Carl Heymanns

NEU

„Besser heute als morgen bestellen!“

Notar a. D. Sebastian Herrler, zur Vorauflage in: DNotI-Report Heft 2/13

200 Carl Heymanns Jubiläum

Online Ausgabe
auf jurion.de

Die Neuauflage des Klassikers mit GNotKG! Das Würzburger Notarhandbuch vermittelt Spezialwissen über alle Bereiche der notariellen Praxis. Durch die Einbeziehung des Kosten- und Steuerrechts findet der Notar alles für ihn Relevante in einem Buch und kann so alle Aspekte eines Falls rechtssicher umsetzen. Eine Vielzahl von Mustern und Formulierungsbeispielen, Hinweisen, Checklisten und Beispielen macht das Handbuch zu einer unverzichtbaren Arbeitshilfe. Sämtliche Muster und Formulierungsbeispiele sind zusätzlich auf der beigefügten CD-ROM enthalten.

Die 4. Auflage berücksichtigt u.a.

- das neue Kostenrecht durch das GNotKG,
- die Änderungen des Grundbuchrechts durch das Gesetz zur Einführung eines Datenbankgrundbuchs (DaBaGG),
- das Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare,
- die Änderungen bei Verbraucherverträgen (§ 17 Abs. 2a BeurkG),
- die aktuelle Rechtsprechung und die Literatur seit der Veröffentlichung der Vorauflage.

Herausgeber:
Notar *Prof. Dr. Peter Limmer*, Notar *Christian Hertel*, LL.M., Notar *Dr. Norbert Frenz*, Notar *Dr. Jörg Mayer*

Limmer / Hertel / Frenz / Mayer (Hrsg.)
Würzburger Notarhandbuch
4. Auflage 2015, 3.392 Seiten, gebunden, inkl. CD-ROM,
€ 239,–
ISBN 978-3-452-28153-1

Online im Shop bestellen:
shop.wolterskluwer.de
Gebührenfreie Bestellhotline:
0800 7763665
Im Buchhandel erhältlich.

Wolters Kluwer Deutschland GmbH • Postfach 2352 • 56513 Neuwied
Telefon 02631 8012222 • Fax 02631 8012223 • info@wolterskluwer.de • www.wolterskluwer.de

Wolters Kluwer

28153_10-15_210x297_1c_Version_2.indd 1 06.03.15 10:28

Carl Heymanns

NEU

Rundum gut informiert!

Online Ausgabe
auf jurion.de

200 Carl Heymanns Jubiläum

Meikel
GBO – Grundbuchordnung
Kommentar
11. Auflage
2015, 2.816 Seiten, gebunden,
€ 259,–
ISBN 978-3-452-27590-5

Krauß
Immobilienkaufverträge in der Praxis
7. Auflage
2014, 1.936 Seiten, gebunden, inkl. CD-ROM,
€ 139,–
ISBN 978-3-452-28039-8

Ingenstau / Hustedt
ErbbauRG
Gesetz über das Erbbaurecht
Kommentar
10. Auflage
2014, 632 Seiten, gebunden,
€ 114,–
ISBN 978-3-452-27911-8

Wipperfürth
Das Grundstück in der Insolvenz
2014, 368 Seiten, gebunden,
€ 78,–
ISBN 978-3-452-28157-9

Online im Shop bestellen:
shop.wolterskluwer.de
Gebührenfreie Bestellhotline:
0800 7763665
Im Buchhandel erhältlich.

Wolters Kluwer Deutschland GmbH • Postfach 2352 • 56513 Neuwied
Telefon 02631 8012222 • Fax 02631 8012223 • info@wolterskluwer.de • www.wolterskluwer.de

Wolters Kluwer

27590_S_10-15_210x297_1c.indd 1 06.03.15 09:23

Inhalt

Grundstücksrecht

Entwicklungen beim Erbbaurecht und Wohnungseigentum 2014 42
von Professor Roland Böttcher, Berlin

Erbrecht

Schlusserbfolge und Ersatzerbfolge 54
von Professor Dr. Rainer Kanzleiter, Ulm

Steuerrecht

Die interpolierende Auslegung der Steuerbefreiungsvorschriften bei der Grunderwerbsteuer 55
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. 80. 59

ZNotP-Rechtsprechungsreport

Erbrecht
Auskunftsanspruch bzgl. Einbringung in liechtensteinische Anstalt oder Stiftung
BGH, Beschl. v. 3. 12. 2014 – IV ZB 9/14. 59

Kriterien zur Auslegung eines Ehegattentestaments nach Erbausschlagung durch den überlebenden Ehegatten
OLG Hamm, Beschl. v. 14. 3. 2014 – 15 W 136/13 65

Familienrecht
Kindesunterhalt beim Wechselmodell
BGH, Beschl. v. 5. 11. 2014 – XII ZB 599/13 66

Betreuerbestellung bei psychischer Erkrankung
BGH, Beschl. v. 10. 9. 2014 – XII ZB 305/14 69

Handels- und Gesellschaftsrecht
Kundenschutzklauseln bei GmbH
BGH, Urt. v. 20. 1. 2015 – II ZR 369/13. 69

Notarrecht
Amtspflichten bei Maklerklauseln
BGH, Urt. v. 24. 11. 2014 – NotSt (Brfg) 1/14 71

ZNotP-Kostenecke

Entscheidungen zum Kostenrecht
Anzeige der Sicherungsabrede bei Finanzierungsgrundschuld
LG Düsseldorf, Beschl. v. 9. 9. 2014 – 19 T 199/13 77

Grundstücksrecht

Entwicklungen beim Erbbaurecht und Wohnungseigentum 2014

von Professor Roland Böttcher, Berlin

I. Erbbaurecht

1. Erste Rangstelle

Das Erbbaurecht kann nur zur ausschließlich 1. Rangstelle bestellt werden (§ 10 ErbbauRG). Dadurch wird verhindert, dass das Erbbaurecht aufgrund der Zwangsversteigerung des Grundstücks erlischt; der Zuschlag führt nämlich nur zum Erlöschen der Grundstücksrechte, die dem bestrangig betreibenden Gläubiger im Rang gleichstehen und nachgehen (§§ 44, 52, 91 ZVG). Da aufgrund des § 10 ErbbauRG nur ein dem Erbbaurecht rangmäßig nachfolgender Gläubiger als betreibender Gläubiger in Betracht kommt, bleibt damit das Erbbaurecht bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks immer an diesem bestehen. Nur so ist die Beleihbarkeit des Erbbaurechts sichergestellt. Aufgrund teleologischer Reduktion von § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG hindert nach einer (noch) Mindermeinung ein vorrangiges Recht dann die Eintragung eines nachrangigen Erbbaurechts nicht, wenn es sich um kein Verwertungsrecht handelt und sein Ausübungsbereich denjenigen des Erbbaurechts samt Erstreckungsfläche nicht betrifft.[1]

Nach heute allerdings noch h.M. gilt die Notwendigkeit der 1. Rangstelle für das Erbbaurecht aber auch gegenüber existenznotwendigen Dienstbarkeiten (z.B. öffentlicher Kanal, U-Bahn, Fernleitungen), die deshalb nur im Nachrang eingetragen werden können.[2] Das Erbbaurecht an 1. Rangstelle steht dann aber der Dienstbarkeit an 2. Rangstelle im Wege, soweit das Erbbaurecht einen Zugriff auf das Grundstück zulässt und dessen Nutzungen dem Erbbauberechtigten zuordnet. Deshalb sollten diese Dienstbarkeiten zusätzlich erstrangig am Erbbaurecht selbst bestellt werden.[3] Damit wäre die Nutzungsmöglichkeit gegen den Erbbauberechtigten im gleichen Maße wie gegen den Grundstückseigentümer gesichert.

Beim Heimfall des Erbbaurechts (§ 2 Nr. 4 ErbbauRG) würden diese Dienstbarkeiten aber auch am Erbbaurecht erlöschen (§ 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG). Deshalb sollte der Heimfallanspruch des Grundstückseigentümers dahin gehend eingeschränkt werden, dass er nur ausgeübt werden kann, wenn vorher oder gleichzeitig dem Grundbuchamt eine Eintragungsbewilligung des Grundstückseigentümers (§ 19 GBO) zur Neueintragung am Eigentümererbbaurecht des durch Heimfall erlöschenden Rechts vorgelegt wird.[4] Der Nachteil dieser Gestaltung besteht darin, dass es für die vorrangige Neubegründung der Dienstbarkeit der Mitwirkung der Inhaber der am Erbbaurecht bestehen gebliebenen Verwertungsrechte (§ 33 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG) bedarf, die evtl. nicht zu erlangen ist.[5] Deshalb wird vorgeschlagen,[6] dass der Grundstückseigentümer zugunsten des Berechtigten einer Dienstbarkeit eine durch Vormerkung gesicherte Verpflichtung eingeht, für den Fall des durch den Heimfall bedingten Wegfalls einer Dienstbarkeit eine neue inhaltsgleiche Dienstbarkeit zu bestellen; diese Vormerkung soll dann aufgrund einer teleologischen Reduktion von § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG beim Heimfall bestehen bleiben. Da diese Begründung noch keine höchstrichterliche Anerkennung gefunden hat, kann sie der Praxis noch nicht empfohlen werden. Am sinnvollsten erscheint die von *Kesseler*[7] vorgeschlagene Lösung, § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG insoweit abzuändern, dass die betroffenen Dienstbarkeiten beim Heimfall am Erbbaurecht fortbestehen. Dies ist zulässig, da der Heimfall gänzlich ausgeschlossen werden kann; und was gänzlich ausgeschlossen werden kann, muss auch, a maiore ad minus, inhaltlich beschränkt werden können. Folgende Formulierung wird dafür von *Kesseler*[8] vorgeschlagen: *„Der Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts beim Heimfall ist dahingehend beschränkt, dass entgegen § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG die Dienstbarkeit …… bei Ausübung des Heimfallanspruchs bestehen bleibt.“*

Nach dem Erlöschen des Erbbaurechts würden bei einer Versteigerung des Grundstücks aus der erstrangigen Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten gem. §§ 27, 28 ErbbauRG grds. nachrangige Dienstbarkeiten erlöschen. Die Dienstbarkeit am Grundstück würde auch nach Beendigung des Erbbaurechts dauerhaft bestehen bleiben, wenn die Entschädigungsforderung nach § 27 ErbbauRG, für die das Grundstück nach § 28 ErbbauRG haftet, ausgeschlossen ist. Die Frage, durch welche Vertragsgestaltung bei fehlendem Ausschluss des Entschädigungsanspruchs dem Sicherungsbedürfnis des Dienstbarkeitsberechtigten ausreichend Rechnung getragen werden kann, wird unterschiedlich beantwortet. Teilweise wird vorgeschlagen, dass der Entschädigungsanspruch nur unter der Bedingung eingeräumt wird, dass der Erbbauberechtigte der Dienstbarkeit den ursprünglichen Rang am Grundstück wieder verschafft hat.[9] Eine derartige

1 Erman/*Grziwotz*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 10 ErbbauRG Rn. 1; Staudinger/*Rapp*, BGB, 2009, § 10 ErbbauRG Rn. 4; *Böttcher*, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 7. Aufl. 2014, Rn. 103.

2 *Kesseler*, ZfIR 2014, 414.

3 *Rapp*, MittBayNot 2014, 412, 413.

4 *V. Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl. 2012, Rn. 2.100; MünchKomm-BGB/*v. Oefele/Heinemann*, 6. Aufl. 2013, § 10 ErbbauRG Rn. 3.

5 *Rapp*, MittBayNot 2014, 412, 414.

6 Staudinger/*Rapp* (Fn. 1), § 10 ErbbauRG Rn. 15, § 33 ErbbauRG Rn. 12; NK-BGB/*Heller*, 3. Aufl. 2013, § 33 ErbbauRG Rn. 2.

7 *Kesseler*, ZfIR 2014, 414; ebenso *Rapp*, MittBayNot 2014, 412, 415.

8 *Kesseler*, ZfIR 2014, 414, 418.

9 *V. Oefele/Winkler* (Fn. 4), Rn. 2.100; MünchKomm-BGB/*v. Oefele/Heinemann* (Fn. 4), § 10 ErbbauRG Rn. 3.

Vertragsgestaltung entfaltet aber nach dem *OLG Hamm*[10] lediglich schuldrechtliche Wirkung. Dies ist inhaltlich unzutreffend.[11] Der Entschädigungsanspruch ist nämlich ausgeschlossen, wenn der Dienstbarkeit der Vorrang nicht verschafft werden kann. Das Problem dieses bedingten Entschädigungsanspruchs des Erbbauberechtigten besteht aber darin, dass für diese Regelung die Zustimmung der nach § 29 ErbbauRG an der Entschädigungsforderung berechtigten Grundpfandrechts- und Reallastgläubiger notwendig ist (§§ 877, 876 BGB). Diese dürfte schwierig zu bekommen sein. Eine Lösung ergibt sich bei einer Vereinbarung, wonach der Anspruch auf Entschädigung bei Beendigung des Erbbaurechts Rang nach der Dienstbarkeit hat. Wird alsdann aus der nachrangigen Entschädigungsforderung die Zwangsversteigerung des Grundstücks betrieben, bleibt die vorrangige Dienstbarkeit bestehen. Eine derartige Lösung genügt, um dem Sicherungsbedürfnis des Dienstbarkeitsberechtigten hinreichend Rechnung zu tragen.[12] Die Beschränkungen des Entschädigungsanspruchs des Erbbauberechtigten (§ 27 ErbbauRG) dürften allerdings ausgeschlossen sein, wenn die Voraussetzungen des § 27 Abs. 2 ErbbauRG vorliegen (= Wohnbedürfnisse minderbemittelter Bevölkerungskreise), weil bereits der Anspruch der Höhe nach nur eingeschränkt begrenzt werden kann. Als Lösung bietet *Kesseler*[13] dann die Vereinbarung einer Entschädigungsforderung für den Fall des Wegfalls der Dienstbarkeit und Nichteintragung einer erstrangigen Dienstbarkeit am Grundstück, die durch erstrangige Eintragung eines Grundpfandrechts am Erbbaurecht abgesichert wird.

Ein Anspruch des Grundstückseigentümers auf Erklärung des Rangrücktritts durch einen Dienstbarkeitsberechtigten kann allenfalls als nachbarliche Rücksichtnahme aus § 242 BGB gefolgert werden.[14] Nach Auffassung des *OLG Hamm*[15] liegt ein solcher Anspruch nur dann vor, wenn durch die vertragliche Gestaltung sichergestellt wird, dass die Dienstbarkeit inhaltsgleich auch am Erbbaurecht an erster Rangstelle eingetragen wird und beim Heimfall nicht erlischt (vgl. § 33 Abs. 1 ErbbauRG). Außerdem muss die Dienstbarkeit am Grundstück auch nach Beendigung des Erbbaurechts dauerhaft bestehen bleiben.

2. Eigentümerzustimmung bei Übertragung des Erbbaurechts

I.d.R. ist als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart, dass für die Übertragung des Erbbaurechts die Zustimmung des Grundstückseigentümers erforderlich ist (§ 5 Abs. 1 ErbbauRG). Verweigert der Eigentümer seine Zustimmung ohne ausreichenden Grund, kann sie vom Gericht ersetzt werden (§ 7 Abs. 3 Satz 1 ErbbauRG). Die Zustimmung des Eigentümers wird ersetzt mit Rechtskraft des Beschlusses (§ 7 Abs. 3 Satz 2 ErbbauRG, § 40 Abs. 2 FamFG). Als Rechtsmittel kommt die Beschwerde (§§ 58 ff. FamFG) binnen 2 Wochen in Betracht (§ 7 Abs. 3 Satz 2 ErbbauRG i.V.m. § 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG). Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem die Verfügung den Beteiligten bekannt gemacht worden ist, spätestens mit Ablauf von 5 Monaten nach Erlass des Beschlusses (§ 63 Abs. 3 FamFG). Die zweiwöchige Frist gilt auch, wenn der Ersetzungsantrag zurückgewiesen worden ist.[16] Auch wenn die vom AG fehlerhaft erteilte Rechtsbehelfsbelehrung (1 Monat) geeignet erscheint, einen Rechtsirrtum über die Frist für die rechtzeitige Beschwerdeeinlegung hervorzurufen, ist von einem Rechtsanwalt zu verlangen, dass er sich auf eine fehlerhaft genannte Frist nicht verlässt. Legt bereits ein Blick ins Gesetz (§ 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG) die fehlerhafte Belehrung nahe, so muss ein Rechtsanwalt trotz § 17 Abs. 2 FamFG zur Vermeidung eines die Wiedereinsetzung ausschließenden Verschuldens weitere rechtliche Recherchen in Bezug auf die geltende Rechtsmittelfrist unternehmen oder den sicheren Weg gehen (hier: Beschwerdeeinlegung binnen einer zweiwöchigen Frist).[17]

3. Erhöhung des Erbbauzinses

Sachverhalt:

Im Jahr 1964 bestellte der Grundstückseigentümer ein Erbbaurecht für eine Laufzeit von 50 Jahren an einem 104 m² großen, im Innenstadtbereich einer Großstadt gelegenen Grundstück. Es war mit einem Gebäude mit zwei Obergeschossen und einem Dachgeschoss bebaut. Nach dem Inhalt des Erbbaurechts war die Neuerrichtung eines Gebäudes (nach Abbruch des bestehenden Anwesens) vorgesehen, „für dessen Gestaltung ausschließlich die baurechtlichen Vorschriften verbindlich sind". Zzt. des Vertragsschlusses gab es für das betroffene Gebiet keinen Bebauungsplan. Der Erbbauzins betrug 33.000 DM jährlich. Eine Anpassung sollte gemäß der Entwicklung des Grundgehalts eines Landgerichtspräsidenten erfolgen. Im Jahr 2008 beschloss die Stadt auf Betreiben des Erbbauberechtigten einen Bebauungsplan, der für das Erbbaugrundstück keinerlei Begrenzung der Geschossflächenzahl vorsah, sondern lediglich eine Firsthöhe von 22,5 m. Der Erbbauberechtigte errichtete daraufhin einen Neubau mit fünf Ober- und zwei Tiefgeschossen. Der Grundstückseigentümer erhob Klage auf Zahlung eines Erbbauzinses von mindestens 156.000 € jährlich. Nach Abweisung der Klage durch das LG und Zurückweisung der Berufung durch das OLG wurde durch den Grundstückseigentümer Revision eingelegt.

10 OLG Hamm, Urt. v. 27.6.2013 – 22 U 165/12, MittBayNot 2014, 431 = RNotZ 2013, 605.

11 *Kesseler*, ZfIR 2014, 414, 416.

12 OLG Hamm, Urt. v. 27.6.2013 – 22 U 165/12, MittBayNot 2014, 431 = RNotZ 2013, 605; *Kesseler*, ZfIR 2014, 414; Staudinger/*Rapp* (Fn. 1), § 10 ErbbauRG Rn. 15, § 28 ErbbauRG Rn. 2; *Rapp*, MittBayNot 2014, 412, 415.

13 *Kesseler*, ZfIR 2014, 414, 416.

14 Lemke/*Czub*, Immobilienrecht, 2012, § 10 ErbbauRG Rn. 3.

15 OLG Hamm, Urt. v. 27.6.2013 – 22 U 165/12, MittBayNot 2014, 431 = RNotZ 2013, 605.

16 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.12.2013 – 3 Wx 173/13, Rpfleger 2014, 308; MünchKomm-BGB/*v. Oefele/Heinemann* (Fn. 4), § 7 ErbbauRG Rn. 16.

17 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.12.2013 – 3 Wx 173/13, Rpfleger 2014, 308.

Dies hatte beim *BGH*[18] Erfolg. Zwar verneinte er zunächst einen Anspruch des Eigentümers gegen den Erbbauberechtigten auf Zahlung eines höheren Erbbauzins aus ergänzender Vertragsauslegung (§ 157 BGB), da nicht zu erkennen war, dass der vereinbarte Erbbauzins von der baurechtlich zulässigen oder tatsächlich ausgeübten Nutzung abhängen sollte. Er hält jedoch einen Anspruch auf Anpassung des Erbbauzinses wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage für möglich (§ 313 Abs. 1 BGB). Die baurechtlich zulässige Nutzung des Erbbaugrundstücks sei ein für das Verhältnis von Leistung (= Bestellung des Erbbaurechts) und Gegenleistung (= Erbbauzins) wesentlicher Umstand und könne daher Geschäftsgrundlage i.S.d. § 313 BGB sein, auch wenn dies im Vertrag nicht ausdrücklich angesprochen sei.[19] Dass im vorliegenden Fall eine Anpassungsmöglichkeit für den Erbbauzins nach Maßgabe der Entwicklung des Grundgehalts eines LG-Präsidenten vorgesehen war, hatte keinen abschließenden Charakter, der einer Qualifizierung anderer Umstände als Geschäftsgrundlage entgegensteht.

Wenn sich jedoch die vertraglich zulässige bauliche Nutzung des Erbbaugrundstücks nach dem öffentlich-rechtlichen Bauplanungsrecht (sog. dynamische Verweisung) bestimmt, führt eine Erhöhung der zulässigen Nutzung grds. nicht zu einer Störung des Äquivalenzverhältnisses und damit nicht zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage, die eine Anpassung des Erbbauzinses gem. § 313 Abs. 1 BGB rechtfertigen könnten.[20] Die Parteien können i.d.R. nicht davon ausgehen, dass sich die ursprünglich zulässige bauliche Nutzung des Erbbaugrundstücks nicht ändern würde. Bei vorhersehbaren Umständen ist ein Anpassungsanspruch nach § 313 Abs. 1 BGB deshalb ausgeschlossen. Eine Anpassung des Erbbauzinses kann jedoch für solche Veränderungen verlangt werden, mit denen im Zeitpunkt der Erbbaurechtsbestellung nicht zu rechnen war, also z.B. als Folge einer Sonderermächtigung im Rahmen eines einzelvorhabenbezogenen Bebauungsplans.[21] Im vorliegenden Fall ist deshalb eine Beweiserhebung über die Voraussehbarkeit im Jahr 1964 erforderlich, da eine Erhöhung des Maßes der baulichen Nutzung um das 2,5-fache (von zwei auf fünf Vollgeschosse) eine ausreichende gravierende Störung des Äquivalenzverhältnisses sein kann, wonach ein Anpassungsanspruch gem. § 313 Abs. 1 BGB in Betracht kommt. Da insoweit in den Vorinstanzen eine Sachverhaltsermittlung fehlte, wurde die Angelegenheit zu deren Nachholung zurückverwiesen.

4. Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf

Das Erbbaurecht erlischt mit dem Ablauf der vereinbarten Dauer, und zwar ohne dass es einer rechtsgeschäftlichen Erklärung (z.B. Aufhebungserklärung, Verzicht) bedarf. Dadurch werden sowohl das Grundbuch des Grundstücks wie das des Erbbaurechts, die noch das Bestehen des Erbbaurechts ausweisen, unrichtig. Da durch das Erlöschen des Erbbaurechts der Verlust des Bauwerkseigentums für den Erbbauberechtigten kraft Gesetzes eintritt, schafft das Gesetz mit § 27 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG im Wege der Surrogation einen wirtschaftlichen Ausgleich dafür durch den gesetzlichen Entschädigungsanspruch des Erbbauberechtigten gegen den Grundstückseigentümer. In Höhe der Entschädigungsforderung entsteht ein dingliches Recht kraft Gesetzes am Grundstück für den Erbbauberechtigten, und zwar mit dem Rang des erloschenen Erbbaurechts (§ 28 ErbbauRG). Dem Gesetzeswortlaut und dem Surrogationscharakter entspricht die Annahme eines eintragungsfähigen dinglichen Rechts eigener Art.[22] Im Wege der Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO) ist es im Grundbuch des Grundstücks anstelle des erloschenen Erbbaurechts mit dessen Rang einzutragen, und zwar auf Antrag des Grundstückseigentümers oder des Erbbauberechtigten; erforderlich ist die Bewilligung des Grundstückseigentümers oder der Nachweis des Bestehens des dinglichen Entschädigungsanspruchs, wozu eine Bezugnahme auf den entsprechenden dinglichen Inhalt des Erbbaurechts genügt. Für die Grundbucheintragung der Entschädigungsforderung wird die Meinung vertreten, dass sie erst dann erfolgen kann, wenn die Höhe der Entschädigungsforderung feststeht, weil der Geldbetrag im Grundbuch vermerkt werden müsse.[23] Nach richtiger Ansicht ist dies nicht notwendig, weil es vielmehr bei dem reallastähnlichen Recht genügt, wenn der Umfang der Leistung aufgrund objektiver Umstände bestimmbar ist, wobei diese Umstände auch außerhalb des Grundbuchs liegen können, sofern sie nachprüfbar und mindestens in der Eintragungsbewilligung angedeutet sind. Danach kann die Entschädigungsforderung als solche und ohne Benennung eines konkreten Geldbetrags im Grundbuch vermerkt werden.[24]

Die dinglichen Rechte, welche das Erbbaurecht selbst belasten, gehen mit dem Erlöschen des Erbbaurechts unter, da ihr Haftungsobjekt mit dem Endtermin erlischt; sie gehen nicht auf das Grundstück über, da das Grundstück nicht für Belastungen des Erbbaurechts haftet. Ist das Erbbaurecht mit einer Hypothek oder Grundschuld oder mit Rückständen aus Rentenschulden oder Reallasten oder einem nach den Reallastvorschriften zu behandelnden Recht belastet (z.B. Erbbauzins, Notweg- oder Überbaurente), so erlangt der Inhaber der genannten Rechte ein Recht am Entschädigungsanspruch (§ 29 ErbbauRG). Dieses Befriedigungsrecht ist nach h.M. einem Pfandrecht an der Entschädigungsforderung gleichzustellen, da auch hier eine

18 BGH, Urt. v. 23.5.2014 – V ZR 208/12, ZNotP 2014, 218 = NotBZ 2014, 415 = DNotI-Report 2014, 127.

19 BGH, Urt. v. 23.5.2014 – V ZR 208/12, ZNotP 2014, 218 = NotBZ 2014, 415 = DNotI-Report 2014, 127.

20 BGH, Urt. v. 23.5.2014 – V ZR 208/12, ZNotP 2014, 218 = NotBZ 2014, 415 = DNotI-Report 2014, 127.

21 BGH, Urt. v. 23.5.2014 – V ZR 208/12, ZNotP 2014, 218 = NotBZ 2014, 415 = DNotI-Report 2014, 127.

22 BGH, Beschl. v. 11.4.2013 – V ZB 109/12, ZNotP 2013, 150 = DNotZ 2013, 851 = ZfIR 2013, 550; Staudinger/*Rapp* (Fn. 1), § 28 ErbbauRG Rn. 1; *Maaß*, NotBZ 2002, 389, 392.

23 RGRK-BGB/*Räfle*, 12. Aufl. 1979, § 28 ErbbauRG Rn. 1.

24 BGH, Beschl. v. 11.4.2013 – V ZB 109/12, ZNotP 2013, 150 = DNotZ 2013, 851 = ZfIR 2013, 550; ebenso Staudinger/*Rapp* (Fn. 1), § 28 ErbbauRG Rn. 2; *Maaß*, NotBZ 2002, 389, 395.

Befriedigung aus einer Forderung erfolgen soll. Das Pfandrecht der Realgläubiger kann, wenn der dingliche Entschädigungsanspruch des Erbbauberechtigten im Grundbuch eingetragen ist, bei diesem vermerkt werden. Dies erfolgt aber nicht von Amts wegen, sondern auf Antrag eines Realgläubigers oder des Erbbauberechtigten. Diese Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO) erfolgt aufgrund Bewilligung des Erbbauberechtigten oder Nachweises des Bestehens des Pfandrechts, wozu eine Bezugnahme auf die beim Erlöschen des Erbbaurechts noch eingetragenen dinglichen Rechte der Realgläubiger genügt.

Ist der Entschädigungsanspruch als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts ausgeschlossen oder ist ein solcher Ausschluss dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen (§ 27 ErbbauRG), so ist das Erbbaurecht auf reinen Berichtigungsantrag (§ 13 GBO) des Grundstückseigentümers oder Erbbauberechtigten zu löschen, da die Grundbuchunrichtigkeit infolge Zeitablaufs feststeht (§ 22 GBO). Die Berechtigten von am Erbbaurecht eingetragenen und nunmehr erloschenen dinglichen Rechten müssen der Löschung nicht zustimmen, weil diesen mangels Entschädigungsanspruchs keine Rechte gem. § 29 ErbbauRG zustehen.

Ist der Entschädigungsanspruch nicht ausgeschlossen oder sein Ausschluss nicht nachgewiesen, so gilt: Bei dem Entschädigungsanspruch handelt es sich nicht um Rückstände i.S.v. §§ 23, 24 GBO, weil er erst mit dem Erlöschen des Erbbaurechts fällig wird.[25] Eine berichtigende Löschung des Erbbaurechts aufgrund eines Antrags des Grundstückseigentümers ist aber nur dann zulässig, wenn die Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten nach §§ 27, 28 ErbbauRG in der Veränderungsspalte der Abteilung II anstelle des erloschenen Erbbaurechts und damit in dessen Rang und mit ihr zugleich ein Vermerk über das jeweilige Pfandrecht eines Realgläubigers (§ 29 ErbbauRG) eingetragen wird oder der Erbbauberechtigte und die Realgläubiger der Löschung zustimmen.[26] Die materiell-rechtlichen Rechtspositionen des Erbbauberechtigten (§§ 27, 28 ErbbauRG) und der Realgläubiger (§ 29 ErbbauRG) müssen bei dem grundbuchverfahrensrechtlichen Vollzug des Erlöschens des Erbbaurechts infolge Zeitablaufs berücksichtigt werden. Die Verlautbarung im Grundbuch darf deshalb nur in einer Weise erfolgen, die den Erbbauberechtigten und die Realgläubiger vor einem Verlust der ihnen nach materiellem Recht zustehenden Rechtspositionen schützt. Das Grundbuchverfahrensrecht hat gegenüber dem materiellen Recht eine dienende Funktion. Ein nach materiellem Recht entstandenes dingliches Recht am Grundstück müsse deshalb durch eine Eintragung im Grundbuch so verlautbart werden, dass es nicht wegen fehlender Eintragung durch gutgläubigen lastenfreien Erwerb nach § 892 BGB erlöschen kann. Für die Eintragung der Entschädigungsforderung (§§ 27, 28 ErbbauRG) bedarf es jedoch eines Antrags vom Grundstückseigentümer oder Erbbauberechtigten (§ 13 GBO). Das Pfandrecht eines Realgläubigers an der Entschädigungsforderung (§ 29 ErbbauRG) kann nur aufgrund eines Antrags des Erbbauberechtigten oder Realgläubigers eingetragen werden (§ 13 GBO).

II. Wohnungseigentum

1. Gemeinschaftseigentum – Sondereigentum

a) Keller- und Garagenausgangstüren und Fenster

In einer Wohnungseigentümergemeinschaft wurden folgende Beschlüsse gefasst: Austausch von Fenstern, die sich im Bereich eines Sondereigentums befanden; Instandsetzung einer Kellerausgangstür, die vom Kellerhals zu einem im Sondereigentum eines Wohnungseigentümers stehenden Kellerraums führte; Austausch einer Garagenausgangstür der zum Teileigentum eines Wohnungseigentümers gehörenden Garage. Ein Wohnungseigentümer griff alle drei Beschlüsse an, und dies mit Erfolg, weil die Beschlüsse das zwingende gemeinschaftliche Eigentum betroffen haben. Nach § 5 Abs. 2 WEG stehen Keller- und Garagenausgangstüren unabänderlich im Gemeinschaftseigentum.[27] Die Türen bilden die räumliche Abgrenzung zwischen Sonder- und Gemeinschaftseigentum. Sie gehören räumlich und funktional zum Gemeinschaftseigentum und stehen als einheitliche Sache insgesamt im gemeinschaftlichen Eigentum. Dies hat der *BGH*[28] auch schon für Wohnungsabschlusstüren entschieden. Auch Fenster stehen einheitlich im zwingenden Gemeinschaftseigentum nach § 5 Abs. 2 WEG, da sie für Bestand und Sicherheit des Gebäudes erforderlich sind.[29] Eine Umwandlung in Sondereigentum ist für die Türen und Fenster nicht möglich. § 5 Abs. 3 WEG erlaubt nur den umgekehrten Fall, nämlich die Umwandlung von Sonder- in Gemeinschaftseigentum.

Die Wohnungseigentümer sind nach der gesetzlichen Kompetenzzuweisung für die Beschlussfassung über die Instandsetzung und den Austausch der Türen und Fenster zuständig (§ 21 Abs. 1 und Abs. 5 Nr. 2 bzw. § 22 WEG). Sie müssen die damit verbundenen Kosten tragen (§ 16 Abs. 2 WEG). Durch Vereinbarung können die Wohnungseigentümer abweichend hiervon die Pflicht zur Instandsetzung und Instandhaltung von Teilen des gemeinschaftlichen Eigentums und zur Tragung der damit verbundenen Kosten durch eine klare und eindeutige Regelung einzelnen Sondereigentümern auferlegen.[30]

25 BGH, Beschl. v. 11.4.2013 – V ZB 109/12, ZNotP 2013, 150 = DNotZ 2013, 851 = ZfIR 2013, 550.

26 BGH, Beschl. v. 11.4.2013 – V ZB 109/12, ZNotP 2013, 150 = DNotZ 2013, 851 = ZfIR 2013, 550; *Maaß*, NotBZ 2002, 389 und DNotZ 2007, 753.

27 BGH, Urt. v. 22.11.2013 – V ZR 46/13, NJW-RR 2014, 527 = ZWE 2014, 125 = NZM 2014, 396.

28 BGH, Urt. v. 25.10.2013 – V ZR 212/12, NJW 2014, 379 = ZWE 2014, 81 = NotBZ 2014, 105.

29 BGH, Urt. v. 22.11.2013 – V ZR 46/13, NJW-RR 2014, 527 = ZWE 2014, 125 = NZM 2014, 396.

30 BGH, Urt. v. 22.11.2013 – V ZR 46/13, NJW-RR 2014, 527 = ZWE 2014, 125 = NZM 2014, 396.

b) Doppelstockgaragen

Bestritten ist die Sondereigentumsfähigkeit bei Doppelstockgaragen (Doppelparker, Duplexgarage): Nach überwiegender Ansicht liegt zu Recht nur ein Raum vor, sodass Sondereigentum nur an der ganzen Duplexgarage begründet werden kann, und zwar für beide Wohnungseigentümer in Bruchteilsgemeinschaft.[31] Nach einer in der Literatur vertretenen Mindermeinung ist auch der einzelne Stellplatz einer Duplexgarage sondereigentumsfähig, da jeweils ein Raum vorliege und die alternative Nutzung des Luftraums über der Hebebühne unschädlich sei.[32] Bei der nach der überwiegenden Meinung notwendigen Bruchteilsgemeinschaft am Teileigentum „Duplexgarage" ist noch eine Benutzungsregelung zwischen den beiden Miteigentümern zu vereinbaren, was sicherlich nach § 745 Abs. 1 BGB möglich ist.[33] Gem. § 1010 BGB bedarf eine solche Regelung allerdings der Eintragung in das Grundbuch, wenn sie auch gegenüber Sondernachfolgern wirken soll. Bevor die Miteigentümervereinbarung im Grundbuch eingetragen werden kann, muss erst ein sachenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis entstanden sein.[34] Diese Regelung birgt jedoch die Gefahr des Erlöschens bei der Zwangsversteigerung gegen einen Miteigentümer. Diese Gestaltungsvariante ist deshalb in der notariellen Praxis eher ungeliebt.[35] Deshalb wird die Vereinbarung der Benutzungsregelung nach § 15 Abs. 1 WEG versucht, was auch zu Recht für zulässig gesehen wird, obwohl die Binnenbeziehungen von Bruchteilseigentümern im Grundsatz keinen Gemeinschaftsbezug haben.[36] Die Nutzungsregelung dient jedoch dem Frieden in der Gemeinschaft; hierin ist ein noch ausreichender Gemeinschaftsbezug zu sehen. Zur Festlegung des Gebrauchs durch die zukünftigen Miteigentümer müsste bereits bei der Beurkundung der Teilungserklärung bekannt sein, wer Miteigentümer ist und welcher Miteigentümer welchen Stellplatz nutzen will.[37] Danach bedarf die Benutzungsregelung der Vereinbarung aller (!) Wohnungseigentümer (ein Mehrheitsbeschluss nach § 15 Abs. 2 WEG wäre mangels Beschlusskompetenz nichtig)[38] und der Grundbucheintragung, um auch gegen Sonderrechtsnachfolger zu wirken (§ 10 Abs. 3 WEG). Ob dies gelingt, hängt von dem Betriebsklima in der Gemeinschaft ab.[39] In dieser Fallgestaltung kommt die Zuweisung fester Stellplätze an die Miteigentümer auf der Grundlage von Sondernutzungsrechten nicht in Betracht, weil Sondernutzungsrechte nur an gemeinschaftlichem Eigentum bestehen können.[40] Zur Vermeidung der genannten Probleme schlagen *Hügel/Elzer*[41] vor, eine Öffnungsklausel für den Bauträger in Bezug auf den Doppelparker aufzunehmen, nach der dieser den Gebrauch des Doppelparkers nachträglich noch durch einseitige Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt regeln kann, um so eine nachträgliche Gebrauchsvereinbarung mit Wirkung für alle Wohnungseigentümer treffen zu können. Um einen späteren Stellplatztausch zu ermöglichen, sollte eine weitere Öffnungsklausel aufgenommen werden, nach der die Miteigentümer eines Doppelparkers ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer eine abweichende Gebrauchsregelung treffen können.[42] Bleibt ein Mehrfachparker allerdings im Gemeinschaftseigentum, dann können an den einzelnen Stellplätzen Sondernutzungsrechte bestellt werden.[43] Dann sollte geregelt werden, wer die Erhaltungskosten des weiterhin im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Raums trägt und welche Verwaltungsrechte der Sondernutzungsberechtigte in Bezug auf das seinem Recht unterliegende gemeinschaftliche Eigentum hat – ob er z.B. allein einen Werkunternehmer beauftragen kann.[44]

2. Klarstellungsvermerk im Teileigentumsgrundbuch

Sachverhalt:

In der Grundbucheintragung v. 31.7.1981 wurde eine Teileigentumseinheit im Bestandsverzeichnis wie folgt beschrieben: „… Miteigentumsanteil an dem Grundstück …, verbunden mit dem Sondereigentum an Gewerberäumen und Pkw-Abstellplatz Nr. 3 laut Aufteilungsplan Nr. 3; im Übrigen wird wegen Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums Bezug genommen auf die Bewilligung vom 9.12.1980 (Urkundennummer und Name des Notars)". Die Bewilligung beschrieb das im Aufteilungsplan mit Nr. 3 gekennzeichnete Teileigentum als „Laden samt Lagerkeller, Pkw-Abstellplatz und Schaukästen". Aufgrund eines Antrags der Eigentümergemeinschaft auf Grundbuchberichtigung und nach Anhörung des betroffenen Teileigentümers trug das Grundbuchamt am 13.3.2014 folgende Klarstellung ein: „Der Miteigentumsanteil ist verbunden mit dem Sondereigentum am Laden, samt Lagerkeller und Pkw-Abstellplatz Nr. 3 sowie Schaukästen Nr. 3". Der Teileigentümer begehrte mit der Beschwerde die Löschung der Klarstellung. Dem ist das Grundbuchamt nicht nachgekommen.

