.2012 – NotSt (Brfg) 5/11, ZNotP 2012, 359 Rn. 3.

62 Vgl. BGH, Beschl. v. 17.3.2014 – NotSt (Brfg) 1/13, ZNotP 2014, 110 Rn. 3 m.w.N.

63 Vgl. BGH, BGH, Beschl. v. 17.3.2014 – NotSt (Brfg) 1/13, ZNotP 2014, 110 Rn. 6 ff.

64 BGH, Beschl. v. 8.11.2013 – NotSt (B) 1/13, ZNotP 2013, 434.

65 BGH, Beschl. v. 8.11.2013 – NotSt (B) 1/13, ZNotP 2013, 434 Rn. 7 m.w.N.

66 BGH, Beschl. v. 8.11.2013 – NotSt (B) 1/13, ZNotP 2013, 434 Rn. 11 m.w.N.

67 BGH, Beschl. v. 8.11.2013 – NotSt (B) 1/13, ZNotP 2013, 434 Rn. 12 ff.

## Vertragsrecht

### Erhebliche Störung des Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung\*

von Notar Sebastian Herrler, München

*Die Festlegung des Preises für ein bestimmtes Wirtschaftsgut ist in unserer Rechtsordnung grds. allein Sache des Marktes bzw. der an dem jeweiligen Rechtsgeschäft beteiligten Parteien. Staatliche Eingriffe in die markt- bzw. privatautonome Preisbildung, sei es in Form von unmittelbaren Eingriffen in die Preisfindung, sei es durch gerichtliche Preiskontrolle ex post, sind auf besonders gelagerte Ausnahmefälle beschränkt. In jüngster Vergangenheit hatte sich der BGH dennoch mehrfach mit Fällen zu befassen, in welchen die Nichtigkeit von Immobilienkaufverträgen wegen erheblichen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung in Rede stand, Anlass genug, sich die materiell-rechtlichen und berufsrechtlichen Rahmenbedingungen zu vergegenwärtigen.*

#### I. Berufsrechtliche Rahmenbedingungen

Der Notar ist nur rechtlicher, nicht hingegen wirtschaftlicher Berater der Parteien. I.a.R. kann er mangels näherer Kenntnisse nicht beurteilen, ob zwischen Leistung und Gegenleistung ein ausgewogenes Verhältnis besteht. Gleichwohl hat er nach § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO seine Amtstätigkeit zu versagen, wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. Dies ist u.a. dann der Fall, wenn der zu beurkundende Kaufvertrag wegen Wuchers nach § 138 Abs. 2 BGB bzw. als wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig und dies dem Notar erkennbar ist. Zweifelt der Notar lediglich an der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts infolge eines (aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte) vermuteten erheblichen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung und können diese bloßen Zweifel nach Erörterung mit den Beteiligten nicht ausgeräumt werden, ist der Notar nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO grds. zur Vornahme der Beurkundung verpflichtet, wenn die Beteiligten darauf bestehen. Er hat jedoch gem. § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG einen Zweifelsvermerk in die Urkunde aufzunehmen.

#### II. Sittenwidrigkeit aufgrund schwerer Störung des Äquivalenzverhältnisses

Nicht erst seit der Debatte über die sog. Schrottimmobilien beginnend in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts hat sich der BGH immer wieder mit Konstellationen zu befassen, in denen ein Grundstück zu einem i.d.R. deutlich über dem tatsächlichen Verkehrswert liegenden Preis verkauft wird. In einer derartigen Konstellation steht die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen Wuchers (§ 138 Abs. 2 BGB) bzw. wegen wucherähnlichen Geschäfts i.S.v. § 138 Abs. 1 BGB in Rede. Im Gegensatz zum gemeinrechtlichen Grundsatz der *laesio enormis* (vgl. auch §§ 934 ff. ABGB, Art. 1674 ff. des Code civil)<sup>1</sup> genügt für die Annahme der Sittenwidrigkeit wegen schwerer Äquivalenzstörung nicht bereits ein bestimmter Grad des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung in objektiver Hinsicht. Stets muss auch ein weiteres, i.d.R. subjektives Moment hinzukommen.

#### 1. Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB)

In einem ersten Schritt ist grds. zunächst zu klären, ob das Rechtsgeschäft den Tatbestand des Wuchers i.S.v. § 138 Abs. 2 BGB als Spezialfall der Sittenwidrigkeit erfüllt.<sup>2</sup> Hierfür muss zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Missverhältnis bestehen, beim Vertragspartner muss eine Zwangslage, Unerfahrenheit, ein Mangel an Urteilsvermögen oder eine erhebliche Willensschwäche gegeben sein und der Wucherer muss diesen Umstand „ausgebeutet“ haben. In der Praxis spielt der Wucher nur eine geringe Rolle, da die in § 138 Abs. 2 BGB beispielhaft aufgezählten Umstände, die eine rationale, an ökonomischen Kriterien ausgerichtete Entscheidung seitens des Vertragspartners behindern, nicht ohne Weiteres zu beweisen sind. Wohl auch mit Blick auf die weitreichenden Rechtsfolgen des Wuchers (Nichtigkeit nicht nur des schuldrechtlichen, sondern ebenso des dinglichen Rechtsgeschäfts – Arg.: „versprechen oder gewähren lässt“)<sup>3</sup> stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen an das subjektive Element des Wuchers, die Ausbeutung im Sinne einer bewussten Ausnutzung der Zwangslage, der Unerfahrenheit etc. des Bewucherten. Zwar setzt die Ausbeutung keine Absicht voraus. Erforderlich ist jedoch Kenntnis der Schwächelage des anderen Teils und eine verwerfliche Vorgehensweise,<sup>4</sup> was jeweils vom Vertragspartner darzulegen und ggf. zu beweisen ist. Demgegenüber genügt auch grobe Fahrlässigkeit nicht für die Verwirklichung des Wuchertatbestands nach § 138 Abs. 2 BGB.<sup>5</sup>

\* Erweiterte Fassung des Vortrags, den der Autor auf der 12. Jahresarbeits-tagung des Notariats am 11.9.2014 in Berlin gehalten hat.

1 Mot. II, S. 321; vgl. MünchKomm-BGB/Armbrüster, 6. Aufl. 2012, § 138 Rn. 114.

2 Die Rechtsprechung hält sich allerdings vielfach nicht lange mit § 138 Abs. 2 BGB auf, sondern steuert direkt auf das wucherähnliche Rechtsgeschäft i.S.v. § 138 Abs. 1 BGB zu.

3 BGH, NJW 1994, 1275.

4 BGH, NJW 1994, 1275, 1276 m.w.N.

5 St. Rspr., vgl. BGH, NJW 1985, 3006, 3007; MünchKomm-BGB/Armbrüster (Fn. 1), § 138 Rn. 154 m.w.N.

## 2. Wucherähnliches Rechtsgeschäft (§ 138 Abs. 1 BGB)

Sind nicht sämtliche Tatbestandsmerkmale des Wuchers verwirklicht bzw. jedenfalls nicht nachweisbar, gestattet die Rechtsprechung in Fällen der Äquivalenzstörung den Rückgriff auf die Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB (sog. wucherähnliches Rechtsgeschäft). Auf den ersten Blick ist es zunächst überraschend, dass sich die Nichtigkeit des Vertrags aufgrund einer Störung des Äquivalenzverhältnisses nicht nur aufgrund der Spezialregelung für diese Konstellation in Abs. 2, sondern auch nach der Generalklausel nach Abs. 1 ergeben können soll, wenn zwar ein auffälliges Missverhältnis vorliegt, es aber an der Ausbeutung einer Zwangslage oder ähnlichen Schwächesituation fehlt. § 138 Abs. 2 BGB sanktioniere ein Äquivalenzmissverhältnis doch gerade nur bei Hinzutreten der subjektiven Voraussetzungen.<sup>6</sup> Im Ergebnis überzeugt die st. Rspr., die einen Anwendungsbereich von § 138 Abs. 1 BGB neben § 138 Abs. 2 BGB sieht, jedoch abgesehen von dem nicht auf eine abschließende Regelung hindeutenden Wortlaut („insbesondere“) schon deshalb, weil die restriktive Auslegung des Wuchertatbestands auf den weitreichenden Rechtsfolgen (Nichtigkeit auch des Erfüllungsgeschäfts) beruht. Da die Sittenwidrigkeit wegen wucherähnlichen Rechtsgeschäfts nach § 138 Abs. 1 BGB nur zur Nichtigkeit des Kausalgeschäfts führt, da die Äquivalenzstörung nur dieses betrifft,<sup>7</sup> spricht im Anwendungsbereich von § 138 Abs. 1 BGB nichts gegen eine etwas „großzügigere“ Handhabung des Nichtigkeitsverdikts, um Schutzlücken zu vermeiden.<sup>8</sup>

Eine Sittenwidrigkeit als wucherähnliches Rechtsgeschäft kommt danach aber nur in Betracht, wenn zur Äquivalenzstörung ein weiteres, außerhalb des Tatbestands von § 138 Abs. 2 BGB liegendes, die Sittenwidrigkeit begründendes Element hinzutritt:<sup>9</sup>

*„Ein Rechtsgeschäft ist nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn es nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren ist. Hierbei ist weder das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit noch eine Schädigungsabsicht erforderlich, es genügt vielmehr, wenn der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen die Sittenwidrigkeit folgt; dem steht es gleich, wenn sich jemand bewusst oder grob fahrlässig der Kenntnis erheblicher Tatsachen verschließt [...]. Danach können gegenseitige Verträge, auch wenn der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB nicht in allen Voraussetzungen erfüllt ist, als wucherähnliche Rechtsgeschäfte nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig sein, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung objektiv ein auffälliges Missverhältnis besteht und außerdem mindestens ein weiterer Umstand hinzukommt, der den Vertrag bei Zusammenfassung der subjektiven und objektiven Merkmale als sittenwidrig erscheinen lässt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten hervorgetreten ist, weil er etwa die wirtschaftlich schwächere Position des anderen Teils bewusst zu seinem Vorteil ausgenutzt oder sich zumindest leichtfertig der Erkenntnis*

*verschlossen hat, dass sich der andere Teil nur unter dem Zwang der Verhältnisse auf den für ihn ungünstigen Vertrag eingelassen hat.“<sup>10</sup>*

Ein wucherähnliches Rechtsgeschäft i.S.v. § 138 Abs. 1 BGB setzt demnach zweierlei voraus:

1. objektiv ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung  
und
2. einen weiteren, i.d.R. subjektiven Faktor, insbesondere eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten.

Im Gegensatz zum Wucher nach § 138 Abs. 2 BGB ist für die verwerfliche Gesinnung als neben das auffällige Missverhältnis tretendes, weiteres Tatbestandselement allerdings keine positive Kenntnis der Äquivalenzstörung und der Schwäche des Vertragspartners erforderlich. Vielmehr genügt es, wenn sich der Begünstigte dieser Erkenntnis grob fahrlässig verschließt.<sup>11</sup>

### a) Tatsächliche Vermutung

Gleichwohl ist der Nachweis der so definierten verwerflichen Gesinnung – ebenso wie der Nachweis der Ausbeutung i.S.v. § 138 Abs. 2 BGB – schwierig. Hier hilft die Rechtsprechung schon seit jeher mit einer tatsächlichen Vermutung, wenn das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besonders grob ist. Allein das besonders grobe Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung lässt danach den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten zu.<sup>12</sup> Nach Ansicht des BGH beruht „die Vermutung [...] auf dem Erfahrungssatz, dass in der Regel außergewöhnliche Leistungen nicht ohne Not oder nicht ohne einen anderen den Benachteiligten hemmenden Umstand zugestanden werden und dass der Begünstigte diese Erfahrung teilt.“<sup>13</sup>

### aa) Vergleich mit Verkehrswert

Für das besonders grobe Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung kommt es allein auf die objektiven Wertverhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses an. Vergleichsmaßstab ist also auch in Kettenkaufkonstellationen jeweils allein der derzeitige Verkehrswert bzw. Marktpreis der Immobilie, nicht hingegen der Ankaufs- bzw. der Ver-

<sup>6</sup> Kritisch daher *Koziol*, AcP 188 (1988), 183, 193 f.

<sup>7</sup> BGH, NJW 2001, 1127, 1129 m.w.N.

<sup>8</sup> Vgl. Nachweise bei *Staudinger/Sack/Fischinger*, BGB, Neubearb. 2012, § 138 Rn. 267.

<sup>9</sup> Vgl. BGH, WM 1982, 849; RGZ 93, 27, 29.

<sup>10</sup> BGH, NJW 2001, 1127 = ZNotP 2001, 351 m.w.N.

<sup>11</sup> St. Rspr., vgl. BGH, NJW 2001, 1127 = ZNotP 2001, 351 m.w.N.

<sup>12</sup> BGH, DNotZ 2012, 755; MittBayNot 2010, 306, 307; NJW 2001, 1127, 1128 = ZNotP 2001, 351, jeweils m.w.N.; zuletzt BGH, DNotZ 2014, 511 = ZNotP 2014, 104.

<sup>13</sup> BGH, MittBayNot 2010, 306, 307; vgl. auch BGH, NJW 2001, 1127, 1128 = ZNotP 2001, 351 m.w.N.

kaufpreis.<sup>14</sup> Der Verkehrswert bzw. Marktpreis kann grds. nach Vergleichswerten bestimmt werden, nicht jedoch allein unter Rückgriff auf einen durch den Veräußerer selbst geschaffenen Markt. So hat es der BGH nicht für maßgeblich erachtet, dass mehrere hundert Erwerber im Rahmen eines Steuersparmodells denselben oder einen annähernd gleichen Preis für eine Immobilie bezahlt haben. Der hierdurch ermittelte Vergleichswert stellt nicht notwendig den Verkehrswert der Immobilie dar.<sup>15</sup> Bei der Ermittlung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung sind allerdings auch Risiken zu berücksichtigen, die die eine oder andere Seite übernommen hat (z.B. Unklarheit über bestehende, auf der Immobilie lastende Verbindlichkeiten).<sup>16</sup>

### bb) Schwelle für besonders grobes Missverhältnis

Ein besonders grobes, die tatsächliche Vermutung einer verwerflichen Gesinnung des Begünstigten rechtfertigendes Missverhältnis ist bei Grundstücksgeschäften nach st. Rspr. des BGH anzunehmen, „wenn der Wert der Leistung *knapp doppelt so hoch* ist wie der Wert der Gegenleistung.“ (Hervorhebung durch Verfasser)<sup>17</sup>

Bislang fehlte es an einer näheren Präzisierung der Grenze zwischen einem bloß auffälligen und einem groben Missverhältnis.

*Bejaht* hat der BGH ein besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bei Wertverhältnissen

- von 45.000 DM und 80.000 DM, also einem Wertmissverhältnis von knapp 78 %,
- von 220.000 DM und 400.000 DM,<sup>18</sup> also einem Wertmissverhältnis von knapp 82 %,
- von 224.000 DM und 412.800 – 441.660 DM,<sup>19</sup> also einem Wertmissverhältnis von mindestens 84,3 %.

Demgegenüber wurde jüngst ein besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung *verneint* bei Wertverhältnissen

- von 106.000 € und 190.000 €,<sup>20</sup> also einem Wertmissverhältnis von knapp 80 %, bzw.
- von 97.000 € und 178.600 €,<sup>21</sup> also einem Wertmissverhältnis von gut 84 %.

Wie die vorstehende Auflistung zeigt, ist in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt, wo bei Immobilienkaufverträgen die Grenze zwischen einem bloß auffälligen und einem besonders groben Missverhältnis zu ziehen ist.<sup>22</sup>

Nach Auffassung des BGH ist die Unter- bzw. Überschreitung des Kaufpreises um die Hälfte bzw. um das Doppelte umso weniger aussagekräftig, je geringer der absolute Wert der Sache ist, sodass im Fall eines relativ geringen Werts der Kaufsache Zurückhaltung bei der Anwendung der Vermutungsregel geboten ist.<sup>23</sup> In dem der Entscheidung des BGH v.

27.9.2002 zugrunde liegenden Sachverhalt betrug der Kaufpreis für ein unbebautes Grundstück im Wert von 30.000 DM lediglich 9.000 DM (Wertmissverhältnis von 233 %); dennoch wurde die Vermutungsregel nicht angewandt.<sup>24</sup>

### cc) Maßgeblicher Zeitpunkt

Einigkeit besteht demgegenüber darin, dass für den Vergleich der Werte von Leistung und Gegenleistung allein auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist.<sup>25</sup> Spätere Wertveränderungen sind danach grds. ebenso unbeachtlich wie Mehr- oder Minderleistungen der begünstigten bzw. benachteiligten Partei. Allerdings können die Parteien einem wegen einer schweren Äquivalenzstörung nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksamen Kaufvertrag nachträglich zur Wirksamkeit verhelfen, wenn sie die im Ursprungsvertrag vereinbarten Hauptleistungen später ändern und damit das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung beseitigen. Die bloße Änderung des nach § 138 Abs. 1 BGB nichtigen Vertrags führt allerdings nicht ohne Weiteres zu dessen Rechtswirksamkeit. Vielmehr müssen die Parteien das Geschäft nach § 141 Abs. 1 BGB mit bzw. nach Vornahme der Änderungen bestätigen oder insgesamt neu abschließen.<sup>26</sup> Ohne ausdrückliche Regelung wird ein für die Zwecke des § 141 Abs. 1 BGB erforderlicher Bestätigungswille nur vorliegen, wenn sich die Parteien zumindest der Möglichkeit der Nichtigkeit als wucherähnliches Geschäft bewusst sind.<sup>27</sup>

### dd) Subjektives Element: zumindest grob fahrlässige Unkenntnis vom Wertmissverhältnis

Die Vermutung greift nach st. Rspr. unabhängig davon ein, ob der Begünstigte sich des Wertverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung bewusst ist; der Begünstigte muss also das Missverhältnis im Anwendungsbereich von § 138 Abs. 1 BGB nicht positiv kennen.<sup>28</sup> Entgegen teil-

14 BGH, NJW 2001, 1127, 1128 = ZNotP 2001, 351; jüngst DNotZ 2014, 511, 512 = ZNotP 2014, 104; missverständlich wohl BGH, DNotZ 2011, 71, 72 = ZNotP 2010, 116. In dieser, die Amtsenthebung eines Notars im Zusammenhang mit Kettenkaufverträgen betreffenden Entscheidung stützt sich der BGH allein auf das Verhältnis von An- und Verkaufspreis.

15 BGH, NJW-RR 2005, 1418, 1420 f.

16 BGH, NJW-RR 1990, 1199, 1200; NJW 1982, 2767; jüngst OLG München, Urt. v. 19.3.2014 – 20 U 5031/13, Rn. 61.

17 BGH, NJW 2001, 1127, 1128 = ZNotP 2001, 351 m.w.N.

18 BGH, NJW-RR 1991, 589.

19 BGH, NJW 2001, 1127, 1129 = ZNotP 2001, 351.

20 BGH, NJW-RR 2014, 653.

21 BGH, NJW-RR 2014, 653, 655 m.w.N.

22 Vgl. Staudinger/Sack/Fischinger (Fn. 8), § 138 Rn. 226, 273 für weitere Beispiele aus der Rechtsprechung.

23 BGH, NJW 2003, 283, 284; NJW-RR 1998, 1065.

24 BGH, NJW 2003, 283. Hinzu kam allerdings, dass die Beurteilung des Verkehrswerts in der konkreten Situation schwierig war.

25 BGH, NJW-RR 2011, 880 Rn. 15; NJW 2000, 429, 431.

26 BGH, DNotZ 2012, 755.

27 Vgl. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rn. 130 f. mit Formulierungsbeispiel für eine Bestätigung i.S.v. § 141 Abs. 1 BGB.

28 BGH, NJW 2001, 1127, 1128 = ZNotP 2001, 351.

weise gegenteiliger Interpretation in der Literatur<sup>29</sup> ist der BGH von diesem Grundsatz auch nicht in seiner Entscheidung v. 25.2.2011 (V ZR 208/09) abgewichen. Die dortigen Ausführungen zum Erfordernis der Kenntnis beziehen sich allein auf § 138 Abs. 2 BGB.<sup>30</sup> Erforderlich ist allerdings, dass das besonders grobe Missverhältnis für ihn erkennbar war.<sup>31</sup> Nach Auffassung des V. ZS ist eine verwerfliche Gesinnung bereits dann zu bejahen, wenn sich der Begünstigte zumindest leichtfertig der Einsicht verschließt, dass sich der andere Teil nur unter dem Zwang der Verhältnisse auf den ungünstigen Vertrag eingelassen hat. Der Begünstigte kann sich der „misslichen Lage“ des anderen Teils nicht nur dadurch verschließen, dass er bei erkanntem Missverhältnis dessen Zwangslage oder einen anderen ihn hemmenden Umstand nicht zur Kenntnis nimmt, sondern auch dadurch, dass er sich schon des objektiv besonders groben Missverhältnisses nicht bewusst wird. Nach Ansicht des BGH wird sich der Grundstückserwerber aufgrund der hiermit verbundenen hohen finanziellen Aufwendungen im Allgemeinen zumindest grundlegende Kenntnisse von den Marktpreisen verschafft haben und daher ohne Weiteres in der Lage sein, das Geschäft als für ihn außergewöhnlich vorteilhaft zu erkennen.<sup>32</sup> I.a.R. wird das (noch dazu) besonders grobe Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung für ihn also erkennbar sein, sodass die Vermutung eingreifen kann.

### b) Entkräftung der Vermutung

Liegt ein besonders grobes Missverhältnis vor, greift die tatsächliche Vermutung, dass Umstände vorliegen, welche die freie Entschließung des Benachteiligten beeinträchtigt haben, und dass sich der Begünstigte diese Situation zunutze gemacht hat.<sup>33</sup> Die tatsächliche Vermutung entbindet die benachteiligte Partei allerdings nicht von ihrer Behauptungslast für das Vorliegen des subjektiven Merkmals eines wucherähnlichen Rechtsgeschäfts, doch sind an diesen Vortrag keine hohen Anforderungen zu stellen.<sup>34</sup> Aus der Rechtsnatur der lediglich beweisleichternden tatsächlichen Vermutung folgt, dass sie durch besondere Umstände des Einzelfalls erschüttert werden kann und dann nicht zur Anwendung gelangt. Denkbar ist insoweit, dass

- den Vertragsparteien das Wertverhältnis völlig gleichgültig war;<sup>35</sup>
- die Bewertung der Immobilie mangels funktionierenden Grundstücksmarktes besonders schwierig ist;<sup>36</sup>
- die Vertragsparteien ein (fehlerhaftes) Verkehrswertgutachten zur Grundlage des vereinbarten Kaufpreises gemacht haben.<sup>37</sup>

Was die letztgenannte Fallgruppe der Entkräftung der tatsächlichen Vermutung angeht (Vertrauen auf fehlerhaftes Verkehrswertgutachten), hat der V. ZS des BGH aber mit Versäumnisurt. v. 12.7.2013 (V ZR 4/12) jüngst klargestellt, dass sich ein Verkäufer mit besonderer Sachkunde auf dem Immobilienmarkt nicht schlicht durch Beschaffung eines zeitnah vor dem Verkauf erstellten, den vereinbarten Kaufpreis stützenden Verkehrswertgutachtens exkulpieren kann. Zurecht fordert der Senat, dass ein derartiger Verkäufer zu-

sätzlich „nachvollziehbar dartun [muss], dass er trotz seiner Sachkunde auf die Richtigkeit des – objektiv grob fehlerhaften – Gutachtens vertraut und deshalb den Kaufpreis für nicht sittenwidrig überhöht gehalten hat.“<sup>38</sup>

Ist der Benachteiligte Kaufmann und daher bei typisierender Betrachtung besonders geschäftserfahren, findet die Vermutung hingegen grds. keine Anwendung.<sup>39</sup> Allerdings soll die bloße Kenntnis der benachteiligten Partei vom bestehenden Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung grds. nicht zur Entkräftung der Vermutung einer verwerflichen Gesinnung aufseiten des Begünstigten führen.<sup>40</sup>

### III. Entscheidung des BGH v. 24.1.2014 (V ZR 249/12)

In seiner Entscheidung v. 24.1.2014 musste der V. ZS darüber befinden, ob bei einem Wertmissverhältnis von 80 bzw. 84 bzw. 93 % ein die tatsächliche Vermutung einer verwerflichen Gesinnung rechtfertigendes, besonders, grobes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung vorlag, und hatte daher Gelegenheit, die bislang in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht klar gezogene Grenze zu konkretisieren.

#### 1. Sachverhalt

Der Beklagte hatte eine Eigentumswohnung für 53.000 € erworben und sie 2 Monate später für 118.000 € an den Kläger veräußert. Nach den erstinstanzlichen Feststellungen lag der tatsächliche Wert der Wohnung bei 65.000 €. Unter Verweis auf ein nachträglich eingeholtes Privatgutachten machte der Kläger im Berufungsverfahren einen Verkehrswert von lediglich 61.000 € geltend. Das Berufungsgericht wies die Klage ab, da der Kaufpreis zwar knapp doppelt so hoch wie der tatsächliche Wert der Wohnung sei, der Kläger aber nicht hinreichend zu den subjektiven Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB, d.h. zu einer verwerflichen Gesinnung des Beklagten, vorgetragen habe.

29 Krauß (Fn. 27), Rn. 129.

30 BGH, NJW-RR 2011, 880, 881.

31 BGH, NJW 2004, 3553, 3555; NJW 2002, 55, 57.

32 BGH, NJW 2001, 1127, 1128 = BGHZ 146, 298 = ZNotP 2001, 351; Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 10. Aufl. 2012, Rn. 73; Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 138 Rn. 34c; Staudinger/Sack/Fischinger (Fn. 8), § 138 Rn. 278; kritisch Maaß, NJW 2001, 3467.

