

Die Rechte des Eigentümers bei Pflichtverletzungen im Eigentümer-Nießbraucher-Verhältnis

von Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M. (Cambridge)

I. Einleitung: Das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher ist im BGB vergleichsweise ausführlich geregelt: Die §§ 1034 bis 1038, 1039 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2, 1041–1045, 1046 Abs. 2 und 1047–1057 BGB¹ grenzen die Rechte und Pflichten der Parteien ab, die infolge der Überlagerung des Eigentums durch das Nutzungsrecht des Nießbrauchers eng miteinander verbunden sind. Sie sind Ausdruck eines gesetzlichen („dinglichen“²) Schuldverhältnisses,³ das unabhängig von den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien durch die Begründung des Nießbrauchs⁴ zwischen dem (jeweiligen) Eigentümer⁵ und dem Nießbraucher besteht.⁶ Die gesetzlichen Regeln lassen sich grob in drei Gruppen unterteilen: Zum einen regeln sie Rechte und Pflichten zwischen Eigentümer und Nießbraucher, die die Verteilung von Lasten unter ihnen betreffen (z.B. §§ 1034, 1035, 1036 Abs. 2, 1037, 1038, 1039 Abs. 1 Satz 2, 1041–1044, 1045, 1046 Abs. 2, 1049, 1050, 1051, 1052, 1053, 1054, 1055, 1057 BGB). Zum zweiten regeln sie im Verhältnis der Beteiligten, wer Lasten gegenüber Dritten zu tragen hat (z.B. § 1047 BGB), und zum dritten⁷ regeln sie Befugnisse von Eigentümer und Nießbraucher gegenüber Dritten (z.B. §§ 1039 Abs. 1 Satz 1, 1048, 1056 BGB).⁸

Wie bei jedem Schuldverhältnis ist denkbar, dass eine der Parteien, etwa der Nießbraucher, seinen Pflichten nicht nachkommt. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über die Rechte des Eigentümers bei Verletzung der Pflichten durch den Nießbraucher. Dabei ist zu differenzieren, ob die verletzte Pflicht Teil des (dinglichen) Legalschuldverhältnisses ist (dazu II.) oder ob sie Gegenstand einer nur (einfachen) schuldrechtlichen (vertraglichen) Vereinbarung zwischen den Beteiligten ist (dazu III.). Diese Differenzierung ist geboten, weil die Regeln des gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Eigentümer und Nießbraucher zwar (mit dinglicher Wirkung, vgl. §§ 873, 877 BGB) abdingbar sind.⁹ Soweit eine abweichende Regelung mit dinglicher Wirkung allerdings nicht möglich oder nicht gewollt ist, bleibt lediglich eine schuldrechtliche (vertragliche) Vereinbarung zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher, die im zugrundeliegenden Kausalverhältnis (z.B. Kauf, Schenkung) oder in begleitenden oder späteren Abreden getroffen werden kann.

II. Verletzung von Pflichten aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher

Zunächst ist denkbar, dass der Nießbraucher einer Pflicht aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis mit dem Eigentümer nicht nachkommt, etwa seiner Verpflichtung zur Erhaltung der Sache gem. § 1041 Satz 1 BGB oder der Verpflichtung zur Übernahme öffentlicher oder privater Lasten gem. § 1047 BGB. Diese Pflichten bestehen grundsätzlich, wie das gesetz-

liche Schuldverhältnis insgesamt, nur zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher,¹⁰ auch wenn Besteller und Eigentümer personenverschieden sind.¹¹

- 1 Die Zuordnung einzelner Vorschriften der §§ 1030 ff. BGB zu dem gesetzlichen Schuldverhältnis wird in den Details uneinheitlich gehandhabt; siehe Palandt/*Herrler*, Einf v § 1030 Rn. 3: „Inhalt z.B. nach §§ 1034 bis 1039, 1041–1047, 1049–1055, 1056; Erman/*Bayer*, Vor § 1030 Rn. 17: „nach Maßgabe der §§ 1034, 1036 II, 1037–1039, 1041–1047, 1049–1057“; Soergel/*Stürner*, Vor § 1030 Rn. 11: „vgl. §§ 1034–1039, 1041–1057“; BGB-RGRK/*Rothe*, Vor § 1030 Rn. 2: „z.B. §§ 1034, 1036, 1037, 1041, 1047, 1049, 1054, 1055“; wie hier MünchKommBGB/*Pohlmann*, § 1030 Rn. 16: §§ 1034 bis 1038, 1039 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2, 1041–1045, 1046 Abs. 2, 1047–1057.
- 2 Obwohl das Begleitschuldverhältnis häufig als „dinglich“ bezeichnet wird, sind die aus ihm resultierenden Verpflichtungen nur schuldrechtlicher Natur, begründen also kein vollstreckungsfestes rangsicherndes Recht, *Amann*, DNotZ 1989, 531, 535; zu Ausnahmen §§ 1021 Abs. 2, 1022 Satz 2 BGB. Auch wirken die Rechte und Pflichten aus diesem Rechtsverhältnis nicht – wie sonst dingliche Rechte – gegenüber jedermann. Vielmehr soll mit der Bezeichnung als „dingliches“ Begleitschuldverhältnis zum Ausdruck gebracht werden, dass die Vorschriften zwischen dem jeweiligen Eigentümer und dem jeweiligen Nießbraucher kraft Gesetzes ohne Schuldübernahme, Abtretung oder rechtsgeschäftlichen Eintritt Wirkung entfalten, *Amann*, DNotZ 1989, 531, 535 f. Zu anderen Bezeichnungen unten Fn. 6.
- 3 Vertiefend *Deichmann*, Das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher (ENV) im antiken römischen Recht und im heutigen Zivilrecht, Diss Bonn 1998.
- 4 Motive III 505 f. = Mugdan III 281 f. (mit Diskussion der Frage, ob die Verbindlichkeit des Nießbrauchers bereits vor Sachüberlassung mit Entstehung des Nießbrauchs entsteht).
- 5 Nicht dem Besteller (Ausnahmen §§ 1067 Abs. 2, 1075 Abs. 2, 1087, 1088 Abs. 3 BGB), Palandt/*Herrler*, Einf v § 1030 Rn. 3; s.u. Text bei Fn. 10.
- 6 BGHZ 95, 144, 147; BGH NJW 2016, 1953, 1955 Rn. 19; Motive III 504, 506 = Mugdan III 281, 282; treffend *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 2. Aufl. 1930, § 74 3: „Nießbrauchsobligation“; zu anderen Bezeichnungen *Ertl*, DNotZ 1988, 21, 22 („verdinglichte[s] Schuldverhältnis“); *Amann*, DNotZ 1989, 531, 534, 536 (verdinglichtes „Begleitschuldverhältnis“).
- 7 Bei drittwirksamen Vorschriften könnte man zweifeln, ob man sie noch zum gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher zählen kann.
- 8 Die Zuweisung zu einer der Gruppen ist nicht exklusiv. So kann eine Vorschrift sowohl das Verhältnis zwischen den Beteiligten wie gegenüber Dritten regeln (z.B. das Besitzrecht des Nießbrauchers nach § 1036 Abs. 1 BGB), zur Wirkung des § 1036 Abs. 1 BGB sowohl im Verhältnis zum Eigentümer wie zu Dritten *Staudinger/Heinze*, § 1036 Rn. 2.
- 9 BGHZ 95, 99, 100; Soergel/*Stürner*, Vor § 1030 Rn. 11a; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 120 Rn. 10; zu Einzelheiten *Staudinger/Heinze*, Vorbem zu §§ 1030 ff. Rn. 7 ff.; *Amann*, DNotZ 1989, 531, 541 ff.; *Trömer*, RNotZ 2016, 421, 426 ff. Allerdings gelten die §§ 873, 877 BGB nicht für die Aufhebung oder Änderung schon entstandener Verpflichtungen aus gesetzlichen Begleitschuldverhältnissen, die ausschließlich mit der Ausübung des Nießbrauchs in der Vergangenheit zusammenhängen; insofern bleibt es bei den §§ 397, 311 BGB, *Amann*, DNotZ 1989, 531, 559; skeptisch *Abrens*, Dingliche Nutzungsrechte, 2. Aufl. 2007, Rn. 82, 95.
- 10 BGHZ 95, 99, 100; *Westermann/Gursky/Eickmann* (Fn. 9), § 120 Rn. 10; *Staudinger/Heinze*, § 1058 Rn. 1. Nur einzelne Vorschriften richten sich an den Besteller, vgl. §§ 1067 Abs. 2, 1075 Abs. 2, 1087, 1088 Abs. 3 BGB.
- 11 Zur Personenverschiedenheit von Eigentümer und Besteller kommt es, wenn der Eigentümer nach Bestellung des Nießbrauchs die Sache veräußert oder wenn ein Nichtberechtigter wirksam einen Nießbrauch bestellt. Der vom Eigentümer verschiedene Besteller kann nur Leistung an den Eigentümer verlangen, *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 117 IV. Zum Schutz des Nießbrauchers siehe § 1058 BGB.

1. Fortbestehende Außenhaftung des Eigentümers

Für die Folgen einer Pflichtverletzung des Nießbrauchers ist bedeutsam, dass, auch wenn die Pflichtverletzung in der Nichtbegleichung privater oder öffentlicher Lasten gegenüber Dritten besteht, sich diese Dritten (nur) an den Eigentümer halten können, weil die Verpflichtung des Eigentümers im Außenverhältnis zu Dritten von der Nießbrauchsbestellung und der Lastentragungspflicht des Nießbrauchers unberührt bleibt. Abgesehen von wenigen Ausnahmefällen¹² entfalten die Regeln des gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Eigentümer und Nießbraucher nämlich nur Wirkung zwischen diesen Parteien und gelten nicht für das Verhältnis des Nießbrauchers zu Dritten.¹³ So ist entschieden worden, dass § 1047 BGB dritten (Grundschild-)Gläubigern keinen unmittelbaren (dinglichen oder persönlichen) Anspruch auf Zahlung rückständiger Grundschildzinsen gegen den Nießbraucher verleiht.¹⁴ Auch haben die anderen Wohnungs- oder Teileigentümer in einer Wohnungseigentumsgemeinschaft keinen Anspruch gegen den Nießbraucher auf Ersatz der vom Eigentümer geschuldeten Kosten und Lasten (§§ 16, 28 Abs. 2 WEG; auch § 10 Abs. 8 WEG).¹⁵ Zwar ist der Nießbraucher aufgrund der Lastentragungspflicht (überwiegend)¹⁶ zur Zahlung an den Gläubiger der jeweiligen Last verpflichtet, aber nur der Eigentümer, nicht der Dritte kann diese Verpflichtung durchsetzen.¹⁷

Die Lastentragungspflicht des Nießbrauchers im Verhältnis zum Eigentümer lässt somit die Haftung des Eigentümers gegenüber Dritten unberührt. Eine unmittelbare Verpflichtung des Nießbrauchers gegenüber Dritten kommt nur in Betracht, wenn sie vertraglich begründet wurde¹⁸ oder wenn eine Eigenhaftung des Nießbrauchers gesetzlich angeordnet ist. Im Zivilrecht ist dies der Fall, wenn der Nießbraucher selbst einen gesetzlichen Haftungstatbestand verwirklicht, bspw. indem er seinen deliktischen Verkehrssicherungspflichten nicht nachkommt.¹⁹ Von der Überwälzung der Verkehrssicherungspflichten auf den Nießbraucher bleibt allerdings die Kontroll- und Überwachungspflicht des Eigentümers unberührt,²⁰ so dass auch eine Überwälzung der Verkehrssicherungspflicht auf den Nießbraucher den Eigentümer nicht gänzlich von der Verantwortung befreit. Im Öffentlichen Recht hängt eine unmittelbare Haftung des Nießbrauchers gegenüber Dritten von der Ausgestaltung der jeweiligen öffentlich-rechtlichen Pflicht ab. So begründet der Besitz des Nießbrauchers in aller Regel eine öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht und im Umwelt- oder Wasserrecht,²¹ und die Steuergesetze sehen zuweilen eine eigene Haftung des Nießbrauchers vor (etwa § 11 Abs. 1 GrStG). Auch diese Vorschriften begründen aber nur eine zusätzliche Haftung des Nießbrauchers neben der fortbestehenden Verantwortlichkeit des Eigentümers.

2. Ansprüche des Eigentümers gegen den Nießbraucher

Infolge der fortbestehenden Außenhaftung des Eigentümers für im Innenverhältnis vom Nießbraucher zu tragende Lasten sind im Falle einer Pflichtverletzung des Nießbrauchers die Ansprüche des Eigentümers gegen den Nießbraucher von Interesse. Dies gilt erst recht für die Pflichten des Nießbrauchers, die von vorneherein auf Leistung an den Eigentümer oder den Erhalt der Nießbrauchsache (z.B. § 1041 BGB) gerichtet sind. Die Ansprüche des Eigentümers können sich aus den speziell geregelten §§ 1051 bis 1054 BGB (dazu a),

aus dem allgemeinen Schuldrecht bei Verletzung der Primärpflichten aus dem Begleitschuldverhältnis (§§ 280 ff. BGB, dazu b), und aus dem Deliktsrecht (§ 823 Abs. 1 BGB,²² dazu c) ergeben.²³

a) Rechtsbehelfe des Eigentümers nach §§ 1051 bis 1054 BGB

Das Gesetz sieht – neben den Sonderregeln der § 1039 Abs. 1 Satz 2 BGB für übermäßige Fruchtziehung und § 1048 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BGB für ausgeschiedene Inventarstücke – in den §§ 1051 bis 1054 BGB²⁴ drei Ansprüche bei Verletzung der Pflichten des Nießbrauchers aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis vor, nämlich einen Anspruch auf Sicherheitsleistung (§ 1051 BGB), auf gerichtliche Verwaltung des Nießbrauchs (§§ 1052 Abs. 1, 1054 BGB) und auf Unterlassung des unbefugten Gebrauchs (§ 1053 BGB). Die noch im ersten Entwurf als Teil des heutigen § 1053 BGB (§ 1004 E I) vorgesehene Klarstellung, dass der Eigentümer „den ihm gegen den Nießbraucher zustehenden Anspruch auf ordnungsgemäße Erhaltung der Sache und des wirtschaftlichen Bestandes derselben sowie auf Erfüllung der übrigen dem Nießbraucher obliegenden Verpflichtungen schon während der Dauer des Nießbrauchs geltend machen“ kann, wurde von der Redaktionskommission auf Anregung

12 §§ 1039 Abs. 1 Satz 1, 1048, 1056 BGB; s.a. § 1088 BGB.

13 Zu § 1047 BGB Staudinger/Heinze, § 1047 Rn. 2; Mot III 515 = Mugdan III 287: „Die Vorschriften des § 1003 (E I; heute § 1047 BGB) beziehen sich nicht auf das Verhältnis des Nießbrauchers zu dritten Personen, sondern nur auf das innere Verhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer“; Westermann/Gursky/Eickmann (Fn. 9), § 120 Rn. 13; Wolff/Raiser (Fn. 11), § 117 I 2 b.

14 BGH WM 1965, 476, 479; bereits RGZ 72, 101, 103; 100, 155, 157.

15 BGH DB 1979, 545; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1047 Rn. 2; Pöppel, MittBayNot 2007, 85, 88; zur fortbestehenden Störungsbeseitigungshaftung des Eigentümers eines nießbrauchsbelasteten Grundstücks vgl. § 14 Nr. 2 WEG und LG München ZMR 2018, 443 Rn. 11 f. (juris).

16 Dies erfasst nicht die Rücklagenbeiträge, die auf Instandsetzungen nach Nießbrauchsende entfallen, aber in der Praxis wird das Hausgeld i.d.R. vollständig dem Nießbraucher auferlegt, Pöppel, MittBayNot 2007, 85, 88; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rn. 1174 f. (jeweils mit Formulierungsvorschlag).

17 Staudinger/Heinze, § 1047 Rn. 7. Denkbar ist, dass ein dritter Gläubiger den Anspruch des Eigentümers gegen den Nießbraucher pfändet und an sich überweisen lässt.

18 In einer solchen Vereinbarung könnte auch – unter Mitwirkung des Dritten – eine gegenüber dem Nießbraucher nur subsidiäre oder gar während der Dauer des Nießbrauchs gänzlich ausgeschlossene Haftung des Eigentümers vereinbart werden. Im Regelfall wird es aber an einer solchen Vereinbarung mit dem Dritten fehlen.

19 Aus der Rechtsstellung des Nießbrauchers, insb. aus seinem Recht zum Besitz (§ 1036 BGB) ergibt sich für den Nießbraucher bereits (unabhängig von ihrer Delegation) eine originäre Verkehrssicherungspflicht, Staudinger/Heinze, § 1041 Rn. 9. Daneben kann sich der Nießbraucher auch gegenüber dem Eigentümer zur Übernahme der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht verpflichten, Amann, DNotZ 1989, 531, 547.

20 Schippers, MittRhNotK 1996, 197, 204 f.

21 Staudinger/Heinze, § 1036 Rn. 11 m.w.N.

22 Der Anspruch aus § 1004 BGB als zweiter zentraler Rechtsbehelf des Eigentümers wird im Eigentümer-Nießbraucher-Verhältnis durch § 1053 BGB überlagert, Staudinger/Heinze, § 1053 Rn. 1; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1053 Rn. 1; für parallele Anwendung von § 1053 BGB und § 1004 BGB BeckOGK/Servatius, § 1053 Rn. 24.

23 Zur Differenzierung in zwei Hauptgruppen bereits Amann, DNotZ 1989, 531, 533.

24 Eine weitere Sonderregelung findet sich in der Rückgabepflicht des § 1055 BGB, die neben § 985 BGB für erforderlich gehalten wurde, weil sie nicht vom Besitz des Nießbrauchers abhängt und nach § 1055 BGB zudem die Rückgabe in einem Zustand geschuldet wird, der der Erhaltungspflicht des Nießbrauchers entspricht, Staudinger/Heinze, § 1055 Rn. 1; zum zweiten Punkt auch Mot III 520 = Mugdan III 290.

der 2. Kommission als Selbstverständlichkeit gestrichen.²⁵ Daraus folgt, dass der Eigentümer selbstverständlich auch die Primäransprüche (Erfüllungsansprüche) gegen den Nießbraucher durchsetzen kann, und zwar bereits vor Beendigung des Nießbrauchs.²⁶ Die Rechte des Eigentümers nach den §§ 1051 bis 1054 BGB werden – heutzutage²⁷ – als verschuldensunabhängige Rechtsbehelfe aufgefasst und (mit Ausnahme des Anspruchs auf Sicherheitsleistung, § 1051 BGB) als mit dinglicher Wirkung unabdingbar angesehen.²⁸

Im Einzelnen eröffnet § 1051 BGB dem Eigentümer einen Anspruch auf Sicherheitsleistung (§§ 232 ff. BGB),²⁹ wenn durch das Verhalten des Nießbrauchers die Besorgnis einer erheblichen³⁰ Verletzung der Rechte des Eigentümers begründet wird. Zu den Rechten des Eigentümers zählen nicht nur der Schutz des Eigentums selbst und der Anspruch auf ordnungsgemäße Rückgabe der Sache (§ 1055 BGB), sondern auch die Ansprüche aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis zum Nießbraucher.³¹ Handelt es sich nicht nur um eine zu besorgende, sondern bereits um eine tatsächliche Verletzung der Rechte des Eigentümers durch den Nießbraucher in erheblichem Maße³² und setzt der Nießbraucher dieses Verhalten auch nach einer Abmahnung durch den Eigentümer fort, so kann der Eigentümer zudem die Duldung der gerichtlichen Verwaltung des Nießbrauchs verlangen (§ 1054 BGB). Diese zusätzliche Befugnis ist erforderlich, weil allein der Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 1051 BGB nicht die „ordnungsgemäße Naturalrestitution“, also die Erfüllung der Pflichten des Nießbrauchers zu sichern vermag.³³ Die gerichtliche Verwaltung dient damit als Ersatz für die vom Gesetz nicht zugelassene Beendigung oder Kündigung des Nießbrauchs aus wichtigem Grund.³⁴ Eine gerichtliche Verwaltung des Nießbrauchs kann der Eigentümer auch dann verlangen, wenn der Nießbraucher einer rechtskräftigen Verurteilung zur Sicherheitsleistung nicht innerhalb einer vom Gericht zu bestimmenden Frist nachkommt und die Sicherheit auch nicht nachträglich leistet (§ 1052 Abs. 1, 3 BGB).

Als weiteren ausdrücklich geregelten Rechtsbehelf sieht § 1053 BGB die Unterlassungsklage bei unbefugtem Gebrauch des Nießbrauchers vor.³⁵ Vom ebenfalls verschuldensunabhängigen § 1004 BGB unterscheidet sich die Regelung des Unterlassungsanspruchs in § 1053 BGB durch das zusätzliche Erfordernis einer Abmahnung. Außerdem dient die Sondervorschrift des § 1053 BGB der Klarstellung, dass der Unterlassungsanspruch des Eigentümers gegen unbefugten Gebrauch des Nießbrauchers bereits während der Laufzeit des Nießbrauchs geltend gemacht werden kann. Es soll der Einwand abgeschnitten werden, der Eigentümer könne, da ihm erst nach Beendigung des Nießbrauchs die Sache in ordnungsgemäßem Zustand zurückzugeben ist, nicht gegen während der Laufzeit des Nießbrauchs auftretende Verletzungen der (Instandhaltungs-)Pflichten des Nießbrauchers vorgehen.³⁶ Dies gilt nicht nur für den Unterlassungsanspruch gegen unbefugten Gebrauch, sondern auch für die Durchsetzung der Pflichten des Nießbrauchers allgemein.³⁷

b) Rückgriff auf allgemeine Vorschriften

Infolge der nur lückenhaften Regelung der Rechtsbehelfe des Eigentümers bei Pflichtverletzungen des Nießbrauchers ist anerkannt, dass ein Rückgriff auf allgemeine Vorschriften bei Verletzung der Pflichten des Nießbrauchers aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis zulässig bleibt.³⁸ Neben der Durch-

setzung der jeweiligen Primärpflicht des Nießbrauchers betrifft dies vor allem³⁹ die Ansprüche aus den §§ 280 ff. BGB, die auch auf gesetzliche Schuldverhältnisse und damit auch

25 Prot III 399 = Mugdan III 753; Schön, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, S. 202.

26 Schön (Fn. 25), S. 202; ausführlich Deichmann (Fn. 3), S. 236 ff. mit der Einschränkung, der Nießbraucher könne sich mit der Einrede verteidigen, dass auch die spätere Erfüllung seiner Erhaltungspflichten noch der ordnungsgemäßen Wirtschaft entspreche (S. 240). Handelt es sich bei den Primärpflichten des Nießbrauchers um Unterlassungspflichten (z.B. Beachtung des Umgestaltungsverbots des § 1037 Abs. 1 BGB), so sind diese bereits durch den Unterlassungsanspruch nach § 1053 BGB durchsetzbar, Deichmann (Fn. 3), S. 241 ff. (der neben der Unterlassung aus § 1053 BGB auch eine Beseitigungs- und Wiederherstellungspflicht folgert); s.a. Staudinger/Heinze, § 1053 Rn. 1.

27 Staudinger/Heinze, § 1051 Rn. 3, § 1054 Rn. 2. Der historische Gesetzgeber scheint eine Sicherheitsleistung nur „für den Fall der durch ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten des Nießbrauchers hervorgerufenen Gefährdung des Eigentümers“ anordnen zu wollen, Mot III 518 = Mugdan III 289.

28 BayObLGZ 1977, 81, 87 f.; Staudinger/Heinze, § 1051 Rn. 4, § 1052 Rn. 10, § 1053 Rn. 1, § 1054 Rn. 1. Zum Streitstand auch Schön (Fn. 25), S. 325 f., der die §§ 1051, 1052 BGB als abdingbar und die §§ 1053, 1054 BGB als unabdingbar ansieht.

29 Mit der Regelung wird zugleich klargestellt, dass im Unterschied zum gemeinen Recht keine allgemeine Kautionspflicht des Nießbrauchers (cautio usufructuaria) besteht, Mot III 518 = Mugdan III 289.

30 Als Kriterium für die Feststellung der Besorgnis einer „erheblichen“ Verletzung ist maßgeblich, „ob es bei objektiver Betrachtung geboten ist, dem Eigentümer bzw. Rechtsinhaber bereits im Vorfeld der möglichen gerichtlichen Geltendmachung etwaiger Schadensersatzansprüche bereits eine Sicherheitsleistung zu gewähren“, BeckOGK/Servatius, § 1051 Rn. 19, wobei Verschulden, Dauer und Wiederholung der Verletzung relevant sind, BeckOGK/Wegmann, § 1051 Rn. 3. Als Beispiele werden die drohende Veräußerung, der Raubbau oder die verweigerte Rückgabe genannt, Erman/Bayer, § 1051 Rn. 1. S.a. Prot III 400 = Mugdan III 754: Bei einer erheblichen Verletzung „werde der Eigentümer (...) ein gerechtfertigtes Mißtrauen hinsichtlich des Verhaltens des Nießbrauchers für die Zukunft haben“.

31 BGH NJW-RR 2006, 874, 875 Rn. 7: „Besorgnis ist insbesondere bei einer Gefährdung des Anspruchs des Eigentümers auf Erhaltung des Unternehmens (hier: des Guts) in seinem Bestand (§ 1041 S. 1 BGB) oder auf Rückgabe (...) nach Beendigung des Nießbrauchs anzunehmen“. S.a. Mot III 519 = Mugdan III 289: „Ob die Pflichtverletzung des Nießbrauchers die Erhaltung oder die Rückgewähr der Sache gefährdet, ist von gleicher Bedeutung, da beide Arten der Gefährdung in einander übergehen und wohl nicht zu trennen sind.“

32 Die Erheblichkeit i.R.d. § 1054 BGB setzt voraus, dass zwischen der Zwangsmaßnahme der Verwaltung und der Verletzung der Eigentümerrechte ein angemessenes Verhältnis besteht, Staudinger/Heinze, § 1054 Rn. 2. Es wird auch darauf abgestellt, „ob es bei objektiver Betrachtung geboten ist, den Eigentümer bzw. Rechtsinhaber durch die Zwangsverwaltung vor weiteren, vorhersehbaren großen Schäden zu bewahren“, BeckOGK/Servatius, § 1054 Rn. 15.

33 Mot III 519 = Mugdan III 289.

34 Eine Art „Kündigungsbefugnis“ lässt sich allenfalls über eine Bedingung konstruieren, unten Fn. 43.

35 Zur Erstreckung auch auf Beseitigungsansprüche BeckOGK/Servatius, § 1053 Rn. 3 (z.B. Rückbau).

36 Mot III 519 = Mugdan III 289.

37 Zur Streichung einer entsprechenden Klarstellung im Gesetzgebungsverfahren oben Text bei Fn. 25–26.

38 Palandt/Herrler, Einf v § 1030 Rn. 3 (bei Pflichtverletzung gelte § 280 mit §§ 276, 278); Erman/Bayer, § 1036 Rn. 2 (für Verstoß gegen Regeln ordnungsgemäßer Wirtschaft), § 1041 Rn. 4 (für schuldhaft Beschädigung der Sache durch den Nießbraucher); BeckOGK/Servatius, § 1036 Rn. 42, § 1037 Rn. 39, § 1051 Rn. 26, § 1053 Rn. 26; NK/Lemke, § 1030 Rn. 23; Soergel/Stürner, Vor § 1030 Rn. 11. Vgl. auch die Verjährungsvorschrift des § 1057 BGB, die die Existenz von Ersatzansprüchen des Eigentümers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache voraussetzt. Westermann/Gursky/Eickmann (Fn. 9), § 120 Rn. 14; Ahrens (Fn. 9), Rn. 95.

39 Diskutiert wird außerdem die Anwendung des § 1004 BGB neben dem Unterlassungsanspruch aus § 1053 BGB, wobei das Erfordernis der vorherigen Abmahnung nicht durch unmittelbaren Rückgriff auf § 1004 BGB unterlaufen werden darf, Staudinger/Heinze, § 1053 Rn. 1 m.w.N.

auf das Eigentümer-Nießbraucher-Verhältnis anwendbar sind (zur Verjährung siehe § 1057 BGB).⁴⁰

aa) Wertungen der §§ 1051 bis 1054 BGB

Allerdings sind bei der Anwendung der allgemeinen Vorschriften die Wertungen der §§ 1051 bis 1054 BGB zu beachten. So lässt sich aus der Möglichkeit der Anordnung gerichtlicher Verwaltung bei erheblichen Rechtsverletzungen des Nießbrauchers folgern, dass der Eigentümer auch bei schwerwiegenden Verstößen nicht die Aufhebung des Nießbrauchs verlangen kann.⁴¹ Denkbar ist allenfalls ein Anspruch auf Rückgewähr des Nießbrauchs aufgrund einer Beendigung des der Bestellung zugrundeliegenden Kausalverhältnisses.⁴² Außerdem ist denkbar, anstelle des – dinglich unzulässigen – Kündigungsrechts den Nießbrauch unter bestimmte auflösende Bedingungen zu stellen.⁴³

Zudem ist die Einstrahlung des der Nießbrauchsbestellung zugrundeliegenden Kausalverhältnisses zu berücksichtigen. Auch wenn die Parteien die Pflichten des Nießbrauchers nicht mit dinglicher Wirkung abbedingen haben oder abbedingen konnten, so haben auch rein schuldrechtlich wirkende Begrenzungen der Verpflichtungen des Nießbrauchers im Verhältnis zum Eigentümer zur Folge, dass dieser seine dinglichen Ansprüche aus dem Eigentümer-Nießbraucher-Verhältnis unter dem Gesichtspunkt des *dolo agit*-Einwands (§ 242 BGB) nicht durchsetzen kann. Dies gilt selbstverständlich nicht, wenn das Eigentum an dem Grundstück übertragen wurde und der Erwerber nicht in die schuldrechtlichen Verpflichtungen des Veräußerers eingetreten ist. Allerdings kann sich der veräußernde Eigentümer durch die Übertragung ohne Weitergabe der schuldrechtlichen Beschränkungen gegenüber dem Nießbraucher ggf. schuldrechtlich schadensersatzpflichtig machen.

bb) Anwendung der §§ 280 ff. BGB

Infolge der Anwendung der §§ 280 ff. BGB auf die Pflichten aus dem gesetzlichen Eigentümer-Nießbraucher-Verhältnis ist zunächst die Abgrenzung von Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz neben der Leistung zu beachten (§ 280 Abs. 3 BGB).⁴⁴ Verlangt der Eigentümer Schadensersatz statt der Leistung, muss er deshalb im Regelfall dem Nießbraucher eine Nachfrist zur Erfüllung von dessen Primärpflicht aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis setzen (§ 281 Abs. 1 BGB),⁴⁵ sofern die nachträgliche Erfüllung der Primärpflicht durch den Nießbraucher nicht nach § 275 BGB ausgeschlossen ist⁴⁶ oder das Setzen einer Nachfrist gem. § 281 Abs. 2 BGB ausnahmsweise entbehrlich ist. Das Nachfristerfordernis beim Schadensersatz statt der Leistung nähert dessen Voraussetzungen dem Unterlassungsanspruch gem. § 1053 BGB an, der ebenfalls grundsätzlich eine vorherige Abmahnung voraussetzt, die bei ernsthafter Erfüllungsverweigerung oder Arglist des Nießbrauchers allerdings entbehrlich ist.⁴⁷ Weitere Voraussetzung der Haftung nach den §§ 280 ff. BGB ist das Vertretenmüssen des Nießbrauchers, wobei der Nießbraucher das Verschulden seiner Erfüllungshelfen (z.B. eines Mieters oder Pächters) gem. § 278 BGB zu vertreten hat⁴⁸ und das Vertretenmüssen gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet wird.⁴⁹ Umstritten ist, ob der Verschuldensmaßstab mit dinglicher Wirkung auf die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten (§ 277 BGB) begrenzt werden kann; richtigerweise wird man dies – entgegen obergerichtlicher Rechtsprechung – gestatten können.⁵⁰

cc) Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB

Neben der Haftung nach allgemeinem Schuldrecht kann die Verletzung seiner Pflichten aus dem Eigentümer-Nießbraucher-Verhältnis auch eine Ersatzpflicht des Nießbrauchers wegen deliktischer Eigentumsverletzung (§ 823 Abs. 1 BGB) auslösen. Ausgangspunkt ist dabei, dass die Nichterfüllung der Legalobligation des Nießbrauchers eine Verletzung des Eigentums ist.⁵¹ Auch wenn die Gesetzesmaterialien den sich aus einer Nichterfüllung der Legalobligation des Nießbrauchers ergebenden obligatorischen Anspruch mit den Ansprüchen aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (EBV, heute §§ 989, 990 BGB) vergleichen,⁵² so kann es sich mangels einer dem EBV vergleichbaren Sonderregelung wohl nur um einen Anspruch wegen Eigentumsverletzung aus allgemeinem Deliktsrecht handeln.⁵³ Indes bleibt die Frage zu erörtern,

40 Westermann/Gursky/Eickmann (Fn. 9), § 120 Rn. 14.

41 Staudinger/Heinze, § 1054 Rn. 1; Schön (Fn. 25), S. 203, 366; siehe bereits *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Sachenrecht, Zweiter Band. Vorlage des Redaktors für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1880, S. 1297: „Eine gänzliche Verwirkung des Nießbrauchs (...) enthält eine unnötige Privatstrafe und ist deshalb von der Hand zu weisen“; Mot III 520 = Mugdan III 290: „Dieses Mittel [Ablösung des Nießbrauchs gegen eine für die Dauer desselben dem Nießbraucher zu zahlende Rente] erscheint indessen bedenklich, weil der Rentenbetrag schwer ohne Verletzung des einen oder des anderen Theiles festzustellen ist und weil durch eine solche Ablösung das Recht des Nießbrauchers innerlich umgewandelt würde“; weitergehend Götz/Hülsmann, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, 10. Aufl. 2014, Rn. 473: „ggf. eine Kündigung des Nießbrauchs aus wichtigem Grund“. S.a. BGH NJW-RR 2017, 140, 141 f. Rn. 6 ff.: Kein Erlöschen, keine Kündigung und auch keine Verpflichtung zur Aufgabe eines dinglichen Wohnungsrechts selbst bei Tötung des Bestellers. Allerdings kann der Wohnungsrechtsberechtigte analog §§ 745 Abs. 2, 1020 Satz 1 BGB verpflichtet sein, das Recht auf Verlangen des Grundstückseigentümers nicht mehr selbst, sondern durch Überlassung an Dritte (§ 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB) auszuüben, BGH NJW-RR 2017, 140, 142 Rn. 16.

