

Inhalt

Notarrecht

Verbraucherschutz im Beurkundungsverfahren	122
<i>von Notar Stefan Heinze, Moers</i>	

Grundstücksrecht

Entwicklungen beim Erbbaurecht und Wohnungseigentum 2011/2012 – Teil 1	128
<i>von Professor Roland Böttcher, Berlin</i>	
„Vertikale“ Teilung von Gesamtgrundschulden?	140
<i>von Notar Dr. Werner Renaud, Stuttgart</i>	

Steuerrecht

Die Ausnutzung einer steuerlichen Verwaltungsanweisung als Geschäftsmodell	143
<i>von Steuerberater/Dipl.-Finanzwirt Peter Hutmacher, Heinsberg</i>	

ZNotP-Fragezeichen

In dieser Rubrik möchten wir Sie auf mögliche Fehler- und Gefahrenquellen aufmerksam machen.	
Die Antworten finden Sie auf S. 160	145

ZNotP-Rechtsprechungsreport

Vertragsrecht

Fehlende Baugenehmigung als Sachmangel	
<i>BGH, Urt. v. 12. 4. 2013 – V ZR 266/11</i>	145

Grundstücksrecht

Pflichten des Sicherungsnehmers nach Wegfall des Sicherungszwecks	
<i>BGH, Urt. v. 19. 4. 2013 – V ZR 47/12</i>	147
Löschung eines Erbbaurechts bei Zeitablauf	
<i>BGH, Beschl. v. 11. 4. 2013 – V ZB 109/12</i>	150
Rechtsposition eines Zwischenrechts bei späteren Rangänderungen	
<i>BGH, Beschl. v. 28. 2. 2013 – V ZB 18/12</i>	152

Erbrecht

Verjährung des Pflichtteilsanspruchs unabhängig von der Kenntnis des Nachlassbestandes	
<i>BGH, Urt. v. 16. 1. 2013 – IV ZR 232/12</i>	156

ZNotP-Kostenecke

Entscheidungen zum Kostenrecht

Auftrag zur Ergänzung eines dem Notar vorgelegten Entwurfs	
<i>OLG München, Beschl. v. 22. 8. 2012 – 31 Wx 189/12</i>	159

Notarrecht

Verbraucherschutz im Beurkundungsverfahren

Die neuesten Entwicklungen zu § 17 Abs. 2a BeurkG – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 7.2.2013 – III ZR 121/12, ZNotP 2013, 74

von Notar Stefan Heinze, Moers

§ 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG ist in nahezu jedem Notariat von großer praktischer Bedeutung. Dennoch besteht Anlass, der Vorschrift einen Beitrag zu widmen. Zum einen hat der BGH erstmals zur Zweiwochenfrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in einem Notarhaftungsfall Stellung genommen. Des Weiteren hat der Bundestag am 18.4.2013 das „Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren“ beschlossen. Durch dieses Gesetz wird insbesondere die Möglichkeit ausgeschlossen, die nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG bereits jetzt gebotene Textübersendung dem Unternehmer zu überlassen. Nachstehend sollen die Entscheidung sowie die Neuregelung besprochen werden.

I. Gegenstand und Inhalt des besprochenen BGH-Urteils

Der vom BGH zu beurteilende Sachverhalt ist leicht zu verstehen: Der beklagte Notar beurkundete einen Verbrauchervertrag i.S.d. § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG. Entgegen § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG war dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts nicht 2 Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt worden. Der Notar dokumentierte die Nichteinhaltung der Frist in einem ausführlichen Vermerk, mit welchem er den Verbraucher u.a. vor den wirtschaftlichen Konsequenzen warnte und das Abwarten der Frist nahe gelegt hatte; gleichwohl bestand der Verbraucher auf der sofortigen Beurkundung. Der Verbraucher hielt kurz darauf den Vertrag für wirtschaftlich nachteilig und verhandelte mit dem Verkäufer über die Vertragsaufhebung. Er erreichte diese Vertragsaufhebung nur gegen Zahlung einer Geldsumme, deren Erstattung er im Notarhaftungsprozess geltend machte. Darüber hinaus begehrte er auch den Ersatz der Notarkosten, die er an den Verkäufer zahlen musste, nachdem der Notar den Verkäufer als Kostenschuldner in Anspruch genommen hatte.

Obwohl der Vermerk des Notars nach Auffassung der Vorinstanz „die mit der Beurkundung einhergehenden wirtschaftlichen Risiken umfassend aufzeigte und so ein deutliches Warnzeichen setzte“,¹ beseitigte er die Amtspflichtverletzung nicht. Im Unterschied zu den Vorinstanzen sah der BGH jedoch den Fall als (zum Nachteil des beklagten Notars) entscheidungsreif an, da nach Einschätzung des BGH der Zurechnungszusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden durch den Abschluss eines Vergleichs zwischen Verkäufer und Käufer nicht aufgehoben worden sei.

An dieser Stelle soll die Frage, nicht erörtert werden, unter welchen Voraussetzungen der Zurechnungszusammenhang durch ein Verhalten des Anspruchsstellers bei § 19 BNotO unterbrochen wird. Hierfür sind weitgehend einzelfallbezogene Umstände ausschlaggebend, die der Notar häufig nicht beeinflussen kann. Die Entscheidung soll nur unter dem Gesichtspunkt des § 17 Abs. 2a BeurkG untersucht werden.

Lediglich zu einem möglichen Mitverschulden gem. § 254 Abs. 1 BGB erscheint hier ein Kommentar angebracht.

II. Würdigung der Entscheidung

1. Zur Unverzichtbarkeit der Zweiwochenfrist

Der BGH bekräftigt im Sinne der h.M.,² dass § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG zwingend ist. Damit kann auf die Einhaltung der Frist im Regelfall auch dann nicht verzichtet werden, wenn die Beteiligten dies übereinstimmend wünschen. Der erkennende Senat hielt es nicht für erforderlich, sich mit den Argumenten der Gegenauffassung auseinanderzusetzen.³ Deren Vertreter verweisen auf die Urkundsgewährungspflicht aus § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO sowie das Selbstbestimmungsrecht des Verbrauchers.⁴ Aber man kann die Entscheidung des BGH auch gegen diese Einwände verteidigen: Zum ersten dürfte die Nichtbeachtung der Zweiwochenfrist (ohne Vorliegen eines Ausnahmefalls) ein ausreichender Grund gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO sein. Zum zweiten wird man die Zweiwochenfrist als zulässige Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Verbrauchers ansehen können; insoweit besteht kein Unterschied zu anderen zwingenden Vorschriften des Verbraucherschutzrechts.

Hieraus folgt, dass auch ein deutlicher und verständlicher Belehrungsvermerk die Pflichtverletzung nicht ausräumen kann. Manche Autoren begründen dies mit § 21 Abs. 1 Satz 2 BeurkG (Verzicht auf Grundbucheinsicht): Da nur dort das Bestehen auf sofortiger Beurkundung die Amtspflichtverletzung (Beurkundung ohne Grundbucheinsicht) entfallen lässt, gelte dies bei § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG eben nicht.⁵ Dieses Argument ist aber nicht ausschlaggebend, da der Wortlaut des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG durch

1 OLG Hamm, Urt. v. 23.3.2012 – 11 U 72/11, Abschn. II 2a der Entscheidungsgründe.

2 Vgl. die in der Entscheidung, Rn. 20 angeführten Fundstellen.

3 Insbesondere Bohrer, DNotZ 2002, 579 ff.

4 Bohrer, DNotZ 2002, 579, 586.

5 Z.B. Junglas, NJOZ 2012, 561, 567.

das Abstellen auf den „Regelfall“ nicht eindeutig ist. § 21 Abs. 1 Satz 1 BeurkG ist dagegen eindeutig. Man mag darüber diskutieren, was der maßgebliche „Grundbuchinhalt“ im Sinne der Norm ist und in welcher Weise die Einsicht zu erfolgen hat.⁶ Aber eindeutig ist, dass das Unterlassen jeglicher Information mit § 21 Abs. 1 Satz 1 BeurkG nicht zu vereinbaren ist. Gäbe es § 21 Abs. 1 Satz 2 BeurkG nicht, so bestünde kein vernünftiger Zweifel, dass dann eine Beurkundung einen Amtspflichtverstoß des Notars bewirken würde. Dagegen erscheint es bei § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG vorstellbar und mit dem Wortlaut vereinbar, eine Abweichung vom Regelfall zu bejahen, wenn alle Beteiligten trotz Warnung auf der sofortigen Beurkundung bestehen. Die fehlende Dispositionsmöglichkeit bei § 17 Abs. 2a BeurkG lässt sich eher aus einer anderen Erwägung herleiten: Das Tatbestandsmerkmal „im Regelfall“⁷ muss so ausgelegt werden, dass der in § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 ausdrücklich normierte Normzweck verwirklicht wird (ausreichende Gelegenheit, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen). Eine noch so eindeutige Warnung kann diesen Normzweck nicht verwirklichen, wenn die Beurkundung gleichwohl (ohne jegliche Möglichkeit der Auseinandersetzung) durchgeführt wird.

Die Entscheidung zeigt eindringlich die Gefahren auf, die sich aus einer Verletzung des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG ergeben können. Denkbare Schäden, die ein Verbraucher erleiden kann, sind neben den Kosten der (ggf. erkauften) Vertragsaufhebung auch die Kosten der notariellen Beurkundung; diese darf der Notar gem. § 16 KostO nicht vom Verbraucher erheben. Das Urteil zeigt außerdem, dass man sich nicht auf eine anderweitige Ersatzmöglichkeit gem. § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO verlassen darf.

2. Zum Mitverschulden des Verbrauchers

Das Ignorieren der notariellen Belehrung und Warnung hätte der BGH jedoch zum Anlass nehmen müssen, ein Mitverschulden des Verbrauchers gem. § 254 Abs. 1 BGB zu prüfen. Nach allgemeiner Auffassung ist § 254 BGB auch auf einen Schadensersatzanspruch gem. § 19 BNotO anwendbar.⁸ Diese Norm bringt zum Ausdruck, dass auch von einem geschädigten Beteiligten ein gewisses Maß an Sorgfalt verlangt werden kann. Wer z.B. im Rahmen eines Vertragsverhältnisses eine Auskunft erhält, die nicht klar ist, muss im eigenen Interesse Rückfragen anstellen.⁹ Wer eine deutliche Warnung des Notars vor den Konsequenzen einer sofortigen Beurkundung erhält, muss ebenfalls prüfen, ob er dieser Warnung nicht im eigenen wohlverstandenen Interesse Folge leistet. Das Ignorieren einer solchen Warnung kann die im eigenen Interesse gebotene Sorgfalt verletzen – jedenfalls dann, wenn die Warnung, wie hier, ausführlich und verständlich formuliert ist und damit kaum überhört werden kann.

III. Offene Praxisfragen

1. Zu den Voraussetzungen der zulässigen Unterschreitung der Zweiwochenfrist

Obwohl die Zweiwochenfrist im Regelfall einzuhalten ist, kann sie im Ausnahmefall unterschritten werden. Der BGH formuliert die Voraussetzungen für eine Fristunterschreitung wie folgt:¹⁰

„Ein Abweichen von der Regelfrist kommt nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall nachvollziehbare Gründe – auch unter Berücksichtigung der Schutzinteressen des Verbrauchers – es rechtfertigen, die dem Verbraucher zugedachte Schutzfrist zu verkürzen. Voraussetzung für die Nichteinhaltung der Frist ist deshalb ein sachlicher Grund für ihre Abkürzung. Der vom Gesetz bezweckte Überlegungs- und Überlegungsschutz muss auf andere Weise als durch die Einhaltung der Regelfrist gewährleistet sein.“

Zu den Anforderungen an einen sachlichen Grund ist insbesondere eine jüngere Entscheidung des KG aufschlussreich.¹¹ Das Gericht bejahte einen sachlichen Grund in einem Fall, in dem der Käufer sich bereits zum Kauf fest entschlossen hatte und er einen anderweitigen Verkauf durch den Verkäufer befürchtete.¹² In der Literatur wurde dies kritisiert und stattdessen eine „objektive Drittveräußerungsgefahr“ verlangt.¹³ Aber eine „objektive Drittveräußerungsgefahr“ ist nur scheinbar objektiv; in Wirklichkeit dürfte es so etwas gar nicht geben. Ein Verkäufer muss Art und Umfang der Verhandlungen mit weiteren Interessenten nicht offenlegen, zumal er häufig zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Der Verkäufer darf den Käufer nicht anlügen und wahrheitswidrig die Existenz anderer Interessenten behaupten; aber er kann einfach auf Nachfrage antworten, er lege anderweitige Verhandlungen nicht offen und werde die weitere Vermarktung der Immobilie nicht einstellen.

Die Vorstellung einer objektiven Gefahr ist auch deshalb verfehlt, weil auch in einem fortgeschrittenen Verhandlungsstadium keine rechtliche Bindung besteht. Der Verkäufer tritt in verschiedene Verhandlungsstadien mit dem Käufer ein. Vor der notariellen Beurkundung (sei es auch eines Vorvertrags) sind aber sämtliche Abreden oder Reservierungen rechtlich unverbindlich. Es lässt sich nicht bestimmen, welches dieser rechtlich unverbindlichen Stadien eine „objektive Drittveräußerungsgefahr“ begründet.

6 Vgl. hierzu *Heinemann*, in: Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 2012, § 21 Rn. 8 – 13.

7 Es handelt sich gegenüber der üblichen Kategorisierung des BeurkG („soll“; „muss“) um eine neuartige Kategorie; vgl. *Schmucker*, DNotZ 2002, 510, 519.

8 Hierzu nur *Schramm*, in: Schippel/Bracker, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 19 Rn. 102.

9 OLG Karlsruhe, VersR 1972, 203.

10 BGH, ZNotP 2013, 74, 76 Rn. 20.

11 KG, DNotZ 2009, 47, 49.

12 KG, DNotZ 2009, 47, 49.

13 *Junglas*, VuR 2013, 114, 116.

„Objektive Bindungen“ gibt es erst mit notarieller Beurkundung. Selbst weit fortgeschrittene Verhandlungen können – auch bei formbedürftigen Verträgen – von einem Teil ohne Angabe von Gründen abgebrochen werden.¹⁴ Nur wenn der Vertragsschluss nach den Verhandlungen zwischen den Parteien als sicher anzunehmen ist und in dem hierdurch begründeten Vertrauen Aufwendungen zur Durchführung des Vertrags vor dessen Abschluss gemacht werden, können diese vom Verhandlungspartner unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen zu erstatten sein, wenn er den Abschluss des Vertrags später ohne triftigen Grund ablehnt.¹⁵ In einem solchen Stadium brechen Bauträger schon des eigenen Rufs wegen Verhandlungen üblicherweise nicht ab (und verkaufen dann i.d.R. nicht an einen anderen Käufer).

In Wirklichkeit verdeutlicht die Entscheidung des KG die Zweischneidigkeit einer Vorschrift wie § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG. Die Zweiwochenfrist mag zwar vor dem übereilten Erwerb von „Schrottimmobilien“ schützen, hindert aber ggf. den zeitnahen Ankauf von „Topimmobilien“ und benachteiligt den Verbraucher gegenüber konkurrierenden Nicht-Verbrauchern.¹⁶ Daran ändert der Umstand nichts, dass der „vorgespiegelte Zeitdruck“ ein wichtiges Mittel unseriöser Vertriebe ist.¹⁷ Das stimmt gewiss, und das wahrheitswidrige Vortäuschen anderer Kaufinteressenten ist eine vorvertragliche Pflichtverletzung, ggf. sogar eine Handlung nach § 826 BGB. Aber dem „vorgespiegelten Zeitdruck“ bei Schrottimmobilien entspricht eben auch der objektiv bestehende Zeitdruck bei „guten“ Immobilien. Im Regelfall unzutreffend ist ferner die Annahme von *Junglas*, der Notar wisse i.d.R. auch, ob Angebotsknappheit herrsche.¹⁸ Warum sollte der Bauträger den Notar mit abstrakten Informationen dieser Art behelligen, die dem Notar bei der Vorbereitung nicht helfen? Der Notar wird zur Übersendung von Entwürfen an potenzielle Käufer gebeten, führt mit diesen auf Wunsch Beratungsgespräche über den Entwurfsinhalt durch und beurkundet schließlich den Vertrag. Welche Anhaltspunkte sollen bei einem solchen Verfahren den Notar zu der (spekulativen) Annahme verleiten, es bestehe Angebotsknappheit oder das Angebot sei noch „ausreichend“?

Eine anderweitige Veräußerungsgefahr ist hingegen dann kein sachlicher Grund, wenn sich der Unternehmer vollmachtlos vertreten lässt¹⁹ (dann wird die Gefahr durch die Beurkundung gerade nicht gebannt). Ansonsten ist die Entscheidung des KG zur Annahme eines sachlichen Grundes aber richtig, zumal auch bei einer befürchteten Veräußerungsgefahr der Übereilungsschutz anderweitig gewährleistet sein muss. Die Gefahr, dass die befürchtete Veräußerungsgefahr zur Standardfloskel verkommt, erscheint gering, da ja der Übereilungsschutz anderweitig sichergestellt sein muss. Wird dieser sachliche Grund durch wortgleiche Wiedergabe in einer Vielzahl von Verträgen missbraucht, so bestehen in der Tat Zweifel an der Wahrhaftigkeit.

In der Literatur wird als sachlicher Grund eine besondere Eilbedürftigkeit angeführt, die sich etwa aus einer drohenden Steuererhöhung ergeben kann.²⁰ Eine solche Eilbedürft-

tigkeit kann sich auch aus persönlichen Gründen ergeben, etwa ein anstehender längerer Krankenhausaufenthalt, Urlaub oder eine Dienstreise des Verbrauchers.²¹ Der Notar soll aber dann prüfen müssen, ob nicht z.B. zu einem späteren Zeitpunkt eine Beurkundung mit einer Vertrauensperson des Verbrauchers möglich ist.²² Soweit eine Beurkundung z.B. wegen einer Änderung des Steuerrechts zum Jahresende angestrebt wird, ist nach Möglichkeit dennoch die Zweiwochenfrist einzuhalten; freilich sind freie Termine am Jahresende häufig kaum noch verfügbar.²³

Insgesamt ist die Palette sachlicher Gründe nicht allzu breit gefächert. Solche Gründe müssen sorgfältig und im Einzelfall festgestellt werden; schematisierte Bausteine verbieten sich. Allerdings ist der Notar nicht berechtigt, die Beteiligten auszuforschen. Darüber hinaus sollte in solchen Fällen jedenfalls die größtmögliche Frist eingehalten werden.

2. Zum weiteren Erfordernis der „anderweitigen Sicherstellung“ des Übereilungsschutzes

Der BGH verlangt für die Fristunterschreitung nachvollziehbare Gründe im Einzelfall, die die Unterschreitung auch unter Berücksichtigung der Schutzinteressen des Verbrauchers rechtfertigen. Zwar hat das KG die Voraussetzungen für eine Fristunterschreitung etwas abweichend formuliert, und zwar im Sinne einer zweistufigen Prüfung.²⁴ Ein sachlicher Unterschied dürfte damit aber nicht verbunden sein. Erforderlich ist zum einen ein Anlass für die Fristverkürzung: Es ist darzulegen, dass das Bestehen auf der Einhaltung der Frist für den Verbraucher zu Nachteilen führen würde (Beispiel: Nichtantritt der gebuchten Urlaubsreise ohne Möglichkeit der Kostenerstattung). Darüber hinaus muss der vom Gesetz bezweckte Übereilungs- und Überlegungsschutz auf andere Weise als durch die Einhaltung der Regelfrist gewährleistet sein. Dies ist der Fall, wenn der Verbraucher wegen seines Berufs oder seiner Ausbildung (Rechtsanwalt; Steuerberater) geschäftlich hinreichend erfahren ist (oder jedenfalls dies äußert und keine Anhaltspunkte bestehen, diese Schilderung anzuzweifeln) oder

14 BGH, DNotZ 1997, 624.

15 BGH, DStR 2001, 803.

16 S. z.B. das Beispiel in der Stellungnahme des Deutschen Notarvereins v. 31.10.2012, www.dnotv.de, S. 4 (Verbraucher haben das Nachsehen gegenüber einem Unternehmer-Bauträger, für den § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG nicht gilt).

17 *Junglas*, NJOZ 2012, 561, 565.

18 *Junglas*, NJOZ 2012, 561, 565.

19 Vgl. *Junglas*, NJOZ 2012, 561, 565.

20 *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 17 Rn. 187.

21 *Winkler* (Fn. 20), § 17 Rn. 188; *Armbrüster*, in: *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG und DNot, 6. Aufl. 2013, § 17 BeurkG Rn. 228.

22 *Armbrüster* (Fn. 21), § 17 Rn. 228.

23 Das übersieht *Junglas*, VuR 2013, 114, 117, der zu glauben scheint, die Beurkundung könne vor Weihnachten beliebig verschoben werden.

24 Vgl. KG, DNotZ 2009, 47, 2. LS: „Voraussetzung für die Nichteinhaltung der Frist ist zum einen ein sachlicher Grund für ihre Abkürzung. Zum anderen muss der vom Gesetz bezweckte Übereilungs- und Überlegungsschutz auf andere Weise als durch die Einhaltung der gesetzlichen Regelfrist gewährleistet sein.“

wenn sich der Verbraucher durch einen Angehörigen der rechts- oder steuerberatenden Berufe vertreten lässt.²⁵ Der Gesetzeszweck ist außerdem sichergestellt, wenn der Verbraucher bereits eine Wohnung in demselben Objekt erworben hat,²⁶ sofern beim Ersterwerb das Verfahren des § 17 Abs. 2a BeurkG eingehalten worden ist. Man mag auch generell annehmen, dass in „Bagatellfällen“ der Übereilungsschutz gewährleistet ist; aber dann stellt sich in besonderer Weise das Problem der Grenzziehung.²⁷

3. Neuregelung des § 17 Abs. 2a BeurkG; Umgang mit Falschangaben durch den Verbraucher

a) Umgehung des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG durch Falschangaben?

Der BGH hat in der Besprechungsentscheidung angedeutet, dass ein Verbraucher, der zum überhasteten Handeln bereit ist, sich auch zu einem Verzicht auf die Zweiwochenfrist drängen lassen werde; dies sei ein maßgebliches Argument gegen die Zulässigkeit eines Verzichts.²⁸

Angesichts dessen verschiebt sich möglicherweise die Stoßrichtung des „Sich-Drängen-Lassens.“ Da die Frist als solche nicht disponibel ist, ist in jüngster Zeit die Besorgnis entstanden, durch Falschangaben des Verbrauchers gegenüber dem Notar könne die Schutzwirkung des § 17 Abs. 2a BeurkG unterlaufen werden. Falschangaben des Verbrauchers sind insbesondere in folgenden Varianten denkbar:

- Der Verbraucher erklärt, er handele in Ausübung einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit;
- Der Verbraucher erklärt gegenüber dem Notar wahrheitswidrig, er habe den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts mindestens 14 Tage vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt bekommen;
- Der Verbraucher erklärt gegenüber dem Notar wahrheitswidrig, es liege ein sachlicher Grund für die Verkürzung vor (er befürchte eine anderweitige Veräußerung; er trete eine Urlaubsreise an; ein Krankenhausaufenthalt stehe bevor) und er sei durch anderweitige Beratung hinreichend über die Tragweite des beabsichtigten Rechtsgeschäfts informiert.

Denkbar ist natürlich auch die Falschangabe des Unternehmers, er sei in Wirklichkeit Verbraucher. Bei juristischen Personen oder registrierten Personenhandelsgesellschaften (beide Formen dürften im Bauträgergeschäft am häufigsten anzutreffen sein) scheidet eine solche Lüge schon kraft Rechtsform aus.²⁹ Bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts kommt es darauf an, ob die Gesellschaft gewerblich tätig ist (dann: Unternehmer gem. § 14 Abs. 1 und Abs. 2 BGB) oder ob sie lediglich eigenes Vermögen verwaltet. Die Verwaltung eigenen Vermögens kann i.d.R. nicht unter § 14 Abs. 1 BGB subsumiert werden, es sei denn, die Geschäfte erfordern einen planmäßigen Geschäftsbetrieb wie z.B. die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation.³⁰ Die

Frage, ob ein „planmäßiger Geschäftsbetrieb“ erforderlich ist, ist ihrerseits eine Wertungsfrage. Sie dürfte z.B. zu verneinen sein, wenn zum Gesellschaftsvermögen lediglich eine einzige Immobilie gehört. Gibt hingegen eine natürliche Person an, Unternehmer zu sein, so kommt z.B. die Einholung eines Handelsregistrauszuges in Betracht, i.Ü. eine Nachfrage nach dem konkreten Beruf und dem Zweck des gegenwärtigen Erwerbs.

Ob jemand Verbraucher oder Unternehmer im Rechtssinne ist, bedarf einer juristischen Subsumtion. Die Frage, ob jemand einen Entwurf rechtzeitig erhalten hat oder ob eine Urlaubsreise ansteht, ist hingegen eine rein tatsächliche Frage. Nur ihr wird nachstehend weiterer Platz gewidmet.

b) Eindämmung der Missbrauchsgefahr durch die Neuregelung

Die zweite Variante (wahrheitswidrige Behauptung eines fristgemäßen Texterhalts) ist Gegenstand des nunmehr beschlossenen Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren.³¹ In der Begründung zum Gesetzesentwurf wird darauf verwiesen, dass in einigen Fällen der Verbraucher von Vertriebsmitarbeitern dazu veranlasst worden sei, gegenüber dem Notar falsche Angaben über die Einhaltung der Frist zu machen. Da gegenwärtig der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts nicht notwendig vom Notar selbst zur Verfügung gestellt werden muss, könne eine Umgehung oder Aushöhlung der Frist vom Notar nicht verhindert werden.³² Daher sieht die Neuregelung nunmehr vor, dass der beurkundende Notar oder ein mit ihm zur gemeinsamen Berufsausübung verbundener Notar dem Verbraucher den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts zur Verfügung stellen müssen. Ferner muss bei einer Unterschreitung dieser Frist der sachliche Grund in der Niederschrift selbst angegeben werden.

25 Armbrüster (Fn. 21), § 17 Rn. 229.

26 Stellungnahme des Deutschen Notarvereins v. 31.10.2012, S. 6.

27 Kritisch Grziwotz, in: Grziwotz/Heinemann (Fn. 6), § 17 Rn. 84.

28 BGH, ZNotP 2013, 74, 77.

29 Kapitalgesellschaften und registerpflichtige Personengesellschaften (OHG, KG, EWIV) sind niemals Verbraucher; vgl. MünchKomm-BGB/Micklitz, 6. Aufl. 2012, § 13 Rn. 10 – 16.

30 BGH, DNotZ 2002, 528, 530 f.; OLG Stuttgart, Urt. v. 17.3.2010 – 3 U 160/09; OLG Hamm, Urt. v. 28.2.2013 – 28 U 224/11.

31 BT-Drucks. 17/12035.

32 BT-Drucks. 17/12035, S. 6, li. Sp.; vgl. auch die Einschätzungen einzelner Bundestagsabgeordneter (Stenografischer Bericht der 225. Sitzung v. 28.2.2013, Plenarprotokoll 17/225), z.B.: „Zahlreich sind offenbar die Fälle, in denen zur Ausnutzung dieses Mangels dubiose Verkäufer ihren Kunden erklären, es handele sich bei der Frist um eine reine Formalie und es solle dem Notar bei der Beurkundung einfach wahrheitswidrig die Einhaltung der Frist bestätigt werden.“ (Plenarprotokoll 17/225, 28113 D); „Es ist aber vorgekommen, dass die Verbraucher auf Veranlassung von Vertriebsmitarbeitern den Notaren unrichtige Antworten gegeben haben, um eine sofortige Beurkundung ohne Einhaltung der Frist erreichen zu können. Das ist sicherlich der Hauptanwendungsfall. Nicht die Notare sind die Urheber der Missstände, sondern unseriöse Vertriebsmitarbeiter. Das soll betont werden.“ (Plenarprotokoll 17/225, 28115 A).

c) Konsequenzen für die Aktenführung und die Gestaltung der Niederschrift

Die Feststellung, dass der Verbraucher den beabsichtigten Text mindestens 14 Tage vorher erhalten habe, sollte nicht mehr ohne Ergänzung verwendet werden. Es kommt schließlich darauf an, dass der Text vom Notar oder vom Sozium zur Verfügung gestellt worden ist. Zwar besteht insoweit – anders als bei Fristunterschreitung – keine ausdrückliche Dokumentationspflicht in der Niederschrift; aber eine Dokumentation in der Niederschrift ist empfehlenswert. Es könnte dabei etwa folgende Formulierung verwendet werden:

„Der Käufer bestätigt, dass er den beabsichtigten Text des heutigen Rechtsgeschäfts am (Datum) vom beurkundenden Notar (ggf. per Post, per Fax, per E-Mail) erhalten hat/am (Datum) in den Büroräumen des beurkundenden Notars abgeholt hat.“

Soweit der Verbraucher darauf hinweist, er habe den Vertragsentwurf zwar vom Notar nicht rechtzeitig, wohl aber vom Unternehmer erhalten (was denkbar ist, wenn der Unternehmer den Notar vorab um Erstellung eines Vertragsentwurfs – etwa bevor ein Käufer überhaupt feststand – gebeten hatte), dürfte dies nach der Neuregelung nicht genügen, um den Anforderungen des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG zu genügen. Wahrheitswidrige Angaben des Verbrauchers in die andere Richtung (der Verbraucher hat den Entwurf erhalten, behauptet aber, er habe ihn nicht erhalten) dürften selten sein, da der Verbraucher hierfür keinen Anreiz hat. Um Ärgernisse in der Beurkundungsverhandlung zu vermeiden (der arglose Verbraucher erscheint, erklärt dann aber wahrheitsgemäß, er habe den Brief nicht erhalten; sei das ein Problem?), mag man den Verbraucher ggf. auch um eine Empfangsbestätigung bitten; solche Fälle sind aber erfahrungsgemäß selten. Es ist nicht erforderlich, dass der Notar bei einer postalischen Übersendung des Textes des Rechtsgeschäfts den Zugangstermin durch ein Einschreiben oder gar eine öffentliche Zustellung nachweisen lässt. Vielmehr genügt die allgemeine Lebenserfahrung, wonach Postsendungen in den meisten Fällen am nächsten Werktag, jedenfalls aber am dritten Tag nach der Aufgabe zugehen (vgl. § 41 Abs. 2 VwVfG). Wenn der Verbraucher den rechtzeitigen Zugang im Beurkundungstermin bestätigt, ist es unproblematisch, wenn der Notar den Postversand 15 Tage vor dem Beurkundungstermin aufgegeben hat, da Postsendungen heutzutage meistens am nächsten Werktag zugestellt werden. Bei einer E-Mail-Versendung und entsprechender Bestätigung durch den Verbraucher braucht der Notar nicht der Möglichkeit nachzugehen, dass der Entwurf im Spam-Filter des Empfängers gelandet sein könnte (und die Bestätigung daher wahrheitswidrig war)

Wichtig wird es zukünftig sein, das Datum der Absendung deutlich in der Akte zu markieren; bei einer persönlichen Aushändigung an den Verbraucher sollte ein entsprechender Aktenvermerk erstellt werden.

d) Verlagerung der Missbrauchsgefahr auf die Ebene des „sachlichen Grundes“ bzw. des „anderweitigen Übereilungsschutzes“?

aa) „Substantiierte Falschbehauptung“

Nicht ausgeräumt durch die gesetzliche Neuregelung ist hingegen die Gefahr, dass Verbraucher bzgl. des Vorliegens eines sachlichen Grundes und der anderweitigen Sicherstellung des Übereilungsschutzes falsche Angaben machen. Dies könnte z.B. in der Weise geschehen, dass der Verbraucher behauptet, er trete demnächst eine Urlaubsreise an; der anderweitige Übereilungsschutz sei sichergestellt, weil er sich mit einem Steuerberater oder Rechtsanwalt besprochen habe; in Wirklichkeit trifft aber weder das eine noch das andere zu. Derartige unwahre Angaben lassen sich weiterhin nicht ausschließen. Unredliche Vertriebsmitarbeiter, die an dieser Stelle ansetzen wollen, müssen sich aber eine deutlich substanziierte Erklärung einfallen lassen als die bloße Bestätigung, dass der beabsichtigte Text mindestens 14 Tage vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt worden sei.

bb) Feststellung des sachlichen Grundes durch den Notar

Liegt eine derartige substanziierte Sachverhaltsschilderung vor, so kann sich der Notar damit grds. zufriedengeben. Im Rahmen des § 17 Abs. 2a BeurkG gelten für die notarielle Sachverhaltsaufklärung keine Sonderregeln. Dies bedeutet, dass der Notar auf die tatsächlichen Angaben der Beteiligten vertrauen darf,³³ sofern die Unrichtigkeit dieser Angaben nicht auf der Hand liegt.³⁴ Dies ist z.B. denkbar, wenn der Beteiligte eine urlaubsbedingte Abwesenheit behauptet hat, in Wirklichkeit aber mit dem Notar einen Termin in anderer Angelegenheit im behaupteten Abwesenheitszeitraum vereinbart hat. In einem solchen Fall kann ein Anlass zur Nachfrage bestehen. Liegt die Unrichtigkeit hingegen nicht auf der Hand, so muss der Notar keine weiteren Nachforschungen anstellen. Im Gegenteil würde es in die Privatsphäre der Beteiligten unangemessen eingreifen, wenn der Notar z.B. die Vorlage einer Buchungsbestätigung für die Reise verlangen wollte.

Es bleibt unklar, ob *Junglas* etwas anderes meint, wenn er „konkrete und detaillierte Fragen“ zum sachlichen Grund verlangt.³⁵ Soweit er verlangt, dass der Notar stets die Gefahr eines bloß vorgespiegelten sachlichen Grundes zu erforschen hat, ist dies mit den allgemeinen Grundsätzen zur Sachverhaltsermittlung durch den Notar nicht zu vereinbaren. Auch der Hinweis auf § 14 Abs. 2 BNotO hilft nicht weiter. Soweit *Junglas* damit die sog. „betreuende Belehrungspflicht“ in Bezug nehmen möchte, setzt diese nach st. Rspr. des BGH auch voraus, dass der Notar aufgrund besonderer Umstände des Falls Anlass zu der Vermutung

³³ Winkler (Fn. 20), § 17 Rn. 213; Armbrüster (Fn. 21), § 17 Rn. 19, je m.w.N.