33 BGH, MittBayNot 2010, 306, 307 m.w.N.

34 BGH, DNotZ 2014, 511, 512 = ZNotP 2014, 104.

35 BGH, NJW 2001, 1127, 1129 = BGHZ 146, 298 = ZNotP 2001, 351.

36 BGH, NJW 2003, 283; NJW 2002, 3165 = ZNotP 2002, 394; DNotZ 1997, 707.

37 BGH, NJW-RR 2008, 1436, 1438 Rn. 36; NJW 2001, 1127, 1129 = BGHZ 146, 298 = ZNotP 2001, 351; DNotZ 1997, 707.

38 BGH, Versäumnisurt. v. 12.7.2013 – V ZR 4/12, Rn. 16.

39 BGH, NJW 2003, 2230, 2231 = ZNotP 2003, 343.

40 BGH, NJW 2007, 2841, 2842 = ZNotP 2007, 334.

## 2. Entscheidungsgründe

Der V. ZS nutzt die vorliegende Entscheidung zur Präzisierung seiner bisherigen Rechtsprechung zum besonders groben, die tatsächliche Vermutung einer verwerflichen Gesinnung rechtfertigenden Missverhältnis. Legt man den Verkehrswert der Wohnung mit 65.000 € zugrunde, fehle es angesichts der Überteuering von „lediglich“ rd. 80 % an einem besonders groben Missverhältnis. In Übereinstimmung insbesondere mit dem XI. Senat des BGH soll auch ein Wertmissverhältnis von 84 % nicht genügen. Vielmehr sei „grundsätzlich erst ab einer Verkehrswertüber- oder -unterschreitung von 90 %“<sup>41</sup> (Hervorhebung durch Verfasser) die Annahme eines *besonders groben Äquivalenzmissverhältnisses* gerechtfertigt. Legt man den vom Kläger geltend gemachten Verkehrswert von 61.000 € zugrunde, sei eine Überteuering von 93 % festzustellen und somit ein besonders grobes Missverhältnis anzunehmen. Daher verwies der BGH die Sache unter Aufhebung des Urteils des OLG zur neuen Verhandlung und Entscheidung an dieses zurück. Abschließend stellte der V. Senat klar, dass ein Rechtsgeschäft auch außerhalb des Bereichs eines besonders groben Missverhältnisses nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein könne, wenn neben dem vorliegend jedenfalls bestehenden auffälligen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung weitere (vom Kläger darzulegende und zu beweisende) Umstände hinzutreten (z.B. eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten), die die Sittenwidrigkeit begründen.

## IV. Anmerkungen

Wie schon in der Entscheidung zu den formularmäßigen Bindungsfristen<sup>42</sup> ist der V. ZS des BGH in letzter Zeit geneigt, unbestimmte Rechtsbegriffe zu konkretisieren und dadurch deren praktische Handhabung aufgrund der Vorhersehbarkeit einer etwaigen gerichtlichen Entscheidung zu erleichtern. Angesichts der bisherigen Divergenzen beim Verständnis des besonders groben Missverhältnisses zwischen dem V. und dem XI. ZS ist zu hoffen, dass die 90 %-Schwelle nunmehr eine verlässliche Leitlinie darstellt. Freilich sind nicht erst bei der Frage der Entkräftung der Vermutung stets die Einzelfallumstände zu berücksichtigen. Die 90 %-Schwelle ist daher nicht als starre Grenze zu verstehen.<sup>43</sup>

### 1. Problem: Ermittlung des Verkehrswerts

Im Gegensatz zu den Zeitgrenzen von 6 Wochen und 3 Monaten bei den formularmäßigen Bindungsfristen gestaltet sich die Handhabung der 90 %-Grenze für die Annahme eines besonders groben Missverhältnisses allerdings – wie die Entscheidung v. 24.1.2014 illustriert – deutlich schwieriger. Zwar ist das relevante Wertmissverhältnis im Grundsatz eindeutig definiert. I.a.R. steht aber die „Bemessungsgrundlage“, d.h. der Verkehrswert bzw. Marktpreis, nicht mit hinreichender Gewissheit fest. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung liegt „die Auswahl der geeigneten Wertermittlungsmethode [...], wenn das Gesetz nicht [...] die Anwendung eines bestimmten Verfahrens anordnet, *im*

*pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters*“ (Hervorhebung durch Verfasser).<sup>44</sup> In Betracht kommen danach eine Bemessung des Verkehrswerts nach Vergleichswerten, Sachwerten oder dem Ertrag sowie eine Kombination der verschiedenen Methoden. Keine Methode verdrängt im Fall eines bestimmten, zu bewertenden Gegenstands von vornherein die anderen Methoden. Vielmehr hat der Tatrichter die Auswahl „nach der Art des Gegenstands unter Berücksichtigung der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr bestehenden Gepflogenheiten und sonstiger Umstände des Einzelfalls zu treffen [und] [...] zu begründen“.<sup>45</sup>

Hat der Tatrichter eine ermessensfehlerfreie Auswahl unter den zur Verfügung stehenden Wertermittlungsmethoden getroffen, ist der danach ermittelte Verkehrswert der Immobilie für die Frage maßgeblich, ob ein besonders grobes Missverhältnis vorliegt oder nicht. Weder darf mittels einer anderen (auch zulässigen) Wertermittlungsmethode die Anwendung der Vermutungsregel in Zweifel gezogen noch überhaupt erst begründet werden.<sup>46</sup> Zumindest im Hinblick auf Wohnungseigentum bringt der BGH in st. Rspr. eine Präferenz für die Vergleichswertmethode als „die einfachste und zuverlässigste Methode“ zum Ausdruck, sofern sich „eine aussagekräftige Menge von Vergleichspreisen verlässlich ermitteln“ lässt.<sup>47</sup> Je nach den Umständen des Einzelfalls ist die Ermittlung des Verkehrswerts nach dem Ertragswert des Wohnungseigentums aber nicht von vornherein unzulässig.

### 2. Maßgebliche Schwelle bei Verkehrswertunterschreitung?

I.a.R. wird ein wucherähnliches Rechtsgeschäft i.S.v. § 138 Abs. 1 BGB darauf beruhen, dass der Erwerber einen erheblich über dem Verkehrswert liegenden Kaufpreis zu zahlen hat. Substanzielle Verkehrswertunterschreitungen sind dagegen in der Praxis eher die Ausnahme. Auch insoweit kann freilich eine schwere Äquivalenzstörung vorliegen. Nach der Entscheidung des V. ZS v. 24.1.2014 soll ein besonders grobes Missverhältnis ab einer „Verkehrswertunterschreitung von 90 %“ gegeben sein. Nimmt man den BGH beim Wort, hätte dies zur Folge, dass bei einem Verkehrswert der Immobilie von 100.000 € erst bei einem Kaufpreis von 10.000 € und weniger ein besonders grobes Missverhältnis

41 BGH, DNotZ 2014, 511 = ZNotP 2014, 104 Rn. 8.

42 Vgl. BGH, DNotZ 2014, 41 = ZNotP 2013, 420 (vierwöchige Regelbindungsfrist auch beim Bauträgervertrag; maximale, nach § 308 Nr. 1 BGB zulässige formularmäßige Bindungsfrist beim Angebot von 3 Monaten); BGH, DNotZ 2014, 358 = ZNotP 2014, 61 (erst ab 6 Wochen wesentliche Überschreitung der Regelbindungsfrist mit der Folge der Unwirksamkeit nach § 308 Nr. 1 BGB).

43 DNotI-Report 2014, 54.

44 BGH, NJW 2004, 2671, 2672; NJW 1955, 1106 = BGHZ 17, 236.

45 BGH, NJW 2004, 2671, 2672.

46 BGH, NJW 2004, 2671, 2673; *Krüger/Hertel* (Fn. 32), Rn. 83; selbst unter der Prämisse, dass die Anwendung einer bestimmten Methode zu einem eindeutigen Verkehrswert führt (was wohl regelmäßig nicht der Fall ist), ist die gerichtliche Entscheidung nur schwer vorhersehbar, da sie von der Auswahl der Wertermittlungsmethode durch den Tatrichter abhängt.

47 BGH, NJW-RR 2008, 1436, 1438 m.w.N.

anzunehmen wäre. Ein derartiges Ergebnis wäre aber weder dogmatisch stimmig noch dürfte es auf der Linie des Senats liegen. Man wird die Ausführungen des Senats daher dahin gehend zu interpretieren haben, dass es bei einer Verkehrswertunterschreitung ebenfalls darauf ankommt, ob der Wert mindestens 90 % über dem Kaufpreis liegt.

#### **Beispiel:**

*Eine ein besonders grobes Missverhältnis begründende Verkehrswertüberschreitung liegt bei einem Verkehrswert von 100.000 € ab einem Kaufpreis von 190.000 € vor.*

*Eine ein besonders grobes Missverhältnis begründende Verkehrswertunterschreitung liegt bei einem Verkehrswert von 190.000 € ab einem Kaufpreis von 100.000 € und weniger vor. Danach sind Verkehrswertunterschreitungen von gut 47 % und mehr kritisch.<sup>48</sup>*

### **3. Weiterhin Sonderfall „geringwertige Sache“?**

Mangels Anlass im konkreten Fall hat sich der V. ZS nicht zu der Frage geäußert, ob die bislang in der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmen bei der Anwendung der Vermutungsregel, insbesondere der Sonderfall einer absolut relativ geringwertigen Kaufsache, weiterhin Anwendung finden. Auch wenn man die aktuelle Entscheidung bei unbefangener Lektüre dahin gehend verstehen könnte, ein besonders grobes Missverhältnis sei jedenfalls bei einem Wertmissverhältnis von 90 % anzunehmen, ggf. auch darunter, ist m.E. mangels einer entsprechenden Klarstellung nicht davon auszugehen, dass der BGH von seiner früheren Rechtsprechung betreffend absolut geringwertige Sachen abweichen wollte.

### **4. Sittenwidrigkeit bei bloß auffälligem Missverhältnis**

Abschließend bleibt noch einmal darauf hinzuweisen, dass eine Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach § 138 Abs. 1 BGB auch dann in Betracht kommt, wenn das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht besonders grob im vorstehenden Sinne, sondern „nur“ auffällig ist. In derartigen Fällen stützt sich die Qualifizierung als wucherähnliches Rechtsgeschäft nicht allein auf das Missverhältnis, sondern auf weitere, eine Vertragspartei benachteiligende bzw. deren Schwächelage zum Ausdruck bringende Umstände, die von dieser darzulegen und ggf. zu beweisen sind. In Betracht kommen insoweit z.B. die Notlage der anderen Vertragspartei,<sup>49</sup> der Umstand, dass auch die übrigen Vertragsbestimmungen im Wesentlichen einseitig die Interessen des Begünstigten abbilden<sup>50</sup> oder eine nachgewiesene verwerfliche Gesinnung.

Ab welcher Schwelle überhaupt von einem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung auszugehen ist, wurde bislang jedenfalls für Immobilienkaufverträge nicht präzisiert. Da die Ausnutzung von Marktchancen grds. jedem Vertragsbeteiligten gestattet ist und dies auch gewisse Gewinnspannen impliziert, die notwendig zulasten des Vertragspartners gehen, dürfte m.E. ein auffälliges Missverhältnis

wohl frühestens ab einer Verkehrswertüberschreitung von 50 % anzunehmen sein. Angesichts der hohen Schwelle für das besonders grobe Missverhältnis liegt es sogar nahe, für ein auffälliges Leistungsmissverhältnis die im Arbeitsrecht gebräuchliche Zwei-Drittel-Grenze heranzuziehen.

## **V. Praktische Handhabung**

Wie bereits eingangs erwähnt, hat der Notar nach § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO seine Amtstätigkeit zu versagen, wenn er erkennen kann, dass es sich bei dem zu beurkundenden Rechtsgeschäft um ein wucherähnliches Geschäft i.S.v. § 138 Abs. 1 BGB handelt. Da er sich aber grds. „um die Werthaltigkeit des Kaufobjekts bzw. die Angemessenheit des Kaufpreises [...] nicht zu kümmern“ braucht,<sup>51</sup> wird es vielfach an der Erkennbarkeit fehlen. Grds. darf der Notar den Angaben der Beteiligten vertrauen. Sofern allerdings auf Tatsachen gestützte konkrete Verdachtsmomente vorliegen, die auch aus einem rein privat gewonnenen Wissen des Notars resultieren können, ist er verpflichtet, diesen Verdachtsmomenten nachzugehen und den Beteiligten Gelegenheit geben, diese auszuräumen.<sup>52</sup> Insoweit befindet sich der Notar in einem gewissen Spannungsverhältnis zu seiner Verschwiegenheitspflicht nach § 18 BNotO. I.a.R. ist der Notar nicht berechtigt, dem Zweiterwerber den Ankaufspreis des Ersterwerbers mitzuteilen. Vielmehr sollte er sich zunächst an den Ersterwerber wenden und diesem Gelegenheit geben, die Preisdifferenz zu erläutern. Als Gründe kommen insoweit bspw. Renovierungs- oder Sanierungsmaßnahmen oder ein besonders günstiger Ankauf seitens des Ersterwerbers (z.B. „Paketkauf“, Erwerb vom Insolvenzverwalter)<sup>53</sup> in Betracht. Nur wenn sich die Zweifel des Notars trotz Rückfrage beim Ersterwerber nicht zerstreuen lassen, kommt als *ultima ratio* die Offenbarung des Ankaufspreises gegenüber dem Zweiterwerber in Betracht, wenn dies das einzige Mittel darstellt, um unerfahrene und ungewandte Beteiligte zu schützen.<sup>54</sup> In einer derartigen Konstellation dürfte es sicher allerdings empfehlen, die Entscheidung der Aufsichtsbehörde nach § 18 Abs. 3 Satz 1 BNotO einzuholen.

### **1. Ablehnung der Beurkundung**

Lassen sich die Verdachtsmomente aus Sicht des Notars nicht zufriedenstellend ausräumen, sondern kommt er zu der „Überzeugung, dass das Geschäft unredlichen Zwecken dient, mag das auch nicht beweisbar sein, so darf und muss

48 Vgl. DNotI-Report 2014, 54; Krauß, notar 2014, 289.

49 MünchKomm-BGB/Armbrüster (Fn. 1), § 138 Rn. 115.

50 Vgl. BGH, NJW-RR 1989, 1068.

51 BGH, MittBayNot 2009, 394.

52 Vgl. jüngst BGH, DNotZ 2014, 301 = ZNotP 2013, 434 (vorläufige Amtsenthebung bei „gestalterischen Vorkehrungen“ durch den Notar zur Verschleierung von Kettenkaufverträgen mit Kreditbetrugswirkung zulasten der Käuferbank); näher sogleich unter Nr. V.1.a).

53 Grds. ist auch der Erwerb während eines laufenden Zwangsversteigerungsverfahrens geeignet, einen besonders günstigen Ankaufspreis zu begründen. In diesem Fall ist aber zu klären, ob nicht bereits der Erstkauf gegen § 138 BGB verstößt.

54 Vgl. Schippel/Bracker/Kanzleiter, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 18 Rn. 49.

er seine Amtstätigkeit versagen.“<sup>55</sup> Konkrete Verdachtsgründe können sich insbesondere auch aus der wiederholten Beurkundung von Verträgen über den An- und Verkauf von Immobilien ergeben, bei denen sich in der Gesamtschau, d.h. nach einem sich wiederholenden auffälligen „Strickmuster“ der Geschäfte, die Einsicht aufdrängen muss, dass der An- und Verkäufer wahrscheinlich unredliche Zwecke verfolgt, und zumindest die naheliegende Möglichkeit besteht, dass hierdurch Dritte (z.B. die finanzierenden Banken) beim Weiterverkauf der betroffenen Immobilien geschädigt werden können.<sup>56</sup> Zwei BGH-Entscheidungen aus der jüngeren Vergangenheit jeweils zu Kettenkaufverträgen illustrieren, dass eine jedenfalls leichtfertige Handhabung der v.g. Pflichten des Notars für diesen sehr schwerwiegende Konsequenzen haben kann.

**a) BGH, Beschl. v. 8.11.2013 – NotSt (B) 1/13  
(vorläufige Amtsenthebung bei „Kettenkaufverträgen“)**

**aa) Sachverhalt**

In dem der Entscheidung des BGH v. 8.11.2013<sup>57</sup> zugrunde liegenden Sachverhalt wurde der beschwerdeführende Notar bereits im April 2009 im Rahmen eines gegen ihn geführten Ermittlungsverfahrens wegen Kreditbetrugs von der Staatsanwältin darauf hingewiesen, dass die Beurkundung von Kettenkaufverträgen mit erheblichen Differenzen zwischen dem An- und Verkaufspreis auch für den Notar strafrechtlich relevant sein könne. Ungeachtet dessen hat er weiterhin Verträge beurkundet, bei denen der Weiterverkauf i.d.R. noch am selben Tag erfolgte. Auf den Hinweis in einem im Dezember 2009 übersandten Rundschreiben der Notarkammer, dass die Mitwirkung eines Notars an Kettenkaufverträgen mit unerklärlichen Preissteigerungen strafrechtlich relevant sei und den Verlust des Notaramts nach sich ziehen könne, reagierte der Notar mit einem Schreiben an einen mit ihm in ständiger Geschäftsbeziehung stehenden Immobilienverkäufer, in dem er darauf hinwies, dass die unmittelbare erhebliche Wertsteigerung einer gewissen Begründung bedürfe oder aber die Verträge nicht unmittelbar nacheinander abgewickelt werden sollten, mit anderen Worten die Einhaltung einer „Schamfrist“ geboten sei.

**bb) Entscheidung**

Der BGH bestätigt die Entscheidung des OLG, wonach die vorläufige Amtsenthebung des Notars nach § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO und § 38 Abs. 1 Satz 1, 1. Var. BDG (Bundesdisziplinargesetz) rechtmäßigerweise erfolgte, da gegen den Notar bereits ein Disziplinarverfahren eingeleitet wurde, welches voraussichtlich die Entfernung aus dem Amt zur Folge haben werde, und die vorläufige Amtsenthebung zur Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter geboten und auch verhältnismäßig sei.<sup>58</sup> Bei dem Schreiben an den bekannten Immobilienverkäufer handele es sich um „gestalterische Vorkehrungen“ für die Durchführung bzw. zur Verschleierung künftig beabsichtigter gleichgela-

gerter, nach § 14 Abs. 2 BNotO verbotener Beurkundungsvorgänge. Aus Sicht des BGH sei es „schlichtweg nicht vorstellbar [...], dass ein in Grundstücksgeschäften erfahrener Notar angesichts der erheblichen Differenzen zwischen Ankaufs- und Verkaufspreisen der jeweiligen Kaufverträge, für die es keinerlei nachvollziehbare Erklärung gibt, geglaubt haben könnte, bei den von ihm beurkundeten Verträgen gehe alles mit rechten Dingen zu.“

Damit habe der Notar vorsätzlich an schädigenden Handlungen zulasten der kreditgebenden Bank bei Immobilien-geschäften mitgewirkt und ungeachtet des Hinweises der Notarkammer derartige Beurkundungen weiterhin unter Verstoß gegen § 14 Abs. 2 BNotO vornehmen wollen. Dies rechtfertige die vorläufige Amtsenthebung auch bei einem bisher disziplinarrechtlich nicht in Erscheinung getretenen Notar. Abschließend weist der BGH den Einwand des Notars zurück, der sich mit dem Argument verteidigt, hätte er seine Mitwirkung verweigert, hätte ein anderer Notar die Beurkundung vorgenommen.

**b) BGH, Beschl. v. 14.12.2009 – NotSt (B) 2/09  
(vorläufige Amtsenthebung bei „Kettenkaufverträgen“)**

**aa) Sachverhalt**

In dem der Entscheidung des BGH v. 14.12.2009<sup>59</sup> zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Notar zwischen März und Juli 2007 in acht Fällen den Ankauf vergleichsweise geringwertiger Immobilien zu niedrigen Preisen beurkundet. Die Immobilien wurden mit wiederum durch ihn beurkundeten Verträgen teils noch am selben Tag, teils nur wenige Tage später zu erheblich (60 – 286 %) höheren Preisen weiterveräußert, ohne dass wertsteigernde Maßnahmen mit den Erwerbern vereinbart bzw. zuvor ausgeführt wurden. Die Vorgehensweise des Ersterwerbers war stets identisch: Entweder wurde bewusst ein überhöhter Kaufpreis beurkundet, um die finanzierenden Banken über den Wert der Objekte zu täuschen, oder es lag ein wucherisches Geschäft zum Nachteil der Erwerber vor.

**bb) Entscheidung**

Der BGH bestätigt die Entscheidung des OLG, wonach eine deutlich überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen zumindest bedingt vorsätzlichen Verstoß gegen § 14 Abs. 2 BNotO besteht. Auch wenn keiner der Zeugen bekundet hat, der beschuldigte Notar habe etwas von einer unredlichen Finanzierung gewusst oder davon wissen können, er-

55 BGH, Beschl. v. 28.11.2005 – NotSt (B) 3/05, n.v.; OLG Celle, Beschl. v. 2.7.2009 – Not 4/09, n.v.

56 Vgl. BGH, Beschl. v. 28.11.2005 – NotSt (B) 3/05, n.v.; OLG Celle, Beschl. v. 2.7.2009 – Not 4/09, n.v.

57 BGH, DNotZ 2014, 301 = ZNotP 2013, 434.

58 Vgl. BGH, ZNotP 2008, 416.

59 BGH, DNotZ 2011, 71 = ZNotP 2010, 116.

gibt sich der zumindest bedingte Vorsatz aus den vorstehend geschilderten objektiven Umständen. Eine Entkräftung des Verdachts kommt nicht deshalb in Betracht, weil sowohl der Notar als auch der Immobilienverkäufer erklärt haben, dass die Wohnungen absprachegemäß renoviert werden sollten. Hätte der Notar an die Ernsthaftigkeit der Renovierungsabsicht geglaubt, hätte er zumindest versucht, eine derartige Verpflichtung in den Kaufverträgen zu begründen. I.Ü. war die Differenz zwischen dem Kaufpreis des Ersterwerbs und des Zweitverkaufs mitunter derart exorbitant (z.B. 32.000 € gegenüber 120.000 €), dass sich dem Notar auch als Laien in Bausachen aufgedrängt haben muss, dass diese Differenz nicht durch die Renovierungskosten erklärbar ist.

## 2. Zweifelsvermerk i.S.v. § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG

Hat der Notar aufgrund der objektiven Umstände nach Rücksprache mit den Parteien lediglich Zweifel an der Wirksamkeit des Geschäfts, d.h. hält er ein wucherisches bzw. wucherähnliches Rechtsgeschäft i.S.v. § 138 BGB nur für möglich, nicht hingegen für gewiss oder für überwiegend wahrscheinlich, darf er die Beurkundung auf Wunsch der Beteiligten gleichwohl vornehmen, muss jedoch gem. § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG grds. einen entsprechenden Zweifelsvermerk in die Urkunde aufnehmen.

### a) Vermerk in der Urkunde selbst?

Die Pflicht zur Aufnahme des Vermerks in die Urkunde selbst soll nach der Literatur aber nur dann bestehen, wenn die zunächst bestehenden Zweifel des Notars nicht ausgeräumt werden können, er also die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts ernsthaft für möglich hält. Ein derartiger Zweifelsvermerk i.S.v. § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG könnte wie folgt lauten:

Der Notar ist nicht in der Lage, die wirtschaftliche Angemessenheit des Kaufpreises zu beurteilen. Nach Belehrung über die Voraussetzungen von § 138 BGB und die daraus ggf. resultierenden Folgen erklären die Beteiligten, keine auf § 138 BGB gegründeten Zweifel an der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts zu haben.

Gelangt der Notar hingegen zu dem Ergebnis, das betreffende Rechtsgeschäft bzw. die betreffende Klausel sei – z.B. ungeachtet entgegenstehender abweichender Literaturmeinungen bzw. untergerichtlicher Entscheidungen – wirksam, soll er nicht zur Aufnahme des Zweifelsvermerks in die Urkunde selbst (keine ernsthaften Wirksamkeitszweifel des beurkundenden Notars), sondern nur zu einer entsprechenden Belehrung der Beteiligten verpflichtet sein. Diese Differenzierung wird überzeugend damit begründet, dass ein entsprechender Zweifelsvermerk die Urkunde im Rechtsverkehr deutlich entwertet bzw. deren Verwertbarkeit sogar faktisch ausschließt.<sup>60</sup> Allerdings trifft den Notar dann die Beweislast dafür, dass er den Beteiligten die bestehenden Zweifel dargelegt hat.<sup>61</sup> Es empfiehlt sich daher, sich eine entsprechende Bestätigung über die erfolgte Belehrung von

den Beteiligten unterschreiben zu lassen und diese zusammen mit der Urschrift zu verwahren.

### b) Recht zur Ablehnung der Beurkundung?

Noch nicht abschließend geklärt ist, ob der Notar bei bloßen Zweifeln an der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts überhaupt berechtigt ist, die Beurkundung abzulehnen, oder ob insoweit die Urkundsgewährpflicht nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO Vorrang genießt. Teilweise werden bloße Zweifel im Umkehrschluss zu § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG nicht für ausreichend für die Ablehnung der Beurkundung erachtet.<sup>62</sup> Überwiegend wird jedoch zumindest in Grenzfällen, in denen die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zwar nicht feststeht, aber doch zumindest naheliegt, ein Beurteilungsspielraum des Notars als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes bejaht. In derartigen Grenzfällen soll der Notar demzufolge sowohl zur Ablehnung als auch zur Durchführung der Beurkundung unter Aufnahme eines Zweifelsvermerks i.S.v. § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG berechtigt sein.<sup>63</sup>

## 3. Ausweg: Vorsorgliche Schenkungsabrede?

### a) Ausgangsüberlegung

In Konstellationen, in denen der Notar die Beurkundung nach § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO ablehnen möchte, ggf. nur aufgrund nicht auszuräumender Zweifel an der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, die Parteien aber unbedingt dessen Beurkundung wünschen, mag man erwägen, das etwa bestehende auffällige bzw. besonders grobe Missverhältnis dadurch zu beseitigen, dass eine (vorsorgliche) Abrede betreffend die teilweise Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts mitaufgenommen wird, die wirtschaftlich benachteiligte Partei also erklärt, dem anderen Teil den etwa den Verkehrswert übersteigenden Kaufpreisteil (Erwerbersicht) bzw. den nicht vom vereinbarten Kaufpreis gedeckten Wert der Immobilie (Veräußerersicht) schenkweise zuzuwenden. Zwar ist es zur Entkräftung der Vermutung betreffend die verwerfliche Gesinnung bei einem besonders groben Missverhältnis nicht ausreichend, dass die benachteiligte Partei Kenntnis von diesem Missverhältnis hat. Durch eine Schenkungsabrede im vorstehenden Sinne wird das Missverhältnis allerdings (ggf. vollständig) beseitigt.

#### **Formulierungsvorschlag für eine teilweise Schenkung:**

*Sollte der Kaufpreis den Verkehrswert der Immobilie [ggf. „um mehr als 30 %“] übersteigen, wird dieser Kaufpreisteil/der den Verkehrswert um 30 % überstei-*

60 Staudinger/Hertel, BGB, Neubearb. 2012, Vorbem. zu §§ 127a, 128 Rn. 457; Winkler, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 17 Rn. 273 m.w.N.