42 Schön (Fn. 25), S. 203.

43 Mayer/Geck, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 11 Rn. 43; Krauß (Fn. 16), Rn. 1136.

44 Wolff/Raiser (Fn. 11), § 117 I 5: Haftung wegen positiver Anspruchsverletzung oder verschuldeter Unmöglichkeit der Leistung.

45 LG Landshut 06.06.2014 – Az. 54 O 3278/13, Rn. 22 ff. (juris) (unterlassene Durchführung auf den Nießbraucher überwältigt außergewöhnlicher Erhaltungsmaßnahmen).

46 Ist dies der Fall, dann greift der Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 283 BGB.

47 Staudinger/Heinze, § 1053 Rn. 1; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1053 Rn. 2; gegen Entbehrlichkeit der Abmahnung bei Arglist BeckOGK/Servatius, § 1053 Rn. 17.

48 BGHZ 95, 144, 148; Westermann/Gursky/Eickmann (Fn. 9), § 120 Rn. 14.

49 Wolff/Raiser (Fn. 11), § 117 I 5 Fn. 16.

50 Bejahend Palandt/Herrler, § 1036 Rn. 2; Staudinger/Heinze, § 1036 Rn. 18; BeckOGK/Servatius, § 1037 Rn. 41; a.A. OLG Frankfurt NotBZ 2014, 384, 385; KG DNotZ 2006, 470, 471 f.

51 Mot III 506 = Mugdan III 282: „Daraus, daß bei der Legalobligation der Eigentümer als solcher und der Nießbraucher als solcher Gläubiger bz. Schuldner sind, ergibt sich, daß die Legalobligation den Inhalt des Nießbrauches bestimmt und abgrenzt. Die Nichterfüllung der Legalobligation ist eine Verletzung des Eigentumes.“

52 Mot III 506 = Mugdan III 282: „Der aus einer solchen Nichterfüllung sich entwickelnde obligatorische Anspruch ist denjenigen Ansprüchen zu vergleichen, welche nach §§ 931 bis 933 aus einer von dem Besitzer gegenüber dem Vindikanten in Ansehung der Sache begangenen Pflichtverletzung sich ergeben.“

53 S.a. Mot III 504 = Mugdan III 281: „Wenn in Ansehung eines Schuldverhältnisses zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer nichts vorgeschrieben würde, so würden sich die Verbindlichkeiten des ersteren gegenüber dem letzteren nach den Vorschriften über die Vindikation, über die Haftung aus Delikt und über die Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung bestimmen.“

ob jede Verletzung der Pflichten des Nießbrauchers aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis zu einer Eigentumsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB führt oder ob zusätzlich die Pflichtverletzung tatsächlich eine Eigentumsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB bewirken muss, z.B. durch Einwirkung auf die Sachsubstanz.⁵⁴ Auch wenn der historische Gesetzgeber eine Gleichsetzung der Verletzung der Legalobligation mit der Eigentumsverletzung angedeutet haben mag, so besteht für einen Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal der Eigentumsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB kein Bedürfnis, denn die Pflichten des Nießbrauchers sind ohnehin bereits über den Primäranspruch auf Erfüllung und die allgemeinen Rechtsbehelfe der §§ 280 ff. BGB durchsetzbar. Deshalb ist es nicht erforderlich, in Abkehr von der allgemeinen Dogmatik des Deliktsrechts jede Verletzung der Nießbrauchsobligation als Eigentumsverletzung anzusehen, sondern nur eine solche, die tatsächlich zu einer Eigentumsverletzung geführt hat. Die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB im Fall einer Pflichtverletzung des Nießbrauchers setzt also voraus, dass dadurch auch eine Eigentumsbeeinträchtigung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB eingetreten ist.

3. Rechtsnachfolge in Verpflichtungen aus dem Begleitschuldverhältnis

Abgesehen von den Ansprüchen bei möglichen Pflichtverletzungen des Nießbrauchers stellt sich für den Erwerber eines nießbrauchsbelasteten Grundstücks auch die Frage nach der Rechtsnachfolge in Rechte und Pflichten des früheren Eigentümers aus dem Legalschuldverhältnis mit dem Nießbraucher. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass der neue Eigentümer infolge der Konstruktion des Eigentümer-Nießbraucher-Verhältnis als gesetzliches Schuldverhältnis mit dem Eigentumserwerb kraft Gesetzes in alle Rechte und Pflichten des bisherigen Eigentümers eintritt, ohne dass es dazu eines gesonderten Schuldbeitritts, einer Abtretung oder einer Vertragsübernahme bedarf.⁵⁵ Dies gilt insbesondere für die Abwehr- und Herausgabeansprüche des Eigentümers aus §§ 985, 1004, 1053 BGB, die der dinglichen Berechtigung folgen, auch wenn die Störung bereits vor der Rechtsnachfolge ausgelöst worden ist.⁵⁶ Allerdings stellt sich bei bereits entstandenen, aber noch nicht erfüllten Primär- (Erfüllung) und Sekundäransprüchen (§§ 280 ff., 823 ff. BGB) aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis durchaus die Frage nach der Aktivlegitimation.

a) Rechtsnachfolge in primäre Erfüllungsansprüche

Zur Rechtsnachfolge in die primären *Erfüllungsansprüche* aus dem Legalschuldverhältnis ist vorgeschlagen worden, zwischen zeitnah zu erfüllenden Pflichten, wiederkehrenden Pflichten mit präzisiertem Fälligkeitstermin und sonstigen Pflichten aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis zu unterscheiden.⁵⁷ Bei zeitnah zu erfüllenden Pflichten (z.B. Schneeräumung) werde eine Rechtsnachfolge in die primäre Erfüllungspflicht im Regelfall ausscheiden, weil die Leistung nicht nachholbar ist und deshalb allenfalls ein Sekundäranspruch auf Schadensersatz (§§ 280, 283 BGB) besteht.⁵⁸ Bei wiederkehrenden Leistungspflichten mit präzisiertem Fälligkeitstermin (z.B. laufende Kosten für Versorgung mit Strom, Wasser) wurde eine entsprechende Anwendung des § 1108 BGB vorgeschlagen, so dass jeder Eigentümer des belasteten Grundstücks (und jeder Nießbraucher, wobei dort eine Rechtsnachfolge wegen § 1059 BGB weniger bedeutsam ist) im Hinblick auf diejenigen wiederkehrenden Leistungen berechtigt und verpflichtet ist, welche fällig werden, während er die dingliche Position

innehat, aus der sich die betreffende Leistungspflicht ergibt.⁵⁹ Bei sonstigen Ansprüchen ist eine differenzierende Lösung je nach Eigenart des Anspruchs vorgeschlagen worden.⁶⁰

Aus meiner Sicht sprechen die besseren Gründe dafür, sämtliche primären Erfüllungsansprüche (und wohl auch sämtliche Pflichten) aus dem Eigentümer-Nießbraucher-Verhältnis, die im Zeitpunkt des Wechsels des Berechtigten (also des Eigentümers) noch nicht erloschen sind,⁶¹ kraft Gesetzes auf den neuen Eigentümer übergehen zu lassen. Eine solche Lösung entspricht nicht nur der Konzeption als gesetzliches Schuldverhältnis, sondern ist auch sachgerecht, denn der neue Eigentümer wird diese Ansprüche zur vollen Wahrnehmung seiner dinglichen Position benötigen.⁶² Diese Lösung erspart den Parteien zudem die sonst nötige Abtretung der Ansprüche aus dem Eigentümer-Nießbraucher-Verhältnis, soweit sie nicht erloschen sind, die im Regelfall den Parteiinteressen entsprechen wird. Schließlich macht das Modell eines automatischen gesetzlichen Übergangs auch die sonst für nötig gehaltenen Abtretungs- und Vertragsübernahmebeschränkungen⁶³ entbehrlich, denn die Primäransprüche aus dem Eigentümer-Nießbraucher-Verhältnis folgen schlicht der Eigentümerstellung.⁶⁴ Da die Frage der Rechtsnachfolge allerdings ersichtlich nicht geklärt ist, empfiehlt sich vorsorglich eine vertragliche Regelung, etwa durch vorsorgliche Abtretung von Primär- und Sekundäransprüchen an den Einzelrechtsnachfolger des Eigentümers.

b) Rechtsnachfolge in sekundäre Schadensersatzansprüche

Zur Rechtsnachfolge in bereits entstandene Schadensersatzansprüche wegen Nicht- oder Schlechterfüllung der Verpflichtungen aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis bei Übergang des Eigentums am nießbrauchsbelasteten Grundstück ist ebenfalls eine differenzierende Lösung vorgeschlagen worden: Der Rechtsvorgänger soll den Schadensersatzanspruch behalten, „soweit der Schaden trotz der Rechtsnachfolge beim Rechtsvorgänger verblieben ist“. Im Fall einer Schadensverlagerung auf den Rechtsnachfolger sollen die Grundsätze der Drittschadensliquidation gelten.⁶⁵ Eine isolierte Abtretbarkeit bereits entstandener Schadensersatzansprüche soll möglich sein, „wenn den Schaden entweder der Abtretende erlitten hat oder im Fall der Drittschadensliquidation der Abtretungsempfänger“. ⁶⁷

54 So LG Landshut 06.06.2014 – Az. 54 O 3278/13, Rn. 28 (juris): „da § 823 BGB im Gegensatz zum § 281 BGB keine Verpflichtung zur Durchführung außergewöhnlicher Erhaltungsmaßnahmen statuiert, sondern lediglich den Erhalt der Substanz im Zustand zum Zeitpunkt des Eigentumserwerbs fordert“.

55 Amann, DNotZ 1989, 531, 550.

56 So auch BeckOGK/Servatius, § 1053 Rn. 7, der für die Aktivlegitimation auf den Zeitpunkt des unbefugten Gebrauchs abstellt, zugleich aber feststellt, dass der Anspruch aus § 1053 BGB mit der Veräußerung des belasteten Gegenstands übergeht; Amann, DNotZ 1989, 531, 551 f.

57 Amann, DNotZ 1989, 531, 553 f.

58 Amann, DNotZ 1989, 531, 553 f.

59 Amann, DNotZ 1989, 531, 553 f.

60 Amann, DNotZ 1989, 531, 554.

61 Etwa wegen nur kurzfristiger Erfüllbarkeit, z.B. Räumpflichten.

62 So auch Amann, DNotZ 1989, 531, 554.

63 Zu diesen Amann, DNotZ 1989, 531, 554.

64 Sind sie allerdings bereits vor dem Eigentumsübergang erloschen, z.B. durch Erfüllung oder Erlass, so kann sich der Nießbraucher darauf auch gegenüber dem neuen Eigentümer berufen, vgl. auch § 1058 BGB.

65 Amann, DNotZ 1989, 531, 555.

66 Amann, DNotZ 1989, 531, 555.

67 Amann, DNotZ 1989, 531, 555.

Gegen diese Lösung lässt sich einwenden, dass sie sich nicht ohne weiteres aus dem Gesetz entnehmen lässt. Auch dürfte gerade im Fall einer Weiterveräußerung nicht immer leicht festzustellen sein, ob und in welchem Umfang der Rechtsvorgänger oder Rechtsnachfolger im Eigentum geschädigt ist, denn der Einfluss der Schädigung auf die Kaufpreisbestimmung dürfte kaum klar bestimmbar sein. Deshalb sollte sich die Aktivlegitimation durch eine Veränderung der Eigentümerstellung unberührt bleiben. Allerdings ist die Rechtsprechung zur Schadensberechnung bei Veräußerung der geschädigten Sache vor Erfüllung des Schadensersatzanspruchs zu beachten. Danach ist ein deliktischer Schadensanspruch gerichtet auf Naturalrestitution (§ 249 BGB) ausgeschlossen, wenn das Grundstück ohne Reparatur veräußert und auch der Schadensersatzanspruch nicht an die Erwerber abgetreten worden ist, so dass nur ein Anspruch auf Schadenskompensation (§ 251 BGB) dem Veräußerer verbleibt.⁶⁸ Auch ein vertraglicher Schadensersatzanspruch gerichtet auf Naturalrestitution scheidet in diesen Fällen aus, denn bei einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung scheidet eine Naturalrestitution von vorneherein aus, weil damit die Erfüllung herbeigeführt würde, die der Geschädigte gerade nicht mehr verlangen kann (§ 281 Abs. 4 BGB).⁶⁹ Diese Einschränkungen betreffen aber nur die Naturalrestitution. Auch nach der Veräußerung des nießbrauchsbelasteten Gegenstands bleibt der Rechtsvorgänger Inhaber der bis zur Wirksamkeit der Veräußerung bereits entstandenen Schadensersatzansprüche. Gleichwohl empfiehlt sich erneut eine vertragliche Regelung, auch um Diskussionen über eine konkludente Abtretung der Ansprüche an den Erwerber zu vermeiden.

III. Verletzung von „einfach“ schuldrechtlichen Pflichten

Neben der Haftung aus dem gesetzlichen Eigentümer-Nießbraucher-Verhältnis ist denkbar, dass der Nießbraucher gegen parallele oder weitergehende Pflichten verstößt, die er im Kausalgeschäft (z.B. Überlassungsvertrag, Kaufvertrag) übernommen hat oder die in einem begleitenden Vertrag zwischen Eigentümer und Nießbraucher vereinbart wurden. Die Rechtsbehelfe bei Verletzung dieser „einfach“ schuldrechtlichen Pflichten ergeben sich aus den Vereinbarungen der Parteien und den gesetzlichen Vorschriften für den jeweiligen Vertragstyp bzw. aus dem allgemeinen Schuldrecht (§§ 280 ff. BGB); sie sollen hier nicht vertieft werden. Hervorgehoben seien aber drei Punkte: Zum einen kann die Nichterfüllung der Pflichten aus dem schuldrechtlichen Kausalgeschäft, anders als die Verletzung der Pflichten aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis, auch zum Verlust des Nießbrauchs führen, wenn das Kausalgeschäft durch Kündigung aus wichtigem Grund beendet wird, so dass der Nießbrauch über § 812 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. BGB zurückgefordert werden kann.⁷⁰ Zum zweiten ist zu bedenken, dass die „einfach“ schuldrechtlichen Rechte und Pflichten nicht kraft Gesetzes mit dem Eigentumsübergang auf den Erwerber übergehen. Deshalb wird empfohlen, für die rein schuldrechtlichen Abreden eine Verpflichtung zur Weitergabe an alle weiteren Rechtsnachfolger zu vereinbaren,⁷¹ wobei außerdem die zu Gunsten des Eigentümers begründeten vertraglichen Rechte dem jeweiligen Eigentümer als Drittem i.S.d. § 328 BGB zugeordnet werden können.⁷² Und schließlich ist zu bedenken, dass sich

aus dem vertraglichen Kausal- oder Begleitschuldverhältnis Haftungsmodifikationen für das gesetzliche Schuldverhältnis ergeben können, sofern dieses zwischen den gleichen Parteien besteht oder eine Einzelrechtsnachfolge vereinbart wurde. So haftet etwa der Nießbraucher bei schenkweiser Übertragung des Eigentums unter Nießbrauchsvorbehalt im Verhältnis zum beschenkten Eigentümer nur für grobe Fahrlässigkeit (§ 521 BGB),⁷³ soweit ein Bezug zu den Leistungspflichten des Schenkers vorliegt.⁷⁴

IV. Zusammenfassung und Gestaltungsempfehlungen

1. Zwischen Eigentümer und Nießbraucher bestehen regelmäßig mindestens zwei Schuldverhältnisse, nämlich das gesetzliche Schuldverhältnis, das mit Bestellung des Nießbrauchs entsteht, und weitere schuldrechtliche Beziehungen aufgrund des Kausalverhältnisses (z.B. Kauf, Überlassungsvertrag), das der Nießbrauchsbestellung zugrunde liegt. Zudem kann das Dauerschuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher auch durch weitere „einfach“ schuldrechtliche Regelungen ergänzend oder abweichend vom gesetzlichen Schuldverhältnis gestaltet werden (dazu oben I.).
2. Eine Pflichtverletzung des Nießbrauchers im Verhältnis zum Eigentümer lässt dessen Außenhaftung gegenüber privaten und öffentlichen Gläubigern unberührt; eine Haftungsbefreiung des Eigentümers kann i.d.R. nur durch Vereinbarung mit dem Dritten erreicht werden (dazu II. 1.).
3. Die Rechtsbehelfe des Eigentümers bei Pflichtverletzungen des Nießbrauchers richten sich nach den §§ 1051 bis 1054 BGB (Anspruch auf Sicherheitsleistung, gerichtliche Verwaltung und Unterlassung), nach den §§ 280 ff. BGB und nach § 823 BGB; zudem bestehen Primäransprüche auf Erfüllung der Nießbraucherpflichten (dazu II. 2.). Diesen Vorschriften ist gemeinsam, dass aufgrund einer Verletzung der Pflichten aus dem gesetzlichen Eigentümer-Nießbraucher-Verhältnis nicht die Beendigung des Nießbrauchs, sondern allenfalls Erfüllung der Primäransprüche, gerichtliche Verwaltung des Nießbrauchs, Unterlassung oder Schadensersatz gefordert werden kann. Die Rechtsbehelfe sind (mit Ausnahme der §§ 1052 bis 1054 BGB) teilweise disponibel, so dass im Einzelfall unpassende Ansprüche

68 BGHZ 147, 320, 323; a.A. etwa MünchKommBGB/Oetker, § 249 Rn. 367 f.

69 BGH MDR 2016, 482, 483 Rn. 21.

70 Staudinger/Heinze, § 1054 Rn. 1; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1054 Rn. 1.

71 Schippers, MittRhNotK 1996, 197, 205; BeckOGB/Servatius, § 1037 Rn. 43 (zur Haftungsbeschränkung auf eigenübliche Sorgfalt).

72 Krauß (Fn. 16), Rn. 1130 mit folgendem Formulierungsvorschlag: „Der Eigentümer ist gegenüber dem Nießbraucher verpflichtet, die vorstehend schuldrechtlich übernommenen Pflichten seinem Einzelrechtsnachfolger aufzuerlegen und diesen wiederum zu verpflichten, sie auch seinerseits weiteren Einzelrechtsnachfolgern mit Weitergabeverpflichtung aufzuerlegen. Die aus der schuldrechtlichen Vereinbarung erwachsenden Rechte stehen dem jeweiligen Grundstückseigentümer als Drittem gem. § 328 BGB zu.“

73 Wolff/Raiser (Fn. 11), § 117 I 5 Satz 47; Krauß (Fn. 16), Rn. 1200.

74 Zu dieser Einschränkung des § 521 BGB BeckOGK/Harke, § 521 Rn. 1, 12 ff.

(etwa auf Sicherheitsleistung, § 1051 BGB, oder auf Verwendungsersatz des Nießbrauchers, § 1049 BGB) abbedungen werden können.

4. Die Rechtsnachfolge in die Rechte und Pflichten aus dem Eigentümer-Nießbraucher-Verhältnis ist nicht in allen Punkten geklärt. Es empfiehlt sich daher bei Übertragung des Eigentums eine vorsorgliche Abtretung rückständiger Ansprüche des Eigentümers gegen den Nießbraucher, ggf. auch eine Freistellungsverpflichtung des Voreigentümers gegenüber rückständigen Ansprüchen des Nießbrauchers (dazu II. 3.).

5. Die Verletzung „einfach“ schuldrechtlicher Pflichten (aus dem Kausalverhältnis oder begleitenden Vereinbarungen) kann im Unterschied zum gesetzlichen Schuldverhältnis zum Anspruch auf Beendigung des Nießbrauchs führen. Zur Perpetuierung nur schuldrechtlicher Vereinbarungen ist erforderlich, eine Verpflichtung zur Weitergabe an alle weiteren Rechtsnachfolger zu vereinbaren, wobei außerdem die zu Gunsten des Eigentümers begründeten vertraglichen Rechte dem jeweiligen Eigentümer als Drittem i.S.d. § 328 BGB zugeordnet werden können (dazu III.).

Notarrecht

Die Geschäftsprüfung in den Notariaten – Teil 4

Vorgaben für Unterhaltsregelungen

von Dr. Wolfram Viefhues, weitere Aufsicht führender Richter am Amtsgericht a.D.*

Fortsetzung des Beitrags aus ZNotP 7–8/2018, S. 245–251.

VIII. Besonderheiten bei Unterhaltsregelungen

Die Beurkundung familienrechtlicher Regelungen macht einen nicht unwesentlichen Teil der notariellen Tätigkeit in der Praxis aus. Dabei geht es einmal um *Eheverträge*, die vor der *Eheschließung* oder am Anfang der Ehe geschlossen werden und bei denen die Ehegatten eigentlich davon ausgehen, dass sie die Regelung nie benötigen werden. Die Regelungen zum Unterhalt aus einem zu Beginn oder im Laufe der Ehe geschlossenen Ehevertrag werden – wenn überhaupt – regelmäßig erst *in großem zeitlichem Abstand relevant!* Daher ist hier die Wahrscheinlichkeit von Veränderungen gegeben, für die möglicherweise Vorsorge bei der Formulierung der Regelung getroffen werden kann.

Anders ist dies bei *Trennungsvereinbarungen* und *Scheidungsfolgenregelungen*, die im zeitlichen Zusammenhang mit dem bevorstehenden Ende der Ehe getroffen werden. Eine *Trennungsvereinbarung* hat idR sofortige Wirkung, ebenso eine Verpflichtung zur Zahlung von *Kindesunterhalt*. Eine *Scheidungsfolgenregelung* greift erst ab dem – meist in der Zukunft liegenden und nicht genau vorhersehbaren – Tag der Rechtskraft der Scheidung. Jedenfalls hat man hier sehr genau die konkreten Auswirkungen des „*Ehekonkurses*“ vor Augen, der alle Lebensbereiche der Ehegatten betrifft wie z.B. die persönlichen Verhältnisse der Kinder, die Regelungen des Vermögens unter Einschluss von Wohnung und Hausrat und der Altersversorgung – konkret des Versorgungsausgleichs.

Besonderes Augenmerk sollte dabei auf die *Regelungen zum Unterhalt* gelegt werden, die nicht unbeträchtliche Risiken für die Beteiligten bieten, die auch der Notar bei seiner Beratung kennen und den beteiligten Ehegatten verdeutlichen sollte.

Bei der Beurkundung des Unterhaltstitels ist eine Reihe von aktuellen *materiellrechtlichen Fragen* von Bedeutung, da die notarielle Regelung ja auf der *korrekten gegenwärtigen Rechtslage* basieren soll. Denn nach der Rechtsprechung wird bei Unterhaltsvereinbarungen der Geschäftswille der Vertragsparteien regelmäßig auf der gemeinschaftlichen Erwartung vom Fortbestand einer bestimmten Rechtslage aufgebaut sein.³⁶⁶ Der Notar muss also die *aktuelle Rechtslage* und auch die *aktuelle Rechtsprechung* kennen und beachten (*Haftungsrisiko!*). Es spielen aber später auftretende verfahrensrechtliche Probleme eine Rolle, für die Vorsorge getroffen werden sollte.

In aller Regel zeigen sich inhaltliche und formelle Schwächen von *Unterhaltsvereinbarungen* oder auch *einseitigen notariellen Unterhaltsfestsetzungen* erst später im Krisenfall. Dann stellt sich heraus, ob die Regelung „wetterfest“ getroffen worden ist oder abgeändert werden soll bzw. muss.

* Der Autor war viele Jahre als Notarprüfer im Landgerichtsbezirk Duisburg tätig. Der Landgerichtsbezirk Duisburg umfasst überwiegend rechtsrheinische, aber auch linksrheinische Gebiete. Neben mehr als 200 Anwaltsnotaren ist daher auch das Nur-Notariat vertreten.

366 BGH v. 11.02.2015 – XII ZB 66/14; NJW 2015, 1242; BGH v. 25.11.2009 – XII ZR 8/08 FamRZ 2010, 192 Rn. 28.

Praxishinweis:

- Der Notar erhält aber in aller Regel keine Rückmeldung, ob die von ihm beurkundete Regelung Bestand hat oder in ferner Zukunft irgendwelche Probleme ausgelöst hat, die bei einer anders gestalteten Regelung hätten vermeiden werden können.

Aus familienrichterlicher Sicht sind bei der Erstellung von Unterhaltstiteln³⁶⁷ drei Gesichtspunkte von entscheidender Bedeutung.

- Ist der Titel *wirksam* zustande gekommen?
- „Funktioniert“ der Titel praktisch?
- Wie verhält sich der Titel bei *Veränderungen*?

Der *erste Punkt* betrifft alle notariellen Urkunden, denn die Urkunde muss immer den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen – also *rechtlich wirksam* sein. Bei Unterhaltsregelungen hat die im Zusammenhang mit dem Abschluss von Eheverträgen zur Regelung des Vermögensausgleichs in Literatur und Rechtsprechung viel thematisierte Frage der Unwirksamkeit und Anpassungskontrolle allerdings nur eine geringe praktische Bedeutung.

Dagegen hat die zweite Vorgabe erhebliche praktische Bedeutung. Denn die beurkundete Regelung muss so gestaltet sein, dass *Schwierigkeiten bei der späteren Anwendung und Auslegung vermieden* werden. Zu beachten ist dabei, dass eine Unterhaltsregelung immer erst in einem zukünftigen und oft nicht absehbaren Zeitraum zur praktischen Anwendung kommt. Trotz dieser Unwägbarkeiten soll die beurkundete Regelung gerade auch in schwierigen Lebenssituationen den Beteiligten die gewünschte Rechtssicherheit geben.

Letztlich hat der *dritte Punkt* – *Auswirkungen von Veränderungen* – im Unterhaltsrecht eine besondere praktische Bedeutung, denn diese Titel regeln – wenn sie später relevant werden – ein Dauerschuldverhältnis und damit eine über längere Zeit *regelmäßig wiederkehrende Verpflichtung*. Wegen der langen Laufzeit von Unterhaltstiteln können sowohl Änderungen auf der Tatsachenebene als auch rechtliche Änderungen (neue Vorschriften) eintreten, die Auswirkungen auf die Basis der damaligen Unterhaltsfestsetzung haben.

A. Anforderungen an Unterhaltstitel**1. Konkretisierungsgebot**

Für die wirksame Titulierung eines Anspruchs in notarieller Urkunde gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ist vor allem das *Konkretisierungsgebot* praktisch bedeutsam. Eine Verpflichtung muss so konkret bestimmt sein, dass sie später auch vollstreckt werden kann.

Fallbeispiele:

1. In der UR 122/2018 verpflichtet sich der Vater eines Kindes zur Zahlung des Unterhaltes nach Maßgabe der aktuellen Düsseldorfer Tabelle.

Der Titel ist zu unbestimmt und hat keinen vollstreckbaren Inhalt.

2. In der UR 233/2018 verpflichtet sich der Vater eines Kindes zur Zahlung des Unterhaltes nach der 3 Einkommensgruppe und der jeweiligen Altersstufe für das am 07.04.2011 geborene Kind nach Maßgabe der jeweils aktuellen Düsseldorfer Tabelle.

Der Titel ist ausreichend bestimmt und hat einen vollstreckbaren Inhalt

2. Vollstreckungsunterwerfung

Zudem verlangt § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, dass der Schuldner sich in der Urkunde *wegen des zu bezeichnenden Anspruchs der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen* hat. Daher sind pauschale Unterwerfungserklärungen sind mit dem Konkretisierungsgebot des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unvereinbar.³⁶⁸ Der Verstoß gegen das Konkretisierungsgebot führt zur Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung. Sie kann mit der prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO (Titelgegenklage) geltend gemacht werden.³⁶⁹ Die Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung einer Urkunde mit einer Unterwerfungserklärung kann analog § 371 BGB auch verlangt werden, wenn die Unterwerfungserklärung unwirksam und die Zwangsvollstreckung deshalb insgesamt endgültig unzulässig ist.³⁷⁰

3. Berücksichtigung geleisteter Zahlungen (Anrechnungsklausel)

Aus dem Bestimmtheitserfordernis folgt auch, dass *in Abzug zu bringende Zahlungen* also auf jeden Fall genau *betragsmäßig ausgewiesen* werden müssen. Wird in eine Urkunde die Formulierung aufgenommen „*Bereits gezahlte Beträge sind anzurechnen*.“ ist ein solcher Titel inhaltlich unbestimmt und deshalb nicht vollstreckungsfähig.³⁷¹ Eine derartige Formulierung *nimmt dem Titel insgesamt die Vollstreckbarkeit*, weil das Vollstreckungsorgan nicht in der Lage ist, den vollstreckbaren Inhalt des Titels bestimmen zu können. Es darf die geleisteten Zahlungen nicht ermitteln, da zur Auslegung eines Titels nur dieser selbst und gesetzliche Vorschriften herangezogen werden dürfen.³⁷² Aus einer Urkunde, die mit einer unbezifferten Anrechnungsklausel („... abzüglich geleisteter Zahlungen“) versehen ist, fehlt es an der ausreichenden Bestimmtheit. Aus ihm kann die Zwangsvollstreckung nicht betrieben werden.³⁷³

Fallbeispiel:

In der UR 328/2018 regeln die geschiedenen Eheleute den Unterhalt der Ehefrau rückwirkend ab Oktober 2017. Es kann aber im Beurkundungstermin nicht die genaue Höhe der bereits auf diese Rückstände geleisteten Zahlungen aufgeklärt werden. In der Urkunde formuliert der Notar:

367 Dazu ausführlich *Horndasch*, Die notarielle Fachprüfung im Familienrecht, Deutscher Notarverlag, 2. Aufl. 2016; Zu Unterhaltsvereinbarungen siehe *Büte*, FuR 2014, 318 mit zahlreichen Textmustern.

368 BGH, Urt. v. 19.12.2014 – V ZR 82/13, NJW 2015, 1181.

369 BGH, Urt. v. 19.12.2014 – V ZR 82/13, NJW 2015, 1181.

370 BGH, Urt. v. 19.12.2014 – V ZR 82/13, NJW 2015, 1181.

371 BGH Urt. v. 07.12.2005 – XII ZR 94/03, FamRZ 2006, 261 = ZFE 2006, 111; OLG Zweibrücken, ZFE 2002, 167 = FamRZ 2003, 692; *Friederici*, in: Schnitzler, Münchner Anwaltshandbuch, 2014, § 5, Rn. 121.

372 *Soyka*, Das Abänderungsverfahren im Unterhaltsrecht, 3. Aufl. 2010, Rn. 28.

373 OLG Schleswig NJW 2017, 1970.

„Der Ehemann verpflichtet sich, ab 1.10.2017 einen monatlichen Unterhaltsbetrag von 800 € zu zahlen, jeweils fällig zum 5. des Monats. Bereits geleistete Zahlungen werden angerechnet.“

Praxishinweis:

- Besonders nachteilig – und *regressträchtig* – ist, dass damit nicht nur dieser Zusatzpassus über die Anrechnung der nicht genau festgelegten Zahlungen aus dem Titel eliminiert wird, sondern *die Zwangsvollstreckung aus diesem Titel insgesamt unzulässig* wird.