³⁴ Armbrüster (Fn. 21), § 17 Rn. 19.

³⁵ Etwas versteckt (Fn. 147) räumt er ein, dass das KG insoweit seinen Standpunkt nicht teilt.

haben muss, dass einem Beteiligten ein Schaden drohe.³⁶ Die bloße theoretische Möglichkeit, dass der Verbraucher zu Falschangaben verleitet worden sei, muss ohne konkrete Anhaltspunkte außer Acht bleiben.

Es fragt sich überdies freilich, wie ein Verbraucher, der sich zu den nach neuem Recht erforderlichen substantiierten Falschangaben verleiten lässt, überhaupt geschützt werden kann. Schadensersatzansprüche gegen eventuelle Vertriebsmitarbeiter wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB) oder aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung kommen natürlich weiterhin in Betracht. Der hiervon nichts wissende Notar muss jedoch nicht damit rechnen, dass substantiierte Darlegungen zum sachlichen Grund bzw. zum anderweitigen Über-eilungsschutz unwahr sind. Eine BGH-Entscheidung zu den §§ 474 ff. BGB zeigt, dass der Verbraucher seinen Schutz durch wahrheitswidrige Angaben auch einbüßen kann.³⁷ In jenem Fall hatte ein Verbraucher wahrheitswidrig behauptet, er kaufe die Sache in Wirklichkeit als Unternehmer; er machte dann Verbraucherrechte geltend. Der Verbraucher hatte in der Revisionsinstanz vortragen lassen, der Vertragspartner sei auch die Täuschung durch einen Minderjährigen nicht geschützt. Dem entgegnete der BGH wie folgt:³⁸

„Der Schutz des Rechtsverkehrs vor Täuschungen hat deshalb nicht, wie die Revision meint, hinter dem Verbraucherschutz ebenso zurückzutreten wie hinter dem Minderjährigenschutz. Während der Minderjährige aufgrund seiner entwicklungsbedingten Unreife vor den Rechtsfolgen seiner Handlungen auch dann zu schützen ist, wenn er die Volljährigkeit vortäuscht, verdient der erwachsene Verbraucher, der einen gewerblichen Geschäftszweck vortäuscht, keinen Schutz. Denn die Verbraucherschutzvorschriften, die dem Ausgleich der strukturellen Unterlegenheit des Verbrauchers im Geschäftsverkehr dienen (MünchKomm-BGB/Miklitz, a.a.O., Vor §§ 13, 14 Rdn. 60 ff.), setzen – anders als die Vorschriften zum Schutz des Minderjährigen – einen verantwortlich handelnden Verbraucher voraus.“

Die Fälle sind nicht direkt vergleichbar. In dem BGH-Fall zu § 474 BGB hat der Käufer den Verkäufer angelogen, um sich einen Vorteil zu erswindeln. In den Immobilienfällen lügt der Verbraucher eher auf Veranlassung der Vertriebsmitarbeiter und ist sich der Schutzmechanismen im Beurkundungsverfahren möglicherweise nicht bewusst. Aber beiden Fällen ist wertungsmäßig gemeinsam, dass gutgläubige Dritte (in einem Fall: der Verkäufer; im anderen Fall: der Notar) auf tatsächliche Angaben grds. vertrauen dürfen.

Auch das beste Verbraucherschutzsystem verfehlt seine Wirkung, wenn der Verbraucher nicht nur jeglichen Selbstschutz unterlässt, sondern sich zu detaillierten Falschangaben verleiten lässt. Dies rechtfertigt selbstverständlich in keiner Weise die Methoden der in der Gesetzesbegründung beschriebenen unseriösen Vertriebsmitarbeiter, deren Methoden häufig auf arglistiger Täuschung und Einschüchterung beruhen; hier ist weiterhin ein entschlossenes Entgegenwirken mit den Mitteln des Zivilrechts und ggf. des

Strafrechts geboten. Indes lässt sich eine substantiierte Falschangabe im Nachhinein kaum noch damit rechtfertigen, dass man geglaubt habe, es handele sich um eine bloße Formalie. Die wahrheitswidrige Angabe des Entwurfserhalts mag dem Verbraucher noch als irrelevante Formalie „untergeschoben“ werden können. Wer dagegen eine Urlaubsreise erdichtet, wird sich im Nachhinein kaum darauf berufen können, dies sei seiner Aufmerksamkeit entgangen.

4. Anforderungen an den „beabsichtigten Text“ des Rechtsgeschäfts; Änderungen in der Beurkundungsverhandlung oder im Vorfeld

Weder aus der besprochenen BGH-Entscheidung noch aus der Neuregelung des § 17 Abs. 2a BeurkG ergeben sich Änderungen hinsichtlich der Anforderungen an den „beabsichtigten Text“ des Rechtsgeschäfts. Hierbei gilt im Wesentlichen Folgendes: Eine individuelle Anpassung an die Person und Wünsche des konkreten Verbrauchers muss noch nicht stattgefunden haben.³⁹ Gemäß den Anwendungsempfehlungen der BNotK v. 28.4.2003⁴⁰ hat sich der Umfang der gebotenen Übersendung am Normzweck auszurichten, wonach dem Verbraucher eine Auseinandersetzung mit dem Rechtsgeschäft in jeder Hinsicht (also nicht bloß lediglich in rechtlicher, technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht) ermöglicht werden soll. Die Einsetzung der Personalien des Verbrauchers oder des Kaufpreises ist hiernach nicht erforderlich; schädlich dürfte hingegen das Fehlen von Baubeschreibung und/oder Teilungserklärung sein. Z.T. wird hingegen gefordert, dass der „beabsichtigte Text“ bereits den Kaufpreis und das Kaufobjekt enthalten sollen;⁴¹ überwiegend wird dies dagegen nicht für erforderlich gehalten, da diese Umstände dem Käufer regelmäßig bekannt sind.⁴²

Änderungen des Vertragstextes, die auf Veranlassung des Verbrauchers zurückgehen, sollen nicht die Notwendigkeit einer neuen Zweiwochenfrist auslösen. Kommen die Änderungswünsche vom Unternehmer, so stellt das Rundschreiben der BNotK auf die Wesentlichkeit der beabsichtigten Änderung ab; teilweise wird danach differenziert, ob die vom Unternehmer gewünschte Änderung für den Verbraucher nachteilig ist (was einen neuen Fristablauf auslösen soll).⁴³ Andere Kommentatoren beziehen sich hingegen auf den Zweck der Zweiwochenfrist, dem Verbraucher die Prüfung gerade derjenigen Umstände zu ermöglichen, die der Notar in der Beurkundungsverhandlung regelmäßig nicht erörtern kann,⁴⁴ sodass Änderungen der rechtlichen Vereinbarungen auch in der Beurkundungsverhandlung erfolgen können.

³⁶ BGH, DNotZ 1987, 157, 159.

³⁷ BGH, DNotZ 2005, 605.

³⁸ BGH, DNotZ 2005, 605, 611 f.

³⁹ Armbrüster (Fn. 20), § 17 Rn. 220; Grziwotz (Fn. 27), § 17 Rn. 82.

⁴⁰ Rundschreiben 20/2003 der BNotK v. 28.4.2003, abgdr. bei Grziwotz/Heinemann (Fn. 6), § 17 Rn. 57.

⁴¹ Junglas, NJOZ 2012, 561, 563.

⁴² Armbrüster (Fn. 21), § 17 Rn. 220.

⁴³ Grziwotz (Fn. 27), § 17 Rn. 83.

⁴⁴ Winkler (Fn. 20), § 17 Rn. 173 und mit Beispielen in den Rn. 176 – 179a.

Zu dieser Frage liegt bislang keine Rechtsprechung vor. Angesichts dessen sollte man in den übersendeten Text so viele Details wie möglich aufnehmen. In den (zahlreichen) Fällen, in denen bereits jetzt die Übersendung des Entwurfs durch den Notar erfolgt, sind Kaufpreis und Kaufobjekt regelmäßig schon enthalten. Nicht erforderlich erscheint es dagegen, schon bei kleinsten Änderungen die Frist erneut einhalten zu wollen. Denn zur Verfügung gestellt werden muss weiterhin nur der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts, nicht der tatsächlich beurkundete Vertrag.

IV. Ergebnisse

1. Der BGH hat mit Urt. v. 7.2.2013 erneut die Gefahren aufgezeigt, die sich aus einer Missachtung des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG drohen. Wer dieser Vorschrift bislang nicht die gebotene Aufmerksamkeit gewidmet hat, sollte dies spätestens jetzt tun.

2. Die Beteiligten können durch bloßen einvernehmlichen Wunsch nicht über die Zweiwochenfrist disponieren. Auch eine deutliche und verständliche Belehrung des Notars über die Gefahren, die mit einer sofortigen Beurkundung verbunden sind, beseitigt die notarielle Amtspflichtverletzung nicht. Sie ist allerdings Grundlage für den Einwand des Mitverschuldens gem. § 254 BGB.

3. Mit der Neuregelung des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Beurkundungsverfahren entfällt nunmehr die Gefahr, dass der Verbraucher gegenüber dem Notar wahrheitswidrig erklärt, er habe den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts mindestens 14 Tage vor der Beurkundung erhalten.

Der Notar sollte bei der Aktenführung darauf achten, dass er eine fristgerechte Übersendung nachweisen kann. Sollte der Verbraucher dann in der Beurkundungsverhandlung den fristgemäßen Erhalt bestätigen, braucht der Notar nicht zu überprüfen, ob der Verbraucher nicht doch (z.B. durch den Verlust einer Postsendung) wahrheitswidrige Angaben macht. Eine Übersendung per Einschreiben oder gar durch öffentliche Zustellung ist nicht erforderlich.

4. Bei der Frage, ob ein sachlicher Grund vorliegt, ist zum einen nach einem Anlass für die Verschiebung zu fragen; ferner muss der vom Gesetz bezweckte Übereilungsschutz anderweitig sichergestellt sein. Soweit die Neuregelung vorschreibt, die Gründe für die Fristverkürzung in die Niederschrift aufzunehmen, dürften beide Teilelemente zu dokumentieren sein. Bei den zugrunde liegenden Tatsachen kann der Notar ohne entgegenstehende Anhaltspunkte davon ausgehen, dass die tatsächlichen Angaben der Beteiligten zutreffend sind. Zur Ausforschung der Beteiligten, z.B. durch Verlangen nach einem Beleg über die angegebene Urlaubsreise, ist der Notar nicht berechtigt.

5. Weitere wichtige Fragen des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG bleiben auch nach der BGH-Entscheidung und der Neuregelung ohne gerichtliche Klärung. Angesichts dessen sind Unterschreitungen der Zweiwochenfrist nicht ohne Risiko. Das Vorliegen eines Ausnahmefalls sollte der Notar auch im eigenen Interesse (im Rahmen der vorstehend dargestellten Grenzen) sorgfältig und individuell prüfen. Der „Text des Rechtsgeschäfts“ sollte soweit wie möglich individualisiert übersendet werden, mag auch insoweit keine Amtspflicht bestehen.

Grundstücksrecht

Entwicklungen beim Erbbaurecht und Wohnungseigentum 2011/2012 – Teil 1

von Professor Roland Böttcher, Berlin*

I. Erbbaurecht

1. Übertragung

I.d.R. ist die Zustimmungspflicht des Grundstückseigentümers vereinbart für die Übertragung des Erbbaurechts (§ 5 Abs. 1 ErbbauRG). Ein zustimmungspflichtiger Veräußerungsfall liegt auch dann vor, wenn ein Übertragungsvorgang im Wege vorweggenommener Erbfolge erfolgt.¹ Gleiches gilt auch für eine Zuschlagserteilung bei der Zwangsversteigerung eines Erbbaurechts (§ 8 ErbbauRG). Verweigert im letzteren Fall der Grundstückseigentümer seine Zustimmung, so kann der die Zwangsversteigerung betreibende Gläubiger den Antrag auf gerichtliche Ersetzung der Zustimmung stellen und der Grundstückseigentümer hat selbst dann keinen ausreichenden Grund für die Verweigerung, wenn sein dinglicher Erbbauzins durch den

Zuschlag erlischt und der Ersteher nicht zur freiwilligen Übernahme der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Zahlung des Erbbauzinses bereit ist.²

Praxisfall:³

Das Grundstück des Eigentümers E ist mit einem Erbbaurecht für B belastet. Am 8.1.2008 überträgt B sein Erbbaurecht zu notarieller Urkunde an K. Über das Vermögen des B wird am 19.3.2008 das Insolvenzverfahren eröffnet. Trotzdem wird K am 20.8.2008 als neuer Erbbauberechtigter im Erbbaugrundbuch eingetragen. Der Insolvenzverwalter ficht am 31.8.2008 die Übertragung des Erbbaurechts an K wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung an (§ 133

* Der Autor ist Professor in der Hochschule für Wirtschaft und Recht, Berlin.



Abs. 1 InsO) und macht gegen K den Anspruch auf Rückübertragung des Erbbaurechts an B geltend (§ 143 Abs. 1 Satz 1 InsO). Am 23.3.2009 erging ein rechtskräftiges Urteil gegen K auf Rückübertragung des Erbbaurechts an B. Unter Vorlage dieses Urteils beantragte der Insolvenzverwalter am 29.9.2011 die Eintragung des B als Erbbauberechtigten im Erbbaugrundbuch. Das Grundbuchamt erließ am 10.10.2011 eine Zwischenverfügung und verlangte die Einigungserklärung des B in notariell beurkundeter Form, die Zustimmung des Grundstückseigentümers und eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts.

Dem entscheidenden KG ist zunächst darin zuzustimmen, dass eine wirksame insolvenzrechtliche Anfechtung keine dingliche Wirkung hat, sondern nur einen schuldrechtlichen Anspruch des Anfechtungsgläubigers auf Rückgängigmachung der Verfügung auslöst.⁴ Infolge der Anfechtung ist das Grundbuch damit nicht unrichtig geworden; vielmehr bleibt die angefochtene Verfügung (= Übertragung des Erbbaurechts) wirksam und es besteht kein Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB. Deshalb wurde der neue Erbbauberechtigte zur Rückübertragung des Erbbaurechts (§ 873 BGB) und Bewilligung der Wiedereintragung des alten Erbbauberechtigten verurteilt (§ 19 GBO); die Erklärungen gelten nach § 894 ZPO als abgegeben. Für eine wirksame Einigung nach § 873 BGB, die dem Grundbuchamt vorzulegen ist (§ 20 GBO), fehlte aber noch die Einigungserklärung des bisherigen Erbbauberechtigten; die wird durch das rechtskräftige Urteil nämlich nicht ersetzt. Deshalb hätte das Grundbuchamt keine Zwischenverfügung (§ 18 GBO) erlassen dürfen; die fehlende Einigung nach § 20 GBO ist ein Zurückweisungsgrund.⁵ Die weiteren Ausführungen des KG überraschen doch. Zum einen spricht es mehrfach von der „Auflassung“ eines Erbbaurechts. Der Begriff ist bei der Übertragung eines Erbbaurechts zumindest ungewöhnlich, betrifft er doch nach § 925 BGB die Übereignung eines Grundstücks. Besser ist es daher, von der dinglichen Einigung nach § 873 BGB zu sprechen. Mag dies noch eine sprachliche Ungenauigkeit sein, so verwundert es doch sehr, wenn das KG bei der Übertragung des Erbbaurechts materiell § 925 BGB anwendet und formell für die Einigung notarielle Beurkundung verlangt (§ 29 GBO). Beides ist falsch. § 925 BGB findet beim Erbbaurecht gerade keine Anwendung (§ 11 Abs. 1 ErbbauRG), sodass die dingliche Einigung für die Übertragung eines Erbbaurechts nach § 873 BGB nicht bei gleichzeitiger Anwesenheit vor einem Notar erfolgen muss, sondern materiell formlos möglich ist (z.B. mündlich).⁶ Auch muss die dingliche Einigung dem Grundbuchamt formell nicht in notariell beurkundeter Form nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO nachgewiesen werden (weil die Tatsache der gleichzeitigen Anwesenheit vor einem Notar nach § 925 BGB nicht zu beachten ist); es reicht vielmehr die öffentliche Beglaubigung der Unterschriften des alten und neuen Erbbauberechtigten nach § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO.⁷ Nicht richtig ist auch die Aussage des KG, dass der Antrag an das Grundbuchamt der Form des § 29 GBO entsprechen muss. Aus § 30 GBO folgt das Gegenteil: Der – vorliegende – reine Antrag bedarf gerade nicht der Form des § 29 GBO; nur ein gemischter Antrag, der noch eine andere zur Grundbucheintragung erforderliche

Erklärung ersetzt, bedarf der Form des § 29 GBO – ein solcher gemischter Antrag lag aber nicht vor.

Zuzustimmen ist dem KG,⁸ dass im Fall der Rückübertragung eines Erbbaurechts nach einer Anfechtung gem. §§ 143 Abs. 1, 133 Abs. 1 InsO der Grundstückseigentümer nicht nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG zustimmen muss. Schutzwürdige Interessen des Grundstückseigentümers sind durch die Rückübertragung des Erbbaurechts auf seinen ursprünglichen Berechtigten nicht betroffen; vielmehr ist im Interesse der Massegläubiger das anfechtbar Erlangte der Insolvenzmasse ohne Weiteres zurückzugewähren.

Ebenso zu Recht verlangt das KG⁹ die Vorlage einer steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung für die Rückübertragung des Erbbaurechts. Der Rückerwerbsvorgang unterfällt grds. der Grunderwerbsteuer (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG). Ob bei der Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs im Fall der Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) auf Antrag eine Nichtfestsetzung der Steuer zu erfolgen hat (§ 16 GrEStG), prüft nicht das Grundbuchamt, sondern die Finanzbehörde.

2. Subjektiv-dingliche Rechte für den Erbbauberechtigten beim Erlöschen des Erbbaurechts

Praxisfall:¹⁰

Zugunsten des jeweiligen Berechtigten eines Erbbaurechts besteht eine Grunddienstbarkeit (Geh- und Fahrrecht) am Nachbargrundstück. Das Erbbaurecht ist aufgehoben worden. Die Grunddienstbarkeit am dienenden Nachbargrundstück wurde daraufhin im Wege der Grundbuchberichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises (= Löschung des Erbbaurechts) gelöscht, und zwar ohne Beteiligung des berechtigten Erbbauberechtigten. Der Grundstückseigentümer des (ehemaligen) Erbbaugrundstücks übte das Geh- und Fahrrecht am Nachbargrundstück aber weiterhin aus. Der Grundstückseigentümer des belasteten (= dienenden) Grundstücks klagte daraufhin auf Unterlassung. Mit Erfolg?

Ist der jeweilige Erbbauberechtigte Inhaber von subjektiv-dinglichen Rechten (z.B. Geh- und Fahrrecht als Grunddienstbarkeit), so sind diese Bestandteile des Erbbaurechts

1 OLG Hamm, RNotZ 2012, 172; so bereits Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 6. Aufl. 2011, Rn. 238.

2 OLG Frankfurt/M., Rpfleger 2012, 314; so bereits BGH, Rpfleger 1987, 257; Böttcher (Fn. 1), Rn. 278, 279, 297.

3 Nach KG, Rpfleger 2012, 525.

4 Ebenso Staudinger/Gursky, BGB, 2008, § 894 BGB Rn. 61.

5 Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, § 18 Rn. 37.

6 Vgl. Meikel/Böttcher (Fn. 5), § 20 GBO Rn. 84; Böttcher (Fn. 1), Rn. 500.

7 Vgl. Meikel/Böttcher (Fn. 5), § 20 GBO Rn. 85; Böttcher (Fn. 1), Rn. 507.

8 KG, Rpfleger 2012, 525; ebenso für den vergleichbaren Fall des § 12 WEG bei einer Anfechtung der Veräußerung einer Eigentumswohnung: OLG Hamm, NJW-RR 2011, 232.

9 KG, Rpfleger 2012, 525.

10 Nach BGH, ZNotP 2012, 177 = MittBayNot 2013, 40 = ZfIR 2012, 429.

(§ 96 BGB). Erlischt das Erbbaurecht, so werden die Bestandteile des Erbbaurechts Bestandteile des Grundstücks (§ 12 Abs. 3 ErbbauRG). Nach überwiegender Ansicht sollte dies nicht für die Rechtsbestandteile des Erbbaurechts, d.h. die subjektiv-dinglichen Rechte für den jeweiligen Erbbauberechtigten gelten, weil sich § 12 Abs. 1 und 2 ErbbauRG auch nicht darauf beziehen.¹¹ Aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes von § 12 Abs. 3 ErbbauRG ist es jedoch gerechtfertigt, dass subjektiv-dingliche Rechte für den jeweiligen Erbbauberechtigten (z.B. Geh- und Fahrrecht) nach dem Erlöschen des Erbbaurechts dem jeweiligen Grundstückseigentümer zumindest dann zustehen, wenn es sich um solche Rechte handelt, die dem wirtschaftlichen Zweck des Bauwerks dienen, das nach dem Erlöschen des Erbbaurechts wieder im Eigentum des Grundstückseigentümers steht.¹² Der Eigentümer des bisherigen Erbbaugrundstücks ist deshalb als neuer Berechtigter der Grunddienstbarkeit berechtigt, das Geh- und Fahrrecht am Nachbargrundstück auszuüben.

Ob § 12 Abs. 3 ErbbauRG auf alle mit dem Erbbaurecht verbundenen subjektiv-dinglichen Rechte nach § 96 BGB, also auch auf andere Grunddienstbarkeiten, Reallasten und dingliche Vorkaufsrechte anzuwenden ist, die nicht der weiteren Nutzung des Bauwerks dienen, erscheint dem *BGH*¹³ zweifelhaft. Auch *Oppermann*¹⁴ geht davon aus, dass diese Rechte nicht über das Erbbaurecht hinaus bestehen sollen. Dem kann nicht zugestimmt werden. Diese Sonderbehandlung kann dem Wortlaut von § 12 Abs. 3 ErbbauRG nicht entnommen werden. Subjektiv-dingliche Rechte für den jeweiligen Berechtigten des Erbbaurechts dienen immer dem jeweiligen Eigentümer des Bauwerks, da sie sonst als subjektiv-persönliche Rechte (Vorkaufsrecht, Reallast, beschränkte persönliche Dienstbarkeit) ausgestaltet worden wären. Deshalb fallen alle subjektiv-dinglichen Rechte für den jeweiligen Berechtigten des Erbbaurechts unter § 12 Abs. 3 ErbbauRG und gehen beim Erlöschen des Erbbaurechts auf den Grundstückseigentümer über.¹⁵ Bis zur höchstrichterlichen Klärung dieser Frage sollten subjektiv-dingliche Rechte für die jeweiligen Berechtigten des Erbbaurechts mit gleichem Inhalt auch zugunsten der jeweiligen Eigentümer des Erbbaugrundstücks am Nachbargrundstück bestellt werden, um einen Fortbestand auch nach dem Erlöschen des Erbbaurechts zu sichern.¹⁶

Nach der Auffassung des *BGH*¹⁷ bedarf der Übergang der subjektiv-dinglichen Rechte für die jeweiligen Berechtigten des Erbbaurechts auf die jeweiligen Eigentümer des Erbbaugrundstücks nach § 12 Abs. 3 ErbbauRG einer Ergänzung, wenn gleiche oder ähnliche Rechte als Belastungen am Erbbaurecht bestanden haben, die wegen der Aufhebung oder des Erlöschens des Erbbaurechts infolge Zeitablauf an diesem jedoch nicht fortbestehen können. Zu denken ist dabei in die Fälle, dass neben einer Grunddienstbarkeit (z.B. Wege- und/oder Leitungsrechte) am Nachbargrundstück für den jeweiligen Berechtigten des Erbbaurechts das Erbbaurecht selbst belastet ist mit einer Reallast für den jeweiligen Eigentümer des Nachbargrundstücks zur Absicherung eines Entgelts für die Ausübung der Grunddienstbarkeit. Wür-

de mit dem Erlöschen des Erbbaurechts zwar die Grunddienstbarkeit auf den jeweiligen Eigentümer des Erbbaugrundstücks übergehen nach § 12 Abs. 3 ErbbauRG, aber die Reallast am Erbbaurecht erlöschen, könnte an ein Gerechtigkeitsdefizit zu denken sein, da dann die Grunddienstbarkeit unentgeltlich ausgeübt werden könnte. Dieselbe Problematik tritt auf bei einer wechselseitigen Bestellung von Grunddienstbarkeiten durch die Eigentümer und Erbbauberechtigte benachbarter Grundstücke (z.B. Nutzung eines gemeinsamen Hofes auf beiden Grundstücken). Die Grunddienstbarkeit für die jeweiligen Berechtigten des Erbbaurechts würde auf die jeweiligen Eigentümer des Erbbaugrundstücks übergehen (§ 12 Abs. 3 ErbbauRG), aber die Grunddienstbarkeit am Erbbaurecht für die jeweiligen Eigentümer des Nachbargrundstücks würde mit dem Erlöschen des Erbbaurechts wegfallen. Zur Lösung dieser Probleme denkt der *BGH*¹⁸ an einen gesetzlichen Übergang auch der Belastungen am Erbbaurecht auf das Erbbaugrundstück oder einen schuldrechtlichen Anspruch des Nachbarn auf Neubestellung gleichartiger Rechte am früheren Erbbaugrundstück. Diese Lösungsvorschläge sind jedoch bedenklich.¹⁹ Zum einen fehlt dafür die gesetzliche Grundlage und zum anderen führen sie zu einem Wertungswiderspruch mit der Rechtslage beim Heimfall. Im letzteren Fall kommt es auch zum Erlöschen von subjektiv-dinglichen Rechten am Erbbaurecht (§ 33 Abs. 1 ErbbauRG) während Rechte am Nachbargrundstück für den jeweiligen Berechtigten des Erbbaurechts bestehen bleiben. Nach *Maaß*²⁰ sind die geschilderten Rechtsfolgen jedoch vorhersehbar und bedürfen aus Billigkeitsgründen keiner Korrektur; sie beruhen vielmehr auf Gestaltungsfehler. Zur Absicherung eines Entgelts für die Ausübung einer Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Berechtigten des Erbbaurechts durch eine Reallast ist daran zu denken, die Reallast nicht nur am Erbbaurecht zu bestellen, sondern auch am Erbbaugrundstück unter der aufschiebenden Bedingung des Erlöschens des Erbbaurechts. Bei den wechselseitigen Grunddienstbarkeiten (z.B. zur Nutzung eines gemeinsamen Hofraumes) sollte die Grunddienstbarkeit am Erbbaurecht ebenfalls auch aufschiebend bedingt am Erbbaugrundstück bestellt werden. Sind diese Gestaltungen aber nicht ausdrücklich vereinbart,

11 LG Verden, Nds.Rpf. 1964, 249; Staudinger/Rapp, BGB, 2009, § 12 ErbbauRG Rn. 25; Ingenstau/Hustedt, Erbbaurecht, 9. Aufl. 2010, § 12 ErbbauRG Rn. 36.

12 BGH, ZNotP 2012, 177 = MittBayNot 2013, 40 = ZfR 2012, 429; zustimmend Maaß, NotBZ 2012, 208; Oppermann, ZNotP 2012, 166; Satzl, MittBayNot 2013, 42; ebenso bereits früher Maaß, NotBZ 2002, 389, 391; Böttcher (Fn. 1), Rn. 575; kritisch dazu Grziwotz, ZfR 2012, 430.

13 BGH, ZnotP 2012, 177 (Rn. 18).

14 Oppermann, ZNotP 2012, 166.

15 Maaß, NotBZ 2012, 208, 210; Satzl, MittBayNot 2013, 42.

16 Maaß, in: Würzburger Notarhandbuch, 3. Aufl. 2012, Teil 2, Kap. 5, Rn. 133.

17 BGH (Rn. 18 – 20), ZNotP 2012, 177 = MittBayNot 2013, 40 = Rpfleger 2012, 377 = ZfR 2012, 429.

18 BGH, ZnotP 2012, 177 (Rn. 21).

19 Abl. deshalb Maaß, NotBZ 2012, 208; Oppermann, ZNotP 2012, 166; Satzl, MittBayNot 2013, 42.

20 Maaß, NotBZ 2012, 208, 211 f.

kann auch nicht stillschweigend davon ausgegangen werden. Dies würde nämlich bedeuten, dass Erbbauberechtigter und Nachbareigentümer ein Recht zulasten des Eigentümers des Erbbaugrundstücks begründen könnten. Dies ist abzulehnen. Mit *Oppermann*²¹ ist dann vielmehr davon auszugehen, dass eine ergänzende Auslegung bei gegenseitig bestellten Rechten für den jeweiligen Berechtigten des Erbbaurechts am Nachbargrundstück und für den jeweiligen Eigentümer des Nachbargrundstücks am Erbbaurecht dazu führt, dass das subjektiv-dingliche Recht für den jeweiligen Berechtigten des Erbbaurechts entgegen § 12 Abs. 3 ErbbauRG auf die Dauer des Erbbaurechts befristet ist und deshalb mit dem Erbbaurecht ebenso erlischt wie die Belastung des Erbbaurechts.

II. Wohnungseigentum

1. Gemeinschaftseigentum – Sondereigentum

a) Treppenhaus

Zwingendes Gemeinschaftseigentum ist in § 1 Abs. 5 und § 5 Abs. 2 WEG beschrieben und umfasst: Grundstück; Teil des Gebäudes, die für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich sind; Anlagen und Einrichtungen des Gebäudes, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen. Das zwingende Gemeinschaftseigentum ist gesetzlich vorgegeben, d.h. es kann von den Beteiligten nicht geändert werden. Vereinbaren die Wohnungseigentümer, dass zwingendes Gemeinschaftseigentum (z.B. Dach) Sondereigentum eines Wohnungseigentümers sein soll und wird dies auch so im Grundbuch eingetragen, so besteht trotzdem weiterhin Gemeinschaftseigentum. Die entsprechende Vereinbarung ist nichtig; das Grundbuchamt dürfte nicht eintragen. Eine trotzdem erfolgte Eintragung ist inhaltlich unzulässig und muss von Amts wegen gelöscht werden (§ 53 GBO).²² Anlagen und Einrichtungen des Gebäudes, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen sind z.B. Aufzug, Gemeinschaftsantenne, Schornstein, Treppenhaus,²³ Fahrradraum, Heizkeller, Waschküche, Eingangsflur.

b) Balkon

Er ist mangels allseitiger Umgrenzung kein Raum im strengen Wortsinn. Trotzdem wird er als sondereigentumsfähig angesehen, denn er ist die räumliche Fortsetzung einer Wohnung und nur von ihr aus zugänglich, sodass eine Benutzung durch andere Wohnungseigentümer ausgeschlossen ist. Sondereigentumsfähig sind der Balkonraum,²⁴ Plattenbelag, Innenputz und – anstrich einer Brüstung. Zwingendes Gemeinschaftseigentum sind dagegen: Balkondecke; Isolierschicht und Abdichtungsanschlüsse; Außenwände und sonstige Außenbestandteile, wie z.B. Gitter; Balkonbrüstung; Verkleidungen der Balkone; Estrich, soweit er temperatur- und schalldämmenden Zwecken dient; Trennwand zum Nachbarbalkon. Nach Ansicht des *OLG München*²⁵ dient der Balkon (nicht hingegen dessen Bauteile) als Raum zu der ihm zuordnungsfähigen abgeschlossenen Wohnung

der Alleinnutzung des Wohnungseigentümers und gehört als Bestandteil kraft der gesetzlichen Verbundenheit des § 94 BGB zum Sondereigentum der Wohnung; auch ohne gesonderte Erklärung und/oder entsprechender Nummerierung gehöre der Balkonraum nach natürlicher Anschauung als Bestandteil zum Sondereigentum der Wohnung, von der aus er zugänglich ist; ein Sondernutzungsrecht könne daran nicht begründet werden. Dem wird von *Hügel/Elzer*²⁶ zu Recht widersprochen, weil ein Raum nicht wesentlicher Bestandteil von anderen Räumen sein kann.

c) Heizung

Die zentrale Heizungsanlage ist zwingendes Gemeinschaftseigentum, wenn sie ausschließlich der Versorgung der Anlage dient.²⁷ Installationseinrichtungen für Heizung (z.B. Leitungen) sind zwingendes Gemeinschaftseigentum, soweit es sich um Hauptversorgungsleitungen handelt.²⁸ Die den gemeinschaftlichen Verbrauch wiedergebenden Zähler dienen dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer und sind gem. § 5 Abs. 2 WEG zwingendes Gemeinschaftseigentum. Der gemeinschaftliche Gebrauch dieser Zählgeräte erfordert einen ständigen Bedienungs-, Kontroll- und Wartungsaufwand. Sinn und Zweck des § 5 Abs. 2 WEG erfordern, dass sich das zwingende Gemeinschaftseigentum insofern auch auf die die Zähler enthaltenen Räume erstreckt.²⁹ Ob die Heizkörper in den Wohnungen einer Wohnanlage mit Zentralheizung und die dazugehörigen Anschlussleitungen Gemeinschafts- oder Sondereigentum sind, wird unterschiedlich beurteilt. Z.T. werden sie als Gemeinschaftseigentum behandelt, und zwar selbst dann, wenn ihre Demontage die Funktionsfähigkeit des Heizungssystems nicht beeinträchtigt.³⁰ Nach überwiegender Meinung gehören Heizkörper und Leitungen, die nur noch der Versorgung eines Wohnungseigentümers dienen, bis zum Anschluss an die Hauptleitung zum Sondereigentum, und zwar auch dann, wenn sie sich im Sondereigentum eines anderen Wohnungseigentümers befinden.³¹ Heizungs- oder Thermostatventile an Heizkörpern gehören ebenfalls zum Sondereigentum.³² Verbrauchszähler und Warmwasserbehälter in einer Wohnung sind Sondereigentum.³³ Wenn es ratsam erscheint, sollten in der Teilungserklärung die son-

21 *Oppermann*, ZNotP 2012, 166.

22 OLG München, ZWE 2012, 487.

23 OLG München, ZWE 2012, 487.

24 OLG München, ZfR 2011, 811; *F. Schmidt*, MittBayNot 2001, 442.

25 OLG München, ZfR 2011, 881.

26 *Hügel/Elzer*, DNotZ 2012, 4, 9.