61 Winkler (Fn. 60), § 17 Rn. 273 m.w.N.

62 Vgl. insbesondere Schippel/Bracker/Kanzleiter (Fn. 54), § 14 Rn. 11; Röhl, DNotZ 1976, 453, 470.

63 So Ganter, DNotZ 1998, 851; Staudinger/Hertel (Fn. 60), Vorbem. zu §§ 127a, 128 Rn. 455; Winkler (Fn. 60), § 4 Rn. 4 ff. m.w.N.

gende Teil des Kaufpreises dem Verkäufer schenkweise zugewandt. Die Parteien sind sich über die Unentgeltlichkeit dieser Zuwendung einig.

bzw.

Soweit der Kaufpreis [ggf. „um mehr als 30 %“] hinter dem Verkehrswert der Immobilie zurückbleibt, wird der [ggf. „den Verkehrswert um 30 % übersteigende“] Mehrwert der Immobilie dem Käufer schenkweise zugewandt. Die Parteien sind sich über die Unentgeltlichkeit dieser Zuwendung einig.

## b) Bewertung

Eine derartige vorsorgliche Schenkungsabrede löst in jedem Fall die Anzeigepflicht des Notars nach § 34 ErbStG und ggf. die Entstehung von Schenkungsteuer aus. Schon aus diesem Grund dürfte die Gestaltung insbesondere unter familienfremden Dritten vielfach nicht ernsthaft in Betracht kommen. Selbst wenn sich eine etwaige Schenkungsteuerpflicht dadurch ausschließen bzw. begrenzen ließe, dass man die Vereinbarung über die unentgeltliche Zuwendung auf einen Teilbetrag der Differenz zwischen Verkehrswert und Kaufpreis beschränkt, ist im konkreten Fall weiterhin zu klären, unter welchen Umständen sich die benachteiligte Partei auf die Schenkungsabrede eingelassen hat, zumal die bloße Kenntnis des Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung nicht generell zur Entkräftung der Vermutung führt.<sup>64</sup> Läge ohne die Schenkungsabrede ein besonders grobes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung vor und wäre daher grds. die verwerfliche Gesinnung des Begünstigten zu vermuten, liegt es jedenfalls nahe, dass sich die benachteiligte Partei nicht aus freien Stücken auf die Schenkungsabrede zugunsten eines ihr bislang gänzlich unbekanntem Dritten eingelassen, sondern sich hierzu nur aufgrund einer Zwangslage entschieden hat (Verkauf auf Drängen des Gläubigers während eines laufenden Zwangsversteigerungsverfahrens).<sup>65</sup> Unter diesen Umständen dürfte die Schenkungsabrede nichts an der Qualifizierung des Rechtsgeschäfts ändern. Fehlt es demgegenüber an einer verwerflichen Gesinnung des Begünstigten, weil die Parteien bspw. nur unsicher über die zutreffende Bewertung der Immobilie sind, lässt sich die Vermutung i.a.R. entkräften. Hierfür dürfte es hilfreich sein, wenn die Parteien die Preisfindung im Kaufvertrag erläutern. Will es die vermeintlich begünstigte Partei (etwa aus Gründen der Darlegungs- und Beweislast) nicht darauf ankommen lassen, mag eine Schenkungsabrede in besonders gelagerten Konstellationen sinnvoll sein.<sup>66</sup>

## VI. Zusammenfassung

1. Eine die Sittenwidrigkeit eines Grundstückskaufvertrags als wucherähnliches Rechtsgeschäft i.S.v. § 138 Abs. 1 BGB begründende schwere Störung des Äquivalenzverhältnisses setzt neben einem auffälligen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung einen weiteren, i.d.R. subjektiven Faktor,

insbesondere eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten voraus. Hierfür muss sich Letzterer wenigstens grob fahrlässig der Erkenntnis betreffend die Äquivalenzstörung und die Schwächelage des Vertragspartners verschlossen haben.

2. Da der Nachweis des subjektiven Tatbestands eines wucherähnlichen Rechtsgeschäfts schwierig ist, behilft sich der BGH in st. Rspr. mit einer tatsächlichen Vermutung der verwerflichen Gesinnung, wenn ein besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Ein derartiges besonders grobes Missverhältnis liegt vor, wenn der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung. Der V. ZS hat klargestellt, dass dies grds. eine Verkehrswertüberschreitung von mindestens 90 % erfordert. Verkehrswertunterschreitungen sind ebenfalls ab einem Wertmissverhältnis von 90 % kritisch. Die tatsächliche Vermutung greift demnach ab einem um gut 47 % unter dem Verkehrswert liegenden Kaufpreis. Bei geringwertigen Sachen ist bei der Anwendung der Vermutungsregel allerdings Zurückhaltung geboten.

3. Eine Entkräftung dieser tatsächlichen Vermutung steht insbesondere bei Gleichgültigkeit der Parteien hinsichtlich des Wertverhältnisses und bei schwieriger Bewertung der Immobilie mangels funktionierenden Grundstücksmarktes in Rede. Ein fehlerhaftes Verkehrswertgutachten, das zur Grundlage der Preisfindung gemacht wurde, entlastet einen Verkäufer mit besonderer Sachkunde auf dem Immobilienmarkt hingegen nur, wenn dieser nachvollziehbar dargetut, dass er trotz seiner Sachkunde auf die Richtigkeit des – objektiv (grob) fehlerhaften – Gutachtens vertraut und deshalb den Kaufpreis für nicht sittenwidrig überhöht gehalten hat.

4. Der Notar hat nach § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO seine Amtstätigkeit zu versagen, wenn er erkennen kann, dass es sich bei dem zu beurkundenden Rechtsgeschäft um ein wucherähnliches Geschäft i.S.v. § 138 Abs. 1 BGB handelt. Liegen auf Tatsachen gestützte konkrete Verdachtsmomente vor, ist er verpflichtet, diesen nachzugehen und den Beteiligten Gelegenheit zu geben, diese auszuräumen. Kauft und verkauft ein Immobilienhändler wiederholt innerhalb eines jeweils sehr kurzen Zeitraums Immobilien zu einem erheblich höheren Verkaufspreis, darf der Notar nicht die Augen vor der naheliegenden Möglichkeit der Schädigung Dritter verschließen. Schlägt er dem Immobilienhändler vor, bis zum Weiterverkauf eine gewisse „Schamfrist“ abzuwarten, handelt es sich hierbei nach Ansicht des BGH um „gestalterische Vorkehrungen“ für die Durchführung bzw. zur Verschleierung künftig beabsichtigter gleichgelagerter, nach § 14 Abs. 2 BNotO verbotener Beurkundungsvorgänge, die eine vorläufige Amtsenthebung rechtfertigen.

64 BGH, MittBayNot 2010, 306, 307.

65 Vgl. BGH, MittBayNot 2010, 306, 307.

66 Wohl weniger zurückhaltend Krauß (Fn. 27), Rn. 129.

## Steuerrecht

### Einheitlicher Vertrag zur Übertragung von Gesellschaftsanteilen gegen Übereignung von Grundbesitz

von Steuerberater/Dipl.-Finanzwirt Peter Hutmacher, Heinsberg

Beim Grunderwerbsteuertatbestand der Anteilsvereinigung unterfallen alle Grundstücke der Besteuerung, die im Zeitpunkt des Eintritts dem Vermögen der Gesellschaft zugerechnet werden. Gegenstand des nachfolgenden Beitrags sind die Sonderfälle der Zuordnung, wenn im Rahmen einer Übertragung von Gesellschaftsanteilen an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft oder beim Ausscheiden von Gesellschaftern aus einer Personengesellschaft in einem einheitlichen Vertragswerk Grundstücke als Gegenleistung auf den weichenden Gesellschafter übereignet werden.

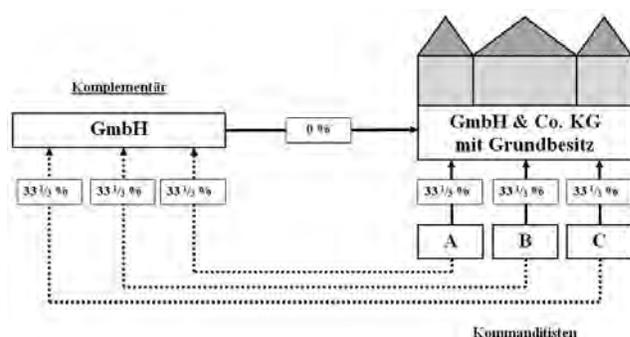
#### I. Ausscheiden aus einer Gesellschaft

Auch das Ausscheiden von Gesellschaftern aus einer Personengesellschaft oder einer Kapitalgesellschaft kann durchaus zu besonderen Grunderwerbsteuerrechtlichen Problemen betreffend die Zurechnung von Grundbesitz zum Gesellschaftsvermögen führen.

An zwei Beispielsachverhalten werden solche Problemfälle in diesem Beitrag dargestellt und subsumiert:

##### 1. Sachverhalt A

Gesellschafter einer grundbesitzenden GmbH und Co. KG sind – als Komplementärin – die GmbH ohne Kapitalbeteiligung sowie die Kommanditisten A, B und C mit Gesellschaftsanteilsquoten von je 33 1/3 %. Die Kommanditisten sind – mit Quoten von je 33 1/3 % – auch die Gesellschafter der GmbH.



Die Gesellschafter B und C scheidet als Kommanditisten aus der KG aus. In einem einheitlichen notariell beurkundeten Vertrag wird dazu das Folgende vereinbart:

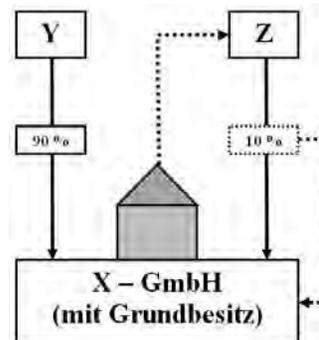
1. B und C übertragen ihre Geschäftsanteile an der GmbH auf den Gesellschafter A.
2. B und C scheidet als Kommanditisten aus der KG aus. Alleiniger Kommanditist der Gesellschaft ist danach noch A.
3. B und C erhalten für die Übertragung ihrer GmbH-Geschäftsanteile und zur Erfüllung ihrer Ansprüche auf

Ausscheidungsguthaben je ein Grundstück der Gesellschaft.

##### 2. Sachverhalt B

Gesellschafter der X GmbH sind Y (Beteiligungsquote 90 %) und Z (10 %). Zum Vermögen der GmbH gehört das Grundstück X-Straße 1. Weiteren Grundbesitz hat die Gesellschaft nicht.

Die X-GmbH erwirbt die Geschäftsanteile des Z als eigene Anteile. Als Entgelt für seine Gesellschaftsanteile erhält Z das (gleichwertige) Grundstück X-Straße 1.



#### II. Grunderwerbsteuer durch Eigentumsübertragung

Der Vertrag über die Modalitäten des Ausscheidens aus der Personengesellschaft (Sachverhalt A) und der Vertrag über den Erwerb der eigenen Anteile (Sachverhalt B) beinhalten jeweils auch ein Rechtsgeschäft, das für die ausscheidenden Gesellschafter einen Anspruch auf die Übereignung von inländischen Grundstücken begründet. Daher lösen die Übertragung der Grundstücke aus dem Gesamthandsvermögen der Personengesellschaft auf die Gesellschafter und die Übertragung des Grundstücks auf den Veräußerer der GmbH-Geschäftsanteile Grunderwerbsteuer aus.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG.

Da im Fall des Ausscheidens aus der Personengesellschaft aber ein Grundstück von einer Gesamthand in das Eigentum einer an der Gesamthand beteiligten Person übergeht, wird die Steuer nicht erhoben, soweit die Quote, die der Erwerber erhält, dem Anteil entspricht, zu dem er am Vermögen der Gesamthand beteiligt ist.<sup>2</sup> Für die beiden ausscheidenden Gesellschafter bedeutet dies, dass die anfallende Grunderwerbsteuer nur zu je 66 2/3 % erhoben wird.

Für den Fall des Grundstückserwerbs von der Kapitalgesellschaft besteht für den Gesellschafter keine Grunderwerbsteuerbefreiung.

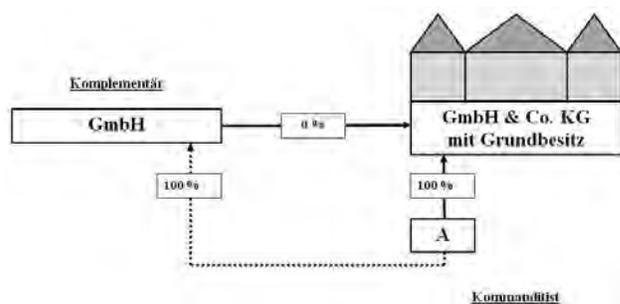
### III. Grunderwerbsteuer wegen Gesellschafterwechsel bei einer Personengesellschaft

Nur wenn sich bei einer grundbesitzenden Personengesellschaft der Gesellschafterbestand innerhalb von 5 Jahren unmittelbar oder mittelbar dergestalt ändert, dass mindestens 95 % der Anteile am Gesamthandsvermögen auf neue Gesellschafter übergeht, löst ein Gesellschafterwechsel Grunderwerbsteuer aus.<sup>3</sup> Dieser Tatbestand wird im Beispielssachverhalt A nicht verwirklicht.

### IV. Anteilsvereinigung im Beispielsfall A

Werden durch ein Rechtsgeschäft bei einer Personengesellschaft mit Grundbesitz Gesellschaftsanteile übertragen und durch diese Übertragung mindestens 95 % der Gesellschaftsanteile unmittelbar oder mittelbar in der Hand des Erwerbers vereinigt, dann unterliegen die Grundstücke der Personengesellschaft der Grunderwerbsteuer.<sup>4</sup>

Dieser Tatbestand wird hier verwirklicht. Durch das Ausscheiden der Gesellschafter B und C sowohl als Anteilseigner bei der GmbH als auch als Kommanditisten der Kommanditgesellschaft vereinigen sich die Gesellschaftsanteile der Gesellschaft unmittelbar (als Kommanditist) und mittelbar (über die GmbH – als deren Alleingesellschafter –) zu 100 % beim Gesellschafter A:<sup>5</sup>

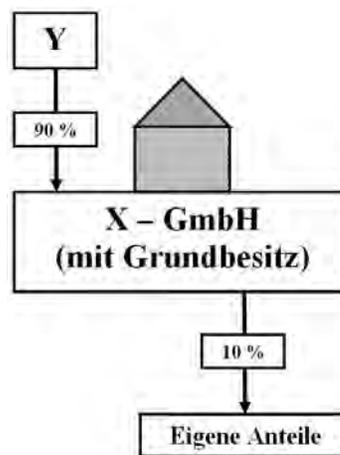


Durch die Anteilsvereinigung unterfallen die Grundstücke der Kommanditgesellschaft der Grunderwerbsteuer. Die entstehende Grunderwerbsteuer bezieht sich jeweils auf das einzelne Grundstück<sup>6</sup> und ist jeweils nach den für das einzelne Grundstück maßgeblichen Verhältnissen aus dessen Wert zu bemessen.<sup>7</sup>

### V. Anteilsvereinigung im Beispielsfall B

Bei der Prüfung, ob die Quote von 95 % durch eine unmittelbare oder mittelbare Anteilsvereinigung erreicht ist, bleiben eigene Gesellschaftsanteile, die eine Kapitalgesellschaft als grundbesitzende Gesellschaft selbst hält, außer Betracht. Zivilrechtlich kann eine Kapitalgesellschaft zwar eigene Anteile halten; sie kann aber begrifflich keine von ihr selbst verschiedene Person sein. Ein Gesellschafter, der mindestens 95 % der nicht von der Kapitalgesellschaft selbst gehaltenen Anteile an dieser hält, beherrscht das Vermögen der Gesellschaft in gleicher Weise, wie wenn der Gesellschaft selbst keine Anteile zustünden.<sup>8</sup>

Durch den Vertrag über den Erwerb der eigenen Anteile tritt beim Gesellschafter Y eine Anteilsvereinigung ein. Er hält in seiner Hand 100 % der Gesellschaftsanteile, die nicht als eigene Anteile von der Gesellschaft selbst gehalten werden.



### VI. Gesellschaft zuzurechnender Grundbesitz

Die Anteilsvereinigung erzeugt so viele der Grunderwerbsteuer unterliegende – fiktive – Grunderwerbe, als die Gesellschaft Grundstücke besitzt.<sup>9</sup> Ein Grundstück „gehört“ zum Vermögen der Gesellschaft, wenn es ihr im Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld durch die Anteilsvereinigung grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen ist.<sup>10</sup>

2 § 6 Abs. 1 Satz 1 GrEStG.

3 § 1 Abs. 2a GrEStG.

4 § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG.

5 Anteil an einer Personengesellschaft ist die aus der Mitgliedschaft in der Personengesellschaft folgende „gesamthänderische Mitberechtigung“ und nicht die vermögensmäßige Beteiligung am Gesellschaftskapital; vgl. BFH, Urt. v. 26.7.1995 – II R 68/92, BStBl. II 1995, S. 736, und gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder v. 6.3.2013, BStBl. I 2013, S. 773 (unter 3.).

6 § 2 GrEStG.

7 BFH, Urt. v. 28.6.1972 – II 77/64, BStBl. II 1972, S. 719.

8 BFH, Urt. v. 18.9.2013 – II R 21/12, BStBl. II 2014, S. 326 (unter II.1.c.dd.) und v. 16.1.2002 – II R 52/00, BFH/NV 2002, 1053 m.w.N.

9 BFH, Urt. v. 8.8.2001 – II R 66/98, BStBl. II 2002, S. 156.

10 BFH, Urt. v. 28.6.1972 – II 77/64, BStBl. II 1972, S. 719.

Grunderwerbsteuerlich zuzurechnen sind der Gesellschaft die Grundstücke, die aufgrund eines unter § 1 Abs. 1 – 3a GrEStG fallenden Erwerbsvorgangs ihrem Vermögen zuzuordnen sind. Maßgeblich ist stets der schuldrechtliche Vertrag zur Übertragung eines Grundstücks. Danach gehören erworbene Grundstücke auch dann grunderwerbsteuerrechtlich zum Vermögen der Gesellschaft, wenn der Übertragungsvertrag abgeschlossen wurde, der Eigentümerwechsel im Grundbuch aber noch nicht eingetragen wurde.

Andererseits gehören Grundstücke nicht mehr zum Gesellschaftsvermögen, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Entstehung der Grunderwerbsteuer bereits aufgrund eines schuldrechtlichen Vertrags zur Übereignung des Grundstücks auf einen Dritten verpflichtet war.

#### **Beispiel für die Zurechnung von Grundstücken:**

*Gesellschafter der X-GmbH sind zu je 50 % die Gesellschafter X und Y. Die Gesellschaft hat den folgenden inländischen Grundbesitz:*

Grundstück	A-Straße 2
	B-Straße 4
	C-Straße 6

*Mit Notarvertrag v. 2.1.2014 veräußert die Gesellschaft das Grundstück A-Straße 2. Am 6.1.2014 wird der Vertrag über den Erwerb des Grundstücks D-Straße 8 notariell beurkundet.*

*Am 31.1.2014 veräußert X seine Geschäftsanteile an der X-GmbH an den Y. Zu diesem Zeitpunkt sind die Eigentumsübertragungen beider Grundstücke im Grundbuch noch nicht vollzogen.*

*Durch den Erwerb der Anteile vereinigt Y ab dem 31.1.2014 mindestens 95 % der Gesellschaftsanteile der X-GmbH in seiner Hand. Er verwirklicht somit den Grunderwerbsteueratbestand der Anteilsvereinigung. Grunderwerbsteuerlich ist der X-GmbH zu diesem Zeitpunkt der folgende Grundbesitz zuzuordnen:*

Grundstück	B-Straße 4
	C-Straße 6
	D-Straße 8

*Dass die Gesellschaft betreffend das Grundstück A-Straße 2 im Grundbuch noch als Eigentümerin geführt wird bzw. beim Grundstück D-Straße 8 noch nicht als Eigentümerin eingetragen ist, ist hier ohne Belang. Maßgeblich ist allein der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts.*

## **VII. Grundstücksabgänge durch Anteilsvereinigung**

In den hier in Rede stehenden Sachverhalten liegen einheitliche Rechtsgeschäfte vor, die sowohl gesellschaftsrechtliche (Ausscheiden aus der Personengesellschaft; Übertragung von Anteilen an der Kapitalgesellschaft) als auch grundstücksbezogene Bestandteile (Übertragung bestimmter Grundstücke) enthält.

Gegenstand des schuldrechtlichen Vertrags, der die Anteilsvereinigung auslöst, ist in beiden Sachverhalten eine Grundstücksübertragung, die im Ergebnis die Gegenleistung („Entgelt“) für das Ereignis ist, das die Gesellschaftsanteile in einer Hand vereinigt (Ausscheiden aus der Personengesellschaft; Veräußerungen der Anteile an der Kapitalgesellschaft).

Solche mehrstufigen schuldrechtlichen Verträge machen auch eine mehrstufige steuerrechtliche Betrachtung erforderlich. Werden sowohl der grundstücksrechtliche als auch der gesellschaftsrechtliche Vorgang in einer notariellen Urkunde vereinbart, ist anhand verständiger Würdigung der Gesamtheit der getroffenen Vereinbarungen zu entscheiden, ob das Grundstück im Zeitpunkt der Anteilsübertragung zum Vermögen der Gesellschaft gehört oder nicht.<sup>11</sup>

Der Tatbestand der Anteilsvereinigung knüpft zwar an den Anspruch auf Übertragung bzw. die Vereinigung von Gesellschaftsanteilen an, erfasst aber die infolge der Vereinigung der Anteile der Gesellschaft mit Grundbesitz in einer Hand spezifisch grunderwerbsteuerrechtlich veränderte Zuordnung von Grundstücken.<sup>12</sup> Eine der Erlangung zivilrechtlichen Eigentums vergleichbare veränderte Rechtszuständigkeit an Grundstücken der Gesellschaft wird besteuert.<sup>13</sup> Bei der Anteilsvereinigung als Grunderwerbsteueratbestand fingiert das Gesetz einen zivilrechtlich nicht vorhandenen grundstücksbezogenen Erwerbsvorgang. Der Erwerber der Anteile wird so behandelt, als habe er die zum Vermögen der Gesellschaft gehörenden Grundstücke erworben.<sup>14</sup>

Bei verständiger Sachverhaltswürdigung fallen in den hier behandelten Sachverhalten fingierte Grundstückserwerbe jedoch nicht an. Der fiktive Veräußerungsvorgang von der Gesellschaft an den Gesellschafter, in dessen Hand sich die Anteile vereinigen, findet betreffend die als Gegenleistung für das Ausscheiden aus der Personengesellschaft bzw. als Gegenleistung für die übertragenen Anteile an der Kapitalgesellschaft übereigneten Grundstücke nicht statt. Wenn der Gesellschafter die Anteile in seiner Hand vereinigt hat, sind die Grundstücke bereits der Gesellschaft entzogen. Zumal hier auch ein Erwerbsvorgang i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG vorliegt, der grunderwerbsteuerlich den weichenden Gesellschaftern die Grundstücke zurechnet.

Entsteht eine Anteilsvereinigung bei einer Personen- oder Kapitalgesellschaft in Verbindung mit einer gleichzeitigen Grundstücksübertragung, ist i.a.R. die Gesellschaft im gesellschaftsrechtlichen Zustand vor Eintritt der Anteilsvereinigung zur Übertragung der Grundstücke verpflichtet. Deshalb geht in diesen Fällen die Übertragung der Grundstücke der Anteilsvereinigung vor.<sup>15</sup>

11 BFH, Urt. v. 20.12.2000 – II R 26/99, BFH/NV 2001, 1040.

12 BFH, Urt. v. 31.3.1982 – II R 92/81, BStBl. II 1982, S. 424.

13 BFH, Urt. v. 12.1.1994 – II R 130/91, BStBl. II 1994, S. 40.

14 BFH, Urt. v. 2.4.2008 – II R 53/06, BStBl. II 2009, S. 544 m.w.N.

15 So auch FG Nürnberg v. 27.3.2014 – 4 K 1355/12 (Finanzamt hat Revision eingelegt; Az. des BFH: II R 29/14), abrufbar unter [www.gesetze-bayern.de](http://www.gesetze-bayern.de).

## VIII. Resümee

Werden in einem einheitlichen notariellen Vertragswerk Gesellschaftsanteile an Personen- oder Kapitalgesellschaften und Grundstücke (als Gegenleistung) übertragen, dann gehen nach Sinn und Zweck der Grunderwerbsteuerlichen Tatbestände die Grundstücksübergaben den Anteilsübertragungen vor mit der Folge, dass bei Eintritt einer Anteilsvereinigung die als Gegenleistung übertragenen Grundstücke nicht mehr der

Gesellschaft Grunderwerbsteuerlich zugerechnet werden und deshalb nicht mehr bei der Besteuerung angesetzt werden.

Im Sachverhalt A unterfallen nur die noch bei der Personengesellschaft verbliebenen Grundstücke der Grunderwerbsteuer. In dem Fall B ist der Kapitalgesellschaft im Zeitpunkt der Anteilsvereinigung kein Grundstück zuzurechnen, sodass die Anteilsvereinigung hier keine Grunderwerbsteuer auslöst.

## ZNotP-Fragezeichen

1. A ist Eigentümer eines Teileigentums. In der Teilungserklärung ist die Zweckbestimmung „Büro“ verbindlich festgelegt. Die Teilungserklärung enthält zu einer Änderung der Nutzungsart keine Regelung. A möchte nunmehr das Teileigentum als Ladenlokal nutzen. Hierfür ist erforderlich:
  - a) eine entsprechende Vereinbarung der Wohnungseigentümer und entsprechende Grundbucheintragung,
  - b) eine entsprechende Vereinbarung der Wohnungseigentümer und entsprechende Grundbucheintragung, zusätzlich aber auch die Zustimmung der Grundschuldgläubiger,
  - c) weder a) noch b).
2. E ist verstorben. Die Ausschlagungsfrist für den Erben A ist noch nicht abgelaufen. Jetzt stirbt A. Dies ist für den Ablauf der Ausschlagungsfrist ohne Bedeutung.
  - a) Trifft zu.
  - b) Trifft nicht zu.