4. Ansprüche mehrere Beteiligten

Sind bei einer Unterhaltsvereinbarung auf Gläubiger- oder Schuldnerseite mehrere Personen beteiligt, muss dem Titel genau zu entnehmen sein, wer von wem welche Beträge zu beanspruchen hat.³⁷⁴

B. konkrete Anforderungen an die Beurkundung von Unterhaltsverpflichtungen

Der Notar muss in der Vorbesprechung nach Ermittlung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien, ihren Vorstellungen vom Inhalt des Ehevertrages und der Beweggründe für diesen Abschluss dafür Sorge tragen, dass deren Ergebnis im Ehevertrag in einer Präambel vollständig offen gelegt und damit nachweisbar dokumentiert wird.

Im Hinblick auf die allgemeine Prüfung der *Sittenwidrigkeit* einer Vereinbarung³⁷⁵ stellen sich folgende klärungsbedürftige Fragen, zu denen ggf. Feststellungen in der Urkunde getroffen werden sollten:

- Wird der Ehevertrag vor oder kurze Zeit nach der Heirat geschlossen oder aber nach längerer Ehedauer?
- Ist der Ehevertrag in Wirklichkeit eine Scheidungsfolgenvereinbarung, weil sich die Ehe bereits in der Krise befindet?
- Ist einer der Ehegatten ein ausländischer Staatsangehöriger? Welchem Recht unterliegen die allgemeinen Wirkungen der Ehe?
- Hat ein Ehegatte Kinder? Haben sie ein gemeinsames Kind oder ist die künftige Ehefrau schwanger? Besteht ein Kinderwunsch?
- Wie sind die Einkommens- und Vermögensverhältnisse bei Abschluss des Ehevertrages und wie werden sie sich voraussichtlich in Zukunft entwickeln (Prognoseentscheidung)?
- Ist das derzeitige Einkommen unterschiedlich oder etwa gleichhoch?
- Verfügt ein Ehegatte über ausreichendes Vermögen, aus dessen Erträgen er auch ohne Einkommen aus Erwerbstätigkeit seinen Lebensunterhalt bestreiten kann?
- Wie ist der geplante oder bereits verwirklichte Zuschnitt der Ehe?
 - Besteht Kinderwunsch?
 - Beabsichtigt die Ehefrau, nach der Geburt eines Kindes ihre Berufstätigkeit – voll oder teilweise, ggf. wann – wieder aufzunehmen oder sind sich die Ehegatten einig, dass sie sich ausschließlich dem Haushalt und der Betreuung der Kinder widmen soll?

Im Hinblick auf die *später mögliche Abänderung einer Unterhaltsvereinbarung* (dazu siehe ausführlich Teil F: Härtetest beim späteren gerichtlichen Abänderungsverfahren) ist auf folgende Punkte zu achten, die ggf. in der Urkunde festgehalten werden sollten:

- die *tatsächlichen Grundlagen der Unterhaltsbestimmung* wie z.B.,
 - *Einkommen* der Beteiligten,
 - ggf. vorhersehbare Veränderungen wie
 - Eintritt der Altersrente, Ruhestand
 - Wechsel der Arbeitsstelle
 - Veränderungen bei der Steuerklasse.
 - Angerechnete *Schuldenbelastungen*,
 - ggf. vorhersehbare Veränderungen aufgrund der Dauer der Ratenzahlungspflicht (=Wegfall der Belastung).
 - Behandlung des *Wohnvorteils*,
 - ggf. vorhersehbare Veränderungen z.B. durch Verkauf des Hauses.
 - Berücksichtigte *weitere Unterhaltsverpflichtungen*,
 - ggf. vorhersehbare Veränderungen
 - Wechsel der Altersstufe des Kindes
 - naher Eintritt der Volljährigkeit.
 - Regelungen zur *Erwerbsobliegenheit* beim Ehegattenunterhalt,
 - Erwerbsobliegenheit generell
 - ggf. vorhersehbare Veränderungen
 - altersbedingte Einschränkungen
 - gesundheitsbedingte Einschränkungen.
 - Die Anrechnung eines dadurch erzielten Einkommens,
 - Regelung zur Kinderbetreuung mit einvernehmlicher Festlegung der Auswirkungen auf den Unterhaltsanspruch,
 - ggf. vorhersehbare Veränderungen
 - Reduzierung der Betreuungsbedürftigkeit des Kindes
 - Wegfall der Betreuungsbedürftigkeit des Kindes
 - Eintritt in den Kindergarten
 - Beginn der Grundschule
 - Wechsel zur weiterführenden Schule
 - eine Regelung über die zukünftige Kinderbetreuung sollte gerade auch dann getroffen werden, wenn kein Nachwuchs geplant ist.
 - Für die Unterhaltsbemessung relevantes *Vermögen* der Beteiligten,
 - beim Kindesunterhalt sollte festgehalten werden, welcher Elternteil das *Kindergeld* bezieht,
 - die Frage, wie lange Ehegattenunterhalt zu zahlen ist, darf nicht unbeantwortet bleiben! (*Befristung des nachehelichen Unterhaltes gem. § 1578b II BGB*; siehe unten Teil C 3).

³⁷⁴ OLG Schleswig NJW 2017, 1970.

³⁷⁵ BGHZ 158, 81, 94 ff.; BGH FamRZ 2014, 629; BGH FamRZ 2014, 1978; BGH FamRZ 2013, 770, BGH ZNotP 2017, 189; BGH, Beschl. v. 20.06.2018 – XII ZB 84/17 zur Ausübungskontrolle. S.a. *Ganter*, in: *Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung*, 2018, Teil 3 Rn. 534.1 m.w.N.

- Eine Regelung im Falle der Aufnahme einer neuen Partnerschaft durch einen Ehegatten.
- Zusätzlich sollten ergänzende Regelungen z.B. über *Mitteilungspflichten* bei Veränderungen aufgenommen werden.

C. Besonderheiten bei einseitigen Unterhaltsverpflichtungen

1. Bindungswirkung einseitiger Unterhaltsverpflichtungen

Bei Urkunden mit *einseitig erstellter Verpflichtung* (notariell beurkundete einseitige Verpflichtungserklärung) ist zu beachten, dass diese Verpflichtung vom Verpflichteten nur dann geändert werden kann, wenn Änderungsgründe vorliegen. Materiellrechtlich liegt ein *Schuldanerkenntnis* vor, an das der Unterhaltspflichtige immer gebunden ist. Bei Unterhaltsverpflichtungen kann also der *Unterhaltspflichtige* nur bei veränderten Umständen die Abänderung verlangen, denn für ihn gilt hier auch immer § 239 FamFG.

Praxishinweise:

- Dagegen ist der *Unterhaltsberechtigte* durch eine solche einseitige Verpflichtungserklärung nicht gebunden, kann also ggf. höheren Unterhalt ohne Beschränkung geltend machen.
- Ausnahme gelten in folgenden Fällen:
 - es liegt dieser formellen einseitigen Verpflichtungserklärung eine Vereinbarung der Beteiligten zugrunde oder
 - aus der vorbehaltlosen Annahme dieser formellen einseitigen Verpflichtungserklärung kann auf eine konkludente Vereinbarung geschlossen werden.
 - In diesen beiden Fällen also auch der Unterhaltsberechtigte nur bei veränderten Umständen die Abänderung verlangen.³⁷⁶
- Wird eine Unterhaltsverpflichtung durch einseitige Erklärung beurkundet, so ist es für spätere Abänderungsfälle hilfreich, wenn zur Klarstellung festgehalten worden ist, ob diese Verpflichtung auf einer Vereinbarung der Beteiligten beruht.

2. Gebührenfreiheit einseitiger Unterhaltsverpflichtungen

Für die notarielle Praxis ist hier weiter von praktischer Bedeutung, dass Unterhaltsverpflichtungen zum Kindesunterhalt weitgehend *kostenfrei* zu beurkunden sind. Beim *Kindesunterhalt* ist die Errichtung einer *Jugendamtsurkunde* nach § 59 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII kostenfrei (§ 91 Abs. 7 SGB VIII). Ein solches Anerkenntnis vor dem Jugendamt kann *für Kinder bis zum Alter von 21 Jahren* abgegeben werden. Nach § 59 Abs. 1 Nr. 4 SGB VIII besteht diese Möglichkeit auch für den *Unterhaltsanspruch der nichtehelichen Mutter nach § 1615 Abs. 1 BGB*. Entsprechende Beurkundungen sind auch *vom Notar gebührenfrei vorzunehmen* (Vorbem. 2 Abs. 3 KV i.V.m. § 62 Abs. 1 Nr. 2, 3 BeurkG, siehe unten Teil D 5: Gebührenfreiheit bei der Beurkundung von Kindesunterhalt).³⁷⁷

3. Risiken bei der Beurkundung von Geschiedenenunterhalt

Beim nachehelichen Unterhalt ist die Vorschrift des § 1578b BGB von erheblicher Bedeutung.

Nach § 1578b I BGB ist eine *Begrenzung der Höhe des Unterhaltsanspruches* möglich, nach § 1578b II BGB kann eine *zeitlichen Befristung* vorgenommen werden. § 1578b III BGB ermöglicht eine *Kombination von Begrenzung und Befristung* (sog. Staffregelungen).

Die Vorschrift des § 1578b BGB gilt grundsätzlich für *alle Ansprüche des nachehelichen Unterhaltsrechtes*. Eine Ausnahme gilt nur beim auf die *Kinderbetreuung* gestützten *Anspruchs* gem. § 1570 BGB. Der BGH hat eine *Befristung* des Betreuungsunterhaltsanspruches *abgelehnt*, lässt jedoch eine *Begrenzung* des Unterhaltsanspruches *der Höhe nach* zu.³⁷⁸

Die *besondere Brisanz für notarielle Beurkundungen* über Nachscheidungsunterhalt ergibt sich aus einem verfahrensrechtlichen Gesichtspunkt.

Geht es in einem gerichtlichen Verfahren um nachehelichen Unterhalt, muss jedenfalls der Gesichtspunkt einer Befristung des Unterhaltsanspruches bereits bei der ersten Festsetzung des Anspruchs vorgebracht und im Wege einer gerichtlichen Prognose bei der Entscheidung berücksichtigt werden. Damit scheidet eine spätere Berufung auf die dafür maßgeblichen Gesichtspunkte aus, da keine spätere Veränderung vorliegt, die zu einer Abänderung des Unterhaltes gem. § 238 FamFG berechtigen würde.³⁷⁹ Denn soweit die dafür maßgeblichen Umstände bereits eingetreten oder zuverlässig vorhersehbar sind, ist die Entscheidung bereits im Ausgangsverfahren zu treffen und kann nicht einem späteren Abänderungsverfahren vorbehalten bleiben.³⁸⁰

Für die *notarielle Beurkundung* bedeutet dies, dass auch die mögliche Begrenzung oder Befristung eines nachehelichen Unterhaltsanspruches in die Überlegungen einbezogen werden müssen. Denn möglicherweise scheitert die spätere Berufung auf eine Begrenzung oder Befristung des Unterhaltes daran, dass keine Änderung der Geschäftsgrundlage eingetreten ist. Insoweit kommt es für eine spätere Änderung vorrangig darauf an, ob der von den Beteiligten bei der Einigung zugrunde gelegte Wille eine Begrenzung des Unterhaltsanspruches umfasst hat und der Vergleich eine dahingehende bindende Regelung enthält.

Praxishinweise:

- Bei *Unterhaltsvereinbarungen* und *einseitigen Unterhaltstiteln* sollten im Hinblick auf die BGH-Rechtsprechung³⁸¹ vorsorglich entsprechende klarstellende Formulierungen

376 BGH v. 07.12.2016 – XII ZB 422/15, FamRZ 2017, 370, BGH FamRZ 2017, 370 mit Anm. Knittel, FF 2017, 159, Fortführung von BGHZ 189, 284 = FamRZ 2011, 1041, BGH FamRZ 2011, 1498 mit Anm. Maurer = NJW 2011, 3089 mit Anm. Schnitzler, BGH v. 02.10.2002 – XII ZR 346/00 – FamRZ 2003, 304.

377 Diehl/Volpert, Praxis des Notarkostenrechts, Rn. 1969.

378 BGH FamRZ 2009, 1391; BGH NJW 2009, 1956 = FamRZ 2009, 1124; BGH v. 18.03.2009 – XII ZR 74/08 FamRZ 2009, 770 mit Borth, FamRZ 2009, 960 = FF 2009, 321; siehe Viefhues, ZFE 2009, 271; Schmitz, FPR 2009, 241–242.

379 BGH FamRZ 2007, 2052, 2053 mit Anm. Hoppenz, FamRZ 2007, 2054; ebenso BGH FamRZ 2007, 2049, 2050.

380 Dose, FamRZ 2007, 1289, 1295 m.w.N. BGH, B. v. 4.07.2018, XII ZB 448/17.

381 BGH NJW 2010, 2349 mit Anm. Born = FamRZ 2010, 1238 mit Anm. Borth, FamRZ 2010, 1316 und Anm. Bömelburg, FF 2010, 457–459.

enthalten sein, wenn man den Einwand, die Frage der Begrenzung und Befristung sei dabei bereits abschließend geregelt worden, sicher ausschließen will.

- Der laufende Unterhalt ist immer auf der Basis der aktuellen Verhältnisse festzusetzen. Daher ist eine *Begrenzung der Höhe des Unterhaltsanspruches nach § 1578b I BGB* immer bereits bei der – erstmaligen – Festsetzung des Unterhaltes vorzunehmen, da hier keine Zukunftsprognose erforderlich ist.³⁸²
- Für die Frage einer *zeitlichen Befristung gem. § 1578b II BGB* kommt es jedoch teilweise auf eine zukünftige Entwicklung an, bei der eine Prognose vorzunehmen ist. Soweit eine solche Prognose erforderlich und möglich ist, ist diese *bei der erstmaligen Festsetzungen von nachehelichem Unterhalt* – gleichgültig, ob aufgrund einer Vereinbarung oder einer einseitigen Titulierung – vorzunehmen. Eine spätere Abänderung ist nur bei veränderten Umständen möglich (§ 239 FamFG).

§ 1578 BGB stellt bei der Begrenzung und Befristung des nachehelichen Unterhalts auf den eingetretenen *ehebedingten Nachteil* und die *nacheheliche Solidarität* ab.

a. Der ehebedingte Nachteil

Auszugehen ist vom *aktuellen tatsächlich erzielten oder erzielbaren Einkommen* des geschiedenen Ehegatten, der Unterhalt geltend macht.

Liegt dieses Einkommen unterhalb des Einkommens, das die Berechtigte nach seiner *eigenen Lebensstellung ohne die Ehe* (als *ledige kinderlose Erwerbstätige im erlernten Beruf*) erzielen würde, ist ein (beruflicher) *ehebedingter Nachteil* gegeben. Für die Ehebedingtheit des Nachteils ist erforderlich, dass die Umstände, die zu dem unterschiedlichen Einkommen führen, *Folgen des Lebenszuschnitts der Ehegatten während der Ehe* – also *aufgrund der Rollenverteilung* in der geschiedener Ehe sind (Kausalität).^{382a}

Nur solche Umstände können ehebedingte Nachteile auslösen, die zeitlich *nach der Eheschließung und vor der Zustellung des Scheidungsantrages* eingetreten sind. Damit scheiden Umstände aus, die bereits vor der Heirat eingetreten sind.³⁸³ Dies gilt auch für die geraume Zeit vor Eheschließung aufgenommene Betreuung eines gemeinsamen Kindes und eine damit verbundene Aufgabe des Arbeitsplatzes. Auch daraus entsteht kein ehebedingter Nachteil.^{383a}

Kein ehebedingter Nachteil ist folglich gegeben,

- wenn sie aus dem bereits vorehelich vorhandenen unterschiedlichen Ausbildungsniveau der Eheleute herrührt³⁸⁴ und der unterhaltsberechtigte Ehegatte während der Ehe nicht – z.B. durch die Kindesbetreuung – gehindert war, seinen Ausbildungsrückstand abzubauen,³⁸⁵
- wenn er allein auf *persönlichen Umständen* oder
- wenn er auf *schicksalhaften Gegebenheiten* wie z.B. Krankheit^{385a} beruht.

b. Die nacheheliche Solidarität

Liegen die vom (früheren) gemeinsamen Einkommen bei der Eheleute abgeleiteten *ehehlichen Lebensverhältnisse* höher

als diese eigene Lebensstellung der Unterhaltsberechtigten, kommt es darauf an, ob der andere Ehegatte aus Gründen der *nachehelichen Solidarität* diese Differenz – ganz oder teilweise, auf Dauer oder befristet – ausgleichen muss. Im Rahmen dieser Billigkeitsabwägung können eine Vielzahl von Gesichtspunkten eine Rolle spielen,³⁸⁶ und zwar sowohl aus der Zeit der Ehe (Leistungen für die Familie, Lebensleistung der Ehegatten)³⁸⁷ als auch der Zeit seit Trennung und Scheidung (vor allem die langjährige Zahlung von Unterhalt). Auch das Einkommen und die Vermögenssituation der geschiedenen Ehegatten spielen eine Rolle, denn es geht um die Abwägung der beiderseitigen Zumutbarkeit einer fortdauernden, unbefristeten Unterhaltsverpflichtung geht.^{387a} Damit haben auch eigene Einkommens- und Vermögenslage, die vermögensrechtliche Auseinandersetzung zwischen den Eheleuten und das Ergebnis des Versorgungsausgleichs auf diese Weise mittelbar auch Auswirkungen auf den Unterhaltsanspruch.

c. Regelungen zur Befristung

Regelung des Unterhaltes festgelegt werden. Bei Vergleichen und ehevertraglichen Regelungen über nachehelichen Unterhalt stellt sich zuerst immer die Frage, ob – und ggf. in welchem Umfang – bereits eine spätere Abänderung vertraglich ausgeschlossen werden soll. Denn es ist rechtlich möglich, jegliche Änderung der Unterhaltsfestsetzung vertraglich auszuschließen.³⁸⁸ Demgemäß kann in der erstmaligen dass die Regelung auf jeden Fall auf Dauer Bestand haben soll. Damit wäre *ausgeschlossen*, dass der *Einwand der Befristung zu einem späteren Zeitpunkt vorgebracht werden kann*.

In der erstmaligen Regelung des Unterhaltes kann ausdrücklich festgelegt werden, dass der *Einwand der Befristung erst zu einem späteren Zeitpunkt vorgebracht werden kann*.

382 Vgl. BGH NJW 2011, 670 mit Anm. Born = FamRZ 2011, 454 mit Anm. Finke; s.a. BGH, Beschl. v. 04.07.2018 – XII ZB 448/17.

382a BGH v. 07.07.2010, XII ZR 157/08, FamRZ 2011, 189; BGH v. 30.06.2010, XII ZR 9/09, FamRZ 2010, 1414, BGH v. 07.07.2010, XII ZR 157/08, FamRZ 2011, 189; BGH v. 23.11.2011 – XII ZR 47/10 NJW 2012, 309 mit Anm. Born = FamRZ 2012, 197 mit Anm. Maurer.

383 BGH NJW 2013, 1444 mit Anm. Born; BGH v. 20.03.2013 – XII ZR 120/11 – NJW 2013, 1447. OLG Koblenz FamRZ 2016, 641.

383a BGH v. 07.07.2010, XII ZR 157/08, FamRZ 2011, 189; BGH v. 30.06.2010, XII ZR 9/09, FamRZ 2010, 1414, BGH v. 07.07.2010, XII ZR 157/08, FamRZ 2011, 189; BGH v. 23.11.2011 – XII ZR 47/10 NJW 2012, 309 mit Anm. Born = FamRZ 2012, 197 mit Anm. Maurer.

384 BGH FamRZ 2007, 2049; BGH Urt. v. 25.06.2008, XII ZR 109/07.

385 BGH FamRZ 2006, 1006, 1008 mit Anm. Born; Viefhues/Mleczeo, Das neue Unterhaltsrecht 2008, Rn. 292.

385a BGH v. 19.06.2013 – XII ZB 309/11, FamRZ 2013, 1291.

386 Ausführlich Viefhues, FuR 2011, 505 (Teil 1) und FuR 2011, 551 (Teil 2).

387 BGH NJW 2014, 1302 = FamRZ 2014, 823.

387a BGH, B. v. 26.02.2014 – XII ZB 235/12 NJW 2014, 1302 = FamRZ 2014, 823; BGH, B. v. 19.06.2013 – XII ZB 309/11 NJW 2013, 2434 = FamRZ 2013, 1291 mit Anm. Born, dazu Erdrich, FamFR 2013, 361.

388 BGH v. 11.02.2015, XII ZB 66/14, BGH NJW 2015, 1242; BGH U. v. 26.05.2010, XII ZR 143/08, NJW 2010, 2349 mit Anm. Born = FamRZ 2010, 1238 mit Anm. Borth, FamRZ 2010, 1316 und Anm. Bommelburg, FF 2010, 457, KG v. 22.12.2015 – 13 UF 143/15, FF 2016, 167 = FamRB 2016, 91 = FamRZ 2016, 1172 (LS); vgl. auch OLG Hamm B.v. 3.8.2011, 8 UF 83/11, FamFR 2012, 106; OLG Hamm, 04.11.2016, 13 UF 34/15, NZFam 2017, 29 = FUR 2017, 157.

Dabei sind folgende Differenzierungen denkbar:³⁸⁹

- Es kann festgelegt werden, von welchem Zeitpunkt an ein solches Vorgehen gegen den Titel möglich sein soll (*Regelung über den Zeitpunkt dieses Vorbringens*).
- Es kann festgelegt werden,
 - ob für ein solches späteres Verlangen keinerlei Veränderungen auf der Tatsachenebene erforderlich sein sollen oder
 - ob die Möglichkeit der Geltendmachung auf bestimmte veränderte Tatsachen gestützt werden muss (*Regelung über Anpassungsvoraussetzungen*).
 - Zudem kann auch hier ggf. festgelegt werden, welchen Umfang die Veränderungen haben müssen (de facto eine modifizierte Abänderungssperre).

Inhaltlich sind Regelung zur *Befristung des Unterhaltes*³⁹⁰ in folgenden Varianten denkbar:

- Vereinbarung, welche Faktoren für den „ehebedingten Nachteil“ Bedeutung haben sollen.³⁹¹
- Eine Fixierung lediglich der Gesichtspunkte, die als *ehebedingte Nachteile* einvernehmlich akzeptiert werden.
- Entsprechendes ist auch zu bedenken in allen Fällen, in denen *besondere Leistungen während der Ehe erbracht worden sind*,³⁹² aber daraus möglicherweise keine (zukünftigen) ehebedingten Nachteile erwachsen werden wie z.B.:
 - bei Fällen der Stiefkinderbetreuung, Verwandtenbetreuung während der Ehe (Pflege der Eltern, Schwiegereltern),
 - Finanzierung des Studiums oder der Ausbildung,
 - Tilgung von Schulden des anderen Ehegatten,
 - Vereinbarung eines Standards für die *Zumutbarkeit einer späteren Erwerbstätigkeit* (welcher Standard, Beginn, Übergangsfristen),
 - Vereinbarung über den *Zeitraum des „sozialen Bestandschutzes“* (Ehedauer, Rechtsfolgen).

Wird *befristet* nachehelicher Unterhalt – auch durch einseitige Verpflichtungserklärung – festgesetzt, so sollte immer eindeutig klargestellt werden, ob und ggf. in welchem Umfang diese Regelung auch den *nachfolgenden Zeitraum* umfasst.

Mögliche Regelungen sind:

- es wird nur der *ausdrücklich bezeichnete Zeitraum geregelt*, d.h. nach Ablauf dieses Zeitraumes muss Unterhalt neu festgesetzt werden.
 - Bedeutung: Unterhalt im Höhe von 1.000 € mtl. zu zahlen *für erst einmal 5 Jahre*,
 - mit der Klarstellung, dass für diesen Zeitraum ohne Einschränkungen auf der Basis der dann gegebenen Tatsachenlage neu verhandelt (und ggf. gestritten) werden kann,
 - oder mit bestimmten Kriterien für eine zukünftige Anpassung.
- Es wird der Unterhalt *für die gesamte Zukunft festgelegt*. Für einen bestimmten Zeitraum erkennt der Pflichtige seine Zahlungspflicht an und für den nachfolgenden Zeitraum erkennt der Berechtigte an, keinen Anspruch zu haben.

- Bedeutung: Unterhalt im Höhe von 1.000 € mtl. zu zahlen für 5 Jahre *und nicht mehr*.
- Folge: später nur Abänderungsantrag der Berechtigten nur möglich bei veränderten Umständen, um weitergehende Zahlungen durchzusetzen.
- Es werden (abweichend von der gesetzlichen Regelung) *besondere Modalitäten für eine spätere Abänderung* festgelegt.
 - Unterhalt im Höhe von 1.000 € mtl. zu zahlen für 5 Jahre unbefristet; *Abänderung unter bestimmten Umständen möglich*.
 - Folge: späterer Abänderungsantrag mit besonderen Vorgaben, keine freie Neufestsetzung des Unterhaltes.

Praxishinweis:

- Bei jeder vermögensrechtlichen Regelung sollte die Frage der mittelbaren Auswirkungen insbesondere im Hinblick auf Befristungen des Unterhaltes bedacht werden. Denn im Rahmen der Billigkeitsentscheidung über eine *Begrenzung oder Befristung* des Unterhaltsanspruchs Berücksichtigen die Gerichte auch die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten.

d. Speziell Staffelregelungen

Speziell in *Unterhaltsvereinbarungen* bieten sich *Staffelungen* an, da sie für beide Ehegatten *Planungssicherheit* bieten und gerichtliche Entscheidungen vermeiden, die gerade bei derartigen Billigkeitsentscheidungen und einer noch nicht gefestigten Rechtsprechung nur schwer vorhersehbar sein werden.

- Eine solche gestaffelte Regelung ermöglicht dem *unterhaltsberechtigten Ehegatten* Planungssicherheit für einen fließenden Übergang in die wirtschaftliche Eigenständigkeit.
- Dem *unterhaltspflichtigen Ehegatten* bietet sie eine vorhersehbare und kalkulierbare Perspektive, in welchen Schritten seine Belastungen sinken und wann er letztlich von Ehegattenunterhaltsansprüchen gänzlich frei sein wird.

In solchen *gestaffelten Regelungen* wird der Unterhalt für mehrere Jahre, aber mit sinkenden monatlichen Beträgen festgeschrieben.³⁹³

Beispiel aus einer gerichtlichen Entscheidung³⁹⁴

In Anbetracht der tiefgreifenden Folgen, die der Wegfall des Unterhalts für den Lebensstandard der Beklagten haben wird, und der im mittleren Bereich angesiedelten Ehedauer von rund 12 Jahre bis zur Rechtshängigkeit des

389 Siehe dazu auch *Bergschneider*, FamRZ 2006, 153 mit Formulierungsbeispielen.

390 *Eickelberg*, RNotz 2009, 1, 19 und *Eickelberg*, RNotz 2009, 1, 28.

391 Vgl. *Schmitz*, Notar 2009, 196, 203.

392 Bei der gebotenen Billigkeitsabwägungen können auch solche Leistungen Bedeutung erlangen, die der Unterhaltspflichtige während der Ehe erbracht hat!

393 Vgl. *Borth*, Unterhaltsrechtsänderungsgesetz 2008 Rn. 154; Einzelheiten: *Viefhues/Mletzko*, Das neue Unterhaltsrecht, 2008, Rn. 410 ff. und Rn. 440 ff.

394 OLG Düsseldorf, Urt. v. 01.04.2009 – II-8 UF 203/08, FuR 2009, 418 = FPR 2009, 371 = ZFE 2009, 347.

Scheidungsantrages erscheint es angemessen, die Unterhaltshöhe über einen längeren Zeitraum hinweg langsam abzusenken:

- 800 € für die Zeit von Juli 2008 bis Dezember 2008,
- 600 € für die Zeit von Januar 2009 bis Juni 2009,
- 400 € für die Zeit von Juli 2009 bis Dezember 2009,
- 200 € für die Zeit von Januar 2010 bis Juni 2010 und
- 181 € für die Zeit von Juli 2010 bis Dezember 2010.

D. Speziell Titulierung von Kindesunterhalt

Auch hinsichtlich des *Kindesunterhalts* können vertragliche Vereinbarungen notariell getroffen werden. Dabei sollte die *Anrechnung des Kindergeldes* mit geregelt werden.

1. Statische Titel

Bei einem statischen Titel wird der monatlich geschuldete Unterhalt mit einem *festen Betrag* beurkundet.

Praxishinweise:

- Dabei ist zu überlegen, ob *vorhersehbare Veränderungen* bereits in die Vereinbarung einbezogen werden sollen.
- Wenn z.B. das Kind in näherer Zukunft in eine andere *Altersstufe* der Düsseldorfer Tabelle wechseln wird, sollte dies bereits vorausschauend berücksichtigt werden. Andernfalls wird später eine neue Urkunde oder ein gerichtliches Abänderungsverfahren erforderlich.
- Ist der *Eintritt der Volljährigkeit* des Kindes in näherer Zukunft des Kindes absehbar, sollte auf die verfahrensrechtlichen Konsequenzen hingewiesen werden (dazu siehe „Minderjährigenunterhalt und Eintritt der Volljährigkeit des Kindes“).

2. Dynamisierte Titel

Um die zukünftigen Anpassungsnotwendigkeiten zu umgehen, werden dynamisierte Unterhaltstitel zugelassen, in denen die Zahlungsverpflichtung an das Alter des Kindes und eine bestimmte Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle angeknüpft wird. Auch derart *dynamisierte Unterhaltsansprüche* können tituliert werden.³⁹⁵

Beispiel:

In der UR 233/2018 verpflichtet sich der Vater zur Zahlung des Unterhaltes für das am 07.04.2011 geborene Kind nach der 3 Einkommensgruppe und der jeweiligen Altersstufe nach Maßgabe der jeweils aktuellen Düsseldorfer Tabelle.

3. Verbot des Verzichts auf zukünftigen Kindesunterhalt

Auf *Kindesunterhalt* kann für die Zukunft *nicht verzichtet* werden (§ 1614 Abs. 1 BGB).

Für die Abgrenzung zwischen *zulässiger Anpassung* (Modifikation) des zukünftigen Unterhaltes und *unzulässigem Verzicht* gibt der BGH³⁹⁶ angesichts der Verschiedenartigkeit der Einzelfälle keinen einheitlichen exakten prozentualen Richtwert für die zulässige Unterschreitung des rein rechnerisch geschuldeten Unterhalts vor. Es kommt im konkreten

Fall auf die Umstände des Einzelfalles an, die – wichtig für die anwaltliche Praxis – immer von den Beteiligten vorgebracht werden müssen. Die Darlegungslast für die Wirksamkeit des Unterhaltsverzichts trägt derjenige, der aus der Unwirksamkeit für sich günstige Rechtsfolgen herleiten möchte,³⁹⁷ also im konkreten Fall der Beteiligte, der einen höheren Unterhalt verlangt als dies in der Vereinbarung festgelegt worden ist.

Zuerst muss faktisch die Höhe des angemessenen Unterhalts im hierfür erforderlichen Umfang festgestellt werden, um anschließend entscheiden zu können, ob eine unzulässige Unterschreitung dieses angemessenen Unterhalts vorliegt. Denn nur durch diesen Vergleich des gesetzlich geschuldeten Unterhaltes mit dem reduziert vereinbarten Unterhalt lässt sich bewerten, ob ein Verzicht vorliegt.

Sonstige ehevertragliche Regelungen, die dem Unterhaltsberechtigten zum Vorteil gereichen können, sind dabei in die Prüfung nicht einzubeziehen. Denn die Wirksamkeit der Regelung des Unterhaltes ist isoliert zu betrachten und wird nicht durch Vereinbarungen zu anderen Gegenständen berührt.³⁹⁸

Zulässig sind folgende Ausgestaltungen:³⁹⁹

- Unterschreitung von weniger als 20 % des gesetzlichen Unterhalts; zwischen einer Unterschreitung von 20 % und einem Drittel des gesetzlichen Unterhalts ist im Einzelfall zu entscheiden, ob die Unterschreitung ausnahmsweise noch akzeptabel ist; die Unterschreitung von einem Drittel und mehr überschreitet die absolute Toleranzgrenze;
- Verzicht auf Unterhalt für die Vergangenheit, soweit der Unterhaltsanspruch nicht auf einen Dritten, bspw. einen Sozialleistungsträger übergegangen ist.

Unzulässig sind folgende Vereinbarungen:

- Erschwerung der Möglichkeit, einer Erhöhung des Unterhaltes nach §§ 238, 239 FamFG zu verlangen;⁴⁰⁰
- Ausschluss der gerichtlichen Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs;⁴⁰¹
- nicht unwesentliche Stundung des Unterhaltsanspruchs.⁴⁰²

Das gesetzliche Verbot des Verzichts auf Unterhalt kann nicht durch ein *pactum de non petendo* umgangen werden.⁴⁰³

395 Müller, Notarielle Vollstreckungstitel, RNotZ 2010/167 ff. (186) [mit Formulierungsbeispielen]; s.a. Rasch, in: Ehinger/Rasch/Schwonberg/Siede, Handbuch Unterhaltsrecht, 2018, Rn. 10.27 und 10.30 mit Formulierungsbeispielen.