27 BGH, ZNotP 2011, 421.

28 BGH, ZNotP 2011, 421.

29 LG Hamburg, Rpfleger 2010, 563.

30 *Schneider*, in: *Riecke/Schmid*, WEG, 3. Aufl. 2010, § 5 Rn. 52; *Jennißen/Grziwotz*, WEG, 3. Aufl. 2012, § 5 Rn. 85; *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 5. Aufl. 2010, Rn. 75.

31 BGH, ZNotP 2011, 421; *Armbrüster*, in: *Bärman*, WEG, 11. Aufl. 2010, § 5 Rn. 82.

32 BGH, ZNotP 2011, 421; *Armbrüster*, ZWE 2011, 392; a.A. OLG Hamm, NJW-RR 2002, 156; OLG München, NJW-RR 2008, 1182, 1186.

33 BGH, ZNotP 2011, 421; LG Hamburg, ZWE 2010, 141.

dereigentumsfähigen Teile der gesamten Heizungsanlage dem Gemeinschaftseigentum durch eine Vereinbarung nach § 5 Abs. 3 WEG zugeordnet werden. Eine solche Regelung könnte lauten: „Die gesamte Heizanlage, einschließlich der Heizkörper, Heizungs- oder Thermostatventile und Leitungen in den im Sondereigentum stehenden Räumen, ist gemeinschaftliches Eigentum.“

d) Rauchwarnmelder

Sie werden sehr häufig dem zwingenden Gemeinschaftseigentum zugeordnet, weil sie angeblich dem Bestand und der Sicherheit des Gebäudes dienen (§ 5 Abs. 2 WEG).³⁴ Vereinzelt werden sie auch als sondereigentumsfähig angesehen.³⁵ Keiner dieser Auffassungen kann zugestimmt werden. Wie *Schneider*³⁶ überzeugend nachgewiesen hat, sind Rauchwarnmelder weder zwingendes Gemeinschaftseigentum noch sondereigentumsfähig. Rauchwarnmelder haben den Zweck, im Brandfall Alarm auszulösen, um anwesende Personen zur Flucht zu bewegen; für den Bestand und die Sicherheit des Gebäudes sind sie nicht erforderlich. Sondereigentum kraft Gesetzes als wesentliche Bestandteile eines Gebäudes (§§ 93, 94 BGB) nach § 5 Abs. 1 WEG können Rauchwarnmelder auch nicht sein, da sie i.d.R. beliebig montiert, demontiert und ausgetauscht werden können, ohne dass dadurch das Ganze in Mitleidenschaft gezogen würde. Im räumlichen Bereich eines Sondereigentums werden Rauchwarnmelder regelmäßig als dessen Zubehör (§ 97 Abs. 1 Satz 1 BGB) im Eigentum des betreffenden Wohnungseigentümers stehen, der Anschaffung und Installation veranlasst hat. Soweit Rauchwarnmelder im räumlichen Bereich des Gemeinschaftseigentums angebracht werden, werden sie als Zubehör des gemeinschaftlichen Grundstücks regelmäßig im Miteigentum aller Wohnungseigentümer stehen. Eine Eigentumszuordnung zugunsten des Verwaltungsvermögens der rechtsfähigen Wohnungseigentümergemeinschaft innerhalb von Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum ist möglich (§ 21 Abs. 2 WEG).³⁷ Dafür steht den Wohnungseigentümern die Beschlusskompetenz nach § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG zu.³⁸

e) Zugang zum Gemeinschaftseigentum

Räumlichkeiten (z.B. Treppenhaus, Waschküche, Verbindungsflur), die den einzigen Zugang zum Gemeinschaftseigentum (z.B. gemeinschaftliche Heizungsanlage; Verbrauchszähler für Gas, Wasser, Strom usw.) bilden, sind zwingendes Gemeinschaftseigentum.³⁹ Der Zweck des § 5 Abs. 2 WEG, bestimmte Teile des Gebäudes zwingend dem Gemeinschaftseigentum vorzubehalten, soll ausschließlich darin bestehen, für alle Wohnungseigentümer eine ungestörte Raumnutzung des Gebäudes sicherzustellen. Der unbebaute Grundstücksteil bleibe hingegen von dieser Vorschrift unberührt. Aus diesem Grund sei nach dem *OLG Hamm* eine Garage auch dann sondereigentumsfähig, wenn sie den einzigen Zugang zu einer dahinter liegenden gemeinschaftlichen Grundstücksfläche bildet.⁴⁰ Dem widerspricht das *OLG Frankfurt/M.*⁴¹ zu Recht. Auch ein Durchgang in einem Hinterhaus, der zum Erreichen des dahinter gelege-

nen in Gemeinschaftseigentum stehenden Gartengeländes benutzt werden muss, steht zwingend im Gemeinschaftseigentum. Eine unterschiedliche Behandlung von bebauten und unbebauten Teilen ist nicht gerechtfertigt.

f) Widerspruch zwischen Teilungserklärung und Aufteilungsplan

In der Teilungserklärung war die Eigentumswohnung Nr. 28 wie folgt beschrieben: „4-Zimmer-Wohnung im 2. Obergeschoss mit ca. 83[^]Sqm Wohnfläche und ein Kellerabteil, das mit der Sondereigentumsnummer bezeichnet ist“. Im Aufteilungsplan enthält der Grundriss Kellergeschoss einen mit Nr. 28 als Keller bezeichneten Raum, ferner einen weiteren Raum, versehen mit der Nr. 28, jedoch ohne Funktionsbezeichnung. An Letzterem ist kein Sondereigentum entstanden. Sondereigentum an Räumen kraft Gesetzes gibt es nicht. Es muss durch ausdrückliche Erklärung begründet werden. Grds. spricht nämlich eine gesetzliche Vermutung für gemeinschaftliches Eigentum. Für die Abgrenzung von Gemeinschaftseigentum und Sondereigentum ist allein die Grundbucheintragung in Verbindung mit den zulässigerweise (§ 7 Abs. 3, Abs. 4 Nr. 1 WEG) in Bezug genommenen Eintragungsunterlagen (= Teilungserklärung, Aufteilungsplan) maßgebend. Ergibt sich dabei ein Widerspruch zwischen Teilungserklärung und Aufteilungsplan, ist keiner der sich widersprechenden Erklärungsinhalte vorrangig und es entsteht kein Sondereigentum an dem betroffenen Raum; er bleibt vielmehr Gemeinschaftseigentum.⁴²

g) Abgeschlossenheit

Gem. § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG soll für die im Sondereigentum stehenden Räume Abgeschlossenheit vorliegen. Da es sich insoweit um eine Sollvorschrift handelt, ist bei einem Verstoß dagegen das eingetragene Wohnungseigentum weder nichtig noch anfechtbar;⁴³ auch der nachträgliche Wegfall der Abgeschlossenheit ändert nichts am entstandenen Sondereigentum.⁴⁴ Nach Nr. 5a der „Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen gem. § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 WEG“ sind abgeschlossene Wohnungen solche Wohnungen, „die baulich vollkommen von fremden Wohnungen und Räumen ab-

34 OLG Frankfurt/M., ZMR 2009, 864.

35 AG Hamburg-Wandsbek, ZWE 2011, 143.

36 *Schneider*, ZMR 2010, 822; ebenso LG Hamburg, ZWE 2011, 286; *Schultz*, ZWE 2011, 21; *Langhein*, notar 2011, 156, 158; *Armbrüster* (Fn. 31), § 5 WEG Rn. 59.

37 *Schneider*, ZMR 2010, 822.

38 LG Hamburg, ZWE 2012, 55 (1. Alternative); *Schultz*, ZWE 2012, 57 (2. Alternative).

39 BGH, Rpfleger 1991, 454; LG Hamburg, Rpfleger 2010, 563; *Schmenger*, ZNotP 2005, 283, 289 f.

40 OLG Hamm, Rpfleger 2001, 344.

41 OLG Frankfurt/M., ZWE 2011, 414; ebenso *Schmenger*, ZNotP 2005, 283, 292 f.

42 OLG München, NotBZ 2011, 60 = MittBayNot 2011, 228.

43 BGH, NJW 1990, 1111.

44 OLG Köln, Rpfleger 1994, 348.

geschlossen sind, z.B. durch Wände und Decken, die den Anforderungen der Bauaufsichtsbehörden (Baupolizei) an Wohnungstrennwände und Wohnungstrenndecken entsprechen und einen eigenen abschließbaren Zugang unmittelbar vom Freien, von einem Treppenhaus oder einen Vorraum haben. Wasserversorgung, Abguss und WC müssen innerhalb der Wohnung liegen. Zu abgeschlossenen Wohnungen können zusätzliche Räume außerhalb des Wohnungsabschlusses gehören; diese müssen abschließbar sein“ (z.B. Kellerräume, Garagen, Speicherräume). Der Abgeschlossenheit einer Wohnung i.S.v. § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG steht nicht entgegen, wenn sich außerhalb der Wohnung noch ein verschließbarer Raum befindet, in dem sich ein zusätzliches WC befindet (neben dem WC in der Wohnung).⁴⁵ Der Eintragungsbewilligung ist als Anlage eine Bescheinigung der Baubehörde beizufügen, dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG Vorliegen (§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WEG); ansonsten darf das Grundbuchamt nicht eingetragen. Das Grundbuchamt ist aber nicht an die Bescheinigung der Baubehörde gebunden, d.h. es hat ein selbstständiges materielles Prüfungsrecht hinsichtlich der Rechtsfrage (!) der Abgeschlossenheit.⁴⁶ Widersprüche zur Teilungserklärung oder dem Aufteilungsplan sind daher zu beanstanden. Gleiches gilt, wenn die Abgeschlossenheitsbescheinigung inhaltlich nicht hinreichend bestimmt ist, so z.B. wenn im Kellergeschoss Räume mit den Nr. WE1 – WE4 (Abstellräume) und WE1 – WE4 (Keller-, Wasch- und Trockenräume) sind, die Abgeschlossenheitsbescheinigung sich aber nur auf WE1 – WE4 (Abstellräume) bezieht; offen ist dann, ob die anderen Räume WE1 – WE4 (Keller-, Wasch- und Trockenräume) auch zu den abgeschlossenen Wohnungen gehören.⁴⁷ Für eine einmal erteilte Abgeschlossenheitsbescheinigung gibt es kein Verfallsdatum und keine Beschränkung auf eine einmalige Verwendung; erforderlich ist nur, dass die alte Bescheinigung richtig ist, insbesondere dass der der Bescheinigung zugrunde liegende Aufteilungsplan mit den aktuellen wirklichen Verhältnissen betreffend die bescheinigte Abgeschlossenheit der Räume übereinstimmt. Allein der eingetretene Zeitablauf von 14 Jahren seit Erteilung der Bescheinigung bis zum Eintragungsantrag kann keinen Zweifel an der Richtigkeit begründen (z.B. Begründung von Wohnungseigentum im Jahr 1993, Aufhebung im Jahr 1996 und Neubegründung im Jahr 2007 unter Bezug auf die alte Abgeschlossenheitsbescheinigung).⁴⁸

2. Zustimmung dinglich Berechtigter zur Begründung von WE

Ist das Grundstück als Ganzes mit Rechten belastet, brauchten nach bisher h.M. die Berechtigten der Bildung von Wohnungseigentum nicht zustimmen.⁴⁹ Grundpfandrechte und Reallasten bestehen als Gesamtrechte an den Wohnungseigentumseinheiten fort. Andere Rechte (z.B. Vorkaufsrecht) bestehen als Einzelrechte an allen Wohnungseigentumseinheiten fort; wenn dies nicht möglich ist (z.B. Geh- und Fahrrecht), dann weiterhin am gesamten Grundstück. Seit der Einführung der Rangklasse § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG (= Hausgeldansprüche) zum 1.7.2007 (Gesetz v. 26.3.2007, BGBl. I, S. 370) war dies umstritten.

Wird daraus nämlich die Zwangsversteigerung betrieben, erlöschen die Grundpfandrechte, Reallasten, Vorkaufsrechte und Nießbrauchsrechte in Rangklasse § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG durch Zuschlagserteilung. Diese mussten nach der vor allem von Kessler⁵⁰ vertretenen Meinung der Aufteilung in Wohnungseigentum nach §§ 877, 876 BGB zustimmen. Nur die Berechtigten von Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten müssen nicht zustimmen, weil sie auch in der Zwangsversteigerung aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bestehen bleiben (§ 52 Abs. 2 Satz 2 Nr. b ZVG). Abgelehnt wurde die Zustimmungspflicht vor allem von Schneider,⁵¹ weil allein durch die Aufteilung des Grundstücks durch den Eigentümer nach § 8 WEG noch keine Eigentümergemeinschaft entstehe und damit noch keine Zwangsversteigerung nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG möglich sei; die überwiegende Ansicht in Literatur⁵² und Rechtsprechung⁵³ hatte sich dieser Ansicht angeschlossen. Solange sich alle Einheiten noch in der Hand des aufteilenden Grundstückseigentümers befinden, ist dies sicherlich richtig. Aber spätestens mit der ersten Veräußerung einer Wohnung wird das Problem für den dinglich Berechtigten virulent. Trotzdem hat der BGH⁵⁴ entschieden, dass die Grundschildgläubiger den Verlust ihres Rechts hinnehmen müssen und ihre Zustimmung zur Begründung von Wohnungseigentum nicht erforderlich ist. Begründet wird dies damit, dass der Gesetzgeber mit der Einordnung der Hausgeldansprüche in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG die Beeinträchtigung der Grundschildgläubiger in Kauf genommen habe und deshalb auch keine planwidrige Regelungslücke vorliege.

3. Rechtsfähige Wohnungseigentümergemeinschaft

a) Gläubiger einer Zwangshypothek

Die rechtsfähige Wohnungseigentümergemeinschaft kann Gläubiger einer Zwangssicherungshypothek sein. Es sind also nicht die Wohnungseigentümer unter Angabe des Anteilsverhältnisses nach § 47 Abs. 1 GBO als Gläubiger in das Grundbuch einzutragen, sondern nur ein Gläubiger, nämlich die Wohnungseigentümergemeinschaft. Welche einzelnen Wohnungseigentümer Mitglied der rechtsfähigen Gemeinschaft sind, lässt sich aus der Gesamtheit aller Wohnungsbücher entnehmen. Eine Zwangssicherungshypothek kann auch dann für die Wohnungseigentümergemeinschaft

45 OLG Nürnberg, ZWE 2012, 317.

46 OLG Frankfurt/M., ZWE 2012, 34.

47 OLG Frankfurt/M., ZWE 2012, 34.

48 OLG Schleswig, RNotZ 2012, 335.

49 BGH, BGHZ 49, 250 = Rpfleger 1968, 114.

50 Kessler, NJW 2010, 2317; ZNotP 2010, 335; MittBayNot 2011, 302; ebenso OLG Frankfurt/M., ZfIR 2011, 573.

51 Schneider, ZNotP 2010, 299; 2010, 387.

52 Fabis, ZNotP 2012, 91; Volmer, NotBZ 2012, 39; F. Schmidt, ZWE 2011, 82; Heinemann, ZfIR 2011, 255; Langhein, notar 2011, 156, 158; Drasdo, NJW-Spezial 2011, 67.

53 OLG München, ZWE 2011, 266; KG, Rpfleger 2011, 202 = ZfIR 2011, 254; OLG Oldenburg, Rpfleger 2011, 318 = ZfIR 2011, 254.

54 BGH, ZfIR 2012, 245; dem folgend OLG Celle, ZWE 2012, 276.

als solche eingetragen werden, wenn der Vollstreckungstitel nicht unter dieser Bezeichnung, sondern unter Auflistung aller Eigentümer ergangen ist.

Bei der Zwangsversteigerung von Wohnungseigentum (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG) können die daraus fälligen Ansprüche auf Zahlung der Beiträge zu den Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums oder des Sondereigentums, einschließlich der Vorschüsse (§ 28 Abs. 2 WEG) und Beiträge zu den Instandhaltungsrückstellungen (§ 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG) berücksichtigt werden. Das Vorrecht dieser Rangklasse erfasst die laufenden und die rückständigen Beträge aus dem Jahr der Beschlagnahme und den letzten 2 Jahren. Das Vorrecht der Ansprüche einschließlich aller Nebenleistungen (z.B. Kosten nach § 10 Abs. 2 ZVG) ist begrenzt auf Beträge i.H.v. nicht mehr als 5 % des nach § 74a Abs. 5 ZVG festgesetzten Grundstückswerts. Solange das temporär und betragsmäßig beschränkte Vorrecht besteht, soll eine zwangsweise beantragte Hypothek nur eingetragen werden können unter der aufschiebenden Bedingung, dass das Vorrecht wegfällt; ansonsten fehle das Rechtsschutzbedürfnis.⁵⁵ Dem kann nicht zugestimmt werden.⁵⁶ Zum einen ist die Einleitung des Verfahrens für keinen Gläubiger zwingend und zum anderen scheidet eine Abgrenzung bevorrechtigter und nicht bevorrechtigter Ansprüche aus, solange das Verfahren nicht zur Anordnung gelangt.

Der Verwalter ist berechtigt, bei einer Zwangshypothek für die Wohnungseigentümergeinschaft eine löschungsfähige Quittung abzugeben, wodurch das Entstehen einer Eigentümergrundsuld nachgewiesen wird.⁵⁷ Gem. § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 WEG i.V.m. § 27 Abs. 1 Nr. 4 und 5 WEG kann der Verwalter nämlich Lasten- und Kostenbeiträge anfordern, in Empfang nehmen und abführen, ferner alle Zahlungen und Leistungen bewirken und entgegennehmen, die mit der laufenden Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums zusammenhängen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Wohnungseigentümergeinschaft nur mit ihrem Namen nach § 10 Abs. 6 Satz 4 WEG bezeichnet ist oder unter Auflistung aller Wohnungseigentümer.⁵⁸

Umstritten ist die Frage, ob der Verwalter auch berechtigt ist, für die Wohnungseigentümergeinschaft eine Löschungsbewilligung (§ 19 GBO) hinsichtlich einer Zwangshypothek abzugeben. Das *OLG München*⁵⁹ und das *LG Köln*⁶⁰ verneinen dies, weil die Abgabe der Löschungsbewilligung nicht unter die gesetzliche Vertretung nach § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 – 6 WEG falle und somit dafür der Verwalter durch Mehrheitsbeschluss oder Vereinbarung ermächtigt werden müsste gem. § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 WEG. Die überwiegende Meinung in der Literatur⁶¹ widerspricht dem wohl zu Recht. Zur Löschung für die Gemeinschaft eingetragener Zwangssicherungshypotheken kann der Verwalter als Vertreter eine abstrakte Löschungsbewilligung abgeben nach § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 WEG i.V.m. § 27 Abs. 1 Nr. 4 und 5 WEG, und zwar ohne besondere Ermächtigung, da er auch berechtigt ist, die Zahlungen des Eigentümers entgegenzunehmen. Der Grund der Löschung muss nicht angegeben werden, sodass mittels einer abstrakten Löschungsbewil-

ligung des Gläubigers häufig die Löschung der Buchposition angestrebt wird, die allerdings ohne Zustimmung des Grundstückseigentümers nicht möglich ist (§ 27 GBO). Der Verwalter muss sich klar machen, welcher Vorgang zugrunde liegt. Hat er die Zahlung der gesicherten Forderung bereits entgegengenommen, was der Normalfall sein wird, so ist außerhalb des Grundbuchs bereits eine Eigentümergrundsuld entstanden (§§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Abs. 1 BGB); das Grundbuch ist unrichtig. Es bleibt dem Verwalter dann überlassen, ob er eine löschungsfähige Quittung (= Bestätigung der Zahlung) als Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 GBO) oder eine Berichtigungsbewilligung (§ 19 GBO) abgibt zur Eintragung einer Eigentümergrundsuld. Gibt er eine abstrakte Löschungsbewilligung ohne Begründung ab, wozu er nach Bezahlung der Forderung eigentlich nicht mehr berechtigt ist, hat das Grundbuchamt kein Recht nach dem Grund der Löschung zu fragen. Der Verwalter ist ohne besondere Ermächtigung berechtigt, eine löschungsfähige Quittung, eine Berichtigungsbewilligung und eine abstrakte Löschungsbewilligung abzugeben (§ 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 WEG i.V.m. § 27 Abs. 1 Nr. 4 und 5 WEG). Sind die Zwangshypotheken noch für die einzelnen Wohnungseigentümer unter Angabe des Anteilsverhältnisses nach § 47 GBO eingetragen, so soll erstaunlicherweise der Verwalter nicht berechtigt sein, eine Löschungsbewilligung (§§ 19, 29 GBO) abzugeben.⁶² Dem ist zu widersprechen. Eine unterschiedliche Behandlung der Zwangshypotheken für die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft ohne Nennung oder mit Auflistung der Wohnungseigentümer ist nicht gerechtfertigt. Gläubiger der Zwangshypotheken für rückständiges Hausgeld waren schon immer (auch vor dem 1.7.2007) die rechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaften; bei den früheren Eintragungen nur unter Nennung der Wohnungseigentümer handelt es sich lediglich um einen anfänglichen, aber nicht erkannten Mangel in der Bezeichnung des Gläubigers;⁶³ sind nur die Gesellschafter einer GbR im Grundbuch eingetragen, ist damit auch die rechtsfähige GbR gemeint.⁶⁴ Dies bedeutet, dass der Verwalter auch

55 Zeiser, Rpfleger 2008, 58; diese auch von mir in Rpfleger 2009, 181, 182 vertretene Auffassung gebe ich auf.

56 OLG Frankfurt/M., ZWE 2011, 89; OLG Stuttgart, ZfIR 2011, 66; Schneider, ZfIR 2008, 161, 169.

57 BayObLG, DNotZ 1995, 627.

58 Schneider (Fn. 30), § 1 WEG Rn. 161.

59 OLG München, ZWE 2011, 180.

60 LG Köln, RNotZ 2011, 179.

61 Schneider (Fn. 30), § 1 WEG Rn. 161; Timme/Dötsch, WEG, 2010, § 10 Rn. 430; Hock/Klein/Hilbert/Deimann, Immobilienvollstreckung, 5. Aufl. 2011, Rn. 2361; Hügel, DNotZ 2007, 326, 337; Böhringer, Rpfleger 2006, 53, 56; Dümig, Rpfleger 2005, 529; Wilsch, RNotZ 2005, 536, 537; Schmidt, NotBZ 2005, 309, 312; Meikel/Böttcher (Fn. 5), Einl. F Rn. 60; a.A. Schaal, RNotZ 2008, 569, 594.

62 LG Frankfurt/M., RNotZ 2006, 63; Schneider (Fn. 30), § 1 WEG Rn. 161; Timme/Dötsch (Fn. 61), § 10 WEG Rn. 430; Hock/Klein/Hilbert/Deimann (Fn. 61), Rn. 2362; Hügel, DNotZ 2007, 326, 327; Schaal, RNotZ 2008, 569, 594; Demharter, NZM 2005, 776.

63 Schneider (Fn. 30), § 1 WEG Rn. 167, 168; Wenzel, ZWE 2006, 62, 67; F. Schmidt, ZWE 2007, 280, 289.

64 BGH, NJW 2006, 3716; OLG München, NotBZ 2009, 414; OLG Zweibrücken, Rpfleger 2009, 17, 18.

ohne besondere Ermächtigung eine Löschungsbewilligung für die Zwangshypothek zugunsten der Wohnungseigentümer abgeben kann.⁶⁵

b) Haftung

aa) Allgemein

Da die Gemeinschaft rechtsfähig ist (§ 10 Abs. 6 Satz 1 und 2 WEG), kann sie auch gegenüber Dritten haften, z.B. auf Bezahlung beauftragter Leistungen. Sie kann dementsprechend nicht nur klagen, sondern auch verklagt werden (§ 10 Abs. 6 Satz 5 WEG). Für eine Forderung gegen eine Wohnungseigentümergeinschaft aus einem Gaslieferungsvertrag haftet die rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer; die jeweiligen Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft haften demgegenüber nicht als Gesamtschuldner.⁶⁶ Für Verbindlichkeiten aus einem Vertrag mit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (z.B. Gas- und Wasserversorgung) haften die Wohnungseigentümer nur dann als Gesamtschuldner, wenn sie sich neben dem Verband klar und eindeutig auch persönlich verpflichtet haben.⁶⁷ Dies gilt auch für Verträge, die vor dem 1.7.2007 begründet worden sind.⁶⁸ Jeder Wohnungseigentümer haftet dem Gläubiger nur nach dem Verhältnis seines Miteigentumsanteils für Verbindlichkeiten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, die während seiner Zugehörigkeit zur Gemeinschaft entstanden oder während dieses Zeitraums fällig geworden sind (§ 10 Abs. 8 Satz 1 WEG). Diese Außenhaftung der Wohnungseigentümer ist nicht dispositiv, weil dies Rechtsbeziehungen im Außenverhältnis betrifft.

bb) Benutzungsabgaben

Hinsichtlich der Benutzungsgebühren (z.B. für Müllbeseitigung, Straßenreinigung, Abwasserbeseitigung usw.) kommt das privatrechtliche Vertragsverhältnis durch Angebot, das regelmäßig als Realofferte in der tatsächlichen Leistungsgewährung liegt, und Annahme durch die Entgegennahme der Leistungen zustande; dies gilt auch bei einem durch Landesgesetz angeordneten Anschluss- und Benutzungszwang.⁶⁹ Nach § 5 Abs. 2 des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes Berlin haben z.B. die Abfallbesitzer die Pflicht, ihre Abfälle durch eine Anstalt öffentlichen Rechts entsorgen zu lassen (Benutzungszwang). Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 des Straßenreinigungsgesetzes Berlin obliegt die ordnungsgemäße Reinigung der Straßen dem Land als öffentliche Aufgabe für die Anlieger (Benutzungszwang). Die Realofferte richtet sich i.d.R. an die Wohnungseigentümergeinschaft als teilrechtsfähigen Verband, sodass diese primär Entgeltschuldnerin ist.⁷⁰ Nach § 10 Abs. 8 Satz 1 WEG haftet dann auch der einzelne Wohnungseigentümer einem Gläubiger der Wohnungseigentümergeinschaft nach dem Verhältnis seines Miteigentumsanteils persönlich. Soweit die Zwangsversteigerung wegen der persönlichen Haftung betrieben wird, steht der Gläubiger grds. in Rangklasse 5 des § 10 Abs. 1 ZVG.

In Zeiten klammer Kassen gehen die Länderparlamente zunehmend dazu über, in den neuen Fassungen der jeweiligen Kommunalabgabengesetzen auch Benutzungsgebühren und -abgaben als öffentliche Last in Rangklasse 3 des § 10 Abs. 1 ZVG zu deklarieren, z.B. die Gebühr für die Abwasserbeseitigung, Straßenreinigung oder die Müllbeseitigung.⁷¹ Der BGH⁷² hat dazu festgestellt, dass der Landesgesetzgeber auch Benutzungsgebühren als öffentliche Last des Grundstücks bestimmen kann und damit auch eine wirksame dingliche Haftung des Grundbesitzes begründen kann.

Ist das betroffene Grundstück in Eigentumswohnungen aufgeteilt, so stellt sich die bedeutende Frage der Haftung für die öffentlichen Grundstückslasten: gesamtschuldnerisch in voller Höhe oder nur entsprechend dem ideellen Miteigentumsanteil? Die öffentliche Grundstückslast ist dabei grds. akzessorisch zu der persönlichen Beitrags- und Gebührenpflicht. § 134 BauGB lässt z.B. für Erschließungskosten nur eine teilweise schuldnerische Haftung der Wohnungseigentümer entstehen, sodass auch nur in diesem Umfang eine akzessorische öffentliche Last entsteht. In den Kommunalabgabengesetzen der Länder wird z.T. ausdrücklich angeordnet, dass Wohnungseigentümer nur anteilig entsprechend ihrem Miteigentumsanteil grundstücksbezogene Benutzungsgebühren und Beiträge schulden und auch nur in diesem Umfang eine dingliche Last auf dem Grundstück ruht (§ 13 Abs. 3 KAG Baden-Württemberg i.V.m. §§ 27, letzter HS, 21 Abs. 2 Satz 2, 2. HS KAG Baden-Württemberg; Art. 5 Abs. 6 Satz 2, Abs. 7 Satz 1 BayKAG; § 6 Abs. 8 Satz 4, 2. HS, Abs. 9, letzter HS NKAG; § 7 Abs. 10 Satz 3, Abs. 11 Satz 1 ThürKAG). In den Gesetzen anderer Länder fehlt eine derartige Einschränkung (§ 6 Abs. 5 KAG-NW für Benutzungsgebühren und § 8 Abs. 9 KAG-NW für Beiträge; § 7 Abs. 7 KAG Rheinland-Pfalz für Gebühren und Beiträge; § 6 Abs. 4 Satz 3 KAG Mecklenburg-Vorpommern für Gebühren, anders die dort in § 7 Abs. 6, letzter HS, Abs. 2 Satz 5, 2. HS getroffene Regelung für Beiträge; § 8 Abs. 5 Satz 6 des Saarländischen Abfallwirtschaftsgesetzes für Abfallentsorgungsgebühren, anders § 8 Abs. 8 Satz 3, Abs. 12 SaarlKAG für Beiträge). Nach § 10 Abs. 8 Satz 1 WEG haftet der einzelne Wohnungseigentümer einem Gläubiger der Wohnungseigentümergeinschaft nach dem Verhältnis seines Miteigentumsanteils persönlich. Daraus folgt grds. auch nur eine akzessorische dingliche Haftung der Eigentumswohnung für öffentliche Grundstückslasten nach dem Miteigentumsanteil. Diese bundesrechtliche Norm hindert

65 Böttcher, Rpfleger 2009, 181, 182; Böhringer, Rpfleger 2006, 53, 56; Wilsch, RNotZ 2005, 536, 537; Schmidt, NotBZ 2005, 309, 312.

66 BGH, DNotZ 2007, 747.

67 BGH, ZfIR 2010, 284; BGH, ZWE 2007, 242.

68 Klein, ZWE 2010, 429, 433.

69 BGH, ZfIR 2012, 469 = ZWE 2012, 264.

70 BGH, ZfIR 2012, 469 = ZWE 2012, 264; Klein, in: Bärman (Fn. 31), § 10 WEG Rn. 310.

71 Traub, ZfIR 2010, 699.

72 BGH, ZfIR 2010, 696.

73 BGH, ZfIR 2010, 696.

nach der Auffassung des BGH⁷³ die Landesgesetzgeber aber nicht, eine gesamtschuldnerische persönliche Haftung der Wohnungseigentümer und damit auch eine dingliche Haftung der Eigentumswohnungen für öffentliche Grundstückslasten in voller Höhe vorzusehen. Eine gesamtschuldnerische Haftung der Wohnungseigentümer kommt nur dann in Betracht, wenn sie auf einer gesetzlichen Anordnung beruht oder sich aus den Leistungsbedingungen in Verbindung mit den landesgesetzlichen Normen klar und eindeutig ergibt, dass neben dem Verband auch der einzelne Wohnungseigentümer als Gesamtschuldner verpflichtet werden soll.⁷⁴ In Berlin ergibt sich eine gesamtschuldnerische Haftung der einzelnen Wohnungseigentümer weder aus den landesrechtlichen Vorschriften noch aus den Leistungsbedingungen der Berliner Stadtreinigungsbetriebe.⁷⁵

Kommt es bei der Zwangsversteigerung einer Eigentumswohnung zur vollen Befriedigung des Gebührengläubigers in § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG, erlischt die Gebührenschaft und ist bei der Versteigerung anderer Wohnungen nicht mehr zu berücksichtigen. Der betroffene Wohnungseigentümer hat dann Ausgleichsansprüche gegen die übrigen Wohnungseigentümer nach § 426 BGB. Möglich ist es, in der Gemeinschaftsordnung eine Regelung vorzusehen, die dem in Anspruch Genommenen einen Ersatzanspruch gegen die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer wegen der von ihm bezahlten öffentlichen Lasten eröffnet; dann gäbe es nur einen Rückgriffsschuldner.

Formulierung: „Soweit ein Miteigentümer wegen einer am Gesamtgrundstück lastenden öffentlichen Last in Anspruch genommen wird, steht ihm ein Ersatzanspruch gegen die Wohnungseigentümergeinschaft zu wegen des seine Quote überschneidenden Anteils.“

Für den Käufer einer Eigentumswohnung besteht heute die Gefahr, dass er nicht nur eine Wohnung, sondern damit auch die dingliche Haftung für Verbrauchskosten des Gesamtojekts mit einkauft, wenn das geltende Kommunalabgabengesetz dies vorsieht; über diese erhebliche Gefahr hat der den Kaufvertrag beurkundende Notar zu belehren.⁷⁶ Für ein Kreditinstitut (in Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG) wird es bei der Beleihung einer Eigentumswohnung von entscheidender Bedeutung sein, ob das Grundstück von einem öffentlich-rechtlichen Versorger (in Rangklasse 3 des § 10 Abs. 1 ZVG) oder von privaten Firmen (in Rangklasse 5 des § 10 Abs. 1 ZVG) bedient wird. Außerdem ist es wichtig zu wissen, ob das jeweilige Kommunalabgabengesetz für öffentliche Grundstückslasten eine dingliche Haftung der Eigentumswohnung in voller Höhe in Rangklasse 3 des § 10 Abs. 1 ZVG vorsieht, die den Grundschuldgläubigern vorgeht.