---

31 OLG Jena, Beschl. v. 20.12.2004 – 9 W 654/03, NotBZ 2005, 219 = Rpfleger 2005, 309; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.3.1999 – 3 Wx 14/99, NZM 1999, 571 = MittBayNot 2000, 110; BayObLG, Beschl. v. 9.2.1995 – 2Z BR 4/95, DNotZ 1995, 622; ebenso *Böttcher*, Rpfleger 2004, 21, 25.

32 *Armbrüster*, in: Bärmann, WEG, 12. Aufl. 2013, § 5 Rn. 64; Staudinger/*Rapp*, BGB, 1997, § 5 WEG Rn. 20; *Hügel/Elzer*, DNotZ 2014, 403; *Hügel*, NotBZ 2000, 349.

33 BGH, Beschl. v. 20.2.1014 – V ZB 116/13, ZNotP 2014, 185 = ZWE 2014, 211 = NotBZ 2014, 217 = ZfIR 2014, 441 = Rpfleger 2014, 362 = ZfIR 2014, 441.

34 *Hügel/Elzer*, DNotZ 2014, 403, 411.

35 *Hügel/Elzer*, DNotZ 2014, 403, 406.

36 BGH, Beschl. v. 20.2.2014 – V ZB 116/13, ZNotP 2014, 185 = ZWE 2014, 211 = NotBZ 2014, 217 = ZfIR 2014, 441 = Rpfleger 2014, 362 = ZfIR 2014, 441; *Schneider*, Rpfleger 1998, 9, 12; *v. Oefele*, MittBayNot 2000, 441; *a.A. Hügel/Elzer* , DNotZ 2014, 403, 407; *Hügel*, NotBZ 2000, 349; *Basty*, Rpfleger 2001, 169; *Schöner*, Rpfleger 1987, 416.

37 *Hügel/Elzer*, DNotZ 2014, 403, 411.

38 BGH, Beschl. v. 20.2.2014 – V ZB 116/13, ZNotP 2014, 185 = ZWE 2014, 211 = NotBZ 2014, 217 = ZfIR 2014, 441 = Rpfleger 2014, 362 = ZfIR 2014, 441.

39 *Hügel/Elzer*, DNotZ 2014, 403, 409.

40 BGH, Beschl. v. 20.2.2014 – V ZB 116/13, ZNotP 2014, 185 = ZWE 2014, 211 = NotBZ 2014, 217 = ZfIR 2014, 441 = Rpfleger 2014, 362; *a.A. Langhein*, notar 2012, 290; *Klein*, in: Bärmann (Fn. 32), § 13 WEG Rn. 113.

41 *Hügel/Elzer*, DNotZ 2014, 403, 411.

42 *Hügel/Elzer*, DNotZ 2014, 403, 412.

43 *Hügel/Elzer*, DNotZ 2014, 403; *Hügel*, ZWE 2001, 42.

44 *Hügel/Elzer*, DNotZ 2014, 403, 404.

Das *OLG München*[45] hat die Beschwerde zu Recht zurückgewiesen. Grds. ist gegen die Eintragung einer sog. Klarstellung die unbeschränkte Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO mit dem Ziel der Löschung des beanstandeten Vermerks statthaft; im vorliegenden Fall aber unbegründet. Die Grundbucheintragung v. 31.7.1981 in Spalte 3 des Teileigentumsgrundbuchs nimmt auf die Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) v. 9.12.1980 Bezug. § 7 Abs. 3 WEG erlaubt über § 874 BGB hinaus zur näheren Beschreibung des Gegenstands und des Inhalts des Sondereigentums die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Teileigentumsgrundbuch und Eintragungsbewilligung sind als Einheit zu lesen und zu würdigen, d.h., die Bewilligung ist ebenso Grundbuchinhalt wie die Eintragung selbst. Die unmittelbare Grundbucheintragung v. 31.7.1981 ist für die Zweckbestimmung weiter gefasst als die in Bezug genommene Bewilligung v. 9.12.1980. Denn eine Nutzung als „Gewerberäume" ist umfassender als eine Nutzung als „Laden". Damit ergibt sich zweifelsfrei und für jedermann ersichtlich, dass die in der unmittelbaren Grundbucheintragung verlautbarte Zweckbestimmung versehentlich falsch bezeichnet wurde. Bezieht man die in Bezug genommene Bewilligung (§ 7 Abs. 3 WEG) als Grundbuchinhalt mit ein, ergibt sich, dass die Eintragung eine zu weit gefasste Umschreibung dessen ist, was nach der Zweckbestimmung als zulässiger Inhalt des Teileigentums gewollt war. Als Unrichtigkeit tatsächlicher Art kann diese durch Klarstellung im Grundbuch richtiggestellt werden. Der Gutglaubensschutz des Grundbuchs wird dadurch nicht berührt.

3. Vom Aufteilungsplan geplante abweichende Bauausführung

Sachverhalt:

Der Eigentümer der im Dachgeschoss gelegenen Wohnung Nr. 7 wollte diese umgestalten. Deshalb haben die übrigen Wohnungseigentümer zu notarieller Urkunde v. 19.3.2013 ihre Zustimmung erteilt zur Verlegung der Eingangstür zur Wohnung auf die Treppe zwischen dem zweiten Obergeschoss und dem Dachgeschoss, die dann nach außen öffnen sollte, zur „Einhausung" der Treppe ab der Eingangstüre und zur Entfernung der jetzigen Mauer der Wohnung Nr. 7 zur Treppe hin und zur Einbeziehung des im Gemeinschaftseigentum stehenden Treppenhauses ab der neuen Tür in die dadurch vergrößerte Wohnung. Es wurde beantragt und bewilligt die Eintragung eines Sondernutzungsrechts zugunsten des Eigentümers der Dachgeschosswohnung am „eingehausten" oberen Bereich des gemeinschaftlichen Treppenhauses. Das Grundbuchamt hat den Antrag am 23.11.2013 zurückgewiesen, weil die geplante Bauausführung der Abgrenzung von Gemeinschafts- und Sondereigentum im Aufteilungsplan von 1980 widersprach.

Die dagegen eingelegte Beschwerde führte beim OLG München[46] zu Recht zum Erfolg. Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum grenzen sich in der Wohnanlage nach der im Grundbuch eingetragenen Teilungserklärung (§ 8 WEG) in Verbindung mit dem Aufteilungsplan (§ 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG) ab, die durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) im Grundbuch stehen (§ 7 Abs. 3 WEG). Danach gehört das Treppenhaus bis zu der im Dachgeschoss gelegenen Wohnung Nr. 7 zum Gemeinschaftseigentum. Weicht die tatsächlich beabsichtigte bauliche Ausführung vom Aufteilungsplan ab, so wird das Sondereigentum vom Gemeinschaftseigentum trotzdem weiterhin durch den Aufteilungsplan abgegrenzt, wenn sich die einzelnen Sondereigentumsräume nach dem Aufteilungsplan identifizieren lassen und ihre Abgrenzung untereinander und gegenüber dem gemeinschaftlichen Eigentum nach dem Aufteilungsplan möglich ist oder bleibt.[47] Eine bauliche Einbeziehung von Räumen oder Raumbereichen, die im Gemeinschaftseigentum stehen, in eine Sondereigentumseinheit, lässt kein erweitertes Sondereigentum entstehen. Sondereigentum kann auch an durch bloße „Luftschranken" begrenzten Teilräumen bestehen.[48] Nichts anderes gilt umgekehrt für Gemeinschaftseigentum.[49] Die durch die Grundbucheintragung bestimmte Abgrenzung des der Wohnung Nr. 7 zugehörigen Sondereigentums vom Gemeinschaftseigentum – dem Treppenaufgang bis zur bisherigen im Dachgeschoss gelegenen Wohnungseingangstüre – wird durch die vorgesehene bauliche Veränderung nicht beseitigt. Nach wie vor lässt sich vertikal wie horizontal das Sondereigentum vom Gemeinschaftseigentum durch wenn auch in der Natur dann nicht mehr vorhandene „gedachte Linien" trennen. Der nachträgliche Wegfall der sonst erforderlichen Abgeschlossenheit des Sondereigentums (§ 3 Abs. 2 WEG) berührt den Bestand und den Umfang des in der Teilungserklärung ausgestalteten Wohnungseigentums nicht. Die Wohnungseigentümer können die geplante Maßnahme über eine Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum nach § 4 WEG regeln. Aber eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer, wonach an Gemeinschaftseigentum (Treppenaufgang zum Dachgeschoss) ein Sondernutzungsrecht für den Wohnungseigentümer der Dachgeschosswohnung begründet wird, das diesen berechtigt, nach „Einhausung" des Treppenaufgangs den abgeschlossenen Bereich in seine Wohnung einzubeziehen, ist auch eintragungsfähig (§ 10 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 WEG).[50]

4. Rechtsfähige Wohnungseigentümergemeinschaft

a) Verkauf der „Anteile" an der Instandhaltungsrücklage

Das Verwaltungsvermögen gehört seit 1.7.2007 der rechtsfähigen Wohnungseigentümergemeinschaft (§ 10 Abs. 7 Satz 1 WEG). Der einzelne Wohnungseigentümer hat kein

45 OLG München, Beschl. v. 26.8.2014 – 34 Wx 247/14, ZWE 2014, 426.

46 OLG München, Beschl. v. 31.3.2014 – 34 Wx 3/14, NotBZ 2014, 308 = ZWE 2014, 257.

47 So schon BGH, Urt. v. 5.12.2003 – V ZR 447/01, ZNotP 2014, 147 = NJW 2004, 1798 = DNotZ 2004, 371 = ZfIR 2004, 108; BGH, Urt. v. 18.7.2008 – V ZR 97/07, ZNotP 2008, 409 = DNotZ 2009, 50 = ZWE 2008, 426.

48 BGH, Urt. v. 18.7.2008 – V ZR 97/07, ZNotP 2008, 409 = DNotZ 2009, 50 = ZfIR 2008, 734.

49 OLG München, Beschl. v. 31.3.2014 – 34 Wx 3/14, NotBZ 2014, 308 = ZWE 2014, 257.

50 OLG München, Beschl. v. 31.3.2014 – 34 Wx 3/14, NotBZ 2014, 308 = ZWE 2014, 257.

Eigentum mehr daran, auch kein Bruchteilseigentum entsprechend seinem Miteigentumsanteil, was *Elzer*[51] insoweit veranlasste, von „Enteignung“ durch den Gesetzgeber zu sprechen. Teil dieses Verwaltungsvermögens ist vor allem die Instandhaltungsrücklage (§ 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG). Dieses Eigentum der Gemeinschaft am Verwaltungsvermögen bleibt unberührt, wenn das Eigentum an einer Eigentumswohnung durch Zuschlag oder Auflassung und Grundbucheintragung wechselt.[52] Einen Anteil an der Instandhaltungsrücklage kann ein Wohnungseigentümer nicht veräußern. Der Käufer wird vielmehr von Gesetzes wegen Mitglied der rechtsfähigen Wohnungseigentümergemeinschaft und damit ohne Weiteres an der Instandhaltungsrücklage „mitberechtigt“. Nicht richtig ist die Feststellung des *OLG Köln*,[53] dass die Berechtigung an der Instandhaltungsrücklage kraft Gesetzes mit der Übertragung des Eigentums an der Wohnung auf den Erwerber übergeht. Ein Käufer klagte auf Minderung des Kaufpreises, der einen Betrag für die Berechtigung an der Instandhaltungsrücklage enthielt, weil er ihn für zu hoch hielt. Mit Erfolg. *Elzer*[54] kommentierte die Entscheidung wie folgt: *„Die Entscheidung ist ein bitteres Lehrstück, eine Tragödie. Sein Name: Recht ist lebendig. Untertitel: Was eben noch richtig ist, ist morgen falsch. Die Protagonisten sind zwar nicht nur, aber doch vor allem ein unwissender Notar und ein ebenso unwissendes Gericht. Opfer des Unsinns ist der Bürger. Er durfte von der einen wie der anderen Zunft hoffen, dass sie mit dem Recht vertraut oder wenigstens in der Lage sind, sich mit diesem vertraut zu machen. So war es aber nicht.“* Eigentümer der Instandhaltungsrücklage ist allein die Wohnungseigentümergemeinschaft. Kein Wohnungseigentümer hat daran auch nur einen ideellen Anteil.[55] Deshalb kann kein Anteil an der Instandhaltungsrücklage verkauft werden. Wenn der notarielle Kaufvertrag dies dennoch vorsah, war dies dem veralteten und damit fatalem Formular geschuldet, dessen sich der Notar bediente. Damit versprach der Verkäufer eine von Anfang an unmögliche Leistung i.S.v. § 275 Abs. 1 BGB; niemand könnte einem Käufer einen Anteil eines Wohnungseigentümers an der Instandhaltungsrücklage verschaffen. Ebenso wie dem Notar war allerdings auch dem *OLG Köln* das „neue“ Recht fremd.[56] Es erkannte daher auch nicht, dass zwar nicht der Kaufvertrag als Ganzes, wohl aber der Rechtskauf an der Instandhaltungsrücklage nach § 275 Abs. 1 BGB unwirksam ist; die Klage auf Minderung war daher abzuweisen.[57]

Aus steuerlichen Gründen kann es noch als sinnvoll angesehen werden, einen „Anteil“ an der Instandhaltungsrücklage gesondert als „fiktiven“ Teil des Kaufpreises auszuweisen[58] und damit die Grunderwerbsteuer zu „drücken“.[59] Es wird inzwischen aber auch zunehmend die Meinung vertreten, dass die Gegenleistung für die Festsetzung der Grunderwerbsteuer bei Erwerb einer Eigentumswohnung nicht um einen Anteil an der Instandhaltungsrücklage zu mindern ist.[60] Wird im notariellen Kaufvertrag für den „Anteil“ an der Instandhaltungsrücklage aus steuerlichen Gründen ein „fiktiver“ Kaufpreis angegeben, so sollte zumindest nicht die Abtretung dieses Anteils vorgesehen werden, da dies rechtlich nicht möglich ist.[61]

b) Bezeichnung der Gemeinschaft

Neben der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft hat der Gesetzgeber ihr auch die Grundbuchfähigkeit zugesprochen (§ 10 Abs. 6 Satz 4 WEG). Die Namen der einzelnen Wohnungseigentümer unter Angabe der Miteigentumsanteile nach § 47 GBO ist nicht erforderlich. Die Gemeinschaft muss die Bezeichnung „Wohnungseigentümergemeinschaft“ gefolgt von der bestimmten Angabe des gemeinschaftlichen Grundstücks führen. Ein Zusatz „Verband“ ist nicht notwendig. Die Kennzeichnung des Grundstücks kann durch die postalische Anschrift (z.B. „Wohnungseigentümergemeinschaft Uhlandstraße 12, 13456 Berlin“) oder Angabe des Stammgrundstücks (z.B. „Wohnungseigentümergemeinschaft Gemarkung Woltersdorf Flur 3 Flurstück 364“) oder der Grundbuchstellen der Wohnungseigentumsrechte erfolgen;[62] die gewählte Bezeichnung sollte bereits in der Teilungserklärung festgelegt werden. Die Abkürzung der „Wohnungseigentümergemeinschaft“ durch „WEG“ ist nicht zulässig. Auch die Nennung des Verwalters oder Vertretungsregelungen im Grundbuch sind unzulässig. Dagegen erscheint die Beifügung eines Fantasienamens erlaubt, z.B. Wohnungseigentümergemeinschaft „Trinkfest“ Uhlandstraße 12, 13456 Berlin; ein Name ohne die Bestandteile des § 10 Abs. 6 Satz 4 WEG ist allerdings unzulässig. Da die Wohnungseigentümergemeinschaft namensfähig i.S.v. § 12 BGB ist, kann das Grundbuchamt ihre Eintragung unter Beifügung eines Zusatzes nicht ablehnen. Die einzelnen Mitglieder einer Wohnungseigentümergemeinschaft ergeben sich aus den Wohnungsgrundbüchern, sodass die Publizität – anders als bei der GbR unter einem Sammelnamen – gewahrt ist.

c) Gesamtschuldnerausgleich unter Wohnungseigentümern

Neben dem rechtsfähigen Verband der Wohnungseigentümergemeinschaft haftet jeder Wohnungseigentümer für die Verbindlichkeiten der Gemeinschaft, aber nur mit einem seinem Miteigentumsanteil entsprechenden Anteil (§ 10 Abs. 8 WEG). Für öffentliche Lasten kann der Gesetzgeber jedoch eine gesamtschuldnerische Haftung der Wohnungseigentümer anordnen, sodass dann einzelne Wohnungseigentümer

51 *Elzer*, WuM 2007, 295, 297.

52 *Hügel*, NotBZ 2008, 169, 170.

53 OLG Köln, Beschl. v. 19.12.2013 – 19 U 133/13, ZWE 2014, 254 = MittBayNot 2014, 531.

54 *Elzer*, ZWE 2014, 255.

55 *Elzer*, MittBayNot 2014, 532; *a.A.* BFH, Urt. v. 5.10.2011 – I R 94/10, NJW-RR 2012, 527 Rn. 10 (allerdings wenig problemorientiert).

56 *Elzer*, ZWE 2014, 255, 256.

57 *Elzer,* ZWE 2014, 255, 256.

58 OLG Köln, Beschl. v. 19.12.2013 – 19 U 133/13, ZWE 2014, 254 = MittBayNot 2014, 531; *Elzer*, MittBayNot 2014, 532, 533; *Hügel*, NotBZ 2008, 169, 177; *Fabis*, RNotZ 2007, 369, 370.

59 BFH, Urt. v. 9.10.1991 – II R 20/89, NJW-RR 1992, 656 für das alte Recht.

60 FG Leipzig, Urt. v. 2.4.2014 – 2 K 1663/13, JurionRS 2014, 20004; *Elzer*, MittBayNot 2014, 532, 533.

61 *Elzer*, MittBayNot 2014, 532.

62 OLG Rostock, Beschl. v. 20.8.2013 – 3 W 72/13, ZWE 2014, 122.

für öffentliche Lasten des gesamten Grundstücks in Anspruch genommen werden können.[63] Leistet ein Wohnungseigentümer daraufhin, geht der befriedigte Anspruch auf ihn über (§ 426 Abs. 2 BGB) und er kann von den übrigen Wohnungseigentümern einen Ausgleich entsprechend ihrem Anteil verlangen (§ 426 Abs. 1 Satz 1 BGB); fällt einer der übrigen Wohnungseigentümer aus, so haften dafür die restlichen Wohnungseigentümer (§ 426 Abs. 1 Satz 2 BGB). Da diese Situation für einen in Anspruch genommenen und zahlenden Wohnungseigentümer äußerst problematisch sein kann, stellte sich die Frage, ob er nicht von der rechtsfähigen Wohnungseigentümergemeinschaft Ersatz der über seinen Anteil hinausgehenden Zahlung verlangen kann. Der *BGH*[64] bejaht dies nun zu Recht. Die erfüllte Zahlungspflicht des Wohnungseigentümers ist eine Pflicht, die nach § 10 Abs. 6 Satz 3 Fall 1 WEG gemeinschaftlich zu erfüllen ist. Dies folgt aus dem Umstand, dass der Landesgesetzgeber sich über § 10 Abs. 8 WEG hinwegsetzen und den einzelnen Wohnungseigentümer für öffentliche Lasten des gemeinschaftlichen Grundstücks in voller Höhe in Anspruch nehmen kann.

5. Sondernutzungsrechte

a) Nachträgliche Eintragung eines bisher nicht gebuchten schuldrechtlichen Sondernutzungsrechts

Ein Sondernutzungsrecht ist ein schuldrechtliches Gebrauchsrecht eines Wohnungseigentümers, das ihm das alleinige Nutzungsrecht an einer Fläche des Gemeinschaftseigentums, insbesondere des Grundstücks, unter Ausschluss der anderen Wohnungseigentümer gewährt. Für seine Begründung ist außer einer formfreien Vereinbarung (z.B. in einer Eigentümerversammlung) keine Grundbucheintragung erforderlich. Um allerdings Wirkung gegenüber einem an der Vereinbarung nicht beteiligten Sonderrechtsnachfolger eines Wohnungseigentümers zu haben, bedarf es der Grundbucheintragung (§ 10 Abs. 3 WEG). In der Praxis wird in letzter Zeit deshalb häufiger versucht, ein nicht im Grundbuch eingetragenes schuldrechtliches Sondernutzungsrecht nachträglich im Grundbuch einzutragen.[65] Dafür bedarf es neben dem Antrag (§ 13 GBO) und der Bewilligung (§ 19 GBO) des vermeintlichen Sondernutzungsberechtigten auch des Nachweises, dass es ihm noch zusteht. Dieser Tatsachennachweis muss in der Form einer notariellen Beurkundung erfolgen (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GBO). Dies ist nicht möglich. Denn der bisherige Inhaber des Sondernutzungsrechts kann jederzeit sein Sondernutzungsrecht formfrei (§ 398 BGB) auf einen anderen Wohnungseigentümer übertragen. Auch die Weiterveräußerung einer Eigentumswohnung führt ohne ausdrückliche Abtretung des Sondernutzungsrechts zu dessen Übergang nach § 746 BGB auf einen Erwerber. Als mögliche Berechtigte kommen, wenn das Grundbuch eine Zuordnung des Sondernutzungsrechts bisher nicht verlautbart, die übrigen Wohnungseigentümer in Betracht. Für die nachträgliche Eintragung des Sondernutzungsrechts bedarf es daher der Zustimmung aller übrigen Wohnungseigentümer in der Form des § 29 GBO.[66] Dies gilt auch dann, wenn der teilende Eigentümer zugleich mit der Zuweisung eines Sondernutzungsrechts an einen Ersterwerber einen noch nicht erledigten Eintragungsantrag gestellt hat.[67] Der Praxis kann daher nur dringend empfohlen werden, die schuldrechtlichen Sondernutzungsrechte von Anfang an im Grundbuch eintragen zu lassen. Eine Nachholung ist mit einem recht hohen Zeit- und Kostenaufwand verbunden, da dann die Bewilligung aller Wohnungseigentümer nach § 19 GBO und die Zustimmung aller betroffener Gläubiger (§ 5 Abs. 4 Satz 2 WEG, §§ 877, 876 BGB) in der Form des § 29 GBO notwendig ist. Ganz zu schweigen davon, dass ein schuldrechtliches und nicht im Grundbuch eingetragenes Sondernutzungsrecht erlischt, wenn nach seiner Begründung ein anderer Wohnungseigentümer seine Einheit veräußert (§ 10 Abs. 3 WEG) und der Käufer dieses Sondernutzungsrecht nicht ausdrücklich und konkret anerkennt.[68]

b) Inhaltsänderung

Für die Inhaltsänderung eines schuldrechtlichen Sondernutzungsrechts (z.B. Verlegung eines Kfz-Stellplatzes, Bebauung eines Kfz-Stellplatzes mit einem Carport; Ausbau eines Spitzbodens; Nutzungsrecht auch für andere Wohnungseigentümer an Rasen- und Spielplatzflächen) bedarf es einer formlosen schuldrechtlichen Vereinbarung aller Wohnungseigentümer (§ 10 Abs. 2 WEG). Damit diese auch gegen einen Sonderrechtsnachfolger wirkt, bedarf die Inhaltsänderung auch einer Grundbucheintragung in allen Wohnungsgrundbüchern (§ 10 Abs. 3 WEG). Für die Eintragungsfähigkeit spielt es keine Rolle, dass die Inhaltsänderung einseitig widerruflich ist (z.B. die Nutzung bestimmter Bereiche von Sondernutzungsflächen durch die übrigen Wohnungseigentümer).[69] Ob damit auch jeweils eine materielle Inhaltsänderung i.S.v. § 877 BGB der einzelnen Sondereigentumseinheiten verbunden ist, hängt vom Einzelfall ab. Bei der Verlegung eines Kfz-Stellplatzes ist dies sicherlich zu bejahen, da eine neue Fläche des Gemeinschaftseigentums betroffen wird; deshalb bedarf es in diesem Fall der formlosen sachenrecht-

63 BGH, Urt. v. 18.6.2009 – VII ZR 196/08, BGHZ 181, 304; BGH, Beschl. v. 14.2.2014 – V ZR 100/13, ZWE 2014, 165.

64 BGH, Urt. v. 14.2.2014 – V ZR 100/13, ZWE 2014, 165; ebenso *Becker*, in: Bärmann (Fn. 32), § 16 WEG Rn. 26; *a.A. Klein*, in: Bärmann (Fn. 32), § 10 WEG Rn. 262.

65 Ausführlich dazu *Böttcher*, ZNotP 2013, 47, 56.

66 OLG München, Beschl.v. 4.7.2014 – 34 Wx 153/14, MittBayNot 2015, 36 m. abl. Anm. *F. Schmidt* = NotBZ 2014, 472 = ZWE 2014, 401; OLG München, Beschl. v. 27.5.2014 – 34 Wx 149/14, MittBayNot 2014, 530 = RNotZ 2014, 485; OLG München, Beschl. v. 18.4.2013 – 34 Wx 363/12, NotBZ 2013, 318 = ZWE 2013, 357 = Rpfleger 2013, 514; OLG München, Beschl. v. 11.5.2012 – 34 Wx 137/12, ZWE 2012, 367 m. abl. Anm. *F. Schmidt*; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 1.7.2013 – 3 W 22/13, MittBayNot 2014, 48 = NotBZ 2013, 485 = ZWE 2013, 410.

67 OLG München, Beschl. v. 27.5.2014 – 34 Wx 149/14, MittBayNot 2014, 530 = RNotZ 2014, 485.

68 Ausführlich dazu *Böttcher*, ZNotP 2007, 201.

69 OLG München, Beschl. v. 10.3.2014 – 34 Wx 512/13, NotBZ 2014, 309 = RNotZ 2014, 489 = ZWE 2014, 265 = Rpfleger 2014, 494.

lichen Einigung aller Wohnungseigentümer (§§ 877, 873 BGB) und der Zustimmung ihrer dinglich betroffenen Gläubiger (§§ 877, 876 BGB, § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG).[70] Gleiches soll gelten, wenn bei einem Sondernutzungsrecht an einer Terrassenfläche der Inhalt insoweit geändert werden soll, dass nunmehr auch die Errichtung eines Wintergartens möglich sei.[71] Im Fall der Nutzungserweiterung eines Sondernutzungsrechts durch Einräumung der Bebauungsmöglichkeit eines Kfz-Stellplatzes mit einem Carport oder einer Garage soll eine Inhaltsänderung des Sondereigentums derjenigen Wohnungseigentümer, die vom Mitgebrauch der Stellfläche bereits ausgeschlossen sind, und folglich auch des Haftungsgegenstands der eingetragenen dinglichen Belastungen, nicht vorliegen.[72] Denn alle Wohnungseigentümer mit Ausnahme des jeweiligen Nutzungsberechtigten wurden schon durch die Eintragung der ursprünglichen Gebrauchsregelung von der Benutzung der Kfz-Stellfläche ausgeschlossen. Auf den Inhalt ihres Sondereigentums wirkt sich die Neuregelung folglich ebenso wenig aus wie auf die Rechtsstellung ihrer Gläubiger, die nach diesem Ausschluss an den Miteigentumsanteilen dingliche Rechte erworben haben. Nachteile tatsächlicher Art, die etwa durch die geplante Bebauung der Kfz-Stellplätze oder eine übermäßige Nutzung eintreten können, müssen außer Betracht bleiben. Auch auf eine möglicherweise damit verbundene wirtschaftliche Belastung (Unterhaltungslast) kommt es für die Anwendung der §§ 877, 873, 876 BGB nicht an. Gleiches soll für ein Sondernutzungsrecht an einem Spitzboden gelten, wenn dem Berechtigten mittels schuldrechtlicher Vereinbarung gestattet wurde, den Spitzboden auszubauen.[73] Es tritt nämlich bei keinem Wohnungseigentümer und ihrer Gläubiger eine rechtliche Benachteiligung ein, weil sie alle mit Ausnahme des Nutzungsberechtigten bereits durch die Vereinbarung des Sondernutzungsrechts in der ursprünglichen Fassung von der Benutzung des Spitzbodens ausgeschlossen waren. Auf den Inhalt ihres Sondereigentums und damit auch auf die Rechtsstellung ihrer Gläubiger wirkt sich die Änderungsvereinbarung nicht aus. Auf etwa vorhandene wirtschaftliche Beeinträchtigungen kommt es nicht an.

Unabhängig von der Frage, ob die Inhaltsänderung eines Sondernutzungsrechts auch eine materielle Inhaltsänderung i.S.v. § 877 BGB darstellt, liegt auf alle Fälle eine formelle Inhaltsänderung der Sondereigentumseinheiten vor (§ 5 Abs. 4 Satz 1 WEG), wenn die entsprechende Grundbucheintragung erfolgt, was zur Wirkung gegenüber Sonderrechtsnachfolgern nötig ist (§ 10 Abs. 3 WEG). Dazu bedarf es formellrechtlich der Eintragungsbewilligung aller Wohnungseigentümer in notariell beglaubigter Form (§§ 19, 29 GBO). Ob die formellen Mitbewilligungen der dinglich Berechtigten an den nicht begünstigten Eigentumswohnungen in notariell beglaubigter Form auch noch erforderlich sind (§§ 19, 29 GBO), hängt davon ab, ob diese auch materiell nach §§ 877, 876 BGB, § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG zustimmen müssen; denn als mittelbar Betroffene müssen immer diejenigen mitbewilligen, deren Zustimmungen nach materiellen Recht notwendig sind.

c) Aufhebung und gleichzeitige Neubegründung von Sondernutzungsrechten

Gläubiger von Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden und Reallasten müssen einer Aufhebung eines Sondernutzungsrechts zustimmen (§ 5 Abs. 4 Satz 2 WEG), und zwar für die Vorlage beim Grundbuchamt in öffentlich beglaubigter Form (§ 29 Abs. 1 Satz 1 GBO). Bei der Begründung eines Sondernutzungsrechts handelt es sich um eine gesetzesändernde Regelung, weil damit einem Wohnungseigentümer das alleinige Nutzungsrecht am Gemeinschaftseigentum (z.B. Stellplatz im Freien, Gartenfläche, Terrasse) zugewiesen und der Mitgebrauch der anderen Wohnungseigentümer daran entgegen § 13 Abs. 2 WEG ausgeschlossen wird. Auch dafür ist deshalb grds. die Zustimmung der Berechtigten von Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden und Reallasten an den Eigentumswohnungen notwendig (§ 5 Abs. 4 Satz 2 WEG). Die Zustimmung eines Berechtigten ist ausnahmsweise aufgrund des nicht abdingbaren § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG nicht erforderlich, wenn durch die Vereinbarung gleichzeitig das zu seinen Gunsten belastete Wohnungseigentum mit einem Sondernutzungsrecht verbunden wird.[74] Die Zustimmungsfreiheit des § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG setzt aber ein gleichzeitig vereinbartes Sondernutzungsrecht voraus. Dies bedeutet, dass die Sondernutzungsrechte gleichzeitig im Grundbuch eingetragen werden, nicht dass die Erklärungen dafür zur gleichen Zeit abgegeben wurden. Wenn sich ein Grundpfandrechtsgläubiger gegen die Benachteiligung aufgrund seiner nicht benötigten Zustimmung schützen will, könnte er für sich bspw. eine den Wohnungseigentümer nicht sehr beeinträchtigende beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellen lassen (z.B. jährlich einmaliges Betretungsrecht zur Kontrolle der Eigentumswohnung);[75] als Dienstbarkeitsberechtigte ist seine Zustimmung dann für die Begründung eines Sondernutzungsrechts erforderlich (§ 5 Abs. 4 Satz 2 WEG). Die Befreiung von Zustimmungspflichten gilt nach dem Wortlaut von § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG nur für die Begründung von Sondernutzungsrechten; aufgrund des gleich gelagerten Sachverhalts wird man aber auch bei einer wechselseitigen Übertragung von Sondernutzungsrechten, bspw. einem Tausch, die Notwendigkeit einer Zustimmung verneinen können.[76] Werden die mit jedem, durch Grundpfandrechte belasteten Wohnungseigentum einer Wohnanlage verbundenen Sondernutzungsrechte aufgehoben, ist die Zustimmung von Grundpfandgläubigern nicht deshalb nach § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG entbehrlich, weil durch die Vereinbarung gleichzeitig Sondernutzungsrechte neu begründet und mit jedem Wohnungseigentum verbunden werden.[77]

---

70 BayObLG, Beschl. v. 28.3.2001 – 2Z BR 138/00, DNotZ 2002, 142 = ZfIR 2001, 480 = FGPrax 2001, 145.

71 BayObLG, Beschl. v. 24.6.1993 – 2Z BR 56/96, MittBayNot 1993, 292 m. krit. Anm. *Röll*, DNotZ, 1994, 237.

72 OLG Hamm, Beschl. v. 11.2.1997 – 15 W 490/96, FGPrax 1998, 140 = ZfIR 1997, 290.

73 OLG Jena, Beschl. v. 27.7.2011 – 9 W 264/11, NotBZ 2011, 405.

74 Ausführlich dazu *Böttcher*, ZNotP 2014, 47, 54 f.

75 *Armbrüster*, ZWE 2008, 329, 331.

76 *Hügel*, NotBZ 2008, 169, 175.

77 OLG München, Beschl. v. 4.2.2014 – 34 Wx 434/13, NotBZ 2014, 232 = MittBayNot 2014, 244 = RNotZ 2014, 232 = ZWE 2014, 164.

74243502_ZNotP_Innenteil.indd 50 06.03.15 10:39

6. Veräußerungsbeschränkung (§ 12 WEG)

a) Veräußerung

§ 12 WEG betrifft nur Veräußerungen, d.h. Sonderrechtsnachfolge aufgrund rechtsgeschäftlicher Übertragung unter Lebenden. Gleichgestellt ist die Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Insolvenzverwalter (§ 12 Abs. 3 Satz 2 WEG). Eine Grundbuchberichtigung (z.B. Gesamtrechtsnachfolge infolge Verschmelzung bzw. Ausgliederung nach § 20 bzw. § 131 UmwG) kann nicht von der Zustimmung des Verwalters abhängig sein.[78] Nicht unter § 12 WEG fällt auch ein Rechtsübergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetzes wie Erbfolge oder Vereinbarung von Gütergemeinschaft, Anwachsung bei Gesamthandsgemeinschaften (§ 738 BGB) und Erbteilsabtretung.

Eine Beschränkung der Zustimmungspflicht ist möglich. Eine Veräußerung z.B. an einen Ehegatten, Abkömmling oder im Wege der Zwangsvollstreckung kann von der Zustimmungspflicht ausgenommen werden; ebenso die Fälle der Erstveräußerung. Letztere Ausnahme ist verbraucht, wenn die teilende Eigentümerin eine GbR ist und die entstandenen Eigentumswohnungen auf ihre Gesellschafter übertragen wurden; die weitere Veräußerung von einem Gesellschafter auf einen Dritten ist danach zustimmungspflichtig.[79] Ist als Ausnahme von dem Zustimmungserfordernis die „Veräußerung“ an Ehegatten vereinbart, ist der Status „Ehemann“ oder „Ehefrau“ nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO durch eine aktuelle Eheurkunde nachzuweisen (§§ 54 Abs. 1 und 2, 55 Abs. 1 Nr. 2, 57 PStG); eine Feststellung des Notars dazu in einer Urkunde oder ein Verweis auf einen Personalausweis ist ebenso wenig ausreichend wie ein Ehevertrag.[80]

b) Wiedergründung einer aufgehobenen Zustimmungspflicht

Die Aufhebung der Veräußerungsbeschränkung führt ebenso wie seine Begründung zur Inhaltsänderung aller beteiligten Wohnungseigentumsrechte (§ 5 Abs. 4 Satz 1 WEG) und bedürfte damit als vereinbarungsändernde Regelung der Mitwirkung aller Wohnungseigentümer. Die Wohnungseigentümer können aber durch Stimmenmehrheit beschließen, dass eine Veräußerungsbeschränkung aufgehoben wird (§ 12 Abs. 4 Satz 1 WEG), insoweit handelt es sich um eine gesetzliche Öffnungsklausel. Denn in großen und mittleren Wohnanlagen hat sich im Laufe der Zeit herausgestellt, dass der mit § 12 Abs. 1 WEG verfolgte Zweck (= Verhinderung des Eindringens unerwünschter Personen in die Gemeinschaft) kaum erreicht werden kann. Eine Prognose über das künftige Verhalten und die finanzielle Situation eines Erwerbers ist schwer zu treffen. Eine notwendige Zustimmung des Verwalters führt im Gegenteil eher dazu, dass es bei der Abwicklung von Kaufverträgen zu erheblichen Zeitverzögerungen und oft zu einem unnötigen Verwaltungsaufwand und daraus resultierenden Kosten (für Notar und Verwalter) kommt. Eine Zustimmung kann gem. § 12 Abs. 2 WEG ohnehin nur aus wichtigem Grund versagt werden, sodass die Rechtsprechung einen Anspruch auf ihre Erteilung zumeist bejaht. Die Wohnungseigentümer haben deshalb die Möglichkeit, durch einen Mehrheitsbeschluss die Veräußerungsbeschränkung aufzuheben.