## ZNotP-Rechtsprechungsreport

### Grundstücksrecht

#### Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung der Beeinträchtigung einer Grunddienstbarkeit

BGB § 1028

**Leitsatz (amtlich):**

**Der Anspruch auf Beseitigung einer Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit, die durch eine Anlage auf dem dienenden Grundstück verursacht wird, verjährt in entsprechender Anwendung von § 197 Nr. 2 BGB in dreißig Jahren, wenn es um die Verwirklichung des Rechts selbst und nicht nur um eine Störung in der Ausübung geht (Fortführung von Senat, Urteil vom 22. Oktober 2010 V ZR 43/10, BGHZ 187, 185).**

*BGH, Urt. v. 18. 7. 2014 – V ZR 151/13*

[1] Zulasten des im Eigentum der Beklagten stehenden Grundstücks und zugunsten des dem Kläger gehörenden angrenzenden Grundstücks ist im Grundbuch eine Grunddienstbarkeit des Inhalts eingetragen, dass ein an der nördlichen Grundstücksgrenze verlaufender Fahrweg jederzeit begangen und mit Fuhrwerken jeder Art befahren werden kann, um das klägerische Grundstück von der Hauptstraße aus zu erreichen. Im Bereich des Fahrweges befinden sich zwei Fichten; sie stehen der Nutzung des Wegs mit einem mehrspurigen Fahrzeug entgegen.

[2] Der Kläger verlangt von der Beklagten die Beseitigung der Fichten. Die Beklagte beruft sich auf Verjährung. Die Klage ist in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem LG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter.

**Aus den Gründen:**

[3] I. Das Berufungsgericht meint, dem Kläger stehe zwar ein Beseitigungsanspruch zu; der Anspruch sei aber verjährt. Die beiden Bäume seien als eine Anlage i.S.d. § 1028 Abs. 1 Satz 1 BGB anzusehen. Dabei könne offenbleiben, ob sie bewusst an dieser Stelle gepflanzt worden seien. Auch wenn die Bäume aus einem angeflogenen Samen gewachsen seien, habe der Eigentümer sie jedenfalls geduldet und damit in die gärtnerische Gestaltung seines Grundstücks einbezogen. Der Beseitigungsanspruch sei verjährt, da das Alter der beiden Bäume auf mindestens 20 Jahre zu schätzen sei. Aber selbst wenn die Bäume keine Anlagen darstellten, sei Verjährung eingetreten. Beeinträchtigt sei das Fahrrecht nur insoweit, als mehrspurige Fahrzeuge den Weg nicht mehr benutzen könnten. Eine Durchfahrt mit einem einspurigen Fahrzeug sei noch möglich, ebenso das Begehen des Weges. Damit störe die Beklagte die Grunddienstbarkeit nur in ihrer konkreten Ausgestaltung, entziehe aber nicht das Recht als Ganzes.

[4] II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht sieht den Beseitigungsanspruch des Klägers rechtsfehlerhaft als verjährt an.

[5] 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass ein Anspruch aus §§ 1027, 1004 Abs. 1 BGB gegen die Beklagte besteht.

[6] a) Ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, der Beseitigungsanspruch bestehe schon deshalb nicht, weil die von dem Kläger beabsichtigte Nutzung des Weges mit einem Pkw nicht von der eingetragenen Grunddienstbarkeit erfasst sei.

[7] Inhalt und Umfang einer – wie hier – zeitlich unbegrenzten Dienstbarkeit liegen nicht in jeder Beziehung von vornherein für alle Zeiten fest, sondern sind Veränderungen unterworfen, die sich aus der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung ergeben. Maßgeblich ist nicht die augenblickliche, bei Bestellung der Dienstbarkeit gerade bestehende Nutzung. Vielmehr kommt es auf den allgemeinen, der Verkehrsauffassung entsprechenden Charakter des betroffenen Grundstücks an sowie auf das Bedürfnis, von dem Wegerecht in diesem Rahmen Gebrauch zu machen (vgl. Senat, Urt. v. 11.4.2003 – V ZR 323/02, *ZNotP* 2003, 344 = NJW-RR 2003, 1235, 1236 m.w.N.). Hier von ausgehend umfasst das zum Befahren „mit Fuhrwerken“ bestellte Wegerecht heute ein Befahren mit Personen- wie auch mit Lastkraftwagen. Die damit verbundene Bedarfssteigerung hält sich in den Grenzen einer der Art nach gleichbleibenden Benutzung des Grundstücks und stellt keine willkürliche Benutzungsänderung dar. Einem Befahren mit Fuhrwerken entspricht heute ein Befahren mit Kraftwagen. Fuhrwerke dienen gerade dem Transport von Personen und Gegenständen. Diese Aufgaben haben heute Personen-, Last- und Lieferwagen übernommen. Auf einen solchen Fahrzeugverkehr erstreckt sich bei vernünftiger Betrachtung die Grunddienstbarkeit (vgl. Senat, Urt. v. 6.6.2003 – V ZR 318/02, NJW-RR 2003, 1237).

[8] b) Die Grunddienstbarkeit wird durch die beiden streitgegenständlichen Bäume beeinträchtigt. Eine Beeinträchtigung i.S.d. § 1027 BGB ist jede Störung oder Behinderung der rechtmäßigen Ausübung der Dienstbarkeit (Senat, Urt. v. 22.10.2010 – V ZR 43/10, BGHZ 187, 185 Rn. 18). Dass der Fahrtweg auf dem Grundstück der Beklagten von mehrspurigen Kfz nicht benutzt werden kann, hat das Berufungsgericht festgestellt. Dies wird von der Beklagten auch nicht in Zweifel gezogen.

[9] c) Das Berufungsgericht geht ferner zu Recht davon aus, dass die Beklagte Zustandsstörerin ist. Die Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit ist ihr bei wertender Betrachtung zurechenbar (vgl. dazu Senat, Urt. v. 19.10.2012 – V ZR 263/11, *ZNotP* 2013, 67 = NJW-RR 2013, 652 Rn. 9; Urt. v. 17.12.2010 – V ZR 44/10, NJW 2011, 753 Rn. 13 m.w.N.), was ebenfalls von der Beklagten nicht angegriffen wird.

[10] 2. Rechtsfehlerhaft ist dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Beseitigungsanspruch sei verjährt, weil die von den Bäumen ausgehende Beeinträchtigung nicht die Verwirklichung der eingetragenen Grunddienstbarkeit betreffe.

[11] a) Der Anspruch des Berechtigten einer Grunddienstbarkeit auf Beseitigung bzw. Unterlassung der Beeinträchtigung des Rechts nach § 1004 Abs. 1 BGB, der aus der Vorschrift des § 1027 BGB folgt, unterliegt nach § 902 Abs. 1 Satz 1 BGB jedenfalls dann nicht der Verjährung, wenn es um die Verwirklichung des Rechts selbst und nicht nur um eine Störung in der Ausübung geht (BGH, Urt. v. 22.10.2010 – V ZR 43/10, BGHZ 187, 185 Rn. 19 m.w.N.). Die hier bestehende Beeinträchtigung führt dazu, dass dem Kläger die Ausübung eines Teils der ihm eingeräumten Rechtsmacht verwehrt ist. Damit zielt der Beseitigungsanspruch auf die Verwirklichung des Rechts.

[12] b) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kann das durch die Grunddienstbarkeit gesicherte Gehrecht noch ausgeübt werden. Auch ist ein Befahren des Weges mit einspurigen Fahrzeugen noch möglich. Allerdings führen die beiden streitgegenständlichen Bäume dazu, dass das durch die Grunddienstbarkeit ebenfalls eingeräumte Recht, den Weg mit mehrspurigen Fahrzeugen zu befahren, nicht mehr ausgeübt werden kann. Dem Kläger ist es nicht mehr möglich, sein Grundstück mit einem Personenkraft- oder Lastkraftwagen von der Hauptstraße aus zu erreichen. Entgegen der Ansicht des LG handelt es sich dabei nicht um eine bloße Störung in der Ausübung der dem Berechtigten durch die Grunddienstbarkeit eingeräumten Rechte. Eine solche liegt nur vor, wenn der Rechtsinhaber sein Recht zwar noch ausüben kann, dies aber nur erschwert möglich ist. Hiervon wäre etwa auszugehen, wenn dem Kläger die Zufahrt mit mehrspurigen Fahrzeugen zu seinem Grundstück zwar noch möglich wäre, er aber Einschränkungen unterworfen ist, indem er etwa das Fahrzeug mehrmals vor- und zurücksetzen muss, um auf sein Grundstück zu gelangen. Kann er demgegenüber – wie hier – von seinem Recht in einzelnen abgrenzbaren Ausprägungen der Grunddienstbarkeit überhaupt keinen Gebrauch mehr machen, steht die Verwirklichung der ihm durch die Grundbucheintragung eingeräumten Rechtsmacht in Rede. Daher würde im vorliegenden Fall die Grundbucheintragung bei Annahme einer Verjährung des Beseitigungsanspruchs teilweise zu einer leeren rechtlichen Hülle.

[13] 3. Anders als das Berufungsgericht meint, kann eine Verjährung des Beseitigungsanspruchs auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen auch nicht unter dem Gesichtspunkt des § 1028 Abs. 1 Satz 1 BGB angenommen werden. Ist auf dem belasteten Grundstück eine Anlage, durch welche die Grunddienstbarkeit beeinträchtigt wird, errichtet worden, so unterliegt der Anspruch des Berechtigten auf Beseitigung einer Beeinträchtigung des Rechts nach dieser Vorschrift allerdings auch dann der Verjährung, wenn die Grunddienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist. Die Norm kommt auch zur Anwendung, wenn der Beseitigungsanspruch zum Zweck der Verwirklichung des Rechts aus der Dienstbarkeit geltend gemacht wird. In diesem Fall beträgt die Verjährungsfrist aber nicht – wie von dem Berufungsgericht angenommen – 3, sondern in entsprechender Anwendung von § 197 Nr. 2 BGB 30 Jahre.

[14] a) Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die streitgegenständlichen Bäume eine Anlage i.S.v. § 1028 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellen.

[15] aa) Unter dem Begriff der Anlage ist ebenso wie in § 1020 BGB eine für eine gewisse Dauer bestimmte, von Menschenhand zur Benutzung des Grundstücks geschaffene Einrichtung zu verstehen (vgl. zu § 1020 BGB: Senat, Urt. v. 17.2.2006 – V ZR 49/05, NJW 2006, 1428, 1429). Er geht, wie sich aus § 1022 BGB ergibt, über bauliche Anlagen hinaus. Auch Pflanzen können unter den Anlagenbegriff fallen (OLG Köln, Mitt-RhNotK 1990, 219, 220; KG, JfK 6, 282, 286 f.; Erman/Westermann, BGB, 13. Aufl., § 1020 Rn. 2; MünchKomm-BGB/Joost, 6. Aufl., § 1020 Rn. 8; Staudinger/Mayer, BGB, 2009, § 1020 Rn. 12; vgl. auch RGZ 51, 251, 253). Dies belegt mittelbar auch § 907 Abs. 2 BGB. Die – nicht verallgemeinerungsfähige (vgl. Senat, Urt. v. 12.12.2003 – V ZR 98/03, NJW 2004, 1035, 1036) – Vorschrift nimmt Bäume und Sträucher ausdrücklich von dem Begriff der Anlage in § 907 Abs. 1 BGB aus, um Widersprüche zu den Sonderregelungen der §§ 910, 911, 923 BGB und den landesrechtlichen Bestimmungen (vgl. Art. 122, 124

EGBGB) zu vermeiden. Einer solchen Regelung hätte es nicht bedurft, wenn Pflanzen nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht unter den Begriff der Anlage subsumiert werden könnten.

[16] bb) Auch der Gesichtspunkt, dass § 1028 Abs. 1 BGB von dem in § 902 Abs. 1 Satz 1 BGB enthaltenen Grundsatz der Unverjährbarkeit in einem besonderen Fall abweicht und damit Ausnahmecharakter hat (Senat, Urt. v. 22.10.2010 – V ZR 43/10, BGHZ 187, 185 Rn. 23; Urt. v. 9.1.1963 – V ZR 125/61, BGHZ 39, 5, 11), bietet keine Grundlage dafür, den Anlagenbegriff in dieser Norm enger zu fassen. Unter funktionalen Gesichtspunkten macht es keinen Unterschied, ob die Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit von einem Bauwerk oder von Pflanzen ausgeht. So kann etwa ein Fahrrecht statt durch einen Zaun, ein Tor oder einem Pfosten in gleicher Weise dadurch beeinträchtigt werden, dass eine Hecke oder Bäume angepflanzt werden. In diesem Zusammenhang weist das Berufungsgericht zutreffend darauf hin, dass es unter funktionalen Gesichtspunkten ohne Belang ist, ob die Pflanzen, die zu einer Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit führen, gesetzt worden sind oder zwar wild gewachsen, aber bewusst durch den Nutzer des dienenden Grundstücks an der Stelle belassen worden sind. In beiden Fällen handelt es sich um einen von Menschen geschaffenen Zustand zur Gestaltung des Grundstücks.

[17] cc) Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts stellen die streitgegenständlichen Bäume nach diesen Maßstäben eine Anlage i.S.d. § 1028 Abs. 1 BGB dar. Es ist von einer bewussten Entscheidung des Eigentümers des dienenden Grundstücks ausgegangen, die beiden Bäume an der Stelle zu belassen, an der sie in natürliche Weise entstanden sind. Diese trichterliche Würdigung, die sich auf die Wohnnutzung des Grundstücks, seine begrenzte Größe und das Alter der Bäume von mindestens 20 Jahren stützt, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

[18] b) Rechtsfehlerhaft nimmt das Berufungsgericht jedoch an, dass der Beseitigungsanspruch von dem Kläger erst nach Ablauf der Verjährungsfrist klageweise geltend gemacht worden ist.

[19] aa) Das Berufungsgericht geht davon aus, dass sich die Verjährung des Beseitigungsanspruchs aus §§ 1027, 1004 BGB nach den Regelungen in §§ 195, 199 Abs. 1, 4 und 5 BGB in der seit dem 1.1.2002 gültigen Fassung richtet. Dies entspricht gängiger Meinung. Da § 1028 Abs. 1 Satz 1 BGB den Beseitigungsanspruch der Verjährung unterwirft, aber eine besondere Verjährungsfrist nicht anordnet, wird die für den Beseitigungsanspruch geltende Verjährungsfrist als maßgebend angesehen. Nach der Neuregelung des Verjährungsrechts soll daher nicht mehr die frühere regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren (§ 195 BGB a.F.), sondern die neue Frist von 3 Jahren nach § 195 BGB gelten (OLG Hamm, NJOZ 2012, 2009, 2010; OLG Saarbrücken, NJOZ 2009, 4561, 4563; Bamberger/Roth/Wegmann, BGB, 3. Aufl., § 1028 Rn. 5; MünchKomm-BGB/Joost, a.a.O., § 1028 Rn. 1; Staudinger/Mayer, a.a.O., § 1028 Rn. 4; Palandt/Bassenge, BGB, 73. Aufl., § 1028 Rn. 1). Dem kann, soweit es um die Beseitigung einer Beeinträchtigung geht, die der Verwirklichung des Rechts entgegensteht, nicht beigetreten werden.

[20] bb) § 1028 BGB enthält eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass Ansprüche aus eingetragenen Rechten, die nicht auf Rückstände wiederkehrender Leistungen oder auf Schadensersatz gerichtet sind, nicht der Verjährung unterliegen (§ 902 Abs. 1 BGB). Denn er unterwirft den Anspruch auf Beseitigung

der von einer Anlage ausgehenden Beeinträchtigung generell der Verjährung, also auch dann, wenn die Beeinträchtigung die Verwirklichung des eingetragenen Rechts hindert und damit nach allgemeinen Grundsätzen nicht verjährt (vgl. Senat, Urt. v. 22.10.2010 – V ZR 43/10, BGHZ 187, 185 Rn. 21 ff.). Dies ergibt sich aus der Regelung des § 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB, nach der die Dienstbarkeit mit der Verjährung des Beseitigungsanspruchs erlischt, soweit der Bestand der Anlage mit der Dienstbarkeit in Widerspruch steht. Sie hat zum Ziel, dass sich die Wirklichkeit nach einer gewissen Zeit gegen den Inhalt des Grundbuchs durchsetzt (vgl. Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 1028 Rn. 1), will also gerade erreichen, dass eine Grunddienstbarkeit, die ansonsten nur noch als leere Hülse bestünde, mit Wirkung gegenüber jedermann (vgl. § 1028 Abs. 2 BGB) erlischt.

[21] cc) Dies belegt die Gesetzgebungsgeschichte. Vorgeschlagen war zunächst, dem Eigentümer des belasteten Grundstücks einen Anspruch auf Bewilligung der Löschung der Grunddienstbarkeit einzuräumen, wenn diese seit 30 Jahren nicht mehr ausgeübt worden ist. Begründet wurde dies damit, dass erfahrungsgemäß vielfach Servituten durch Nichtausübung, besonders aufgrund völlig veränderter Verhältnisse, in Vergessenheit gerieten. Eine Grundbuchberichtigung sei in solchen Fällen oft mit den größten Schwierigkeiten verbunden. Zudem würden der Wert und die Verkäuflichkeit der mit derartigen Servituten belasteten Grundstücke ungünstig beeinflusst. Regierungsseitig wurden Bedenken im Hinblick auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geäußert. Der Vorschlag, das Grundbuch bei langjährig nicht ausgeübten Dienstbarkeiten bereinigen zu können, wurde – wenn auch in rechtstechnisch anderer Form – aufgegriffen. Es wurde die heute in § 1028 Abs. 1 BGB enthaltene Fassung gewählt. In zweiter Lesung wurde ein Antrag, die Vorschrift ganz zu streichen, abgelehnt und in Abs. 2 die Regelung eingefügt, dass die Vorschrift über den Gutgläubensschutz des Grundbuchs nicht gelten sollte (vgl. zum Ganzen *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, 1899, Bd. III, S. 1002 f.). Auch wenn in die schließlich Gesetz gewordene Fassung nicht die Frist von 30 Jahren aufgenommen, sondern stattdessen der Beseitigungsanspruch lediglich allgemein der Verjährung unterstellt wurde – wobei die regelmäßige Verjährungsfrist zum damaligen Zeitpunkt 30 Jahre betrug –, zeigt die Entstehungsgeschichte, dass dieser langen Zeitdauer entscheidende Bedeutung zukam. Hierzu passt, dass einige bis zum Inkrafttreten des BGB geltenden landesrechtlichen Regelungen ebenfalls das Erlöschen einer Dienstbarkeit durch Nichtgebrauch über einen Zeitraum von 30 Jahren vorsahen (vgl. *Mugdan*, a.a.O., Bd. III, S. 141 m.w.N.).

[22] dd) Die Heranziehung der mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz eingeführten regelmäßigen Verjährungsfrist von 3 Jahren auch in Fällen, in denen die Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit nicht nur die Ausübung des Rechts erschwert, sondern dessen Verwirklichung hindert, würde einen gravierenden Eingriff in die von dem Gesetzgeber bei Einführung des § 1028 Abs. 1 BGB vorgenommene Abwägung der Interessen des Eigentümers und des Dienstbarkeitsberechtigten darstellen. Sie würde dazu führen, dass ein im Grundbuch eingetragenes Recht bereits dann erlischt, wenn der Berechtigte 3 Jahre lang eine die Verwirklichung des Rechts hindernde Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit durch eine Anlage hinnimmt (kritisch insoweit auch MünchKomm-BGB/Joost, a.a.O., § 1028 Rn. 1; Staudinger/Mayer, a.a.O., § 1028 Rn. 1; NK-BGB/Otto, 3. Aufl., § 1028 Rn. 12).

[23] Die Interessen des Berechtigten würden in einem erheblichen Maße geschwächt, obwohl ein überzeugender sachlicher Grund hierfür nicht gegeben ist. Der Eigentümer eines Grundstücks, der eine Grunddienstbarkeit oder eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit – § 1028 BGB ist über die Verweisung in § 1090 Abs. 2 BGB entsprechend anzuwenden – bestellt, muss vorbehaltlich einer anderen Vereinbarung von einer dauerhaften Belastung seines Grundstücks ausgehen, während der Berechtigte, der i.d.R. ein Entgelt für den Erwerb des dinglichen Rechts an dem Grundstück entrichtet hat, ebenfalls von einem dauerhaften Bestand seines Rechts ausgehen kann. Dies belegt der Grundsatz der Unverjährbarkeit dinglicher Rechte in § 902 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Gesetzgeber hat von diesem Grundsatz ausweislich der Entstehungsgeschichte des § 1028 Abs. 1 BGB nur dann eine Ausnahme machen wollen, wenn der Berechtigte die Beeinträchtigung der Dienstbarkeit über 30 Jahre hinnimmt. Für diesen Fall hat er es als gerechtfertigt angesehen, dass das Interesse des Berechtigten an dem Bestand der Dienstbarkeit hinter das Interesse des Eigentümers und der Allgemeinheit an der Bereinigung zwar noch eingetragener, aber faktisch überholter Dienstbarkeiten zurücktritt. Eine ähnliche Wertung liegt der Buchersitzung in § 900 BGB zugrunde, bei der der Rechtsverlust des tatsächlich Berechtigten ebenfalls erst nach 30 Jahren eintritt.

[24] Nimmt der Berechtigte eine Beeinträchtigung 3 Jahre lang hin, kann demgegenüber noch nicht darauf geschlossen werden, dass die Dienstbarkeit für ihn keinen Wert hat und wegen der Nichtausübung faktisch überholt ist. Der Berechtigte kann vorübergehend keinen Bedarf für die Ausübung der Dienstbarkeit haben und deshalb keinen Anlass sehen, seinen Nachbarn klageweise auf Beseitigung einer die Dienstbarkeit hindernde Anlage in Anspruch zu nehmen. Hinzu kommt, dass die Beeinträchtigung der Rechtsverwirklichung der Dienstbarkeit mittels einer Anlage – nur dann findet § 1028 BGB Anwendung – i.d.R. wissentlich und willentlich durch den Eigentümer des dienenden Grundstücks herbeigeführt wird. Die Stärkung seiner Rechtsposition bei einer Heranziehung der regelmäßigen Verjährungsfrist von 3 Jahren ist gerade vor diesem Hintergrund nicht zu rechtfertigen. Dies gilt umso mehr, als der durch § 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB angeordnete Rechtsverlust auch dann eintritt, wenn der Eigentümer die die Rechtsverwirklichung beeinträchtigende Anlage nach dem Ablauf der Verjährungsfrist aus eigenem Antrieb wieder entfernt (MünchKomm-BGB/Joost, a.a.O., § 1028 Rn. 3). Umstritten ist insoweit lediglich, ob sich in einem solchen Fall der Erwerber trotz der Regelung des § 1028 Abs. 2 BGB auf einen Gutglaubensschutz berufen kann, wenn er das herrschende Grundstück erst nach der Beseitigung der Anlage erworben hat (so Bamberger/Roth/Wegmann, a.a.O., § 1028 Rn. 7; Soergel/Stürmer, a.a.O., § 1028 Rn. 2; Palandt/Bassenge, a.a.O., § 1028 Rn. 2; a.A. MünchKomm-BGB/Joost, a.a.O., § 1028 Rn. 3; RGRK-BGB/Rothe, 12. Aufl., § 1028 Rn. 5; Staudinger/Mayer, a.a.O., § 1028 Rn. 6, jeweils m.w.N.).

[25] ee) Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass dem Gesetzgeber bei der Überarbeitung des Verjährungsrechts die Folgen der Anwendung der neuen regelmäßigen Verjährungsfrist im Rahmen des § 1028 Abs. 1 BGB bewusst waren und er gleichwohl deren Geltung auch in diesem Regelungszusammenhang anordnen wollte.

[26] Motiv für die Überarbeitung des Verjährungsrechts war die Beseitigung der als undurchschaubar und als nicht systematisch angesehenen unterschiedlichen Verjährungsfristen (BT-Drucks.

14/6040, S. 102) und in einem zweiten Schritt die Anpassung der außerhalb des BGB bestehenden Verjährungsvorschriften (BT-Drucks. 15/3653, S. 10 ff.). Die lange Verjährungsfrist von 30 Jahren sollte in einigen Fällen, insbesondere für Herausgabeansprüche aus dinglichen Rechten, erhalten bleiben. Zur Begründung wurde angeführt, dass diese Ansprüche auf die Verwirklichung des Stammrechts abzielen und die kurzen Fristen dieses infrage stellen würden (BT-Drucks. 14/6040, S. 105). Dieser Gesichtspunkt wie auch der Umstand, dass der Grundsatz der Unverjährbarkeit von im Grundbuch eingetragenen Rechten nicht angetastet wurde, belegen, dass der Gesetzgeber eingetragene Rechte und ihre Verwirklichung nicht schwächen wollte.

[27] Zwar hat er Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche aus absoluten Rechten bewusst nicht der langen Verjährungsfrist von 30 Jahren unterstellt, da Abgrenzungsschwierigkeiten zu dem deliktischen Beseitigungsanspruch befürchtet wurden, der nach der Regelverjährungsfrist von 3 Jahren verjährt, und weil der Gläubiger insoweit durch den kenntnisabhängigen Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist nach § 199 BGB vor einem unerwarteten Rechtsverlust geschützt ist (BT-Drucks. 14/6040, S. 106). Daraus kann indessen nicht geschlossen werden, dass der Gesetzgeber auch die Regelung des § 1028 Abs. 1 BGB mit ihrer Besonderheit – das Erlöschen eines im Grundbuch eingetragenen dinglichen Rechts – im Blick hatte. Während die Verjährung des Beseitigungsanspruchs nach § 1004 BGB das Stammrecht und die übrigen daraus fließenden Befugnisse unberührt lässt (s. etwa Senat, Urt. v. 28.1.2011 – V ZR 141/10, NJW 2011, 1068 Rn. 9 zu der Möglichkeit des Eigentümers, die Störung selbst zu beseitigen), führt sie im Rahmen von § 1028 BGB zu dem ersatzlosen Verlust des Stammrechts und zugleich zu einer – für Dritte nicht erkennbaren, nach § 1028 Abs. 2 BGB gleichwohl hinzunehmenden – Unrichtigkeit des Grundbuchs. Die mit der Verkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist von 30 auf 3 Jahre einhergehenden Folgen sind in diesem Zusammenhang derart gravierend, dass eine Begründung zu erwarten gewesen wäre, wenn der Gesetzgeber auch diese gewollt hätte.