396 BGH v. 30.09.2015 – XII ZB 1/15, FamRZ 2015, 2131 mit Anm. Wolf/Bergschneider = NJW 2015, 3715 mit Anm. Born; dazu Spangenberg, FF 2016, 152.

397 BGH, Urt. v. 20.02.2003 – III ZR 184/02; Nassall, in: jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 138 BGB Rn. 70.

398 BGH v. 30.09.2015 – XII ZB 1/15, FamRZ 2015, 2131 mit Anm. Wolf/Bergschneider = NJW 2015, 3715 mit Anm. Born; dazu Spangenberg, FF 2016, 152.

399 Dazu ausführlich Horndasch, in: Kleffmann/Klein/Weinreich, Das familienrechtliche Mandat – Unterhaltsrecht, 2015, § 3 Rn. 736 ff.

400 BGH NJW 1985, 65, 66.

401 Schwackenberg, FPR 2001, 107, 108.

402 BGH FuR 2009, 106 = FamRZ 2009, 198, 203 m. Anm. Bergschneider.

403 BGH FamRZ 2014, 629 mit Anm. Bergschneider, FamRZ 2014, 727.

Ein sogenanntes *pactum de non petendo*, d.h. die Verpflichtung oder das Versprechen des unterhaltsberechtigten Ehegatten, Unterhalt nicht geltend zu machen, berührt zwar den Bestand des Unterhaltsanspruches nicht, doch begründet dieses eine Einrede gegen den Unterhaltsanspruch, die wirtschaftlich zu dem gleichen Ergebnis führt wie ein Unterhaltsverzicht.⁴⁰⁴ Es liegt daher ein *unzulässiges und daher unwirksames Umgestaltungsgeschäft* vor.⁴⁰⁵

4. Freistellungsvereinbarung beim Kindesunterhalt

Da – auch ein teilweiser! – Verzicht auf künftigen Kindesunterhalt unwirksam ist (§§ 1614, 134 BGB), wird gelegentlich versucht, den unwirksamen Unterhaltsverzicht mit demselben wirtschaftlichen Ergebnis auf andere Weise zu verwirklichen, nämlich auf dem Weg einer *Freistellungsvereinbarung*.

Solche *Freistellungsvereinbarungen* zwischen den Eltern⁴⁰⁶ mit dem Inhalt, den anderen Elternteil von Unterhaltsansprüchen des Kindes freizustellen, sind zulässig. Es handelt sich hierbei um eine *Erfüllungsübernahme* i.S.d. § 329 BGB.⁴⁰⁷ Der in Anspruch genommene Elternteil kann von dem anderen Freihaltung bzw. Erstattung seiner Aufwendungen bzw. Schadensersatz verlangen.

Freistellungsvereinbarungen werden etwa mit folgendem Text vereinbart:

Der Ehemann verpflichtet sich, für die Unterhaltsansprüche der gemeinsamen Kinder allein aufzukommen und die Ehefrau von jeglicher Inanspruchnahme durch die Kinder freizustellen.

Dies ist auch dann möglich, wenn beide Eltern aus der Ehe hervorgegangene Kinder betreuen. Sie können dann im Innenverhältnis eine Vereinbarung treffen, wonach nur einer von ihnen für den Barunterhalt aufzukommen hat.⁴⁰⁸

Freistellungsvereinbarungen sind allerdings nach § 138 BGB *sittenwidrig* und nichtig, wenn

- das Kind durch Regelungen im Sorge- oder Umgangsrecht zum Tauschobjekt für die Freistellung von Unterhaltsansprüchen gemacht wird oder
- die Freistellungsvereinbarung dazu führt, dass der kindesbetreuende Elternteil wegen der Übernahme der Unterhaltslasten des anderen Elternteils für das Kind seinen und des Kindes Unterhalt nicht mehr aus seinen Einkünften oder seinem Vermögen bestreiten kann. Das dem freistellenden Elternteil verbleibende Einkommen muss ausreichen, den Unterhalt des Kindes sicherzustellen, und zwar unter Berücksichtigung der Einschränkung bzw. Unmöglichkeit einer Erwerbstätigkeit, die sich aus den Notwendigkeiten der Kindesbetreuung ergeben.
- Wenn der freistellende Elternteil nicht in der Lage ist, die Betreuungskosten und den angemessenen Unterhalt für das Kind ohne erhebliche Einschränkung des eigenen Unterhalts sicherzustellen.⁴⁰⁹ Dies gilt auch für eine Freistellungsvereinbarung der Eltern eines nichtehelichen Kindes.⁴¹⁰

Derartige Regelungen sind aber *nur im Innenverhältnis zwischen den Eltern* bindend, so dass im Falle einer Klage des Kindes der freigestellte Elternteil dennoch aus § 1601 BGB zu verurteilen

ist.⁴¹¹ Der betreuende Elternteil ist auch durch die Freistellungsvereinbarung nicht gehindert, in Verfahrensstandschaft für das Kind den Unterhalt gerichtlich geltend zu machen.⁴¹²

Die Praxis hat sich meist weder mit einer ausdrücklichen noch mit einer völligen Freistellung zu befassen, sondern mit der Auslegung, ob durch *schlüssiges Verhalten* eine Freistellungsvereinbarung⁴¹³ dergestalt zustande gekommen ist, dass anstelle des barunterhaltspflichtigen Elternteils der andere Elternteil den Differenzbetrag zum richtig festzusetzenden Unterhalt aus eigenen Mitteln aufzubringen habe.⁴¹⁴ Für die Annahme einer Freistellungsvereinbarung genügt es jedenfalls nicht, dass die Eltern den Kindesunterhalt der Höhe nach begrenzen.

Das Problem, ob eine bestimmte Regelung zum Kindesunterhalt als Freistellungsvereinbarung und damit als Verpflichtung auszulegen sei, für die Unterhaltsspitze einzutreten, behandelt der BGH nach folgenden Maßstäben:⁴¹⁵

- War dem freistellenden Elternteil bekannt, wie hoch der gesetzliche Unterhaltsanspruch ist und wie weit seine eigene Verpflichtung folglich reicht?
- Besteht zwischen der eigenen Leistungsfähigkeit des Freistellenden und der Hölle der Freistellungsverpflichtung ein Zusammenhang?
- War die Freistellung von Umständen abhängig, die außerhalb des Einflussbereichs des freistellenden Elternteils liegen?
- Gehen mit der Freistellung Vorteile für den freistellenden Elternteil einher oder liegt die Freistellung einseitig im Interesse des anderen Elternteils? Ein solcher möglicher Vorteil wäre ein höherer Ehegattenunterhalt oder die Übernahme von gemeinsamen Schulden.

Nach *Aufhebung einer Freistellungsvereinbarung* entstehen keine Unterhalts- und Bereicherungsansprüche. Wurde der Kindesunterhalt aufgrund einer Freistellungsvereinbarung der Eltern allein von dem betreuenden Elternteil gezahlt und wird diese Vereinbarung aufgehoben, so steht dem Kind für den vergangenen Zeitraum kein Unterhaltsanspruch gegen den anderen Elternteil zu, denn sein Unterhaltsanspruch wurde erfüllt. Da der Unterhalt mit Rechtsgrund gezahlt wurde, entfällt auch ein Bereicherungsanspruch des betreuenden Elternteils gegen das Kind.⁴¹⁶

404 BGH v. 29.01.2014 – XII ZB 303/13 m.w.N. FamRZ 2014, 629 mit Anm. Bergschneider.

405 BGH v. 29.01.2014 – XII ZB 303/13 m.w.N. FamRZ 2014, 629 mit Anm. Bergschneider.

406 Dazu BGH FamRZ 2009, 768 mit Anm. Bergschneider, FamRZ 2009, 856; Bömelburg, FF 2009, 250.

407 OLG Jena FamRZ 2009, 892; auch Ehinger, in: Ehinger/Rasch/Schwonberg/Siede, Handbuch Unterhaltsrecht, 2018, Rn. 1.466 ff. mit Formulierungsbeispiel.

408 OLG Hamm, FamRZ 2007, 73.

409 BVerfG FamRZ 2001, 343, 348.

410 OLG Frankfurt, Beschl. v. 21.03.2007 – 6 WF 28./07, OLGR Frankfurt 2007, 703.

411 BGH NJW 1986, 1168.

412 OLG Stuttgart NJW-Spezial 2007, 9.

413 Dazu Ehinger, in: Ehinger/Rasch/Schwonberg/Siede, Handbuch Unterhaltsrecht, 2018, Rn. 1.468.

414 Siehe BGH FamRZ 2009, 768 mit Anm. Bergschneider, FamRZ 2009, 856.

415 Bergschneider, FamRZ 2009, 856.

416 OLG Naumburg, Beschl. v. 22.01.2007 – 8 WF 14/07.

5. Gebührenfreiheit bei der Beurkundung von Kindesunterhalt

Die Beurkundung von Verpflichtungen zur Erfüllung von Unterhaltsansprüchen eines Kindes und von Verpflichtungen zur Erfüllung von Unterhaltsansprüchen nach § 1615l BGB ist auch nach neuem Kostenrecht *vom Notar gebührenfrei vorzunehmen* (Vorbem. 2 Abs. 3 KV i.V.m. § 62 Abs. 1 Nr. 2, 3 BeurkG).⁴¹⁷

Das gilt allerdings nur, wenn das Kind bzw. der Unterhaltsberechtigte unmittelbar einen eigenen Unterhaltsanspruch erwirbt,⁴¹⁸ und zwar auch durch einen Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB.⁴¹⁹

Bei einer grds. lediglich das Innenverhältnis der Beteiligten betreffenden Vereinbarung über den Kindesunterhalt z.B. im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung erwirbt das Kind zwar z.B. dann einen eigenen Anspruch, wenn sich der Unterhaltspflichtige dem Kind gegenüber der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft⁴²⁰ oder sich gegenüber dem Kind verpflichtet, als Unterhalt einen bestimmten mtl. Betrag – ggf. zu Händen der Kindesmutter – zu zahlen.⁴²¹ Unter der Geltung von § 55a KostO ist für diese Fälle in der obergerichtlichen Rechtsprechung ebenfalls Gebührenfreiheit angenommen worden.⁴²² Wird davon ausgegangen, dass Vorbem. 2 Abs. 3 KV nur Erklärungen unmittelbar zwischen Kind und Unterhaltsverpflichtetem privilegieren soll, weil die dort geregelte Privilegierung nicht weiter reichen soll als die Beurkundungszuständigkeit des Jugendamtes, besteht keine Gebührenfreiheit.

Nach bisheriger Rechtslage wurde die Kostenfreiheit auch bejaht, wenn der Regelungspunkt Kindesunterhalt Gegenstand eines *Ehevertrages* oder einer *Scheidungsfolgenregelung* ist. Dagegen spricht allerdings, dass nur Beurkundungen unmittelbar zwischen Kind und verpflichtetem Elternteil gebührenfrei sind. Vertreten wird daher auch, dass Scheidungsvereinbarungen zwischen den Eltern davon nicht berührt werden.

6. Minderjährigenunterhalt und Eintritt der Volljährigkeit des Kindes

Zumindest für die Beratung der Eltern, die einen Titel über den Unterhalt ihres minderjährigen Kindes erstellen wollen, ist es wichtig, die Auswirkungen des Eintritts der Volljährigkeit des Kindes zu kennen.

Der Unterhaltsanspruch im Verwandtenunterhalt ist zeitlich nicht begrenzt.⁴²³ Folglich beginnt der Unterhaltsanspruch des Kindes mit der Geburt und besteht dem Grunde nach lebenslang,⁴²⁴ und damit auch über den Eintritt der Volljährigkeit hinaus. *Der zur Zeit der Minderjährigkeit des Kindes erlangte Titel gilt somit auch nach Eintritt der Volljährigkeit fort*⁴²⁵ und ist entsprechend vollstreckbar.

Die Vollstreckbarkeit eines dynamischen Unterhaltstitels erstreckt sich gem. § 244 FamFG auch auf den Zeitraum nach der Minderjährigkeit. Bei *statischen, unbefristeten Unterhaltstiteln* führt der Eintritt der Volljährigkeit daher nicht zum Wegfall der Vollstreckungsvoraussetzungen. Unterhaltstitel, die aus der Zeit der Minderjährigkeit des Kindes stammen, gelten über den Zeitpunkt der Vollendung der Volljährigkeit hinaus.⁴²⁶

Anders ist dies lediglich dann, wenn Titel ausdrücklich auf die Zeit bis zur Volljährigkeit des Kindes *befristet* worden ist,⁴²⁷ wie dies bei Urkunden des Jugendamtes vielfach der Fall ist. Wenn also die Titulierung der Unterhaltspflicht ausdrücklich auf die Zeit der Minderjährigkeit begrenzt wird, findet § 244 FamFG keine Anwendung.⁴²⁸

Verfahrensrechtlich ist allerdings der er *bisher für das Kind handelnde Elternteil* nicht mehr berechtigt, die Vollstreckung aus dem Titel fortzusetzen, und zwar auch nicht aus den Unterhaltsrückständen. Geschieht dies dennoch, läuft er Gefahr, sich einem Vollstreckungsgegenantrag nach § 120 Abs. 1 FamFG i.V.m. § 767 ZPO⁴²⁹ oder einer Vollstreckungserinnerung nach § 732 ZPO⁴³⁰ auszusetzen.

Berechtigt zur Vollstreckung ist also allein das jetzt volljährig gewordene Kind⁴³¹ – und zwar auch hinsichtlich der vom Titel mit erfassten Unterhaltsrückstände aus dem Zeitraum der Minderjährigkeit. Das gilt auch dann, wenn dieser Elternteil in der Vergangenheit den finanziellen Bedarf des Kindes sichergestellt hat, weil der barunterhaltspflichtige Elternteil keinen oder nur zu geringen Unterhalt gezahlt hat.

Praxishinweise:

- Eine Ausnahme gilt dann, wenn das Kind den Anspruch auf rückständigen Unterhalt wirksam an den Elternteil abgetreten hat.⁴³²

417 *Diehm/Volpert*, Praxis des Notarkostenrechts, Rn. 1969.

418 Vgl. zu § 55a KostO OLG Hamm NJW-RR 1996, 764 = FamRZ 1996, 1562.

419 HK-GNotKG/*Fackelmann*, KV Vorbem. 2 Rn. 21; Streifzug durch das GNotKG, Rn. 490.

420 Vgl. noch zu § 55a KostO LG Münster FamRZ 2006, 723.

421 Vgl. zu § 55a KostO OLG Zweibrücken 10.07.2013 – 3 W 1/12, ZNotP 2013, 358; OLG Düsseldorf, ZNotP 1999, 545; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.11.2009 – I-10 W 81/09, n.v.

422 [Vgl. OLG Zweibrücken 10.07.2013 – 3 W 1/12, ZNotP 2013, 358, das offen gelassen hat, ob das auch dann gilt, wenn auch ein eigener durchsetzbarer Anspruch der Kindesmutter gegeben ist; OLG Düsseldorf, ZNotP 1999, 545; OLG Hamm NJW-RR 1996, 764 = FamRZ 1996, 1562.]

423 OLG Celle, Beschl. v. 15.12.2016 – 19 UF 134/16; Götz, Unterhalt für volljährige Kinder – Überlegungen zu einer Reform des Verwandtenunterhaltes, 2007, S. 165; zu den rechtspolitischen Überlegungen siehe S. 181 ff. definiert zeitlichen Begrenzung des Volljährigenunterhaltes.

424 BGH FamRZ 1984, 682 f.; vgl. auch OLG Koblenz FamRZ 1999, 676, 677; OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 907; OLG Hamm OLG Hamm FuR 2007, 182.

425 BGH v. 07.12.2016 – XII ZB 422/15, FamRZ 2017, 370 mit Anm. *Knittel*.

426 OLG München FamRZ 2016, 1775; *Roßmann*, in: Eschenbruch/Schürmann, Unterhaltrecht, 2014, Kap. 3 Rn. 199.

427 OLG Brandenburg FamRZ 2004, 1888; vgl. auch *Gottwald*, FamRZ 2007, 1474.

428 *Müller a.a.O.*, RNotZ 2010/187.

429 OLG Köln, Beschl. v. 20.07.2012 – 27 UF 47/12, NJW-Spezial 2012, 764; *Roßmann*, in: Eschenbruch/Schürmann, Unterhaltrecht, 2014, Kap. 3 Rn. 199.

430 OLG Nürnberg v. 01.02.2010 – 7 WF 45/10, FamRZ 2010, 1010; vgl. auch *Roßmann*, in: Eschenbruch/Schürmann, Unterhaltrecht, 2014, Kap. 3 Rn. 203.

431 OLG Nürnberg FamRZ 2002, 407 und OLG Koblenz FamRZ 2005, 993 für den Fall der Beendigung der Verfahrensstandschaft gem. § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB durch Sorgerechtswechsel.

432 *Seiler*, in: Gerhard/vHeintschel-Heinegg/Klein, HB FA FamR, 2015, Kap. 6 Rn. 420; *Gerhardt*, in: Gerhard/vHeintschel-Heinegg/Klein, HB FA FamR, 2015, Kap. 6 Rn. 1042.

- Das Abtretungsverbot der §§ 400 BGB, 850b I Nr. 2 ZPO gilt in diesem Fall nicht.⁴³³

Für beide Seiten kann eine Änderung der titulierten Unterhaltsverpflichtung nur mittels *Abänderungsverfahren* nach § 239 FamFG erfolgen. Beteiligte dieses Verfahrens sind der zahlungspflichtige Elternteil und das volljährige Kind.⁴³⁴ Die wesentliche Änderung der für die Unterhaltsbestimmung maßgeblichen tatsächlichen Umstände liegt bereits im Eintritt der Volljährigkeit und in dem damit verbundenen Wechsel in die nächste Altersstufe der Düsseldorfer Tabelle sowie ggf. in der jetzt bestehenden anteiligen Barunterhaltspflicht auch des anderen Elternteils.⁴³⁵ Die Tatsache der Volljährigkeit führt zu einer Verlagerung der Darlegungs- und Beweislast auf das volljährige Kind, das das Fortbestehen der rechtlichen Grundlagen des Unterhaltsanspruchs und seine Bedürftigkeit darlegen muss, auch in einem Abänderungsverfahren des Unterhaltspflichtigen. Ein Unterhaltsanspruch besteht nur noch für die Zeit der Ausbildung, wobei der Unterhalt auch deshalb auf einer neuen Basis steht, weil grundsätzlich beide Elternteile barunterhaltspflichtig sind. Das Kind muss daher zu seiner Ausbildung und zu einem möglichen Unterhaltsanspruch gegen den anderen Elternteil vortragen und diese Tatsachen ggf. beweisen.⁴³⁶ Erforderlich ist also auch in einem vom Elternteil eingeleiteten Abänderungsver-

fahren insbesondere der schlüssige Vortrag des Kindes, welcher Haftungsanteil auf den antragstellenden Elternteil entfällt.⁴³⁷

Der *besondere Gerichtsstand* des § 232 I Nr. 2 FamFG, nachdem immer das Gericht am Wohnsitz des Kindes zuständig ist, gilt für minderjährige Kinder und für privilegierte volljährige Kinder i.S.d. § 1603 Abs. 2 Satz 2 BGB, nicht aber für andere Volljährige. Zuständig ist dann nach der allgemeinen Zuständigkeitsregelung das Familiengericht am Wohnsitz des jeweiligen Antragsgegners.

(wird fortgesetzt)

433 Gießler, FamRZ 1994, 800; Gerhard, in: Gerhard/vHeintschel-Heinegg/Klein, HB FA FamR, 2015, Kap. 6 Rn. 1047.

434 OLG Koblenz, Beschl. v. 09.05.2016 – 13 WF 430/16, MDR 2016, 1054–1055.

435 BGH NZFam 2017, 111 = FamRZ 2017, 370 mit Anm. Knittel.

436 BGH v. 07.12.2016 – XII ZB 422/15, KG FamRZ 1994, 765; OLG Hamm FamRZ 2000, 904, anders OLG Karlsruhe v. 13.08.2015 – 5 UF 238/13, FamRZ 2016, 380, aufgehoben durch BGH v. 07.12.2016 – XII ZB 422/15.

437 BGH v. 07.12.2016 – XII ZB 422/15 FamRZ 2017, 370 mit Anm. Knittel, Schwonberg, in: Eschenbruch/Schürmann, Unterhaltsprozess, 2014, Kap. 2 Rn. 1143 m.w.N.; OLG Bremen, Beschl. v. 29.06.2011 – 4 WF 51/11 NJW 2011, 2596.

Praktische Fälle

Unwirksamwerden von letztwilligen Verfügungen bei Scheidung

von Dr. Norbert Frenz, Notar, Kempen

I. Fälle

Fall 1:

M und F leben zusammen, sind nicht verlobt und wollen z.Z. nicht heiraten. Sie setzen sich 2000 in einem Erbvertrag wechselseitig zum Erben ein, 2010 heiraten sie, 2015 wird die Ehe geschieden. 2018 verstirbt M.

Fall 2:

Wie Fall 1, nur haben M und F keinen Erbvertrag errichtet, vielmehr hat M in einem einseitigen Testament F zur alleinigen Erbin eingesetzt.

Fall 3:

Wie Fall 1, aber vor seinem Tod ruft M noch im Notariat an: Er habe früher mit seiner jetzt von ihm geschiedenen Ehe-

frau einen Erbvertrag errichtet. Ob der Erbvertrag nach der Scheidung noch gelte?

II. Das Problem

1. Nach der Auslegungsregel § 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine letztwillige Verfügung unwirksam, durch die der Erblasser seinen *Ehegatten* bedacht hat, wenn die Ehe vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist.

§ 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB verlagert den Zeitpunkt der Unwirksamkeit – wie bei der gesetzlichen Erbfolge (§ 1933 Satz 1 BGB) vor auf den Zeitpunkt, zu dem alle Voraussetzungen für die Scheidung vorlagen, sofern der Erblasser (!) die Scheidung beantragt oder ihr (im Scheidungsverfahren)¹ zugestimmt hat. Keine Vorverlagerung also, wenn der

1 Otte, in: Staudinger § 2077 Rn. 16 m.w.N.

verstorbene Ehegatte die Scheidung weder beantragt, noch ihr im Scheidungsverfahren zugestimmt hatte und auch keine Vorverlagerung, wenn die Voraussetzungen für die Scheidung noch nicht vorliegen.

§ 2077 Abs. 2 BGB bestimmt, dass eine letztwillige Verfügung durch die der Erblasser seinen *Verlobten* bedacht hat, unwirksam wird, wenn das Verlöbnis vor dem Tode des Erblassers aufgelöst wurde.

Die Unwirksamkeitsfolge nach § 2077 Abs. 1 oder 2 BGB greift aber nach § 2077 Abs. 3 BGB nicht ein, wenn ein Fortgeltungswille anzunehmen ist, wenn also anzunehmen ist, dass nach dem Willen des Erblassers auch im Falle der Scheidung oder Auflösung eines Verlöbnisses die von ihm getroffenen Verfügungen Bestand behalten sollen.

Beispiele aus der Rechtsprechung für einen Fortgeltungswillen:

- Der Ehemann setzt seine Ehefrau zum Erben ein. Sie leben aber bereits zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung getrennt.²
- Die Ehegatten setzen sich in einem gemeinschaftlichen Testament nicht gegenseitig zum Erben ein, sondern berufen ihre Kinder zum Erben.³

Der Fortgeltungswille ist gegenüber der Unwirksamkeitsfolge immer vorrangig.

2. Dieses Regelungskonzept:

- Unwirksamkeit der Verfügung, durch den ein Ehegatte oder Verlobter bedacht ist, bei Auflösung der Verlobung bzw. bei Scheidung, evtl. schon Vorverlagerung der Unwirksamkeit, vorrangig ist aber immer ein etwaiger Fortgeltungswille.

Gilt gem. § 2268 BGB entsprechend bei gemeinschaftlichen Testamenten und gem. § 2279 BGB bei Erbverträgen, wobei die Rechtsfolgen teilweise unterschiedlich sind: Nach § 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB werden die Verfügungen unwirksam, durch die der Verlobte oder Ehepartner bedacht ist. Nach § 2268 Abs. 1 BGB wird das gemeinschaftliche Testament „seinem ganzen Inhalt nach unwirksam“, während nach § 2279 Abs. 2 BGB nicht nur die Verfügungen zu Gunsten Ehegatten bzw. Verlobten, sondern auch zu Gunsten eines Dritten unwirksam werden.

Das Besondere bei den Sachverhalten, die den Fällen 1, 2 und 3 zugrunde liegen, ist, dass die Verfügung von Todes wegen zu einem Zeitpunkt errichtet wurde, zu dem der Erblasser weder verlobt noch verheiratet war. Typischerweise sind es – wie in Fall 1 – Partner einer Lebensgemeinschaft, die zugunsten des anderen Partners in einem Einzeltestament oder in einem Erbvertrag Verfügungen treffen und später sich verloben, heiraten und irgendwann wieder scheiden lassen.

Das DNotI hat kürzlich⁴ in einem ausführlichen Gutachten für den Fall des Erbvertrages zutreffend aufgezeigt, dass in

diesen Fällen die Unwirksamkeitsfolge nicht greift, da § 2077 Abs. 1 und 2 BGB nach herrschender Meinung voraussetzen, dass Verlobung bzw. Eheschließung im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen vorliegen.⁵

Es ist eher unwahrscheinlich, dass den Beteiligten diese feine Differenzierung des Gesetzes bewusst ist. Im Zweifel werden sie davon ausgehen, dass mit Scheidung frühere Testamente etc. zu Gunsten des Partners unwirksam werden.

III. Folgerungen für die notarielle Praxis

1. Verlobtsein in der Urkunde angeben!

Weil die Unwirksamkeitsfolge nach § 2077 BGB nur eingreifen kann, wenn die Beteiligten zumindest verlobt sind, sollte dies auch in der Urkunde entsprechend angegeben werden („... berufe ich zu meinem Erben meine Verlobte“; „die Erschienenen erklärten: Wir sind verlobt.“ o.ä.).

2. Bei Nichtverlobten § 2077 BGB für entsprechend anwendbar erklären!

Sind die Beteiligten weder verlobt noch verheiratet, kann die Unwirksamkeitsfolge nach § 2077 BGB dadurch erreicht werden, das in der Verfügung § 2077 BGB bzw. die entsprechenden Vorschriften für gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag für entsprechend anwendbar erklärt wird, z.B.:

„Sollten wir uns verloben oder heiraten, so soll § 2279 Abs. 2 BGB für diesen Erbvertrag entsprechend gelten.“

Bzw. bei einem Testament:

„Sollte ich mich mit Frau F verloben oder die Ehe mit ihr eingehen, so soll § 2077 BGB entsprechend gelten.“

3. Vorsicht bei Auskünften!

Ob ein früheres Testament bei Scheidung unwirksam geworden ist, lässt sich schon wegen der Möglichkeit eines vorrangigen Fortgeltungswillen nach § 2077 Abs. 3 BGB ohne Kenntnis vom Inhalt der Verfügung und den Lebensumständen zur Testamenterrichtung nicht abschließend beurteilen. Auch wenn kein Fortgeltungswille vorliegt, kann eine Unwirksamkeitsfolge immer noch scheitern, wenn die Beteiligten zum Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen nicht verlobt bzw. nicht verheiratet waren. Für Auskünfte durch den Notar oder seine Mitarbeiter im Sinne von: „Wenn Sie geschieden sind, müssen Sie sich keine Sorgen machen: dann sind alle Testamente unwirksam“ besteht kein Anlass.

2 BGH FamRZ 1960, 28 ff.

3 Vgl. BayObLG NJW 1993, 1157 ff.

4 DNotI-Report 2018, 57 ff.

5 Vgl. zuletzt OLG Frankfurt, ErbR 2016, 276 ff.

Fragen

1. E ist Alleineigentümer eines Hausgrundstücks. Er möchte seiner Ehefrau den Nießbrauch an einem ½ Miteigentumsanteil einräumen.
 - a) Dies ist rechtlich möglich.
 - b) Dies ist rechtlich nicht möglich.
2. Der Verstorbene A hat seine Lebenspartnerin B zur alleinigen Vorerbin eingesetzt. Nacherbe ist der Sohn S des

A aus dessen geschiedener Ehe. Ein Ersatznacherbe ist nicht berufen. S hat als einziges Kind die Tochter E. S hat die Nacherbschaft ausgeschlagen, um Pflichtteilsrechte geltend zu machen.

Durch die Ausschlagung:

- a) tritt E an seine Stelle als Ersatznacherbin;
- b) entfällt die Nacherbfolge.

Rechtsprechungsreport

Vertragsrecht

Nutzungsverhältnis bei nichtehelicher Lebensgemeinschaft

BGB §§ 242 Ba, 426 Abs. 1, 748, 755

Leitsatz (amtlich):

Nutzt ein Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit Duldung des anderen das im hälftigen Miteigentum beider stehende Haus nach der Trennung weiterhin und trägt wie bisher die Lasten, ohne zu erkennen zu geben, einen hälftigen Ausgleich geltend machen zu wollen, und ohne dass der andere Partner ihm ein Nutzungsentgelt abverlangt, so ist sein Ausgleichsanspruch in Höhe des hälftigen Nutzungswerts des Anwesens beschränkt (Fortführung von Senatsurt. v. 13.01.1993 – XII ZR 212/90 – FamRZ 1993, 676 und Senatsbeschl. v. 20.05.2015 – XII ZB 314/14 – FamRZ 2015, 1272).

BGH, Urt. v. 11.07.2018 – XII ZR 108/17

Tatbestand:

[1] Die Parteien streiten sich nach dem Ende ihrer nicht als Lebenspartnerschaft eingetragenen gleichgeschlechtlichen Beziehung um wechselseitige finanzielle Ansprüche.

[2] Sie lebten seit 2002 in einem Hausanwesen, das ursprünglich im hälftigen Miteigentum der Klägerin und einer anderen Person stand, zusammen. Mitte November 2004 erwarb die Klägerin auch den weiteren Miteigentumsanteil und übertrug diesen mit notariellem Vertrag vom 09.12.2004 auf die Beklagte. Diese übernahm im Außenverhältnis die gesamtschuldnerische Mithaftung für die i.H.v. 290.000 DM bestehenden Grundpfandrechte und die durch diese gesicherten Darlehensverbindlichkeiten sowie im Innenverhältnis die Hälfte dieser Darlehensverbindlichkeiten.

[3] Am 10.02.2011 zog die Beklagte aus dem Anwesen aus. Die Klägerin, die das Anwesen bis November 2013

allein weiter bewohnte und anschließend auszog, zahlte in den Jahren 2011 bis 2014 an Grundstückslasten insgesamt 31.825,89 €; die Beklagte beteiligte sich hieran im Januar und Februar 2011 mit jeweils 200 € und von März bis Mai 2011 mit jeweils 300 €. Im Sommer 2014 veräußerten die Parteien das Anwesen für 162.500 €. Von dem nach Abzug der noch bestehenden Bankverbindlichkeiten verbleibenden Resterlös von 53.554,26 € erhielt jede Partei die Hälfte ausgezahlt.

[4] Mit ihrer im November 2015 erhobenen Klage hat die Klägerin – neben weiteren Beträgen – von der Beklagten 14.612,93 € als Beteiligung an den in den Jahren 2011 bis 2014 erbrachten Zahlungen auf das Anwesen nebst Zinsen und vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren gefordert. Hiergegen hat sich die Beklagte – unter anderem – mit einem Nutzungsentschädigungsanspruch verteidigt, den sie erstmals im August 2015 geltend gemacht hat.

[5] Das Landgericht hat der Klägerin den von ihr für die in den Jahren 2011 bis 2014 erbrachten Zahlungen geforderten Ausgleich zwar dem Grunde nach zugesprochen, ihn aber um eine Nutzungsentschädigung für den Zeitraum von März 2011 bis November 2013 von insgesamt 12.680 € gekürzt und daher lediglich 1.932,93 € nebst den sich hieraus ergebenden vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren von 255,85 € und Zinsen zugesprochen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

[6] Das Oberlandesgericht hat der Klägerin auf ihre Berufung weitere Zinsen zuerkannt. Im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen und die Revision „hinsichtlich des Klageanspruches zu Ziffer II Nr. 1“ zugelassen. Unter diesem Gliederungspunkt ist im Berufungsurteil der „Anspruch auf Aufwendungsersatz für die Zeit von 2011 bis 2014“ abgehandelt.

[7] Mit ihrer Revision macht die Klägerin den restlichen Aufwendungsersatzanspruch i.H.v. 12.680 € nebst weiteren vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren i.H.v. 157,79 € sowie Zinsen geltend.

STELLENMARKT

powered by





HFK RECHTSANWÄLTE

bietet eine umfassende Rechtsberatung für alle Fragen und Probleme rund um Infrastruktur-, Bau- und Immobilienprojekte. Von insgesamt 6 Standorten deutschlandweit bieten wir die Kompetenz einer erfahrenen großen Kanzlei, verbunden mit einer sehr persönlichen Betreuung unserer Mandanten. Zur Unterstützung suchen wir engagierte und motivierte Kolleginnen und/oder Kollegen – Berufseinsteiger sind willkommen.