4. Veräußerungsbeschränkung (§ 12 WEG)

a) Veräußerung

Als Inhalt des Sondereigentums kann vereinbart werden, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines

Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten (z.B. Verwalter) bedarf (§ 12 Abs. 1 WEG). § 12 WEG betrifft nur Veräußerungen, d.h. Sonderrechtsnachfolge aufgrund rechtsgeschäftlicher Übertragung unter Lebenden. Gleichgestellt ist die Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Insolvenzverwalter (§ 12 Abs. 3 Satz 2 WEG). Ebenfalls zustimmungspflichtig sind die Veräußerung eines ideellen Miteigentumsanteils an der Eigentumswohnung⁷⁷ oder eine sog. Quotenänderung, d.h. Änderung der Miteigentumsanteile ohne Änderung des Sondereigentums; ebenso die Veräußerung einer KG auf die Kommanditisten⁷⁸ und von einer Erbengemeinschaft auf einen Miterben.⁷⁹ Ist als Inhalt des Sondereigentums vereinbart, dass ein Eigentümer zur Veräußerung seiner Eigentumswohnung der Zustimmung des Verwalters bedarf, sofern nicht an Verwandte veräußert wird, so erfasst diese Privilegierung nicht eine Veräußerung an eine GbR, deren Mitglieder alle Verwandte des Veräußerers sind.⁸⁰ Das Zustimmungserfordernis erfasst auch die Veräußerung an einen Erwerber, der bereits Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft ist;⁸¹ ebenso eine Veräußerung, der eine Schenkung zugrunde liegt.⁸² Ist allerdings vereinbart, dass ein Wohnungseigentümer seine Wohnung nur mit Zustimmung des Verwalters „verkaufen“ darf, so bedarf die Eintragung des Eigentumsübergangs aufgrund eines Schenkungsvertrags keiner Zustimmung.⁸³ Eine Veräußerung aller demselben Eigentümer gehörenden Wohneinheiten an einen einzigen Erwerber unterfällt auch nicht dem Zustimmungserfordernis; sowohl vor als auch nach der Veräußerung gibt es noch gar keine schützenswerte Wohnungseigentümergeinschaft.⁸⁴ Erfolgt in dem letztgenannten Fall die Veräußerung an unterschiedliche Erwerber, ist sicherlich die erste Veräußerung, die erst zu einer Wohnungseigentümergeinschaft führt, zustimmungsfrei; die weiteren Veräußerungen sind grds. zustimmungspflichtig.⁸⁵ Ist eine Gesamthandsgemeinschaft (z.B. GbR, Erbengemeinschaft) Wohnungseigentümerin, so ist eine Veränderung im Bestand der Gesamthänder (z.B. Erbteilsabtretung, Abtretung eines Anteils einer GbR) nicht zustimmungspflichtig, weil nicht die Eigentumswohnung veräußert wird.⁸⁶ Gleiches gilt im Ergebnis für die Übertragung von einer Erbengemeinschaft auf sämtliche Miterben zu

74 BGH, ZfIR 2012, 469; BGH, ZfIR 2010, 284; BGH, ZfIR 2005, 506.

75 BGH, ZfIR 2012, 469.

76 Traub, ZfIR 2009, 699, 701.

77 KG, ZWE 2011, 220.

78 OLG Hamm, Rpfleger 2007, 139.

79 LG Dortmund, MittBayNot 2009, 43.

80 KG, ZWE 2012, 41.

81 KG, ZWE 2011, 220.

82 KG, ZWE 2012, 426.

83 KG, DNotZ 2011, 377.

84 OLG Hamm, NotBZ 2012, 274 = ZWE 2012, 276.

85 Schneider, RpfStud 2012, 119 in Abgrenzung zu OLG Saarbrücken, DNotZ 2012, 367 = FGPrax 2012, 60.

86 OLG Celle, ZWE 2011, 270.

87 OLG Karlsruhe, NotBZ 2012, 432; LG Lübeck, Rpfleger 1991, 201; Schneider (Fn. 30), § 12 WEG Rn. 32; a.A. Klein (Fn. 70), § 12 WEG Rn. 17.

Bruchteilen.⁸⁷ Ist als Ausnahme von dem Zustimmungserfordernis die „Veräußerung“ an Ehegatten vereinbart, dann muss im Scheidungsfall die schuldrechtliche Verpflichtung vor Rechtskraft der Scheidung eingegangen sein; wird die Veräußerung erst nach rechtskräftiger Scheidung schuldrechtlich vereinbart, bedarf es für die Veräußerung an den dann geschiedenen Ehegatten der Zustimmung nach § 12 WEG.⁸⁸ Nicht zustimmungspflichtig ist die Rückabwicklung eines Kaufvertrags nach wirksamer Anfechtung bzw. aufgrund entsprechender Gestaltungserklärung (Rücktritt), weil die ursprüngliche Zustimmung auch die Rücküberweisung aufgrund gesetzlicher Rückgabepflicht einschließt und ein abweichendes Interesse der Gemeinschaft, den Wiedereintritt des Veräußerers zu verhindern gegenüber der gesetzlichen Rückgabepflicht nicht schützenswert ist;⁸⁹ zustimmungspflichtig ist aber die Rückabwicklung nach einvernehmlicher Aufhebung des Kaufvertrags⁹⁰ und die Rücküberweisung aufgrund eines durch Vormerkung gesicherten aufschiebend bedingten Rücküberweisungsanspruchs.⁹¹ Erlaubt eine nach § 12 WEG vereinbarte Veräußerungsbeschränkung Ausnahmen bei der Veräußerung an Abkömmlinge des Miteigentümers, greift diese Klausel auch dann ein, wenn dessen Erbe das Wohnungseigentum an einen seiner Abkömmlinge überträgt.⁹²

Eine Beschränkung der Zustimmungspflicht ist möglich. Eine Veräußerung z.B. an einen Ehegatten, Abkömmling oder im Wege der Zwangsvollstreckung kann von der Zustimmungspflicht ausgenommen werden; ebenso die Fälle der Erstveräußerung. Hat ein Wohnungseigentümer seine Wohnung an einen Dritten verkauft und aufgelassen und veräußert Letzterer ohne im selbst im Grundbuch eingetragen zu werden (= Kettenauflassung), so liegt dann immer noch eine zustimmungsfreie Erstveräußerung vor, da der Zwischenerwerber nie Eigentümer wurde.⁹³

b) Wirksambleiben der Zustimmung

Die Zustimmung des Verwalters oder eines anderen Wohnungseigentümers ist sowohl für den schuldrechtlichen Vertrag als auch für den sachenrechtlichen Eigentumsübergang, bestehend aus Auflassung und Grundbucheintragung, erforderlich (vgl. § 12 Abs. 3 WEG). Insoweit handelt es sich aber nicht um zwei Zustimmungen, sondern die Zustimmung wird einheitlich erklärt gegenüber dem Veräußerer oder Erwerber der Eigentumswohnung (§ 182 BGB). Sie erfolgt i.d.R. nach notarieller Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung und stellt sich damit als Genehmigung des Kaufvertrags und Einwilligung zum Eigentumswechsel dar. Problematisch sind die Fälle, dass nach Abgabe und Zugang der Zustimmung, aber vor Grundbucheintragung des Erwerbers der Zustimmung (Verwalter oder anderer Wohnungseigentümer) seine Zustimmung widerruft oder seine Berechtigung verliert (z.B. durch Ablauf der Verwalterbestellung oder Veräußerung der Wohnung durch den zustimmenden Wohnungseigentümer). Ob es dann einer neuen Zustimmung des neuen Verwalters bzw. Wohnungseigentümers bedarf, ist höchst umstritten.⁹⁴ Es werden drei Meinungen dazu vertreten.

Eine Meinung geht davon aus, dass der Kaufvertrag mit der Genehmigung wirksam werde und bleibe (§ 184 BGB), aber die Einwilligung zum Eigentumswechsel sei grds. bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerruflich (§ 183 BGB). Unter Vornahme des Rechtsgeschäfts sei hierbei grds. die Grundbucheintragung des neuen Wohnungseigentümers nach § 873 Abs. 1 BGB zu verstehen.⁹⁵ Nach dieser Ansicht erlösche die Widerrufsmöglichkeit aber gem. § 878 BGB zumindest dann, wenn die Auflassung nach § 873 Abs. 2 BGB bindend geworden (durch notarielle Beurkundung) und der Antrag beim GBA eingegangen ist; ebenso sei der Ablauf der Verwalterbestellung oder der Wechsel des zustimmenden Eigentümers danach unbeachtlich.⁹⁶ Umgekehrt besagt diese Ansicht aber damit, dass die Zustimmung bis zur Antragstellung beim Grundbuchamt widerrufen werden kann und eine neue Zustimmung erforderlich ist, wenn vor Antragstellung die Verwalterbestellung abläuft oder das Eigentum des zustimmenden Wohnungseigentümers wechselt.

Eine zweite Meinung⁹⁷ löst den Widerspruch, dass der Kaufvertrag mit Genehmigung sofort wirksam werden würde und der dingliche Vollzugsakt aber noch bis zur Antragstellung widerruflich wäre, dadurch auf, dass auch die Genehmigung des Kaufvertrags bis zur Antragstellung (§ 878 BGB) als widerruflich angesehen wird; die hierin liegende Durchbrechung des Grundsatzes der Trennung und gegenseitigen Unabhängigkeit von Kausal- und Vollzugsgeschäft sei in § 12 WEG geradezu vorgegeben, da die Zustimmung tatsächlich für beide Rechtsgeschäfte erforderlich ist. Obwohl letztere Aussage sicherlich stimmt, muss diese Ansicht trotzdem abgelehnt werden. Sie hätte nämlich zur Folge, dass der Kaufvertrag überhaupt nicht wirksam werden kann und daher bis zur Antragstellung beim Grundbuchamt keine Leistungspflichten bestehen würden. Dadurch bestünde eine evtl. jahrelange Widerruflichkeit vom nicht wirksam gewordenen Kaufvertrag bis zur Antragstellung; dies würde eine für den Immobilienverkehr, insbesondere für die Finanzierungspraxis, unerträgliche Erschwerung bedeuten.

Nachdem die Zustimmung zu dem schuldrechtlichen Kaufvertrag und zum sachenrechtlichen Eigentumswechsel nicht in zwei getrennten Rechtsgeschäften, sondern einheitlich erklärt wird, kann nach einer dritten Ansicht richtigerweise auch die Zustimmung zur Auflassung dann nicht mehr

88 KG, ZWE 2011, 220.

89 OLG Hamm, DNotZ 2011, 129; Wenzel, ZWE 2008, 69, 71; a.A. KG, NJW-RR 1988, 1426.

90 Klein (Fn. 70), § 12 WEG Rn. 17.

91 OLG Hamm, ZWE 2012, 97.

92 KG, Rpfleger 2012, 436 = DNotZ 2012, 621.

93 Schneider, ZMR 2012, 984; a.A. OLG Köln, RNotZ 2012, 565.

94 Vgl. Gutachten in DNotI-Report 2010, 209.

95 Zu § 5 ErbbauRG: BGH, DNotZ 1963, 433; OLG Köln, MittRhNotK 1996, 275; OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1996, 276.

96 OLG Frankfurt/M., ZWE 2012, 274; OLG Frankfurt/M., Rpfleger 2012, 313; OLG Hamm, ZfIR 2011, 526 = DNotZ 2011, 375 = ZWE 2010, 418; OLG Celle, RNotZ 2005, 542.

97 OLG Hamburg, ZfIR 2011, 528.

widerrufen werden, sobald die Zustimmung zum Kaufvertrag unwiderruflich geworden ist; ansonsten käme es zu der Situation, dass zwar der Kaufvertrag unwiderruflich wäre, dessen Erfüllung dem Verkäufer aufgrund des Widerrufs der Zustimmung zur Auflassung unmöglich wird. Diese Grundsätze müssen auch gelten, wenn der Verwalter bzw. andere Wohnungseigentümer zwar seine Zustimmung bereits abgegeben hat, aber die Berechtigung vor Antragstellung endet (z.B. durch Ablauf der Verwalterbestellung bzw. Wechsel des Eigentums des zustimmenden Wohnungseigentümers).⁹⁸ Dadurch wird eine künstliche Aufspaltung der Zustimmung für das dingliche Rechtsgeschäft und den dadurch wirksam gewordenen Kaufvertrag vermieden. Mit der vollständigen Unwiderruflichkeit der Zustimmungserklärung erlangen Veräußerer und Erwerber eine gesicherte, von der Person des Zustimmungsberechtigten unabhängige Rechtsposition. Dieser Ansicht hat sich im Ergebnis auch der BGH⁹⁹ angeschlossen. Nach seiner Auffassung wirke die Zustimmung des Verwalters fort, weil sie eine Entscheidung ersetze, die sonst von den anderen Wohnungseigentümern durch Beschluss zu treffen wäre. Der Verwalter nehme bei seiner Entscheidung kein eigenes Recht wahr, sondern werde lediglich als Treuhänder und mittelbarer Stellvertreter der Wohnungseigentümer tätig. Ein Zustimmungsbeschluss der Wohnungseigentümer wäre gem. § 10 Abs. 4 Satz 1 WEG auch für Sonderrechtsnachfolger bindend und vom Grundbuchamt zu beachten. Nichts anderes könne für die Zustimmung des Verwalters gelten. Diese sei jedenfalls so lange bindend, wie die Wohnungseigentümer nichts anderes beschließen. Ist dem Verwalter die Erteilung der Zustimmung eindeutig als eigenes, nur von ihm wahrzunehmendes Recht zugewiesen,¹⁰⁰ hilft der Lösungsansatz des BGH nicht weiter; der Verwalter ist in einem solchen Fall Träger eines eigenen Rechts, das nicht weggeschlossen werden kann.¹⁰¹ Gleiches gilt, wenn nicht der Verwalter, sondern die zuständige Wohnungseigentümergeinschaft die Zustimmung zur Veräußerung mittels Beschluss erteilt hat und nach Antragstellung beim Grundbuchamt die Wohnungseigentümergeinschaft mittels eines neuen Beschlusses die Zustimmung widerruft. In diesen Fällen hilft die geschilderte dritte Ansicht.

Wegen der dargestellten Unsicherheiten könnte die Abwicklung der Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto mit Auszahlung nach der Eigentumsumschreibung erfolgen.¹⁰²

Muster:

„Der auf dem Anderkonto verwahrte Betrag soll zur Auszahlung gebracht werden, wenn:

- a)(sonst üblichen Voraussetzungen)
- b) *die Eigentumsumschreibung im Grundbuch erfolgt ist und dem Notar die Zustimmung nach § 12 WEG desjenigen Verwalters zur Veräußerung vorliegt, der ausweislich des Beschlussprotokolls der Eigentümergeinschaft zum Zeitpunkt der Eintragung des Eigentumswechsels im Amt war.“*

Die Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung einer Eigentumswohnung ist unwirksam, wenn der Beschluss der Wohnungseigentümer über die Bestellung des Verwalters im Rahmen einer Anfechtungsklage rechtskräftig für ungültig erklärt wird.¹⁰³ Die Ungültigerklärung des Bestellungsbeschlusses durch das Gericht erfolgt mit Wirkung ex tunc, d.h. der Beschluss ist von Anfang an nichtig und wirkungslos, der Bestellte verliert mit rückwirkender Kraft seine Verwalterstellung. Der grundbuchmäßige Nachweis der Verwalterzustimmung ist nicht erbracht, wenn der dem Grundbuchamt zum Nachweis der Verwaltereigenschaft vorgelegte Bestellungsbeschluss durch einen ebenfalls dem Grundbuchamt vorgelegten, im Rahmen einer Anfechtungsklage ergangenen gerichtlichen Beschluss für ungültig erklärt worden ist.¹⁰⁴

c) Nachweis der Verwaltereigenschaft

Die Zustimmung des Verwalters muss in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden. Daneben muss seine Eigenschaft als Verwalter nachgewiesen werden durch die Vorlage einer Niederschrift über den Bestellungsbeschluss, bei der die Unterschriften des Vorsitzenden und eines Wohnungseigentümers und, falls ein Verwaltungsbeirat bestellt ist, dessen Vorsitzenden oder seines Vertreters (§ 24 Abs. 6 WEG), öffentlich beglaubigt sein müssen (§ 26 Abs. 3 WEG). Eine darüber hinausgehende Verpflichtung des Grundbuchamts, die Ordnungsgemäßheit der Einberufung der Wohnungseigentümerversammlung zu prüfen, in welcher der Beschluss über die Verwalterbestellung gefasst wurde, ist im Gesetz nicht vorgesehen. Die Einberufung einer Wohnungseigentümerversammlung durch einen Verwalter, dessen Bestellung möglicherweise unwirksam ist, stellt z.B. nur einen Einberufungsmangel dar, der einen Wohnungseigentümer innerhalb der Frist des § 46 Abs. 1 WEG zur Anfechtung der dort gefassten Beschlüsse berechtigen kann. Ein etwaiger Einberufungsmangel führt jedoch nicht zu einer vom Grundbuchamt zu berücksichtigenden Nichtigkeit der dortigen Beschlussfassungen.¹⁰⁵

Die Niederschrift muss erkennen lassen, in welcher Funktion die jeweilige Unterschrift getätigt wurde (Vorsitzender

98 OLG München, MittBayNot 2011, 486; OLG Düsseldorf, ZfIR 2011, 529 = ZWE 2011, 268; Klein (Fn. 70), § 12 WEG Rn. 32, 33; Kössinger, in: Bauer/von Oefele, GBO, 3. Aufl. 2012, § 19 Rn. 199 ff.; MünchKommBGB/Commichau, 5. Aufl. 2009, § 12 WEG Rn. 45; Meikel/Böttcher (Fn. 5), Anh. zu §§ 19, 20 Rn. 138; Kreuzer, DNotZ 2012, 11; Schneider, ZfIR 2011, 531 und ZMR 2011, 146; F. Schmidt, ZWE 2010, 394 und MittBayNot 1999, 366; Hügel, ZWE 2010, 457; Kessler, RNotZ 2005, 543.

99 BGH, ZNotP 2012, 466 = NotBZ 2013, 25 = ZfIR 2013, 25 = ZWE 2013, 21.

100 BGH, NJW-RR 2011, 1453 Rn. 9.

101 Hügel, NotBZ 2013, 1.

102 Kessler, RNotZ 2005, 545, 548.

103 KG, ZWE 2010, 87.

104 KG, ZWE 2010, 87.

105 OLG Frankfurt/M., Rpfleger 2011, 152.

106 Demharter, Rpfleger 2010, 499.

der Versammlung, Wohnungseigentümer, Verwaltungsratsvorsitzender oder dessen Vertreter).¹⁰⁶

Ein Nachweis, dass die Unterzeichner die in der Niederschrift bezeichnete Stellung innehaben (z.B. Vorsitzender des Verwaltungsrats), ist grds. nicht erforderlich.¹⁰⁷ Wenn sich jedoch für das Grundbuchamt aus dem Inhalt des Grundbuchs selbst begründete Zweifel an der Richtigkeit eines Unterschriftenzusatzes ergeben, ist kein Grund dafür ersichtlich, insoweit an der Nachweisfunktion des betreffenden Zusatzes in der Niederschrift festzuhalten. Solche begründeten Zweifel können sich aus dem Grundbuch hinsichtlich der Eigenschaft als Wohnungseigentümer ergeben; Wohnungseigentümer muss aber sowohl die Person sein, die als Beiratsvorsitzender unterzeichnet, weil Mitglieder des Verwaltungsrats nur Wohnungseigentümer sein können (§ 29 Abs. 1 Satz 2 WEG), als selbstverständlich auch diejenige, die als – weiterer – Wohnungseigentümer unterzeichnet. Die Prüfung der Wohnungseigentümergeinschaft ist dem Grundbuchamt daher zuzubilligen.¹⁰⁸ Die Nachweiswirkung einer Niederschrift ist damit insoweit erschüttert, wenn der jeweils als Verwaltungsratsvorsitzender oder als Wohnungseigentümer Unterzeichnende im Zeitpunkt der Unterzeichnung nicht als Wohnungseigentümer im Grundbuch eingetragen ist.

Auch einem sog. werdenden Wohnungseigentümer ist grds. das Recht zuzugestehen, die Niederschrift als „Wohnungseigentümer“ oder Beiratsvorsitzender zu unterzeichnen.¹⁰⁹ Von einem werdenden Wohnungseigentümer ist zu sprechen, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:¹¹⁰

- zwischen Alleineigentümer und Erwerber muss ein gültiger Kaufvertrag vorliegen;
- für den Käufer muss eine Eigentumsvormerkung eingetragen sein;
- der Käufer muss die Wohnung in Besitz genommen haben.

Ergibt sich nun, dass im Rahmen des § 24 Abs. 6 WEG die Unterzeichnung der Versammlungsniederschrift durch werdende Wohnungseigentümer vorgenommen wurde, kann ein Nachweis dieser Rechtsstellung im grundbuchmäßiger Form gem. § 29 GBO kaum geführt werden; es müsste nämlich auch der Besitzübergang auf den Erwerber im Wege des strengen Urkundsbeweises nach § 29 GBO nachgewiesen werden.¹¹¹ Zu denken wäre evtl. an eine Erklärung des das Protokoll unterzeichnenden Erwerbers, dass er bereits Besitzer einer Wohnung geworden ist und die anderen Unterzeichner dies bestätigen.¹¹² Stöhr¹¹³ schlägt folgende Formulierung vor:

„Der Eigentumsverschaffungsanspruch des dieses Protokoll unterzeichnenden Herrn ist bereits im Grundbuch Blatt vorgemerkt. Herr versichert, dass er bereits im Besitz der Wohnung ist und somit in seiner Funktion als werdender Wohnungseigentümer handelt. Dies wird von den anderen Unterzeichnern dieses Protokolls bestätigt.“

Problematisch sind die Fälle, in denen Personen eine Doppelfunktion haben. Ist der Vorsitzende der Versammlung oder des Beirats auch Wohnungseigentümer, so kann er nicht in Doppelfunktion unterschreiben;¹¹⁴ unzulässig ist es auch, dass der Vorsitzende des Beirats auch als Vorsitzender der Versammlung und (!) als Wohnungseigentümer unterschreibt, d.h. letztlich nur eine Unterschrift geleistet wird. Nach überwiegender Ansicht kann aber der Beiratsvorsitzende auch als Vorsitzender der Versammlung unterschreiben, wenn er diese geführt hat.¹¹⁵ Dem widerspricht Demharter¹¹⁶ zu Recht. Mit den Unterschriften weiterer Personen außer dem Vorsitzenden der Versammlung soll die inhaltliche Richtigkeit der Niederschrift bestätigt werden. Dadurch wird die Beweiskraft der Niederschrift gestärkt. Wenn der Beiratsvorsitzende ausnahmsweise den Vorsitz in der Versammlung übernimmt und die Niederschrift in dieser Funktion unterschreibt, ist er deshalb an der Unterschrift in der Funktion des Beiratsvorsitzenden verhindert; dann muss – wenn vorhanden und in der Versammlung anwesend – sein Vertreter unterschreiben. Eine Unterschrift unter der Niederschrift mit dem Zusatz „Beirat“ lässt das OLG Düsseldorf¹¹⁷ nicht als Unterschrift eines Wohnungseigentümers gelten. Dem wird zu Recht einheitlich widersprochen.¹¹⁸ Zum Beirat kann nämlich nur ein Wohnungseigentümer bestellt werden (§ 29 Abs. 1 Satz 2 WEG); aber dadurch ist er nicht von der Unterschriftsleistung als Wohnungseigentümer ausgeschlossen. Nicht gefolgt werden kann dem OLG Düsseldorf¹¹⁹ auch in seiner Feststellung, dass eine Nachholung von Unterschriften unter dem vorgelegten Protokoll der Eigentümerversammlung von vornherein ausscheiden müsse. Für die Unterschriftsleistungen sieht § 24 Abs. 6 WEG keine Frist vor. Deshalb ist eine Nachholung einer bisher nicht geleisteten, aber erforderlichen Unterschrift jederzeit möglich.¹²⁰

107 Merle, in: Bärmann (Fn. 31), § 26 WEG Rn. 276; Jennißen/Elzer (Fn. 30), § 24 WEG Rn. 127d; Demharter, ZWE 2012, 75, 77; Hogenschurz, WuM 2011, 560, 561; LG Lübeck, Rpfleger 1991, 309; kritisch dazu OLG Hamm, ZWE 2011, 417.

108 OLG Köln, RNotZ 2012, 565; Schneider, ZMR 2012, 984; Heggen, NotBZ 2009, 401, 403.

109 Stöhr, RNotZ 2012, 568.

110 Vgl. BGH, ZNotP 2012, 259 = ZfR 2012, 603; BGH, ZWE 2008, 378; OLG Dresden, ZWE 2010, 188.

111 OLG Köln, RNotZ 2012, 565; Schneider, ZMR 2012, 984.

112 Stöhr, RNotZ 2012, 568, 570.

113 Stöhr, RNotZ 2012, 568, 571.

114 Erman/Grzibowicz, BGB, 13. Aufl. 2011, § 26 WEG Rn. 9.

115 OLG Düsseldorf, Rpfleger 2010, 363 = ZWE 2010, 182; Heggen, RNotZ 2010, 455.

116 Demharter, ZWE 2012, 75; Rpfleger 2010, 499.

117 OLG Düsseldorf, Rpfleger 2010, 363 = ZWE 2010, 182.

118 OLG Hamm, RNotZ 2011, 540; Langhein, notar 2011, 156, 161; Demharter, ZWE 2012, 75; Heggen, RNotZ 2010, 455.

119 OLG Düsseldorf, Rpfleger 2010, 363 = ZWE 2010, 182.

120 OLG München, NJW 2008, 156; Demharter, ZWE 2012, 75; Heggen, RNotZ 2010, 455, 456.

„Vertikale“ Teilung von Gesamtgrundschulden?

von Notar Dr. Werner Renaud, Stuttgart

I. Begriff der Gesamtgrundschuld

Die Gesamtgrundschuld ist gem. §§ 1192 Abs. 1, 1132 Abs. 1 Satz 1 BGB dadurch charakterisiert, dass sie auf mehreren Grundstücken lastet. Der Grundschuldgläubiger kann den Grundschuldbetrag nach seiner Wahl aus einem der Grundstücke oder – in Teilen – aus mehreren Grundstücken, insgesamt aber nur einmal verlangen.

Gegenstand der Belastung durch eine Gesamtgrundschuld können neben Grundstücken Wohnungs- und Teileigentum, Erbbaurechte, Wohnungs- und Teilerbbaurechte und andere grundstücksgleiche Rechte, wie bspw. das Bergwerkseigentum sein.¹ Wie sich aus den §§ 1172 ff. BGB ergibt, können die durch eine Gesamtgrundschuld belasteten Sachen verschiedenen Eigentümern gehören.

Die Gesamtgrundschuld kann als ursprüngliche Gesamtgrundschuld im Wege der Belastung mehrerer Grundstücke durch Einigung und Eintragung im Grundbuch bei allen zu belastenden Grundstücken entstehen oder nachträglich aus einer Einzelgrundschuld durch Pfanderstreckung auf ein oder mehrere weitere Grundstücke.² Eine Gesamtgrundschuld kann auch dadurch entstehen, dass ein mit einer Grundschuld belastetes Grundstück nachträglich in mehrere Grundstücke zerlegt wird.

II. Rechtsnatur der Gesamtgrundschuld

Umstritten ist die Rechtsnatur der Gesamtgrundschuld. Während die sog. Einheitstheorie ein einheitliches Recht an allen haftenden Grundstücken annimmt, geht die Vielheitstheorie von so vielen Rechten aus, wie Grundstücke haften, wobei die Rechte untereinander durch eine gesetzliche Zweckgemeinschaft verbunden sind.³ Für die ähnlich gelagerte Fragestellung bei der Gesamtschuldnerschaft nach § 421 BGB formuliert der BGH,⁴ es liege ein Schuldverhältnis höherer Ordnung vor, das eine Mehrheit von (i.d.R. inhaltsgleichen) Forderungen, verbunden durch die Einheit des Leistungszwecks, in sich schließe. Entschieden für die Einheitstheorie (... kann nur die Einheitstheorie richtig sein) *Eickmann*,⁵ der jedoch davon ausgeht, dass der Inhalt des Gesamtrechts hinsichtlich einzelner Grundstücke unterschiedlich sein kann,⁶ was mit der Annahme eines einheitlichen Rechts kollidiert.⁷ Für die Lösung der Frage, ob eine Gesamtgrundschuld „vertikal“ geteilt werden kann, spielt der Theorienstreit keine Rolle, weil auch die Vertreter der Einheitstheorie im Fall der Verteilung nach § 1132 Abs. 2 BGB (zwangsläufig) von einem Zerfall der Gesamtgrundschuld in selbstständige Einzelgrundschulden ausgehen.⁸

III. Verteilung der Gesamtgrundschuld

1. Splitting des Grundschuldbetrags

Gem. §§ 1192 Abs. 1, 1132 Abs. 2 BGB kann eine Gesamtgrundschuld in der Weise gesplittet werden, dass der Gesamtgrundschuldbetrag auf die einzelnen Grundstücke verteilt wird. Die Gesamtgrundschuld zerfällt dann grds. unter Auflösung des Haftungsverbundes in selbstständige Einzelgrundschulden;⁹ sie ist an den einzelnen Grundstücken in dem Umfang zu löschen, in dem der ursprüngliche Grundschuldbetrag über dem auf das jeweilige Grundstück zugeordneten Betrag liegt.

Obwohl vom Wortlaut des § 1132 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht gedeckt und gegen die Auffassung, dass im Fall der Verteilung die Gesamtgrundschuld in selbstständige Einzelgrundschulden zerfällt, lassen Rechtsprechung¹⁰ und Literatur¹¹ die Verteilung auch in der Weise zu, dass für einzelne Teilbeträge nur einzelne Grundstücke, für andere Teilbeträge dagegen mehrere der anderen Grundstücke gemeinschaftlich haften, also trotz Verteilung der Gesamtgrundschuld an mehreren Grundstücken eine Gesamtgrundschuld, wenn auch mit vermindertem Betrag, weiterbesteht.

2. Aufteilung der Gesamtgrundschuld auf einzelne Grundstücke

Nicht erörtert wird – soweit ersichtlich – die Frage, ob eine Gesamtgrundschuld „vertikal“ geteilt werden kann, also in der Weise, dass die Grundschuld ohne Herabsetzung des Grundschuldbetrags an einem Grundstück als Einzelgrundschuld weiterbesteht, an den anderen Grundstücken ebenfalls, und zwar ohne Herabsetzung des Grundschuldbetrags als Gesamtgrundschuld.

Von Bedeutung ist die Möglichkeit einer „vertikalen“ Teilung, wenn die Grundschuld an einem Grundstück an einen neuen Gläubiger abgetreten werden soll und hinsichtlich der übrigen Grundstücke der alte Gläubiger unverändert

1 Vgl. im Einzelnen Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2002, Einl. zu §§ 1113 ff. Rn. 48 f.

2 Vgl. dazu im Einzelnen Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 1), § 1132 Rn. 9 f.

3 Vgl. im Einzelnen Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 1), § 1132 Rn. 2 f. m.z.N.

4 In BGHZ 46, 14, 15.

5 In MünchKomm-BGB/Eickmann, 5. Aufl., § 1132 Rn. 6.

6 In MünchKomm-BGB/Eickmann (Fn. 5), § 1132 Rn. 11.

7 Für die Einheitstheorie auch BGB-RGRK, 12. Aufl., § 1132 Rn. 3, 17.

8 Vgl. Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 1), § 1132 Rn. 66.

9 Vgl. BGH, WM 1976, 585, 586.

10 Vgl. BayObLG, Beschl. v. 17.3.1981 – BReg. 3 Z 78/88.

11 Vgl. etwa Demharter, GBO, 23. Aufl., § 64 GBO Rn. 3; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 1), § 1132 Rn. 66, Soergel/Konz, BGB, 13. Aufl., § 1132 Rn. 18.

berechtigt bleiben soll. Ist die vertikale Teilung nicht möglich, bleibt nur der Verzicht auf die Gesamtgrundschuld hinsichtlich des Grundstücks, das dem neuen Gläubiger als Haftungsgrundlage zur Verfügung gestellt werden soll, die Löschung der Gesamtgrundschuld an diesem Grundstück und die Bestellung einer neuen Grundschuld, was zum einen erhöhte Kosten auslöst und – dies vor allem – zu Rangverlusten führen kann. Lässt man die „vertikale“ Teilung zu, sind die Teilung sowie die vollständige Löschung des Mithaftvermerks im Grundbuch an dem freizugebenden Grundstück und die Löschung des Mithaftvermerks an den übrigen Grundstücken hinsichtlich des freizugebenden Grundstücks, also die teilweise Löschung des Mithaftvermerks im Grundbuch, ausreichend.

Wie sich aus §§ 1192 Abs. 1, 1175 BGB ergibt, kann der Gesamtgrundschuldgläubiger den Verzicht auf die Gesamtgrundschuld hinsichtlich eines oder mehrerer Grundstücke erklären mit der Folge, dass die Grundschuld an dem bzw. den Grundstücken erlischt, hinsichtlich derer verzichtet worden ist. Der Gesamtgrundschuldgläubiger kann also einzelne Grundstücke aus dem Haftungsverband lösen. Die Möglichkeit, den Haftungsverband zu lösen, eröffnen dem Grundschuldgläubiger auch die Bestimmungen der §§ 1192 Abs. 1, 1132 Abs. 2 BGB. Verteilt der Grundschuldgläubiger die Gesamtgrundschuld auf einzelne Grundstücke, wird der Haftungsverband aufgelöst; es entstehen Einzelgrundschulden (wenn der Grundschuldgläubiger nicht den Weg wählt, an mehreren Grundstücken eine Gesamtgrundschuld weiterbestehen zu lassen).

Aufgrund der Bestimmung des § 1132 Abs. 2 BGB kann der Gläubiger einer auf 1.000.000 € lautenden Gesamtgrundschuld, die auf drei Grundstücken lastet, diese Gesamtgrundschuld in eine Grundschuld i.H.v. 999.999 € teilen, die auf einem Grundstück lastet, und eine Gesamtgrundschuld i.H.v. 1 €, die auf den anderen Grundstücken lastet. Die dadurch entstehende Einzelgrundschuld über 999.999 € kann – dies ist offenbar unstrittig – abgetreten werden. Weshalb es dann nicht möglich sein soll, eine Grundschuld i.H.v. 1.000.000 € „abzuteilen“, ist wirtschaftlich nicht plausibel, bei konsequenter Anwendung der Vielheitstheorie auch dogmatisch nicht, weil durch die Teilung Einzelgrundschulden entstehen und der Haftungsverband aufgelöst wird. Kann der Grundschuldgläubiger durch Verteilung des Grundschuldbetrags das (nach Auffassung der Einheitstheorie) einheitliche Recht „Gesamtgrundschuld“ in mehrere Einzelgrundschulden oder in eine Einzelgrundschuld und eine Gesamtgrundschuld zerfallen lassen, steht also der Haftungsverband zur Disposition des Grundschuldgläubigers, so hindern jedenfalls dogmatische Gründe die vertikale Teilung einer Gesamtgrundschuld nicht.