[28] Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber mit einer solchen Regelung in eine verfassungsrechtlich geschützte Rechtsposition eingegriffen hätte. § 1028 BGB begrenzt die verfassungsrechtlich durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte Grunddienstbarkeit. Die Norm stellt eine Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG dar. Der Gesetzgeber besitzt bei der inhaltlichen Ausgestaltung und Begrenzung von Rechten keinen unbegrenzten Gestaltungsspielraum. Vielmehr muss er bei der Verwirklichung seines Regelungsauftrags die Anerkennung des Privateigentums in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG beachten und sich im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen halten. Er ist, wenn er von der Ermächtigung zur Inhalts- und Schrankenbestimmung Gebrauch macht, insbesondere verpflichtet, die Interessen der Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen (vgl. BVerfGE 104, 1, 10 f.; BVerfG, NVwZ 2009, 1158, 1159). Eine erhebliche Veränderung der Interessen von Eigentümer und Grunddienstbarkeitsberechtigten, die einträte, wenn die dreijährige Regelverjährungsfrist uneingeschränkt auch im Rahmen von § 1028 BGB Anwendung fände, bedürfte einer sachlichen Rechtfertigung. Auch deshalb spricht das Schweigen des Gesetzgebers dafür, dass ihm das durch die Verkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist im Rahmen des § 1028 BGB eintretende Problem nicht bewusst war.

[29] ff) Vor diesem Hintergrund ist von einer durch die Überarbeitung des Verjährungsrechts nachträglich entstandenen verdeckten Lücke auszugehen (vgl. dazu *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., S. 377). Sie ist in der Weise zu schließen, dass der Anspruch auf Beseitigung einer Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit, die durch eine Anlage auf dem dienenden Grundstück verursacht wird, in entsprechender Anwendung von § 197 Nr. 2 BGB in 30 Jahren verjährt, wenn es um die Verwirklichung des Rechts selbst und nicht nur um eine Störung in der Ausübung geht. Hätte der Gesetzgeber die Folgen der neuen auf 3 Jahre verkürzten Verjährungsfrist im Zusammenhang mit § 1028 BGB bedacht, so spricht alles dafür, dass er es – soweit die Rechtsverwirklichung in Rede steht – bei der dreißigjährigen Verjährungsfrist belassen hätte.

[30] III. Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben; es ist aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§§ 562, 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Rechtsstreit ist nicht i.S.v. § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht sich – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – darauf beschränkt hat, das Alter der Bäume auf mindestens 20 Jahre zu schätzen. Verjährt wäre der Anspruch des Klägers aber nur, wenn das Befahren des Weges mit mehrspurigen Fahrzeugen infolge der Bäume bereits seit 30 Jahren nicht mehr möglich ist. Da die Parteien bisher keinen Anlass hatten, die letzten 30 Jahre vor der Klageerhebung in den Blick zu nehmen, muss ihnen, insbesondere der für die Einrede der Verjährung darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten, die Möglichkeit zur Ergänzung ihres Vortrags gegeben werden. Zugleich gibt die Zurückverweisung dem Berufungsgericht Gelegenheit, mit dem Kläger die Fassung des Klageantrags unter dem Gesichtspunkt der hinreichenden Bestimmtheit zu erörtern.

## Familienrecht

### Familienselbstbehalt bei Unterhaltspflicht des Kindes

BGB § 1603

Leitsätze (amtlich):

- 1. Verbleibt dem unterhaltspflichtigen Kind, das über geringere Einkünfte als sein Ehegatte verfügt und dessen Leistungsfähigkeit zur Zahlung von Elternunterhalt auf der Grundlage eines individuellen Familienbedarfs zu ermitteln ist, von seinem Einkommen ein entsprechender Anteil des individuellen Familienbedarfs, bedarf es einer weiteren Absicherung in Höhe von 5 bis 7 % des Familienselbstbehalts nicht mehr (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 5. Februar 2014 – XII ZB 25/13 – FamRZ 2014, 538).**
- 2. Nur bei einem unterhalb von 5 bis 7 % des Familieneinkommens liegenden Einkommen des Unterhaltspflichtigen ist auch ein ihm bis zu dieser Höhe zustehendes Taschengeld einzusetzen und demgemäß der insoweit bestehende Selbstbehalt zu beachten (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 5. Februar 2014 – XII ZB 25/13 – FamRZ 2014, 538 und Senatsurteil BGHZ 196, 21 = FamRZ 2013, 363).**

BGH, Beschl. v. 23. 7. 2014 – XII ZB 489/13

[1] I. Der Antragsteller, der Bezirk Schwaben, begehrt von dem Antragsgegner Elternunterhalt aus übergegangenem Recht für die Zeit v. 1.1.2011 – 31.7.2012.

[2] Seit Oktober 2006 gewährt der Antragsteller der in einem Heim lebenden Mutter des Antragsgegners monatliche Sozialleistungen nach dem Zwölften Buch des SGB mindestens in Höhe des geltend gemachten Betrags, die sich für den im Streit stehenden Zeitraum auf insgesamt 17.828,51 € belaufen. Der Antragsteller wies den Antragsgegner u.a. im Januar 2007 auf die Leistungserbringung und auf den gesetzlichen Übergang der Unterhaltsansprüche hin. Der Antragsgegner erzielte im hier maßgeblichen Zeitraum ein bereinigtes monatliches Nettoeinkommen von rd. 1.585 €, seine Ehefrau von rd. 2.261 €.

[3] Der Antragsteller begehrt vom Antragsgegner Unterhalt von insgesamt 4.864 €, den er aus einer monatlichen Unterhaltspflicht von 256 € ( $\times 19$  Monate) errechnet. Das AG hat dem Antragsteller auf der Grundlage einer monatlichen Unterhaltspflicht von 18 € einen Gesamtbetrag von 342 € zugesprochen. Auf dessen Beschwerde hat das OLG dem Antragsteller auf der Basis einer monatlichen Unterhaltspflicht von 50 € einen Gesamtunterhaltsbetrag i.H.v. 950 € zugesprochen und die weitergehende Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

[4] II. Die Rechtsbeschwerde ist begründet.

[5] 1. Das OLG hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

[6] Außer Streit stehe zwischen den Beteiligten die grundsätzliche Unterhaltspflicht des Antragsgegners, die Bedürftigkeit der Mutter im maßgeblichen Zeitraum, die Höhe der vom Antragsteller erbrachten Sozialhilfeleistung und der Anspruchsübergang auf den Antragsteller. Unstreitig sei ferner, dass der Antragsgegner seinen Vermögensstamm nicht für den Elternunterhalt zu verwenden habe.

[7] Die vom BGH entwickelte Methode zur Ermittlung der Leistungsfähigkeit beim Elternunterhalt für den Fall, dass der Unterhaltspflichtige über höheres Einkommen als sein Ehegatte verfüge, sei auf Fälle der vorliegenden Art nur eingeschränkt zu übertragen. Soweit die Einkünfte die Verpflichtung, zum Familienunterhalt beizutragen, überstiegen, sei dem Unterhaltspflichtigen hiervon ein Betrag i.H.v. 5 – 7 % des Familienselbstbehalts zur persönlichen Verwendung zu belassen. Von dem dann noch verbleibenden Einkommen sei die Hälfte für den Elternunterhalt zu verwenden. Dies gewährleiste, dass dem unterhaltspflichtigen Kind neben seinem zweckgebundenen Beitrag zum Familienunterhalt aus seinem Einkommen ein Barbetrag zur Befriedigung seiner persönlichen Bedürfnisse belassen werde.

[8] Ausgehend von einem Familieneinkommen i.H.v. 3.846 € und dem Familienmindestselbstbehalt von seinerzeit 2.700 € ergebe sich ein individueller Familienselbstbehalt von 3.216 €. Aufgrund des Einkommens des Antragsgegners betrage sein Anteil hieran 1.325 €; nach dessen Abzug verbleibe ihm ein Einkommen von 260 €. Hiervon seien ihm 5 % des Familienselbstbehalts, mithin 160 € ( $0,05 \times 3.216$  €), zur persönlichen Verwendung zu belassen. Der Restbetrag sei zur Hälfte, mithin i.H.v. 50 € ( $1/2 \times [260$  € -  $160$  €]) für den Unterhalt der Mutter zu verwenden. Dies ergebe eine Gesamtsumme für 19 Monate von 950 €.

[9] 2. Dies hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde nicht in jeder Hinsicht stand.

[10] a) Zwar ist die vom Beschwerdegericht vorgenommene Unterhaltsberechnung nicht zu beanstanden, soweit es hierfür die vom Senat entwickelte Berechnungsmethode mit der Bildung eines individuellen Familienbedarfs für die Ermittlung der Leistungsfähigkeit herangezogen hat. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist dem Unterhaltspflichtigen aber kein zusätzlicher Selbstbehalt zu belassen.

[11] aa) Der Senat hat nach Erlass des angegriffenen Beschlusses entschieden, dass die Leistungsfähigkeit zur Zahlung von Elternunterhalt auch dann auf der Grundlage eines individuellen Familienbedarfs zu ermitteln ist, wenn der Unterhaltspflichtige – wie hier – über geringere Einkünfte als sein Ehegatte verfügt (Senatsbeschl. v. 5.2.2014 – XII ZB 25/13, FamRZ 2014, 538). Dabei hat der Senat die Berechnungsmethode übernommen, die er bereits für den umgekehrten Fall, dass der Unterhaltspflichtige über höhere Einkünfte als sein Ehegatte verfügt, angewandt hat (s. zur Berechnungsweise Senatsbeschl. v. 5.2.2014 – XII ZB 25/13, FamRZ 2014, 538 Rn. 21 unter Hinw. auf Senatsurteil BGHZ 186, 350 = FamRZ 2010, 1535).

[12] bb) In seinem v.g. Beschl. v. 5.2.2014 hat sich der Senat der Sache nach bereits mit den Einwendungen auseinandergesetzt, die der Antragsgegner in seiner Rechtsbeschwerdeerwiderung gegen die Heranziehung dieser Berechnungsweise geltend gemacht hat. Die Ermittlung des individuellen Familienbedarfs stellt sicher, dass der Elternunterhalt nur aus dem Einkommen des Unterhaltspflichtigen gespeist wird. Eine verdeckte Haftung des besser verdienenden Schwiegerkindes ist damit ausgeschlossen. Dem unterhaltspflichtigen Kind verbleibt der Anteil, den es zum Familienbedarf beizutragen hat; nur sein darüber hinausgehendes Einkommen ist für den Elternunterhalt einzusetzen. Mit dieser Berechnungsweise wird zudem der Haushaltsersparnis, die erfahrungsgemäß mit zunehmendem Einkommen steigt, hinreichend Rechnung getragen. Zwar kann der dem unterhaltspflichtigen Kind zu belassende anteilige individuelle Familienbedarf durch dessen proportionale Anbindung an das Einkommen geringer sein als der Betrag, der einem allein stehenden unterhaltspflichtigen Kind verbleiben müsste. Dieses Ergebnis findet seine Rechtfertigung indes in der zusätzlichen Absicherung des unterhaltspflichtigen Kindes durch den Familienunterhalt (Senatsbeschl. v. 5.2.2014 – XII ZB 25/13, FamRZ 2014, 538 Rn. 27 m. Anm. *Seiler*; a.A. *Schürmann*, jurisPR-FamR 14/2014, Anm. 6).

[13] cc) Gleichzeitig hat der Senat entschieden, dass das unterhaltspflichtige Kind, dem von seinem Einkommen ein entsprechender Anteil des individuellen Familienbedarfs verbleibt, einer weiteren Absicherung i.H.v. 5 – 7 % des Familienselbstbehalts nicht mehr bedarf, weil damit auch die persönlichen Bedürfnisse abgedeckt sind (Senatsbeschl. v. 5.2.2014 – XII ZB 25/13, FamRZ 2014, 538 Rn. 29). Nur bei einem unterhalb von 5 – 7 % des Familieneinkommens liegenden Einkommen des Unterhaltspflichtigen ist auch ein ihm bis zu dieser Höhe zustehendes Taschengeld einzusetzen und demgemäß der insoweit bestehende Selbstbehalt zu beachten (Senatsbeschl. v. 5.2.2014 – XII ZB 25/13, FamRZ 2014, 538 Rn. 29 unter Hinw. auf Senatsurteil BGHZ 196, 21 = FamRZ 2013, 363 und *Dose*, FamRZ 2013, 993, 1000).

[14] b) Gemessen hieran ist der vom Beschwerdegericht eingeschlagene Berechnungsweg zwar nicht zu beanstanden, soweit es nach Abzug des auf den Antragsgegner entfallenden anteiligen individuellen Familienbedarfs ein ihm verbleibendes Einkommen von 260 € errechnet hat. Nicht gefolgt werden kann

dem Beschwerdegericht nach dem oben Gesagten indes, soweit es dem Antragsgegner hiervon weitere 5 % des Familienselbstbehalts in Abzug gebracht und von dem Restbetrag nur die Hälfte für den Unterhalt eingesetzt hat. Überdies hätte das Beschwerdegericht – worauf die Rechtsbeschwerde zutreffend hinweist – bei konsequenter Umsetzung seiner Auffassung den 5 %igen Abschlag nicht anhand des individuellen Familienbedarfs (hier 3.216 €), sondern anhand des Familienselbstbehalts (seinerzeit 2.700 €) errechnen müssen.

[15] c) Nach den nicht im Streit stehenden Feststellungen des Beschwerdegerichts zum bereinigten Einkommen der Ehegatten ergibt sich folgende Unterhaltsberechnung:

[16]

Einkommen Antragsgegner	1.585,00 €
Einkommen Ehegatte	2.261,00 €
Familieneinkommen	3.846,00 €
abzgl. damaliger Familienselbstbehalt	2.700,00 €
verbleiben	1.146,00 €
abzgl. 10 % Haushaltsersparnis	114,60 €
Zwischensumme	1.031,40 €
davon verbleiben 1/2	515,70 €
zzgl. Familienselbstbehalt	2.700,00 €
individueller Familienbedarf rd.	3.216,00 €
Anteil Antragsgegner rd.	1.325,00 €
Einkommen Antragsgegner	1.585,00 €
abzgl. Anteil des Antragsgegners am individuellen Familienbedarf	1.325,00 €
für Elternunterhalt einsetzbar	260,00 €

[17] Die Ausführungen des OLG zur Ermittlung des bereinigten Einkommens des Antragsgegners und seiner Ehefrau insbesondere bei der Behandlung der Tilgungsanteile enthalten jedenfalls keine Rechtsfehler zulasten des Antragsgegners.

[18] 3. Gem. § 74 Abs. 5 FamFG ist der Beschluss des Beschwerdegerichts aufzuheben, soweit darin die Beschwerde des Antragstellers zurückgewiesen wurde. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden, weil diese zur Endentscheidung reif ist. Denn es sind alle für eine Entscheidung erforderlichen Feststellungen getroffen, § 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG.

## Unterhalt und Versorgungsrechte

BGB §§ 1571, 1572, 1577, 1578, 1578b; FamFG § 238

### Leitsätze (amtlich):

**1. Bei der Berechnung des nachehelichen Unterhaltsbedarfs ist die Kürzung der Altersbezüge des Unterhaltspflichtigen, die durch den zugunsten einer späteren Ehefrau durchgeführten Versorgungsausgleich erfolgt ist, als nicht eheprägend anzusehen, sodass das Einkommen des Unterhaltspflichtigen entsprechend zu erhöhen ist. Die Einkommensverminderung ist allein im Rahmen der Leistungsfähigkeit von Bedeutung (im Anschluss an Senatsurteil vom 7.3.2012 – XII ZR 145/09 – FamRZ 2012, 951).**

- 2. Es stellt regelmäßig keinen ehebedingten Nachteil i.S.d. § 1578b Abs. 1 BGB dar, wenn sich der unterhaltsberechtigten Ehegatte während bestehender Ehe bereits aus der Zeit vor der Ehe für ihn bestehende Versorgungsrechte kapitalisiert auszahlen lässt (Abgrenzung zu Senatsurteil vom 9.7.1986 – IVb ZR 39/85 – FamRZ 1986, 886).**
- 3. Ein ehebedingter Nachteil, der darin besteht, dass der unterhaltsberechtigten Ehegatte nachehelich geringere Versorgungsrechte erwirbt als dies bei hinweggedachter Ehe der Fall wäre, ist grundsätzlich als ausgeglichen anzusehen, wenn er Altersvorsorgeunterhalt hätte erlangen können (im Anschluss an Senatsbeschlüsse vom 26.2.2014 – XII ZB 235/12 FamRZ 2014, 823 und vom 7.11.2012 – XII ZB 229/11 FamRZ 2013, 109).**

*BGH, Beschl. v. 14. 5. 2014 – XII ZB 301/12*

[1] A. Die Beteiligten streiten um die Abänderung eines Titels über nachehelichen Unterhalt.

[2] Die beiden jeweils im Jahr 1946 geborenen Beteiligten schlossen im Mai 1970 die Ehe, aus der ein im November 1970 geborener Sohn hervorgegangen ist. Im August 1981 trennten sich die Beteiligten und wurden auf einen im Oktober 1981 zugestellten Scheidungsantrag durch Urte. v. 21.2.1983 rechtskräftig geschieden. In dem Verbundurteil wurde der Versorgungsausgleich durchgeführt. Der gemeinsame Sohn lebte zunächst bei der Antragsgegnerin und ab April 1983 beim Antragsteller, der dann bis 1991 in zweiter Ehe verheiratet war und inzwischen in dritter Ehe verheiratet ist.

[3] Der von den Beteiligten im Scheidungstermin geschlossene Unterhaltsvergleich, nach dem der Antragsteller 600 DM monatlichen Unterhalt zu bezahlen hatte, wurde mit Urteil des AG v. 16.10.1984 auf einen monatlichen Zahlbetrag von 792,12 DM abgeändert. Nachdem die Antragsgegnerin ab August 1990 eine Erwerbsunfähigkeitsrente bezog, änderte das AG auf ihren Antrag mit Urte. v. 22.6.1993 den vom Antragsteller monatlich zu zahlenden Unterhaltsbetrag auf 1.543 DM – bestehend aus 1.231 DM Elementarunterhalt und 312 DM Altersvorsorgeunterhalt – ab, weil die Antragsgegnerin wegen Krankheit nicht erwerbstätig sein könne.

[4] Der Antragsteller war als Beamter bei der Bundeswehr beschäftigt und befindet sich seit dem 1.5.2011 im Altersruhestand. Sein monatliches Nettoeinkommen beläuft sich auf rd. 2.300 €, wobei seine Versorgungsbezüge aufgrund des zugunsten der Antragsgegnerin durchgeführten Versorgungsausgleichs um rd. 275 € und aufgrund des zugunsten seiner zweiten Ehefrau durchgeführten Versorgungsausgleichs um rd. 100 € gekürzt sind.

[5] Die Antragsgegnerin arbeitete vor der Ehe ab April 1965 als ausgebildete Krankenschwester in verschiedenen Krankenhäusern und leitete dabei zeitweise auch eine Station. Während der Ehe führte sie im Wesentlichen den Haushalt und kümmerte sich um den gemeinsamen Sohn der Beteiligten. Das von der Antragsgegnerin vor der Ehe bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) erworbene Versorgungsrecht ließ sie sich während der Ehezeit auszahlen. Nach der Trennung vom Antragsteller war sie in verschiedenen Teilzeitstellen und ab 1989 bis zum Eintritt der vollständigen Erwerbsunfähigkeit (Mitte 1990) in Vollzeit als Krankenschwester in einer Augenambulanz tätig. Sie bezog zuletzt eine Erwerbsunfähigkeitsrente von monatlich rd. 850 € und ab Januar 2012 eine Altersrente in gleicher Höhe, die sich ab Juli 2012 auf knapp 880 € erhöht hat.

Hinzu kommt eine durch die VBL gezahlte Zusatzrente von monatlich rd. 100 €. Weiter erhält die Antragsgegnerin seit Januar 2012 aus einem Sparvertrag, den sie überwiegend aus dem vom Antragsteller gezahlten Vorsorgeunterhalt angespart hat, befristet bis ins Jahr 2033 monatlich 320 €. In einen Anschlussparvertrag zahlt sie monatlich 45 € ein. Schließlich bezieht sie aus einer privaten Rentenversicherung (bis Ende 2011 bespart aus dem Vorsorgeunterhalt), in die sie bis Ende Juni 2012 monatlich rd. 30 € eingezahlt hat, seit Juli 2012 weitere rd. 50 € monatlich.

[6] Im vorliegenden Verfahren hat der Antragsteller beantragt, das Urteil des AG v. 22.6.1993 dahingehend abzuändern, dass er ab seinem Eintritt in den Ruhestand und damit mit Wirkung ab dem 1.5.2011 nicht mehr zur Zahlung von Ehegattenunterhalt verpflichtet sei. Das AG hat die Voraussetzungen für eine Befristung gem. § 1578b BGB bejaht und dem Begehren des Antragstellers in vollem Umfang entsprochen. Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin hat das OLG diese Entscheidung teilweise abgeändert und den vom Antragsteller zu zahlenden Ehegattenunterhalt auf Monatsbeträge von 500 € für den Zeitraum Mai bis Dezember 2011, von 286 € für den Zeitraum Januar bis Juni 2012 und von 205 € ab Juli 2012 begrenzt.

[7] Hiergegen wenden sich beide Beteiligten mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde. Während der Antragsteller die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Beschlusses begehrt, erstrebt die Antragsgegnerin höhere Monatsbeträge (600 € v. Mai bis Juli 2011, 423,59 € v. Januar bis Juni 2012 und 343,47 € ab Juli 2012).

[8] B. Die Rechtsbeschwerde des Antragstellers ist begründet und führt zur teilweisen Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das OLG. Die Rechtsbeschwerde der Antragsgegnerin bleibt hingegen ohne Erfolg.

[9] I. Das OLG hat seine Entscheidung – soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren von Belang – im Wesentlichen wie folgt begründet:

[10] Das Abänderungsbegehren des Antragstellers sei teilweise begründet. Für die Monate Mai bis Dezember 2011 ergebe sich mit knapp 740 € allerdings rein rechnerisch kein wesentlich geringerer Unterhaltsbedarf der Antragsgegnerin als die bislang titulierten rd. 790 € monatlich. Anders liege es für die Zeit ab Januar 2012, weil wegen des Eintritts der Antragsgegnerin in die Altersrente kein Vorsorgeunterhaltsanspruch mehr bestehe und sie Beträge aus dem angelegten Altersvorsorgeunterhalt erhalte. Der Antragsteller verfüge unter Hinzurechnung des nicht eheprägenden Versorgungsausgleichs zugunsten der zweiten Ehefrau über ein bereinigtes Pensionseinkommen von knapp 2.400 € monatlich. Aufseiten der Antragsgegnerin seien neben ihren Einkünften aus der gesetzlichen Rente, aus der VBL-Versorgung und aus der Privatrente auch die Einkünfte aus dem Sparvertrag zu berücksichtigen, Letztere jedoch nur insoweit, als sie auf dem Vorsorgeunterhalt beruhten. Für das erste Halbjahr 2012 ergebe sich mithin ein monatlicher Unterhaltsbedarf von rd. 607 € und ab Juli 2012 von rd. 557 €.

[11] Mit seinem auf eine Befristung gerichteten Begehren sei der Antragsteller nicht präkludiert. Das Urteil aus dem Jahr 1993 spreche der Antragsgegnerin allein einen Anspruch auf Krankheitsunterhalt zu, der vor Einführung des neuen Unterhaltsrechts zum 1.1.2008 nicht der Befristung unterlegen habe und gem. § 1578b BGB zeitlich begrenzt und/oder herabgesetzt werden könne. Den bedeutsamsten Aspekt dafür bildeten die in der Gesetzesbestimmung konkretisierten ehebedingten Nachteile.

[12] Die Erkrankung der Antragsgegnerin sei ebenso wenig ehebedingt wie ihre vorzeitige Verrentung. Der Antragsteller habe aber den ihm obliegenden Beweis, dass die Antragsgegnerin keine ehebedingten Nachteile erlitten habe, nicht geführt. Ein solcher Nachteil liege allerdings nicht darin, dass die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit während der Ehe und die Auszahlung des vorehelichen Versorgungsanspruchs der Antragsgegnerin bei der VBL einen geringeren Rentenanspruch bewirkten, weil dies mit dem durchgeführten Versorgungsausgleich als abgegolten anzusehen sei. Ein ehebedingter Nachteil könne jedoch dann vorliegen, wenn die Rente der Antragsgegnerin wegen der zeitweiligen Aufgabe der Erwerbstätigkeit infolge Kindererziehung und Haushaltsführung geringer sei und dies nicht als mit dem Versorgungsausgleich ausgeglichen anzusehen wäre.

[13] Insoweit sei zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin bei gleichem Krankheitsverlauf und vorausgegangener durchgängiger vollschichtiger Erwerbstätigkeit eine höhere Rente hätte. Sie habe schlüssig vorgetragen, dass sie ohne die ehebedingte Aufgabe der Erwerbstätigkeit eine Karriereentwicklung bis zur Stationsschwester und zudem den Bewährungsaufstieg in eine höhere Vergütungsgruppe erreicht hätte. Aus dieser wäre dann ihre Rente berechnet worden. Zwar habe sie sich in ihren im Verfahren vorgelegten Berechnungen auf den Zeitraum ab 1981 beschränkt. Bei der Frage, inwieweit die ehebedingten Nachteile durch den Versorgungsausgleich und die aus dem Vorsorgeunterhalt resultierenden Renten kompensiert seien, müsse jedoch auch auf den Zeitraum v. April 1965 – Ende 1980 abgestellt werden, der die Anzahl der umlagefähigen Monate erhöhe. Unter Berücksichtigung dieser gesamtversorgungsfähigen Zeit und der ohne Ehe erreichbaren Vergütungsgruppe ergebe sich eine fiktive Gesamtnettoversorgung der Antragsgegnerin von monatlich rd. 1.500 €. Stelle man dem die tatsächlichen Bezüge aus gesetzlicher Rente und Zusatzrente gegenüber, ergebe sich ein ehebedingter Nachteil von rd. 500 € monatlich. Dieser werde teilweise durch die aus dem Vorsorgeunterhalt finanzierten Privatrenten kompensiert, sodass der Nachteil sich ab Januar 2012 auf 286 € und ab Juli 2012 auf 205 € verringere und in dieser Höhe auf Dauer verbleibe.