 **Rechtsanwalt (m/w/d) mit Schwerpunkt im öffentlichen Bau-, Planungs- und Umweltrecht**
für die Standorte **Frankfurt am Main** als auch **Hamburg**

 **Rechtsanwalt (m/w/d) mit Schwerpunkt Immobilienwirtschaftsrecht**
für den Standort **Hamburg**

Ihr Profil

- Ihre juristische Qualifikation haben Sie möglichst durch zwei überdurchschnittliche Examina unter Beweis gestellt
- Sie haben sich in Ihrer Ausbildung gutes Wissen in den genannten Schwerpunkten angeeignet und wollen sich hier weiter entwickeln
- Gerne sehen wir eine thematisch passende Promotion oder einen im englischsprachigen Ausland erworbenen LL.M.
- Sie besitzen unternehmerisches Denken und bringen wirtschaftliches Verständnis mit, arbeiten eigenständig und dennoch teamorientiert
- Sie sind eine gefestigte Persönlichkeit und ein sicheres Auftreten rundet Ihr Profil ab

Ihre Perspektiven

- HFK bietet Ihnen faire Einstiegs- und Aufstiegschancen mit interessanten Projekten
- Sie erleben eine Anbindung an einen erfahrenen Partner, der Sie als Mentor unterstützt und Sie in Ihrer Entwicklung fördert
- Es besteht ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Partnern und Associates, Seniorität und jungen Talenten sowie Anwältinnen und Anwälten
- Sie werden von Anfang an eigenverantwortlich in die Mandatsbetreuung eingebunden und beginnen bereits frühzeitig mit der persönlichen Mandantenbindung
- Vereinbarkeit von Beruf und Familie haben bei uns einen großen Stellenwert

Haben wir Ihr Interesse geweckt? Dann melden Sie sich bei uns, wir freuen uns auf Ihre Bewerbung! Richten Sie bitte Ihre Bewerbung auf elektronischem Weg unter Angabe des nächstmöglichen Eintrittstermins sowie Ihrer Gehaltsvorstellung an Frau Natalie Mews, Karriere@HFK.de.



WERDEN SIE PART OF THE BUSINESS
RECHTSANWALT (M/W/D) TAX
MIT 2 BIS 4 JAHREN BERUFSERFAHRUNG

KARRIERE.KIRKLAND.COM



KIRKLAND & ELLIS INTERNATIONAL LLP

PRIVATE EQUITY | M&A | CORPORATE | CAPITAL MARKETS | RESTRUCTURING | FINANCE | TAX

PART OF THE BUSINESS

Online-Stellenanzeigen für Kanzleien, Unternehmen und Personalberater

Nutzen Sie Deutschlands größten Stellenmarkt in der Branche Recht & Steuern.

Preis

Stellenanzeige »TopJOB«

- Platzierung im LTO-Stellenmarkt (www.lto.de/jobs), Dauer 4 Wochen
- Veröffentlichung werktags spätestens 48h nach Beauftragung
- Tagesaktuelle Zugriffsstatistik
- LTO-Newsletter inkl. Logo (>35.000 Abonnenten)
- LTO-Social Media-Posting »Jobs der Woche« (>85.000 Follower)
- 1 Woche LTO-Startseite und LTO-Artikelseiten inkl. Firmenlogo

1.495 €

Stellenanzeige »TopJOB plus« – unser Turbolader für Ihr Recruiting

- Alle Leistungen des LTO TopJOB - **Schaltungsdauer 6 Wochen**
- **3 x 1 Woche LTO-Startseite und LTO-Artikelseiten inkl. Firmenlogo**
- **Einzelposting auf der Facebook-Seite »LTO Jobs«**
- **Top-Listenplatzierung: 2x Refresh nach jeweils 14 Tagen**

2.495 €

Stellenanzeige »TopJOB premium« – unser Print-Online Kombiangebot

- Alle Leistungen des LTO TopJOB plus - **Schaltungsdauer 8 Wochen**
- **PRINT - VERÖFFENTLICHUNG in bis zu 26 Wolters Kluwer Fachzeitschriften**
Auflage ca. 40.000 Exemplare - Format A4, 1/1 Seite, Farbe 4c
- **Sammelanzeigen möglich**

4.995 €

Sammel- und Standortanzeigen

Sammelanzeigen (eine Berufsbezeichnung mit beliebig vielen Rechtsgebieten und Standorten) sind nur als TopJOB premium - mit großer Reichweite und Sichtbarkeit im Print-Bereich - möglich. Standort-Stellenanzeigen sind mit Angabe von bis zu drei Rechtsgebieten möglich. Bei Rechtsgebiets-Stellenanzeigen können Sie bis zu drei Standorte hinterlegen.

WICHTIGER HINWEIS: Standort- oder Rechtsgebiets-Anzeigen sind scheinbar günstiger als eine Einzelschaltung, können aber aus technischen Gründen nicht immer alle Such-Funktionalitäten von LTO-Jobs nutzen. Deswegen werden diese Anzeigenformen zum Teil schlechter gefunden z.B. bei Filtersuchen und Umkreissuchen. Die Erfahrungen der letzten Jahre haben gezeigt, dass konkrete Stellenanzeigen, also eine Position an einem Standort, deutlich bessere Ergebnisse erzielen. Sprechen Sie uns im Zweifel bitte auf unsere Rahmenvertrags-Angebote an - wir finden gemeinsam die optimale Lösung mit maximaler Sichtbarkeit für Ihr Budget.

Refresh- und Verlängerungsoption & Agenturprovision

Alle TopJOB-Stellenanzeigen können beliebig oft zum Preis von 495 EUR netto verlängert werden. Nach Ablauf Ihrer Stellenanzeige haben Sie bis zu vier Wochen Zeit die Anzeige zu verlängern. Die verlängerten Stellenanzeigen laufen erneut 4 Wochen und erhalten einen Anzeigen-Refresh mit Top-Listenplatzierung. Zudem werden sie wieder auf der LTO-Startseite (1 Woche) und auf allen LTO-Artikelseiten (1 Woche) gelistet. Inhaltliche Anpassungen sind bei Verlängerungen nicht möglich. Agenturprovision: 15%.

Die Gestaltung und Integration Ihrer Stellenanzeigen wird bei Bedarf von uns übernommen. Nach der Buchung erhalten Sie eine Auftragsbestätigung mit allen Informationen, welche Daten wir von Ihnen benötigen. Angebot freibleibend. Alle Preisangaben zzgl. ges. MwSt. Für unsere Vertragsabschlüsse und Anzeigenaufträge gelten unsere Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Sie unter www.lto.de/rechtliches/nutzungsbedingungen finden. Für Stellenanzeigen gelten unsere Geschäftsbedingungen, die Sie unter <https://www.lto.de/fuer-arbeitgeber/agb/> finden.

Kanzlei/Firma

Ansprechpartner

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort

Telefon/Fax

E-Mail-Adresse (Bitte in Druckbuchstaben ausfüllen)



Datum/Unterschrift

Anzeigenauftrag an

Wolters Kluwer Deutschland GmbH
Robert-Bosch-Str. 6 ■ 50354 Hürth
Telefon 0221 94373-7797 ■ Telefax 0221 94373-17797
anzeigen@lto.de

Sitz der Gesellschaft: Köln
HRB 58843 Amtsgericht Köln
Geschäftsführer: Martina Bruder, Michael Gloss,
Christian Lindemann, Nick Schlattmann, Ralph
Vonderstein, Stephanie Walter
USt-IdNr. 188836808

Entscheidungsgründe:

[8] Die Revision hat teilweise Erfolg.

[9] I. Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

[10] Die Beklagte sei als hälftige Miteigentümerin gem. §§ 426 Abs. 1, 748, 755 BGB verpflichtet, der Klägerin die Hälfte der von ihr verauslagten Kosten für das Hausgrundstück für die Zeit von Januar 2011 bis Oktober 2014 zu erstatten, weil die Parteien als Miteigentümer des Grundstücks Gesamtschuldner der von der Klägerin erfüllten Grundstückslasten gewesen seien. Diese Ausgleichsforderung sei aber in Höhe der von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Nutzungsersatzansprüche untergegangen. Zwar könne ein solcher Anspruch grundsätzlich erst ab dem Zeitpunkt gefordert werden, zu dem der weichende Miteigentümer eine solche Entschädigung ausdrücklich verlange. Etwas anderes gelte aber ausnahmsweise, wenn ein Grundstückseigentümer vom anderen die Erstattung von verauslagten Aufwendungen begehre und die Beteiligten das Grundstück zuvor als gemeinsame Wohnung für ihre Lebensgemeinschaft genutzt hätten. Dann könne der Weichende dem Anspruch auf Ausgleich der Grundstückskosten einen anteiligen Anspruch auf Nutzungsentschädigung entgegenhalten, ohne dass er zuvor ausdrücklich eine Neuregelung der Verwaltung und die Zahlung einer Nutzungsentschädigung begehrt haben müsse. Diese von der Rechtsprechung auf das Verhältnis von Ehegatten entwickelten Grundsätze seien auch auf nichteheliche Partnerschaften oder andere emotional verbundene Lebensgemeinschaften anzuwenden. Eine andere Betrachtungsweise würde zu unerträglich unbilligen Ergebnissen führen. Es sei mit Treu und Glauben unvereinbar, wenn beide Partner nach dem Scheitern der Beziehung zunächst untätig blieben, der eine jedoch später rückwirkend Zahlung wegen der Grundstückslasten verlangen könnte, während eine Neuregelung und damit ein Nutzungsentgelt nur die Zukunft beträfe.

[11] Die Parteien hätten bis zur Trennung jahrelang auf einem Hausgrundstück gelebt und einen gemeinsamen Haushalt geführt. Nach der Trennung hätten sie zunächst Verhandlungen über ihre wirtschaftliche Auseinandersetzung geführt und seien sich dem Grunde nach sogar zeitweise einig gewesen, dass die Klägerin das Objekt übernehme und die Beklagte von den Verbindlichkeiten freigestellt werde. Nur wegen eines Streits um Nebenabreden und Kosten sei es nicht zum Abschluss der entsprechenden notariellen Vereinbarung gekommen. Nachdem die Verhandlungen im Frühjahr 2012 ergebnislos „eingeschlafen“ seien, hätten die Parteien den bisherigen Zustand unverändert aufrechterhalten. Die Klägerin habe das Hausgrundstück allein bewohnt und alle Lasten für das Objekt allein getragen. Da sie einen Ausgleichsanspruch nicht angekündigt habe, habe die Beklagte auch keine Veranlassung gehabt, einen Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung zu aktivieren. Dies gelte insbesondere unter Beachtung des Umstands, dass die Kosten für das Grundstück und die Nutzungsentschädigung in etwa gleich hoch gewesen seien.

[12] Der Höhe nach sei der Anspruch auf Nutzungsentschädigung entsprechend dem gutachterlich ermittelten objektiven Nutzungswert zu bemessen. Geschuldet werde eine Ent-

schädigung für die entgangene Nutzung. Diese habe einen objektiven Wert, der der erzielbaren Marktmiete entspreche. Soweit das Landgericht den der Klägerin nach Verrechnung mit der Nutzungsentschädigung verbleibenden Ausgleichsanspruch auf 1.932,93 € festgestellt habe, seien Einwendungen zur Höhe nicht erhoben worden.

[13] II. Das hält der rechtlichen Nachprüfung zum überwiegenden Teil stand.

[14] 1. Die Klägerin hat die Revision – entsprechend der vom Oberlandesgericht im Urteilsausspruch und in den Entscheidungsgründen eindeutig vorgenommenen Beschränkung der Revisionszulassung – auf den Ausgleichsanspruch hinsichtlich der für die Jahre 2011 bis 2014 gezahlten Hauslasten beschränkt. Diese Beschränkung ist wirksam. Sie betrifft einen prozessual selbständigen Anspruch, mithin einen Teil des zweitinstanzlichen Streitstoffs, der in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unabhängig vom übrigen Streitstoff beurteilt werden und bei dem auch im Falle einer Zurückverweisung kein Widerspruch zum nicht anfechtbaren Teil des Streitstoffs auftreten kann (vgl. Senatsurteil BGHZ 209, 105 = NJW 2016, 1441 Rn. 16 m.w.N.; BGH Beschl. v. 10.04.2018 – VIII ZR 247/17 – NJW 2018, 1880 Rn. 21 m.w.N.).

[15] Die vom Oberlandesgericht vorgenommene beschränkte Revisionszulassung bezieht sich ohne weiteres auch auf die Nebenforderungen zu dem von der Zulassung erfassten prozessualen Anspruch.

[16] 2. Die Revision ist nur in geringem Umfang begründet. Das Oberlandesgericht hat im Ergebnis zutreffend für den Zeitraum 2011 bis einschließlich November 2013 einen Anspruch der Klägerin auf Gesamtschuldnerausgleich gem. § 426 Abs. 1 BGB bzw. auf anteiligen Ausgleich der für die Bruchteilsgemeinschaft erbrachten Aufwendungen mit Blick auf die alleinige Nutzung des Anwesens durch die Klägerin verneint. Wegen der für die Zeit ab Dezember 2013 von der Klägerin gezahlten Hauslasten kann ein über den bereits zuerkannten Betrag hinausgehender Anspruch der Klägerin hingegen auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen nicht ausgeschlossen werden.

[17] a) Im Ausgangspunkt hat das Oberlandesgericht richtig erkannt, dass der Klägerin gegen die Beklagte ab dem Ende der Lebensgemeinschaft und damit der gemeinsamen Haushaltsführung Ausgleichsansprüche wegen der ab diesem Zeitpunkt fällig werdenden und von ihr getragenen Zins- und Tilgungsraten auf die Darlehen und wegen der Hausunterhaltungskosten zustehen können, wenn ihre Leistung an die Gläubiger ihre Haftungsquote im Innenverhältnis zur mithaftenden Beklagten übersteigt. Diese Ansprüche folgen, soweit die Parteien für die Darlehen als Gesamtschuldner haften, aus § 426 Abs. 1 BGB. Daneben können sie sich unabhängig vom Bestehen einer Gesamtschuld auch aus den Vorschriften der Bruchteilsgemeinschaft (§§ 748, 755 BGB) ergeben, da die Parteien hälftige Miteigentümerinnen des Hausanwesens waren. Denn es entspricht im Zweifel dem Willen der Bruchteilseigentümer, dass derjenige Teilhaber einen entsprechenden Erstattungsanspruch hat, der im Einverständnis mit den übrigen Teilhabern Aufwendungen zugunsten der Gemeinschaft macht (vgl. Senatsurt. v. 25.03.2015 –

XII ZR 160/12 – FamRZ 2015, 993 Rn. 26 m.w.N. und v. 13.01.1993 – XII ZR 212/90 – FamRZ 1993, 676, 677 m.w.N.). Um derartige Aufwendungen geht es hier.

[18] Gem. § 426 Abs. 1 BGB haften Gesamtschuldner im Innenverhältnis zu gleichen Anteilen, wenn sich nicht aus Gesetz, einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung, Inhalt und Zweck des Rechtsverhältnisses oder aus der besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens etwas anderes ergibt. In ähnlicher Weise lässt sich aus den Bestimmungen über die Bruchteilsgemeinschaft (§§ 748, 755 BGB) ableiten, dass die Teilhaber für Verbindlichkeiten in Bezug auf den gemeinschaftlichen Gegenstand nach dem Verhältnis ihrer Anteile haften, wenn sich nicht aus einer Vereinbarung oder aus den besonderen Umständen des Falles etwas anderes ergibt (vgl. Senatsurt. v. 25.03.2015 – XII ZR 160/12 – FamRZ 2015, 993 Rn. 27 m.w.N. und v. 13.01.1993 – XII ZR 212/90 – FamRZ 1993, 676, 677 f. m.w.N.).

[19] b) Während einer Ehe kann die grundsätzliche Haftung von Gesamtschuldnern zu gleichen Teilen von der ehelichen Lebensgemeinschaft der Partner in der Weise überlagert werden, dass sich im Innenverhältnis eine andere Aufteilung ergibt, etwa dergestalt, dass der alleinverdienende Teil zugunsten des haushaltführenden Teils die gemeinsamen Verpflichtungen allein trägt und daher ein Ausgleichsanspruch ausscheidet. Daraus kann sich bis zum Scheitern der Ehe eine anderweitige Bestimmung ohne besondere Vereinbarung ergeben (Senatsurt. v. 25.03.2015 – XII ZR 160/12 – FamRZ 2015, 993 Rn. 28 m.w.N. und v. 03.02.2010 – XII ZR 53/08 – FamRZ 2010, 542 Rn. 10 m.w.N.).

[20] Auch bei bestehender nichtehelicher Lebensgemeinschaft kann „aus der Natur der Sache“, also der besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens, zu folgern sein, dass – wenn die Partner nicht etwas Besonderes unter sich geregelt haben – persönliche und wirtschaftliche Leistungen nicht gegeneinander aufgerechnet werden. Insofern werden etwa Beiträge geleistet, sofern Bedürfnisse auftreten und, wenn nicht von beiden, so von demjenigen erbracht, der dazu in der Lage ist. Nach der Rechtsprechung des Senats kommen zwar nach Beendigung einer solchen Lebensgemeinschaft wegen wesentlicher Beiträge eines Partners, mit denen ein Vermögenswert von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung geschaffen wurde, Ausgleichsansprüche nach Gesellschaftsrecht, ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. BGB) oder nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht. Ausgleichsansprüche scheiden jedoch grundsätzlich hinsichtlich solcher Leistungen aus, die das Zusammenleben in der gewollten Art erst ermöglicht haben, die also auf das gerichtet sind, was die Gemeinschaft Tag für Tag benötigt. Wegen solcher Leistungen kann auch die grundsätzliche Haftung der Gesamtschuldner zu gleichen Teilen im Innenverhältnis im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft durch anderweitige Bestimmung in dem Sinne überlagert sein, dass nur einer der Partner bestimmte Leistungen zu erbringen hat (Senatsurt. v. 03.02.2010 – XII ZR 53/08 – FamRZ 2010, 542 Rn. 11 m.w.N.). Eine derartige abweichende Regelung der Parteien hat das Oberlandesgericht festgestellt: Die Klägerin beglich die Grundstückskosten und die Beklagte zahlte hierauf monatlich 200 €.

[21] c) Mit dem Scheitern der Beziehung entfällt jedoch regelmäßig der Grund für eine von der hälftigen Ausgleichsregel abweichende Gestaltung. Denn nach Aufhebung der Lebensgemeinschaft besteht für einen Partner im Zweifel kein Anlass mehr, dem anderen eine weitere Vermögensmehrung zukommen zu lassen. Das bedeutet indessen noch nicht, dass damit die hälftige Ausgleichsregelung ohne weiteres wieder zum Tragen kommt. Es ist vielmehr danach zu fragen, ob an die Stelle derjenigen Rechtsbeziehungen, die durch die Besonderheiten der Lebensgemeinschaft geprägt waren, eine andere rechtliche oder tatsächliche Ausgestaltung der Verhältnisse tritt, die in ähnlicher Weise wie zuvor Einfluss auf das Ausgleichsverhältnis nehmen kann. Denkbar sind nämlich auch andere Umstände, die – als anderweitige Bestimmung – einem hälftigen Ausgleichsanspruch eines Partners nach Scheitern der Beziehung entgegenstehen können (vgl. Senatsurt. v. 25.03.2015 – XII ZR 160/12 – FamRZ 2015, 993 Rn. 28 und v. 13.01.1993 – XII ZR 212/90 – FamRZ 1993, 676, 678 m.w.N.).

[22] aa) Nutzt ein Ehegatte mit Duldung des anderen das Haus nach der Trennung weiterhin und trägt wie bisher die Lasten, ohne zu erkennen zu geben, einen hälftigen Ausgleich geltend machen zu wollen, und ohne dass der andere Ehegatte ihm ein Nutzungsentgelt abverlangt, so kann darin nach gefestigter Rechtsprechung ein solcher Umstand zu sehen sein (Senatsurt. v. 13.01.1993 – XII ZR 212/90 – FamRZ 1993, 676, 678 m.w.N.; Senatsbeschl. v. 20.05.2015 – XII ZB 314/14 – FamRZ 2015, 1272 Rn. 23).

[23] Zwar löst die alleinige Nutzung durch einen Teilhaber normalerweise noch keine Entschädigungsrechte des anderen Teilhabers aus. Dass dieser seine Befugnis zum Mitgebrauch aus § 743 Abs. 2 BGB nicht wahrnimmt, ist für sich genommen kein Grund für eine von der hälftigen Ausgleichsregel abweichende Lastenverteilung. Eine Nutzungsentschädigung steht dem weichenden Teilhaber frühestens ab dem Zeitpunkt zu, ab dem er gem. § 745 Abs. 2 BGB eine Neuregelung der Verwaltung und Benutzung verlangen kann und auch tatsächlich mit hinreichender Deutlichkeit verlangt. Gleichgültig, ob der Anspruch auf Neuregelung auf eine Geldentschädigung oder darauf gerichtet ist, dass der nutzende Teilhaber die Lasten allein übernimmt, wirkt er jedenfalls nur ex nunc. Das bedeutet andererseits aber nicht, dass die alleinige Nutzung des im Haus verbleibenden Ehegatten bei der Beurteilung seines Ausgleichsanspruchs und der Frage, ob eine anderweitige Bestimmung im Sinne der Ausgleichsregeln des § 426 BGB und der Vorschriften über die Bruchteilsgemeinschaft vorliegt, nicht berücksichtigt werden dürfte (Senatsurt. v. 13.01.1993 – XII ZR 212/90 – FamRZ 1993, 676, 678 m.w.N.; vgl. auch Senatsbeschl. v. 20.05.2015 – XII ZB 314/14 – FamRZ 2015, 1272 Rn. 23).

[24] Insoweit spielt zum einen eine Rolle, dass eine gemeinschaftliche Berechtigung von Ehegatten auch nach dem Scheitern ihrer Ehe mit anderen Maßstäben zu messen ist als eine übliche Bruchteilsgemeinschaft. Bei letzterer ist es einem Teilhaber in der Regel zuzumuten, von seinem Nutzungsrecht Gebrauch zu machen. Er kann sich durch freiwilligen Lastenentzug nicht seiner Pflicht zur anteiligen Lastentragung entziehen, sondern wird davon allenfalls frei, wenn ihm der Mitgebrauch durch den anderen Teilhaber absichtlich entzo-

gen oder sonst verweigert wird. Haben dagegen Ehegatten ein in ihrem Miteigentum stehendes Haus gemeinsam als Ehe- wohnung genutzt und scheitert ihre Lebensgemeinschaft, ist dem trennungswilligen Ehegatten ein weiteres Zusammen- leben unter einem Dach in aller Regel nicht mehr zumutbar, auch wenn ihm der andere Ehegatte die Mitbenutzung in Gestalt einer Aufteilung der Räumlichkeiten anbietet. Daher ergäbe sich die unbillige Konsequenz, dass der weiter nut- zende und die Lasten tragende Ehegatte rückwirkend einen hälftigen Ausgleichsanspruch hätte, während dem weichen- den Ehegatten nur ein in die Zukunft wirkender Anspruch auf Neuregelung bzw. Nutzungsentgelt zustünde, mit dem er die bisher aufgelaufenen Ausgleichsansprüche nicht abwehren könnte. Dies wäre insbesondere dann unbillig, wenn die Ehe- gatten nach der Trennung zunächst stillschweigend von der bisherigen Handhabung ausgegangen sind und der weichen- de Ehegatte nicht sogleich ein Nutzungsentgelt verlangt hat, sondern die alleinige Nutzung des Hauses durch den anderen hinnimmt und darauf vertraut, dass dieser dafür auch die Las- ten trägt (Senatsurt. v. 13.01.1993 – XII ZR 212/90 – FamRZ 1993, 676, 678; vgl. auch Senatsbeschl. v. 20.05.2015 – XII ZB 314/14 – FamRZ 2015, 1272 Rn. 23).

[25] Deshalb ist in einer solchen Fallgestaltung der Aus- gleichsanspruch des die Lasten tragenden Ehegatten von vorn- herein gem. § 242 BGB beschränkt, ohne dass es – wie hier das Oberlandesgericht meint – einer Aufrechnungserklärung des weichenden Ehegatten bedürfte. Je nachdem, in welchem Verhältnis der Nutzungswert einerseits und die Lasten und Kosten andererseits stehen, kann sich ein Restausgleich erge- ben oder ein Ausgleich ganz ausscheiden. Dadurch wird der Ehegatte, der das gemeinschaftliche Haus nicht nutzt, ebenso gestellt, als wenn er einen rückwirkenden Nutzungsentgelt- anspruch dem anderen Ehegatten im Wege der Einwendung entgegenhalten würde (vgl. Senatsurt. v. 13.01.1993 – XII ZR 212/90 – FamRZ 1993, 676, 678 m.w.N. und Senats- beschl. v. 20.05.2015 – XII ZB 314/14 – FamRZ 2015, 1272 Rn. 23; vgl. auch Senatsurt. v. 06.10.2010 – XII ZR 10/09 – FamRZ 2011, 25 Rn. 22).

[26] Hieran hält der Senat auch unter Berücksichtigung der von der Revision zitierten vereinzelt Kritik (vgl. Münch- KommBGB/Bydlinski 7. Aufl. § 426 Rn. 18) fest. Das inso- weit angeführte Argument, dem Bleibenden werde die Nut- zung in aller Regel „aufgedrängt“ (vgl. OLG Koblenz FamRZ 2010, 1176, 1177 unter Bezugnahme auf OLG Hamburg OLGR 2006, 512, 513, wo es jedoch um eine Miterbenge- meinschaft ging), ist als Abgrenzungskriterium ungeeignet. Billigt man dem trennungswilligen Ehegatten das Recht zu, auszuziehen, dann verbleibt notwendiger Weise (erst einmal) der andere Ehegatte im gemeinsamen Anwesen. Es ist ihm dann jedoch rechtlich unbenommen, seinerseits sofort auf eine andere Benutzungsregelung zu dringen und insbeson- dere die hälftige Beteiligung des anderen Ehegatten an den Hauslasten zu verlangen, oder ggf. auch selbst die Nutzung aufzugeben.

[27] bb) Diese Rechtsprechung ist entgegen der von der Revi- sion vertretenen Auffassung auch auf nichteheliche Lebensge- meinschaften zu übertragen (a.A. offensichtlich – ohne nähe- re Begründung – OLG Koblenz FamRZ 2010, 1176, 1177). Ausgangspunkt der Senatsrechtsprechung ist nicht der von der

Verfassung gebotene Schutz der Ehe, sondern die gegenüber dem Normalfall der Bruchteilsgemeinschaft besondere Situ- ation zweier Partner einer Lebensgemeinschaft, die hälftige Miteigentümer des vormalig gemeinsam bewohnten Hausan- wesens sind und denen trennungsbedingt die gemeinschaft- liche Nutzung nicht mehr zuzumuten ist. Für die sich daraus ergebenden Folgerungen macht es keinen Unterschied, ob es sich um eine eheliche oder um eine nichteheliche Lebensge- meinschaft handelt, was das Oberlandesgericht – der Sache nach zutreffend – mit dem Begriff der emotional verbundenen Lebensgemeinschaft zum Ausdruck gebracht hat. Hier wie dort ist dem weichenden Partner eine Weiternutzung seines Miteigentums nicht zumutbar, woraus sich die Treu und Glauben widersprechende Diskrepanz zwischen dem ohne weiteres bestehenden Ausgleichsanspruch des das Haus weiter nutzen- den und die Hauslasten tragenden Partners und dem von dem eindeutigen Verlangen abhängigen Nutzungsentschädigungs- anspruch des weichenden Partners ergibt. Mithin geht es in- soweit nicht um die – der Rechtsordnung auch in bestimmten vermögensrechtlichen Zusammenhängen nicht fremde (vgl. Senatsurt. v. 03.02.2010 – XII ZR 53/08 – FamRZ 2010, 542 Rn. 10 f.) – Gleichbehandlung nichtehelicher Lebensge- meinschaften mit Ehen, sondern um die gleiche Beurteilung vergleichbarer Bruchteilsgemeinschaften.

[28] cc) Es ist dem Grunde nach nicht zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht im vorliegenden Fall den Ausgleichs- anspruch der Klägerin als nach den vorstehenden Maßstäben beschränkt angesehen hat. Die Klägerin hat das gemeinschaft- liche Hausanwesen nach dem Auszug der Beklagten allein genutzt und die Hauslasten ab diesem Zeitpunkt – von den ersten drei Monaten abgesehen, in denen die Beklagte jeweils 300 € beigesteuert hat – auch allein getragen.

[29] Ohne Erfolg macht die Revision geltend, das Oberlan- desgericht habe bei seiner Beurteilung klägerischen Vortrag übergegangen, wonach die Klägerin noch vor dem Auszug der Beklagten von dieser verlangt habe, sich sofort mit der Hälfte an den gemeinsamen Grundstücksbelastungen zu beteiligen, so dass sich ein Vertrauen der Beklagten, nicht auf Ausgleich in Anspruch genommen zu werden, nicht habe bilden kön- nen. Denn das Oberlandesgericht hat die von den Parteien im zeitlichen Zusammenhang mit dem Auszug der Beklagten geführten Verhandlungen über ihre wirtschaftliche Ausein- andersetzung insgesamt gewürdigt. Dabei ist es zu dem auch von der Revision nicht in Zweifel gezogenen Ergebnis gelangt, dass diese Verhandlungen ergebnislos „eingeschlafen“ sind, ohne dass die Klägerin einen Ausgleich für die Hauslasten gefordert hätte. Vielmehr haben die Parteien den bisherigen Zustand, dass die Beklagte ab Mai 2011 insoweit keinerlei Beitrag mehr geleistet hat, beibehalten. Der vom Oberlan- desgericht gezogene Schluss, dass für die Beklagte in dieser Situation keine Veranlassung bestand, eine neue Nutzungs- vereinbarung und die Zahlung einer Nutzungsentschädigung zu verlangen, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

[30] d) Allerdings trifft die Berechnung des der Klägerin zu- stehenden Anspruchs durch die Vorinstanzen teilweise auf durchgreifende rechtliche Bedenken.

[31] aa) Soweit es den Zeitraum vom Auszug der Beklagten und damit dem Scheitern der von den Parteien geführten

Beziehung im Februar 2011 bis zur Aufgabe der Nutzung des Hausanwesens durch die Klägerin im November 2013 anbelangt, stehen der Klägerin keine Ausgleichsansprüche gegen die Beklagte zu.

[32] Der Tatrichter hat zur Bestimmung des Nutzungswerts mit sachverständiger Hilfe die für das Hausanwesen erzielbare monatliche Marktmiete mit 730 € für das Jahr 2011, 790 € für das Jahr 2012 und 780 € für das Jahr 2013 ermittelt und hiervon die Hälfte angesetzt. Gegen diesen im rechtlichen Ausgangspunkt nicht zu beanstandenden Weg (vgl. Senatsurt. v. 13.04.1994 – XII ZR 3/93 – FamRZ 1994, 822 f.) erinnert die Revision ebenso wenig etwas wie gegen den auf dieser Grundlage gefundenen Nutzungswert. Für den Zeitraum der Alleinnutzung durch die Klägerin übersteigt der Nutzungswert die Lasten und Kosten des Hauses, so dass für einen Ausgleichsanspruch der Klägerin kein Raum ist. Dies gilt, obwohl die Vorinstanzen für das Jahr 2011 nicht beachtet haben, dass die von der Klägerin für Januar und Februar erbrachten Leistungen ebenso unberücksichtigt bleiben müssen wie die beiden Beitragszahlungen der Beklagten hierfür, da insoweit noch eine gemeinsame Nutzung auf der Grundlage der während intakter Beziehung getroffenen Abreden stattfand. Denn selbst bei Berücksichtigung der gesamten von der Klägerin für 2011 angesetzten Zahlungen (8.104,91 €) bleibt die Hälfte hiervon hinter der Summe aus dem hälftigen Nutzungswert für den Zeitraum März bis Dezember 2011 (3.650 €) und den von der Beklagten für März bis Mai 2011 schon erbrachten Beiträgen (900 €) zurück.

[33] bb) Anders liegt es dagegen für den Zeitraum ab dem Auszug der Klägerin. Denn mit dem Ende der (Allein-) Nutzung durch die Klägerin entfiel auch die Rechtfertigung für die Beschränkung ihres Ausgleichsanspruchs durch den Nutzungswert, so dass sie für die ab Dezember 2013 getragenen Hauslasten mit Erfolg hälftigen Ausgleich von der Beklagten verlangen kann. Maßgeblich ist insoweit, wann die entsprechenden Zahlungen fällig geworden sind (vgl. Senatsurt. v. 03.02.2010 – XII ZR 53/08 – FamRZ 2010, 542 Rn. 13), weil für die vor Dezember 2013 fälligen Hauslasten ein Ausgleichsanspruch durch den diese übersteigenden Nutzungswert ganz ausschied. Entgegen der von den Vorinstanzen vorgenommenen Berechnung kann hingegen der den Ausgleichsanspruch übersteigende hälftige Nutzungswert nicht mit Ausgleichsansprüchen für Zeiträume nach der Nutzungsaufgabe durch die Klägerin saldiert werden. Denn über die Grundsätze von Treu und Glauben wird nicht ein Nutzungsentschädigungsanspruch des weichenden Partners „geschaffen“, sondern allein der Ausgleichsanspruch des verbleibenden Partners beschränkt. Mithin steht der Beklagten, die eine Neuregelung der Nutzung nach § 745 Abs. 2 BGB und damit eine Nutzungsvergütung nicht verlangt hatte, kein überschüssender Anspruch auf Nutzungsvergütung zu, mit dem sie gegen die Ausgleichsansprüche der Klägerin für die auf den Zeitraum ab Dezember 2013 fälligen und gezahlten Hauslasten aufrechnen könnte.

[34] Für das Jahr 2014 hat die Klägerin 6.103,58 € gezahlt, so dass ihr insoweit ein Ausgleichsanspruch i.H.v. 3.051,79 € gegen die Beklagten zusteht. Bereits dieser liegt über dem der Klägerin zugesprochenen Betrag von 1.932,93 €. Hinzu kommen die von der Klägerin im Dezember 2013 erbrach-

ten Zahlungen, die sich aus der vom Oberlandesgericht in Bezug genommenen Aufstellung mit insgesamt 1.128,50 € ergeben und für die der Klägerin ein hälftiger Ausgleichsanspruch i.H.v. 564,25 € zustehen kann. Für den Zeitraum ab Dezember 2013 kann sich der Ausgleichsanspruch der Klägerin mithin auf 3.616,04 € belaufen und damit 1.683,11 € höher sein als der bislang zuerkannte Betrag.

[35] 3. Soweit es daher diesen weitergehenden Ausgleichsanspruch betrifft, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen. Dieses wird zu klären haben, ob die von der Klägerin für die Zeit ab Dezember 2013 geltend gemachten Zahlungen auf Hauslasten erfolgt sind, die auch erst nach der Nutzungsaufgabe der Klägerin fällig geworden sind. Hinsichtlich der vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren stellt der insoweit auf 413,64 € lautende Antrag der Klägerin, der sich aus einer vorgerichtlichen Geltendmachung nur eines Teilbetrags ergibt, die Obergrenze dar. Die unterschiedlichen, vom für § 291 BGB maßgeblichen Zeitpunkt geringfügig abweichenden Zinszeitpunkte entsprechen dem Antrag der Klägerin, dem das Landgericht insoweit unter Hinweis auf einen Verzug der Beklagten gefolgt ist.

Familienrecht

Ehebedingte Nachteile im Versorgungsausgleich

BGB § 1578b

Leitsätze (amtlich):

a) Ehebedingte Nachteile i.S.d. § 1578b Abs. 1 Satz 2 BGB können nicht mit den durch die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit während der Ehe verursachten geringeren Rentenanwartschaften begründet werden, wenn für diese Zeit ein Versorgungsausgleich stattgefunden hat. Nachteile in der Versorgungsbilanz sind dann in gleichem Umfang von beiden Ehegatten zu tragen und somit vollständig ausgeglichen (im Anschluss an Senatsurt. v. 07.03.2012 – XII ZR 179/09 – FamRZ 2012, 772).

b) Ein ehebedingter Nachteil, der darin besteht, dass der unterhaltsberechtigten Ehegatte auch nachehelich geringere Versorgungsansprüche erwirbt, als dies bei hinweggedachter Ehe der Fall wäre, ist grundsätzlich als ausgeglichen anzusehen, wenn er für diese Zeit Altersvorsorgeunterhalt zugesprochen erhält oder jedenfalls erlangen kann (im Anschluss an Senatsbeschl. v. 14.05.2014 – XII ZB 301/12 – FamRZ 2014, 1276).

BGH, Beschl. v. 04.07.2018 – XII ZB 122/17

Gründe:

[1] Der Verfahrenskostenhilfeantrag ist zurückzuweisen, weil die Rechtsbeschwerde der Antragsgegnerin keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet, § 113 Abs. 1 FamFG i.V.m. § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

[2] I. Die Antragsgegnerin (im Folgenden: Ehefrau) wendet sich mit der bereits eingelegten und begründeten Rechtsbeschwerde gegen die Befristung ihres Elementarunterhalts bis einschließlich März 2021.

[3] Die Rechtsbeschwerde greift insbesondere die Annahme des Oberlandesgerichts an, wonach die Ehefrau hinsichtlich des Bezugs ihrer Altersrente keine ehebedingten Nachteile erlitten habe.

[4] Nach den von der Rechtsbeschwerde unbeanstandeten Feststellungen des Oberlandesgerichts hätte die Ehefrau ohne Ehe bei einer unterstellten Tätigkeit bis zum Eintritt ihrer Erwerbsunfähigkeit eine fiktive Altersrente von 1.303,75 € ab April 2021 erlangen können. Weiter ist das Oberlandesgericht davon ausgegangen, dass sie eine solche Rente aufgrund ihrer eigenen Rentenanwartschaften, der ihr von der Ärzteversorgung des Ehemanns im Wege des Versorgungsausgleichs übertragenen Anwartschaften und des ihr zugesprochenen Zugewinnausgleichs auch tatsächlich erzielen könnte. Insoweit rügt die Rechtsbeschwerde, das Oberlandesgericht habe bei seiner Entscheidung nicht die zusätzliche Zahlung aus dem Zugewinnausgleich von 41.164,72 € berücksichtigen dürfen, da nicht sicher sei, dass die Ehefrau tatsächlich einen Anspruch hierauf habe. Schließlich habe das Oberlandesgericht die wirtschaftlichen Verhältnisse des Antragstellers (im Folgenden: Ehemann) nicht hinreichend konkret festgestellt.

[5] II. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde stand. Sie ist auch im Ergebnis rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstanden.

[6] 1. Ein Anspruch auf nachehelichen Unterhalt ist nach § 1578b Abs. 1 Satz 1 BGB auf den angemessenen Lebensbedarf herabzusetzen, wenn eine an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierte Bemessung des Unterhaltsanspruchs auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes unbillig wäre. Nach § 1578b Abs. 2 Satz 1 BGB ist ein Anspruch auf nachehelichen Unterhalt zeitlich zu begrenzen, wenn ein zeitlich unbegrenzter Unterhaltsanspruch unbillig wäre. Die Kriterien für die Billigkeitsabwägung ergeben sich aus § 1578b Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB. Danach ist insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen, oder eine Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs unter Berücksichtigung der Dauer der Ehe unbillig wäre. Nachteile i.S.d. Satzes 2 können sich vor allem aus der Dauer der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes sowie aus der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit während der Ehe ergeben, § 1578b Abs. 1 Satz 3 BGB (Senatsbeschl. v. 26.03.2014 – XII ZB 214/13 – FamRZ 2014, 1007 Rn. 17 m.w.N.).

[7] Der Maßstab des angemessenen Lebensbedarfs, der nach § 1578b Abs. 1 BGB die Grenze für die Herabsetzung des nachehelichen Unterhalts bildet, bemisst sich dabei nach dem Einkommen, das der unterhaltsberechtigten Ehegatte ohne die Ehe und Kindererziehung aus eigenen Einkünften zur Verfügung hätte. Erzielt der Unterhaltsberechtigte nach einer ehebedingten Einschränkung seiner Erwerbstätigkeit lediglich Einkünfte, die den eigenen angemessenen Unterhaltsbedarf nach § 1578b BGB nicht erreichen, scheidet eine Befristung des Unterhaltsanspruchs regelmäßig aus. Auch dann kann der Unterhalt nach einer Übergangszeit aber bis auf den ehebedingten Nachteil herabgesetzt werden, der sich aus

der Differenz zwischen angemessenem Unterhaltsbedarf und dem erzielten oder erzielbaren eigenen Einkommen ergibt, was freilich voraussetzt, dass der Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen den eigenen angemessenen Lebensbedarf übersteigt. Um den ehebedingten Nachteil der Höhe nach bemessen zu können, muss der Tatrichter Feststellungen zum angemessenen Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten i.S.d. § 1578b Abs. 1 Satz 1 BGB und zum Einkommen treffen, das der Unterhaltsberechtigte tatsächlich erzielt bzw. gem. §§ 1574, 1577 BGB erzielen könnte. Die Differenz aus den beiden Positionen ergibt den ehebedingten Nachteil (Senatsbeschl. v. 26.03.2014 – XII ZB 214/13 – FamRZ 2014, 1007 Rn. 18 m.w.N.).

[8] Der Ausgleich unterschiedlicher Vorsorgebeiträge ist vornehmlich Aufgabe des Versorgungsausgleichs, durch den die Interessen des Unterhaltsberechtigten regelmäßig ausreichend gewahrt werden. Ehebedingte Nachteile i.S.d. § 1578b Abs. 1 Satz 2 BGB können also nicht mit den durch die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit während der Ehe verursachten geringeren Rentenanwartschaften begründet werden, wenn für diese Zeit ein Versorgungsausgleich stattgefunden hat. Nachteile in der Versorgungsbilanz sind dann in gleichem Umfang von beiden Ehegatten zu tragen und somit vollständig ausgeglichen (Senatsurt. v. 07.03.2012 – XII ZR 179/09 – FamRZ 2012, 772 Rn. 24 m.w.N.). Ein ehebedingter Nachteil, der darin besteht, dass der unterhaltsberechtigten Ehegatte auch nachehelich geringere Versorgungsansprüche erwirbt, als dies bei hinweggedachter Ehe der Fall wäre, ist grundsätzlich als ausgeglichen anzusehen, wenn er für diese Zeit Altersvorsorgeunterhalt zugesprochen erhält oder jedenfalls erlangen kann (Senatsbeschl. v. 14.05.2014 – XII ZB 301/12 – FamRZ 2014, 1276 Rn. 46 f.).

[9] 2. Gemessen hieran fehlt es mit Erreichen der Regelaltersgrenze an einem nach § 1578b BGB zu berücksichtigenden ehebedingten Nachteil aufseiten der Ehefrau.

[10] a) Der Senat hat in einem von den Beteiligten geführten Parallelverfahren zum Zugewinnausgleich ausgeführt, dass die Feststellungen des Oberlandesgerichts schon nicht die Annahme tragen, dass aufseiten der Ehefrau überhaupt ehebedingte (und nicht anderweitig kompensierte) Nachteile beim Aufbau einer Altersversorgung entstanden sind (Senatsbeschl. v. 20.06.2018 – XII ZB 84/17 – zur Veröffentlichung bestimmt).

[11] b) Selbst wenn die tatsächliche Altersrente der Ehefrau, die sie im Jahr 2021 unter Einschluss des Versorgungsausgleichs und des Vermögenszuflusses aus dem Zugewinnausgleich erreichen könnte, hinter der vom Oberlandesgericht berechneten Rente ohne Ehe und Kindererziehung zurückbliebe, wäre darin entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kein ehebedingter Nachteil zu erblicken. Denn wenn ein Versorgungsausgleich stattgefunden hat, sind die Nachteile in der Versorgungsbilanz in gleichem Umfang von beiden Ehegatten zu tragen und somit vollständig ausgeglichen.

[12] aa) Ein Versorgungsausgleich ist durchgeführt worden. Hierzu hat der Senat im Parallelverfahren ausgeführt: „Der Antragsteller hat durch seine Beitragszahlung in der Ehezeit

ein Versorgungsanrecht in monatlicher Höhe von 708,95 € erworben. Angesichts dieser Größenordnung konnte das geteilte Versorgungsvermögen beim Ärzteversorgungswerk – auch in Relation zu der rund siebenjährigen Ehezeit – durchaus die den primären Versorgungssystemen obliegende Funktion erfüllen, dem Versorgungsberechtigten eine selbständige (Basis-) Absicherung für den Fall von Alter oder Invalidität zu bieten“ (Senatsbeschl. v. 20.06.2018 – XII ZB 84/17 – zur Veröffentlichung bestimmt).

[13] bb) Hinzu kommt, dass die Ehefrau über den Zugewinnausgleich einen weiteren Vermögenszufluss erhalten hat, den sie nach den von der Rechtsbeschwerde auch insoweit unbeanstandeten Feststellungen des Oberlandesgerichts ohne die Ehe nicht erlangt hätte. Dabei handelt es sich um den der Ehefrau bereits seinerzeit rechtskräftig zugesprochenen Betrag von 50.000 € sowie mindestens weitere 7.218,23 €, die ihr nach der teilweisen Zurückweisung der Rechtsbeschwerde in dem Parallelverfahren rechtskräftig zugesprochen sind (vgl. Senatsbeschl. v. 20.06.2018 – XII ZB 84/17 – zur Veröffentlichung bestimmt). Dieser ehebedingte Vorteil wäre daher auch im Übrigen geeignet, einen etwaigen ehebedingten Nachteil zu kompensieren (vgl. Senatsbeschl. v. 08.06.2016 – XII ZB 84/15 – FamRZ 2016, 1345 Rn. 26 m.w.N.).

[14] cc) Freilich ist zu beachten, dass für die Entstehung eines ehebedingten Nachteils i.S.d. § 1578b BGB auch der nach der – für den Zugewinnausgleich maßgeblichen – Zustellung des Scheidungsantrags am 28.06.2006 liegende Zeitraum entscheidend sein kann, namentlich wenn es darum geht, dass die Ehefrau wegen ihres ehebedingt reduzierten Einkommens ab Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags keine bzw. nur noch geringere Rentenanwartschaften bilden kann (vgl. *Palandt/Brudermüller* BGB 77. Aufl., § 1578 Rn. 63, 65).

[15] Aber auch dieser Aspekt führt hier zu keinem anderen Ergebnis. Denn die Ehefrau hat einen bis einschließlich Juli 2017 titulierten Anspruch auf Altersvorsorgeunterhalt. Damit kann sie die ehebedingt geringeren Rentenanwartschaften ohne weiteres ausgleichen (vgl. Senatsbeschl. v. 14.05.2014 – XII ZB 301/12 – FamRZ 2014, 1276 Rn. 47), zumal sie den Feststellungen des Oberlandesgerichts zufolge bereits im Jahr 2008 erwerbsunfähig geworden ist und deshalb – auch ohne Ehe – seither keine weitere Altersvorsorge mehr hätte betreiben können.

[16] c) Schließlich verfangen auch die weiteren Angriffe der Rechtsbeschwerde nicht. Das Oberlandesgericht hat in rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstandender Weise den Unterhalt der Ehefrau gem. § 1578b Abs. 1 BGB auf den angemessenen Lebensbedarf herabgesetzt, was die Rechtsbeschwerde im Übrigen als vertretbar hingenommen hat. Dieser Maßstab bildet regelmäßig die Grenze für die Herabsetzung des nachehelichen Unterhalts und bemisst sich nach dem Einkommen, das der unterhaltsberechtigte Ehegatte ohne Ehe und Kindererziehung aus eigenen Einkünften zur Verfügung hätte (Senatsbeschl. v. 26.03.2014 – XII ZB 214/13 – FamRZ 2014, 1007 Rn. 18 m.w.N.).

[17] Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde sind für die Bemessung des angemessenen Lebensbedarfs und den damit möglicherweise einhergehenden ehebedingten Nachtei-

len die wirtschaftlichen Verhältnisse des unterhaltspflichtigen Ehemanns ohne Belang. Ist festgestellt, dass es an einem ehebedingten Nachteil fehlt, kommt es auch nicht mehr darauf an, ob die unterhaltsberechtigte Ehefrau aus dem Zugewinnausgleich einen weiteren Vermögenszufluss erlangen wird (offen sind nach dem Senatsbeschl. v. 20.06.2018 – XII ZB 84/17 – zur Veröffentlichung bestimmt, noch 33.946,49 €).

Voraussetzungen für Einwilligungsvorbehalt

FamFG § 295; BGB § 1903

Leitsätze (amtlich):

a) Bei der Verlängerungsentscheidung über eine Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt hat das Gericht hinsichtlich der Betreuung und hinsichtlich des Einwilligungsvorbehalts darüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang diese fortzusetzen oder aufzuheben sind.

b) Für die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts muss eine konkrete Gefährdung des Vermögens des Betroffenen durch sein aktives Tun festgestellt werden, indem er etwa vermögenserhaltende und -schützende Maßnahmen des Betreuers konterkariert oder andere vermögensschädigende Maßnahmen trifft. Ist der Betroffene Unternehmensinhaber, können hierunter auch solche Verhaltensweisen fallen, die das Vertrauen in die Unternehmensführung und damit die Aufrechterhaltung der Geschäftskontakte und Kreditlinien gefährden (Fortführung von Senatsbeschl. v. 15.03.2017 – XII ZB 563/16 – juris).

BGH, Beschl. v. 20.06.2018 – XII ZB 99/18

Gründe:

[1] I. Der 62-jährige Betroffene leidet an einer am ehesten als Psychose aus dem schizophrenen Formenkreis zu qualifizierenden psychischen Erkrankung, wegen derer er seine Angelegenheiten nicht mehr selbst erledigen kann. Für ihn ist seit 1999 eine Betreuung eingerichtet, zuletzt mit dem Aufgabenkreis der Wahrnehmung der Rechte des Betroffenen bezüglich der Leitung seines inhabergeführten Unternehmens „einschließlich aller mit der Leitung des Unternehmens verbundenen steuerlichen, postalischen und vermögensrechtlichen (einschließlich Führung und – gegebenenfalls treuhänderischen – Verwaltung der Konten) Angelegenheiten sowie bezüglich des Hauses (...), Wahrnehmung der Rechte des Betroffenen gegenüber Behörden, Krankenkassen, Rentenversicherungsträgern, Banken und anderen Institutionen, Grundstücksangelegenheiten und Vertretung in gerichtlichen Verfahren“. Zur Betreuerin ist die Mutter des Betroffenen (Beteiligte zu 2) und zur Ersatzbetreuerin seine geschiedene Ehefrau (Beteiligte zu 3) bestellt. Ein Einwilligungsvorbehalt ist angeordnet für die Bereiche Vertrags- und Vermögensangelegenheiten seines Unternehmens sowie die Grundstücksangelegenheiten des Betroffenen.

[2] Mit Beschluss vom 17.05.2017 hat das Amtsgericht die Betreuung verlängert. Das Landgericht hat die Beschwerde des Betroffenen zurückgewiesen; hiergegen richtet sich seine Rechtsbeschwerde.

[3] II. Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg, soweit sie den Einwilligungsvorbehalt betrifft; im Übrigen ist sie unbegründet.

[4] 1. Das Landgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Bei feststehender psychischer Erkrankung bestehe der Betreuungsbedarf mit unverändertem Aufgabenkreis. Das gelte insbesondere weiterhin für die Leitung des Unternehmens, das Existenzgrundlage des Betroffenen sei, und ihm ermögliche, ein weitgehend selbstbestimmtes Leben nach seinen Vorstellungen zu führen. Ohne die Betreuung sei der Geschäftsbetrieb nicht aufrechtzuerhalten mit der Folge, dass auch das im Eigentum des Betroffenen stehende und von ihm bewohnte Haus nicht zu halten wäre. Dass die Verlängerung der Betreuung dem geäußerten Willen des Betroffenen widerspreche, stehe der Anordnung nicht entgegen, weil er nicht in der Lage sei, seinen Willen frei zu bilden.

[5] 2. Die angefochtene Entscheidung hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand, soweit es den Einwilligungsvorbehalt anbelangt.

[6] a) Nach § 295 Abs. 1 Satz 1 FamFG gelten für die Verlängerung der Bestellung eines Betreuers oder der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts die Vorschriften über die erstmalige Anordnung dieser Maßnahmen entsprechend. Dabei unterscheidet das Gesetz zwischen der Verlängerung der Betreuung einerseits und der Verlängerung des Einwilligungsvorbehalts andererseits, die auch unterschiedliche rechtliche Voraussetzungen haben. Bei der Verlängerungsentscheidung hat das Gericht deshalb sowohl hinsichtlich der Betreuung als auch hinsichtlich des Einwilligungsvorbehalts darüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang diese fortzusetzen oder aufzuheben sind.

[7] b) Die Entscheidungen der Instanzgerichte verhalten sich zwar nicht in den jeweiligen Entscheidungsformeln, aber in den Gründen zum Einwilligungsvorbehalt. Mithin ist davon auszugehen, dass auch dieser verlängert worden ist.

[8] 3. Indessen sind die Voraussetzungen einer Verlängerung des Einwilligungsvorbehalts nicht hinreichend festgestellt.

[9] a) Das Betreuungsgericht ordnet nach § 1903 Abs. 1 BGB an, dass der Betreute zu einer Willenserklärung, die den Aufgabenbereich des Betreuers betrifft, dessen Einwilligung bedarf, soweit dies zur Abwendung einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten erforderlich ist (Einwilligungsvorbehalt). Ob dies der Fall ist, hat das Betreuungsgericht im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht festzustellen. Der Umfang der Ermittlung richtet sich auch danach, dass es sich bei dem Einwilligungsvorbehalt um einen gravierenden Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen handelt, der sich ohne weitere Feststellungen nicht rechtfertigen lässt (Senatsbeschl. v. 13.09.2017 – XII ZB 157/17 – FamRZ 2017, 1963 Rn. 16 m.w.N.).

[10] b) Um den Betroffenen in seinen Angelegenheiten zu unterstützen und das krankheitsbedingte Unterlassen notwendiger Maßnahmen im Rahmen einer ordnungsgemäßen Vermögensverwaltung abzuwenden, ist die Beteiligte zu 2 zur Betreuerin bestellt worden. Kraft dieses Amtes liegt es in ihrer Zuständigkeit, die notwendigen Maßnahmen unter anderem in Bezug auf die Unternehmensführung zu ergreifen.

[11] Der Einwilligungsvorbehalt hingegen schützt den Betroffenen vor Vermögensgefährdungen durch eigenes, aktives Tun. Für die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts muss daher eine konkrete Gefährdung des Vermögens des Betroffenen durch sein aktives Tun festgestellt werden, indem er etwa vermögenserhaltende und -schützende Maßnahmen der Betreuerin konterkarierte oder andere vermögensschädigende Maßnahmen trifft (Senatsbeschl. v. 15.03.2017 – XII ZB 563/16 – juris Rn. 10). Dabei können zu den vermögensschädigenden Maßnahmen auch solche Verhaltensweisen gehören, die das Vertrauen in die Unternehmensführung und damit womöglich die Aufrechterhaltung der Geschäftskontakte einschließlich der für das Unternehmen erforderlichen Kreditlinien gefährden.

[12] Insoweit fehlt es bisher an jeglichen Feststellungen, die eine Verlängerung des Einwilligungsvorbehalts rechtfertigen.

[13] 4. Der angefochtene Beschluss kann daher, was den Einwilligungsvorbehalt betrifft, keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, da er die noch erforderlichen Feststellungen nicht selbst treffen kann.

[14] 5. Die Entscheidung bezüglich der Verlängerung der Betreuung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. 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).

Handels- und Gesellschaftsrecht

Anforderungen an Gesellschafterliste

EGGmbHG § 8

Leitsatz (amtlich):

Die wegen einer Veränderung i.S.v. § 8 EGGmbHG i.V.m. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG a.F. einzureichende Gesellschafterliste hat den Anforderungen des § 40 Abs. 1 GmbHG in der Fassung vom 23.06.2017 zu genügen, wenn sie vor dem 26.06.2017 dem Handelsregister zwar vorgelegt, dort aber noch nicht aufgenommen wurde.

BGH, Beschl. v. 26.06.2018 – II ZB 12/16

Gründe:

[1] I. Die Beteiligte zu 1 ist eine im Handelsregister des Amtsgerichts Siegen eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Einer ihrer Gesellschafter übertrug die von ihm gehaltenen Geschäftsanteile durch notariellen Vertrag an eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit der Bezeichnung „V. E.“ Unternehmensbeteiligungsgesellschaft bürgerlichen Rechts. Daraufhin erstellte der Beteiligte zu 2 als beurkundender Notar eine geänderte Gesellschafterliste, in der die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ohne Angabe ihrer Gesellschafter aufgeführt wird, und reichte die Liste am 23.12.2015 zum Handelsregister ein.

[2] Das Registergericht hat die Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner mit der Begründung abgelehnt, die

Angabe der neuen Gesellschafterin sei unvollständig, da bei Aufnahme einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in die Gesellschafterliste auch deren Gesellschafter aufzuführen seien. Die Beschwerde der Beteiligten ist zurückgewiesen worden. Hiergegen wenden sie sich mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

[3] II. Das Beschwerdegericht (OLG Hamm, ZIP 2016, 2021) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

[4] Die in der Literatur umstrittene und höchststrichterlich noch nicht geklärte Frage, ob eine an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (künftig: GmbH) beteiligte Gesellschaft bürgerlichen Rechts (künftig: GbR) unter Angabe ihrer Gesellschafter in die Gesellschafterliste einzutragen ist, sei dahin zu beantworten, dass die Angabe der Gesellschafter notwendig sei. Das Registergericht sei insoweit zur Überprüfung befugt, da es die Entgegennahme der Gesellschafterliste verweigern könne, wenn sie den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG (in der bis zum 25.06.2017 geltenden Fassung) nicht genüge.

[5] Der Wortlaut von § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG a.F. sehe zwar nicht vor, dass bei der Beteiligung einer GbR an einer GmbH auch die Gesellschafter der GbR in die Gesellschafterliste der GmbH aufzunehmen seien. Die rechtliche Notwendigkeit dieser Angabe, an der ein erhebliches praktisches Bedürfnis des Rechtsverkehrs bestehe, folge aber aus einer analogen Anwendung des § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB, der ausdrücklich vorschreibe, dass im Falle der Beteiligung einer GbR an einer Kommanditgesellschaft auch die Gesellschafter der GbR zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden sind. Die für eine Analogie erforderliche planwidrige Regelungslücke liege vor. Im Ergebnis sei nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber bei Verabschiedung des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl. I, S. 2026) und des Gesetzes zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG) vom 11.08.2009 (BGBl. I, S. 2713) sich bewusst dagegen entschieden habe, bei der Aufnahme einer GbR in die Gesellschafterliste einer GmbH auch die Angabe der Gesellschafter der GbR zu verlangen.

[6] III. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

[7] 1. Die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde ist gem. § 70 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Rechtsbeschwerdebefugnis des beteiligten Notars ergibt sich daraus, dass seine Beschwerde gegen den Beschluss des Registergerichts zurückgewiesen wurde (BGH, Beschl. v. 20.09.2011 – II ZB 17/10, BGHZ 191, 84 Rn. 5). Der Notar war ferner dazu befugt, die Beschwerde gegen die Entscheidung des Registergerichts auch im eigenen Namen einzulegen (vgl. BGH, Beschl. v. 20.09.2011 – II ZB 17/10, BGHZ 191, 84 Rn. 8).

[8] 2. Die Rechtsbeschwerde ist aber nicht begründet. Die Beteiligten können die Aufnahme der eingereichten Gesell-

schafterliste in den Registerordner nicht verlangen, weil die Liste keine Angaben zu den Gesellschaftern der GbR enthält, die neue Gesellschafterin der Beteiligten zu 1 geworden ist.

[9] a) Wie das Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt hat, darf das Registergericht, das keine inhaltliche Prüfpflicht hat, jedenfalls prüfen, ob die Gesellschafterliste den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG entspricht, und darf bei Beanstandungen die Entgegennahme verweigern (BGH, Beschl. v. 20.09.2011 – II ZB 17/10, BGHZ 191, 84 Rn. 10; Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, BGHZ 199, 270 Rn. 7 f.; Beschl. v. 24.02.2015 – II ZB 17/14, ZIP 2015, 732 Rn. 7). Diese formale Prüfungsbefugnis umfasst insbesondere auch die Überprüfung der Vollständigkeit der nach § 40 Abs. 1 GmbHG erforderlichen Angaben. Hiergegen erinnert die Rechtsbeschwerde auch nichts.

[10] b) Die eingereichte Gesellschafterliste entspricht den formalen Anforderungen nach § 40 Abs. 1 GmbHG nicht. Bei der neuen Gesellschafterin, der „V. E.“ Unternehmensbeteiligungsgesellschaft bürgerlichen Rechts, sind auch deren Gesellschafter mit Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort anzugeben.

[11] § 40 Abs. 1 GmbHG ist nach Einlegung der Rechtsbeschwerde durch Art. 14 des Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 23.06.2017 (BGBl. I 2017, 1822, 1863 f.) mit Wirkung ab dem 26.06.2017 geändert worden. Gem. § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG sind jetzt bei nicht in ein Register eingetragenen Gesellschaften deren jeweilige Gesellschafter unter einer zusammenfassenden Bezeichnung mit Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort in die Gesellschafterliste aufzunehmen.

[12] Die Neuregelung, deren Anforderungen die von den Beteiligten eingereichte Gesellschafterliste nicht genügt, ist im vorliegenden Rechtsbeschwerdeverfahren anzuwenden.

[13] aa) Maßgeblich für das Vorliegen einer Rechtsverletzung ist grundsätzlich das im Zeitpunkt der Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts geltende Recht. Das Rechtsbeschwerdegericht hat daher auch ein nach dem Erlass der angefochtenen Entscheidung in Kraft getretenes Gesetz zu berücksichtigen, sofern es nach seinem zeitlichen Geltungswillen das streitige Rechtsverhältnis erfasst (BGH, Beschl. v. 17.02.1993 – XII ZB 134/92, BGHZ 121, 305, 317; *Bumiller*, in: *Bumiller/Harders/Schwamb*, FamFG, 11. Aufl., § 72 Rn. 6; *Unger/Roßmann*, in: *Schulte-Bunert/Weinreich*, FamFG, 5. Aufl., § 72 Rn. 7; *Müther*, in: *Bork/Jacoby/Schwab*, FamFG, 2. Aufl., § 72 Rn. 6).

[14] bb) Die Änderung des § 40 Abs. 1 GmbHG erfasst das hier im Streit stehende Rechtsverhältnis.

[15] Die Anwendbarkeit der Neuregelung richtet sich nach der hierzu ergangenen Übergangsvorschrift in § 8 EGGmbHG. Danach finden § 8 Abs. 1 Nr. 3 und § 40 Abs. 1 Satz 1 bis 3 GmbHG in der seit dem 26.06.2017 geltenden Fassung auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die am 26.06.2017

in das Handelsregister eingetragen sind, mit der Maßgabe Anwendung, dass die geänderten Anforderungen an den Inhalt der Liste der Gesellschafter erst dann zu beachten sind, wenn aufgrund einer Veränderung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG in der vor dem 26.06.2017 geltenden Fassung eine Liste einzureichen ist.

[16] (1) Aus dem Wortlaut der Übergangsvorschrift ergibt sich nicht zweifelsfrei, ob hinsichtlich des maßgebenden Zeitpunkts für die Anwendbarkeit der Neuregelung bei „Altgesellschaften“ auf die eine Pflicht zur Einreichung einer Gesellschafterliste auslösende Veränderung, auf die Entstehung der Pflicht zur (unverzüglichen) Einreichung der Liste, auf die tatsächliche Einreichung der Liste oder aber auf die Aufnahme der Liste in den Registerordner abzustellen ist.

[17] In dem Gesetzentwurf der Bundesregierung heißt es zwar, worauf die Rechtsbeschwerde unter Bezugnahme auf *Görner* (in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 40 Rn. 3a) hinweist: „Für nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens am 26. Juni 2017 erstmals erstellte Listen der Gesellschafter gelten die Anforderungen an deren Ausgestaltung in der ab dem 26. Juni 2017 geltenden Fassung“ (BT-Drucks. 18/11555, S. 175). Daraus ergibt sich aber keine trennscharfe Klarstellung des für die Anwendbarkeit der Neuregelung maßgebenden Zeitpunkts, in dem Sinne, dass es auf den Vorgang der Erstellung der Liste ankäme. Dies folgt schon daraus, dass sich der zitierte Satz auf erstmals erstellte Listen und damit auf neu errichtete Gesellschaften bezieht. Diese Gesellschaften unterliegen aber nach dem insoweit klaren Gesetzeswortlaut uneingeschränkt den neuen Anforderungen an die Gesellschafterliste, wenn sie nach dem 26.06.2017 in das Handelsregister eingetragen worden sind, mag auch die Gesellschafterliste früher erstellt worden sein. Denn die Übergangsregelung gilt ausdrücklich nur für Gesellschaften, die am 26.06.2017 bereits in das Handelsregister eingetragen sind.

[18] (2) Nach dem Sinn und Zweck der Übergangsvorschrift ist der Zeitpunkt maßgebend, zu dem die Liste in den Registerordner aufgenommen wird.

[19] Im Gesetzentwurf der Bundesregierung wird zur Begründung der vorgeschlagenen Übergangsregelung ausgeführt, für „Altlisten“ gelte, dass anlässlich einer Veränderung i.S.d. § 40 Abs. 1 GmbHG die Liste der Gesellschafter an die neuen Anforderungen anzupassen sei. Eine solche Anpassung sei auch dann erforderlich, wenn eine sonstige Veränderung eingetreten sei, die zur Einreichung einer neuen Liste verpflichte; in diesem Fall solle die „bei Gelegenheit“ dieser Veränderung erstellte neue Liste insgesamt an die Anforderungen des neuen § 40 Abs. 1 GmbHG angepasst werden. Eine Pflicht zur Änderung bestehender Listen, ohne dass eine Veränderung i.S.d. § 40 Abs. 1 GmbHG eingetreten wäre, bestehe nicht (BT-Drucks. 18/11555, S. 175).

[20] Demnach waren im Wesentlichen Praktikabilitätserwägungen dafür maßgebend, nicht sämtliche „Altlisten“ den Anforderungen des § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n.F. zu unterwerfen, sondern eine Anpassung an die neue Rechtslage nur „bei Gelegenheit“ einer Veränderung zu verlangen, die ohnehin die Erstellung und Einreichung einer neuen Liste erforderlich macht. Der damit angesprochene Vorgang, der die Gelegenheit

zur Anpassung an die neue Rechtslage bietet, ist erst mit der Aufnahme der neuen Liste in den Registerordner abgeschlossen. Die an eine Gesellschafterliste anknüpfenden Rechtswirkungen sind im Wesentlichen davon abhängig, dass die Liste im Handelsregister aufgenommen wurde (vgl. § 16 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 GmbHG). Vor einer Aufnahme der Liste in den Registerordner ist zudem eine Änderung oder Ergänzung der Liste regelmäßig mit überschaubarem Aufwand möglich. Es wäre ferner nicht verständlich, wenn eine vom Registergericht aus anderen Gründen ohnehin als ergänzungsbedürftig beanstandete Gesellschafterliste den Anforderungen nach § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n.F. nicht genügen müsste, weil die Liste schon vor dem 26.06.2017 einzureichen war bzw. eingereicht wurde.

[21] (3) Im Übrigen spricht die Entstehungsgeschichte der Neuregelung des § 40 Abs. 1 GmbHG dafür, die in der Übergangsvorschrift aus Gründen der Praktikabilität vorgenommene Einschränkung der Anpassungspflicht eng auszulegen. Zu der Neufassung des § 40 Abs. 1 GmbHG führt der Gesetzentwurf der Bundesregierung aus, die Vorschrift stehe im Zeichen der Verstärkung der Transparenz der Gesellschafterliste, was vor allem aus Gründen der Geldwäscheprävention wichtig sei (BT-Drucks. 18/11555, S. 173). Dies entspricht den Zielen der Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und Rates vom 20.05.2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung (ABl. EU L 141 S. 73), deren Umsetzung das Änderungsgesetz vom 23.06.2017 dient. Nach Art. 30 Abs. 1 der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass die in ihrem Gebiet eingetragenen Gesellschaften oder sonstigen juristischen Personen angemessene, präzise und aktuelle Angaben zu ihren wirtschaftlichen Eigentümern, einschließlich genauer Angaben zum wirtschaftlichen Interesse, einholen und aufbewahren müssen. Mit dieser Zielsetzung wäre es nicht zu vereinbaren, die Verpflichtung zur Erhebung grundsätzlich für notwendig gehaltener Angaben ohne triftigen Grund einzuschränken.

[22] c) Nach alldem kommt es für die hier zu treffende Entscheidung nicht mehr darauf an, ob bereits nach § 40 Abs. 1 GmbHG a.F. die Notwendigkeit bestand, in die Gesellschafterliste einer GmbH, der eine (namensführende) GbR als Gesellschafterin angehört, auch die Gesellschafter der GbR aufzunehmen (dafür mit beachtenswerten Gründen: *Scheuch*, GmbHR 2014, 568, 574; *Wachter*, GmbHR 2016, 1090, 1091; *MünchKommGmbHG/Herrler*, 2. Aufl., § 8 Rn. 22; *Schäfer*, in: *Henssler/Strohn*, GesR, 3. Aufl., § 8 GmbHG Rn. 5; *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 19. Aufl., § 8 Rn. 4; *ders.*, GmbHR 2012, 1, 2; *Scholz/Seibt*, GmbHG, 12. Aufl., § 40 Rn. 17; *Ulmer/Casper*, in: *Ulmer/Habersack/Löbbe*, GmbHG, 2. Aufl., § 8 Rn. 8; *MHLS/Terlau*, GmbHG, 3. Aufl., § 40 Rn. 8; *Schmidt-Leithoff*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 6. Aufl., § 8 Rn. 6; *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 21. Aufl., § 8 Rn. 7; *Wicke*, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 8 Rn. 4; *Winter*, in: *Gehrlein/Born/Simon*, GmbHG, 3. Aufl., § 40 Rn. 8; *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 10. Aufl., Rn. 1101; *Lautner*, DNotZ 2011, 643, 650; a.A. *Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 21. Aufl., § 40 Rn. 10; *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 8. Aufl., § 40 Rn. 9; *Heckschen/Glombik*, GmbHR 2013, 1009, 1016; *Link*, RNotZ 2009, 193, 203).

Notarrecht

Persönliche und fachliche Eignung eines Notarbewerbers

BNotO § 6 Abs. 1 Satz 1

Leitsatz (amtlich):

Zur persönlichen und fachlichen Eignung eines Bewerbers für die Bestellung zum Notar.

BGH, Beschl. v. 23.07.2018 – NotZ(Brfg) 1/18

Gründe:

[1] I. Der am 30.06.1969 geborene Kläger legte 1997 die zweite juristische Staatsprüfung mit der Gesamtnote „ausreichend“ (5,2 Punkte) ab. Im selben Jahr wurde er in Berlin als Rechtsanwalt zugelassen. Seit dem Jahre 2004 ist er berechtigt, die Bezeichnung „Fachanwalt für Versicherungsrecht“ zu führen.

[2] Er bewarb sich auf eine im Amtsblatt für Berlin vom 08.04.2005 ausgeschriebene Notarstelle. Im Bewerbungsverfahren verneinte er die Frage, ob gegen ihn straf-, disziplinar- oder standesrechtliche Ermittlungsverfahren sowie sonstige Verfahren und auch bei der Rechtsanwaltskammer in den letzten fünf Jahren geführte Beschwerdeverfahren anhängig gewesen seien. Die Angaben des Klägers entsprachen nicht den Tatsachen. Auf Nachfrage des Beklagten zu straf-, disziplinar- oder standesrechtlichen Verfahren gab der Kläger an, er habe die Fragen insbesondere zu bei der Rechtsanwaltskammer anhängig gewesenen Verfahren missverstanden; diese sei unzuständig gewesen. Die Bewerbung des Klägers blieb ohne Erfolg.

[3] Am 29.09.2008 bewarb sich der Kläger um eine der im Amtsblatt für Berlin vom 26.09.2008 ausgeschriebenen 28 Notarstellen. In dem seiner Bewerbung beigelegten Fragebogen beantwortete er die zu Punkt 4 gestellten Fragen nach anhängigen oder anhängig gewesenen Verfahren mit „ja“, ohne weitere Angaben zu machen. Der Beklagte wies den Kläger u.a. darauf hin, dass es sich insoweit nicht um den Fragebogen zur aktuellen Ausschreibung handele und forderte ihn auf, den aktuellen Fragebogen ausgefüllt vorzulegen. Mit Schreiben vom 12.11.2008 übersandte der Kläger einen Fragebogen, in dem er die gleiche Frage zu Punkt 4 ebenfalls mit „ja“ beantwortete, ohne konkrete Verfahren zu benennen.

[4] Auf Nachfrage des Beklagten zu gegen den Kläger geführten Verfahren übersandte die Generalstaatsanwaltschaft Berlin die Vorgänge EV 627/04, EV 537/02 und EV 27/03. Die Rechtsanwaltskammer übersandte die Vorgänge IV BS 2389/04, IV BS 687/07 und II GS 232/06.

[5] Der Beklagte forderte den Kläger mit Schreiben vom 30.01.2009 auf, die jeweils erkennenden Stellen (Gericht, Staatsanwaltschaft) und die Aktenzeichen der gegen ihn geführten Verfahren anzugeben. Der Kläger übersandte daraufhin die Einstellungsmitteilung der Generalstaatsanwaltschaft Berlin vom 09.05.2008 zum Verfahren EV 627/04.

[6] Mit Schreiben vom 19.03.2009 wies der Beklagte den Kläger auf die weiteren bei der Rechtsanwaltskammer ge-

führten Verfahren hin und gab Gelegenheit, sich hierzu zu äußern. Dem kam der Kläger mit Schreiben vom 01.04.2009 nach. Unter anderem begründete er die Nichtangabe der Verfahren im Fragebogen mit einem Gemisch aus „Eile, Irrtum und Nachlässigkeit“. Er sei wegen einer im Oktober 2008 geplanten Reise übermäßig stark arbeitsbelastet gewesen.

[7] Der Beklagte teilte dem Kläger mit Bescheid vom 02.11.2010 mit, dass beabsichtigt sei, die ausgeschriebenen 28 Notarstellen anderen Mitbewerbern zu übertragen. Der Kläger habe im Bewerbungsverfahren eine Gesamtpunktzahl von 163,44 erreicht; er nehme in dem Auswahlverfahren die 34. Rangstelle ein. Eine ursprünglich dagegen erhobene Klage nahm der Kläger zurück.

[8] Mit Schreiben vom 02.09.2016 hat der Beklagte dem Kläger mitgeteilt, aufgrund von Konkurrentenverfahren seien Besetzungsränge innerhalb und außerhalb der Rangliste entfallen. Es sei beabsichtigt, dem Bewerber mit der vormals 32. Rangstelle, dem Beigeladenen, die letzte zu besetzende Notarstelle zu übertragen. Um abgelehnten Bewerbern die Möglichkeiten eines effektiven Rechtsschutzes zu ermöglichen, werde das Besetzungsverfahren fortgesetzt, wenn kein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gestellt werde. Gegen diesen Bescheid hat sich der Kläger mit seiner Klage gewandt. Er hat geltend gemacht, dass er im Vergleich zum Beigeladenen und dem Bewerber mit der 33. Rangstelle eine deutlich höhere praktische Erfahrung nachgewiesen habe. Die Zubilligung von Sonderpunkten für den Beigeladenen wegen eines Lehrauftrags und dessen Dissertation sei unverhältnismäßig. Ihm selbst stünden weitere Sonderpunkte zu, zumal sie in einem vorangegangenen Bewerbungsverfahren zuerkannt worden seien. Im Hauptantrag hat er die Verpflichtung der Beklagten begehrt, ihn zum Notar zu bestellen, hilfsweise, seinen Antrag neu zu bescheiden.

[9] Das Kammergericht hat die Klage abgewiesen. Der Kläger begehrt die Zulassung der Berufung, um sein Klagebegehren weiterzuverfolgen.

[10] II. Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist unbegründet.

[11] 1. Das Kammergericht hat ausgeführt, dass der Kläger keinen Anspruch auf eine Verpflichtung des Beklagten habe, ihn zum Notar zu bestellen. Es seien noch weitere Klageverfahren anhängig.

[12] Der Kläger habe aber auch keinen Anspruch auf Neubescheidung durch den Beklagten. Dessen Bescheid, die verbliebenen Notarstellen nicht mit dem Kläger sondern dem Beigeladenen zu besetzen, sei nicht rechtswidrig und verletze den Kläger nicht in seinen Rechten.

[13] Der Beklagte habe die Auswahlentscheidung auf der Grundlage des in der Ausschreibung vom 26.09.2008 näher geregelten Punktesystems getroffen. Die ursprüngliche Punktevergabe, die der Beklagte letztlich in seinem Bescheid vom 02.09.2016 zugrunde gelegt habe, sei nicht zu beanstanden. Die Entscheidung des Beklagten, für die vom Kläger geltend gemachte anwaltliche Bearbeitung von Notarhaftungssachen keine Sonderpunkte zu vergeben, überschreite nicht den ihm

im Rahmen der Bewertung der fachlichen Eignung i.S.d. § 6 BNotO zukommenden Beurteilungsspielraum. Die Justizverwaltung überschreite den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum nicht, wenn sie davon absehe, konkrete von einem Bewerber bearbeitete anwaltliche Mandate im Hinblick darauf auszuwerten, ob diese einen speziellen Bezug zu einer notariellen Tätigkeit aufwiesen. Unerheblich sei, dass in früheren Bewerbungsverfahren eine andere Verwaltungspraxis geübt worden sei. Das hindere es nicht, insbesondere vor dem Hintergrund der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung, diese Verwaltungspraxis zu ändern.

[14] Es könne offenbleiben, ob hinsichtlich der Tätigkeit des Klägers bei der Allianz Versicherungs AG eine andere Beurteilung insoweit gerechtfertigt sei, als dass bereits die Beschäftigung mit Notarhaftungssachen als solche ein Qualitätsmerkmal darstellen könnte. Zweifel könnten sich bereits daraus ergeben, dass es sich lediglich um eine viermonatige Tätigkeit des Klägers im Rahmen einer Referendarstation gehandelt habe und er nur zur Hälfte seiner Arbeitszeit überhaupt Notarhaftungssachen zu bearbeiten gehabt habe. Jedenfalls wäre der Beklagte zu einer Nachprüfung, ob die bearbeiteten Angelegenheiten tatsächlich entsprechend der Bestätigung der Allianz Versicherungs AG sachlich und rechtlich schwierig gelagert gewesen seien, nicht verpflichtet. Die Entscheidung des Beklagten, dem Kläger über den gewährten Sonderpunkt hinaus keine weiteren Punkte für seine Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter zuzuerkennen, halte sich im Rahmen des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums. Anhaltspunkte, die eine ungleiche Wertung im Vergleich zu wissenschaftlichen Leistungen anderer Bewerber und insbesondere zu denen des Beigeladenen nahelegen könnten, seien nicht zu erkennen.

[15] Die vom Kläger angegriffene Gewährung von zwei Sonderpunkten für den Beigeladenen lasse Fehler nicht erkennen. Diese Frage könne aber im Ergebnis offenbleiben, da sich auch ohne diese Sonderpunkte keine Änderung ergebe. Der Beigeladene hätte dann mit 169,15 Punkten gegenüber dem Kläger noch immer 3,71 Punkte Vorsprung.

[16] Es sei schließlich nicht zu beanstanden, dass der Beklagte den Beigeladenen im Hinblick auf dessen persönliche Eignung für das Notaramt dem Kläger vorgezogen habe und daher auch der größeren Ausgewogenheit zwischen theoretischer und praktischer Vorbereitung zugunsten des Klägers keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen habe. Eine Eignungsvermutung zugunsten eines Bewerbers um ein Notaramt bestehe nicht. Erhebliche Zweifel an der persönlichen Eignung seien begründet, wenn es ein Bewerber im Bewerbungsverfahren an der erforderlichen Mitwirkung fehlen lasse und deshalb Zweifel bestünden, ob er im Falle seiner Bestellung zum Notar seinen Amtspflichten gegenüber der Notaraufsicht und der Notarkammer mit der gebotenen Sorgfalt nachkomme. Berechtigte Zweifel an der persönlichen Eignung könnten schon dadurch begründet werden, dass bei dem Bewerber eine sehr nachlässige und mit den Anforderungen an die Tätigkeit als Notar unvereinbare Umgangsweise mit ihm obliegenden Auskunftspflichten zutage getreten sei. Es sei geklärt, dass die im Bewerbungsverfahren von den Notarbewerbern zu beantwortenden Fragen vollständig und richtig zu beantworten seien.

[17] Der Kläger habe die Fragen nach anhängigen oder anhängig gewesenen straf-, disziplinar- oder standesrechtlichen Ermittlungsverfahren sowie nach sonstigen berufsrechtlichen Verfahren weder vollständig noch richtig beantwortet. Die Beantwortung der Frage 4 in der von dem Kläger am 29.09.2008 erhaltenen Selbstauskunft mit „ja“ sei offensichtlich nicht ausreichend gewesen. In dem Formular werde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die gegebenenfalls erkennende Stelle und das Aktenzeichen anzugeben sei. Der Kläger habe dagegen keinerlei Verfahren angegeben, was er in einem weiteren Schreiben vom 01.04.2009 mit einem Gemisch aus Eile, Irrtum und Nachlässigkeit begründet habe. Seine weitere Begründung, er habe im Oktober 2008 drei Wochen Urlaub eingeplant gehabt, erscheine vorgeschoben. Jedenfalls ändere auch eine beruflich besondere Belastung nichts am Maßstab der dem Bewerber obliegenden Sorgfaltspflichten. Das sei letztlich auch bei einem stark beruflich belasteten Notar nicht anders. Darüber hinaus habe der Kläger aber auch in der vom Beklagten eingeforderten Selbstauskunft vom 12.11.2008 keine Verfahrensdaten angegeben, sondern entsprechende Fragen wiederum schlicht mit „ja“ beantwortet. Diese unvollständige Auskunft habe der Kläger offenbar nach seinem Urlaub erteilt und dies könne deshalb auch nicht mit einem besonderen Arbeitsanfall vor Urlaubsantritt entschuldigt werden. Völlig unverständlich sei das Verhalten des Klägers, nachdem er vom Beklagten mit Schreiben vom 30.01.2009 ausdrücklich auf die Unvollständigkeit seiner Selbstauskunft hingewiesen und zur Angabe der erkennenden Stellen und der Aktenzeichen aufgefordert gewesen sei. Warum er hierauf lediglich die Einstellungsnachricht der Generalstaatsanwaltschaft zum Verfahren EV 627/04 übersandt habe, sei nicht nachzuvollziehen. Jedenfalls könne dies nicht damit entschuldigt werden, der Kläger sei davon ausgegangen, dem Beklagten seien entsprechende Verfahren bereits aus der letzten Bewerbungskampagne bekannt gewesen. Dies habe schon deshalb nicht sein können, weil mindestens das bei der Rechtsanwaltskammer geführte Verfahren IV BS 687/07 dort nachträglich anhängig gemacht worden sei. Ungeachtet dessen hätte es dem Kläger auch oblegen, sich bei den Beklagten danach zu erkundigen, ob die weiteren gegen ihn anhängig gewesenen Verfahren bereits bekannt gewesen seien.

[18] Insgesamt habe der Kläger danach im Bewerbungsverfahren einen besonders sorglosen Umgang mit den berechtigten Anfragen des Beklagten gezeigt. Dieser Eindruck werde nur noch dadurch verstärkt, dass der Kläger bereits in entsprechenden Fragen in dem vorangegangenen Bewerbungsverfahren unrichtig mit „nein“ beantwortet gehabt habe und von den Beklagten dort ebenfalls habe aufgefordert werden müssen, sich näher zu erklären.

[19] 2. Ein Grund zur Zulassung der Berufung (§ 124a Abs. 5 Satz 2, § 124 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 111d Satz 2 BNotO) besteht nicht.

[20] Der allein geltend gemachte Zulassungsgrund des Bestehens ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO i.V.m. § 111d Satz 2 BNotO) liegt nicht vor. Dieser Zulassungsgrund setzt voraus, dass der Kläger im Zulassungsverfahren einen einzelnen tragenden Rechtssatz oder eine einzelne erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage

gestellt hat. Zweifel an der Richtigkeit einzelner Rechtssätze oder tatsächlicher Feststellungen füllen den Zulassungsgrund dann nicht aus, wenn solche Zweifel nicht auch die Richtigkeit des Ergebnisses erfassen (Senatsbeschl. v. 24.07.2017 – NotSt(Brfg) 2/17, ZNotP 2017, 1151 m.w.N.).

[21] An diesen Grundsätzen gemessen bestehen keine Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils.

[22] a) Bezüglich der Abweisung des Hauptantrags des Klägers auf Verpflichtung zur Übertragung einer der ausgeschriebenen Notarstellen und des zweiten Hilfsantrags auf Verpflichtung zur Bestellung zum Notar führt der Kläger bereits keine Begründung an, warum ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils bestehen sollen. Insofern fehlt es schon an der erforderlichen Darlegung der Berufungszulassungsgründe nach § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO i.V.m. § 111d Satz 2 BNotO.

[23] b) Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung bestehen auch nicht bezüglich der Abweisung des hilfsweise gestellten Antrags, den Beklagten zu verpflichten, den Antrag des Klägers auf Bestellung zum Notar neu zu bescheiden.

[24] aa) Solche Zweifel ergeben sich nicht aus der Einwendung des Klägers, der Beklagte habe gar keine völlige Neubewertung vorgenommen. Er habe sich nicht auf die im früheren Abschnitt des Verfahrens ermittelten Punktwerte beziehen dürfen.

[25] Die Rüge greift nicht durch. Ausweislich des den Bescheid vom 02.09.2016 vorbereitenden Vermerks des Beklagten vom 12.05.2016 (GA S. 59) ist sich der Beklagte entgegen des Vortrags des Klägers bewusst gewesen, dass eine neue Auswahlentscheidung getroffen werden muss und hiervon die Bewerber zu benachrichtigen sind. Insbesondere die von dem Kläger in seiner Rüge angesprochene Gewichtung der einzelnen Kriterien hat der Beklagte bei seiner Neubewertung im Blick gehabt. Der Beklagte hat die Leistungen und Erfahrungen des Klägers dabei – rechtlich unbedenklich – entsprechend den Maßgaben bewertet, die er in der Stellenausschreibung vom 26.09.2008 angegeben hatte (Amtsblatt Berlin vom 26.09.2008, S. 2281). Die Bewertung der fachlichen Qualifikation anhand eines Punktesystems, insbesondere auch anhand des hier in der Stellenausschreibung genannten, hat der Senat nicht beanstandet (Senatsurt. v. 23.07.2012 – NotZ(Brfg) 7/11 Rn. 11, 3). Es war auch zulässig, im vorangegangenen Auswahlverfahren gewonnene Erkenntnisse in der neuen Auswahlentscheidung durch Bezugnahme auf die frühere Auswahlentscheidung zu berücksichtigen.

[26] bb) Ohne Erfolg macht der Kläger geltend, es hätten ihm 4,6 Punkte zusätzlich für die von ihm als Vertreter der Notarin R. und des Notars M. vorgenommenen Beurkundungen zuerkannt werden müssen. Es seien ihm für insgesamt 23 Beurkundungsvorgänge lediglich 0,2 Sonderpunkte gutgeschrieben worden statt 0,4. Es habe sich jedoch bei diesen 23 Beurkundungen um qualifizierte, nämlich solche mit anschließendem Vollzug bzw. vorangehendem Entwurf gehandelt, weshalb 0,4 Punkte pro Beurkundung hätten gutgebracht werden müssen.

[27] Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils begründet dies nicht. Entsprechend den Angaben in der Stellenausschreibung war der Kläger darauf hingewiesen worden, dass das Vorliegen der Voraussetzungen der Entwurfs- und Vollzugstätigkeit für die höhere Bewertung mit 0,4 Punkten schriftlich darzulegen und zu versichern sei. Daran fehlte es. Eines weiteren Hinweises bedurfte es seitens des Beklagten nicht.

[28] Der Kläger beruft sich zwar darauf, dass die Kopie der Urkundenrolle der Notarin R. hinsichtlich einzelner Eintragungen ausweise, dass eine Beurkundung ohne Entwurf vorgenommen worden sei. Dies allein stellt jedoch keinen hinreichenden Nachweis dar, dass in allen anderen aufgeführten Beurkundungen eine Vollzugstätigkeit oder eine Entwurfstätigkeit vorangegangen sein muss. Ebenso wenig ergibt sich im Gegensatz zur Auffassung des Klägers aus einem Vertretungszeitraum von über zwei Wochen automatisch, dass in allen in dieser Zeit durchgeführten Beurkundungen jeweils eine Entwurfs- oder Vollzugstätigkeit mit vorgenommen worden sein muss, mit der weiteren Folge, dass eine höhere Sonderpunktzahl bei der Punktbewertung für die Ermittlung der fachlichen Eignung anzusetzen wäre.

[29] Eine Ungleichbehandlung bei der Würdigung der Urkundenrollenauszüge in Verfahren anderer Bewerber liegt nicht vor. Der Kläger trägt selbst vor, dass in den anderen Fällen ausdrücklich vermerkt war, in welchen konkreten Fällen Vollzugstätigkeiten durchgeführt oder Entwürfe gefertigt worden waren. Dass der Beweiswert in diesen Fällen anders zu beurteilen ist, liegt auf der Hand.

[30] Schließlich ist nicht dargelegt, dass die Entscheidung des Kammergerichts auf der geltend gemachten unzutreffenden Bewertung der Beurkundungen beruht. Selbst bei Zuerkennung von weiteren 4,6 Punkten ergibt sich immer noch ein Vorsprung von 1,11 Punkten für den Beigeladenen. Wie der Senat bereits entschieden hat, bestehen keine Bedenken, wenn die Justizverwaltung zur Auswahl unter mehreren Bewerbern um eine freie Notarstelle deren fachliche Leistungen nach einem Punktesystem bewertet und grundsätzlich dem danach ermittelten punktestärksten Bewerber den Vorzug gibt (Senatsbeschl. v. 23.07.2007 – NotZ 8/07, NJW-RR 2008, 567 Rn. 11; Senatsbeschl. v. 16.07.2001 – NotZ 5/01, BGHRZ 25740). Besondere Gründe, die ausnahmsweise ein Abweichen von diesem Grundsatz erfordern würden, zeigt der Berufungszulassungsantrag nicht auf.

[31] cc) Die Vergabe von weiteren Sonderpunkten an ihn selbst und auch an den Beigeladenen hat der Kläger nicht in einer die Zulassung der Berufung fördernden Weise angegriffen. Eine hinreichende Darlegung eines Berufungszulassungsgrunds setzt im Regelfall voraus, dass der Zulassungsgrund vom Kläger konkret benannt und näher erläutert wird, aus welchen Gründen er vorliegen soll. Es bedarf einer substantiierten, auf den jeweiligen Zulassungsgrund bezogenen Auseinandersetzung mit der angegriffenen Entscheidung, durch die der Streitstoff entsprechend durchdrungen und aufbereitet wird. Das bloße Benennen eines Zulassungsgrunds genügt dem Darlegungserfordernis aber ebenso wenig wie bloße Wiederholung des erstinstanzlichen Vorbringens oder einer Bezugnahme hierauf (Senatsbeschl. v. 21.11.2011 – NotZ(Brfg) 6/11, NJW-RR

2012, 121 Rn. 5). Insoweit mangelt es im Hinblick auf die Ausführungen des Kammergerichts zu der Vergabe von Sonderpunkten an den Kläger und den Beigeladenen durch den Beklagten an einer hinreichenden Darlegung eines Zulassungsgrunds. Der Kläger führt dazu nichts Substantielles aus.

[32] dd) Es bestehen auch keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angegriffenen Urteils im Hinblick auf den Umstand, dass sowohl der Beklagte als auch das Kammergericht die persönliche Eignung des Klägers schlechter beurteilt haben, als die des Beigeladenen. Hierauf beruht die Entscheidung nicht, da das Urteil und die Auswahlentscheidung bereits durch die bessere fachliche Eignung des Beigeladenen getragen werden. Der Vortrag des Klägers, er habe die unvollständigen Angaben im Bewerbungsverfahren aus einem Gemisch aus Eile, Irrtum und Nachlässigkeit gemacht und sich mit dieser Einlassung das Wohlwollen des Beklagten für sein Bewerbungsverfahren sichern wollen, ist jedoch geeignet, Abstriche bei der Bewertung der persönlichen Eignung zu begründen.

Vollstreckungsrecht

Rechtsnachfolgeklausel bei dinglicher Vollstreckungsunterwerfung

ZPO § 800 Abs. 1, § 727, § 750 Abs. 1

Leitsatz (amtlich):

Die im Grundbuch eingetragene dingliche Unterwerfungserklärung nach § 800 Abs. 1 ZPO macht, wenn die Vollstreckung aus einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld gegen den späteren Eigentümer des Grundstücks betrieben werden soll, eine Rechtsnachfolgeklausel nach § 727 ZPO nicht entbehrlich.

BGH, Beschl. v. 12.04.2018 – V ZB 212/17

Gründe:

[1] I. Die Beteiligte zu 1 betreibt die Zwangsversteigerung der im Eingang dieses Beschlusses genannten Grundstücke der Beteiligten zu 2 und 3 aus einer im Grundbuch mit einem Vermerk „vollstreckbar nach § 800 Abs. 1 ZPO“ eingetragenen Grundschuld über 220.000 €. Grundlage dieser Eintragung war die Grundschuldbestellungsurkunde vom 28.03.2007, in der sich der Voreigentümer des Grundstücks der sofortigen Zwangsvollstreckung in das mit der Grundschuld belastete Eigentum in der Weise unterworfen hatte, dass die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer wegen aller Ansprüche an Kapital und Zinsen aus der Grundschuld zulässig sein soll. Die gegen den Voreigentümer des Grundstücks erteilte vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde wurde den Beteiligten zu 2 und 3 vor Beginn der Zwangsvollstreckung zugestellt, eine Vollstreckungsklausel gegen sie wurde nicht erteilt.

[2] In dem Versteigerungstermin am 23.02.2017 ist die Beteiligte zu 4 Meistbietende geblieben. Durch Beschluss vom selben Tag hat ihr das Vollstreckungsgericht den Zuschlag erteilt. Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 2 und 3 hat das Landgericht den Zuschlagsbeschluss aufgehoben

und die Erteilung des Zuschlags versagt. Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1.

[3] II. Das Beschwerdegericht meint, es liege ein von Amts wegen zu berücksichtigender Versagungsgrund nach § 83 Nr. 6 ZVG vor. Die Zwangsversteigerung der Grundstücke hätte nach § 795, § 750 Abs. 1, § 727 ZPO nur angeordnet werden dürfen, wenn die vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde gegen die Beteiligten zu 2 und 3 als Rechtsnachfolger des in der Urkunde bezeichneten Schuldners erteilt und zugestellt worden wäre. Daran fehle es. Eine Rechtsnachfolgeklausel sei nicht nach § 800 ZPO entbehrlich. Die Vorschrift schließe die allgemeinen Vorschriften der §§ 727, 325 ZPO nicht aus und stehe auch nicht alternativ neben ihnen. Sie enthalte eine Ausnahmeregelung lediglich zu § 750 Abs. 2 ZPO und bezwecke, die Durchsetzung des Rechts des Gläubigers zu erleichtern, indem auch eine Vollstreckung gegen den Rechtsnachfolger des Eigentümers ermöglicht werde. Dass vor diesem Hintergrund § 800 Abs. 1 ZPO praktisch funktionslos sei, weil die Vorschriften der §§ 795, 727, 325 ZPO dies bereits ermöglichten, könne nicht dazu führen, der Regelung einen Sinn beizumessen, der ihr nicht entnommen werden könne.

[4] III. Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige (§ 575 ZPO) Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Rechtsfehlerfrei hat das Beschwerdegericht den Zuschlag auf das in dem Versteigerungstermin am 23.02.2017 abgegebene Meistgebot nach § 83 Nr. 6 ZVG versagt. Es fehlt an den Vollstreckungsvoraussetzungen gem. § 750 Abs. 1 ZPO, weil eine die Beteiligte zu 1 zur Vollstreckung gegen die Beteiligten zu 2 und 3 aus der Grundschuld legitimierende Vollstreckungsklausel nicht erteilt und zugestellt worden ist.

[5] 1. Nach § 750 Abs. 1 ZPO darf die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde (§ 794 Abs. 1 Nr. 5, § 795 ZPO) nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen die sie stattfinden soll, in der Urkunde oder in der ihr beigelegten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind. Daran fehlt es im hier gegebenen Fall der Rechtsnachfolge. Die Grundschuldbestellungsurkunde vom 28.03.2007 erlaubt zwar die Vollstreckung in das Grundstück der Beteiligten zu 2 und 3. Denn die Grundschuld, die der Voreigentümer des Grundstücks bestellt hat, ist nach § 800 ZPO vollstreckbar. Die Grundschuldbestellungsurkunde hätte aber nach § 727, § 795 ZPO mit einer Rechtsnachfolgeklausel gegen die Beteiligten zu 2 und 3 versehen werden müssen. Diese Klausel hätte ihnen vor der Vollstreckung zusammen mit der notariellen Urkunde zugestellt werden müssen (§ 750 Abs. 1 ZPO). Etwas anderes folgt nicht aus § 800 ZPO.

[6] a) Nach § 800 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann sich der Eigentümer in einer notariellen Urkunde (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) in Ansehung einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Weise unterwerfen, dass die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll. Die Unterwerfung bedarf in diesem Fall der Eintragung in das Grundbuch (§ 800 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Die Norm soll es Berechtigten einer Unterwerfungserklärung hinsichtlich der genannten Grundpfandrechte ermög-

lichen, auch gegen einen Rechtsnachfolger des Eigentümers des Grundstücks zu vollstrecken. Die Grundbucheintragung hat Bedeutung für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen gegen den Erwerber des Grundstücks im Falle der Einzelrechtsnachfolge eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilt werden kann (Senat, Beschl. v. 28.09.1989 – V ZB 17/88, BGHZ 108, 372, 375).

[7] b) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde macht die im Grundbuch eingetragene dingliche Unterwerfungserklärung nach § 800 Abs. 1 ZPO, wenn die Vollstreckung aus einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld gegen den späteren Eigentümer des Grundstücks betrieben werden soll, eine Rechtsnachfolgeklausel nach § 727 ZPO nicht entbehrlich.

[8] aa) Allerdings ist das Verhältnis von § 800 ZPO zu den Vorschriften der §§ 325, 727, 795 ZPO umstritten.

[9] Teilweise wird angenommen, eine Klauselerteilung gegen den neuen Eigentümer sei nur unter den Voraussetzungen des § 800 Abs. 1 ZPO zulässig, da die „dingliche Wirkung“ des Titels die Eintragung der Unterwerfungserklärung voraussetze (Gaul/Schilken/Becker-Eberhardt, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., § 13 Rn. 65; Wiczorek/Schützel/Paulus, ZPO, 4. Aufl., § 800 Rn. 5). Die überwiegende Ansicht geht davon aus, dass § 800 ZPO und die Vorschriften der §§ 325, 727 ZPO nebeneinander stehen. Die Vollstreckungsklausel könne gegen den Rechtsnachfolger im Eigentum unabhängig davon erteilt werden, ob die Unterwerfung nach § 800 ZPO erklärt und eingetragen sei oder nicht (OLG Schleswig, SchlHA 2014, 403, 404; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 800 Rn. 1, 8; Saenger/Kindl, ZPO, 7. Aufl., § 800 Rn. 1; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 15. Aufl., § 800 Rn. 2; Prütting/Scheuch, ZPO, 7. Aufl., § 800 Rn. 1; Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, Beurkundungsgesetz, 7. Aufl., § 52 Rn. 29). Die Bedeutung des § 800 Abs. 1 ZPO bestehe darin, die Vollstreckung des dinglichen Anspruchs aus einem Grundpfandrecht zu erleichtern, indem die Vollstreckung gegen einen späteren Eigentümer, abweichend von § 750 Abs. 2 ZPO, nicht die Zustellung der den Erwerb des Eigentums nachweisenden Urkunden erfordere (Zöller/Geimer, ZPO, 32. Aufl., § 800 Rn. 13; HK-ZPO/Kindl, 7. Aufl., § 800 Rn. 1; Schuschke/Walker/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 6. Aufl., § 800 Rn. 1; vgl. aber auch Senat, Beschl. v. 13.10.2016 – V ZB 174/15, BGHZ 212, 264 Rn. 15). Wolfsteiner sieht unter Hinweis darauf, dass es einer Zustellung der Nachweisurkunden nach § 799 ZPO ohnehin nicht bedürfe, die Vorschrift des § 800 ZPO als bedeutungslos an und schlägt vor, sie ersatzlos zu streichen (Wolfsteiner, DNotZ 1999, 306, 232; ders., Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl., § 28 Rn. 28.4 ff.; MüKo/Wolfsteiner, ZPO, 5. Aufl., § 800 Rn. 1).

[10] bb) Der Senat muss diesen Meinungsstreit hier nicht entscheiden. Von der Frage, ob die Vollstreckung aus der Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO gegen den späteren Eigentümer die – hier gegebene – Erklärung und Eintragung der Unterwerfung nach § 800 ZPO in das Grundbuch voraussetzt, ist die Frage zu trennen, ob die Vollstreckungsunterwerfung nach § 800 ZPO von den weiteren Voraussetzungen nach § 750 Abs. 1 ZPO und damit von der Rechtsnachfolgeklausel gem. § 727 ZPO entbindet. Das ist nicht der Fall.

[11] (1) Nach einhelliger Ansicht bedarf es für eine Zwangsvollstreckung aus einer nach § 800 ZPO vollstreckbaren Urkunde über die Bestellung eines Grundpfandrechts gegen den späteren Eigentümer des Grundstücks nach § 750 Abs. 1 u. 2 ZPO der Erteilung und Zustellung einer Rechtsnachfolgeklausel nach § 727 ZPO (vgl. BayObLG, DNotZ 1959, 402, 403; LG Frankfurt, ZIP 1983, 1516, 1517; DNotI-Report 1995, 68, 69; DNotI-Report 2003, 45, 46; Zöller/Geimer, ZPO, 32. Aufl., § 800 Rn. 13; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 800 Rn. 8; Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, Beurkundungsgesetz, 7. Aufl., § 52 Rn. 29; Gaul/Schilken/Becker-Eberhardt, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., § 13 Rn. 65; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl., § 28 Rn. 28.11; ders., DNotZ 1999, 307, 320; Scheel, NotBZ 2001, 248, 253).

[12] (2) Diese Ansicht ist richtig. Der spätere Eigentümer ist vollstreckungsrechtlich Rechtsnachfolger. Die Zwangsvollstreckung aus der Unterwerfungserklärung nach § 800 ZPO kann gegen ihn nur erfolgen, wenn die Rechtsnachfolgeklausel gem. § 727 ZPO erteilt und ihm zugestellt wurde. Das folgt aus dem Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 800 Abs. 1 ZPO.

[13] § 800 ZPO soll dem Gläubiger des dinglichen Anspruchs aus einem Grundpfandrecht die Vollstreckung gegen den im Grundbuch eingetragenen späteren Eigentümer ermöglichen, indem dem Grundstückseigentümer gestattet wird, sich wegen dieser Ansprüche der sofortigen Zwangsvollstreckung zulasten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks zu unterwerfen. Der historische Gesetzgeber sah es als ungeklärt an, inwieweit die Vorschriften, welche für die Vollstreckbarkeit des Urteils gegen einen Sondernachfolger des Schuldners gelten, gem. § 703 CPO (§ 795 Satz 1 ZPO) bei anderen vollstreckbaren Titeln, insbesondere bei einer nach § 702 Nr. 5 CPO (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) aufgenommenen Hypothekenurkunde, zur entsprechenden Anwendung gelangen. Aus diesem Grund wurde die Unterwerfungserklärung nach § 705b Abs. 1 CPO (§ 800 Abs. 1 Satz 1 ZPO) geschaffen. Mit dem Erfordernis einer entsprechenden Eintragung in das Grundbuch soll der Erwerber davor geschützt werden, das Grundstück ohne Kenntnis von der Unterwerfungserklärung zu erwerben (vgl. Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 8, 1898, S. 150). An den allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung nach § 750 ZPO hat der Gesetzgeber, anders als die Rechtsbeschwerde meint, nichts geändert, mit der Ausnahme, dass nach § 800 Abs. 2 ZPO die Zwangsvollstreckung gegen einen späteren Eigentümer abweichend von § 750 Abs. 2 ZPO nicht der Zustellung der den Erwerb des Eigentums nachweisenden Urkunden bedarf. Er hat zudem für die in § 797 Abs. 5 ZPO bezeichneten, die Erteilung der Vollstreckungsklausel betreffenden Klagen eine ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts, in dessen Bezirk das Grundstück belegen ist, angeordnet (§ 800 Abs. 3 ZPO). Daraus folgt, dass § 750 Abs. 1 ZPO weiter gilt. Das erfordert die namentliche Bezeichnung des neuen Grundstückseigentümers als Rechtsnachfolger in der Klausel nach § 727 ZPO und deren Zustellung.

[14] 2. Auf die Frage, ob die Beteiligten zu 2 und 3 sich in der notariellen Kaufvertragsurkunde vom 28.04.2011, aufgrund derer sie die Grundstücke von dem Voreigentümer erwarben, wegen des dinglichen Anspruchs aus der Grundschuld der

sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen haben, kommt es, anders als die Rechtsbeschwerde meint, nicht an. Denn auf dieser Grundlage ist die Zwangsversteigerung nicht angeordnet worden.

[15] 3. Die Rechtsbeschwerde macht auch ohne Erfolg geltend, der Einwand, es fehle in Bezug auf die notarielle Unterwerfungserklärung (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) an einer titelumschreibenden Klausel gegen den Schuldner als Rechtsnachfolger (§ 727 ZPO), verstoße gegen § 242 BGB, wenn – wie hier – der Schuldner in einer anderen Urkunde für dieselbe Schuld die persönliche Haftung übernommen und sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterworfen habe, so dass jedenfalls auf dieser Grundlage die durchgeführte Vollstreckung ohne Weiteres hätte betrieben werden können.

[16] a) Zwar kann die Berufung auf ein Recht den – auch im Zwangsvollstreckungsverfahren geltenden – Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen und damit rechtsmissbräuchlich sein. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn ein berechtigtes Eigeninteresse an der Durchsetzung der in Anspruch genommenen Rechtsposition fehlt, etwa weil diese nur (noch) formal besteht (vgl. Senat, Beschl. v. 10.06.2010 – V ZB 192/09, WM 2010, 1703 Rn. 12; Beschl. v. 12.07.2012 – V ZB 130/11, WM 2012, 1867 Rn. 11; BGH, Beschl. v. 14.08.2008 – I ZB 39/08, WM

2008, 2026 Rn. 10; Beschl. v. 17.05.2017 – VII ZB 64/15, WM 2017, 1261 Rn. 16).

[17] b) Eine Person, gegen die die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, beruft sich jedoch nicht auf eine nur formale Rechtsstellung, wenn sie geltend macht, die Zwangsvollstreckung sei nach § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO unzulässig, weil sie in dem Titel oder der Klausel namentlich nicht bezeichnet sei. Die Bestimmung des § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO sichert nicht lediglich die Einhaltung einer Formalität, sondern gewährleistet, dass staatlicher Zwang nur zur Durchsetzung eines urkundlich bereits ausgewiesenen Anspruchs gegen die in dem Titel oder der Klausel genannten Personen ausgeübt wird (vgl. BGH, Beschl. v. 25.06.2004 – IXa ZB 29/04, BGHZ 159, 383, 385 f.; Beschl. v. 29.05.2008 – IX ZB 102/07, BGHZ 177, 12 Rn. 14; Beschl. v. 14.08.2008 – I ZB 39/08, NZM 2008, 805 Rn. 10). So ist es auch hier. Dass die Beteiligte zu 1 die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Kaufvertragsurkunde gegen die Beteiligten zu 2 und 3 wegen der persönlichen Haftung aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis (§ 780 BGB) hätte betreiben können, führt nicht dazu, dass sich das Erfordernis einer Vollstreckungsklausel für die Vollstreckung aus dem dinglichen Recht als rechtsmissbräuchlich erweist. Das würde zu einem unzulässigen Austausch des Vollstreckungstitels und damit des Anspruchs führen, dessentwegen die Zwangsversteigerung in die Grundstücke der Beteiligten zu 2 und 3 angeordnet wurde.

Kostenecke

Entscheidungen zum Kostenrecht

Ermittlung des Grundstückswerts nach § 46 GNotKG

1. Innerhalb von § 46 GNotKG besteht kein Rangverhältnis in dem Sinn, dass die in § 46 Abs. 2 GNotKG genannten Bewertungsgrundlagen generell Vorrang haben oder die Möglichkeit zur Verkehrswertbestimmung anhand der dort aufgezählten Beurteilungskriterien einen Rückgriff auf Erkenntnisse zum Grundstückswert gem. § 46 Abs. 3 GNotKG generell oder auch nur regelmäßig entbehrlich macht. (Rn. 13)

2. Anders als im Rahmen von § 46 Abs. 2 GNotKG besteht zwar ein Ermessen, ob bei der Schätzung auf Erkenntnisse nach § 46 Abs. 3 GNotKG zurückgegriffen wird. Es erfordert aber eine pflichtgemäße Ermessensausübung und damit sachlicher Gründe, dies im Einzelfall abzulehnen. Dass regelmäßig Gründe für eine Nichtberücksichtigung von für Zwecke der Steuererhebung fest-

gesetzten Werten i.S.v. § 46 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GNotKG gegeben sind, lässt sich nicht begründen. (Rn. 14)

OLG Nürnberg, Beschl. v. 17.08.2018 – Az. 15 W 86/18

Zum Sachverhalt:

Mit notarieller Urkunde vom 22.11.2016 (Notar M., Urkunden-Nr. .../2016) überließ die Beschwerdeführerin schenkungsweise das im Grundbuch des Amtsgerichts Cham von Waldmünchen auf Blatt ... vorgetragene Grundstück an die Beteiligten zu 2) und zu 3) je zur Hälfte. Die Beteiligten erklärten die Auflassung und bewilligten und beantragten die Eintragung des Eigentumsübergangs in das Grundbuch. Gegenüber dem Urkundsnotar erklärten die Beteiligten im

Rahmen der Beurkundung, dass der Verkehrswert des übertragenen Grundbesitzes ca. 110.000 € betrage. Dies entspricht dem doppelten Betrag, zu dessen Bezahlung sich die Beschwerdeführerin gemäß einer notariellen Urkunde vom 12.08.2015 (Notar M. Urkunden-Nr. .../2015) als Wertausgleich für die Überlassung des hälftigen Miteigentumsanteils gegenüber ihrem Miterben im Rahmen einer Teil-Erbauseinandersetzung des Nachlasses des Erblassers P. verpflichtet hatte.

Die Auffassung an die Beteiligten zu 2) und 3) wurde am 14.03.2017 in das Grundbuch gemäß einem Antrag vom 03.01.2017 eingetragen. Seiner Kostenrechnung dafür vom 21.03.2017 legte das Grundbuchamt einen Wert von 223.538,00 € zugrunde.

Mit Schreiben vom 05.04.2017 bat die Beschwerdeführerin um Überprüfung dieses Wertes und legte ein Schreiben vom 24.02.2015 eines Maklerunternehmens vor. In diesem heißt es: „(...) nach heutiger Markteinschätzung (...) liegt der Verkaufspreis des Zweifamilienhauses in Waldmünchen zwischen Euro 100.000,- und 110.000,-“. In der Antwort vom 19.04.2017 wies das Grundbuchamt die Beschwerdeführerin unter Bezugnahme auf die Nachlassakte des Erblassers P. darauf hin, dass dort der Verkehrswert anhand der Brandversicherungspolice mit 223.538,40 € berechnet und dieser Betrag auch der Kostenrechnung für die Eintragung vom 14.03.2017 zugrunde gelegt worden sei. Hierauf legte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 03.05.2017 Erinnerung gegen die Kostenberechnung ein, der sie u.a. einen Bescheid über die „gesonderte Feststellung des Grundbesitzwertes“ des Finanzamtes Cham beifügte, in dem der verfahrensgegenständliche Grundbesitz zum Stichtag 11.01.2014 mit 120.664 € bewertet wurde.

In seiner Stellungnahme vom 29.05.2017 wies der Bezirksrevisor beim Landgericht Regensburg darauf hin, dass die Erinnerung der Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Zielrichtung als Antrag auf gerichtliche Wertfestsetzung umzudeuten sei. Im Vorgriff darauf beantragte er als Vertreter der Staatskasse, den Wert auf 237.783,20 € festzusetzen. Zur Begründung verwies der Bezirksrevisor auf die Berechnung des Grundstückswertes ausgehend vom Gebäudebrandversicherungswert. Der von den Finanzbehörden ermittelte Werte genieße – so der Bezirksrevisor – demgegenüber kein Vorrang. Maklerauskünfte seien als Grundlage der Wertfestsetzung nicht geeignet.

In der Folge setzte das Grundbuchamt den „Geschäftswert für den Schenkungsvertrag vom 22.11.2016, URNr .../2016, Notar M.“ (zuletzt) mit Beschluss vom 17.11.2017 auf 237.783,20 € fest. Zur Begründung verwies es auf den Wert, der sich anhand des Gebäudebrandversicherungswertes ergebe, und nahm auf die Ausführungen des Bezirksrevisors Bezug. Die Entscheidung wurde der Beschwerdeführerin am 22.11.2017 zugestellt.

Gegen diese wandte sich die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 06.01.2018, das am 09.01.2018 beim Grundbuchamt eingegangen ist. Sie vertritt die Auffassung, dass der Verkehrswert des von ihr verschenkten Grundstückes bei ca. 110.000 € liege.

Am 09.01.2018 entschied das Grundbuchamt, der Beschwerde nicht abzuhelpfen.

Aus den Gründen:

Die gem. § 83 Abs. 1 Satz 1 GNotKG statthafte und auch im Übrigen zulässige, insbesondere innerhalb des Frist gem. § 83 Abs. 1 Satz 3, § 79 Abs. 2 Satz 2 GNotKG eingelegte Beschwerde gegen den Beschluss vom 17.11.2017 hat in Sache nur teilweise Erfolg. Der Geschäftswert für die Eigentumsübertragung ist auf der Grundlage von § 46 GNotKG auf 150.000 € festzusetzen.

1. Im Anwendungsbereich des GNotKG richtet sich die Bewertung von Sachen – auch von Grundbesitz – nach § 46 Abs. 1 GNotKG. Maßgeblich ist danach der Verkehrswert. Dies ist nach der Legaldefinition der Preis einer Sache, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit der Sache unter Berücksichtigung aller den Preis beeinflussenden Umstände bei einer Veräußerung zu erzielen wäre.

Steht der Verkehrswert (noch) nicht bereits fest, ist er zu bestimmen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Verkehrswert einer Sache kein exakt mathematisch zu ermittelnder Betrag ist. Vielmehr lässt er sich immer nur näherungsweise schätzen, weshalb seine Bestimmung im Ergebnis stets eine Ermessensentscheidung i.S.d. § 36 Abs. 1 GNotKG ist. Schätzungen sind ihrem Wesen nach dabei einer exakten Begründung nicht zugänglich (BGH, Urt. v. 23.11.1962 – V ZR 148/60 –, abgedruckt in: MDR 1963, 396).

Der zu treffenden Ermessensentscheidung hat der Gesetzgeber dabei Grenzen gesetzt. Er hat in § 46 GNotKG bestimmte Kriterien vorgegeben, aufgrund derer der Verkehrswert zu bestimmen ist bzw. die bei der Bestimmung des Verkehrswertes herangezogen werden können. Zwar mag es sein, dass § 46 Abs. 1 GNotKG das Prinzip beschreibt, dass der Verkehrswert von allen Preisumständen bestimmt wird. Die in § 46 Abs. 2 bzw. Abs. 3 GNotKG genannten Beurteilungsgrundlagen sind – wie sich aus dem Gesetzeszweck ergibt – dennoch nicht lediglich eine beispielhafte Darstellung (a.A. Hartmann, Kosten-gesetze, 48. Aufl., § 46 GNotKG Rn. 6; *Soutier*, in: BeckOK, Kostenrecht, 22. Edition, § 46 GNotKG Rn. 9). Denn die Intention des Gesetzgebers war es, durch die Regelung die Wertbestimmung in der Praxis zu erleichtern, indem die Kriterien für die Ermittlung des Verkehrswertes abschließend in den Abs. 2 und 3 aufgezählt werden (BT-Drucks. 17/11471, S. 167). Dadurch soll ein gewisses Maß an Flexibilität bei der Wertermittlung, verbunden mit einer Überprüfbarkeit durch die Rechtsmittelgerichte auf Ermessensfehler, sichergestellt, aber andererseits ein unverhältnismäßiger Aufwand verhindert werden. Gerade im Hinblick darauf ist das in § 19 KostO noch genannte offene Bewertungskriterium „sonstige ausreichende Anhaltspunkte“ entfallen.

§ 46 Abs. 3 GNotKG enthält keine abschließende Spezialregelung für Grundstücke. Vielmehr sind die dort genannten Umstände nur zusätzlich zu den allgemeinen Regeln der Verkehrswertbestimmung heranzuziehen. Dies kommt bereits durch die Formulierung „können auch herangezogen“ werden zum Ausdruck.

Es besteht aber andererseits kein Rangverhältnis in dem Sinn, dass die in § 46 Abs. 2 GNotKG genannten Bewertungsgrundlagen generell Vorrang haben oder die Möglichkeit zur Verkehrswertbestimmung anhand der dort aufgezählten

Beurteilungskriterien einen Rückgriff auf Erkenntnisse zum Grundstückswert gem. § 46 Abs. 3 GNotKG generell oder auch nur regelmäßig entbehrlich macht. Soweit sich aus der Entscheidung des OLG München vom 03.05.2016 – 34 Wx 7/16 – (oder aus einer der Folgeentscheidung) etwas Gegenteiliges ergeben sollte, folgt der Senat dieser Auffassung nicht. Die Regelung des § 46 GNotKG beschreibt in ihren Abs. 2 und 3 keine „Haupt-“ und „Hilfskriterien“. Denn es liefe nicht nur dem Wesen einer Ermessensentscheidung zuwider, Entscheidungserhebliches, soweit es herangezogen werden kann, unberücksichtigt zu lassen. Ein solches Rangverhältnis stünde auch im unvereinbaren Widerspruch mit der eindeutig beschriebenen Intention des Gesetzgebers, dass Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 die maßgebliche Vorschrift für die Wertermittlung von Grundstücken sein soll (BT-Drucks. 17/11471, 167).

Vor diesem Hintergrund ist der Wortlaut des § 46 Abs. 3 GNotKG auszulegen. Anders als im Rahmen von § 46 Abs. 2 GNotKG besteht zwar ein Ermessen, ob bei der Schätzung auf Erkenntnisse nach § 46 Abs. 3 GNotKG zurückgegriffen wird. Es erfordert aber eine pflichtgemäße Ermessensausübung und damit sachlicher Gründe, dies im Einzelfall abzulehnen.

Dass Gründe für eine Nichtberücksichtigung von für Zwecke der Steuererhebung festgesetzten Werten i.S.v. § 46 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GNotKG regelmäßig gegeben sind, lässt sich nicht begründen. Insbesondere bildet die Wertermittlung der Finanzbehörden auf der Grundlage des Bewertungsgesetz keinesfalls zwingend weniger zuverlässig die Wertverhältnisse ab als die – ggf. gem. § 46 Abs. 2 Nr. 3 GNotKG zu berücksichtigende – Ermittlung des Wertes von bebaute Grundbesitz unter Heranziehung des aus dem Brandversicherungswert ermittelten Gebäudewertes zuzüglich des nur für unbebaute Grundstücke geltende Bodenrichtwertes. Der Verkehrswert eines bebauten Grundstückes wird bei beiden Berechnungsmethoden jeweils mehr oder minder schematisch unter Berücksichtigung von pauschalen Abschlägen berechnet. Bei der Berechnung anhand der Brandversicherungssumme kommt hinzu, dass diese im Ergebnis auf der individuellen Einschätzung des Gebäudewertes zum Zeitpunkt des Abschlusses der Brandversicherung beruht (vgl. BayObLG, Beschl. v. 09.02.1984 – 1 Z 86/83 –, abgedruckt in: JurBüro 1984, 904) und der Vielfältigkeit sich nach einer groben Gebäudeartenteilung richtet.

2. Ausgehend davon ergibt sich im vorliegenden Fall das Folgende: Die Beteiligten haben in der Urkunde von 22.11.2016 zum Verkehrswert des übertragenen Grundbesitzes Angaben gemacht. Diese sind gem. § 46 Abs. 2 Nr. 2 GNotKG zu beachten. Zwar liefert die Berechnung des Wertes anhand des sich aus der Nachlassakte ergebenden Brandversicherungswertes (rund 238.000 €) gem. § 46 Abs. 2 Nr. 3 GNotKG zu berücksichtigende Anhaltspunkte dafür, dass die Angaben der Beteiligten deutlich zu niedrig sind. Dies wird allerdings durch den gem. § 46 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GNotKG heranzuziehenden Bescheid über die gesonderte Feststellung des Grundbesitzwertes (rund 121.000 €) erheblich relativiert, zumal der Bewertungsstichtag 11.01.2014 (noch) in zeitlicher Nähe zum Eintragungszeitpunkt (14.03.2017) liegt. Unter Zugrundelegung aller Gesichtspunkte ist im Rahmen der vorzunehmenden Schätzung die Anhebung des von den Beteiligten angegebenen Wertes von 110.000 € auf 150.000 €

angezeigt. Dies entspricht rund 1/3 der Differenz zwischen dem höchsten Wert von 238.000 € und dem niedrigsten Wert von 110.000 € und rechtfertigt sich einerseits dadurch, dass der weitere zu beachtende Wert von 120.000 € nah am niedrigsten Wert liegt, andererseits die erhebliche Differenz zwischen dem niedrigsten und dem höchsten Wert angemessenen Berücksichtigung finden muss. Der Wert von 150.000 € stimmt dabei mit den übrigen Erkenntnissen des Senats in Bezug auf Grundstückswerte überein.

3. Das Verfahren ist gebührenfrei; Kosten werden nicht erstattet, § 83 Abs. 3 GNotKG.

Anmerkung:

Der Entscheidung des Gerichts ist hinsichtlich der Beurteilung des Verhältnisses der Bewertungskriterien in § 46 Abs. 2 und 3 GNotKG zuzustimmen. Die Bewertung als solche jedoch ist zweifelhaft, werden hier doch Näherungs- und Mittelwerte aus völlig zusammenhanglosen Beträgen gebildet. Würde man dem folgen, wäre die Geschäftswertermittlung durch Notar bzw. Kostenbeamten ein recht willkürliches Geschäft.

§ 46 GNotKG ist die für bewegliche und unbewegliche Gegenstände maßgebliche Bewertungsvorschrift. Nach dessen Abs. 1 wird „[d]er Wert einer Sache (...) durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit der Sache unter Berücksichtigung aller den Preis beeinflussenden Umstände bei einer Veräußerung zu erzielen wäre (Verkehrswert)“. In den Abs. 2 und 3 der Vorschrift sind die bei der Bestimmung des Verkehrswerts heranzuziehenden Umstände abschließend aufgelistet. Wie das OLG Nürnberg – insofern der Literatur und der bereits im Juni 2016 ergangenen Entscheidung des OLG München folgend (vgl. ZNotP 2016, 165 mit Anm. Fackelmann) – richtig feststellt, besteht zwischen den in § 46 Abs. 2 enthaltenen – und sowohl auf bewegliche als auch auf unbewegliche Sachen anwendbaren – Kriterien und den in § 46 Abs. 3 für unbewegliche Gegenstände ergänzend heranzuziehenden Gesichtspunkten kein Rangverhältnis.

Damit endet allerdings die Zustimmung zur Entscheidung des OLG Nürnberg. Hinsichtlich der Heranziehung von Steuerwerten als Geschäftswert hat das OLG München in der vorgenannten Entscheidung (vorsichtig) ausgeführt, diese gäben im Regelfall keine Erkenntnisse über die wahren Wertverhältnisse der Sache (a.a.O., S. 165): „Kann der Wert bereits anhand der Kriterien nach Abs. 2 bestimmt werden, bedarf es in aller Regel keines Rückgriffs mehr auf die in Abs. 3 angeführten Kriterien, namentlich nicht auf für Zwecke der Steuererhebung (Erbschafts- oder Schenkungssteuer) festgesetzte oder angemeldete Werte (vgl. Fackelmann GNotKG § 46 Rn. 64; Korintenberg/Tiedtke GNotKG 19. Aufl. § 46 Rn. 14), die die wahren Wertverhältnisse nicht stets zuverlässig wiedergeben (vgl. Hartmann § 46 GNotKG Rn. 17: „ziemlich verschleiertes Bild der wahren Wertverhältnisse“). Aus unterschiedlichen Gründen – z. B. fehlende zeitnahe Feststellungen der Steuerbehörden (Bayer. Notarkasse, Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. Rn. 1562; Fackelmann § 46 Rn. 70), fehlende Abbildung des Verkehrswerts (Korintenberg/Tiedtke § 46 Rn. 14) – dürften Werte nach § 46 Abs. 3 Nr. 3 GNotKG in der Praxis der Grundbuchäm-

ter nicht die primäre und schon gar nicht die ausschließliche Erkenntnisquelle bilden.“

Die Meinung des OLG Nürnberg, auch die sonstigen Berechnungsmethoden (Berechnung aufgrund Brandversicherungswerten etc.) führten nicht zwingend stets zu einem „exakten“ Verkehrswert, weshalb die Steuerwerte zu berücksichtigen seien, sollte nicht als Argumentation missverstanden werden: Defizite des einen sind kein Beweis oder gar Anhaltspunkt für die Qualität des anderen Verfahrens. Wer mit Bewertungen der Finanzverwaltung regelmäßig zu tun hat, weiß, dass sie in aller Regel ganz erheblich unter dem Verkehrswert liegen: Die Bewertungsmaßstäbe der §§ 176 ff. BewG (Vergleichsverfahren, Ertragswertverfahren, Sachwertverfahren) sind nicht identisch mit denen des GNotKG (vgl. BeckOK KostR/*Soutier* GNotKG § 46 Rn. 34). Insbesondere das bei Mietobjekten angewandte Ertragswertverfahren hat in einem aufgeheizten Immobilienmarkt, wie er derzeit im weit überwiegenden Teil unseres Landes festzustellen ist, aufgrund zu niedriger Multiplikatoren mit den tatsächlichen Marktverhältnissen – ergo mit dem Verkehrswert – wenig bis nichts zu tun.

Die Ermessensausübung, die das OLG Nürnberg daraufhin anstellt, ist hingegen gar nicht mehr nachvollziehbar: Warum es pflichtgemäßer Ermessensausübung entsprechen soll, völlig unterschiedliche Bewertungsmethoden nebeneinander zu stellen – im Ergebnis also zunächst einmal alle Bewertungsmethoden parallel anzuwenden –, um dann den von den Beteiligten (zu niedrig) angegebenen Wert um „1/3 der Differenz zwischen dem höchsten Wert (...) und dem niedrigsten Wert“ auf den letztlich anzunehmenden Geschäftswert anzuheben, entbehrt jeder nachvollziehbaren Begründung. So führt das Gericht aus, der zu beachtende Wert von 120.000 € (also der durch die Finanzverwaltung angenommener Wert) liege „nah am niedrigsten Wert“ (also der Angabe der Beteiligten). Wenn jedoch beide Werte fehlerhaft sind, was hier angesichts der oft kostenbewussten Angaben der Beteiligten und der

oben bereits beschriebenen Unzuverlässigkeit von Steuerwerten nahe liegt, kommt beiden Werten keine Bedeutung zu. Warum zudem „die erhebliche Differenz zwischen dem niedrigsten und dem höchsten Wert angemessen Berücksichtigung finden muss“, entzieht sich ebenfalls einer nachvollziehbaren Logik: Die Angaben der Beteiligten sind aus praktischer Erfahrung meist deutlich zu niedrig, haben sie doch in aller Regel Kenntnis davon, dass sowohl Notar- als auch Grundbuchgebühren umso niedriger ausfallen, je geringer der Wert des Grundbesitzes angesetzt wird.

Insgesamt erscheint die durch das OLG Nürnberg vorgenommene Bewertung eher aus der Luft gegriffen: Man hätte ebenso gut einen Mittelwert zwischen dem hohen Brandversicherungswert (ca. 223.000 €) und niedrigem Steuerwert (ca. 120.000 €) annehmen können, was 170.000 € ergeben hätte. Zudem legt die Herangehensweise des Gerichts den falschen Schluss nahe, man müsse alle Bewertungsmethoden durchgehen, um auch den niedrigsten Wert ermitteln zu können, der dann in die Bewertung auf irgend eine Weise einfließen müsse. Dies legt das Gesetz an keiner Stelle nahe; die Bewertungsmethoden stehen vielmehr grundsätzlich gleichberechtigt nebeneinander. Klar ist jedenfalls (vgl. bereits *Fackelmann* a.a.O.): Der mit der durch das Gericht nahegelegten Vorgehensweise verbundene, zusätzliche Verwaltungsaufwand für Grundbuchämter, Finanzverwaltung und Notare steht in keinem Verhältnis zu dem zu erwartenden Erkenntnisgewinn.

Tatsächlich spricht nichts dagegen, das Ergebnis einer Bewertungsmethode anzunehmen, ohne dieses einer Gegenprobe mit allen übrigen in § 46 Abs. 2 und 3 genannten Bewertungsmethoden zu unterziehen – jedenfalls, sofern keine Anhaltspunkte vorliegen, nach denen die daraus entwickelte Berechnung des aktuellen Wertes fehlerhaft wäre (vgl. OLG München a.a.O.).

Notar Dr. Christian Fackelmann, Bad Staffelstein

ZNotP-Fragezeichen

Antworten

1. a) Der Alleineigentümer kann an einem ideellen Bruchteil einen Nießbrauch bestellen; eine Beschränkung wie bei § 1114 BGB fehlt (vgl. Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 15. Auflage, RN. 1366).
2. b) E könnte als Tochter von S aufgrund der Auslegungsregelung des 2069 BGB zur Nacherbfolge gelangen. Nach der Rechtsprechung des BGH greift aber § 2069 BGB nicht ein, wenn der eingesetzte Nacherbe die Nacherbschaft ausschlägt, um den Pflichtteil zu verlangen (BGHZ 33, 60 ff.).