3. Argumente gegen die vertikale Teilung der Gesamtgrundschuld

Gegen die Zulässigkeit der vertikalen Teilung der Gesamtgrundschuld könnten drei Gesichtspunkte sprechen:

- die Erhöhung der Risiken für die Grundstückseigentümer durch Verschlechterung der Regressmöglichkeiten gegen die anderen Grundstückseigentümer im Fall der Inanspruchnahme ihres Grundstücks;
- die Erhöhung der Risiken für die Grundstückseigentümer durch Inanspruchnahme ihres Grundstücks durch den Grundpfandgläubiger;
- die (unzulässige) Verdoppelung der Rechte des Grundschuldgläubigers.¹²

a) Verschlechterung der Regressmöglichkeiten

Sowohl Gesamthypothek als auch Gesamtgrundschuld sind regresslos.¹³ Ein Regressanspruch kann – außerhalb des Sachenrechts – nur auf schuldrechtlicher Grundlage begründet werden, etwa durch Heranziehung des Grundgedankens des § 1165 BGB.¹⁴ Bei Bestehen eines schuldrechtlichen Regressanspruchs führt die Bestimmung des § 1173 Abs. 2 BGB dazu, dass die Gesamthypothek in Höhe des Ersatzanspruchs auf den Eigentümer des Grundstücks übergeht, der die durch die Gesamthypothek gesicherte Forderung erfüllt hat. Ob § 1173 Abs. 2 BGB auf die Gesamtgrundschuld angewendet werden kann, ist strittig. Während der BGH von einer Anwendbarkeit des § 1173 Abs. 2, 1. HS BGB auf die Gesamtgrundschuld ausgeht,¹⁵ lehnt Wolfsteiner¹⁶ eine Anwendbarkeit der Bestimmung des § 1173 Abs. 2 BGB auf die Gesamtgrundschuld mit der Begründung ab, die Gesamtgrundschuld sei zwingend regresslos.

Die besseren Argumente sprechen für die Auffassung des BGH. Die Bestimmung des § 1173 Abs. 2 BGB beruht nicht auf der Akzessorietät der Hypothek, vielmehr verschafft sie dem Eigentümer eines der mithaftenden Grundstücke, der die Forderung des Gläubigers erfüllt und einen schuldrechtlichen Regressanspruch gegen den oder die Eigentümer der anderen Mithaftenden Grundstücken hat, eine Sicherung des an sich ungesicherten Ersatzanspruchs. Auf den erfüllenden Eigentümer geht nicht etwa der durch die Hypothek gesicherte Anspruch des Grundpfandgläubigers über. Die Bestimmung des § 1192 Abs. 1, 2. HS steht der Anwendbarkeit des § 1173 Abs. 2 BGB auf die Gesamtgrundschuld daher nicht entgegen.

Zentral ist die Entscheidung der Frage, ob § 1173 Abs. 2 BGB auf die Gesamtgrundschuld anwendbar ist, für das Problem der vertikalen Teilung einer Gesamtgrundschuld

¹² Vgl. zu diesem Gesichtspunkt vor allem MünchKomm-BGB/Eickmann (Fn. 5), § 1132 Rn. 10, § 1113 Rn. 66 ff.

¹³ Vgl. Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 1), § 1173 Rn. 19, 31, § 1182 Rn. 5; vgl. auch BGHZ 110, 41, 43.

¹⁴ Vgl. BGH, NJW-RR 1987, 1293; BGH, NJW 1989, 1732; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 1), § 1165 Rn. 16.

¹⁵ Vgl. BGHZ 52, 93, 96; BGH, NJW 1976, 2132, 2133; ebenso OLG Düsseldorf, DNotZ 1996, 539, 540, und MünchKomm-BGB/Eickmann (Fn. 5), § 1173 Rn. 23.

¹⁶ In Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 1), § 1173 Rn. 10.

nicht. Der sich aus §§ 1192, 1173 Abs. 2 BGB ergebende Sicherungsanspruch des erfüllenden Grundstückseigentümers kann vom Grundpfandgläubiger ohnehin stets teilweise oder auch ganz dadurch vereitelt werden, dass der Grundpfandgläubiger auf sein Grundpfandrecht gem. § 1175 BGB hinsichtlich einzelner Grundstücke oder hinsichtlich aller Grundstücke, das Grundstück des erfüllenden Grundstückseigentümers ausgenommen, verzichtet. Die Verschlechterung der Regressmöglichkeiten für die Eigentümer der mit der Gesamtgrundschuld belasteten Grundstücke schließt die Möglichkeit der vertikalen Teilung der Gesamtgrundschuld also nicht aus.

b) Erhöhung der Haftungsrisiken der Grundstückseigentümer

Stehen alle mit der Gesamtgrundschuld belasteten Grundstücke im Eigentum derselben Person, verdoppeln sich die Haftungsrisiken für den Grundstückseigentümer, wenn die Gesamtgrundschuld vertikal geteilt wird. Denn der Grundpfandgläubiger kann nunmehr auf zwei Grundstücke zugreifen. Die Haftungsrisiken erhöhen sich für den Eigentümer des Grundstücks, auf dem künftig eine Einzelgrundschuld lasten soll, aber auch dann, wenn die anderen Grundstücke anderen Eigentümern gehören. Bestand für den Eigentümer des künftig mit der Einzelgrundschuld zu belastenden Grundstücks bislang nur das Risiko, in Anspruch genommen zu werden, ist die Inanspruchnahme nunmehr sicher; es gibt keine mithaftenden Grundstücke mehr.

Für die übrigen Grundstückseigentümer verändert sich das Haftungsrisiko nicht. Schon vor der vertikalen Teilung der Gesamtgrundschuld bestand für jeden Grundstückseigentümer das Risiko, dass der Grundpfandgläubiger gerade sein Grundstück in Anspruch nimmt. Darüber hinaus bestand das – in der Praxis allerdings eher fernliegende – Risiko, dass der Grundpfandgläubiger durch Verzicht gem. § 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB das Risiko auf einige oder gar nur ein einzelnes Grundstück konzentriert.

c) Unzulässige Verdopplung der Rechte des Grundschuldgläubigers

Wird die Gesamtgrundschuld vertikal geteilt, verdoppelt sich das Recht des Grundpfandgläubigers. Der Grundpfandgläubiger kann auf das Grundstück zugreifen, das aus dem Haftungsverband ausgeschieden ist, und auf eines der Grundstücke, die im Haftungsverband geblieben sind.

Eine solche Rechtsverdoppelung kann nicht ohne Zustimmung Dritter erfolgen.

d) Gesamtbuchgrundschuld

Aus dem Vorstehenden ergibt sich: Die (rangwahrende) vertikale Teilung einer Gesamtgrundschuld ist zulässig. Sie bedarf jedoch der Bewilligung des Grundstückseigentümers, auf dessen Grundstück die Einzelgrundschuld gebildet werden soll. Dessen Risiken verändern sich durch die Teilung. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob dieser Grundschuld Eigentümer Eigentümer weiterer durch die Gesamtgrundschuld belasteter Grundstücke ist oder nicht.

Die Lage ist für den Eigentümer des (künftig) mit einer Einzelgrundschuld belasteten Grundstücks und für die Eigentümer der Grundstücke, auf denen die Gesamtgrundschuld bleibt, nicht anders als beim Verzicht auf die Gesamtgrundschuld gem. § 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB hinsichtlich eines Grundstücks mit anschließender Neubestellung einer (Einzel-)Grundschuld auf diesem Grundstück.

IV. Grundbuchtechnik

1. Grundbuchtechnisch muss bei der vertikalen Teilung der Gesamtgrundschuld so verfahren werden, dass der Mithaftvermerk an dem Grundstück, an dem künftig eine Einzelgrundschuld bestehen soll, vollständig, an den übrigen Grundstücken hinsichtlich des Grundstücks gelöscht wird, auf dem künftig die Einzelgrundschuld lasten soll. Man wird davon ausgehen müssen, dass die vertikale Teilung der Grundschuld erst mit Durchführung der Veränderung der Mithaftvermerke bei allen Grundstücken wirksam wird. Entsprechend § 1132 Abs. 2 BGB ist die auf die Teilung gerichtete Erklärung des Grundpfandgläubigers und die Löschung bzw. teilweise Löschung der Haftvermerke im Grundbuch erforderlich. Erforderlich ist weiter, wie oben dargestellt, die Zustimmung des Eigentümers des künftig mit der Einzelgrundschuld belasteten Grundstücks.

2. Gesamtbriefgrundschuld

Ist eine Gesamtbriefgrundschuld bestellt worden, so ist auf dem Grundschuldbrief das Erlöschen der Mithaft hinsichtlich des Grundstücks, auf dem künftig die Einzelgrundschuld lasten soll, zu vermerken (§ 62 Abs. 1 GBO); hinsichtlich der Einzelgrundschuld ist ein neuer Brief zu erteilen.

Steuerrecht

Die Ausnutzung einer steuerlichen Verwaltungsanweisung als Geschäftsmodell

Planmäßige Errichtung und Veräußerung von Gebäuden als private Vermögensverwaltung

von Steuerberater/Dipl.-Finanzwirt Peter Hutmacher, Heinsberg

Es ist das Bestreben aller Kapitalisten, bei ihren Betätigungen einen optimalen Profit zu erzielen. Dieses Bestreben geht dann mit der Zielsetzung einher, die Erträge möglichst in einem von den Steuergesetzen nicht erfassten Bereich zu gewinnen. Eine solche von den Steuergesetzen nicht erfasste Sphäre ist – bei Einzelunternehmern und Personengesellschaften – der Privatbereich des Unternehmers oder Gesellschafters.

Im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung anfallende Veräußerungen unterfallen i.a.R. nicht der Umsatzsteuer oder Gewerbesteuer. Sie sind grds. auch für die Einkommensteuer nicht von Belang. Einkommensteuerpflichtig sind ausschließlich die Veräußerung von privaten Kapitalanlagen¹ und Spekulationsgeschäfte.²

So wird dann vielfach nach Wegen geforscht, im Unternehmen erwirtschaftete Profite in die private Vermögenssphäre zu transferieren, um sie dort steuerfrei zu verwirklichen. Häufig werden dabei Verwaltungsanweisungen zur Vereinheitlichung und Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens ausgenutzt.

Der folgende Beitrag schildert ein solches Geschäftsmodell im Bereich der Bau- und Bauträgerunternehmen.

I. Ausgangssachverhalt

Ein Baueinzelunternehmer errichtet alljährlich auf eigenen (privaten) Grundstücken durch sein Unternehmen schlüsselfertig Einfamilienhäuser und Eigentumswohnungen. Die in seinem Einzelunternehmen anfallenden Baukosten werden – ohne Gewinnmarge – als Privatentnahmen berücksichtigt.

Die Einfamilienhäuser und Eigentumswohnungen werden nach ihrer Fertigstellung vermietet. Insoweit erzielt der Bauunternehmer dann Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Nach Ablauf einer Vermietungsphase von 10 Jahren werden sie dann veräußert.

II. Grundstückshandel

Bei der Veräußerung von Grundstücken kann sowohl eine reine Vermögensverwaltung als auch eine gewerbliche Tätigkeit vorliegen. Wegen der unterschiedlichen Erfassung bei der Einkommen- und Gewerbesteuer ist die Abgrenzung der Vermögensverwaltung von der gewerblichen Tätigkeit erforderlich. Anzahl und Art der veräußerten Grundstücke können dabei eine wesentliche Rolle spielen.

Ein gewerblicher Grundstückshandel liegt nur vor, wenn alle Voraussetzungen einer gewerblichen Tätigkeit erfüllt sind. Gewerbliche Einkünfte liegen vor bei einer

- selbstständigen,
- nachhaltigen,
- mit Gewinnerzielungsabsicht betriebenen Tätigkeit,
- die sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt.

Es dürfen zudem weder Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft noch aus freiberuflicher oder sonstiger selbstständiger Tätigkeit sein.³

Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal muss hinzukommen, dass der Rahmen der privater Vermögensverwaltung überschritten ist.⁴

Für die steuerrechtliche Qualifizierung ist die Tätigkeit nicht nach der vom Steuerpflichtigen subjektiv vorgenommenen Beurteilung und der angegebenen Bezeichnung steuerrechtlich zu qualifizieren, sondern vielmehr nach den objektiven Kriterien zu bewerten.⁵ Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse erfordert die Abgrenzung des gewerblichen Grundstückshandels von der privaten Vermögensverwaltung eine einzelfallbezogene Gesamtwürdigung aller Umstände, die für die Beurteilung der Betätigung von Bedeutung sind.

Ein gewerblicher Grundstückshandel ist nicht allein schon deshalb zu bejahen, weil der Steuerpflichtige beim Finanzamt und bei der Kommunalverwaltung einen Gewerbebetrieb anmeldet und Dritten gegenüber erklärt hat, er sei gewerblicher Grundstückshändler. Andererseits liegt bei objektiver Erfüllung der Kriterien ein gewerblicher Grundstückshandel auch dann vor, wenn der Steuerpflichtige keinen Gewerbebetrieb errichten will.

¹ Veräußerungen i.S.v. §§ 17, 20 Abs. 2 EStG.

² Private Veräußerungsgeschäfte i.S.v. § 23 EStG.

³ § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG.

⁴ Vgl. R 15.7 Abs. 1 EStR; BFH v. 17.3.1981 – VIII R 149/78, BStBl. II 1981, S. 522; v. 25.6.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, S. 751 (unter III. 3. b) aa) [2]) und v. 6.4.1990 – III R 28/87, BStBl. II 1990, S. 1057.

⁵ BFH v. 18.8.2009 – X R 25/06, BFH/NV 2009, 1892 (hierzu ist eine Verfassungsbeschwerde anhängig; Az. 2 BvR 2579/09, zu der Frage, ob sich die steuerrechtliche Qualifizierung nach objektiven oder subjektiven Kriterien richtet).

III. Private Vermögensverwaltung bei Immobilienverkauf

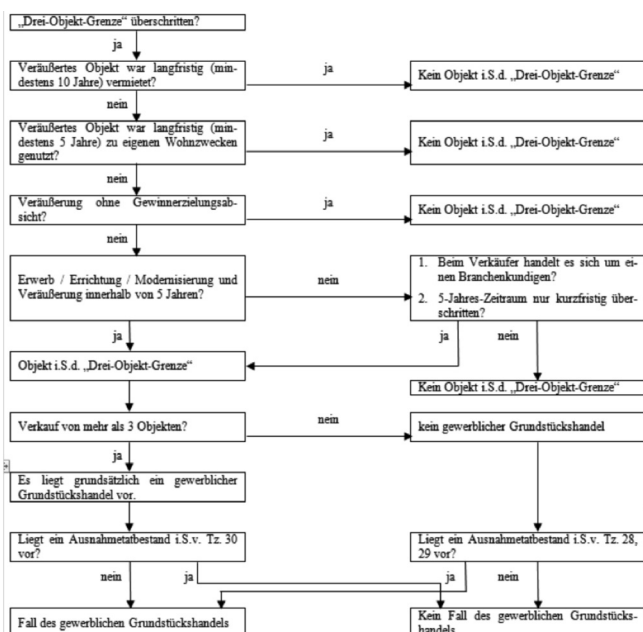
Das Tatbestandsmerkmal „Überschreiten der privaten Vermögensverwaltung“ ist für die Abgrenzung des gewerblichen Grundstückshandels zur privaten Vermögensverwaltung von wesentlicher Bedeutung.

Der Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung wird immer dann überschritten, wenn sich die Grundstücksgeschäfte nicht mehr als Nutzung von Grundbesitz durch Fruchtziehung aus zu erhaltender Substanz darstellt, sondern die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte entscheidend in den Vordergrund tritt. Unter Ausnutzung substantieller Vermögenswerte ist eine Vermögensumschichtung zu verstehen, die in erster Linie erfolgt, um vorhandenes Vermögen durch Ausnutzung von Substanzwertsteigerungen zu vermehren.

Indizien für das Vorliegen eines gewerblichen Grundstückshandels sind dann

- eine nur kurze Dauer der Nutzung des Gebäudes vor seiner Veräußerung und
- die Anzahl der veräußerten Objekte.

Auf die daraus von der Rechtsprechung entwickelte und von der Finanzverwaltung übernommene Abgrenzung nach der sog. „Drei-Objekt-Grenze“⁶ sei hier nur hingewiesen. Die Grundsätze der „Drei-Objekt-Grenze“ und die Folgen einer Überschreitung dieser Grenze sind dem folgenden vereinfachten Prüfschema⁷ zu entnehmen:



IV. Veräußerung als Abschluss der privaten Vermögensverwaltung

Bereits der erste Parameter des vereinfachten Prüfschemas weist darauf hin, dass Grundstücksverkäufe unabhängig von ihrer Anzahl nicht aus dem Rahmen der privaten Ver-

mögensverwaltung herausfallen, wenn es lediglich um den Verkauf langjährig durch Vermietung genutzter Wohnungen als Abschluss der privaten Vermögensverwaltung geht.

Ein Abschluss der privaten Vermögensverwaltung setzt i.d.R. beim Verkäufer voraus, dass er das Objekt vorher im Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung langjährig durch Vermietung genutzt hat. Diesen langen Vermietungszeitraum typisiert die Finanzverwaltung in einer Verwaltungsanweisung mit 10 Jahren.⁸

Nach dieser die Finanzverwaltung bindenden Anweisung kann also auch bei alljährlicher Veräußerung von mehr als drei Objekten kein gewerblicher Grundstückshandel entstehen, wenn zwischen Erwerb oder Herstellung und Veräußerung dieser Objekte eine Vermietungsphase von mindestens 10 Jahre eingehalten wird. Denn dann bilden diese Verkäufe sämtlich den unschädlichen Abschluss einer privaten Vermögensverwaltung und sind deshalb bei der Prüfung der Drei-Objekt-Grenze auszunehmen.

Für den Fall der geplanten Veräußerung nach Ablauf einer langfristigen Vermietungsphase ist kein Ausnahmefall geregelt. Die Ausnahmefälle gelten nur für besondere Gestaltungen in Bezug auf eine Veräußerung von weniger als vier Objekten.⁹

V. Private Grundstücksveräußerungsgeschäfte

Da die Dauer der Vermietungszeit mit der Dauer der Spekulationsfrist¹⁰ übereinstimmt, fällt in diesen Fällen i.a.R. auch keine Besteuerung der Veräußerungen als private Veräußerungsgeschäfte an.

VI. Zusammenfassung

Bei langfristiger Planung durch Sachverhaltsgestaltung unter Ausnutzung der bestehenden, typisierenden Verwaltungsanweisungen bei Zwischenschaltung einer Vermietungszeit vor der Veräußerung privater Grundstücke können also die Entstehung eines gewerblichen Grundstückshandels verhindert und Veräußerungsgewinne steuerfrei im Privatvermögen erlöst werden. Daran ändert auch nichts eine dem Mieter eingeräumte Option, das Objekt nach der erforderlichen Vermietungsphase – ggf. unter Anrechnung der gezahlten Miete – erwerben zu können.

6 Vgl. BMF-Schreiben v. 26.3.2004 – IV A 6 – S 2240 – 46/04, BStBl. I 2004, S. 434.

7 Anl. 1 des BMF-Schreibens v. 26.3.2004 – IV A 6 – S 2240 – 46/04, BStBl. I 2004, S. 434.

8 BMF-Schreiben v. 26.3.2004 – IV A 6 – S 2240 – 46/04, BStBl. I 2004, S. 434 Rn. 2.

9 Rn. 28 und 29 des BMF-Schreibens v. 26.3.2004 – IV A 6 – S 2240 – 46/04, BStBl. I 2004, S. 434.

10 § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG.

ZNotP-Fragezeichen

1. V hat als mündlich Bevollmächtigter im Namen des G eine Ein-Mann-GmbH gegründet, bei der G der alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer ist. G hat hinterher eine Vollmachtsbestätigung in Beglaubigungsform abgegeben.

Die Gründung ist

- a) wirksam,
- b) unwirksam.

2. E hat seine Kinder K1, K2 und K3 zu je 1/3 Anteil zu Erben eingesetzt. K3 ist hierbei Vorerbe, Nacherbe ist N. K2 verstirbt vor E ohne Hinterlassung von Abkömmlingen, sodass E von K1 und K3 zu je 1/2 Anteil beerbt wird.

Das Nacherbenrecht des N

- a) beschränkt sich auf den ursprünglichen 1/3 Erbanteil,
- b) erstreckt sich auch auf den 1/2 Anteil des K3.

ZNotP-Rechtsprechungsreport

Vertragsrecht

Fehlende Baugenehmigung als Sachmangel

BGB §§ 434, 444

Leitsätze (amtlich):

1. Eine fehlende Baugenehmigung stellt regelmäßig einen Sachmangel des veräußerten Wohnungseigentums dar; die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit haben die Zivilgerichte in eigener Verantwortung – ohne Bindung an einen erst nach Gefahrübergang ergangenen behördlichen Bescheid – zu beantworten.
2. Arglist setzt zumindest Eventualvorsatz voraus; dem steht es nicht gleich, wenn sich dem Verkäufer das Vorliegen von Tatsachen hätte aufdrängen müssen, die einen Mangel des Kaufobjekts begründen.

BGH, Urt. v. 12. 4. 2013 – V ZR 266/11

[1] Mit notariell beurkundetem Vertrag v. 9.12.2005 kauften die Klägerin und ihr damaliger Lebensgefährte von dem Beklagten eine von diesem sanierte Dachgeschosswohnung zum Preis von 90.000 €. Die Haftung für Sachmängel war ausgeschlossen. Als die Klägerin die Wohnung im Jahr 2009 verkaufen wollte, stellte sich heraus, dass für die Wohnung und den dazu gehörenden Balkon keine Baugenehmigung vorlag. Ein von der Ehefrau des Beklagten gestellter Bauantrag war bereits im Februar 2000 zurückgewiesen worden, wovon der Beklagte jedoch keine Kenntnis erlangt haben will. Ob das Dachgeschoss vor der Sanierung als Wohnung genutzt worden war, ist streitig.

[2] Mit Schreiben v. 27.3.2009 forderten die Käufer den Beklagten auf, bis zum 15.4.2009 Baugenehmigungen beizubringen. Darauf ging der Beklagte nicht ein, sondern verwies mit Schreiben v. 15.4.2009 lediglich darauf, dass nur Wohnraum saniert und modernisiert, nicht aber in die Statik eingegriffen worden sei; Gleiches gelte für die Balkone. I.Ü. sei das Dachgeschoss bereits früher bewohnt gewesen. Mit Schreiben v. 17.4.2009 erklärten die Käufer den Rücktritt vom Kaufver-

trag, forderten den Beklagten zur Rückzahlung des Kaufpreises bis zum 25.4.2009 auf und boten an, Erklärungen für die Rückkaufassung abzugeben.

[3] Mit bestandskräftig gewordenem Bescheid v. 22.6.2009 untersagte das Bauamt gänzlich die Nutzung zu Wohnzwecken, hob diese Untersagung aber später hinsichtlich des Balkons wieder auf und erteilte schließlich am 23.9.2009 eine Baugenehmigung unter Auflagen. Den der Genehmigung zugrunde liegenden Bauantrag nahm der Beklagte allerdings nach Widerspruchseinlegung zurück.

[4] Die Klägerin erstrebt aus eigenem Recht und in Prozessstandschaft für ihren früheren Lebensgefährten die Rückabwicklung des Kaufvertrags. Hierzu verlangt sie Zahlung von 102.490,28 € Zug-um-Zug gegen Rückkaufassung der Eigentumswohnung. Darüber hinaus fordert sie (weiteren) Schadensersatz i.H.v. 3.547,03 € und beantragt die Feststellung des Annahmeverzuges. Sie behauptet, der Beklagte habe das Fehlen der Baugenehmigung arglistig verschwiegen. Von der Richtigkeit dieser Behauptung hat sich das LG überzeugt und auf dieser Grundlage die Klageanträge dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Dem ist das OLG im Ergebnis gefolgt. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision möchte der Beklagte die Abweisung der Klage erreichen. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

[5] I. Das Berufungsgericht bejaht die Voraussetzungen für den Erlass eines Grundurteils. Begründet sei die Klage dem Grunde nach, weil das Fehlen einer notwendigen Baugenehmigung einen Sachmangel darstelle, den der Beklagte arglistig verschwiegen habe (§ 444 BGB). Ob die bestandskräftige Untersagungsverfügung zu Recht ergangen sei und ob die von dem Beklagten ausgeführten Baumaßnahmen genehmigungsbedürftig gewesen seien, hätten die Zivilgerichte nicht zu prüfen; i.Ü. zeige die später erteilte Baugenehmigung, dass von einem genehmigungsbedürftigen Tatbestand auszugehen sei. Arglist sei dem Beklagten vorzuwerfen, weil diese in Anlehnung an die zur Bankenhaftung entwickelten Grundsätze schon dann gegeben sei, wenn sich dem Verkäufer einer Immobilie aufklärungspflichtige Tatsachen nach den Umständen des Einzelfalls zumindest hätten aufdrängen müssen. Weigere

sich – wie hier – der Verkäufer, von solchen Umständen und der sich ebenfalls aufdrängenden Bedeutung für den Käufer Kenntnis zu nehmen, müsse dies positivem Wissen gleichstehen.

[6] II. Die Revision ist begründet.

[7] 1. In verfahrensrechtlicher Hinsicht rügt die Revision zu Recht, dass bei einer nicht bezifferten Feststellungsklage der Erlass eines Grundurteils von vornherein ausscheidet (vgl. nur BGH, Urt. v. 4.10.2000 – VIII ZR 109/99, NJW 2001, 155; Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., § 304 Rn. 3; vgl. auch Senat, Urt. v. 12.11.2010 – V ZR 181/09, BGHZ 188, 43, 49 = ZNotP 2011, 68; jeweils m.w.N.).

[8] 2. Materiell-rechtlich nimmt das Berufungsgericht zu Unrecht an, dem Beklagten sei die Berufung auf den vereinbarten Haftungsausschluss nach § 444 BGB versagt. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen lässt sich weder das Vorliegen eines (aufklärungspflichtigen) Sachmangels noch ein darauf bezogenes arglistiges Verschweigen bejahen.

[9] a) Eine fehlende Baugenehmigung stellt regelmäßig einen Sachmangel des veräußerten Wohnungseigentums dar (vgl. Senat, Urt. v. 30.4.2003 – V ZR 100/02, NJW 2003, 2380, 2381), weil die Baubehörde die Nutzung der Wohnung jedenfalls bis zur Erteilung der erforderlichen Genehmigung untersagen kann, und zwar unabhängig von der Frage, ob eine Genehmigung unter Zulassung einer Ausnahme hätte erteilt werden können (vgl. nur Senat, Urt. v. 26.4.1991 – V ZR 73/90, BGHZ 114, 260, 262). Dabei besteht der Sachmangel bereits darin, dass es an der baurechtlich gesicherten Befugnis fehlt, das Objekt für den vertraglich vorausgesetzten Zweck zu nutzen. Die Frage, ob bauliche Veränderungen überhaupt genehmigungsbedürftig sind, haben die Zivilgerichte als Vorfrage der Fehlerhaftigkeit der Kaufsache zu beantworten (vgl. nur Senat, Urt. v. 26.4.1991 – V ZR 73/90, a.a.O.).

[10] Allerdings kommt es für die Frage des Sachmangels auf die Genehmigungsbedürftigkeit ausnahmsweise dann nicht an, wenn die Behörde bereits bei Gefahrübergang als dem auch bei Arglist nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB maßgeblichen Zeitpunkt (vgl. nur MünchKomm-BGB/Westermann, 6. Aufl., § 434 Rn. 51; Palandt/Weidenkaff, BGB, 72. Aufl., § 434 Rn. 8; ebenso zum früheren Recht Senat, Urt. v. 26.4.1991 – V ZR 73/90, a.a.O., 262) eine rechtsverbindliche Entscheidung dazu getroffen hat, ob der nach dem Kaufvertrag vorausgesetzten Nutzung öffentlich-rechtliche Hindernisse entgegenstehen (vgl. Senat, Urt. v. 10.6.1988 – V ZR 125/87, WM 1988, 1449, 1451). Gewährleistet eine solche Entscheidung dem Käufer Bestandsschutz, scheidet ein Sachmangel aus (vgl. Senat, Urt. v. 30.4.2003 – V ZR 100/02, NJW 2003, 2380, 2381). Liegt bei Gefahrübergang eine Nutzungsuntersagung vor, ist das Kaufobjekt ohne Weiteres mit einem Sachmangel behaftet. Solche Ausnahmetatbestände liegen hier indessen nicht vor. Da die Nutzungsuntersagungsverfügung erst nach Gefahrübergang ergangen ist, hängt die Annahme eines Sachmangels davon ab, ob die von dem Beklagten vorgenommenen baulichen Veränderungen im Zeitpunkt des Gefahrübergangs genehmigungsbedürftig waren. Diese Frage haben die Zivilgerichte in eigener Verantwortung – ohne Bindung an einen erst später ergangenen baubehördlichen Bescheid – zu beantworten. Ausreichende Feststellungen zur Beurteilung der Genehmigungsbedürftigkeit hat das Berufungsgericht –

von seinem Rechtsstandpunkt folgerichtig – jedoch nicht getroffen.

[11] b) Revisionsrechtlich zu beanstanden sind auch die Erwägungen des Berufungsgerichts zur Arglist.

[12] aa) Diese setzt nach der st. Rspr. des BGH zumindest Eventualvorsatz voraus (so etwa Senat, Urt. v. 15.6.2012 – V ZR 198/11, ZNotP 2012, 306 = NJW 2012, 2793; vgl. auch MünchKomm-BGB/Westermann, a.a.O., § 438 Rn. 26; jeweils m.w.N.); leichtfertige oder grob fahrlässige Unkenntnis genügt dagegen nicht (vgl. Senat, Urt. v. 16.3.2012 – V ZR 18/11, ZfIR 2012, 463, 465 f. Rn. 24 und 28). Ein arglistiges Verschweigen ist danach nur gegeben, wenn der Verkäufer den Mangel kennt oder ihn zumindest für möglich hält und zugleich weiß oder doch damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Mangel nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (so etwa Senat, Urt. v. 10.6.1983 – V ZR 292/81, WM 1983, 990; Urt. v. 7.3.2003 – V ZR 437/01, NJW-RR 2003, 989, 990; vgl. auch Krüger, in: Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 10. Aufl., Rn. 35 und 1003 ff.; jeweils m.w.N.).

[13] bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts genügt es dagegen nicht, wenn sich dem Verkäufer das Vorliegen aufklärungspflichtiger Tatsachen hätte aufdrängen müssen, weil dann die Arglist vom Vorsatz abgekoppelt und der Sache nach durch leichtfertige oder grob fahrlässige Unkenntnis ersetzt würde.

[14] (1) Der Senat hat bereits entschieden, dass selbst ein bewusstes Sichverschließen nicht den Anforderungen genügt, die an die Arglist zu stellen sind (Urt. v. 7.3.2003 – V ZR 437/01, NJW-RR 2003, 989, 990). Eine Gleichstellung mit der Kenntnis kommt lediglich in Betracht, soweit es bei bestimmten Tatbestandsmerkmalen um eine rechtliche (Gesamt-)Bewertung von Tatsachen geht. So erfordert etwa die Kenntnis davon, nicht zum Besitz berechtigt zu sein (§ 990 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder etwas rechtsgrundlos empfangen zu haben (§ 819 Abs. 1 BGB), nicht nur das Wissen um die tatsächlichen Umstände, aus denen auf die Nichtberechtigung zu schließen ist, sondern auch die Kenntnis dieser Rechtsfolge selbst (zu § 819 Abs. 1 BGB vgl. BGH, Urt. v. 17.6.1992 – XII ZR 119/91, BGHZ 118, 383, 392 m.w.N.; zu § 990 Abs. 1 Satz 2 BGB vgl. BGH, Urt. v. 25.2.1960 – II ZR 125/58, BGHZ 32, 76, 92). Die Kenntnis der Tatsachen ist dabei stets nötig. Sie kann keinesfalls durch wertende Überlegungen ersetzt werden. Nur hinsichtlich des Schlusses von der Tatsachenkenntnis auf die Einschätzung der Rechtslage – in den Beispielen der Mangel des rechtlichen Grundes und die fehlende Besitzberechtigung – kommt eine Abmilderung des Erkenntnisgrades in Betracht. Um eine solche rechtliche Gesamtbewertung geht es bei § 444 BGB jedoch nicht. Bei der Frage der Arglist ist allein entscheidend, ob der Verkäufer die den Mangel begründenden Umstände kennt (Senat, Urt. v. 7.3.2003 – V ZR 437/01, a.a.O., m.w.N.), mögen diese auch im Einzelfall – wie hier die revisionsrechtlich zu unterstellende Genehmigungsbedürftigkeit – einen normativen Gehalt aufweisen. Liegt diese Kenntnis zumindest in der Form des Eventualvorsatzes vor, ist es unerheblich, ob der Verkäufer daraus den Schluss auf einen Sachmangel zieht (Senat, Urt. v. 7.3.2003 – V ZR 437/01, a.a.O.; Krüger, a.a.O., Rn. 1005).

[15] (2) Nichts anderes lässt sich aus der von dem Berufungsgericht ins Feld geführten Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 29.4.2008 – XI ZR 221/07, WM 2008, 1121, 1122 f. Rn. 16 ff.; Urt. v. 15.6.2010 – XI ZR 318/09, WM 2010, 1448, 1450 Rn. 10) zur Haftung von Banken im Zusammenhang mit der Finanzierung sittenwidrig überteuerter Grundstückskäufe herleiten. Auch diese Haftung setzt nämlich Kenntnis sämtlicher Tatsachen voraus; nur hinsichtlich der Gesamtbewertung dieser Umstände reicht es aus, dass sich der Bank die sittenwidrige Übervorteilung aufdrängen musste (vgl. insbesondere BGH, Urt. v. 29.4.2008 – XI ZR 221/07, a.a.O., 1123 Rn. 22). Das ist mit der Rechtslage bei § 990 Abs. 1 Satz 2 und § 819 Abs. 1 BGB vergleichbar, lässt sich nach dem oben Gesagten aber nicht auf die subjektiven Voraussetzungen der Arglist übertragen.

[16] (3) Gemessen daran ist das Berufungsurteil auch insoweit rechtsfehlerhaft. Dass der Beklagte den Sachmangel gekannt oder ihn wenigstens für möglich gehalten hat, hat das Berufungsgericht – anders als das LG – nicht festgestellt; es hat dies andererseits aber auch nicht verneint.