[14] Als weitere Billigkeitskriterien des § 1578b BGB seien die Ehedauer (11 Jahre und 4 Monate), die knapp zwölfjährige Pflege und Erziehung des gemeinsamen Kindes und die Ausgestaltung als Haushaltsführungsehe zu beachten. Gleiches gelte für den hier eingreifenden besonderen Vertrauensstatbestand des § 36 Nr. 1 EGZPO, wobei die Antragsgegnerin jedoch abgesehen von den im Vertrauen auf den Vorsorgeunterhalt abgeschlossenen Sparverträgen nicht substantiiert vorgetragen habe, dass sie nicht rückgängig zu machende finanzielle Dispositionen getroffen habe. Zu berücksichtigen sei außerdem einerseits, dass der Antragsteller seit der Scheidung rd. 28 Jahre Unterhalt gezahlt habe. Andererseits stehe ihm aber keine schlechte Altersversorgung zur Verfügung, sodass die Einkommensdifferenz zwischen den Beteiligten ganz erheblich sei, wobei dies z.T. auf den unterschiedlichen Ausbildungen beruhe. Insgesamt entspreche die Herabsetzung des Unterhalts auf die zur Kompensation des ehebedingten Nachteils erforderlichen Beträge der Billigkeit.

[15] II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung im Rahmen der vom Antragsteller erhobenen Rechtsbeschwerde nicht stand, während die Angriffe der Rechtsbeschwerde der Antragsgegnerin nicht durchgreifen.

[16] 1. Im Ergebnis zutreffend hat das OLG das Abänderungsbegehren des Antragstellers als gem. § 238 FamFG zulässig erachtet und insbesondere eine Präklusion nach § 238 Abs. 2 FamFG verneint.

[17] a) Das AG hat der Antragsgegnerin im Urte. v. 22.6.1993, dessen Abänderung der Antragsteller begehrt, nachehelichen Unterhalt wegen Krankheit zugesprochen. Nachdem es dabei von vollständiger Erwerbsunfähigkeit der Antragsgegnerin ausgegangen war, ergab sich der Anspruch allein aus § 1572 BGB (st. Rspr. des Senats, vgl. etwa Beschl. v. 26.2.2014 – XII ZB 235/12, FamRZ 2014, 823 Rn. 10 m.w.N.). Seit Januar 2012 richtet sich der Unterhaltsanspruch allein nach § 1571 BGB, nachdem die Antragsgegnerin nunmehr altersbedingt nicht mehr erwerbstätig ist (vgl. Senatsurt. v. 7.3.2012 – XII ZR 145/09, FamRZ 2012, 951 Rn. 19).

[18] b) Der Antragsteller kann sich für die Möglichkeit, den der Antragsgegnerin im Jahr 1993 zugesprochenen Unterhalt gem. § 1578b Abs. 1 und 2 BGB herabzusetzen und zu befristen, hinsichtlich beider Unterhaltstatbestände in zulässiger Weise auf eine Änderung der Rechtslage durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz v. 21.12.2007 (BGBl. I, S. 3189) berufen, sodass § 238 Abs. 2 FamFG der Zulässigkeit seines Abänderungsantrags nicht entgegen steht (zum Krankheitsunterhalt: Senatsbeschl. v. 19.6.2013 – XII ZB 309/11, FamRZ 2013, 1291 Rn. 16 f.; zum Altersunterhalt: Senatsurt. v. 7.3.2012 – XII ZR 145/09, FamRZ 2012, 951 Rn. 20 f.).

[19] 2. Die vom OLG vorgenommene Ermittlung des der Antragsgegnerin rechnerisch zustehenden Unterhaltsanspruchs ist nicht frei von Rechtsfehlern, worauf die angefochtene Entscheidung jedoch nicht beruht.

[20] a) Nicht zu beanstanden – und von der Rechtsbeschwerde des Antragstellers auch nicht in Zweifel gezogen – ist, dass das OLG die durch den zugunsten der zweiten Ehefrau des Antragstellers durchgeführten Versorgungsausgleich erfolgte Einkommensminderung als nicht eheprägend angesehen und das im Rahmen der Berechnung des Unterhaltsbedarfs der Antragsgegnerin nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB) anzusetzende Einkommen des Antragstellers daher entsprechend erhöht hat. Die aufgrund dieses Versorgungsausgleichs gem. § 57 BeamtVG eintretende Kürzung der dem Antragsteller ausgezahlten Pension ist allein im Rahmen seiner Leistungsfähigkeit von Bedeutung (vgl. Senatsurt. v. 7.3.2012 – XII ZR 145/09, FamRZ 2012, 951 Rn. 23 m.w.N.).

[21] b) Rechtlich unzutreffend ist hingegen die im angegriffenen Beschluss erfolgte Behandlung der Einkünfte aus dem Sparvertrag i.H.v. monatlich 320 € für die Berechnung des Unterhalts ab Januar 2012. Denn das OLG hat nur den Anteil der Privatrente als eheprägend angesehen, der auf den vom Antragsteller gezahlten Vorsorgeunterhalt zurückgeht, und ist lediglich insoweit nach der Differenzmethode vorgegangen.

[22] Dem angegriffenen Beschluss lässt sich aber schon keine durchgreifende Begründung entnehmen, weshalb es sich nicht auch bei dem nicht auf den Vorsorgeunterhalt zurückzuführenden Teil der Privatrente nach Auffassung des OLG rd. 32 € um eheprägendes Einkommen handeln soll. Allein der Umstand, dass dieser Rententeil aus anderen Mitteln als dem Vorsorgeunterhalt erwirtschaftet wurde, rechtfertigt diese Annahme nicht.

[23] I.Ü. ist die Entscheidung auch deswegen fehlerhaft, weil das OLG den nach seiner Auffassung nicht eheprägenden Teil der Privatrente in einem zweiten Schritt gem. § 1577 Abs. 1 BGB jedenfalls als die Bedürftigkeit mindernde Einkünfte der Antragsgegnerin hätte berücksichtigen müssen (vgl. Staudinger/*Verschraegen*, BGB, 2014, § 1577 Rn. 8 f.; *Gutdeutsch*, in: Wendt/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl., § 4 Rn. 934; BeckOK-BGB/*Beutler*, Stand: 1.2.2014, § 1577 Rn. 6; jurisPK-BGB/*Clausius*, Stand: 12.6.2013, § 1577 Rn. 16; Kleffmann/Klein/*Eder*, Unterhaltsrecht, 2. Aufl., § 1577 Rn. 6, 11). Dass es sich insoweit um überobligationsmäßig erzielte Einkünfte handelt (vgl. dazu etwa BGHZ 162, 384, 395 ff. = FamRZ 2005, 1154, 1157 f.), ist nicht ersichtlich.

[24] Allerdings liegt der rechnerische Unterhaltsbedarf der Antragsgegnerin für den Zeitraum ab Januar 2012 jedenfalls deutlich über den vom OLG insoweit letztlich der Antragsgegnerin als monatlicher Unterhalt zugesprochenen Beträgen. Der Fehler hat sich mithin im Ergebnis nicht zulasten des Antragstellers auf die Beschwerdeentscheidung ausgewirkt, weil das OLG der Antragsgegnerin ohnehin nur einen geringeren Unterhalt zugesprochen hat, als er sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen ergäbe.

[25] c) Die dem angegriffenen Beschluss ersichtlich zugrunde liegende Annahme, der Antragsteller sei im Umfang des zugesprochenen Unterhalts hinreichend leistungsfähig, ist weder von der Rechtsbeschwerde angegriffen noch sonst erkennbar rechtsfehlerhaft.

[26] 3. Aus Rechtsgründen keinen Bestand haben die Erwägungen des OLG zur Frage der Herabsetzung und zeitlichen Begrenzung (§ 1578b Abs. 1 und 2 BGB) des Anspruchs der Antragsgegnerin auf nahehelichen Unterhalt.

[27] a) Ein Anspruch auf nahehelichen Unterhalt ist nach § 1578b Abs. 1 Satz 1 BGB auf den angemessenen Lebensbedarf herabzusetzen, wenn eine an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierte Bemessung des Unterhaltsanspruchs auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes unbillig wäre. Gem. § 1578b Abs. 2 Satz 1 BGB ist ein Anspruch auf nahehelichen Unterhalt zeitlich zu begrenzen, wenn ein zeitlich unbegrenzter Unterhaltsanspruch unbillig wäre. Die Kriterien für die Billigkeitsabwägung sind § 1578b Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB zu entnehmen. Danach ist neben der Dauer der Ehe vorrangig zu berücksichtigen, inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. Solche Nachteile können sich vor allem aus der Dauer der Pflege und Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes und aus der Gestaltung von Haushaltsführung oder Erwerbstätigkeit während der Ehe ergeben. Ein ehebedingter Nachteil äußert sich i.d.R. darin, dass der unterhaltsberechtigter Ehegatte nahehelich nicht die Einkünfte erzielt, die er ohne Ehe und Kinderbetreuung erzielen würde (st. Rspr. des Senats, vgl. etwa Beschl. v. 26.2.2014 – XII ZB 235/12, FamRZ 2014, 823 Rn. 12 und v. 19.6.2013 – XII ZB 309/11, FamRZ 2013, 1291 Rn. 18).

[28] b) Ehebedingte Nachteile sind vor allem Erwerbsnachteile, die durch die von den Ehegatten praktizierte Rollenverteilung (§ 1356 BGB) während der Ehe entstanden sind. Sie können sich etwa dann ergeben, wenn ein Ehegatte sich entschließt, seinen Arbeitsplatz aufzugeben, um die Haushaltsführung und Kinderbetreuung zu übernehmen. Wird hingegen die Ehegestaltung für einen Erwerbsnachteil nicht ursächlich, so ist er nicht ehebedingt (Senatsbeschl. v. 13.3.2013 – XII ZB

650/11, *ZNotP 2013*, 349 = FamRZ 2013, 935 Rn. 36 m.w.N.). Erkrankungsbedingte Einkommensausfälle sind daher i.a.R. nicht ehebedingt, weil sie gerade nicht aus der ehelichen Rollenverteilung folgen (vgl. zu Einzelheiten Senatsbeschl. v. 19.6.2013 – XII ZB 309/11, FamRZ 2013, 1291 Rn. 20 f.).

[29] Der Unterhaltspflichtige, der sich auf eine Begrenzung des nahehelichen Unterhalts beruft, trägt hinsichtlich der hierfür sprechenden Tatsachen die Darlegungs- und Beweislast. In diese fällt deshalb grds. auch der Umstand, dass dem Unterhaltsberechtigten keine ehebedingten Nachteile i.S.d. § 1578b BGB entstanden sind. Die dem Unterhaltspflichtigen obliegende Darlegungs- und Beweislast erfährt jedoch eine Erleichterung nach den von der Rechtsprechung zum Beweis negativer Tatsachen entwickelten Grundsätzen. Nach diesen trifft den Unterhaltsberechtigten eine sekundäre Darlegungslast, die im Rahmen von § 1578b BGB zum Inhalt hat, dass der Unterhaltsberechtigte die Behauptung, es seien keine ehebedingten Nachteile entstanden, substantiiert bestreiten und seinerseits darlegen muss, welche konkreten ehebedingten Nachteile entstanden sein sollen. Erst wenn das Vorbringen des Unterhaltsberechtigten diesen Anforderungen genügt, müssen die vorgetragenen ehebedingten Nachteile vom Unterhaltspflichtigen widerlegt werden. Dabei kann sich der Unterhaltsberechtigte im Rahmen der sekundären Darlegungslast auch des Hinweises auf vergleichbare Karriereverläufe bedienen, um sein Vorbringen zu den seinerzeit vorhandenen beruflichen Entwicklungschancen plausibel zu machen (Senatsbeschl. v. 13.3.2013 – XII ZB 650/11, *ZNotP 2013*, 349 = FamRZ 2013, 935 Rn. 37 m.w.N.).

[30] c) Gemessen an diesen Grundsätzen ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das OLG die im Jahr 1990 zur Erwerbsunfähigkeit der Antragsgegnerin führenden Erkrankungen als nicht ehebedingt angesehen hat. Hiergegen erinnert die Rechtsbeschwerde der Antragsgegnerin ebenso nichts wie gegen die gleichfalls nicht auf Rechtsbedenken treffende tatrichterliche Beurteilung, es sei nicht hinreichend dargetan, dass die vorzeitige Verrentung der Antragsgegnerin ehebedingt war.

[31] d) Ebenfalls zutreffend ist die Rechtsauffassung des OLG, dass – von hier nicht gegebenen Ausnahmefällen (vgl. etwa Senatsurt. v. 26.6.2013 – XII ZR 133/11, FamRZ 2013, 1366 Rn. 78 ff.; v. 2.3.2011 – XII ZR 44/09, FamRZ 2011, 713 Rn. 20 und v. 4.8.2010 – XII ZR 7/09, FamRZ 2010, 1633 Rn. 25) abgesehen – ehebedingte Nachteile i.S.v. § 1578b Abs. 1 Satz 2 BGB regelmäßig nicht mit den durch die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit während der Ehe verursachten geringeren Rentenanwartschaften begründet werden können, wenn (wie hier) für diese Zeit ein vollständiger Versorgungsausgleich stattgefunden hat. Durch diesen werden die Interessen des Unterhaltsberechtigten ausreichend gewahrt. Nachteile in der Versorgungsbilanz sind dann in gleichem Umfang von beiden Ehegatten zu tragen und somit vollständig ausgeglichen (st. Rspr. des Senats, vgl. etwa Beschl. v. 26.2.2014 – XII ZB 235/12, FamRZ 2014, 823 Rn. 17 und v. 19.6.2013 – XII ZB 309/11, FamRZ 2013, 1291 Rn. 22).

[32] e) Wie das OLG im Ergebnis weiter richtig erkannt hat und von der Antragsgegnerin in der Rechtsbeschwerdeinstanz auch nicht infrage gestellt wird, ergibt sich ein ehebedingter Nachteil der Antragsgegnerin i.S.v. § 1578b Abs. 1 BGB nicht daraus, dass sie sich während der Ehezeit ihr vorehelich erworbenes Versorgungsanrecht bei der VBL hat auszahlen lassen (vgl. auch zum Versorgungsausgleich Senatsbeschl. v. 18.1.2012 – XII ZB 213/11, FamRZ 2012, 434 Rn. 8 f.).

[33] Mit der Regelung des § 1578b BGB wollte der Gesetzgeber einen Ausgleich derjenigen Nachteile bewirken, die dadurch entstehen, dass der Unterhaltsberechtigte wegen der Aufgabenverteilung in der Ehe, insbesondere der Kinderbetreuung, nach der Scheidung nicht oder nicht ausreichend für seinen eigenen Unterhalt sorgen kann (Senatsurt. v. 23.11.2011 – XII ZR 47/10, FamRZ 2012, 197 Rn. 28; BT-Drucks. 16/1830, S. 18). In der in § 1578b Abs. 1 Satz 2 BGB enthaltenen Verknüpfung „durch die Ehe“ hat der Gesetzgeber dabei zum Ausdruck gebracht, dass der Nachteil, nicht für den eigenen Unterhalt sorgen zu können, jedenfalls ganz überwiegend bzw. im Wesentlichen auf die vereinbarte Aufgabenverteilung in der Ehe zurückzuführen sein muss, und die wichtigsten hierfür infrage kommenden Umstände in Abs. 1 Satz 3 der Vorschrift benannt (BT-Drucks. 16/1830, S. 19).

[34] Regelmäßig keinen ehebedingten Nachteil in diesem Sinn stellt es daher dar, wenn sich ein Ehegatte während bestehender Ehe dazu entschließt, sich bereits aus der Zeit vor der Ehe für ihn bestehende Versorgungsansprüche kapitalisiert auszahlen zu lassen. Eine derartige Vermögensdisposition wird i.d.R. nicht auf die Rollenverteilung in der Ehe zurückgehen, sondern ihre Grundlage in der allgemeinen Vermögensverwaltung haben. Dies gilt unabhängig davon, wofür das Kapital dann verwendet wird, insbesondere ob es – auch – für gemeinsame Zwecke der Ehegatten eingesetzt wird (Abgrenzung zu dem zu § 1578 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. ergangenen Senatsurt. v. 9.7.1986 – IVb ZR 39/85, FamRZ 1986, 886, 888). Dass abweichend hiervon im vorliegenden Fall wesentliche Ursache für die Auszahlung des vorehelichen VBL-Versorgungsanspruchs die Rollenverteilung in der Ehe war, hat weder das OLG festgestellt noch macht es die Antragsgegnerin in der Rechtsbeschwerdeinstanz geltend.

[35] f) Rechtlich unzutreffend ist hingegen, dass das OLG gleichwohl einen – dauerhaften – ehebedingten Nachteil der Antragsgegnerin für nicht durch den Antragsteller ausgeräumt hält, der darin liegen soll, dass sie ehebedingt auch nach Ehezeitende am Aufbau von Rentenanwartschaften und Versorgungsansprüchen gehindert gewesen sei, die sie ohne die Ehe hätte erzielen können.

[36] aa) Zwar ist der Ausgangspunkt des OLG, ein ehebedingter Nachteil könne auch darin liegen, dass der Aufbau einer Altersversorgung nach Ende der Ehezeit durch die ehebedingte Erwerbspause eingeschränkt oder gar verhindert werde, nicht zu beanstanden. Wie der Senat bereits entschieden hat, können dem Unterhaltsberechtigten Nachteile dadurch entstehen, dass er nach Zustellung des Scheidungsantrags und damit in einer nicht mehr vom Versorgungsausgleich umfassten Zeit ehebedingt ein geringeres Erwerbseinkommen erzielt und demgemäß auch geringere Rentenanwartschaften erwirbt (Senatsbeschl. v. 26.2.2014 – XII ZB 235/12, FamRZ 2014, 823 Rn. 18 und v. 7.11.2012 – XII ZB 229/11, FamRZ 2013, 109 Rn. 51). Dies ist etwa dann denkbar, wenn dem Unterhaltsberechtigten wegen der Unterbrechung seiner Erwerbstätigkeit der Wiedereinstieg in seine frühere berufliche Tätigkeit verwehrt oder nur in eine niedriger vergütete Stelle möglich ist. Sofern dem Unterhaltsberechtigten lediglich die ehebedingte Einkommensdifferenz als Unterhalt zugesprochen wird, setzt sich der ehebedingte Nachteil mit Renteneintritt in Form der geringeren Rentenanwartschaften fort.

[37] bb) Den Angriffen der Rechtsbeschwerde des Antragstellers hält weiter stand, dass das OLG zu der Feststellung gelangt ist, die Antragsgegnerin hätte ohne die ehebedingte Unterbrechung ihrer Erwerbstätigkeit eine Karriereentwicklung bis zur Stationsschwester durchlaufen und in dieser Position auch den

Bewährungsaufstieg in die Vergütungsgruppe KR VIII geschafft. Entgegen der entsprechenden Rüge der Rechtsbeschwerde des Antragstellers ist bei der Betrachtung, welche Entwicklung die Erwerbsbiografie des Unterhaltsberechtigten ohne die Unterbrechung seiner beruflichen Tätigkeit genommen hätte, stets eine hypothetische Betrachtung anzustellen (vgl. Senatsurt. v. 20.3.2013 – XII ZR 120/11, FamRZ 2013, 864 Rn. 27 ff. und v. 20.2.2013 – XII ZR 148/10, FamRZ 2013, 860 Rn. 22 ff.).

[38] Das OLG hat seiner Entscheidung auch zutreffend die oben (vgl. B.II.3.b) dargestellten Grundsätze zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen des § 1578b BGB zugrunde gelegt. Soweit es trotz der von ihm berücksichtigten gesundheitlichen Einschränkungen der Antragsgegnerin dazu gelangt ist, dass die Antragsgegnerin diese hypothetische berufliche Entwicklung substantiiert dargelegt und der Antragsteller die entsprechenden Annahmen nicht widerlegt habe, ist das mangels durchgreifender Rügen in der Rechtsbeschwerdeinstanz hinzunehmen. Dies gilt auch, soweit das OLG von einer Vollzeitstätigkeit der Antragsgegnerin bis zu ihrer krankheitsbedingten Verrentung ausgeht.

[39] Erfolglos bleibt schließlich der mit der Rechtsbeschwerde des Antragstellers erhobene Einwand, das OLG habe sich rechtsfehlerhaft nicht damit befasst, ob der Antragsgegnerin eine Umschulung zumutbar gewesen wäre, mit der sie zum Aufbau einer angemessenen Altersversorgung in der Lage gewesen wäre. Zum einen ist bereits weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass dieser Gesichtspunkt Gegenstand der Tatsacheninstanzen war. Zum anderen stellt – worauf die Rechtsbeschwerdeinstanz hinweist – dieser Einwand das Bestehen des Unterhaltsanspruchs schon dem Grunde nach infrage. Nachdem das Gericht der Antragsgegnerin im Vorprozess keine zusätzlichen Erwerbseinkünfte fiktiv zugerechnet hat, ist damit zugleich entschieden, dass sie ihrer Erwerbsobligiertheit im Rahmen des § 1577 Abs. 1 BGB genügt hat. Diese Feststellung ist auch im Abänderungsverfahren maßgebend und der Antragsteller mit dem entsprechenden Einwand gem. § 238 Abs. 2 FamFG präkludiert (vgl. Senatsbeschl. v. 5.12.2012 – XII ZB 670/10, FamRZ 2013, 274 Rn. 28 m.w.N.).

[40] cc) Gleichwohl ist die Annahme des OLG, der Antragsteller habe einen ehebedingten Nachteil der Antragsgegnerin nicht widerlegen können, der in dem Bezug einer ehebedingt geringeren Altersrente liege, von Rechtsfehlern beeinflusst.

[41] (1) Die Antragsgegnerin hatte zur Darlegung ihrer ehebedingten Versorgungseinbuße mehrere Alternativberechnungen vorgelegt, die nach der erreichbaren Vergütungsgruppe und der Frage, ob die vorehelichen Rentenanwartschaftszeiten zu berücksichtigen sind, differenzierten. Für den Fall des Erreichens der Vergütungsgruppe KR VIII bei Berücksichtigung der vorehelichen Rentenanwartschaften ist die Antragsgegnerin in ihren in der Beschwerdeentscheidung in Bezug genommenen Berechnungen zu einer erreichbaren Nettorente von rd. 1.370 € gelangt.

[42] Demgegenüber hat das OLG bei der Berechnung der gesamtversorgungsfähigen Zeit nicht nur den vorehelichen Erwerbszeitraum, sondern auch die volle Ehezeit als umlagefähige Monate berücksichtigt und auf dieser Grundlage eine bei der VBL erreichbare Gesamtnettoversorgung von rd. 1.500 € monatlich ermittelt.

[43] (2) Diese Erwägungen des OLG sind schon deshalb rechtlich unzutreffend, weil – wie das OLG an anderer Stelle seiner Beschwerdeentscheidung noch zutreffend erkennt –

der Umstand, dass die Antragsgegnerin während der Ehezeit keine Versorgungsanwartschaften begründet hat, hier durch den vollständig durchgeführten Versorgungsausgleich abgegolten ist. Dieser Umstand hat daher bei der Frage, ob ein ehebedingter Nachteil besteht, außer Betracht zu bleiben. Ob der Versorgungsausgleich zu einem auch betragsmäßig vollständigen Ausgleich des während der Ehezeit erlittenen (hypothetischen) Versorgungsnachteils führt, ist hierfür ohne Belang (vgl. Senatsurt. v. 8.6.2011 – XII ZR 17/09, FamRZ 2011, 1381 Rn. 34). Außer Betracht müssen insoweit aber auch die für die Antragsgegnerin vorehelich bei der VBL aufgelaufenen Umlagemonate bleiben, die wegen der ehezeitlichen Auszahlung des VBL-Versorgungsanrechts der Antragsgegnerin verloren sind. Denn der Verlust dieser Versorgungszeit, der nicht auf der Rollenverteilung während der Ehe beruhte, scheidet ebenfalls als ehebedingter Nachteil aus und kann daher auch nicht über den Umweg der Einrechnung in eine hypothetisch erreichbare Gesamtversorgungszeit Berücksichtigung finden.

[44] Bereits aus diesem Grund geht zudem die mit der Rechtsbeschwerde der Antragsgegnerin erhobene Rüge ins Leere, das OLG habe bei seiner Betrachtung die Anpassung der gesamtversorgungsfähigen Zeiten für die vorehelichen und ehelichen Zeiträume nur unvollständig vorgenommen und sei daher sogar zu einer um rd. 100 € zu niedrigeren erreichbaren Nettorente gelangt.

[45] (3) Tatsächlich verbleibt jedoch für die Antragsgegnerin auf der Grundlage der vom OLG getroffenen Feststellungen kein ehebedingter Nachteil in Form einer geringeren als der ohne Ehe erreichbaren Altersrente, der im Rahmen des § 1587b BGB Berücksichtigung finden könnte.

[46] (a) Sie hat danach zwar ehebedingt nach Ehezeitende nicht das Einkommensniveau erreicht, das sie ohne die Unterbrechung ihrer Erwerbstätigkeit während der Ehe hätte. Dies hat auch dazu geführt, dass die von ihr erworbenen Versorgungsanwartschaften hinter den für sie erreichbaren zurückgeblieben sind, was sich in einer niedrigeren Altersrente fortsetzt.

[47] (b) Ein derartiger Nachteil wird jedoch – wie das OLG im Ansatz richtig gesehen hat – grds. ausgeglichen, wenn der unterhaltsberechtigte Ehegatte zum Zwecke der freiwilligen Erhöhung seiner Altersrente einen über den Elementarunterhalt hinausgehenden Vorsorgeunterhalt gem. § 1578 Abs. 3 BGB zugesprochen erhält oder jedenfalls erlangen kann (Senatsbeschl. v. 26.2.2014 – XII ZB 235/12, FamRZ 2014, 823 Rn. 18 und v. 7.11.2012 – XII ZB 229/11, FamRZ 2013, 109 Rn. 51).

[48] Durch die mit § 1578 Abs. 3 BGB eröffnete Möglichkeit, Altersvorsorgeunterhalt zu erlangen, kann der Unterhaltsberechtigte sogar nachehelich Versorgungsanwartschaften aufbauen, die sich an den ehelichen Lebensverhältnissen orientieren. So wird ihm der Ausgleich auch derjenigen ehebedingten Nachteile ermöglicht, die darauf zurückzuführen sind, dass er wegen der Rollenverteilung in der Ehe nach Ende der Ehezeit nur geringere Versorgungsanwartschaften erzielen kann, als ihm dies ohne die Ehe möglich gewesen wäre. Damit korrespondiert allerdings auch die Pflicht des Unterhaltsberechtigten, den Vorsorgeunterhalt zweckentsprechend zu verwenden (Senatsurt. v. 25.3.1987 – IVb ZR 32/86, FamRZ 1987, 684, 686). Macht er den Vorsorgeunterhalt nicht geltend, obwohl er einen solchen erlangen könnte, dann ist die hieraus folgende Einbuße bei der Altersvorsorge nicht ehebedingt. Sie beruht vielmehr auf seiner eigenen, bereits im Wissen um das Scheitern der Ehe getroffenen Entscheidung und kann daher nicht dazu führen, dass

aufgrund dieses Unterlassens verminderte Versorgungsanwartschaften als ehebedingter Nachteil einer Herabsetzung und zeitlichen Begrenzung seines Unterhaltsanspruchs entgegenstehen.