Möchte die Wohnungseigentümergemeinschaft die Aufhebung wieder rückgängig machen, d.h., die Veräußerungsbeschränkung des § 12 WEG wieder einführen, bedarf es dafür einer einstimmigen Vereinbarung aller Wohnungseigentümer (§ 10 Abs. 2 Satz 2 WEG). Der Aufhebungsbeschluss kann also nicht wieder durch einen Mehrheitsbeschluss aufgehoben werden.[81] § 12 Abs. 4 Satz 1 WEG kann nicht erweiternd dahin ausgelegt werden, dass er auch für die Wiedereinführung der Veräußerungsbeschränkung gilt. Auch für eine Analogie zu § 12 Abs. 4 WEG ist kein Raum, da es einer planwidrigen Lücke fehlt. Eine mehrheitliche Neubegründung durch Aufhebung des Aufhebungsbeschlusses würde eine Umgehung des § 12 Abs. 1 WEG darstellen, der eine Beschlusskompetenz der Eigentümerversammlung für die Einführung einer Veräußerungsbeschränkung gerade nicht vorsieht. Es bedarf also einer einstimmigen Vereinbarung aller Wohnungseigentümer für die Neubegründung der Veräußerungsbeschränkung. Erforderlich für die nachträgliche Vereinbarung könnte daneben die Zustimmung von Grundpfandrechts- und Reallastberechtigten an einzelnen Eigentumswohnungen sein, da die Veräußerungsbeschränkung auch damit die Verwertungsmöglichkeit der Gläubiger einschränkt (§§ 877, 876 BGB); § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG sieht jedoch von der Zustimmungspflicht ab. Ist das Grundstück als Ganzes belastet (oder alle Miteigentumsanteile), so ist die Zustimmung der dinglich Berechtigten auch nicht erforderlich, da ihre Rechte nicht betroffen werden. Gleiches gilt für Berechtigte von Dienstbarkeiten, Nießbrauchsrechten und Vorkaufsrechten, und zwar unabhängig davon, ob sie am gesamten Grundstück oder nur an einer oder mehreren Eigentumswohnungen lasten.[82]

7. Gesellschaftsrechtliche Veränderungen beim Verwalter

Zum Verwalter können eine natürliche Person, Personenhandelsgesellschaften (z.B. OHG, KG) und juristische Personen (z.B. GmbH, AG) bestellt werden. Bei gesellschaftsrechtlichen Veränderungen stellt sich für den Fortbestand des Verwalteramts die Frage, ob ein Wechsel in der Rechtsperson stattfindet. Bei der Umwandlung einer juristischen Person in eine andere juristische Person (Formwechsel nach §§ 190 ff. UmwG) bleibt es bei der Identität, da sich nur die Organisations- und Haftungsstrukturen verändern.[83] Wird dagegen von einer juristischen Person in eine Personenhandelsgesellschaft oder umgekehrt gewechselt, ist die Personenidentität nicht mehr gewahrt.[84]

78 OLG Jena, Beschl. v. 5.7.2013 – 9 W 287/13, ZWE 2014, 123.

79 KG, Beschl. v. 26.5.2014 – 1 W 55/14, DNotZ 2014, 700 = ZWE 2014, 311 = Rpfleger 2014, 495.

80 KG, Beschl. v. 20.5.2014 – 1 W 234/14, DNotZ 2014, 698.

81 OLG München, Beschl. v. 4.4.2014 – 34 Wx 62/14, ZWE 2014, 267 = Rpfleger 2014, 418.

82 *Röll*, MittBayNot 1996, 77.

83 *Jennißen*, in: Jennißen, WEG, 4. Aufl. 2015, § 26 Rn. 17.

84 *Jennißen* (Fn. 83), § 26 Rn. 17.

Wird von einer X-GmbH als Verwalterin der selbstständige Teilbetrieb „WEG-Verwaltung“ im Wege der Abspaltung zur Aufnahme in eine Y-GmbH übertragen (§ 123 Abs. 2 UmwG), kommt es nach h.M.[85] trotzdem nicht zu einem Wechsel in der Verwaltung. Die Y-GmbH ist nicht infolge der Abspaltung Verwalterin geworden, da das Verwalteramt an die Person des Verwalters gebunden ist. Dies gilt auch bei Abspaltung/Ausgliederung eines Teils des Betriebs nach § 131 Abs. 1 UmwG. Vielmehr dauert die bisherige Verwalterbestellung fort. Die zum Verwalter bestellte juristische Person ist nicht erloschen, sondern existiert weiterhin, mögen sich auch deren Geschäftsaufgaben geändert haben.

In einem praktischen Fall war die zur Verwalterin bestellte GmbH auf eine andere GmbH verschmolzen worden. Die Mehrheit der Wohnungseigentümer war mit einem Verwalterwechsel nicht einverstanden und kündigte den Verwaltervertrag. Die aufnehmende Gesellschaft klagte auf Feststellung des Fortbestands des Verwaltervertrags und beim *BGH*[86] mit Erfolg. Nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG geht das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers auf den übernehmenden Rechtsträger über, wenn die Verschmelzung in das Handelsregister des Letzteren eingetragen ist. Fraglich war, ob das Verwalteramt eine höchstpersönliche Organstellung ist, und damit ausnahmsweise erlischt beim Untergang einer juristischen Person als Verwalterin aufgrund einer gesellschaftsrechtlichen Umwandlung (analog § 673 Satz 1 BGB). Dies war und ist umstritten. Aufgrund der höchstpersönlichen Rechtsstellung des Verwalters soll der Verwaltervertrag enden, wenn eine juristische Person (oder Personenhandelsgesellschaft) als bisherige Verwalterin infolge einer gesellschaftsrechtlichen Umwandlung erlischt; zugleich erlösche die Organstellung analog § 168 Satz 1 BGB.[87] Vielfach wird auch die Meinung vertreten, dass Verwaltervertrag und Organstellung gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG unabhängig von der Rechtsform des übertragenden Verwalters auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen.[88] Der *BGH*[89] hat die Streitfrage dahin gehend beantwortet, dass der Verwaltervertrag jedenfalls bei der Verschmelzung von juristischen Personen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf den übernehmenden Rechtsträger übergeht; nichts anderes gilt für die Organstellung des Verwalters. Der Verwaltervertrag erlischt nicht in entsprechender Anwendung von § 673 BGB, weil diese Norm durch die im UmwG enthaltene Spezialvorschrift verdrängt wird. Ob die Verschmelzung gem. § 2 Nr. 1 UmwG durch Aufnahme oder gem. § 2 Nr. 2 UmwG im Wege der Neugründung erfolgt, ist nicht von Bedeutung, weil § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG in beiden Fällen gleichermaßen Anwendung findet (vgl. § 36 UmwG). Die zu beantwortende Anschlussfrage war, ob der Verwaltervertrag nicht wenigstens gekündigt werden konnte. Teilweise wird dies ohne weitere Voraussetzungen bejaht.[90] Andere verneinen dies mit Blick auf die im UmwG getroffenen Regelungen.[91] Nach Auffassung des BGH[92] stellt die Verschmelzung für sich genommen keinen wichtigen Kündigungsgrund i.S.v. § 314 Abs. 1 BGB dar. Hierfür bedarf es besonderer Umstände, die die Fortführung der Verwaltung durch den übernehmenden Rechtsträger unzumutbar machen; insoweit sind allerdings keine hohen Anforderungen zu stellen.[93] Daher reicht es aus, wenn die Wohnungseigentümer aufgrund der Umstrukturierung mit konkreten nachteiligen Änderungen in der Zusammenarbeit rechnen müssen, die nicht ganz unerheblich sind. Daran wird es regelmäßig fehlen, wenn die sachliche Betreuung aus Kundensicht im Wesentlichen unverändert bleibt. In Zukunft sollten die Wohnungseigentümer bei Abschluss des Verwaltervertrags prüfen, wie bedeutsam ihnen solche Veränderungen sind und ob sie sich für diesen Fall ein Kündigungsrecht vorbehalten sollten.[94]

8. Veränderungen beim Wohnungseigentum

a) Umwandlung von Wohnungseigentum in Teileigentum und umgekehrt

Die Umwandlung von Wohnungseigentum zu Teileigentum und umgekehrt ist als Änderung des durch die Gemeinschaftsordnung festgelegten Gebrauchs und folglich als eine Inhaltsänderung des Sondereigentums durch schuldrechtliche Vereinbarung aller Wohnungseigentümer nach §§ 5 Abs. 4 Satz 1, 10 Abs. 2 WEG anzusehen.[95] Die Umwandlung stellt keine Abänderung des dinglichen Akts zur Begründung von Wohnungs- und Teileigentum dar, sondern ist eine materielle Änderung der Zweckbestimmung durch schuldrechtliche Vereinbarung aller Wohnungseigentümer.[96]

Das Erfordernis der Mitwirkung aller Eigentümer kann daher durch Vereinbarung ausgeschlossen werden (= Änderungsvorbehalt).[97] Darin liegt eine Einwilligungserklärung

85 OLG München, Beschl. v. 31.1.2014 – 34 Wx 469/13, DNotZ 2014, 523 = NotBZ 2014, 265 = ZWE 2014, 169; LG München I, Beschl. v. 10.1.2013 – 36 S 8058/12, ZWE 2013, 415; LG Frankfurt/O., Beschl. v. 27.11.2012 – 6a S 98/11, ZWE 2013, 30 = ZMR 2013, 981; *Jennißen* (Fn. 83), § 26 WEG Rn. 18; *Sauren*, WEG, 6. Aufl. 2014, § 26 Rn. 4c.

86 BGH, Urt. v. 21.2.2014 – V ZR 164/13, BGHZ 200, 221 = DNotZ 2014, 519 = ZNotP 2014, 145 = NotBZ 2014, 250 = ZWE 2014, 216.

87 OLG Köln, Beschl. v. 24.9.2003 – 2 Wx 28/03, JurionRS 2003, 24562; LG Frankfurt/O., Beschl. v. 27.11.2012 – 6a S 98/11, ZWE 2013, 30 = ZMR 2013, 981; *Sauren* (Fn. 85), § 26 Rn. 4c.

88 *Vossius*, in: Mayer/Widmann, UmwG, 2012, § 20 Rn. 322 f.; Staudinger/*Martinek*, BGB, 2006, § 673 Rn. 3; *Armbrüster*, NZM 2012, 369, 374 f.; *Wicke/Menzel*, MittBayNot 2009, 203, 206; *Becker*, FS Merle, 2010, S. 51, 59 f.

89 BGH, Urt.v. 21.2.2014 – V ZR 164/13, BGHZ 200, 221 = DNotZ 2014, 519 = ZNotP 2014, 145 = NotBZ 2014, 250 = ZWE 2014, 216.

90 *Lüke*, ZfIR 2002, 469, 471; *Wicke/Menzel*, MittBayNot 2009, 203, 207; *Armbrüster*, NZM 2012, 369, 375.

91 *Vossius* (Fn. 88), § 20 Rn. 322; *Zajonz/Nachtwey*, ZfIR 2008, 701, 708; *Becker* (Fn. 88), S. 51, 62.

92 BGH, Urt. v. 21.2.2014 – V ZR 164/13, BGHZ 200, 221 = DNotZ 2014, 519 = ZNotP 2014, 145 = NotBZ 2014, 250 = ZWE 2014, 216.

93 *A.A. Kopp*, ZWE 2014, 244.

94 *Schmidt-Räntsch*, ZWE 2014, 429, 435; *Krampen-Lietzke*, DNotZ 2014, 524, 528.

95 KG, Beschl. v. 23.4.2013 – 1 W 343/12, ZWE 2013, 322 = NotBZ 2013, 305 = RNotZ 2013, 428 = Rpfleger 2013, 515; KG, Beschl. v. 29.11.2010 – 1 W 325/10, NJW-RR 2011, 517 = Rpfleger 2011, 268 = ZWE 2011, 84; *Hügel*, ZWE 2008, 120.

96 Ausführlich dazu *Böttcher*, ZNotP 2013, 162, 164.

97 OLG München, Beschl. v. 11.11.2013 – 34 Wx 335/13, DNotZ 2014, 431 = MittBayNot 2014, 245 = ZWE 2014, 121 = NotBZ 2014, 157; ZWE 2013, 355; KG, Beschl. v. 23.4.2013 – 1 W 343/12, ZWE 2013, 322 = NotBZ 2013, 305 = RNotZ 2013, 428 = Rpfleger 2013, 515; KG, Beschl. v. 29.11.2010 – 1 W 325/10, NJW-RR 2011, 517 = Rpfleger 2011, 268 = ZWE 2011, 84; *Hügel*, ZWE 2008, 120, 126 f.; *Armbrüster*, ZMR 2005, 244, 246.

eines jeden Wohnungseigentümers gegenüber jedem anderen Wohnungseigentümer i.S.v. § 185 Abs. 1 BGB, wodurch der nicht allein verfügungsberechtigte Wohnungseigentümer, der die Umwandlungserklärung und damit die Inhaltsänderungserklärungen bzgl. des Sondereigentums abgibt, vom Nichtberechtigten zum Berechtigten i.S.d. § 185 Abs. 1 BGB wird.[98] Diese Einwilligungserklärungen sind in Abänderung von § 183 Satz 1 BGB als unwiderruflich anzusehen. Tritt aufseiten eines einwilligenden Wohnungseigentümers eine Rechtsnachfolge ein, so ist der Rechtsnachfolger an die Einwilligungserklärung seines Rechtsvorgängers grds. nicht mehr gebunden. § 10 Abs. 3 WEG eröffnet jedoch eine dingliche Vertragsfreiheit, die es ermöglicht, Einwilligungserklärungen auch für den Sonderrechtsnachfolger verbindlich zu machen. Eine grundsätzliche Ermächtigung kann evtl. dennoch nicht zu einer einseitigen Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum führen, wenn sie dadurch bedingt ist, dass bestimmte bauliche Vorgaben eingehalten sind; in diesem Fall ist ein Nachweis der Voraussetzungen in der Form des § 29 GBO nicht möglich.[99] Die Auslegung kann auch dazu führen, dass die Ermächtigung, die ja gerade eine Vereinfachung für den Eigentümer einer Einheit schaffen soll, nicht vom grundbuchverfahrensrechtlichen unmöglichen Nachweis abhängig sein soll. Eine solche Ermächtigung mit ihrem Hinweis auf bauliche Bestimmungen sowie den anerkannten Regeln der Baukunst unter Verwendung normgerechter Baustoffe dient i.d.R. der baulichen Abwicklung der Maßnahme, ohne sie selbst davon abhängig zu machen.[100]

b) Unterteilung von Eigentumswohnungen

Sachverhalt:

Der Grundstückseigentümer E begründete am 11.4.2002 eine Anlage mit zwei Wohnungen: Eigentumswohnung 1 und Eigentumswohnung 2 (verbunden u.a. mit dem Sondereigentum an einem Kellerraum). Der Käufer K erwarb am 26.7.2002 die ETW 1 von E. Die ETW 2 wurde von E unterteilt in ETW 2 (neu) und ETW 3; dabei wurden der Kellerraum von ETW 2 (alt) keiner neuen Wohnung und die Kelleraußentreppe der ETW 3 zugeordnet. Am 11.12.2002 erwarb X die ETW 2 (neu) von E und Y am 22.12.2002 die ETW 3 von E. Gegen die Unterteilung der ETW 2 (alt) hat das Grundbuchamt am 28.3.2012 jeweils einen Amtswiderspruch bei der ETW 2 (neu) und ETW 3 eingetragen. Der Eigentümer K der ETW 1 regte sogar die Amtslöschung der ETW 2 (neu) und ETW 3 an. Das Grundbuchamt lehnte dies ab.

Für die Unterteilung einer Eigentumswohnung ist zunächst die ideelle Unterteilung des Miteigentumsanteils durch eine einseitige, formlose Erklärung des teilenden Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt entsprechend § 8 WEG notwendig; zugleich müssen alle bisher im Sondereigentum stehenden Räume den neuen Miteigentumsanteilen zugeordnet werden.[101] Es ist daher nicht zulässig, dass ein im bisherigen Sondereigentum stehender Raum nach der Unterteilung ohne Verbindung zu einem Miteigentumsanteil bleibt. Sollte ein sog. „isoliertes Sondereigentum“ vorhanden sein, dürfte das Grundbuchamt die Unterteilung nicht vollziehen. Wurde aber z.B. ein Nebenraum (Keller, Abstellraum) von den Beteiligten nicht einem Miteigentumsanteil zugeordnet und hat das Grundbuchamt die Unterteilung trotzdem vollzogen, ist diese unwirksam und die bisherige Aufteilung bleibt bestehen.[102] Bestritten ist, ob das Grundbuch dann inhaltlich unzulässige Eintragungen enthält, die einem gutgläubigen Erwerb nicht zugänglich sind gem. § 892 BGB[103] oder ob das Grundbuch unrichtig wird und mit dem gutgläubigen Erwerb nur einer einzigen Eigentumswohnung Heilung auch an allen anderen Stellen des Aufteilungsplans eintritt.[104] Der letzteren Ansicht ist zuzustimmen. Materiell ist die Unterteilung unwirksam, sodass die ursprünglich Eigentumswohnung weiter existent ist; den ehemaligen Miteigentumsanteil gibt es weiterhin und er ist nach wie vor mit dem Sondereigentum an den bisherigen Räumen verbunden, auch mit dem bei der Unterteilung vergessenen, d.h. nicht zugeordneten Raum. An Letzterem ist kein Gemeinschaftseigentum entstanden durch die Unterteilung, selbst wenn die Eintragungsunterlagen (z.B. Bewilligung, Aufteilungsplan) dies vorsehen; dem unterteilenden Wohnungseigentümer allein ist die Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum nämlich nicht möglich. Dazu bedarf es vielmehr der Einigung aller Wohnungseigentümer in der Form der Auflassung und der Grundbucheintragung (§ 4 WEG). Die materiell somit weiterhin bestehende ehemalige Eigentumswohnung ist allerdings formell nicht mehr im Grundbuch eingetragen. Dort sind vielmehr nach Vollzug der Unterteilung die neuen Eigentumswohnungen ausgewiesen, d.h. mehrere Miteigentumsanteile verbunden mit dem Sondereigentum an den dazu bestimmten Räumen; die sonstigen Räume verlautbart das Grundbuch automatisch als Gemeinschaftseigentum. Dies ist ein Rechtszustand, der rechtlich möglich ist, sodass keine inhaltlich unzulässigen Eintragungen vorliegen. Das Grundbuch ist vielmehr unrichtig, weil es Eigentumswohnungen ausweist, die es rechtlich nicht gibt und u.a. auch einen Raum als Gemeinschaftseigentum, der im Sondereigentum steht. Mit dem gutgläubigen Erwerb einer formell ausgewiesenen, aber materiell nicht existierenden Eigentumswohnung wird die Unterteilung insgesamt wirksam.

98 *Rapp*, MittBayNot 1998, 77.

99 OLG München, Beschl. v. 11.11.2013 – 34 Wx 335/13, DNotZ 2014, 431 = MittBayNot 2014, 245 = ZWE 2014, 121 = NotBZ 2014, 157.

100 OLG München, Beschl. v. 11.11.2013 – 34 Wx 335/13, DNotZ 2014, 431 = MittBayNot 2014, 245 = ZWE 2014, 121 = NotBZ 2014, 157.

101 Ausführlich dazu *Böttcher*, ZNotP 2013, 162, 164 f.

102 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.12.2013 – 14 Wx 47/13, ZWE 2014, 162 = NotBZ 2014, 258 = MittBayNot 2014, 329 = Rpfleger 2014, 313; *Böttcher*, ZfIR 1997, 321, 323; *Rapp*, MittBayNot 1996, 344, 345; *Röll*, DNotZ 1993, 158, 161.

103 So OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.12.2013 – 14 Wx 47/13, NotBZ 2014, 258 = MittBayNot 2014, 329 = ZWE 2014, 162 = Rpfleger 2014, 313; OLG München, Beschl. v. 3.4.2007 – 32 Wx 33/07, ZfIR 2008, 115 m. abl. Anm. *Böttcher*; *Müller*, Änderungen des sachenrechtlichen Grundverhältnisses der Wohnungseigentümer, 2010, S. 122.

104 So *Rapp*, MittBayNot 1996, 344, 347; *Röll*, MittBayNot 1988, 22; DNotZ 1993, 158, 162 f; *Böttcher*, ZfIR 1997, 321, 323 f.

Wird bei der Unterteilung eines Wohnungseigentums ein in zwingendem Gemeinschaftseigentum (§ 5 Abs. 2 WEG) stehender Raum (z.B. Waschküche) als Sondereigentum ausgewiesen, so liegt insoweit eine inhaltlich unzulässige Eintragung vor, die gem. § 53 GBO von Amts wegen zu löschen ist.[105] Dies gilt auch für eine Kelleraußentreppe, wenn sie dem gemeinschaftlichen Gebrauch aller Wohnungseigentümer dient und damit zwingendes Gemeinschaftseigentum ist (§ 5 Abs. 2 WEG).[106] Eine Umwandlung dieses Gemeinschaftseigentums in Sondereigentum ist nicht möglich. Insoweit liegen deshalb inhaltlich unzulässige Eintragungen vor, weil sie einen Rechtszustand verlautbaren, den es nicht geben kann. Ein gutgläubiger Erwerb kann sich daran nicht anschließen. In diesen Fällen ist aber nicht die gesamte Unterteilung unwirksam und inhaltlich unzulässig, sondern nur die Eintragung des Sondereigentums am zwingenden Gemeinschaftseigentum. Nur diese ist von Amts wegen zu löschen nach § 53 GBO. Ansonsten ist die Unterteilung wirksam.[107]

105 BayObLG, Beschl. v. 15.7.1999 – 2Z BR 86/99, ZfIR 1999, 846.

106 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.12.2013 – 14 Wx 47/13, NotBZ 2014, 258 = MittBayNot 2014, 329 = ZWE 2014, 162 = Rpfleger 2014, 313.

107 *A.A.* OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.12.2013 – 14 Wx 47/13, NotBZ 2014, 258 = MittBayNot 2014, 329 = ZWE 2014, 162 = Rpfleger 2014, 313.

Erbrecht

Schlusserbfolge und Ersatzerbfolge

Anmerkung zu OLG Hamm, Beschl. v. 14. 3. 2014 – I-15 W 136/13, ZNotP 2015, 65 (in diesem Heft)

von Professor Dr. Rainer Kanzleiter, Ulm

1. Das Ergebnis der Entscheidung ist (wahrscheinlich) richtig, wozu allerdings ein glücklicher Zufall beigetragen hat, denn die „Punktlandung“ mit der gesetzlichen Erbfolge gelang nur, weil der Erblasser außer der im Testament bedachten Tochter keine weiteren Kinder hinterließ.

Das OLG Stuttgart hatte zu seinem Beschl. v. 16.3.1978[1] den folgenden Leitsatz gebildet: „Haben Ehegatten ein sog. Berliner Testament errichtet und schlägt der Überlebende die Erbschaft als eingesetzter Erbe aus, so fällt sie im Zweifel dem Schlusserben als Ersatzerben an. …“. Richtig erkennt das OLG Hamm durch Auslegung, dass diese Regel nicht gelten kann, wenn im konkreten Fall einseitige Verwandte beider Ehegatten zu Schlusserben eingesetzt sind. Ich verstehe nicht, warum sich das Gericht dann nach dieser zutreffenden Feststellung auf die gesetzliche Erbfolge stürzt, die ja zum Glück passt, ohne vorher überlegt zu haben, ob dem Testament eine Anordnung für die Beerbung des erstverstorbenen Ehegatten für den Fall entnommen werden kann, dass der Überlebende die Erbfolge ausschlägt. Diese Überlegungen hätten zweifellos zum Erfolg geführt.

2. Richtig ist, dass einem gemeinschaftlichen Testament, in dem sich Ehegatten gegenseitig zu Erben einsetzen, „regelmäßig die Erwartung zugrunde“ liegt, „dass der überlebende Ehegatte das ihm Zugewandte auch annimmt“. Insbesondere wenn die Ehegatten rechtlich beraten sind, ist es allerdings nicht selten, dass die Ausschlagungsmöglichkeit des erstversterbenden Ehegatten in die Überlegungen einbezogen wird.

Sind die Ehegatten bei der Testamentserrichtung als selbstverständlich davon ausgegangen, dass der Überlebende die Erbschaft annimmt, und schlägt der überlebende Ehegatte dann trotzdem aus (auch das ist nicht ganz selten, weil zwischen Testamentserrichtung und Tod des erstversterbenden Ehegatten lange Zeit vergehen kann), so ist anzunehmen, dass er dafür einen Grund hat: Häufig liegt dieser Grund darin, dass die Vermögensverhältnisse beider Ehegatten beim Tod des Erstversterbenden erheblich von dem abweichen, was sie bei der Testamentserrichtung bedacht hatten. Sind die Vermögensverhältnisse beim Tod des erstversterbenden Ehegatten wesentlich günstiger, so kann der überlebende Ehegatte die Erbschaft ausschlagen, wenn er sie – in hohem Lebensalter – nicht benötigt (evtl. gegen Gegenleistungen), um das Vermögen des Erstverstorbenen sofort den Schlusserben zukommen zu lassen und die Erbschaftsteuermehrbelastung durch zwei Erbfälle zu vermeiden.[2] Ist umgekehrt das Vermögen des Erstverstorbenen bescheiden, so kann der überlebende Ehegatte, der in einer günstigeren wirtschaftlichen Lage ist, über die Ausschlagung der Erbschaft nachdenken, um über sein eigenes Vermögen nach § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB frei testieren zu können. So scheint es im konkreten Fall gewesen zu sein. Ist der erstverstorbene Ehegatte überschuldet, gelten für die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft die allgemeinen Überlegungen. Ist der überlebende Ehegatte überschuldet, kann er sich zur Ausschlagung entschließen, um das Vermögen des Erstverstorbenen statt seinen Gläubigern der Familie zukommen zu lassen.

3. Die Gesichtspunkte, die zur Ausschlagung durch den überlebenden Ehegatten führen, sind also unterschiedlich. Unterschiedlich können auch die Überlegungen zur Auslegung oder zur ergänzenden Auslegung sein, wenn der überlebende Ehegatte ausgeschlagen hat. Sehr oft wird das zu der vom OLG Stuttgart gefundenen Regel führen.

1 8 W 342/77, BWNotZ 1979, 11.

2 S. *Britz*, RNotZ 2001, 389.

Durch Auslegung ist der subjektive Wille des erstverstorbenen Ehegatten zu ermitteln, wenn an die Möglichkeit einer Ausschlagung durch den Überlebenden gedacht, aber keine Regelung getroffen wurde.[3] Ergänzend auszulegen ist das Testament aufgrund des mutmaßlichen Willens des Erstverstorbenen, wenn die Möglichkeit einer Ausschlagung durch den Überlebenden überhaupt nicht in Betracht gezogen wurde.[4] Beim gemeinschaftlichen Testament ist der Wille des Erstverstorbenen nur maßgeblich, soweit er dem überlebenden Ehegatten erkennbar war und vom überlebenden Ehegatten redlicherweise so akzeptiert worden wäre.[5] Unter diesen Voraussetzungen wird das dazu führen, dass Erben des erstverstorbenen Ehegatten diejenigen aus dem Kreis der Schlusserben geworden sind, die dem Erstverstorbenen nahestanden. Im konkreten Fall bestehen kaum Zweifel, dass das die Tochter des erstverstorbenen Vaters war, und zwar nicht als durch das Testament nicht eingeschränkte gesetzliche Erbin, sondern als durch das Testament eingesetzte Erbin (die Zweifel, die der Neffe der überlebenden Ehefrau daran mit dem Hinweis gesät hat, auch er habe dem Erblasser nahegestanden, haben das OLG Hamm wohl zu Recht nicht beeindruckt).

4. Wenn das OLG die Fragwürdigkeit seiner Begründung erkannt und nach § 70 FamFG die Rechtsbeschwerde zum BGH zugelassen hätte (an sich wäre der Fall geeignet gewesen, dem BGH eine Meinungsäußerung zur Auslegung und ergänzenden Auslegung solcher Verfügungen von Todes wegen nach Ausschlagung duch den überlebenden Ehegatten zu ermöglichen), hätte das wohl nichts geändert, weil die Erbin ja auch als gesetzliche Erbin zu ihrem Recht kam und der Konkurrent sich bei vernünftiger Einschätzung seiner Aussichten kaum zur Einlegung der Rechtsbeschwerde entschlossen hätte.

3 S. *Lange*, ErbR, § 35 Rn. 12 ff.; *Muscheler*, ErbR, § 29 Rn. 1830 ff.; MünchKomm-BGB/*Leipold*, 6. Aufl., § 2084 Rn. 6 ff.; Staudinger/*Otte*, BGB, Neubearb. 2013, vor § 2064 Rn. 23 ff.

4 *Lange* (Fn. 3), § 35 Rn. 19 ff.; *Muscheler* (Fn. 3), § 29 Rn. 1866 ff.; MünchKomm-BGB/*Leipold* (Fn. 3), § 2084 Rn. 72 ff.; Staudinger/*Otte* (Fn. 3), vor § 2064 Rn. 77 ff.

5 *Lange* (Fn. 3), § 35 Rn. 31, 32; *Muscheler* (Fn. 3), § 29 Rn. 1880; im konkreten Fall führen alle Überlegungen zum selben Ergebnis.

Steuerrecht

Die interpolierende Auslegung der Steuerbefreiungsvorschriften bei der Grunderwerbsteuer

von Steuerberater/Dipl.-Finanzwirt Peter Hutmacher, Heinsberg

Bei der Grunderwerbsteuer – GrESt – ist es in bestimmten Fällen nicht eine einzelne Steuerbefreiungsvorschrift, die zur Nichterhebung der Steuer bei einer Grundstücksübertragung oder der Übertragung von Anteilen an Personen- und Kapitalgesellschaften mit Grundbesitz führt. Allerdings ergibt sich bei diesen Sachverhalten aus einer Zusammenschau und dem Zusammenwirken verschiedener Steuerbefreiungsvorschriften gleichwohl noch eine Steuerfreistellung. I.a.R. sind dabei die persönlichen Steuerbefreiungsvorschriften betroffen.

Die wesentlichen Sachverhaltsgestaltungen, in denen nur unter Würdigung verschiedener Steuerbefreiungsvorschriften von einer Erhebung der GrESt abgesehen wird, sind in diesem Beitrag dargestellt und erläutert.

I. Interpolation von Befreiungsvorschriften

1. Anwendungsbereich

Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung[1] hat sich für die GrESt eine Auslegung der Steuerbefreiungsvorschriften entwickelt, nach der sich über den Wortlaut der einzelnen Steuerbefreiungsvorschriften hinaus Befreiungstatbestände ergeben, wenn sich aus einer als Interpolation[2] bezeichneten Zusammenschau mehrerer Befreiungsvorschriften und deren Zusammenwirken die Erhebung von GrESt zu einem sinnwidrigen Ergebnis führt.

Bei der GrESt ist der Sinn und Zweck der persönlichen Befreiungsvorschriften durchaus auch wirtschaftlich bestimmt. Die persönlichen Befreiungsvorschriften sind deshalb nicht buchstäblich eng, sondern unter sinnvoller Würdigung des mit ihnen verfolgten Zwecks auszulegen. Aus dem Zusammenhang von Befreiungsvorschriften kann sich dann mit logischer Notwendigkeit eine Steuerbefreiung ergeben, die nach dem Wortlaut der Einzelvorschriften, für sich allein betrachtet, nicht eintritt. Allerdings bedingt eine solche Zusammenschau von Befreiungsvorschriften den im Gesetz zum Ausdruck gekommenen abgrenzbaren Begünstigungswillen. Eine Norm muss also die Begünstigung des vollendeten Sachverhalts belegen.[3]

I.a.R. ist diese interpolierende Betrachtung anzuwenden bei Sachverhalten, in denen Grundstückserwerbe oder Erwerbe von Anteilen an Kapital- oder Personengesellschaften mit Grundbesitz über einen *abgekürzten Weg* zustande kommen und jeder einzelne *unterlassene Zwischenerwerb* steuerbefreit gewesen wäre.

1 Vgl. hierzu bereits die BFH, Urt. v. 15.12.1972 – II R 129/67, BStBl. II 1973, S. 597, und v. 24.7.1974 – II R 111/67, BStBl. II 1975, S. 149.

2 Lateinisch *interpolare* = auffrischen, umgestalten, verfälschen.

3 BFH, Urt. v. 28.4.1970 – II 109/65, BStBl. II 1970, S. 600.

2. Grenzen

Weil die Interpolation das Ergebnis einer methodischen Gesetzesauslegung ist, darf sie zum einen nicht dazu führen, dass der Anwendungsbereich der einzelnen Befreiungsvorschriften erweitert wird.

Zum anderen beschränkt auch § 42 AO die Interpolationsmöglichkeiten. Eine Interpolation verbietet sich, wenn die *unterlassenen Zwischenerwerbe* sich als Gestaltungsmissbrauch[4] darstellen würden.

II. Maßgebliche Befreiungsvorschriften des GrEStG

1. Persönliche Befreiungsvorschriften

Zum einen sind es die persönlichen Befreiungsvorschriften, die im Rahmen der interpolierenden Betrachtung eine wesentliche Bedeutung haben. Insbesondere sind dies die folgenden Ausnahmen von der Grunderwerbbesteuerung:

- der Erwerb von Todes wegen und Schenkungen unter Lebenden im Sinne des ErbStG;[5]
- der Erwerb eines zum Nachlass gehörigen Grundstücks durch Miterben zur Teilung des Nachlasses;[6]
- der Grundstückserwerb durch den Ehegatten oder den Lebenspartner des Veräußerers;[7]
- der Grundstückserwerb durch den früheren Ehegatten/Lebenspartner des Veräußerers im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung nach der Scheidung/Aufhebung der Lebenspartnerschaft;[8]
- der Grundstückserwerb durch den früheren Lebenspartner des Veräußerers im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung nach der Aufhebung der Lebenspartnerschaft;[9]
- der Erwerb eines Grundstücks durch Personen, die mit dem Veräußerer in gerader Linie verwandt sind.[10]

2. Abstandnahme von einer Besteuerung bei Übergang auf eine Gesamthand

Geht Grundstückseigentum von einem oder mehreren Miteigentümern auf eine Gesamthand (Gemeinschaft zur gesamten Hand) über, so wird insoweit die GrESt nicht erhoben, soweit der Anteil des einzelnen am Vermögen der Gesamthand Beteiligten seinem Bruchteil am Grundstück entspricht.[11] Auch die Grundsätze dieser Befreiung von der GrESt sind bei der Interpolation von Belang.

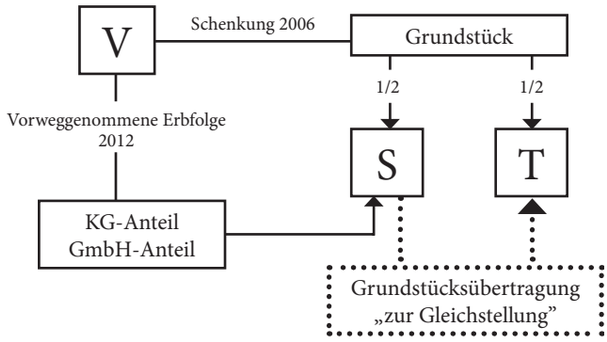
III. Anwendungsfälle der Interpolation

Anhand der folgenden Beispielsfälle wird der Anwendungsbereich der Interpolation bei den Befreiungsvorschriften von der GrESt im Einzelnen dargestellt und erläutert.

1. Interpolation der Steuerbefreiung eines Erwerbs durch Schenkung und eines Erwerbs von Verwandten in gerader Linie

Sachverhalt:

Der Vater (V) hatte bereits im Kalenderjahr 2006 ein Grundstück je zur Hälfte unentgeltlich auf den Sohn (S) und die Tochter (T) übertragen. Am 19.3.2013 übertrug V im Wege der vorweggenommenen Erbfolge Anteile an einer Personengesellschaft und an einer Kapitalgesellschaft auf den S. Dieser verpflichtete sich, „zum Zwecke der Gleichstellung" seinen Miteigentumsanteil an dem Grundstück auf die T zu übertragen.[12]



Die verwirklichte Grundstücksübertragung von S auf T ist, weil sie keine freigebige Zuwendung ist, nicht nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG (Grundstücksschenkung im Sinne des ErbStG) von der GrESt befreit.

Bei interpolierender Betrachtung der verwirklichten Grundstücksübertragung stellt sich diese jedoch als abgekürzter Weg dar, und die unterbliebenen Zwischenerwerbe wären, wenn sie durchgeführt worden wären, steuerfrei gewesen. Deshalb ist die Grundstücksübertragung zwischen den Geschwistern hier von der GrESt befreit.

Die zur Gleichstellung in der vorweggenommenen Erbfolge erfolgte Übertragung des Miteigentumsanteils von S auf die T ist als abgekürzter Weg einer freigebigen Zuwendung des V an die T zu werten. Die unterbliebenen Zwischenerwerbe

- Grundstücksrückübertragung von S an V und
- Grundstücksübertragung von V an T

4 Ein solcher Fall ist z.B. die Grundstücksübertragung zwischen Geschwistern; i.a.R. können solche Vorgänge nicht über eine zweimalige Steuerbefreiung von Erwerben unter Verwandten in gerader Linie steuerbefreit werden; der Umweg über die Elternteile wäre als unangemessen und missbräuchlich anzusehen.

5 § 3 Nr. 2 GrEStG.

6 § 3 Nr. 3 GrEStG.

7 § 3 Nr. 4 GrEStG.

8 § 3 Nr. 5 und 5a GrEStG.

9 § 3 Nr. 6 GrEStG.

10 § 3 Nr. 7 GrEStG.

11 § 5 GrEStG.

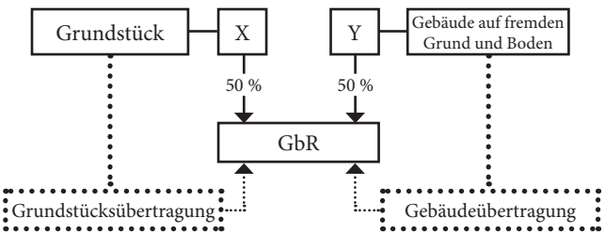
12 BFH, Beschl. v. 11.8.2014 – II B 131/13, JurionRS 2014, 25080; Vorinstanz: FG Niedersachsen v. 4.11.2013 – 7 V 188/13, SIS Steuerrechts Datenbank Nr. 141227.

wären grunderwerbsteuerfrei gewesen. Die Rückübertragung des Grundstücksanteils von S auf V wäre gem. § 3 Nr. 6 GrEStG (Erwerb des Grundstücks durch eine mit dem Veräußerer in gerader Linie verwandte Person) – und ggf. auch nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG (Grundstücksschenkung im Sinne des ErbStG) – steuerfrei gewesen. Für die anschließende Übertragung dieses Grundstücksanteils von V auf die T wäre dieser nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der GrESt befreit gewesen.

2. Interpolation der Steuerbefreiung eines Erwerbs im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung nach der Scheidung und der Einbringung in das Gesamthandsvermögen einer Mitunternehmerschaft

Sachverhalt:

Die Ehe von Herrn X und Frau Y wurde geschieden. Im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung errichten X und Y eine GbR, an der sie je zur Hälfte beteiligt sind. In das (Gesamthands-)Vermögen der Gesellschaft bringen X ein Grundstück und Y ein Gebäude auf fremden Grund und Boden[13] *ein.*[14]



Grds. unterliegt hier die Einbringung des Grundstücks und des Gebäudes in die GbR der GrESt. Die GrESt ist allerdings nach § 5 Abs. 2 GrEStG in Höhe eines Anteils von jeweils 50 % nicht zu erheben, weil Grundstück und Gebäude jeweils von einem Alleineigentümer, nämlich von X bzw. Y, auf eine Gesamthand, die GbR, übertragen werden und X bzw. Y als Gesellschafter jeweils zu 50 % an der GbR beteiligt sind.

Auch bei diesem Sachverhalt ist der jeweils tatsächlich verwirklichte Grundstückserwerb im Grunde als abgekürzter Weg anzusehen. Die nicht verwirklichten Zwischenerwerbe wären steuerfrei. Deshalb sind die Grundstücksübertragungen auf die GbR steuerbefreit.

Die aus Gründen der Vermögensauseinandersetzung im Zusammenhang mit der Ehescheidung vorgenommene Grundstücks- bzw. Gebäudeeinbringung ist im Rahmen der interpolierenden Betrachtungsweise als abgekürzter Weg für

- die Übertragung des halben Grundstücksanteils von X auf Y und
- die Übertragung des halben Gebäudeanteils von Y auf X

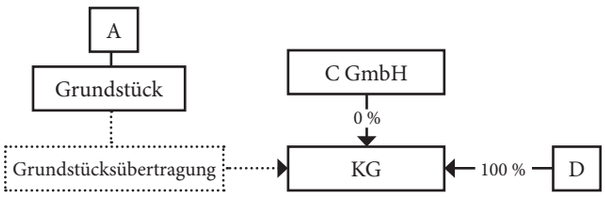
zu werten. Beide Erwerbe wären nach § 3 Nr. 5 GrEStG (Grundstückserwerb durch den früheren Ehegatten im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung nach der Scheidung) von der Besteuerung ausgenommen gewesen.

In der Folge wäre dann die Einbringung eines je hälftigen Grundstücks- oder Gebäudeanteils in die GbR in vollem Umfang steuerfrei gewesen, weil X und Y zu jeweils 50 % an der GbR beteiligt ist.

3. Interpolation der Steuerbefreiung eines Erwerbs von Verwandten in gerader Linie und der Einbringung in das Gesamthandsvermögen einer Mitunternehmerschaft

Sachverhalt:

Sohn A veräußerte ein Grundstück an eine KG, deren Gesellschafter die C GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin ohne vermögensmäßige Beteiligung sowie D, die Mutter des A, die zu 100 % am Gesellschaftsvermögen beteiligt war.[15]



Eine unmittelbare Grunderwerbsteuerbefreiung dieser Grundstücksübertragung ist weder nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG (Erwerb des Grundstücks durch eine mit dem Veräußerer in gerader Linie verwandte Person) möglich, weil die an dem Erwerbsvorgang Beteiligten, nämlich die KG als eigenständiger grunderwerbsteuerrechtlicher Rechtsträger und der Grundstücksveräußerer A, nicht in gerader Linie verwandt sind, noch nach § 5 Abs. 2 GrEStG (Übertragung auf ein Gesamthandsvermögen) zulässig, weil der Veräußerer des Grundstücks an der erwerbenden KG nicht beteiligt ist.

Aus der Zusammenschau dieser beiden Steuerbefreiungstatbestände ergibt sich gleichwohl eine Steuerbefreiung für die Grundstücksübertragung von A auf die KG.

Aber auch hier ist der tatsächlich verwirklichte Grundstückserwerb als ein abgekürzter Weg anzusehen, bei dem die nicht verwirklichten Zwischenerwerbe steuerfrei wären.

Im Rahmen der interpolierenden Betrachtungsweise ist für die Beurteilung von folgenden Zwischenerwerben auszugehen:

- Übertragung des Grundstücks von A auf D und
- Übertragung des Grundstücks von D auf die KG.

Für die Grundstücksübertragung von A auf D gilt die Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG. Betreffend die Übertragung von D auf die KG scheidet die Erhebung der Steuer nach § 5 Abs. 2 GrEStG aus.

13 Gebäude auf dem Grundstück des X.

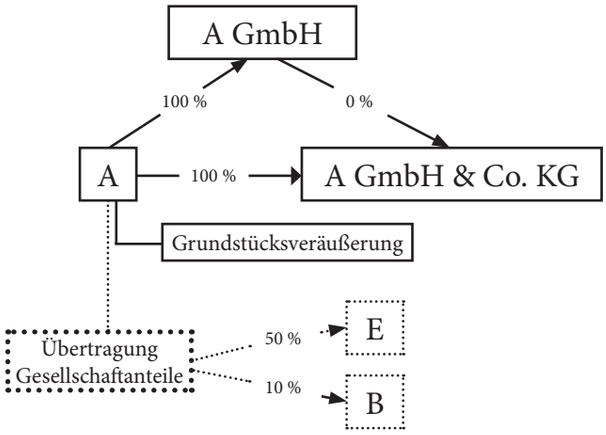
14 BFH, Urt. v. 20.12.2011 – II R 42/10, BFH/NV 2012, 1177, JurionRS 2011, 36463; Vorinstanz: FG Nürnberg, Urt. v. 20.5.2010 – 4 K 1011/2009, EFG 2011, 352.

15 BFH, Beschl. v. 26.2.2003 – II B 202/01, BStBl. II 2003, S. 528.

4. Interpolation der Steuerbefreiung eines Erwerbs vom Ehegatten bzw. eines Erwerbs von Verwandten in gerader Linie und der Einbringung in das Gesamthandsvermögen einer Mitunternehmerschaft

Sachverhalt:

Gesellschafterinnen der A GmbH & Co. KG sind die A GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin ohne Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft und Frau A mit einer Quote von 100 %. A veräußert der A GmbH & Co. KG am 23.12.2004 ein Grundstück. Am 27.12.2004 überträgt A Gesellschaftsanteile der A GmbH & Co. KG mit einer Quote von 50 % auf den Ehemann E und 10 % auf den Sohn B.[16]



Geht ein Grundstück von einem Alleineigentümer auf eine Gesamthand über, so wird die GrESt in Höhe des Anteils nicht erhoben, zu dem der Veräußerer am Vermögen der erwerbenden Gesamthand beteiligt ist. Am Vermögen der A GmbH & Co. KG war zum Zeitpunkt des Kaufvertrags die Veräußerin des Grundstücks Frau A als Kommanditistin zu 100 % beteiligt. Die Anwendung dieses Befreiungstatbestands scheidet aber gem. § 5 Abs. 3 GrEStG insoweit aus, als sich der Anteil des Veräußerers am Vermögen der Gesamthand innerhalb von 5 Jahren nach dem Übergang des Grundstücks auf die Gesamthand vermindert. Durch die Schenkungen der KG-Anteile an den Ehemann E und den Sohn S hat sich der Vermögensanteil von A an der Gesamthand um 60 % gemindert. Nach dem Wortlaut der Vorschrift wäre somit die Grundstücksveräußerung nur noch zu 40 % grunderwerbsteuerfrei.

Bei einer interpolierenden Betrachtungsweise der Vorschriften des § 5 Abs. 2 und 3 GrEStG unter Berücksichtigung der Rechtsgedanken in §§ 3 Nr. 4 und 6 GrEStG ist die in § 5 Abs. 3 GrEStG geregelte Nichtanwendung der Befreiungsvorschrift des § 5 Abs. 2 GrEStG nach Sinn und Zweck einschränkend dahin gehend auszulegen, dass bei Übertragung von Gesamthandsanteilen durch eine bisher zu 100 % an der Gesamthand beteiligte Person diese Vorschrift dann nicht zum Tragen kommt, wenn es sich bei den Übertragungsempfängern um den Ehegatten und den Sohn der Übertragenden handelt.

Infolgedessen bleibt die Grundstücksveräußerung trotz der Übertragung von Gesellschaftsanteilen im vorliegenden Sachverhalt grunderwerbsteuerbefreit.

Über den dargestellten Fall der Übertragung auf den Ehemann und den Sohn hinaus sind nach der interpolierenden Betrachtungsweise Anteilsübertragungen auch in den übrigen Fällen mit einer Grunderwerbsteuerbefreiung aus persönlichen Gründen nicht steuerschädlich. Dazu gehört insbesondere die Anteilsübertragung an den früheren Ehegatten/Lebenspartner im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung nach der Scheidung/Aufhebung der Lebenspartnerschaft (Zusammenschau von § 5 Abs. 2 und 3 und § 3 Nr. 5, 5a GrEStG).

Für den Fall der Weiterschenkung von Anteilen innerhalb der fünfjährigen Behaltensfrist bedarf es dagegen keiner interpolierenden Betrachtung von §§ 5 Abs. 1 und 3 und 3 Nr. 2 GrEStG. § 5 Abs. 3 GrEStG ist bei einer freigebigen Zuwendung von Anteilen generell nicht anwendbar.[17] Diese Norm dient der Vermeidung von Grunderwerbsteuerausfällen und setzt somit die objektive Möglichkeit einer Steuerumgehung voraus. Im Wege einer teleologischen Reduktion ist sie daher einschränkend dahin gehend auszulegen, dass – trotz der Verminderung der vermögensmäßigen Beteiligung des grundstückseinbringenden Gesamthänders – die Vergünstigung nach § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG nicht entfällt, weil aufgrund einer Anteilsschenkung eine Steuerumgehung objektiv ausscheidet.[18]

IV. Abschließender Hinweis

Die interpolierende Betrachtungsweise ist ein weiterer Punkt im Bereich der GrESt, der bei Grundstücksübertragungen und bei der Übertragung von Anteilen an Kapital- oder Personengesellschaften mit Grundbesitz die Komplexität dieser Steuerart, die zudem durch die Erhöhung des Steuersatzes in einigen Bundesländern noch an Bedeutung gewinnt, dokumentiert. In den dargestellten Fällen kann ein von der „normalen" Abfolge der Vertragsabschlüsse abweichender abgekürzter Weg auch zur Grunderwerbsteuerbefreiung der Erwerbe führen. Aber eine abgekürzte Vertragsabfolge sollte immer wohl überlegt sein. Deshalb muss auch hier der abschließende Hinweis lauten:

Vor der Übertragung von Grundstücken und Anteilen an Personen- und Kapitalgesellschaften mit Grundbesitz stets auch grunderwerbsteuerrechtlichen Rat einholen!

16 FG Münster, Urt. v. 10.12.2008 – 8 K 4556/05 GrE, EFG 2009, 1049; Anmerkung: Es ist davon auszugehen, dass das FG Münster nach Bekanntgabe der BFH-Entscheidung v. 1.7.2009 – II R 58/08, BStBl. II 2010, S. 302, wohl anders entschieden hätte, da im entschiedenen Sachverhalt die Anteile freigebig dem Ehemann bzw. Sohn zugewendet wurden. Die Weiterschenkung von Anteilen innerhalb der Behaltensfrist des § 5 Abs. 3 GrEStG wird nachstehend noch im Einzelnen erläutert.

17 BFH v. 1.7.2009 – II R 58/08, BStBl. II 2010, S. 302.

18 Es stellt sich hier die Frage, ob die BFH-Rechtsprechung im Fall der Schenkung auch für die übrigen Grunderwerbsteuerbefreiungsvorschriften gilt, mit der Folge, dass es für diese Erwerbe nicht mehr einer interpolierenden Betrachtungsweise als *„personenbezogene Beziehung von grunderwerbsteuerlicher Bedeutung"* ankommt. M.E. gilt der Rechtssatz für alle Befreiungsvorschriften. Aber die Fragestellung ist wohl ausschließlich rechtstheoretischer Art und ohne praktische Bedeutung, da in jedem Fall die Vorschrift des § 5 Abs. 3 GrEStG keine Anwendung findet.

ZNotP-Fragezeichen

1. Das bebaute Grundstück 1 kann nur über einen Weg auf dem Grundstück 2 erreicht werden. Aus diesem Grund ist zulasten des Grundstücks 2 zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks 1 eine entsprechende Grunddienstbarkeit eingetragen worden. Das Grundstück 1 ist mit einem Nießbrauch für N belastet. N will das Objekt vermieten. Der Rechtsanwalt des Eigentümers von Grundstück 2 schreibt N, die Grunddienstbarkeit bestehe nur für den Grundstückseigentümer und könne daher nicht von den Mietern ausgeübt werden.

   a) Zu Recht.

   b) Zu Unrecht.

2. A und B sind die alleinigen Mitglieder einer Erbengemeinschaft. A schenkt seinen Erbteil an seinen Sohn S. Später verkauft B seinen Erbteil an C. S hat ein Vorkaufsrecht.

   a) Trifft zu.

   b) Trifft nicht zu.

ZNotP-Rechtsprechungsreport

Erbrecht

Auskunftsanspruch bzgl. Einbringung in liechtensteinische Anstalt oder Stiftung

BGB §§ 2311 Abs. 1 Satz 1, 2325 Abs. 1

Leitsatz (amtlich):

Die Verurteilung des Erben zur Auskunftserteilung an den Pflichtteilsberechtigten über Schenkungen im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB kann sich auch auf Vermögensgegenstände erstrecken, die der Erblasser in eine Anstalt oder Stiftung liechtensteinischen Rechts eingebracht hat.

BGH, Beschl. v. 3. 12. 2014 – IV ZB 9/14

[1] I. Die Schuldnerinnen sind die beiden Töchter und testamentarischen Erbinnen des am 8.6.2006 verstorbenen V (im Folgenden: Erblasser). Der Erblasser erkannte am 24.10.2003 die Vaterschaft für den am 12.10.2003 geborenen Gläubiger an. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Gläubiger tatsächlich Sohn des Erblassers ist.

[2] Der Gläubiger verlangt von den Schuldnerinnen zur Bezifferung eines Pflichtteilsbegehrens Auskunft über den Nachlassbestand sowie über Schenkungen des verstorbenen Vaters.

[3] Der Erblasser hatte zu Lebzeiten Teile seines im Ausland belegenen Vermögens in eine privatrechtliche Anstalt liechtensteinischen Rechts eingebracht und besaß Rechte an einer in Liechtenstein gegründeten Stiftung.

[4] Die Anstalt wurde für den Erblasser durch die J Anstalt in V (im Folgenden: Gründerin) als fiduziarische Gründerin im Jahr 1985 errichtet. Ihre Statuten enthalten auszugsweise nachfolgende Bestimmungen:

„§ 1

Firma und Sitz der Anstalt:

Unter der Firma

I. ANSTALT

besteht mit Sitz in V. eine Anstalt mit Rechtspersönlichkeit im Sinne der Art. 534 ff. des Liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechtes. …

…

§ 3

Zweck der Anstalt:

Anlage und Verwaltung von Vermögenswerten aller Art; Halten von Beteiligungen und sonstigen Rechten sowie alle damit zusammenhängenden Geschäfte.

…

§ 6

Destinatäre:

Das Anstaltskapital und seine Erträgnisse sowie allfällige Reingewinne der Anstalt kommen den Destinatären (Begünstigten) zu, welche vom Gründer in einem Beistatut bezeichnet werden. Die Bezeichnung sowohl der ursprünglichen Destinatäre als auch ihrer Rechtsnachfolger kann widerruflich oder unwiderruflich sein. …

…

§ 8

Der Gründer resp. Rechtsnachfolger:

Das oberste Organ der Anstalt ist der Gründer resp. sein oder seine Rechtsnachfolger. In seine Kompetenz fallen …:

a) Bestellung und Abberufung des Verwaltungsrates …;

b) Bezeichnung der Destinatäre und die Bestimmung der Art und des Umfanges ihrer Berechtigung;

c) Änderung und Ergänzung dieser Statuten, evtl. durch Beistatuten;

d) Verteilung des Reingewinnes;

e) Auflösung des Unternehmens und Verwendung des Liquidationsergebnisses.

§ 9

Übertragung der Gründerrechte:

Der Gründer (Inhaber der Gründerrechte) kann alle ihm … zustehenden Rechte mittels einer einfachen Urkunde (Zessionserklärung) auf seinen Rechtsnachfolger übertragen. Ferner kann

die Rechtsnachfolge des Gründers auch auf dem Erbwege erworben werden.

§ 10

Der Verwaltungsrat:

Der Verwaltungsrat besteht aus einer oder mehreren Personen, welchen die Geschäftsführung und die Vertretung der Anstalt … obliegt. …“

[5] In einem Beistatut v. 14.7.1999 bestimmte die Gründerin den Erblasser zum Erstbegünstigten, im Fall seines Ablebens die Schuldnerin zu 2 zur Zweitbegünstigten und im Fall des Ablebens sowohl des Erst- als auch der Zweitbegünstigten die Schuldnerin zu 1 zur Drittbegünstigten „am Vermögen und Ertrag der Anstalt“. Gleichzeitig ordnete sie die Unabänderlichkeit des Beistatuts nach dem Tode des Erstbegünstigten an.

[6] Zuvor hatte die Gründerin mit dem Erblasser unter dem 18.3.1999 einen Mandatsvertrag geschlossen, kraft dessen sie einen ihrer Funktionäre gegen ein Entgelt als Verwaltungsrat für die Anstalt zur Verfügung zu stellen hatte und der u.a. folgende Regelungen vorsah:

„Artikel 2

Die Beauftragte und die Verwaltung der Gesellschaft üben ihre Mandate treuhänderisch für den Auftraggeber aus (hiernach ist unter Beauftragte sinngemäss auch die Verwaltung zu verstehen).

Instruktionen können der Beauftragten nur die nachgenannten Personen erteilen:

Der Auftraggeber – einzeln.

Artikel 3

Die Beauftragte verpflichtet sich, bei Ausübung ihrer Mandate sich ausschließlich an die Instruktionen der unter Artikel 2 dieses Mandatsvertrages bezeichnete(n) Person(en) zu halten. Sie ist ohne Instruktionen weder ermächtigt noch berechtigt, aber auch nicht verpflichtet, selbständig zu handeln. Die Beauftragte kann von sich aus – aber muss nicht – handeln, wenn Gefahr für die Gesellschaft in Verzug ist und Weisungen nicht oder nicht rechtzeitig eintreffen. …

…

Artikel 5

Die Beauftragte verpflichtet sich, jederzeit auf Verlangen des Auftraggebers ihre Mandate niederzulegen. …

…

Artikel 7

Der Auftraggeber ist verpflichtet, für die Erhaltung des statutarischen Grundkapitals der Gesellschaft Sorge zu tragen. …“

[7] Von der „W Stiftung V“ sind lediglich Teile des auf Grundlage der Stiftungsstatuten erlassenen Reglements bekannt, die auszugsweise wie folgt lauten:

„Art. 1

Herr V … ist zeit seines Lebens allein über das Stiftungsvermögen und dessen Erträge verfügungsberechtigt.

Art. 2

Nach dem Ableben von Herrn V soll das Stiftungsvermögen wie folgt physisch aufgeteilt werden:

(geschwärzt)

20% = Teil D steht Herrn V, …, zu.

(geschwärzt)

…

Art. 6

Herr V hat jederzeit das Recht, den Stiftungsrat um Abänderung dieses Reglements zu ersuchen. Nach seinem Tode darf es indessen nicht mehr verändert werden.“

[8] Bei Ableben des Erblassers war die Anstalt Inhaberin mehrerer Unternehmensbeteiligungen. Über den Umfang des Stiftungsvermögens ist nichts bekannt.

[9] Durch Teilurteil des LG Koblenz v. 9.6.2011 wurden die Schuldnerinnen verurteilt, dem Gläubiger (dortiger Kläger) über die Nachlassgegenstände, die Nachlassverbindlichkeiten sowie die Schenkungen des Erblassers an Dritte seit dem 13.10.2003 Auskunft zu erteilen und den Wert der Nachlassgegenstände zu ermitteln. Auf die Berufung der Schuldnerinnen wies das OLG Koblenz durch Urt. v. 8.11.2012 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels die Klage bzgl. des Wertermittlungsantrags ab.

[10] Zwischenzeitlich hatte das LG Koblenz auf Antrag des Gläubigers mit Beschl. v. 1.2.2012 gegen die Schuldnerinnen zur Erzwingung der Auskunftserteilung und Wertermittlung ein Zwangsgeld i.H.v. 5.000 €, ersatzweise Zwangshaft von 10 Tagen verhängt.

[11] Im Beschwerdeverfahren haben die Schuldnerinnen ein durch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erstelltes Gutachten über das Vermögen des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes sowie ein zusammenfassendes Nachlassverzeichnis vorgelegt, in dem die liechtensteinische Anstalt und Stiftung lediglich erwähnt werden, jedoch keine Auskünfte zum Vermögen derselben enthalten sind. Sie haben die Auffassung vertreten, dass sie insoweit keine Auskunft schulden, da weder das Anstalts- noch das Stiftungsvermögen pflichtteilsrelevant und die Vermögensausgliederung des Erblassers auf Anstalt und Stiftung sowie die Benennung der Begünstigten bereits lange vor dem auskunftspflichtigen Zeitraum erfolgt seien. Außerdem hätten sie dem Gläubiger alle Informationen zur Stiftung erteilt, über die sie verfügten.

[12] Mit Schriftsatz v. 30.1.2013 hat der Gläubiger das Zwangsvollstreckungsverfahren hinsichtlich des Wertermittlungsverlangens für erledigt erklärt und Kostenantrag gegen die Schuldnerinnen gestellt. Dem sind die Schuldnerinnen mit der Begründung entgegen getreten, dass der Vollstreckungsantrag von Anfang an unzulässig und unbegründet gewesen sei.

[13] Das OLG hat den Zwangsmittelbeschluss auf die Durchsetzung des Auskunftsbegehrens beschränkt und die weitergehende sofortige Beschwerde der Schuldnerinnen unter Kostenaufhebung zurückgewiesen. Mit der durch das Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen diese ihren Antrag auf Zurückweisung des Zwangsmittelantrags weiter, während der Gläubiger mit seiner Anschlussrechtsbeschwerde die Feststellung der Erledigung des Beschwerdeverfahrens hinsichtlich des Wertermittlungsanspruchs begehrt.

[14] II. Die zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

74243502_ZNotP_Innenteil.indd 60 06.03.15 10:39

[15] 1. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt, dass sowohl Anstalt als auch Stiftung zum Nachlassbestand gehörten und die von den Schuldnerinnen zu diesen bislang erteilten Auskünfte unzureichend seien.

[16] Bei der Anstalt handele es sich nicht um ein dauerhaft verselbstständigtes Vermögen; vielmehr ergebe sich aus den Statuten sowie dem Mandatsvertrag eine fortdauernde Einbindung der formal in die Anstalt ausgelagerten Bestandteile in das nachlassrelevante Gesamtvermögen des Erblassers. Der Erblasser, der treugeberischer Gründer der Anstalt gewesen sei, habe sich über schuldrechtliche Vereinbarungen mit der eingeschalteten Treuhänderin derart umfassende Verfügungsrechte vorbehalten, dass diesen ein eigenständiger Vermögenswert beizumessen sei, der dem Wert der Anstalt entsprechen dürfte. Zumindest seit 1999 sei er treugeberischer Inhaber der Gründerrechte gewesen, die vererblich gewesen seien und damit zum Nachlass zählten. Danach könne offenbleiben, ob im Hinblick auf die Anstalt von einem Scheingeschäft auszugehen sei.

[17] In ähnlicher Weise sei der Erblasser über das Vermögen der Stiftung zu Lebzeiten allein und in unbegrenztem Umfang verfügungsberechtigt geblieben. So hätte er jederzeit die Abänderung des Reglements dahin verlangen können, dass das Stiftungsvermögen an ihn zurückfließe. Einer Auskunftspflicht der Erbinnen stehe nicht entgegen, dass sich die im Reglement für das Ableben des Erblassers getroffenen Anordnungen als Schenkungen auf den Todesfall darstellten, da diese erst mit dem Todesfall angefallen seien. Auch greife der Einwand mangelnder eigener Kenntnis bzgl. der Stiftung nicht, weil den Ausführungen der Schuldnerinnen nicht entnommen werden könne, ob sie die ihnen zur Verfügung stehenden Ermittlungsmöglichkeiten ausgeschöpft hätten.

[18] 2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

[19] a) Bzgl. der vom Erblasser kontrollierten Anstalt liechtensteinischen Rechts ist der Auskunftsanspruch des Gläubigers noch nicht erfüllt.

[20] Zum auskunftspflichtigen Aktivnachlass zählen allerdings weder das Vermögen der Anstalt (hierzu aa) noch die Rechte des Erblassers an derselben (hierzu bb). Jedoch erfolgte durch die Zweit- und Drittbegünstigtenbestimmung im Beistatut der Anstalt von 1999 eine unentgeltliche Zuwendung des Erblassers zugunsten der Schuldnerinnen auf den Todesfall (hierzu cc), die – je nachdem, ob sie durch einen entsprechenden Rechtsgrund gedeckt ist – entweder einen Kondiktionsanspruch gegen die Schuldnerinnen begründet, der als Teil des Aktivnachlasses der Auskunftspflicht unterliegt (hierzu dd), oder aber dem fiktiven Nachlassbestand zuzurechnen ist, für den die Schuldnerinnen im Rahmen des Vollstreckungstitels ebenfalls als Erbinnen Auskunft schulden (hierzu ee).

[21] aa) Die Anstalt selbst sowie die von ihr gehaltenen Unternehmensbeteiligungen und sonstigen Vermögenswerte zählen nicht zum Nachlassbestand i.S.d. – gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB anwendbaren – § 2311 Abs. 1 Satz 1 BGB, da es sich bei ihr um eine besondere Unternehmensform liechtensteinischen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit handelt.

[22] (1) Die Rechtsfähigkeit der Anstalt ist nach liechtensteinischem Sachrecht zu beurteilen.

[23] Ob eine ausländische Unternehmensform als bestehend und als eigenständiger Träger von Rechten und Pflichten anzusehen ist, bestimmt sich nach ihrem Personalstatut (vgl. BGH, Urt. v. 17.11.1994 – III ZR 70/93, BGHZ 128, 41, 44). Dieses richtet sich bei Auslandsgesellschaften, die in einem Mitgliedstaat der EU oder – wie hier – des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) gegründet worden sind, nach der Gründungstheorie, derzufolge eine nach dem ausländischen Sachrecht wirksam gegründete Gesellschaft in der Rechtsform anzuerkennen ist, in welcher sie gegründet wurde (BGH, Urt. v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, BGHZ 178, 192 Rn. 19; v. 19.9.2005 – II ZR 372/03, NJW 2005, 3351 unter II 1 a [für die liechtensteinische Aktiengesellschaft]). Danach ist liechtensteinisches Recht maßgebliches Personalstatut der Anstalt.

[24] (2) Das hiernach maßgebende liechtensteinische Recht darf der Senat selbst ermitteln. Gem. den §§ 560, 576 Abs. 1 und 3 ZPO sind die Feststellungen des Beschwerdegerichts zum Inhalt ausländischen Rechts für das Rechtsbeschwerdegericht grds. bindend; soweit aber das Beschwerdegericht das ausländische Recht – wie hier – außer Betracht gelassen und es infolgedessen nicht gewürdigt hat, ist das Rechtsbeschwerdegericht nicht daran gehindert, es selbst zu ermitteln und seiner Entscheidung zugrunde zu legen (vgl. BGH, Urt. v. 12.11.2003 – VIII ZR 268/02, NJW-RR 2004, 308 unter II 1 a bb).

[25] Nach Art. 534 Abs. 1 des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts (PGR) ist eine Anstalt ein rechtlich verselbstständigtes Unternehmen, dem eigene Rechtspersönlichkeit und Rechtsfähigkeit zukommt (*von Oertzen/Ponath*, Asset Protection im deutschen Recht, 2. Aufl., Rn. 172; *Tamm*, Die liechtensteinische privatrechtliche Anstalt im Todesfall des Gründers, 2003, S. 21; *Fischer*, FS Delle Karth, 2013, S. 169, 171 f.). Gründe, welche aus Sicht des liechtensteinischen Rechts hier ausnahmsweise eine Außerachtlassung der Rechtssubjektivität rechtfertigten, insbesondere eine Missbrauchsabsicht des Erblassers, sind weder durch das Rechtsbeschwerdegericht festgestellt worden noch i.Ü. ersichtlich (vgl. zur Durchbrechung des Trennungsprinzips bei der Stiftung liechtensteinischen Recht OLG Düsseldorf, ZEV 2010, 528, 531 ff.; OLG Stuttgart, ZEV 2010, 265, 267).

[26] (3) Auch der Vorbehalt des ordre public gem. Art. 6 EGBGB gebietet es hier nicht, der Existenz der Anstalt die Anerkennung zu versagen. Die Rechtsform der juristischen Person kann nur in besonderen Ausnahmefällen beiseitegeschoben werden (BGH, Urt. v. 27.1.1975 – III ZR 117/72, WM 1975, 357 unter II 2), bspw. wenn die Steuerhinterziehung den Hauptzweck derselben bildet (BGH, Urt. v. 23.3.1979 – V ZR 81/77, WM 1979, 692 unter 1 a). Umstände, welche im konkreten Fall die Zubilligung der Rechtsfähigkeit als offensichtlich unvereinbar mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts erscheinen ließen, sind nicht erkennbar.

[27] bb) Auch die dem Erblasser an der Anstalt zustehenden Rechte sind nicht in den Nachlass gefallen.

[28] (1) Die dem Erblasser nach dem Beistatut i.V.m. § 6 der Anstaltsstatuten und Art. 545 Abs. 1 Nr. 1 PGR zustehenden Begünstigtenrechte gingen nach dem insoweit ebenfalls maßgeblichen liechtensteinischen Sachrecht nicht im Erbwege auf seine Rechtsnachfolger über. Zwar bestimmt sich der Umfang des Nachlasses grds. nach dem Erbstatut gem. Art. 25 EGBGB, hier nach deutschem Erbrecht. Ob ein Recht nach dem Tode des Erblassers noch vorhanden ist und einen Nachlassgegenstand darstellt, ist aber eine hiervon zu unterscheidende Vorfrage, die

gesondert kollisionsrechtlich anzuknüpfen ist (BGH, Urt. v. 10.6.1968 – III ZR 15/66, BB 1969, 197).

[29] Ob die Begünstigtenrechte des Erblassers in den Nachlass fielen, richtet sich dementsprechend nach dem Rechtsverhältnis, dem sie entsprungen sind, und das gemäß deutschem internationalen Privatrecht nach dem es beherrschenden Personalstatut der Anstalt zu beurteilen ist (vgl. BGH, a.a.O.). Das ist hier das Recht des Fürstentums Liechtenstein.

[30] Nach dessen Maßgabe ist es zulässig, die Begünstigung durch Schweigen in den Statuten den Gründerrechten folgen zu lassen (Art. 545 Abs. 1 bis PGR), sie vererblich auszugestalten oder sie durch u.U. nur beistatutarische Regelung zu bedingen sowie zu befristen (*Marok*, Die privatrechtliche liechtensteinische Anstalt unter besonderer Berücksichtigung der Gründerrechte, 1994, S. 149; *Tamm*, a.a.O., S. 124 f.; *Wiedl*, in: Europäisches Gesellschaftsrecht, 2012, S. 181, 197; zur Möglichkeit der sog. Begünstigtenkaskade im insoweit vergleichbaren Stiftungsrecht *Marxer & Partner*, Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht, 11. Aufl., S. 102). Letzteres ist hier geschehen, indem die Begünstigung des Erblassers im Beistatut durch seinen Tod auflösend befristet wurde, womit sie nicht mehr vererbt werden konnte.

[31] (2) Die gem. Art. 541 PGR grds. vererblichen Gründerrechte sind ebenfalls nicht in den Nachlass gefallen. Dabei kann dahinstehen, ob sie aufgrund der im Beistatut für unabänderlich erklärten Destinatärfestlegung nicht bereits mit dem Ableben des Erstbegünstigten untergegangen sind (vgl. zum Meinungsstand *Tamm*, a.a.O., S. 132 ff.). Jedenfalls war der Erblasser bei seinem Tode nicht Inhaber dieser Rechte, da er weder rechtlicher Gründer der Anstalt war noch eine Übertragung der Rechte durch die Gründerin auf ihn stattgefunden hat.

[32] Die fiduziarische Gründung begründete für den Erblasser gegenüber der Anstalt ebenfalls keine eigene Rechtsposition, sondern vermochte ihm lediglich einen Anspruch gegen die Gründerin auf Übertragung der Gründerrechte zu verschaffen (vgl. *Fischer*, a.a.O., S. 184). Auch ein eventueller Übergang dieses Anspruchs auf die Erben ist ohne Belang, da diesem zumindest aufgrund der nicht mehr abänderbaren Begünstigtenbestimmung kein Vermögenswert beizumessen ist.

[33] Nach dem Beistatut steht dem Begünstigten neben dem Ertrag auch das Kapital der Anstalt zu. Dadurch hat die Gründerin sogar im Fall der Auflösung der Anstalt keinen Anspruch auf den Liquidationserlös (*Unkrüer*, RIW 1998, 205, 206). Eine Einschränkung der Begünstigtenrechte ist der Gründerin nach dem Tode des Erblassers angesichts der Unabänderlichkeitserklärung der Beistatutsregelungen nicht mehr möglich (vgl. *Tamm*, a.a.O., S. 127, 130 f.; *Fischer*, a.a.O., S. 177; *Unkrüer*, RIW 1998, 207). Den Gründerrechten ist damit ihr vermögensrechtlicher Anteil zur Gänze entzogen, sodass sie – soweit sie noch bestehen sollten – nur noch organschaftliche Befugnisse enthalten, denen – ähnlich der Rechtsmacht eines Testamentsvollstreckers – kein wirtschaftlicher Wert mehr zukommt.

[34] cc) Die Zweit- und Drittbegünstigtenbestimmung im Beistatut der Anstalt ist jedoch eine wirksame lebzeitige Zuwendung des Erblassers zugunsten der Schuldnerinnen auf den Todesfall.

[35] (1) Bei der Begünstigungskaskade im Beistatut der Anstalt handelt es sich um eine Regelung, die nicht dem Erbstatut, sondern dem Personalstatut der Anstalt untersteht.

[36] Ob eine Anordnung auf den Todesfall bei einem Sachverhalt mit Auslandsbezug eine letztwillige oder lebzeitige Verfügung darstellt, ist eine Frage der Qualifikation, die sich nach der lex fori richtet (vgl. Senatsbeschl. v. 12.7.1965 – IV ZB 497/64, BGHZ 44, 121, 124; Senatsurt. v. 19.12.1958 – IV ZR 87/58, BGHZ 29, 137, 139).

[37] Als Mittel der gewillkürten Weitergabe von Vermögensgegenständen im Todesfall stehen dem Erblasser im deutschen Recht neben den Verfügungen von Todes wegen auch rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten außerhalb des Erbrechts offen. So kann er durch Rechtsgeschäft unter Lebenden für den Fall seines Todes sogar dingliche Verfügungen zugunsten der von ihm Bedachten treffen (Senatsurt. v. 19.10.1983 – IVa ZR 71/82, NJW 1984, 480 unter 1). Insbesondere im Recht der Personengesellschaften besteht die Möglichkeit der Zuwendung von Rechtspositionen auf den Todesfall kraft gesellschaftsvertraglicher Regelungen (BGH, Urt. v. 29.9.1977 – II ZR 214/75, NJW 1978, 264 unter B II 2 b zur Begründung eines Eintrittsrechts; v. 29.11.2011 – II ZR 306/09, WM 2012, 320 Rn. 20 zur Zuwendung einer Unterbeteiligung).

[38] Die Bestimmung weiterer Destinatäre im insoweit einem Gesellschaftsvertrag vergleichbaren Beistatut ist danach als lebzeitige Verfügung zu qualifizieren, weil sie eine aufschiebend befristete Gestaltung der Rechtsverhältnisse der Anstalt darstellt. Dem steht nicht entgegen, dass sie zu Lebzeiten des Erblassers noch jederzeit hätte abgeändert werden können, da ein fehlendes Anwartschaftsrecht des Berechtigten der Annahme einer Zuwendung unter Lebenden nicht entgegensteht (vgl. Senatsurt. v. 28.4.2010 – IV ZR 73/08, BGHZ 185, 252 Rn. 17).

[39] (2) Nach dem danach maßgeblichen liechtensteinischen Anstaltsrecht begegnet die Begünstigtenbestimmung zugunsten der Schuldnerinnen keinen Wirksamkeitsbedenken.

[40] Gem. Art. 545 Abs. 1 Nr. 1 PGR kann in den Anstaltsstatuten, zu denen auch das Beistatut zählt, bestimmt werden, wem die Anstalt und ihre Reingewinne zukommen. Diese Destinatärbestellung ist befristbar (hierzu bereits II 2 a bb (1) und unterliegt mangels erbrechtlicher Qualifikation auch nicht den für letztwillige Verfügungen geltenden Formvorschriften.

[41] (3) Die Begünstigtenbestimmung stellt auch für die Schuldnerin zu 1 eine Zuwendung auf den Todesfall dar, da jene mit Ableben ihres Vaters – ähnlich wie ein Nacherbe im deutschen Recht – ein Anwartschaftsrecht auf den Anstaltsgenuss erwarb. Die mit dem Tode des Erblassers eintretende Unabänderlichkeit der Statuten verschaffte ihr eine gesicherte Rechtsstellung, die durch Dritte nicht mehr einseitig beseitigt werden kann und zugleich gewährleistet, dass der Vollrechtserwerb der Drittbegünstigten nur noch vom festgeschriebenen Bedingungseintritt abhängt (vgl. *Marok*, a.a.O., S. 155 Fn. 703; *Müller/Bösch*, in Richter/Wachter, Handbuch des internationalen Stiftungsrechts, 2007, Länderbericht Liechtenstein, Rn. 132 [zur Anwartschaftsberechtigung im liechtensteinischen Stiftungsrecht]).

[42] dd) Ob die Schuldnerinnen das ihnen auf diese Weise Zugewandte auch behalten dürfen oder ob dem Nachlass insoweit ein Rückerstattungsanspruch aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung zusteht, über den nach Maßgabe des Vollstreckungstitels Auskunft zu erteilen wäre, bestimmt sich allerdings nicht nach den Statuten der Anstalt, sondern dem Kausalverhältnis zwischen dem Erblasser und den Zuwendungsempfängerinnen, das schuldrechtlich zu qualifizieren ist (Senatsurt. v. 21.5.2008 –

IV ZR 238/06, VersR 2008, 1054 Rn. 19, sowie v. 19.10.1983 – IVa 71/82, NJW 1984, 480 unter 1). Fehlt es in diesem an einem Rechtsgrund – die Schuldnerinnen haben zu einem solchen nichts vorgetragen – so ergibt sich ein Anspruch des Nachlasses aus den Grundsätzen der Leistungskondiktion, der mangels Identität von neuem Gläubiger, den beiden Erbinnen in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit, und Schuldner, die Erbinnen jeweils einzeln, auch nicht durch Konfusion, die in analoger Anwendung der §§ 1976, 2143, 2377 BGB bei der Pflichtteilsberechnung ohnehin außer Betracht bliebe (Senatsurt. v. 18.1.1978 – IV ZR 181/76, MDR 1978, 649, 650), untergegangen wäre.

[43] ee) Sollte hingegen eine wirksame Schenkung vorliegen, so unterlägen die zugewandten Begünstigenrechte als fiktive Nachlassaktiva ebenfalls der Auskunftspflicht der Schuldnerinnen.

[44] (1) In diesem Fall fände § 2325 Abs. 1 BGB Anwendung.

[45] Zwar sind keine Begünstigtenrechte vom Erblasser auf die Schuldnerinnen übergegangen, da die des Erblassers mit seinem Tode endeten und jene der Schuldnerinnen zur gleichen Zeit erst originär entstanden, sodass sie nie zum Erblasservermögen gehörten. Eine ergänzungspflichtige Schenkung setzt jedoch keine unmittelbare Übertragung von Vermögenswerten voraus. Vielmehr genügt hierfür bereits eine mittelbare Zuwendung, die im Fall eines Vertrags zugunsten Dritter auf den Todesfall bejaht wird, wenn der Erblasser den Anspruch des Bezugsberechtigten durch seine Leistungen an den Versprechenden gleichsam erkauft hat (Senatsurt. v. 28.4.2010 – IV ZR 73/08, BGHZ 185, 252 Rn. 17 f.).

[46] Hier gilt nichts anderes, obgleich das Rechtsverhältnis zwischen Erblasser und Anstalt nicht vertraglicher Natur ist. Denn auch hier werden die Entreicherung des Erblassers und die Bereicherung der Schuldnerinnen durch die Einschaltung einer Zwischenperson und rechtsgeschäftliche Einwirkungsmöglichkeiten des Erblassers auf diese vermittelt. Wenn der Erblasser nicht dafür Sorge getragen hätte, dass die Anstalt gegründet sowie mit Teilen seines Vermögens ausgestattet wird und dass die zur Destinatärbestimmung allein befugte Gründerin – mandatsvertraglich abgesichert – seinen Weisungen unterliegt, wäre den Schuldnerinnen der den fraglichen Begünstigtenrechten innewohnende Vermögenswert nicht zugewachsen. Der Erblasser hat seinen Töchtern auf diese Weise mit seinen Mitteln einen Vermögensgegenstand verschafft und sie damit aus seinem Vermögen bereichert.

[47] (2) Die Schuldnerinnen sind als „Dritte“ im Sinne des Titeltenors anzusehen. Ausweislich der Entscheidungsgründe erfolgte die Verwendung des Begriffs in Anlehnung an § 2325 Abs. 1 BGB. Danach erfasst der Personenkreis der Dritten auch die Erben selbst (MünchKomm-BGB/*Lange*, 6. Aufl., § 2325 BGB Rn. 15; vgl. auch Motive V, S. 457: „Schenkung an einen Anderen als den Pflichtteilsberechtigten“).

[48] (3) Die Zuwendung erfolgte in den durch die Urteilsformel gezogenen zeitlichen Grenzen. Entscheidend ist insofern – wie auch die Bezugnahme in den Entscheidungsgründen auf das zwischenzeitlich überholte Senatsurt. v. 25.6.1997 (IV ZR 233/96, NJW 1997, 2676) verdeutlicht – der Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung (a.a.O. unter II). Dieser erfolgte hier nicht durch die Vermögensübertragung vom Erblasser auf die Anstalt oder die Begünstigtenbenennung, sondern mit Ableben des Erblassers, da der Rechtserwerb der Schuldnerinnen erst in diesem Moment eintrat.

[49] (4) Der Auskunftspflicht entsprechend den Grundsätzen im Senatsurt. v. 28.4.2010 (IV ZR 73/08, BGHZ 185, 252) stehen entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde auch die liechtensteinischen Verjährungsregeln nicht entgegen, da das für die Beurteilung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs maßgebliche Erbstatut deutsches Recht ist. Nachdem die Kollisionsnorm des Art. 25 Abs. 1 EGBGB unmittelbar auf dieses verweist, kommt es auf die Ausführungen der Schuldnerinnen zum internationalen Privatrecht des Fürstentums Liechtensteins nicht an.

[50] b) Auch im Hinblick auf die vom Erblasser beherrschte Stiftung ist der titulierte Auskunftsanspruch des Gläubigers noch nicht erfüllt. Dabei kann offenbleiben, ob das Vermögen der Stiftung selbst als Nachlassbestandteil anzusehen ist, weil jener keine Rechtspersönlichkeit zuzuerkennen wäre. Denn jedenfalls sind die im Reglement für das Ableben des Alleinverfügungsberechtigten getroffenen Bestimmungen als Zuwendungen des Erblassers zugunsten Dritter auf den Todesfall zu bewerten, die wiederum entweder Kondiktionsansprüche gegen die so Begünstigten begründen oder dem fiktiven Nachlassbestand zuzurechnen sind; für beides wären die Schuldnerinnen auskunftspflichtig (hierzu aa). Der erstmals im Rechtsbeschwerdeverfahren erhobene Einwand der Unmöglichkeit weitergehender Auskunftserteilung greift nicht durch (hierzu bb).

[51] aa) Die Anerkennung der Stiftung als selbstständiger Rechtsträger braucht hier nicht abschließend geklärt zu werden. Selbst wenn die Stiftungsaktiva als vom Nachlass getrenntes Vermögen einer juristischen Person liechtensteinischen Rechts anzuerkennen sein sollten, wäre der titulierte Auskunftsanspruch des Gläubigers bzgl. der Stiftung noch nicht erfüllt. Die Rechtslage entspricht dann derjenigen im Fall der Anstalt (s. hierzu oben II 2 a cc bis ee):

[52] Die im Stiftungsreglement enthaltene Vorschrift zur Verteilung des Stiftungsvermögens bei Ableben des Erblassers ist als lebzeitige Zuwendung desselben auf den Todesfall zugunsten der benannten Empfänger zu bewerten. Die Anordnung der kompletten Vermögensauskehrung zu einem definierten Zeitpunkt stellt eine durch Art. 568, 3. Var. PGR in der vor dem 1.4.2009 gültigen Fassung (im Folgenden: a.F.) eröffnete Befristung der Stiftung sowie eine zulässige Bestimmung der Letztbegünstigten dar (vgl. *Wiedl*, a.a.O., S. 181, 191), denen auf diese Weise kraft der Stiftungsdokumente Rechtspositionen auf den Tod des Erblassers zugewandt wurden. Falls den Zuwendungen keine wirksamen Schenkungen zugrunde liegen sollten, stünden dem Nachlass gegen die Empfänger Rückforderungsansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung zu, über die dem Gläubiger Auskunft zu erteilen wäre. Anderenfalls wäre die Letztbegünstigung als mittelbare Zuwendung des Erblassers Teil des für die Pflichtteilsergänzung relevanten Fiktivnachlasses, der ebenfalls der Auskunftspflicht innerhalb der durch den Titeltenor gezogenen zeitlichen Grenzen unterliegen würde, da der Rechtserwerb der Letztbegünstigten erst mit Ableben des Erblassers eintrat.

[53] bb) Der Einwand der Schuldnerinnen, dass ihnen bzgl. der Stiftung keine weitergehenden Auskünfte möglich seien, bleibt erfolglos, nachdem der zugrunde liegende Sachvortrag erst im Rechtsbeschwerdeverfahren gehalten worden ist (§§ 577 Abs. 2 Satz 4, 559 Abs. 1 ZPO). In ihren instanzgerichtlichen Schriftsätzen haben sie ausschließlich mitgeteilt, dass ihnen über die Stiftung nicht mehr bekannt sei, als sie dem Gläubiger bereits mitgeteilt hätten. Daraus ergibt sich nicht, dass es ihnen nicht möglich wäre, sich darüber hinausreichende Kenntnis zu verschaffen.

[54] Entgegen der Auffassung des Gläubigers dürfte die Stiftung gem. Art. 557 Abs. 2 PGR a.F. nicht in das liechtensteinische Öffentlichkeitsregister einzutragen gewesen und damit wohl auch nicht eingetragen worden sein. Indes wäre die Stiftungsurkunde dann gem. Art. 554 PGR a.F. beim Öffentlichkeitsregisteramt zumindest zu hinterlegen gewesen, wo sie von den Schuldnerinnen u.U. noch heute eingesehen werden kann (vgl. *Müller/Bösch*, a.a.O., Länderbericht Liechtenstein, Rn. 95).

[55] III. Der Anschlussrechtsbeschwerde bleibt der Erfolg versagt, soweit sie sich gegen die Auferlegung von erstinstanzlichen Kosten durch das Beschwerdegericht wendet und die Feststellung begehrt, dass sich das Beschwerdeverfahren teilweise erledigt habe. I.Ü. führt sie zur Feststellung der Teilerledigung des Zwangsmittelantrags, zur Zurückweisung der sofortigen Beschwerde sowie zur Auferlegung der zweitinstanzlichen Kosten zulasten der Schuldnerinnen.

[56] 1. Die Anfechtung der Kostenentscheidung für das Vollstreckungsverfahren ist unzulässig, da dem Gläubiger das hierfür erforderliche Rechtsschutzbedürfnis fehlt.

[57] Das Rechtsschutzinteresse stellt keine besondere Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels dar. Indes kann bei ganz besonderer Sachlage eine Prüfung angezeigt sein, ob eine unnötige, zweckwidrige oder missbräuchliche Beschreitung des vom Gesetz vorgesehenen Rechtsmittelweges anzunehmen ist (Senatsurt. v. 3.11.1971 – IV ZR 26/70, BGHZ 57, 224, 225). Dies kann der Fall sein, wenn bei materieller Erledigung der Hauptsache die Klageabweisung durch Erledigungserklärung ersetzt werden soll (BGH, Urt. v. 23.4.1958 – V ZR 229/56, NJW 1958, 995, 996).

[58] Ein solcher Ausnahmefall liegt hier vor. Der Gläubiger wendet sich gegen die teilweise Auferlegung der Kosten für das Vollstreckungsverfahren durch das Beschwerdegericht gem. § 788 Abs. 3 ZPO, da diese Vorschrift lediglich einen materiellen, hier nicht gegebenen Kostenerstattungsanspruch des Schuldners normiere, der für die nach § 891 Satz 3 ZPO zu treffende Kostenentscheidung keine Rolle spiele. Vielmehr müssten die Schuldnerinnen nach Auferlegung der kompletten Kostenlast gem. § 91 ZPO gesondert nach § 717 Abs. 2 oder Abs. 3 ZPO gegen den Gläubiger hinsichtlich der ihn treffenden Kosten vorgehen.

[59] Der Gläubiger beanstandet damit nicht, dass er die Kosten des Vollstreckungsverfahrens im fraglichen Umfang am Ende zu tragen hat, sondern nur den Weg, auf dem die Schuldnerinnen zu diesem Ergebnis gelangen. Es liefe jedoch auf eine reine Förmelei hinaus und widerspräche den Grundsätzen der Prozessökonomie, die Kostenentscheidung diesbezüglich in seinem Sinne zu ändern und ihm damit die Möglichkeit der Festsetzung von Kosten zu eröffnen, die er ungeachtet der Frage, welche von diesen unter § 788 Abs. 3 ZPO fallen und welche nach § 717 Abs. 2 Satz 1 ZPO zu ersetzen sind (vgl. zum Streitstand statt aller *Münzberg,* in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 788 Rn. 51 m.w.N.), den Schuldnerinnen im unmittelbaren Anschluss wieder zu erstatten hätte. Ein schutzwürdiges Interesse an der Durchführung eines Rechtsmittelverfahrens zum Zwecke einer solchen Abänderung der Kostenentscheidung ist nicht zu erkennen.

[60] 2. I.Ü. ist die Anschlussrechtsbeschwerde gem. § 574 Abs. 4 ZPO zulässig und weitgehend begründet.

[61] a) Dem Gläubiger fehlt es diesbezüglich nicht am Rechtsschutzbedürfnis. Zwar richtet er sich im Ergebnis ebenfalls gegen die Kostenentscheidung (hier: für das Beschwerdeverfahren). Die für die Durchsetzung des Wertermittlungsanspruchs im Rechtsmittelverfahren angefallenen Mehrkosten fallen dem Gläubiger jedoch anders als diejenigen des erstinstanzlichen Zwangsmittelverfahrens nach der Teilaufhebung des Titels nicht ohne Weiteres zur Last, sondern nur dann, wenn die sofortige Beschwerde der Schuldnerinnen insoweit zulässig und begründet war. Denn der Schuldner kann nur notwendige Kosten erstattet verlangen, zu denen solche nicht zählen, die durch unbegründete Rechtsbehelfe entstehen (vgl. BGH, Urt. v. 31.5.1965 – VII ZR 159/64, WM 1965, 1022 unter III). Eben dies macht der Gläubiger hier geltend.

[62] b) Die Anschlussrechtsbeschwerde hat im danach zulässigen Umfang auch größtenteils Erfolg.

[63] aa) Das Beschwerdegericht hat die einseitige Erledigungserklärung des Gläubigers in Bezug auf sein Wertermittlungsverlangen rechtsfehlerhaft unberücksichtigt gelassen.

[64] Die im Klageverfahren anerkannte einseitige Erledigungserklärung ist auch im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens nach § 888 ZPO möglich und auf die Feststellung gerichtet, dass der Vollstreckungsantrag ursprünglich zulässig sowie begründet war und durch ein nachträgliches Ereignis unzulässig oder unbegründet geworden ist (OLG Stuttgart, MDR 2010, 1078; OLG Köln, OLGR 2004, 79, 80; OLG Rostock, OLGR 1997, 360, 362). Die damit verbundene Antragsänderung kann noch im Rechtsmittelverfahren erfolgen (Zöller/*Vollkommer*, ZPO, 30. Aufl., § 91a Rn. 36 ff.).

[65] bb) Sie veranlasste indes nicht die vom Gläubiger mit seiner Anschlussrechtsbeschwerde verfolgte Feststellung, dass sich das Beschwerdeverfahren teilweise erledigt habe. Eine solche ist nur dann möglich, wenn der Beschwerdeführer sein Rechtsmittel für erledigt erklärt. Die Schuldnerinnen als Beschwerdeführerinnen sind der Erledigungserklärung des Gläubigers aber entgegengetreten und haben die Auffassung vertreten, dass mit der Teilaufhebung des Titels kein Ereignis eingetreten sei, welches ihre Beschwerde erledigt hätte.

[66] cc) Vielmehr war auf die Erledigungserklärung hin festzustellen, dass sich der Vollstreckungsantrag – im Umfang der Erledigungserklärung – erledigt hat, und die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

[67] (1) Der Antrag auf Zwangsmittelverhängung gem. § 888 ZPO war ursprünglich in Bezug auf das Wertermittlungsbegehren des Gläubigers zulässig und begründet. Insbesondere war jenes zumindest im Hinblick auf die liechtensteinische Anstalt und Stiftung noch nicht erfüllt worden (vgl. hierzu die Ausführungen unter II 2). Erst durch die im Urteil des OLG Koblenz v. 8.11.2012 enthaltene Teilaufhebung des vorläufig vollstreckbaren Titels wurde dem Antrag des Gläubigers in Bezug auf das Wertermittlungsverlangen die Grundlage entzogen, wodurch er sich insoweit nachträglich erledigt hat.

[68] (2) Nach erfolgreicher Umstellung des Vollstreckungsantrags auf Feststellung seiner (Teil-)Erledigung war die durch Eintritt des erledigenden Ereignisses in Bezug auf das Wertermittlungsverlangen vorübergehend erfolgversprechende sofortige Beschwerde zurückzuweisen, da sie wieder zur Gänze unbegründet geworden war.

[69] dd) Nachdem die sofortige Beschwerde damit insgesamt erfolglos bleibt, haben die Kosten des Beschwerdeverfahrens gem. § 97 Abs. 1 ZPO ausschließlich die Schuldnerinnen zu tragen.

[70] IV. Die Kostenentscheidung für das Rechtsbeschwerdeverfahren beruht auf den §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Kriterien zur Auslegung eines Ehegattentestaments nach Erbausschlagung durch den überlebenden Ehegatten

BGB §§ 2084, 2096, 2269

Leitsatz (amtlich):

Zur Auslegung eines Ehegattentestaments, wenn der überlebende Ehegatte die Erbschaft ausschlägt.

OLG Hamm, Beschl. v. 14. 3. 2014 – 15 W 136/13

(vgl. auch den Beitrag von Kanzleiter, ZNotP 2015, 54 [in diesem Heft])

I. Die Beteiligte zu 1 ist die aus der ersten Ehe des Erblassers hervorgegangene Tochter. Der Beteiligte zu 2 ist ein Neffe der zweiten Ehefrau des Erblassers, der C.

Als maßgebliche letztwillige Verfügung hat der Erblasser ein gemeinsam mit seiner zweiten Ehefrau errichtetes, eigenhändig geschriebenes und unterschriebenes Testament v. 30.3.2005 hinterlassen, in dem die folgenden Verfügungen getroffen werden:

„Wir setzen uns gegenseitig zu alleinigen Erben ein.

Als Erben des Zuletztversterbenden von uns setzen wir zu gleichen Teilen ein:

S, geborenen C, …

H, …“

Mit einer am 26.10.2012 beim Nachlassgericht eingegangenen Erklärung hat C die Erbschaft nach dem Erblasser aus allen gesetzlichen und testamentarischen Berufungsgründen ausgeschlagen (AG Bocholt – 37 VI 400/12).

Am 30.10.2012 ist die letztwillige Verfügung des Erblassers eröffnet worden (AG Bocholt – 37 IV 743/12).

Unter dem 7.1.2013 hat die Beteiligte zu 1 die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Alleinerbin nach gesetzlicher Erbfolge ausweist.

Der Beteiligte zu 2 ist dem Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 entgegengetreten und hat die Auffassung vertreten, dass er neben der Beteiligten zu 1 aufgrund der letztwilligen Verfügung v. 30.3.2005 Erbe zu 1/2 geworden sei.

Durch Beschl. v. 19.2.2013 hat das AG – Nachlassgericht – in Bezug auf den Antrag der Beteiligten zu 1 die zur Erteilung des Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet.

Gegen diesen dem Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 2 am 27.2.2013 zugestellten Beschluss hat der Beteiligte zu 2 durch Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten v. 26.3.2013 Beschwerde eingelegt. In dem Beschwerdeschriftsatz hat der Beteiligte zu 2 die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins, der die beiden Beteiligten als Erben zu je 1/2 Anteil ausweist, beantragt.

Die Beschwerdeschrift ist am 26.3.2013 beim AG eingegangen.

Das AG hat durch Beschl. v. 8.4.2013 das Verfahren über den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 2 ausgesetzt, der Beschwerde nicht abgeholfen und selbige dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten und des übrigen Sachverhaltes wird auf den gesamten Akteninhalt Bezug genommen.

II. Die Beschwerde ist gem. § 58 FamFG statthaft und auch i.Ü. zulässig.

Der Beschwerdewert von 600 € gem. § 61 Abs. 1 FamFG ist erreicht.

Schließlich ist die Beschwerde form- und fristgerecht eingelegt (§§ 63, 64 FamFG).

In der Sache hat die Beschwerde keinen Erfolg.

Die Beteiligte zu 1 ist als einziger Abkömmling des Erblassers dessen Alleinerbin geworden (§§ 1922, 1924 BGB). Ein gesetzliches Erbrecht der Ehefrau des Erblassers besteht nicht, da C die Erbschaft aus allen Berufungsgründen wirksam ausgeschlagen hat (§§ 1944, 1945 BGB).

Dem gesetzlichen Erbrecht der Beteiligten zu 1 steht auch keine letztwillige Verfügung des Erblassers entgegen.

Die in dem formwirksam errichteten Ehegattentestament v. 30.3.2005 von dem Erblasser zur Alleinerbin berufene C hat die ihr zugedachte Erbschaft wirksam ausgeschlagen.

Die in dem Ehegattentestament v. 30.3.2005 weiter ausdrücklich geregelte Konstellation, dass die Beteiligten zu 1 und 2 zu gleichen Teilen Schlusserben nach dem Letztversterbenden werden, ist vorliegend nicht gegeben, da der Erblasser der Ehegatte ist, der als erster verstorben ist.

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind in dem Ehegattentestament auch nicht zu Ersatzerben für den Fall berufen, dass der überlebende Ehegatte die ihm zufallende Erbschaft ausschlägt. Eine ausdrückliche Berufung der Beteiligten zu 1 und 2 zu Ersatzerben enthält die letztwillige Verfügung nicht. Dass die Beteiligten zu 1 und 2 als Ersatzerben für den Fall der Ausschlagung durch den überlebenden Ehegatten berufen sein sollen, kann der letztwilligen Verfügung auch nicht im Wege der Auslegung entnommen werden.

Die Testamentsauslegung hat zum Ziel, den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen. Dabei ist vom Wortlaut auszugehen. Dieser ist jedoch nicht bindend. Vielmehr sind der Wortsinn und die vom Erblasser benutzten Ausdrücke zu hinterfragen, um festzustellen, was er mit seinen Worten hat sagen wollen und ob er mit ihnen genau das wiedergegeben hat, was er zum Ausdruck bringen wollte (BGH v. 7.10.1992 – IV ZR 160/91, NJW 1993, 256 m.w.N.). Maßgeblich ist insoweit allein sein subjektives Verständnis der von ihm verwendeten Begriffe (BGH, FamRZ 1987, 475, 476; Palandt/*Weidlich*, BGB, 73. Aufl., § 2084 Rn. 1). Zur Ermittlung des Inhalts der testamentarischen Verfügungen ist der gesamte Inhalt der Testamentsurkunde einschließlich aller Nebenumstände, auch solcher außerhalb des Testaments, heranzuziehen und zu würdigen (BGH v. 7.10.1992 – IV ZR 160/91, NJW 1993, 256 m.w.N.). Solche Umstände können vor oder auch nach der Errichtung des Testamentes liegen. Dazu gehört das gesamte Verhalten des Erblassers, seine Äußerungen und

Handlungen (Palandt/*Weidlich*, a.a.O., § 2084 Rn. 2 m.w.N.). Kann sich der Richter auch unter Auswertung aller Umstände von dem tatsächlich vorhandenen wirklichen Willen des Erblassers nicht überzeugen, muss er sich mit dem Sinn begnügen, der dem Erblasserwillen mutmaßlich am ehesten entspricht (BGH v. 7.10.1992 – IV ZR 160/91, NJW 1993, 256).

Sinn und Zweck eines Ehegattentestaments mit Einsetzung des überlebenden Ehegatten als Alleinerben und weiteren Personen als Schlusserben ist es, dass das gemeinsam erwirtschaftete Vermögen der Ehegatten zunächst dem überlebenden Ehegatten ohne jede Einschränkung zukommen zu lassen, um das gemeinsame Vermögen nach dem Tode des Letztversterbenden den Schlusserben zukommen zu lassen. Dem liegt regelmäßig die Erwartung zugrunde, dass der überlebende Ehegatte das ihm Zugewandte auch annimmt. Diesen Zweck hat die Ehefrau des Erblassers im vorliegenden Fall unterlaufen, indem sie das ihr Zugewandte gerade ausgeschlagen hat, um die Verfügungsbefugnis über ihr eigenes Vermögen zurückzuerlangen (§ 2271 Abs. 2 BGB). Dass der Erblasser für diese Konstellation den Willen haben soll, die als Schlusserben für das gemeinsame Vermögen ausgewählten Personen als (Ersatz-)Erben für sein Vermögen zu bestimmen, kann regelmäßig nicht angenommen werden. Auch im vorliegenden Fall spricht nichts für einen derartigen Willen des Erblassers. Denn mit der Ausschlagung der überlebenden Ehefrau verliert die Beteiligte zu 1 die mit erbrechtlicher Bindungswirkung ausgestattete Aussicht, nach deren Tod zur Schlusserbin berufen zu sein. Darin liegt ein Unterschied mit tragender Bedeutung gegenüber der Fallgestaltung, in der die Ehegatten ihre Regelung in einem Erbvertrag getroffen haben, deren vertragliche Bindungswirkung durch eine Ausschlagung des überlebenden Ehegatten nicht berührt wird. Es spricht deshalb nichts dafür, dass der Erblasser auch für den Fall des Erlöschens der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments das gesetzliche Erbrecht seiner Tochter in der Weise hat beschränken wollen, dass sie aus seinem eigenen Nachlass wertmäßig nur den Pflichtteil erhält, während sie von der Schlusserbfolge insgesamt ausgeschlossen wird. Das konkrete Vorbringen der Beteiligten rechtfertigt keine andere Beurteilung. Dass das Verhältnis des Erblassers zum Beteiligten zu 2 gut gewesen sein soll, und dass der Erblasser zunächst nicht willens gewesen sein soll, die Beteiligte zu 1 als Schlusserbin einzusetzen, lässt keinen Schluss darauf zu, dass er die Beteiligten zu 1 und 2 zu seinen Erben berufen hätte, wenn ihm die Ausschlagung durch seine Ehefrau bekannt gewesen wäre.

Auf die vom AG behandelte Frage einer wirksamen Testamentsanfechtung kommt es danach nicht an.

Zu einer Bescheidung des Erbscheinsantrags des Beteiligten zu 2 war der Senat nicht berufen, da das AG die Bescheidung dieses Antrags sachgerecht bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens über den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 ausgesetzt hat.

Die Kostenentscheidung findet ihre Grundlage in § 84 FamFG.

Die Wertfestsetzung beruht auf den §§ 131 Abs. 4, 30 Abs. 1 und 2 Satz 1 KostO.

Der Senat geht bei der Wertbestimmung von den von den Beteiligten übereinstimmend gemachten Angaben zum Nachlasswert aus. Der Senat bewertet das Interesse des Beteiligten zu 2 an dem Nachlass allerdings nur mit der Hälfte des Nachlasses, da dieser nur den entsprechenden Teil des Nachlasses für sich beansprucht.

Die Voraussetzungen zur Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 FamFG liegen nicht vor.

Familienrecht

Kindesunterhalt beim Wechselmodell

BGB §§ 1603 Abs. 2, 1606 Abs. 3

Leitsätze (amtlich):

1. **Die im Rahmen eines Wechselmodells von einem Elternteil geleistete Kinderbetreuung kann nicht zur Befreiung von seiner Barunterhaltspflicht führen.**
2. **Im Fall des Wechselmodells haben beide Elternteile für den Barunterhalt einzustehen. Der Unterhaltsbedarf bemisst sich nach dem beiderseitigen Einkommen der Eltern und umfasst außerdem die infolge des Wechselmodells entstehenden Mehrkosten (vor allem Wohn- und Fahrtkosten).**
3. **Ob ein Elternteil die Hauptverantwortung für ein Kind trägt und damit seine Unterhaltspflicht i.S.d. § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB bereits durch Erziehung und Pflege erfüllt, ist eine Frage tatrichterlicher Würdigung. Dabei kommt der zeitlichen Komponente der von ihm übernommenen Betreuung zwar eine Indizwirkung zu, ohne dass sich allerdings die Beurteilung allein hierauf zu beschränken braucht (im Anschluss an Senatsbeschl. v. 12.3.2014 – XII ZB 234/13, FamRZ 2014, 917).**

BGH, Beschl. v. 5. 11. 2014 – XII ZB 599/13

[1] I. Die Antragstellerin macht als Trägerin der Unterhaltsvorschusskasse Kindesunterhalt aus übergegangenem Recht gegen den Antragsgegner geltend.

[2] Der Antragsgegner ist der Vater der minderjährigen Kinder F (geboren im November 2004) und J (geboren im November 2006). Seine Ehe mit der Mutter ist inzwischen geschieden. Die Antragstellerin erbringt für die Kinder seit Januar 2011 Unterhaltsvorschussleistungen.

[3] Der 1968 geborene Antragsgegner ist Diplom-Ökonom und war in der Vergangenheit mit verschiedenen Unternehmen, u.a. als Wirtschaftsberater und Versicherungsmakler, selbstständig. Über das Vermögen mehrerer Unternehmen wurden von 2009 – 2011 wie auch anschließend über das Privatvermögen des Antragsgegners Insolvenzverfahren eröffnet. Der Antragsgegner übte zuletzt eine Erwerbstätigkeit in einem Call-Center im Umfang von 30 Wochenstunden und mit einem monatlichen Bruttogehalt von 1.150 € aus. Zzt. ist er arbeitslos. Nach einer von den Eltern getroffenen Vereinbarung betreut der Antragsgegner die Kinder an 6 von 14 Tagen. Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Voraussetzungen eines Wechselmodells erfüllt sind.

[4] Die Antragstellerin hat für die Kinder beginnend ab Juli 2011 den Mindestunterhalt geltend gemacht, jeweils abzgl. des vollen Kindergelds, das die Mutter bezieht. Das AG hat den Antragsgegner antragsgemäß zum Unterhalt verpflichtet. Auf die Beschwerde des Antragsgegners hat das OLG den monatlichen Unterhalt für die Zeit v. Juli 2011 bis Oktober 2012 auf 97 € für

F und 72 € für J festgesetzt, für November und Dezember 2012 auf je 85 € und für die Zeit ab Januar 2013 auf je 60 €.

[5] Dagegen wendet sich der Antragsgegner mit seiner – zugelassenen – Rechtsbeschwerde, mit welcher er die Abweisung der Unterhaltsanträge erstrebt.

[6] II. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

[7] 1. Nach Auffassung des OLG ist der Antragsgegner allerdings für den Mindestunterhalt der Kinder nicht hinreichend leistungsfähig. Die vom Antragsgegner erhobenen Einwände, er sei wegen des nach seinem Vortrag praktizierten Wechselmodells überhaupt nicht barunterhaltspflichtig und i.Ü. jedenfalls vollständig leistungsunfähig, seien aber nicht begründet.

[8] Ein Wechselmodell liege nur bei einer (fast) hälftigen Teilung der Kindesbetreuung vor, während der zeitlichen Komponente nur indizielle Bedeutung dafür zukomme, ob ein Elternteil die Hauptverantwortung für ein Kind trage. Für die restriktive Annahme eines Wechselmodells sprächen auch verfahrensökonomische Erwägungen. Die Annahme eines Wechselmodells habe nämlich zur Folge, dass kein Elternteil das Kind mehr i.S.v. § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB in Obhut habe und zur Geltendmachung des Kindesunterhalts ein Pfleger bestellt werden müsste. Auch der Bezug von Unterhaltsvorschussleistungen sei dann nicht möglich, außerdem seien Schwierigkeiten bei der Bezugsberechtigung für das Kindergeld zu erwarten. Hinzu kämen Ungewissheiten und Unklarheiten bei der Berechnung des Kindesunterhalts, weil nun beide Eltern barunterhaltspflichtig seien, ein Mehrbedarf wegen des mit dem Wechselmodell verbundenen erhöhten Aufwands hinzugerechnet werden müsse und der Barunterhalt sich wegen der als Naturalleistung erbrachten Betreuung mindere. Die großzügige Annahme eines Wechselmodells könne zu einem Rückgang der Bereitschaft zur Einräumung weitreichender Umgangskontakte führen. Dagegen könne ein Mehraufwand, der dem Kindesvater aufgrund des erhöhten Betreuungsaufwands anfalle, auch bei enger Auslegung des Wechselmodellbegriffs berücksichtigt werden. Das ermögliche eine großzügigere unterhaltsrechtliche Berücksichtigung von Mehrkosten, welche allerdings konkret geltend zu machen seien.

[9] Im vorliegenden Fall sei ein Wechselmodell nicht gegeben. Dabei sei nicht auf die vom Antragsgegner aufgestellte stunden- bzw. minutengenaue Berechnung der Betreuungsanteile abzustellen. Dadurch werde eine Exaktheit suggeriert, die mit der Lebenswirklichkeit wenig zu tun haben dürfte. Es sei auch nicht zu berücksichtigen, ob die Betreuung an Werktagen oder Feiertagen erfolge, weil anderenfalls eine Unterhaltsberechnung für die Zukunft nicht möglich sei. Die seit der Trennung praktizierte Kinderbetreuung an 6 von 14 Tagen bedeute einen Betreuungsanteil des Antragsgegners von 43 %. Da somit der Anteil der Mutter 57 % betrage, liege der Schwerpunkt der Betreuung weiterhin bei dieser.

[10] Dem Antragsgegner sei ein fiktives Einkommen zuzurechnen, weil er seine erhöhte Erwerbsobliegenheit nicht erfüllt habe. Allerdings sei er auch aufgrund dessen nur zur Zahlung eines Teils des Mindestunterhalts in der Lage. In Anbetracht der zu berücksichtigenden Betreuungszeiten sei dem Antragsgegner neben der Tätigkeit im Umfang von 30 Wochenstunden entsprechend seiner früheren Tätigkeit im Call-Center eine zusätzliche Tätigkeit an Montag- und Dienstagvormittagen zumutbar, aus der er weitere 295 € und insgesamt mithin ein monatliches Nettoeinkommen von 1.173 € erzielen könne. Abzgl. der Kosten einer Monatskarte für öffentliche Verkehrsmittel belaufe sich das erzielbare bereinigte Einkommen auf 1.119 €. Mehrkosten des Antragsgegners wegen der von ihm übernommenen Kindesbetreuung seien davon nicht abzuziehen. Denn der Antragsgegner habe zu solchen Kosten trotz mehrerer Hinweise nichts vorgetragen und damit auch eine großzügige Schätzung eventueller Mehrkosten nicht ermöglicht.

[11] 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

[12] Der Antragsgegner ist seinen Kindern zumindest im zugesprochenen Umfang nach § 1601 BGB zum Barunterhalt verpflichtet. Die Ansprüche der Kinder sind nach § 7 Abs. 1 Satz 1 UVG kraft Gesetzes auf die Antragstellerin übergegangen.

[13] a) Die Antragstellerin verfolgt lediglich den Mindestunterhalt nach § 1612a Abs. 1 BGB, sodass der Unterhaltsbedarf der Kinder nach § 1610 BGB keine besondere Darlegung erfordert (vgl. Wendl/*Klinkhammer*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl., § 2 Rn. 224). Die Unterhaltsbedürftigkeit der Kinder nach § 1602 BGB steht außer Streit.

[14] Nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des OLG ist der Antragsgegner im Rahmen der gesteigerten Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 BGB unter Wahrung des hierfür von der Düsseldorfer Tabelle und den Leitlinien der OLG ausgewiesenen notwendigen Selbstbehalts (bis Dezember 2012: 950 €, ab Januar 2013: 1.000 €) im Umfang der zugesprochenen Beträge leistungsfähig. Dass das OLG trotz gesteigerter Unterhaltspflicht keine zusätzliche, über den Umfang einer vollschichtigen Tätigkeit hinausgehende Nebentätigkeit des Antragsgegners für erforderlich gehalten hat (vgl. Senatsbeschl. v. 22.1.2014 – XII ZB 185/12, FamRZ 2014, 637 Rn. 18 und v. 24.9.2014 – XII ZB 111/13, Rn. 19, 23), nimmt auf die vom Antragsgegner geleistete Kinderbetreuung Rücksicht und ist – abgesehen davon, dass dies für den Antragsgegner günstig ist – aus Rechtsgründen daher nicht zu beanstanden.

[15] b) Der Antragsgegner wird nach § 1606 Abs. 3 BGB jedenfalls von einem Unterhalt in der zugesprochenen Höhe nicht befreit.

[16] aa) Eine Befreiung vom Barunterhalt nach § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB ist nicht eingetreten. Das gilt unabhängig davon, ob die Eltern ein Wechselmodell praktizieren. Denn bei einem Wechselmodell wird kein Elternteil vom Barunterhalt für das Kind befreit.

[17] Nach § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB erfüllt der Elternteil, der ein minderjähriges unverheiratetes Kind betreut, seine Verpflichtung, zum Unterhalt des Kindes beizutragen, i.d.R. durch die Pflege und die Erziehung des Kindes. Die gesetzliche Regelung betrifft den Fall des sog. Residenzmodells und der damit verbundenen herkömmlichen Aufteilung von Erwerbstätigkeit und Kinderbetreuung. Sie stellt den kinderbetreuenden Elternteil in diesem Fall vom Barunterhalt frei. Entgegen der vom Antragsgegner in den Vorinstanzen vertretenen Auffassung kann hingegen die im Rahmen eines Wechselmodells geleistete Kinderbetreuung nicht zur Befreiung von seiner Barunterhaltspflicht führen. Dies muss schon deshalb gelten, weil anderenfalls beide Elternteile vom Barunterhalt befreit wären, obwohl nur der Betreuungsbedarf des Kindes gedeckt wäre. Demgegenüber bliebe der in § 1612a Abs. 1 BGB und den Sätzen der Düsseldorfer Tabelle ausgewiesene sächliche (Regel-)Bedarf offen.

[18] Das OLG hat daher zu Recht hervorgehoben, dass im Fall des Wechselmodells beide Elternteile für den Barunterhalt einzustehen haben. Der Unterhaltsbedarf bemisst sich in diesem Fall nach dem beiderseitigen Einkommen der Eltern und umfasst neben dem sich daraus ergebenden – erhöhten – Bedarf insbesondere die Mehrkosten des Wechselmodells (vor allem Wohn- und Fahrtkosten), sodass der von den Eltern zu tragende Bedarf regelmäßig deutlich höher liegt als beim herkömmlichen Residenzmodell.

[19] bb) Das OLG hat ein Wechselmodell zu Recht verneint und demzufolge auch eine Reduzierung der Unterhaltspflicht des Antragsgegners wegen anteiliger Haftung der Mutter nach § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB abgelehnt.

[20] (1) Nach der Rechtsprechung des Senats ist die auf dem Residenzmodell beruhende und § 1606 Abs. 3 BGB tragende gesetzliche Beurteilung solange nicht infrage zu stellen, wie das deutliche Schwergewicht der Betreuung bei einem Elternteil liegt. Denn dann ist die Annahme gerechtfertigt, dass dieser Elternteil die Hauptverantwortung für das Kind trägt und dadurch den Betreuungsunterhalt leistet, während der andere Elternteil – auf der Grundlage nur seiner eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse – zum Barunterhalt verpflichtet ist. Deshalb ändert sich an der aus dem Schwergewicht der Betreuung durch einen Elternteil folgenden Aufteilung zwischen Bar- und Betreuungsunterhalt nichts, wenn der barunterhaltspflichtige Elternteil seinerseits Betreuungs- und Versorgungsleistungen erbringt, selbst wenn dies im Rahmen eines über das übliche Maß hinaus wahrgenommenen Umgangsrechts erfolgt, dessen Ausgestaltung sich bereits einer Mitbetreuung annähert. Wenn und soweit der andere Elternteil gleichwohl die Hauptverantwortung für ein Kind trägt, muss es dabei bleiben, dass dieser Elternteil seine Unterhaltspflicht i.S.d. § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB durch die Pflege und Erziehung des Kindes erfüllt (Senatsbeschl. v. 12.3.2014 – XII ZB 234/13, FamRZ 2014, 917 Rn. 28; Senatsurt. v. 21.12.2005 – XII ZR 126/03, FamRZ 2006, 1015, 1017 und v. 28.2.2007 – XII ZR 161/04, FamRZ 2007, 707 Rn. 16; a.A. *Schürmann*, FamRZ 2014, 921; *Sünderhauf*, NZFam 2014, 585).

[21] Anders ist es nur zu beurteilen, wenn die Eltern sich in der Betreuung eines Kindes abwechseln, sodass jeder von ihnen etwa die Hälfte der Versorgungs- und Erziehungsaufgaben wahrnimmt (Senatsbeschl. v. 12.3.2014 – XII ZB 234/13, FamRZ 2014, 917 Rn. 29). Ob ein Elternteil die Hauptverantwortung für ein Kind trägt und damit seine Unterhaltspflicht i.S.d. § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB bereits durch Erziehung und Pflege erfüllt, ist eine Frage tatrichterlicher Würdigung. Dabei kommt der zeitlichen Komponente der von ihm übernommenen Betreuung zwar eine Indizwirkung zu, ohne dass sich allerdings die Beurteilung allein hierauf zu beschränken braucht (Senatsbeschl. v. 12.3.2014 – XII ZB 234/13, FamRZ 2014, 917 Rn. 30 m.w.N.).

[22] Ergibt sich hingegen auch bei annähernd hälftiger Mitbetreuung ein deutliches Schwergewicht der Betreuungsverantwortung bei einem Elternteil, so ist von der regelmäßigen gesetzlichen Verteilung der Unterhaltsanteile nach § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB auszugehen. Der den anderen Elternteil infolge des erweiterten Umgangsrechts treffenden finanziellen Mehrbelastung kann dadurch Rechnung getragen werden, dass im Hinblick auf die von ihm getätigten Aufwendungen eine Herabstufung um eine oder mehrere Einkommensgruppen der Düsseldorfer Tabelle erfolgt. Der Unterhalt kann zudem weitergehend gemindert sein, wenn der barunterhaltspflichtige Elternteil dem Kind im Zuge seines erweiterten Umgangsrechts Leistungen erbringt, mit denen er den Unterhaltsbedarf des Kindes auf andere Weise als durch Zahlung einer Geldrente teilweise deckt (Senatsbeschl. v. 12.3.2014 – XII ZB 234/13, FamRZ 2014, 917 Rn. 37 f.).

[23] (2) Dass das OLG im vorliegenden Fall ein Wechselmodell verneint hat, steht mit den aufgeführten Grundsätzen im Einklang.

[24] Aufgrund der Betreuung der unterhaltsberechtigten Kinder durch den Antragsgegner an 6 von 14 Tagen hat das OLG übereinstimmend mit dem AG den Schwerpunkt noch aufseiten der Mutter gesehen. Es hat dabei maßgeblich auf die entsprechende Vereinbarung der Eltern abgestellt. Dies entspricht der Rechtsprechung des Senats und ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

[25] Die von der Rechtsbeschwerde erhobene Rüge, der Antragsgegner habe durch detaillierte Berechnung dargelegt, dass sein Betreuungsanteil nicht bei 43 %, sondern bei 46,67 % liege, vermag einen Verfahrensfehler nicht aufzuzeigen. Denn das OLG ist insoweit übereinstimmend mit dem AG davon ausgegangen, dass die vom Antragsgegner vorgetragenen Zeiten auf vorübergehenden Abweichungen beruhten, die sich etwa aus beruflich stärkerer Belastung eines Elternteils ergaben, und eine Orientierung an der von den Eltern getroffenen Vereinbarung, die bewusst nicht auf genau hälftige Anteile ausgerichtet gewesen sei, nicht infrage stellen. Das hält sich im Rahmen zulässiger tatrichterlicher Würdigung und ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

[26] (3) I.Ü. dürfte auch ein unterstelltes Wechselmodell den Antragsgegner nicht weiter entlasten, als ihm infolge der Unterhaltskürzung wegen eingeschränkter Leistungsfähigkeit bereits zugutegekommen ist. Zwar hat das OLG keine Feststellungen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Mutter getroffen. Es ist aber davon ausgegangen, dass aufseiten des Antragsgegners die gesteigerte Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 BGB eingreift, was wiederum voraussetzt, dass die Mutter kein anderer unterhaltspflichtiger Verwandter i.S.v. § 1603 Abs. 2 Satz 3, 1. HS BGB ist (vgl. Senatsbeschl. v. 10.7.2013 – XII ZB 297/12, FamRZ 2013, 1558 Rn. 26 m.w.N.). Da der Antragsgegner aufgrund der angefochtenen Entscheidung für die Zeit bis Dezember 2012 nur rd. 1/3 und für die Folgezeit sogar unter 1/4 des gesetzlichen Mindestunterhalts zu tragen hat, dürfte sich demnach aus einem – unterstellten – Wechselmodell kein geringerer Unterhaltsanteil des Antragsgegners ergeben.

[27] c) Eine teilweise Erfüllung des Barunterhaltsanspruchs hat das OLG zu Recht mangels konkreten Vorbringens des Antragsgegners verneint.

[28] Durch die von ihm übernommene Kinderbetreuung konnte eine Teilerfüllung abweichend von der vom OLG insoweit zum Wechselmodell angestellten Überlegung von vornherein nicht eintreten, weil mit dem Mindestunterhalt nach § 1612a Abs. 1 BGB lediglich der sächliche Bedarf geltend gemacht wird, der vom Betreuungsbedarf zu unterscheiden ist (vgl. § 32 Abs. 6 Satz 1 EStG sowie Wendl/*Scholz*, a.a.O., § 2 Rn. 19).

[29] d) Das OLG ist schließlich zutreffend von einem gesetzlichen Übergang des Anspruchs auf die Antragstellerin nach § 7 Abs. 1 UVG ausgegangen. Dass der Unterhaltsanspruch wegen Verletzung der Erwerbsobliegenheit aufgrund fiktiven Einkommens bemessen worden ist, hindert den Anspruchsübergang nach der Rechtsprechung des Senats nicht (Senatsurt. v. 27.9.2000 – XII ZR 174/98, FamRZ 2001, 619 und v. 14.3.2001 – XII ZR 57/99, JAmt 2001, 241).

Betreuerbestellung bei psychischer Erkrankung

BGB § 1896

Leitsatz (amtlich):

Kann der Betroffene aufgrund einer psychischen Erkrankung seine Angelegenheiten hinsichtlich des Aufgabenkreises der Gesundheitssorge nicht selbst besorgen, so ist ihm hierfür grundsätzlich auch dann ein Betreuer zu bestellen, wenn er die notwendige Behandlung ablehnt (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 23.1.2013 – XII ZB 395/12 – FamRZ 2013, 618).

BGH, Beschl. v. 10. 9. 2014 – XII ZB 305/14

[1] I. Die 64-jährige Betroffene leidet an einer schizophrenen Grunderkrankung, wegen derer sie ihre Angelegenheiten nicht mehr selbst erledigen kann. Der Beteiligte zu 1 (Ehemann der Betroffenen) hat deshalb angeregt, einen Berufsbetreuer für die Aufgabenkreise der Gesundheitssorge, Aufenthaltsbestimmung, Unterbringung und Vermögenssorge zu bestellen.

[2] Das AG hat von der Einrichtung einer Betreuung abgesehen und das Verfahren eingestellt. Dagegen hat der Ehemann Beschwerde eingelegt, mit der er die Einrichtung einer Betreuung für den Aufgabenkreis der Gesundheitssorge weiter verfolgt hat. Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen.

[3] II.1. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig. Sie ist zulassungsfrei auch gegen eine die Einrichtung einer Betreuung ablehnende Entscheidung statthaft (Senatsbeschl. v. 29.1.2014 – XII ZB 519/13, FamRZ 2014, 652 Rn. 8). Der im ersten Rechtszug beteiligte Ehemann ist gem. § 303 Abs. 2 Nr. 1 FamFG beschwerdebefugt.

[4] 2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

[5] a) Das LG hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Eine Betreuerbestellung komme nur in Betracht, soweit davon auszugehen sei, dass der Betreuer in seinen Aufgabenkreisen tatsächlich tätig werden und dem Betroffenen Hilfe zukommen lassen könne. Eine Betreuung mit dem Aufgabenkreis der Gesundheitssorge könne nur eingerichtet werden, wenn der Betroffene entweder freiwillig die benötigte Hilfe des Betreuers zumindest teilweise annehmen würde oder bei vollständig fehlender Bereitschaft, sich einer Heilbehandlung zu unterziehen, eine Behandlung in einer geschlossenen Einrichtung nach § 1906 BGB in Betracht komme. Diese Voraussetzungen lägen nicht vor, weil die Betroffene sich – bei vorhandenem natürlichen Willen und eigener Einwilligungsfähigkeit in Heilbehandlungen – jeglicher Maßnahme zur psychiatrischen Heilbehandlung nachhaltig widersetze. Auch die Voraussetzungen einer geschlossenen Unterbringung mit Zwangsbehandlung seien nicht gegeben.

[6] b) Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

[7] Gem. § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB bestellt das Betreuungsgericht dem Betroffenen einen Betreuer, wenn jener aufgrund einer psychischen Krankheit seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann. Nach § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB darf dieser nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist.

[8] Nach den getroffenen Feststellungen bedarf die Betroffene einer medizinischen Behandlung ihrer psychischen Grunderkrankung, für die sie wegen fehlender Krankheitseinsicht nicht selbst sorgen kann. Daraus folgt ein Betreuungsbedarf für den Aufgabenkreis der Gesundheitssorge.

[9] Die vom LG weiter zugrunde gelegte Annahme, wonach sich die Betroffene jeglicher Maßnahme zur psychiatrischen Heilbehandlung nachhaltig widersetzen werde, lässt den Betreuungsbedarf für sich genommen nicht entfallen. Denn es lässt sich nicht von vornherein ausschließen, dass ein Betreuer die Betroffene noch von der Notwendigkeit einer Behandlung überzeugen kann. Auch dies zählt zu seinem Aufgabenbereich (Senatsbeschl. v. 23.1.2013 – XII ZB 395/12, FamRZ 2013, 618 Rn. 13; vgl. außerdem Senatsbeschl. v. 4.6.2014 – XII ZB 121/14, FamRZ 2014, 1358 Rn. 17 ff.). Es ist daher zumindest der Versuch zu unternehmen, der Betroffenen im Wege der Einrichtung einer Betreuung die notwendige Hilfe zukommen zu lassen.

[10] Von einer weiteren Begründung der Entscheidung wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung beizutragen (§ 74 Abs. 7 FamFG).

[11] 3. Da der Senat über die Betreuerbestellung nicht abschließend entscheiden kann, ist die Sache an das LG zurückzuverweisen.

Handels- und Gesellschaftsrecht

Kundenschutzklauseln bei GmbH

BGB § 138; GG Art. 12

Leitsatz (amtlich):

Kundenschutzklauseln, die zwischen einer GmbH und einem ihrer Gesellschafter anlässlich des Ausscheidens aus der Gesellschaft vereinbart werden, sind nichtig, wenn sie in zeitlicher Hinsicht das notwendige Maß übersteigen, das in der Regel zwei Jahre beträgt.

BGH, Urt. v. 20. 1. 2015 – II ZR 369/13

[1] Die Geschäftsführer der Parteien gründeten 2001 die Beklagte, eine GmbH mit Sitz in K. Die Niederlassung der Beklagten in H betreute der Geschäftsführer der Klägerin. Durch Auseinandersetzungsvertrag v. 29.9.2006 verkaufte der Geschäftsführer der Klägerin seinen Geschäftsanteil an der Beklagten an deren Geschäftsführer. Im Auseinandersetzungsvertrag trat die Beklagte unter der Überschrift „Überleitung von Kundenverträgen“ u.a. Ansprüche aus in einer „Anlage 2“ erfassten Verträgen mit Kunden, die der Niederlassung in H zugeordnet waren, an die Klägerin ab. Mit Zustimmung der Kunden sollten diese Verträge auf die Klägerin übergehen. Weiter ist geregelt:

„§ 14 Wettbewerb

1. Der Verkäufer oder die a. H. [Klägerin] wird ebenfalls gewerblich auf dem Gebiet der Arbeitnehmerüberlassung tätig. Sämtliche Wettbewerbsbeschränkungen zwischen den Parteien oder dem Verkäufer und der a. K. [Beklagte] sind durch diesen Vertrag aufgehoben. Zwischen den Parteien besteht Einigkeit dahingehend, dass ein Wettbewerbsschutz nicht vereinbart wird, soweit nicht im folgenden geregelt.

2. Der a. K. und dem Erschienenen zu 2 [Geschäftsführer der Beklagten] ist es untersagt, an die Kunden gemäß Anlage 2 im Bereich der Arbeitsüberlassung und Personalvermittlung heranzutreten, diesen Angebote zu unterbreiten oder diese sonst wie abzuwerben, sich an solchen Abwerbungsversuchen durch Dritte zu beteiligen oder dieses zu fördern.

3. Für jeden Verstoß gegen obiges Wettbewerbsverbot hat die Vertragspartei bzw. deren Gesellschaft einen Betrag in Höhe von 50.000 € als Vertragsstrafe zu zahlen, ohne dass es auf den Nachweis eines konkret entstandenen Schadens ankommt. Dieser Betrag ist insgesamt auf 250.000 € p.a. begrenzt. Die Geltendmachung darüber hinausgehender Schadensersatzansprüche ist nicht ausgeschlossen.

4. Das Wettbewerbsverbot gemäß Abs. 1 ist auf 5 Jahre ab Vertragsschluss befristet."

[2] Zum 1.8.2011 stellte die Beklagte einen neuen Mitarbeiter ein. Am 6.9.2011 schrieb dieser eine E-Mail an A, am 19.9.2011 an C und am 20.9.2011 eine Rundmail an zahlreiche potenzielle Kunden, in denen er Leistungen der Beklagten im Arbeitnehmerüberlassungsbereich anbot. Die Beklagte kündigte danach den Anstellungsvertrag des Mitarbeiters fristlos.

[3] Die Klägerin hat mit der Klage von der Beklagten Zahlung von 101.000 € verlangt, weil mit diesen Werbemaßnahmen gegen das Wettbewerbsverbot aus dem Auseinandersetzungsvertrag verstoßen worden sei. Das LG hat die Beklagte zur Zahlung von 5.107,50 € verurteilt. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung sowie der Anschlussberufung der Beklagten das Urteil des LG abgeändert und die Beklagte zur Zahlung von 100.007,50 € verurteilt. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten.

Aus den Gründen:

[4] Die Revision hat Erfolg und führt zur Abweisung der Klage.

[5] I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klägerin habe wegen der an A gesandten E-Mail einen Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe von 50.000 €, wegen der Kontaktaufnahme des Mitarbeiters mit dem Zeugen C von weiteren 50.000 € und wegen der Rundmail von 1.000 €. Dagegen könne die Beklagte hilfsweise mit Anwaltskosten i.H.v. 892,50 € aufrechnen, weil sich die Klägerin vorgerichtlich zu Unrecht eines Gesamtanspruchs von 550.000 € berühmt habe.

[6] Der Mitarbeiter, dessen Handeln sich die Beklagte zurechnen lassen müsse, sei mit diesen E-Mails an Kunden aus der Anl. 2 zur Auseinandersetzungsvereinbarung herangetreten. Auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage oder einen Wegfall des Sicherungsinteresses der Klägerin könne sich die Beklagte nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht berufen. Die Beklagte habe erstmals in der Berufungserwiderung vorgebracht, es sei zwischen den Parteien abgesprochen gewesen, dass die Fünfjahresfrist nicht voll ausgeschöpft werden solle, wenn es der Klägerin vor Ablauf der Frist gelinge, sich auf dem Markt zu etablieren. Eine Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB komme weder im Hinblick auf den Umfang des Wettbewerbsverbots noch im Hinblick auf die vereinbarte Höhe der Vertragsstrafe in Betracht. Die Klägerin könne mit Erfolg geltend machen, dass die Voraussetzungen einer Herabsetzung der verwirkten Vertragsstrafe nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht vorlägen. Ein Missverhältnis der Höhe der verwirkten Vertragsstrafe zur Bedeutung der Zuwiderhandlungen läge nicht vor. Die Parteien hätten intensiv um die Höhe und konkrete Ausgestaltung der Wettbewerbsabrede und der Vertragsstrafenregelung gerungen. Auch das unmittelbare Bevorstehen des Ablaufens der Fünfjahresfrist führe nicht dazu, dass es unbillig sei, die vertraglich vereinbarte Vertragsstrafe in voller Höhe geltend zu machen. Soweit die Beklagte darauf verweise, dass die Vertragsstrafe angesichts des bevorstehenden Ablaufs der Fünfjahresfrist ihre abschreckende Wirkung nicht mehr entfalten könne, sei dem entgegenzuhalten, dass nicht ersichtlich sei, dass der Abschreckungsgedanke die einzige Motivation für die Vereinbarung der Vertragsstrafe gewesen sei. Die Vorgeschichte lasse auch die Annahme zu, dass die Vertragsstrafe als nachträgliche Sanktionierung für ein vorheriges Fehlverhalten der Beklagten gefordert werden könne.

[7] II. Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat der Klägerin rechtsfehlerhaft einen Anspruch aus der Vertragsstrafenvereinbarung in § 14 des Auseinandersetzungsvertrags zuerkannt. Die Unterlassungsverpflichtung der Beklagten bestand im September 2011 nicht mehr. Das in § 14 des Auseinandersetzungsvertrags v. 29.9.2006 vereinbarte Ansprech- und Abwerbeverbot überschreitet in zeitlicher Hinsicht mit 5 Jahren die zulässige Grenze von 2 Jahren für Wettbewerbsverbote. Kundenschutzklauseln zwischen einer GmbH und ihren (scheidenden) Gesellschaftern sind nach § 138 BGB sittenwidrig und nichtig, wenn sie in zeitlicher Hinsicht das notwendige Maß übersteigen, das regelmäßig maximal 2 Jahre beträgt.

[8] 1. Nach st. Rspr. des BGH sind nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit Rücksicht auf die grundgesetzlich geschützte Berufsausübungsfreiheit nur dann gerechtfertigt und nicht nach § 138 BGB sittenwidrig, wenn und soweit sie notwendig sind, um einen Vertragspartner vor einer illoyalen Verwertung der Erfolge seiner Arbeit durch den anderen Vertragspartner zu schützen. Sie sind nur wirksam, wenn sie in räumlicher, gegenständlicher und zeitlicher Hinsicht das notwendige Maß nicht überschreiten (BGH, Urt. v. 14.7.1997 – II ZR 238/96, *ZNotP 1997, 70* = WM 1997, 1707, 1708 m.w.N.; Urt. v. 8.5.2000 – II ZR 308/98, ZIP 2000, 1337, 1338 f.; Urt. v. 29.9.2003 – II ZR 59/02, ZIP 2003, 2251, 2252; Urt. v. 18.7.2005 – II ZR 159/03, ZIP 2005, 1778, 1779; Urt. v. 10.12.2008 – KZR 54/08, NJW 2009, 1751 Rn. 24 – Subunternehmervertrag II; Beschl. v. 31.5.2012 – I ZR 198/11, GRUR-RR 2012, 495 Rn. 9 – Kundenschutzklausel). Das betrifft auch nachvertragliche Wettbewerbsverbote, die erst anlässlich der Beendigung der gesellschaftsrechtlichen Beziehung vereinbart werden (BGH, Urt. v. 29.9.2003 – II ZR 59/02, ZIP 2003, 2251, 2252).

[9] 2. Die vereinbarte Dauer des Wettbewerbsverbots von 5 Jahren überschreitet das zum Schutz des Geschäftsführers der Klägerin erforderliche Maß.

[10] Mit dem Verbot, die bisherigen Kunden der H Niederlassung der Beklagten anzusprechen oder abzuwerben, wurde versucht, die Vermögenswerte der Beklagten wie bei einer Personengesellschaft zwischen ihren Gesellschaftern aufzuteilen, und dem Geschäftsführer der Klägerin die Chance geboten, die von ihm für die Beklagte eingeworbenen Kunden zu behalten und die Kundenbeziehungen mit der Klägerin fortzuführen, also die Erfolge seiner bisherigen Arbeit zu sichern. Von vornherein war es eine Entscheidung der Kunden, ob sie mit dem Geschäftsführer der Klägerin weiter zusammenarbeiten wollten oder weiter über die fortbestehende H Niederlassung mit der Beklagten. Zweck des Abwerbeverbots war es damit, dem ausscheidenden Geschäftsführer der Klägerin zu ermöglichen, ungestört Kunden mitnehmen zu kön-

nen. Der Geschäftsführer der Klägerin hat danach ein schutzwürdiges Interesse daran, dass sein bisheriger Mitgesellschafter ihm bzw. der von ihm gegründeten Klägerin keine Konkurrenz macht, nur so lange die Beziehungen der Beklagten zu ehemaligen, von ihm übernommenen Kunden noch fortwirken. Nach Ablauf dieser Zeitspanne kann keine Seite ein berechtigtes Interesse an einer fortdauernden Wettbewerbsbeschränkung haben (vgl. BGH, Urt. v. 29.1.1996 – II ZR 286/94, NJW-RR 1996, 741, 742).

[11] Für vergleichbare Fälle hat die Rechtsprechung anerkannt, dass eine Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr als 2 Jahre nach Vertragsende andauern kann. Bei der Freiberuflersozietät wird ein Zeitraum von 2 Jahren als ausreichend für den Schutz der Interessen der Beteiligten angesehen, weil sich danach die Mandantenbeziehungen typischerweise gelockert haben (BGH, Urt. v. 29.1.1996 – II ZR 286/94, NJW-RR 1996, 741, 742 m.w.N.; Urt. v. 8.5.2000 – II ZR 308/98, ZIP 2000, 1337, 1338 f.; Urt. v. 29.9.2003 – II ZR 59/02, ZIP 2003, 2251, 2252; Urt. v. 18.7.2005 – II ZR 159/03, ZIP 2005, 1778, 1780). Die zeitliche Grenze von 2 Jahren wurde vom BGH in anderen Bereichen übernommen. Auch ein Abwerbeverbot von Arbeitnehmern darf nur auf 2 Jahre beschränkt sein, wobei offengelassen wurde, ob in einem Ausnahmefall ein schutzwürdiges Interesse eines Unternehmers an einem länger andauernden Abwerbeverbot bestehen kann (BGH, Urt. v. 30.4.2014 – I ZR 245/12, ZIP 2014, 1934 Rn. 35 ff. – Abwerbeverbot).

[12] Bei den Parteien als Kapitalgesellschaften, die gewerbliche Dienstleistungen erbringen, kann grds. kein längerer Zeitraum gelten. Dass die Parteien nicht freiberuflich tätig sind, sondern ein Gewerbe betreiben, rechtfertigt entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung keine längere Zeitgrenze. Die Begrenzung der Wettbewerbsverbote gründet nach der Rechtsprechung des BGH nicht darin, dass Wettbewerbsverbote mit dem Berufszweck von freien Berufen nicht vereinbar wären, sondern in der grundgesetzlich geschützten Berufsausübungsfreiheit. Diese kommt auch Gewerbetreibenden und Gesellschaftern jedenfalls einer personalistisch geführten GmbH zu. Soweit sie Dienstleistungen anbieten, bestehen hinsichtlich der Kundenbindung nicht von vornherein Unterschiede zu den Kundenbeziehungen von Freiberuflern. Dass auf dem Markt der Arbeitnehmerüberlassung Besonderheiten bestehen, die eine Kundenbindung typischerweise länger als 2 Jahre fortwirken lässt, ist nicht vorgetragen und nicht ersichtlich.

[13] Ob in Ausnahmefällen eine längere Dauer infrage kommt, kann dahinstehen, weil ein schutzwürdiges Interesse der Klägerin an einem längeren Abwerbeverbot nicht erkennbar ist.

[14] 3. Die durch die Vertragsstrafenvereinbarung gesicherte Unterlassungsverpflichtung der Beklagten bestand zum Zeitpunkt, in dem der Mitarbeiter der Beklagten die E-Mails versandte, nicht mehr. Ein die zeitlichen Schranken übersteigendes Wettbewerbsverbot kann zwar im Wege der geltungserhaltenden Reduktion auf das noch zu billigende zeitliche Maß – hier 2 Jahre – zurückgeführt werden (BGH, Urt. v. 29.1.1996 – II ZR 286/94, NJW-RR 1996, 741, 742 m.w.N.; Urt. v. 8.5.2000 – II ZR 308/98, ZIP 2000, 1337, 1339; Urt. v. 29.9.2003 – II ZR 59/02, ZIP 2003, 2251, 2252; Urt. v. 18.7.2005 – II ZR 159/03, ZIP 2005, 1778, 1780). Im September 2011, als der Mitarbeiter seine E-Mails versandte, waren 2 Jahre seit der Vereinbarung des Wettbewerbsverbots am 29.9.2006 aber bereits verstrichen.

Notarrecht

Amtspflichten bei Maklerklauseln

BeurkG § 17 Abs. 1 Satz 1; BNotO §§ 14 Abs. 1 und 3, 17 Abs. 1; KostO (a.F.) §§ 16 Abs. 1, 36 Abs. 1 (jetzt: GNotKG § 21), 140 Satz 2 (jetzt: GNotKG § 125)

Leitsätze (amtlich):

1. **Zu den Amtspflichten des Notars bei der Beurkundungen von Maklercourtageklauseln.**
2. **Zur Gebührenerhebungspflicht des Notars aus § 17 Abs. 1 Satz 1 und 2 BNotO.**

BGH, Urt. v. 24. 11. 2014 – NotSt (Brfg) 1/14

[1] 1. Der am 17.3.1953 geborene Beklagte ist seit dem 1.8.1983 Notar auf Lebenszeit im Bezirk des OLG Düsseldorf mit Amtssitz in H. Er ist verheiratet und hat zwei erwachsene Kinder. Eine Tochter, die vor kurzer Zeit eine Tätigkeit als Assistenzärztin aufgenommen hat, unterstützt er finanziell.

[2] Der Präsident des LG Wuppertal erteilte dem Beklagten mit Disziplinarvfg. v. 21.1.2002 einen Verweis, weil der Beklagte im Jahr 1998 bei vorsätzlicher Verletzung von § 17 Abs. 2a BeurkG von ihm beurkundete Bauträgerverträge sachwidrig in Angebot und Annahme aufgespalten sowie bei der Beurkundung von Kaufverträgen vollmachtlose Vertreter eingesetzt hatte.

[3] Im Rahmen der Prüfung der Amtsgeschäfte des Beklagten am 10.8.2005 wurde die von ihm bei Beurkundungen jeweils verwendete Maklercourtageklausel im Prüfbericht gerügt. Die beanstandete Klausel hatte folgenden Wortlaut:

„Dieser Vertrag ist durch die Vermittlung des/der … zustande gekommen. Daher verpflichtet sich der Erwerber zur Zahlung einer Maklercourtage in Höhe von … einschließlich Umsatzsteuer des in dieser Urkunde vereinbarten Kaufpreises an den vorgenannten Vermittler. Die Courtage ist sofort fällig. Der Notar soll dem vorgenannten Vermittler eine Abschrift dieser Urkunde zuleiten."

[4] Im Anschluss änderte der Beklagte die entsprechende Klausel und verwendete in dem Zeitraum zwischen dem 10.8.2005 und dem 18.12.2009 in jedenfalls 442 Fällen folgende neue Klausel:

„Dieser Vertrag ist durch die Vermittlung des/der … zustande gekommen. Daher verpflichtet sich der Erwerber zur Zahlung einer Maklercourtage in Höhe von 3,57 % inklusive Umsatzsteuer des in der Urkunde vereinbarten Kaufpreises an den vorgenannten Vermittler.

Die Courtage ist sofort mit der Rechtswirksamkeit dieses Vertrages zur Zahlung fällig.

Der Notar soll dem vorgenannten Vermittler eine Abschrift dieser Urkunde zuleiten. Auf die Bedeutung dieser Klausel hat der Notar hingewiesen, insbesondere auch darauf, dass hierdurch kein Vertrag zu Gunsten Dritter begründet wird."

[5] Diese neue Klausel wurde bei der Beurkundung sämtlicher Grundstückskaufverträge im Notariat des Beklagten verwendet. Es erfolgte keine Klärung dahingehend, ob die Aufnahme der Klausel dem Willen der Urkundsbeteiligten entsprach. Entgegen dem Wortlaut des Passus belehrte der Beklagte auch nicht über die Bedeutung der Klausel.

[6] Im Anschluss an eine im Oktober und Dezember 2009 erfolgte Geschäftsprüfung wurde durch Verfügung des Präsidenten des LG Wuppertal v. 22.7.2010 ein Disziplinarverfahren nach Anhörung des Beklagten gegen diesen wegen der Nichtbeitreibung von Gebühren eingeleitet. Mit weiterer Verfügung wurde das Disziplinarverfahren um den Vorwurf der Kostenerhebung trotz unrichtiger Sachbehandlung erweitert. Dazu nahm der Beklagte Stellung und reichte Nachweise über die Erstattung der zu viel erhobenen Gebühren ein.

[7] Im Juni 2011 erfolgte eine (erneute) Erweiterung des Disziplinarverfahrens auf den Vorwurf der bereits vorstehend angesprochenen fehlerhaften Beurkundung von Maklerklauseln. Das Disziplinarverfahren wurde im Anschluss an eine Sondergeschäftsprüfung durch Verfügung der Präsidentin des OLG Düsseldorf v. 3.1.2012 wegen nicht erfolgter bzw. verzögerter Beitreibung von Notargebühren i.H.v. 435.000 € erweitert. Nachdem der Beklagte sich zu diesem Vorwurf geäußert hatte, wurde durch Verfügung des Präsidenten des LG Wuppertal v. 7.12.2012 ein Teil der die Nichterhebung von Gebühren betreffenden Vorwürfe hinsichtlich Gebührenforderungen von rd. 64.000 € ausgeschieden und das Disziplinarverfahren auf die sonstigen Vorwürfe beschränkt.

[8] Mit Vfg. v. 17.7.2013 ordnete die Präsidentin des OLG Düsseldorf die vorläufige Amtsenthebung des Beklagten an; sein dagegen gerichteter Antrag auf Aussetzung dieser Maßnahme wies der Notarsenat des OLG Köln durch Beschl. v. 21.10.2013 (2 X [Not] 5/13) zurück.

[9] 2. Das klagende Land erhob gleichfalls am 17.7.2013 Disziplinarklage gegen den Beklagten mit dem Ziel seiner Entfernung aus dem Amt. Es begründete seine Klage mit Verstößen des Beklagten gegen § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG und § 14 Abs. 1, Abs. 3 BNotO sowie gegen §§ 16 Abs. 1, 36 Abs. 1 KostO (a.F.). Ferner stützt das klagende Land seine Klage auf Verstöße des Beklagten gegen § 17 Abs. 1 BNotO i.V.m. Nr. VI.3.1. der Richtlinien der Rheinischen Notarkammer sowie § 140 Satz 2 KostO (a.F.).

[10] a) Hinsichtlich der erstgenannten Verstöße wirft das klagende Land dem Beklagten vor, zwischen dem 10.8.2005 und dem 18.12.2009 in wenigstens 442 Fällen entgegen der aus Anlass der Geschäftsprüfung im Jahr 2005 getroffenen Absprachen widersprüchliche Maklerklauseln beurkundet zu haben und in wenigstens 455 Fällen dafür Notargebühren i.H.v. insgesamt 20.463,99 € ohne Vorliegen der Voraussetzungen in Rechnung gestellt und vereinnahmt zu haben. Bei Berücksichtigung allein derjenigen Fälle, in denen der Beklagte die entsprechenden Maklerklauseln selbst beurkundet und abgerechnet hat, ergebe sich ein Betrag von 18.472,15 €.

[11] b) Hinsichtlich der Verstöße gegen § 17 Abs. 1 BNotO i.V.m. Nr. VI.3.1. der Richtlinien der Rheinischen Notarkammer sowie § 140 Satz 2 KostO (a.F.) wirft das klagende Land dem Beklagten vor, zwischen dem 1.1.2002 und dem 19.10.2011 Gebührenforderungen i.H.v. insgesamt zumindest 660.000 € nicht oder nur verzögert beigetrieben zu haben. Zudem habe der Beklagte unzulässige Stundungs- und/oder Verjährungsverzichtsvereinbarungen mit Kostenschuldnern getroffen. Bezogen auf einen Teilbetrag von insgesamt 549.000 € seien diese Verstöße bewusst und systematisch erfolgt.

[12] 3. Der Beklagte hält die gegen ihn erhobenen Vorwürfe für objektiv, jedenfalls aber subjektiv nicht begründet. Keinesfalls könnten diese seine Entfernung aus dem Notaramt rechtfertigen.

[13] 4. Das OLG hat die erhobene Klage des Landes gem. §§ 96 Abs. 1 Satz 1, 98 Abs. 1 Satz 2 BNotO i.V.m. § 52 Abs. 1 BDG für zulässig sowie begründet erachtet und den Beklagten mit dem angefochtenen Urteil aus dem Amt des Notars entfernt.

[14] Das OLG hat auf der Grundlage des im Wesentlichen unstreitigen Sachverhalts ein einheitliches Dienstvergehen i.S.v. § 95 BNotO des Beklagten angenommen. Dieses Dienstvergehen beruhe auf einem wenigstens grob fahrlässigen Verstoß gegen § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG, § 14 Abs. 1, Abs. 3 BNotO und §§ 16 Abs. 1, 36 Abs. 1 KostO (a.F.) (jetzt: § 21 GNotKG), indem der Beklagte zwischen dem 10.8.2005 und dem 18.12.2009 in 442 Fällen widersprüchliche Maklerklauseln beurkundet und in 455 Fällen hierfür Notargebühren i.H.v. 20.463,99 € berechnet und vereinnahmt habe. Zudem ergebe sich das Dienstvergehen daraus, dass er im Zeitraum v. 1.1.2002 und dem 19.10.2011 teilweise vorsätzlich und i.Ü. zumindest fahrlässig entgegen § 17 Abs. 1 BNotO i.V.m. Nr. VI.3.1. der Richtlinien der Rheinischen Notarkammer (v. 17.2.2000) und § 140 Satz 2 KostO (a.F.) (jetzt: § 125 GNotKG) Gebühren in einer Gesamthöhe von 606.441,98 € nicht oder nur verzögert beigetrieben habe. Dabei sei dies hinsichtlich Gebührenforderungen i.H.v. 68.845,31 € aufgrund ausdrücklich geschlossener Stundungsvereinbarungen erfolgt. Die Schuldner der entsprechenden Gebührenforderungen seien mit einem Anteil von 75 % Personen oder Unternehmen, die im weiteren Sinne im Immobiliensektor tätig seien oder gewesen seien.

[15] a) Das OLG hat die Verwendung der geänderten Klausel über die Verpflichtung zur Zahlung von Maklercourtage in den von dem Beklagten beurkundeten Grundstückskaufverträgen beanstandet. Es hält die verwendete Klausel inhaltlich für widersprüchlich. Es werde auf der einen Seite eine Begründung der Verpflichtung der Käufer zur Zahlung einer Maklercourtage suggeriert. Auf der anderen Seite werde durch den Zusatz über die fehlende Begründung eines Vertrags zugunsten Dritter gerade das Gegenteil ausgesagt. Hinsichtlich der Widersprüchlichkeit hat das OLG auch auf die Art und Weise der Kostenberechnung durch den Beklagten selbst abgestellt. Dieser habe nach seinem eigenen Eingeständnis die Courtageklausel als Schuldanerkenntnis behandelt und den Erwerbern dafür eine zusätzliche, nach dem Wert der Maklerprovision berechnete Gebühr in Rechnung gestellt. Nach seinem eigenen Vorbringen sollte aber die jetzige Klausel gerade die frühere Beanstandung einer den Eindruck eines Schuldanerkenntnisses erweckenden Klausel vermeiden. Das OLG stellt zudem darauf ab, dass nach dem unwidersprochen gebliebenen Ergebnis der Beweisaufnahme im Disziplinarverfahren der Beklagte nicht aufgeklärt habe, ob die Courtageklausel dem Willen der Urkundsbeteiligten entsprochen habe.

[16] b) Die vorstehend beschriebene Erhebung von Notargebühren für die Mitbeurkundung der Maklercourtageklausel hat das OLG als wenigstens einfach fahrlässige Verletzung von §§ 16 Abs. 1, 36 Abs. 1 KostO und damit als schuldhafte Dienstpflichtverletzung behandelt. Die darin liegende unrichtige Sachbehandlung hätte dem Beklagten vor dem Hintergrund der früheren Beanstandungen nicht verborgen bleiben können.

[17] c) Bzgl. der unterbliebenen bzw. verzögerten Gebührenbeitreibung geht das OLG aufgrund der von dem Beklagten nicht bestrittenen Ergebnisse des Disziplinarverfahrens von Außenständen aus Rechnungen der Jahre 2003 – 13.4.2011 i.H.v. insgesamt 661.425,31 € aus. Aus in dem angefochtenen Urteil näher dargelegten Gründen, auf die Bezug genommen wird, legt das OLG zugrunde, von dieser Summe entfielen 494.303,87 € und damit

rd. 75 % auf Forderungen gegen Schuldner, die der Immobilienbranche zuzuweisen seien. Aufgrund dieses hohen Anteils sowie des über einen langen Zeitraum andauernden Unterbleibens der gebotenen Gebührenbeitreibung zieht das OLG den Schluss, der Beklagte sei bei seinem „Forderungsmanagement" planvoll und systematisch vorgegangen und habe gezielt Schuldner aus der Immobilienbranche bevorzugt. Er habe daher hinsichtlich derjenigen Forderungen, bzgl. derer er Stundungsvereinbarungen geschlossen habe, vorsätzlich und i.Ü. fahrlässig gegen § 17 BNotO verstoßen.

[18] d) Die vorstehend dargestellten schuldhaften Pflichtverstöße hat das OLG wegen des langen Zeitraums der Begehung und ihrer wirtschaftlichen Dimension, der disziplinarischen Vorbelastung und der zumindest teilweise vorsätzlichen Begehungsweise mit Entfernung aus dem Amt des Notars gem. § 97 Abs. 1 Satz 1 Fall 3 BNotO geahndet.

[19] 5. Der Beklagte und Berufungskläger beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

[20] Er hält ungeachtet der Pflicht des Notars zur Gebührenerhebung eine Amtsenthebung nach dem Maßstab der BNotO sowie des Art. 12 GG und des Art. 1 1. Zusatzprotokoll zur EMRK für nicht gerechtfertigt, insbesondere für unverhältnismäßig.

[21] Der Beklagte macht geltend, es handele sich weder um strafrechtliches Fehlverhalten noch betreffe die Gebührenbeitreibung den Kernbereich notarieller Tätigkeit. Interessen der Öffentlichkeit seien allenfalls mittelbar berührt; in erster Linie solle die Gebührenerhebungspflicht aus § 17 BNotO lediglich einen Gebührenwettbewerb unter den Notaren verhindern. Der Beklagte leitet die Unverhältnismäßigkeit der Amtsenthebung auch aus dem Fehlen hinreichend bestimmter gesetzlicher Vorgaben über die Gebührenerhebung ab. Es müsse vor dem Hintergrund der grundrechtlichen und menschenrechtlichen Gewährleistungen der Berufsfreiheit einem Notar Ermessen eingeräumt sein, auf aktuelle Zahlungsschwierigkeiten von Mandanten Rücksicht zu nehmen. Entgegen dem OLG könne es keine unbedingte Gebührenbeitreibungspflicht geben, die selbst dann zu erfüllen sei, wenn dadurch der Gebührenschuldner in die Insolvenz getrieben werde und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen sich als von vornherein aussichtslos erwiesen.

[22] a) In Bezug auf die Vertragsklausel über die Maklercourtage räumt der Beklagte die Rechtswidrigkeit des Inhalts der verwendeten Klausel sowie die jeweiligen Verstöße gegen die Belehrungspflichten ein. Gleiches gilt für die fehlerhafte kostenrechtliche Behandlung. Er vertritt aber die Auffassung, durch die Änderung gegenüber der ursprünglich verwendeten Klausel mit der Aufnahme des Hinweises auf die fehlende Begründung eines Vertrags zugunsten Dritter den Beanstandungen der Aufsichtsbehörde nachgekommen zu sein. Angesichts dessen liege lediglich Fahrlässigkeit vor. Aus der rechtswidrigen Gebührenerhebung könne nicht auf ein erhöhtes Maß an Verschulden geschlossen werden. Ihm sei der Fehler schlicht nicht bewusst gewesen; i.Ü. habe es sich um einen Serienfehler gehandelt. Da sich im Hinblick auf die Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Verwendung der Vertragsklausel über die Maklercourtage lediglich leichte Fahrlässigkeit annehmen lasse, könne darauf der existenzvernichtende Eingriff der Amtsenthebung nicht gestützt werden.

[23] b) Im Zusammenhang mit der unterbliebenen bzw. verzögerten Gebührenbeitreibung bestreitet der Beklagte das Vorhandensein von im Zeitraum von 2003 – 13.4.2011 aufgelaufener offener Forderungen in einer Gesamthöhe von 661.425,31 € nicht.

[24] Insgesamt könne ihm keine schwerwiegende Verletzung notarieller Berufspflichten angelastet werden; als Verschuldensgrad komme lediglich leichte Fahrlässigkeit in Betracht. Diese ergebe sich sowohl aus dem Fehlen eindeutiger gesetzlicher bzw. satzungsmäßiger Bestimmungen, dem Fehlen einer rechtlichen Grundlage für die vom OLG angenommene sechsmonatige Frist für die Gebührenbeitreibung und dem grds. dem Notar – außerhalb von Stundungsvereinbarungen – eingeräumten Ermessen bzgl. der Durchsetzung der Gebührenforderung. Zudem sei bzgl. Art und Grad des Verschuldens zu berücksichtigen, dass der Beklagte nicht gegen eine notarielle Kernpflicht verstoßen habe und es i.Ü. keine einschlägige Rechtsprechung oder Literatur zu den Modalitäten der Gebührenbeitreibung gebe.

[25] 6. Das klagende und berufungsbeklagte Land beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

[26] I. Die Berufung des Beklagten ist unbegründet. Die Voraussetzungen für seine Entfernung aus dem Amt gem. § 97 Abs. 1 Satz 1 BNotO liegen aufgrund der von dem Beklagten schuldhaft verwirklichten Amtspflichtverletzungen und des damit begangenen einheitlichen Dienstvergehens (§ 95 BNotO) vor. Bei der gebotenen Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Umstände kommt eine weniger eingriffsintensive Disziplinarmaßnahme nicht in Betracht.

[27] Das einheitliche Dienstvergehen beruht dabei – wie vom OLG angenommen – einerseits auf Verstößen gegen § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG, § 14 Abs. 1 und 3 BNotO und §§ 16 Abs. 1, 36 Abs. 1 KostO (a.F.) (jetzt: § 21 GNotKG) sowie andererseits auf Verstößen gegen § 17 Abs. 1 BNotO i.V.m. § 140 Satz 2 KostO (a.F.) (jetzt: § 125 GNotKG).

[28] 1. Mit der nach dem unstreitigen Sachverhalt in mindestens 442 Fällen im Zeitraum zwischen dem 10.8.2005 und dem 18.12.2009 erfolgten Verwendung der im Tatbestand zitierten Klausel über die Maklercourtage hat der Beklagte gegen seine aus § 17 Abs. 1 BeurkG resultierenden Amtspflichten verstoßen. Die in dieser Vorschrift genannten Pflichten sollen gewährleisten, dass der Notar eine rechtswirksame Urkunde über das von den Beteiligten beabsichtigte Rechtsgeschäft errichtet. Zu diesem Zweck muss er den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und deren Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Bei der Erforschung des Willens muss er bedenken, dass die Beteiligten möglicherweise entscheidende Gesichtspunkte übersehen, auf die es für das Rechtsgeschäft ankommen kann (BGH, Urt. v. 9.12.2010 – III ZR 272/09, ZNotP 2011, 75 Rn. 16 m.w.N.). § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG gebietet dem Notar, Irrtümer und Zweifel der Urkundsbeteiligten sowie Benachteiligungen unerfahrener Beteiligter zu vermeiden.

[29] a) Die fragliche Klausel ist aus den vom OLG dargelegten Gründen inhaltlich in sich widersprüchlich und steht deshalb mit § 17 Abs. 1 BeurkG, einer Kernregelung des BeurkG (*Frenz*, in: Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 17 BeurkG Rn. 1), nicht in Einklang.

[30] aa) Nach ihrem Wortlaut enthält diese eine Verpflichtung des Erwerbers zur Zahlung einer näher bestimmten Maklercourtage und einen bestimmbaren Fälligkeitszeitpunkt zur Erfüllung dieser

Verpflichtung. Im Gegensatz dazu steht die nach der Beanstandung der ursprünglich von dem Beklagten jeweils beurkundeten Klausel hinzugefügte Wendung, es werde „hierdurch" kein Vertrag zugunsten Dritter bewirkt. Ein Schuldanerkenntnis der Erwerber gegenüber dem das zu beurkundende Geschäft vermittelnden Makler sollte nach dem Willen der Urkundsbeteiligten auch nicht abgegeben werden. Der erste Teil der von dem Beklagten stammenden Formulierung der Courtageklausel beinhaltet aber ein solches Schuldanerkenntnis. Gerade derartige Widersprüchlichkeiten von beurkundeten Erklärungen zu vermeiden, war der Beklagte durch § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG verpflichtet. Für die auf Erwerberseite an den betroffenen Verträgen Beteiligten wurde der Eindruck, aufgrund des Beurkundeten zur Zahlung verpflichtet zu sein, durch die ebenfalls unstreitig erfolgte Art und Weise der Gebührenerhebung des Beklagten, die von einem Schuldanerkenntnis ausging, noch verstärkt.

[31] Verstößen gegen die Pflichten aus § 17 Abs. 1 BeurkG kommt besonderes Gewicht zu. Nach der Rechtsprechung des BVerfG handelt es sich bei den den Notaren übertragenen Aufgaben um Staatsaufgaben vorsorgender Rechtspflege (BVerfGE 131, 130, 141). Die in § 17 Abs. 1 BeurkG enthaltenen Pflichten dienen dazu, wichtige Rechtsgeschäfte vorab einer qualifizierten rechtlichen Überprüfung zu unterziehen und dabei die Beteiligten nicht nur über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren, sondern auch eine Benachteiligung rechtlich ungewandter Beteiligter zu vermeiden (BVerfG, a.a.O.). Verstöße, die sich als unzureichende Erforschung des Willens der Urkundsbeteiligten erweisen und mit der Gefahr unzureichender Sorge um die Interessen zumindest eines Beteiligten verbunden sind, stellen die vorsorgende Rechtspflege infrage.

[32] bb) Das Gewicht der mit jeder der unstreitig wenigstens in 442 Fällen erfolgten Beurkundung der genannten widersprüchlichen Courtageklausel verbundenen Amtspflichtverletzung wird nicht durch den von dem Beklagten für sich in Anspruch genommenen Charakter als „Serienfehler" gemindert. Zwar geht die durchgängige Verwendung der Klausel in aufgrund der Vermittlungstätigkeit von Maklern zustande gekommenen Kaufverträgen auf die einmal vorgenommene Umgestaltung der Klausel nach der Beanstandung aufgrund der Geschäftsprüfung im Jahr 2005 zurück. § 17 Abs. 1 BeurkG verpflichtet den Notar jedoch, bei *jeder* Beurkundung den Willen der Beteiligten zu erforschen und diesen unzweideutig in der Niederschrift wiederzugeben. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des OLG hat der Beklagte aber – entgegen dem weiteren Wortlaut der Beurkundungen – über die Bedeutung der Klausel nicht belehrt und in der notariellen Verhandlung nicht geklärt, ob die Aufnahme der Klausel dem Willen der Urkundsbeteiligten entspricht.

[33] b) Mit der durchgängigen Verwendung der Maklercourtageklausel ohne die durch § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG gebotene Erforschung des Willens der Urkundsbeteiligten hat der Beklagte zugleich gegen seine Dienstpflichten aus § 14 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 2 BNotO verstoßen. Die beanstandete Klausel begünstigt angesichts des durch sie hervorgerufenen Eindrucks eines Schuldanerkenntnisses der Erwerber gegenüber den nicht unmittelbar am zu beurkundenden Erwerbsgeschäft beteiligten Vermittlern Letztere. Da der Beklagte nach seinem eigenen Eingeständnis bei der Abrechnung gegenüber den Gebührenschuldnern die (auch) beurkundete Klausel – entgegen dem, was die eigentlichen Urkundsbeteiligten gewollt haben, – selbst als Schuldanerkenntnis behandelt hat, verstärkt sich der durch Verwendung der Klausel zugunsten der Vermittler mögliche Anschein einer Parteilichkeit noch. Das gilt erst recht vor dem Hintergrund der Beanstandung der von dem Beklagten zunächst jeweils beurkundeten Maklercourtageklausel. Aus den unter II.1.a.aa genannten Gründen wird der Eindruck eines in der Urkunde enthaltenen Schuldanerkenntnisses hinsichtlich des Courtageanspruchs des Maklers allein durch den Zusatz „kein Vertrag zugunsten Dritter begründet" bei Festhalten an den sonstigen zuvor verwendeten Formulierungen gerade nicht beseitigt. Das Bestreben, an einer – bereits beanstandeten – Courtageklausel zugunsten der Vermittler des beurkundeten Geschäfts möglichst weitgehend festzuhalten, erweckt den Anschein mangelnder Unparteilichkeit und Unabhängigkeit.

[34] c) Aus den vom OLG festgestellten Gesamtumständen der Tätigkeit des Beklagten lässt sich über das erstinstanzliche Gericht hinausgehend der Schluss auf eine wenigstens bedingt vorsätzliche Verletzung der Amtspflichten aus § 17 Abs. 1 BeurkG und § 14 Abs. 1 und 3 BNotO schließen.

[35] Im Rahmen der Geschäftsprüfung 2005 war gerade beanstandet worden, dass durch die bis dahin verwendete, o.g. Maklercourtageklausel der Eindruck bei den Erwerbern entstehe, aus dem beurkundeten Kaufvertrag heraus (auch) zu der Zahlung der Maklercourtage rechtlich verpflichtet zu sein. Wie vorstehend dargelegt, ist die bereits in der ursprünglichen Klausel enthaltene Verknüpfung der Zahlungspflicht zu der Vermittlungstätigkeit des Maklers („daher") ebenso vollständig erhalten geblieben wie die im Kaufvertrag niedergelegte Bestimmung eines Fälligkeitstermins.

[36] Der Beklagte hat lediglich durch die Ergänzung um den Satz,

„Auf die Bedeutung dieser Klausel hat der Notar hingewiesen, insbesondere auch darauf, dass hierdurch kein Vertrag zu Gunsten Dritter begünstigt wird",

den Versuch unternommen, den vonseiten der Aufsichtsbehörde erhobenen Beanstandungen nachzukommen. Das übrige Verhalten des Beklagten im Anschluss an den Übergang zu der neuen Klausel steht aber dazu in Widerspruch. Er hat entgegen dem Wortlaut der Niederschrift die Urkundsbeteiligten nicht auf die Bedeutung der Klausel hingewiesen. Bereits damit wird die Bedeutung der Aufnahme der Wendung über die fehlende Begründung eines Vertrags zugunsten Dritter erheblich relativiert.

[37] Da der Beklagte zudem die Maklercourtageklausel weiterhin gebührenrechtlich als Schuldanerkenntnis behandelt hat, lässt sein Gesamtverhalten nur den Schluss zu, entgegen seinen Amtspflichten materiell weiter an einer als unzulässig beanstandeten Maklercourtageklausel festgehalten zu haben und darüber hinaus die Bedeutung des auf die Beanstandungen hin erfolgten Klauselzusatzes planmäßig zu relativieren bzw. aufzuheben. Unter weiterer Berücksichtigung des Verhaltens des Beklagten hinsichtlich der unterbliebenen bzw. verzögerten Gebührenbeitreibung gegenüber im Immobiliensektor agierenden Gebührenschuldnern trägt dies den Schluss, dass der Beklagte (wenigstens) bedingt vorsätzlich die v.g. Dienstpflichten vor allem im Interesse der seine Tätigkeit initiierenden Immobilienmakler und sonst im Immobilienbereich involvierten Personen und Unternehmen verletzt hat.

[38] d) Die vorsätzliche Verletzung von §§ 16 Abs. 1, 36 Abs. 1 KostO (a.F.) (§ 21 GNotKG) aufgrund der Gebührenerhebung bzgl. der jeweils beurkundeten Courtageklausel in wenigstens 455 Einzelfällen hat der Beklagte selbst eingeräumt.

[39] 2. Der Beklagte hat zudem in dem Zeitraum v. 1.1.2002 – 19.10.2011 vorsätzlich gegen § 17 Abs. 1 BNotO und § 140 Satz 2

KostO (a.F.) (§ 125 GNotKG) verstoßen, indem er ihm zustehende Gebührenansprüche in einer Gesamthöhe von 606.441,98 € (ohne die gegen die I bestehenden Gebührenansprüche) entweder gar nicht oder nur verzögert durchgesetzt hat, wobei es sich bei den Gebührenschuldnern zu 75 % um natürliche Personen oder Unternehmen handelt, die im weit verstandenen Immobiliensektor tätig sind.

[40] a) Verstöße gegen die in § 17 Abs. 1 BNotO statuierte Pflicht des Notars zur Gebührenerhebung kommen als Dienstvergehen gem. § 95 BNotO und damit als Grundlage für Disziplinarmaßnahmen gegen Notare in Betracht. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen insoweit nicht (BVerfG, Beschl. v. 1.12.2010 – 1 BvR 1747/10, Rn. 16 ff.). Das BVerfG hat es für mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar gehalten, dass eine Disziplinarmaßnahme gegen einen Notar auf einen lediglich „mittelbaren" Verstoß gegen § 17 Abs. 1 BNotO gestützt worden ist (BVerfG, a.a.O., Rn. 17). Der von dem zugrunde liegenden Disziplinarverfahren betroffene Notar hatte systematisch das Entstehen von Zusatzgebühren für Auswärtsbeurkundungen vereitelt, um auf diese Weise Rechtsuchenden seine Amtstätigkeit zu geringeren Kosten anbieten zu können. Anhand des Verfassungsmaßstabs des Art. 12 Abs. 1 GG hat das BVerfG den Regelungszweck der Gebührenerhebungspflicht vor allem in der Verhinderung eines Verdrängungswettbewerbs unter den Notaren erblickt. Damit bezwecke § 17 Abs. 1 BNotO „die Sicherung einer funktionsfähigen Rechtspflege, indem leistungsfähige Notariate und die Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen gesichert werden sollen". Diese diene daher einem wichtigen Gemeinwohlbelang (BVerfG, a.a.O., Rn. 17 m.w.N.).

[41] b) Entgegen der von dem Beklagten vertretenen Rechtsauffassung bestehen unter dem Gesichtspunkt hinreichender inhaltlicher Bestimmtheit des § 17 Abs. 1 BNotO keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich unmissverständlich eine als Amtspflicht ausgestaltete Pflicht des Notars, die gesetzlich vorgeschriebenen Gebühren für seine Tätigkeit zu erheben. Der Gesetzgeber hat 1998 durch das Dritte Gesetz zur Änderung der BNotO v. 31.8.1998 (BGBl. I, S. 2585) die bis dahin lediglich in den allgemeinen Richtlinien für die Berufsausübung der Notare enthaltene Pflicht wegen ihres „statusbildenden Charakters" als gesetzliche Pflicht verankert (BT-Drucks. 13/4184, S. 25 re. Sp.). Ausnahmen von der Gebührenerhebungspflicht sind nur unter den Voraussetzungen von § 17 Abs. 1 Satz 2 BNotO zugelassen. Der Gebührenanspruch des Notars ist öffentlich-rechtlicher Natur (s. nur BGH, Urt. v. 13.7.1989 – III ZR 64/88, BGHZ 108, 268, 269). Aus § 140 Satz 2 KostO (a.F.) und nunmehr aus § 125 GNotKG ergibt sich die grundsätzliche Unzulässigkeit von Vereinbarungen des Notars über die Höhe seiner Gebühren. Entgegen dem gesetzlichen Verbot geschlossene Vereinbarungen sind nichtig. Sie befreien den Schuldner nicht von der Pflicht zur Zahlung der Gebühren und den Notar nicht von der Pflicht zu deren Erhebung (OLG Celle, ZNotP 2012, 158 f. m.w.N., s. auch OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 26.11.2012 – 20 W 154/11, Rn. 12).

[42] Dem Beklagten ist zwar zuzugeben, dass sich § 17 Abs. 1 BNotO nicht unmittelbar entnehmen lässt, innerhalb welcher Fristen der Notar seine Pflicht zur Erhebung der Gebühren zu erfüllen hat. Angesichts der gesetzlichen Regelung der Ausnahmen von der Erhebungspflicht in § 17 Abs. 1 Satz 2 BNotO lässt sich aber unter Berücksichtigung des Regelungszwecks der Vorschrift erkennen, dass eine Pflichtverletzung jedenfalls dann eintritt, wenn der Verzicht auf die Durchsetzung der Gebührenforderung oder deren verzögerte Art und Weise im tatsächlichen Ergebnis auf einen Gebührenerlass oder eine Gebührenermäßigung hinauslaufen. Dieser Erwägung entsprechend sehen die Richtlinienempfehlungen der BNotK und die Richtlinien der Rheinischen Notarkammer zu Nr. VI.3.1. vor, dass der Notar die Gebühren in angemessener Frist einzufordern und sie bei Nichtzahlung im Regelfall beizutreiben habe.

[43] Insgesamt kann daher § 17 Abs. 1 BNotO ausreichend eindeutig entnommen werden, dass die Pflicht des Notars zur Gebührenerhebung diejenige zur Durchsetzung der Gebührenforderung beinhaltet. Aus dem grds. bestehenden Verbot von Vereinbarungen über den Gebührenerlass und die -ermäßigung lässt sich ein Verbot von Verhaltensweisen ableiten, die zu einer Umgehung der genannten ausdrücklichen Verbote führen. Dementsprechend hat das BVerfG auch eine lediglich „mittelbare" Verletzung von § 17 Abs. 1 BNotO als eine Disziplinarmaßnahmen begründende Amtspflichtverletzung verfassungsrechtlich unbeanstandet gelassen (BVerfG, a.a.O.).

[44] c) An diesen Maßstäben gemessen hat der Beklagte in dem von dem OLG zugrunde gelegten Umfang gegen die Pflicht zur Gebührenerhebung und -durchsetzung verstoßen, indem er Gebührenforderungen in einem Gesamtumfang von mehr als 600.000 € entweder gar nicht oder in einer Weise verzögert beigetrieben hat, die mit der v.g. Pflicht unvereinbar ist.

[45] Angesichts des Fehlens ausdrücklicher Regelungen über die Art und Weise der Durchsetzung der gesetzlich vorgeschriebenen Gebühren ist zwar dem Notar sowohl hinsichtlich des Zeitraums der Gebührenerhebung als auch des Ergreifens von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen bei ausbleibender freiwilliger Erfüllung ein Beurteilungsspielraum einzuräumen. Dem tragen die Empfehlungen der BNotK (und die gleichlautenden Richtlinien der Rheinischen Notarkammer) mit dem Hinweis auf die „angemessene Frist" und die „im Regelfall" erfolgende Beitreibung bei Nichtzahlung Rechnung. Dagegen steht dem Notar kein Ermessen dahingehend zu, ob er Gebühren überhaupt erhebt oder deren gesetzlich vorgeschriebene Höhe ermäßigt. Insoweit besteht die außerhalb der im Gesetz geregelten Ausnahmen uneingeschränkte Pflicht, die auch faktische Umgehungen ausschließt.

[46] Auf der Grundlage des auch insoweit unstreitigen Sachverhalts hat der Beklagte in dem genannten Umfang selbst unter Berücksichtigung des im vorstehenden Absatz beschriebenen, auf die Angemessenheit der Erhebungsfrist und die zwangsweise Durchsetzung bezogenen Beurteilungsspielraums gegen seine Amtspflicht verstoßen. Bzgl. der Verstöße im Einzelnen wird auf das angefochtene Urteil und die Anl. … zur Disziplinarklage Bezug genommen. Eine weitere Beweiserhebung zu den finanziellen Verhältnissen der einzelnen Gebührenschuldner und etwaigen Bestrebungen des Beklagten zur zwangsweisen Durchsetzung seiner Forderungen war nicht veranlasst. Wie das OLG hinsichtlich der einzelnen Gebührenschuldner dargelegt hat, mangelt es an substanziiertem Vortrag des Beklagten zu solchen tatsächlichen Umständen, die die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens ausschließen könnten.

[47] d) Abweichend von der Bewertung durch das OLG erweisen sich die hier fraglichen Amtspflichtverletzungen nicht lediglich in den Fällen der Stundungsvereinbarungen, sondern hinsichtlich der unzureichenden Gebührenbeitreibung bei einer Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Umstände als vorsätzlich.

[48] Die Pflicht zur Gebührenerhebung ist in § 17 Abs. 1 Satz 1 BNotO unmissverständlich statuiert. Gleiches gilt für die eng be-

grenzten Ausnahmefälle in § 17 Abs. 1 Satz 2 BNotO. Ebenso eindeutig ergab sich im Zeitraum der Dienstvergehen aus § 140 KostO (a.F.) das Verbot von Gebührenvereinbarungen. Die Nichtigkeitsfolge bei Verletzung dieses Verbots entspricht st. Rspr. Dies war dem Beklagten jeweils bekannt. Aus den Richtlinienempfehlungen der BNotK und deren Umsetzung in den Richtlinien der Rheinischen Notarkammer lässt sich zudem entnehmen, dass die Gebührenerhebungspflicht auch die Durchsetzung der Gebührenforderung in angemessener Frist umfasst.

[49] Auf der Grundlage dieser rechtlichen Vorgaben erlaubt das Gesamtverhalten des Beklagten, offensichtlich gesetzwidrige Stundungsvereinbarungen zu schließen, das Unterbleiben oder Verzögern der Gebührendurchsetzung in der ganz überwiegenden Zahl gegenüber Schuldnern aus dem Immobiliensektor bei gleichzeitiger weiterer Durchführung von Beurkundungen in deren Auftrag sowie die Bevorzugung von wenigstens mittelbar Urkundsbeteiligten (bei der Maklercourtageklausel), den Rückschluss auf eine vorsätzliche Verletzung der notariellen Pflicht zur Gebührenbeitreibung. Dem steht nicht entgegen, dass es in einzelnen Fällen zu deutlich verzögerter Erfüllung von Gebührenforderungen gekommen ist. Die nachträgliche Erfüllung ist für den Pflichtverstoß, die Gebührenforderung in angemessener Frist beizutreiben, in objektiver Hinsicht ohne Bedeutung. In subjektiver Hinsicht hatte der Beklagte ungeachtet seiner Kenntnis von den Inhalten der Gebührenbeitreibungspflicht sich aus den vorstehend genannten Gründen entschlossen, diese nicht zu erfüllen.

[50] Anhaltspunkte für einen nicht vermeidbaren Irrtum des Beklagten über den Inhalt der aus § 17 Abs. 1 BNotO resultierenden Pflichten hat er gerade nicht vorgetragen. Der Hinweis auf das Fehlen einschlägiger Literatur und Rechtsprechung über die Art und Weise der Gebührenbeitreibung ändert daran nichts. Bereits aus dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte und dem Zweck des § 17 Abs. 1 BNotO lässt sich erkennen, dass ungeachtet eines gewissen Beurteilungsspielraums hinsichtlich der Modalitäten der Durchsetzung von Gebührenforderungen ein über Jahre geübter, ganz überwiegend Schuldner aus der Immobilienbranche begünstigender und im Ergebnis zu Außenständen im sechsstelligen Bereich führender Verzicht auf die Durchsetzung von Gebührenforderungen mit den Amtspflichten des Notars schlechterdings unvereinbar ist.

[51] 3. Das aufgrund der schuldhaften Verletzung der Amtspflichten begangene Dienstvergehen (§ 95 BNotO) macht angesichts des Schweregrads die dauerhafte Entfernung aus dem Amt (§ 97 Abs. 1 BNotO) erforderlich.

[52] Die dauerhafte Entfernung aus dem Amt kann im Disziplinarverfahren als schwerste Maßnahme lediglich dann verhängt werden, wenn der Notar in einer Weise gegen seine Pflichten verstoßen hat, die sein Verbleiben im Amt untragbar machen (BGH, Beschl. v. 8.11.2013 – NotSt [B] 1/13, ZNotP 2013, 434, 435 Rn. 10). Diese Voraussetzungen können regelmäßig dann vorliegen, wenn der Notar strafbare Handlungen, vor allem die Veruntreuung von ihm Anvertrautem oder Falschbeurkundungen, begangen oder in schwerwiegender Weise an unerlaubten oder unredlichen Geschäften mitgewirkt hat. Geringere Pflichtverletzungen genügen zumindest bei einschlägigen vorausgegangenen Disziplinarmaßnahmen (*Sandkühler*, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 7. Aufl., § 97 Rn. 48). Maßgeblich für die Beurteilung, ob das Dienstvergehen einen die Entfernung gebietenden und zugleich rechtfertigenden Schweregrad aufweist, ist eine Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Umstände.

[53] Die nach diesem Maßstab vorgenommene Bewertung führt dazu, dass das einheitliche Dienstvergehen des Beklagten sich als die Amtsenthebung begründend erweist.

[54] a) Der Beklagte hat über einen Zeitraum von mehr als 4 Jahren in mehr als 400 Einzelfällen im Zusammenhang mit der Beurkundung von Kaufverträgen gegen Dienstpflichten verstoßen, die für die unparteiische und unabhängige Ausübung des Amts des Notars wesentlich sind.

[55] Die von dem Beklagten seit der Geschäftsprüfung verwendete Maklercourtageklausel hat die an dem zu beurkundenden Vertrag nicht unmittelbar beteiligten Makler gegenüber den Erwerbern begünstigt, indem der Eindruck eines Schuldanerkenntnisses erweckt worden ist. Die Verwendung der Klausel ist in sämtlichen Einzelfällen erfolgt, obwohl der Beklagte die Willensrichtung der unmittelbaren Urkundsbeteiligten entgegen seiner Pflicht aus § 17 Abs. 1 BeurkG gerade nicht erforscht hatte. Die Pflicht zur Unparteilichkeit (§ 14 Abs. 1 und 3 BNotO) und die Pflicht zur Erforschung des Willens der Beteiligten sind bereits je für sich genommen für das öffentliche Amt des Notars (vgl. BVerfGE 131, 130, 139) konstitutiv. Werden durch eine Verhaltensweise des Notars im Zusammenhang mit seiner Amtstätigkeit beide Pflichten zugleich verletzt, verleiht dies dem Dienstvergehen schon in objektiver Hinsicht ein besonderes Gewicht.

[56] In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte an einer Klausel festgehalten hat, die in ihrem Kern bei der vorausgegangenen Geschäftsprüfung beanstandet worden war. Mit dem ergänzenden Hinweis auf die fehlende Begründung eines Vertrags zugunsten Dritter hätte der Beklagte der Beanstandung allenfalls dann Rechnung tragen können, wenn er den als geschehen beurkundeten Hinweis auf die Bedeutung der Klausel tatsächlich erteilt hätte.

[57] Gerade dies ist jedoch in keinem der Fälle erfolgt. Darin liegt innerhalb eines einheitlichen Beurkundungsvorgangs eine weitere Amtspflichtverletzung, die wiederum mit einer schwerwiegenden Vernachlässigung der Interessen der auf Erwerberseite Beteiligten einhergeht. Bereits in der Zusammenschau insoweit stellen die einzelnen Amtspflichtverletzungen auch in subjektiver Hinsicht gravierende Verstöße gegen das Gebot der Unparteilichkeit des Notars dar.

[58] Das Gewicht dieser Verstöße als Dienstvergehen wird noch durch die von dem Beklagten verfolgten wirtschaftlichen Eigeninteressen verstärkt, indem er die Maklercourtageklausel gebührenrechtlich als Schuldanerkenntnis behandelte. Dem kommt besondere Bedeutung zu, weil die Missverständlichkeit der Klausel insoweit Grund und Gegenstand der Beanstandung bei der Geschäftsprüfung 2005 war. Die Zusage, dies abzustellen, hat der Beklagte nicht nur nicht eingehalten, sondern darüber hinaus an dem beanstandeten Verständnis selbst zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil festgehalten.

[59] Die spätere Rückerstattung der zu viel vereinnahmten Gebühren reduziert das ursprüngliche Gewicht der planmäßig völlig unzureichenden Berücksichtigung der Interessen der Urkundsbeteiligten auf der Erwerberseite nur in geringem Umfang. Das gilt erst recht angesichts des Umstands, dass – wie sich aus den Pflichtverstößen im Zusammenhang mit der Gebührenbeitreibung ergibt – der Beklagte in einem großem Maße durch im Immobilienbereich tätige Personen oder Unternehmen beauftragt worden ist.

[60] b) Die Verstöße gegen die Pflicht zur Gebührenbeitreibung in angemessener Zeit sind ebenfalls als sehr schwerwiegend zu bewerten. Bei der gebotenen Gesamtschau ist dabei zu berücksichtigen, dass diese Amtspflichtverletzungen wie die zuvor gewürdigten mit Bemühen des Beklagten einhergehen, den Interessen von Mandanten aus der Immobilienbranche weitgehend unter Verletzung von Amtspflichten, die wiederum für das öffentliche Amt des Notars konstitutiv sind, entgegen zu kommen.

[61] Entgegen der Rechtsauffassung des Beklagten handelt es sich bei seinen einen Zeitraum von rd. 9 Jahren umfassenden Verstößen gegen die Amtspflicht vor allem aus § 17 Abs. 1 BNotO nicht in erster Linie um eine „Selbstschädigung" seiner finanziellen Interessen. Wie bereits ausgeführt dient die Gebührenerhebungspflicht der Notare wichtigen Gemeinwohlbelangen in Gestalt der Sicherung funktionstüchtiger Rechtspflege und leistungsfähiger Notariate. Ein Verdrängungswettbewerb zwischen den Notaren soll durch sie gerade verhindert werden (BVerfGK 18, 267, 273 f.). Indem der Beklagte auf die Durchsetzung und Geltendmachung seiner gesetzlich vorgeschriebenen Gebühren in dem festgestellten Ausmaß, über den langen Zeitraum sowie in der ganz überwiegenden Zahl der Einzelfälle zugunsten von Schuldnern aus dem Immobiliensektor verzichtet oder diese unangemessen verzögert hat, hat er in schwerwiegender Weise den mit § 17 Abs. 1 BNotO erstrebten Schutzzweck infrage gestellt.

[62] Das Verhalten des Beklagten insgesamt lässt den Schluss zu, dass er planmäßig unter Verletzung mehrerer bedeutsamer Dienstpflichten den Interessen von Mandanten aus der genannten Branche entgegen gekommen ist, um sich hierdurch unberechtigte Vorteile im Wettbewerb mit anderen Notariaten zu verschaffen.

[63] In der Gesamtschau ergibt sich ein so schwerwiegend dienstpflichtwidriges, auf einseitige Rücksichtnahme auf die Interessen von Urkundsbeteiligten aus dem Immobilienbereich gerichtetes Verhalten, dass ein weiterer Verbleib im Amt mit dessen Prägung als unparteiisch und unabhängig nicht vereinbar ist.

[64] c) Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung hat der Senat die Auswirkungen auf die weitere wirtschaftliche Existenz des Beklagten berücksichtigt. Es war aber auch zu bedenken, dass der Beklagte weder die früheren Geschäftsprüfungen einschließlich der damit verbundenen Beanstandungen noch die Einleitung des Disziplinarverfahrens als Anlass genommen hat, dienstpflichtwidriges Verhalten aufzugeben. Vielmehr erweist sich gerade der Umgang mit der beanstandeten Courtageklausel als bewusste Missachtung im Rahmen der Geschäftsprüfung gegebener Zusagen. Angesichts dessen kann zukünftig eine nachhaltige Verhaltensänderung nicht erwartet werden.

[65] Angesichts der vorstehend aufgezeigten Schwere der Disziplinarverstöße sowie der Bereitschaft des Beklagten, um der Interessenwahrung seiner Mandanten aus der Immobilienbranche willen eigene finanzielle Nachteile hinzunehmen, genügte die Verhängung einer Geldbuße selbst in dem höchsten zulässigen Umfang von 50.000 € (§ 97 Abs. 4 Satz 1 BNotO) nicht, um das schuldhafte Dienstvergehen zu ahnden.

[66] II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO.

ZNotP-Kostenecke

Entscheidungen zum Kostenrecht

Anzeige der Sicherungsabrede bei Finanzierungsgrundschuld

von Notariatsoberrat Werner Tiedtke, München

1. **Beschränkt sich der Notar nicht auf die kommentarlose Übersendung der Grundschuldbestellungsurkunde, sondern zeigt er im Übersendungsschreiben die Einschränkung des Sicherungszwecks der Grundschuld und der Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs durch den Käufer an den Verkäufer gegenüber der Bank an, liegt eine Betreuungstätigkeit i.S.v. Abs. 1 Nr. 5 der Anm. zu Nr. 22200 KostVerz. GNotKG vor. Bei der Abtretungsanzeige ergibt sich die zu erzielende Rechtsfolge aus § 407 Abs. 1 BGB; im Hinblick auf den Hinweis auf die eingeschränkte Sicherungsabrede genügt, dass die Rechtsfolge mit der Annahme durch die Bank bezweckt wird.**
2. **Die vom Notar entfaltete Tätigkeit ist nicht überflüssig und die bloße Einschränkung der Sicherungsabrede in der Grundschuldbestellungsurkunde stellt keinen gleich sicheren Weg dar, weil eine kommentarlose Übersendung der Urkunde die Kenntnisnahme durch die finanzierende Bank von den Einschränkungen der Sicherungsabrede und der Abtretung des Auszahlungsanspruchs nicht mit gleicher Sicherheit erreicht, weil die Bank nicht in jedem Fall mit einer Abtretung des Auszahlungsanspruchs rechnen muss.**
3. **Der Auftrag für eine Betreuungstätigkeit i.S.v. Vorbem. 2.2 Abs. 1, 1. HS KostVerz. GNotKG muss nicht ausdrücklich, sondern kann formlos und konkludent durch schlüssiges Verhalten erfolgen.**
4. **Der Notar darf sich deshalb nach objektiven Maßstäben zur Anzeige der Einschränkungen des Sicherungszwecks der Grundschuld und der Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs an die Bank veranlasst sehen, wenn die Beteiligten die Dienste des Notars nicht regelmäßig in Anspruch nehmen oder sonst hinsichtlich der Veräußerung von Grundbesitz und der Einräumung von Kreditsicherheiten geschäftsunerfahren sind.**
5. **Für die Entstehung der Betreuungsgebühr reicht es aus, wenn der Notar der Gläubigerin die Einschränkung anzeigt und diese von der Gläubigerin dadurch angenommen wird, dass sie nicht widerspricht. Die konkludente Annahme des Angebots auf Abänderung der seitens der Bank formularmäßig vorgesehenen Sicherungsabrede liegt darin, dass die Gläubigerin die Grundschuldurkunde behält.**

LG Düsseldorf, Beschl. v. 9. 9. 2014 – 19 T 199/13 bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11. 11. 2014 – I-10 W 159/14

Sachverhalt:

Der Antragsteller ist Käufer eines Wohnungseigentumsrechts. Im Termin v. 4.9.2013 beurkundete der am Verfahren beteiligte Notar den Kaufvertrag. In § 6 der Kaufvertragsurkunde erteilte der Verkäufer dem Käufer eine Finanzierungsvollmacht zur Finanzierung des Kaufpreises. Der Notar wurde angewiesen, die Vollmacht nur zu verwenden, wenn in der Urkunde enthaltene Vereinbarungen über die Bedingungen zur Mitwirkung des Verkäufers an der Grundpfandrechtsbestellung durch Aufnahme in die Grundpfandrechtsbestellungsurkunde beachtet werden.

Zur teilweisen Finanzierung des Kaufpreises schloss der Käufer mit der Bank einen Darlehensvertrag über 59.000 €. Zur Voraussetzung für die Auszahlung wurde die Eintragung einer Grundschuld in dieser Höhe im ersten Rang des Grundbuchs für das Kaufobjekt bestimmt.

Gemäß der von der Gläubigerin bestimmten Anforderung beurkundete der Notar am 25.9.2013 die Bestellung einer Grundschuld i.H.v. 59.000 € am Kaufobjekt. In der Grundschuldbestellungsurkunde wurde bestimmt, dass die Eintragung der Grundschuld der Finanzierung des Kaufpreises für das Pfandobjekt dient und der Käufer seinen Anspruch auf Auszahlung des Darlehens erfüllungshalber unwiderruflich an den derzeitigen Eigentümer bzw. einen im Kaufvertrag genannten Zessionar des Kaufpreisanspruchs abtritt. Weiter wurde die Gläubigerbank unwiderruflich angewiesen, den abgetretenen Darlehensbetrag nach Maßgabe der Bedingungen des Kaufvertrags nur an die dort genannten Zahlungsempfänger auszuzahlen. Die Abtretung wurde beschränkt auf einen erstrangig auszuzahlenden Teilbetrag in Höhe des im Zeitpunkt der Zahlung nicht anderweitig gezahlten Kaufpreises. Schließlich wurde bestimmt, dass das Grundpfandrecht nur der Sicherung des an den Eigentümer oder gemäß seiner Weisung gezahlten Darlehensbetrags dient, solange der derzeitige Eigentümer nicht den vollen Kaufpreis erhalten hat, und dass der derzeitige Eigentümer im Fall der Rückabwicklung des Kaufvertrags wegen nicht rechtzeitiger Kaufpreiszahlung bis zur Eigentumsumschreibung gegen Rückzahlung des Darlehensbetrags Löschung der Grundschuld verlangen kann.

Der Notar übersandte mit Schreiben v. 26.9.2013 die Urkundenausfertigungen an die Bank und wies in einem Anschreiben auf die Abtretung der Auszahlungsansprüche und die Einschränkung der Zweckbestimmung der Grundschuld hin.

Nach Fälligkeitsmitteilung des Notars überwies der Käufer am 30.9.2013 einen Betrag von 65.000 € auf das zugunsten des Verkäufers eingerichtete Treuhandkonto bei der Sparkasse W.

Weitere 45.000 € zahlte der Käufer am 10.10.2013 an die Mutter des Eigentümers als Berechtigte eines Treuhandauftrags der im Grundbuch in Abteilung II eingetragenen Belastungen.

Unter dem 26.9.2013 erstellte der Notar die beanstandete Kostenberechnung zur Beurkundung der Grundschuldbestellung über insgesamt 372,73 €. Der Käufer zahlte auf die Rechnung zunächst nur 257,99 € und hier einen der in Rechnung gestellten Betreuungsgebühr i.H.v. 96 € zzgl. MWSt entsprechenden Betrag i.H.v. 114,24 € zurück. Nach Mitteilung des Sachverhalts erläuterte der Notar, dass die Betreuungsgebühr für die Anzeige der Abtretung der Auszahlungsansprüche gegenüber der Gläubigerin entstanden sei.

Nach Zahlung der Restsumme unter Vorbehalt beantragt der Käufer, die Kostenberechnung insoweit als fehlerhaft festzustellen, als diese eine Betreuungsgebühr nach KostVerz.-Nr. 22200 der Anl. 1 zum GNotKG enthält. Er beantragt ferner den Notar zu verurteilen, den Betrag von brutto 114,24 € zurückzuzahlen und ab Eingang des Antrags beim LG 5 % über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB zu zahlen. Er macht geltend, dem Notar sei kein besonderer Auftrag für eine Betreuungstätigkeit erteilt worden. Ein bloß schlüssiges Verhalten genüge für eine Beauftragung nicht. Bei dem Schreiben an die Bank handele es sich um einen sachdienlichen Hinweis, nicht um eine Betreuungstätigkeit. Auch sei die Anzeige nicht zur Erzielung einer Rechtsfolge erfolgt, da sich die Auszahlungsbeschränkungen bereits aus der Grundschuldbestellungsurkunde ergäben. Die Bank habe den besonderen Sicherungszweck nie gegenüber dem Notar bestätigt. Es sei zu fragen, ob es sich um eine unrichtige Sachbehandlung nach § 21 GNotKG handele.

Entscheidung:

Die Anträge auf gerichtliche Entscheidung nach §§ 127 Abs. 1, 90 Abs. 1, Abs. 2 GNotKG sind – so das LG – zulässig. In der Sache sind sie unbegründet. Die Kostenberechnung des Notars ist zu bestätigen.

1. Eine Betreuungsgebühr nach Abs. 1 Nr. 5 der Anm. zu Nr. 22200 KostVerz. GNotKG fällt an für die Anzeige oder Anmeldung einer Tatsache – insbesondere einer Abtretung oder Verpfändung – an einen nicht an dem Beurkundungsverfahren Beteiligten zur Erzielung einer Rechtsfolge. Die Tätigkeit darf sich nicht darauf beschränken, dem nicht am Beurkundungsverfahren Beteiligten die Urkunde oder eine Kopie oder eine Ausfertigung der Urkunde zu übermitteln. Voraussetzung ist nach Vorbem. 2.2. Abs. 1, 1. HS KostVerz. stets, dass dem Notar neben einem Beurkundungsauftrag ein besonderer Betreuungsauftrag erteilt ist.

Einen ausdrücklichen Betreuungsauftrag hat der Käufer dem Notar nicht erteilt. Eine Aufforderung, die Einschränkung des Sicherungszwecks der Grundschuld und die Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs an die Bank anzuzeigen, ist nicht ersichtlich und ist auch nicht in die Urkunde über die Bestellung der Grundschuld aufgenommen.

Gleichwohl ist von einer Auftragserteilung durch den Käufer auszugehen. Der Auftrag für eine Betreuungstätigkeit kann – wie schon zum alten Notarkostenrecht (§ 147 Abs. 2 KostO) – auch unter Geltung des GNotKG formlos und konkludent erteilt werden (Leipziger GNotKG/*Harder*, Vorbem. 2.2 KostVerz. Rn. 16 ff.; *Diehn*, in: Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, Vorbem. 2.2 KostVerz. Rn. 3). Entgegen der Auffassung des Käufers lässt die Bestimmung der Vorbem. 2.2 Abs. 1, 1. HS KostVerz. eine richterliche Auslegung zu. Der Begriff des „besonderen" Auftrags bezeichnet dabei keine bestimmte Form der Auftragserteilung, sondern stellt klar, dass zum Anfall einer Gebühr eine über den Beurkundungsauftrag hinausgehende und damit besondere Beauftragung des Notars zur Vornahme der Betreuungstätigkeit vorauszusetzen ist (*Diehn*, a.a.O., Vorbem. 2.2 KostVerz. Rn. 3). Entgegen der Annahme des Antragstellers schließt die Spezialität des Notarkostenrechts gegenüber den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts nicht aus, bloß schlüssigem Verhalten einen Erklärungswert zuzumessen. Denn eine ausdrückliche Erklärung ist nach den Bestimmungen des GNotKG für die Erteilung eines Auftrags an den Notar nicht vorausgesetzt.

Regelmäßig ist von einer konkludenten Auftragserteilung hinsichtlich solcher Tätigkeiten auszugehen, die zur Umsetzung der Urkunde erforderlich sind. Maßgeblich ist, ob die Beteiligten auch

bei Kenntnis der Gebührenfolge den Notar mit der Betreuungstätigkeit beauftragt hätten (*Harder*, a.a.O., Vorbem. 2.2 KostVerz. Rn. 16 ff.). Hierfür können ein geringer Geschäftswert, eine hohe Komplexität des Sachverhalts sowie in der Person der Beteiligten liegende Umstände wie deren Geschäfts(un)erfahrenheit, mangelnde eigene Kenntnisse oder die bloß gelegentliche Inanspruchnahme von Tätigkeiten des Notars sprechen. Für die Beurteilung, ob der Notar sich zur Vornahme der Betreuungshandlung besonders veranlasst sehen durfte, kommt es dabei nicht auf die subjektive Einschätzung des Notars an. Vielmehr ist auf die nach außen tretenden Umstände im Moment der Vornahme der Beurkundungs- und Betreuungstätigkeit abzustellen.

2. Ausgehend von diesen Grundsätzen durfte sich der Notar nach objektiven Maßstäben zur Anzeige der Einschränkungen des Sicherungszwecks der Grundschuld und der Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs an die Bank veranlasst sehen. Denn es ist nicht zu erkennen, dass die Beteiligten die Dienste des Notars regelmäßig in Anspruch nehmen oder sonst hinsichtlich der Veräußerung von Wohnungseigentum und der Einräumung von Kreditsicherheiten geschäftserfahren sind. Dem Käufer ist zuzugeben, dass es dem Notar zu raten gewesen wäre, den Auftrag ausdrücklich in die Urkunde aufzunehmen; zwingend ist dies jedoch nicht (vgl. *Harder*, a.a.O., Vorbem. 2.2 KostVerz. Rn. 19).

Auch handelte es sich bei der erfolgten Anzeige gegenüber der Bank um eine erforderliche Tätigkeit zur Umsetzung der Urkunde.

Dem steht nicht entgegen, dass bereits durch die Einschränkung der Sicherungsabrede im Text der Grundschuldbestellungsurkunde die beabsichtigte Sicherung des Veräußerers dahin gehend eintrat, dass die für den Kreditgeber des Käufers bestellte Grundschuld bis zur Kaufpreiszahlung nicht für die Absicherung anderer Schulden des Käufers verwendet werden kann und dass es zur Aufnahme der Sicherungsabrede in die Urkunde und zur Einreichung bei dem Grundbuchamt einer Zustimmung der Bank nicht bedurfte (vgl. *Harder*, a.a.O., Vorbem. 2.2 KostVerz. Rn. 47).

Denn erst mit der Mitteilung der Abtretungserklärung an die Bank zu deren besonderer Kenntnisnahme wurde zugleich – durch Ausschluss der Wirkung des § 407 Abs. 1 BGB – sichergestellt, dass im Auszahlungsfall das Kreditmittel direkt an den Eigentümer oder den im Kaufvertrag genannten Zessionar des Kaufpreisanspruchs gerichtet würde. Auch trat erst mit der auf die Mitteilung an das Kreditinstitut folgenden Annahme des entsprechenden Angebots eine Bindung der Bank an die eingeschränkte Sicherungszweckabrede ein.

Soweit der Käufer unter Hinweis auf die Kommentierung bei *Harder*, a.a.O., Vorbem. 2.2 KostVerz. Rn. 49, dagegen einwendet, die Bank habe eine ausdrückliche Annahme des Angebots auf Abschluss eines Sicherungsvertrags nicht erklärt, vermag dies an der Beurteilung nichts zu ändern. Zutreffend ist der Einwand im Ausgangspunkt lediglich dahingehend, dass zur Wirksamkeit der Änderung der Sicherungsabrede eine Annahmeerklärung des Kreditinstituts erforderlich ist und diese in Fällen, in denen vor der Beantragung der Grundschuld zur Eintragung im Grundbuch eine entsprechende Erklärung der Bank eingeholt wird, regelmäßig durch die Rücksendung der Bestätigung des Gläubigers dokumentiert wird (*Harder*, a.a.O., Vorbem. 2.2 KostVerz.). Eine Formbedürftigkeit der Sicherungsabrede bedeutet dies aber nicht. Die übereinstimmenden Erklärungen können vielmehr formfrei und auch konkludent erfolgen (vgl. Staudinger/*Herresthal*, BGB, Recht der Kreditsicherung, Neubearbeitung 2014, Rn. 82; *Hertel*, in: Würzburger Notarhandbuch, 3. Aufl., Rn. 398). Nach unwidersprochener Vermutung des Bezirksrevisors handelte es sich bei der Übersendung der Urkundenausfertigung unter besonderem Hinweis auf deren Inhalt um ein Angebot auf entsprechende Abänderung der seitens der Bank formularmäßig vorgesehenen Sicherungsabrede. Dieses Angebot hat die Bank konkludent dadurch angenommen, dass sie die Grundschuldurkunde behielt. Nach § 151 Satz 1 BGB brauchte die Annahme nicht gegenüber dem Eigentümer erklärt zu werden, da bereits mit der Entgegennahme der Urkunde nach Lebenserfahrung darauf zu schließen war, dass die Bank mit der ihr zugegangenen Vereinbarung einverstanden sein würde (vgl. entsprechend für das Bürgschaftsrecht BGH, NJW 1997, 2233).

Der Erforderlichkeit steht schließlich nicht entgegen, dass sich sowohl die Einschränkung der Sicherungsabrede, als auch die Abtretung des Auszahlungsanspruchs bereits aus der Urkunde ergaben, die gleichzeitig mit dem Begleitschreiben an die Bank gesendet wurde. Eine kommentarlose Übersendung der Urkunde hätte die Kenntnisnahme durch die finanzierende Bank von den Einschränkungen der Sicherungsabrede und der Abtretung des Auszahlungsanspruchs nicht mit gleicher Sicherheit erreicht, insbesondere, da die Bank nicht in jedem Fall mit einer Abtretung des Auszahlungsanspruchs rechnen musste. Das Anschreiben geht daher über einen bloßen sachdienlichen Hinweis hinaus.

3. Bei der Anzeige über die Einschränkung der Sicherungsabrede und der Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs handelte es sich nicht um eine falsche Sachbehandlung. Das wäre nur dann der Fall, wenn die vom Notar entfaltete Tätigkeit zweifelsfrei unnötig wäre oder die bloße Einschränkung der Sicherungsabrede in der Grundschuldbestellungsurkunde einen gleich sicheren Weg darstellte (*Harder*, a.a.O., Vorbem. 2.2 KostVerz. Rn. 19; *ders.*, a.a.O., Nr. 22200 KostVerz. Rn. 48). Ist aber die Tätigkeit nach dem unter 2. Ausgeführten erforderlich, kann sie nicht sachwidrig sein.

4. Auch die weiteren Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 5 der Anm. zu Nr. 22200 KostVerz. GNotKG sind erfüllt: Es handelt sich bei der Anzeige gegenüber der Bank um eine auf Erzielung einer Rechtsfolge gerichtete Tätigkeit. Für die Anzeige der Abtretung in dem Begleitbrief ergibt sich die Rechtsfolge ohne Weiteres aus § 407 Abs. 1 BGB; im Hinblick auf den Hinweis auf die eingeschränkte Sicherungsabrede genügt, dass die Rechtsfolge mit der Annahme durch die Bank bezweckt wird (vgl. *Harder*, a.a.O., Vorbem. 2.2 KostVerz. Rn. 50).

Mit dem Begleitbrief ist der Notar über die reine Übermittlung der Urkunde hinaus tätig geworden. Er hat sich nicht auf die kommentarlose Übersendung der Urkunde beschränkt, sondern in dem Brief insbesondere auf die einschränkenden Bedingungen in der Grundschuldbestellungsurkunde hingewiesen, mag auch eine Mitteilung bestimmter Rechtswirkungen durch die Übermittlung der Urkunde unterblieben sein.

Den Notar traf schließlich keine Pflicht, die Beteiligten über den Anfall der Kosten zu belehren (*Diehn*, a.a.O., Vorbem. 2.2 KostVerz. Rn. 4).

Anmerkungen:

Die hier veröffentlichte Entscheidung betrifft einen alltäglichen Praxisfall. Aus diesem Grunde ist auch die außergewöhnlich umfangreiche Begründung, mit der das LG den Sachverhalt aus allen Blickwinkeln durchleuchtet, zu begrüßen. In der notariellen Pra-

xis ist gerade der Anwendungsbereich der Betreuungsgebühr im Rahmen der Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld unklar. Durch die umfangreiche und präzise Begründung des LG tat sich daher das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung v. 11.11.2014 leicht, indem sich dessen Entscheidungsbegründung auf zwei Sätze beschränkte. Unter vollumfänglicher Bezugnahme auf die in jeder Hinsicht zutreffende Entscheidung des LG hat das OLG die Beschwerde zurückgewiesen.

Der Notar muss bei Finanzierungsgrundschulden mit den Beteiligten erörtern, wie eine bindende Einigung mit dem Grundschuldgläubiger über eine eingeschränkte Sicherungsabrede mit oder ohne Abtretung der Auszahlungsansprüche an den Verkäufer zur Sicherung des Kaufpreisanspruchs herbeigeführt werden soll. Dies sollte der Notar vor allem schon deshalb mit den Beteiligten erörtern, weil die kommentarlose Übersendung einer Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde an den Gläubiger keine Betreuungsgebühr auslöst, während für eine förmliche Anzeige eine 0,5-Betreuungsgebühr nach KostVerz.-Nr. 22200 Nr. 5 GNotKG aus dem Nennbetrag der Grundschuld (§ 113 Abs. 1 GNotKG) entsteht. Eine Betreuungstätigkeit zum Kaufvertrag liegt nicht vor. Die Sicherungsabrede kann erst bei der Bestellung der Grundschuld konkret geregelt werden. Im Kaufvertrag selbst übernimmt der Käufer i.a.R. lediglich die Verpflichtung hierzu als Ausübungsbedingung im Hinblick auf die ihm erteilte Finanzierungsvollmacht.

Besteht die Tätigkeit des Notars lediglich darin, dem Gläubiger eine Ausfertigung zu übersenden, entsteht keine Betreuungsgebühr nach KostVerz.-Nr. 22200 Nr. 5 GNotKG. Nimmt der Gläubiger die Ausfertigung unwidersprochen entgegen, kommt die Sicherungsabrede mit dem in der Urkunde geregelten Umfang zustande. Weitere Hinweise dürften entbehrlich sein. Dennoch könnten sich hierin Risiken verbergen, weil ein Gläubiger, wie das LG zutreffend feststellt, nicht regelmäßig damit rechnen muss, dass Auszahlungsansprüche in der Grundschuldbestellung abgetreten sind oder eine Sicherungsabrede eingeschränkt wird. Zwar wäre eine vertragswidrige Auszahlung des Darlehens durch den Gläubiger zu vertreten, die daraus resultierenden Unannehmlichkeiten träfen aber den Verkäufer, der das noch in seinem Eigentum befindliche Pfandobjekt für die Finanzierung des Kaufpreises durch den Käufer vor dessen Vertragserfüllung zur Verfügung stellt und der Vorschlag hierzu vom Notar unterbreitet wird. Zur Vermeidung von Abwicklungsstörungen wird der Notar im Einzelfall bestrebt sein, dem Verkäufer die bestmöglichste Absicherung anzubieten und den sichereren Weg, nämlich die förmliche Anzeige von Sicherungsabreden und/oder Abtretung von Auszahlungsansprüchen vorschlagen.

Eine Betreuungsgebühr nach KostVerz.-Nr. 22200 Nr. 5 GNotKG aus dem Betrag der Grundschuld (§ 113 Abs. 1 GNotKG) entsteht, wenn der Notar eine Tatsache oder eine Abtretung an einen nicht unmittelbar am Beurkundungsverfahren Beteiligten anzeigt und dadurch eine Rechtsfolge erzielt wird. Beide Voraussetzungen liegen vor, was das LG klar, eindeutig und zutreffend festgestellt hat.

Weitere Voraussetzung ist, dass dem Notar für diese Tätigkeit ein Auftrag erteilt wird. Zur Vermeidung von Streitigkeiten ist es immer ratsam, sich einen konkreten Auftrag erteilen zu lassen und diesen in die Urkunde mit aufzunehmen. Zwingend ist zwar die Vorlage eines Auftrags, die Aufnahme in die Urkunde aber nicht. Denn ein Auftrag kann dem Notar auch anderweitig erteilt werden oder er kann sich aus den Umständen des Einzelfalls konkludent ergeben. In einer weiteren Entscheidung v. 29.9.2013 (I-7 OH 3/14) hat das LG Bochum einen Auftrag schon darin gesehen, dass im Kaufvertrag die Belastungsvollmacht unter der Bedingung der Einschränkung der Sicherungsabrede im Rahmen der Grundschuldbestellung erteilt wurde. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die erstmalige Valutierung nur zum Zwecke der Kaufpreistilgung erfolgen darf. Dies könne vom Notar nur dadurch gewährleistet werden, dass er dem Finanzierungsgläubiger diese Tatsachen mitteilt. Aus dieser Konstellation ergäbe sich bereits ein konkludenter oder stillschweigender Auftrag.

Ist eine Beauftragung an den Notar zur Anzeige an den Gläubiger zu bejahen, entsteht bei Durchführung der Anzeige eine Betreuungsgebühr. Die Einholung einer Bestätigung des Gläubigers, dass dieser die Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde erhalten und von der Sicherungsabrede oder der Abtretung Kenntnis genommen hat, ist nicht Voraussetzung für das Entstehen der Gebühr (so zutreffend auch das LG).

Es liegt auch, so die vom OLG bestätigte Auffassung des LG, keine unrichtige Sachbehandlung nach § 21 GNotKG vor, weil das bloße kommentarlose Übersenden einer Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde keine gleich sichere Gestaltungsvariante sein soll. Nur dann, wenn mehrere gleichsichere Möglichkeiten vorliegen, ist der Notar verpflichtet, die kostengünstigere Gestaltungsvariante zu wählen, um unnötige Kosten zu vermeiden.

Wählt der Notar die aus der Sicht des Verkäufers sicherere förmliche Anzeige der Sicherungsabrede und/oder der Abtretung der Auszahlungsansprüche und führt diese Tätigkeit im Auftrag der Beteiligten durch, muss er auch nicht auf die Kostenfolge hinweisen. Dem ist zuzustimmen, denn Notare sind gem. § 17 Abs. 1 BNotO verpflichtet, die gesetzlich entstehenden Kosten zu erheben. Ein Gebührenansatz unterliegt keiner Disposition des Notars. Die Nichterhebung einer gesetzlich entstandenen Gebühr käme einer unwirksamen Gebührenvereinbarung nach § 125 GNotKG gleich.

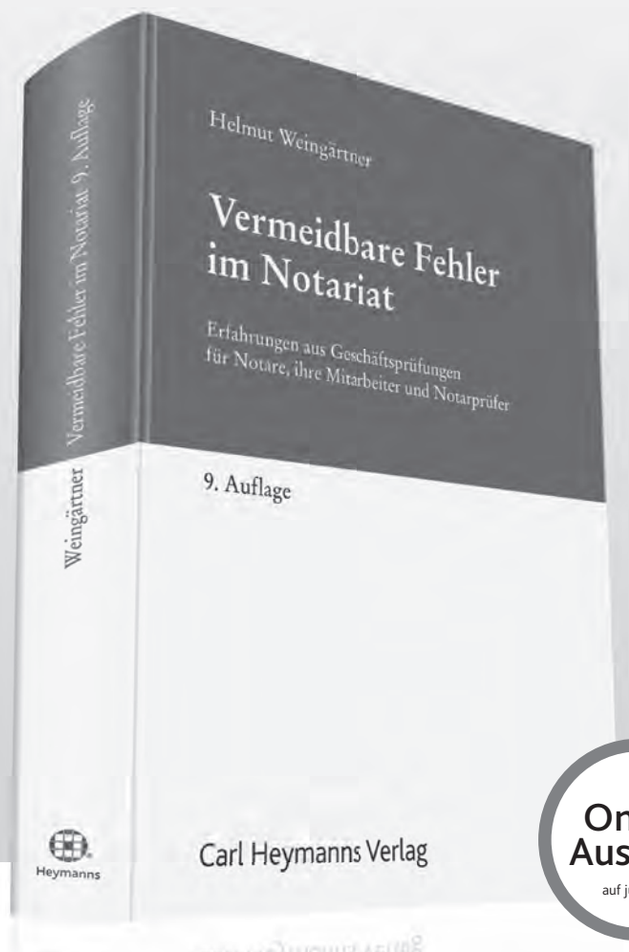
ZNotP-Fragezeichen

1. b) Eine Grunddienstbarkeit für den jeweiligen Eigentümer kann auch von dessen Mietern ausgeübt werden (vgl. MünchKomm-BGB/*Joost*, § 1018 Rn. 22), sofern nicht etwas anderes vereinbart ist. Der Nießbrauch erstreckt sich auf die wesentlichen Bestandteile des Grundstücks. Dazu gehört nach § 96 BGB auch eine Grunddienstbarkeit zugunsten des mit dem Nießbrauch belasteten Grundstücks (MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, § 1030 Rn. 47). Folglich kann auch der Mieter des N den Weg nutzen.

2. b) Der Erwerber des Erbteils eines Miterben ist nicht vorkaufsberechtigt (BGH, NJW 2011, 1226).

Carl Heymanns

Vorbeugen ist besser!



Online Ausgabe
auf jurion.de

Haftungsrisiken verringern und typische Fehler vermeiden
Die nunmehr bereits 9. Auflage des Werks »Vermeidbare Fehler im Notariat« zeigt wie gewohnt die typischen Fehler auf, die erfahrungsgemäß bei Geschäftsprüfungen immer wieder zu Beanstandungen, disziplinarrechtlichen Maßnahmen oder auch zu Schadensersatzklagen gegen Notare führen.

Mit vielen Hinweisen und Tipps
In die Neuauflage eingearbeitet wurden aktuelle Gesetzesänderungen sowie die neuste Rechtsprechung und Fachliteratur. Wie gewohnt bietet das Werk eine Entscheidungshilfe bei Zweifelsfragen und den vielfältigen Problemen des Tagesgeschäfts. Durch die zahlreichen Berichte aus der Praxis, Tipps und Hinweise wird gezielt auf Haftungsrisiken hingewiesen, um die daraus resultierenden Gefahren zu verringern.

Aus dem Inhalt
■ Geschäftsprüfung und Dienstaufsicht ■ Allgemeine Mitwirkungsverbote ■ Mitwirkungsverbote nach dem BeurkG und der BRAO ■ Unzulässige Beurkundungsverfahren nach dem BeurkG; Richtlinien für die Berufsausübung der Notare ■ Wiederkehrende Fehler bei der Führung der Bücher ■ Formale Mängel ■ Besondere Einzelprobleme ■ Fehler beim Verwahrungsgeschäft

Der Autor
Prof. Dr. Helmut Weingärtner, Richter am LG a.D. war langjähriger Notarprüfer und ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen im Bereich des notariellen Berufsrechts

Weingärtner
Vermeidbare Fehler im Notariat
9. Auflage 2014, 388 Seiten,
gebunden, € 80,–
ISBN 978-3-452-28067-1

Online im Shop bestellen:
shop.wolterskluwer.de
Gebührenfreie Bestellhotline:
0800 7763665
Im Buchhandel erhältlich.

Wolters Kluwer Deutschland GmbH • Postfach 2352 • 56513 Neuwied
Telefon 02631 8012222 • Fax 02631 8012223 • info@wolterskluwer.de • www.wolterskluwer.de

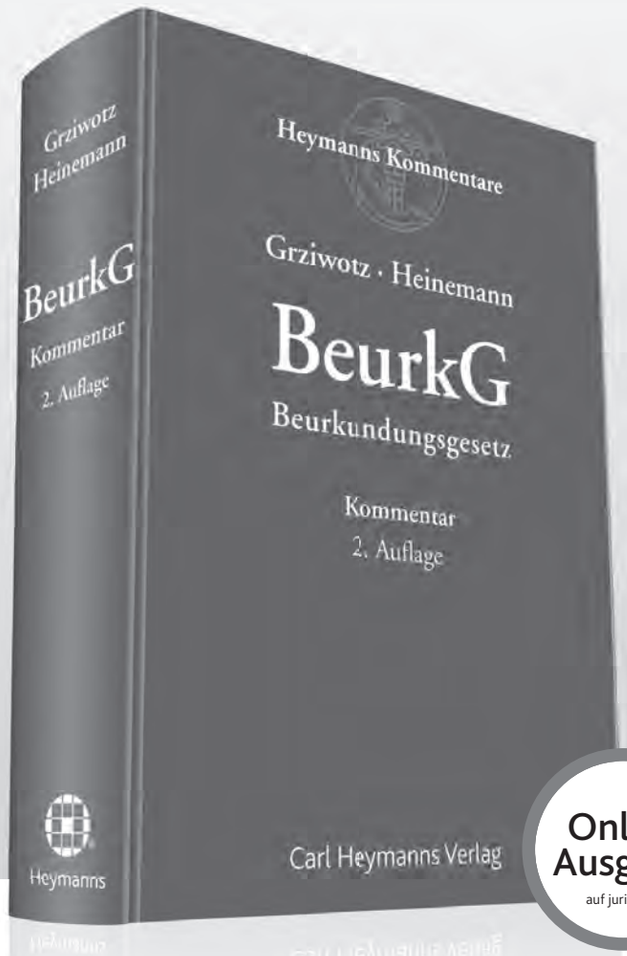
Wolters Kluwer

28067_10-15_210x297_1c.indd 1 06.03.15 09:16

NEU

Carl Heymanns

Fehlerfrei verfahren im Beurkundungsrecht



Online Ausgabe
auf jurion.de

Das Beurkundungsrecht ist für Notarinnen und Notare ein entscheidender Baustein zur erfolgreichen und haftungsfreien Gestaltung und Ausfertigung rechtssicherer Urkunden und Verträge. Nicht nur die Legitimität des öffentlichen Amtes hängt von der gewissenhaften Einhaltung des richtigen, mitunter schwierigen Verfahrens ab, sondern auch - und insbesondere - der Schutz unerfahrener und ungewandter Beteiligter.

Der Notar findet in diesem Buch alle notwendigen Kenntnisse zu diesem wichtigen Verfahrensrecht, um rechts- und beweiswirksame Dokumentationen von Erklärungen und Verträgen aller Art vornehmen zu können. In die Neuauflage eingearbeitet wurden u.a.:

- das 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetz (GNotKG)
- das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren
- das Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare

Die zahlreichen Formulierungsvorschläge und Hinweise zeigen an entscheidenden Stellen Lösungsansätze auf und helfen dadurch, die Einhaltung der Verfahrensordnung zu gewährleisten.

Als Notare sind die Autoren mit dem Beurkundungsgesetz in seiner praktischen Anwendung bestens vertraut. Mit ihren zahlreichen Vorträgen und Veröffentlichungen sind sie in der Fachwelt sowohl als hervorragende Wissenschaftler als auch als brillante Publizisten bekannt und geschätzt.

Die Autoren:
Notar Prof. *Dr.iur. Dr.phil. Herbert Grziwotz*
Notar *Dr. iur. Jörn Heinemann, LL.M.*

Grziwotz / Heinemann (Hrsg.)
BeurkG
Beurkundungsgesetz (BeurkG) – Kommentar
2. Auflage 2015, 736 Seiten, gebunden, € 99,–
ISBN 978-3-452-28103-6

Online im Shop bestellen:
shop.wolterskluwer.de
Gebührenfreie Bestellhotline:
0800 7763665
Im Buchhandel erhältlich.

Wolters Kluwer Deutschland GmbH • Postfach 2352 • 56513 Neuwied
Telefon 02631 8012222 • Fax 02631 8012223 • info@wolterskluwer.de • www.wolterskluwer.de

Wolters Kluwer

28103_49-14_210x297_1c.indd 1 02.12.14 09:09