[17] 3. Da das Berufungsurteil auch nicht aus anderen Gründen richtig ist, unterliegt es der Aufhebung (§§ 561, 562 ZPO).

[18] 4. Der Rechtsstreit ist nicht im Sinne des Beklagten nach § 563 Abs. 3 ZPO zur Endentscheidung reif. Soweit die Revision rügt, die bis zum 15.4.2009 eingeräumte Frist zur Beibringung der Baugenehmigungen sei zu knapp bemessen gewesen, übersieht sie, dass der Käufer dem arglistig handelnden Verkäufer i.a.R. überhaupt keine Gelegenheit zur Nachbesserung geben muss (Senat, Beschl. v. 8.12.2006 – V ZR 249/05, WM 2007, 1076, 1077 f.; Urt. v. 12.11.2010 – V ZR 181/09, BGHZ 188, 43, 50 = ZNotP 2011, 68). Gewährt der Käufer gleichwohl eine Frist zur Nachbesserung, führt dies nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) lediglich dazu, dass er eine fristgemäß erbrachte Nachbesserung, an der es hier fehlt, gelten lassen muss (vgl. Senatsurt. v. 12.3.2010 – V ZR 147/09, ZNotP 2010, 337 = WM 2010, 2129, 2130). Der Käufer darf sich nicht in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten setzen. Zu einem weiteren Entgegenkommen ist er dem arglistig täuschenden Verkäufer gegenüber grds. nicht gehalten.

[19] 5. Nach allem ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die für eine abschließende Entscheidung erforderlichen Feststellungen getroffen werden können (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dabei hat der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

[20] 6. Für die erneute Verhandlung und Entscheidung wird auf Folgendes hingewiesen:

[21] a) Der Käufer trägt die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich sämtlicher tatsächlicher Umstände, die ein arglistiges Verschweigen begründen (dazu und zur sekundären Darlegungslast in bestimmten Konstellationen Senat, Urt. v. 12.11.2010 – V ZR 181/09, a.a.O., 47 ff.).

[22] b) Nicht zu beanstanden ist die Annahme des Berufungsgerichts, wonach es in den Jahren 1999/2000 zum Allgemeinwissen der Bürger in den neuen Bundesländern gehört habe, dass umfangreiche Bauarbeiten und Veränderungen an Gebäuden „genehmigungspflichtig sein können“. Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich aus dem Senatsurt.

v. 26.4.1991 (V ZR 73/90, BGHZ 114, 260, 262 f.) nichts anderes. In dieser Entscheidung ist der Senat lediglich der zu weit gehenden Annahme entgegen getreten, nach der Lebenserfahrung „Wissen“ auch ein Laie um die Notwendigkeit einer behördlichen Genehmigung für die Umgestaltung eines Trockenspeichers zu Wohnzwecken. Im Rahmen einer erneuten Beweiswürdigung zur Arglist wird das Berufungsgericht jedoch ggf. zu beachten haben, dass der Schluss auf einen Eventualvorsatz zwar nicht allein aufgrund des festgestellten Allgemeinwissens, jedoch durchaus bei Hinzutreten weiterer Umstände gerechtfertigt sein kann.

[23] c) Soweit in dem Rechtsstreit mit der Saldothese argumentiert worden ist, erscheint dies schon deshalb nicht tragfähig, weil die aus dieser Theorie folgenden Beschränkungen nicht zulasten des arglistig Getäuschten eingreifen (vgl. nur BGH, Urt. v. 6.8.2008 – XII ZR 67/06, BGHZ 178, 16, 31; Palandt/Sprau, a.a.O., § 818 Rn. 49 f.).

Grundstücksrecht

Pflichten des Sicherungsnehmers nach Wegfall des Sicherungszwecks

BGB § 1191

Leitsätze (amtlich):

1. Der Sicherungsnehmer ist nach Maßgabe des allgemeinen Schuldrechts zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er den durch den endgültigen Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingten Anspruch auf Rückgewähr einer Sicherungsgrundschuld nach Bedingungseintritt schuldhaft nicht erfüllt; ist der Rückgewähranspruch – etwa an einen nachrangigen Grundpfandgläubiger – abgetreten worden, steht der Anspruch auf Schadensersatz dem Zessionar zu.
2. Ob der Sicherungszweck endgültig weggefallen ist, richtet sich nach der Sicherungsvereinbarung; auch wenn diese eine Revalutierung der Grundschuld erlaubt, tritt die aufschiebende Bedingung jedenfalls mit dem endgültigen Ende der Geschäftsbeziehung ein.
3. Nach einer dem Sicherungsnehmer angezeigten Abtretung kann die Sicherungsvereinbarung nur unter Mitwirkung des Zessionars inhaltlich geändert werden, soweit die Änderung den Rückgewähranspruch einschließlich der aufschiebenden Bedingung betrifft, unter der dieser steht.

BGH, Urt. v. 19. 4. 2013 – V ZR 47/12

[1] Die beklagte Bank war Inhaberin einer erstrangigen Gesamtgrundschuld, die auf zwei Grundstücken lastete, sowie einer auf einem weiteren Grundstück lastenden erstrangigen Grundschuld. Die klagende Sparkasse war Inhaberin einer auf den drei Grundstücken lastenden nachrangigen Gesamtgrundschuld. Die zwischen der Klägerin und dem Eigentümer der drei Grundstücke als Sicherungsgeber getroffene Sicherungsvereinbarung enthält folgende Klausel:

„Der Sicherungsgeber tritt hiermit den, auch zukünftigen oder bedingten, Anspruch auf Rückgewähr aller vor- und gleichrangigen Grundschulden (Anspruch auf Übertragung oder Löschung oder Verzicht sowie auf Zuteilung des Versteigerungserlöses) an die Sparkasse ab.“

[2] Die Klägerin zeigte der Beklagten die Abtretung an. In der Folgezeit übertrug die Beklagte ihre nur noch teilweise valutierenden Grundschulden gegen Zahlung von rd. 150.000 € an eine weitere Bank. Die Erwerberin ließ die Grundschulden neu valutieren. Später bewilligte sie gegen Zahlung von 450.000 € deren Löschung im Zusammenhang mit einer Veräußerung der Grundstücke.

[3] Die Klägerin ist der Auffassung, sie hätte die Rückgewähr der vorrangigen Grundschulden verlangen können, soweit sie im Zeitpunkt der Übertragung nicht mehr valuiert hätten. Sie macht einen Schaden von 300.000 € geltend, der ihr durch die Nichterfüllung der Rückgewährverpflichtung entstanden sein soll. Das LG hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat die Berufung der Klägerin gem. § 522 Abs. 2 ZPO i.d.F. v. 21.10.2011 durch einstimmigen Beschluss zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter; die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

[4] I. Das Berufungsgericht meint, für den geltend gemachten Schadensersatzanspruch fehle es an einer Rechtsgrundlage. Zwischen den Parteien des Rechtsstreits bestehe weder ein Schuldverhältnis i.S.v. § 280 BGB noch hafte die Beklagte aus Deliktsrecht. Auch aus abgetretenem Recht ergebe sich kein Anspruch. Die Beklagte habe trotz der Abtretung des Rückgewähranspruchs das Recht gehabt, den durch den Rang des Grundpfandrechts mitbestimmten Sicherungsrahmen voll auszuschöpfen. Es mache rechtlich keinen Unterschied, ob die Beklagte zulässigerweise neu gewährte Kredite durch die Grundschulden absichere und die Kredite nebst Grundpfandrechten anschließend an einen Dritten übertrage, oder ob sie die Grundschulden schon vor der Revaluierung an einen Dritten übertrage, der sie seinerseits als Sicherungsmittel für neue Kredite verwende. Die Klägerin habe es versäumt, den Anspruch durch die Eintragung einer Vormerkung zu sichern. Auch der Umstand, dass die Beklagte die Geschäftsbeziehung mit dem Eigentümer beendet habe und der Sicherungszweck entfallen sei, schränke die Rechtsposition der Beklagten nicht ein.

[5] II. Die Revision hat Erfolg. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt ein Schadensersatzanspruch der Klägerin in Betracht.

[6] 1. Den geltend gemachten Schaden kann die Beklagte gem. §§ 275 Abs. 4, 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB unter dem Gesichtspunkt zu ersetzen haben, dass sie den an die Klägerin abgetretenen Anspruch auf Rückgewähr von Teilen der vorrangigen Grundschulden infolge der Übertragung der Grundschulden und deren anschließende Löschung schuldhaft nicht mehr erfüllen kann.

[7] a) Ist eine Grundschuld als Kreditsicherheit bestellt worden, kann der Sicherungsgeber von dem Sicherungsnehmer unter bestimmten Voraussetzungen deren Rückgewähr verlangen. Wann und in welcher Form die Rückgewähr erfolgen

muss, ergibt sich aus der Auslegung des Sicherungsvertrags. Regelmäßig ist der Anspruch durch den endgültigen Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingt; auch vor Bedingungseintritt kann er abgetreten werden (vgl. Senat, Urt. v. 5.11.1976 – V ZR 5/75, NJW 1977, 247; BGH, Urt. v. 10.11.2011 – IX ZR 142/10, BGHZ 191, 277 Rn. 12; Urt. v. 25.3.1986 – IX ZR 104/85, NJW 1986, 2108, 2110, insoweit in BGHZ 97, 280 ff. nicht abgdr.).

[8] b) Nach Maßgabe des allgemeinen Schuldrechts ist der Sicherungsnehmer als Schuldner des Rückgewähranspruchs zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er den Anspruch nach Eintritt der Bedingung schuldhaft nicht erfüllt (OLG Saarbrücken, OLGR 2005, 627; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2009, vor § 1191 Rn. 164; Erman/F. Wenzel, BGB, 13. Aufl., § 1191 Rn. 61 a.E.; Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl., Rn. 603; Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 8. Aufl., Rn. 776, 781; Schoppmeyer, in: Lwowski/Fischer/Langenbucher, Das Recht der Kreditsicherung, 9. Aufl., § 15 Rn. 272; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 2337a; F. Wenzel, Sicherung von Krediten durch Grundschulden, Rn. 2485, 2487; Freckmann, BKR 2012, 133, 140; Gnam, ZIP 1986, 822, 824 f.; im Ergebnis offengelassen von BGH, Urt. v. 17.5.1988 – IX ZR 5/87, NJW-RR 1988, 1146, 1149; Urt. v. 6.7.1989 – IX ZR 277/88, BGHZ 108, 237, 247). So kann er bspw. Schadensersatz nach §§ 275 Abs. 4, 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB zu leisten haben, wenn die aufschiebende Bedingung für den Rückgewähranspruch eingetreten ist und er ihn nicht erfüllen kann, weil er die Grundschuld dinglich wirksam, aber unter Verletzung seiner Pflichten aus dem Sicherungsvertrag an einen Dritten übertragen hat.

[9] c) Inhaber derartiger Sekundäransprüche ist der jeweilige Gläubiger des Rückgewähranspruchs; ist dieser – etwa an einen nachrangigen Grundpfandgläubiger – abgetreten worden, steht der Anspruch auf Schadensersatz dem Zessionar zu (Gaberdiel/Gladenbeck, a.a.O., Rn. 782; Gnam, ZIP 1986, 822, 824 f.; vgl. auch MünchKomm-BGB/Roth, 6. Aufl., § 398 Rn. 99; Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 398 Rn. 19).

[10] d) Ob der abgetretene Rückgewähranspruch durch eine Vormerkung gesichert werden könnte (dazu Volmer, MittBay-Not 2012, 237, 240; Windel, KTS 2012, 457, 464 f. m.w.N.), ist für die Entstehung der Schadensersatzpflicht unerheblich. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klage sei auch wegen der fehlenden Eintragung einer Vormerkung unschlüssig, trifft schon im Ansatz nicht zu. Eine Vormerkung dient ausschließlich dem Schutz des Primäranspruchs gegen bestimmte Verfügungen. Unterbleibt eine solche Sicherung, kann zwar der Primäranspruch – hier der Anspruch auf Rückgewähr der vorrangigen Grundschulden – vereitelt werden; dadurch wird aber nicht die Entstehung von Sekundäransprüchen verhindert. Aus dem gleichen Grund stellt es auch – anders als die Beklagte meint – kein Mitverschulden i.S.v. § 254 Abs. 1 BGB dar, wenn der Zessionar keine Vormerkung eintragen lässt.

[11] e) Unverzichtbare Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch ist, dass die aufschiebende Bedingung, unter der der abgetretene Rückgewähranspruch steht, eingetreten ist. Denn erst ab dem Bedingungseintritt muss der Siche-

rungsnehmer dem Zessionar auf Verlangen die Grundsuld zurückgewähren.

[12] aa) Wann, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form der Sicherungsnehmer dem Sicherungsgeber die Grundsuld zurückgewähren muss, bestimmt die Sicherungsvereinbarung. Bei einem engen Sicherungszweck, bei dem die Grundsuld nur der Sicherung einer bestimmten Verbindlichkeit dient, tritt die aufschiebende Bedingung schon mit der Tilgung der Anlassverbindlichkeit ein. Ist dagegen ein weiterer Sicherungszweck vereinbart, der eine Revalutierung der Grundsuld erlaubt, kann die Rückgewähr erst dann verlangt werden, wenn eine solche Revalutierung endgültig nicht mehr in Betracht kommt; das ist der Fall, wenn die Geschäftsbeziehung endet (BGH, Urt. v. 10.11.2011 – IX ZR 142/10, BGHZ 191, 277 Rn. 13 ff.; *Kessler*, NJW 2012, 577, 578). Wenn sich aus der Sicherungsvereinbarung nichts anderes ergibt, muss die Grundsuld auf Verlangen des Sicherungsgebers auch in Teilen zurückgewährt werden; dies setzt voraus, dass insoweit eine endgültige Übersicherung eingetreten ist, mit der der Sicherungszweck entfallen ist (Senat, Urt. v. 8.12.1989 – V ZR 53/88, NJW-RR 1990, 455; BGH, Urt. v. 10.11.2011 – IX ZR 142/10, a.a.O., Rn. 16; *Kessler*, NJW 2012, 577, 578).

[13] bb) Ist der Anspruch auf Rückgewähr der Grundsuld abgetreten, muss der Zessionar Rechtshandlungen des Zedenten und des Sicherungsnehmers, die den Bedingungseintritt hinausschieben oder vereiteln, gem. § 407 Abs. 1 BGB gegen sich gelten lassen, solange der Sicherungsnehmer von der Abtretung keine Kenntnis hat (*Gabardiell/Gladenbeck*, a.a.O., Rn. 889; *Clemente*, a.a.O., Rn. 321; *Freckmann*, BKR 2012, 133, 137). Hat der Sicherungsnehmer dagegen Kenntnis von der Abtretung erlangt, so bestimmt die Sicherungsvereinbarung, ob und inwieweit Zedent und Sicherungsnehmer ohne Zustimmung des Zessionars auf den Bedingungseintritt einwirken dürfen.

[14] (1) Eine nach der Sicherungsvereinbarung zulässige Neuvalutierung kann der Zessionar nicht verhindern, obgleich sie den Eintritt der aufschiebenden Bedingung hinausschiebt (vgl. nur BGH, Urt. v. 10.11.2011 – IX ZR 142/10, a.a.O., Rn. 14; *Gabardiell/Gladenbeck*, a.a.O., Rn. 884; *Erman/F. Wenzel*, a.a.O., § 1191 Rn. 73; *Kessler*, NJW 2007, 3466, 3468). Ebenso wenig kann er sich bei Eintritt des Sicherungsfalles einer nach der Sicherungsvereinbarung zulässigen freihändigen Verwertung der Grundsuld widersetzen, obwohl der Rückgewähranspruch dadurch erlischt und die Bedingung nicht mehr eintreten kann (vgl. Senat, Urt. v. 8.12.1978 – V ZR 221/77, NJW 1979, 717; *Gnam*, ZIP 1986, 822, 825). In diesen Fällen verwirklicht sich eine dem Rückgewähranspruch aufgrund der getroffenen Sicherungsvereinbarung von vornherein anhaftende Schwäche, die der Zessionar hinnehmen muss, weil er den Anspruch nur in dieser Form erworben hat (BGH, Urt. v. 10.11.2011 – IX ZR 142/10, a.a.O., Rn. 14). Der Zessionar hat – vorbehaltlich anderer Vereinbarungen – keinen Anspruch darauf, dass der Sicherungsgeber den Eintritt der aufschiebenden Bedingung herbeiführt, etwa indem er eine nach der Sicherungsvereinbarung zulässige Neuvalutierung unterlässt.

[15] (2) Dagegen kann die Sicherungsvereinbarung nach der Abtretung nur unter Mitwirkung des Zessionars inhaltlich geändert werden, soweit die Änderung den Rückgewähran-

spruch einschließlich der aufschiebenden Bedingung betrifft. Denn nachdem der Zedent nicht mehr Inhaber des Anspruchs ist, kann er nicht mehr über ihn verfügen. Aus diesem Grund bedarf eine in der Sicherungsvereinbarung nicht vorgesehene Neuvalutierung der Zustimmung des Zessionars (BGH, Urt. v. 25.3.1986 – IX ZR 104/85, NJW 1986, 2108, 2011 unter I. 3 d), insoweit bei BGHZ 97, 280 ff. nicht abgedr.; *Erman/F. Wenzel*, a.a.O., § 1191 Rn. 74; *Gabardiell/Gladenbeck*, a.a.O., Rn. 887; *Clemente*, ZfIR 2012, 317 f.; *Dörrie*, ZfIR 1999, 717, 727; *Eickmann*, DNotZ 1999, 746; *Freckmann*, BKR 2012, 133, 137; a.A. OLG München, DNotZ 1999, 744, 745; *Soergel/Konzen*, BGB, 13. Aufl., § 1191 Rn. 53). Sofern eine weite Sicherungsvereinbarung die Neuvalutierung des vorrangigen Grundpfandrechts gestattet, tritt die aufschiebende Bedingung jedenfalls mit dem endgültigen Ende der Geschäftsbeziehung ein, also dann, wenn feststeht, dass eine Neuvalutierung zwischen den Vertragsparteien nicht mehr erfolgen wird. Die Entscheidung darüber, ob die Geschäftsbeziehung beendet wird, liegt allerdings regelmäßig bei dem Zedenten, weil die Abtretung des Rückgewähranspruchs im Zweifel nicht das Kündigungsrecht umfasst (*Gabardiell/Gladenbeck*, a.a.O., Rn. 885). Auch die Auswechselung des Zedenten im Wege der Schuldübernahme ist nach der Rechtsprechung des BGH wegen der fortbestehenden Schuld nicht als Ende der Geschäftsbeziehung anzusehen; sie lässt den Rückgewähranspruch unberührt und bedarf nicht der Zustimmung des Zessionars (vgl. auch § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB; BGH, Urt. v. 1.10.1991 – XI ZR 186/90, BGHZ 115, 241 ff.).

[16] (3) Nichts anderes folgt aus dem Urteil des BGH v. 9.3.2006, auf das sich die Vorinstanzen gestützt haben (IX ZR 11/05, BGHZ 166, 319 Rn. 20); dass die Befugnis zur Revalutierung bei einer weiten Sicherungsvereinbarung jedenfalls mit der Geschäftsbeziehung endet, hat der BGH mit Urt. v. 10.11.2011 präzisiert (IX ZR 142/10, a.a.O., Rn. 15). Ob – wie es der BGH in diesem Urteil ausgeführt hat – die aufschiebende Bedingung bei einer weiten Sicherungsvereinbarung schon mit der vollständigen Tilgung der Schulden eintritt und die zulässige Revalutierung nur als auflösende Bedingung anzusehen ist (Urt. v. 10.11.2011 – IX ZR 142/10, a.a.O., Rn. 16), oder ob die aufschiebende Bedingung erst dann eintritt, wenn feststeht, dass eine Revalutierung nicht mehr erfolgen wird (so *Kessler*, NJW 2012, 577, 579), kann offenbleiben, weil nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von dem Ende der Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und ihrem Sicherungsgeber auszugehen ist.

[17] 2. Daran gemessen kommt ein Anspruch auf Schadensersatz in Betracht.

[18] a) Entgegen der Auffassung der Beklagten umfasst die Abtretung auch einen auf Teile der Grundsulden bezogenen Rückgewähranspruch. Richtig ist zwar, dass der Rückgewähranspruch aufgrund der in der formularmäßigen Sicherungsvereinbarung enthaltenen Klausel insgesamt abgetreten worden ist. Die Frage, ob die aufschiebende Bedingung, unter der der Rückgewähranspruch steht, schon dann eintritt, wenn die Grundsulden nur noch teilweise valutieren, betrifft aber allein den Inhalt des abgetretenen Anspruchs. Maßgeblich dafür ist die in dem Verhältnis zwischen der Beklagten als vorrangiger Grundpfandgläubigerin und dem Zedenten ge-

troffene Sicherungsvereinbarung. Mangels anderer Feststellungen ist für das Revisionsverfahren davon auszugehen, dass diese die üblicherweise geschuldete Rückgewähr von Teilen der Grundschulden nicht ausschließt.

[19] b) Nach dem bisher festgestellten Sachverhalt können die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch der Klägerin auch i.Ü. vorliegen. Danach hat die Beklagte, die von der Abtretung Kenntnis hatte, die Geschäftsbeziehung mit dem Zedenten im Zuge der Übertragung der Grundschulden an eine andere Bank und der damit verbundenen Ablösung der noch offenen Kredite beendet. Infolgedessen kann im Hinblick auf den nicht mehr valutierenden Teil der Sicherungszweck entfallen und die Bedingung für den abgetretenen Rückgewähranspruch eingetreten sein. Die Erfüllung dieses Anspruchs kann der Beklagten durch die Übertragung der Grundschulden an einen Dritten und deren nachfolgende Löschung schuldhaft unmöglich geworden sein; dies kann einen Schaden der Klägerin von 300.000 € verursacht haben.

[20] 3. Schon weil das Berufungsgericht Feststellungen weder zu den auf die vorrangigen Grundschulden bezogenen Sicherungsvereinbarungen noch zu dem behaupteten Schaden getroffen hat, ist die Sache nicht entscheidungsreif; sie ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

[21] III. Für die neue Verhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

[22] Das Berufungsgericht wird zunächst feststellen müssen, ob der Eigentümer der Grundstücke als Zedent überhaupt Inhaber eines Rückgewähranspruchs gegen die Beklagte war. Hieran kann es fehlen, wenn die erstrangigen Grundschulden Forderungen der Beklagten gegen Dritte gesichert haben sollten. Denn nach der Rechtsprechung des BGH ist die Person des Sicherungsgebers nicht nach sachenrechtlichen Gesichtspunkten, sondern durch Auslegung der Sicherungsvereinbarung zu bestimmen. Dabei ist i.a.R. davon auszugehen, dass der Schuldner der zu sichernden Forderung Sicherungsgeber sein soll, und zwar auch dann, wenn die Grundschuld – ganz oder teilweise – auf einem Grundstück lastet, das einem Dritten gehört (näher Senat, Urt. v. 20.11.2009 – V ZR 68/09, NJW 2010, 935 Rn. 14 m.w.N.). Die Auslegung der Sicherungsvereinbarung kann allerdings auch ergeben, dass der Eigentümer in diese eingetreten ist; auch kann ihm der Dritte den Rückgewähranspruch abgetreten haben, was insbesondere bei einem Eigentumswechsel auch stillschweigend geschehen kann (vgl. BGH, Urt. v. 25.3.1986 – IX ZR 104/85, NJW 1986, 2108, 2110, insoweit in BGHZ 97, 280 ff. nicht abgdr.; *Schoppmeyer*, a.a.O., § 15 Rn. 262 f.; *Gaberdiehl/Gladenbeck*, a.a.O., Rn. 766; *F. Wenzel*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rn. 2280 ff., 2424). Sollte danach ein Dritter Inhaber des Rückgewähranspruchs gewesen sein, könnte eine von dem Eigentümer vorgenommene Zession ins Leere gegangen sein. Sekundäransprüche kämen folglich nicht in Betracht. Nachdem dieser Gesichtspunkt bisher in dem Verfahren keine Rolle gespielt hat, müssen die Parteien Gelegenheit haben, ihren Sachvortrag insoweit zu ergänzen.

Löschung eines Erbbaurechts bei Zeitablauf

GBO §§ 13, 22; ErbbauRG §§ 27, 28

Leitsatz (amtlich):

Die Löschung eines durch Zeitablauf erloschenen Erbbaurechts im Grundbuch kann auf Antrag des Grundstückseigentümers im Wege der Grundbuchberichtigung nur dann erfolgen, wenn gleichzeitig ebenfalls auf Antrag des Eigentümers die Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten für den Eigentumsverlust an dem Bauwerk in das Grundbuch eingetragen wird.

BGH, Beschl. v. 11. 4. 2013 – V ZB 109/12

[1] I. Die Beteiligte zu 1 ist Eigentümerin des in dem Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundstücks. In Abteilung II unter Nr. 5 des Grundbuchs ist ein Erbbaurecht für die Dauer von 30 Jahren für die Rechtsvorgängerin der Beteiligten zu 2 und unter Nr. 7 ein Vorkaufsrecht für den jeweiligen Erbbauberechtigten eingetragen. Die Eintragung des Erbbaurechts in dem Erbbaugrundbuch erfolgte am 6.3.1972.

[2] Am 30.11.2005 wurden die am 7.8.1996 vereinbarte Einräumung einer zweimaligen Option des Erbbauberechtigten auf Verlängerung des Erbbaurechts um jeweils 10 Jahre, auszuüben spätestens bis zum 31.12.2000 und 31.12.2010, sowie die Verlängerung des Erbbaurechts bis zum 6.3.2002 aufgrund der notariell beurkundeten Erklärung der Erbbauberechtigten v. 30.10.2000 über die Ausübung des ersten Optionsrechts eingetragen. Die Eintragung eines dagegen gerichteten Amtswiderspruchs erfolgte am 11.8.2010.

[3] Die Beteiligte zu 1 hat die Löschung des Erbbaurechts und des Vorkaufsrechts beantragt. Diesen Antrag hat das Grundbuchamt mit Zwischenf. v. 13.5.2011 beanstandet, weil die Grundbuchberichtigung nach dem Erlöschen des Erbbaurechts ohne die Eintragung der (noch) nicht bezifferten Entschädigungsforderung nicht erfolgen könne und deshalb die Eintragung dieser Forderung noch zu beantragen sei, anderenfalls der Verzicht auf diese Eintragung der ausdrücklichen Zustimmung der Erbbauberechtigten in der Form des § 29 GBO bedürfe. Die dagegen gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1 ihre Löschanträge weiter. Die Beteiligte zu 2 beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

[4] II. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts wird das Grundbuch mit Zeitablauf des Erbbaurechts in zweierlei Hinsicht unrichtig, weil einerseits das Erbbaurecht erloschen sei, andererseits die Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten (§ 27 Abs. 1 ErbbauRG) bestehe, welche an die Stelle des Rechts getreten sei. Deshalb könne im Regelfall die Löschung des Erbbaurechts aufgrund Unrichtigkeitsnachweises ohne Rücksicht auf Bestand und Höhe der Entschädigungsforderung nicht erfolgen, sondern nur mit Bewilligung des Erbbauberechtigten. Auch die Löschung des Erbbaurechts ohne Rücksicht auf die Entschädigungsforderung auf Antrag des Grundstückseigentümers nach dem Ablauf einer einjährigen Frist seit dem Erlöschen des Rechts komme nicht in Betracht. Fehle es an der Bewilligung des Berechtigten, könne die Grundbuchberichtigung auf Antrag des Eigentümers nur erfolgen, wenn die an die Stelle des erloschenen Erbbaurechts

getretene Entschädigungsforderung zeitgleich in das Grundbuch eingetragen werde. Etwas anderes gelte nur dann, wenn eine Entschädigungsforderung ausgeschlossen sei und dies in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden könne. Das sei hier jedoch nicht der Fall.

[5] III. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch i.Ü. zulässige (§ 78 Abs. 3 GBO, § 71 FamFG) Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Zu Recht hat das Beschwerdegericht die Auffassung des Grundbuchamts bestätigt, dass die beantragte Löschung nur aufgrund einer Bewilligung der Beteiligten zu 2 oder mit der gleichzeitigen Eintragung der Entschädigungsforderung in das Grundbuch erfolgen kann.

[6] 1. Mit dem Ablauf der Zeit, für die das Erbbaurecht bestellt wurde, erlischt es. Der Grundstückseigentümer hat dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten (§ 27 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG). Die Entschädigungsforderung haftet auf dem Grundstück anstelle des Erbbaurechts und mit dessen Rang (§ 28 ErbbauRG). Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Entschädigungsanspruch nach § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG ausgeschlossen wurde.

[7] 2. Ausgehend von dieser gesetzlichen Regelung nimmt das Beschwerdegericht zu Recht an, dass das Grundbuch wegen des Erlöschens des Erbbaurechts mit Ablauf des 6.3.2002 unrichtig geworden ist. Die fortbestehende Eintragung des Rechts stimmt nicht mehr mit der materiellen Rechtslage überein. Wie diese Unrichtigkeit zu beseitigen ist, ist mit Ausnahme des nach der unangegriffenen Feststellung des Beschwerdegerichts nicht gegebenen Falls, dass der Entschädigungsanspruch ausgeschlossen wurde (s. dazu OLG Celle, NJW-RR 1995, 1420, 1421; Lemke/Czub, Immobilienrecht, § 27 ErbbauRG Rn. 4) in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

[8] a) Allgemeiner Meinung entspricht es, dass ohne Rücksicht auf die Entschädigungsforderung das Erbbaurecht nicht im Wege der Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO, sondern auf Bewilligung des Berechtigten gelöscht werden kann (s. nur OLG Celle, a.a.O.; RGRK-BGB/Rüfle, 12. Aufl., § 27 ErbbauVO Rn. 1; MünchKomm-BGB/von Oefele, 5. Aufl., § 29 ErbbauRG Rn. 3; NK-BGB/Heller, 2. Aufl., § 27 ErbbauVO Rn. 3; Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 9. Aufl., § 27 Rn. 1; OLG Hamm, DNotZ 2007, 750, 753 für die Bewilligung der Realgläubiger an dem Erbbaurecht).

[9] b) Fehlt es an der Bewilligung, wird vertreten, dass das Erbbaurecht auf Berichtigungsantrag des Grundstückseigentümers (§§ 13, 22 GBO) ohne Rücksicht auf die Entschädigungsforderung nach Fristablauf im Grundbuch des belasteten Grundstücks gelöscht werden kann (Erman/Grziwotz, BGB, 13. Aufl., § 29 ErbbauRG Rn. 4 [anders jedoch § 28 ErbbauRG Rn. 1]; Planck/Strecker, BGB, 5. Aufl., § 28 ErbbauVO Anm. 1; Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 29 ErbbauVO Rn. 1). Begründet wird dies wenn überhaupt damit, dass das Erlöschen des Erbbaurechts und das Entstehen der Entschädigungsforderung nichts gemein hätten.

[10] c) Nach a.A. ist gem. §§ 23, 24 GBO diese Löschung erst nach dem Ablauf eines Jahres nach dem Erlöschen des Erbbaurechts möglich (OLG Celle, NJW-RR 1995, 1420, 1421; Dümig, in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl., § 24 Rn. 16; Meikel/Morvilus, GBO, 10. Aufl., Einl. C Rn. 277; Bauer/von Oefele/Kohler, GBO,

2. Aufl., §§ 23, 24 Rn. 41; Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 6. Aufl., Rn. 605 ff.; ders., Rpfleger 2004, 21, 23 f.). Zur Begründung wird z.T. angeführt, dass es sich bei der Entschädigungsforderung um einen Rückstand des Erbbaurechts handele; teilweise wird auf eine wegen der Surrogationswirkung (§ 28 ErbbauRG) vergleichbare Interessenlage wie bei echten Rückständen i.S.d. §§ 23, 24 GBO abgestellt.

[11] d) Schließlich wird auch von dem Beschwerdegericht vertreten, dass auf Antrag des Grundstückseigentümers die Löschung des Erbbaurechts durch Berichtigung des Grundbuchs (§§ 13, 22 GBO) dann erfolgen kann, wenn gleichzeitig ebenfalls auf Antrag des Eigentümers die Entschädigungsforderung in das Grundbuch eingetragen wird (Bamberger/Roth/Maaß, BGB, 3. Aufl., § 27 ErbbauRG Rn. 3 und § 28 ErbbauRG Rn. 13; Erman/Grziwotz, a.a.O., § 28 ErbbauRG Rn. 1; Staudinger/Rapp, BGB, 2009, § 27 ErbbauRG Rn. 2; Linde/Richter, Erbbaurecht und Erbbauzins, 3. Aufl., Rn. 249; von Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, Rn. 5.206 und Rn. 5.239; Maaß, NotBZ 2002, 389, 393; ders., DNotZ 2007, 753, 757 f.; OLG Hamm, a.a.O., für die Realgläubiger an dem Erbbaurecht). Nur so könne der Erbbauberechtigte vor einem gutgläubigen lastenfreien Erwerb des Grundstücks geschützt werden.

[12] 3. Die letztgenannte Ansicht ist richtig.

[13] a) Dass die Löschung des Erbbaurechts ohne Rücksicht auf die Entschädigungsforderung möglich ist, wenn der Erbbauberechtigte sie bewilligt (und, bei belasteten Erbbaurechten, die Gläubiger zustimmen [§ 876 BGB]), bedarf keiner weiteren Begründung. Nach dem das Grundbuchrecht beherrschenden formellen Konsensprinzip erfolgt eine Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird (§ 19 GBO; zu – hier nicht gegebenen – Ausnahmen s. § 20 GBO). Die Betroffenheit des Erbbauberechtigten ergibt sich daraus, dass die Löschung des Erbbaurechts ihn rechtlich beeinträchtigt, weil die Entschädigungsforderung ranggleich an die Stelle des Erbbaurechts tritt (§ 28 ErbbauRG) und deshalb der Berechtigte eine Berichtigungsbewilligung (§ 894 BGB) nur Zug-um-Zug gegen Befriedigung oder Sicherung des Anspruchs auf Entschädigung abgeben muss (RGRK-BGB/Rüfle, a.a.O., § 28 ErbbauVO Rn. 1).

[14] b) Die Löschung des Erbbaurechts im Wege der Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO) auf Antrag des Grundstückseigentümers (§ 13 GBO) ohne Rücksicht auf das Bestehen der Entschädigungsforderung ist nicht möglich. Zwar ist das Grundbuch allein durch Fristablauf unrichtig geworden. Auch kann die Unrichtigkeit durch die Vorlage des Erbbaurechtsvertrags nachgewiesen werden. Aber das Erbbaurecht und die Entschädigungsforderung sind nicht zwei voneinander unabhängige Rechte, sondern hängen voneinander ab. Die Entschädigungsforderung entsteht bereits mit der Entstehung des Erbbaurechts als bedingtes Recht. Ihre Fälligkeit ist bis zum Erlöschen des Erbbaurechts aufgeschoben. An die Stelle des erloschenen Rechts tritt ranggleich die Entschädigungsforderung, für die nicht nur der Grundstückseigentümer persönlich haftet, sondern auch das Grundstück (§ 28 ErbbauRG). Surrogation und Verdinglichung der Forderung führen zusammen dazu, dass mit der Löschung des durch Zeitablauf erloschenen Erbbaurechts zwar das Grundbuch insoweit richtig wird, aber im Hinblick auf die Entschädigungsforderung eine neue Grundbuchunrichtigkeit entsteht. Denn die Forderung ruht,

ebenso wie bisher das Erbbaurecht, als Belastung auf dem Grundstück.

[15] c) Die Löschung des Erbbaurechts auf Berichtigungsantrag des Grundstückseigentümers nach dem Ablauf eines Jahres nach dem Erlöschen des Rechts gem. §§ 23, 24 GBO ist zunächst aus den vorstehend unter b) genannten Gründen ebenfalls nicht möglich. Hinzu kommt, dass es sich bei der Entschädigungsforderung nicht um Rückstände im Sinne dieser Vorschriften handelt, weil sie erst mit dem Erlöschen des Erbbaurechts fällig wird.

[16] d) Fehlt es – wie hier – an der Bewilligung des Erbbauberechtigten, kann das Grundbuch nur dann gem. §§ 13, 22 GBO berichtigt werden, wenn zugleich mit der Löschung des Erbbaurechts die Entschädigungsforderung eingetragen wird.

[17] aa) Die Entschädigungsforderung ist als ein dingliches Sicherungsmittel eigener Art (RGRK-BGB/Räfle, a.a.O., § 28 ErbbauVO Rn. 1; Erman/Grziwotz, a.a.O., § 28 ErbbauRG Rn. 1; Lemke/Czub, a.a.O., § 28 ErbbauRG Rn. 2; a.A. Soergel/Stürner, a.a.O., § 28 ErbbauRGVO Rn. 1 – Sicherungshypothek kraft Gesetzes; OLG Hamm, DNotZ 2007, 750, 752; MünchKomm-BGB/von Oefele, a.a.O., § 28 ErbbauRG Rn. 1; Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl., § 28 ErbbauRG Rn. 1; Staudinger/Rapp, a.a.O., § 28 ErbbauRG Rn. 1; Ingenstau/Hustedt, a.a.O., § 28 Rn. 5 reallastähnliches Recht) eintragungsfähig (a.A. Planck/Strecker, a.a.O., § 28 ErbbauVO Anm. 1).

[18] Für die Eintragung sind die Vorschriften über Reallasten (§§ 873 ff. BGB, §§ 857 Abs. 6, 830 ZPO) entsprechend anwendbar (RGRK-BGB/Räfle, a.a.O., § 28 Rn. 2). Wie bei dem Erbbaurecht erfolgt die Eintragung in Abteilung II des Grundbuchs. Steht die Höhe der Entschädigungsforderung noch nicht fest, kann sie ohne Nennung eines bestimmten Geldbetrags eingetragen werden (OLG Hamm, DNotZ 2007, 750, 753; Bamberger/Roth/Maaß, a.a.O., § 28 ErbbauRG Rn. 1; NK-BGB/Heller, 4. Aufl., § 28 ErbbauVO Rn. 1; Meikel/Böttcher, a.a.O.; Maas, DNotZ 2007, 753, 757; a.A. RGRK-BGB/Räfle, a.a.O., § 28 Rn. 2; von Oefele/Winkler, a.a.O., Rn. 5.240). Denn wie für die Eintragung einer Reallast (dazu Senat, Beschl. v. 13.7.1995 – V ZB 43/94, BGHZ 130, 342, 345) genügt es auch hier, dass die Höhe der Forderung bestimmbar ist; der Umfang der Belastung des Grundstücks muss aus der Eintragung selbst oder in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung ersichtlich sein. Ausreichend – aber auch erforderlich – ist deshalb die Bezeichnung als „Entschädigungsforderung“ oder, falls bei der Bestellung des Erbbaurechts Vereinbarungen über die Höhe und die Art der Zahlung getroffen wurden (§ 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG), die Bezugnahme auf den Erbbaurechtsvertrag (Bamberger/Roth/Maaß, a.a.O., § 28 ErbbauRG Rn. 1).

[19] bb) Ohne die Eintragung der Entschädigungsforderung in das Grundbuch ist zudem die Haftung des Grundstücks nicht in gleichem Ausmaß wie vorher mit der Eintragung des Erbbaurechts gesichert (Staudinger/Rapp, a.a.O., § 28 ErbbauRG Rn. 1). Das hat zur Folge, dass der ehemalige Erbbauberechtigte der Gefahr eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs des Grundstücks ausgesetzt wird. Zum anderen kommt im Erbbaurechtsgesetz an anderer Stelle der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, erloschene Erbbaurechte zwar im Grundbuch zu löschen, aber gleichzeitig ein fortbestehendes

Recht des ehemaligen Erbbauberechtigten durch Eintragung in das Grundbuch zu sichern. Ist nämlich dem Erbbauberechtigten als vertragsmäßiger Inhalt ein Vorrecht auf Erneuerung des Erbbaurechts eingeräumt (§ 2 Nr. 6 ErbbauRG), erlischt das Vorrecht bei fehlender abweichender Vereinbarung 3 Jahre nach Ablauf der Zeit, für die das Erbbaurecht bestellt war (§ 31 Abs. 2 ErbbauRG). Wird das Erbbaurecht vor dem Ablauf dieser Frist gelöscht, ist zur Erhaltung des Vorrechts eine Vormerkung mit dem bisherigen Rang des Erbbaurechts von Amts wegen in das Grundbuch einzutragen (§ 31 Abs. 4 Satz 3 ErbbauRG). Dieser Regelung ist zu entnehmen, dass in diesen Fällen das Grundbuch – wie sonst auch – die tatsächliche materielle Rechtslage wiedergeben und nicht mit Rücksicht auf die Rechte des Berechtigten ein erloschenes Erbbaurecht so lange ausweisen soll, bis die Rechte ihrerseits erloschen sind (vgl. Maaß, DNotZ 2007, 753, 758).

[20] IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 84 FamFG. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 131 Abs. 4 KostO i.V.m. § 30 Abs. 2 Satz 1 KostO.

Rechtsposition eines Zwischenrechts bei späteren Rangänderungen

BGB §§ 268 Abs. 3 Satz 1, 880 Abs. 5, 1150

Leitsatz (amtlich):

Bei der Ablösung von Rechten braucht sich der Inhaber eines Zwischenrechts die Rangänderungen, die erst nach der Eintragung seines Rechts in das Grundbuch wirksam geworden sind, nicht entgegenhalten lassen. Er kann unabhängig davon, aus welchem der nach der Rangänderung vorrangig gewordenen Rechte die Vollstreckung in das Grundstück betrieben wird, das vorrangige Recht insgesamt ablösen. Dabei geht das abgelöste Recht gemäß § 1150, § 268 Abs. 3 Satz 1 BGB mit dem Inhalt und dem Rang auf den Ablösenden über, den dieses Recht im Zeitpunkt der Eintragung des Zwischenrechts hatte.

BGH, Beschl. v. 28. 2. 2013 – V ZB 18/12

[1] I. Die Beteiligten zu 1 – 3 (Schuldner) sind Miteigentümer des im Beschlusseingang bezeichneten Grundstücks. Die Beteiligte zu 7 (Gläubigerin) ist Inhaberin der Grundsulden Abteilung III Nr. 7a und b, 8 und 10.

[2] Sie betrieb seit Oktober 2002 die Zwangsversteigerung des Grundstücks zunächst allein aus der Buchgrundsulden Abteilung III Nr. 7a, später auch aus den Grundsulden Abteilung III Nr. 8 und 10. In dem Versteigerungstermin am 10.1.2005 löste die Beteiligte zu 4, eine von dem Sohn des Beteiligten zu 1 geführte GmbH, die bestrangige Grundsulden Abteilung III Nr. 7a nach § 75 ZVG ab.

[3] Im Juni und im September 2005 wurden Rangänderungen in das Grundbuch eingetragen, wobei die Beteiligte zu 4 als Inhaberin des in eine Briefgrundsulden umgewandelten Grundpfandrechts Abteilung III Nr. 7a den Rechten Abteilung III Nr. 14, 15 und 27 den Gleichrang und dem Recht Abteilung III Nr. 15 den Vorrang wegen eines erstrangigen Teilbetrags i.H.v. 200.000 € einräumte. Diese Grundsulden waren für den Beteiligten zu 1 eingetragen bzw. von ihm erworben worden.

[4] In dem Versteigerungstermin am 14.1.2008 betrieb die Beteiligte zu 4 die Zwangsversteigerung aus dem abgelösten Grundpfandrecht Abteilung III Nr. 7a sowie aus den ihr abgetretenen Rechten Abteilung III Nr. 14 und Nr. 27. Die Beteiligte zu 7 war dem Verfahren wegen ihrer Ansprüche aus den Grundschulden Abteilung III Nr. 8 und 10 beigetreten. Sie hatte vor dem Termin dem Vollstreckungsgericht die beabsichtigte (Rück-)Ablösung des Rechts Abteilung III Nr. 7a angezeigt und insgesamt 814.000 € bei der Gerichtskasse eingezahlt. Die in diesem Termin betriebenen Verfahren wurden aufgrund der Ablösung (§ 75 ZVG) und i.Ü. aufgrund von Gläubigerbewilligungen (§ 30 ZVG) eingestellt.

[5] Das Vollstreckungsgericht teilte der Beteiligten zu 4 nach dem Termin mit, dass ihr aus der Ablösung ein Gesamtbetrag von 804.888,51 € zustehe. Für sie legitimierte sich ein Rechtsanwalt, an den die Gerichtskasse den Ablösungsbetrag gegen Übergabe des Grundschuldbriefs, auf dem die Rangänderungen eingetragen waren, aushändigte.

[6] Die Briefgrundschulden Abteilung III Nr. 15a und Nr. 27 trat die Beteiligte zu 4 an die Beteiligten zu 5 und 6 zu je 50/100 bzw. an die Beteiligte zu 6 allein ab. Auf deren Antrag ließ das Vollstreckungsgericht mit Beschl. v. 5.2.2009 die Beitritte der Beteiligten zu 6 wegen des dinglichen Anspruchs aus der Grundschuld Abteilung III Nr. 27 und der Beteiligten zu 5 und zu 6 aus der Grundschuld Abteilung III Nr. 15a i.H.v. 200.000 € zzgl. Zinsen zu dem Versteigerungsverfahren zu.

[7] Das von der Beteiligten zu 7 betriebene Verfahren hob das Vollstreckungsgericht später wegen nicht rechtzeitig beantragter Fortsetzung auf und bestimmte in den nunmehr allein von den Beteiligten zu 5 und zu 6 betriebenen Verfahren einen neuen Versteigerungstermin. Auf Antrag der Beteiligten zu 7 ließ das Vollstreckungsgericht deren Beitritt zum Verfahren wegen der Ansprüche aus den nachrangigen Grundschulden Abteilung III Nr. 8 und 10 zu.

[8] Die Beteiligten zu 1 – 3 übermittelten dem Vollstreckungsgericht 5 Tage vor dem Versteigerungstermin eine Abschrift ihrer vor dem Prozessgericht gegen die Beteiligten zu 5 und zu 6 erhobenen Vollstreckungsgegenklage, mit der sie zugleich den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 769 ZPO beantragt hatten. In der Begründung der Vollstreckungsgegenklage schilderten sie unter Vorlage der Korrespondenz ihre Zusammenarbeit mit dem Geschäftsführer der Beteiligten zu 5 mit dem Ziel, u.a. durch rangändernde Vereinbarungen für eine Vielzahl von Rechten eine Zwangsversteigerung der Beteiligten zu 7 aus den nachrangigen Grundschulden zu vereiteln und dadurch letztlich das Grundstück nur unter Einsatz der für die Ablösung der erstrangigen Grundschuld aufgewendeten Mittel zu erwerben. Als Grund für ihre Vollstreckungsgegenklage gaben sie an, dass die Beteiligten zu 5 und zu 6 die ihnen nur treuhänderisch übertragenen vorrangigen Rechte nunmehr für eigene Rechnung verwerten wollten.

[9] In dem Versteigerungstermin am 11.4.2011 legten die Beteiligten zu 1 – 3 eine Ausfertigung einer Anordnung des Prozessgerichts vor, in dem dieses die einstweilige Einstellung der von den Beteiligten zu 5 und zu 6 betriebenen Verfahren angeordnet hatte. Der Rechtspfleger stellte in diesem Termin das geringste Gebot allein nach den Kosten des Verfahrens, den öffentlichen Lasten und den Rechten der Beteiligten zu 7 in Abteilung III Nr. 7a und Nr. 7b mit einem Gesamtkapi-

talbetrag von 536.856,47 € fest. Bei der anschließenden Versteigerung blieb die Beteiligte zu 4 mit einem baren Gebot von 750.500 € Meistbietende. Mit einem am Tag nach dem Versteigerungstermin erlassenen Beschluss stellte das Vollstreckungsgericht die von den Beteiligten zu 5 – 6 betriebenen Verfahren bis zu einer Entscheidung über die Vollstreckungsgegenklage einstweilen ein.

[10] Mit Beschl. v. 18.4.2011 hat es der Beteiligten zu 4 auf ihr Meistgebot den Zuschlag erteilt. Dagegen haben die Beteiligten zu 1 – 6 sowie der Beteiligte zu 8 Beschwerde erhoben, der das LG durch Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses und Versagung des Zuschlags an die Beteiligte zu 4 stattgegeben hat. Mit der von dem LG zugelassen Rechtsbeschwerde will die Beteiligte zu 7 die Aufhebung der Entscheidung des Beschwerdegerichts und die Zurückweisung der Zuschlagsbeschwerden erreichen.

[11] II. Das Beschwerdegericht nimmt an, dass – entgegen der Rüge des Beteiligten zu 1 – ihm der Beschluss über den Beitritt der Beteiligten zu 7 am 2.2.2011 wirksam über seinen Rechtsanwalt zugestellt worden sei. Da der Beitrittsbeschluss und die Terminbestimmung ihm und allen anderen Beteiligten rechtzeitig und wirksam zugestellt worden seien, liege kein Zuschlagsversagungsgrund nach § 83 Nr. 1 ZVG i.V.m. § 43 Abs. 2 ZVG oder nach § 83 Nr. 7 ZVG i.V.m. § 43 Abs. 1 ZVG vor.

[12] Ein Zuschlagsversagungsgrund folge allerdings aus der unrichtigen Feststellung des geringsten Gebots (§§ 83 Nr. 1, 44, 45 ZVG). Alle Rangänderungsvereinbarungen seien der Beteiligten zu 7 gegenüber wirksam geworden, weil deren Verfahren aufgehoben gewesen sei und die erneute Beschlagnahme durch den Beitrittsbeschl. v. 27.1.2011 nicht zurückgewirkt habe. Die Beteiligte zu 7 müsse daher das Grundbuch mit dem Inhalt gegen sich gelten lassen, wie er sich in dem Zeitpunkt ihres erneuten Beitritts dargestellt habe.

[13] Dabei werde nicht verkannt, dass die von den Beteiligten zu 1 – 6 zwischen 2005 – 2008 vorgenommenen Rechtshandlungen zum Zweck der Vereitelung der Zwangsversteigerung vorgenommen worden seien. Das insgesamt zu missbilligende Vorgehen könne aber nicht zu der von dem Vollstreckungsgericht angenommenen Rechtsfolge führen; denn dieses müsse bei der Feststellung des geringsten Gebots von dem Grundbuchstand ausgehen, solange nicht das Erlöschen der Rechte durch ein rechtskräftiges Urteil oder einen urkundlichen Nachweis zweifelsfrei feststehe. Die Beteiligte zu 7 müsse, wenn sie die nach dem Grundbuch ihren Grundschulden vorgehenden Rechte nicht gegen sich gelten lassen wolle, ihre Ansprüche wegen einer Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Vereinbarungen zwischen den anderen Beteiligten vor dem Prozessgericht verfolgen.

[14] III. Die aufgrund Zulassung (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO) statthafte und i.Ü. zulässige (§ 575 ZPO) Rechtsbeschwerde ist begründet. Das Beschwerdegericht hat zu Unrecht den Zuschlagsbeschluss des Vollstreckungsgerichts nach §§ 95, 100 Abs. 1 ZVG aufgehoben.

[15] 1. Der Zuschlag ist nicht nach § 83 Abs. 1 ZVG wegen Verletzung der Vorschriften über die Feststellung des geringsten Gebots zu versagen.

[16] a) Das Vollstreckungsgericht musste bei seiner Entscheidung über den Zuschlag allerdings davon ausgehen, dass der Inhaber der Grundschuld Abteilung III Nr. 7a den in Abteilung III Nr. 14, 15 und Nr. 27 gebuchten Grundschulden den Gleichrang und der in Abteilung III Nr. 15a eingetragenen Grundschuld in Höhe eines erstrangigen Teilbetrags von 200.000 € den Vorrang eingeräumt hatte.

[17] aa) Diese Rangänderung (§ 880 BGB) war zwar nur aufgrund einer Anmeldung durch die Beteiligten zu 5 und zu 6 berücksichtigen, weil die Rangänderung zzt. der Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks (§ 19 Abs. 1, 2 ZVG) aus dem Grundbuch noch nicht ersichtlich war (RGZ 122, 61, 63; *Böttcher*, ZVG, 5. Aufl., §§ 37, 38 Rn. 12 und §§ 44, 45 Rn. 15; *Jaeckel/Güthe*, ZVG, 7. Aufl., § 45 Anm. 1a; *Stöber*, ZVG, 20. Aufl., § 37 Rn. 5.6 – allgemeine Meinung). Das Anmeldeerfordernis gilt auch dann, wenn das Verfahren nur auf Antrag eines Gläubigers fortgesetzt wird, dessen Beitritt erst nach der Eintragung des Rechts (hier der Rangänderung) in das Grundbuch erfolgt (*Jaeckel/Güthe*, a.a.O., § 45 Anm. 1a). So verhält es sich hier, da der Zwangsversteigerungsvermerk bereits im Jahr 2002, die Rangänderungen jedoch erst im Jahr 2005 in das Grundbuch eingetragen worden sind.

[18] Die Beteiligten zu 5 und zu 6 haben aber ihre Rechte entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerdeführerin gem. § 37 Nr. 4 ZVG angemeldet. Eine solche Anmeldung erfolgte mit deren Anträgen zum Beitritt zum Verfahren. Versteigerungsanträge nach § 15 ZVG oder § 27 ZVG enthalten stets auch eine Anmeldung nach § 37 Nr. 4 ZVG, da nach § 114 Abs. 1 Satz 2 ZVG die sich aus einem Versteigerungsantrag ergebenden Ansprüche als angemeldet gelten. Diese Vorschrift ist nicht nur auf die Aufstellung des Teilungsplans, sondern entsprechend auch bei der Feststellung des geringsten Gebots anzuwenden (*Stöber*, a.a.O., § 45 Rn. 2.5).

[19] bb) Die Vereinbarungen über die Rangänderungen sind nicht nach § 23 ZVG, §§ 136, 135 Abs. 1 Satz 1 BGB gegenüber der Beteiligten zu 7 unwirksam.

[20] (1) Die mit der Anordnung der Zwangsversteigerung verbundene Beschlagnahme des Grundstücks führte zu einem Veräußerungsverbot zugunsten des betreibenden Gläubigers mit der Folge, dass die gegen das Verbot verstoßenden Verfügungen des Eigentümers des beschlagnahmten Grundstücks ihm gegenüber unwirksam sind (BGH, Urt. v. 31.5.1988 – IX ZR 103/87, NJW-RR 1988, 1274, 1275 und v. 20.2.1997 – III ZR 208/95, NJW 1997, 1581, 1582). Ob die für den Rangrücktritt eines Grundpfandrechts nach § 880 Abs. 2 Satz 2 BGB erforderliche Zustimmung des Eigentümers eine dem in § 23 Abs. 1 ZVG bestimmten Verbot unterliegende Verfügung ist, erscheint schon deshalb zweifelhaft, weil eine Rangänderung nach § 880 BGB durch Einigung zwischen den Inhabern des zurücktretenden und des vortretenden Rechts und der Eintragung in das Grundbuch (§ 880 Abs. 1 Satz 1 BGB) herbeigeführt wird und die von der Rangänderung betroffenen Rechte an dem Grundstück nicht Gegenstand der Beschlagnahme des Grundstücks (§§ 20 ff. ZVG) sind.

[21] (2) Diese Frage bedarf hier jedoch keiner Entscheidung, weil die im Jahr 2005 vereinbarten und eingetragenen Rangänderungen auch dann nach § 10 Abs. 1 Nr. 6 ZVG nicht gegenüber der Beteiligten zu 7 unwirksam wären, wenn die Eigentümerzustimmung dem Verfügungsverbot nach § 23

Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. § 135 Abs. 1 Satz 1 BGB unterlägen hätte. Das ergibt sich aus den zutreffenden Ausführungen des Beschwerdegerichts. Die Beschlagnahme fällt mit einer Verfahrensaufhebung nach § 31 Abs. 1 Satz 2 ZVG weg; die gegen das Verbot verstoßenden Verfügungen werden wirksam (vgl. BGH, Urt. v. 20.2.1997 – III ZR 208/95, NJW 1997, 1581, 1582). Eine erneute Beschlagnahme aus einem nachfolgenden Anordnungs- oder Beitrittsbeschluss wirkt auch dann nicht auf den Beginn des Zwangsversteigerungsverfahrens zurück, wenn der dem Verfahren wieder beitretende Gläubiger auch den Anordnungsbeschluss erwirkt hatte (vgl. BGH, Urt. v. 31.5.1988 – IX ZR 103/87, NJW-RR 1988, 1274, 1275; *Böttcher*, a.a.O., § 27 Rn. 14; *Stöber*, ZVG-Handbuch, 9. Aufl., Rn. 132).

[22] b) Das Vollstreckungsgericht musste die Beteiligten zu 5 und 6 gleichwohl nicht als die bestrangig die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger ansehen. Es durfte vielmehr deren Beitritt als nicht wirksam behandeln.

[23] aa) Die Ausübung von Rechten im Zwangsversteigerungsverfahren ist unwirksam, wenn sie gegen die guten Sitten verstößt oder sich als rechtsmissbräuchlich darstellt. Die Verfahrenshandlungen eines Beteiligten sind dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit auch dann nicht entzogen, wenn der Beteiligte sich für deren Ausübung formal auf das Zwangsversteigerungsgesetz berufen kann, da auch dieses Gesetz nur einen mit den guten Sitten zu vereinbarenden Gebrauch seiner Rechte erlaubt (BGH, Urt. v. 24.10.1978 – VI ZR 67/77, NJW 1979, 162, 163). Mit dem auch im Verfahrensrecht geltenden Gebot von Treu und Glauben unvereinbar ist die Ausübung von Befugnissen in der Zwangsversteigerung, die nicht den gesetzlich vorgesehenen, sondern verfahrensfremden und rechtlich zu missbilligenden Zwecken dient (vgl. Senat, Beschl. v. 10.5.2007 – V ZB 83/06, BGHZ 172, 218, 222 f. und v. 10.6.2010 – V ZB 192/09, ZNotP 2010, 392 = NJW-RR 2010, 1314 Rn. 12).

[24] bb) Das Betreiben der Zwangsversteigerung durch die Beteiligten zu 5 und zu 6 stellte sich nach dem in dem Verfahren vorgelegten Anlagen zur Begründung der Vollstreckungsgegenklage der Beteiligten zu 1 – 3 als eine sittenwidrige Schädigung der Beteiligten zu 7 (§ 826 BGB) und mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unvereinbare, missbräuchliche Rechtsverfolgung dar. Davon ist nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts, die auf dem Vollstreckungsgericht vorgelegten Schriftwechsel zwischen der Beteiligten zu 2 und dem Geschäftsführer der Beteiligten zu 5 beruhen, auszugehen.

[25] Aus der Korrespondenz ergibt sich ein mit den guten Sitten unvereinbares kollusives planmäßiges Zusammenwirken der Schuldner mit einem eingeweihten Dritten mit dem Ziel, das der Vollstreckung unterliegende Vermögen dem Zugriff des Gläubigers zu entziehen (vgl. BGH, Urt. v. 16.2.1972 – VIII ZR 189/70, NJW 1972, 719, 721; v. 13.7.1995 – IX ZR 81/94, BGHZ 130, 314, 331 m.w.N.). Davon unabhängig läge ein weiterer Rechtsmissbrauch dann vor, wenn – wie von den Beteiligten zu 1 – 3 behauptet – die Beteiligten zu 5 und zu 6 die ihnen nur treuhänderisch übertragenen Grundschulden nunmehr für eigene Rechnung verwerten wollen (vgl. zur Rechtsprechung der ZS: BGH, Urt. v. 6.12.1983 – VI ZR 117/82, NJW 1984, 800 und v. 3.12.1998 – III ZR 288/96, WM 1999, 23, 26; der Strafsenate: BGH, Urt. v. 17.11.1955 –

3 StR 234/55, BGHSt 8, 254, 257; v. 19.1.1965 – 1 StR 497/64, BGHSt 20, 143, 145 und v. 29.10.1998 – 5 StR 746/97, NStZ-RR 1999, 184, 186).

[26] cc) Dieser rechtliche Gesichtspunkt führt jedoch nicht zum Erfolg der Rechtsbeschwerde.

[27] Zwar durfte das Vollstreckungsgericht danach den Beitritt der Beteiligten zu 5 und zu 6 als unwirksam behandeln, weil es nicht einen auf einem unlauteren Verhalten der Beteiligten (hier des Schuldners und eines betreibenden Gläubigers) beruhenden Zuschlagsbeschluss herbeiführen darf (BGH, Urt. v. 26.10.1978 – III ZR 26/77, NJW 1979, 164, 165; vgl. auch *Schiffhauer*, Rpfleger 1978, 397, 400; *Storz*, Rpfleger 1990, 177, 179). Aber das hätte nur dazu geführt, dass die Beteiligten zu 5 und zu 6 aus dem Kreis der betreibenden Gläubiger ausgeschieden und deren Rechte in das geringste Gebot aufzunehmen gewesen wären (vgl. RGZ 89, 427, 429). Bei dessen Feststellung hat das Vollstreckungsgericht vom Stand des Grundbuchs auszugehen (Senat, Beschl. v. 10.5.2012 – V ZB 156/11, NJW 2012, 2654, 2655 Rn. 13 – zur Veröffentlichung in BGHZ 193, 183 vorgesehen). Ein eingetragenes Recht muss das Vollstreckungsgericht mit dem aus dem Grundbuch ersichtlichen Inhalt als bestehend behandeln (RGZ 57, 209, 211; OLG Hamm, OLGZ 1967, 57, 59). Das gilt zwar nicht ausnahmslos, da der Vollstreckungsrichter auch ein eingetragenes Recht als nicht bestehend zu behandeln hat, wenn die Voraussetzungen für die Löschung seiner Eintragung liquid – d.h. beweissicher – vorliegen (vgl. Senat, Beschl. v. 10.5.2012 – V ZB 156/11, a.a.O., Rn. 15 m.w.N.). Daran fehlt es hier. Die zwischen den Schuldnern und dem Geschäftsführer der Beteiligten zu 5 getroffenen Absprachen wurden dem Vollstreckungsgericht mit der Darlegung des Schriftwechsels zwar bekannt und waren damit von dem Rechtspfleger in dem Verfahren zu berücksichtigen. Die vorgelegten Schriftstücke (Ablichtungen von Privaturkunden) sind aber kein liquider Beweis für die Unrichtigkeit des Grundbuchs, weil mit ihnen weder die zur Löschung der Eintragungen im Grundbuch erforderlichen öffentlichen Urkunden dem Vollstreckungsgericht vorgelegt worden sind (RGZ 57, 209, 211) noch die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte über die Einräumung des Vorrangs der Grundschulden und über deren Abtretung an die Beklagten zu 5 und zu 6 durch ein Urteil des Prozessgerichts nachgewiesen ist.

[28] Zur Entscheidung der Tatfrage, ob es solche Absprachen gegeben hat, und der Rechtsfrage, ob die Vorrangseinräumungen und die Abtretungen deswegen nichtig oder jedenfalls von der Beteiligten zu 7 anfechtbar sind, ist – wie vom Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt – nicht das Vollstreckungsgericht, sondern das Prozessgericht berufen. Dem den Vorrang bestreitenden Gläubiger bleibt nur die Möglichkeit, seinen Anspruch auf Ausschluss des von ihm bestrittenen Rechts von der Feststellung des geringsten Gebots im Prozesswege durchzusetzen (*Jaeckel/Güthe*, a.a.O., § 44 Rn. 6).

[29] c) Die Rechtsbeschwerde erweist sich jedoch aus einem anderen, von ihren Ausführungen über die sittenwidrigen Absprachen unabhängigen Rechtsgrund als begründet. Das geringste Gebot ist nämlich richtig festgestellt. Die Beteiligte zu 7 ist aufgrund der im Januar/Februar 2008 erfolgten Rückablösung Inhaberin der Grundschulden Abteilung III Nr. 7a und 7b. Die in Abteilung III Nr. 15a und Nr. 27 gebuchten Grundpfandrechte sind – soweit sie nach der Ablösung noch

bestehen – entgegen den Eintragungen im Grundbuch gegenüber den Grundschulden Abteilung III Nr. 8 und Nr. 10, aus denen die Beteiligte zu 7 die Vollstreckung betreibt, nachrangig. Gleiches gilt für die in Abteilung II Nr. 18 eingetragene Reallast des Beteiligten zu 8.

[30] aa) Zwar wären diese Rechte nach der Vorschrift in § 45 Abs. 1 ZVG – wie vorstehend ausgeführt – mit dem eingetragenen Rang in das geringste Gebot aufzunehmen. Hier greift aber die Ausnahme ein, dass ein eingetragenes, (noch) nicht gelöschtes Recht in dem Versteigerungstermin als nicht mehr bestehend zu behandeln ist, wenn die Voraussetzungen für seine Löschung liquid – d.h. beweissicher – vorliegen (Senat, Beschl. v. 10.5.2012 – V ZB 156/11, NJW 2012, 2654, 2655 Rn. 15 zur Veröffentlichung in BGHZ 193, 183 vorgesehen).

[31] bb) Die von dem Vollstreckungsgericht zu berücksichtigende Unrichtigkeit des eingetragenen Vorrangs der Rechte Abteilung III Nr. 15a und Nr. 27 ergibt sich aus der Ablösung des Rechts Abteilung III Nr. 7a durch die Beteiligte zu 7. Aus den Akten über das Zwangsversteigerungsverfahren geht hervor, dass die Beteiligte zu 7 vor dem Termin v. 14.1.2008 an die Gerichtskasse 814.000 € gezahlt hat, um das Recht in Abteilung III Nr. 7a, aus dem damals die Beteiligte zu 4 die Zwangsversteigerung betrieb, als nachrangige Grundschuldgläubigerin nach §§ 1192, 1150, 268 BGB abzulösen (zu dem Ablösungsrecht des nachrangigen Gläubigers: BGH, Urt. v. 12.12.1985 – IX ZR 15/85, NJW 1986, 1487, 1488 und v. 11.5.2005 – IV ZR 279/04, *ZNotP* 2005, 388 = NJW 2005, 2398). Auf die Verfügung des Vollstreckungsgerichts sind 804.000 € auf diese Grundschuld zu deren Ablösung an die Beteiligte zu 4 ausgezahlt worden.

[32] cc) Dadurch ist das vorrangige Grundpfandrecht Abteilung III Nr. 7a nach § 268 Abs. 3 Satz 1 BGB auf die Beteiligte zu 7 mit dem Inhalt und Rang übergegangen, den es vor den im Jahr 2005 erfolgten Rangänderungen hatte. Diese Rangänderungen bedürfen zwar nicht der Zustimmung der Inhaber der Rechte, die den Rang zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Recht haben (Zwischenrechte); deren Rechte werden aber nach § 880 Abs. 5 BGB von den Rangänderungen nicht berührt. Das gilt auch in Bezug auf die Ausübung von Ablösungsrechten.

[33] Bei der Ablösung von Rechten in einem Zwangsversteigerungsverfahren braucht sich der Inhaber eines Zwischenrechts die Rangänderungen, die erst nach der Eintragung seines Rechts in das Grundbuch wirksam geworden sind, nicht entgegenhalten zu lassen. Die Ausübung seines Ablösungsrechts darf durch solche Rangänderungen nicht behindert werden (RG, JW 1913, 1147, 1148, *Planck/Brodmann*, BGB, 5. Aufl., § 880 Anm. 4 b). Der Inhaber des Zwischenrechts kann deswegen unabhängig davon, aus welchem der nach der Rangänderung vorrangig gewordenen Rechte das Verfahren betrieben wird, das vorrangige Recht insgesamt ablösen.

[34] Das abgelöste Recht geht dabei gem. §§ 1150, 268 Abs. 3 Satz 1 BGB mit dem Inhalt und dem Rang auf den Ablösenden über, den dieses Recht vor der Eintragung des Zwischenrechts hatte. Der Inhaber des Zwischenrechts erlangt nach § 880 Abs. 5 BGB mit der Eintragung seines Rechts die Befugnis, das vorrangige Recht im Wege der Ablösung in dem bisherigen Rechtszustand zu erwerben, die ihm durch rang-

ändernde Vereinbarungen nicht mehr entzogen werden kann (RGRK-BGB/Augustin, 12. Aufl., § 880 Rn. 45).

[35] dd) Danach ist das geringste Gebot von dem Versteigerungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt worden. Die Beteiligte zu 7 hat die Grundschuld in Abteilung III Nr. 7a durch die Ablösung im Januar 2008 mit dem Inhalt und Rang erworben, den dieses Recht bei der Eintragung der nachrangigen Grundschulden Abteilung III Nr. 8 und 10 in den Jahren 1987 und 1991 hatte. Die im Jahr 2005 und danach erfolgten Rangänderungen waren für den mit der Ablösung erfolgenden Übergang des Grundpfandrechts Abteilung III Nr. 7a nach § 268 Abs. 3 Satz 1 BGB auf die Beteiligte zu 7 bedeutungslos. Die Rangänderungen sind allein bei der Verteilung der Ablösungssumme unter den Inhabern der von der Rangänderung betroffenen Rechte sowie durch berichtigende Buchungen der zurückgetretenen Rechte anstelle der durch die die Zahlung abgelösten Rechte zu berücksichtigen.

[36] 2. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Es liegen keine nach § 100 Abs. 3 ZVG von Amts wegen zu berücksichtigenden Zuschlagsversagungsgründe gem. § 83 Nr. 6 und 7 ZVG vor.

[37] a) Das Beschwerdegericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Beschluss des AG über den Verfahrensbeirtritt der Beteiligten zu 7 dem Beteiligten zu 1 innerhalb der in § 43 Abs. 2 ZVG bestimmten vierwöchigen Frist vor dem Termin am 11.4.2011 gem. § 172 Abs. 1 ZPO über dessen damaligen Verfahrensbevollmächtigten zugestellt worden ist. Dieser hat am 2.2.2011 ein Empfangsbekenntnis unterzeichnet und damit seinen Willen beurkundet, das Schriftstück als gegen sich zugestellt gelten zu lassen (vgl. BGH, Urt. v. 18.1.2006 – VIII ZR 114/05, NJW 2006, 1206, 1207 und Beschl. v. 20.7.2007 – I ZB 39/05, NJW 2007, 600, 601). I.Ü. nimmt der Senat insoweit auf die zutreffenden Ausführungen des Beschwerdegerichts Bezug.

[38] b) Ein Zuschlagsversagungsgrund ergibt sich auch nicht aus der Einstellung des von den Beteiligten zu 5 und zu 6 betriebenen Verfahrens aufgrund der einstweiligen Anordnung des Prozessgerichts nach § 769 ZPO. Da dieser Einstellungsgrund nur das Verfahren der Beteiligten zu 5 und zu 6 betraf, war das von der Beteiligten zu 7 betriebene Versteigerungsverfahren fortzusetzen (Senat, Beschl. v. 16.10.2008 – V ZB 48/08, NJW 2009, 81, 82 Rn. 8 und v. 10.6.2010 – V ZB 192/09, NJW-RR 2010, 1314, 1315 Rn. 19). Auch § 33 ZVG ist in diesen Fällen nicht anzuwenden (Böttcher, a.a.O., § 33 Rn. 8; Hintzen, in: Dasser/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Relermeyer, ZVG, 14. Aufl., § 33 Rn. 8; Löhnig/Heiß, ZVG, § 33 Rn. 11; Stöber, ZVG, 20. Aufl., § 33 Rn. 3.1).

[39] IV. 1. Die Entscheidung über die begründete Rechtsbeschwerde ergeht gem. § 101 Abs. 2 ZVG dahin, dass unter Aufhebung der Entscheidung des Beschwerdegerichts die gegen den Zuschlagsbeschluss erhobenen Beschwerden zurückzuweisen sind.

[40] 2. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Eine Erstattung außergerichtlicher Kosten findet bei Beschwerden in Zwangsversteigerungsverfahren grds. nicht statt (vgl. Senat, Beschl. v. 25.1.2007 – V ZB 125/05, BGHZ 170, 378, 381 = ZNotP 2007, 189 Rn. 7).

[41] 3. Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens ist nach § 47 Abs. 1 Satz 1 GKG nach dem Wert des Zuschlags zu bestimmen; er entspricht dem Meistgebot (§ 54 Abs. 2 Satz 1 GKG). Die Wertfestsetzung für die außergerichtliche Vertretung der Beteiligten beruht auf § 26 Nr. 1, 2 RVG.

Erbrecht

Verjährung des Pflichtteilsanspruchs unabhängig von der Kenntnis des Nachlassbestandes

BGB § 2332 a.F., § 2313 Abs. 2

Leitsatz (amtlich):

Für den Beginn der Verjährung des Pflichtteilsanspruchs kommt es nicht auf die Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten von Zusammensetzung und Wert des Nachlasses an. Die Verjährungsfrist beginnt nicht erneut zu laufen, wenn der Pflichtteilsberechtigte erst später von der Zugehörigkeit eines weiteren Gegenstandes zum Nachlass erfährt. § 2313 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 Satz 3 BGB ist nicht entsprechend anzuwenden.

BGH, Urt. v. 16. 1. 2013 – IV ZR 232/12

[1] I. Die Klägerin macht gegen die Beklagte, ihre Schwester, Pflichtteilsansprüche geltend. Die Beklagte ist testamentarische Alleinerbin des am 4.2.2003 verstorbenen Vaters der Parteien. Das Testament des Erblassers, der noch zwei weitere Kinder hat, wurde 2003 eröffnet. Die Beklagte erstellte am 10.3.2004 ein notarielles Nachlassverzeichnis. Auf dieser Grundlage führten die Parteien einen Rechtsstreit über die Höhe des Pflichtteils. Mit Urteil des LG v. 5.7.2007 wurde die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 1.402,78 € zu zahlen. Erstmals im Jahr 2009 erfuhren die Parteien über einen Erbenermittler davon, dass in den Nachlass des Erblassers zumindest ein weiteres Grundstück in B fiel. Dieses Grundstück war dem Erblasser als Vermächtnis der bereits im Jahr 1978 verstorbenen K zugewandt worden. Das Grundstück wurde in der Folgezeit veräußert und die Beklagte erhielt einen Betrag von 24.934,44 €. Die Klägerin meint, ihr stehe aus dem Verkaufserlös als Pflichtteilsberechtigte 1/8, d.h. 3.116,81 € zu. Die Beklagte hat sich u.a. auf die Einrede der Verjährung berufen.

[2] Das AG hat die Klage abgewiesen, das LG hat dem Zahlungsantrag über 3.116,81 € nebst Zinsen stattgegeben. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

[3] Das Rechtsmittel hat Erfolg.

[4] I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Pflichtteilsanspruch der Klägerin sei nicht gem. § 2332 Abs. 1 BGB a.F. verjährt. Zwar habe die Klägerin vom Eintritt des Erbfalls und der sie beeinträchtigenden Verfügung bereits im Jahr 2003 Kenntnis erlangt. Eine Ausnahme von der an sich eingetretenen Verjährung komme allerdings in Betracht, wenn erst nachträglich Ansprüche entstünden, die dem Nachlass nach

§ 2313 BGB hinzuzurechnen seien. Hier trete die Verjährung nicht vor Eintritt der Gewissheit über das Bestehen des Anspruchs ein. Insoweit sei es gerechtfertigt, ein zunächst unbekanntes Recht wie hier einem ungewissen oder unsicheren Recht nach dieser Vorschrift gleichzusetzen. Auch in diesem Fall könne der Pflichtteilsberechtigte seinen Anteil weder vorher der Höhe nach errechnen noch dem Grunde nach gerichtlich feststellen lassen. Entsprechend § 2313 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 1 BGB sei der Pflichtteilsanspruch der Klägerin daher frühestens mit dem Bekanntwerden des Vorhandenseins des Grundstücks im März 2009 ausgleichspflichtig geworden bzw. sei die Ungewissheit/Unsicherheit erst durch die Erteilung der Auskunft beseitigt worden. Außerdem sei es nach Treu und Glauben gerechtfertigt, den Wert des in unverjährter Zeit geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs der Klägerin gem. § 242 BGB an die nachträglich bekannt gewordenen Umstände anzupassen.

[5] II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der von der Klägerin geltend gemachte weitere Pflichtteilsanspruch ist verjährt.

[6] 1. Gem. § 2332 BGB a.F., der hier gem. Art. 229 § 23 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 EGBGB Anwendung findet, verjährt der Pflichtteilsanspruch in 3 Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Pflichtteilsberechtigte von dem Eintritt des Erbfalls und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in 30 Jahren von dem Eintritt des Erbfalls an. Auf dieser Grundlage ist der weitere Pflichtteilsanspruch wegen des Grundstücks, von dessen Zugehörigkeit zum Nachlass die Parteien erst im Jahr 2009 erfuhren, verjährt.

[7] a) Ob und ggf. wann an den Fristbeginn neben der Kenntnis vom Erbfall und der beeinträchtigenden Verfügung weitere Voraussetzungen zu stellen sind, wird unterschiedlich beurteilt. Im Schrifttum wird vereinzelt die Auffassung vertreten, dass die Verjährungsfrist des Pflichtteilsanspruchs im Hinblick auf später neu aufgetauchte Gegenstände, die zum Nachlass gehören, erst mit dem Zeitpunkt zu laufen beginne, zu dem der Pflichtteilsberechtigte Kenntnis von der Zugehörigkeit jener Gegenstände zum Nachlass habe (so etwa *Damrau*, ZEV 2009, 274, 277; *Joachim*, Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 461). Demgegenüber geht der Senat davon aus, dass es nicht auf die Vorstellung des Pflichtteilsberechtigten über den beim Erbfall vorhandenen Nachlass und seinen Wert ankommt (Urt. v. 10.11.1976 – IV ZR 187/75, FamRZ 1977, 128; v. 25.1.1995 – IV ZR 134/94, ZEV 1995, 219 unter I 1 b). Das entspricht bereits der Rechtsprechung des RG (RGZ 104, 195, 197 f.; 135, 231, 234 f.) und wird heute auch von der überwiegenden Auffassung in Instanzrechtsprechung und Schrifttum zugrunde gelegt (vgl. OLG Koblenz, ZEV 2002, 501; *Ermann/Schlüter*, BGB, 13. Aufl., § 2332 Rn. 3; *MünchKomm-BGB/Lange*, 5. Aufl., § 2314 Rn. 51; *Soergel/Dieckmann*, BGB, 13. Aufl., § 2332 Rn. 14; *RGRK-BGB/Johannsen*, 12. Aufl., § 2332 Rn. 8; *Tanck*, in: *Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz*, Handbuch des Pflichtteilsrechts, 2. Aufl., Rn. 272; *Planck/Greif*, BGB, 4. Aufl. 1930, Bd. 5, § 14, S. 947).

[8] b) Diese zuletzt genannte Auffassung trifft auch auf die hier zu beurteilende Fallkonstellation zu, in der Erbe und Pflichtteilsberechtigter erst nachträglich Kenntnis von der Zugehörigkeit eines Gegenstands zum Nachlass erlangt haben.

[9] aa) Aus dem Wortlaut von § 2332 Abs. 1 BGB a.F. ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass es für die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs neben der Kenntnis vom Eintritt des Erbfalls und der beeinträchtigenden Verfügung in irgendeiner Weise auf die Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten vom Umfang und Wert des Nachlasses ankommen soll (zur vergleichbaren Rechtslage nunmehr auch unter Geltung der §§ 195, 199 Abs. 1 BGB vgl. *Muscheler*, Erbrecht, Bd. II, Rn. 4304 f.). Mögliche Fehlvorstellungen und Irrtümer des Pflichtteilsberechtigten über die gegenständliche Zusammensetzung des Nachlasses sowie den Wert der einzelnen Nachlassgegenstände spielen für den Verjährungsbeginn keine Rolle. Vielmehr sieht das Gesetz sogar im Fall einer fehlenden Kenntnis vom Eintritt des Erbfalls und der beeinträchtigenden Verfügung eine absolute Verjährung von 30 Jahren vor.

[10] bb) Dies entspricht, worauf bereits das RG hingewiesen hat (RGZ 104, 195, 197 f.; 135, 231, 235), auch dem Willen des Gesetzgebers. So heißt es in den Motiven, S. 426 (vgl. *Mugdan*, Materialien zum BGB, Bd. V, S. 226 f.):

„Der Beginn der Verjährung wird auf den Zeitpunkt bestimmt, in welchem der Berechtigte vom Eintritte des Erbfalles und von der Verfügung, durch welche sein Pflichttheilsrecht beeinträchtigt ist, Kenntniß erlangt hat. ... Von dem dargelegten Ausgangspunkte aus läßt sich vertreten, daß Kenntniß der erlittenen Verletzung zu erfordern sei (vgl. § 719). Der Einfachheit wegen und weil die Kenntniß der beeinträchtigenden Verfügung in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ausreichend erscheint, um die Verletzung zu erkennen, wird von dem Erfordernisse der Kenntniß der Verletzung abgesehen. ... Bezieht sich die Unkenntniß des Berechtigten auf den Bestand der Nachlassmasse, so gewährt ihm deshalb der Ent. keinen besonderen Schutz; ...“

[11] cc) Hierfür streitet ferner der Sinn und Zweck der Verjährung, innerhalb einer überschaubaren Frist Rechtsfrieden zu schaffen. Die Frage, ob Pflichtteilsansprüche erhoben werden und deshalb Verschiebungen in der Verteilung des Nachlasses zu erwarten sind, soll nicht zu lange in der Schwebe bleiben. Soweit dies in einzelnen Fällen für den Pflichtteilsberechtigten zu Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Zusammensetzung des Nachlasses und des Nachlasswerts innerhalb der Verjährungsfrist führt, kann das nicht zur Folge haben, die Verjährungsfrist vom Wortlaut des Gesetzes abweichend erst mit Kenntnis der Zugehörigkeit eines einzelnen Gegenstands zum Nachlass beginnen zu lassen (vgl. auch RGZ 135, 231, 235 f.). Dies führte dazu, dass der Pflichtteilsanspruch immer wieder von Neuem anfangen zu verjähren, wenn weitere Nachlassgegenstände auftauchen. Das stünde nicht nur einer Abwicklung des Pflichtteilsanspruchs in überschaubarer Zeit entgegen, sondern verträgt sich auch nicht mit der Natur des Pflichtteilsanspruchs. Bei diesem handelt es sich um einen einheitlichen Anspruch, für den grds. nur eine einheitlich laufende Verjährungsfrist gelten kann. Der Pflichtteilsanspruch ist nicht auf einzelne Nachlassgegenstände bezogen und kann daher auch hinsichtlich des Beginns der Verjährungsfrist nicht in Einzelansprüche zerlegt werden.

[12] dd) Gegen ein Abstellen auf die subjektive Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten vom Umfang des Nachlasses spricht ferner das in § 2311 Abs. 1 BGB enthaltene Stichtagsprinzip. Hiernach werden der Berechnung des Pflichtteils der Bestand und der Wert des Nachlasses zzt. des Erbfalls zu-

grunde gelegt. Daraus folgt, dass nachträgliche Änderungen der Berechnungsgrundlagen ohne Einfluss auf die Höhe der Pflichtteilsleistung sind (Senatsurt. v. 14.7.1952 – IV ZR 74/52, BGHZ 7, 134, 138; MünchKomm-BGB/Lange, § 2311 Rn. 2, § 2313 Rn. 9; jurisPK-BGB/Birkenheier, 6. Aufl. 2012, § 2311 Rn. 34). Wertsteigerungen oder Wertminderungen einzelner Vermögenspositionen des Nachlasses, die erst nach dem Erbfall eintreten, ändern somit an dem Betrag des Pflichtteils nichts. Knüpfte man die Verjährung abweichend vom Wortlaut des § 2332 Abs. 1 BGB an die Kenntnis vom Bestand, Umfang und Wert des Nachlasses an, würde das Abstellen auf das Stichtagsprinzip des § 2311 Abs. 1 Satz 1 BGB unterlaufen.

[13] 2. Auf dieser Grundlage kommt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bei der erst nach Verjährungseintritt erlangten Kenntnis vom Vorhandensein von Nachlassgegenständen auch eine direkte oder entsprechende Anwendung von § 2313 Abs. 2 Satz 1 BGB i.V.m. Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 BGB nicht in Betracht. Die Vorschrift enthält eine Ausnahme vom Stichtagsprinzip und bestimmt, dass ungewisse oder unsichere Rechte sowie zweifelhafte Verbindlichkeiten ebenso wie aufschiebende Bedingungen bei der Feststellung des Werts des Nachlasses außer Ansatz bleiben (§ 2313 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 1 Satz 1 BGB). Tritt die Bedingung ein bzw. wird das Recht gewiss oder sicher, so hat gem. § 2313 Abs. 1 Satz 3 BGB eine der veränderten Rechtslage entsprechende Ausgleichung zu erfolgen. Die Verjährung tritt in diesen Fällen nicht vor Eintritt der Bedingung bzw. der Sicherheit oder Gewissheit ein (MünchKomm-BGB/Lange, § 2313 Rn. 9).

[14] a) Ungewiss ist ein Recht, wenn sein rechtlicher Bestand zweifelhaft ist, unsicher ist es, wenn fraglich ist, ob das Recht verwirklicht werden kann (Senatsurt. v. 22.11.1951 – IV ZR 37/51, BGHZ 3, 394, 397; MünchKomm-BGB/Lange, § 2313 Rn. 10; Staudinger/Haas, BGB, 2006, § 2313 Rn. 8). Ein derartiger Fall liegt hier nicht vor. Weder ist der rechtliche Bestand des Eigentums des Erblassers an dem Grundstück zweifelhaft noch die Verwirklichung des Rechts unsicher. Hier hat sich lediglich erst geraume Zeit nach dem Erbfall herausgestellt, dass das Grundstück infolge eines Vermächnisses überhaupt zum Nachlass zählt. Umstände, die weder den rechtlichen Bestand als solchen noch die Rechtsverwirklichung betreffen, berühren nur den Wert des Rechts, ohne dass dieses damit zu einem unsicheren oder ungewissen i.S.d. § 2313 Abs. 2 Satz 1 BGB wird (Senatsurteil, a.a.O.). Für eine entsprechende Anwendung von § 2313 Abs. 2 Satz 1 BGB fehlt es in diesen Fällen bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Vielmehr sind die allgemeinen Grundsätze von § 2332 Abs. 1 BGB a.F. und § 2311 Abs. 1 Satz 1 BGB anzuwenden. Eine entsprechende Anwendung von § 2313 Abs. 2 Satz 1 BGB in Fällen von dem Pflichtteilsberechtigten und ggf. auch dem Erben zunächst unbekannten Nachlassgegenständen würde zudem zu einer beträchtlichen Rechtsunsicherheit führen und die endgültige Abwicklung der Pflichtteilsansprüche in überschaubarer Zeit erheblich erschweren.

[15] b) Zu Unrecht verweist das Berufungsgericht demgegenüber auf das Senatsurt. v. 10.11.1976 (IV ZR 187/75, FamRZ 1977, 128). In diesem Fall hat der Senat angenommen, die Verjährung von Pflichtteilsansprüchen, die daraus hergeleitet werden, dass dem Erben Lastenausgleichsansprüche wegen Schäden zustehen, die der Erblasser an seinem in der früheren

sowjetischen Besatzungszone belegen Vermögen erlitten hat, beginne frühestens mit dem Inkrafttreten des Lastenausgleichsänderungsgesetzes v. 18.8.1969, durch das diese Ansprüche geschaffen worden seien. Entsprechend hat der Senat in einer späteren Entscheidung § 2313 Abs. 2 Satz 1 BGB i.V.m. Abs. 1 Satz 3 BGB analog angewendet, wenn der Erbe aufgrund des Vermögensgesetzes ein vor dem Erbfall in der ehemaligen DDR enteignetes Grundstück des Erblassers entweder zurück erhält oder für dieses eine Entschädigung bekommt (Urt. v. 23.6.1993 – IV ZR 205/92, BGHZ 123, 76, 78, 80). Der Rechtsprechung lagen Fallgestaltungen zugrunde, bei denen infolge einer gesetzlichen Neuordnung rückwirkend nach Eintritt des Erbfalls erstmals Ansprüche für den Erblasser geschaffen wurden. Der Pflichtteilsberechtigte ist hier mangels gesetzlicher Grundlage innerhalb der regulären Verjährungsfrist gehindert, Ansprüche gegen den Erben geltend zu machen. Zugleich hat der Senat für diese Fallkonstellation betont, dass die Verjährung auch in derartigen Fällen jeweils mit dem Inkrafttreten des LAG bzw. des Vermögensgesetzes beginnt, nicht dagegen erst mit der konkreten Kenntnis über die Art und Höhe derartiger Ansprüche (Urt. v. 10.11.1976 – IV ZR 187/75, FamRZ 1977, 128; v. 28.4.2004 – IV ZR 85/03, ZEV 2004, 377 unter II 2).

[16] Um einen vergleichbaren Sachverhalt geht es hier nicht. Das Grundstück bzw. der auf dieses bezogene und später erfüllte Vermächtnisanspruch gehörten bereits von Anfang an zum Vermögen des Erblassers. Dies war diesem zwar zunächst ebenso wenig wie den Parteien des Rechtsstreits bekannt, sondern wurde erst durch entsprechende Ermittlungen 2009 aufgeklärt. Auf die erst später erlangte Kenntnis kommt es auf der Grundlage der obigen Überlegungen aber nicht an.

[17] 3. Die Beklagte ist schließlich nicht unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nach § 242 BGB daran gehindert, sich auf den Eintritt der Verjährung zu berufen. Zwar kann die Verjährungseinrede ausnahmsweise mit dem Einwand der Arglist zurückgewiesen werden, wenn der Schuldner den Gläubiger durch sein Verhalten, sei es auch unabsichtlich, von der rechtzeitigen Erhebung der Klage gegen ihn abgehalten hat (BGH, Urt. v. 7.5.1991 – XII ZR 146/90, NJW-RR 1991, 1033 unter 2). Ein derartiger Fall liegt hier aber nicht vor. Die Beklagte hat die Klägerin nicht daran gehindert, Pflichtteilsklage gegen sie zu erheben und bei ihr weder absichtlich noch unabsichtlich Fehlvorstellungen hervorgerufen. Vielmehr war der Beklagten ebenso wie der Klägerin während des Laufs der regulären Verjährungsfrist von dem weiteren Vermögensgegenstand nichts bekannt. Der Verjährungsfrist sowie dem Stichtagsprinzip liegt eine Risikoverteilung zugrunde, die nur unter besonderen Umständen durch § 242 BGB ausgehöhlt werden darf (Staudinger/Haas, a.a.O., § 2311 Rn. 12). Diese Voraussetzungen erfüllt der hier zu entscheidende Sachverhalt nicht. Soweit die Revisionserwiderung darauf abstellt, ein aufgrund wissentlich falscher Auskunft berechneter Pflichtteilsanspruch unterliege der Ausgleichung i.S.d. § 2313 BGB, betrifft dies nicht den hier zu beurteilenden Fall. Es geht nicht um eine Haftung des Erben nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und einem Restitutionsgrund nach § 580 Nr. 4 ZPO wegen einer wissentlich erteilten Falschauskunft. Vielmehr ist unstreitig, dass die Beklagte selbst erst 2009 von dem Grundstück Kenntnis erlangte.

[18] Anders als das Berufungsgericht meint, kann auch nicht auf die Rechtsprechung des Senats zu § 2325 BGB abgestellt werden. In seiner Entscheidung v. 9.3.1988 hat der Senat ausgeführt, dass die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs unabhängig von der Kenntnis einer ebenfalls beeinträchtigenden Verfügung unter Lebenden mit der Kenntnis von der den Pflichtteilsberechtigten beeinträchtigenden Verfügung von Todes wegen beginnt (IVa ZR 272/86, BGHZ 103, 333, 336). Lediglich die Verjährung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs nach § 2325 BGB beginne erst mit der Kenntnis des

Berechtigten von der ihn beeinträchtigenden Verfügung unter Lebenden (a.a.O., 337). Dieses Hinausschieben des Beginns der Verjährungsfrist rechtfertigt sich allein aus der Besonderheit des Pflichtteilsergänzungsanspruchs. Pflichtteils- und der Pflichtteilsergänzungsanspruch stehen selbstständig nebeneinander und müssen auch bei der Berechnung auseinandergehalten werden. Für den Beginn der Verjährungsfrist des Pflichtteilsanspruchs nach § 2332 Abs. 1 BGB a.F. bei erst nachträglich bekannt gewordenen weiteren Nachlassgegenständen lässt sich dieser Entscheidung nichts entnehmen.

ZNotP-Kostenecke

Entscheidungen zum Kostenrecht

Auftrag zur Ergänzung eines dem Notar vorgelegten Entwurfs

von Notariatsoberrat Werner Tiedtke, München

1. Erteilt ein Grundschuldgläubiger dem Notar den Auftrag „sofern Abweichungen vom Vordruck notwendig oder zweckmäßig erscheinen sollten, bitten wir Sie uns vorher zu verständigen“, liegt hierin ein kostenpflichtiger Auftrag an den Notar zur Prüfung des vorgelegten Entwurfs gem. § 145 Abs. 1 Satz 2 KostO.
2. Soweit der Gläubiger hierzu einen eigenen Auftrag erteilt, ist nur er Kostenschuldner. Auch die Gebühr für die Unterschriftsbeglaubigung kann nicht vom Eigentümer gefordert werden, weil sie nicht entstanden ist.

OLG München, Beschl. v. 22. 8. 2012 – 31 Wx 189/12

Sachverhalt:

Gegenstand des Verfahrens ist eine Grundschuldbestellung, die wegen fehlender Unterwerfungserklärung nicht beurkundet worden ist. Der Notar beglaubigte die Unterschrift des Eigentümers unter der Grundschuldbestellungserklärung. Zuvor prüfte der Notar die Vollständigkeit des vorgelegten Entwurfs im Auftrag des Grundschuldgläubigers. Für die Überprüfung der Eintragungsbewilligung über die Grundschuldbestellung berechnete der Notar eine Gebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 2 KostO (die Hälfte der für die Beurkundung anfallenden Gebühr). Diese Gebühr stellte der Notar dem Eigentümer in Rechnung. Dieser vertritt die Auffassung, dass er die „Überprüfungsgebühr“ nicht schulde, weil er diesbezüglich keinen Auftrag erteilt habe. Alleiniger Schuldner sei der Gläubiger, der einen Auftrag in eigenem Namen erteilt habe.

Entscheidung:

Das LG sah den Eigentümer als Kostenschuldner und wies den Antrag zurück. Das OLG München hält jedoch den Antrag des Eigentümers für begründet und hob die Entscheidung des LG auf.

Zu Recht habe das LG angenommen, dass die vom Notar in Rechnung gestellte Gebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 2 KostO entstanden sei. Die in der Anl. B 1 zur Grundschuldbestellungserklärung enthaltene Passage „sofern Abweichungen vom Vordruck notwendig oder zweckmäßig erscheinen sollten, bitten wir Sie uns vorher zu verständigen“ konnte in der Tat vom Notar als Prüfungsauftrag nach § 145 Abs. 1 Satz 2 KostO verstanden werden, da die Frage, ob Abweichungen vom Vordruck notwendig oder zweckmäßig erscheinen, ohne Prüfung nicht beantwortet werden können.

Die Beglaubigungsgebühr des § 45 KostO deckt neben der Unterschriftsbeglaubigungstätigkeit nur die Feststellung der Beteiligten und die Überprüfung des Urkundenentwurfs dahingehend, ob der Notar seine Tätigkeit nach § 4 BeurkG oder § 14 Abs. 2 BNotO versagen muss (Korintenberg/Schwarz, KostO, 18. Aufl., § 45 Rn. 2, 11).

Das LG ging aber zu Unrecht davon aus, dass der Antragsteller Kostenschuldner für die Gebühr der Entwurfsüberprüfung nach § 145 Abs. 1 Satz 2 KostO sei. Im Rahmen des § 2 Nr. 1 KostO finden die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Vertretungsmacht Anwendung. Hierzu ist in der Entscheidungsbegründung Folgendes ausgeführt:

a) Zwar kann noch davon ausgegangen werden, dass der Gläubiger nach den Umständen gegenüber dem Antragsgegner nicht in eigenem, sondern im Namen der Antragstellerin handeln wollte und dies der Antragsgegner vom objektiven Empfängerhorizont auch so verstand.

b) Das Anschreiben an den Notar war nur von einem Bediensteten des Gläubigers unterschrieben. Nicht festgestellt hat das LG, dass der Antragsteller den Gläubiger bat, den Notar zur Überprüfung zu beauftragen oder ihm zumindest der Inhalt des von der Bank verwendeten Anschreibens bekannt war. Auch aus dem vom Senat erhobenen Freibeweis kann dies nicht entnommen werden. Auch die Zeugeneinvernahme konnte nicht klären, dass dem Antragsteller die fragliche Anl. B 1 bekannt war.

c) Die Unterschriftsleistung des Eigentümers unter der Grundschuldbestellungserklärung ist weder eine Genehmigung des Prüfungsauftrags des Gläubigers noch ein eigener Prüfungsauftrag, selbst wenn der Antragsteller bei Unterschriftsleistung darauf hingewiesen wurde, dass der Beglaubigungstext ergänzt werden musste. Da die Grundschuldbestellung für eine Bank ein häufiges Geschäft ist, konnte der

Antragsteller, jedenfalls, wenn nur eine Beglaubigung vorgenommen werden sollte, davon ausgehen, dass die Bank eine verwertbare, nicht weitere Notargebühren auslösende Bestellungsurkunde verwende. Daher konnte sie davon ausgehen, dass die Bank, wenn sie schon den Notar zusätzlich beauftragt, nicht in ihrem Namen, sondern im eigenen Namen tätig werde.

d) Der Antragsteller dürfte auch nicht nach § 3 Nr. 2 KostO Kostenschuldner sein. Zwar ist in Nr. 3.4 der Urkunde geregelt, dass der Schuldner, also der Antragsteller, die Kosten der Urkunde und ihres Vollzugs trägt. Eine Vereinbarung in einem Vertrag regelt grds. nur die Kostenübernahme zwischen den Vertragsparteien (*Hartmann*, KostG, 36. Aufl., § 3 KostO Nr. 2 Rn. 5 m.w.N.; OLG Stuttgart, BWNotZ 1986, 90; vgl. auch BayObLG, DNotZ 1985, 563 ff.; Senatsbeschl. v. 23.8.2007 – 32 Wx 126/07), wenn nicht im Einzelfall die Auslegung der Erklärung etwas anderes ergibt. Die Auslegung kann jedoch nur dann etwas anderes ergeben, wenn der Antragsteller den Inhalt des Bankanschreibens gekannt hätte.

e) Der Antragsteller schuldet dem Notar auch nicht die Beglaubigungsgebühr nach § 45 KostO, da diese nach § 145 Abs. 1 Satz 4 KostO unerhoben zu bleiben hat.

Anmerkung:

Auf den ersten Blick überrascht das Ergebnis der Entscheidung, ihr ist aber beizupflichten. Im Normalfall wird man davon ausgehen müssen, dass ein Gläubiger einen Notar nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Grundschuldbestellers beauftragt. Mündet eine Grundschuldbestellung in eine Beurkundung, werden Erklärungen des Eigentümers beurkundet. Er schuldet in diesem Fall die Kosten der Beurkundung nach § 2 Nr. 1 KostO. Unabhängig davon kann der Gläubiger weiterer Kostenschuldner sein, wenn er im eigenen Namen den Beurkundungsauftrag erteilt. Schulden Eigentü-

mer und Gläubiger die Kosten des Notars, haften sie dem Notar gegenüber gem. § 5 KostO als Gesamtschuldner.

Anders ist die Rechtslage bei dem hier vom OLG München entschiedenen Sachverhalt. Beauftragt der Eigentümer den Notar lediglich mit der Beglaubigung der Unterschrift, entsteht hierfür eine 1/4-Beglaubigungsgebühr nach § 45 KostO. Diese Gebühr hat folgende Abgeltungswirkung: Entgegennahme der Unterschrift, Erstellung des Beglaubigungsvermerks und Aushändigung des Schriftstücks an den Unterzeichner. Diese Gebühr entsteht aber nur, wenn sich die Tätigkeit des Notars tatsächlich auf die Beglaubigung der Unterschrift beschränkt. Alleiniger Kostenschuldner der Beglaubigungsgebühr ist der Unterzeichner, dessen Unterschrift beglaubigt wird. Übernimmt ein Dritter dem Notar gegenüber die Beglaubigungsgebühr, tritt er als weiterer Schuldner neben dem Unterzeichner hinzu.

Die Gebühr für die Unterschriftsbeglaubigung entsteht aber nicht, wenn der Notar den ihm vorgelegten Entwurf auftragsgemäß überprüft, ändert und/oder ergänzt. Das war hier der Fall. Der Notar hat daher zutreffend nicht die Unterschriftsbeglaubigung bewertet, sondern die Entwurfsüberprüfung, die zur Gebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 2 KostO geführt hat. Schuldner der Gebühr für die Überprüfung des Entwurfs ist derjenige, der die Tätigkeit des Notars veranlasst hat. Wenn der Gläubiger nicht nachweisen kann, hierfür im Auftrag des Eigentümers zu handeln, gilt er als Veranlasser im eigenen Namen und ist daher vom OLG zu Recht als Kostenschuldner angesehen worden. Die Auffassung des Gerichts, dass der Notar vom Eigentümer nicht einmal die Gebühr für die Unterschriftsbeglaubigung fordern kann, ist ebenso zutreffend, weil die Gebühr hierfür mit der Gebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 2 KostO abgegolten ist. Die Gebühr für die Unterschriftsbeglaubigung ist nicht entstanden und kann daher auch nicht berechnet werden.

ZNotP-Fragezeichen

1. b) Nach h.A. kann eine Ein-Mann-GmbH nicht durch einen vollmachtlosen Vertreter gegründet werden. Gleiches gilt auch für einen bloß mündlich Bevollmächtigten, da die Vollmacht nicht der Form des § 2 Abs. 2 GmbHG genügt und der mündlich Bevollmächtigte gleichbehandelt wird mit dem vollmachtlosen Vertreter (vgl. *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 7. Aufl., § 2 Rn. 30 m.w.N.).
2. b) Fällt dem Vorerben durch Wegfall eines Erben ein weiterer Erbteil zu, so erstreckt sich das Nacherbenrecht im Zweifel auch auf den erworbenen Anteil, § 2110 Abs. 1 BGB.

Einbanddecken 2012: Die ZNotP-Einbanddecken 2012 sind fertig gestellt und können über die kostenlose Bestellhotline Tel.-Nr. 0800 / 8885444, unter der kostenlosen Fax-Nr. 0800 / 801-8018 sowie per E-Mail (info@wolterskluwer.de) beim Wolters Kluwer Shop bestellt werden.