[49] (c) So liegt der Fall hier. Die Antragsgegnerin hat ab Juli 1991 Vorsorgeunterhalt bezogen. Für den Zeitraum davor hatte sie den Anspruch aus dem durch das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts v. 14.6.1976 (BGBl. I, S. 1421) mit Wirkung zum 1.7.1977 eingeführten § 1578 Abs. 3 BGB nicht geltend gemacht, wobei unerheblich ist, aus welchen Gründen dies unterblieb. Es ist nicht ersichtlich, dass ein entsprechendes Verlangen der Antragsgegnerin erfolglos geblieben wäre. Schon dadurch ist der erst nachehelich entstandene Versorgungsnachteil, den das OLG als nicht widerlegt beurteilt hat, als kompensiert anzusehen.

[50] Keiner vertieften Erörterung bedarf daher, dass die Antragsgegnerin, die aus ihrem hypothetisch erzielbaren höheren Einkommen nur rd. 10 Jahre lang – nämlich vom Ehezeitende bis zu ihrer Verrentung wegen Erwerbsunfähigkeit – höhere Versorgungsanwartschaften hätte erzielen können, rd. 20 Jahre lang einen nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessenen Vorsorgeunterhalt erhalten und diesen bei Geltendmachung des Anspruchs gem. § 1578 Abs. 3 BGB bereits ab Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags sogar für einen Zeitraum von 30 Jahren hätte erhalten können.

[51] (4) Auf die mit der Rechtsbeschwerde der Antragsgegnerin erhobene Rüge, das OLG habe einen zu hohen Prozentsatz des Sparvertrags als aus dem Vorsorgeunterhalt angespart angesehen, kommt es mithin nicht an. Denn für die Frage der Kompensation des Nachteils ist nicht maßgeblich, welche Altersversorgung der Unterhaltsberechtigte aus den Vorsorgeunterhaltszahlungen erwirtschaftet hat.

[52] dd) Aber auch soweit der Unterhaltsanspruch der Antragsgegnerin für den Zeitraum Mai bis Dezember 2011 Verfahrensgegenstand ist, tragen die Feststellungen des OLG nicht die Annahme eines im Rahmen des § 1578b BGB relevanten ehebedingten Nachteils.

[53] Das OLG hat es als nicht widerlegt angesehen, dass die Antragsgegnerin ohne die ehezeitliche Erwerbspause in der Zeit nach der Ehe bis zum Eintritt der Erwerbsunfähigkeit Versorgungsanrechte erworben hätte, die zu einer spürbar höheren Erwerbsunfähigkeitsrente geführt hätten als der tatsächlich bezogenen. Die vom OLG vorgenommene Berechnung einer hypothetisch erreichbaren Erwerbsunfähigkeitsrente krankt allerdings schon daran, dass in ihr auch voreheliche und ehezeitliche VBL-Umlagemonate Berücksichtigung gefunden haben.

[54] Dies kann letztlich aber dahinstehen. Denn der Vorsorgeunterhalt, den die Antragsgegnerin für die Zeit bis Juli 1991 hätte erlangen können, kompensiert regelmäßig auch einen ggf. insoweit in welcher Höhe auch immer bestehenden Einkommensnachteil. Der Anspruch aus § 1578 Abs. 3 BGB richtet sich neben der angemessenen Versicherung für den Fall des Alters auch auf eine solche für den Fall der Erwerbsminderung. Mit dem Vorsorgeunterhalt wird dem Unterhaltsberechtigten eine Absicherung ermöglicht, die den ehelichen Lebensverhältnissen i.S.d. § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB entspricht und eine Teilhabe an diesen über das Ehezeitende hinaus gewährleistet. Das gilt auch hier, nachdem der bei Ehezeitende gesundheitlich bereits deutlich beeinträchtigten Antragsgegnerin für den insoweit maßgeblichen Zeitraum bis zum Eintritt der Erwerbsunfähigkeit nach dem damaligen Recht jedenfalls eine Höherver-

sicherung gem. § 1234 Abs. 1 RVO offen stand. Einen darüber hinausgehenden Nachteilsausgleich kann der Unterhaltsberechtigter vom Unterhaltspflichtigen hingegen nicht fordern.

[55] 4. Auf die Rechtsbeschwerde des Antragstellers unterliegt die Beschwerdeentscheidung daher der Aufhebung. Denn das OLG hat seiner Billigkeitsentscheidung zur Frage der Herabsetzung und zeitlichen Begrenzung des Unterhaltsanspruchs der Antragsgegnerin als wesentlichen Gesichtspunkt einen ehebewegten Nachteil in Form geringerer Rentenbezüge zugrunde gelegt, der bei zutreffender rechtlicher Beurteilung jedoch nicht besteht.

[56] Die Sache ist an das OLG zur Vornahme einer erneuten Billigkeitsentscheidung nach § 1578b BGB unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats, wonach die vom Tatrichter festgestellten Tatsachen einen ehebewegten Nachteil der Antragsgegnerin nicht begründen, zurückzuverweisen. Dabei wird es einerseits den Grundsatz der nachhelichen Solidarität zu berücksichtigen haben. Das Maß der Solidarität bestimmt sich neben der Ehedauer vor allem durch die wirtschaftliche Verflechtung, die durch Aufgabe einer eigenen Erwerbstätigkeit wegen der Betreuung gemeinsamer Kinder oder der Haushaltsführung eingetreten ist und nicht zuletzt auch durch die von der Unterhaltsberechtigten erbrachte Lebensleistung. Zudem sind die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien einzubeziehen sowie die Dauer und Höhe des bereits geleisteten Unterhalts (Senatsurt. v. 26.10.2011 – XII ZR 162/09, FamRZ 2012, 93 Rn. 35). Daher wird das OLG andererseits zu würdigen haben, dass der Antragsteller über einen Zeitraum von rd. 28 Jahren Unterhaltszahlungen in erheblichem Umfang erbracht hat und die Antragsgegnerin auch ohne diese über monatliche Einkünfte verfügt, die deutlich über ihrem Existenzminimum liegen (vgl. dazu Senatsurt. v. 2.3.2011 – XII ZR 44/09, FamRZ 2011, 713 Rn. 16). Darüber hinaus kann zugunsten der Antragsgegnerin grds. auch der besondere Vertrauensschutz, der einem titulierten Unterhaltsanspruch zukommt, Bedeutung erlangen. Wie das Gesetz in dem hier anwendbaren § 36 Nr. 1 EGZPO klarstellt, gilt dies bei Unterhaltstiteln nach der bis Dezember 2007 bestehenden Rechtslage in noch stärkerem Maße. Soweit das OLG diesem Aspekt aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falls in der angegriffenen Entscheidung keine maßgebliche Bedeutung beigemessen hat, dürfte das allerdings aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden sein.

## Landwirtschaftsrecht

### Hofeigenschaft bei einem aus mehreren Flurstücken bestehenden Grundstück

HöfeO § 2 Buchst. a; HöfeVfO §§ 3, 7 Abs. 3

#### Leitsätze (amtlich):

1. Bei einem aus mehreren Flurstücken bestehenden Grundstück kann ein Flurstück Hofbestandteil, ein anderes dagegen hoffrei sein.
2. Das Landwirtschaftsgericht kann das Grundbuchamt ersuchen, einzelne Flurstücke von einem einheitlichen, mit einem Hofvermerk versehenen Grundstück abzuschreiben.

BGH, Beschl. v. 26. 6. 2014 – V ZB 1/12

[1] I. Der Beteiligte zu 2 ist Eigentümer des im Grundbuch von B auf Bl. ... eingetragenen Grundbesitzes; eingetragen ist ein Hofvermerk. Unter der Bestandsnr. ... ist ein Grundstück eingetragen, das aus zahlreichen Flurstücken besteht.

[2] Das AG – Landwirtschaftsgericht – hat das Grundbuchamt, soweit hier noch von Interesse, ersucht, die als Bauland ausgewiesenen Flurstücke ..., ..., ... und ... wegen fehlender Hofzugehörigkeit von dem mit dem Hofvermerk versehenen Grundbuchblatt abzuschreiben und auf ein anderes Grundbuchblatt unter einer neuen Bestandsnummer zu übertragen. Mit Zwischenvfg. v. 10.8.2011 hat das Grundbuchamt eine Befugnis des Landwirtschaftsgerichts, Grundstücksteile von dem mit dem Hofvermerk versehenen Grundbuchblatt abschreiben zu lassen, verneint und die beantragte Eintragung von der Vorlage einer Teilungsbewilligung des Eigentümers abhängig gemacht. Die hiergegen von dem Landwirtschaftsgericht in seiner Funktion als ersuchende Behörde (im Folgenden: Beteiligte zu 1) eingelegte Beschwerde ist insoweit erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1 ihr Eintragungsersuchen weiter.

[3] II. Das Beschwerdegericht meint, das Grundbuchamt müsse bei dem Eintragungsersuchen einer Behörde prüfen, ob sich diese im Rahmen der Vorschrift halte, auf die das Ersuchen gestützt sei. Dazu gehöre hier die Frage, ob das Ersuchen Grundstücke i.S.v. § 7 HöfeVfO betreffe. Das sei zu verneinen. Der in der Höfeverfahrensordnung verwendete Grundstücksbegriff entspreche demjenigen des bürgerlichen Rechts; Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erforderten eine einheitliche Auslegung. Nicht unter einer eigenen Nummer im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs eingetragene Flurstücke seien daher keine Grundstücke i.S.v. § 7 HöfeVfO. Auch wenn davon auszugehen sei, dass das Landwirtschaftsgericht auf die Abschreibung nicht hofzugehöriger Grundstücke hinwirken solle, könne diese Befugnis nicht weitergehen als durch das Gesetz umschrieben. Der Zweck der HöfeO, leistungsfähige Höfe bäuerlicher Familien zu erhalten, werde nicht berührt, wenn Flurstücke ihren landwirtschaftlichen Charakter, wie hier, bereits verloren hätten. Eine faktische Aufgabe der landwirtschaftlichen Nutzung sei auch durch die mittels § 7 HöfeVfO wahrgenommene Ordnungsfunktion des Landwirtschaftsgerichts nicht zu verhindern. Dahinstehen könne, ob nicht hofzugehörige Flurstücke im Erbfall zugunsten des hoffreien Vermögens abgetrennt werden könnten, denn darum gehe es hier nicht.

[4] III. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig. Die Beteiligte zu 1 ist aufgrund der Zurückweisung ihrer Beschwerde befugt, Rechtsbeschwerde einzulegen. Bei dem Ersuchen des Landwirtschaftsgerichts zur Vornahme hofrechtlicher Grundbucheintragungen handelt es sich um ein Behördenersuchen nach § 38 GBO. Wird ein solches Ersuchen zurückgewiesen, gelten für die Behörde die allgemeinen Rechtsmittelvorschriften (Senat, Beschl. v. 20.12.2012 – V ZB 95/12, NJW-RR 2013, 526 Rn. 5 m.w.N.). Auch die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 78 GBO, § 71 FamFG sind gewahrt; insbesondere ist die Beteiligte zu 1 gem. § 10 Abs. 4 Satz 2 FamFG im Rechtsbeschwerdeverfahren ordnungsgemäß vertreten.

[5] IV. Die Rechtsbeschwerde hat bereits deshalb Erfolg, weil das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung mit einem nach § 18 GBO nicht zulässigen Inhalt erlassen hat.

[6] 1. Die Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO dient dazu, der Eintragung den sich nach dem Eingang des Antrags

bestimmenden Rang zu sichern, der bei Zurückweisung des Antrags nicht gewahrt bliebe. Die Regelung bezieht sich nur auf die Beseitigung eines der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses und ist nicht anwendbar, wenn der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zulässig, mit einer Zwischenverfügung auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts hinzuwirken, das Grundlage der einzutragenden Rechtsänderung werden soll, weil sonst die beantragte Eintragung einen ihr nicht gebührenden Rang erhalte (Senat, Beschl. v. 26.9.2013 – V ZB 152/12, NJW 2014, 1002 Rn. 6 m.w.N.). Ebenso wenig kann dem Antragsteller mit einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO aufgegeben werden, eine erst noch zu erklärende Eintragungsbewilligung eines unmittelbar betroffenen Dritten beizubringen (BayObLG, NJW-RR 2004, 1533, 1534; MittBayNot 1995, 42, 43; MittBayNot 1990, 307; BayObLGZ 1990, 6, 8; OLG Hamm, MittBayNot 2003, 386; ZfIR 1998, 115, 116; OLG Zweibrücken, OLGZ 1991, 153, 154; *Herrmann*, in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl., § 18 GBO Rn. 16; Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl., § 18 Rn. 36; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 18 Rn. 12). Diese Grundsätze finden auch auf behördliche Ersuchen nach § 38 GBO Anwendung (*Herrmann*, a.a.O., § 38 GBO Rn. 79; Meikel/Roth, a.a.O., § 38 Rn. 31).

[7] 2. Gemessen daran ist die Zwischenverfügung unzulässig.

[8] a) Sie gibt der Beteiligten zu 1 auf, eine Teilungsbewilligung des Eigentümers beizubringen, der von der (nach § 13 Abs. 4 GBV i.V.m. Abs. 2 GBV mit der angestrebten Abschreibung einzelner Flurstücke einhergehenden) Grundstücks- teilung unmittelbar betroffen ist. Nach der Rechtsauffassung des Grundbuchamts, auf deren Grundlage die Zulässigkeit der Zwischenverfügung zu beurteilen ist, erfordert die Umsetzung des Eintragungsersuchens eine Teilung des Grundstücks durch den Eigentümer. Ein ohne Teilungsbewilligung gestelltes Ersuchen wäre danach sofort zurückzuweisen gewesen (vgl. Senat, Beschl. v. 26.9.2013 – V ZB 152/12, NJW 2014, 1002 Rn. 8).

[9] b) Anders wäre es nur, wenn das Grundbuchamt der Beteiligten zu 1 lediglich die Gründe mitgeteilt hätte, warum es dem Ersuchen nicht stattgeben kann. Solche Meinungsäußerungen des Grundbuchamts sind – auch wenn sie mit der Ankündigung einer beabsichtigten Zurückweisung des Eintragungsersuchens verbunden werden – keine beschwerdefähigen Entscheidungen nach § 71 GBO (Senat, Beschl. v. 26.9.2013 – V ZB 152/12, a.a.O., Rn. 9). So verhält es sich hier jedoch nicht. Das Grundbuchamt hat der Beteiligten zu 1 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 18 GBO eine Frist zur Behebung des Eintragungshindernisses gesetzt, eine Rechtsmittelbelehrung erteilt und seine Verfügung in der Nichtabhilfeentscheidung zudem ausdrücklich als Zwischenverfügung bezeichnet.

[10] 3. Hat das Beschwerdegericht die Beschwerde gegen eine unzulässige Zwischenverfügung zurückgewiesen, sind auf eine Rechtsbeschwerde hin seine Entscheidung und die Zwischenverfügung des Grundbuchamts aufzuheben (Senat, Beschl. v. 26.9.2013 – V ZB 152/12, a.a.O., Rn. 10).

[11] V. Eine Entscheidung in der Sache ist dem Rechtsbeschwerdegericht nicht möglich, da Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens nur die Zwischenverfügung und nicht das Eintragungsersuchen selbst ist (vgl. Senat, Beschl. v. 26.9.2013 – V ZB 152/12, a.a.O., Rn. 11). Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

[12] 1. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts können nach § 7 Abs. 3 HöfeVfO auch Flurstücke vom Hof abgetrennt werden, die im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs nicht unter einer eigenen Nummer geführt werden und daher kein Grundstück im Rechtssinn sind. Diese verfahrensrechtliche Möglichkeit folgt aus dem materiellen Recht. Danach erstreckt sich die Hofzugehörigkeit gem. § 2 HöfeO nicht zwingend auf ein Grundstück im Ganzen. Besteht dies aus mehreren Flurstücken, die im Liegenschaftskataster nach § 2 Abs. 2 GBO jeweils unter einer eigenen Nummer aufgeführt sind (vgl. dazu § 6 Abs. 3 Buchst. a Nr. 2, Abs. 4 GBV; *Bengel/Simmerding*, Grundbuch, Grundstück, Grenze, 5. Aufl., § 2 Rn. 19 ff.; *Netz*, GrdstVG, 6. Aufl., 4.1.1.1), können einzelne Flurstücke zum Hof gehören und andere nicht.

[13] a) Anders als die Beteiligte zu 1 meint, besteht hinsichtlich dieser Rechtsfrage eine eigene Prüfungskompetenz des Grundbuchamts.

[14] aa) Bei Behördenersuchen hat das Grundbuchamt nach § 38 GBO zu prüfen, ob die Behörde – wie hier nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 7 Abs. 3 HöfeVfO – zur Stellung eines Ersuchens der in Rede stehenden Art abstrakt befugt ist, ob das Ersuchen bzgl. seiner Form den gesetzlichen Vorschriften entspricht und ob die durch das Ersuchen nicht ersetzten Eintragungserfordernisse gegeben sind (Senat, Beschl. v. 20.12.2012 – V ZB 95/12, NJW-RR 2013, 526 Rn. 15). Zur Prüfungskompetenz des Grundbuchamts zählt danach insbesondere, ob das Ersuchen auf eine Eintragung gerichtet ist, um die nach der gesetzlichen Vorschrift ersucht werden kann (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 201 und 219). Ob hingegen im konkreten Einzelfall die Voraussetzungen für das Ersuchen vorliegen, ist von dem Grundbuchamt nicht zu prüfen. Hierfür trägt die ersuchende Behörde die Verantwortung, soweit die ihr rechtlich zugeschriebene Sachkompetenz bei der Beurteilung der Eintragungsvoraussetzungen reicht (Senat, Beschl. v. 20.12.2012 – V ZB 95/12, a.a.O.).

[15] bb) Danach fällt die Beurteilung, ob bestimmte Flächen nach den tatsächlichen Gegebenheiten Bestandteil des Hofes sind oder nicht, in die alleinige Kompetenz des Landwirtschaftsgerichts. Im Grundbuchverfahren ist daher nicht zu prüfen, ob ein Grundstück, das nach § 7 Abs. 3 HöfeVfO vom Hofe abgetrennt werden soll, seine Hofzugehörigkeit verloren hat (vgl. dazu *H. Wöhrmann*, Landwirtschaftserbrecht, 10. Aufl., § 2 Rn. 23; zu einem Landgut i.S.v. § 2049 BGB auch BGH, Urt. v. 22.10.1986 – IVa ZR 143/85, BGHZ 98, 382, 388). Etwas anderes gilt aber für die Frage, ob § 7 HöfeVfO das Landwirtschaftsgericht berechtigt, Teile eines Grundstücks von dem mit dem Hofvermerk versehenen Grundbuchblatt abschreiben und auf ein gesondertes Grundbuchblatt übertragen zu lassen. Insoweit ist die Reichweite der Vorschrift betroffen, auf die das Ersuchen gestützt wird, und damit die Prüfungskompetenz des Grundbuchamts eröffnet.

[16] b) Ob die Befugnis des Landwirtschaftsgerichts gem. §§ 3, 7 Abs. 3 HöfeVfO auch die Abtrennung von Grundstücksteilflächen eines Hofes umfasst, richtet sich nach § 2 HöfeO. Diese Vorschrift bestimmt, was zu den Bestandteilen eines Hofes gehört. Gem. § 2 Buchst. a, 1. HS HöfeO zählen hierzu „alle Grundstücke des Hofeigentümers, die regelmäßig von der Hofstelle aus bewirtschaftet werden“. Je nachdem, wie der Begriff des Grundstücks in diesem Zusammenhang zu verstehen ist – im Rechtssinne, katasterrechtlich oder wirtschaftlich (vgl. zu diesen Möglichkeiten allgemein: *Bengel/Simmerding*, a.a.O., § 2 Rn. 11 ff.) –, kann Bestandteil eines Hofes nur ein Grundstück sein, das im Grundbuch unter einer eigenen Nummer auf

einem Grundbuchblatt eingetragen ist (vgl. zum Grundstück im Rechtssinne: Senat, Beschl. v. 19.12.1967 – V BLw 24/67, BGHZ 49, 145, 146), oder auch ein Flurstück oder sogar ein unvermessener Grundstücksteil. In Rechtsprechung und Literatur bestehen hierzu unterschiedliche Auffassungen.

[17] aa) Teilweise wird vertreten, dass Hofbestandteil nur Grundstücke im Rechtssinne sein könnten, eine Unterteilung in hofzugehörige und hofffreie Teile eines Grundstücks also abgelehnt (so OLG Köln, RdL 1983, 76, 77, und Beschl. v. 2.8.2007 – 23 WLw 5/07; OLG Hamm, Beschl. v. 5.12.2006 – 10 W 97/05, und v. 7.6.2011 – 10 W 123/10; OLG Celle, RdL 2010, 271, 273; *H. Wöhrmann*, a.a.O., § 2 HöfeO Rn. 12 [anders in der 2. Aufl. noch *O. Wöhrmann*, Landwirtschaftsrecht, § 2 HöfeO Rn. 9]; vgl. auch *Staudinger/Mayer*, BGB, 2013, Art. 64 EGBGB Rn. 30). Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass der Grundstücksbegriff des bürgerlichen Rechts einheitlich gelten müsse. Nur so ließen sich praktische Schwierigkeiten vermeiden. Denn eine nur teilweise Zugehörigkeit zum Hof und die damit einhergehende getrennte Vererbung setze eine Teilung des Grundstücks voraus, die wiederum nur aufgrund einer Eigentümererklärung erfolgen könne. Schließlich sei eine Nachlassspaltung nicht sinnvoll; das Ziel der Erhaltung geschlossener bäuerlicher Wirtschaftseinheiten stehe einer kleinlichen Abgrenzung entgegen. Werde das Grundbuchgrundstück teils landwirtschaftlich, teils anderweitig genutzt, sei auf die überwiegende Nutzung abzustellen. Die daraus folgende Benachteiligung der weichenden Erben könne durch eine Anpassung des Abfindungsanspruchs gem. § 12 Abs. 2 HöfeO abgemildert werden.

[18] bb) Nach a.A. ist die Beschränkung der Hofzugehörigkeit auf Grundstücksteile möglich (so OLG Celle, RdL 1984, 132, 133; *Lange/Wulff/Lüdtge-Handjery*, HöfeO, 10. Aufl., § 2 Rn. 6 [einschränkend Rn. 1]; *Nordalm*, AgrarR 1977, 108, 109 f.), teilweise wird dies dahin eingeschränkt, dass es sich um Flurstücke im katasterrechtlichen Sinne handeln müsse (so *Steffen/Ernst*, HöfeO, 3. Aufl., § 2 Rn. 3; *Faßbender*, in: *Faßbender/Hötzl/von Jeinsen/Pikalo*, HöfeO, 3. Aufl., § 2 Rn. 39).

[19] c) Richtigerweise können auch einzelne Flurstücke, die kein Grundstück im Rechtssinne sind, Bestandteil eines Hofes oder aber hofffrei sein.

[20] aa) Der Wortlaut von § 2 Buchst. a HöfeO bietet keinen zureichenden Anhaltspunkt für die Annahme, nur Grundstücke im Rechtssinne, nicht aber Teile davon könnten Bestandteil eines Hofes sein. Der Begriff „Grundstück“ kann je nach Zusammenhang verschiedene Bedeutungen haben (*Bengel/Simmerding*, a.a.O., § 2 Rn. 11 ff.; *Netz*, a.a.O., 4.1.1.1). Einen Grundsatz, wonach der Begriff im Zivilrecht stets einheitlich zu verstehen ist, gibt es nicht.

[21] bb) Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift spricht eher für die Möglichkeit, die Hofzugehörigkeit auf Teile eines Grundstücks zu beschränken. Die HöfeO trat am 24.4.1947 ursprünglich als Besatzungsrecht in der britischen Zone in Kraft und ersetzte das Reichserbhofgesetz (REG v. 29.9.1933, RGBI. I, S. 685; vgl. *H. Wöhrmann*, a.a.O., Einl. Rn. 10). Die Vorschrift des § 2 HöfeO, die die Zuordnung von Grundstücken zum Hof regelt und die bis heute unverändert fortgilt, knüpfte dabei an § 7 Abs. 1 REG an. Diese Norm war nach allgemeiner Meinung so zu verstehen, dass ein Grundstück auch nur teilweise zum Hof gehören konnte (s. § 15 Abs. 3 der Ausführungsvorschrift des Reichs über Gerichtliches Verzeichnis, Erbhöferolle und Erbhofvermerk v. 16.1.1937, abgdr. bei *Vogels*, REG, 4. Aufl., S. 147; vgl. auch *ders.*, a.a.O.,

§ 7 Rn. 15; *O. Wöhrmann*, Reichserbhofrecht, 3. Aufl., § 7 Rn. 11; *Hopp*, DJ 1934, 1585, 1586; anders noch KG, in *Vogels/Hopp*, EHRsp. § 7 Nr. 11 m. abl. Anm. *Hesse*). Dass § 2 HöfeO ein anderes Verständnis zugrunde liegt, ist nicht erkennbar.

[22] cc) Dieses Ergebnis wird durch systematische Erwägungen gestützt.

[23] (1) Das gilt zunächst mit Blick auf das Zuweisungsverfahren nach §§ 13 ff. GrdstVG, welches ähnlich wie die HöfeO den Erhalt leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebseinheiten im Erbfall bezweckt (vgl. BVerfGE 91, 346, 356). Nach § 13 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG kann das Landwirtschaftsgericht abweichend von der sonstigen Erbfolge die „Gesamtheit der Grundstücke“ eines landwirtschaftlichen Betriebs einem Miterben zuweisen; ausgenommen werden sollen nach Satz 2 Grundstücke, die in absehbarer Zeit anderen als landwirtschaftlichen Zwecken dienen werden. Zwar verwendet das GrdstVG den Begriff des Grundstücks im Rechtssinne (Senat, Beschl. v. 19.12.1967 – V BLw 24/67, BGHZ 49, 145, 146 f.); es stellt in § 1 Abs. 3 GrdstVG Grundstücksteile aber ausdrücklich einem Grundstück gleich. Dementsprechend ist anerkannt, dass die Zuweisung nach § 13 GrdstVG (bzw. die Herausnahme einzelner Flächen aus der Zuweisung) auf Teile von Grundstücken im Rechtssinne beschränkt werden kann (vgl. OLG München, RdL 1975, 156, 162; *Netz*, a.a.O., 7.2.1.11). Ebenso kann im Rahmen der Genehmigungspflicht für die Übertragung landwirtschaftlicher Grundstücke nach § 2 Abs. 1 GrdstVG – die u.a. bei der Hofübertragung zum Tragen kommt, §§ 16, 17 HöfeO, § 8 Nr. 2 GrdstVG – auf Teile eines Grundstücks abgestellt werden (vgl. OLG Köln, RdL 1982, 273; OLG Stuttgart, RdL 1981, 157; *Netz*, a.a.O., 4.1.3; *Treutlein/Crusius*, GrdstVG, § 1 Anm. 4b).

[24] (2) Entsprechendes gilt im Ergebnis für andere Gesetze, die Ziele der Bodenordnung und -lenkung verfolgen (vgl. *Bengel/Simmerding*, a.a.O., § 2 Rn. 16). Für das BauGB, das ebenfalls vom Grundstücksbegriff im Rechtssinne ausgeht, bestimmt § 200 Abs. 1 BauGB, dass die Vorschriften auf Grundstücksteile entsprechend anzuwenden sind. Dementsprechend kann sich das gemeindliche Vorkaufsrecht nach § 24 BauGB auf Teilflächen eines Grundbuchgrundstücks beschränken (vgl. Senat, Urt. v. 15.1.1971 – V ZR 164/68, NJW 1971, 560, 561); die Enteignung von Grundstücksteilen ist in § 113 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. a BauGB sogar ausdrücklich vorgesehen. Soweit – wie im Reichssiedlungsgesetz – eine ausdrückliche Gleichstellung von Grundstücksteilen fehlt, wird hingegen von vornherein nicht der grundbuchrechtliche, sondern ein wirtschaftlicher Grundstücksbegriff zugrunde gelegt (vgl. BGH, Beschl. v. 9.5.1985 – BLw 9/84, BGHZ 94, 299, 302, und v. 27.4.2001 – BLw 22/00, AgrarR 2001, 382, zu § 4 RSG).

[25] dd) Vor allem aber sprechen Sinn und Zweck der HöfeO dafür, dass – jedenfalls katastermäßig abgegrenzte – Teile eines Grundstücks Bestandteil eines Hofes i.S.v. § 2 Buchst. a HöfeO sein können. Die HöfeO gestaltet die Erbfolge in einen landwirtschaftlichen Betrieb abweichend vom allgemeinen Erbrecht aus, um lebensfähige landwirtschaftliche Betriebe geschlossen zu erhalten und deren agrarpolitisch unerwünschte Aufteilung zu verhindern (vgl. BVerfGE 91, 346, 356; 67, 329, 340 ff.; 15, 337, 342). Dieses Ziel rechtfertigt die damit verbundene Schlechterstellung der weichenden Erben, begrenzt aber zugleich den Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung (vgl. zum Landgut i.S.d. § 2049 BGB: BGH, Urt. v. 22.10.1986 – IVa ZR 143/85, BGHZ 98, 382, 387 f.; s. auch BGH, Beschl. v. 19.7.1991 – BLw 17/90, BGHZ 115, 157, 159 zu b); Beschl. v. 25.4.2014 – BLw

6/13). Für eine Ausweitung auf Gegenstände, die mit dem Hof nicht untrennbar verbunden sind, besteht kein Bedürfnis. Sie erschiene vielmehr mit Blick auf den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und die Erbrechtsgarantie (Art. 14 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. GG) verfassungsrechtlich bedenklich. Die rein buchungstechnische und in ihrem Zuschnitt mitunter zufällige Maßeinheit eines Grundstücks – vorliegend sollen über 100 ha unter einer Bestandsnummer eingetragen sein – stellt keinen rechtfertigenden Grund für eine nach dem Zweck der HöfeO nicht gebotene Schlechterstellung der weichenden Miterben dar.

[26] Diese müssen sich auch nicht auf die von dem Beschwerdegericht angeführte Möglichkeit eines Zuschlags zum Hofeswert nach § 12 HöfeO verweisen lassen, wenn Teile eines hofzugehörigen Grundstücks dem Hof nicht mehr dienen. Erfordert die Trennung von – in tatsächlicher Hinsicht – hofzugehörigen und hoffreien Flächen nur die Abschreibung eines Grundstücksteils, also einen im Wesentlichen buchungstechnischen Vorgang, fehlt es, wie die Beteiligte zu 1 zutreffend hervorhebt, an einem sachlichen Grund, den weichenden Erben einen Anspruch auf Übereignung der hoffreien Flächen zugunsten eines bloßen Geldanspruchs zu versagen. Werden die Flächen, wie es § 7 Abs. 3 HöfeVfO für Grundstücke vorsieht, vor Eintritt des Erbfalls von dem hofzugehörigen Grundstücksteil abgeschrieben, werden die weichenden Erben mit Tod des Erblassers sogar unmittelbar Eigentümer dieser (dann ein selbstständiges Grundstück bildenden) Flächen.

[27] Anders als das Beschwerdegericht meint, werden Rechtsicherheit und Rechtsklarheit nicht beeinträchtigt, wenn ein Grundstück – bezogen auf abgrenzbare, insbesondere katastermäßig selbstständige Flächen – rechtlich teils hofzugehörig und

teils hoffrei sein kann. Sachenrechtlich kann das Grundstück bis zu einer Teilung immer nur ein einheitliches Schicksal nehmen. Bei Eintritt des Erbfalls geht es folglich als Ganzes auf den Hof erben über; bei einer gemischten Nutzung ist maßgeblich, welche Nutzungsart überwiegt (vgl. *Faßbender*, a.a.O., § 2 Rn. 39; *H. Wöhrmann*, a.a.O., § 2 HöfeO Rn. 12). Dass die weichenden Erben von dem Hof erben nach Eintritt des Erbfalls die Übereignung des hoffreien Grundstücksteils verlangen können, birgt keine rechtlichen Schwierigkeiten; die Lage stellt sich nicht anders dar, als wenn ihnen dieser Teil von dem Erblasser als Vermächtnis zugewandt worden wäre (vgl. zu den möglichen Gegenständen eines Vermächtnisses: BGH, Urt. v. 27.6.2001 – IV ZR 120/00, BGHZ 148, 187, 190). Wird der hoffreie Teil eines zum Hof gehörenden Grundstücks vor Eintritt des Erbfalls auf Betreiben des Landwirtschaftsgerichts nach § 7 Abs. 3 HöfeVfO von dem Grundbuchblatt abgeschrieben, wird die Trennung von hofzugehörigem und hoffreiem Vermögen auch sachenrechtlich vollzogen; es wird also, wie die Beteiligte zu 1 zu Recht hervorhebt, sogar ein Mehr an Rechtssicherheit erreicht.

[28] 2. Dem Ersuchen der Beteiligten zu 1 steht nicht entgegen, dass die Trennung der betroffenen Flurstücke vom Hof i.S.d. § 7 Abs. 3 HöfeVfO zu einer Grundstücksteilung führt. Die hierfür notwendige Bewilligung des Eigentümers wird durch das behördliche Ersuchen ersetzt (§ 38 GBO).

[29] Ob die hoffreien Flurstücke nach ihrer Abschreibung von dem Hofgrundstück im Grundbuch als einheitliches Grundstück oder getrennt geführt werden, bleibt der Entscheidung des Eigentümers überlassen. Diese hat das Landwirtschaftsgericht zu erfragen und bei seinem Ersuchen gegenüber dem Grundbuchamt zu berücksichtigen.

## ZNotP-Kostenecke

### Entscheidungen zum Kostenrecht

#### Entwurfsauftrag durch einen Makler

von *Notariatsoberrat Werner Tiedtke, München*

- 1. Erteilt ein Makler den Auftrag auf Übersendung eines Entwurfs, liegen grds. die Voraussetzungen des § 145 Abs. 3 KostO vor.**
- 2. Regelmäßig erteilen Makler Entwurfsaufträge an den Notar für fremde Grundstücke namens der Auftraggeber und nicht im eigenen Namen.**

*OLG München, Beschl. v. 17. 6. 2014 – 34 Wx 213/14 Kost*

#### Sachverhalt:

Ein Immobilienmakler hatte vom Eigentümer (Verkäufer) den Alleinauftrag zur Vermittlung des Kaufvertrags übernommen. Nach der Besichtigung durch die Kaufinteressenten kam es zwischen dem Antragsteller und den Kaufinteressenten zu der Vereinbarung, den Kaufvertrag abzuschließen. Daraufhin vereinbarte der Immobilienmakler beim Notar einen Beurkundungstermin und erteilte ihm einen Auftrag zur Fertigung des Entwurfs über den beabsichtigten Kaufvertrag. Der Notar hat den Entwurf allen Beteiligten zugeleitet. Zur Beurkundung

kam es nicht, weil sich der Verkauf zerschlagen hat. Der Notar hat daraufhin den von ihm erstellten Entwurf nach § 145 Abs. 3 KostO i.V.m. § 36 Abs. 2 KostO mit einer 10/10-Gebühr aus dem Wert des beabsichtigten Kaufvertrags abgerechnet und den Antragsteller (Verkäufer) für die Entwurfskosten in Anspruch genommen. Hiergegen wandte sich der in Anspruch genommene Kostenschuldner. Ihm sei der Auftrag an den Kostenschuldner nicht zuzurechnen, er sei daher nicht Kostenschuldner, weil er dem Makler keinen ausdrücklichen Auftrag auf Veranlassen einer Entwurfserstellung durch einen Notar erteilt habe.

#### Entscheidung:

Das LG hat die Kostenhaftung des vom Notar in Anspruch genommenen Verkäufers bejaht. Dieser hat Beschwerde beim OLG erhoben, mit der er weiterhin die Aufhebung der Kostenberechnung begehrt. Das OLG hält die zulässige Beschwerde für unbegründet. Der Notar kann vom Antragsteller die Zahlung der Kosten verlangen; er ist Antragsteller und Schuldner nach § 2 Nr. 1 KostO der nach § 145 Abs. 3 KostO i.V.m. § 36 Abs. 2 KostO entstandenen Kosten.

Zunächst stellte der Senat fest, dass für die Frage des Entstehens und der Bemessung der Notarkosten sowie der Kostenschuldnerschaft nach § 136 Abs. 1 Nr. 4 GNotKG die Vorschriften der KostO maßgebend sind, da dem Notar der Auftrag vor dem 1.8.2013 erteilt worden ist.

1. Der Makler hat einen Beurkundungstermin vereinbart und in dem Schreiben an den Notar ausdrücklich die Übersendung eines Kaufvertragsentwurfs an Verkäufer und Käufer gefordert; damit liegen die Voraussetzungen des Entstehens der Gebühr nach § 145 Abs. 3 KostO grds. vor. Bei der Beauftragung des Notars ist für diesen nach den Umständen erkennbar, dass der Makler nicht im eigenen Namen, sondern namens der Auftraggeber handelt (Senatsbeschl. v. 12.4.2012 – 32 Wx 37/12; ebenso LG Aachen, BWNotZ 2011, 84). Dies ergibt sich aus der Interessenlage, da die Vertragsparteien am Verkauf/Kauf ein deutlich höheres Interesse als der Makler haben und letztlich nach Kaufvertragsabschluss auch diese gegenüber dem Notar kostentragungspflichtig sein sollen.

2. Der Antragsteller ist auch Kostenschuldner nach § 2 Nr. 1 KostO, da er die notarielle Handlung veranlasst hat.

a) Zwar lässt sich dem „Makler-Allein-Auftrag“ v. 11.7.2011 eine Bevollmächtigung des Maklers noch nicht entnehmen, da dieser auf die Einholung von notwendigen oder zweckmäßigen Auskünften beschränkt ist. Geht man mit dem LG – was wegen der ausdrücklichen Beschränkung erheblich zweifelhaft ist –, davon aus, dass sich die Vollmacht nicht nur auf Auskünfte, sondern auf alles erstreckt, was zur Durchführung des beabsichtigten Verkaufs notwendig oder zweckmäßig ist, läge ebenfalls keine Bevollmächtigung für das Ersuchen der Übersendung eines Entwurfs vor. Notwendig mag wegen der Beurkundungsbedürftigkeit gewesen sein, einen Notartermin zur Beurkundung zu vereinbaren.

b) Der Antragsteller hat jedoch dadurch, dass es den Entwurf entgegennahm und daraufhin Änderungswünsche gegenüber dem Notar erklärte, die zu einem weiteren Entwurf führten, das Ersuchen des Maklers auf Aushändigung eines Entwurfs i.S.d. § 145 Abs. 3 KostO genehmigt bzw. ein neues Ersuchen gestellt. Der Notar als Antragsgegner konnte vom objektiven Empfängerhorizont aus die Erklärungen des Antragstellers so verstehen. Anders wäre es nur, wenn der Notar nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in der v. 1.8.2002 – 30.9.2013 geltenden Fassung verpflichtet gewesen wäre, dem Antragsteller 2 Wochen vor der Beurkundung den beabsichtigten Text zur Verfügung zu stellen, da in diesem Fall der Notar davon ausgehen hätte müssen, dass die Änderungswünsche nur aufgrund der Textübersendung entstanden sind und auch der zweite „Entwurf“ vom Verbraucher nur als eine aktualisierte Textübersendung i.S.d. § 17 Abs. 2a BeurkG a.F. aufgefasst wird (a.A. wohl Korintenberg/Bengel/Tiedtke, KostO, 18. Aufl., § 145 Rn. 17b).

Doch ist der Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in der v. 1.8.2002 – 30.9.2013 geltenden Fassung nicht eröffnet, da kein Verbrauchervertrag vorlag: Zwar war der Antragsteller ausweislich der Akte ein Verbraucher i.S.d. § 13 BGB. Allein durch die Erfahrung mit Immobilienverträgen oder durch die Vermietung von Wohnungen verliert der Antragsteller nicht seine Verbrauchereigenschaft. Die Verwaltung eigenen Vermögens stellt keine gewerbliche Tätigkeit dar (BGHZ 149, 80). Nicht ersichtlich ist, dass der Antragsteller einen gewerblichen Grundstückshandel betreibt (vgl. hierzu BFHE 178, 86). Ein Verbrauchervertrag setzt aber nach der Legaldefinition des § 310 Abs. 3 BGB voraus, dass die andere Vertragspartei Unternehmer ist. Wenngleich wegen der allgemeinen Schutzbedürftigkeit eines Verbrauchers auch bei Verträgen zweifelhaft sein kann, ob die Legaldefinition des § 310 Abs. 3 BGB auch im Rahmen des § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG anzuwenden ist, bejaht der Senat diese Frage, da der Gesetz-

geber ausdrücklich den Begriff „Verbrauchervertrag“ verwendet und dieser Begriff kurz vor Erlass des § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG bei der Änderung des BGB so definiert wurde, wie er schon vorher in § 24a AGBGB definiert war. Hätte der Gesetzgeber etwas anderes gewollt, hätte er wesentlich einfacher geregelt, dass jedem Verbraucher vor Beurkundung einer Erklärung oder eines Vertrags der Text übersandt werden muss.

3. Die Kosten für das vorliegende Beschwerdeverfahren bestimmen sich nach § 136 Abs. 1 Nr. 2 GNotKG ebenso wie die Rechtsmittel nach den Vorschriften des GNotKG, da die Beschwerde nach dem 31.7.2013 eingelegt wurde. Die Kostenentscheidung beruht auf § 130 Abs. 3 GNotKG, §§ 84, 80 FamFG, § 91 ZPO.

Die Rechtsbeschwerde wurde nicht zugelassen.

#### Anmerkung:

Nach dem Wortlaut des § 145 Abs. 3 KostO entsteht die in § 145 Abs. 2 KostO bestimmte Gebühr (die Hälfte der für die Beurkundung bestimmten Gebühr, hier also eine volle Gebühr), wenn der Notar auf Erfordern den Entwurf einer Urkunde für ein Rechtsgeschäft, das der notariellen Beurkundung bedarf, aushändigt, die Beurkundung aber infolge Zurücknahme des Auftrags oder aus ähnlichen Gründen unterbleibt.

Die Beurkundung ist endgültig unterblieben, weil sich die Vertragsteile nicht geeinigt haben. Das Unterbleiben der Beurkundung ist somit den Beteiligten selbst zuzurechnen, der Notar trägt hierfür kein Verschulden.

Damit waren die Voraussetzungen für den Ansatz der Gebühr für den Entwurf nach § 145 Abs. 3 KostO i.V.m. § 36 Abs. 2 KostO erfüllt. Entstanden ist eine 10/10-Gebühr gem. §§ 145 Abs. 3, 36 Abs. 2 KostO aus einem Geschäftswert von 324.000 € i.H.v. 552 €.

Zur Frage der Kostenschuldnerschaft regelt zunächst § 2 Nr. 1 KostO, dass jeder zur Zahlung der Kosten verpflichtet ist, der die Tätigkeit des Notars veranlasst hat. Der Antragsteller ist somit Kostenschuldner, wenn ihm das Handeln des Maklers zugerechnet werden muss, der Makler also in seinem Namen an den Notar den Auftrag erteilt hat. Ist das Handeln des Maklers unklar, muss nach den Umständen des Einzelfalls geprüft werden, ob der in Anspruch genommene Kostenschuldner durch andere Umstände „nachträglich“ zum Kostenschuldner geworden ist.

Der Immobilienmakler hatte vom Antragsteller einen Makleralleinauftrag erhalten. Der Inhalt des Alleinauftrags entspricht dem üblichen Inhalt solcher Beauftragungen. I.a.R. soll der Makler daraus auch die Formalien beim Notar durchführen, also Entwürfe erfordern und auch Beurkundungstermine vereinbaren. Ein Makler wird somit i.a.R. im Auftrag dessen handeln, der ihm den Alleinauftrag zur Vermittlung des Kaufvertragsabschlusses erteilt hat.

Ein Makler ist nur dann selbst Kostenschuldner, wenn er ohne Auftrag handelt. Nur in solchen Fällen handelt er in eigenem Namen und ist dann auch als Kostenschuldner anzusehen.

Wird der Kaufvertragsentwurf im Auftrag des Maklers an den Beteiligten übersandt, der dem Makler keinen Auftrag erteilt hat, ist dieser zunächst nicht (weiterer) Kostenschuldner für die Fertigung des Entwurfs. Er wird aber dann ggf. neben anderen Kostenschuldnern weiterer Schuldner, wenn er den Entwurf nicht nur entgegengenommen und gelesen hat, sondern beim Notar daraufhin

auch Änderungen veranlasst. Greift ein Vertragsbeteiligter in der Weise ein, dass er dem Notar Änderungswünsche mitteilt, wird er selbst aufgrund eines eigenen Erfordernis zum Kostenschuldner. Das ist selbst dann der Fall, wenn die Änderungswünsche über den Immobilienmakler an den Notar herangetragen werden (vgl. z.B. Korintenberg/Bengel/Tiedtke, a.a.O., § 145 Rn. 70).

Derartige Fälle werden nach der GNotKG nicht mehr als Entwurf gem. Hauptabschn. 4 des KostVerz. GNotKG abgerechnet, sondern nach Hauptabschn. 1 Abschn. 3 KostVerz. GNotKG (vorzeitige Beendigung des Beurkundungsverfahrens). Bei Rücknahme des Beurkundungsauftrags für einen Kaufvertrag nach einem der in Nr. 21300 KostVerz. GNotKG genannten Zeitpunkte (das ist bei Aushändigung des Entwurfs an den Antragsteller der Fall), entsteht die Gebühr nach Nr. 21302 KostVerz. GNotKG. Die Gebühr für das Beurkundungsverfahren nach Nr. 21100 KostVerz. (2,0-Gebühr) ermäßigt sich in diesem Fall auf eine Gebühr von 0,5 – 2,0, mindestens jedoch 120 €.

Bei der Bestimmung des Gebührensatzes innerhalb des vorgegebenen Rahmens übt der Notar gem. § 92 Abs. 1 GNotKG Ermessen aus. Er setzt nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des Umfangs der von ihm erbrachten Entwurfsleistungen den Gebührensatz fest. Hat der Notar jedoch den Entwurf vollständig erstellt, muss er gem. § 92 Abs. 2 GNotKG die höchste Gebühr innerhalb des vorgegebenen Ermessensrahmens in Ansatz bringen.

Während schon nach § 92 Abs. 1 GNotKG der Gebührensatzrahmen vollständig ausgeschöpft werden kann, ist dies im Fall von § 92 Abs. 2 GNotKG zwingend. Voraussetzung ist die vollständige Fertigung des Entwurfs. In der Praxis liegt die vollständige Entwurfsfertigung durch den Notar besonders dann vor, wenn unter dem Entwurf die Unterschrift beglaubigt werden soll. Dann wird schon wegen der erforderlichen Vollzugsfähigkeit regelmäßig ein vollständiger Entwurf vorliegen. Durch die Anbindung an den Höchstgebührensatz ist in diesem Bereich der notariellen Praxis eine gleiche Gebührenerhebung durch die Notare für die gleiche Leistung gewährleistet, nämlich die Erhebung einer 0,5 für Grundbucheintragungen und Handelsregisteranmeldungen (Nr. 24102 KostVerz. GNotKG) sowie 1,0 für Genehmigungserklärung und Vollmachtsbestätigungen (Nr. 24101 KostVerz. GNotKG).

Wann ein Entwurf vollständig ist, richtet sich vor allem nach dem Entwurfsauftrag. Was nicht beantragt ist, spielt für die Frage der Vollständigkeit keine Rolle. Der Notar muss das ggf. laienhaft vorgetragene Regelungsziel erfassen, auslegen und sich daran orientieren (so zutreffend Korintenberg/Diehn, 19. Aufl. [erscheint Oktober 2014], § 92 Rn. 40m ff.). Der Notar hat den Entwurf vollständig erstellt (mit der Folge der Erhebung der höchsten Gebühr innerhalb des vorgegebenen Gebührensatzrahmens), wenn alle ihm zur Verfügung gestellten Informationen ausgewertet und ggf. im Entwurf berücksichtigt worden sind. Fehlen tatsächliche Angaben (z.B. Anschriften, Geburtsdaten, der Kaufpreis etc.), die der Notar nicht selbst in zumutbarer Wei-

se feststellen kann und die in der Beurkundung ergänzt werden können, ist eine vollständige Entwurfsfertigung dennoch gegeben, weil die Verwendbarkeit des Entwurfs für die Beteiligten gegeben ist (Korintenberg/Diehn, a.a.O., § 92 Rn. 42). Eine unvollständige Fertigstellung wird sich auf Ausnahmefälle beschränken. Kommt der gefertigte Entwurf bestimmungsgemäß zum Einsatz, wird also verwendet, z.B. zur weiteren Abstimmung mit dem Vertragspartner, Steuerberater usw., ist er regelmäßig vollständig (so auch Leipziger Gerichts- und Notarkosten-Kommentar/Heinze, GNotKG, 1. Aufl. 2013, § 92 Rn. 20).

Bei vorzeitiger Beendigung gelten die gleichen Grundsätze, weil Nr. 21302 ff. KostVerz. die Fertigung eines Entwurfs durch den Notar voraussetzt. Ein Entwurfsauftrag ist dabei jedoch, anders als noch unter der Geltung der KostO, nicht erforderlich. Vielmehr ist auf den Beurkundungsauftrag abzustellen. Der Entwurf ist vollständig, wenn er die Protokollierung unter Berücksichtigung aller bereits verfügbaren Informationen umfassend vorbereitet.

Bei Verbraucherverträgen muss der Notar nach § 17 Abs. 2a BeurkG den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts dem Verbraucher zur Verfügung stellen. Auch nach der Neufassung des § 17 Abs. 2a Satz 1 Nr. 2 BeurkG ist die Übersendung eines einzelfallbezogen vollständig ausgestalteten Vertragsentwurfs nicht erforderlich (Rundschreiben der BNotK Nr. 25/2013 v. 2.10.2013). Jedoch ist es notwendig, dass sich die wesentlichen Grundlagen des beabsichtigten Verbrauchervertrags, insbesondere Vertragsgegenstand und Kaufpreis, aus dem zur Verfügung gestellten Text ergeben. Dies führt kostenrechtlich dazu, den beabsichtigten Text bereits als „Entwurf“ zu qualifizieren. Allerdings darf das gesetzgeberische Ziel nicht übersehen werden, wonach die Übersendung des beabsichtigten Textes gerade mit noch keiner Kostenpflicht zu verbinden ist (dazu Leipziger Gerichts- und Notarkosten-Kommentar/Bauer, Vorbem. 2.4.1 KostVerz. Rn. 12). Im Regelfall wird es an einem kostenauslösenden Entwurfsauftrag – jedenfalls durch den Verbraucher – fehlen.

Die Kostenfreiheit ist auf die erstmalige Zurverfügungstellung des beabsichtigten Textes beschränkt. Sofern der Notar Tätigkeiten erbringt, die über die Übermittlung des beabsichtigten Textes hinausgehen, insbesondere auf Wunsch der Beteiligten den Text überarbeitet, ohne dass es später zur Beurkundung kommt, liegt ein Entwurfs- oder Beurkundungsauftrag mit der entsprechenden Kostenfolge vor. Kommt es später zur Beurkundung, greift auch hier die Anrechnungspflicht der Entwurfsgebühren auf die Beurkundung, wenn diese „demnächst“ erfolgt, was im Einzelfall zu entscheiden ist.

Was die Kostenhaftung angeht, haben sich durch das GNotKG gegenüber der KostO keine wesentlichen Änderungen ergeben. Weiterhin gilt der Grundsatz, dass der Antragsteller auch (ggf. neben weiteren Kostenschuldnern) für die durch seinen Auftrag verursachten Kosten haftet (§§ 29 ff. GNotKG).

## ZNotP-Fragezeichen

1. c) Für die Grundbucheintragung ist die Zustimmung dinglich Betroffener erforderlich, nicht aber – wegen § 5 Abs. 2 Satz 2 WEG – die Zustimmung der Hypotheken-, Grundschuld- und Reallastgläubiger (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn. 2872d).
2. b) Nach § 1952 Abs. 2 BGB endet in diesem Fall die Frist für eine Ausschlagung der Erbschaft nach E nicht vor dem Ablauf der für die Erbschaft des Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist.