Inhalt

Notarrecht

Die gestörte Beurkundungsverhandlung 246
von Notar Dr. Jörn Heinemann, LL.M., Neumarkt i. d. OPf

Grundstücksrecht

Sondernutzungsrechte – Übertragung und gestreckte Begründung 251
von Notarin Dr. Melanie Falkner, Ochsenfurt

Die Löschung gegenstandsloser Eintragungen im Grundbuch 262
von Regierungsdirektor Dr. Johannes Holzer, München

ZNotP-Fragezeichen

In dieser Rubrik möchten wir Sie auf mögliche Fehler- und Gefahrenquellen aufmerksam machen.
Die Antworten finden Sie auf S. 312 274

ZNotP-Rechtsprechungsreport

Vertragsrecht
Einwilligung in Schuldübernahme 275
BGH, Urt. v. 23. 6. 2017 – V ZR 39/16

Grundstücksrecht
Wärmedämmung und nachbarliche Duldungspflicht 277
BGH, Urt. v. 2. 6. 2017 – V ZR 196/16

Nachträglicher Einbau eines Personenaufzugs durch einen Wohnungseigentümer 280
BGH, Urt. v. 13. 1. 2017 – V ZR 96/16

Erbrecht
Erbrecht vor dem 1.7.1949 geborener nichtehelicher Kinder 284
BGH, Beschl. v. 12. 7. 2017 – IV ZB 6/15

Ergänzende Testamentsauslegung 287
BGH, Beschl. v. 12. 7. 2017 – IV ZB 15/16

Familienrecht
Tilgungsanteil und Altersvorsorge 291
BGH, Beschl. v. 18. 1. 2017 – XII ZB 118/16

Notarrecht
Notar a.D. 295
BGH, Urt. v. 13. 3. 2017 – Notz(Brfg) 4/16

Bewertung schriftlicher Arbeiten in der notariellen Fachprüfung 299
BGH, Beschl. v. 13. 3. 2017 – NotZ(Brfg) 6/16

Vollstreckungsrecht
Rechtsmittel bei Vollstreckungsbeschränkung der Vereinbarung 300
BGH, Beschl. v. 18. 5. 2017 – VII ZB 38/16

Keine Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft bei Hinterlegung des Übererlöses 305
BGH, Beschl. v. 22. 2. 2017 – XII ZB 137/16

ZNotP-Kostenecke

Entscheidungen zum Kostenrecht
Voraussetzungen des § 109 Abs. 1 GNotKG: Schenkung und Kauf als verschiedene Beurkundungsgegenstände bei mittelbarer Grundstücksschenkung 309
von Notar Dr. Christian Fackelmann, Bad Staffelstein

Literaturreport

Thomas Renner/Dirk-Ulrich Otto/Volker Heinze, Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentar (GNotKG) 311

Notarrecht

Die gestörte Beurkundungsverhandlung

von Notar Dr. Jörn Heinemann, LL.M., Neumarkt i. d. OPf.

Eine Beurkundungsverhandlung kann aus vielfältigen Gründen gestört oder behindert werden. Das BeurkG befasst sich vornehmlich mit Störungen, die in der Person der Beteiligten liegen, z.B. dem Fehlen der Geschäftsfähigkeit, mangelnder Sprachkenntnis und sonstigen Kommunikationsdefiziten, wie Einschränkungen der Hör-, Seh-, Sprech- und Schreibfähigkeit. Für diesen Fall sieht das Gesetz eine Reihe von Instrumenten vor, um diese Defizite transparent zu machen (z.B. durch Belehrungs- und Vermerkpflichten), um diese zu beheben (z.B. durch Beiziehung weiterer Personen) oder um diese durch Ablehnung der Beurkundung nicht einen falschen Rechtsschein erzeugen zu lassen. Daneben sind aber zahlreiche andere Konstellationen denkbar, die die Durchführung der Verhandlung gefährden können. Die Ursachen hierfür können dabei nicht nur von den Beteiligten selbst, sondern auch von Dritten oder von den äußeren Umständen ausgehen. Der vorliegende Beitrag will mögliche Störungsfälle untersuchen und unter Berücksichtigung der im Gesetz vorgesehenen Optionen praxisgerechte Lösung vorschlagen.

I. Störungen durch die Beteiligten

1. Störungen in der Person der Beteiligten

a) Im BeurkG geregelte Störungen

Die von den Beteiligten ausgehenden Störungen auf die Beurkundungsverhandlung können ganz unterschiedliche Ursachen haben. Zunächst sind die vom BeurkG behandelten Störungen zu nennen: Zweifel an der *Geschäftsfähigkeit* (§§ 11, 28 BeurkG), mangelnde Beherrschung der *Beurkundungssprache* (§§ 16, 32 BeurkG), *Hörbehinderung* (§§ 22, 23, 24 BeurkG), *Sprachbehinderung* (§§ 22, 24 BeurkG), *Sehbehinderung* (§ 22 BeurkG) und *Schreibunfähigkeit* (§ 25 BeurkG). Es handelt sich durchgängig um Defizite, die es einem Beteiligten ganz oder teilweise unmöglich machen, einer regulären Beurkundungsverhandlung zu folgen. Die Beurkundungsverhandlung, die sowohl *mündliche als auch schriftliche Elemente* vereinigt,[1] ist in ihrem mündlichen Ablauf („Vorlesen, Genehmigen") gestört, wenn ein Beteiligter nicht aktiv oder passiv an dieser teilnehmen kann, weil er nicht hören kann, die Urkundensprache nicht versteht, nicht sprechen kann oder die Urkundensprache nicht spricht. In ihrem schriftlichen Ablauf („Unterschreiben") ist die Verhandlung behindert, wenn ein Beteiligter die Niederschrift nicht unterschreiben kann. Noch schwieriger gestaltet sich die Verhandlung, wenn mit einem Beteiligten weder eine mündliche noch eine ersatzweise vorgesehene schriftliche Verständigung („zur Durchsicht vorgelegt") möglich ist. Schließlich können die mit der Verhandlung beabsichtigten formellen Zwecke (Durchführung eines Rechtsgesprächs) und materiellen Zwecke (Errichtung einer Niederschrift über ein wirksames Rechtsgeschäft) nicht erreicht werden, wenn einem Beteiligten die erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt. Allen diesen Fällen ist gemeinsam, dass es sich um einen *in der Person eines Beteiligten* liegenden Störungsgrund handelt, der die Verwirklichung des mit der mündlichen und schriftlichen Verhandlung bezweckten *Rechtsgesprächs* gefährdet.

b) Im BeurkG vorgesehene Reaktionsmöglichkeiten

Zur Behebung dieser Kommunikationsdefizite sieht das BeurkG unterschiedliche Maßnahmen vor, die dem Beteiligten eine *aktive und passive Teilnahme* an der Verhandlung ermöglichen sollen, einerseits durch eine *Stärkung des schriftlichen Elements* („zur Durchsicht vorgelegt", „schriftliche Übersetzung"), vor allem aber durch *Hinzuziehung weiterer Personen* („Dolmetscher", „Zeuge oder zweiter Notar", „Gebärdensprachdolmetscher" oder „Person, die sich mit dem behinderten Beteiligten zu verständigen vermag"), jedenfalls stets durch Wiedergabe seiner *Feststellungen in der Niederschrift*. Zweifelt der Notar auch nach Ausschöpfung der vorstehenden Maßnahmen daran, dass eine Verständigung mit dem Beteiligten möglich ist oder gar daran, dass der Beteiligte die für das Rechtsgeschäft erforderliche Geschäftsfähigkeit besitzt, soll er auch dies in der Niederschrift feststellen. Durch die *Vermerkpflichten* soll der Rechtsverkehr vor (möglicherweise) unwirksamen Rechtsgeschäften geschützt werden und insbesondere die Gerichte sollen weitergehende Ermittlungen – die dem Notar aufgrund seiner begrenzten Möglichkeiten zur Aufklärung des Sachverhalts nicht zur Verfügung stehen – dazu anstellen, ob der Beteiligte über die zum Abschluss des Rechtsgeschäfts erforderliche Geschäftsfähigkeit verfügte. Soweit der Notar aber der Überzeugung ist, dass einem Beteiligten die erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt, soll er die *Beurkundung ablehnen* und so eine Täuschung des Rechtsverkehrs durch die Errichtung von Urkunden über (evident) unwirksame Rechtsgeschäfte verhindern.

2. Störungen im Verhalten der Beteiligten

Eine Störung der Beurkundungsverhandlung durch das Verhalten der Beteiligten kann auf unterschiedlichen Gründen beruhen, grds. sind *alle menschlichen Verhaltensweisen* potenziell störend. Dem Notar sollte diesbezüglich nichts Menschliches fremd sein. Häufig stören die Beteiligten das Verfahren aktiv, etwa durch dauerndes *Reden*, eigenmächtiges *Verlassen des Beurkundungsraumes*, Mitbringen von Haustieren, unablässiges Nachfragen, Diskussionen miteinander oder mit Dritten, insbesondere durch *Telefonieren* oder Herumhantieren mit Mobilfunkgeräten. Die Letzteren

1 Vgl. *Heinemann*, FS Carl Heymanns Verlag, 2015, S. 425 ff.

werden vermehrt eingesetzt, um die Verhandlung offen oder verdeckt in Bild und Ton *aufzuzeichnen*, was einen evidenten Verstoß gegen das Recht am eigenen Bild und am eigenen Wort darstellt, sofern nicht alle Beteiligten, alle anwesenheitsberechtigten Dritten und der Notar mit der Aufzeichnung einverstanden sind. Es sind aber noch gravierende Vorfälle denkbar, z.B. Äußerung von *Beleidigungen* oder Handgreiflichkeiten bis hin zu *Schlägereien*.

Weiterhin sind passive Störungen denkbar, z.B. *Geruchsbelästigungen*, das Tragen von *religiösen oder weltanschaulichen Symbolen*, aufreizende Kleidung oder völlig *fehlende Bekleidung*, die möglicherweise von den anderen Beteiligten als Provokation empfunden werden.

a) Verhaltensstörungen, die mit persönlichen Störungen vergleichbar sind

Bisweilen ereignen sich Störungen, die zwar auf dem Verhalten eines Beteiligten beruhen, die sich aber zwanglos mit dem *Instrumentarium des BeurkG* lösen lassen. Scheint etwa ein Beteiligter offenkundig *angetrunken* zu sein oder *unter Drogen* zu stehen (vgl. § 105 Abs. 2 BGB), so wird man nach § 11 BeurkG verfahren.[2] Gleiches gilt, soweit ein Beteiligter der Verhandlung nicht folgen kann, z.B. weil er *eingeschlafen* ist. Auf diese Weise können auch Problemlagen gelöst werden, in denen ein Beteiligter zwar weder geschäftsunfähig noch sprach-, hör- oder schreibbehindert ist, aber aufgrund seiner Erkrankung (z.B. als Autist) nicht in der Lage ist, mit dem Notar und den Beteiligten zu kommunizieren. Hier wird man entsprechend § 24 BeurkG zu verfahren haben und eine Verständigungsperson hinzuziehen. Auch derjenige Beteiligte, der zwar sprech- oder schreibfähig ist, aber aus bestimmten Gründen (z.B. aufgrund eines *religiösen Verbots*) nicht sprechen oder schreiben darf, kann mithilfe der §§ 22, 25 BeurkG am Verfahren beteiligt werden.[3]

b) Verhaltensstörungen, die mit persönlichen Störungen nicht vergleichbar sind

Problematisch sind diejenigen Verhaltensweisen der Beteiligten, die sich nicht mit einer persönlichen Störung gleichsetzen lassen, insbesondere *aktive und bewusste Störungen der Beurkundungsverhandlung*, z.B. durch ständiges Dazwischenreden, Pöbeleien und Beleidigungen, Verlassen des Verhandlungszimmers, Aufnahme der Verhandlung in Ton und/oder Bild ohne Zustimmung der anderen Beteiligten und des Notars usw.

aa) Analoge Anwendung der §§ 176 ff. GVG?

Das BeurkG sieht für diese Situationen *keine besonderen Regelungen* vor, sodass ein Rückgriff auf die allgemeinen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsrechts über die *Sitzungspolizei* (§§ 176 – 182 GVG) erwogen werden könnte. Als das Beurkundungsverfahren vor Inkrafttreten des BeurkG zum 1.1.1970 noch Teil des FGG war (vgl. §§ 167 – 184 FGG), schied eine entsprechende Anwendung der sitzungspolizeilichen Vorschriften nach § 8 FGG wegen des ausdrücklichen Ausschlusses in § 194 Abs. 3 FGG, der auch für Notare galt,[4] aus. In das zum 1.9.2009 an die Stelle des FGG getretene Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit findet sich kein entsprechender Ausschluss mehr, vielmehr werden in § 488 Abs. 3 FamFG bestimmte Vorschriften des GVG für entsprechend anwendbar erklärt, nicht aber die sitzungspolizeilichen Vorschriften. Daraus könnte man den Umkehrschluss ziehen, dass auch im Beurkundungsverfahren eine entsprechende Anwendung ausscheiden muss.[5] Freilich muss man beachten, dass § 488 FamFG nicht mehr das Verfahren vor dem Notar erfasst, sondern dass vielmehr für die nach § 342 Abs. 2 Nr. 1 FamFG in die ausschließliche Zuständigkeit des Notars fallenden Verfahren § 492 Abs. 1 Satz 1 FamFG die entsprechende Anwendung der für das AG geltenden Vorschriften des FamFG vorsieht und dass die notarielle Zuständigkeit für Teilungssachen in § 23a Abs. 3 GVG ihren Niederschlag im Gerichtsverfassungsrecht gefunden hat. Aber selbst wenn man aus § 492 Abs. 1 Satz 1 FamFG i.V.m. § 23a Abs. 3 GVG folgern könnte, dass auch die sitzungspolizeilichen Vorschriften des GVG in den notariellen Verfahren nach § 342 Abs. 2 Nr. 1 FamFG entsprechend anwendbar wären,[6] folgt daraus noch nicht zwingend, dass die im Beurkundungsverfahrensrecht bestehende Lücke im Wege der Analogie zu schließen wäre. Es ist vielmehr anzunehmen, dass die im BeurkG vorgesehenen Regelungen als *abschließende Sonderbestimmungen* anzusehen sind, die an die Stelle der Vorschriften des GVG treten.[7]

bb) Systematische Anwendung des BeurkG

Es müssen m.E. im Wege einer *systematischen Auslegung* die bestehenden Reaktionsmöglichkeiten des Notars auf Störungen in der Person der Beteiligten auf verhaltensbasierte Störungen übertragen und ggf. mit dem Instrumentarium, das dem Notar von Gesetzes wegen zur Verfügung steht, gelöst werden. Dazu wird der Notar zunächst die im BeurkG vorgesehenen Mittel einsetzen, nämlich versuchen, über Belehrung, Protokollierung seiner Feststellungen, Hinzuziehung weiterer Personen oder vorübergehende Unterbrechung die Verhandlung fortzusetzen oder diese durch endgültigen Abbruch zu beenden. Zunächst sind die Beteiligten darüber zu *belehren*, dass durch ihr Verhalten der mit dem Beurkundungsverfahren verfolgte Zweck nicht oder nur erschwert erreicht werden kann. Soweit sie diesem „Ordnungsruf" nicht oder nicht vollständig Folge leisten, sollte der Notar die festgestellten Störungen und seine Belehrungen in der Niederschrift entsprechend § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG *vermerken*.

---

2 Vgl. Armbrüster/Preuß/Renner/*Piegsa*, BeurkG/DONot, 7. Aufl. 2015, § 11 Rn. 13.

3 Grziwotz/*Heinemann*, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 25 Rn. 11.

4 *Schlegelberger*, FGG, 7. Aufl. 1956, § 194 Rn. 2.

5 Das Schrifttum äußert sich zu der Problematik nicht, allenfalls Bumiller/Harders/Schwamb/*Harders*, FamFG, 11. Aufl. 2015, § 488 Rn. 4, stellen klar, dass eine Verweisung auf die weiteren Vorschriften des GVG nicht erfolgt.

6 A.A. BeckOK-FamFG/*Schlögel*, § 366 Rn. 10, Stand: 2.4.2017, allerdings ohne vertiefte Auseinandersetzung.

7 *Schlegelberger* (Fn. 4), vor §§ 167 ff. Rn. 15.

Ändern die Beteiligten ihr Verhalten auch daraufhin nicht, so kann der Notar nach seinem Ermessen *weitere Personen zur Verhandlung hinzuziehen*, z.B. einen zweiten Notar, Büroangestellte oder Sicherheitspersonal. Die Beschränkungen der §§ 22, 25, 29 BeurkG über die Hinzuziehung von Zeugen oder des § 26 BeurkG über die Geeignetheit der Zeugen finden keine entsprechende Anwendung. Denn vorliegend geht es nicht darum, das in der Person eines Beteiligten (möglicherweise) vorliegende Defizit beweiskräftig festzuhalten oder auszugleichen, sondern darum, einen geordneten Ablauf der Beurkundungsverhandlung zu gewährleisten. Dem Notar als Herrn des Verfahrens muss es gestattet sein, die Erfüllung seiner Amtspflichten so durchzusetzen, dass weder das Ergebnis der Beurkundungsverhandlung noch seine eigene Sicherheit oder die Sicherheit der übrigen Beteiligten gefährdet werden. Erweist sich auch die Hinzuziehung von weiteren Personen als untauglich oder als untunlich (z.B. weil keine geeigneten Personen vorhanden sind, die den Fortgang der Verhandlung sicherstellen können), so darf der Notar die Verhandlung *unterbrechen*, um die möglicherweise außer Kontrolle geratene Situation zu befrieden oder um Sicherheitspersonal beiziehen zu können. Es ist dann eine Frage des Einzelfalls, ob die Verhandlung nach einer kurzen Pause wieder aufgenommen und fortgesetzt werden kann, ob sie vertagt werden muss oder ob sie endgültig entsprechend §§ 14 Abs. 2, 16 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG abgelehnt werden darf. Zur Durchsetzung dieser Maßnahmen in seinen Amtsräumen kann der Notar zwar – wie gezeigt – nicht auf die sitzungspolizeilichen Ordnungsmittel zurückgreifen, er kann jedoch als Inhaber des *Hausrechts* entsprechend § 1004 BGB[8] nach einer Unterbrechung der Verhandlung die Entfernung der Beteiligten, notfalls mithilfe der Polizei,[9] durchsetzen. Findet die Verhandlung ausnahmsweise nicht in den Amtsräumen (das können auch die Räume einer Geschäftsstelle oder der für einen Sprechtag angemietete Raum sein) des Notars, sondern *auswärts* statt, so scheidet eine Berufung auf das Hausrecht aus. Kommt es hier zu unüberwindbaren Störungen, so hat der Notar die Beurkundung zu unterbrechen und im Einzelfall zu prüfen, ob eine Fortsetzung, eine Vertragung oder eine endgültige Ablehnung der Beurkundung in Betracht kommen.

II. Störungen durch Dritte

Die Beurkundungsverhandlung kann nicht nur durch das Verhalten der Beteiligten, sondern auch durch das Verhalten Dritter gestört werden. Es sind hierbei dieselben Fälle denkbar, die vorstehend hinsichtlich eines störenden Beteiligten exemplarisch vorgestellt wurden (insbesondere Reden, Telefonieren, unerlaubtes Aufzeichnen, Pöbeln, Bedrohen, Schlägern usw.). Dennoch wird man bei der Reaktion auf eine solche Störung danach zu differenzieren haben, ob der störende Dritte überhaupt berechtigt ist, an der Verhandlung teilzunehmen oder nicht. Außerdem ist zu bedenken, dass der Dritte selbst nicht Beteiligter der Beurkundungsverhandlung ist, sodass gegen diesen – selbst wenn er berechtigterweise der Verhandlung beiwohnt – weitergehende Maßnahmen als gegen einen Beteiligten ergriffen werden können.

1. Störungen durch anwesenheitsberechtigte Dritte

a) Anwesenheitsrecht

Es stellt sich zunächst die Frage, inwieweit es überhaupt zu einer Teilnahme Dritter am Beurkundungsverfahren kommen kann, findet die Verhandlung doch grds. *nicht öffentlich* statt, vgl. § 170 Abs. 1 Satz 1 GVG.

aa) Anwesenheitsrecht aus verfahrensrechtlichen Gründen

Eine zwingende oder fakultative Hinzuziehung Dritter kommt in erster Linie aus *verfahrensrechtlichen Gründen* in Betracht, nach § 16 (Dolmetscher), § 22 (zweiter Notar, Zeuge, Gebärdensprachdolmetscher), § 24 (Verständigungsperson), § 25 (Schreibzeuge), § 29 (zweiter Notar, Zeugen) BeurkG.

bb) Anwesenheitsrecht aufgrund Zustimmung aller Beteiligten

Die Teilnahme anderer Personen darf der Notar grds. nur gestatten, wenn analog § 170 Abs. 1 Satz 2 GVG *alle Beteiligten ihr Einverständnis* mit deren Anwesenheit erklärt haben. Die Zustimmung der Beteiligten zur Anwesenheit dritter Personen kann jederzeit während des Verfahrens *widerrufen* werden. Der Notar ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, die dritten Personen und ihre *Personalien festzustellen* und diese Tatsachen ggf. in der Niederschrift oder in einem separaten Vermerk zu vermerken. Soweit Dritte der Verhandlung beiwohnen dürfen, sollte der Notar darauf hinweisen, dass diese Personen *keiner Verschwiegenheitspflicht* unterliegen und dass die Beteiligten durch deren Anwesenheit damit rechnen müssen, dass die im Verfahren bekannt gewordenen Tatsachen gegenüber Dritten offenbart werden und sogar in einem Gerichtsverfahren verwertet werden können. Er sollte den Beteiligten ggf. empfehlen, eine *Vertraulichkeitsvereinbarung* mit den Dritten abzuschließen.

cc) Anwesenheitsrecht aufgrund materiellen Rechts

Schließlich kann aufgrund des materiellen Rechts ein *gesetzlicher Zulassungsgrund* bestehen oder ein Anspruch auf Zustimmung gegenüber den anderen Beteiligten auf Zulassung weiterer Personen zum Verfahren. Ein gesetzlicher Anspruch eines Dritten auf Teilnahme soll sich aus § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB ergeben, der dem *Pflichtteilsberechtigten* das Recht auf Anwesenheit bei der Aufnahme des Inventars einräumt. Richtigerweise bezieht sich dieser Anspruch aber nur auf Anwesenheit bei der körperlichen Aufnahme der Nachlassgegenstände, nicht aber auf Anwesenheit während der Nie-

8 Vgl. BeckOK-FamFG/*Schlögel*, § 366 Rn. 10, Stand: 2.4.2017, der aber nicht erörtert, dass über § 492 Abs. 1 Satz 1 FamFG, § 23a Abs. 3 GVG eine entsprechende Anwendung der sitzungspolizeilichen Vorschriften in den Verfahren nach § 342 Abs. 2 Nr. 1 FamFG erwogen werden müsste; MünchKomm-BGB/*Baldus*, 7. Aufl. 2017, § 1004 Rn. 22.

9 Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 22.1.2016 – 11 U 67/15, NJW 2016, 1454.

derschrift des Verzeichnisses durch den Notar.[10] Aus § 242 BGB kann sich der *Anspruch eines Beteiligten auf Zustimmung* zur Anwesenheit einer Vertrauensperson, insbesondere eines Rechtsanwalts ergeben, bspw. eines Gesellschafters[11] oder eines Wohnungseigentümers[12] auf Beiziehung seines Rechtsanwalts zur Beurkundung einer Gesellschafter- oder Eigentümerversammlung aufgrund der zwischen den Gesellschaftern bzw. den Wohnungseigentümern bestehende *Treuepflicht*. Da der Notar keine Entscheidung darüber treffen kann, ob ein solcher Anspruch besteht, muss er die Beteiligten bei Uneinigkeit auf den Gerichtsweg verweisen. Die Beurkundung muss er, soweit die Beteiligten mehrheitlich auf sofortiger Beurkundung bestehen, unter Ausschließung des Dritten vornehmen. Ohne Zustimmung der Beteiligten darf der Notar aufgrund seines oben dargestellten *Verfahrensleitungs- und Hausrechts* Personen zuziehen, um die störungsfreie Durchführung des Verfahrens zu erreichen.

dd) Bevollmächtigte

In der Praxis erscheinen die Beteiligten häufig mit Vertrauenspersonen (z.B. Familienangehörigen) oder Bevollmächtigten (z.B. Rechtsanwälten oder Steuerberatern). In § 12 BeurkG ist vorausgesetzt, dass sich die Beteiligten grds. (soweit nicht ein persönliches Erscheinen aus materiell-rechtlichen Gründen erforderlich ist) durch einen *Bevollmächtigten* vertreten lassen können. Dem materiell Beteiligten wird man aber das Teilnahmerecht an der Beurkundungsverhandlung nicht deshalb versagen können, weil er bereits durch einen oder mehrere Bevollmächtigte vertreten ist. Es muss ihm also gestattet werden, der Verhandlung durch seinen Bevollmächtigten beizuwohnen. Daraus folgt aber nicht, dass sich der Beteiligte in der Verhandlung auch durch *mehrere Bevollmächtigte* vertreten lassen darf, wenn ein alleinvertretungsberechtigter Bevollmächtigter vorhanden ist. Missbräuchliche Vollmachtsgestaltungen (z.B. die Gesamtvertretung durch mehrere Bevollmächtigte) können dann zurückgewiesen werden, wenn der Beteiligte ebenfalls an der Verhandlung teilnehmen möchte; es ist ihm in diesem Fall zuzumuten, an der Verhandlung selbst teilzunehmen. Weiter kann aus § 12 BeurkG nicht der Gegenschluss gezogen werden, dass ohne Zustimmung der übrigen Beteiligten stets ein Anspruch auf Anwesenheit *eines potenziellen Bevollmächtigten* bestehe, da anderenfalls der Charakter der Nichtöffentlichkeit der Verhandlung leicht ausgehebelt werden könnte. Vielmehr besteht ein solcher aus § 242 BGB folgender Anspruch nur entsprechend den vorstehenden Ausführungen, wenn dem Beteiligten unter Berücksichtigung der Interessen der anderen Beteiligten (vor allem auf Geheimhaltung und Vertraulichkeit) die Wahrnehmung seiner Rechte in der Verhandlung nur unter Zuziehung eines Bevollmächtigten möglich ist (z.B. weil im Rahmen der Verhandlung schwierige Rechtsfragen zu klären sind, die im Vorfeld nicht abschließend vereinbart werden konnten und die sich der Beteiligte nur durch Hinzuziehung seines Rechtsanwalts zu entscheiden zutraut).

ee) Beistände

Entsprechend wird man das Erscheinen von *Beiständen* im Termin handhaben müssen. Auf § 12 FamFG, der das Erscheinen von Beiständen grds. gestattet, können sich die Beteiligten allenfalls in den Verfahren nach § 342 Abs. 2 Nr. 1 FamFG berufen, weil dort § 492 Abs. 1 Satz 1 FamFG eine entsprechende Anwendung der für das AG geltenden Vorschriften des FamFG vorsieht. Ansonsten sind Beistände nur mit Zustimmung aller anderen Beteiligten zuzulassen. Ein Anspruch auf Zulassung nach § 242 BGB besteht allenfalls, wenn der Beteiligte unter Berücksichtigung der Interessen der anderen Beteiligten ohne Beistand der Beurkundungsverhandlung nicht oder nicht mit der gebotenen Konzentration folgen könnte. Dies ist etwa der Fall bei Beteiligten, die gerade erst volljährig geworden sind oder die geschäftsunerfahren sind.

ff) Kinder und Haustiere

In diese Kategorie einzuordnen sind aber auch die Fälle, in denen die mitgebrachte Person nicht der Beistand der Beteiligten ist, sondern in denen der *Beteiligte der Beistand des Dritten* ist, also von mitgebrachten minderjährigen Kindern. Da gerade von diesen Personen, insbesondere von Säuglingen und Kindern mit Verhaltensauffälligkeiten, erhebliche Störungen für alle Beteiligten und den Notar ausgehen, die nicht nur den Zweck des Beurkundungsverfahrens gefährden, sondern auch indiziell für eine schwächere Verhandlungsposition des das Kind umsorgenden Beteiligten sein können,[13] sollte besonders sorgfältig geprüft werden, wie die Beurkundungsverhandlung in Abwesenheit von Kindern ermöglicht werden kann. Entsprechend wird man bei mitgebrachten *Haustieren*, von denen eine Störung ausgeht, zu verfahren haben.

b) Reaktionsmöglichkeiten bei Störungen durch anwesenheitsberechtigte Dritte

Gehen die Störungen von den anwesenheitsberechtigten Dritten aus, stehen dem Notar grds. dieselben Befugnisse zu, mit denen er auf Störungen der Beteiligten reagieren kann, also durch *Belehrung* bzw. Ermahnung, durch *Feststellung* der Störung und der Person des Störers in der Niederschrift und schließlich durch *Unterbrechung* und endgültigen *Abbruch* der Verhandlung. Zu beachten ist außerdem, dass dem Dritten *kein Frage-, Rede- und Erörterungsrecht* in der Verhandlung zusteht, dieses kann allenfalls durch die Beteiligten ausgeübt werden. Soweit der Dritte durch beharrliches Reden und Nachfragen die Verhandlung stört, ist der Notar berechtigt, diesen auf sein fehlendes Rederecht hinzuweisen und ihn bei beharrlicher Weigerung, sich dem Verfahren angemessen zu verhalten, unter Berufung auf seine Verhandlungsleitung und sein Hausrecht von der *Verhandlung auszuschließen* und ggf. *aus den Amtsräumen entfernen* zu lassen.

---

10 Vgl. KG, Urt. v. 18.12.1995 – 12 U 4352/94, NJW 1996, 2312, 2313.

11 Vgl. OLG Dresden, Urt. v. 25.8.2016 – 8 U 347/16, NJW-RR 2016, 1374 = ZAP F. 15, S. 617 (*Singer*); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.7.2001 – 17 W 42/01, MDR 2001, 1305 = ZAP F. 15, S. 411.

12 Vgl. *Drasdo*, NZM 2015, 360.

13 BGH, Beschl. v. 15.3.2017 – XII ZB 109/16, NJW 2017, 1883, 1886 m. Anm. *Born*: „Beim Notartermin war schließlich das noch nicht einen Monat alte Kind dabei und es ist ebenfalls nachvollziehbar, dass die Ehefrau deswegen den Beurkundungstermin möglichst schnell hinter sich bringen wollte“.

Solche Maßnahmen sind gegenüber *Kindern, Säuglingen* und *Haustieren* natürlich nicht sinnvoll und auch nicht angemessen. Wird die Verhandlung durch diese dauerhaft gestört, so sollte die Verhandlung *unterbrochen* werden und erst fortgesetzt werden, wenn eine Verhandlung mit dem Kind oder dem Haustier wieder möglich ist oder bis die Beteiligten eine Möglichkeit gefunden haben, das Kind oder das Haustier außerhalb der Verhandlung betreuen zu lassen.

2. Störungen durch nicht anwesenheitsberechtigte Dritte

Alle anderen Personen, die weder mit Zustimmung aller Beteiligten noch aufgrund einer gesetzlichen Erlaubnisnorm an der Verhandlung teilnehmen wollen, hat der Notar zum *Verlassen des Beurkundungsraumes* aufzufordern und dieses Gebot notfalls unter Berufung auf sein Hausrecht unter Beiziehung der *Polizei zwangsweise* durchzusetzen. Das bedeutet, dass der Notar Personen, die nicht formell an der Beurkundungsverhandlung beteiligt sind, grds. jederzeit von dieser ausschließen und den Ausschluss notfalls sogar unter Berufung auf sein Hausrecht mit polizeilicher Gewalt durchsetzen darf. Es spielt dabei keine Rolle, welche Aufgabe die Dritten im Vorfeld der Verhandlung gespielt haben, sodass auch ein *Ausschluss des Maklers*, der den Abschluss des Kaufvertrags vermittelt hat, und ein *Ausschluss des Rechtsanwalts*, der einen Beteiligten beraten hat, erfolgen müssen.

III. Störungen von außen

Schließlich sind Störungen von außen denkbar, die auf menschlichem Verhalten oder auf *besonderen Naturereignissen* beruhen. Bei Letzteren ist in erster Linie an (Bau- und Straßen-)Lärm, an große Hitze oder große Kälte oder an den Ausfall der für das Verfahren notwendigen Systeme (Strom, Server oder PC) zu denken. In allen diesen Situationen wird nur eine Unterbrechung der Verhandlung in Betracht kommen, die nach Behebung der (technischen) Störung fortgesetzt werden kann. Von *außenstehenden Personen* gehen Störungen vor allem aus, wenn *Mitarbeiter des Notars* den Beurkundungsraum ohne Aufforderung betreten, um diesen Dokumente unterschreiben zu lassen oder um ihn zu einer anderen Tätigkeit aus der Verhandlung herauszuholen. Diese in manchen Gegenden weitverbreitete Unsitte verletzt das Verfahrensrecht der Beteiligten auf Durchführung einer nicht öffentlichen Verhandlung und kann unter keinen Umständen als respektvoller Umgang mit den Beteiligten bezeichnet werden. In diesen Situationen sollte die Verhandlung jedenfalls unverzüglich *unterbrochen*, aber baldmöglichst nachdem der Mitarbeiter den Raum verlassen hat, *wieder aufgenommen* werden. Im Zeitalter moderner Bürokommunikation sollte es möglich sein, andere Wege zu finden, um den Notar von einer unaufschiebbaren Tätigkeit oder einem Notfall, der die Unterbrechung der Verhandlung erfordert, in Kenntnis zu setzen.

IV. Schlussbetrachtung

Der vorstehende Beitrag sollte einen weitgehend vernachlässigten Aspekt des Beurkundungsverfahrens ins Blickfeld rücken, wie der Notar mit Störungen während der Beurkundungsverhandlung umgehen kann, insbesondere wie er auf *Verhaltensstörungen* der Beteiligten oder Dritter reagieren kann. Aus den bestehenden Vorschriften wurde abgeleitet, dass der Notar zwar nicht die den Gerichten zustehende Möglichkeit einer Sitzungspolizei hat, dass er aber auf die mit der Störung verbundenen Risiken *hinweisen* darf, dass er diese und die Hinweise in der Niederschrift *vermerken* darf, dass er einerseits *Dritte zur Aufrechterhaltung der Sicherheit zur Verhandlung hinzuziehen* darf, andererseits *Dritte von der Verhandlung ausschließen* darf und dass er die Beurkundung *unterbrechen* und ggf. gänzlich *ablehnen* darf. Die *zwangsweise Entfernung störender Personen* kann der Notar notfalls gestützt auf sein Hausrecht unter Beiziehung der Polizei durchsetzen.

Erörtert wurde außerdem die damit verbundene Problematik, ob und unter welchen Voraussetzungen überhaupt *Dritte an der Verhandlung teilnehmen* dürfen. Hier scheint die Praxis noch nicht hinreichend sensibilisiert zu sein. Soweit Dritte an der Verhandlung teilnehmen möchten, sollte stets entsprechend § 170 Abs. 1 Satz 2 GVG das *Einverständnis aller formell Beteiligten* eingeholt werden. Außerdem sollte auf die mit der *fehlenden Vertraulichkeit* verbundenen Gefahren und Risiken, denen die Beteiligten bei einem Anwesenheitsrecht Dritter ausgesetzt sind, hingewiesen werden. Insgesamt sollte sich im Notariat das Bewusstsein durchsetzen, dass eine Beurkundungsverhandlung *nicht öffentlich* stattfindet und dass grds. *kein Anwesenheitsrecht Dritter* besteht. Auf diese Weise könnten zahlreiche Rechtsgeschäfte, die vornehmlich dem Interesse eines Dritten entsprechen, und zu deren Abschluss sich die Beteiligten möglicherweise durch die Anwesenheit des Dritten in der Beurkundungsverhandlung gedrängt fühlen, verhindert werden. Gerade bei *einseitigen Rechtsgeschäften* (z.B. Testamenten und Vollmachten) muss der Notar sorgfältig abwägen, ob das Einverständnis des Beteiligten mit der Anwesenheit des Erbprätendenten oder des zu Bevollmächtigenden auf einer freien Entscheidung beruht. Im Zweifel empfiehlt es sich, die Verhandlung ohne den Dritten durchzuführen.[14]

14 Vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren in einer alternden Gesellschaft, Habilitation, 2016, S. 391 f., 393, der *de lege* ferenda empfiehlt, dass bei der Errichtung von letztwilligen Verfügungen volle Vertraulichkeit mit dem Notar hergestellt werden, dass jeder Unbeteiligte vom Errichtungsakt ausgeschlossen sein und dass kein Mitwirkender ein unmittelbares oder mittelbares Interesse am Inhalt der Verfügung haben sollte.

Grundstücksrecht

Sondernutzungsrechte – Übertragung und gestreckte Begründung[1]

von Notarin Dr. Melanie Falkner, Ochsenfurt

Sondernutzungsrechte fungieren als „Eigentumsersatz", sodass deren wirtschaftliche Bedeutung immens ist. Kann an einem Wirtschaftsgut mangels Sondereigentumsfähigkeit keine eigene Sondereigentumseinheit geschaffen werden (z.B. beim Kfz-Stellplatz im Freien oder bei einer Gartenfläche), so weicht die Gestaltungspraxis auf ein Sondernutzungsrecht aus. Beim Thema Sondernutzungsrechte befinden wir uns jedoch in einem Bereich reiner Rechtsschöpfung durch Gerichte und Praxis. Der Gesetzgeber setzt den Begriff „Sondernutzungsrecht" in § 5 Abs. 4 Satz 2 und 3 WEG sowie in § 2 Nr. 3 GrEStG voraus, ohne ihn selbst zu definieren. Das gesetzliche Fundament der Sondernutzungsrechte ist also dünn.

Die Rechtsprechung hat Strukturen herausgearbeitet, deren systematische Einordnung ins Wohnungseigentumsrecht z.T. jedoch schwerfällt. Dabei wäre gerade im Bereich der richterlichen Rechtsfortbildung eine möglichst stringente und widerspruchfreie Herleitung der Strukturen geboten. Praxisfeindliche Gerichtsentscheidungen wiegen umso schwerer, als in großen Wohnungseigentümergemeinschaften nachträglich einstimmige Entscheidungen – unter zusätzlicher Beteiligung sämtlicher Grundbuchberechtigter – häufig ausweglos sind. Die Klärung rechtlicher Fragestellungen rund um die Sondernutzungsrechte wird uns sicher noch lange beschäftigen. Die nachfolgenden Ausführungen wollen einen kleinen Beitrag hierzu leisten und auf bestehende Lücken der rechtlichen Begründung hinweisen.

I. Grundlagen

1. Definition

Das Sondernutzungsrecht wird definiert als ein alleiniges Gebrauchs- bzw. Nutzungsrecht an einem Teil des Gemeinschaftseigentums zugunsten eines (oder mehrerer) Wohnungseigentümer, verbunden – denknotwendig – mit dem Ausschluss des Mitgebrauchsrechts der übrigen Wohnungseigentümer. Das alleinige Nutzungsrecht wird als die positive Komponente des Sondernutzungsrechts beschrieben, der Ausschluss vom Mitgebrauchsrecht stellt die sog. negative Komponente dar. Zuweilen wird zu Recht betont, dass die negative Ausschluss-Komponente die ausschlaggebende ist, weil ein positives Mitgebrauchs- bzw. Nutzungsrecht nicht erst begründet werden muss, sondern bereits kraft Gesetzes nach § 13 Abs. 2 WEG besteht.[2]

2. Gesetzliches Fundament

Die gesetzlichen Grundlagen des Sondernutzungsrechts finden sich in §§ 10 Abs. 2 Satz 2, 15 Abs. 1 und § 13 Abs. 2 WEG. In den gängigen Kommentaren findet man das Sondernutzungsrecht bunt gemischt bei einem dieser drei Paragrafen kommentiert (§§ 10, 13 oder § 15 WEG).

a) Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG

Gem. § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG können die Wohnungseigentümer von den Vorschriften des WEG abweichende „Vereinbarungen" treffen, soweit nicht etwas anderes ausdrücklich bestimmt ist. Das Sondernutzungsrecht stellt eine solche Vereinbarung zur Ausgestaltung des Zusammenlebens der Wohnungseigentümer untereinander dar. Die Wohnungseigentümer sind untereinander in einem besonderen Schuldverhältnis verbunden: dem Gemeinschaftsverhältnis. Dieses schuldrechtliche Gemeinschaftsverhältnis können die Wohnungseigentümer – in den Grenzen des gesetzlich Erlaubten – selbst frei gestalten. Das Gemeinschaftsverhältnis ist gestaltungsoffen und in § 10 Abs. 2 WEG wird die Vertragsfreiheit der Wohnungseigentümer betont.[3] Die Vereinbarungen sind als „Regeln des Zusammenlebens" in der Gemeinschaftsordnung zusammengefasst.

b) Gebrauchsregelung nach § 15 Abs. 1 WEG

Eine Regelung zur Sondernutzung ist in § 10 Abs. 2 und § 15 Abs. 1 WEG vom Gesetz ausdrücklich gestattet, indem § 15 Abs. 1 vorsieht, dass die Wohnungseigentümer den Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums durch Vereinbarung regeln können. Während die Rechtsprechung früher das Sondernutzungsrecht als eine besondere Gebrauchsregelung des § 15 Abs. 1 WEG beschrieb, wird nunmehr gesagt, eine Gebrauchs-Regelung nach § 15 Abs. 1 WEG setze einen zu regelnden Mitgebrauch voraus und sei gerade von einem Gebrauchs-Entzug durch ein Sondernutzungsrecht zu unterscheiden.[4] Hintergrund dieser Paragraphenzuordnung könnte sein, dass eine Abkehr von § 15 WEG gewünscht war, um zu verdeutlichen und um systematisch sicherzustellen, dass ein Sondernutzungsrecht nicht durch Beschluss begründet werden kann.[5] Denn § 15 WEG enthält in seinem Abs. 2 eine Beschlusskompetenznorm, die eine Begründung von Sondernutzungsrechten aber jedenfalls nicht umfasst. Denn ein Sondernutzungsrecht kann nur durch Vereinbarung, nicht durch Beschluss begründet werden.

---

1 Der Beitrag basiert auf dem Vortrag der Autorin beim 17. Wissenschaftlichen Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg.

2 BGH, NJW 1979, 548, 549; BeckOK-WEG/*Dötsch*, § 15 Rn. 227, Stand: 1.3.2017; *Ott*, NZM 2017, 1, 2.

3 BeckOK-WEG/*Hügel*, § 10 Rn. 31 f., Stand: 1.2.2017.

4 Bärmann/*Suilmann*, WEG, 13. Aufl. 2015, § 13 Rn. 74.

5 BeckOK-WEG/*Dötsch*, § 15 Rn. 229 ff., Stand: 1.3.2017; Bärmann/Seuß/*Schneider*, Praxis des Wohnungseigentums, 6. Aufl. 2013, Rn. C 255.

c) Abbedingung des § 13 Abs. 2 WEG

Durch die Vereinbarung eines Sondernutzungsrechts wird § 13 Abs. 2 WEG abbedungen. Nach § 13 Abs. 2 WEG ist jeder Wohnungseigentümer zum Mitgebrauch des gesamten Gemeinschaftseigentums berechtigt. So darf bspw. auch der Erdgeschoss-Wohnungseigentümer durch das gesamte Treppenhaus laufen. Hier wird betont, dass das Sondernutzungsrecht eine gesetzesändernde Regelung darstellt und daher einer Vereinbarung bedarf. Nur gesetzeskonkretisierende Regelungen sind durch Beschluss möglich.

d) Zwischenergebnis

Das ist bereits das gesamte gesetzliche Ausgangsmaterial, auf dem sämtliche weiterentwickelten Strukturen und Grundsätze des Sondernutzungsrechts gründen müssen. I.Ü. befinden wir uns im Bereich der Rechtsfindung, die beim Sondernutzungsrecht einen breiten Raum einnimmt.

Das Sondernutzungsrecht ist im Ausgangspunkt also nur eine bestimmte Art einer Vereinbarung.[6] So wie andere Vereinbarungen auch (z.B. Zweckbestimmungsvereinbarungen, Vereinbarungen über Instandhaltungspflichten und Vereinbarungen über das Abhalten einer Eigentümerversammlung), ist das Sondernutzungsrecht Teil der schuldrechtlichen Gemeinschaftsordnung und nicht Teil der sachenrechtlichen Aufteilung. Die Eigentumsqualität ist von einer Sondernutzungsregelung nicht betroffen.

3. Schnittstelle ins Sachenrecht

Das Sondernutzungsrecht kann – wie jede andere Vereinbarung auch – gem. § 10 Abs. 3 WEG als Inhalt des Sondereigentums ins Grundbuch eingetragen werden. Diese Möglichkeit der Verdinglichung der Vereinbarung wiederholt das Gesetz in § 5 Abs. 4 WEG. Durch die Grundbucheintragung erstarkt das Sondernutzungsrecht nicht zum eigenständigen dinglichen Recht, vielmehr bleibt das Sondernutzungsrecht ein rein schuldrechtliches Recht.[7] Nach Ausdrucksweise des BGH erlangt die Regelung zur Sondernutzung dingliche Wirkung, ohne ein selbstständiges dingliches Recht zu sein.[8]

Als Rechtswirkung der Grundbucheintragung nach § 10 Abs. 3 WEG ergibt sich, dass die Vereinbarung auch gegenüber Sonderrechtsnachfolgern gilt und zusätzlich, dass sie zum Inhalt des Sondereigentums wird. Nach § 10 Abs. 3 WEG wird also die schuldrechtliche inter-partes-Wirkung der vertraglichen Vereinbarung ersetzt durch eine Rechtswirkung unter den jeweiligen Wohnungseigentümern. Wechselt in der Wohnungseigentümergemeinschaft ein Wohnungseigentümer, so ändert dies nichts an der Fortgeltung der getroffenen Vereinbarung. Bei einer schuldrechtlichen Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG, die nicht ins Grundbuch eingetragen wurde, ist die Vereinbarung dagegen bei einem Wechsel eines Wohnungseigentümers dem Untergang preisgegeben, weil der neue Wohnungseigentümer die Vereinbarung nicht gegen sich gelten lassen muss. Er kann allenfalls freiwillig die schuldrechtliche Vereinbarung übernehmen.

Durch die Eintragung „als Inhalt des Sondereigentums“ erfolgt eine Transformation[9] der schuldrechtlichen Vereinbarung ins Sachenrecht. Hier ist zweifelhaft, ob für die verdinglichte schuldrechtliche Vereinbarung nunmehr primär sachenrechtliche Regelungen (z.B. §§ 873, 877 BGB) oder schuldrechtliche Regelungen (z.B. § 398 BGB) oder weiterhin wohnungseigentumsrechtliche Regelungen (§ 10 WEG) gelten. Möglicherweise wollte der Gesetzgeber durch die Eintragungsform „als Inhalt des Sondereigentums“ nur eine klare Abgrenzung der wohnungseigentumsrechtlichen Vereinbarung von der Miteigentümervereinbarung nach dem BGB schaffen.[10] Eine Miteigentümervereinbarung nach BGB kann nach § 1010 Abs. 1 BGB ebenfalls ins Grundbuch eingetragen werden, jedoch erfolgt die Eintragung hier als Belastung des Miteigentumsanteils. Konsequenz einer Eintragung als Belastung des Miteigentumsanteils ist eine Rangstelle der Grundbucheintragung.

4. Zwischenergebnis

Im Ausgangspunkt ist und bleibt das Sondernutzungsrecht eine schuldrechtliche Vereinbarung. Die schuldrechtliche Ebene muss dem Rechtsanwender trotz erfolgter Grundbucheintragung präsent bleiben, weil das Sondernutzungsrecht im Schuldverhältnis der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer wurzelt und gerade kein dingliches Recht ist. Als schuldrechtliche Vereinbarung zeitigt das Sondernutzungsrecht immer sofortige Rechtswirkung, eine Grundbucheintragung gem. § 10 Abs. 3 WEG ist stets fakultativ und nicht konstitutiv.[11] Die Wohnungseigentümer können eine Grundbucheintragung vornehmen, wenn die Rechtswirkung des § 10 Abs. 3 WEG – Fortgeltung der Vereinbarung auch gegenüber dem Sonderrechtsnachfolger – gewünscht ist.

II. Übertragung von Sondernutzungsrechten

1. Übertragung mit dem Wohnungseigentum oder isoliert

Das Sondernutzungsrecht geht mit Übertragung des Wohnungseigentums ipso jure auf den Erwerber mit über, weil es dem jeweiligen Eigentümer der Sondereigentumseinheit zusteht.[12] Da das Sondernutzungsrecht der Sondereigentumseinheit zugeordnet ist und automatisch mit übergeht, muss das Sondernutzungsrecht im Veräußerungsvertrag auch nicht ausdrücklich erwähnt werden. Das Grundbuchamt darf aus einer fehlenden Erwähnung der Übertragung auch des

6 *Häublein*, Sondernutzungsrechte und ihre Begründung im Wohnungseigentumsrecht, Diss., 2003, S. 23, 58, 312.

7 BeckOK-WEG/*Hügel*, § 13 Rn. 10, Stand: 1.11.2016; BeckOK-WEG/*Dötsch*, § 15 Rn. 239 m.w.N., Stand: 1.3.2017.

8 BGH, NJW 1979, 548, 549.

9 *Häublein* (Fn. 6), S. 40, spricht von einer „Metamorphose“.

10 BeckOK-WEG/*Dötsch*, § 15 Rn. 242, Stand: 1.3.2017; *Häublein* (Fn. 6), S. 37 ff.: nur grundbuchrechtliche Umsetzung der Eintragung.

11 BeckOK-WEG/*Dötsch*, § 15 Rn. 240, Stand: 1.3.2017.

12 Ausnahme wäre ein sog. persönliches Sondernutzungsrecht, das nur einer bestimmten Person als Wohnungseigentümer zustehen soll. Ist diese Person nicht mehr Wohnungseigentümer, so erlischt das Sondernutzungsrecht. Gegen ein persönliches Sondernutzungsrecht, *Elzer*, NZM 2016, 529, 531.

Sondernutzungsrechts nicht schlussfolgern, dass das Sondernutzungsrecht an jemand anderes veräußert worden sein könnte.[13]

Ohne Wechsel im Eigentum des Wohnungseigentums kann das Sondernutzungsrecht auch isoliert übertragen werden. Eine Veräußerung ist nur innerhalb der Wohnungseigentümergemeinschaft an einen anderen Wohnungseigentümer möglich; nicht aber an eine Person, die nicht Mitglied der Wohnungseigentümergemeinschaft ist. Das Sondernutzungsrecht kann als Inhalt des Sondereigentums nicht losgelöst von einem solchen Sondereigentum bestehen.[14]

2. Dogmatische Analyse der Sondernutzungsrechts-„Übertragung"

Zu Recht wird gesagt, dass Vereinbarungen – und damit auch Sondernutzungsrechte – nicht verkauft, abgetreten oder übertragen werden können.[15] Der Begriff „Übertragung" oder „Veräußerung" – der von der Verfasserin dennoch weiterhin verwendet wird – erweckt zu Unrecht den Eindruck, dass ein dingliches Recht übertragen wird. Das Sondernutzungsrecht ist gerade kein eigenständiges dingliches Recht, das übertragen werden könnte.

Auf schuldrechtlicher Ebene handelt es sich um die Änderung der Sondernutzungsrechtsvereinbarung. Vereinbarungen nach § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG können nachträglich geändert werden. Die ursprüngliche Sondernutzungsrechtsvereinbarung wird dabei hinsichtlich des Nutzungsberechtigten geändert. Auf sachenrechtlicher Ebene handelt es sich um eine Inhaltsänderung des Sondereigentums.

a) Analyse zur sachenrechtlichen Ebene

Durch die Eintragung im Grundbuch als Inhalt des Sondereigentums stellt die nachträgliche Änderung des Nutzungsberechtigten eine Inhaltsänderung i.S.d. § 877 BGB dar. Verfügungsobjekt der Inhaltsänderung ist allein das Sondereigentum, nicht aber das Sondernutzungsrecht als solches, das kein eigenständiges dingliches Recht darstellt.

Dabei ändert sich ausschließlich der Inhalt des Sondereigentums der veräußernden und der erwerbenden Sondereigentumseinheit.[16] Bei den nach wie vor von der Nutzung ausgeschlossenen Sondereigentumseinheiten findet hingegen keine Inhaltsänderung statt. Inhalt des Sondereigentums der nicht-nutzungsberechtigten Eigentumseinheiten ist also nur: „Ein bestimmt bezeichnete Teil des Gemeinschaftseigentums darf nicht genutzt werden." Die negative Komponente bleibt bei den nicht-nutzungsberechtigten Einheiten unverändert; der Ausschluss vom gesetzlichen Mitgebrauchsrecht nach § 13 Abs. 2 WEG ist gerade Kern der Sondernutzungsrechtsvereinbarung.[17] Welche Sondereigentumseinheit nutzungsberechtigt ist, wird dagegen nicht zum Inhalt des Sondereigentums.

Folglich ist für eine Übertragung des Sondernutzungsrechts nach §§ 873, 877 BGB auch nur die Mitwirkung des veräußernden und des erwerbenden Wohnungseigentümers erforderlich. Zusätzlich ist nach §§ 877, 876 Satz 1 BGB, § 5 Abs. 4 WEG die Zustimmung der dinglich Berechtigten der das Sondernutzungsrecht abgebenden Sondereigentumseinheit erforderlich. Die Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer sowie die Zustimmung von deren dinglich Berechtigten sind dagegen nicht notwendig. Weitere Konsequenz ist, dass eine Grundbucheintragung nur an den Grundbuchblattstellen der zwei betroffenen Wohnungseigentümer erfolgt.[18]

b) Analyse zur schuldrechtlichen Ebene

Die Abänderung der ursprünglichen schuldrechtlichen Sondernutzungsrechtsvereinbarung allein durch die zwei betroffenen Wohnungseigentümer der veräußernden und der erwerbenden Eigentumseinheit wird unkritisch für zulässig gehalten. Grds. kann eine Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG – die nur unter Mitwirkung sämtlicher Wohnungseigentümer zustande kommt – auch nur durch sämtliche Wohnungseigentümer nachträglich geändert werden.[19] Eine Änderungsvereinbarung bedarf ebenso wie die ursprüngliche Vereinbarung der Einstimmigkeit. Die Sondernutzungsrechtsübertragung erfolgt jedoch allein unter Mitwirkung des veräußernden und des erwerbenden Wohnungseigentümers.

Hier wird argumentiert, dass man in die ursprüngliche Vereinbarung im Wege der ergänzenden Auslegung hineinlesen könne, dass alle Nicht-Nutzungsberechtigten mit einer späteren einseitigen Änderung durch den Nutzungsberechtigten einverstanden sind.[20] Die von der Nutzung ausgeschlossenen Wohnungseigentümer erteilen antizipiert ihre Zustimmung zu einer Änderungsvereinbarung hinsichtlich eines neuen Nutzungsberechtigten,[21] weil sie von der Änderung nicht nachteilig betroffen sind.

---

13 OLG München, JurionRS 2014, 19898; *Schmidt*, ZWE 2012, 367, 368 f., Anmerkung zu OLG München.

14 *Elzer*, NZM 2016, 529, 531.

15 *Elzer*, NZM 2016, 529, 530.

16 Grundlegend BGH, NJW 1979, 548.

17 S. Fn. 2.

18 BGH, NJW 1979, 548, 549; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2965.

19 *Häublein* (Fn. 6), S. 53 f.

20 Ob man auf schuldrechtlicher Ebene gleich der Argumentationslinie bei der sachenrechtlichen Inhaltsänderung allein die negative Komponente des Gebrauchsausschlusses als Vereinbarungsinhalt begreifen kann, erscheint äußerst fragwürdig. Die schuldrechtliche Vereinbarung wäre zu konzentrieren auf den Inhalt „Es gibt für eine beliebige Sondereigentumseinheit ein Sondernutzungsrecht" und hieran würde sich bei späteren Veräußerungen des Nutzungsrechts nichts ändern. Offenbliebe, welchen Rechtscharakter die Benennung des Berechtigten haben soll. Zusätzlich erscheint mir dieser Weg nicht weniger konstruiert als die Annahme einer antizipierten Zustimmung. Die Wohnungseigentümer sind hinsichtlich der Ausgestaltung von Vereinbarungen nach § 10 Abs. 2 WEG völlig frei, sodass es sich verbietet, einen bestimmten Inhalt „vorzuschreiben". Möglich ist allein eine Auslegung.

21 BeckOK-WEG/*Dötsch*, § 15 Rn. 308, Stand: 1.3.2017; Bärmann/*Suilmann* (Fn. 4), § 13 Rn. 121 f.

Um nicht auf eine solche Auslegung der Sondernutzungsrechtsvereinbarung zurückgreifen zu müssen, sollte eine Gemeinschaftsordnung ausdrücklich vorsehen, dass Sondernutzungsrechte vom jeweiligen Berechtigten allein veräußert werden können.[22] Nach der Rechtsprechung ist ein solcher Passus in der Gemeinschaftsordnung wohl nicht erforderlich. Die Rechtsprechung fokussiert sich ziemlich klar allein auf die sachenrechtliche Ebene und konstatiert, dass für die Inhaltsänderung nach § 877 BGB nur die Mitwirkung der zwei betroffenen Wohnungseigentümer notwendig ist. Ob die daraus folgende freie Übertragbarkeit des Sondernutzungsrechts beabsichtigt war, sei unerheblich.[23]

c) Analyse der alleinigen und freien Übertragbarkeit

aa) Ausschlussmöglichkeit

Umgekehrt ist es jedoch möglich, ein Sondernutzungsrecht ausdrücklich nicht frei übertragbar zu gestalten. Schuldrechtlich gesehen ist dies systemimmanent, weil eine Änderung der Sondernutzungsvereinbarung nur durch alle Wohnungseigentümer gerade dem Grundsatz entspricht. Sachenrechtlich gesehen kann grds. – soweit eine Inhaltsänderung nach dem BGB möglich ist – nicht für ein bestimmtes Wohnungseigentum diese Änderungsbefugnis ausgeschlossen werden (vgl. § 137 Satz 1 BGB). Diese sachenrechtliche Hürde überwindet aber § 12 WEG. Wenn schon eine Übertragung des Wohnungseigentums von der Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer abhängig gemacht werden kann, muss dies erst recht für eine – weniger weitreichende – Inhaltsänderung gelten. Nach § 12 Abs. 1 WEG analog kann also die Inhaltsänderung des Sondereigentums ausnahmsweise von der Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer (oder des Verwalters) abhängig gemacht werden.[24]

bb) Ergebniskontrolle zur freien Übertragbarkeit

Gilt die freie Übertragbarkeit von Sondernutzungsrechten uneingeschränkt und entspricht dies dem Willen der Beteiligten? Auf die Person des Sondernutzungsberechtigten kann es zunächst nicht ankommen, weil diese Person auch bei einer Veräußerung des Wohnungseigentums wechseln kann. Persönliche Sondernutzungsrechte, die also nur einem bestimmten Wohnungseigentümer und nicht dem jeweiligen Eigentümer einer Einheit zustehen, sind zwar möglich,[25] jedoch selten.[26]

Während man die Übertragbarkeit eines Kfz-Stellplatzes unproblematisch bejahen wird, hätte man möglicherweise Zweifel bei der Übertragbarkeit eines Terrassen-Sondernutzungsrechts. Möglicherweise könnte es auf die Verknüpfung eines Sondernutzungsrechts mit einer bestimmten Sondereigentumseinheit im Einzelfall doch ankommen. So kann es einen Unterschied machen, ob ein Garten-Sondernutzungsrecht der 20 qm Erdgeschoss-Wohnung oder der 100 qm Wohnung im 3. Stock zugewiesen ist. Ein unterschiedliches Störpotenzial durch potenziell mehr Gartennutzer sowie eine intensivere Nutzung des Treppenhauses liegt nahe. Die Größe der Sondereigentumseinheit und deren Lage im Gebäude könnten eine Rolle spielen.

Stellt man auf die schuldrechtliche Ebene und die Auslegung der Vereinbarung im Hinblick auf eine antizipierte Zustimmung ab, so könnten solche Besonderheiten berücksichtigt werden. Sachenrechtlich könnte man allenfalls darauf abstellen, was genau Inhalt des Sondereigentums wird. Man müsste erörtern, ob für ein Terrassen-Sondernutzungsrecht möglicherweise mehr als der reine Gebrauchsausschluss Inhalt des Sondereigentums werden kann.[27] Zuletzt kann man auch auf dem Weg einer freien Übertragbarkeit für sämtliche Sondernutzungsrechte bleiben, was der Verfasserin aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit vorzugswürdig erscheint.

3. Dogmatische Analyse des Übertragungs-Vorganges

a) Voraussetzungen für die isolierte Übertragung

Die Übertragung eines Sondernutzungsrechts erfolgt durch Einigung und Eintragung (§§ 873, 877 BGB). Die Einigung erfolgt zwischen veräußerndem und erwerbendem Wohnungseigentümer. Zusätzlich müssen die dinglichen Grundbuchberechtigten der veräußernden Einheit mitwirken (§§ 877, 876 BGB). Das Prinzip von Einigung und Eintragung kennen wir von der Eigentumsübertragung (§§ 925, 873 BGB). Diese Vorgehensweise bei der Übertragung ist wiederum ausschließlich geprägt von der sachenrechtlichen Ebene. Durch die Veräußerung des Sondernutzungsrechts ändert sich der Inhalt zweier Sondereigentumseinheiten.

b) Konstitutive Grundbucheintragung

Doch kann die Eintragung im Grundbuch für die Übertragung des schuldrechtlichen Sondernutzungsrechts nunmehr

22 Ebenso *Elzer*, NZM 2016, 529, 531.

23 BGH, NJW 1979, 548, 549.

24 BGH, NJW 1979, 548, 549.

25 AA. zu Unrecht *Elzer*, NZM 2016, 529, 531.
Ein persönliches Sondernutzungsrecht ist zulässig. Nach § 10 Abs. 2 WEG besteht Vertragsfreiheit für die Wohnungseigentümer. Eine verdinglichte Wirkung ergibt sich freilich, indem der persönlich Nutzungsberechtigte sein Recht nach § 10 Abs. 3 WEG jedem neuen Mitglied der Gemeinschaft entgegenhalten kann. Dass das Recht bei Tod des Nutzungsberechtigten oder bei dessen Ausscheiden aus der Gemeinschaft endet, ändert an dieser dinglichen Wirkung nichts. Das persönliche Sondernutzungsrecht ist einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit ähnlich.

26 Z.B. denkbar, wenn ein Sondernutzungsrecht für eine Person mit Gehbehinderung oder einer Erkrankung aus diesen in der Person liegenden Gründen eingeräumt wird.

27 Jedenfalls wird neben dem reinen Gebrauchsausschluss auch die Art der Nutzung zum Inhalt aller Sondereigentumseinheiten. Plakativ veranschaulicht ist Inhalt des Sondereigentums nicht nur „Diese Fläche darf nicht genutzt werden", sondern „Dieser Kfz-Stellplatz bzw. dieser Garten darf nicht genutzt werden". Denn für eine Inhaltsänderung des Sondernutzungsrechts (Stellplatz statt Garten) bedarf es der Mitwirkung sämtlicher Wohnungseigentümer und der Eintragung in allen Wohnungsgrundbüchern.

konstitutiv sein? In der Tat soll ein verdinglichtes Sondernutzungsrecht „nur noch nach §§ 873, 877 BGB“ durch Einigung und konstitutive Eintragung übertragbar sein und nicht mehr nach § 398 BGB durch bloße Abtretung.[28] Aber schuldrechtliches und verdinglichtes Sondernutzungsrecht sind dasselbe Recht, beide haben nur unterschiedliche Wirkungen bei einer Sonderrechtsnachfolge.[29] Von der wohnungseigentumsrechtlichen Seite her gedacht, würde man sagen: Die Einigung bewirkt den Rechtsübergang und die Eintragung bewirkt die Rechtswirkungen des § 10 Abs. 3 WEG. Die Einigung ändert die bestehende schuldrechtliche Vereinbarung mit sofortiger Wirkung ab. Die Grundbucheintragung ist nur dahin gehend konstitutiv, dass der Sondernutzungsrechtsinhaber sein Nutzungsrecht nach § 10 Abs. 3 WEG allen Sonderrechtsnachfolgern des Wohnungseigentums entgegenhalten kann.

Ob die Einigung dogmatisch eine Einigung nach Schuldrecht oder eine Einigung nach Sachenrecht über eine Inhaltsänderung oder beides[30] ist, bleibt i.d.R. mangels Praxisrelevanz offen. Möglich wäre auch eine schuldrechtliche Einigung nebst Einigung, dass eine Verdinglichung nach § 10 Abs. 3 WEG erfolgen soll.

c) Vergleich zu sonstigen Vereinbarungen

In seiner grundlegenden Entscheidung zur Übertragbarkeit von Sondernutzungsrechten stellte der BGH[31] lediglich fest, dass es sich nach erfolgter Verdinglichung des schuldrechtlichen Sondernutzungsrechts, nicht mehr „um einen lediglich schuldrechtlichen Anspruch“ handelt. Trotzdem fokussiert sich die Rechtsprechung mittlerweile ausschließlich auf den „sachenrechtlichen Weg“ nach §§ 873, 877 BGB[32] und blendet die schuldrechtliche Ebene aus. Dadurch wird das Sondernutzungsrecht als „besonders klassifizierte Vereinbarung“ eigenen Regelungen unterworfen.

Eine „normale“ Vereinbarung wie z.B. die Zweckbestimmungsvereinbarung kann durch eine neue schuldrechtliche Vereinbarung geändert werden. Dabei ist die Zweckbestimmung als Teil der Gemeinschaftsordnung auch verdinglicht und zum Inhalt des Sondereigentums geworden. Einigen sich nunmehr alle Wohnungseigentümer z.B. darauf, dass die Wohnung Nr. 1 künftig als Café genutzt werden darf, so ist diese schuldrechtliche Vereinbarung auch ohne Grundbucheintragung wirksam. Die Wohnungseigentümer können – optional – die neue Zweckbestimmung verdinglichen. Sofern eine Grundbucheintragung erfolgt, ist diese jedoch nicht konstitutiv für die geltende Vereinbarung.

Das Grundbuch „hinkt der materiellen Rechtslage zeitlich hinterher“. Das Grundbuch gibt keine vollständige Auskunft über das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, weil abweichende schuldrechtliche Vereinbarungen immer möglich sind.[33] Z.T. – wenn auch nicht im Regelungskontext der Sondernutzungsrechte – kann die verdinglichte Gemeinschaftsordnung ja sogar durch Beschluss geändert werden (§ 10 Abs. 4 Satz 2 WEG). Das Grundbuch ist im Wohnungseigentumsrecht ein nur eingeschränkter Publizitätsträger. Im Bereich der Vereinbarungen kann der neue Wohnungseigentümer eine nicht eingetragene Vereinbarung „zu Fall bringen“, denn er muss sie mangels Eintragung nicht nach § 10 Abs. 3 WEG gegen sich gelten lassen (anders bei einem Beschluss, § 10 Abs. 4 WEG).

d) Vergessene Grundbucheintragung

Die Frage nach einer konstitutiven Wirkung der Grundbucheintragung kann nur relevant werden, wenn eine solche Grundbucheintragung unterbleibt bzw. fehlerhaft erfolgt. Hierzu hat das OLG München jüngst entschieden,[34] dass eine fehlerhafte Eintragung der Übertragung nachgeholt werden kann – und das trotz eines langen Zeitraumes zwischen der Bewilligung im Jahr 1993 und der begehrten Eintragung im Jahr 2015 anlässlich der erneuten Weiterveräußerung des Sondernutzungsrechts durch den ehemaligen Erwerber. Im Fall des OLG München war die Eintragung fehlerhaft, weil das Sondernutzungsrecht zwar bei der veräußernden Sondereigentumseinheit abgeschrieben wurde, jedoch bei der erwerbenden Sondereigentumseinheit keine Zuschreibung erfolgte.[35] Nur unterschwellig gewinnt man den Eindruck, dass das OLG München trotz fehlerhafter Eintragung der Übertragung, den Erwerber und Weiterveräußerer auch ohne Eintragung des Sondernutzungsrechts als den „wahren Sondernutzungsberechtigten“ ansieht.[36]

Erfreulicherweise stellt das OLG München klar, dass durch die fehlerhafte Eintragung – die positive Nutzungskomponente war bei der begünstigten Sondereigentumseinheit nicht eingetragen – die Eintragungswirkung als solche nicht

---

28 OLG München, NJOZ 2016, 1796, 1797 f.; OLG Schleswig, RNotZ 2017, 34, 39 f.; *Hügel/Elzer*, WEG, 1. Aufl. 2015, § 13 Rn. 64; *Spielbauer*, ZWE 2017, 19, 21; *Ott*, NZM 2017, 1, 4.

AA. BeckOK-WEG/*Dötsch*, § 15 Rn. 310, Stand: 1.3.2017; *Hogenschurz*, ZfIR 2014, 717, 723; Bärmann/Seuß/*Schneider* (Fn. 5), Rn. C 372, keine konstitutive Eintragungswirkung.

29 BeckOK-WEG/*Hügel*, § 13 Rn. 11, Stand: 1.11.2016; *Hügel/Elzer* (Fn. 28), § 13 Rn. 46.

30 Bärmann/*Suilmann* (Fn. 4), § 13 Rn. 123, „bedarf es neben der schuldrechtlichen Vereinbarung auch der dinglichen Einigung“.

31 NJW 1979, 548, 549.

32 Z.B. OLG München, NJOZ 2016, 1796 Rn. 17: Eine Übertragung „außerhalb der Publizität des Grundbuches“ sei nur für ein schuldrechtliches Sondernutzungsrecht denkbar.

33 *Elzer*, NZM 2016, 529, 532.

34 NJOZ 2016, 1796.

35 Weder ausdrücklich im Eintragungsvermerk noch durch eine Bezugnahme auf eine Eintragungsbewilligung.

36 Obgleich kein Sondernutzungsrecht zu seinen Gunsten eingetragen ist, hält das Gericht in Rn. 18 der Entscheidung den Erwerber und Weiterveräußerer als „verlierenden Teil“ für bewilligungsbefugt, wobei sich die Bewilligungsbefugnis mangels Eintragung noch nicht aus dem Grundbuch ergebe.

Ein gutgläubiger Erwerb vom ursprünglich sondernutzungsberechtigten Veräußerer wird in Rn. 15 ausgeschlossen, da bei dessen Grundbuchblatt eine Eintragung der Übertragung erfolgt ist. Ein gutgläubiger Erwerb ist aber nur unter der Voraussetzung zu erörtern, dass der Veräußerer Nichtberechtigter und der Erwerber – trotz fehlender Eintragung an seinem Grundbuchblatt – der wahre Berechtigte ist.

entfallen sei, vielmehr die Eintragung der negativen Ausschlusskomponente an allen anderen Grundbuchblattstellen ihre verdinglichte Wirkung behält.[37] (Von den nachfolgend unter Abschn. III.4./5. noch behandelten Fällen ist dieser Sachverhalt des OLG München zu unterscheiden, weil das Sondernutzungsrecht im Fall des OLG München einmal ordnungsgemäß eingetragen wurde und entstanden ist. Der Eintragungsfehler trat hier also nicht in der Begründungsphase, sondern erst bei der späteren Weiterveräußerung auf.).

4. Zwischenergebnis

Die Übertragung eines Sondernutzungsrechts allein durch den Sondernutzungsrechtsinhaber und den Erwerber wird allgemein als zulässig vorausgesetzt. Anstelle einer Begründung der Übertragbarkeit einer in einer vertraglichen Vereinbarung begründeten Berechtigung ohne Mitwirkung aller Beteiligten, richtet sich der Fokus ausschließlich auf die sachenrechtliche Ebene einer Inhaltsänderung des Sondereigentums. Entgegen der allgemeinen Systematik, wonach als Inhalt des Sondereigentums eingetragene Vereinbarungen jederzeit schuldrechtlich geändert werden können, wird bei der Übertragung eines Sondernutzungsrechts von einer konstitutiven Grundbucheintragung ausgegangen. Für die Praxis sind diese Annahmen dankbar, sorgen sie doch für einen Gleichlauf der Sondernutzungsrechtsübertragung mit der Eigentumsübertragung.

Für den Fall, dass im Grundbuch – nach erfolgter ordnungsgemäßer Erst-Eintragung eines Sondernutzungsrechts anlässlich späterer Übertragungsvorgänge – nur die negative Komponente eingetragen ist, entfaltet diese dingliche Wirkung gem. § 10 Abs. 3 WEG.

III. Gestrecktes Begründungsverfahren und dessen Eintragungswirkungen

1. Einführung ins gestreckte Begründungsverfahren für Sondernutzungsrechte

a) Zweck und Ziel des gestreckten Begründungsverfahrens

Bei der sog. gestreckten Begründung von Sondernutzungsrechten geht es darum, dem Bauträger als aufteilendem Eigentümer eine flexible Veräußerung von Sondernutzungsrechten zu ermöglichen. Ziel der Vertragsgestaltung ist, dass bei einer nachträglichen Zuweisung eines Sondernutzungsrechts zu einer bestimmten Sondereigentumseinheit der Bauträger alleine handlungsfähig und nicht auf die Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer und deren Grundbuchberechtigten angewiesen ist. Für die flexible Zuordnung von Sondernutzungsrechten haben sich drei Gestaltungen entwickelt. Bei der sog. Parklösung[38] werden alle Sondernutzungsrechte einer Sondereigentumseinheit als „Sammelstelle“ zugeordnet, wobei diese Einheit möglichst lange im Eigentum des Bauträgers verbleiben sollte. Bei Verkauf eines Wohnungseigentums kann ein Sondernutzungsrecht aus der „Sammelstelle“ mitverkauft werden. Für diese Gestaltung gilt vorstehender Abschn. II. „Veräußerung von Sondernutzungsrechten“.

b) Gestaltung und Ablauf des gestreckten Begründungsverfahrens

Nachfolgend sollen die anderen beiden Gestaltungsmöglichkeiten behandelt werden. Bei diesen wird der Ausschluss vom Mitgebrauchsrecht bestimmt bezeichneter Gemeinschaftsflächen (negative Komponente) bereits in der anfänglichen Gemeinschaftsordnung geregelt. Entweder sind alle Wohnungseigentümer bis auf den Bauträger vom Mitgebrauch ausgeschlossen oder alle Wohnungseigentümer sind unter der aufschiebenden Bedingung einer Zuweisung des Sondernutzungsrechts durch den Bauträger vom Mitgebrauch ausgeschlossen. Die negative Ausschlusskomponente des Sondernutzungsrechts wird sogleich verdinglicht, indem die Gemeinschaftsordnung als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen wird.

Die Zuweisung eines Sondernutzungsrechts zu einer bestimmten Sondereigentumseinheit erfolgt dann zeitversetzt bei Abverkauf der Wohnung. Zuletzt – wenn kein Fehler unterläuft – wird die positive Nutzungskomponente bei der begünstigten Sondereigentumseinheit eingetragen. Die Eintragung nach erfolgter Zuweisung erfolgt wiederum ausschließlich am Grundbuchblatt der begünstigten Sondereigentumseinheit.[39] Argument hierfür ist (wie bei der Sondernutzungsrechtsübertragung unter Abschn. II.2.a), dass sich am Inhalt des Sondereigentums aller übrigen Sondereigentumseinheiten nichts ändert: diese waren von der Nutzung ausgeschlossen und sind es weiterhin.

Die gestreckte Begründung ist aus der Praxis nicht mehr wegzudenken.[40] Gegenüber Vollmachtslösungen oder verdinglichten Ermächtigungen für den Bauträger erlaubt nur diese Gestaltung den Verzicht auf die Mitwirkung der im Grundbuch eingetragenen dinglich Berechtigten (insbesondere Finanzierungsgläubiger der Erwerber). Durch die spätere Eintragung nur bei der begünstigten Einheiten werden unangemessen hohe Grundbuchkosten vermieden.[41]

2. Eingeschränkte Grundbuchpublizität

Durch die Eintragung der erfolgten Zuweisung nur am Wohnungsgrundbuchblatt der begünstigten Einheit kann das Grund-

37 OLG München, NJOZ 2016, 1796 Rn. 15.

38 Die „Parklösung“ führt häufig zu einem unübersichtlichen Grundbuch und gewinnt an Komplexität, wenn Sondernutzungsrechte zu oft „verschoben und umgeparkt“ werden müssen, was OLG München, NJOZ 2016, 1796, eindrucksvoll belegt.

39 BayObLG, DNotZ 1986, 479, 485; *Schöner/Stöber* (Fn. 18), Rn. 2915; BeckOK-WEG/*Dötsch*, § 15 Rn. 348, Stand: 1.3.2017; a.A. *Häublein* (Fn. 6), S. 290 f.

40 Dennoch abratend *Elzer*, NZM 2016, 529, 530 und 537; a.A. zu Recht *Ott*, NZM 2017, 1, 3.

41 Die Eintragung kostet pro Grundbuchblatt 50 € (§ 34 GNotKG, Nr. 14160 Nr. 5 KostVerz.). Bei einer großen Wohnanlage von z.B. 100 Wohneinheiten bedeutet dies, dass der Sondernutzungsberechtigte statt 50 € Gebühr im gestreckten Begründungsverfahren 5.000 € Gebühr zahlen müsste, wenn der Bauträger aufgrund Ermächtigung nachträglich ein Sondernutzungsrecht begründet.

buch – verkörpert durch das einzelne Grundbuchblatt – keine abschließende Auskunft mehr über die Sondernutzungsrechte geben. Auf den Grundbuchblättern der ausgeschlossenen Sondereigentumseinheiten ist lediglich vermerkt, dass diese bei Zuweisung eines Sondernutzungsrechts vom Mitgebrauch bestimmter Flächen ausgeschlossen sind. Ob dieser Nutzungsausschluss durch eine erfolgte Zuweisung überhaupt relevant geworden ist, ist aus dem Grundbuch nicht ersichtlich.[42]

Vergleichend wird hierzu vorgetragen, dass auch bei sonstigen bedingten Rechten aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist, ob diese durch Bedingungseintritt entstanden sind, noch fortbestehen oder bereits erloschen sind.[43] Eine Einsicht in sämtliche Wohnungsgrundbücher ist nicht zumutbar und systemfremd. Nach § 3 Abs. 1 Satz 2 GBO ist das Grundbuchblatt für das Grundstück als das Grundbuch im Sinne des BGB anzusehen.

3. Phase des Begründungsverfahrens vor Eintragung der positiven Nutzungskomponente

a) Entstehungszeitpunkt des Sondernutzungsrechts

Zu welchem Zeitpunkt ist das verdinglichte Sondernutzungsrecht entstanden? Spätestens mit Eintragung der positiven Nutzungskomponente am Grundbuchblatt der begünstigten Sondereigentumseinheit; wobei diese Eintragung für zwingend erforderlich gehalten wird.[44] Denn erst mit Eintragung der positiven Komponente sei die Begründung des Sondernutzungsrechts abgeschlossen. Als mögliche Gegenthese lässt sich fragen, ob nicht bereits die Eintragung der negativen Komponente und eine tatsächlich erfolgte Zuweisung ausreichen müssen. Das Sondernutzungsrecht, auch wenn seine Eintragung im Grundbuch geplant ist, entsteht als schuldrechtliches jedenfalls bereits zeitlich vor der Grundbucheintragung.[45]

b) Rechtswirkung der Verdinglichung der negativen Komponente

Hinsichtlich des zumindest schuldrechtlichen Sondernutzungsrechts ist fraglich, welche Rechtswirkung die bereits erfolgte Grundbucheintragung der negativen Ausschlusskomponente hat.

aa) § 10 Abs. 3 WEG entfaltet bereits Wirkung

Die Eintragung des Nutzungsausschlusses könnte nach § 10 Abs. 3 WEG bereits verdinglichte Wirkung entfalten. Möglicherweise kann der Inhaber des schuldrechtlichen Sondernutzungsrechts jedem anderen Wohnungseigentümer und dessen Sonderrechtsnachfolgern nach § 10 Abs. 3 WEG entgegenhalten, dass die anderen Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch ausgeschlossen sind. Immerhin steht dies als Inhalt des Sondereigentums auf deren Grundbuchblattstellen.

Bejaht man die Rechtswirkung des § 10 Abs. 3 WEG für die bereits erfolgte Eintragung der negativen Ausschlusskomponente, so könnte das schuldrechtliche Sondernutzungsrecht ausnahmsweise ein beständiges Recht sein. Wechselt ein Wohnungseigentümer, würde nach § 10 Abs. 3 WEG weiterhin dessen Ausschluss vom Mitgebrauchsrecht gelten. Die „schuldrechtliche“ Wirkung des Sondernutzungsrechts würde sich darauf begrenzen, dass der Sondernutzungsrechtsinhaber nicht als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist. Es gäbe zugunsten des Berechtigten keine Grundbuchpublizität für das Bestehen seines Sondernutzungsrechts und ein gutgläubiger Erwerb käme nicht in Betracht.

bb) § 10 Abs. 3 WEG entfaltet noch keine Wirkung

Gegenthese zu Vorstehendem wäre, dass allein die Eintragung der negativen Komponente noch gar keine Rechtswirkungen auslöst. Auch die Verdinglichung des Nutzungsausschlusses hinge von der – die Rechtsbegründung abschließenden – Eintragung der positiven Nutzungskomponente ab. Ohne Eintragung der positiven Komponente nach erfolgter Zuweisung würde die gesamte Vereinbarung als schuldrechtliche qualifiziert und wäre beim Wechsel eines Wohnungseigentümers dem Untergang preisgegeben,[46] weil ein neuer Wohnungseigentümer als Sonderrechtsnachfolger willkürlich entscheiden dürfte, ob er das Sondernutzungsrecht gelten lassen möchte oder nicht. Obgleich auf seinem Grundbuchblatt der Nutzungsausschluss vermerkt ist (und obgleich auch nach erfolgter Eintragung der positiven Komponente sein Grundbuchblatt nicht anders aussähe), müsste er den Nutzungsausschluss nicht gem. § 10 Abs. 3 WEG gegen sich gelten lassen.

Dieser These ist nach Auffassung der Verfasserin nicht zu folgen. Eine Eintragung ohne Rechtswirkung erscheint sinnlos und entwertet die ohnehin eingeschränkte Grundbuchpublizität erneut. Wesentlich für das Sondernutzungsrecht und für die Eintragung ist der Ausschluss vom Mitgebrauchsrecht[47] und damit die Eintragung der negativen Ausschlusskomponente. Sollte die Verdinglichung der negativen Komponente ohne anschließende Eintragung auch der positiven Komponente keinerlei Rechtswirkung entfalten, wäre eine Eintragung der positiven Komponente an sämtlichen Grundbuchblättern systematisch stimmiger.[48]

4. Problem einer unterbliebenen Eintragung der positiven Komponente

Beim gestreckten Begründungsverfahren gibt es neben dem schuldrechtlichen und dem verdinglichten Sondernutzungsrecht eine „Zwischenphase“, bei der eine teilweise Verding-

42 Vgl. BeckOK-WEG/*Dötsch*, § 15 Rn. 348, Stand: 1.3.2017.

43 S. Fn. 59.

44 OLG Schleswig, RNotZ 2017, 34, 38; OLG Hamm, NZM 2000, 662, 663; OLG Frankfurt/M., MittBayNot 2017, 48 Rn. 15, 19; BeckOK-WEG/*Dötsch*, § 15 Rn. 348, Stand: 1.3.2017; *Schöner/Stöber* (Fn. 18), Rn. 2915.

45 OLG München, MittBayNot 2015, 36, 37, II.2.a); OLG Zweibrücken, RNotZ 2014, 42, 44; *Böhringer*, NotBZ 2003, 285; *Böttcher*, ZNotP 2014, 47, 56.

46 So Beck’sches Formularbuch-WEG/*Müller*, 3. Aufl. 2016, E. II. 3. Anm. 5 und 4. Anm. 5; *Elzer*, NZM 2016, 529, 533.

47 S. Fn. 2.

48 Diese Ansicht *Häublein* (Fn. 6), S. 291.

lichung erfolgt ist. Zwar ist die positive Nutzungskomponente noch nicht verdinglicht, doch ist gegenüber einem rein schuldrechtlichen Sondernutzungsrecht zu berücksichtigen, dass eine Grundbucheintragung der negativen Komponente bereits stattgefunden hat. Welche Rechtswirkungen dieses „halb verdinglichte Sondernutzungsrecht" zeitigt, ist derzeit ungeklärt.

Jedenfalls entfaltet das „halb verdinglichte Sondernutzungsrecht" bei versehentlicher Eintragung *ausschließlich* der *positiven* Komponente *nur bei der begünstigten Sondereigentumseinheit* keine Rechtswirkung.[49] Entscheidend ist der Ausschluss vom Mitgebrauchsrecht, weil dadurch § 13 Abs. 2 WEG abgeändert wird. Ist auf dem Grundbuchblatt kein Ausschluss vom Mitgebrauchsrecht vermerkt, darf der Wohnungseigentümer auf sein Mitgebrauchsrecht vertrauen.

Die nachfolgenden Ausführungen (Nr. 5. und 6.) sind ausdrücklich zu unterscheiden von Sachverhalten, in denen es bereits an einer wirksamen Zuweisung des Sondernutzungsrechts fehlt.[50] Ob eine vergessene oder fehlerhafte Zuweisung nachgeholt werden kann, ist unter dem Gesichtspunkt der zeitlichen Reichweite der Zuweisungsermächtigung des Bauträgers zu betrachten.

Untersucht wird nachfolgend ausschließlich der Sachverhalt, bei dem die negative Komponente ordnungsgemäß begründet und verdinglicht wurde, die Zuweisung ordnungsgemäß und wirksam erfolgt ist und nur die Eintragung der positiven Nutzungskomponente bei der begünstigten Einheit nach erfolgter Zuweisung vergessen wurde. Die fehlende Eintragung bei der begünstigten Einheit wird dann Jahre bzw. Jahrzehnte später – i.d.R. anlässlich einer Weiterveräußerung – bemerkt und soll nachgeholt werden.

5. Nachträgliche Eintragung der positiven Komponente

a) Rechtsprechung – Keine nachträgliche Eintragung

Die nachträgliche Eintragung der positiven Nutzungskomponente bei der begünstigten Sondereigentumseinheit lange Zeit nach der erfolgten Zuweisung wird von verschiedenen OLG abgelehnt.[51] Dabei stützt sich die Rechtsprechung auf folgende Begründung: Zwar sei die Zuweisung des Sondernutzungsrechts zur Sondereigentumseinheit erfolgt, doch sei dem Grundbuchamt nicht nachgewiesen, dass das Sondernutzungsrecht immer noch dieser Sondereigentumseinheit zugeordnet sei. Aufgrund der langen Zwischenzeit sei denkbar, dass der Sondernutzungsberechtigte das Sondernutzungsrecht an einen anderen Wohnungseigentümer weiterveräußert habe. Potenziell könne also jeder der Wohnungseigentümer Inhaber des Sondernutzungsrechts sein. Daher sei nach § 19 GBO die Bewilligung sämtlicher Wohnungseigentümer erforderlich, damit eine Eintragung erfolgen könne. Auf § 891 BGB könne man sich nicht stützen, weil mangels erstmaliger Eintragung des Sondernutzungsrechts noch keine Vermutungswirkung dahin gehend greift, dass das Sondernutzungsrecht immer noch zur ursprünglich berechtigten Einheit gehört.[52]

b) Gegenauffassung

Die Rechtsprechung erörtert nicht die Rechtswirkung der bereits vorgenommenen Grundbucheintragung der negativen Ausschlusskomponente. Aus dem Grundbuch ergibt sich – mit Vermutungswirkung nach § 891 BGB – dass alle Sondereigentumseinheiten vom Mitgebrauchsrecht ausgeschlossen sind und dass der Bauträger eine Zuweisungsermächtigung hatte. Für die Zuweisung selbst greift – mangels Eintragung der positiven Komponente – keine Vermutung, jedoch kann die erfolgte Zuweisung in öffentlich beglaubigter Form gem. § 29 GBO nachgewiesen werden. Denn i.d.R. ist die Zuweisung im notariellen Kaufvertrag über den Abverkauf der Sondereigentumseinheit enthalten. Dies ist m.E. ausreichend, um eine Eintragung vorzunehmen.

c) Argument einer möglichen Weiterveräußerung des Sondernutzungsrechts

Unabhängig davon, ob und inwieweit man § 891 BGB bereits fruchtbar machen kann, überzeugt die von der Rechtsprechung aufgezeigte Gefahr einer möglichen Weiterveräußerung zur Ablehnung der Grundbucheintragung nicht. Denn mit diesem Argument könnte jedwede Eintragung einer Vereinbarung nach § 10 Abs. 3 WEG verweigert werden. So ist es zwar zutreffend, dass eine zwischenzeitliche Weiterveräußerung des Sondernutzungsrechts denkbar ist, doch ist es im Wohnungseigentumsrecht gerade systemimmanent, dass Grundbucheintragungen durch abweichende schuldrechtliche Vereinbarungen „überholt" werden können (s. bereits Abschn. II.3.c).[53] Dies soll anhand des nachfolgend erfundenen Beispielfalls illustriert werden:

Der Bauträger B verkauft am 1.5. die Wohnung Nr. 5 nebst Sondernutzungsrecht am Stellplatz Nr. 5 an den Zwischenerwerber Z. Bereits einen Tag später, am 2.5., verkauft der Zwischenerwerber Z den Stellplatz Nr. 5 an den Enderwerber E weiter. E ist gleichfalls Wohnungseigentümer. Das Grundbuchamt weiß von der Weiterveräußerung des Z nichts und trägt nunmehr nach Bewilligung des Bauträgers das Sondernutzungsrecht am Stellplatz Nr. 5 bei der Wohnung Nr. 5 des Z ein.

In diesem Beispielsfall ist geschehen, was die OLG fürchten und vermeiden wollen. Doch ist das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig geworden? Da beim wahren Be-

49 OLG Frankfurt, NZM 2008, 214.

50 OLG Hamm, NZM 2000, 662 und OLG Schleswig, RNotZ 2017, 34, zu unwirksamen Zuordnungserklärungen.

51 OLG München, ZWE 2012, 367; ZWE 2013, 357; MittBayNot 2014, 530; 2015, 36; OLG Frankfurt, MittBayNot 2017, 48; OLG Zweibrücken, RNotZ 2014, 42. Zustimmend *Hogenschurz*, ZfIR 2014, 717, 721; *Rapp*, MittBayNot 2017, 51.

52 OLG München, ZWE 2013, 357, 358; MittBayNot, 36, 37; OLG Frankfurt, MittBayNot 2017, 48 Rn. 21 f.

53 BeckOGK-WEG/*Falkner*, § 10 Rn. 363.5 f., Stand: 1.3.2017.

rechtigten E ein Sondernutzungsrecht nie im Grundbuch eingetragen wurde, ist E niemals Inhaber eines dinglichen Sondernutzungsrechts geworden. Der Inhalt seines Sondereigentums ist (noch) nicht betroffen, sodass E auch nicht i.S.d. § 19 GBO bewilligen müsste. Der E ist Inhaber eines schuldrechtlichen Sondernutzungsrechts und etwas anderes publiziert das Grundbuch auch nicht. Das Grundbuch verlautbart allerdings beim Sondereigentum des Z ein verdinglichtes Sondernutzungsrecht, obwohl der Z kein Nutzungsrecht mehr hat. Diese verdinglichte Vereinbarung ist durch eine abweichende schuldrechtliche Vereinbarung – nämlich durch die Vereinbarung über die Weiterveräußerung des Sondernutzungsrechts an den E – „überholt" worden. Von der Grundbuchrechtslage abweichende schuldrechtliche Vereinbarungen sind jedoch systemimmanent.

Konsequenz dieser „falschen" Grundbucheintragung ist allerdings, dass der Z das Sondernutzungsrecht – sei es isoliert, sei es zusammen mit der Wohnung Nr. 5 – erneut veräußern könnte. Ist der Erwerber gutgläubig, so kann er nach § 892 BGB den Stellplatz Nr. 5 erwerben. Der wahre Berechtigte E kann sein schuldrechtliches Sondernutzungsrecht dem Gutgläubigen nicht nach § 10 Abs. 3 WEG entgegenhalten. Um die Rechtswirkung des § 10 Abs. 3 WEG gegenüber sämtlichen Wohnungseigentümern herbeiführen zu können, hätte sich der wahre Berechtigte E um eine Grundbucheintragung kümmern müssen.

An allen anderen, nicht betroffenen Grundbuchblattstellen, ist das Grundbuch immer richtig geblieben. Der wahre Berechtigte E hätte m.E. allen anderen Wohnungseigentümern sein Nutzungsrecht bzw. den Ausschluss der anderen vom Mitgebrauchsrecht entgegenhalten können. Ohne gutgläubigen Erwerb könnte kein anderer Wohnungseigentümer dem E sein Stellplatz-Sondernutzungsrecht streitig machen.

d) Bewilligung, § 19 GBO

Nach der Rechtsprechung sind von der Eintragung sämtliche Wohnungseigentümer als „potenzielle Sondernutzungsrechtsinhaber" i.S.d. § 19 GBO betroffen, sodass alle Wohnungseigentümer die Eintragung der positiven Nutzungskomponente bei der begünstigten Sondereigentumseinheit bewilligen müssen.

aa) Zeitpunkt der Betroffenheit

Wenn bei der Sondernutzungsrechtsbegründung alles korrekt abläuft und keine Eintragung vergessen wird, dann erfolgt die Eintragung des zugewiesenen Sondernutzungsrechts bei der begünstigten Einheit aufgrund der Bewilligung des Bauträgers. Die übrigen Wohnungseigentümer sind vom Mitgebrauchsrecht ausgeschlossen, deren Inhalt des Sondereigentums ist nicht betroffen und sie müssen daher keine Bewilligung nach § 19 GBO abgeben. Das gestreckte Begründungsverfahren zielt gerade darauf ab, eine Mitwirkung der übrigen Berechtigten entbehrlich zu machen (vgl. Abschn. III.1.d).

Wieso werden nun die ursprünglich nicht bewilligungsbefugten Wohnungseigentümer[54] und deren Grundbuchberechtigte durch bloßen Zeitablauf irgendwann wieder bewilligungsbefugt? Und ab welchem Zeitpunkt genau? Ab dem Zeitpunkt, ab dem eine Weiterübertragung des Sondernutzungsrechts wahrscheinlich wird? Oder ab dem Zeitpunkt des Ausscheidens des Bauträgers aus der Wohnungseigentümergemeinschaft?

Letzterer Zeitpunkt ist naheliegender, wird aber von den OLG weder diskutiert noch festgelegt.[55] Der Zeitpunkt des Ausscheidens des Bauträgers aus der Gemeinschaft ist aus Sicht des Sondernutzungsberechtigten, der die Eintragung der Zuweisung bei seiner Einheit begehrt, letztlich ein zufälliger Zeitpunkt. Der Bauträger kann mit einem Erwerber der Wohnungseigentumsanlage lange prozessieren oder eine Sondereigentumseinheit für sich zurückbehalten, sodass in Ausnahmefällen die Eintragung noch nach sehr langer Zeit möglich wäre.

bb) Keine sachenrechtliche Betroffenheit

Sachenrechtlich von der Eintragung betroffen sind die vom Gebrauch ausgeschlossenen Wohnungseigentümer jedenfalls nicht; der Inhalt ihres Sondereigentums bleibt unverändert. Selbst wenn ein Wohnungseigentümer nicht vom Mitgebrauch ausgeschlossen wäre, sondern er das schuldrechtliche Sondernutzungsrecht erworben hätte, wäre der Inhalt seines Sondereigentums nicht betroffen. Denn mangels Eintragung eines Sondernutzungsrechts bei seiner Sondereigentumseinheit ist ein Sondernutzungsrecht (noch) nicht Inhalt seines Sondereigentums geworden, sodass er sachenrechtlich nicht betroffen ist. Das OLG München konstatiert selbst, dass es sich mangels eines betroffenen dinglichen Rechts nicht um eine „Bewilligung im eigentlichen Sinn" handelt.[56]

e) Eintragung ohne Bewilligung

Nach der Gegenansicht,[57] der sich die Verfasserin anschließt, muss niemand die Eintragung bewilligen. Eine Eintragung der positiven Komponente bei der begünstigten Einheit kann bei Nachweis der erfolgten Zuweisung vielmehr jederzeit auf Antrag erfolgen, weil das Sondernutzungsrecht bereits vollwertig mit der Zuweisung entstanden ist und durch die Zuweisung im notariellen Erwerbsvertrag der Grundbuch-

54 So ausdrücklich OLG Zweibrücken, RNotZ 2014, 42, 44.

55 Z.B. OLG München, ZWE 2013, 357; MittBayNot 2015, 36, 37; OLG Zweibrücken, RNotZ 2014, 42, 44.

Anders lediglich OLG Frankfurt/M., MittBayNot 2017, 48 Rn. 16 und Rn. 20, das von der Bewilligungsbefugnis des Bauträgers ausgeht, die zum Zeitpunkt von dessen Ausscheiden aus der Gemeinschaft erlischt. Das Gericht deutet jedoch in Rn. 17 an, dass es bei der Bedingungslösung evtl. anders entscheiden würde, denn bei der Bedingungslösung erlischt das Zuweisungsrecht des Bauträgers nicht mit dessen Ausscheiden aus der Wohnungseigentümergemeinschaft.

56 OLG München, ZWE 2013, 357, 358.

57 *Schmidt*, ZWE 2012, 367, 368 f., Anmerkung zu OLG München; Beck'sches Formularbuch-WEG/*Müller* (Fn. 46), E II. 4. Anm. 5, allerdings nicht widerspruchsfrei m. Anm. 4; vgl. Bärmann/Seuß/*Schneider* (Fn. 5), Rn. C 329: Verfahrensrechtliche Bewilligung ist entbehrlich, wenn Zuordnungserklärung nachgewiesen wird.

nachweis geführt werden kann (§ 29 GBO), dass das Sondernutzungsrecht zur begünstigten Einheit gehört.

aa) Entstehung des verdinglichten Sondernutzungsrechts

Konsequenz dieser Auffassung ist, dass die Eintragung der positiven Nutzungskomponente nicht mehr als „zwingend" für die Entstehung des Sondernutzungsrechts angesehen werden kann. Die Notwendigkeit einer Eintragung der positiven Komponente wird zwar von der h.M. angenommen, letztlich wird sie aber ohne weitere Erörterung schlicht behauptet. Prägend ist vielmehr die negative Komponente, weil der Ausschluss vom Mitgebrauchsrecht eine Abbedingung des Gesetzes (§ 13 Abs. 2 WEG) bedeutet.[58]

Bei der Bedingungslösung wird argumentiert, dass auch bei sonstigen bedingten Grundbuchrechten eine Eintragung des Eintrittes der Bedingung nicht erforderlich sei[59] (z.B. aufschiebend bedingtes Wohnungsrecht). Dem lässt sich zunächst entgegenhalten, dass die Person des Berechtigten aber zum inhaltsbestimmenden rechtsgeschäftlichen Inhalt des Sondernutzungsrechts gehört, der zwingend im Grundbuch einzutragen ist.[60] Allerdings handelt es sich beim Sondernutzungsrecht gerade nicht um ein dingliches Grundstücksrecht, sondern Inhalt des Sondereigentums ist allein der bedingte Nutzungsausschluss, nicht aber die Person des Nutzungsberechtigten.

Liegt nicht die Bedingungslösung vor, sondern sind alle Wohnungseigentümer mit Ausnahme des Bauträgers in der Gemeinschaftsordnung von der Nutzung ausgeschlossen, so müsste man unter der Annahme, dass ein persönliches Sondernutzungsrecht zugunsten des Bauträgers besteht, gleichfalls zum Ergebnis gelangen, dass dieses persönliche Sondernutzungsrecht bereits vollständig verdinglicht ist. Der Verdinglichungsprozess für das persönliche Sondernutzungsrecht des Bauträgers ist mit Eintragung der negativen Komponenten in allen Wohnungsgrundbüchern abgeschlossen,[61] die positive Komponente liegt beim Bauträger. Eine „gestreckte Begründung" liegt hier streng genommen nämlich gar nicht vor, vielmehr wird die Zuweisung durch den Bauträger und die Eintragung des Sondernutzungsrechts bei der begünstigten Einheit auch als „Übertragung eines Sondernutzungsrechtes vom Bauträger an den Erwerber" gesehen.[62] Dann wäre die Parallele zu ziehen zum Sachverhalt, in dem bei einer Übertragung des Sondernutzungsrechts vergessen wurde, das Sondernutzungsrecht bei der Einheit des Erwerbers einzutragen. In diesem Fall hat das OLG München eine Nachholung einer vergessenen Eintragung zugelassen (s. Abschn. II.3.d).[63]

bb) Formelles Grundbuchrecht

Auch bei dieser Gegenansicht fügt sich eine Eintragung nicht widerspruchsfrei in das formelle Grundbuchverfahrensrecht nach der GBO ein. Denn anstelle einer Eintragung aufgrund einer Bewilligung nach § 19 GBO, müsste es sich um eine Eintragung aufgrund Berichtigung nach § 22 GBO handeln. § 22 GBO kann jedoch allenfalls analog angewendet werden: Ein Sondernutzungsrecht ist mangels Eintragung noch nicht zum dinglichen Inhalt des begünstigten Sondereigentums geworden und damit ist das Grundbuch auch nicht unrichtig.[64] Hält man die Eintragung der Zuweisung bei der begünstigten Einheit nicht für zwingend erforderlich, so ist das Grundbuch gleichfalls nicht unrichtig, weil das Sondernutzungsrecht bereits ohne Eintragung vollwertig besteht. In diesem Fall könnte man die Eintragung sogar für überflüssig halten und ablehnen.

Dies ist nicht im Sinne der Vertreter dieser Ansicht.[65] Eine Grundbucheintragung der positiven Nutzungskomponente bei der begünstigten Sondereigentumseinheit soll selbstverständlich erfolgen dürfen und soll auch in der Praxis weiterhin stets erfolgen. Denn die Eintragung fördert die Publizität und nur so kann der Sondernutzungsrechtsinhaber sich als tatsächlicher Inhaber legitimieren (z.B. für spätere Veräußerungen).

Die Eintragung nach erfolgter Zuweisung bei der nutzungsberechtigten Sondereigentumseinheit würde analog § 22 GBO als eine Art „Richtigstellung" oder als Klarstellungsvermerk erfolgen.

f) Zwischenergebnis, Ausblick

Die Rechtsprechung fordert mit der Bewilligung sämtlicher Wohnungseigentümer und zusätzlich der Mitwirkung sämtlicher Grundbuchberechtigter[66] so viel, wie für eine Neubegründung des Sondernutzungsrechts. Dass die negative Komponente als prägendes Element der Sondernutzungsrechtsvereinbarung bereits verdinglicht wurde, wird nicht berücksichtigt.

Hält man die Eintragung der positiven Komponente für zwingend und misst man der Eintragung der negativen Komponente allein noch keine Bedeutung und noch keine Rechtswirkung nach § 10 Abs. 3 WEG bei, so wäre es dogmatisch überzeugender, auch die positive Komponente in allen Wohnungsgrundbüchern einzutragen.[67]

Jedenfalls kann eine Bewilligung sämtlicher Wohnungseigentümer aufgrund deren potenzieller Inhaberschaft eines

---

58 *Ott*, NZM 2017, 1, 2; BeckOK-WEG/*Dötsch*, § 15 Rn. 227, Stand: 1.3.2017; vgl. BGH, NJW 1979, 548, 549: Im Ausschluss der eigenen Berechtigung liegt der Gehalt der Gebrauchsregelung.

59 *Ertl*, DNotZ 1986, 485, 486; zustimmend *Schmidt*, MittBayNot 2015, 36, 38; *Francastel*, RNotZ 2015, 385, 391 f.; *Langhein*, Notar 2008, 219, 220.

60 BayObLG, DNotZ 1986, 479, 481; Bärmann/Seuß/*Schneider* (Fn. 5), C Rn. 325; vgl. OLG Schleswig, RNotZ 2017, 34, 39.

61 *Häublein* (Fn. 6), S. 279.

62 *Häublein* (Fn. 6), S. 279.

63 Die Fälle sind freilich nicht identisch und nicht unmittelbar vergleichbar. Denn mit Ausscheiden des Bauträgers aus der Gemeinschaft erlischt dessen persönliches Sondernutzungsrecht.

64 OLG Schleswig, RNotZ 2017, 34, 39 und 40; OLG Frankfurt/M., MittBayNot 2017, 48, 49; *Rapp*, MittBayNot 2017, 51.

65 Die Eintragung wird nicht als überflüssig bewertet, jedoch sollte eine vergessene Eintragung nachholbar sein.

66 OLG München, MittBayNot 2015, 36, 37.

67 So *Häublein* (Fn. 6), S. 291.

– allenfalls schuldrechtlichen – Sondernutzungsrechts nicht überzeugen. Eine Weiterveräußerung eines Sondernutzungsrechts ist immer denkbar, ab welcher zeitlichen Grenze dieser Aspekt berücksichtigt werden müsste, ist völlig unklar.

M.E. könnte man die Bewilligungsbefugnis aller Wohnungseigentümer allenfalls mit anderer Argumentation fordern: Wenn die Eintragung der positiven Komponente – entgegen der hier vertretenen Auffassung – zwingend ist, dann ist die Sondernutzungsrechtsvereinbarung zuvor noch nicht vollständig im Grundbuch eingetragen. Eine Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 WEG muss durch alle Wohnungseigentümer zur Eintragung bewilligt werden. Der Bauträger ist aufgrund Ermächtigung für alle Wohnungseigentümer bewilligungsbefugt. Fällt der Bauträger aufgrund Ausscheidens aus der Gemeinschaft weg und erlischt die Ermächtigung, dann müssen wieder sämtliche Wohnungseigentümer bewilligen.[68] Die übrigen Wohnungseigentümer sollten also – wenn man deren Mitwirkung fordern möchte – nicht als potenzielle Erwerber eines noch nicht verdinglichten Sondernutzungsrechts die Eintragung bewilligen, sondern sie sollten die erstmalige Eintragung einer Vereinbarung nach § 10 Abs. 3 WEG bewilligen.

Auch diese Lösung ist nicht widerspruchsfrei. Würde der Bauträger bei korrektem Ablauf des gestreckten Begründungsverfahrens für die übrigen Wohnungseigentümer nur aufgrund einer Ermächtigung bewilligen, so könnte die Ermächtigung nicht für die dinglich Grundstücksberechtigten gelten. Letztlich stützt sich das gestreckte Begründungsverfahren nicht auf eine „Bewilligungsermächtigung zugunsten des Bauträgers“, sondern auf eine von vornherein nicht erforderliche Bewilligung der übrigen Wohnungseigentümer (aufgrund deren fehlenden sachenrechtlichen Betroffenheit).

6. Offene Fragen – materielle Nutzungsberechtigung und Anspruch auf Mitwirkung bei der Grundbucheintragung

Die bisherigen Rechtsprechungsentscheidungen[69] äußern sich nicht zum Schicksal eines schuldrechtlichen Sondernutzungsrechts. Dazu bestand kein Anlass, weil nur die begehrte Eintragung verweigert wurde, ohne dass über eine materielle Nutzungsberechtigung zu entscheiden war. Fraglich ist daher, ob dem Erwerber eines Sondernutzungsrechts (sei es der Erst-, Zweit- oder Dritterwerber), dessen Eintragungsbegehr nachträglich scheitert, materiell-rechtlich ein Sondernutzungsrecht zusteht.

Erste Möglichkeit ist, dass ein nach Zuweisung entstandenes schuldrechtliches Sondernutzungsrecht bei einem Wechsel eines beliebigen Wohnungseigentümers durch Sonderrechtsnachfolge untergegangen ist.[70] Die Eintragung der negativen Komponente allein hätte also gar keine dingliche Wirkung (s. Abschn. III.3.b) bb). Zweite Möglichkeit ist, dass das schuldrechtlich Sondernutzungsrecht weiterhin besteht, weil zumindest der eingetragene Nutzungsausschluss nach § 10 Abs. 3 WEG allen übrigen Wohnungseigentümern und deren Rechtsnachfolgern entgegengehalten werden kann (s. Abschn. III.3.b) aa). In diesem Fall wäre eine fehlende Eintragung bei der begünstigten Einheit letztlich nur ein unbeachtlicher „Schönheitsfehler“. Die Gefahr eines gutgläubigen Wegerwerbs besteht nicht, weil das Sondernutzungsrecht bei keiner Einheit im Grundbuch gebucht ist und nach Auffassung der Rechtsprechung nur alle Wohnungseigentümer gemeinsam die Eintragung erwirken könnten.

Sofern man mit der zweiten Möglichkeit den Fortbestand des Sondernutzungsrechts annimmt, könnte man zugleich einen Anspruch gegen die übrigen Wohnungseigentümer auf Mitwirkung bei der Grundbucheintragung durch Abgabe einer Bewilligung nach § 19 GBO bejahen. Ist dagegen das schuldrechtliche Sondernutzungsrecht bei Wechsel eines Wohnungseigentümers untergegangen, so käme ein Anspruch gegen die übrigen Wohnungseigentümer auf Mitwirkung bei der Nachholung der vergessenen Eintragung wohl nicht in Betracht.

Fraglich ist, was genau beim gestreckten Begründungsverfahren zum „Inhalt des Sondereigentums“ wird. Der Gebrauchsausschluss? Der Gebrauchsausschluss bei erfolgter Zuweisung? Oder der Gebrauchsausschluss bei Zuweisung und Verdinglichung der Zuweisung bei der begünstigten Einheit? Man könnte meinen, dass die Eintragung bei der begünstigten Einheit gewollt ist und weitergehend könnte eine Gemeinschaftsordnung sogar ausdrücklich die Eintragung als zwingend ausgestalten.[71] Obgleich eine Grundbucheintragung von den Beteiligten selbstverständlich angestrebt wird, ist diese wohl nicht als Wirksamkeitserfordernis gewollt.[72] Ergebnis einer solchen Auslegung (oder Gestaltung) wäre nämlich, dass man rechtssicher kein Sondernutzungsrecht begründet hätte. Vollzugsfehler würden durch so eine Auslegung (bzw. Gestaltung) geradezu zementiert und eine Nachholung vergessener Eintragungen (sei es auf bloßen Antrag, sei es unter Mitwirkung aller übrigen Beteiligten) würde unnötig erschwert.

---

68 JurisPK-BGB/*Lafontaine*, 8. Aufl. 2017, Stand: 1.4.2017, § 13 WEG Rn. 146; vgl. Fn. 72, OLG Frankfurt/M., MittBayNot 2017, 48 Rn. 16 und Rn. 20.

69 S. Fn. 51.

70 So Beck’sches Formularbuch-WEG/*Müller* (Fn. 46), E. II. 3. Anm. 5 und 4. Anm. 5; *Elzer*, NZM 2016, 529, 533.

71 Empfehlung von *Ott*, NZM 2017, 1, 4. Vereinbart werden könnte etwa, dass eine Zuweisung durch den Bauträger „erst mit Eintragung im Grundbuch wirksam ist“ oder bei der Bedingungslösung, dass „alle Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch ausgeschlossen sind unter der Bedingung, dass nach Zuweisung des Sondernutzungsrechts eine Eintragung der Zuweisung bei der begünstigten Einheit erfolgt“.

72 Würde man die Beteiligten fragen, ob sie ein Sondernutzungsrecht mit Vertragsschluss erwerben wollen oder nur dann, wenn Notar und Grundbuchamt auch später fehlerfrei arbeiten, so kann sich jeder die Antwort ausrechnen. Vergleichend ist z.B. vor Eintragung eines dinglichen Vorkaufsrechts im Zweifel auch ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht gewollt. Dem rechtlichen Laien ist das Abstraktionsprinzip und die Grundbucheintragung als Wirksamkeitserfordernis fernliegend, er glaubt i.d.R., mit Abschluss des Vertrags bereits die vorgesehenen Rechte zu erwerben.

Die Löschung gegenstandsloser Eintragungen im Grundbuch

*von Regierungsdirektor Dr. Johannes Holzer, München**

Eintragungen im Grundbuch bestehen oft lange Zeit. Werden diese durch rechtliche oder tatsächliche Vorgänge gegenstandslos, sollten sie beseitigt werden, um das Grundbuch nicht zu überfrachten. Der Gesetzgeber hat in den §§ 84 ff. GBO ein Verfahren geschaffen, das die Löschung solcher Eintragungen von Amts wegen ermöglicht. Der folgende Beitrag zeigt die Voraussetzungen und die Durchführung dieses Verfahrens auf und grenzt es zu anderen Verfahrensarten der GBO ab.

I. Problemstellung

Das Grundbuch dient zur Verlautbarung privatrechtlicher Rechte an Grundstücken und hat eine herausragende Bedeutung für die Schaffung eindeutiger und sicherer Rechtsverhältnisse sowie für die Vermeidung von Streitigkeiten.[1] Die darin vorhandenen Eintragungen können im Laufe der Zeit durch rechtliche oder tatsächliche Vorgänge gegenstandslos werden. Für den Rechtsverkehr sind solche Eintragungen verwirrend, weil sie den ohnehin beschränkten Eintragungsraum des Grundbuchs blockieren, dessen Lesbarkeit erschweren und zu Unklarheiten und Missverständnissen führen können.[2]

Es ist deshalb wünschenswert, gegenstandslose Eintragungen aus dem Grundbuch zu entfernen. Weil das Grundbuch privatrechtliche Rechte verlautbart, ist die Löschung derartiger Eintragungen in erster Linie die Angelegenheit der Beteiligten. Scheuen diese die Kosten einer Löschung, sind unerreichbar oder kümmern sich aus anderen Gründen nicht um die Löschung der Eintragungen, ist im Interesse der Funktionsfähigkeit des Grundbuchs ein Einschreiten des Grundbuchamts von Amts wegen angezeigt. Hierfür steht das Verfahren nach den §§ 84 ff. GBO zur Verfügung.

II. Grundlagen des Verfahrens zur Löschung gegenstandsloser Eintragungen

1. Historisches

Das Verfahren zur Löschung gegenstandsloser Eintragungen ist in den §§ 84 – 89 GBO geregelt. Die ursprüngliche Fassung der GBO aus dem Jahr 1900 enthielt diese Vorschriften noch nicht; vielmehr hatten deren §§ 82 ff. GBO umfangreiche Vorbehalte zugunsten des Landesrechts vorgesehen, die allerdings – nicht zuletzt wegen der unterschiedlichen Blattvordrucke – zu einer Erschwerung, wenn nicht teilweisen Funktionslosigkeit des Grundbuchverkehrs in der Zeit nach dem ersten Weltkrieg geführt hatten.[3] Diese Lage spiegelte sich insbesondere bei gegenstandslosen Eintragungen wieder, die durch den Vollzug des AufwG[4] entstanden waren und durch landesrechtliche Regelungen nach der Rahmenvorschrift des § 22 GBBerG 1930[5] gelöscht werden konnten.[6] Dieses Verfahren hatte sich in der Praxis bewährt, erfasste jedoch nicht alle gegenstandslosen Eintragungen.

Die Neufassung der GBO von 1935[7] vereinheitlichte nicht nur das Grundbuchrecht, sondern ermöglichte erstmals die Löschung aller gegenstandslosen Eintragungen.[8] Vorbild für die §§ 84 ff. GBO war § 22 GBBerG 1930 und die dazu im preußischen Landesrecht ergangenen Ausführungsbestimmungen, die sich in den §§ 84 ff. GBO nahezu wörtlich wiederfinden.[9] Die früheren Vorschriften wurden mit Inkrafttreten der GBO 1935 aufgehoben.[10]

2. Praktische Bedeutung

Der Gesetzgeber war bei der Schaffung der §§ 84 ff. GBO der Meinung, dass die neuen Vorschriften nach der Bereinigung der durch die Aufwertungsgesetzgebung entstandenen Eintragungen keine allzu große Bedeutung haben würden.[11] Dies mag grds. zutreffen. Durch die zunehmende Verknüpfung des Grundbuchs mit dem öffentlichen Recht[12] und der insgesamt hohen Zahl von Eintragungen gibt es jedoch immer wieder Fälle, bei denen Eintragungen im Antrags- oder Ersuchensverfahren nicht bereinigt werden können. Dies war insbesondere nach der Wiedervereinigung der Fall, weil die Grundbücher – wie bspw. im Gebiet des ehemaligen Herzogtums Sachsen-Meiningen[13] – häufig noch Eintragungen aus der Zeit vor Einführung der GBO enthielten, die mit den aktuellen tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten nicht mehr übereinstimmten und deren Berechtigte nicht mehr ermittelt werden konnten.

3. Systematik des Gesetzes

Die GBO regelt das Verfahren zur Löschung gegenstandsloser Eintragungen in ihrem fünften Abschnitt über das „Verfahren des Grundbuchamts in besonderen Fällen“ nach dem Grundbuchberichtigungszwang (§§ 82 – 83 GBO) und vor dem Rangklarstellungsverfahren (§§ 90 – 115 GBO). Im Vergleich zu dem zuerst genannten Verfahren ist die Rege-

* Der Autor ist Regierungsdirektor bei dem Deutschen Patent- und Markenamt, München.

1 *Holzer/Kramer*, Grundbuchrecht, 2. Aufl., 1. Teil, Rn. 1.

2 Hügel/*Zeiser*, GBO, 3. Aufl., § 84 Rn. 1.

3 *Holzer*, Die Richtigstellung des Grundbuchs, 2005, S. 75.

4 Aufwertungsgesetz v. 16.7.1925 (RGBl. I, S. 117).

5 Gesetz über die Bereinigung der Grundbücher v. 18.7.1930 (RGBl. I, S. 305).

6 *Hesse*, DFG-Sonderheft 1936, 1, 16.

7 GBO i.d.F. v. 5.8.1935 (RGBl. I, S. 1073; BGBl. III, S. 315-11).

8 *Hesse*, DFG-Sonderheft 1936, 1, 16.

9 *Saage*, JW 1935, 3207.

10 *Saage*, JW 1935, 2769, 2773; *Klein*, Die wichtigsten Neuerungen des Grundbuchrechts nach der GBO i.d.F. v. 5.8.1935, 1936, S. 48.

11 *Saage*, JW 1935, 2769, 2773.

12 Dazu *Holzer*, Veröffentlichung in ZNotP 2017 vorgesehen.

13 *Holzer*, ZNR 2009, 1, 29.

lungsdichte der §§ 84 ff. GBO höher, weil es sich bei der Löschung gegenstandsloser Eintragungen um ein z.T. mit Versäumniswirkungen ausgestattetes Amtsverfahren handelt, in dem – anders als in anderen Amtsverfahren – Regelungen für spezielle Rechtsbehelfe und zur Einbindung der Beteiligten benötigt werden.

Der Aufbau des Gesetzes orientiert sich an dem von dem Grundbuchamt durchzuführenden Verfahren. Den Einstieg in dieses Verfahren bildet § 84 Abs. 1 Satz 1 GBO, der den Verfahrensgegenstand definiert. Der im Jahr 2001 eingefügte § 84 Abs. 1 Satz 2 GBO erweitert den Anwendungsbereich des Verfahrens auf die Löschung von Entschuldungsvermerken.[14] § 85 Abs. 1 GBO enthält Grundsätze dafür, wann das Verfahren einzuleiten ist, während § 85 Abs. 2 GBO das dabei maßgebende Ermessen des Grundbuchamts umreißt. § 86 GBO wiederholt den allgemeinen Grundsatz, dass Amtsverfahren auch auf Anregung der Beteiligten eingeleitet werden können.[15] In § 87 GBO sind verschiedene Voraussetzungen für die Löschung aufgeführt. § 88 GBO enthält ergänzende Verfahrensvorschriften und § 89 GBO regelt die Statthaftigkeit der Beschwerde gegen den Feststellungsbeschluss.

4. Anwendbarkeit des FamFG

Die Eigenarten des Verfahrens nach den §§ 84 ff. GBO schließen die Vorschriften des ersten Buchs des FamFG weitgehend aus. Anwendbar ist jedoch § 26 FamFG als Grundnorm des Amtsverfahrens, nach dem das Vorliegen der Gegenstandslosigkeit i.S.d. § 87a) GBO im Wege des Freibeweises und nicht durch eine förmliche Beweiserhebung ermittelt wird.[16]

Zumindest partiell anwendbar sind auch § 7 FamFG (Beteiligtenbegriff)[17] sowie im Beschwerdeverfahren die §§ 17 ff. FamFG (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand).[18] I.Ü. ist wie in allen Registerverfahren bei der Anwendung des FamFG Vorsicht geboten. Das bedeutet, dass auch im Verfahren nach den §§ 84 ff. GBO zu überprüfen ist, ob einzelne Vorschriften aus Buch 1 des FamFG mit seinen Grundgedanken vereinbar und daher anwendbar sind.[19]

5. Verfahrensstruktur

Die Löschung gegenstandsloser Eintragungen erfolgt in einem gestuften Verfahren, das zunächst einen formgerechten Nachweis der Gegenstandslosigkeit erfordert (§ 87a) GBO). Kann in dieser Stufe die Löschung nicht erfolgen, ergeht eine Löschungsankündigung, gegen die innerhalb einer von dem Grundbuchamt bestimmten Frist Widerspruch erhoben werden kann (§ 87b) GBO). Ist auch in dieser Stufe die Löschung nicht möglich, wird die Gegenstandslosigkeit der Eintragung durch Beschluss festgestellt (§ 87c) GBO).[20] Die zweite Stufe übernimmt die Regelungsstruktur der Versäumnisverfahren des früheren FGG, die sich heute im Handelsregisterverfahren (§§ 393 Abs. 3 Satz 1, 395 Abs. 2 Satz 1, 399 Abs. 2 Satz 1 FamFG) und im Dispacheverfahren (§ 406 Abs. 1 FamFG) wieder finden.[21]

6. Anwendungsbereich

Die §§ 84 ff. GBO sind nur auf Rechte anwendbar, die in Abteilung II und III des Grundbuchs eingetragen sind.[22] Dies folgt bereits aus einer Abgrenzung zum Anwendungsbereich der Amts- und Zwangsberichtigung der §§ 82, 82a GBO, die ausschließlich in Abteilung I eingetragene Rechte erfassen.[23] Auch die beispielhafte Aufzählung einiger Rechte in § 84 Abs. 3 GBO (Vormerkung,[24] Widerspruch, Verfügungsbeschränkung, Enteignungsvermerk) deutet darauf hin, dass das Verfahren nach §§ 84 ff. GBO in Abteilung I eingetragene Rechte nicht erfasst. Nach zutreffender Ansicht[25] ist das Verfahren auch auf gegenstandslose Eintragungen im Bestandsverzeichnis anwendbar, insbesondere auf solche aus der Zeit vor Inkrafttreten des BGB (z.B. erloschene Realgewerbeberechtigungen und abgelöste Gemeindenutzungsrechte).

Das Verfahren nach den §§ 84 ff. GBO dient nicht dazu, einen materiell-rechtlichen Streit über ein eingetragenes Recht zu entscheiden. Ansprüche auf Berichtigung des Grundbuchs aus § 894 BGB sind daher vor den Zivilgerichten auszutragen.[26]

7. Begriff der Gegenstandslosigkeit

a) Allgemeines

Eine Eintragung ist gegenstandslos, wenn das Recht, auf das sie sich bezieht, nicht besteht und seine Entstehung ausgeschlossen ist (§ 84 Abs. 2a) GBO) oder das Recht aus tatsächlichen Gründen dauernd nicht ausgeübt werden kann (§ 84 Abs. 2b) GBO). Zu unterscheiden ist somit eine Gegenstandslosigkeit aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen sowie deren Kombination.

b) Gegenstandslosigkeit aus rechtlichen Gründen

aa) Nicht entstandene Rechte

Gegenstandslos nach § 84 Abs. 2a) GBO sind Rechte, die nicht entstanden sind und auch zukünftig nicht entstehen können.[27] Dies ist dann der Fall, wenn die materielle Einigung (§ 873 Abs. 1 BGB) nicht erfolgte und auch nicht er-

14 Dazu unten II.9.
15 Dazu Hügel/*Holzer* (Fn. 2), § 1 Rn. 62.
16 Bauer/v. Oefele/*Kohler*, GBO, 3. Aufl., § 85 Rn. 14.
17 Dazu unten III.1.f).
18 Dazu unten V.2.
19 Holzer/*Holzer*, FamFG, § 1 Rn. 13.
20 Dazu unten III.2.d).
21 Dazu Prütting/Helms/*Holzer*, FamFG, 3. Aufl., vor §§ 375 – 409 Rn. 31.
22 KG, JFG 20, 377, 379.
23 *Holzer/Kramer* (Fn. 1), 8. Teil, Rn. 258.
24 BayObLG, Beschl. v. 12.2.1999 – BReg. 2 Z 155/98.
25 Hügel/*Zeiser* (Fn. 2), § 84 Rn. 6.
26 Hügel/*Zeiser* (Fn. 2), § 84 Rn. 5.
27 *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 84 Rn. 5.

wartet werden kann, dass diese nachgeholt wird.[28] Gleiches gilt, wenn die Rechtsgrundlage für ein behördliches Ersuchen nach § 38 GBO fehlt, wie es bspw. bei dem Vermerk über die Anordnung der Nachlassverwaltung in Bayern der Fall ist.[29]

§ 84 Abs. 2a) GBO erfasst auch solche Rechte, die aus Rechtsgründen nicht bestehen können. Dies kann bspw. bei einem Verstoß gegen § 1019 BGB der Fall sein, nach dem eine Grunddienstbarkeit nur dann eingetragen werden darf, wenn sie für das Grundstück des Berechtigten einen Vorteil bietet. Hier kommt keine Löschung nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO, sondern lediglich nach den §§ 84 ff. GBO in Betracht.[30] Gleiches gilt für Brennereirechte, die steuerliche Vorzugsrechte, aber keine eintragungsfähigen dinglichen Rechte darstellen.[31]

bb) Erloschene Rechte

§ 84 Abs. 2a) GBO erfasst auch Eintragungen über Rechte, die zwar wirksam entstanden, später aber durch Rechtsvorgänge außerhalb des Grundbuchs erloschen sind.[32] Bei diesen kann es sich um ein Erlöschen kraft Gesetzes oder um den Untergang des Rechts handeln.[33] Die Fallgestaltungen sind vielfältig und können an dieser Stelle nur angerissen werden. In Betracht kommen bspw.[34]

- Erlöschen eines *Amtswiderspruchs* gegen ein gelöschtes Recht,[35]
- Erlöschen *altrechtlicher Grundlasten* (in Bayern),[36]
- Erlöschen auflösend *bedingter oder befristeter Rechte*, wenn die Bedingung oder der Endzeitpunkt eingetreten ist (nach Ablauf des Sperrjahres gem. §§ 23, 24 GBO),[37]
- Wegfall des *Berechtigten* wie bei Auflösung einer Katholischen Benefizium- oder Pfründestiftung[38] oder Löschung des Berechtigten im Handelsregister,
- Erlöschen einer *Erbteilspfändung* nach Durchführung der Teilungsversteigerung oder Grundstücksveräußerung durch den Testamentsvollstrecker,[39]
- Erlöschen einer *Grunddienstbarkeit* bei Teilung des dienenden Grundstücks gem. § 1026 BGB,
- Erlöschen einer *Grunddienstbarkeit* mit öffentlich-rechtlichem Inhalt (z.B. Baubeschränkung),
- Erlöschen einer *Grunddienstbarkeit* wegen tatsächlicher Veränderungen des herrschenden Grundstücks (z.B. Überbauung),[40]
- Erlöschen einer *Grunddienstbarkeit* nach § 1019 Satz 1 BGB, wenn das Benutzungsrecht in Gegenwart und Zukunft jeden Vorteil verloren hat,[41]
- Erlöschen einer *Grunddienstbarkeit* nach Umlegung im Flurbereinigungsverfahren, wenn kein Ersatzgrundstück ausgewiesen ist,[42]
- Erlöschen des *Insolvenzvermerks* nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens gem. § 200 Abs. 2 Satz 2 InsO (h.M.),[43]
- auf *Lebenszeit des Berechtigen begrenzte Rechte*, deren Inhaber verstorben ist und das Sperrjahr des § 23 GBO abgelaufen ist,
- Vereinbarungen von *Miteigentümern* nach § 1010 Abs. 1 BGB, wenn kein Miteigentum mehr besteht,[44]
- Erlöschen des *Nacherbenvermerks*, nachdem der Vorerbe wirksam über das Grundstück verfügt hat,[45]
- Erlöschen des *Reichsheimstättenvermerks* nach Aufhebung des Reichsheimstättengesetzes,[46]
- Erlöschen eines *Sanierungsvermerks* (§ 143 Abs. 2 Satz 2 BauGB) nach Abschluss der Sanierung,[47]
- Erlöschen eines *Wasserleitungsrechts* durch Anschluss des Grundstücks an die öffentliche Wasserversorgung mit ausnahmslosem Benutzungszwang,[48]
- Erlöschen des *Wegerechts* durch öffentlich-rechtliche Widmung der Straße und fehlender Aussicht auf Entwidmung (wobei das Straßenrecht ein die Gegenstandslosigkeit ausschließendes Nebeneinander von öffentlich-rechtlicher Widmung und Grunddienstbarkeit vorsehen kann),[49]
- Erlöschen der *Umstellungsgrundschuld* nach § 120 Abs. 1 LAG,[50]
- Erlöschen einer *Vormerkung*, wenn der durch sie gesicherte Anspruch nicht besteht und auch nicht entstehen kann[51] (z.B. bei rechtskräftiger Versagung der Genehmigung zur Veräußerung eines landwirtschaftlichen Grundstücks nach dem GrdstVG,[52] Unmöglichkeit der Ausübung des vorgemerkten Geh- und Fahrtrechts wegen der Geländeform,[53] Wegfall des Rücktrittsrechts einer Gemeinde vom Kaufvertrag bei Bebauung eines Grundstücks,[54] wobei allerdings die Möglichkeit des „Aufladens“ der Vormerkung zu berücksichtigen ist[55] und ein Wegfall des vorgemerkten Auflassungsanspruchs alleine

28 *Holzer/Kramer* (Fn. 1), 8. Teil, Rn. 260.
29 *Holzer*, ZNotP 2017, Veröffentlichung in ZNotP 2017 vorgesehen.
30 *Holzer/Kramer* (Fn. 1), 8. Teil, Rn. 267.
31 *Böhringer*, Rpfleger 1995, 51, 55.
32 BayObLG, Rpfleger 1988, 246.
33 OLG Brandenburg, Beschl. v. 19.6.2008 – 5 Wx 48/07.
34 Weitere Einzelfälle bei *Demharter* (Fn. 27), § 84 Rn. 7.
35 OLG München, NJW-RR 2009, 597 f.
36 *Carmine*, DNotZ 1957, 7, 13.
37 Hügel/*Zeiser* (Fn. 2), § 84 Rn. 13.
38 BayObLG, MittBayNot 1999, 561, 562.
39 *Demharter* (Fn. 27), § 84 Rn. 10.
40 *Demharter* (Fn. 27), § 84 Rn. 7.
41 BayObLG, Rpfleger 1986, 373; 1988, 246; NJW-RR 1989, 1495, 1496.
42 *Demharter* (Fn. 27), § 84 Rn. 7.
43 *Holzer*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand: 4/2017, § 200 Rn. 23; Uhlenbruck/*Wegener*, InsO, 14. Aufl., § 200 Rn. 11; *Fischer*, ZNotP 2015, 2, 7; *Wipperfürth*, InsbürO 2012, 471, 474; a.A. MünchKomm-InsO/*Hintzen*, 3. Aufl., § 200 Rn. 38.
44 Hügel/*Zeiser* (Fn. 2), § 84 Rn. 13.
45 *Demharter* (Fn. 27), § 84 Rn. 9; *Holzer/Kramer* (Fn. 1), 8. Teil, Rn. 261.
46 Hügel/*Zeiser* (Fn. 2), § 84 Rn. 13.
47 Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 84 Rn. 3.
48 BayObLG, ZNotP 1998, 244; Rpfleger 1988, 246; NJW-RR 1989, 1495, 1496.
49 OLG München, Beschl. v. 3.9.2014 – 34 Wx 90/14.
50 *Bruhn*, Rpfleger 1954, Sp. 113, 114; dazu auch BayObLG, Rpfleger 1953, Sp. 446, 449.
51 *Demharter* (Fn. 27), § 84 Rn. 8.
52 BayObLG, Rpfleger 1960, 161, 162.
53 BayObLG, ZfIR 2003, 341 f.
54 BayObLG, MittBayNot 1999, 287, 288.
55 OLG Düsseldorf, DNotZ 2011, 694 f.

wegen Eintritts der Verjährung nicht zur Gegenstandslosigkeit aus tatsächlichen Gründen führt).[56]

Der Gegenstandslosigkeit aus rechtlichen Gründen steht die Feststellung des Rechts im Zivilrechtsweg (z.B. durch Abweisung einer Löschungsklage) entgegen.[57] Keine Gegenstandslosigkeit liegt bspw. bei einem Verfügungsverbot nach dem Militärregierungsgesetz Nr. 52 (sog. „MRV 52“)[58] oder bei einem Wiederkaufsrecht gem. Art. 29 PrAGBGB vor.[59]

c) Gegenstandslosigkeit aus tatsächlichen Gründen

aa) Wegfall des Gegenstands des Rechts

Eine Gegenstandslosigkeit nach § 84 Abs. 2b) GBO liegt vor, wenn das Recht aus tatsächlichen Gründen dauernd nicht ausgeübt werden kann. In der Praxis ist dies bspw. der Fall, wenn

- bei einer *beschränkten persönlichen Dienstbarkeit* (z.B. dingliches Wohnungsrecht nach § 1093 Abs. 1 Satz 1 BGB) das Gebäude zerstört wird,[60]
- eine *Grunddienstbarkeit* nicht mehr ausgeübt werden kann (z.B. ein Recht zum Betrieb einer Gaststätte wegen Zerstörung des Gebäudes,[61] ein Kellerrecht wegen Zerstörung des Hauses,[62] eine Benutzungsbeschränkung wie Läuten von Kirchenglocken wegen Wegfalls der Grundstücksnutzung als Kirche,[63] ein Forst- und Weiderecht bei vollständiger Überbauung eines Grundstücks,[64] ein Wegerecht wegen Zerstörung des Wegs, auf dessen Wiederherstellung der Berechtigte keinen Anspruch hat).[65]

In der Praxis ist sorgfältig zu prüfen, ob die Veränderung der tatsächlichen Gegebenheiten zu einer dauerhaften Beeinträchtigung der Rechtsausübung führt, die nicht mehr rückgängig zu machen ist. Alleine die Pflegebedürftigkeit des Berechtigten und sein Umzug in ein Altenheim führt deshalb nicht zum Erlöschen des Wohnungsrechts und kann die Einleitung des Verfahrens nach §§ 84 ff. GBO nicht rechtfertigen.[66]

bb) Nicht ermittelbarer Berechtigter

Insbesondere bei älteren Eintragungen lässt sich oft die Person des Berechtigten nicht mehr feststellen, sodass eine Gegenstandslosigkeit aus tatsächlichen Gründen vorliegt.[67] Das Amtslöschungsverfahren darf jedoch erst dann eingeleitet werden, wenn eine Auslegung unter Berücksichtigung des Sprachgebrauchs zzt. der Eintragung nicht zur Ermittlung des Berechtigten führt.[68]

d) Gegenstandslosigkeit aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen

Die in § 84 Abs. 2 GBO vorgesehenen Fallgestaltungen der Gegenstandslosigkeit schließen sich nicht aus. Auch wenn der Gesetzgeber dies nicht bedacht haben mag, ist eine Kombination der Gegenstandslosigkeit aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen möglich, wenn das materielle Recht den Bestand des Rechts an dessen Ausübbarkeit knüpft. Dies ist insbesondere bei der Grunddienstbarkeit der Fall: Kann diese aus tatsächlichen Gründen nicht ausgeübt werden, erlischt sie (§ 1019 Satz 1 BGB).

Als Beispiel soll ein Wasserleitungsrecht dienen, das im Grundbuch zugunsten eines Nachbargrundstücks eingetragen wurde. Nach der Eintragung erfolgte der Anschluss an die öffentliche Wasserversorgung. Die gemeindliche Satzung sah einen Benutzungszwang vor, nach dem das herrschende Grundstück seine Bewässerung alleine aus der öffentlichen Wasserversorgung beziehen darf. Zudem wurde der Bewässerungsgraben zugeschüttet und teilweise überbaut. In diesem Fall liegt eine Gegenstandslosigkeit tatsächlichen Gründen vor, weil die Möglichkeit der Nutzung durch Verfüllen des Bewässerungsgrabens und dessen teilweise Bebauung weggefallen ist. Die Grunddienstbarkeit ist auch aus rechtlichen Gründen wegen des durch gemeindliche Satzung festgelegten Benutzungszwangs erloschen. Mithin vereinigen sich beide Varianten der Gegenstandslosigkeit.[69]

8. Abgrenzung zu anderen Verfahren

a) Antragsverfahren

Sind auf Antrag (§ 13 Abs. 1 Satz 1 GB) vorgenommene Eintragungen materiell unrichtig (§ 894 BGB), erfolgt deren Löschung grds. im Antragsverfahren durch Nachweis der Unrichtigkeit (§ 22 Abs. 1 GBO) oder aufgrund einer Löschungsbewilligung (§ 19 GBO).

Auch das Verfahren nach §§ 84 ff. GBO kann materiell unrichtige Eintragungen zum Gegenstand haben, soweit eine rechtliche Gegenstandslosigkeit i.S.d. § 84 Abs. 2a) GBO infrage steht.[70] Bei materiell unrichtigen Eintragungen unterscheidet sich das Verfahren nach den §§ 84 ff. GBO gegenüber dem nach § 22 Abs. 1 GBO nur in seinem verfahrensrechtlichen Weg, nicht aber in seinem in der Löschung

56 OLG Köln, Rpfleger 1986, 374.
57 *Demharter* (Fn. 27), § 84 Rn. 11.
58 LG Trier, Rpfleger 2005, 138 f.; dazu auch BayObLG, DtZ 1994, 37 (Fall Hess).
59 OLG Naumburg, Beschl. v. 25.1.2001 – 11 Wx 18 und 19/00.
60 BayObLGZ 1967, 397, 404 m.w.N.
61 *Demharter* (Fn. 27), § 84 Rn. 13; dazu auch BGH, Rpfleger 1980, 13, 14.
62 BayObLGZ 1967, 397, 404.
63 LG München I, MittBayNot 2004, 130, 131.
64 OLG München, MittBayNot 2013, 82, 84.
65 BayObLG, Rpfleger 1986, 373.
66 *Demharter* (Fn. 27), § 84 Rn. 14.
67 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 385.
68 *Demharter* (Fn. 27), § 84 Rn. 15.
69 BGH, DNotZ 1985, 549; BayObLG, Rpfleger 1988, 246; Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 84 Rn. 5.
70 OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.12.2007 – 5 Wx 30/07; *Holzer* (Fn. 3), S. 103.

bestehenden Ziel. Obwohl die Löschung gegenstandsloser Rechte lediglich verfahrensrechtliche Wirkungen hat und deren materielle Existenz nicht berührt[71] (abgesehen von der Folge des § 891 Abs. 1 und 2 BGB),[72] wird durch die Feststellungen nach § 87 Abs. 2a) – c) GBO der formalisierte Nachweis der materiellen Unrichtigkeit des Grundbuchs geführt.[73] Das Grundbuch wird zudem bei einer nach den §§ 84 ff. GBO zu Unrecht erfolgten Löschung materiell unrichtig.[74] Daraus folgt, dass die Begriffe der Unrichtigkeit der § 22 Abs. 1 GBO, § 894 BGB und der Gegenstandslosigkeit nach § 84 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GBO deckungsgleich sein müssen.[75] Das Verfahren der §§ 84 ff. GBO hat demnach eine Berichtigung des Grundbuchs zum Gegenstand[76] und erfasst ursprüngliche und nachträgliche Unrichtigkeiten.[77]

Beide Verfahren überschneiden sich daher,[78] sodass Berichtigungsanträge auch als Anregung einer Löschung nach den §§ 84 ff. GBO ausgelegt werden können.[79] Das Grundbuchamt hat dabei den allgemeinen Grundsatz zu berücksichtigen, dass Anträgen und Anregungen der Beteiligten möglichst zum Erfolg zu verhelfen ist. Insbesondere inhaltlich unzureichende bzw. nicht der Form des § 29 Abs. 1 GBO entsprechende Berichtigungsanträge können deshalb noch ausreichende Angaben enthalten, die eine Löschung wegen Gegenstandslosigkeit rechtfertigen.

b) Amtslöschung

Streitig ist das Verhältnis der §§ 84 ff. GBO zur Amtslöschung nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO. Nach einer Ansicht sollen inhaltlich unzulässige Rechte zumindest dann rechtlich gegenstandslos sein (§ 84 Abs. 2a) GBO), wenn ihre nachträgliche Ergänzung möglich ist.[80] Die zur Löschung dieser Eintragungen vorgesehenen Verfahren würden sich nach dieser Auffassung nicht ausschließen; vielmehr hätte das Grundbuchamt nach pflichtgemäßem Ermessen darüber zu entscheiden, welches Verfahren zur Anwendung kommt. Das Verfahren nach den §§ 84 ff. GBO ist wegen seiner Versäumniswirkungen und der Einbindung der Beteiligten ungleich aufwendiger, langwieriger und komplizierter als das Amtslöschungsverfahren nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO, sodass diesem vermutlich der Vorzug gegeben würde. Der Gesetzgeber hat dies jedoch nicht beabsichtigt.

Die Rechtsprechung[81] ist deshalb mit einem Teil der Literatur[82] der Auffassung, dass sich der Begriff der inhaltlichen Unzulässigkeit des § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO mit dem der Gegenstandslosigkeit des § 84 Abs. 1 GBO nicht deckt. Diese Auffassung erscheint zutreffend, weil mit dem Verfahren nach §§ 84 ff. GBO auch die Beseitigung einer außerhalb des Grundbuchs entstandenen Unrichtigkeit erreicht werden soll. Die Amtslöschung soll hingegen eine durch die Eintragung selbst verursachte Rechtsverletzung beseitigen. Zudem hat die Löschung nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO keine berichtigende Wirkung, sondern stellt einen Spezialfall der Richtigstellung dar, der eine Klarstellung des Grundbuchs zum Gegenstand hat.[83]

c) Richtigstellung

Das gesetzlich nicht geregelte Verfahren der Richtigstellung betrifft die Eintragung und Löschung hinweisender oder klarstellender Vermerke außerhalb des öffentlichen Glaubens.[84] Das Verhältnis dieses Verfahrens zu dem nach den §§ 84 ff. GBO kann anhand der Reichweite des materiellen Rechts (§§ 892, 894 BGB) bestimmt werden, die wiederum den Anwendungsbereich der Richtigstellung definiert.

Wie o.a., stellt die Amtslöschung nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO einen Spezialfall der Richtigstellung dar, weil beide Verfahren Eintragungen betreffen, die der Gutglaubensschutz des § 892 BGB nicht umfasst. Solche Eintragungen können deshalb nicht im Verfahren nach den §§ 84 ff. GBO gelöscht werden.[85] Dies bedeutet gleichzeitig, dass die §§ 84 ff. GBO – anders als die Amtslöschung nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO – nicht als *lex specialis* gegenüber dem Verfahren der Richtigstellung betrachtet werden können. Diese Abgrenzung der einzelnen Verfahrensarten wahrt den das gesamte Grundbuchrecht durchdringenden Gleichlauf von materiellem Recht und Verfahrensrecht.[86] Historisch interessant erscheint in diesem Zusammenhang, dass das Reichsjustizministerium bei der Überarbeitung der GBO im Jahr 1935 eine gesetzliche Regelung der Richtigstellung abgelehnt hatte, diese aber 1940 dem Verfahren der §§ 84 ff. GBO unterstellen wollte.[87] Obwohl die Gründe dafür nicht bekannt sind, ist dies richtigerweise unterblieben.

9. Analoge Anwendung

Das Schuldenregelungsgesetz von 1933[88] sah ein Sonderinsolvenzverfahren für Landwirte vor, mit dem persönliche und

---

71 Dazu unten IV.1.

72 BayObLGZ 1986, 218, 221 f.; Beschl. v. 19.3.1998 – BReg. 2 Z 14/98; OLG Hamm, JMBlNRW 1964, 78; ebenso bereits KG, JFG 10, 280, 283 zu § 22 GBBerG 1930.

73 *Peter*, BWNotZ 1983, 49, 52.

74 *Belge*, WürttZ 1939, 105, 110.

75 KG, JW 1935, 220; BayObLGZ 1973, 272, 273; OLG Köln, Rpfleger 1980, 389, 390; 1986, 374.

76 So bereits *Güthe/Triebel*, GBO, 6. Aufl., § 1 Rn. 44, S. 32.

77 Hügel/*Holzer* (Fn. 2), § 22 Rn. 99.

78 BayObLGZ 1973, 272, 273; OLG Köln, Rpfleger 1980, 389, 390.

79 BayObLG, NJW-RR 1989, 1495, 1496; OLG München, Rpfleger 2017, 258 f.; LG Meiningen, ZfIR 1999, 326, 328.

80 Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 84 Rn. 14; *Demharter* (Fn. 27), § 84 Rn. 5; *Belge*, WürttZ 1939, 105, 106; *Gerber*, Die Beseitigung unrichtiger Eintragungen aus dem Grundbuch, Ein Beitrag zur Lehre von der Grundbuchberichtigung, 1930, S. 14.

81 BayObLGZ 1956, 94, 100; offengelassen in BayObLGZ 1954, 286, 291.

82 *Güthe/Triebel* (Fn. 76), § 53 Rn. 28, § 84 Rn. 4; ähnlich *Henke/Mönch/Horber*, GBO, 3. Aufl., § 53 Anm. 12e.

83 *Holzer* (Fn. 3), S. 103 m.w.N.

84 Hügel/*Holzer* (Fn. 2), § 22 Rn. 92 ff.

85 Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 84 Rn. 1; *Holzer*, NotBZ 2008, 14, 16; *Imberg*, MittRhNotK 1968, 398, 411.

86 Dazu Hügel/*Holzer* (Fn. 2), § 22 Rn. 92.

87 *Holzer* (Fn. 3), S. 78.

88 Gesetz zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse v. 1.6.1933, RGBl. I, S. 331.

durch Grundpfandrechte gesicherte Forderungen u.a. durch Landabgabe abgelöst werden konnten. Im Grundbuch wurde durch die Eintragung sog. „Entschuldungsvermerke" kenntlich gemacht, dass die Grundstücke zu einem Entschuldungsbetrieb gehörten.[89]

In der „alten" Bundesrepublik wurde das Schuldenregelungsverfahren 1952 beendet,[90] in Bayern und der damaligen Britischen Zone bereits etwas früher.[91] Die in den Grundbüchern eingetragenen Entschuldungsvermerke konnten zunächst auf Ersuchen des Entschuldungsamts nach § 5 Abs. 1 Satz 1 des v.g. Gesetzes i.V.m. § 38 GBO gelöscht werden. Auf dieser Grundlage nicht gelöschte Entschuldungsvermerke wurden später nach anderen Vorschriften,[92] aber ebenfalls auf behördliches Ersuchen gelöscht. In der ehemaligen DDR war die amtswegige Löschung der Entschuldungsvermerke vorgeschrieben.[93]

Nach Aufhebung der Rechtsgrundlagen für die Löschung der Entschuldungsvermerke im Ersuchensverfahren hat der Gesetzgeber § 84 Abs. 1 Satz 2 GBO eingefügt, nach dem das Verfahren nach den §§ 84 ff. GBO für die Löschung der Entschuldungsvermerke „entsprechend" gilt.[94] Zweck dieser Regelung war es, eine kostenfreie Löschung der scheinbar auf andere Weise aus dem Grundbuch nicht entfernbaren Entschuldungsvermerke zu erreichen.[95] Der Gesetzgeber hat dabei übersehen, dass die noch im Grundbuch eingetragenen Entschuldungsvermerke wegen Aufhebung der ihrer Eintragung zugrunde liegenden Gesetze rechtlich gegenstandslos i.S.d. § 84 Abs. 1 Satz 1 GBO sind.[96] Da das Verfahren der §§ 84 ff. GBO auf Entschuldungsvermerke direkt anwendbar ist, war die Anordnung seiner entsprechenden Anwendung fachlich unzutreffend und rechtssystematisch verfehlt. § 84 Abs. 1 Satz 2 GBO erscheint somit überflüssig und sollte gestrichen werden, zumal nunmehr auch die letzten Entschuldungsvermerke gelöscht sein dürften.

III. Verfahren zur Löschung gegenstandsloser Eintragungen

1. Verfahrenseinleitung

a) Annahme der Gegenstandslosigkeit

Das Grundbuchamt soll das Verfahren nach den §§ 84 ff. GBO nur dann einleiten, wenn hinreichender Grund zu der Annahme besteht, dass die Eintragung gegenstandslos ist (§ 85 Abs. 1 GBO). Zu überprüfen ist deshalb, ob es sich um eine Eintragung in Abteilung II und III des Grundbuchs handelt und eine Gegenstandslosigkeit aus rechtlichen Gründen (§ 84 Abs. 2a) GBO) oder aus tatsächlichen Gründen (§ 84 Abs. 2b) GBO) vorliegt bzw. ob es sich um eine Kombination beider Varianten handelt.[97]

Das Grundbuchamt führt im Rahmen der Verfahrenseinleitung eine Wahrscheinlichkeitsprüfung durch, bei der zu untersuchen ist, ob die Annahme der Gegenstandslosigkeit begründet ist. Erforderlich ist eine ausreichend gewisse, den Aufwand des Verfahrens nach den §§ 84 ff. GBO rechtfertigende Wahrscheinlichkeit, die für die Gegenstandslosigkeit der Eintragung und deren Löschung spricht.[98] Ein Nachweis der Gegenstandslosigkeit ist daher nicht erforderlich. Anhaltspunkte, die für die Wahrscheinlichkeit einer Gegenstandslosigkeit sprechen, werden sich häufig auch aus den Anregungen der Beteiligten (§ 86 GBO) ergeben. Bei der Beurteilung der Gegenstandslosigkeit ist wegen der möglichen Schäden besonders gewissenhaft zu prüfen.[99]

b) Hinreichender Anlass zum Einschreiten

Das Grundbuchamt soll das Verfahren nach den §§ 84 ff. GBO grds. nur dann einleiten, wenn die Annahme der Gegenstandslosigkeit besteht und besondere äußere Umstände hinreichenden Anlass zur Löschung der Eintragung geben (§ 85 Abs. 1 GBO). Zwischen dem Vorliegen der äußeren Umstände und dem hinreichenden Anlass zur Löschung besteht ein kausaler Zusammenhang.[100] Das Gesetz zählt beispielhaft auf, wann diese besonderen äußeren Umstände vorliegen, nämlich bei der Umschreibung des Grundbuchblatts wegen Unübersichtlichkeit (§ 28 GBV), der Teilveräußerung oder Neubelastung des Grundstücks sowie der Anregung eines Beteiligten (§ 86 GBO). Daneben sind weitere Fälle denkbar, insbesondere die Umschreibung des Grundbuchs auf neue Blattvordrucke (§ 104 Abs. 2 GBV).

Der Anlass zur Einleitung des Verfahrens nach den §§ 84 ff. GBO kann in den erwähnten äußeren Umständen, aber auch in einer Anregung eines Beteiligten (§ 86 GBO) liegen.[101] Eventuelle „Anträge" der Beteiligten sind als Anregung auf amtswegiges Tätigwerden auszulegen.[102]

c) Sonstige Fälle

Wie auch in anderen Amtsverfahren[103] besteht keine allgemeine Verpflichtung des Grundbuchamts, die Grundbücher nach gegenstandslosen Eintragungen zu durchsuchen.[104] Entdeckt das Grundbuchamt jedoch durch Zufall eine gegenstandslose Eintragung, so kann es diese, wie sich aus der Formulierung des Gesetzes ergibt („grundsätzlich"),

89 § 52 Abs. 1 EntschuldungsG.

90 Gesetz zur Abwicklung der landwirtschaftlichen Entschuldung v. 25.3.1952 (BGBl. I, S. 203).

91 Allgemeine Begründung des Gesetzes zur Abwicklung der landwirtschaftlichen Entschuldung, BT-Drucks. 1/2526, S. 4.

92 Art. 7 Satz 1 Verordnung über die Löschung der Entschuldungsvermerke (Löschungsverordnung) v. 31.1.1962 (BGBl. I, S. 67).

93 Verordnung v. 12.3.1959 (GBl. I, Nr. 16, S. 175).

94 Art. 7 des Gesetzes zur Änderung der InsO und anderer Gesetze v. 26.10.2001 (BGBl. I, S. 2710).

95 Begr. zu § 84 RegE-GBO, BT-Drucks. 14/5680, S. 35.

96 *Böhringer*, Rpfleger 1995, 51, 56.

97 Dazu oben II.7.

98 Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 85 Rn. 7.

99 BayObLG, Rpfleger 1986, 373.

100 Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 85 Rn. 7.

101 Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 85 Rn. 5.

102 *Peter*, BWNotZ 1983, 49.

103 Dazu Hügel/*Holzer* (Fn. 2), § 53 Rn. 5.

104 Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 85 Rn. 1; *Demharter* (Fn. 27), § 85 Rn. 1.

auch dann dem Verfahren der §§ 84 ff. GBO zuführen, wenn die vorstehend erwähnten „besonderen Umstände“ nicht vorliegen. Das kann bei einem besonderen öffentlichen Interesse an der Klarheit des Grundbuchs gegeben sein, bspw. bei einer generellen Bereinigung aller Grundbücher eines Grundbuchamts,[105] der fehlenden Möglichkeit oder Unzumutbarkeit der Beibringung durch Unterlagen im Antragsverfahren durch die Beteiligten, der Löschung eines Rechts in mehreren Grundbüchern, der Löschung eines Rechts mit einer Vielzahl von Berechtigten[106] oder allgemein der höheren Effektivität des Amtsverfahrens nach den §§ 84 ff. GBO im Vergleich zum Antragsverfahren der §§ 13 ff. GBO.[107]

In der Ausgestaltung des Gesetzes spiegelt sich somit das allgemeine grundbuchrechtliche Legalitätsprinzip wider, das auch im Amtsverfahren gilt und nach dem das Grundbuchamt als „Hüter des Grundbuchs“ zu jeder Zeit dafür zu sorgen hat, dass dieses seiner Funktion – der übersichtlichen und richtigen Darstellung von Rechten und Tatsachen – gerecht wird. Dazu gehört auch, das Grundbuch in geeigneten Fällen von überflüssigen Eintragungen zu entlasten und es für den Rechtsverkehr in leicht lesbarem Zustand zu erhalten.

d) Ermessen

Das Grundbuchamt „soll“ das Verfahren zur Löschung gegenstandsloser Eintragungen nach § 85 Abs. 1 GBO bei Vorliegen der oben dargestellten Voraussetzungen (Vorliegen besonderer äußerer Umstände und Annahme der Gegenstandslosigkeit des Rechts) einleiten. Das Grundbuchamt hat dabei ein freies Ermessen, das in erster Linie durch Erwägungen der Zweckmäßigkeit bestimmt wird. Das Verfahren nach den §§ 84 ff. GBO ist somit trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 85 Abs. 1 GBO nur dann einzuleiten, wenn von vornherein eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass es zu einer Löschung der betroffenen Eintragung kommt. Dabei sind schwierige oder kostspielige Ermittlungen nicht angezeigt, die in keinem Verhältnis zu dem durch die Löschung der Eintragung erzielten Nutzen stehen.[108] Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Berichtigung des Grundbuchs grds. den Beteiligten obliegt[109] und das Grundbuchamt nicht gehalten ist, für diese Mühen und Kosten zu sparen.[110]

Wegen seines freien Ermessens ist das Grundbuchamt gleichwohl nicht verpflichtet, ein eingeleitetes Verfahren durchzuführen. Vielmehr ist es möglich, das Verfahren jederzeit einzustellen.[111]

e) Entscheidung

Für die Einleitung des Verfahrens nach den §§ 84 ff. GBO ist keine förmliche Entscheidung erforderlich, da es sich nicht um eine Endentscheidung i.S.d. § 38 Abs. 1 Satz 1 FamFG handelt. Die Verfahrenseinleitung bedarf daher auch keiner Begründung und muss den Beteiligten nicht bekannt gegeben werden. Ausreichend ist vielmehr ein Aktenvermerk. Dies gilt auch für die Ablehnung der Einleitung des Verfahrens sowie dessen Einstellung.[112]

Eine Ausnahme besteht nach § 86 GBO nur dann, wenn ein Beteiligter die Einleitung des Löschungsverfahrens angeregt hat. Hier liegt eine mit Außenwirkung versehene Endentscheidung vor, mit der dem die Löschung wegen Gegenstandslosigkeit anregenden Beteiligten die Gewissheit gegeben werden soll, dass sein Vorbringen sorgfältig geprüft wird. Durch einen mit Gründen versehenen Beschluss ist er möglicherweise in der Lage, weitere Unterlagen zu beschaffen und im Beschwerdeverfahren vorzulegen bzw. damit eine erneute Löschungsanregung zu begründen.[113]

f) Beteiligte

aa) Allgemeines

Das Gesetz erwähnt den Begriff des „Beteiligten“ in § 85 Abs. 1 GBO und § 86 GBO. Allerdings ist die Begrifflichkeit nicht einheitlich. Dies ergibt sich aus § 87b) GBO, nach dem der „Betroffene“ eine Löschungsankündigung erhält. Auch dieser ist „Beteiligter“ im Sinne des Gesetzes. Das Gesetz definiert den Begriff des „Beteiligten“ allerdings nicht. In der Literatur wird zwar davon ausgegangen, dass dieser sich „in der Regel unschwer feststellen“ lasse und eine engherzige Auslegung unangebracht sei.[114] Dies hilft jedoch bei Zweifelsfragen nicht weiter, sodass zu prüfen ist, welche Personen am Verfahren nach §§ 84 ff. GBO beteiligt sind.

bb) Beteiligtenbegriff der §§ 84 ff. GBO

§ 87b) GBO stellt auf den Begriff des „Betroffenen“ ab und macht dadurch gleichzeitig deutlich, wer „Beteiligter“ des Verfahrens nach §§ 84 ff. GBO sein kann. Da „Betroffenheit“ offensichtlich als materielle Betroffenheit zu verstehen ist, folgt die vorstehend genannte Bestimmung wie auch die §§ 85 Abs. 1, 86 GBO nach wie vor dem vor Einführung des FamFG herrschenden Beteiligtenbegriff, nach dem zwischen formell und materiell Beteiligten zu unterscheiden ist. Als materiell Beteiligte sind diejenigen Personen angesehen, deren Rechte und Pflichten durch das jeweilige Verfahren und die darin zu treffenden Entscheidungen einschließlich der vorzunehmenden Eintragungen unmittelbar betroffen sein können.[115] Erforderlich ist mithin, dass möglicherweise eigene materielle Rechte tangiert sind, sodass ein bloßes Anhörungs-, Antrags- oder Beschwerderecht für die Begründung

105 *Peter*, BWNotZ 1983, 49, 50.
106 *Demharter* (Fn. 27), § 85 Rn. 2.
107 Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 85 Rn. 8.
108 *Demharter* (Fn. 27), § 85 Rn. 3.
109 Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 85 Rn. 11.
110 *Peter*, BWNotZ 1983, 49.
111 *Demharter* (Fn. 27), § 85 Rn. 3.
112 *Demharter* (Fn. 27), § 85 Rn. 3 f.
113 *Demharter* (Fn. 27), § 86 Rn. 2.
114 Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 86 Rn. 3; *Demharter* (Fn. 27), § 86 Rn. 3.
115 BayObLG, Rpfleger 1986, 437; 1989, 331.

einer materiellen Beteiligung nicht ausreicht.[116] Formell beteiligt sind dagegen Personen, die zur Wahrnehmung nicht notwendig eigener sachlicher Interessen aufgrund eines von ihnen gestellten Antrags am Verfahren teilnehmen oder zu ihm durch das Gericht hinzugezogen werden.[117] Die formelle Beteiligung wird durch die materielle Beteiligung stets abgedeckt, sodass sich beide Begriffe überschneiden.[118]

Legt man die vorstehende Begrifflichkeit zugrunde, ist formell Beteiligter derjenige, der die Einleitung des Verfahrens nach den §§ 84 ff. GBO angeregt hat, weil er nach § 86 GBO über die Behandlung seiner Anregung unterrichtet werden soll. In materieller Hinsicht ist auch der Grundstückseigentümer beteiligt, da er bei einer Ablehnung bzw. Einstellung des Löschungsverfahrens in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt sein kann.[119] Gleiches gilt für die Berechtigten der Eintragungen, die der zu löschenden Eintragung im Rang nachfolgen (§ 879 BGB), da diesen bei Ablehnung bzw. Einstellung der Löschung die Möglichkeit eines besseren Rangs genommen wird. Die Teilnahme der v.g. Personen am Verfahren nach den §§ 84 ff. GBO ist allerdings nicht vorgesehen. Dieses Ergebnis erscheint mit der heutigen Auffassung eines rechtsstaatlich ausgestalteten Verfahrens nicht vereinbar. Es ist deshalb danach zu fragen, in welcher Weise der Beteiligtenbegriff der §§ 84 ff. GBO durch den des § 7 FamFG überlagert bzw. modifiziert wird.

cc) Beteiligtenbegriff des FamFG

§ 7 Abs. 1 FamFG ist im Grundbuchverfahren grds. anwendbar; dies gilt jedoch nicht für das Verfahren nach den §§ 84 ff. GBO, weil § 7 Abs. 1 FamFG lediglich Antragsverfahren erfasst.

Die Anwendung des § 7 Abs. 2 FamFG ist im Grundbuchverfahren problematisch und im jeweiligen Einzelfall zu prüfen.[120] Wurde die Einleitung des Verfahrens nach § 86 GBO angeregt, ist § 7 Abs. 2 FamFG nicht anwendbar, falls die betroffene Person nicht in eigenen Rechten betroffen ist. § 7 Abs. 3 FamFG erlaubt ihre Hinzuziehung lediglich nach dem Ermessen des Gerichts, während § 86 GBO dies ausdrücklich vorschreibt. § 86 GBO ist deshalb als *lex specialis* zu § 7 FamFG zu betrachten.

Allerdings erfasst § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG die Hinzuziehung der unmittelbar durch das Verfahren betroffenen Personen. Hier deckt sich der neue Beteiligtenbegriff mit dem materiellen Beteiligtenbegriff der §§ 84 ff. GBO, wobei es wie bei diesem darauf ankommt, ob das Verfahren nach seinem typischen Verlauf ein materielles Recht des Beteiligten tangiert.[121] Die sog. „Muss-Beteiligung“ des durch die Ablehnung bzw. Einstellung des Verfahrens nach den §§ 84 ff. GBO in seinen Rechten nachteilig betroffenen Eigentümers und nachrangigen Berechtigten lässt sich unter § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG subsumieren. Die Ablehnung bzw. Einstellung des Löschungsverfahrens wirkt sich auch direkt auf die Rechtsstellung des Berechtigten der betroffenen Rechte aus. Zwar sind diese nicht nachteilig betroffen, weil die Rechte nicht gelöscht werden. Darauf kommt es jedoch nicht an, weil es lediglich um die Betroffenheit in rechtlichen Positionen geht, durch die die Beteiligten nicht nur in ideellen, sozialen oder wirtschaftlichen Interessen tangiert sind.[122]

Soweit das Grundbuchamt nach § 88 Abs. 1 GBO die Besitzer von Grundpfandrechtsbriefen und anderen Urkunden zu deren Vorlage anhält,[123] sind diese nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 FamFG, jedenfalls aber nach § 7 Abs. 3 FamFG, Beteiligte des Verfahrens nach den §§ 84 ff. GBO.

Der Beteiligtenbegriff des § 7 FamFG überlagert damit weitgehend den Beteiligtenbegriff der §§ 84 ff. GBO, die in § 86 GBO nur noch eine Sonderregelung für die Beteiligtenstellung des das Verfahren anregenden Beteiligten enthalten. Für den Rechtsverkehr ist dies verwirrend. Bei künftigen Revisionen der GBO sollte deshalb der Beteiligtenbegriff der §§ 84 ff. GBO mit dem des § 7 FamFG harmonisiert werden, wobei auch der Begriff des „Betroffenen“ in § 87b) GBO durch den des „Beteiligten“ mit den §§ 85 Abs. 1, 86 GBO und § 7 FamFG zu ersetzen ist.

g) Bekanntgabe

Hat ein Beteiligter die Einleitung des Verfahrens nach den §§ 84 ff. GBO i.S.d. § 86 GBO angeregt, ist ihm die ablehnende bzw. das Verfahren einstellende Entscheidung bekannt zu geben. Für die Bekanntgabe gelten die §§ 41, 15 Abs. 2 FamFG, d.h., es erfolgt entweder eine förmliche Zustellung oder die Übersendung eines einfachen Briefs. Da der von § 86 GBO erfasste Beteiligte in jedem Fall die befristete Erinnerung nach § 11 Abs. 2 RPflG einlegen kann,[124] erscheint eine formlose Bekanntgabe per E-Mail oder Telefon nicht zielführend.[125]

h) Anfechtbarkeit

Die Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens nach den §§ 84 ff. GBO ist ebenso wie dessen Durchführung und Einstellung unanfechtbar.[126] Dies hat seinen Grund darin, dass das Grundbuchamt die Entscheidung über die Löschung gegenstandsloser Rechte weniger aus rechtlichen Erwägungen, sondern aus Gründen der Zweckmäßigkeit trifft. Da das Beschwerdegericht rechtliche Erwägungen in den Vordergrund stellen wird, eignet sich die Erwägung des Grundbuchamts nicht für eine gerichtliche Überprüfung. Die Unanfechtbarkeit der Entscheidung des Grundbuchamts soll die Beteiligten zu-

116 Holzer/*Holzer* (Fn. 19), § 7 Rn. 10.
117 *Liermann*, FS Baumgärtel, 1990, S. 325, 326 f.
118 BayObLG, Rpfleger 1989, 331, 332; 1986, 437.
119 Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 86 Rn. 3.
120 Holzer/*Holzer* (Fn. 19), § 7 Rn. 6.
121 Holzer/*Holzer* (Fn. 19), § 7 Rn. 27.
122 Holzer/*Holzer* (Fn. 19), § 7 Rn. 29.
123 Dazu unten III.1.e) aa).
124 Dazu unten III.1.h).
125 Anders Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 86 Rn. 4.
126 OLG München, Beschl. v. 3.9.2014 – 34 Wx 90/14; *Demharter* (Fn. 27), § 85 Rn. 5.

dem auf das Antragsverfahren der §§ 13 ff. GBO verweisen; sie hat deshalb neben der Entlastung der Beschwerdegerichte auch den Zweck, das Verfahren zu vereinfachen.[127]

Eine Ausnahme gilt jedoch dann, wenn ein Beteiligter i.S.d. § 86 GBO die Einleitung des Verfahrens nach den §§ 84 ff. GBO angeregt hat. Zwar ist die Entscheidung im Wege der unbeschränkten Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO nicht anfechtbar,[128] weil keine Endentscheidung i.S.d. § 38 Abs. 1 Satz 1 FamFG vorliegt. Jedoch hat nicht der Richter, sondern der Rechtspfleger entschieden, sodass die befristete Erinnerung nach § 11 Abs. 2 RPflG statthaft ist.[129] Hilft ihr der Rechtspfleger nicht ab, entscheidet der Richter abschließend und unanfechtbar. Dabei ist zu beachten, dass auch ein unzulässiges Rechtsmittel gegen die Ablehnung des Verfahrens nach den §§ 84 ff. GBO als Antrag auf Grundbuchberichtigung auszulegen sein kann.[130]

2. Durchführung des Verfahrens

a) Allgemeines

§ 87 GBO enthält die Voraussetzungen dafür, wann eine Eintragung als gegenstandslos gelöscht werden darf. Dies ist der Fall, wenn sich die Gegenstandslosigkeit der Eintragung aus Tatsachen oder Rechtsverhältnissen ergibt, die nach dem Gesetz formgerecht festgestellt wurden (§ 87a) GBO), wenn dem Betroffenen eine Löschungsankündigung zugestellt wurde und er nicht fristgemäß Widerspruch eingelegt hat (§ 87b) GBO) oder wenn durch einen begründeten Beschluss rechtskräftig die Gegenstandslosigkeit festgestellt wurde (§ 87c) GBO). Die Löschung ist möglich, wenn auch nur eine der v.g. Voraussetzungen erfüllt ist. Jedoch besteht zwischen ihnen ein Stufenverhältnis, nach dem eine Löschung nach § 87b) GBO erst dann zulässig ist, wenn eine solche nach § 87a) GBO ausscheidet. Demgemäß ist eine Löschung nach § 87c) GBO erst dann erlaubt, wenn dafür weder § 87a) GBO noch § 87b) GBO in Betracht kommen.[131] Der materielle Nachweis der Gegenstandslosigkeit durch Vorlage formgerechter Urkunden geht also vor den formellen Wirkungen des Versäumnisverfahrens (widerspruchslose Löschungsankündigung) und des hoheitlichen Eingriffs (rechtskräftiger Feststellungsbeschluss). Dies entspricht der das Grundbuchverfahren beherrschenden Autonomie der Beteiligten und dem Grundsatz geringstmöglicher staatlicher Eingriffe.

b) Nachweis der Gegenstandslosigkeit

Die Gegenstandslosigkeit der Eintragung muss sich aus Tatsachen oder Rechtsverhältnissen ergeben, die nach den Anforderungen der GBO festgestellt sind. Erklärungen, aus denen sich die Gegenstandslosigkeit ergibt, müssen mithin i.S.d. § 29 Abs. 1 GBO öffentlich beurkundet oder beglaubigt sein. Andere die Gegenstandslosigkeit nachweisende Umstände müssen ebenfalls formgerecht nachgewiesen werden, falls sie nicht offenkundig sind.[132]

Die Anforderungen an den Nachweis der Gegenstandslosigkeit unterscheiden sich mithin nicht von denen der Grundbuchberichtigung durch Vorlage einer Berichtigungsbewilligung (§ 19 GBO) oder des Nachweises der Unrichtigkeit (§ 22 Abs. 1 GBO). In den v.g. Verfahren hat jedoch der Antragsteller die Unterlagen bzw. Nachweise beizubringen, während dies nach § 87a) GBO von dem Grundbuchamt erledigt wird.[133] Eine Löschung wegen Gegenstandslosigkeit kommt deshalb vor allem dann in Betracht, wenn sich die zur Löschung erforderlichen Unterlagen (z.B. Löschungsbewilligung, § 19 GBO) bereits bei den Grundakten befinden, aber niemand einen Berichtigungsantrag stellt. Ausreichend für den Nachweis der Gegenstandslosigkeit sind ferner andere formgerecht erstellte Urkunden von Behörden, bspw. die Bescheinigung des Bauamts über die Zerstörung des Gebäudes bei der Löschung eines Wohnungsrechts oder die Vorlage der das Sanierungsverfahren beendenden Abschlusssatzung (§ 162 Abs. 1 Satz 1 BauGB) bzw. der Abschlusserklärungsbescheid der Gemeinde (§ 163 Abs. 1 Satz 1 BauGB) bei der Löschung eines nach § 143 Abs. 2 Satz 2 BauGB eingetragenen Sanierungsvermerks.[134]

Wie bereits ausgeführt,[135] kommt anders als bei Eintragungen in Abteilung I keine Zwangs- oder Amtsberichtigung nach den §§ 82, 82a GBO in Betracht, sodass das Verfahren nach §§ 84 ff. GBO innerhalb seines Anwendungsbereichs die einzige Möglichkeit zur Löschung von Amts wegen darstellt.

c) Widerspruchslose Löschungsankündigung

Die Löschung ist nach § 87b) GBO statthaft, wenn dem Betroffenen – auch zur Wahrung seines rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG[136] – eine Löschungsankündigung zugestellt wurde und dieser gegen die Löschung nicht innerhalb einer gleichzeitig bestimmten Frist Widerspruch erhoben hat. Voraussetzung dafür ist, dass die Gegenstandslosigkeit zwar in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nicht nachgewiesen werden kann, aber wahrscheinlich ist. Dafür ist wie bei der Verfahrenseinleitung nach § 85 Abs. 1 GBO ausreichend, dass ein hinreichender Grund zur Annahme der Gegenstandslosigkeit besteht.[137] Ein Nachweis der Gegenstandslosigkeit ist somit auch in diesem Stadium des Verfahrens nicht erforderlich; dies wäre auch systematisch verfehlt, weil der Nachweis der Gegenstandslosigkeit nach § 87a) GBO auch bei Vorliegen einer Berichtigungs-

127 Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 85 Rn. 17.

128 BayObLG, Rpfleger 1973, 433.

129 OLG München, Rpfleger 2017, 258 f.; OLG München, Beschl. v. 3.9.2014 – 34 Wx 90/14; *Demharter* (Fn. 27), § 85 Rn. 6.

130 *Demharter* (Fn. 27), § 85 Rn. 5.

131 Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 87 Rn. 15; *Demharter* (Fn. 27), § 87 Rn. 1.

132 *Demharter* (Fn. 27), § 87 Rn. 2 f.

133 *Demharter* (Fn. 27), § 87 Rn. 4.

134 Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 87 Rn. 4.

135 Dazu oben II.6.

136 Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 87 Rn. 7; Hügel/*Zeiser* (Fn. 2), § 87 Rn. 5.

137 Dazu oben III.1.b).

bewilligung (§ 19 GBO) nicht in vollem Umfang, sondern lediglich durch Anwendung einer formalisierten Beweisregel geführt wird.[138]

Voraussetzung für das Versäumnisverfahren ist allerdings, dass der Betroffene die Gelegenheit erhält, am Verfahren mitzuwirken. Das ist nur dann der Fall, wenn er nach Person und Wohnort bekannt ist. § 88 Abs. 2b) GBO schließt deshalb eine öffentliche Zustellung an ihn aus.[139]

Der Inhalt der Löschungsankündigung steht im Ermessen des Grundbuchamts; sie muss die von der Löschung betroffene Eintragung unter Angabe der Grundbuchstelle näher bezeichnen, die Ankündigung der Löschung für den Fall eines nicht erhobenen Widerspruchs nebst einer Widerspruchsfrist (i.d.R. 4 Wochen) enthalten und sollte auch die Gründe dafür angeben, weshalb das Grundbuchamt von einer Gegenstandslosigkeit der Eintragung ausgeht.[140] Die Löschungsankündigung kann bspw. den folgenden Wortlaut haben:[141]

„Nach § 84 GBO können gegenstandslose Eintragungen von Amts wegen gelöscht werden. Das Grundbuch des Amtsgerichts … von …, Band …, Blatt …, Lage des Grundstücks …, enthält in Abt. II/III unter lfd. Nr. … die in der Anlage mitgeteilte Eintragung. Das Grundbuchamt nimmt an, dass diese Eintragung gegenstandslos ist, weil … Sie erhalten binnen vier Wochen nach Zugang dieser Mitteilung Gelegenheit zur Äußerung darüber, ob Sie mit der Löschung einverstanden sind oder ob Sie der Löschung widersprechen. Bitte teilen Sie dem Grundbuchamt in diesem Fall auch mit, aus welchen Gründen Sie der Löschung widersprechen. Sollten Sie innerhalb der angegebenen Frist bei dem Grundbuchamt keinen Widerspruch erheben, kann die Eintragung gelöscht werden.“

Der aufgrund der Löschungsankündigung erhobene Widerspruch stellt einen speziellen Rechtsbehelf innerhalb des Versäumnisverfahrens nach § 87b) GBO dar. Die (unbeschränkte) Beschwerde gegen die Löschungsankündigung ist deshalb nicht statthaft.[142]

Für den Widerspruch ist keine bestimmte Form vorgeschrieben; er kann schriftlich oder mündlich zu Protokoll des Grundbuchamts erhoben werden und ist nicht zwingend zu begründen. Falls der Betroffene jedoch die Löschung seines Rechts mit Erfolg verhindern will, empfiehlt sich eine fachkundig durch einen Notar oder Rechtsanwalt ausgearbeitete Begründung. Die nach § 87b) GBO gesetzte Frist stellt keine Ausschlussfrist dar, sodass der Betroffene auch nach Fristablauf Widerspruch erheben kann.[143]

Hinsichtlich der Person des Betroffenen ist auf die Ausführungen zum Beteiligtenbegriff zu verweisen.[144] Betroffen von der Löschung wegen Gegenstandslosigkeit ist alleine der materiell Berechtigte der zu löschenden Eintragung, weil nur er in seiner Rechtsstellung negativ tangiert wird (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG). Der Grundstückseigentümer und die nachrangigen Berechtigten sind zwar am Verfahren beteiligt, aber nicht widerspruchsberechtigt.

Auch im Fall des nicht erhobenen Widerspruchs ist das Grundbuchamt zur Löschung zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet.[145] Insbesondere wenn sich dem Grundbuchamt nach der Löschungsankündigung Bedenken aufdrängen, kann es nach § 85 Abs. 2 GBO) von einer Löschung absehen und das Verfahren nach den §§ 84 ff. GBO einstellen. Dies sollte jedoch allen Beteiligten mitgeteilt werden.

d) Rechtskräftiger Feststellungsbeschluss

Erst wenn weder die Feststellung der Gegenstandslosigkeit in Form des § 29 GBO noch eine Löschungsankündigung möglich ist, kann die Eintragung nach § 87c) GBO gelöscht werden. Dies ist nur dann zulässig, wenn ein rechtskräftiger und mit Gründen versehener Feststellungsbeschluss vorhanden ist.

Eine Feststellung der Gegenstandslosigkeit durch Beschluss kommt in Betracht, wenn der Betroffene der Löschungsankündigung widersprochen hat oder nach Person und Wohnort unbekannt ist. In diesem Fall kann der Feststellungsbeschluss nach § 88 Abs. 2c) GBO öffentlich zugestellt werden.

Auch der rechtskräftige Feststellungsbeschluss bietet dem Grundbuchamt lediglich die Möglichkeit zu einer Löschung wegen Gegenstandslosigkeit, verpflichtet es jedoch nicht dazu.[146] Das Verfahren kann vielmehr jederzeit eingestellt werden (§ 85 Abs. 2 GBO).

e) Ergänzende Verfahrensvorschriften

aa) Vorlage von Briefen und Urkunden

Das Grundbuchamt ermittelt im Verfahren nach den §§ 84 ff. GBO von Amts wegen gem. § 26 FamFG. § 88 GBO hält jedoch einige ergänzende bzw. den Amtsermittlungsgrundsatz präzisierende Verfahrensvorschriften bereit, die kurz angesprochen werden sollen.

Das Grundbuchamt hat grds. nicht das Recht, die Besitzer von Grundpfandrechtsbriefen zu deren Vorlage anzuhalten. Eine Ausnahme zu diesem Grundsatz besteht im formellen Briefrecht nach § 62 Abs. 3 GBO.[147] Diese Regelung wurde durch § 88 Abs. 1 GBO auf das Verfahren nach den §§ 84 ff. GBO übertragen und auf die Vorlage der in den §§ 1154, 1155 BGB genannten Urkunden ausgedehnt. Das Grundbuchamt soll durch Vorlage der Briefe und Urkunden in die Lage versetzt werden, die Berechtigten insbesondere zur Bekanntgabe des Feststellungsbeschlusses (§§ 41, 42

138 Dazu Hügel/*Holzer* (Fn. 2), § 19 Rn. 2.
139 *Demharter* (Fn. 27), § 87 Rn. 6.
140 Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 87 Rn. 8.
141 Weitere Formulierungsbeispiele bei Hügel/*Zeiser* (Fn. 2), § 87 Rn. 13; *Schöner/Stöber* (Fn. 67), Rn. 388.
142 *Demharter* (Fn. 27), § 87 Rn. 13.
143 *Demharter* (Fn. 27), § 87 Rn. 7.
144 Dazu oben III.1.f).
145 *Demharter* (Fn. 27), § 87 Rn. 8.
146 *Demharter* (Fn. 27), § 87 Rn. 11.
147 Dazu *Holzer*, ZNotP 2017, 46, 50.

FamFG) zu ermitteln und die Löschung eines Grundpfandrechts auf dem Brief nach § 62 Abs. 1 Satz 1 GBO zu vermerken.[148]

Die Vorlage der Briefe und Urkunden kann nach § 35 FamFG von den o.g. Beteiligten erzwungen werden.[149] Gegen andere Beteiligte (z.B. Inhaber des zu löschenden Rechts) richtet sich der Zwang nicht und es darf auch die Herausgabe anderer Urkunden nicht erzwungen werden.[150] § 35 FamFG erfasst im Gegensatz zum früheren § 33 FGG ausschließlich die Vollstreckung von Anordnungen mit verfahrensleitendem Charakter. Als Zwangsmittel kommt zunächst die Festsetzung von Zwangsgeld in Betracht (§ 35 Abs. 1 Satz 1 FamFG), dessen Höhe pro Festsetzung 25.000 € nicht übersteigen darf (§ 35 Abs. 3 Satz 1 FamFG). Nur wenn die Beitreibung des Zwangsgelds nicht möglich ist (§ 35 Abs. 1 Satz 2 FamFG) oder keinen Erfolg verspricht (§ 35 Abs. 1 Satz 3 FamFG), ist die Festsetzung von Zwangshaft zulässig, deren Vollzug nach § 35 Abs. 3 FamFG in Verbindung mit Vorschriften der ZPO erfolgt.[151] Im Verfahren nach den §§ 84 ff. GBO dürfte die Anwendung von Zwangsmitteln kaum in Betracht kommen. Das Grundbuchamt wird in jeder Lage des Verfahrens abwägen, ob angesichts der vorhandenen Arbeitsbelastung der Einsatz von Zwangsmitteln zur Löschung einzelner Eintragungen sinnvoll ist und ggf. das Verfahren einstellen.

bb) Zustellung

Löschungsankündigungen nach § 87b) GBO und Feststellungsbeschlüsse nach § 87c) GBO sind grds. nach § 41 Abs. 1 Satz 2 FamFG i.V.m. § 15 Abs. 2 FamFG nach den Vorschriften der ZPO über die Amtszustellung bekannt zu machen. § 88 Abs. 2 GBO bestimmt hierfür in einigen Punkten Ausnahmen, weil die Wirkungen der bekannt gemachten Entscheidungen für die Beteiligten einschneidende Folgen haben und auch Grundrechte betreffen können (Art. 14 Abs. 1 GG).

Nach § 88 Abs. 2a) GBO ist § 184 ZPO nicht anzuwenden, d.h., es scheidet eine Bekanntgabe an Zustellungsbevollmächtigte und durch Aufgabe zur Post aus. Zuzustellen ist deshalb stets mit Postzustellungsurkunde.

Die öffentliche Zustellung ist je nach Art der Entscheidung erweitert oder eingeschränkt: Nach § 88 Abs. 2b) GBO darf die Löschungsankündigung des § 87b) GBO nicht öffentlich zugestellt werden. § 88 Abs. 2c) GBO bestimmt hingegen, dass im Fall des § 87c) GBO der Feststellungsbeschluss auch dann öffentlich zugestellt werden kann, wenn nicht nur der Aufenthaltsort, sondern auch die Person des Zustellungsempfängers unbekannt ist.

f) Vollzug der Löschung

Die Löschung erfolgt durch Eintragung eines Löschungsvermerks (§ 46 Abs. 1 GBO) oder durch Nichtmitübertragung (§ 46 Abs. 2 GBO). Im Löschungsvermerk muss nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass die Löschung nach den §§ 84 ff. GBO erfolgt.[152]

g) Kosten

Für das Verfahren der §§ 84 ff. GBO werden keine Gerichtsgebühren erhoben, da das GNotKG hierfür keinen Kostentatbestand vorsieht.[153] Für die Löschung gegenstandsloser Eintragungen gilt dies nach richtiger Ansicht nicht, da das GNotKG hierfür keine Ausnahme vorsieht.[154] Nach Nr. 14143 GNotKG KostVerz. kostet die Löschung eine Festgebühr von 25 €, bei Grundpfandrechten eine 0,5-Gebühr aus dem Nennwert gem. Nr. 14140 GNotKG KostVerz. Die Kosten der Löschung schuldet der Eigentümer (§ 23 Nr. 11 GNotKG). Dieser kann allerdings nicht für die auf Ersuchen einer Behörde (§ 38 GBO) entstandenen Eintragungen verantwortlich gemacht werden. Die Kosten für deren Löschung sind somit der Behörde bzw. deren Rechtsnachfolgerin aufzuerlegen oder niederzuschlagen.

IV. Wirkung der Löschung gegenstandsloser Eintragungen

1. Kein materielles Erlöschen des Rechts

Der Gesetzgeber hat die §§ 84 ff. GBO so konzipiert, dass eine in diesem Verfahren erfolgte Löschung keine materielle Auswirkung auf das gelöschte Recht hat.[155] Die Löschung bewirkt vielmehr nur die Entfernung des gegenstandslosen Rechts aus dem Grundbuch. Diese Lösung ergibt sich geradezu zwingend aus dem Zusammenspiel des Grundbuchs mit den darin eingetragenen Rechten, die durch die Beteiligten privatautonom begründet (§ 873 BGB) und in das Grundbuch im Verfahren nach den §§ 13 ff. GBO eingetragen werden. Der Staat stellt hierfür die mit den Wirkungen der §§ 891, 892 BGB ausgestattete Bucheinrichtung zur Verfügung, ist jedoch nicht berechtigt, über die darin eingetragenen Rechte zu verfügen. Andererseits sind staatliche Ressourcen knapp und der Eintragungsraum des Grundbuchs begrenzt. Das Grundbuch soll lediglich zur Verlautbarung bestehender Rechte dienen und kann daher nicht für gegenstandslose Eintragungen in Anspruch genommen werden. Es ist daher gerechtfertigt, diese aus dem Grundbuch zu entfernen, ohne ihr materielles Erlöschen anzuordnen. Die Löschung nach den §§ 84 ff. GBO hat daher nur verfahrensrechtliche Bedeutung.[156]

Die Löschung im Verfahren der §§ 84 ff. GBO beseitigt jedoch nach einhelliger Rechtsprechung[157] und

148 *Demharter* (Fn. 27), § 88 Rn. 2; dazu *Holzer*, ZNotP 2017, 46, 50.
149 Zum Verfahren vgl. Holzer/*Holzer* (Fn. 19), § 35 Rn. 5 ff.
150 Hügel/*Zeiser* (Fn. 2), § 84 Rn. 4.
151 Holzer/*Holzer* (Fn. 19), § 35 Rn. 10.
152 *Peter*, BWNotZ 1983, 49, 52.
153 *Demharter* (Fn. 27), § 84 Rn. 17.
154 Hügel/*Zeiser* (Fn. 2), § 84 Rn. 15; a.A. *Demharter* (Fn. 27), § 84 Rn. 17.
155 *Hesse*, DFG-Sonderheft 1936, 1, 17; *Saage*, JW 1935, 3207.
156 *Saage*, JW 1935, 3207.
157 BayObLG, Rpfleger 1986, 373.

Literatur[158] die für den Berechtigten sprechende Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB und begründet zugleich die für ihn nachteilige Vermutung des § 891 Abs. 2 BGB. Das Grundstück kann deshalb durch nachfolgende Erwerber hinsichtlich der gelöschten Eintragung lastenfrei erworben werden.

2. Fehlerhafte Löschung

Trotz der fehlenden materiellen Wirkungen der Löschung wird das Grundbuch unrichtig, falls die Eintragung zu Unrecht gelöscht wurde.[159] Der Berechtigte kann die Wiedereintragung im Berichtigungsverfahren der §§ 13 ff., 22 Abs. 1 GBO betreiben, soweit dem nicht ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb entgegensteht. Dies kann durch einen Widerspruch nach § 899 BGB[160] oder einen Amtswiderspruch nach § 53 Abs. 1 GBO verhindert werden.[161]

Die v.g. Möglichkeit zeigt, dass die Löschung von Eintragungen im Verfahren der §§ 84 ff. GBO für das Grundbuchamt nicht ganz unproblematisch ist. Erweist sich die Löschung als unzutreffend, können für den Berechtigten durch das Berichtigungsverfahren erhebliche Kosten entstehen. Möglicherweise erleidet er auch durch gutgläubigen Erwerb Dritter einen vollständigen Rechtsverlust. In all diesen Fällen bestehen Ansprüche gegen die Justizverwaltung auf Schadensersatz wegen Amtshaftung (Art. 34 GG, § 839 BGB). Das Grundbuchamt kann eventuelle Schäden dadurch minimieren, dass es zumindest die Kosten für das Berichtigungsverfahren wegen unrichtiger Sachbehandlung nach § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG niederschlägt.

V. Rechtsmittel

1. Allgemeines

Wie bereits dargelegt, ist gegen die Einleitung des Verfahrens nach den §§ 84 ff. GBO die Beschwerde nicht statthaft.[162] Wegen der besonderen Ausgestaltung des Versäumnisverfahrens nach § 87b) GBO ist gegen die Löschungsankündigung nur der Widerspruch zulässig, nicht aber die Beschwerde.[163]

§ 89 Abs. 1 Satz 1 GBO erklärt jedoch die befristete Beschwerde gegen den Feststellungsbeschluss nach § 87c) GBO für statthaft. Eine Löschung der Eintragung darf erst dann erfolgen, wenn der Feststellungsbeschluss rechtskräftig geworden ist. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass in Ausnahmefällen durch Versehen des Grundbuchamts eine Löschung noch vor Abschluss des Beschwerdeverfahrens erfolgt. Die Beschwerde nach § 89 Abs. 1 Satz 1 GBO wird dadurch nicht unzulässig.

Gegen die Löschung einer dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892 BGB) unterliegenden Eintragung im Verfahren der §§ 84 ff. GBO ist die beschränkte Beschwerde nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs statthaft.[164] Die Beschwerde ist ausnahmsweise unbeschränkt zulässig, wenn das gelöschte Recht zur Erhaltung seiner Wirksamkeit gegenüber Dritten nicht der Eintragung bedarf.[165]

2. Art der Beschwerde

Die Beschwerde nach § 89 Abs. 1 Satz 1 GBO stellt wegen des dortigen Hinweises auf § 71 GBO keine sofortige Beschwerde nach dem FamFG dar. Vielmehr handelt es sich um eine befristete Grundbuchbeschwerde, bei der die Beschwerdefrist wegen der zur Durchführung der Löschung gewünschten Beschleunigung des Verfahrens 2 Wochen beträgt.[166] Das Grundbuchamt kann die Frist in besonderen Fällen verlängern (§ 89 Abs. 1 Satz 2 GBO), wobei die rechtzeitige Stellung des Antrags vor Ablauf der Zweiwochenfrist ausreichend ist.[167]

Die Beschwerdefrist beginnt mit Zustellung des Feststellungsbeschlusses (§ 89 Abs. 1 Satz 1 GBO). Das Gesetz weicht hier von § 63 Abs. 3 FamFG ab, nach dem die Beschwerdefrist mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses beginnt, die nach § 15 Abs. 2 FamFG auch durch Aufgabe zur Post bewirkt werden kann. Da es sich vorliegend aber um eine befristete GBO-Beschwerde und nicht um eine sofortige Beschwerde nach dem FamFG handelt, ist die Aufrechterhaltung der Sondervorschrift des § 89 Abs. 1 Satz 1 GBO sinnvoll. Das Grundbuchamt sollte in jedem Fall die förmliche Zustellung des Feststellungsbeschlusses wählen, um eine sichere Feststellung seiner formellen Rechtskraft zu ermöglichen.[168]

Bei einer Fristversäumung ist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand statthaft,[169] auf die die §§ 17 ff. FamFG nicht entsprechend,[170] sondern wegen der prinzipiellen Geltung von Buch 1 des FamFG in allen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit direkt anwendbar sind. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kommt vor allem bei unterbliebener Rechtsbehelfsbelehrung in Betracht; sie ist ausgeschlossen, wenn die Eintragung im Grundbuch gelöscht ist oder seit dem Ende der Frist ein Jahr verstrichen ist (§ 105 Abs. 3 GBO analog).[171]

3. Rechtsmittelbelehrung

Nach § 88 Abs. 2 GBO „soll“ auf den Ausfertigungen des Feststellungsbeschusses vermerkt werden, ob gegen diesen

158 Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 88 Rn. 18; *Demharter* (Fn. 27), § 87 Rn. 12.
159 *Demharter* (Fn. 27), § 87 Rn. 12.
160 Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 88 Rn. 19.
161 *Demharter* (Fn. 27), § 87 Rn. 12.
162 Dazu und zur sofortigen Erinnerung nach § 11 Abs. 2 RPflG s.o. III.1.h).
163 Dazu oben III.2.c).
164 Bauer/v. Oefele/*Kohler* (Fn. 16), § 87 Rn. 20.
165 *Demharter* (Fn. 27), § 87 Rn. 13.
166 Bauer/v. Oefele/*Budde* (Fn. 16), § 88 Rn. 1; *Demharter* (Fn. 27), § 89 Rn. 2 f.
167 Bauer/v. Oefele/*Budde* (Fn. 16), § 88 Rn. 2.
168 Bauer/v. Oefele/*Budde* (Fn. 16), § 88 Rn. 3.
169 KG, JFG 16, 322, 323.
170 *Demharter* (Fn. 27), § 89 Rn. 3.
171 Bauer/v. Oefele/*Budde* (Fn. 16), § 88 Rn. 3.

ein Rechtsmittel zulässig ist, bei welcher „Behörde“ und in welcher Form und Frist es einzulegen ist. Dies entspricht nicht mehr dem Standard des modernen Rechts, das in § 39 FamFG eine zwingende Rechtsbehelfsbelehrung vorsieht, die alle notwendigen Informationen für die Einlegung der befristeten Beschwerde enthält[172] und in allen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit unmittelbare Geltung beansprucht.[173]

§ 39 FamFG überlagert damit die veraltete Vorschrift des § 88 Abs. 2 GBO, dessen Anpassung im Rahmen der FGG-Reform offensichtlich übersehen wurde.[174] Der Gesetzgeber sollte die Vorschrift bei den notwendigen weiteren Überarbeitungen des FamFG einschließlich der Beseitigung der dortigen Redaktionsversehen[175] ersatzlos streichen; § 88 GBO bestünde danach nur noch aus dem heutigen Abs. 1.

4. Rechtsbeschwerde

Gegen die Entscheidung über die befristete Beschwerde nach § 89 Abs. 1 Satz 1 GBO ist die Rechtsbeschwerde statthaft, wenn sie das OLG in seiner Entscheidung nach § 78 Abs. 1 GBO zugelassen hat. Die Beschwerdefrist beträgt nach § 78 Abs. 3 GBO i.V.m. § 71 Abs. 1 FamFG einen Monat und die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 72 Abs. 1 Satz 1 FamFG). Das ist der Fall, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet wurde (§ 72 Abs. 1 Satz 2 FamFG). Zu beachten ist, dass Notare auch in Grundbuchsachen nicht vor dem BGH vertreten dürfen und die Einlegung der Rechtsbeschwerde nur durch einen dort zugelassenen Rechtsanwalt erfolgen darf.

VI. Ergebnis

Das Verfahren nach den §§ 84 ff. GBO trägt dazu bei, Abteilung II und III des Grundbuchs von gegenstandslosen Eintragungen zu entlasten und es dadurch für den Rechtsverkehr übersichtlicher zu machen. Dem Grundbuchamt stehen dafür mehrere Möglichkeiten zur Verfügung, bei denen sich die Intensität des gerichtlichen Eingriffs stufenweise steigert. Die Löschung von Eintragungen führt nicht zu ihrem materiellen Erlöschen, kann aber bei Fehlern für das Grundbuchamt haftungsträchtig sein. Die Beteiligten können sich gegen die Durchführung des Verfahrens nur eingeschränkt mit Widerspruch und befristeter Beschwerde zur Wehr setzen. Obwohl sich das Verfahren nach den §§ 84 ff. GBO exakt in das Zusammenspiel zwischen Grundbuchsystem und privatautonomen Rechten der Beteiligten einordnet, ist es in die Jahre gekommen und wurde im Rahmen der FGG-Reform nicht an moderne Rechtsstandards angepasst. Der Gesetzgeber sollte hier nachbessern, um das Verfahren für die Herausforderungen der nächsten Jahrzehnte zu rüsten. Spannend bleibt, ob und wann dies geschehen wird.

172 Hügel/*Zeiser* (Fn. 2), § 89 Rn. 14.
173 Holzer/*Holzer* (Fn. 19), § 39 Rn. 2.
174 Bauer/v. Oefele/*Budde* (Fn. 16), § 88 Rn. 3.
175 Dazu *Holzer*, ZNotP 2016, 294, 303.

ZNotP-Fragezeichen

1. Notarassessor N hat bei seinem Ausbildungsnotar einem Beteiligten eine unzutreffende Auskunft erteilt, durch den der Beteiligte einen Schaden erleidet. Der Notarassessor haftet für den Schaden.

   a) Trifft zu.

   b) Trifft nicht zu.

2. E hat A und B zu je 1/2 Anteil zu seinen Erben eingesetzt, und zwar A als Vollerben, B als Vorerben, Nacherbe ist N. Im Testament ist vorgesehen, dass bei Vorversterben von A oder B der Anteil des Weggefallenen dem anderen eingesetzten Erben anwächst.
   A verstirbt vor dem Erbfall. B ist für den von A angewachsenen Anteil Vollerbe und für 1/2 Anteil Vorerbe.

   a) Trifft zu.

   b) Trifft nicht zu.

ZNotP-Rechtsprechungsreport

Vertragsrecht

Einwilligung in Schuldübernahme

BGB § 418 Abs. 1 Satz 3

Leitsatz (amtlich):

Für die Einwilligung nach § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB in die Schuldübernahme kommt es auf diejenige des im Grundbuch eingetragenen Eigentümers an und nicht auf die eines künftigen bzw. wirtschaftlichen Eigentümers.

BGH, Urt. v. 23. 6. 2017 – V ZR 39/16

[1] S war Eigentümer eines Grundstücks in P. Er verkaufte es mit notariellem Vertrag v. 27.8.1998 unter Erteilung einer Belastungsvollmacht an die K GmbH, die dieses teilen, mit Häusern bebauen und anschließend veräußern wollte, und ließ es an sie auf. Zur Finanzierung des Vorhabens gewährte die Rechtsvorgängerin der Beklagten (fortan: Beklagte) der K GmbH mit Vertrag v. 11.11.1999/13.1.2000 einen Kredit. Zur Absicherung der Kreditverbindlichkeiten hatte die K GmbH am 3.11.1999 unter Verwendung der Belastungsvollmacht des noch als Eigentümer im Grundbuch eingetragenen S zugunsten der Beklagten an dem Grundstück zwei Sicherungsgrundschulden über (umgerechnet) 66.467,94 € und 193.779,62 € bestellt und sich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde in das Grundstück in der Weise unterworfen, dass die Zwangsvollstreckung auch gegen den jeweiligen Eigentümer zulässig ist.

[2] Am 30.6.2000 wurde zugunsten der K GmbH eine Auflassungsvormerkung im Rang nach den Grundschulden in das Grundbuch eingetragen. Am 31.7.2000 verkaufte sie eine noch zu vermessende Teilfläche des Grundstücks unter Abtretung der Auflassungsvormerkung an die Klägerin; die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch erfolgte am 28.3.2001. Kurz darauf fiel die K GmbH in die Insolvenz.

[3] Am 14.5.2001 schloss der Insolvenzverwalter der K GmbH mit der H GmbH einen notariellen „Grundstückskaufvertrag im Wege der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs". Darin übernahm die H GmbH alle Rechte und Pflichten der K GmbH aus näher bezeichneten Grundstückskaufverträgen. Am 5.7.2001 erhielt S den Kaufpreis.

[4] Mit Vereinbarung v. 12./17.7.2001 übernahm die H GmbH mit Zustimmung der Beklagten die Kreditverbindlichkeiten der insolventen K GmbH und trat an deren Stelle in das Kreditverhältnis mit der Beklagten ein. Zugleich wurde vereinbart, dass u.a. die beiden auf dem Grundstück in P lastenden Grundschulden fortan der Sicherung der Ansprüche der Beklagten gegenüber der neuen Schuldnerin dienen. S, der zu diesem Zeitpunkt noch im Grundbuch als Eigentümer des Grundstücks eingetragen war, war an der Vereinbarung nicht beteiligt. Ein halbes Jahr später fiel auch die H GmbH in die Insolvenz. Die Beklagte kündigte daraufhin die Darlehen.

[5] Ende 2002 wurde die K GmbH als Eigentümerin des Grundstücks in P in das Grundbuch eingetragen. Am 7.3.2003 erklärten der Insolvenzverwalter der H GmbH und die Klägerin die Auflassung hinsichtlich der nunmehr vermessenen Teilfläche dieses Grundstücks. Im Februar 2005 wurde die H GmbH als Eigentümerin des Grundstücks eingetragen.

[6] Die Beklagte betreibt die Zwangsvollstreckung aus den beiden Sicherungsgrundschulden. Am 15.6.2009 wurde die Zwangsversteigerung des Grundstücks angeordnet. Am 1.9.2010 wurde die Klägerin als Eigentümerin der vermessenen Teilfläche des Grundstücks (künftig: Grundstück) in das Grundbuch eingetragen.

[7] Auf Antrag der Klägerin hat das LG die Zwangsversteigerung für unzulässig erklärt und die Beklagte verurteilt, eine Löschungsbewilligung für die beiden auf dem Grundstück der Klägerin lastenden Grundschulden abzugeben. Das OLG hat auf die Berufung der Beklagten die Zwangsvollstreckung nur insoweit für unzulässig erklärt, als sie einen Gesamtbetrag von 143.784,57 € übersteigt. I.Ü. hat es die Klage abgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision will die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Aus den Gründen:

[8] I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist die Klägerin als Eigentümerin des von der Zwangsversteigerung betroffenen Grundstücks zur Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage aktivlegitimiert. Sie wende aber ohne Erfolg ein, dass die Beklagte nicht mehr Inhaberin der Grundschulden sei. Das Fehlen der Einwilligung des damaligen Grundstückseigentümers S zu der am 12./17.7.2001 zwischen der K GmbH und der H GmbH vereinbarten befreienden Schuldübernahme habe nicht zu einem Erlöschen der auf dem Grundstück lastenden Grundschulden nach § 418 Abs. 1 Satz 2 BGB geführt. Auf seine Einwilligung komme es nicht an, weil er nicht Sicherungsgeber i.S.d. § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB sei. Unter Berücksichtigung des zwischen S und der K GmbH geschlossenen Kaufvertrags, der bewilligten Auflassungsvormerkung und der erteilten Belastungsvollmacht sowie im Hinblick auf die am 5.7.2001 erfolgte Kaufpreisüberweisung sei tatsächlich und nach dem wirtschaftlichen Interesse nicht S, sondern die K GmbH Sicherungsgeberin der Grundschulden. Deren Zustimmung habe aber vorgelegen. Die Grundschulden valutierten jedoch nur noch i.H.v. 143.784,57 €; daher sei die Zwangsvollstreckung nur in dieser Höhe zulässig.

[9] Da die Grundschulden teilweise noch valutierten, sei für eine Verurteilung der Beklagten zur Erteilung von Löschungsbewilligungen kein Raum.

[10] II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

[11] 1. Nicht frei von Rechtsfehlern geht das Berufungsgericht davon aus, dass die von der Klägerin erhobene Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 Abs. 1 ZPO i.V.m. §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795 ZPO zulässig ist.

[12] a) Die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO ist von „dem Schuldner" zu erheben. Die Erhebung der Klage durch den richtigen Kläger, den Vollstreckungsschuldner, betrifft die Prozessführungsbefugnis und ist somit Zulässigkeitsvoraussetzung. Schuldner i.S.v. § 767 ZPO ist derjenige, gegen den sich die Zwangsvollstreckung richtet, der also in dem vollstreckbaren Titel

oder in der gegen den Rechtsnachfolger erteilten Vollstreckungsklausel als Schuldner aufgeführt ist (BGH, Urt. v. 3.11.2015 – II ZR 446/13, NZG 2016, 221 Rn. 22 m.w.N.). Erklärt – wie hier – der Eigentümer eines Grundstücks in einer notariellen Urkunde, dass er sich und den jeweiligen künftigen Eigentümer wegen des Anspruchs auf Zahlung aus dem Grundstück (§§ 1191 f., 1147 BGB) der Zwangsvollstreckung in das Grundstück unterwerfe, so ist er oder der zum Zeitpunkt des Vollstreckungsbeginns eingetragene (Nachfolge-)Eigentümer Vollstreckungsschuldner (BGH, Urt. v. 25.9.2006 – II ZR 218/05, *ZNotP 2007, 67* Rn. 9).

[13] Wird im Laufe des Vollstreckungsverfahrens ein neuer Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, hat dies auf den Fortgang des Verfahrens gegen den bei Beschlagnahme des Grundstücks eingetragenen Grundstückseigentümer keinen Einfluss. Dies gilt auch dann, wenn – wie hier – der Eigentumserwerb auf einem vorgemerkten Anspruch beruht und die Zwangsversteigerung aus einem gegenüber der Vormerkung vorrangigen Recht betrieben wird (vgl. Senat, Beschl. v. 9.5.2014 – V ZB 123/13, BGHZ 201, 157 Rn. 22). Das Verfahren wird unabhängig davon fortgesetzt, ob der Eigentumswechsel nach Wirksamwerden der Beschlagnahme als Verstoß gegen das Veräußerungsverbot (§ 23 Abs. 1 Satz 1 ZVG) dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber unwirksam ist (*Stöber*, ZVG, 21. Aufl., § 26 Rn. 2.2) oder ob der Erwerber trotz der Beschlagnahme des Grundstücks im Verhältnis zu dem betreibenden Gläubiger auf der Grundlage von § 878 BGB oder von § 892 BGB wirksam Eigentum erworben hat und daher § 26 ZVG Anwendung findet (vgl. Senat, Beschl. v. 25.1.2007 – V ZB 125/05, BGHZ 170, 378 Rn. 18). Der neue Eigentümer tritt nicht als Vollstreckungsschuldner ein (*Jaeckel/Güthe*, ZVG, 7. Aufl., § 26 Rn. 4; *Stöber*, a.a.O., § 26 Rn. 2.9; *ders.*, BGHR 2007, 580; *Jursnik*, MittBayNot 1999, 125, 126; vgl. auch BGH, Urt. v. 19.11.1987 – IX ZR 251/86, NJW 1988, 828, 829).

[14] b) Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Klägerin danach nicht Schuldnerin i.S.d. § 767 Abs. 1 ZPO und die von ihr erhobene Vollstreckungsabwehrklage deshalb unzulässig. Die Zwangsversteigerung des Grundstücks wurde mit Beschl. v. 15.6.2009 angeordnet. Zu diesem Zeitpunkt war noch die H GmbH als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen und damit Vollstreckungsschuldnerin. Die Eintragung der Klägerin als neue Eigentümerin des Grundstücks erfolgte erst am 1.9.2010.

[15] 2. Soweit die Klägerin neben der Vollstreckungsabwehrklage gegen die Beklagte außerdem einen Anspruch gem. § 894 BGB auf Bewilligung der Löschung der beiden Grundschulden geltend macht (vgl. hierzu Senat, Versäumnisurt. v. 8.5.2015 – V ZR 56/14, *ZNotP 2015, 403* Rn. 7 m.w.N.), geht das Berufungsgericht zwar zu Recht von der Zulässigkeit der Klage aus. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung lässt sich der geltend gemachte Anspruch aber nicht verneinen. Es nimmt rechtsfehlerhaft an, dass ein Löschungsanspruch der Klägerin nicht bestehe, weil die Beklagte noch Inhaberin der Grundschulden sei. Damit verkennt es, dass die zwischen der K GmbH und der H GmbH vereinbarte Schuldübernahme v. 12./14.7.2001 wegen Fehlens der Einwilligung des damaligen Grundstückseigentümers S dazu geführt hat, dass die Grundschulden zu Eigentümergrundschulden geworden sind.

[16] a) Nach einer Schuldübernahme geht eine für die übernommene Schuld bestehende Grundschuld gem. § 418 Abs. 1 Satz 2 BGB und dem nach § 1192 Abs. 1 BGB auch auf die Grundschuld anwendbaren § 1168 Abs. 1 BGB auf den Grundstückseigentümer über; dies gilt auch, wenn die Sicherheit – wie hier – in einer Sicherungsgrundschuld besteht (Senat, Versäumnisurt. v. 8.5.2015 – V ZR 56/14, *ZNotP 2015, 403* Rn. 7, 14 m.w.N.). Diese Vorschriften finden nach § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB aber keine Anwendung, wenn derjenige, welchem der verhaftete Gegenstand zzt. der Schuldübernahme gehört, in die Schuldübernahme einwilligt.

[17] b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kommt es für die Einwilligung nach § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht auf die der K GmbH als „wirtschaftlicher“ oder „künftiger“ Eigentümerin des Grundstücks an, sondern auf diejenige von S als dem zum Zeitpunkt der Schuldübernahme im Grundbuch eingetragenen Eigentümer.

[18] aa) Bereits der Wortlaut des § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB, wonach die Zustimmung desjenigen maßgeblich ist, dem der verhaftete Gegenstand zzt. der Schuldübernahme „gehört“, legt nahe, dass es auf die Einwilligung des eingetragenen Eigentümers ankommt. Dies entspricht auch den Vorstellungen der Vorkommission des Reichsjustizamts (RJA), die zu der (Vorgänger-)Vorschrift ausgeführt hatte, es empfehle sich „die Aufrechterhaltung des Pfandrechts in allen Fällen davon abhängig zu machen, daß derjenige, welcher zur Zeit der Schuldübernahme sich im Eigenthum der verpfändeten Sache befindet, der Schuldübernahme zustimme“ (abgdr. in *Jakobs/Schubert*, Die Beratungen des BGB, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. I, S. 877 f.). Dem hat der historische Gesetzgeber mit dem damals beschlossenen § 317 Abs. 1 E I-RJA (jetzt: § 418 Abs. 1 BGB) Rechnung getragen. Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck der Vorschrift. § 418 Abs. 1 BGB dient dem Schutz des Eigentümers, der im Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit und -bereitschaft eines bestimmten Schuldners eine Hypothek bzw. Grundschuld bestellt. Er hat ein schutzwürdiges Interesse daran, nicht ohne seinen Willen für einen anderen, möglicherweise unsicheren Schuldner mit seinem Grundstück einstehen zu müssen (vgl. BGH, Urt. v. 3.2.1966 – II ZR 176/63, WM 1966, 577, 579; Urt. v. 1.10.1991 – XI ZR 186/90, BGHZ 115, 241, 244).

[19] bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es für die Einwilligung nach § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB auch dann auf diejenige des eingetragenen Eigentümers und nicht auf die eines künftigen bzw. wirtschaftlichen Eigentümers an, wenn zu dessen Gunsten eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen, der Kaufpreis entrichtet und ihm durch den Grundstückseigentümer eine Belastungsvollmacht erteilt worden ist. Der Gesetzgeber wollte mit § 418 Abs. 1 BGB „klare und bestimmte Verhältnisse“ (Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, S. 424; vgl. auch BGH, Urt. v. 3.2.1966 – II ZR 176/63, WM 1966, 577, 579) schaffen. Dem widerspräche es, die für die Zustimmung nach § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB maßgebliche Person nach wirtschaftlichen Kriterien entsprechend den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen. I.Ü. bleibt es dem Erwerber eines Grundstücks, den der Verkäufer – wie hier – durch Erteilung einer Belastungsvollmacht zur Bestellung von Grundschulden ermächtigt hat, unbenommen, einem etwaigen Interesse an einer künftigen Schuldübernahme durch einen Dritten durch entsprechende Vereinbarungen bereits bei Vertragsschluss mit dem Verkäufer Rechnung zu tragen.

[20] cc) Anders als das Berufungsgericht meint, ist die nach § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB für die Zustimmung maßgebliche Person auch nicht durch Auslegung der zwischen der K GmbH als Darlehensnehmerin und der Bank getroffenen Sicherungs-

vereinbarung festzustellen. Das Berufungsgericht beruft sich zu Unrecht auf die Rechtsprechung des Senats, wonach die Person des Sicherungsgebers, auch wenn die Grundschuld auf dem einem Dritten gehörenden Grundstück lastet, nicht nach sachenrechtlichen Gesichtspunkten, sondern durch Auslegung der Sicherungsvereinbarung zu ermitteln ist (Urt. v. 20.11.2009 – V ZR 68/09, *ZNotP 2011, 3* Rn. 14 und v. 19.4.2013 – V ZR 47/12, *ZNotP 2013, 147* Rn. 22, insoweit in BGHZ 197, 155 nicht abgdr.). Diese Grundsätze sind nicht auf § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB übertragbar. Erforderlich ist die Einwilligung desjenigen, der durch § 418 Abs. 1 BGB geschützt werden soll. Das ist nicht derjenige, der dem Gläubiger das Grundpfandrecht beschafft und mit diesem den Sicherungsvertrag geschlossen hat. Vielmehr soll, wie bereits dargelegt, der Eigentümer, für den die Person des Schuldners zentrale Bedeutung hat und der mit diesem die Bedingungen der Zurverfügungstellung des Grundstücks vereinbart und dabei regelmäßig auch schuldrechtliche Absprachen zur Begrenzung seiner Haftung getroffen hat, vor der mit einem Schuldneraustausch verbundenen Änderung seines Haftungsrisikos geschützt werden (vgl. BGH, Urt. v. 1.10.1991 – XI ZR 186/90, BGHZ 115, 241).

[21] c) Da es an einer Einwilligung des damaligen Eigentümers S in die Schuldübernahme fehlt, sind die Grundschulden kraft Gesetzes auf ihn übergegangen.

[22] III. Die Sache ist noch nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO) und deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für die neue Verhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

[23] 1. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Vollstreckungsabwehrklage unzulässig. Anders verhielte es sich nur, wenn das ursprünglich gegen die H GmbH gerichtete Zwangsversteigerungsverfahren nach der Grundbucheintragung der Klägerin als neuer Eigentümerin nach Umschreibung der Vollstreckungsklausel gegen diese fortgesetzt worden wäre. In der neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht Gelegenheit haben, sich mit diesem bislang weder von den Parteien noch von den Vorinstanzen in den Blick genommenen Gesichtspunkt zu befassen.

[24] 2. Hinsichtlich des neben der Vollstreckungsabwehrklage geltend gemachten Grundbuchberichtigungsanspruchs nach § 894 BGB, der nur dem wirklichen Inhaber des betroffenen Rechts zusteht (vgl. Senat, Urt. v. 17.6.2005 – V ZR 78/04, NJW 2005, 2983; Staudinger/*Gursky*, BGB, 2013, § 894 Rn. 69 m.w.N.), geht das Berufungsgericht zwar zu Recht davon aus, dass die Klägerin von der H GmbH das Eigentum an dem Grundstück erworben hat. Gem. § 891 Abs. 1 BGB wird vermutet, dass der im Grundbuch als Eigentümerin eingetragenen Klägerin dieses Recht auch tatsächlich zusteht. Es wäre daher Sache der Beklagten, jede von der Klägerin dargelegte oder sonst konkret in Betracht kommende Möglichkeit des Erwerbs, insbesondere die hier naheliegende Möglichkeit einer nachträglichen Genehmigung der Auflassung durch die Vertragsbeteiligten (vgl. Senat, Urt. v. 13.11.1998 – V ZR 29/98, NJW-RR 1999, 376, 377), zu widerlegen, wobei für die Widerlegung der volle Beweis des Gegenteils erbracht werden muss (vgl. Senat, Urt. v. 2.12.2005 – V ZR 11/05, *ZNotP 2006, 149* Rn. 11). Daran fehlt es hier.

[25] Ein Grundbuchberichtigungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte bestünde aber nur, wenn sie auch im Verhältnis zu der Beklagten als Eigentümerin des Grundstücks anzusehen ist. Die Beschlagnahme des Grundstücks hat zu einem Veräußerungsverbot geführt. Dies hat grds. zur Folge, dass eine gegen das Verbot verstoßende Eigentumsübertragung gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger unwirksam ist (§ 23 Abs. 1 Satz 1 ZVG i.V.m. §§ 135, 136 BGB). Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin das Eigentum aufgrund eines vorgemerkten Anspruchs erworben hat, da die Beklagte die Zwangsvollstreckung aus einem der Auflassung vorrangigen Recht betreibt (vgl. Senat, Beschl. v. 9.5.2014 – V ZB 123/13, BGHZ 201, 157 Rn. 23). Der Eigentumserwerb wäre aber dann im Verhältnis zu der Beklagten als Vollstreckungsgläubigerin wirksam, wenn die Klägerin auf der Grundlage von § 878 BGB oder von § 892 BGB Eigentum erworben hätte. Ob es sich hier so verhält, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben.

Grundstücksrecht

Wärmedämmung und nachbarliche Duldungspflicht

NachbG Bln § 16a Abs. 1; GG Art. 14 Abs. 1; EGBGB Art. 124 Satz 1

Leitsätze (amtlich):

1. **Die Duldungspflicht nach § 16a Abs. 1 NachbG Bln gilt nicht für eine die Grundstücksgrenze überschreitende Wärmedämmung einer Grenzwand, mit der der benachbarte Grundstückseigentümer erstmals die Anforderungen der bei der Errichtung des Gebäudes bereits geltenden Energieeinsparverordnung (hier: EnEV 2001) erfüllt.**
2. **Es bleibt offen, ob § 16a Abs. 1 NachbG Bln verfassungsgemäß ist.**

BGH, Urt. v. 2. 6. 2017 – V ZR 196/16

[1] Die Mitglieder der klagenden Wohnungseigentümergemeinschaft und der Beklagte sind Eigentümer benachbarter Grundstücke in B. Das Grundstück des Beklagten ist mit einem Reihenendhaus bebaut, das an der Grenze zum Grundstück der Wohnungseigentümer steht. An dieses Gebäude hatte ein Bauträger 2004/2005 das heute den Wohnungseigentümern gehörende Mehrfamilienhaus angebaut. Die Giebelwände decken sich nicht vollständig, vielmehr steht die des Mehrfamilienhauses entlang der Grundstücksgrenze um 1,61 m vor. In diesem Bereich der Giebelwand brachte der Bauträger im August 2005 Dämmmaterial an, das 7 cm in das Grundstück des Beklagten hineinragt und unverputzt und nicht gestrichen ist.

[2] Der Errichtung des Mehrfamilienhauses waren Verhandlungen des Bauträgers mit dem Beklagten vorausgegangen, der gegen die Erteilung der Baugenehmigung Widerspruch eingelegt hatte. Nach Änderung der Bauplanung hatten der Bauträger und der Beklagte am 26.10.2004 einen „Nachbarschaftsvertrag“ geschlossen, durch den dieser sich verpflichtete, den Widerspruch zurückzunehmen.

[3] Die Wohnungseigentümer möchten auf das Dämmmaterial Putz und Anstrich mit einer Stärke von maximal 0,5 cm anbringen. Sie haben beschlossen, ihre Ansprüche gegen den Beklagten durch die Wohnungseigentümergemeinschaft geltend zu machen. Diese verlangt von dem Beklagten, die Arbeiten sowie

spätere Instandhaltungsmaßnahmen an der Wärmeschutzwand unter Meidung eines Ordnungsgeldes für den Fall der Zuwiderhandlung zu dulden. Das AG hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das LG die Klage abgewiesen. Mit der von dem LG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, will die Klägerin die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils erreichen.

Aus den Gründen:

[4] I. Das Berufungsgericht meint, den Wohnungseigentümern stehe ein Anspruch auf Duldung der Herrichtung und Erhaltung der Wärmeschutzwand nicht aus dem „Nachbarschaftsvertrag“ zu, da der Bauträger diesen gekündigt habe. Sie hätten auch keinen Duldungsanspruch aus § 1004 BGB i.V.m. § 16a Abs. 1, Abs. 3 Berliner Nachbarrechtsgesetz (nachfolgend: NachbG Bln). Denn die Vorschrift gelte nur für Bestandsbauten, also für Gebäude, bei deren Errichtung eine energetische Ausstattung noch nicht üblich gewesen sei. Dagegen gestatte § 16a NachbG Bln einen Überbau nicht, wenn der Bauherr bereits bei Planung und Bau des Gebäudes eine Wärmedämmung habe einplanen und einen Überbau deshalb habe vermeiden können. So liege es hier. Nach der bei Errichtung des Mehrfamilienhauses geltenden Energieeinsparverordnung (EnEV) 2001 sei eine Dämmung der Außenseiten des Gebäudes von vornherein erforderlich gewesen und habe daher eingeplant werden können. Eine Duldungspflicht des Beklagten ergebe sich auch nicht aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis.

[5] II. Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung im Ergebnis stand.

[6] 1. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, dass die Klage zulässig ist. Die Wohnungseigentümergemeinschaft ist für die geltend gemachten Duldungsansprüche ausübungs- und prozessführungsbefugt, weil die Ansprüche (durch sog. Ansichziehen) von den Wohnungseigentümern durch einen Beschluss vergemeinschaftet worden sind (gekorene Ausübungsbefugnis nach § 10 Abs. 6 Satz 3, 2. HS WEG). Ob für den auf § 16a Abs. 1 NachbG Bln gestützten Duldungsanspruch eine geborene Ausübungsbefugnis der klagenden Wohnungseigentümergemeinschaft besteht (so KG, Beschl. v. 19.8.2014 – 4 W 35/14), kann offenbleiben.

[7] 2. Rechtsfehlerfrei verneint das Berufungsgericht einen Anspruch der Wohnungseigentümer auf Duldung der Fertigstellung der Wärmedämmung aus § 16a Abs. 1 und 3 NachbG Bln.

[8] a) Es ist bereits fraglich, ob § 16a NachbG Bln verfassungsgemäß ist. Bedenken bestehen zunächst hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz des Landes Berlin. Für das bürgerliche Recht besteht die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG); für eine Gesetzgebung der Länder ist daher nur Raum, solange und soweit der Bund die Materie nicht erschöpfend geregelt hat. Ob sich insbesondere aus Art. 124 EGBGB ergibt, dass die Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines Überbaus in § 912 BGB erschöpfend geregelt worden sind, ist streitig (vgl. zum Meinungsstand Staudinger/*Albrecht*, BGB, 2012, Art. 124 EGBGB Rn. 8). Das BVerfG hat die Frage offengelassen (BVerfGK 11, 420, 431 f. zu § 7b NRG BW). In materieller Hinsicht ist zweifelhaft, ob der Berliner Landesgesetzgeber die grundrechtlich geschützten Interessen des von dem Überbau betroffenen Nachbarn ausreichend berücksichtigt hat; Einschränkungen der Duldungspflicht, wie sie etwa § 7c NRG BW, § 23a NachbG NRW oder § 10a NachbG HE enthalten, sind in § 16a NachBG Bln nämlich nicht aufgenommen worden (vgl. MünchKomm-BGB/*Brückner*, 7. Aufl., § 912 Rn. 49; s. auch BVerfGK 11, 420, 430 zu § 7b NRG BW). Ob § 16a Abs. 1 NachbG Bln formell und materiell verfassungsgemäß ist, kann allerdings offenbleiben, weil hier schon die Voraussetzungen der Vorschrift nicht erfüllt sind.

[9] b) Nach § 16a Abs. 1 NachbG Bln hat der Eigentümer eines Grundstücks die Überbauung seines Grundstücks für Zwecke der Wärmedämmung zu dulden, „wenn das zu dämmende Gebäude auf dem Nachbargrundstück bereits besteht“. Hieran fehlt es. Bei dem Mehrfamilienhaus der Wohnungseigentümer handelt es sich nicht um ein bestehendes Gebäude im Sinne dieser Vorschrift.

[10] aa) Das Mehrfamilienhaus ist zwar in den Jahren 2004/2005 und damit vor Inkrafttreten der Vorschrift des § 16a NachbG Bln am 31.12.2009 (GVBl. Bln 2009, S. 870) errichtet worden. Darauf kommt es entgegen der Ansicht der Revision aber nicht an. Entscheidend ist vielmehr, ob sich die Wärmedämmung als nachträgliche Sanierungsmaßnahme darstellt. Die Duldungspflicht nach § 16a Abs. 1 NachbG Bln gilt nicht für eine die Grundstücksgrenze überschreitende Wärmedämmung einer Grenzwand, mit der der benachbarte Grundstückseigentümer erstmals die Anforderungen der bei der Errichtung des Gebäudes bereits geltenden Energieeinsparverordnung (EnEV) erfüllt.

[11] bb) Diese Einschränkung findet zwar im Wortlaut von § 16a NachbG Bln keinen ausdrücklichen Niederschlag. Sie ergibt sich aber aus der gebotenen Auslegung der Vorschrift nach deren Sinn und Zweck. Der Landesgesetzgeber wollte Grundstückseigentümern nicht generell gestatten, eine Wärmedämmung grenzüberschreitend, also im Wege des Überbaus, anzubringen. Er verfolgte vielmehr das Ziel, energetische Sanierungen von Altbauten zu erleichtern. Diese wurden bei Gebäuden, die auf der Grundstücksgrenze stehen, häufig dadurch erschwert, dass der Nachbar die notwendige Zustimmung zu dem durch die Verkleidung der Grenzwand mit einem Wärmeverbundsystem entstehenden Überbau verweigerte oder von unverhältnismäßigen finanziellen Forderungen abhängig machte. Dem sollte durch die Einführung einer Duldungspflicht begegnet werden (vgl. Antrag der Fraktion der CDU zum Gesetz zur Änderung des Berliner Nachbarrechtsgesetzes [NachbG Bln] v. 1.9.2009, Drucksache 16/2594, S. 2 des Abgeordnetenhaus Berlin; Änderungsvorschlag der Fraktionen der SPD und Die Linke v. 18.11.2009 zum Antrag 16/2594 [Anl. 2 zum Beschlussprotokoll des Ausschusses für Bauen und Wohnen v. 18.11.2009], nachfolgend: Änderungsvorschlag zum Antrag 16/2594).

[12] Anders als für den Altbaubestand hat der Landesgesetzgeber für die Wärmedämmung von Neubauten kein Regelungsbedürfnis gesehen. Er hat im Gegenteil ausgeführt, dass die Duldungsverpflichtung nur bei Bestandsbauten und nicht bei Neubauten gilt, weil den Wärmeschutzanforderungen durch eine entsprechende Planung Rechnung getragen werden kann (vgl. Änderungsvorschlag zum Antrag 16/2594). Für Neubauten bleibt es somit bei dem Grundsatz, dass sie so zu planen sind, dass sich die Wärmedämmung in den Grenzen des eigenen Grundstücks befindet (vgl. *Bruns*, Nachbarrechtsgesetz Baden-Württemberg, 3. Aufl., § 7c Rn. 5; *Schäfer/Schäfer*, Niedersächsisches Nachbarrechtsgesetz, 2. Aufl., § 21a Rn. 2; *Grziwotz/Saller*, Bayerisches Nachbarrecht, 3. Aufl., 2. Teil, Rn. 62d; *Kirchhof*, ZfIR 2012, 777, 780).

[13] cc) Nach diesen Grundsätzen handelt es sich bei dem Mehrfamilienhaus der Wohnungseigentümer nicht um ein bestehendes Gebäude i.S.d. § 16a Abs. 1 NachbG Bln. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Bauträger das Gebäude in den Jahren 2004/2005 und damit nach Inkrafttreten der EnEV 2001 v. 16.11.2001 (BGBl. I, S. 3085) errichtet. Diese galt für Vorhaben, für die vor Inkrafttreten der Verordnung der Bauantrag gestellt oder die Bauanzeige erstattet worden war (§ 19 EnEV 2001), und damit auch für das Mehrfamilienhaus der Wohnungseigentümer. Die in der EnEV 2001 enthaltenen Wärmeschutzanforderungen konnte und musste der Bauträger bei Errichtung des Gebäudes beachten. Wollte er – wie hier – die Anforderungen der EnEV 2001 durch Anbringung einer Außendämmung erfüllen, musste er das Gebäude so planen und erstellen, dass sich das Dämmmaterial in den Grenzen des eigenen Grundstücks befindet. Das hat er nicht getan, sondern das ungedämmte Mehrfamilienhaus unmittelbar an die Grenze zum Grundstück des Beklagten gebaut. Die Wärmedämmung der Grenzwand stellt sich somit nicht als nachträgliche Sanierung, sondern als erstmalige Erfüllung der Anforderungen der bei Errichtung des Gebäudes geltenden Energieeinsparverordnung. Für diese gilt die Duldungspflicht des Nachbarn nach § 16a Abs. 1 NachbG Bln nicht.

[14] 3. Nicht zu beanstanden ist auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, dass ein Duldungsanspruch der Wohnungseigentümer nicht aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis abgeleitet werden kann.

[15] a) Die Rechte und Pflichten von Grundstücksnachbarn haben nach st. Rspr. des Senats insbesondere durch die Vorschriften der §§ 905 ff. BGB und die Bestimmungen der Nachbarrechtsgesetze der Länder eine ins Einzelne gehende Sonderregelung erfahren. Zwar ist auch auf sie der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) anzuwenden. Daraus folgt für die Nachbarn eine Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme, deren Auswirkungen auf den konkreten Fall unter dem Begriff des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses zusammengefasst werden. Eine daraus folgende selbstständige Verpflichtung ist aber mit Rücksicht auf die nachbarrechtlichen Sonderregelungen eine Ausnahme und kann nur dann zur Anwendung kommen, wenn ein über die gesetzliche Regelung hinausgehender billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen dringend geboten erscheint. Nur unter diesen Voraussetzungen kann die Ausübung gewisser aus dem Eigentum fließender Rechte ganz oder teilweise unzulässig werden. Das Rechtsinstitut darf insbesondere nicht dazu dienen, die nachbarrechtlichen Regelungen in ihr Gegenteil zu verkehren (vgl. Senat, Urt. v. 29.6.2012 – V ZR 97/11, *ZNotP 2012, 423* Rn. 20 m.w.N.).

[16] b) Ein Ausnahmefall, in dem eine Unterlassungsverpflichtung aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis abgeleitet werden könnte, wird durch das Interesse des Gebäudeeigentümers und der Allgemeinheit an einer Wärmedämmung nicht begründet. Das würde zu einer weitgehenden Zulässigkeit einer die Grundstücksgrenze überschreitenden Wärmedämmung führen und die nachbarrechtlichen Vorschriften in ihr Gegenteil verkehren (vgl. OLG Karlsruhe, NJW 2010, 620 f.; Staudinger/*Roth*, BGB, 2016, § 912 Rn. 3; *Horst*, NJW 2010, 122, 124; *Nelskamp/Dahmen*, BauR 2010, 1129, 1133; a.A. *Kirchhof*, ZfIR 2012, 777, 780 f.). Das gilt auch dann, wenn die Überbauung, wie hier, nur wenige Zentimeter beträgt.

[17] 4. Das Berufungsgericht verneint im Ergebnis zu Recht auch einen Duldungsanspruch der Wohnungseigentümer aus Gestattung im Zusammenhang mit dem „Nachbarschaftsvertrag“ v. 26.10.2004.

[18] a) Benachbarte Grundstückseigentümer haben allerdings die Möglichkeit, die Folgen eines Überbaus durch Rechtsgeschäft in gewissem Umfang abweichend von § 912 BGB zu bestimmen. Das ergibt sich – unbeschadet der grds. zwingenden Natur sachenrechtlicher Vorschriften – daraus, dass in § 912 BGB selbst maßgeblich auf den Willen der beiden Nachbarn abgehoben wird, und zwar sowohl in der Person des Überbauers („Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit“) als auch in der des Betroffenen („Widerspruch“). Der gestattete Überbau ist nicht rechtswidrig. Die Duldungspflicht des Nachbarn folgt aus der Abrede (vgl. Senat, Urt. v. 7.11.2014 – V ZR 305/13, NJW-RR 2015, 181 Rn. 17; Urt. v. 21.1.1983 – V ZR 154/81, NJW 1983, 1112, 1113; Urt. v. 22.2.1974 – V ZR 103/73, BGHZ 62, 141, 145; Urt. v. 18.12.1970 – V ZR 73/68, NJW 1971, 426, 427; Urt. v. 13.7.1966 – V ZR 8/64, WM 1966, 1185 f.). Wie § 912 BGB beim gutgläubigen Überbau schafft die Zustimmung bei der rechtmäßigen Grenzüberbauung den Rechtsgrund dafür, dass der Nachbar den fremden Gebäudeteil auf seinem Grundstück dulden muss. Die auf dem Willen der Beteiligten beruhende Legitimation begrenzt zugleich deren Umfang und Bestand (Senat, Urt. v. 16.1.2004 – V ZR 243/03, BGHZ 157, 301, 304 m.w.N.).

[19] b) An einer solchen Gestattung des Überbaus durch den Beklagten fehlt es jedoch.

[20] aa) Sie ergibt sich nicht aus dem „Nachbarschaftsvertrag“ v. 26.10.2004. Der Überbau ist in dem Vertrag nicht genannt. Dass die Vertragsparteien in dessen Vorfeld über die grenzüberschreitende Wärmedämmung gesprochen haben, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Auf den „Nachbarschaftsvertrag“ als solchen stützt sich die Revision auch nicht.

[21] bb) Eine Gestattung des Überbaus liegt auch nicht darin, dass der Beklagte gegenüber der Baubehörde in Erfüllung des „Nachbarschaftsvertrags“ v. 26.10.2014 den Widerspruch gegen die dem Bauträger erteilte Baugenehmigung zurückgenommen, dem geänderten Bauvorhaben zugestimmt und erklärt hat, dass ihm die maßgeblichen Pläne ausgehändigt und erläutert worden seien.

[22] Bei den geschilderten Erklärungen des Beklagten im Baugenehmigungsverfahren handelt es sich um eine Nachbarzustimmung (vgl. §§ 70 Abs. 2, 71 Abs. 2 BauO Bln). Diese ist eine dem öffentlichen Recht angehörende, der Baubehörde gegenüber abzugebende Willenserklärung, wonach gegen das Bauvorhaben öffentlich-rechtliche Einwendungen nicht (mehr) erhoben werden. Sie besitzt grds. keine zivilrechtliche Wirkung, und durch sie gehen bürgerlich-rechtliche Abwehransprüche des Nachbarn nicht verloren (vgl. BayObLG, NJW-RR 1991, 19, 20 f.; *Zabel/Mohr*, ZfIR 2010, 561, 563). Die Baugenehmigung ergeht vielmehr unbeschadet privater Rechte Dritter (vgl. § 71 Abs. 4 BauO Bln). Sie hat keine privatrechtsgestaltende Ausschlusswirkung (vgl. Senat, Urt. v. 26.2.1993 – V ZR 74/92, BGHZ 122, 1, 7 f.).

[23] Die Erklärungen des Beklagten können deshalb auch nicht als (konkludente) rechtsgeschäftliche Gestattung des Überbaus gewertet werden. Hierzu bedürfte es anderer Umstände, die – ggf. in der Zusammenschau mit der Nachbarzustimmung – den Schluss zuließen, der Beklagte habe den Überbau auch rechtsgeschäftlich gestatten wollen. Vortrag zu solchen Umständen

zeigt die Revision nicht auf. Dass der Überbau aus den Plänen zu dem geänderten Baugenehmigungsantrag ersichtlich gewesen sein soll, ist nicht ausreichend, weil sich daraus noch nicht einmal entnehmen lässt, dass der Beklagte ihn wahrgenommen hat.

[24] III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Nachträglicher Einbau eines Personenaufzugs durch einen Wohnungseigentümer

WEG §§ 13 Abs. 2 Satz 1, 14 Nr. 1, 15 Abs. 2, 22 Abs. 1

Leitsatz (amtlich):

1. **Der nachträgliche Einbau eines Personenaufzugs durch einen Wohnungseigentümer auf eigene Kosten kann grundsätzlich nur mit Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer erfolgen; er begründet in aller Regel – anders als etwa der Einbau eines Treppenlifts oder einer Rollstuhlrampe – auch dann einen Nachteil im Sinne von § 22 Abs. 1 i.V.m. § 14 Nr. 1 WEG für die übrigen Wohnungseigentümer, wenn der bauwillige Wohnungseigentümer aufgrund einer Gehbehinderung auf den Aufzug angewiesen ist, um seine Wohnung zu erreichen.**
2. **Soll der einzubauende Personenaufzug nur einzelnen bau- und zahlungswilligen Wohnungseigentümern zur Verfügung stehen, wird diesen ein Sondernutzungsrecht an dem für den Einbau vorgesehenen Treppenhausteil eingeräumt; hierfür bedarf es einer Vereinbarung der Wohnungseigentümer.**

BGH, Urt. v. 13. 1. 2017 – V ZR 96/16

[1] Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergemeinschaft. Die Wohnanlage besteht aus zwei in Plattenbauweise errichteten Wohnblöcken mit jeweils vier Hauseingängen. Der im Jahr 1936 geborene Kläger ist Eigentümer einer im fünften Obergeschoss des Hauses H-Straße 40 gelegenen Wohnung. Ein Aufzug ist in dem zugehörigen Treppenhaus nicht vorhanden.

[2] In der Eigentümerversammlung v. 11.3.2014 beantragten der Kläger und die Beklagten zu 1, 4, 5, 6 und 7 erfolglos den Einbau eines geräuscharmen und energieeffizienten Personenaufzugs in dem bislang offenen Schacht in der Mitte des Treppenhauses auf ihre Kosten. Mit der Klage hat der Kläger – soweit noch von Interesse – zunächst beantragt, die Beklagten zu verpflichten, dem Einbau eines Personenaufzugs durch die Antragsteller und auf deren alleinige Kosten zuzustimmen. Das AG hat die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat der Kläger seinen Antrag in mehrfacher Hinsicht geändert; er hat ihn nunmehr auf eine Duldungspflicht der Beklagten gerichtet und ihn u.a. insoweit ergänzt, als die Antragsteller verpflichtet sein sollen, den Aufzug nach Auszug oder Beendigung der Nutzung durch den letzten Antragsteller sachgerecht vollständig zurückzubauen. Hilfsweise hat der Kläger eine Beschlussfassung durch das Gericht nach billigem Ermessen beantragt. Er verweist insbesondere darauf, dass er auf den Aufzug angewiesen sei, weil sich seine 1982 geborene, zu 100 % schwerbehinderte Enkeltochter an den Wochenenden, den Feiertagen sowie bei Krankheit oder sonstigem Ausfall der Eltern bei ihm und seiner Ehefrau aufhalte; sie habe eine komplexe Mehrfachbehinderung und leide unter erheblichen Störungen der Motorik und Koordination.

[3] Mit dem angefochtenen Urteil hat das LG der Klage mit dem Hilfsantrag stattgegeben und im Wege der Beschlussersetzung entschieden, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft die Errichtung und den Betrieb eines geräuscharmen, maschinenraumlosen Personenaufzugs in dem Treppenschacht durch den Kläger dulden muss. Die Kosten der Errichtung und des Betriebs sowie einer etwaigen späteren Beseitigung des Aufzugs soll der Kläger tragen; er darf sich jedoch mit weiteren Wohnungseigentümern zu einer GbR zur Errichtung und zum Betrieb des Aufzugs zusammenschließen. Die Nutzung des Aufzugs kann der Kläger bzw. die GbR auf diejenigen Wohnungseigentümer beschränken, die sich an den Kosten der Errichtung und der Unterhaltung des Aufzugs im angemessenen Umfang beteiligen. Daneben soll der Kläger vor Baubeginn eine Sicherheit für eine spätere Beseitigung des Aufzugs leisten, und zwar i.H.v. 110 % der hierfür erforderlichen Kosten; die Höhe der Rückbaukosten soll der Kläger durch eine detaillierte Kostenschätzung des den Aufzug errichtenden Unternehmens belegen.

[4] Mit der von dem LG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, wollen die Beklagten die Abweisung der Klage erreichen.

Aus den Gründen:

[5] I. Das Berufungsgericht lässt dahinstehen, ob der Einbau des Personenaufzugs eine Modernisierungsmaßnahme i.S.v. § 22 Abs. 2 WEG darstellt, weil ein einzelner Wohnungseigentümer auf deren Vornahme keinen Anspruch habe. Der Kläger könne jedoch gem. § 22 Abs. 1 WEG i.V.m. § 14 Nr. 1 WEG verlangen, dass der Einbau eines Aufzugs geduldet werde, wobei er die Kosten zunächst allein zu tragen habe und ggf. seinerseits andere Wohnungseigentümer beteiligen könne. Einen darauf bezogenen Beschluss der Wohnungseigentümer habe das Gericht zu ersetzen.

[6] Der Duldungsanspruch des Klägers ergebe sich aus einer fallbezogenen Abwägung der jeweiligen grundrechtlich geschützten Interessen der Parteien insbesondere auch im Lichte der Rechte Behinderter i.S.v. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Für das klägerische Anliegen sprächen gewichtige Belange. Angesichts seines Alters sei davon auszugehen, dass ihm die dauerhafte Nutzung seines Wohnungseigentums ohne Aufzug nicht möglich sein werde. Zudem sei er wegen der Betreuung der schwerbehinderten Enkeltochter auf den Aufzug angewiesen. Eine Veräußerung der Eigentumswohnung, die sich in einem zu Zeiten der DDR errichteten Plattenbau befinde, lasse sich nach dem auf die Region bezogenen Erfahrungsstand des Gerichts nur schwer realisieren. Auf die Nutzung seiner deutlich kleineren Erdgeschosswohnung könne er nicht verwiesen werden. Demgegenüber würden die Beklagten nicht erheblich beeinträchtigt. Ein erheblicher Eingriff in die Substanz des Gemeinschaftseigentums sei nicht zu erkennen. Dass Kinderwagen und Fahrräder auf der für den Aufzug vorgesehenen Fläche nicht mehr wie bisher abgestellt werden könnten, müssten die Beklagten ebenso hinnehmen wie den Umstand, dass der Transport sperriger Gegenstände im Treppenhaus erschwert werde.

[7] II. Die Revision ist zulässig. Insbesondere ist sie – entgegen der Ansicht des Klägers – uneingeschränkt statthaft. Mit seiner Begründung der Zulassungsentscheidung hat das Berufungsgericht die Revision schon deshalb nicht beschränkt zugelassen, weil die dort genannte „Anwendung der §§ 14 und 22 WEG

im Bereich der Drittwirkung der Grundrechte“ das Urteil insgesamt und nicht lediglich abtrennbare Teile hiervon betrifft. In der Sache hat das Rechtsmittel Erfolg.

[8] 1. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung lässt sich ein Anspruch des Klägers, der im Wege der Beschlussersetzung durchgesetzt werden könnte, nicht herleiten.

[9] a) Im Ausgangspunkt zutreffend verneint das Berufungsgericht einen auf § 22 Abs. 2 WEG gestützten Anspruch des Klägers auf Zustimmung zu dem Einbau des Aufzugs und sieht die in § 22 Abs. 1 WEG i.V.m. § 14 Nr. 1 WEG enthaltenen Bestimmungen als maßgeblich an. Die für eine Beschlussfassung gem. § 22 Abs. 2 WEG erforderliche qualifizierte Mehrheit ist nicht zustande gekommen. Diese Norm begründet nach Wortlaut, Zweck und Vorstellung des Gesetzgebers nur eine Beschlusskompetenz, aber keine individuellen Ansprüche auf die Vornahme von Modernisierungen (vgl. BT-Drucks. 16/887, S. 31). Infolgedessen geht es um eine bauliche Veränderung des gemeinschaftlichen Eigentums i.S.v. § 22 Abs. 1 WEG. Das Treppenhaus, in dem der Einbau des Aufzugs erfolgen soll, steht im gemeinschaftlichen Eigentum, da es dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer i.S.v. § 5 Abs. 2 WEG dient.

[10] b) Rechtlich nicht zu beanstanden ist ferner die Auffassung, dass eine Beschlussersetzung gem. § 21 Abs. 8 WEG erfolgen kann, wenn dem Kläger ein Anspruch auf die Vornahme einer solchen baulichen Veränderung des gemeinschaftlichen Eigentums zusteht. § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG sieht vor, dass die bauliche Veränderung „beschlossen oder verlangt werden kann“. Aus der hiermit normierten Beschlusskompetenz ergibt sich, dass eine Beschlussersetzungsklage gem. § 21 Abs. 8 WEG des die bauliche Veränderung begehrenden Wohnungseigentümers statthaft ist (vgl. Bärmann/*Merle*, WEG, 13. Aufl., § 22 Rn. 164), ohne dass es auf die umstrittene Frage ankäme, ob eine etwa erforderliche Zustimmung nur im Beschlusswege oder auch formlos erteilt werden kann (vgl. hierzu Senat, Urt. v. 7.2.2014 – V ZR 25/13, NJW 2014, 1090 Rn. 9 f.).

[11] c) Die von dem Berufungsgericht vorgenommene Beschlussersetzung, wonach der Einbau des Aufzugs durch den Kläger (und nicht dem Hauptantrag entsprechend durch die Antragsteller) zu dulden ist, wird von dem Klageantrag erfasst. Für die Einhaltung der Vorgaben von § 308 Abs. 1 ZPO reicht es bei einer Beschlussersetzungsklage nämlich aus, dass das mit dem Antrag verfolgte Rechtsschutzziel gewahrt wird (vgl. Bärmann/*Merle*, a.a.O., § 21 Rn. 208). Davon ist deshalb auszugehen, weil das Berufungsgericht dem eigentlichen Anliegen des Klägers, den Aufzug mit anderen bauwilligen Wohnungseigentümern errichten und anschließend nutzen zu dürfen, durch den Verweis auf die Gründung einer GbR Rechnung getragen hat.

[12] d) Der Sache nach zutreffend ist schließlich die Annahme des Berufungsgerichts, dass dem Kläger nur ein Duldungsanspruch gegen die übrigen Wohnungseigentümer zustehen kann; ein solcher Anspruch setzt voraus, dass die Zustimmung derjenigen Wohnungseigentümer, die der Maßnahme nicht zugestimmt haben, entbehrlich ist. Ist deren Zustimmung dagegen gem. § 22 Abs. 1 WEG i.V.m. § 14 Nr. 1 WEG erforderlich, sieht das Gesetz einen auf Erteilung der Zustimmung gerichteten Anspruch nicht vor (vgl. BayObLG, NZM 1998, 1014), und zwar auch dann nicht, wenn die Maßnahme der Herstellung von Barrierefreiheit dienen soll.

[13] Eine entsprechende Anwendung der mietrechtlichen Vorschrift des § 554a Abs. 1 BGB – die das Berufungsgericht nicht in Erwägung gezogen hat – kommt nicht in Betracht. Nach dieser Norm kann ein Mieter unter näher geregelten Voraussetzungen die Zustimmung des Vermieters zur Vornahme einer die Barrierefreiheit sichernden baulichen Veränderung der Mietsache verlangen. Ob die in § 554a Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB vorgeschriebene Interessenabwägung ergeben kann, dass ein Vermieter dem Einbau eines Personenaufzugs durch den Mieter zustimmen muss, wird in Rechtsprechung und Literatur nicht diskutiert; die Frage dürfte im Mietrecht schon wegen des Kostenaufwands keine praktische Relevanz haben und bedarf hier keiner Entscheidung. Eine analoge Anwendung der Norm auf Wohnungseigentümer verbietet sich schon deshalb, weil es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Der Gesetzgeber hat bei der zeitlich nachfolgenden Reform des Wohnungseigentumsrechts nämlich ausführlich begründet, warum er die Aufnahme einer besonderen Regelung zur Barrierefreiheit in das WEG als entbehrlich ansah (vgl. BT-Drucks. 16/887, S. 31 f.). Auch dem Gesetzentwurf des Bundesrats zur Änderung des WEG und des BGB zur Förderung der Barrierefreiheit und Elektromobilität liegt die Annahme zugrunde, dass § 554a BGB nur auf Mietverhältnisse anzuwenden ist (BT-Drucks. 18/10256, S. 9 f.; BR-Drucks. 340/16, S. 3 ff.; dazu *Bickert*, ZfIR 2016, 856 ff.). Nach der dort vorgeschlagenen Änderung von § 22 Abs. 1 WEG ist ein näher ausgestaltetes Zustimmungsverfahren weiterhin nicht vorgesehen; vielmehr soll die Zustimmung zu Maßnahmen, die für eine behindertengerechte Nutzung des Sonder- oder Gemeinschaftseigentums erforderlich sind, unter bestimmten Voraussetzungen entbehrlich sein.

[14] e) Nach alledem ist entscheidend, ob den übrigen Wohnungseigentümern, die nicht zugestimmt haben, durch den Einbau des Aufzugs ein Nachteil i.S.v. § 22 Abs. 1 WEG i.V.m. § 14 Nr. 1 WEG erwächst, der „über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgeht“. Dass das Berufungsgericht dies im Ergebnis verneint und ihre Zustimmung als entbehrlich ansieht, hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

[15] aa) Nachteilig i.S.v. § 22 Abs. 1 WEG i.V.m. § 14 Nr. 1 WEG ist im Grundsatz jede nicht ganz unerhebliche Beeinträchtigung. Diese muss zwar konkret und objektiv sein. Eine erhebliche Beeinträchtigung ist aber nicht erforderlich; nur ganz geringfügige Beeinträchtigungen bleiben außer Betracht. Entscheidend ist, ob sich nach der Verkehrsanschauung ein Wohnungseigentümer in der entsprechenden Lage verständlicherweise beeinträchtigt fühlen kann (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urt. v. 24.1.2014 – V ZR 48/13, ZMR 2014, 464 Rn. 8 m.w.N.; s. auch BVerfG, NJW-RR 2005, 454 ff.). Allerdings müssen die Fachgerichte bei Auslegung und Konkretisierung einer Generalklausel, wie sie § 14 Nr. 1 WEG zum Inhalt hat, auch die betroffenen Grundrechte der Wohnungseigentümer berücksichtigen, um deren wertsetzendem Gehalt auf der Rechtsanwendungsebene Geltung zu verschaffen. Ob der Nachteil, der aus baulichen Veränderungen zur Herstellung von Barrierefreiheit erwächst, das in § 14 Nr. 1 WEG bestimmte Maß übersteigt, ist – wie das Berufungsgericht insoweit zutreffend erkennt – aufgrund einer fallbezogenen Abwägung der beiderseits grundrechtlich geschützten Interessen zu entscheiden (vgl. BT-Drucks. 16/887, S. 31 f.; Senat, Beschl. v. 22.1.2004 – V ZB 51/03, BGHZ 157, 322, 326 f.). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der entstehende Nachteil über das bei einem geordneten Zusammenleben un-

vermeidliche Maß hinausgehen muss; was unvermeidlich ist, bestimmt sich nach dem geordneten Zusammenleben (auch) mit gehbehinderten Personen. Bei mehreren geeigneten Maßnahmen steht den übrigen Wohnungseigentümern ein Mitbestimmungsrecht zu (vgl. zu Parabolantennen Senat, Beschl. v. 22.1.2004 – V ZB 51/03, BGHZ 157, 322, 328 f.; Urt. v. 13.11.2009 – V ZR 10/09, NJW 2010, 438 Rn. 16; Timme/*Elzer*, WEG, 2. Aufl., § 22 Rn. 171 f.).

[16] bb) Aufgrund der von dem Berufungsgericht vorgenommenen Interessenabwägung lässt sich ein Nachteil i.S.v. § 14 Nr. 1 WEG nicht verneinen. Die Auslegung dieses Rechtsbegriffs überprüft das Revisionsgericht zwar nur im Hinblick darauf, ob das Berufungsgericht ihn zutreffend erfasst und ausgelegt, alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände berücksichtigt sowie die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet hat (Senat, Urt. v. 1.6.2012 – V ZR 195/11, WuM 2012, 464 Rn. 7; Urt. v. 27.2.2015 – V ZR 73/14, NJW 2015, 1442 Rn. 5). Dieser Nachprüfung hält das angefochtene Urteil aber schon deshalb nicht stand, weil das Berufungsgericht nicht alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände einbezieht. Seine Annahme, ein erheblicher Eingriff in die Substanz des Gemeinschaftseigentums sei nicht erkennbar, untermauert es nicht in ausreichender Weise mit Tatsachen. Insbesondere rügt die Revision zu Recht, dass es sich in keiner Weise mit dem Inhalt des von dem Kläger vorgelegten Angebots über den Einbau eines Personenaufzugs und den dort im Einzelnen aufgeführten Maßnahmen (u.a. Betonsägearbeiten, Erstellung einer Schachtgrube sowie Elektroinstallation einschließlich Notstrommeldeleitungen) auseinandersetzt. Zudem bezieht es nicht in seine Überlegungen ein, dass sich der in der Mitte des Treppenhauses geplante Einbau des Aufzugs – wie anhand der von der Revision in Bezug genommenen Lichtbilder unschwer zu erkennen ist –, nur verwirklichen lässt, wenn die bislang vorhandenen Treppengeländer beseitigt werden; folgerichtig sieht das den Aufzug betreffende Angebot die Lieferung eines Handlaufs vor. Darüber hinaus setzt sich das Berufungsgericht – wie die Revision ebenfalls mit Recht rügt – nicht mit möglichen Haftungsrisiken auseinander, die der Einbau des Aufzugs für die übrigen Wohnungseigentümer begründen kann.

[17] 2. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil die hierfür erforderlichen Feststellungen getroffen sind und der Inhalt des von dem Kläger vorgelegten Angebots über den Einbau des Aufzugs zwischen den Parteien nicht im Streit steht. Die Klage ist abzuweisen, weil der für die Beschlussersetzung erforderliche Duldungsanspruch des Klägers aus zwei Gründen nicht besteht. Zum einen ist die Zustimmung aller übrigen Wohnungseigentümer zu dem Einbau des Aufzugs erforderlich (dazu unter a), an der es fehlt. Zum anderen wird durch die geplante Maßnahme ein Sondernutzungsrecht begründet, wofür es einer Vereinbarung bedarf (dazu unter b).

[18] a) Für den Einbau des Aufzugs bedarf es gem. § 22 Abs. 1 WEG der Zustimmung aller übrigen Wohnungseigentümer, weil ihnen ein Nachteil i.S.v. § 14 Nr. 1 WEG erwächst.

[19] aa) Bei der insoweit gebotenen Interessenabwägung ist neben dem Grundrecht auf Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG), auf das sich jede der Parteien berufen kann (vgl. hierzu BVerfG, NJW-RR 2005, 454 ff.), aufseiten des Klägers Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG zu beachten, wonach niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf (vgl. für das Mietrecht BVerfG, NJW 2000, 2658, 2659 f.).

[20] (1) Allerdings lässt sich dies, anders als das Berufungsgericht meint, nicht aus einer Behinderung des Klägers ableiten. Denn sein Lebensalter von etwa 80 Jahren ist für sich genommen nicht als Behinderung anzusehen (vgl. zum Begriff der Behinderung BVerfGE 96, 288, 301; BeckOK-GG/*Kischel*, 30. Edition, Art. 3 Rn. 233). Dass er gegenwärtig an einer konkreten körperlichen Einschränkung leidet, stellt das Berufungsgericht nicht fest; eine darauf bezogene Gegenrüge hat der Kläger nicht erhoben. Ebenso wenig kann er sich auf eine Behinderung der Beklagten zu 7 berufen, die seinen Antrag in der Eigentümerversammlung unterstützt hatte, nunmehr aber auf Beklagtenseite Partei des Rechtsstreits ist.

[21] (2) Gleichwohl sind Inhalt und Umfang der sich aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ergebenden Rechte des Klägers im Lichte von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG zu bestimmen. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass er seine schwerbehinderte Enkelin regelmäßig in der Wohnung betreut und jeweils für längere Zeitabschnitte in seine Wohnung aufnimmt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist davon auszugehen, dass die Enkeltochter die Treppen infolge der komplexen Mehrfachbehinderung ohne Hilfsmittel nicht bewältigen kann. Infolgedessen werden die Eigentümerbefugnisse des Klägers durch das Verbot der Benachteiligung Behinderter geprägt und umfassen – auch im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 136, 382 Rn. 23) – den Zugang der Enkelin zu der Wohnung (vgl. BVerfG, NJW 2000, 2658, 2659 f.). Dass es um eine nur zeitweilige Betreuung geht, kann ggf. im Rahmen der Interessenabwägung Bedeutung erlangen.

[22] bb) Nach verbreiteter Ansicht kann die erforderliche Interessenabwägung ergeben, dass ein Wohnungseigentümer einen Treppenlift, eine Rollstuhlrampe oder einen Handlauf auch ohne Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer anbringen darf, sofern er seine Wohnung infolge einer Behinderung ohne solche Hilfsmittel nicht erreichen kann (vgl. BayObLGZ 2003, 254, 259 ff.; OLG München, NJW-RR 2005, 1324 ff. und NJW-RR 2008, 1332, 1334; LG Hamburg, NZM 2001, 767, 768; LG Karlsruhe, ZWE 2013, 37 f.; AG Hamburg, ZMR 2005, 821 ff.; AG Krefeld, WuM 1999, 590 f. [jeweils Treppenlift]; AG Bielefeld, WE 2004, 104 f.; AG Warendorf, ZWE 2015, 56 f. [jeweils Rampe]; LG Bremen, ZMR 2014, 386; LG Köln, ZWE 2012, 277, 278 f. [jeweils Handlauf]; AG Stuttgart, WuM 2012, 288, 290 f. [Türeinbau]; vgl. ferner Staudinger/*Bub*, BGB, 2005, § 22 WEG Rn. 55, 176; *Riecke/Schmid/Drabek*, WEG, 4. Aufl., § 22 Rn. 80; Bärmann/*Suilmann*, a.a.O., § 14 Rn. 16; *Vandenhouten*, in: Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 11. Aufl., § 22 Rn. 110). Diese Rechtsauffassung hat sich der Gesetzgeber bei der Reform des Wohnungseigentumsrechts ausdrücklich zu Eigen gemacht. In der Gesetzesbegründung wird hervorgehoben, dass Maßnahmen wie Rollstuhlrampen und Treppenlifte als unvermeidlich zu bewerten seien, wenn die Barrierefreiheit nach objektiven Kriterien geboten und ohne erhebliche Eingriffe in die Substanz des Gemeinschaftseigentums technisch machbar sei (vgl. BT-Drucks. 16/887, S. 31). Mit dem Einbau eines Personenaufzugs musste sich die Rechtsprechung bislang nur vereinzelt befassen; dieser ist als Nachteil angesehen worden (so AG Hamburg, ZMR 2005, 821 ff.; offenlassend LG München, ZWE 2015, 139 ff.).

[23] cc) Der Senat entscheidet die Rechtsfrage dahin, dass der nachträgliche Einbau eines Personenaufzugs durch einen Wohnungseigentümer auf eigene Kosten grds. nur mit Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer erfolgen kann; er begründet

i.a.R. – anders als etwa der Einbau eines Treppenlifts oder einer Rollstuhlrampe – auch dann einen Nachteil i.S.v. § 22 Abs. 1 WEG i.V.m. § 14 Nr. 1 WEG für die übrigen Wohnungseigentümer, wenn der bauwillige Wohnungseigentümer aufgrund einer Gehbehinderung auf den Aufzug angewiesen ist, um seine Wohnung zu erreichen. Daher kommt es nicht darauf an, dass es hier um eine nur zeitweilige Betreuung der Enkeltochter geht; auch ist nicht entscheidend, ob der Kläger auf die Nutzung seiner kleineren Wohnung im Erdgeschoss der Anlage verwiesen werden könnte.

[24] (1) Im Hinblick auf Treppenlifte oder Rollstuhlrampen kann ein Nachteil – im Einklang mit der Einschätzung des Gesetzgebers – zu verneinen sein, wenn der bauwillige Wohnungseigentümer (oder – wie hier – ein Angehöriger) unter einer erheblichen Gehbehinderung leidet. Maßgeblich ist eine eingehende, konkrete und einzelfallbezogene Abwägung der divergierenden grundrechtlich geschützten Interessen (vgl. BVerfG, NJW 2000, 2658, 2659 f.). Ein Nachteil kann sich daraus ergeben, dass die erforderliche Verengung des Treppenhauses bauordnungsrechtlich nicht zulässig ist (vgl. dazu VG Freiburg, NVwZ-RR 2002, 14 f.; VG Gelsenkirchen, Urt. v. 26.9.2012 – 5 K 2704/12, juris; *Hogenschurz*, in: Jennißen, WEG, 5. Aufl., § 22 Rn. 36a); er kann aber zu verneinen sein, wenn die verbleibende Treppenbreite nach behördlicher Überprüfung als noch hinnehmbar angesehen wird (vgl. BayObLGZ 2003, 254, 259 f.; AG Krefeld, WuM 1999, 590 f.). Jedenfalls die optische Veränderung des Treppenhauses wird nicht über das bei einem geordneten Zusammenleben (mit einem Gehbehinderten) unvermeidliche Maß hinausgehen. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, ob der Eingriff in das Gemeinschaftseigentum ohne größeren Aufwand rückgängig gemacht werden kann, was bei den genannten Maßnahmen i.a.R. anzunehmen sein wird; ggf. kann für die Rückbaukosten die Leistung einer Sicherheit angezeigt sein, damit ein Nachteil für die übrigen Wohnungseigentümer verneint werden kann.

[25] (2) Der Einbau eines Personenaufzugs geht über die Anbringung eines Treppenlifts weit hinaus. Technisch machbar ist er nur mit erheblichen Eingriffen in die Substanz des Gemeinschaftseigentums; solche Eingriffe begründen auch dann einen Nachteil, wenn sie der Herstellung von Barrierefreiheit dienen (vgl. BT-Drucks. 16/887, S. 31).

[26] (a) Ein nachträglich errichteter Personenaufzug verengt i.a.R. – und auch hier – den im Treppenhaus zur Verfügung stehenden Platz erheblich. Bei lebensnaher Betrachtung erfordert er schon wegen der bauordnungs- und brandschutzrechtlichen Vorgaben einen massiven konstruktiven Eingriff in den Baukörper. Belegt wird dies durch den Inhalt des vorgelegten Angebots. Danach muss u.a. eine Schachtgrube erstellt werden, wobei Durchbrüche und Aussparungen sowie Maurer-, Putz-, Maler- und Anschlussarbeiten erforderlich sind. Wegen der erforderlichen Elektroinstallationen beschränkt sich der Einbau nicht auf den Schacht; es müssen Elektroleitungen für den Kraft- und Lichtstromanschluss und Datenleitungen für Notrufsysteme verlegt werden. Bauordnungsrechtlichen Vorgaben zufolge müssen Fahrschächte zu lüften sein und eine Öffnung zur Rauchableitung vorsehen (vgl. § 39 Abs. 3 LBO Brdbg.).

[27] (b) Nach dem Einbau treffen den Betreiber (hier zunächst den Kläger) Pflichten im Hinblick auf die Wartung des Aufzugs. Dabei kann dahinstehen, ob die novellierte Betriebssicherheitsverordnung (BetrSichV i.d.F. v. 3.2.2015, BGBl. I 2015, S. 49) anwendbar ist, und ob die dort geregelten, weitreichenden straf- und bußgeldbewehrten Überprüfungs- und Wartungspflichten (vgl. hierzu *Schucht*, NZA 2015, 333, 336) einzuhalten sind (vgl. § 2 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BetrSichV sowie BVerwG, NVwZ-RR 1995, 187). Jedenfalls die private Verkehrssicherungspflicht kann im Außenverhältnis zu Dritten Haftungsrisiken auch für die übrigen Wohnungseigentümer mit sich bringen. Primär wäre zwar derjenige verantwortlich, der den Verkehr eröffnet, hier also der Kläger. Wird aber der Aufzug, der sich in dem gemeinschaftlichen Treppenhaus befindet, außenstehenden Dritten zugänglich gemacht, ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass Kontroll- und Überwachungspflichten der übrigen Wohnungseigentümer im Hinblick auf die Erfüllung der Betreiberpflichten entstehen. Ein durch den Betrieb des Aufzugs verursachter Schaden könnte im Ergebnis von ihnen zu tragen sein, wenn der Kläger mit der Regulierung finanziell überfordert sein sollte.

[28] (c) Ein Rückbau setzt erneut erhebliche Eingriffe in den Baukörper voraus, die nur mit großem baulichem Aufwand erfolgen können und ihrerseits neue Risiken bergen; er erforderte zudem einen großen zeitlichen und organisatorischen Einsatz, der – sollten der Kläger oder ggf. seine Erben hierzu nicht in der Lage sein – von den Wohnungseigentümern zu leisten wäre. Unabhängig von einer Sicherheitsleistung dürfte sich der Rückbau bei lebensnaher Betrachtung regelmäßig als eher unrealistisch erweisen. Als temporäre Maßnahme kann der Einbau eines Personenaufzugs daher nicht angesehen werden. Aus diesem Grund ist die Auferlegung einer Sicherheit für die Rückbaukosten – wie sie das Berufungsgericht im Wege der Beschlussersetzung vorgesehen hat – schon im Ansatz ungeeignet, um die entstehenden Nachteile auszugleichen.

[29] (3) Da die aufgezeigten nachteiligen Folgen in wesentlichen Teilen die Wohnungseigentümer insgesamt betreffen, müssen hier alle übrigen Wohnungseigentümer der Baumaßnahme zustimmen, also auch diejenigen, die andere Hausteile bewohnen; ohnehin fehlt es auch an der Zustimmung einzelner Wohnungseigentümer aus dem Hausteil des Klägers.

[30] b) Eine Beschlussersetzung scheidet zudem deshalb aus, weil mit der von dem Kläger angestrebten Maßnahme – anders als das Berufungsgericht meint – nicht der Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums i.S.v. § 15 Abs. 2 WEG geregelt wird, sondern ein Sondernutzungsrecht geschaffen wird. Dafür bedarf es einer Vereinbarung, an der es fehlt; der Kläger hat auch keinen Anspruch hierauf, weil die Voraussetzungen von § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG nicht vorliegen.

[31] aa) Sondernutzungsrechte sind dadurch gekennzeichnet, dass einem oder mehreren Wohnungseigentümern unter Ausschluss der übrigen (negative Komponente) das Recht zur Nutzung von Teilen des Gemeinschaftseigentums zugewiesen wird (positive Komponente). Wegen des Entzugs der Befugnis zum Mitgebrauch nach § 13 Abs. 2 WEG kann es nur durch Vereinbarung (§ 10 Abs. 2 Satz 2 WEG) oder durch den teilenden Eigentümer nach §§ 8 Abs. 2, 5 Abs. 4 WEG i.V.m. § 10 Abs. 2 WEG begründet oder geändert werden (vgl. Senat, Urt. v. 2.12.2011 – V ZR 74/11, NJW 2012, 676 Rn. 10; vgl. auch Senat, Urt. v. 18.3.2016 – V ZR 75/15, ZfIR 2016, 459 Rn. 22; Urt. v. 8.4.2016 – V ZR 191/15, WuM 2016, 696 Rn. 14 m.w.N.).

[32] bb) Soll der einzubauende Personenaufzug – wie hier – nur einzelnen bau- und zahlungswilligen Wohnungseigentümern

zur Verfügung stehen, wird diesen ein Sondernutzungsrecht an dem für den Einbau vorgesehenen Treppenhausteil eingeräumt (so auch LG München, ZWE 2015, 139, 141; ähnlich AG Ahrensburg, ZWE 2015, 38 f.: unzulässige Bildung einer Untergemeinschaft). Die übrigen Wohnungseigentümer würden insoweit entgegen § 13 Abs. 2 Satz 1 WEG von dem Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums ausgeschlossen. Der für den Einbau des Aufzugs vorgesehene Schacht wird nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im unteren Bereich derzeit zum Abstellen von Fahrrädern und Kinderwagen genutzt und ist zudem erforderlich, damit sperrige Gegenstände durch das Treppenhaus transportiert werden können. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lässt sich die Entstehung eines Sondernutzungsrechts nicht deshalb verneinen, weil der Aufzug nur vorübergehend eingebaut wird. Abgesehen davon, dass eine gänzliche (nicht nur turnusmäßige) Entziehung des Rechts zum Mitgebrauch ein Sondernutzungsrecht entstehen lässt (vgl. Senat, Urt. v. 8.4.2016 – V ZR 191/15, WuM 2016, 696 Rn. 10 ff., 18 ff.), ist der Einbau eines Personenaufzugs – wie o.a. – gerade nicht als temporäre Maßnahme anzusehen. Schon wegen der bereits aufgezeigten Nachteile für die übrigen Wohnungseigentümer kommt es auch nicht in Betracht, einen Anspruch auf Einräumung eines solchen Sondernutzungsrechts aus § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG abzuleiten.

[33] c) Mit dem GG ist es vereinbar, dass das WEG in seiner derzeitigen Fassung keinen Anspruch des Klägers auf Zustimmung zum Einbau eines Personenaufzugs vorsieht.

[34] aa) Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG begründet kein Leistungsrecht, sondern wird als Ausdruck der besonderen Verantwortung des Staats gesehen. Bei der Erfüllung dieses Auftrags steht dem Staat ein ganz erheblicher Beurteilungsspielraum zu, der jedenfalls den Vorbehalt des organisatorisch, personell und von den sachlichen Voraussetzungen her Möglichen umfasst (vgl. BVerfGE 40, 121, 133; 96, 288, 305 f.). Nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung und dem demokratischen Prinzip der Verantwortung des vom Volk unmittelbar legitimierten Gesetzgebers muss dieser selbst die regelmäßig höchst komplexe Frage entscheiden, wie eine positive staatliche Schutz- und Handlungspflicht, die aus den in den Grundrechten verkörperten Grundentscheidungen hergeleitet wird, durch aktive gesetzgeberische Maßnahmen zu verwirklichen ist (vgl. BVerfGE 56, 54, 81). Ein Verfassungsverstoß kommt nur in Betracht, wenn der Gesetzgeber seine Pflicht evident verletzt hat (vgl. BVerfGE 56, 54, 81; 77, 170, 214 f.; 79, 174, 202; 85, 191, 212; 92, 26, 46). Infolgedessen ist es in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers, die Rechtsverhältnisse Privater untereinander in einer Weise auszugestalten, die dem Schutz Behinderter angemessen Rechnung trägt; er hat die darauf bezogenen Schranken des Eigentums der übrigen Wohnungseigentümer i.S.v. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG zu bestimmen.

[35] bb) Die bislang geltenden Regelungen des WEG sind im Hinblick auf den Schutz behinderter Wohnungseigentümer nicht evident unzureichend. Der Gesetzgeber ist bei der Reform des Wohnungseigentumsrechts davon ausgegangen, dass die übrigen Eigentümer gegen ihren Willen zwar temporäre Maßnahmen, nicht aber erhebliche Eingriffe in das gemeinschaftliche Eigentum zur Herstellung der Barrierefreiheit hinnehmen müssen (vgl. BT-Drucks. 16/887, S. 31). Darüber hinaus sind solche erheblichen Eingriffe in das gemeinschaftliche Eigentum unter den Voraussetzungen von § 22 Abs. 2 WEG einer Beschlussfassung durch qualifizierte Mehrheit zugänglich. Dieses abgewogene Regelungskonzept ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Nichts anderes ergibt sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts, wonach die Wohnung schwer veräußerlich und für eine gehbehinderte Person nur mit einem Personenaufzug gut zu erreichen ist. Es hat sich ein Risiko verwirklicht, das der Kläger eingegangen ist, als er in der konkreten Region eine im fünften Obergeschoss gelegene Wohnung erworben hat, die mit niederschwelligen Hilfsmitteln wie einem Treppenlift nicht ohne Weiteres zugänglich gemacht werden kann. Aus dem GG lässt sich nicht ableiten, dass die daraus resultierenden Erschwernisse zulasten der übrigen Wohnungseigentümer abzuwenden sind. Deren Wohnungseigentum ist nämlich ggf. ebenfalls schwer veräußerlich und würde mit zusätzlichen Nachteilen und Haftungsrisiken belastet.

[36] III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Erbrecht

Erbrecht vor dem 1.7.1949 geborener nichtehelicher Kinder

NEhelG Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 i.d.F. v. 19.8.1969; ZwErbGleichG Art. 1 Nr. 2, Art. 5 Satz 2

Leitsatz (amtlich):

Zum Erbrecht vor dem 1. Juli 1949 geborener nichtehelicher Kinder, hier: teleologische Erweiterung von Art. 5 Satz 2 des Zweiten Erbrechtsgleichstellungsgesetzes (ZwErbGleichG).

BGH, Beschl. v. 12. 7. 2017 – IV ZB 6/15

[1] I. Die am 13.1.1928 nichtehelich geborene Antragstellerin begehrt die Erteilung eines sie als Alleinerbin ihres am 13.6.1993 verstorbenen Vaters ausweisenden Erbscheins.

[2] Sie ist das einzige Kind des Erblassers, der sein Leben lang ledig war. Er wurde im Jahr 1928 von dem AG Charlottenburg verurteilt, Unterhalt an die nicht in seinem Haushalt lebende Antragstellerin zu leisten. Die Antragstellerin hatte – nach ihrem für das Rechtsbeschwerdeverfahren zugrunde zu legenden Vortrag – vor dem Ende des Zweiten Weltkrieges das letzte Mal im Alter von etwa 14 1/2 Jahren Kontakt zu dem Erblasser. Nach dem Zweiten Weltkrieg war die Antragstellerin in einem Ministerium der ehemaligen DDR tätig. Aus diesem Grund war ihr die Kontaktaufnahme zu dem auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland lebenden Erblasser untersagt. Nach dem Fall der Berliner Mauer versuchte die Antragstellerin, den Erblasser wiederzufinden. Dies gelang ihr im Jahr 1991. Mit Schreiben v. 14.3.1992 erklärte der Erblasser „eidesstattlich“, dass die Antragstellerin seine leibliche Tochter sei. Die Antragstellerin besuchte den Erblasser im Seniorenheim, war Ansprechpartnerin für seine Ärzte und wurde nach dem plötzlichen Tod des Erblassers um die Zustimmung zur Obduktion seines Leichnams gebeten. Sie kümmerte sich auch um das Begräbnis des Erblassers.

[3] Nach dem Tod des Erblassers wurde die Antragstellerin als dessen einzige bekannte Angehörige vom Nachlassgericht benachrichtigt und um Mitteilung von Informationen zu dem Erbfall gebeten. Da sich keine weiteren als Erben in Betracht

kommenden Personen bei dem Nachlassgericht meldeten, setzte dieses einen Nachlasspfleger ein, dessen Aufgabe u.a. war, Erben zu ermitteln. Sein Versuch der Erbenermittlung blieb zunächst erfolglos. Im April 1996 stellte das Nachlassgericht fest, dass ein anderer Erbe als das Land Berlin nicht vorhanden sei.

[4] Knapp 4 Monate nach dem Erlass des Urteils des EGMR v. 28.5.2009 zur Konventionswidrigkeit der erbrechtlichen Ungleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern in der Rs. Brauer gegen Deutschland (ZEV 2009, 510) beantragte die Antragstellerin unter Bezugnahme auf diese Entscheidung im September 2009 die Erteilung eines sie als Alleinerbin ausweisenden Erbscheins. Der Antrag hatte keinen Erfolg.

[5] Im Dezember 2009 bzw. August 2012 beantragten der Beteiligte zu 2, ein Neffe des Erblassers, bzw. die Beteiligten zu 3 – 5, eine Großnichte, eine Nichte und ein weiterer Neffe des Erblassers, die Erteilung von Erbscheinen. Auf diese Anträge erteilte das Nachlassgericht am 14.2.2012 einen ersten gemeinschaftlichen Teilerbschein zugunsten des Beteiligten zu 2 und seiner ausschließlich von ihm beerbten verstorbenen Schwester und am 30.8.2012 einen zweiten und letzten gemeinschaftlichen Teilerbschein zugunsten der Beteiligten zu 3 – 5. Der Beschluss über die Feststellung des Fiskuserbrechts aus dem Jahr 1996 wurde aufgehoben. Die Beteiligten zu 2 – 5 waren durch einen Erbenermittler ausfindig gemacht worden.

[6] Nachdem in einem von der Antragstellerin eingeleiteten gesonderten Verfahren mit Beschluss des KG v. 3.6.2014 festgestellt worden war, dass der Erblasser ihr Vater ist, hat sie am 29.8.2014 erneut und unter Hinweis auf das Urteil des EGMR v. 7.2.2013 in der Rs. Fabris gegen Frankreich (ZEV 2014, 491) beantragt, ihr einen Alleinerbschein zu erteilen und die den übrigen Beteiligten erteilten Teilerbscheine einzuziehen. Diesen Antrag hat das AG zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben. Hiergegen richtet sich die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Antragstellerin.

[7] II. Die statthafte und auch i.Ü. zulässige Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und des Verfahrens unter Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht (§ 74 Abs. 6 Satz 2, 1. Alt. FamFG).

[8] 1. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung in ZEV 2015, 529 veröffentlicht ist, ist der Auffassung, der Antragstellerin stehe kein gesetzliches Erbrecht nach dem Erblasser zu. Sie sei gem. § 1589 Abs. 2 BGB in der bis zum 30.6.1970 geltenden Fassung (im Folgenden: § 1589 Abs. 2 BGB a.F.) nicht als mit dem Erblasser verwandt anzusehen. Die Aufhebung dieser Vorschrift durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder v. 19.8.1969 (BGBl. I, S. 1243; im Folgenden: Nichtehelichengesetz/NEhelG a.F.) gelte gem. Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 dieses Gesetzes nicht für die vor dem 1.7.1949 geborene Antragstellerin. Die Ersetzung der letztgenannten Bestimmung gem. Art. 1 Nr. 2 des Zweiten Gesetzes zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder, zur Änderung der ZPO und der AO v. 12.4.2011 (BGBl. I, S. 615; im Folgenden: Zweites Erbrechtsgleichstellungsgesetz/ZwErbGleichG) habe für den in Streit stehenden Erbfall, der sich vor dem 29.5.2009 ereignete, gem. Art. 5 Satz 2 des Gesetzes keine Geltung. Die begrenzte Rückwirkung der Ersetzung von Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG a.F. sei im Hinblick auf die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden: EMRK) nicht zu beanstanden. Etwas anderes ergebe sich insbesondere nicht aus der Entscheidung des EGMR in der Rs. Fabris gegen Frankreich.

[9] 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Nach dem mangels abweichender Feststellungen des Beschwerdegerichts dem Rechtsbeschwerdeverfahren zugrunde zu legenden Vortrag der Antragstellerin ist sie als Tochter des Erblassers gem. § 1924 Abs. 1 BGB dessen Erbin erster Ordnung. Dies folgt aus einer über den Wortlaut von Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG hinausgehenden, konventionsrechtlich gebotenen teleologischen Erweiterung der genannten Bestimmung.

[10] a) Das Beschwerdegericht hat zunächst rechtsfehlerfrei ausgeführt, dass die Antragstellerin nach dem Wortlaut von Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG gem. § 1589 Abs. 2 BGB a.F. i.V.m. Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG a.F. für erbrechtliche Verhältnisse nicht als mit dem Erblasser verwandt anzusehen ist. Danach tritt die durch Art. 1 Nr. 2 ZwErbGleichG angeordnete Ersetzung von Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG a.F., der bestimmte, dass für die erbrechtlichen Verhältnisse eines vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kindes zu seinem Vater § 1589 Abs. 2 BGB a.F. als bisher geltende Vorschrift maßgebend bleibt, erst mit Wirkung für Erbfälle ab dem 29.5.2009 in Kraft. Hier ist der Erblasser vor diesem Stichtag verstorben. Diese Regelung ist verfassungsrechtlich auch nicht zu beanstanden (Senatsurt. v. 26.10.2011 – IV ZR 150/10, BGHZ 191, 229 = *ZNotP 2012, 63* Rn. 19 ff.; BVerfG, ZEV 2013, 326 Rn. 27 ff.).

[11] b) Indes würde die Antragstellerin – anders als das Beschwerdegericht meint – bei diesem Ergebnis der Rechtsanwendung nach der neueren Rechtsprechung des EGMR in ihren Rechten aus Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) i.V.m. Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK (Schutz des Eigentums) verletzt werden. Hiernach kommt ein Konventionsverstoß in Betracht, wenn ohne die gerügte Diskriminierung ein nach staatlichem Recht durchsetzbarer Anspruch auf den Vermögenswert bestanden hätte (EGMR in der Rs. Fabris gegen Frankreich, ZEV 2014, 491 Rn. 52). Dabei kann offenbleiben, welche Folgerungen sich aus der Entscheidung des EGMR in der Rs. Fabris gegen Frankreich für das deutsche Recht ergeben (vgl. hierzu BT-Drucks. 17/13579, S. 20; *Lehmann/Hahn*, ZEV 2013, 192; *Leipold*, ZEV 2014, 449; *Reimann*, FamRZ 2013, 851). Denn die Konventionswidrigkeit des Ergebnisses der wortlautgetreuen Anwendung von Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG ergibt sich nunmehr jedenfalls aus dem – nach dem Erlass des Senatsurt. v. 26.10.2011 (IV ZR 150/10, BGHZ 191, 229 = *ZNotP 2012, 63*) und der Entscheidung des BVerfG v. 18.3.2013 (ZEV 2013, 326) ergangenen – Urteil des EGMR v. 23.3.2017 in der Rs. Wolter und Sarfert gegen Deutschland (NJW 2017, 1805; vgl. hierzu *Magnus*, FamRZ 2017, 831), welches (anders als das Urteil des EGMR v. 9.2.2017 in der Rs. Mitzinger gegen Deutschland, Zusammenfassung der Entscheidung in FamRZ 2017, 656; vgl. hierzu auch *Magnus*, FamRZ 2017, 586) die derzeit geltende und im Streitfall maßgebliche Rechtslage nach Inkrafttreten des Zweiten Erbrechtsgleichstellungsgesetzes betrifft.

[12] aa) Nach dem Urteil des EGMR v. 23.3.2017 verletzt das Ergebnis der strikten Anwendung der in Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG bestimmten Stichtagsregelung die sich aus den genannten Bestimmungen der EMRK ergebenden Rechte nichtehelicher Kinder, wenn unter den besonderen Umständen des Falls kein gerechter Ausgleich zwischen den betroffenen widerstreitenden Interessen hergestellt würde, wobei die Kenntnis der Betroffe-

nen, der Status der erbrechtlichen Ansprüche (Verjährung) und die bis zur Geltendmachung des Anspruchs verstrichene Zeit ebenso zu berücksichtigen sind wie der Umstand, ob durch das nationale Recht eine finanzielle Entschädigung für den Verlust des Erbrechts gewährt wird (vgl. EGMR, a.a.O., Rn. 51, 72 ff.).

[13] bb) Unter Zugrundelegung dieser Kriterien würde die Antragstellerin bei einer wortlautgetreuen Anwendung von Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG in ihren Rechten aus Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK verletzt. Wie im Fall des Beschwerdeführers zu 1 vor dem EGMR (vgl. EGMR, a.a.O., Rn. 73), hatten die Beteiligten zu 2 – 5 Kenntnis von der Existenz der Antragstellerin, als ihnen die Erbscheine erteilt wurden. Weiter ist die gem. § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB 30-jährige Verjährungsfrist für den Anspruch aus § 2018 BGB im Streitfall ebenso wenig abgelaufen, wie dies in den Fällen der Beschwerdeführer bei dem EGMR der Fall war (vgl. EGMR, a.a.O., Rn. 75). Zudem hat die Antragstellerin den Erbschein nur knapp 4 Monate nach der Entscheidung in der Rs. Brauer gegen Deutschland beantragt; im Fall des Beschwerdeführers zu 1 beim EGMR war ein vergleichbarer Zeitraum – knapp 2 Monate (vgl. EGMR, a.a.O., Rn. 9 – insoweit in NJW 2017, 1805 nicht abgdr. – und Rn. 76) – verstrichen. Schließlich steht der Antragstellerin für den Ausschluss des Erbrechts insbesondere auch kein Anspruch auf Zahlung einer finanziellen Entschädigung zu, weil die Voraussetzung von Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG in der gem. Art. 1 Nr. 2 ZwErbGleichG geänderten Fassung – das Bestehen des Fiskuserbrechts gem. § 1936 BGB – im Streitfall nicht erfüllt ist.

[14] c) Aufgrund der danach gegebenen Konventionswidrigkeit des Ausschlusses des Erbrechts der Antragstellerin ist Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG im Streitfall teleologisch dahin zu erweitern, dass die Ersetzung von Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG a.F. gem. Art. 1 Nr. 2 ZwErbGleichG bereits für den in Rede stehenden Erbfall Geltung beansprucht und § 1589 Abs. 2 BGB a.F. damit nicht mehr anzuwenden ist.

[15] Die EMRK und ihre Zusatzprotokolle – soweit sie für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten sind – stehen innerhalb der deutschen Rechtsordnung zwar nur im Rang eines Bundesgesetzes (BVerfG, FamRZ 2015, 1263 Rn. 47; BVerfGE 128, 326, unter C I 1 a; BVerfGE 111, 307, unter C I 1 a). Deutsche Gerichte trifft jedoch die Verpflichtung, die Gewährleistungen der Konvention zu berücksichtigen und in den betroffenen Teilbereich der nationalen Rechtsordnung einzupassen. Die Möglichkeit einer konventionsfreundlichen Auslegung endet jedoch dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint, etwa wenn die Beachtung der Entscheidung des Gerichtshofs gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht verstößt (vgl. BVerfG, FamRZ 2015, 1263 Rn. 47 f.; BVerfGE 111, 307, 329).

[16] aa) Die vom BVerfG in der Entscheidung v. 18.3.2013 ausdrücklich offengelassene Frage, ob eine teleologische Erweiterung von Art. 5 ZwErbGleichG in bestimmten Fällen, die in tatsächlicher Hinsicht mit dem durch den EGMR in der Rs. Brauer gegen Deutschland entschiedenen Fall vergleichbar sind, in Betracht kommt (BVerfG, ZEV 2013, 326 Rn. 43), ist zu bejahen. Die teleologische Erweiterung von Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG liegt in den genannten Fällen im Rahmen geltender methodischer Standards (vgl. Erman/*Lieder*, BGB, 14. Aufl., § 1924 Rn. 1e; MünchKomm-BGB/*Leipold*, 7. Aufl., Bd. 10, Einl. Rn. 113; *ders.*, ZEV 2014, 449, 455; *ders.*, FPR 2011, 275, 279 f.; *Lieder/Berneith*, FamRZ 2015, 1528 f.; wohl auch BeckOGK-BGB/*Tegelkamp*, Stand: 1.4.2017, § 1924 Rn. 52 ff.; *Magnus*, FamRZ 2017, 586, 590; a.A. OLG Düsseldorf, FamRZ 2015, 1526, 1527).

[17] (1) Allgemein setzt die teleologische Erweiterung einer Gesetzesbestimmung eine Regelungslücke voraus. Die Bestimmung muss gemessen an ihrem Zweck unvollständig, d.h., ergänzungsbedürftig sein. Ihre Ergänzung darf nicht einer vom Gesetzgeber beabsichtigten Beschränkung auf bestimmte Tatbestände widersprechen. Dass eine gesetzliche Regelung rechtspolitisch als verbesserungsbedürftig anzusehen ist, reicht nicht aus. Ihre Unvollständigkeit erschließt sich vielmehr aus dem gesetzesimmanenten Zweck und kann auch bei einem eindeutigen Wortlaut vorliegen (BFH, ZIP 2016, 463 Rn. 37; vgl. auch BVerwG, NJW 2013, 2457 Rn. 22, jeweils m.w.N.).

[18] (2) Diese Voraussetzung ist im Hinblick auf Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG bei Erbfällen erfüllt, die sich vor dem 29.5.2009 ereigneten und in tatsächlicher Hinsicht mit der Rs. Brauer gegen Deutschland vergleichbar sind.

[19] Das ZwErbGleichG bezweckt, die vom EGMR in der genannten Rechtssache für konventionswidrig befundene Ungleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder im Erbrecht zu beseitigen, und zwar soweit möglich (BT-Drucks. 17/3305, S. 1; 17/4776, S. 1). Dabei hat der Gesetzgeber die Beseitigung der erbrechtlichen Ungleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern auch für Erbfälle, die sich vor dem 29.5.2009 ereigneten, für wünschenswert gehalten (BT-Drucks. 17/4776, S. 7). Er hat sich jedoch aus Gründen des Vertrauensschutzes und aufgrund der mit einer Rückabwicklung weit in der Vergangenheit liegender Erbfälle verbundenen praktischen Schwierigkeiten dagegen entschieden, die Ungleichbehandlung auch insoweit zu beseitigen (BT-Drucks. 17/3305, S. 7 f.; 17/4776, S. 7). Dabei wollte der Gesetzgeber indes nicht in Kauf nehmen, dass die Bundesrepublik Deutschland in einem Fall, der dieselben Besonderheiten wie die Rs. Brauer gegen Deutschland aufweist, erneut durch den EGMR verurteilt wird. Das ergibt sich aus der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages. Dort heißt es (BT-Drucks. 17/4776, S. 7): „Weitere Verurteilungen Deutschlands durch den EGMR sind unwahrscheinlich, selbst wenn dem nichtehelichen Kind in einer Fallkonstellation, wie sie dem vom EGMR entschiedenen Fall zu Grunde lag – der Erbfall ereignete sich schon im Zeitraum 30. Juni bis 3. Juli 1998 – auch nach dem Gesetzentwurf kein Erbrecht zustünde. Denn der EGMR entscheidet stets Einzelfälle. Der entschiedene Fall weist aber durch den DDR-Bezug, die tatsächliche Nähebeziehung zwischen Kind und nichtehelichem Vater sowie das Fehlen anderer naher gesetzlicher Erben zahlreiche Besonderheiten auf und kann daher als atypisch bezeichnet werden. Vor allem betonte der EGMR, dass dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes der gesetzlichen Erben in dem konkreten Fall keine Bedeutung zukam, da es nur Erben dritter Ordnung gab, die der Erblasser nicht einmal kannte (Rdnr. 44). Dem Vertrauensschutz näherer Verwandter würde ein größeres Gewicht zukommen, so dass in einem derartigen Fall ganz andere Ausgangsbedingungen vorlägen, die der EGMR in seine Abwägung einzubeziehen hätte."

[20] Die Einschätzung, dass weitere Verurteilungen Deutschlands durch den EGMR deswegen unwahrscheinlich seien, weil die Rs. Brauer gegen Deutschland von zahlreichen Besonderheiten gekennzeichnet werde und dadurch ein „atypischer" Fall sei, macht deutlich, dass der Gesetzgeber solche aus seiner Sicht „atypischen Fälle" nicht dahingehend regeln wollte, dass es zu einer weiteren

Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland kommt. Die Billigung einer erneuten Verurteilung gerade in einem Fall, der der Rs. Brauer gegen Deutschland im Kern entspricht, widerspräche geradezu dem Regelungsziel, die vom EGMR in dieser Rechtssache festgestellte Konventionswidrigkeit der Ungleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder im Erbrecht zu beseitigen.

[21] bb) Der Streitfall ist in tatsächlicher Hinsicht mit der Rs. Brauer gegen Deutschland vergleichbar. Er weist alle Besonderheiten auf, die diese Rechtssache aus Sicht des Gesetzgebers zu einem „atypischen" Fall gemacht haben.

[22] Ebenso wie die Beschwerdeführerin Brauer lebte die Antragstellerin in der ehemaligen DDR, während ihr Vater in der Bundesrepublik Deutschland wohnte. Die Antragstellerin und ihren Vater verband darüber hinaus – nach dem für das Rechtsbeschwerdeverfahren zugrunde zu legenden Vorbringen der Antragstellerin – eine tatsächliche Nähebeziehung, die sich, wie in der Rs. Brauer gegen Deutschland, u.a. in Besuchen äußerte. Schließlich liegt auch im Streitfall die – vom Gesetzgeber besonders hervorgehobene – Situation vor, dass andere nahe gesetzliche Erben fehlen und die übrigen als Erben in Betracht kommenden Personen in Ermangelung einer tatsächlichen Beziehung zum Erblasser kein Vertrauen auf den Erhalt der Erbschaft bilden konnten; die Beteiligten zu 2 – 5 als Erben höherer Ordnungen traten im nachlassgerichtlichen Verfahren erst viele Jahre nach dem Tod des Erblassers zum ersten Mal in Erscheinung.

[23] cc) Die teleologische Erweiterung des Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG verletzt nicht die sich aus den Grundrechten der Beteiligten zu 2 – 5 ergebenden verfassungsrechtlichen Grenzen der konventionskonformen Auslegung und Anwendung von Gesetzesrecht.

[24] (1) Betrifft die Feststellung des EGMR, dass das Ergebnis einer Gesetzesanwendung die EMRK verletzt, eine Bestimmung des Privatrechts, haben deutsche Gerichte bei der Anwendung der betreffenden Entscheidung auf das Privatrechtsverhältnis zu berücksichtigen, dass sie ein mehrpoliges Grundrechtsverhältnis auszugestalten haben und es insoweit regelmäßig auf sensible Abwägungen zwischen verschiedenen subjektiven Rechtspositionen ankommt, was einer schematischen Anwendung der Entscheidung des EGMR entgegensteht (vgl. BVerfGE 128, 326, unter C I 1 f.; BVerfGE 111, 307, unter C I 3 a).

[25] (2) Das Grundrecht der Beteiligten zu 2 – 5 aus Art. 14 Abs. 1 GG, welches das bis zur Änderung des Nichtehelichengesetzes durch das Zweite Erbrechtsgleichstellungsgesetz gem. § 1925 Abs. 1 BGB bestehende Erbrecht der Beteiligten zu 2 – 5 vom Eintritt des Erbfalls an schützt (vgl. BVerfG, ZEV 2013, 326 Rn. 28), überwiegt das ebenfalls gem. Art. 6 Abs. 5 GG verfassungsrechtlich verbürgte Recht der Antragstellerin auf grundsätzliche Gleichbehandlung mit ehelichen Kindern (BVerfG, ZEV 2013, 326 Rn. 32) nicht. Der Gesetzgeber war von Verfassungs wegen nicht daran gehindert, Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG a.F. für Erbfälle ab dem 29.5.2009 durch die in Art. 1 Nr. 2 ZwErbGleichG vorgesehene Regelung zu ersetzen, ein grundrechtlich geschütztes Erbrecht also zugunsten der Gleichbehandlung nichtehelicher und ehelicher Kinder mit – wenn auch zeitlich begrenzter – echter Rückwirkung zu entziehen (vgl. BVerfG, ZEV 2013, 326 Rn. 33 ff.). Maßgebend ist insoweit der Gesichtspunkt, dass seit der Entscheidung des EGMR in der Rs. Brauer gegen Deutschland ein gefestigtes und schutzwürdiges Vertrauen der Väter nichtehelicher Kinder und deren erbberechtigter Familienangehöriger auf den Fortbestand der bisherigen Rechtslage nicht mehr entstehen konnte (vgl. BVerfG, ZEV 2013, 326 Rn. 36; BT-Drucks. 17/3305, S. 7; 17/4776, S. 7).

[26] Die Abwägung der grundrechtlich geschützten Rechtspositionen kann erst recht zu keinem anderen Ergebnis führen, wenn sich, wie hier in Bezug auf die Beteiligten zu 2 – 5, aufseiten der erbberechtigten Familienangehörigen des Vaters des nichtehelichen Kindes bereits faktisch kein – als schutzwürdig in Betracht kommendes – Vertrauen auf den Erhalt der Erbschaft gebildet hat, weil zwischen ihnen und dem Erblasser – nach dem für das Rechtsbeschwerdeverfahren zugrunde zu legenden Sachverhalt – keinerlei tatsächliche Beziehungen bestanden.

[27] 3. Die Sache ist noch nicht zur Endentscheidung reif (§ 74 Abs. 6 Satz 2, 1. Alt. FamFG). Da die Beteiligten zu 2 – 5 aufgrund der Feststellungen des Nachlass- und des Beschwerdegerichts davon ausgehen konnten, dass der Antragstellerin kein Erbrecht zusteht, hatten sie keine Veranlassung, zu dem Vortrag der Antragstellerin Stellung zu nehmen. Ihnen ist Gelegenheit zu geben, dies nachzuholen.

Ergänzende Testamentsauslegung

BGB §§ 2087, 2084

Leitsätze (amtlich):

1. **Zur ergänzenden Testamentsauslegung.**
2. **Wenn der Erblasser durch letztwillige Zuwendung einer Sachgesamtheit den Nachlass erschöpfen und gleichzeitig einen Bedachten zum Alleinerben einsetzen wollte, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die durch Auslegung ermittelte Erbeinsetzung nach dem Regelungsplan des Erblassers auch einen nachfolgenden, unvorhergesehenen Vermögenserwerb erfassen sollte.**

BGH, Beschl. v. 12. 7. 2017 – IV ZB 15/16

[1] I. Die verwitwete Erblasserin verstarb am 11.10.2015 mit letztem Wohnsitz in X. Sie hinterließ keine Kinder. Der Beteiligte zu 2 war ihr letzter Lebensgefährte. Der Beteiligte zu 1 ist ihr Bruder, die Beteiligte zu 4 dessen Ehefrau. Die Beteiligte zu 3 ist eine Großnichte des vorverstorbenen Ehemannes und das Patenkind eines ebenfalls vorverstorbenen, früheren Lebensgefährten der Erblasserin.

[2] Unter dem 3.9.2007 errichtete die Erblasserin ein eigenhändiges Testament folgenden Inhalts:

„Mein letzter Wille

Für den Fall meines Todes verfüge ich:

1) Haus- und Grundbesitz in X, An d. H. S. 5a, incl. der gesamten Einrichtung sollen … [dem Beteiligten zu 2] bis an sein Lebensende zur eigenen Nutzung zur Verfügung stehen. Er ist verpflichtet den gesamten Besitz zu pflegen, ausreichend zu versichern und erforderliche Reparaturen zu veranlassen.

2) Nach dem Ableben … [des Beteiligten zu 2] geht das gesamte Objekt an … [die Beteiligte zu 3] über.

3) Eventuell noch vorhandenes Bar- oder Anlagevermögen sollen für meine Beerdigung und die Grabpflege der Gruft und des Einzelgrabes meiner Mutter eingesetzt werden.

4) Meinen Schmuck soll meine Schwägerin … [die Beteiligte zu 4] erhalten. Hier hat jedoch … [der Beteiligte zu 2] das Recht des Einbehaltes."

[3] Am 4.6.2015 verstarb ein ehemaliger Kriegskamerad des Vaters der Erblasserin, der sie zu seiner Alleinerbin bestimmt und ein beträchtliches Vermögen hinterlassen hatte.

[4] Der Beteiligte zu 1 ist der Auffassung, nach dem Tode seiner Schwester sei gesetzliche Erbfolge eingetreten, während die Beteiligte zu 3 meint, testamentarische Erbin geworden zu sein. Beide haben die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der den jeweiligen Antragsteller als Alleinerben der Erblasserin ausweist.

[5] Das Nachlassgericht hat die zur Begründung des Antrags der Beteiligten zu 3 erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet und den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Das OLG hat diese Entscheidung dahin abgeändert, dass es auch den Antrag der Beteiligten zu 3 zurückgewiesen hat. Hiergegen richten sich die vom OLG zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 3 und die Anschlussrechtsbeschwerde des Beteiligten zu 1, mit denen beide Beteiligten ihre Erbscheinsanträge weiterverfolgen.

[6] II. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und des Verfahrens, soweit der Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 3 zurückgewiesen worden ist, unter Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht (§ 74 Abs. 6 Satz 2, 1. Alt. FamFG).

[7] 1. Das Beschwerdegericht hat in seiner Entscheidung (ZEV 2017, 143) ausgeführt, die Beteiligte zu 3 sei nicht Alleinerbin nach der Erblasserin geworden.

[8] Zwar sei deren Testament ursprünglich in diesem Sinne auszulegen gewesen. Die Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB, nach der die testamentarische Zuwendung einzelner Gegenstände oder Gruppen von Gegenständen im Zweifel als Vermächtnisanordnung anzusehen sei, greife nicht ein, wenn der Erblasser praktisch sein gesamtes Vermögen unter den bedachten Personen aufteile. Es stehe nicht im Streit, dass die Erblasserin über ihr gesamtes Vermögen zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung verfügt habe. Es sei auch nicht davon auszugehen, dass die Erblasserin neben den im Testament angeordneten Zuwendungen die gesetzliche Erbfolge habe eintreten lassen wollen. Nach dem Wertverhältnis der zugewandten Gegenstände sei das Testament zunächst dahin auszulegen gewesen, dass die Beteiligte zu 3 Alleinerbin geworden sei, weil sie nach dem Willen der Erblasserin das Hausgrundstück sowie dessen Einrichtung und damit den im Zeitpunkt der Testamentserrichtung weitaus größten Teil ihres Vermögens erhalten sollte. Dass das Grundstück nach dem Testamentswortlaut erst nach dem Tod des Beteiligten zu 2 auf die Beteiligte zu 3 übergehen sollte, stehe dem nicht entgegen, da es dem Beteiligten zu 2 lediglich „zur eigenen Nutzung zur Verfügung stehen" solle, das Eigentum an diesem aber die Beteiligte zu 3 unmittelbar habe erhalten sollen.

[9] Allerdings gebe der Vermögenszuwachs der Erblasserin durch die Erbschaft nach dem Kriegskameraden ihres Vaters Anlass zu einer ergänzenden Testamentsauslegung, die dazu führe, lediglich von einer Teilerbeinsetzung zugunsten der Beteiligten zu 3 auszugehen. Habe der Erblasser – wie hier – im Testament durch Zuwendung bestimmter Vermögensgegenstände eine Erbeinsetzung vorgenommen, stelle sich die Frage, ob sich daran durch einen weiteren Vermögenserwerb etwas ändere. Im Fall nachträglicher Änderungen in dem bei Testamentserrichtung vorhandenen Vermögensbestand komme die ergänzende Auslegung zur Anwendung, wenn es für die Auslegung auf das Wertverhältnis der zugewandten Gegenstände ankomme.

[10] Eine solche Änderung sei hier eingetreten. Es sei davon auszugehen, dass die der Erblasserin zugewandte Erbschaft eine nennenswerte Summe umfasse, aufgrund derer das Hausgrundstück nun nicht mehr den weitaus größten Vermögensgegenstand im Nachlass der Erblasserin darstelle. Habe der Erblasser nach seiner Vorstellung im Zeitpunkt der Testamentserrichtung im Wesentlichen über sein gesamtes Vermögen verfügt, sei zu prüfen, ob ein späterer Vermögenserwerb dazu führe, im Wege ergänzender Auslegung anstelle der durch Einzelzuwendung gewollten Erbeinsetzung lediglich eine Teilerbeinsetzung anzunehmen. Im vorliegenden Fall sei dem Testament zu entnehmen, dass die Erblasserin beabsichtigt habe, der Beteiligten zu 3 lediglich das Hausgrundstück zuzuwenden. Es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass sie der Beteiligten zu 3 eine Erbenstellung habe zukommen lassen und den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge habe ausschließen wollen. Nachdem die Erblasserin hinsichtlich des aus der Erbschaft erworbenen Vermögens keine Verfügung getroffen habe, greife die gesetzliche Auslegungsregel des § 2088 Abs. 1 BGB ein, nach der hinsichtlich dieses Nachlassteils gesetzliche Erbfolge eingetreten sei.

[11] 2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Mit der gegebenen Begründung durfte das Beschwerdegericht den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 3 nicht zurückweisen.

[12] Ob das Testament v. 3.9.2007 aufgrund des späteren Vermögenserwerbs ergänzend dahingehend auszulegen ist, dass die Beteiligte zu 3 als gewillkürte Miterbin anzusehen ist, kann im Rechtsbeschwerdeverfahren nur eingeschränkt überprüft werden. Die Aufgabe der (auch ergänzenden) Testamentsauslegung ist grds. dem Tatrichter vorbehalten. Seine Auslegung kann aber mit der Rechtsbeschwerde angegriffen werden, wenn sie gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstößt (vgl. Senatsurt. v. 24.2.1993 – IV ZR 239/91, BGHZ 121, 357, 363 m.w.N.; st. Rspr.). Danach ist eine ergänzende Testamentsauslegung auch dann rechtsfehlerhaft, wenn ihr unzureichende Feststellungen tatsächlicher Art zugrunde liegen oder der Tatrichter anerkannte Auslegungsregeln nicht beachtet hat. Beides ist hier der Fall. Auf der Grundlage der vom Beschwerdegericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen lässt sich nicht beurteilen, ob die Voraussetzungen für eine ergänzende Auslegung im Streitfall vorliegen.

[13] a) Hierzu ist zunächst erforderlich, dass die letztwillige Verfügung der Erblasserin eine ungewollte Regelungslücke aufweist.

[14] aa) Eine solche liegt vor, wenn ein bestimmter, tatsächlich eingetretener Fall vom Erblasser nicht bedacht und deshalb nicht geregelt wurde, aber geregelt worden wäre, wenn der Erblasser ihn bedacht hätte (vgl. BGH, Urt. v. 28.6.1963 – V ZR 15/62, WM 1963, 999, unter II 4). Ein nach Testamentserrichtung eingetretenes Ereignis kommt hierfür in Betracht, falls dessen Kenntnis für die Entschließung des späteren Erblassers bedeutsam gewesen wäre (RGRK-BGB/*Johannsen*, 12. Aufl., § 2084 Rn. 20; vgl. auch Senatsurt. v. 21.6.1954 – IV ZR 221/53,

unter B II 3 [S. 22 f.]; Staudinger/*Otte*, BGB, 2013, Vorbem. zu §§ 2064 – 2086 Rn. 77). Das kann auch ein unerwarteter Vermögenserwerb des Erblassers sein (vgl. BayObLG, FamRZ 1989, 1348 f.; KG, NJW 1971, 1992; OLG München, FamRZ 2011, 1817, 1820; MünchKomm-BGB/*Schlichting*, 5. Aufl., § 2087 Rn. 12; Staudinger/*Otte*, a.a.O., Vorbem. zu §§ 2064 – 2086 Rn. 90).

[15] Ob danach von einer planwidrigen Unvollständigkeit der Verfügung von Todes wegen auszugehen ist, kann nicht schematisch anhand des Wortlauts der letztwilligen Verfügung festgestellt werden. Vielmehr ist eine wertende Gesamtbetrachtung aller Umstände bei Testamentserrichtung vorzunehmen (MünchKomm-BGB/*Leipold*, 7. Aufl., § 2084 Rn. 84; Soergel/*Loritz*, BGB, 13. Aufl., § 2084 Rn. 38).

[16] bb) Legt man die – von der Rechtsbeschwerde als für sie günstig hingenommene – Annahme des Beschwerdegerichts zugrunde, die testamentarische Zuwendung des Hausgrundstücks sei als unbedingte Einsetzung der Beteiligten zu 3 als Alleinerbin anzusehen, fehlt es bisher an tragfähigen Feststellungen zu einer ungewollten Regelungslücke.

[17] Allein der Umstand, dass die Erblasserin durch Zuwendung einzelner Gegenstände über ihr gesamtes Vermögen zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung verfügte, dabei aber keine gesonderte Anordnung hinsichtlich der späteren Erbschaft nach dem Kriegskameraden ihres Vaters traf, macht ihr Testament nicht ohne Weiteres lückenhaft, weil insoweit nicht isoliert auf den Verfügungstext abgestellt werden kann. Vielmehr ist dann, wenn der Erblasser durch Zuwendung einer Sachgesamtheit den Nachlass erschöpfen und gleichzeitig einen Bedachten zum Alleinerben einsetzen wollte, im Einzelfall zu prüfen, ob die durch Auslegung ermittelte Erbeinsetzung nach dem Regelungsplan des Erblassers auch einen nachfolgenden, unvorhergesehenen Vermögenserwerb erfassen sollte (vgl. Soergel/*Loritz*, a.a.O., § 2087 Rn. 19).

[18] Diese Prüfung ist – entgegen der Meinung des Beschwerdegerichts – von der Frage zu trennen, ob sich durch den späteren Vermögenszufluss an der Erbeinsetzung, die in der Zuwendung von Vermögensstücken zu erblicken ist, selbst etwas ändert. Dies hat der Senat in seinem vom Beschwerdegericht zitierten Urt. v. 22.3.1972 (IV ZR 134/70) abgelehnt und ausgeführt, für die – nicht ergänzende – Auslegung sei nur der bei Testamentserrichtung vorhanden gewesene Wille des Erblassers maßgebend (FamRZ 1972, 561, unter 3; bestätigt durch Senatsurt. v. 16.10.1996 – IV ZR 349/95, NJW 1997, 392, unter 2 b; a.A. *Otte*, ZEV 2017, 146). Ein solcher ist aber nicht gleichbedeutend mit dem Gesamtplan des Erblassers, der diesem Willen zugrunde liegt und für die Ermittlung einer Regelungslücke bestimmend ist.

[19] Insofern geht das Beschwerdegericht fehl, wenn es annimmt, dass die ergänzende Testamentsauslegung im Fall nachträglicher Änderungen in dem bei Testamentserrichtung vorhandenen Vermögensbestand eröffnet sei, falls es für die Testamentsauslegung auf das Wertverhältnis der zugewandten Gegenstände ankomme. Vielmehr ist auch in solchen Konstellationen im jeweiligen Einzelfall zunächst zu klären, ob sich die kraft Auslegung ermittelten letztwilligen Verfügungen des Erblassers angesichts der damit verfolgten Ziele als lückenhaft erweisen (vgl. MünchKomm-BGB/*Leipold*, a.a.O., § 2084 Rn. 84; *Kanzleiter*, MittBayNot 2011, 508, 509).

[20] cc) Ob sich im Streitfall eine ungewollte Regelungslücke ergibt, hat das Beschwerdegericht nicht festgestellt. Der Senat kann dies nicht selbst entscheiden, weil sich aus den tatsächlichen Feststellungen der angefochtenen Entscheidung nicht entnehmen lässt, welchen Regelungsplan die Erblasserin mit ihrem Testament verfolgte.

[21] Zwar führt das Beschwerdegericht aus, die Erblasserin habe der Beteiligten zu 3 ausschließlich ihr Hausgrundstück zuwenden wollen, was für das Vorliegen einer Regelungslücke spräche (vgl. Soergel/*Loritz*, a.a.O., § 2084 Rn. 43). Diese Feststellung steht aber – wie die Rechtsbeschwerde zutreffend rügt – in Widerspruch zur Annahme, dass „ursprünglich“ von der Einsetzung der Beteiligten zu 3 zur Alleinerbin auszugehen gewesen sei.

[22] Entsprechendes gilt für die Aussage des Beschwerdegerichts, es fehle an Anhaltspunkten dafür, dass die Erblasserin der Beteiligten zu 3 eine Erbenstellung habe zukommen lassen wollen; das ist nicht mit den Ausführungen im angefochtenen Beschluss in Einklang zu bringen, dass die Beteiligte zu 3 nach dem Willen der Erblasserin das Eigentum an dem Hausgrundstück als Erbin unmittelbar habe erhalten sollen.

[23] b) Auch wenn man mit dem Beschwerdegericht eine entsprechende Regelungslücke unterstellt, steht nicht fest, ob im Streitfall eine ergänzende Testamentsauslegung eröffnet wäre, weil dies – wie die Rechtsbeschwerde zu Recht hervorhebt – weiter voraussetzt, dass ein hypothetischer Wille der Erblasserin ermittelt werden kann, anhand dessen die vorhandene Lücke geschlossen werden könnte.

[24] aa) Dabei handelt es sich nicht um den mutmaßlichen wirklichen Willen der Erblasserin, sondern den Willen, den sie vermutlich gehabt hätte, wenn sie die planwidrige Unvollkommenheit der letztwilligen Verfügung im Zeitpunkt ihrer Errichtung erkannt hätte (vgl. RGZ 142, 171, 175; KG, NJW 1971, 1992; Prütting/Wegen/Weinreich/*Avenarius*, BGB, 11. Aufl., § 2084 Rn. 15; RGRK-BGB/*Johannsen*, a.a.O., § 2084 Rn. 21; *Muscheler*, Erbrecht I, Rn. 1863; *Bartz*, NJW 1972, 1174, 1175). Insoweit darf – wie das Beschwerdegericht zu Recht erkannt hat – ein den Verhältnissen entsprechender Erblasserwille nur unterstellt werden, wenn er auf eine bestimmte, durch Auslegung der letztwilligen Verfügung erkennbare Willensrichtung des Erblassers zurückgeführt werden kann (Senatsurt. v. 15.12.1956 – IV ZR 238/56, BGHZ 22, 357, 360; RGZ 142, 171, 175). Lässt sich ein solcher Wille nicht feststellen, so muss es trotz vorhandener Regelungslücke bei dem bisherigen Auslegungsergebnis verbleiben (vgl. OLG Hamm, FamRZ 1997, 121, 123; MünchKomm-BGB/*Leipold*, a.a.O., § 2084 Rn. 93; *Hammann*, ErbR 2014, 420, 424; wohl a.A. *Otte*, ZEV 2017, 146, 147).

[25] bb) Auch einen entsprechenden hypothetischen Willen hat das Beschwerdegericht nicht festgestellt. Vielmehr hat es ausschließlich auf den von ihm angenommenen tatsächlichen Willen der Erblasserin abgestellt, nach dem die Beteiligte zu 3 nur das Hausgrundstück habe erhalten sollen. I.Ü. hat es sich darauf beschränkt, das Fehlen von Anhaltspunkten festzustellen, die für eine Erbenstellung der Beteiligten zu 3 und gegen einen letztwilligen Ausschluss der gesetzlichen Erbfolge sprächen. Von diesem Ansatzpunkt aus konsequent hat es schließlich auf die gesetzliche Auslegungsregel des § 2088 Abs. 1 BGB abgestellt, die indes die Ermittlung des maßgeblichen hypothetischen Erblasserwillens nicht ersetzen kann.

[26] cc) Die fehlende Feststellung kann der Senat nicht nachholen. Sollte dem Beschwerdegericht eine solche auch nach Zurück-

verweisung nicht möglich sein, bliebe es bei der Erbeinsetzung, wie sie sich nach Auslegung des Testaments v. 3.9.2007 ergibt.

[27] 3. Die Zurückweisung des Erbscheinantrags der Beteiligten zu 3 erweist sich auch nicht aus einem anderen Grund im Ergebnis als richtig. Zwar bestehen rechtliche Zweifel an der Annahme des Beschwerdegerichts, dass die Erblasserin die Beteiligte zu 3 ursprünglich zu ihrer unbeschränkten Alleinerbin eingesetzt habe (hierzu a) und b). Der Senat kann aber anhand der getroffenen Feststellungen eine entsprechende gewillkürte Erbfolge auch nicht ausschließen (hierzu c).

[28] a) Dabei ist es – anders als die Rechtsbeschwerdeerwiderung meint – im Ausgangspunkt aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht die Zuwendung des Hausgrundstücks im Sinne einer Erbeinsetzung zugunsten der Beteiligten zu 3 gewertet hat.

[29] Rechtsfehlerfrei hat es seiner Beurteilung zugrunde gelegt, dass im Fall testamentarischer Zuwendung einzelner Gegenstände die Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB dann nicht Platz greift, wenn durch Auslegung die Zweifel überwunden sind, die zur gegenteiligen Auslegung als Vermächtnis durchgreifen müssten (Senatsurt. v. 22.3.1972 – IV ZR 134/70, FamRZ 1972, 561, unter 3 m.w.N.). Eine Erbeinsetzung kann trotz Zuwendung nur einzelner Gegenstände anzunehmen sein, wenn der Erblasser sein Vermögen vollständig den einzelnen Vermögensgegenständen nach verteilt hat, wenn er dem Bedachten die Gegenstände zugewendet hat, die nach seiner Vorstellung das Hauptvermögen bilden, oder nur Vermächtnisnehmer vorhanden wären und nicht anzunehmen ist, dass der Erblasser überhaupt keine Erben berufen und seine Verwandten oder seinen Ehegatten als gesetzliche Erben ausschließen wollte (Senatsurt. v. 19.1.2000 – IV ZR 157/98, ZEV 2000, 195, unter I 2 b aa m.w.N.). Ebenso begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, die Zuwendung des wertmäßigen Hauptnachlassgegenstands, etwa eines Hausgrundstücks, als Erbeinsetzung des Bedachten anzusehen, wenn der Nachlass dadurch im Wesentlichen erschöpft wird oder der objektive Wert das übrige Vermögen an Wert so erheblich übertrifft, dass der Erblasser ihn als seinen wesentlichen Nachlass angesehen hat (BayObLG, FamRZ 2006, 147, 148; BayObLGR 2005, 34; OLG Naumburg, OLGR 2007, 355 f.; RGRK-BGB/*Johannsen*, a.a.O., § 2087 Rn. 8).

[30] Dass diese Voraussetzungen für die Zuwendung des Hausgrundstücks durch die Erblasserin an die Beteiligte zu 3 vorliegen, stellt auch die Rechtsbeschwerdeerwiderung nicht in Abrede. Sie meint jedoch, dass damit lediglich besonderer Anlass zu der – vom Beschwerdegericht unterlassenen – Prüfung bestanden habe, ob entgegen, § 2087 Abs. 2 BGB eine Erbeinsetzung vorliege (so auch: Staudinger/*Otte*, a.a.O., § 2087 Rn. 19). Das trifft indes nicht zu. Vielmehr bildet das Vorliegen einer Erbeinsetzung in solchen Fällen die Regel, weil ansonsten im Fall des Fehlens weiterer Indizien die gesetzliche Zweifelsregelung eingriffe und zu dem vom Erblasser mutmaßlich nicht gewollten Ergebnis führte, dass es an einer Berufung von Erben durch letztwillige Verfügung überhaupt mangelt (vgl. Senatsurt. v. 19.1.1972 – IV ZR 1208/68, DNotZ 1972, 500; BayObLGR 2005, 34; OLG Naumburg, OLGR 2007, 355 f.; MünchKomm-BGB/*Rudy*, a.a.O., § 2087 Rn. 9).

[31] b) Das Beschwerdegericht hat aber rechtsfehlerhaft nicht geprüft, ob im Streitfall ausnahmsweise eine von den vorstehenden Grundsätzen abweichende Testamentsauslegung geboten ist.

[32] Wie die Rechtsbeschwerdeerwiderung zutreffend hervorhebt, kommt es bei der Entscheidung, ob eine Person als Erbe eingesetzt ist, wesentlich darauf an, wer nach dem Willen des Erblassers den Nachlass regeln und die Nachlassschulden, zu denen auch die Bestattungskosten zählen, zu tilgen hat und ob der Bedachte unmittelbare Rechte am Nachlass oder nur Ansprüche gegen andere Bedachte erwerben soll (BayObLG, FamRZ 1986, 604, 605; 1986, 835, 837; MünchKomm-BGB/*Rudy*, a.a.O., § 2087 Rn. 8; Soergel/*Loritz*, a.a.O., § 2087 Rn. 4).

[33] Dabei kommt der im Rahmen der ergänzenden Testamentsauslegung geäußerten Annahme des Beschwerdegerichts, die Erblasserin habe der Beteiligten zu 3 allein das Hausgrundstück zuwenden wollen, entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerdeerwiderung keine Bedeutung zu; angesichts der oben dargelegten Widersprüchlichkeit (vgl. hierzu oben unter II 2 a cc) bietet diese Annahme keine tragfähige Auslegungsgrundlage.

[34] Das Beschwerdegericht hat aber im Rahmen seiner Auslegung dem Umstand nur unzureichend Beachtung geschenkt, dass der fragliche Grundbesitz zunächst dem Beteiligten zu 2 bis an sein Lebensende zur Verfügung stehen und dann erst auf die Beteiligte zu 3 übergehen sollte. Die insofern vorgenommene Auslegung als Vermächtnis eines Wohnrechts zugunsten des Beteiligten zu 2 ist zwar denkbar. Dabei hat das Beschwerdegericht aber rechtsfehlerhaft (vgl. hierzu Senatsurt. v. 24.2.1993 – IV ZR 239/91, BGHZ 121, 357, 363) die ebenfalls in Betracht kommende Auslegungsmöglichkeit nicht in Erwägung gezogen, dass der Beteiligte zu 2 als Vorerbe und die Beteiligte zu 3 als Nacherbin i.S.d. § 2100 BGB bedacht sein könnten.

[35] c) Der Senat kann über die Auslegung des Testaments insoweit nicht selbst entscheiden, weil auch hierfür die tatsächlichen Feststellungen nicht ausreichen.

[36] So ist nicht geklärt, wer nach dem Willen der Erblasserin den Nachlass regeln und die Nachlassverbindlichkeiten tragen sollte. Insbesondere wäre insofern von Belang, wer aus ihrer Sicht die Grabpflegeauflage nach Nr. 3 des Testaments erfüllen sollte; dies wird entgegen der Meinung des Beschwerdegerichts nicht teilweise dadurch beantwortet, dass die Beteiligte zu 3 im Verfügungstext insoweit nicht als Beschwerte benannt wurde.

[37] Dass entsprechende Feststellungen nicht getroffen werden können, steht nicht fest, nachdem der Beteiligte zu 2, der laut seiner schriftlichen Stellungnahme v. 7.12.2015 die letzten 15 Lebensjahre der Erblasserin mit dieser zusammengelebt hatte, zu entsprechenden Äußerungen seiner Lebensgefährtin, die u.U. Rückschlüsse auf ihren Willen bei Testamentserrichtung erlauben könnten, bislang nicht befragt worden ist.

[38] III. Die Anschlussrechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Das Beschwerdegericht hat die gegen die Zurückweisung seines Erbscheinantrags gerichtete Beschwerde des Beteiligten zu 1 zu Recht zurückgewiesen. Die Annahme, dass er nicht Alleinerbe geworden sei, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

[39] 1. Die Auslegung, dass zumindest einer der im Testament genannten Bedachten gewillkürter Erbe werden sollte, ist frei von Rechtsfehlern. Die Begründung der Anschlussrechtsbeschwerde deckt keine entsprechenden Mängel auf, sondern versucht lediglich die Auslegung des Beschwerdege-

richts durch die eigene des Beteiligten zu 1 zu ersetzen. Vom Beschwerdegericht nicht beachtete Anhaltspunkte, die dafür sprächen, dass die Erblasserin trotz vollständiger Verteilung ihres im Zeitpunkt der Testamentserrichtung vorhandenen Nachlasses überhaupt keinen Erben berufen wollte, zeigt die Anschlussrechtsbeschwerde nicht auf; sie sind auch anderweitig nicht erkennbar.

[40] 2. Nichts anderes folgt aus den Grundsätzen der ergänzenden Testamentsauslegung. Zwar ist nicht auszuschließen, dass das Beschwerdegericht nach Zurückverweisung der Sache zu einer abweichenden Erbfolge gelangt. Dies kann aber nicht dazu führen, dass die ursprüngliche Einsetzung des oder der durch die Erblasserin gewillkürten Erben gänzlich entfiele. Denn die Berufung zum Erben setzt nicht notwendig voraus, dass ihm ein mehr oder weniger großer oder sogar der größte Teil des Nachlasses verbleibt (Senatsurt. v. 7.7.2004 – IV ZR 135/03, ZEV 2004, 374, unter II 2).

Familienrecht

Tilgungsanteil und Altersvorsorge

BGB §§ 1603 Abs. 1; SGB XII §§ 94, 105 a.F.

Leitsätze (amtlich):

1. **Neben den Zinsen sind die Tilgungsleistungen bis zur Höhe des Wohnvorteils vom Einkommen des Elternunterhaltspflichtigen abzuziehen, ohne dass dies seine Befugnis zur Bildung eines zusätzlichen Altersvorsorgevermögens schmälert.**
2. **Der den Wohnvorteil dann noch übersteigende Tilgungsanteil ist als Vermögensbildung zu Lasten des Unterhaltsberechtigten im Rahmen der sekundären Altersvorsorge auf die Altersvorsorgequote von 5 % des Bruttoeinkommens des Elternunterhaltspflichtigen anzurechnen.**

BGH, Beschl. v. 18. 1. 2017 – XII ZB 118/16

[1] A. Der Kreis H (im Folgenden: Antragsteller) begehrt von dem Antragsgegner Elternunterhalt aus übergegangenem Recht für die Zeit v. Dezember 2010 bis Januar 2013.

[2] Der Antragsteller erbrachte für die im Februar 2013 verstorbene Mutter des Antragsgegners ab Juli 2010 Leistungen nach dem Zwölften Buch des SGB wegen ihrer vollstationären Unterbringung in einem Altersheim. Der Antragsgegner ist verheiratet und bewohnt zusammen mit seiner Ehefrau ein in ihrem Miteigentum stehendes Eigenheim mit einer Wohnfläche von 200 m^2. Hierfür fallen monatlich 1.000,17 € an Zins und Tilgung an. Beide Ehegatten verfügen über Erwerbseinkommen und sind steuerlich zusammen veranlagt.

[3] Das AG hat u.a. den – den Wohnwert der selbst genutzten Immobilie überschreitenden – Darlehensabtrag auf die Rücklage für die Altersvorsorge von 5 % des Bruttoeinkommens angerechnet. Auf dieser Grundlage ist es zu einem rückständigen Elternunterhalt i.H.v. 3.543,12 € nebst Zinsen gelangt. Gegen den am 22.7.2014 verkündeten und seinem Verfahrensbevollmächtigten am 20.1.2015 zugestellten Beschluss hat der Antragsgegner am 13.2.2015 Beschwerde eingelegt. Darauf hat das OLG den zu zahlenden Betrag auf 572,97 € reduziert. Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

[4] B. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt in dem im Tenor genannten Umfang zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache an das OLG.

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

[6] Der Antragsteller habe gegenüber dem Antragsgegner einen – über die bereits von ihm getätigte Zahlung i.H.v. 7.406,71 € hinausgehenden – Anspruch auf Elternunterhalt aus übergegangenem Recht für die Zeit v. Dezember 2010 bis einschließlich Januar 2013 i.H.v. 572,97 €. Unstreitig habe der Antragsteller im Unterhaltszeitraum Sozialleistungen für die Mutter erbracht, die den vom Antragsgegner geforderten und noch offenen Betrag von 3.543,12 € zzgl. den mit der Anschlussbeschwerde geltend gemachten Betrag von 477,69 € überstiegen. Streitig sei allein die Leistungsfähigkeit des Antragsgegners. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des AG habe dieser im Unterhaltszeitraum über ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen i.H.v. 4.015,14 € verfügt. Die dem jeweiligen Einkommen hinzuzurechnenden Anteile an den Steuererstattungen ergäben sich unter Berücksichtigung der in den jeweiligen Einkommensteuerbescheiden aufgeführten Gesamtbeträge der Einkünfte des Antragsgegners und seiner Ehefrau.

[7] Der Wohnvorteil, der sich unter dem Gesichtspunkt der ersparten Miete auf 700 € belaufe, sei wegen der monatlichen Kreditverpflichtungen des Antragsgegners und seiner Ehefrau von insgesamt 1.000,17 € nicht einkommenserhöhend anzurechnen. Es verbleibe vielmehr eine darüber hinausgehende Belastung von 300,17 €, also für jeden Ehegatten 150,09 €. Eine hälftige Aufteilung unter den Eheleuten sei sachgerecht.

[8] Hinsichtlich der zusätzlichen privaten Altersvorsorge sei für den Antragsgegner monatlich ein Betrag von 242,20 € zu berücksichtigen, also 5 % seines Bruttoeinkommens, das sich unstreitig auf 4.844,02 € belaufe. Die Darlehensverbindlichkeiten seien hierauf nicht anzurechnen, sondern zusätzlich vom Einkommen abzuziehen. Die Frage der Anrechnung sei allerdings umstritten.

[9] Anders als die Gegenauffassung meine, die sich für eine Anrechenbarkeit der Tilgungsleistung auf die Altersvorsorgequote ausspreche, sei eine Ungleichbehandlung mit anderen Unterhaltsarten wie Ehegatten- und Kindesunterhalt gerechtfertigt. Denn der Elternunterhalt sei ein im Verhältnis zur Rangstufe anderer Unterhaltsverhältnisse vergleichsweise schwach ausgestalteter Anspruch. Der besondere Schutz des Lebensstandards des Unterhaltspflichtigen werde nicht schon dadurch ausreichend berücksichtigt, dass die Selbstbehaltsätze höher seien, der Wohnvorteil einer eigen genutzten Immobilie nicht mit dem vollen Mietwert angesetzt werde und dass speziell für Altersvorsorgeaufwendungen bereits eine um einen Prozentpunkt höhere Obergrenze gelte. Grds. solle niemand seine selbst genutzte Immobilie veräußern müssen, um ein angemessenes Alterseinkommen zu erzielen. Deshalb könnten die hierfür zu tätigenden Darlehensabträge im Rahmen des Elternunterhalts nicht auf die Altersvorsorgequote angerechnet werden. Das sei jedenfalls dann nicht mit einer „Lebensstandardgarantie“ für das unterhaltspflichtige Kind zu vereinbaren, wenn die Kreditverpflichtungen – wie hier – vor Absehbarkeit der Bedürftigkeit der Eltern eingegangen worden seien.

[10] Die Beiträge zur Risikolebensversicherung i.H.v. monatlich 22,27 € seien ebenfalls zu berücksichtigen, denn in der

mündlichen Verhandlung habe der Antragsgegner unter Vorlage eines Schreibens der Lebensversicherung erklärt, diese Lebensversicherung bereits 1998 abgeschlossen zu haben.

[11] Zudem seien die geltend gemachten Fahrtkosten i.H.v. monatlich 700 € abzugsfähig, die dadurch anfielen, dass der Antragsgegner die rd. 90 km lange Strecke zu seinem Arbeitsplatz nutze, die über die B 203 zur Autobahnanschlussstelle Rendsburg/Büdelsdorf führe. Im Rahmen des Elternunterhalts sei der Antragsgegner nicht verpflichtet, die kürzeste Strecke zu benutzen. Er sei nicht gehalten, seine vorherigen Gewohnheiten zu ändern, um eine – hier zudem nur relativ geringfügige – Erhöhung seiner Leistungsfähigkeit zu bewirken.

[12] II. Einem Erfolg der Rechtsbeschwerde steht nicht bereits eine Unzulässigkeit der vorangegangenen Beschwerde entgegen. Zwar war die gegen den amtsgerichtlichen Beschluss eingelegte Beschwerde des Antragsgegners gem. § 63 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 2 FamFG verfristet (vgl. Senatsbeschl. v. 11.3.2015 – XII ZB 572/13, FamRZ 2015, 1006 Rn. 9 ff.). Dem Antragsgegner ist jedoch gegen die Versäumung der Beschwerdefrist gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG i.V.m. §§ 233, 234, 236 ZPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen (vgl. Senatsbeschl. v. 11.3.2015 – XII ZB 572/13, FamRZ 2015, 1006 Rn. 32 ff., 42 f. und v. 17.7.2013 – XII ZB 700/12, FamRZ 2013, 1567 Rn. 16).

[13] III. In der Sache halten die Ausführungen des OLG nicht in allen Punkten rechtlicher Überprüfung stand.

[14] 1. Die Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme des Antragsgegners auf Elternunterhalt sind nach den Feststellungen des OLG dem Grunde nach erfüllt. Der Bedarf und die Bedürftigkeit der Mutter des Antragsgegners im hier maßgeblichen Unterhaltszeitraum sind unstreitig und die Ausführungen hierzu von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

[15] 2. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist ebenso wenig etwas dagegen zu erinnern, dass das OLG die vom Antragsgegner geltend gemachten Fahrtkosten in voller Höhe von 700 € monatlich anerkannt hat.

[16] a) Die Verpflichtung zur Zahlung von Verwandtenunterhalt findet nach § 1603 Abs. 1 BGB dort ihre Grenze, wo der Unterhaltspflichtige bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts den Unterhalt des Berechtigten zu gewähren. § 1603 Abs. 1 BGB gesteht damit jedem Unterhaltspflichtigen vorrangig die Sicherung seines eigenen angemessenen Unterhalts zu; ihm sollen grds. die Mittel verbleiben, die er zur angemessenen Deckung des seiner Lebensstellung entsprechenden allgemeinen Bedarfs benötigt (Senatsbeschl. v. 9.3.2016 – XII ZB 693/14, FamRZ 2016, 887 Rn. 14 ff.). Die Höhe der als abzugsfähig anzuerkennenden Kosten zu bestimmen, ist dabei in erster Linie dem Tatrichter vorbehalten (Senatsurt. v. 21.1.1998 – XII ZR 117/96, FamRZ 1998, 1501, 1502).

[17] b) Gemessen hieran liegt es noch im tatrichterlichen Ermessen des OLG, wenn es den Antragsgegner nicht dazu angehalten hat, seine Gewohnheiten zu ändern und die kürzeste – aber nicht schnellste – Strecke zu benutzen, um eine nur relativ geringfügige Erhöhung seiner Leistungsfähigkeit zu bewirken.

[18] 3. Auch geht der Angriff der Rechtsbeschwerde hinsichtlich des vom OLG vorgenommenen Abzugs der Beiträge für die Risiko-Lebensversicherung von monatlich 22,27 € fehl.

[19] Eine Risiko-Lebensversicherung dient weder der Vermögensbildung noch der Altersvorsorge. Sie kann vielmehr – wie wohl auch hier – eine Hausfinanzierung bzw. den Ausfall der Arbeitskraft absichern (vgl. OLG Hamm, FamRZ 2013, 959, 960, das die hierfür aufgewandten Prämienzahlungen als zu berücksichtigende Vorsorgeaufwendungen betrachtet). Beiträge hierfür können nach den Umständen des Einzelfalls auch dann berücksichtigt werden, wenn sie wegen der Höhe der Prämien eine besondere Belastung darstellen (vgl. *Botur*, in: Büte/Poppen/Menne, Unterhaltsrecht, 3. Aufl., § 1603 BGB Rn. 47 m.w.N.).

[20] Wenn das OLG die entsprechenden Prämien auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Antragsgegner diese Versicherung bereits im Jahr 1998 abgeschlossen hatte, für absetzbar hält, liegt das noch in seinem – der Überprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht entzogenen – tatrichterlichen Ermessen.

[21] 4. Ebenso bewegt sich das OLG im Ausgangspunkt mit seiner Unterhaltsberechnung im Rahmen der Senatsrechtsprechung zur Ermittlung der Leistungsfähigkeit eines verheirateten, zum Elternunterhalt Verpflichteten, wenn beide Ehegatten über Erwerbseinkommen verfügen (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 200, 157 = FamRZ 2014, 538 Rn. 21 und Senatsurteil BGHZ 186, 350 = FamRZ 2010, 1535 Rn. 39 ff.).

[22] 5. Schließlich sind die Ausführungen des OLG zum Wohnwert von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

[23] a) Zu den wirtschaftlichen Nutzungen können auch die Gebrauchsvorteile eines Eigenheims zählen, denn durch das Bewohnen eines eigenen Hauses oder einer Eigentumswohnung entfällt die Notwendigkeit der Mietzahlung, die i.d.R. einen Teil des allgemeinen Lebensbedarfs ausmacht. Soweit bei einer Gegenüberstellung der ersparten Wohnkosten und der zu berücksichtigenden Belastung der Nutzungswert eines Eigenheims den Aufwand übersteigt, ist die Differenz dem Einkommen des Unterhaltspflichtigen hinzuzurechnen. Dabei ist der Wohnwert bei der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt nicht mit der bei einer Fremdvermietung erzielbaren objektiven Marktmiete, sondern auf der Grundlage der unter den gegebenen Verhältnissen ersparten Miete zu bemessen (Senatsbeschluss BGHZ 205, 165 = FamRZ 2015, 1172 Rn. 19 m.w.N.).

[24] b) Diesen Vorgaben hat das OLG Rechnung getragen, indem es für die Bewertung des Wohnvorteils maßgeblich auf die ersparte Miete abgestellt hat, die sich nach den nicht beanstandeten Feststellungen für beide Ehegatten auf insgesamt 700 € belief.

[25] 6. Während das OLG in seiner Entscheidung im Ansatz noch zutreffend davon ausgegangen ist, dass der zum Elternunterhalt Verpflichtete 5 % seines Bruttoeinkommens für die Altersvorsorge verwenden darf, kann ihm indes nicht gefolgt werden, soweit es eine Anrechnung der Tilgungsleistungen auf diese Altersvorsorgequote vollständig ablehnt.

[26] a) Nachdem sich zunehmend die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass die primäre Vorsorge in Zukunft nicht mehr für eine angemessene Altersversorgung ausreichen wird, sondern zusätzlich private Vorsorge zu treffen ist, darf einem Unterhaltspflichtigen diese Möglichkeit nicht genommen werden. Denn die eigene angemessene Altersvorsorge geht der Sorge für die Unterhaltsberechtigten grds. vor (für den Fall, dass der Min-

destunterhalt für minderjährige Kinder nicht gewahrt wäre vgl. aber Senatsurt. v. 30.1.2013 – XII ZR 158/10, FamRZ 2013, 616 Rn. 15 ff.). Das gilt besonders dann, wenn dem Unterhaltspflichtigen – wie bei der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt – vorrangig die Sicherung seines eigenen angemessenen Unterhalts gewährleistet wird. Ihm ist deshalb die Möglichkeit zu eröffnen, geeignete Vorkehrungen dafür zu treffen, dass er nicht seinerseits im Alter seine Kinder auf Unterhalt in Anspruch zu nehmen braucht. Vor diesem Hintergrund müssen auch der zusätzlichen Altersversorgung dienende Aufwendungen in einem angemessenen Umfang grds. als abzugsfähig anerkannt werden. Was die Höhe des entsprechenden Aufwands anbelangt, so lässt sich im Voraus kaum abschätzen, welche Leistungen für eine im Alter angemessene Versorgung erforderlich sind. I.d.R. kann es nicht als unangemessen bewertet werden, wenn in Höhe weiterer 5 % des Bruttoeinkommens zusätzliche Altersvorsorge betrieben wird. Auf diese Weise kann in dem rechtlich schwächer ausgestalteten Unterhaltsrechtsverhältnis zwischen erwachsenen Kindern und ihren unterhaltsbedürftigen Eltern der notwendige Handlungsspielraum gewahrt werden, der es dem Unterhaltspflichtigen erlaubt, sich selbst im Alter angemessen abzusichern (ständige Senatsrechtsprechung, grundlegend Senatsurt. v. 14.1.2004 – XII ZR 149/01, FamRZ 2004, 792, 793).

[27] b) Die Darlehensaufnahme zur Finanzierung einer selbst genutzten Immobilie dient dem Wohnbedürfnis der Familie des Unterhaltspflichtigen und damit einem unterhaltsrechtlich grds. anzuerkennenden Zweck. Wenn und soweit sich die Verbindlichkeiten sowie die hieraus resultierenden Annuitäten in einer im Verhältnis zu den vorhandenen Einkünften angemessenen Höhe halten, mindern sie deshalb das für den Aszendentenunterhalt einzusetzende Einkommen. Würde unter solchen Umständen die Abzugsfähigkeit von Tilgungsleistungen verneint, könnte sich der Unterhaltsverpflichtete ebenso wie bei einer Berücksichtigung eines Wohnwerts in Höhe der objektiven Marktmiete gezwungen sehen, das Familienheim anderweitig zu verwerten, weil er nicht gleichzeitig Elternunterhalt und Tilgungsleistungen aufbringen kann. Eine Verwertungsobliegenheit trifft ihn indessen nicht (vgl. Senatsurteil BGHZ 154, 247 = FamRZ 2003, 1179, 1181 f.).

[28] c) Ferner bleibt der Vermögenswert einer selbst genutzten Immobilie bei der Bemessung des Altersvorsorgevermögens eines auf Elternunterhalt in Anspruch genommenen Unterhaltspflichtigen grds. unberücksichtigt. Insofern besteht jedenfalls dann keine Verwertungspflicht, wenn es sich um den jeweiligen Verhältnissen angemessenes Wohneigentum handelt. Denn der Unterhaltspflichtige braucht bei der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt keine spürbare und dauerhafte Senkung seines berufs- und einkommenstypischen Unterhaltsniveaus hinzunehmen (Senatsbeschl. v. 7.8.2013 – XII ZB 269/12, FamRZ 2013, 1554 Rn. 39).

[29] d) Die vom Senat bislang nicht abschließend entschiedene Frage, ob und ggf. in welcher Weise die Tilgungsleistungen für eine selbst genutzte Immobilie im Elternunterhalt auf die Altersvorsorgequote von 5 % anzurechnen sind, wird in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur allerdings unterschiedlich beantwortet.

[30] aa) Nach einer Ansicht sind Tilgungsaufwendungen für die selbst genutzte Immobilie als Altersvorsorge auf die Obergrenze für absetzbare zusätzliche Altersvorsorgeaufwendungen i.H.v. 5 % des Bruttoeinkommens anzurechnen. Erreichen oder übersteigen bereits die Tilgungsaufwendungen die Obergrenze, sollen weitere Altersvorsorgebeiträge nicht mehr absetzbar sein (OLG Hamm, FamRZ 2015, 1974, 1976; OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.7.2010 – 16 UF 65/10, Rn. 85, 90; *Reinken*, NZFam 2016, 1, 7; *Seiler*, FF 2014, 136, 141). Nach Auffassung des OLG Hamm wird der Umstand, dass der eigene Lebensstandard des Verpflichteten gegenüber Elternunterhaltsansprüchen in höherem Maße schutzwürdig ist als gegenüber anderen Unterhaltspflichten, schon dadurch hinreichend berücksichtigt, dass die Selbstbehaltssätze deutlich höher seien, der Wohnvorteil einer eigengenutzten Immobilie nicht mit dem vollen Mietwert angesetzt werde und dass beim Elternunterhalt für Altersvorsorgeaufwendungen bereits eine um einen Prozentpunkt höhere Obergrenze gelte. I.Ü. seien Tilgungsverpflichtungen, die vor Absehbarkeit von der Unterhaltsbedürftigkeit eingegangen worden seien, zum Schutz des Unterhaltspflichtigen auch dann regelmäßig voll absetzbar, wenn sie bereits als solche die Obergrenze für die Altersvorsorgeaufwendungen überschritten (OLG Hamm, FamRZ 2015, 1974, 1976; s. auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.7.2010 – 16 UF 65/10, Rn. 84 f.).

[31] bb) Nach der Gegenauffassung sollen Tilgungsaufwendungen für eine selbst genutzte Immobilie nicht auf die Altersvorsorgequote angerechnet werden, jedenfalls wenn der Unterhaltspflichtige die Verbindlichkeiten vor Kenntnis der Unterhaltsverpflichtung eingegangen ist (Wendl/*Wönne*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 9. Aufl., § 2 Rn. 993; *Hauß*, FamRZ 2016, 521 ff.; *ders.*, FamRB 2016, 153, 157 f.; *ders.*, FamRZ 2013, 870; Palandt/*Brudermüller*, BGB, 76. Aufl., § 1601 Rn. 9; *Thormeyer*, FamRB 2013, 310, 311). Diese Auffassung sieht sich durch die bisherige Senatsrechtsprechung bestätigt (vgl. etwa *Hauß*, FamRZ 2013, 870; *Thormeyer*, FamRB 2013, 310, 311).

[32] cc) Nach Auffassung des Senats sind nur die den Wohnwert nach Abzug der Zinsen übersteigenden Tilgungsleistungen auf die Altersvorsorgequote von 5 % anzurechnen.

[33] (1) Gegen die erste Auffassung spricht, dass es an einer Vermögensbildung „zu Lasten“ des Unterhaltsberechtigten fehlt, wenn und soweit den Tilgungsanteilen noch ein einkommenserhöhender Wohnvorteil aufseiten des Unterhaltspflichtigen gegenübersteht (*Botur*, a.a.O., § 1603 Rn. 54 m.w.N.; Wendl/*Gerhardt*, a.a.O., § 1 Rn. 578 f. m.w.N.; Erman/*Hammermann*, BGB, § 1603 Rn. 61). Denn ohne die Zins- und Tilgungsleistung gäbe es den Wohnvorteil in Form einer ersparten Miete nicht. Daraus folgt, dass die über den Zinsanteil hinausgehende Tilgungsleistungen bis zur Höhe des Wohnwerts anzurechnen sind, ohne dass dies die Befugnis des Pflichtigen zur Bildung eines zusätzlichen Altersvorsorgevermögens schmälert.

[34] (2) Der den Wohnvorteil dann noch übersteigende Tilgungsanteil ist jedoch entgegen der zuletzt genannten Auffassung als Vermögensbildung zulasten des Unterhaltsberechtigten im Rahmen der sekundären Altersvorsorge zu berücksichtigen.

[35] Der Erwerb einer selbst genutzten Immobilie dient insoweit auch der eigenen Altersvorsorge, weil der Eigentümer im Alter entweder mietfrei wohnen oder die Immobilie veräußern und das dadurch gewonnene Vermögen für das Alter einsetzen kann.

[36] Dem steht die Senatsentscheidung v. 7.8.2013 (XII ZB 269/12, FamRZ 2013, 1554 Rn. 39), wonach der Vermögenswert einer selbst genutzten Immobilie bei der Bemessung des Altersvorsorgevermögens eines auf Elternunterhalt in Anspruch

genommenen Unterhaltspflichtigen grds. unberücksichtigt bleibt, nicht entgegen. Denn in jener Entscheidung ging es um den Einsatz vorhandenen Eigentums als zusätzliche Altersvorsorge neben der auf 5 % vom Bruttoeinkommen begrenzten sekundären Altersvorsorge. Auch wenn der Unterhaltspflichtige bereits über unbelastetes selbst genutztes Immobilieneigentum verfügt, soll es ihm – seinem Lebensstandard entsprechend – ermöglicht werden, eine zusätzliche Altersvorsorge i.H.v. 5 % seines Bruttoeinkommens zu bilden.

[37] Hiervon ist der Fall zu unterscheiden, dass der Unterhaltspflichtige – wie hier – durch Darlehenstilgung erst sukzessive unbelastetes Eigentum bildet. Insoweit entspricht es schon nicht seinem gegenwärtigen Lebensstandard, in unbelastetem Eigentum zu leben. Vielmehr strebt der Unterhaltspflichtige an, nach Tilgung des Darlehens mietfrei wohnen zu können und damit letztlich auch im Alter (teilweise) versorgt zu sein. Deshalb gelten für die nebst Zinsen den Mietwert übersteigenden Tilgungsleistungen dieselben Maßstäbe für eine zusätzliche Altersvorsorge wie bei anderen Anlageformen auch. Wollte man das anders sehen, würden all diejenigen Unterhaltspflichtigen benachteiligt, die ihre Altersvorsorge allein auf andere Anlageformen stützen. Sie können im Alter neben der Rente bzw. Pension allein von dem aus der Altersvorsorgequote gebildeten Vermögen profitieren, nicht aber zusätzlich von einem mietfreien Wohnen.

[38] Zwar steht einem Mieter, der keine Tilgungsleistungen zu erbringen hat, die Möglichkeit offen, im Rahmen der Altersvorsorgequote frei über die Anlageform zu entscheiden. Der Unterhaltspflichtige, dessen Altersvorsorgekontingent bereits durch einen überschießenden Tilgungsanteil aufgebraucht ist, kann demgegenüber über diese Altersvorsorge hinaus keine – unterhaltsrechtlich anzuerkennenden – weiteren Dispositionen mehr treffen. Dadurch ist er indes nicht benachteiligt, weil er durch die Bildung unbelasteten Immobilieneigentums im Ergebnis mindestens ebenso für sein Alter vorgesorgt hat.

[39] (3) Die den Wohnwert und eine zusätzliche Altersvorsorgequote von 5 % des Bruttoeinkommens übersteigenden Tilgungsleistungen sind demgegenüber grds. nicht absetzbar. Denn insoweit steht der durch die Vermögensdisposition und die später hinzugekommene Unterhaltspflicht bedingte Einschränkung des Lebensstandards eine entsprechende höhere Alterssicherung gegenüber. Ob etwas anderes gilt, wenn dadurch die Immobilienfinanzierung gefährdet wäre oder sich der Unterhaltspflichtige aus einem vor Bekanntwerden seiner Unterhaltspflicht zusätzlich abgeschlossenen Altersvorsorgevertrag nicht lösen bzw. diesen nicht beitragsfrei stellen kann (vgl. dazu Senatsurteil BGHZ 154, 247 = FamRZ 2003, 1179, 1181 f.), braucht im vorliegenden Fall mangels entsprechender Feststellungen nicht entschieden zu werden.

[40] IV. Gem. § 74 Abs. 5 und Abs. 6 Satz 2 FamFG ist der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache an das OLG zurückzuverweisen. Eine abschließende Entscheidung in der Sache ist dem Senat verwehrt, da das OLG noch weitere Feststellungen zu treffen haben wird.

[41] Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

[42] 1. Die Zurückverweisung gibt dem OLG Gelegenheit, zunächst Feststellungen dazu zu treffen, in welcher Höhe der Unterhaltsanspruch auf den Antragsteller gem. § 94 SGB XII übergegangen ist. Zwar ist die Leistungserbringung seitens des Antragstellers nach dem Zwölften Buch des SGB unstreitig. Nicht festgestellt ist indes, ob der Unterhaltsanspruch auch in der entsprechenden Höhe übergegangen ist.

[43] a) Nach der Senatsrechtsprechung unterliegen von den Unterkunftskosten des in einem Heim lebenden und Hilfe zum Lebensunterhalt oder Grundsicherung im Alter oder bei Erwerbsminderung beziehenden Unterhaltsberechtigten mit Ausnahme der Kosten für Heizungs- und Warmwasserversorgung nach § 94 Abs. 1 Satz 6 SGB XII i.V.m. § 105 Abs. 2 SGB XII a.F. 56 % nicht der Rückforderung, weshalb ein Anspruchsübergang nach § 94 SGB XII insoweit ausscheidet (Senatsbeschluss BGHZ 206, 25 = FamRZ 2015, 1594 Rn. 44 ff.).

[44] b) Allerdings hat der Gesetzgeber nach Veröffentlichung des v.g. Senatsbeschlusses durch Gesetz v. 21.12.2015 (BGBl. I, S. 2557; vgl. dazu BT-Drucks. 18/6284, S. 32) § 94 Abs. 1 Satz 6 SGB XII und damit die Verweisung auf § 105 Abs. 2 SGB XII mit Wirkung zum 1.1.2016 sowie durch weiteres Gesetz v. 26.7.2016 (BGBl. I, S. 1836) § 105 Abs. 2 SBG XII selbst mit Wirkung ab dem 1.1.2017 gestrichen.

[45] Das hat zur Folge, dass der Übergang der Unterkunftskosten auf den Träger der Sozialhilfe nach § 94 Abs. 1 SGB XII für die Zeit ab Januar 2016 nicht mehr eingeschränkt ist (vgl. aber *Schürmann*, Sozialrecht für die familienrechtliche Praxis, Rn. 1234, der nach wie vor eine Begrenzung der Rückforderung auf 44 % der Kaltmiete annimmt).

[46] c) Der hier maßgebliche Unterhaltszeitraum endet indes bereits Anfang 2013, sodass die vorstehenden Vorschriften für den Anspruchsübergang noch Geltung beanspruchen dürften. Die Nichtanwendung dieser erst jetzt aufgehobenen Bestimmungen (§§ 94 Abs. 1 Satz 6, 105 Abs. 2 SGB XII) auf den in der Vergangenheit abgeschlossenen Unterhaltszeitraum könnte einen Eingriff in einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt darstellen und damit eine „echte“ Rückwirkung entfalten (vgl. Senatsurt. v. 16.7.2014 – XII ZR 108/12, FamRZ 2014, 1610 Rn. 20 m.w.N.; s. aber auch Senatsbeschl. v. 15.3.1995 – XII ZR 269/94, FamRZ 1995, 871, 872 zur Rückwirkung der Legalzession auf Unterhaltsansprüche bei fehlender Benachteiligung).

[47] Das OLG wird deswegen zu prüfen haben, ob der Unterhaltsanspruch der verstorbenen Mutter des Antragsgegners auf den Antragsteller für die hier relevante Zeit v. Dezember 2010 bis Januar 2013 nur eingeschränkt übergegangen ist, soweit Unterkunftskosten betroffen sind.

[48] 2. Weiter wird das OLG die Ermittlung des bereinigten Einkommens des Antragsgegners zu überprüfen haben.

[49] Zwar sind die einzelnen Einkommensteile unstreitig. Wie die zu berücksichtigende Steuerlast zu ermitteln ist, ist indessen eine Rechtsfrage und vom Rechtsbeschwerdegericht auch ohne entsprechende Rüge zu überprüfen.

[50] Dem angefochtenen Beschluss ist zu entnehmen, dass das OLG die aus der Zusammenveranlagung herrührende Steuererstattung auf die Eheleute anteilig nach ihrem jeweiligen Einkommen aufgeteilt hat. Demgegenüber enthält der Beschluss keine Ausführungen darüber, wie das OLG den Abzug der Steuern vom monatlichen Bruttoeinkommen durchgeführt hat. Es lässt sich nicht ausschließen, dass es bei der Ermittlung des jeweiligen Nettoeinkommens des Antragsgegners entsprechend

vorgegangen ist, was nach der Senatsrechtsprechung aber nicht richtig wäre.

[51] a) In Fallkonstellationen, in denen sich das Einkommen des Unterhaltspflichtigen und seines Ehegatten nicht entsprechen, ist die aus der Ehe herrührende Steuerbegünstigung nach den Grundsätzen des § 270 AO gleichmäßig zu verteilen. Dabei ist die von den Eheleuten nach der tatsächlich gewählten Zusammenveranlagung (§ 26b EStG) auf Grundlage des Splitting-Verfahrens gem. § 32a Abs. 5 EStG geschuldete Steuer anteilig bezogen auf ihr jeweiliges Einkommen unter zusätzlicher Berücksichtigung der steuerlichen Progression aufzuteilen. In Anlehnung an § 270 AO ist zunächst anhand der fiktiven Steuerlast bei einer Einzelveranlagung die Relation der individuellen Steuerlast zur gesamten Steuerlast und sodann anhand des entsprechenden Prozentsatzes die Steuerlast des Unterhaltspflichtigen am Maßstab der bei Zusammenveranlagung tatsächlich bestehenden Steuerschuld zu ermitteln. Diese Methode stellt sicher, dass das – nach Abzug der nach der konkreten Veranlagung anfallenden Steuerlast – verbleibende Einkommen insgesamt erfasst wird. Ferner wird so gewährleistet, dass die danach umzulegende Steuerlast nicht nur anteilig am Einkommen des Unterhaltspflichtigen bemessen wird, sondern dass zudem auch die Progression hinreichend Berücksichtigung findet (Senatsbeschluss BGHZ 206, 25 = FamRZ 2015, 1594 Rn. 50 f. m.w.N.).

[52] b) Nach diesem Maßstab wird das OLG die in den Unterhaltszeiträumen geflossene Steuererstattung zwischen den Ehegatten (fiktiv) aufzuteilen haben. Ferner wird es zu prüfen haben, ob es den monatlichen Steuerabzug vom Bruttoeinkommen des Antragsgegners zutreffend bemessen hat.

Notarrecht

Notar a.D.

BNotO § 52 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1

Leitsatz (amtlich):

Liegen die Voraussetzungen des § 52 Abs. 3 Satz 1 BNotO bereits im Zeitpunkt der Entscheidung über die Erlaubniserteilung im Sinne von § 52 Abs. 2 Satz 1 BNotO zur Fortführung der Amtsbezeichnung Notar mit dem Zusatz „außer Dienst (a.D.)“ vor, handelt es sich regelmäßig um „besondere Gründe“, die die Verwaltungsbehörde berechtigen, ihr Ermessen in Richtung einer Verweigerung der Erlaubnis auszuüben (Fortführung von Senat, Beschluss vom 24.11.2014 – NotZ[Brfg] 8/14).

BGH, Urt. v. 13. 3. 2017 – Notz(Brfg) 4/16

[1] Die Beteiligten streiten um einen Anspruch des Klägers, von den Beklagten die Erlaubnis zum Führen der Amtsbezeichnung „Notar“ mit dem Zusatz „außer Dienst (a.D.)“ verlangen zu können.

[2] 1. Der 1938 geborene Kläger wurde 1969 zum Notar mit Amtssitz zunächst in H und seit 1972 in M bestellt. Nach Einleitung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Klägers verfügte der Beklagte zu 2 am 23.5.2001 gem. § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO i.V.m. § 54 Abs. 1 Nr. 2 BNotO die vorläufige Amtsenthebung des Klägers. Dieser beantragte seinerseits, ihn gem. §§ 47 Nr. 2, 48 BNotO mit Ablauf des 31.10.2002 aus dem Amt des Notars zu entlassen. Dem entsprach der Beklagte zu 2 durch eine Entlassungsverfügung mit Wirkung zum 1.11.2002. Die spätere gerichtliche Anfechtung dieser Verfügung seitens des Klägers blieb ohne Erfolg (vgl. Senat, Beschl. v. 14.7.2003 – NotZ 6/03, BGHR 2003, 1180 f.).

[3] 2. Mit Datum v. 10.4.2014 erhob der Kläger eine gegen die Beklagten gerichtete Klage, mit der er mehrere Begehren, u.a. die Rückabwicklung eines nach seiner Auffassung geschlossenen öffentlich-rechtlichen Vergleichs und Wertersatz für entgangene Nutzungen seiner (früheren) Notarstelle sowie die Weiterführung der Amtsbezeichnung Notar mit dem Zusatz „außer Dienst (a.D.)“ erstrebte. Einen auf das Letztgenannte gerichteten Antrag hatte er vor der Klageerhebung bei keinem der beiden Beklagten gestellt.

[4] 3. a) Der Senat für Notarsachen des OLG München hat mit Beschl. v. 12.2.2015 die Klageanträge mit Ausnahme desjenigen auf Weiterführung der Amtsbezeichnung abgetrennt, im Umfang der Abtrennung den Rechtsweg zum OLG München – Senat für Notarsachen – für unzulässig erklärt und das Verfahren in diesem Umfang an das zuständige Gericht verwiesen. Gegen diesen Beschluss gerichtete Rechtsbehelfe des Klägers hatten keinen Erfolg (vgl. Senat, Beschl. v. 5.10.2015 – NotZ[Brfg] 1/15).

[5] b) In dem bei dem OLG anhängig gebliebenen Verfahren hat der Kläger beantragt, die Beklagten zu verpflichten, ihm gem. § 52 Abs. 2 Satz 1 BNotO die Erlaubnis zu erteilen, seine Amtsbezeichnung „Notar“ mit dem Zusatz „außer Dienst (a.D.)“ weiterzuführen. Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt und diese bereits in der Klageerwiderung v. 20.5.2014 u.a. damit begründet, dass der Kläger vor der Klageerhebung keinen entsprechenden Antrag gestellt habe, was zur Unzulässigkeit der Klage führe. Darüber hinaus ist in der Klageerwiderung auf das in Deutschland über das Vermögen des Klägers eröffnete und noch nicht abgeschlossene Insolvenzverfahren sowie frühere Verhaltensweisen und Äußerungen des Klägers abgestellt worden, die nach der Rechtsauffassung der Beklagten ausschließen, dem Kläger das Führen der Bezeichnung „Notar“ mit dem Zusatz „außer Dienst (a.D.)“ zu gestatten.

[6] c) Die gegen das zu 1 beklagte Ministerium gerichtete Klage ist mangels dessen Passivlegitimation durch das OLG als unbegründet erachtet worden. Für die Bescheidung eines Antrags gem. § 52 Abs. 2 Satz 1 BNotO sei ausschließlich der Beklagte zu 2, nicht aber das ebenfalls beklagte Ministerium zuständig. Das OLG hat aber den Beklagten zu 2 verurteilt, den v.g. Antrag des Klägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu bescheiden.

[7] Das OLG hat hinsichtlich der Begründetheit des klägerischen Begehrens ausgeführt, es handele sich bei der Verwaltungsentscheidung über den Antrag des Klägers um eine Ermessensentscheidung. Bei der Ausübung des ihm eingeräumten Ermessens müsse der Beklagte zu 2 Sachaufklärung zu der vom Kläger vorgetragenen Selbstbindung der Verwaltung betreiben und dabei solche Fälle analysieren, in denen das Erlöschen des Notaramts auf einem entsprechenden Antrag des (früheren) Notars beruhte und dieser zudem das Führen der Amtsbezeichnung nach § 52 Abs. 2 BNotO beantragt habe. Soweit der Beklagte zu 2 im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht habe, es seien frühere, als respektlos gegenüber dem Beklagten zu 2 gewertete Bekundungen des Klägers sowie Äußerungen von ihm im

Rahmen eines Individualbeschwerdeverfahrens vor dem EGMR in die Ermessensentscheidung einzubeziehen, hat das OLG erhebliche Zweifel an der Berücksichtigungsfähigkeit zum Ausdruck gebracht. Die Frage des Vermögensverfalls des Klägers (vgl. § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO) sei allerdings ein besonders gewichtiger Gesichtspunkt für die Ermessensausübung durch die Verwaltung.

[8] 4. Der Senat hat mit Beschl. v. 21.11.2016 auf den entsprechenden Antrag des Beklagten zu 2 dessen Berufung zugelassen.

[9] 5. Der Beklagte zu 2 hat anschließend seine Berufung näher begründet und beantragt nunmehr, das Urteil des Notarsenats beim OLG München v. 21.4.2016 aufzuheben und die Klage abzuweisen, hilfsweise, die Sache unter Aufhebung des v.g. Urteils und des Verfahrens zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an den Notarsenat beim OLG München zurückzuverweisen.

[10] Er hat ursprünglich geltend gemacht, das OLG hätte kein Verbescheidungsurteil erlassen dürfen, weil es an einer der Klageerhebung vorausgehenden Antragstellung des Klägers bei dem Beklagten zu 2 fehle. Die dafür angeführten Gründe entsprechen weitgehend den bereits in der Klageerwiderung geltend gemachten.

[11] Nach Zulassung der Berufung durch den Senat hat der Kläger mit Schriftsatz v. 10.1.2017 bei dem Beklagten zu 2 beantragt, ihm die Erlaubnis zum Führen der Amtsbezeichnung „Notar außer Dienst (a.D.)“ zu erteilen. Diesen Antrag hat der Beklagte zu 2 durch Bescheid v. 1.3.2017 zurückgewiesen.

[12] Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

[13] Durch Schriftsatz v. 10.1.2017 hat er zudem gegen die Beklagten Anschlussberufung erhoben. Mit der Anschlussberufung beantragt er nunmehr nach Ergehen des Bescheids des Beklagten zu 2 v. 1.3.2017, (lediglich) unter Abänderung des Urteils des OLG München – Notarsenat – v. 21.4.2016 – VO-Not 02/14 – und unter Einbeziehung des Bescheids v. 1.3.2017 – den Beklagten zu 2 zu verpflichten, dem Kläger gem. § 52 Abs. 2 Satz 1 BNotO die Erlaubnis zu erteilen, seine Amtsbezeichnung „Notar“ mit dem Zusatz „außer Dienst (a.D.)“ weiterzuführen, hilfsweise, den auf Seite 12 Abs. 2 a.E. des angefochtenen Urteils enthaltenen Satz

„Der Antragsteller muss sich daran festhalten lassen, dass er durch seinen Antrag auf Entlassung aus dem Notaramt die abschließende Klärung der Frage, ob er in Vermögensverfall geraten ist, verhindert hat (vgl. zur parallelen Situation bei einem Disziplinarverfahren BGH, Beschluss vom 24.11.2014, Az. NotZ(Brfg) 8/14 Tz. 10, sowie BGH, Beschluss vom 23.7.2007, Az. NotZ 56/06, Tz. 9, *ZNotP 2007, 428* mwN)“

aus dem Urteil zu tilgen, „hilfsweise: er gehört nicht zu der für maßgeblich erklärten Rechtsauffassung des Gerichts“.

[14] In der die Anschlussberufung begründenden Schrift hat der Kläger ausgeführt, das Urteil des OLG fechte er sowohl insoweit an, als dieses den Beklagten zu 2 lediglich zur Bescheidung des klägerischen Begehrens verurteilt als auch die gegen das beklagte Ministerium gerichtete Klage abgewiesen hat. Nachdem der Beklagte zu 2 den am 10.1.2017 gestellten Antrag auf Erteilung der Erlaubnis zum Führen der Amtsbezeichnung „Notar außer Dienst (a.D.)“ durch Bescheid v. 1.3.2017 zurückgewiesen hat, macht der Kläger nunmehr geltend, es handele sich nicht mehr um eine Verpflichtungsklage in Form der Untätigkeitsklage, sondern um eine Versagungsgegenklage. Der ablehnende Bescheid des Beklagten zu 2 mache die geringfügige Änderung des Anschlussberufungsantrags erforderlich.

[15] Der Beklagte zu 2 beantragt, die Anschlussberufung zurückzuweisen.

[16] Zur Begründung nimmt er inhaltlich auf die Ausführungen in seinem Zulassungsantrag und seiner Berufung Bezug.

[17] Für den weiteren Vortrag und Sachverhalt wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze verwiesen. Die Akten der früher zwischen den Beteiligten geführten Rechtsstreitigkeiten in Notarsachen liegen dem Senat vor. Gleiches gilt für eine Ausfertigung des genannten Bescheids des Beklagten zu 2 v. 1.3.2017 und den Schriftsatz des Klägers v. 8.3.2017.

Aus den Gründen:

[18] Die nach Zulassung durch den Senat gem. § 124 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 111b BNotO statthafte und auch i.Ü. zulässige Berufung hat Erfolg. Der Beklagte zu 2 hat im Ergebnis ohne Rechtsfehler dem Kläger die Erlaubnis versagt, die Amtsbezeichnung „Notar außer Dienst (a.D.)“ zu führen. Das OLG hätte den Beklagten zu 2 daher nicht dazu verurteilen dürfen, das Begehren des Klägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Notarsenats des OLG (neu) zu bescheiden (I.). Die statthafte Anschlussberufung des Klägers, mit der er im Hauptantrag die Erteilung dieser Erlaubnis weiter begehrt, bleibt erfolglos (II.).

[19] I. Der Beklagte zu 2 hat in seinem Bescheid v. 1.3.2017 ermessensfehlerfrei den Antrag des Klägers v. 10.1.2017 zurückgewiesen, ihm die Führung der Amtsbezeichnung „Notar außer Dienst (a.D.)“ zu gestatten.

[20] 1. Dieser Bescheid ist verfahrensgegenständlich, nachdem der Kläger mit Schriftsatz v. 8.3.2017 seinen Anschlussberufungsantrag geändert und mit diesem zusätzlich die Aufhebung des genannten Bescheides des Beklagten zu 2 beantragt hat. In die darin liegende Klageänderung haben die Beklagten eingewilligt (§ 91 Abs. 1, 1. Var. VwGO i.V.m. § 111d BNotO). Die objektive Klageänderung ist im Rahmen der Anschlussberufung erfolgt (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 28.8.1997 – 15 A 3432/94, NVwZ 1999, 1252, 1253; *Haack*, in: Gärditz, VwGO, § 91 Rn. 33 m.w.N.) und erweist sich auch insoweit als zulässig.

[21] 2. Der Beklagte zu 2 hat den Antrag des Klägers, ihm das Führen der Amtsbezeichnung „Notar außer Dienst (a.D.)“ zu führen, ermessensfehlerfrei abgelehnt. Weder sind die gesetzlichen Grenzen des dem Beklagten zu 2 durch § 52 Abs. 2 Satz 1 BNotO eingeräumten Ermessens überschritten noch hat dieser von seinem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht (vgl. § 114 Satz 1 VwGO); es liegen weder Ermessensdefizite noch ein Ermessensfehlgebrauch vor.

[22] a) § 52 Abs. 1 BNotO bestimmt als Grundsatz, dass ein Notar nach dem Erlöschen des Amts die Bezeichnung „Notar“ nicht mehr führen darf; auch nicht mit einem Zusatz, der auf das Erlöschen des Amts hinweist. Jedoch kann die zuständige Landesjustizverwaltung, hier der Beklagte zu 2, einem früheren hauptamtlichen Notar gem. § 52 Abs. 2 Satz 1 BNotO dann die Erlaubnis erteilen, seine frühere Amtsbezeichnung „Notar“ mit

dem Zusatz „außer Dienst (a.D.)“ weiter zu führen, wenn das Amt aus den in § 48, § 48a BNotO oder den in § 50 Abs. 1 Nr. 7 BNotO bezeichneten Gründen erloschen ist.

[23] aa) Wie der Senat bereits im Hinblick auf die Weiterführung der mit dem Zusatz versehenen Amtsbezeichnung eines (früheren) Anwaltsnotars ausgeführt hat (Senat, Beschl. v. 24.11.2014 – NotZ[Brfg] 8/14, ZNotP 2015, 116 f.), wollte der Gesetzgeber durch die genannte Regelung die Entstehung des Eindrucks unehrenhaften Ausscheidens aus dem Amt vermeiden, etwa in Bezug auf einen vormaligen Anwaltsnotar, der die Notartätigkeit aus wirtschaftlichen Gründen aufgegeben hat (Senat, a.a.O.). Im Hinblick auf diesen Regelungszweck darf die Landesjustizverwaltung die Weiterführung der Amtsbezeichnung mit dem auf das Ausscheiden hinweisenden Zusatz nur verweigern, wenn besondere Gründe die Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens in diese Richtung rechtfertigen. Weil das Gesetz solche besonderen Gründe nicht ausdrücklich regelt, muss die Ermessensausübung sich an dem Zweck der Regelung des § 52 Abs. 2 BNotO orientieren (Senat, a.a.O.).

[24] bb) Bei der Ausrichtung des Ermessens am Gesetzeszweck kommt – wovon auch das OLG insoweit zutreffend ausgegangen ist – der Regelung in § 52 Abs. 3 Satz 1 BNotO über die Rücknahme und den Widerruf einer gem. § 52 Abs. 2 BNotO erteilten Erlaubnis zum Weiterführen der Amtsbezeichnung erhebliche Bedeutung zu. Der Gesetzgeber will mit der Vorschrift über die Rücknahme- bzw. Widerrufsgründe u.a. verhindern, dass ein unwürdiger früherer Notar durch den weiteren Gebrauch der Amtsbezeichnung das Ansehen und das Vertrauen schädigt, die dem Notarberuf entgegengebracht werden (Senat, a.a.O.). Wie sich aus den vom Gesetz erfassten Umständen ergibt, die der Landesjustizverwaltung die Rücknahme bzw. den Widerruf nach ihrem Ermessen gestatten, kann das Ansehen des Notarberufs auch bzgl. vormaliger Amtsinhaber nicht allein durch Dienstverfehlungen, sondern auch bei Vermögensverfall bzw. Insolvenz (§ 52 Abs. 3 Satz 1 BNotO i.V.m. § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO) geschädigt werden. Ermöglichen die Voraussetzungen des Vermögensverfalls aber der Verwaltungsbehörde die Rücknahme bzw. den Widerruf einer bereits erteilten Erlaubnis zum Weiterführen der Amtsbezeichnung, so können die Voraussetzungen des § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO, wie grds. alle in § 52 Abs. 3 Satz 1 BNotO genannten Gründe, auch bereits bei der Ermessensausübung hinsichtlich der Erteilung einer solchen Erlaubnis berücksichtigt werden.

[25] cc) Die Voraussetzungen des Vermögensverfalls i.S.v. § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO sind in der Rechtsprechung des Senats ebenfalls bereits geklärt. Danach stellt der Vermögensverfall einen insolvenzähnlichen Tatbestand dar, der im Gegensatz zu den Amtsenthebungsgründen des § 50 Abs. 1 Nr. 8 BNotO die Gefährdung der Rechtsuchenden in sich schließt. Er setzt über den Eintritt ungeordneter schlechter finanzieller Verhältnisse, die sich in absehbarer Zeit nicht beheben lassen (wirtschaftliche Verhältnisse i.S.v. § 50 Abs. 1 Nr. 8 BNotO), voraus, dass der Notar nicht in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen (Senat, Beschl. v. 22.3.2004 – NotZ 23/03, *ZNotP 2004, 324*; v. 20.11.2006 – NotZ 26/06, *ZNotP 2007, 109* m.w.N.; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 31.8.2005 – 1 BvR 912/04, NJW 2005, 3057, 3058). Unter den Voraussetzungen des § 50 Abs. 1 Nr. 6, 2. HS BNotO wird der Vermögensverfall widerleglich vermutet (Senat, jeweils a.a.O.).

[26] Gegen § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken (BVerfG, a.a.O., NJW 2005, 3057 f.). Im unmittelbaren Anwendungsbereich auf im Amt befindliche Notare bezweckt die Vorschrift zum einen den Schutz der Rechtsuchenden vor den Gefahren, die aus der schlechten, ungeordneten wirtschaftlichen Lage eines Notars resultieren, und zum anderen soll dem Vertrauensverlust entgegengewirkt werden, der von dem Vermögensverfall eines Notars ausgeht (vgl. BT-Drucks. 12/3803, S. 66; BVerfG, a.a.O., NJW 2005, 3057). Damit dient die Regelung wichtigen Gemeinwohlbelangen. Die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) des amtierenden Notars wird dadurch gewährleistet, dass lediglich vorübergehende wirtschaftliche Schwierigkeiten von § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO nicht erfasst werden und die Amtsenthebung daher nicht gestatten (BVerfG, a.a.O.).

[27] dd) Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von § 52 Abs. 2 Satz 1 und § 52 Abs. 3 Satz 1 BNotO i.V.m. § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO bestehen nicht. Dabei bedarf es keiner Entscheidung, ob der aus § 52 Abs. 2 Satz 1 BNotO folgende Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Fortführung der Amtsbezeichnung mit dem Zusatz „außer Dienst (a.D.)“ nach endgültigem Erlöschen des Amts vom Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG erfasst wird (bzgl. vorübergehendem Ausscheiden aus dem Anwaltsberuf vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.10.2014 – 1 BvR 1815/12, NJW 2015, 394, 395). Selbst wenn dem so wäre, handelte es sich um eine Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG genügende Berufsausübungsregelung. Aus dem Gesamtzusammenhang der genannten Vorschriften ergibt sich, dass der Gesetzgeber das Führen der mit einem besonderen Vertrauen verbundenen Amtsbezeichnung Notar (mit dem Zusatz „außer Dienst“) auch nach dem Erlöschen des Amts lediglich dann gestatten will, wenn dieses Vertrauen in der Person des konkret betroffenen vormaligen Notars berechtigt ist (vgl. *Bracker*, in: Schippel/Bracker, BNotO, 9. Aufl., § 52 Rn. 17). Daran fehlt es, wovon § 52 Abs. 3 Satz 1 BNotO ausgeht, wenn bei einem amtierenden Notar u.a. die in § 50 Abs. 1 Nr. 1 – 6 sowie Nr. 8 und 9 BNotO genannten Amtsenthebungsgründe vorlägen. Jedenfalls der Gemeinwohlbelang der Sicherung der dem Notaramt zugeschriebenen besonderen Vertrauensstellung legitimiert, die Ermessensentscheidung der Justizverwaltung über die Berechtigung zum Fortführen der Amtsbezeichnung mit dem Zusatz „außer Dienst (a.D.)“ an den genannten Amtsenthebungsgründen auszurichten. Will ein früherer Notar nach dem Erlöschen des Amts den damit einhergehenden Anforderungen an seine wirtschaftlichen Verhältnisse nicht mehr unterliegen, steht es ihm frei, sich nicht um die Fortführung der Amtsbezeichnung zu bemühen. Kommt es ihm umgekehrt gerade darauf an, gestattet die Gewährleistung des besonderen Vertrauens in das Notaramt, ihn auch nach dessen Erlöschen noch einem Teil der damit einhergehenden Bindungen zu unterwerfen (*Lerch*, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 52 Rn. 18 und 21). Dem Schwächerwerden der Pflichtenbindung nach dem Ausscheiden aus dem Notaramt hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er in § 52 Abs. 3 Satz 1 BNotO lediglich auf einen Teil der Amtsenthebungsgründe des § 50 BNotO als Grundlage für die Rücknahme oder den Widerruf einer erteilten Erlaubnis zum Führen der Amtsbezeichnung „Notar außer Dienst (a.D.)“ abstellt.

[28] ee) Mit der Berücksichtigung des Zwecks von § 52 Abs. 2 BNotO sowie der in § 52 Abs. 3 Satz 1 BNotO statuierten Rücknahme und Widerruf einer erteilten Erlaubnis gestattenden

Gründe enthält das Gesetz hinreichend bestimmte Vorgaben für die Ermessensausübung der Landesjustizverwaltung auch bereits dafür, ob einem früheren Notar das Führen dieser Amtsbezeichnung mit dem Zusatz „außer Dienst (a.D.)“ gestattet wird. Liegen die Voraussetzungen des § 52 Abs. 3 Satz 1 BNotO bereits im Zeitpunkt der Entscheidung über die Erlaubniserteilung i.S.v. § 52 Abs. 2 Satz 1 BNotO vor, handelt es sich regelmäßig um „besondere Gründe“ (Senat, Beschl. v. 24.11.2014 – NotZ[Brfg] 8/14, ZNotP 2015, 116), die die Verwaltungsbehörde berechtigen, ihr Ermessen in Richtung einer Verweigerung der Erlaubnis auszuüben. Es bedarf dann grds. keiner weiteren Gründe für die Versagung der Erlaubnis.

[29] b) Bei Überprüfung anhand dieser Maßstäbe erweist sich die Ermessensausübung des Beklagten zu 2 in seinem Bescheid v. 1.3.2017 als fehlerfrei. Der Beklagte zu 2 hat die Versagung der Erlaubnis, die Amtsbezeichnung Notar mit dem Zusatz „außer Dienst (a.D.)“ zu führen, in nicht zu beanstandender Weise u.a. auf das bereits am 18.5.2001 und damit noch während der Ausübung des Notaramts eröffnete Insolvenzverfahren über das Vermögen des Klägers sowie das in Italien auf eigenen Antrag des Klägers geführte Entschuldungsverfahren gestützt (vgl. Nr. II.4. sowie 6.a) und b) des Bescheids).

[30] aa) Nach dem insoweit unstreitigen Sachverhalt hat das AG M mit Beschl. v. 18.5.2001 das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Klägers eröffnet. Dem lag ein Antrag einer Gläubigerin des Klägers, der früheren V AG, v. 29.11.2000 zugrunde. Zum Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung übte der Kläger seine Notartätigkeit in M aus und hatte seinen Wohnsitz dort. Seinen jetzigen Wohnsitz in F in Italien hat er, wie in seiner Klageschrift v. 10.4.2014 selbst vorgetragen, erst ab dem 9.3.2002 begründet. Die gegen die Eröffnungsentscheidung gerichtete sofortige Beschwerde des Klägers ist ebenso erfolglos geblieben wie die gegen den Beschwerdebeschluss erhobene Rechtsbeschwerde vor dem BGH. Dieses inländische Insolvenzverfahren ist bis zur Berufungsverhandlung vor dem Senat nicht zum Abschluss gekommen. Selbst nach dem eigenen Vortrag des Klägers bestehen aktuell noch offene Forderungen gegen ihn i.H.v. etwas mehr als 8,5 Mio. €, nach Bewertung des Insolvenzverwalters sogar i.H.v. mehr als 11,8 Mio. €. Der Kläger hat weiterhin mit Schriftsatz v. 26.1.2017 vorgetragen, dass es ihm in Bezug auf bereits 2001 bestehende Verbindlichkeiten ohne die Einleitung des Insolvenzverfahrens gelungen wäre, durch Mieterträge und Steuervorteile im Jahr 2011 schuldenfrei zu sein. Entsprechendes hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung erneut vorgebracht. Weiterhin ergibt sich aus dem Vorbringen des Klägers die bereits angesprochene Einleitung eines Entschuldungsverfahrens nach italienischem Recht auf Eigenantrag hin. Auch dieses Entschuldungsverfahren ist bislang nicht zu einem Abschluss gekommen.

[31] bb) Schon nach dem eigenen Sachverhaltsvortrag des Klägers liegen damit die Voraussetzungen des § 52 Abs. 3 Satz 1 BNotO i.V.m. § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO vor. Das gilt sowohl für den Zeitpunkt des Bescheids des Beklagten zu 2 v. 1.3.2017 als auch für den der Berufungsverhandlung vor dem Senat. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob es für die Überprüfung auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung ankommt oder ob spätere Entwicklungen berücksichtigt werden müssen (vgl. dazu bzgl. der Amtsenthebung gem. § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO BVerfG, Beschl. v. 31.8.2005 – 1 BvR 912/04, NJW 2005, 3057, 3058 sowie *Bremkamp*, in: Eylmann/Vaasen, BNotO, 4. Aufl., § 50 Rn. 60 – 63 m.w.N.). Nach dem Erlass des Bescheids haben sich keine für die Überprüfung der Verwaltungsentscheidung bedeutsamen Veränderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse des Klägers ergeben. Die Vermutungswirkung des § 50 Abs. 1 Nr. 6, 2. HS BNotO ist weder bzgl. des seit rd. 16 Jahren geführten Insolvenzverfahrens in Deutschland noch bzgl. des in Italien auf Antrag des Klägers betriebenen Entschuldungsverfahrens erschüttert.

[32] (1) Für die Widerlegung der Vermutung des Vermögensverfalls aus § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO bedarf es konkreter Nachweise (dazu *Püls*, in: Schippel/Bracker, a.a.O., § 50 Rn. 23 m.w.N.; noch strenger BFH, Beschl. v. 24.1.2006 – VII B 141/05, *JurionRS 2006, 11753* – „Ordnung der wirtschaftlichen Verhältnisse muss tatsächlich eingetreten sein“). Bloße Ankündigungen genügen nicht. Der Kläger muss vielmehr dartun, wie die gegen ihn (noch) bestehenden Forderungen auf erfolgversprechende Weise in absehbarer Zeit erfüllt werden sollen und können, oder dass im Rahmen des Insolvenzverfahrens die realistische Möglichkeit besteht, mit Zustimmung seiner Gläubiger über ein Insolvenzplanverfahren zu einer umfassenden Regelung seiner Verbindlichkeiten zu gelangen (vgl. jeweils Senat, Beschl. v. 20.11.2006 – NotZ 26/06, *ZNotP 2007, 109*; v. 23.7.2007 – NotZ 5/07, Rn. 7 m.w.N.; *Bremkamp*, a.a.O., § 50 Rn. 57; *Püls*, a.a.O., § 50 Rn. 22). An all dem fehlt es.

[33] (2) In Bezug auf das Vermögen des Klägers werden weiterhin Insolvenzverfahren betrieben. Er hat selbst vorgetragen, dass hinsichtlich zumindest seit 2001 gegen ihn bestehender Forderungen eine „Entschuldung“ erst 2011 eingetreten wäre, und zwar selbst ohne die nach seiner Wertung die Entschuldung behindernde Durchführung des deutschen Insolvenzverfahrens. Die nach seinem Vortrag auch in der Berufungsverhandlung angeblich problemlose Befriedigung der verbliebenen Gläubiger ist trotz der beträchtlichen Dauer des Bestehens der Verbindlichkeiten gerade nach wie vor nicht erfolgt.

[34] Der Vermögensverfall ist durch ungeordnete, schlechte finanzielle Verhältnisse geprägt, die in absehbarer Zeit nicht geordnet werden können und den betroffenen Notar (oder vormaligen Notar) außerstande setzen, seinen Verpflichtungen nachzukommen (Senat, Beschl. v. 20.11.2006 – NotZ 26/06, *ZNotP 2007, 109* m.w.N.). Diese auch im Hinblick auf die Zeitkomponente verfassungsrechtlich unbedenkliche Ausgestaltung des Merkmals „Vermögensverfall“ (vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.8.2005 – 1 BvR 912/04, NJW 2005, 3057, 3058) erfordert für die Widerlegung der vom laufenden Insolvenzverfahren ausgehenden Vermutung eine zu erwartende Ordnung der schlechten finanziellen Verhältnisse in absehbarer Zeit (vgl. wiederum BVerfG, a.a.O.). Wie sich bereits aus dem langen Zeitraum seit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Klägers – als Grundlage für eine Prognose über die weitere Entwicklung – zeigt, kann von einer Ordnung der finanziellen Verhältnisse in einer absehbaren Zeit nicht die Rede sein. Selbst nach dem auf Hypothesen beruhenden Vortrag des Klägers hätte es ausgehend von dem Zeitpunkt der Antragstellung im Jahr 2000 wenigstens 11 Jahre gedauert, bis er schuldenfrei gewesen wäre. Dass die tatsächliche Entwicklung bis heute noch weit ungünstiger verlaufen ist, ergibt sich aus den weiterhin bestehenden Verbindlichkeiten i.H.v. mindestens noch 8,5 Mio. €. Angesichts dessen bedarf es keiner Entscheidung, ob die vom BVerfG (a.a.O.) für die Anwendung von § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO auf den bis dahin noch amtierenden Notar

im Hinblick auf die Berufswahlfreiheit geforderten strengen Anforderungen an die Prüfung der Widerlegung der Vermutung aus § 50 Abs. 1 Nr. 6, 2. HS BNotO in gleicher Weise für eine auf § 52 Abs. 3 Satz 1 BNotO i.V.m. § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO gestützte Rücknahme bzw. einen Widerruf des Führens der Bezeichnung „Notar außer Dienst (a.D.)“ gelten würden, obwohl in den letztgenannten Fällen der Beruf des Notars aus vom Vermögensverfall unabhängigen Gründen nicht mehr ausgeübt wird. Denn selbst bei Anlegen des genannten strengen Maßstabs ist die Vermutung nicht erschüttert.

[35] Angesichts der nicht widerlegten Vermutung des Vermögensverfalls kommt es auch auf die internationale Zuständigkeit für das Insolvenzverfahren nicht an. Denn selbst wenn mittlerweile italienisches Insolvenzrecht allein für die Insolvenz über das Vermögen des Klägers anwendbar sein sollte, obwohl das inländische Insolvenzverfahren bereits zu einem Zeitpunkt eröffnet worden ist, zu dem der Kläger sein Amt als Notar im Inland ausgeübt und hier auch seinen Wohnsitz hatte, sind im Zuge des italienischen Entschuldungsverfahrens gerade keine Umstände eingetreten, die die Vermutung entkräften.

[36] cc) Der Beklagte zu 2 konnte daher gestützt auf § 52 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 BNotO i.V.m. § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO ohne Ermessensfehler den Antrag des Klägers ablehnen, die Amtsbezeichnung „Notar außer Dienst (a.D.)“ führen zu dürfen. Da allein der nach wie vor bestehende Vermögensverfall die Versagung der Erlaubnis trägt, kommt es auf die weiteren von dem Beklagten zu 2 in seinem Bescheid v. 1.3.2017 angeführten Gründe nicht an. Es liegt kein Fall eines Ermessensfehlgebrauchs vor (zu dessen Voraussetzungen BVerwG, Beschl. v. 5.5.201 – 6 B 48/13, NVwZ 2014, 1034, 1036; Urt. v. 17.8.2016 – 6 C 24/15, NVwZ-RR 2016, 952, 956; *Knauff*, in: Gärditz, a.a.O., § 114 Rn. 24; BeckOK-VwGO/*Decker*, 40. Edition, § 114 Rn. 24 f.). Eine Pflicht zur Neubescheidung des Antrags des Klägers auf Erteilung der entsprechenden Erlaubnis besteht nicht. Das anderslautende Urteil des OLG war daher aufzuheben.

[37] II. Die Anschlussberufung des Klägers ist unbegründet.

[38] 1. Die vom Kläger erhobene Anschlussberufung ist gem. § 127 VwGO i.V.m. § 111b Abs. 1 BNotO grds. statthaft sowie frist- und formgerecht erhoben.

[39] 2. Sie bleibt jedoch in der Sache erfolglos.

[40] a) Aus den zu I. dargelegten Gründen hat der Beklagte zu 2 den Antrag des Klägers, ihm die Erlaubnis zu erteilen, seine Amtsbezeichnung „Notar“ mit dem Zusatz „außer Dienst (a.D.)“ weiterzuführen, ermessensfehlerfrei abgelehnt. Daher bleibt der mit der geänderten Klage verfolgte, auf entsprechende Verpflichtung des Beklagten zu 2 gerichtete Antrag zu 1 ohne Erfolg. Das zu 1 beklagte Ministerium wäre i.Ü. aus den vom OLG dargelegten Gründen nicht passiv legitimiert.

[41] b) Der hilfsweise gestellte Antrag zu 2 ist gegenstandslos. Der Senat hat das angefochtene Urteil des OLG aufgehoben.

[42] III. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO. Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus § 111g Abs. 1 Satz 1 BNotO i.V.m. § 52 Abs. 2 GKG.

Bewertung schriftlicher Arbeiten in der notariellen Fachprüfung

BNotO §§ 7a ff.

Leitsatz (amtlich):

Zur Rechtmäßigkeit von Bewertungen von schriftlichen Prüfungsleistungen im Rahmen der notariellen Fachprüfung.

BGH, Beschl. v. 13. 3. 2017 – NotZ(Brfg) 6/16

[1] Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist unbegründet. Ein Zulassungsgrund ist nicht gegeben. Entgegen der Auffassung des Klägers bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO i.V.m. § 111d Satz 2 BNotO). Das KG hat zu Recht angenommen, dass die Bewertung der im Zulassungsverfahren alleine noch relevanten Aufsichtsarbeit F 20-45 gerichtlicher Nachprüfung standhält.

[2] 1. Im Ergebnis zutreffend ist das KG zunächst davon ausgegangen, dass die Kritik der Korrektoren an der vom Kläger in der Klausur vorgenommenen Zuordnung des Anteils des M an der M-Grundbesitz GbR zum Privatvermögen des M nicht zu beanstanden ist.

[3] a) Im Streit um die Rechtmäßigkeit der Bewertung einer einzelnen Teilprüfungsleistung sind Gegenstand der gerichtlichen Kontrolle die angefochtenen Ursprungsbewertungen in der Gestalt, die sie durch die Stellungnahmen der Prüfer im Überdenkungsverfahren erhalten haben (VGH Mannheim, Urt. v. 8.3.1994 – 9 S 484/82, Rn. 19, juris; *Unger*, Möglichkeit und Grenzen der Anfechtbarkeit juristischer [Staats-]Prüfungen, 2016, S. 563 m.w.N.; vgl. auch BVerwGE 91, 262, 270 ff.). Im Streitfall ist mithin nicht (nur) darauf abzustellen, dass der Erstprüfer, dessen Ausführungen sich insoweit auch die Zweitprüferin angeschlossen hat, die Zuordnung des GbR-Anteils zum Privatvermögen des M als „Lapsus“ bezeichnet hat, sondern (auch) darauf, dass er im Überdenkungsverfahren ergänzend ausgeführt hat, „die diesbezüglichen Ausführungen des Widerspruchsführers [seien] spekulativ“, der Sachverhalt grenze den Bereich der Unternehmen des M und der diesen Unternehmen die Betriebsgrundstücke verpachtenden Grundbesitz-GbR bewusst von der privaten Vermögenslage des M ab. Auch wenn sich nicht ausschließen lässt, dass die Annahme der Korrektoren, die Ausführungen des Klägers seien spekulativ, auch dessen für die Bewertung der Klausur nicht relevanten Begründungsansätze im Widerspruch mit in den Blick nimmt, wurde dem Kläger damit auch im Hinblick auf die Klausur selbst der Vorwurf gemacht, ohne vertretbare Begründung zu einem in der Sache fernliegenden Ergebnis gekommen zu sein, was als falsch zu bewerten sei. Diese Bewertung trifft zu.

[4] b) Die Beurteilung eines Prüfers, der Prüfling sei ohne vertretbare Begründung zu einem in der Sache fernliegenden Ergebnis gekommen, weshalb die Lösung falsch sei, richtet sich nach fachwissenschaftlichen Kriterien und unterliegt damit im Grundsatz der vollen gerichtlichen Kontrolle (vgl. *Niehues/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht, 6. Aufl., Rn. 879). Denn bei berufsbezogenen Prüfungen wie der notariellen Fachprüfung folgt schon aus Art. 12 Abs. 1 GG, dass der Prüfling davor ge-

schützt ist, dass eine vertretbare und von ihm mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung als falsch gewertet wird (vgl. BVerfGE 84, 34, 55).

[5] Im Streitfall erweist sich die dargestellte Bewertung aber als zutreffend. Nach der Aufgabenstellung berichtet M dem Notar bzgl. seiner unternehmerischen Tätigkeit von seinem einzelkaufmännischen Unternehmen „Getränke-Service M“, seiner Mehrheitsbeteiligung an der „M Mineralbrunnen GmbH“ und seiner Beteiligung an der „M-Grundbesitz GbR“, die Grundbesitz, nämlich das Betriebsgelände, an den „Getränke-Service M“ und die „Mineralbrunnen GmbH“ verpachte. In Bezug auf sein Privatvermögen berichtet er dem Notar von seinem Kommanditanteil an der „ImmoInvest GmbH & Co. KG“, seinem früheren Elternhaus sowie dem im gemeinsamen Eigentum von ihm und F stehenden Mehrfamilienhaus. F führt u.a. aus, auch sie halte eine Teilhabe „z.B. an der Steigerung des Unternehmenswertes“ im Fall der Scheidung für nicht gerechtfertigt. Bereits dies legt nahe, dass der Anteil an der GbR, als deren Vermögen nur das Grundstück bekannt ist, das als Betriebsgrundstück unmittelbar M's unternehmerischen Zwecken dient, nach dem Willen von M und F dem Teil des Vermögens von M zugeordnet werden soll, dessen Zuwachs im Fall der Scheidung nicht zugewinnausgleichserhöhend wirken soll. Gewichtige Gründe, warum die Zuordnung des GbR-Anteils zum ggf. zugewinnausgleichsrelevanten (Privat-)Vermögen dennoch den Interessen von M und F besser entsprechen soll, finden sich in der insoweit allein maßgeblichen Klausurlösung des Klägers nicht. Warum der Umstand, dass die GbR Pachteinnahmen erzielt, für die Frage relevant sein soll, ob M und F den GbR-Anteil dem zugewinnausgleichsrelevanten Vermögen entziehen wollen oder nicht, erschließt sich nicht. Warum der vom Kläger herangezogenen Tatsache, dass es sich bei der Grundeigentümergesellschaft um eine GbR handelt, insoweit Bedeutung zukommen soll, lässt sich den Ausführungen des Klägers in der Klausur nicht nachvollziehbar entnehmen, noch versteht es sich von selbst. Über die vom Kläger schließlich bemühte Verwendung der Pachteinnahmen sagt der Sachverhalt schon überhaupt nichts aus; die diesbezüglichen Annahmen sind – wie die Korrektoren zutreffend angenommen haben – damit spekulativ.

[6] 2. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist die Annahme der Korrektoren, es fehlten Ausführungen zum Ausschluss der Abänderbarkeit der gewünschten Unterhaltsvereinbarung.

[7] a) Gegenstand des Vorwurfs der Korrektoren ist das (gänzliche) Fehlen von gutachterlichen Ausführungen zum Ausschluss der Abänderbarkeit der gewünschten Unterhaltsvereinbarung. Zwar haben sie das im Überdenkungsverfahren mit der vom Kläger für unzutreffend erachteten Erwägung begründet, bei Zugrundelegung von § 239 FamFG sei die Vereinbarung insbesondere dann abänderbar, wenn sich die Vermögensverhältnisse des M erheblich verschlechterten. Entgegen der Auffassung des Klägers änderte sich dadurch aber der Inhalt des an ihn gerichteten Vorwurfs nicht dahingehend, er habe § 239 FamFG nicht erwähnt; Inhalt der Rüge blieb auch im Überdenkungsverfahren, der Kläger habe sich im Gutachten mit der Frage nach der Erforderlichkeit einer Vereinbarung zum Ausschluss der Abänderbarkeit überhaupt nicht befasst. Dieser Vorwurf ist nicht zu beanstanden.

[8] b) Nach der Aufgabenstellung war zu den für die Eheleute in Betracht kommenden vertraglichen Gestaltungen und – u.a. – ihren Vor- und Nachteilen gutachterlich Stellung zu nehmen. Bestehen, was der Kläger nicht in Abrede stellt, hinsichtlich der Abänderbarkeit/Unabänderbarkeit der Unterhaltsvereinbarung unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten, so liegt es auf der Hand, dass sich die Kandidaten auch mit diesem Gesichtspunkt gutachterlich zu befassen hatten; denn die Frage, ob und wie die Abänderbarkeit/Unabänderbarkeit der Unterhaltsvereinbarung im konkreten Fall in sinnvoller Weise zu regeln ist, betrifft unmittelbar den Inhalt der zu entwerfenden Vereinbarung.

Vollstreckungsrecht

Rechtsmittel bei Vollstreckungsbeschränkung der Vereinbarung

ZPO §§ 766 Abs. 1, 767 Abs. 1

Leitsatz (amtlich):

Der Schuldner kann die Aufhebung einer Pfändung nicht im Wege der Vollstreckungserinnerung (§ 766 Abs. 1 ZPO) unter Berufung auf eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung, mit der die Vollstreckung in den gepfändeten Gegenstand ausgeschlossen wird, erreichen. Insoweit stellt die Vollstreckungsabwehrklage entsprechend § 767 Abs. 1 ZPO einen geeigneten Rechtsbehelf dar.

BGH, Beschl. v. 18. 5. 2017 – VII ZB 38/16

[1] I. Bei den Parteien handelt es sich um getrennt lebende Eheleute. Bei dem AG – FamG – M ist das Ehescheidungsverfahren anhängig.

[2] Die Parteien schlossen am 20.7.1995 einen notariell beurkundeten Ehevertrag. Darin heißt es u.a.:

„§ 1

Modifizierte Zugewinngemeinschaft

Die Ehegatten B [= Gläubigerin] und Dr. W [= Schuldner] haben sich dahingehend geeinigt, daß unter grundsätzlicher Beibehaltung des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinngemeinschaft gemäß den §§ 1363 ff. BGB folgende Modifizierungen vereinbart werden:

1. Alle Beteiligungen des Herrn Dr. W an Gesellschaften, gleich in welcher Rechtsform, gleich, ob gegenwärtige oder künftige Beteiligungen, sowie etwaige Guthaben bei Gesellschaften sollen dem Anfangsvermögen des Ehemannes zugerechnet und im Fall einer Scheidung der Ehe weder bei der Berechnung des Anfangsvermögens noch des Endvermögens des Ehemannes berücksichtigt werden, also von einer etwaigen Ausgleichung ausgeschlossen sein.
2. …
3. Die vorstehend getroffenen Regelungen gelten in gleicher Weise auch für etwaige Surrogate der vorbezeichneten Gesellschaftsbeteiligungen im weitesten Sinne, d.h. sämtliche Gegenstände, die mit Mitteln des nichtausgleichspflichtigen Erwerbs angeschafft werden und zwar ohne Rücksicht darauf, um welche Gegenstände es sich hierbei handelt.

§ 2

Vollstreckungsvertrag

Im Wege des Vollstreckungsvertrages vereinbaren wir, daß die Zwangsvollstreckung wegen eines Anspruchs der Ehefrau [= Gläubigerin] auf Zugewinnausgleich in die vom Zugewinnausgleich ausgenommenen Gegenstände unzulässig ist.

Die Ehefrau kann demnach Befriedigung wegen eines Zugewinnausgleichsanspruchs nur durch Vollstreckung in das übrige pfändbare Vermögen des Ehemannes [= Schuldner] suchen."

[3] Mit Beschl. v. 15.11.2012, bestätigt mit rechtskräftig gewordenem Beschl. v. 14.2.2013, ordnete das AG – FamG – M den dinglichen Arrest in das bewegliche und unbewegliche Vermögen des Schuldners wegen eines Teilzugewinnausgleichsanspruchs der Gläubigerin i.H.v. 2 Mio. € an.

[4] Am 27.11.2012 hat das AG – Vollstreckungsgericht – M aufgrund dieses Arrestbefehls antragsgemäß einen Pfändungsbeschluss mit folgendem Inhalt erlassen:

„… wird zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Zugewinnausgleichsforderung der [Gläubigerin] gegen den [Schuldner] in Höhe eines Teilanspruches in Höhe von 2,0 Millionen Euro laut Beschluss des Amtsgerichts M – Abteilung für Familiensachen – vom 15.11.2012, Az. …, sowie wegen der Kosten dieses Beschlusses und seiner Zustellung gemäß nachfolgender Ziffer I bis III in Vollziehung des Arrests sowohl

1. die Forderung des [Schuldners]

   auf Abfindung wegen seines Ausscheidens als Gesellschafter (Kommanditist) aus der Firma Dr. H GmbH & Co. KG gemäß § 11 des Gesellschaftsvertrages vom 01.01.1995 mindestens in Höhe des Buchwerts seines Gesellschaftsanteils (Saldo seiner Guthaben auf dem Kapitalkonto, dem Rücklagenkonto und dem Darlehenskonto) einschließlich etwaiger künftig fällig werdender Ansprüche aus diesem Rechtsverhältnis bis zur Höhe von 2,0 Millionen Euro

   gegen die Firma Dr. H GmbH & Co. KG … – Drittschuldner zu 1) –

   als auch

2. die Forderung des [Schuldners]

   auf Abfindung wegen seines Ausscheidens als Gesellschafter (Kommanditist) aus der Firma Dr. L GmbH & Co. KG zum 31.12.2009 einschließlich etwaiger künftig fällig werdender Ansprüche aus diesem Rechtsverhältnis bis zur Höhe von 2,0 Millionen Euro

   gegen die Firma Dr. L GmbH & Co. KG – Drittschuldner zu 2) –

   gepfändet.

Den Drittschuldnern wird verboten, an den [Schuldner] zu leisten, soweit gepfändet ist.

Dem [Schuldner] wird verboten, über die Forderungen zu verfügen, insbesondere sie einzuziehen, soweit sie gepfändet sind."

[5] Mit Schriftsatz v. 19.8.2014 hat der Schuldner Erinnerung gegen den genannten Pfändungsbeschluss mit der Begründung eingelegt, die Pfändung sei unter Verstoß gegen den Vollstreckungsvertrag (§ 2 des Ehevertrags) erfolgt. Mit Beschl. v. 2.12.2014 hat das AG – Vollstreckungsgericht – M die Erinnerung des Schuldners gegen den genannten Pfändungsbeschluss zurückgewiesen.

[6] Auf die sofortige Beschwerde des Schuldners hat das Beschwerdegericht (Einzelrichter) mit Beschl. v. 21.8.2015 den Beschluss des AG M „vom 27.11.2014" aufgehoben und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Auf die Rechtsbeschwerde der Gläubigerin hat der Senat mit Beschl. v. 2.12.2015 – VII ZB 41/15 – den genannten Beschluss des Beschwerdegerichts (Einzelrichter) aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung an das Beschwerdegericht (Einzelrichter) zurückverwiesen.

[7] Mit Beschl. v. 14.7.2016 hat das Beschwerdegericht (Einzelrichter) das Verfahren gem. § 568 ZPO der Kammer zur Entscheidung übertragen. Mit Beschluss vom selben Tag hat das Beschwerdegericht auf die sofortige Beschwerde des Schuldners den Beschluss des AG M v. 2.12.2014 aufgehoben.

[8] Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebt die Gläubigerin die Wiederherstellung des Beschlusses des AG M v. 2.12.2014.

[9] Der Schuldner beantragt, die Rechtsbeschwerde der Gläubigerin zurückzuweisen.

[10] II. Die Rechtsbeschwerde der Gläubigerin führt zur Aufhebung des Beschlusses des Beschwerdegerichts v. 14.7.2016 und zur Zurückweisung der sofortigen Beschwerde des Schuldners.

[11] 1. Das Beschwerdegericht hat im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

[12] Die Erinnerung sei nach § 766 ZPO statthaft. Es sei umstritten, ob bei der Geltendmachung einer vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarung Erinnerung (§ 766 ZPO) oder Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) der richtige Rechtsbehelf sei. Im vorliegenden Fall gehe es nicht darum, dem Titel die Vollstreckbarkeit zu nehmen, sondern darum, dass im Rahmen der Zwangsvollstreckung eine Vollstreckungsvereinbarung beachtet werde, wonach die Zwangsvollstreckung in bestimmte Gegenstände ausgeschlossen worden sei. Diese Sachlage sei vergleichbar mit der Geltendmachung eines gesetzlichen Pfändungsverbots nach § 811 ZPO, das ausschließlich mit dem Rechtsbehelf der Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO geltend gemacht werden könne, weshalb die Erinnerung hier statthaft sei.

[13] Die Erinnerung sei auch begründet. Es liege ein Verstoß gegen die zwischen den Parteien bestehende Vollstreckungsvereinbarung vor. Die streitgegenständliche Pfändung verstoße gegen den zwischen den Parteien bestehenden Vollstreckungsvertrag. Gepfändet seien die Abfindungsansprüche des Schuldners gegen die betreffende Gesellschaft. Es handele sich damit um ein Guthaben aus der Gesellschaftsbeteiligung, das ausdrücklich von der Zwangsvollstreckung gem. §§ 2, 1 Nr. 1 des Ehevertrags ausgenommen sei. Dies stehe auch im Einklang mit Sinn und Zweck des Vollstreckungsvertrags.

[14] Da eine Zwangsvollstreckung hinsichtlich der streitgegenständlichen Forderung unzulässig sei, sei auch die streitgegenständliche Pfändung zur Sicherung eines Anspruchs unzulässig.

Auch wenn die Gläubigerin durch die Pfändung nicht befriedigt werde, so stelle die Pfändung dennoch eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme dar, die unzulässig sei. Ein Zugewinnausgleichsanspruch der Gläubigerin könne nicht durch Pfändung eines Anspruchs des Schuldners gegen einen Drittschuldner gesichert werden, der nicht der Zwangsvollstreckung unterliege.

[15] 2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

[16] a) Die Rechtsbeschwerde der Gläubigerin ist nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthaft und auch i.Ü. zulässig.

[17] Insbesondere fehlt es der Gläubigerin nicht deshalb am Rechtsschutzbedürfnis für die Rechtsbeschwerde, weil der Pfändungsbeschl. v. 27.11.2012 infolge Aufhebung durch das Beschwerdegericht nicht mehr wirksam ist.

[18] Die Aufhebung des Pfändungsbeschlusses ergibt sich daraus, dass in den Gründen des Beschlusses des Beschwerdegerichts v. 21.8.2015 die „streitgegenständliche Pfändung“ ausdrücklich für „unzulässig“ erklärt wird. Findet die Zwangsvollstreckung nicht durch den Gerichtsvollzieher, sondern – wie im Streitfall – durch das Gericht als Vollstreckungsorgan statt, so ist der gerichtliche Ausspruch der Unzulässigkeit einer Vollstreckungsmaßnahme wie einer Pfändung – sei es auch durch das Beschwerdegericht – regelmäßig als Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahme zu verstehen (vgl. RGZ 84, 200, 203; Stein/Jonas/*Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., § 766 Rn. 44).

[19] Die Aufhebung des Pfändungsbeschlusses durch den Beschluss des Beschwerdegerichts v. 21.8.2015 ist ungeachtet der Anfechtbarkeit des letztgenannten Beschlusses sofort wirksam geworden (vgl. BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – VII ZB 25/10, Rn. 4 m.w.N.; Beschl. v. 21.2.2013 – VII ZB 9/11, NJW-RR 2013, 765 Rn. 7). Ein aufgehobener Pfändungsbeschluss lebt bei Wegfall des Aufhebungsbeschlusses nicht wieder auf (vgl. BGH, Beschl. v. 11.2.2016 – V ZB 182/14, Rn. 13); er kann vom Rechtsmittelgericht auch nicht mehr in seiner ursprünglichen Fassung (mit selbem Rang) wiederhergestellt werden (vgl. BGH, Beschl. v. 25.8.2004 – IXa ZB 271/03, BGHZ 160, 197, 204 Rn. 14). Etwas anderes gilt nur dann, wenn – was hier nicht geschehen ist – das den Pfändungsbeschluss aufhebende Gericht zugleich die Anordnung trifft, dass der Aufhebungsbeschluss erst mit seiner Rechtskraft wirksam wird (vgl. BGH, Beschl. v. 11.2.2016 – V ZB 182/14, Rn. 13).

[20] Ist ein Pfändungsbeschluss durch instanzgerichtlichen Beschluss aufgehoben worden und hat das aufhebende Gericht keine Anordnung getroffen, dass der Aufhebungsbeschluss erst mit seiner Rechtskraft wirksam wird, ist das Rechtsschutzbedürfnis für eine Rechtsbeschwerde des Gläubigers gleichwohl gegeben, wenn mit ihr das Ziel verfolgt wird, eine Vollstreckung mit neuem Rang zu ermöglichen (vgl. BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – VII ZB 25/10, Rn. 4 m.w.N.; Beschl. v. 21.2.2013 – VII ZB 9/11, NJW-RR 2013, 765 Rn. 7; vgl. ferner BGH, Beschl. v. 25.8.2004 – IXa ZB 271/03, BGHZ 160, 197, 204 Rn. 14). In diesem Sinne ist die Rechtsbeschwerde der Gläubigerin hinsichtlich des von ihr verfolgten Ziels unbeschadet des auf Wiederherstellung des Beschlusses des AG M v. 2.12.2014 gerichteten Antrags zu verstehen.

[21] b) Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

[22] Den angeblichen Verstoß der Pfändung gegen die vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung in § 2 des Ehevertrags v. 20.7.1995 kann der Schuldner nicht im Wege der Vollstreckungserinnerung (§ 766 Abs. 1 ZPO) mit Erfolg geltend machen.

[23] aa) Zwar ist die Vollstreckungserinnerung (§ 766 Abs. 1 ZPO) als gegen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen statthafter Rechtsbehelf begründet, wenn die Zwangsvollstreckung nicht eingestellt wird, obgleich die Voraussetzungen für eine Einstellung nach § 775 Nr. 4 ZPO gegeben sind (vgl. Musielak/Voit/*Lackmann*, ZPO, 14. Aufl., § 775 Rn. 14; Stein/Jonas/*Münzberg*, a.a.O., § 775 Rn. 35; Schuschke/Walker/*Raebel*, ZPO, 6. Aufl., § 775 Rn. 14; vgl. auch BGH, Beschl. v. 21.12.2015 – I ZB 107/14, NJW 2016, 876 Rn. 19).

[24] Es kann dahinstehen, ob schriftliche Vollstreckungsverträge, mit denen die Vollstreckung in bestimmte Gegenstände ausgenommen wird, den in § 775 Nr. 4 ZPO genannten Urkunden gleichzustellen sind und ob diese Vorschrift auf derartige Vollstreckungsverträge entsprechend anzuwenden ist. Auch wenn dies angenommen wird, kann der Schuldner durch Vorlage einer schriftlichen Vollstreckungsvereinbarung über § 775 Nr. 4 ZPO nicht die Aufhebung eines – wie hier – zuvor erlassenen Pfändungsbeschlusses erreichen. Denn nach § 776 Satz 2 ZPO bleiben getroffene Vollstreckungsmaßregeln im Fall des § 775 Nr. 4 ZPO einstweilen bestehen. Die Anwendung des § 775 Nr. 4 ZPO führt nur zu einer einstweiligen Einstellung und – bei Bestreiten des Gläubigers – zur Fortsetzung der Zwangsvollstreckung (vgl. BGH, Beschl. v. 15.10.2015 – V ZB 62/15, NJW-RR 2016, 317 Rn. 9 ff.).

[25] Dementsprechend könnte der Schuldner mit einer auf die Nichtbeachtung von § 775 Nr. 4 ZPO gestützten Vollstreckungserinnerung nur eine solche, bloß einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung erreichen. Das ist jedoch nicht das endgültige Rechtsschutzziel der von dem Schuldner hier erhobenen Erinnerung, mit der er ausdrücklich die Aufhebung des Pfändungsbeschlusses begehrt hat. Jedenfalls wäre die Berufung des Schuldners auf einen Verstoß gegen § 775 Nr. 4 ZPO unbehelflich, weil die Gläubigerin durchweg auf der Zwangsvollstreckung trotz der Vollstreckungsvereinbarung im Ehevertrag beharrt hat.

[26] bb) Es ist umstritten, ob der Schuldner – über eine etwaige entsprechende Anwendung von § 775 Nr. 4 ZPO hinaus – dem Vollstreckungsorgan im Wege der Vollstreckungserinnerung den Einwand entgegenhalten kann, die Vollstreckung sei wegen Verstoßes gegen eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung, mit der die Vollstreckung in bestimmte Gegenstände ausgeschlossen wird, endgültig unzulässig.

[27] (1) Der BGH hat bislang nicht entschieden, mit welchem Rechtsbehelf eine derartige vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung einer Vollstreckung entgegengehalten werden kann.

[28] Für eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung zeitlicher Art, mit der sich der Gläubiger verpflichtet, aus ergehenden Urteilen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens nicht zu vollstrecken, hat der BGH aber bereits entschieden, dass der Schuldner nicht mit der Vollstreckungserinnerung (§ 766 Abs. 1 ZPO) durchdringen kann, sondern eine Klage entsprechend § 767 Abs. 1 ZPO statthaft ist (vgl. BGH, Urt. v. 11.12.1967 – III ZR 115/67, NJW 1968, 700 f. Rn. 13 und 19).

[29] Bei der Geltendmachung eines Verstoßes gegen einen vereinbarten Vollstreckungsverzicht ist nach der Rechtsprechung des BGH eine Klage gem. § 767 Abs. 1 ZPO statthaft (vgl.

BGH, Urt. v. 19.5.1982 – IVb ZR 705/80, NJW 1982, 2072, 2073 Rn. 11, zu einer außergerichtlichen Vereinbarung, die in einem Prozessvergleich begründeten Pflichten zu reduzieren; Urt. v. 2.4.1991 – VI ZR 241/90, NJW 1991, 2295, 2296 Rn. 13; Beschl. v. 26.6.2001 – XI ZR 330/00, NJW-RR 2002, 282, 283 Rn. 9, zu einer vertraglichen Verpflichtung zur Herausgabe einer vollstreckbaren Urkunde; Urt. v. 7.3.2002 – IX ZR 293/00, NJW 2002, 1788 Rn. 9, zum Einwand, die Vollstreckung sei infolge Vergleichs nicht mehr zulässig; Versäumnisurt. v. 27.3.2015 – V ZR 296/13, *ZNotP 2015, 346* Rn. 16).

[30] (2) In der Literatur werden verschiedene Auffassungen zu der Frage vertreten, mit welchem Rechtsbehelf der Schuldner einer Vollstreckung mit dem Einwand entgegentreten kann, die Vollstreckung verstoße gegen eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung, insbesondere gegen eine solche, mit der die Vollstreckung in bestimmte Gegenstände ausgeschlossen wird.

[31] (a) Manche Autoren befürworten eine unmittelbare und ausschließliche Anwendung des § 766 Abs. 1 ZPO bei Verstoß gegen eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung, insbesondere eine solche, mit der die Vollstreckung in bestimmte Gegenstände ausgeschlossen wird (vgl. *Stoll*, Implikationen des Formalisierungsprinzips in der Zwangsvollstreckung, 2015, S. 114; *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 773; *Mette*, Zur Problematik von vollstreckungserweiternden, -beschränkenden und -ausschließenden Vereinbarungen, Diss., 1991, S. 73; *Emmerich*, ZZP 82 [1969], 413, 436).

[32] (b) Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, bei vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen gegenständlicher Art sei ausschließlich § 767 Abs. 1 ZPO unmittelbar anwendbar (vgl. *Scherf*, Vollstreckungsverträge, 1971, S. 118 ff.).

[33] (c) Eine verbreitete Auffassung möchte § 767 Abs. 1 ZPO entsprechend – zumeist ohne die Beschränkung des § 767 Abs. 2 ZPO – anwenden, wenn ein Verstoß gegen eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung in Rede steht (vgl. *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., § 33 Rn. 54; *Schug*, Zur Dogmatik des vollstreckungsrechtlichen Vertrages, Diss., 1969, S. 188 f., 191 f.).

[34] (d) Nach ebenfalls verbreiteter Auffassung sind beide Vorschriften (§ 766 Abs. 1 ZPO und § 767 Abs. 1 ZPO) zumindest in Teilbereichen parallel anwendbar. Dabei halten einige Autoren im Grundsatz immer die Vollstreckungserinnerung gem. oder entsprechend § 766 Abs. 1 ZPO für statthaft und wollen daneben in bestimmten Fällen die Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 Abs. 1 ZPO) zulassen (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann/*Hartmann*, ZPO, 75. Aufl., Grundz. § 704 Rn. 25 und 27, § 766 Rn. 32, § 767 Rn. 36; Thomas/Putzo/*Seiler*, ZPO, 38. Aufl., § 766 Rn. 26; vgl. ferner *Bürck*, ZZP 85 [1972], 391, 405 ff.). Andere halten hingegen grds. § 767 Abs. 1 ZPO für anwendbar und lassen daneben unter bestimmten Voraussetzungen die Vollstreckungserinnerung gem. oder entsprechend § 766 Abs. 1 ZPO im Sinne einer „Sowohl-als-auch"-Lösung zu (vgl. MünchKomm-ZPO/*Schmidt/Brinkmann*, 5. Aufl., § 766 Rn. 38 f., § 767 Rn. 7; BeckOK-ZPO/*Preuß*, Stand: 1.3.2017, § 766 Rn. 10, § 767 Rn. 62; Zöller/*Stöber*, ZPO, 31. Aufl., Vorbem. zu §§ 704 – 945b Rn. 25; Prütting/Gehrlein/*Scheuch*, ZPO, 9. Aufl., § 766 Rn. 9; vgl. ferner zu weiteren differenzierenden Lösungen Stein/Jonas/*Münzberg*, a.a.O., § 766 Rn. 26 f.; Musielak/Voit/*Lackmann*, a.a.O., § 766 Rn. 7; Wieczorek/Schütze/*Spohnheimer*, ZPO, 4. Aufl., § 766 Rn. 39 sowie § 767 Rn. 20; Schuschke/Walker/*Walker*, a.a.O., § 766 Rn. 15).

[35] cc) Der Senat entscheidet nunmehr, dass der Schuldner die Aufhebung einer Pfändung nicht im Wege der Vollstreckungserinnerung (§ 766 Abs. 1 ZPO) unter Berufung auf eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung, mit der die Vollstreckung in den gepfändeten Gegenstand ausgeschlossen wird, erreichen kann. Insoweit stellt die Vollstreckungsabwehrklage entsprechend § 767 Abs. 1 ZPO einen geeigneten Rechtsbehelf dar.

[36] (1) Der unmittelbare Anwendungsbereich von § 766 Abs. 1 ZPO ist nicht eröffnet. Die Vorschrift ist insoweit auch nicht entsprechend anwendbar.

[37] Die Vollstreckungserinnerung (§ 766 Abs. 1 ZPO) ist beschränkt auf Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das vom Gerichtsvollzieher bei ihr zu beobachtende Verfahren betreffen, d.h. auf die Beachtung der insbesondere in §§ 704 ff. ZPO genannten Vollstreckungsvoraussetzungen. Dazu gehören vollstreckungsbeschränkende Vereinbarungen gegenständlicher Art nicht.

[38] Die Vorschrift des § 766 Abs. 1 ZPO, die einen im Vergleich mit einem Klageverfahren weniger aufwendigen Rechtsbehelf zur Verfügung stellt, entspricht dem Grundsatz der Formalisierung der Zwangsvollstreckung, demgemäß die Vollstreckungsorgane um der Effektivität der Vollstreckung willen regelmäßig nur leicht feststellbare Umstände zu prüfen haben (vgl. Musielak/Voit/*Lackmann*, a.a.O., vor § 704 Rn. 14; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, a.a.O., § 5 Rn. 39 m.w.N.). Angesichts dieser Funktion des § 766 Abs. 1 ZPO ist es unter Berücksichtigung der eingeschränkten Prüfungskompetenz der Vollstreckungsorgane (vgl. Stein/Jonas/*Münzberg*, a.a.O., § 766 Rn. 2) bei der gebotenen typisierenden Betrachtung angezeigt, die Geltendmachung eines Verstoßes gegen eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung, mit der die Vollstreckung in bestimmte Gegenstände ausgenommen wird, nicht im Wege der Vollstreckungserinnerung (§ 766 Abs. 1 ZPO) zuzulassen. Bereits der Abschluss einer derartigen Vollstreckungsvereinbarung kann, etwa wenn kein schriftlicher Vertrag vorgelegt wird, zweifelhaft sein. Darüber hinaus wird der Inhalt einer derartigen Vollstreckungsvereinbarung, selbst wenn ein schriftlicher Vertrag vorgelegt wird, in vielen Fällen nicht leicht festzustellen sein; in diesem Zusammenhang können schwierige Rechtsfragen, etwa bzgl. der Auslegung der Vereinbarung, auftreten.

[39] Die vorstehenden Ausführungen stehen nicht im Widerspruch dazu, dass den Vollstreckungsorganen in bestimmten Fällen auch die Anwendung von gesetzlichen Vorschriften obliegt, die von materiell-rechtlichen Merkmalen geprägt sind und möglicherweise eine komplexe Rechtsprüfung bedingen (vgl. *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, a.a.O., § 5 Rn. 53). Bei diesen Vorschriften geht es nämlich z.T. um materiell-rechtliche Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung (vgl. etwa die §§ 756, 765 ZPO zum Gläubigerverzug als Voraussetzung der Zug-um-Zug-Vollstreckung), bei denen es die Effektivität der Zwangsvollstreckung erfordert, dass sie unmittelbar von den Vollstreckungsorganen geprüft werden. Insoweit sieht das Gesetz zudem selbst gewisse Erleichterungen vor, wenn es die Vorlage von öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Beweisurkunden genügen lässt. Soweit andere Vorschriften (vgl. §§ 777, 811, 850 ff. ZPO) dem Schuldnerschutz dienen, würde dieser durch

eine Verlagerung der Prüfungskompetenz auf das schwerfällige Erkenntnisverfahren beim Prozessgericht an Leichtigkeit einbüßen.

[40] Aufgrund der gebotenen Typisierung ist es nicht angezeigt, zwischen vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen gegenständlicher Art, deren Abschluss und Inhalt leicht festzustellen sind, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist, zu differenzieren und nur bei Ersteren den Anwendungsbereich des § 766 Abs. 1 ZPO zu eröffnen.

[41] Aus den vorstehenden Gründen ist § 766 Abs. 1 ZPO auch nicht entsprechend anwendbar, da die Beachtung von vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen gegenständlicher Art – über eine etwaige entsprechende Anwendung von § 775 Nr. 4 ZPO hinaus – aufgrund der Formalisierung des Vollstreckungsverfahrens den Vollstreckungsorganen nicht obliegt.

[42] (2) Der Schuldner, der einer Pfändung bestimmter Gegenstände entgegenhalten will, die Pfändung verstoße gegen eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung, mit der die Vollstreckung in die betreffenden Gegenstände ausgeschlossen wird, ist i.Ü. nicht rechtsbehelfslos gestellt. In derartigen Fällen stellt die Vollstreckungsabwehrklage entsprechend § 767 Abs. 1 ZPO einen geeigneten Rechtsbehelf dar.

[43] (a) Die Vorschrift des § 767 Abs. 1 ZPO ist zwar bei lediglich vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen, mit denen die Vollstreckung in bestimmte Gegenstände ausgeschlossen wird, nicht unmittelbar anwendbar, weil aus derartigen Vereinbarungen keine materiell-rechtlichen, den titulierten Anspruch selbst betreffenden Einwendungen resultieren (vgl. MünchKomm-ZPO/*Schmidt/Brinkmann*, a.a.O., § 767 Rn. 58 ff.; Musielak/Voit/*Lackmann*, a.a.O., § 767 Rn. 22; anders *Scherf*, a.a.O., S. 118 ff.).

[44] (b) § 767 Abs. 1 ZPO ist indes bei vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen gegenständlicher Art entsprechend anwendbar, weil eine planwidrige Regelungslücke besteht und § 767 Abs. 1 ZPO aufgrund seines Regelungsgehaltes geeignet ist, die Lücke interessengerecht zu schließen (vgl. zur Anwendbarkeit von § 767 ZPO bei anderen vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen als solchen gegenständlicher Art: BGH, Urt. v. 11.12.1967 – III ZR 115/67, NJW 1968, 700 f. Rn. 13 und 19 f.; Urt. v. 2.4.1991 – VI ZR 241/90, NJW 1991, 2295, 2296 Rn. 13; Urt. v. 7.3.2002 – IX ZR 293/00, NJW 2002, 1788 Rn. 9; Versäumnisurt. v. 27.3.2015 – V ZR 296/13, *ZNotP 2015, 346* Rn. 16). Die entsprechende Anwendbarkeit des § 767 Abs. 1 ZPO ist im Hinblick darauf gerechtfertigt, dass ansonsten keine hinreichenden Rechtsschutzmöglichkeiten für den Schuldner bestünden. Der Anwendungsbereich von § 766 Abs. 1 ZPO ist, wie bereits erörtert, bei derartigen vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen gegenständlicher Art nicht eröffnet. Klagen auf Unterlassung der vereinbarungswidrigen Vollstreckung (hierfür *Roquette*, ZZP 49 [1925], 160, 167), auf Freigabe der gepfändeten Sachen (vgl. BGH, Urt. v. 25.9.1967 – II ZR 197/64, WM 1967, 1199, 1200, zu einer Vereinbarung, die den Gläubiger verpflichtete, nach Bezahlung eines Teilbetrags Pfändungen aufzuheben) oder gem. § 256 Abs. 1 ZPO auf Feststellung der Unzulässigkeit der Vollstreckung bieten dem Schuldner mangels unmittelbarer Einwirkung der betreffenden Entscheidungen auf die Zwangsvollstreckung gem. § 775 Nr. 1 ZPO keine hinreichende Rechtsschutzmöglichkeit (vgl. *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, a.a.O., § 33 Rn. 55; Stein/Jonas/*Münzberg*, a.a.O., § 766 Rn. 25; *Rinck*, Parteivereinbarungen in der Zwangsvollstreckung aus dogmatischer Sicht, 1996, S. 163 ff.). Für eine Klage auf Schadensersatz wegen vereinbarungswidriger Vollstreckung gilt Entsprechendes (vgl. *Rinck*, a.a.O., S. 165; *Schug*, a.a.O., S. 189 i.V.m. S. 113 f.).

[45] Anders als die vorstehend genannten Klagen erlaubt die Vollstreckungsabwehrklage entsprechend § 767 Abs. 1 ZPO bei vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen, mit denen die Vollstreckung in bestimmte Gegenstände ausgeschlossen wird, im Erfolgsfall einen Urteilstenor, aufgrund dessen die Zwangsvollstreckung gem. § 775 Nr. 1 ZPO einzustellen ist. Dies steht nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH, wonach mit einer Vollstreckungsabwehrklage im originären Anwendungsbereich von § 767 Abs. 1 ZPO nicht beantragt werden kann, die Zwangsvollstreckung aus einem Titel nur insoweit für unzulässig zu erklären, als es sich um bestimmte Vollstreckungsmaßnahmen handelt (vgl. BGH, Urt. v. 10.10.1960 – II ZR 53/58, NJW 1960, 2286, 2287 Rn. 7 ff.; Beschl. v. 5.7.2005 – VII ZB 10/05, WM 2005, 1991, 1992 Rn. 13; Urt. v. 21.10.2016 – V ZR 230/15, NJW 2017, 674 Rn. 7). Zwar kann der auf eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung gegenständlicher Art gestützte Antrag bei der Klage entsprechend § 767 Abs. 1 ZPO richtigerweise nur dahin lauten, dass die Vollstreckung in bestimmte, von der Vollstreckung ausgenommene Gegenstände für unzulässig erklärt wird (vgl. *Blomeyer*, ZZP 89 [1976], 483, 497). Anders als bei einer Vollstreckungsabwehrklage im originären Anwendungsbereich des § 767 Abs. 1 ZPO (vgl. BGH, Urt. v. 10.10.1960 – II ZR 53/58, a.a.O., Rn. 7) dient die auf eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung gegenständlicher Art gestützte Klage entsprechend § 767 Abs. 1 ZPO indes nicht dazu, dem Titel die Vollstreckungsfähigkeit schlechthin zu nehmen. Vielmehr besteht bei dieser entsprechenden Anwendung von § 767 Abs. 1 ZPO ein Bedürfnis, die Vollstreckung nur hinsichtlich der betroffenen Gegenstände für unzulässig zu erklären.

[46] III. 1. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden (vgl. § 577 Abs. 5 Satz 1 ZPO), da die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Rechts auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt. Nach Letzterem ist die Sache – abgesehen davon, dass eine Wiederherstellung des nicht mehr wirksamen Pfändungsbeschl. v. 27.11.2012 mit selbem Rang nicht möglich (vgl. BGH, Beschl. v. 25.8.2004 – IXa ZB 271/03, BGHZ 160, 197, 204 Rn. 14) und der Neuerlass des Pfändungsbeschlusses dem AG zu überlassen ist – zur Endentscheidung reif.

[47] 2. Die Entscheidung wegen der Kosten beruht auf §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

[48] 3. Der Senat weist vorsorglich darauf hin, dass das AG – Vollstreckungsgericht – M im jetzigen Verfahrensstadium entsprechend § 17a Abs. 6 GVG i.V.m. Abs. 5 GVG gehindert ist, seine Unzuständigkeit mit der Begründung anzunehmen, für den Erlass des Pfändungsbeschlusses sei das AG – FamG – M (Arrestgericht als Vollstreckungsgericht, § 930 Abs. 1 Satz 3 ZPO) zuständig.

[49] Das Beschwerdegericht und das Rechtsbeschwerdegericht sind im Streitfall gem. § 17a Abs. 6 GVG i.V.m. Abs. 5 GVG gehindert, zu prüfen, ob sich das AG – Vollstreckungsgericht – M erstinstanzlich zu Unrecht anstelle des Arrestgerichts für zuständig erachtet hat, nachdem diese Zuständigkeitsfrage in

erster Instanz nicht angesprochen und vom Schuldner nicht gerügt worden ist (vgl. BGH, Urt. v. 16.6.2015 – KZR 83/13, NJW 2016, 74 Rn. 71, insoweit in BGHZ 205, 354 nicht abgdr. – Einspeiseentgelt). Für das AG – Vollstreckungsgericht – M gilt nach der Zurückverweisung unter Berücksichtigung des Zwecks des § 17a GVG (vgl. BGH, Beschl. v. 11.7.1996 – V ZB 6/96, BGHZ 133, 240, 244 f. Rn. 18), durch eine möglichst frühzeitige Klärung der Rechtswegfrage Rechtsstreitigkeiten abzubauen und so zur Verfahrensbeschleunigung beizutragen, Entsprechendes (vgl. ArbG Hanau, NJW-RR 1997, 766; Musielak/Voit/*Wittschier*, a.a.O., § 17a GVG Rn. 19; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann/*Hartmann*, a.a.O., § 17a GVG Rn. 19).

Keine Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft bei Hinterlegung des Übererlöses

BGB §§ 273 Abs. 1, 749 Abs. 1, 753 Abs. 1 Satz 1, 1361b Abs. 3 Satz 2; NHintG § 16 Abs. 2

Leitsätze (amtlich):

1. **Wird der Übererlös aus der Zwangsversteigerung eines Grundstücks hinterlegt, weil die Gemeinschafter während des Zwangsversteigerungsverfahrens keine Einigung über dessen Verteilung erzielen konnten, setzt sich die Bruchteilsgemeinschaft an der Forderung gegen die Hinterlegungsstelle fort.**
2. **Allein die Hinterlegung des Übererlöses nach § 117 Abs. 2 Satz 3 ZVG führt noch nicht zur Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft (Aufgabe von Senatsurteil vom 17.11.1999 – XII ZR 281/97 – FamRZ 2000, 355, 356).**
3. **Dem Anspruch auf Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 749 Abs. 1, 753 Abs. 1 Satz 1 BGB können von dem anderen Teilhaber keine gemeinschaftsfremden Forderungen entgegengehalten werden (im Anschluss an Senatsbeschluss BGHZ 199, 71 = FamRZ 2014, 285).**
4. **Steht die Ehewohnung im Miteigentum der Ehegatten, enthält für die Zeit des Getrenntlebens die Vergütungsregelung nach § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB die gegenüber § 745 Abs. 2 BGB speziellere Regelung (Fortführung von Senatsbeschluss BGHZ 199, 322 = FamRZ 2014, 460).**

BGH, Beschl. v. 22. 2. 2017 – XII ZB 137/16

[1] A. Die Beteiligten streiten über die Verteilung des hinterlegten Erlöses aus der Teilungsversteigerung eines ihnen vormals zu gleichen Teilen gehörenden Anwesens.

[2] Die Beteiligten schlossen 1991 die Ehe, lebten seit April 2009 getrennt und sind seit dem 19.7.2011 rechtskräftig geschieden. Sie waren je zur Hälfte Miteigentümer des gemeinsam bewohnten Familienheims. Nachdem der Antragsgegner aus dem Familienheim ausgezogen war, bewohnte die Antragstellerin das Anwesen mit den beiden bei Trennung 14- und 17-jährigen Kindern noch bis zum 31.12.2012. Der Antragsgegner bestritt die laufenden Hauskosten, zahlte aber keinen Trennungs- und nachehelichen Unterhalt.

[3] In dem von der Antragstellerin betriebenen Teilungsversteigerungsverfahren über das Hausgrundstück erhielt der Antragsgegner am 6.12.2013 mit einem Gebot von 120.001 € den Zuschlag. Nachdem sich die Eheleute über die Verteilung des verbleibenden Erlöses nicht einigen konnten, hinterlegte das Vollstreckungsgericht die nach Abzug der Kosten verbliebene Teilungsmasse i.H.v. 116.357,04 € bei der Hinterlegungsstelle des AG und stellte fest, dass die restliche Teilungsmasse der ehemaligen Eigentümergemeinschaft gemeinschaftlich zustehe.

[4] Im vorliegenden Verfahren hat die Antragstellerin beantragt, den Antragsgegner zu verpflichten, seine Zustimmung zur Auszahlung des beim AG hinterlegten Betrags in Höhe der Hälfte, mithin eines Betrags von 58.178,52 €, nebst Hinterlegungszinsen an die Antragstellerin zu erklären. Nachdem der Antragsgegner im Termin zur mündlichen Verhandlung v. 6.5.2015 keine Anträge gestellt hatte, hat das AG ihn mit Versäumnisbeschluss antragsgemäß verpflichtet.

[5] Mit seinem Einspruch gegen den Versäumnisbeschluss hat der Antragsgegner sich auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen, weil ihm gegen die Antragstellerin ein Anspruch auf Zugewinnausgleich i.H.v. ca. 60.000 € zustehe, er für die Zeit v. April 2009 – Dezember 2013 von der Antragstellerin Ersatz für die Nutzung des ehemaligen Familienheims verlangen könne und die Antragstellerin zum Ersatz der von ihm an verschiedene Versorgungsträger erbrachten Leistungen sowie weiterer, im Rahmen der Ehescheidung angefallener Positionen verpflichtet sei. Hilfsweise hat der Antragsgegner wegen dieser Ansprüche die Aufrechnung mit einer Forderung i.H.v. 69.348,95 € erklärt.

[6] Das AG hat den Versäumnisbeschluss aufrechterhalten. Die Beschwerde des Antragsgegners ist ohne Erfolg geblieben. Hiergegen richtet sich dessen zugelassene Rechtsbeschwerde.

[7] B. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

[8] I. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner in FamRZ 2016, 1160 veröffentlichten Entscheidung Folgendes ausgeführt:

[9] Der Anspruch der Antragstellerin auf Einwilligung in die Auszahlung des beim AG hinterlegten hälftigen Erlösanteils folge aus §§ 749 Abs. 1, 752 Satz 1 BGB i.V.m. § 16 Abs. 2 NHintG (früher: § 13 Abs. 2 HinterlO).

[10] Die Aufhebung einer Bruchteilsgemeinschaft an einem Grundstück, das nicht in Natur teilbar ist, erfolge nach § 753 Abs. 1 Satz 1 BGB durch Zwangsversteigerung und anschließende Teilung eines nach Abzug der Versteigerungskosten und Berichtigung der gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten verbleibenden Überschusses zwischen den Gemeinschaftern entsprechend ihrer Anteile (§ 752 Satz 1 BGB). Werde der Erlös von dem Ersteigerer hinterlegt, bestehe die Mitberechtigung der früheren Grundstückseigentümer an der gegen die Hinterlegungsstelle gerichteten Forderung auf Auszahlung eines möglichen Übererlöses. Zur Teilung bedürfe es nicht der gemeinsamen Einziehung der Forderung gegen die Hinterlegungsstelle und der anschließenden Auseinandersetzung des Erlöses, sondern jeder Teilhaber könne von dem anderen die nach § 16 Abs. 2 NHintG erforderliche Einwilligung in die Herausgabe des auf ihn entfallenden Teils des hinterlegten Erlöses verlangen.

[11] Dem Einwilligungsanspruch der Antragstellerin könne der Antragsgegner weder ein Zurückbehaltungsrecht wegen einer möglichen Zugewinnausgleichsforderung oder anderer gemeinschaftsfremder Ansprüche noch die Aufrechnung mit derartigen Ansprüchen entgegenhalten.

[12] Ein Zurückbehaltungsrecht des Antragsgegners entfalle zwar nicht wegen der fehlenden Gegenseitigkeit der Forderungen. Fraglich sei aber, ob der Antragsgegner sich im Hinblick auf die im Rahmen des § 273 Abs. 1 BGB erforderliche Konnexität der Rechtsverhältnisse wirksam auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen der von ihm behaupteten güterrechtlichen Ausgleichsforderung berufen könne. Das Recht eines Teilhabers nach § 749 Abs. 1 BGB, jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, dürfe grds. nicht durch die Geltendmachung von Gegenrechten, die nicht in der Gemeinschaft wurzeln, beeinträchtigt werden. Dies gelte jedenfalls, solange die Bruchteilsgemeinschaft noch nicht aufgehoben sei.

[13] Im hier zu entscheidenden Fall sei somit maßgeblich, ob die Bruchteilsgemeinschaft mit der Hinterlegung des gesamten Versteigerungserlöses bei der Hinterlegungsstelle durch den ersteigernden Ehegatten und der Durchführung des ergebnislosen Verteilungstermins oder erst mit der Erlösverteilung aufgehoben sei.

[14] Nachdem im Verteilungstermin v. 7.1.2014 keine Einigung erzielt worden sei, sei mangels Erlösverteilung die Bruchteilsgemeinschaft mit der Hinterlegung gerade nicht aufgehoben, sondern bleibe einer Einigung vorbehalten. Damit könne sich der Antragsgegner, um eine Blockierung der Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft nicht zu verhindern, jedenfalls nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Zugewinnausgleichsforderung berufen, da diese güterrechtliche Forderung keine Zuteilung aus dem Versteigerungserlös rechtfertige und gemeinschaftsfremd sei.

[15] Auch im Fall der Geltendmachung nicht güterrechtlicher Ansprüche im Wege des Zurückbehaltungsrechts gegen den Einwilligungsanspruch sei das nach § 749 Abs. 1 BGB gerechtfertigte Interesse des anderen Gemeinschafters an einer zügigen Abwicklung zu berücksichtigen, der gerade im Fall der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft die Teilungsversteigerung zur Klärung der Vermögensverhältnisse betreibe. Würde man demgegenüber noch vor der endgültigen Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft die Geltendmachung von Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrechten mit jeglichen Forderungen zulassen, so würde sich die Erlösverteilung u.U. über Jahre hinziehen. Somit könnten auch nicht güterrechtliche Ansprüche vom Einwilligungsgegner nur insoweit der Forderung entgegenhalten werden, als sie gemeinschaftsoriginär seien und aus der ursprünglichen Grundstücksgemeinschaft stammten.

[16] Dies treffe hier nur auf die Nutzungsentschädigungsansprüche des Antragsgegners gegen die Antragstellerin nach Eintritt der Rechtskraft der Scheidung zu, so lange und so weit deren Voraussetzungen vorlägen. In der Trennungszeit gehe die familienrechtliche Bestimmung des § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB als lex specialis der gemeinschaftsrechtlichen Regelung des § 745 Abs. 2 BGB vor. Dieser Nutzungsentschädigungsanspruch vor Rechtskraft der Ehescheidung wurzele in der ehelichen Gemeinschaft und nicht in der Grundstücksgemeinschaft. Daher könne mit dem Anspruch aus § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB – genauso wie mit güterrechtlichen Ansprüchen – gegenüber dem Anspruch auf Zustimmung zur Auskehrung des hälftigen Teilungsversteigerungserlöses nicht aufgerechnet und auch insoweit kein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden.

[17] Nach rechtskräftiger Scheidung folge ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung aus § 745 Abs. 2 BGB, da § 1568a BGB keine entsprechende Regelung enthalte. Dieser Anspruch erfordere jedoch eine Aktivierung in Form eines Neuregelungsverlangens i.S.d. § 745 Abs. 2 BGB. Dazu reiche eine bloße Zahlungsaufforderung des ausgezogenen Ehegatten nicht aus. Vielmehr sei ein deutlich geltend gemachtes Neuregelungs- und Zahlungsverlangen erforderlich, damit der im Familienheim verbliebene Ehegatte sich rechtzeitig auf die entstehende Belastung einstellen könne und er nicht für die Vergangenheit mit Ansprüchen konfrontiert werde, die ihm nicht rechtzeitig bekannt gegeben worden seien. Hier sei ein deutliches Neuregelungsverlangen nicht erfolgt. Vielmehr habe nach dem Auszug des Antragsgegners im April 2009 keine Kommunikation der Beteiligten über die Nutzungsmodalitäten mehr stattgefunden. Deshalb könne sich der Antragsgegner nicht auf eine Nutzungsentschädigung für den Zeitraum von der Rechtskraft der Ehescheidung im Juli 2011 bis zum Auszug der Antragstellerin mit den Kindern im Dezember 2012 berufen.

[18] Der Antragsgegner könne sich auch nicht mit Erfolg auf eine Hilfsaufrechnung mit güterrechtlichen oder sonstigen Ansprüchen stützen. Da die Gemeinschaft mit dem Zuschlagsbeschluss nicht aufgehoben worden sei, sondern sich am Erlös fortsetze, könnten dem Zustimmungsantrag der Antragstellerin keine gemeinschaftsfremden Ansprüche entgegengehalten werden. Soweit der Antragsgegner sich auch im Rahmen der Hilfsaufrechnung auf den Nutzungsentschädigungsanspruch berufe, scheitere die Hilfsaufrechnung daran, dass ein solcher Anspruch vor Rechtskraft der Scheidung gem. § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB gemeinschaftsfremd sei und die Voraussetzungen des Nutzungsentschädigungsanspruchs gem. § 745 Abs. 2 BGB nicht vorlägen.

[19] II. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

[20] 1. Das Beschwerdegericht hat zu Recht einen Anspruch der Antragstellerin gem. §§ 749 Abs. 1, 752 Satz 1 BGB auf Abgabe der nach § 16 Abs. 2 NHintG erforderlichen Einwilligung in die Auszahlung des beim AG hinterlegten hälftigen Erlösanteils nebst Hinterlegungszinsen bejaht.

[21] a) Die Aufhebung einer Bruchteilsgemeinschaft an einem Grundstück, das nicht in Natur teilbar ist nach § 753 Abs. 1 Satz 1 BGB, erfolgt durch Zwangsversteigerung und anschließende Teilung eines nach Abzug der Versteigerungskosten (§§ 180 Abs. 1, 109 Abs. 1 ZVG) und Berichtigung der gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten (§§ 755, 756 BGB) verbleibenden Überschusses zwischen den Gemeinschaftern entsprechend ihren Anteilen (§ 752 Satz 1 BGB). Da sich die an dem Grundstück bestehende Bruchteilsgemeinschaft mit dem Zuschlag im Teilungsversteigerungsverfahren im Wege der dinglichen Surrogation an dem Versteigerungserlös fortsetzt, steht den Miteigentümern des Grundstücks zzt. des Zuschlags die Forderung auf Zahlung des Versteigerungserlöses gemeinschaftlich in ihrem bisherigen Rechtsverhältnis zu. Bestand – wie hier – zuvor eine Bruchteilsgemeinschaft an dem Grundstück, besteht an der Forderung nunmehr eine Mitberechtigung nach § 432 BGB, da jeder Teilhaber vom Ersteher nur Zahlung an alle Teilhaber gemeinsam verlangen kann. Dies gilt auch dann, wenn ein Miteigentümer das Grundstück selbst ersteigert (Senatsurteile BGHZ 199, 71 = FamRZ 2014, 285 Rn. 16 und BGHZ 175, 297 = FamRZ 2008, 767 Rn. 23 f. m.w.N.).

[22] Wird der Erlös von dem Ersteigerer hinterlegt, besteht die Mitberechtigung der früheren Grundstückseigentümer an der

gegen die Hinterlegungsstelle gerichteten Forderung auf Auszahlung eines möglichen Übererlöses. Allerdings bedarf es in diesem Fall zur Teilung nicht der gemeinsamen Einziehung der Forderung gegen die Hinterlegungsstelle und der anschließenden Auseinandersetzung des herausgegebenen Erlöses. Vielmehr kann jeder Teilhaber von den anderen die hier nach § 16 Abs. 2 NHintG erforderliche Einwilligung in die Herausgabe des auf ihn entfallenden Teils des hinterlegten Erlöses verlangen, wenn aus dem hinterlegten Betrag keine Verbindlichkeiten mehr zu berichtigen sind (vgl. Senatsurteil BGHZ 199, 71 = FamRZ 2014, 285 Rn. 18 m.w.N.).

[23] b) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist die zwischen den Beteiligten bestehende Bruchteilsgemeinschaft nicht durch die Hinterlegung des Versteigerungserlöses aufgehoben worden.

[24] aa) Nach dem klaren Wortlaut des § 753 Abs. 1 Satz 1 BGB setzt die Aufhebung einer an einem Grundstück bestehenden Gemeinschaft einen zweiaktigen Tatbestand voraus, nämlich zum einen die Zwangsversteigerung des Grundstücks und zum anderen die Teilung des Erlöses (vgl. Senatsurteil BGHZ 175, 297 = FamRZ 2008, 767 Rn. 33 m.w.N.). Der Zweck der Teilungsversteigerung erschöpft sich darin, an die Stelle des nicht teilbaren Gegenstands der Versteigerung eine Geldsumme treten zu lassen, die verteilt werden kann (vgl. Senatsurteil BGHZ 175, 297 = FamRZ 2008, 767 Rn. 31 m.w.N.; Staudinger/*Eickelberg*, BGB, 2015, § 753 Rn. 3). Die Teilung des Erlösüberschusses (oder hier der Forderung gegen die Hinterlegungsstelle) unter den Berechtigten ist jedenfalls dann, wenn diese sich darüber nicht einig sind, nicht mehr Gegenstand des Versteigerungsverfahrens. Die Teilungsversteigerung erfolgt zwar zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft (§ 180 Abs. 1 ZVG), kann diese aber nicht ersetzen oder vorwegnehmen; sie erfolgt vielmehr nur zu deren Vorbereitung (vgl. Senatsurteil BGHZ 175, 297 = FamRZ 2008, 767 Rn. 30 m.w.N.; vgl. auch Staudinger/*Eickelberg*, a.a.O., § 753 Rn. 3; *Popp*, in: Depré, ZVG, § 180 Rn. 32).

[25] bb) Können die Gemeinschafter während des Zwangsversteigerungsverfahrens keine Einigung über die Teilung des Erlöses erzielen, wird dieser gem. § 117 Abs. 2 Satz 3 ZVG hinterlegt. In diesem Fall setzt sich die Bruchteilsgemeinschaft an der Forderung gegen die Hinterlegungsstelle fort (vgl. BGH, NJW 1967, 200, 201; Staudinger/*Eickelberg*, a.a.O., § 753 Rn. 22; MünchKomm-BGB/*K. Schmidt*, 6. Aufl., § 753 Rn. 29). Über den hinterlegten Betrag können die Teilhaber nur gemeinschaftlich verfügen (§ 747 Satz 2 BGB), und die Hinterlegungsstelle darf den Erlös nur an die Teilhaber gemeinschaftlich auskehren (§ 432 Abs. 1 Satz 1 BGB). Eine Bruchteilsgemeinschaft kann aber erst dann ihr Ende finden, wenn eine alleinige Rechtszuständigkeit der Teilhaber an dem auf sie entfallenden Anteil an dem Gemeinschaftsgegenstand geschaffen worden ist (vgl. MünchKomm-BGB/*K. Schmidt*, a.a.O., § 752 Rn. 5). Ist der Versteigerungserlös hinterlegt, wird dies grds. nur durch eine Vereinbarung der Teilhaber über die Aufteilung des Erlöses erreicht. Durch sie wandelt sich der ideelle Bruchteil des einzelnen Teilhabers an der Forderung gegen die Hinterlegungsstelle in einen reellen Anteil an dem hinterlegten Erlös. Weist der Teilhaber die Vereinbarung gegenüber der Hinterlegungsstelle nach, kann der auf ihn entfallende Erlösanteil ohne Mitwirkung des anderen Teilhabers an ihn ausgekehrt werden (vgl. § 16 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 NHintG).

[26] Kommt eine Einigung der Gemeinschafter über die Verteilung des Erlöses nicht zustande, muss die Teilung in der Weise weiter betrieben werden, dass ein Teilhaber den anderen auf Einwilligung in die Auszahlung gerichtlich in Anspruch nimmt (*Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 6. Aufl., Rn. 193). Da die Hinterlegungsstelle den auf den Teilhaber entfallenden Anteil am Erlös dann nur nach Vorlage einer entsprechenden rechtskräftigen Entscheidung an diesen allein auskehren darf (vgl. § 16 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 NHintG), ist die Bruchteilsgemeinschaft in diesem Fall erst mit Eintritt der Rechtskraft dieser Entscheidung aufgehoben.

[27] Diese Erwägungen zeigen, dass allein die Hinterlegung des Übererlöses nach § 117 Abs. 2 Satz 3 ZVG noch nicht zur Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft führt. Soweit der Senat in einem Fall in der Hinterlegung eines Übererlöses eine Teilung in Natur angenommen hat (Senatsurt. v. 17.11.1999 – XII ZR 281/97, FamRZ 2000, 355, 356), hält er daran nicht fest.

[28] c) Auf dieser rechtlichen Grundlage hat das Beschwerdegericht zu Recht angenommen, dass die zwischen den Beteiligten bestehende Bruchteilsgemeinschaft durch die Hinterlegung des Erlöses noch nicht aufgehoben ist. Die Beteiligten haben eine Einigung über die Aufteilung des Versteigerungserlöses bislang nicht erzielt, weshalb die Antragstellerin im vorliegenden Verfahren gerade die Verpflichtung des Antragsgegners zur Vornahme der für die Erlösverteilung erforderlichen Mitwirkungshandlungen erstrebt.

[29] 2. Diesem Anspruch kann der Antragsgegner weder ein Zurückbehaltungsrecht wegen der von ihm behaupteten Gegenansprüche entgegenhalten noch kann er mit diesen Forderungen die Aufrechnung erklären.

[30] a) Zutreffend hat das Beschwerdegericht allerdings erkannt, dass ein Zurückbehaltungsrecht des Antragsgegners im vorliegenden Fall nicht bereits wegen fehlender Gegenseitigkeit der Forderungen ausscheidet. Der von der Antragstellerin geltend gemachte Anspruch auf Einwilligung in die Auszahlung ihres Anteils am hinterlegten Erlös ergibt sich aus §§ 749 Abs. 1, 753 BGB und richtet sich gegen den Antragsgegner persönlich. Denn Schuldner des Anspruchs auf Aufhebung der Gemeinschaft ist der einzelne Teilhaber der Bruchteilsgemeinschaft. Da sich die von dem Antragsgegner geltend gemachten Gegenansprüche sämtlich gegen die Antragstellerin richten, ist das für das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB erforderliche Gegenseitigkeitsverhältnis vorliegend gegeben (vgl. Senatsurteil BGHZ 199, 71 = FamRZ 2014, 285 Rn. 21).

[31] b) Soweit sich der Antragsgegner darauf beruft, ihm stehe ein Anspruch auf Zugewinnausgleich und auf Ersatz für die Nutzung des Familienwohnheims durch die Antragstellerin während der Trennungszeit zu, scheitert ein Zurückbehaltungsrecht jedoch daran, dass dem Anspruch aus §§ 749 Abs. 1, 752 Satz 1 BGB i.V.m. § 16 Abs. 2 NHintG keine gemeinschaftsfremden Gegenrechte entgegengehalten werden können. Aus dem gleichen Grunde kann der Antragsgegner mit diesen Forderungen auch nicht die Aufrechnung erklären.

[32] aa) Der BGH hat für den Fall, dass ein Teilhaber – wie hier – die nach § 16 Abs. 2 NHintG erforderliche Einwilligung des anderen in die Auszahlung des auf ihn entfallenden Teils des hinterlegten Erlöses begehrt, bereits entschieden, dass jener die Zustimmung nicht mit der Begründung verweigern kann, der

Anspruchsteller schulde ihm aus einem anderen Rechtsverhältnis ebenfalls eine Leistung (BGHZ 90, 194 = NJW 1984, 2526, 2527). Das Recht eines Teilhabers, nach § 749 Abs. 1 BGB jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, darf grds. nicht durch die Geltendmachung von Gegenrechten, die nicht in der Gemeinschaft wurzeln, beeinträchtigt werden (BGHZ 63, 348 = NJW 1975, 687, 688; Palandt/*Grüneberg*, BGB, 76. Aufl., § 273 Rn. 16; MünchKomm-BGB/*Krüger*, 7. Aufl., § 273 Rn. 55; Bamberger/Roth/*Unberath*, BGB, 4. Aufl., § 273 Rn. 34; *Schulz/Hauß*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 6. Aufl., Kap. 5, Rn. 94; *Wever*, a.a.O., Rn. 198; Klein/*Büte*, Familienvermögensrecht, 2. Aufl., Kap. 4, Rn. 140). Auch nach der Rechtsprechung des Senats darf die Auseinandersetzung der Bruchteilsgemeinschaft nicht durch gemeinschaftsfremde Gegenrechte beeinträchtigt werden, solange die Gemeinschaft – wie im vorliegenden Fall – nicht aufgehoben ist (vgl. Senatsurteil BGHZ 199, 71 = FamRZ 2014, 285 Rn. 28). Die Anerkennung eines Zurückbehaltungsrechts gem. § 273 BGB wegen einer güterrechtlichen oder sonstigen familienrechtlichen Ausgleichsforderung würde dem mit § 749 Abs. 1 BGB verfolgten Zweck, grds. die jederzeitige Aufhebung der Gemeinschaft zu gewährleisten, widerstreiten.

[33] bb) Danach hat das Beschwerdegericht zu Recht angenommen, dass der Antragsgegner im vorliegenden Fall dem Anspruch der Antragstellerin den von ihm behaupteten Anspruch auf Zugewinnausgleich als einer güterrechtlichen Ausgleichsforderung nicht entgegenhalten kann.

[34] cc) Gleiches gilt bei dem Anspruch auf Nutzungsersatz für die Zeit des Getrenntlebens, weil es sich hierbei ebenfalls um eine gemeinschaftsfremde Forderung handelt.

[35] Gem. § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB kann der Ehegatte, der dem anderen die Ehewohnung während des Getrenntlebens ganz oder z.T. überlassen hat, von dem nutzungsberechtigten Ehegatten eine Vergütung für die Nutzung verlangen, soweit dies der Billigkeit entspricht. Zweck dieser Regelung ist es, den Verlust des Wohnungsbesitzes und die damit einhergehenden wirtschaftlichen Nachteile für den weichenden Ehegatten im Einzelfall nach Billigkeit zu kompensieren. Dadurch soll ein Ausgleich dafür geschaffen werden, dass nur noch der Verbliebene allein diejenigen Nutzungen zieht, die nach der ursprünglichen ehelichen Lebensplanung beiden Ehegatten gemeinsam zustehen sollten (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 199, 322 = FamRZ 2014, 460 Rn. 10 und Senatsurt. v. 15.2.2006 – XII ZR 202/03, FamRZ 2006, 930, 932 f.). Dabei hängt die Frage, ob nach § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB eine Nutzungsvergütung zu entrichten ist, grds. nicht von der Art des Rechts ab, auf dem die gemeinsame eheliche Nutzung der Wohnung beruht (Senatsbeschluss BGHZ 199, 322 = FamRZ 2014, 460 Rn. 11 f.; vgl. MünchKomm-BGB/*Weber-Monecke*, a.a.O., § 1361b Rn. 17). So ist die Vorschrift auch in Fällen anwendbar, in denen ein Ehegatte die in seinem Alleineigentum stehende Ehewohnung dem anderen Ehegatten freiwillig zur alleinigen Nutzung überlässt (Senatsurt. v. 15.2.2006 – XII ZR 202/03, FamRZ 2006, 930, 932 f.).

[36] Steht die Ehewohnung – wie im vorliegenden Fall – im Miteigentum der Eheleute, enthält die Vergütungsregelung nach § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB die gegenüber § 745 Abs. 2 BGB speziellere Regelung (OLG Zweibrücken, FamRZ 2013, 1980, 1981; OLG Frankfurt, FamRZ 2011, 373, 374; OLG Jena, FamRZ 2008, 1934, 1935; OLG Hamm, FamRZ 2008, 1639; Johannsen/Henrich/*Götz*, Familienrecht, 6. Aufl., § 1361b Rn. 32; MünchKomm-BGB/*Weber-Monecke*, a.a.O., § 1361b Rn. 17; Palandt/*Brudermüller*, a.a.O., § 1361b Rn. 20; vgl. auch Senatsbeschluss BGHZ 199, 322 = FamRZ 2014, 460 Rn. 13 zur Nutzungsvergütung bei einem gemeinsamen unentgeltlichen Wohnrecht der Ehegatten). Denn sie ermöglicht unabhängig von den Eigentumsverhältnissen an der Ehewohnung einen an familienrechtlichen Billigkeitskriterien orientierten Ausgleich für die Zeit des Getrenntlebens. Zudem ist das für Ansprüche nach § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB anzuwendende Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Streitigkeiten von Ehegatten über das Nutzungsentgelt für die Ehewohnung während der Trennungszeit (§ 200 Abs. 1 Nr. 1 FamFG) geeigneter als das gem. §§ 112 Nr. 3, 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG für Ansprüche aus § 745 Abs. 2 BGB anzuwendende Familienstreitverfahren (vgl. *Wever*, a.a.O., Rn. 101).

[37] Soweit der Antragsgegner einen Nutzungsersatzanspruch gegen die Antragstellerin für die Zeit des Getrenntlebens geltend macht, handelt es sich daher um einen familienrechtlichen Anspruch, der nicht in dem Gemeinschaftsverhältnis zwischen den Ehegatten wurzelt (a.A. *Münch*, FamRZ 2016, 1164, 1165) und daher ebenfalls dem Anspruch der Antragstellerin weder im Wege eines Zurückbehaltungsrechts noch durch Aufrechnung entgegengehalten werden kann.

[38] c) Zu Recht hat das Beschwerdegericht ein Zurückbehaltungsrecht des Antragsgegners und eine Berechtigung zur Aufrechnung auch insoweit verneint, als dieser von der Antragstellerin Ersatz für die alleinige Nutzung der Ehewohnung in der Zeit ab Rechtskraft der Scheidung begehrt.

[39] aa) Der Berücksichtigung dieses Anspruchs stünde allerdings nicht der Grundsatz entgegen, dass die Auseinandersetzung der Bruchteilsgemeinschaft nicht durch gemeinschaftsfremde Gegenrechte beeinträchtigt werden darf.

[40] Denn nach der Rechtskraft der Scheidung bestimmt sich ein möglicher Vergütungsanspruch des Ehegatten, der aus der im Eigentum beider Ehegatten stehenden Immobilie ausgezogen ist, nach § 745 Abs. 2 BGB, weil § 1568a BGB keine Regelung für einen Anspruch auf Nutzungsvergütung enthält (vgl. OLG Frankfurt/M., FamRZ 2013, 1681, 1682; MünchKomm-BGB/*Wellenhofer*, a.a.O., § 1568a Rn. 24; vgl. auch Senatsurteil BGHZ 186, 372 = FamRZ 2010, 1630 Rn. 15 m.w.N.). Anders als beim Nutzungsersatzanspruch während der Trennungszeit nach § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB handelt es sich hierbei nicht um einen besonderen familienrechtlichen Anspruch. Ihm liegt vielmehr die Erwägung zugrunde, dass nach § 745 Abs. 2 BGB jeder Bruchteilsgemeinschafter eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen kann, wenn tatsächliche Veränderungen eingetreten sind, die ein Festhalten an der bisherigen Verwaltungsvereinbarung unerträglich erscheinen lassen. Eine solche kann auch darin bestehen, dass derjenige, der in der Immobilie verbleibt, an den anderen eine angemessene Nutzungsentschädigung zu zahlen hat (Senatsurt. v. 8.5.1996 – XII ZR 254/94, FamRZ 1996, 931, 932 m.w.N.). Daher wurzelt dieser Anspruch im Recht der Bruchteilsgemeinschaft und könnte deshalb grds. dem Aufhebungsverlangen der Antragstellerin nach §§ 749, 753 BGB entgegengehalten werden.

[41] bb) Dem weichenden Ehegatten steht eine Nutzungsvergütung nach § 745 Abs. 2 BGB jedoch nur ab dem Zeitpunkt zu, ab dem er eine Neuregelung der Verwaltung und Benutzung verlangen kann und tatsächlich mit hinreichender Deutlichkeit auch verlangt (Senatsurt. v. 13.1.1993 – XII ZR 212/90, FamRZ 1993, 676, 678 m.w.N.). Der in dem Familienheim verbliebene

Ehegatte soll sich durch das rechtzeitige und deutliche Verlangen nach einer Vergütung auf die damit verbundene wirtschaftliche Belastung einstellen und die Entscheidung treffen können, ob er das Familienheim gegen Zahlung einer Vergütung weiter alleine nutzen will (vgl. *Wever*, a.a.O., Rn. 105).

[42] Im vorliegenden Fall fehlt es nach Eintritt der Rechtskraft der Scheidung an einem hinreichend deutlichen Verlangen des Antragsgegners auf Neuregelung der Verwaltung und Benutzung der Immobilie. Das Beschwerdegericht hat festgestellt, dass zwischen den Beteiligten nach dem Auszug des Antragsgegners aus dem Familienheim im April 2009 keine Kommunikation mehr stattgefunden hat. Hiergegen erhebt die Rechtsbeschwerde keine Einwendungen. Auch dem vom Antragsgegner eingeleiteten Mahnverfahren lässt sich kein hinreichend deutliches Verlangen nach einer Neuregelung der Verwaltung und Benutzung entnehmen.

[43] Soweit die Rechtsbeschwerde die Auffassung vertritt, aus dem Sachvortrag der Beteiligten ergebe sich gerade nicht, dass nach Rechtskraft der Scheidung kein Verlangen nach einer Neuregelung der Verwaltung und Benutzung erhoben worden sei, verkennt sie die maßgebliche Verteilung der Darlegungslast. Das deutliche Verlangen des weichenden Ehegatten nach einer Neuregelung der Verwaltung und Benutzung der Immobilie ist Voraussetzung für einen Nutzungsersatzanspruch nach § 745 Abs. 2 BGB. Der Antragsgegner wäre daher nach den allgemeinen Grundsätzen für die Verteilung der Darlegungslast verpflichtet gewesen, zu dieser anspruchsbegründenden Voraussetzung schlüssig vorzutragen. Dass er einen solchen Vortrag gehalten hat, behauptet die Rechtsbeschwerde nicht.

[44] d) Schließlich steht dem Antragsgegner auch im Hinblick auf die weiteren von ihm geltend gemachten Forderungen kein Zurückbehaltungsrecht zu.

[45] Soweit der Antragsgegner von der Antragstellerin Erstattung der von ihm nach seinem Auszug gezahlten Nebenkosten verlangt, handelt es sich um Positionen, die während der Trennungszeit im Rahmen der Bemessung der Nutzungsvergütung nach § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB berücksichtigt werden können und nach Rechtskraft der Scheidung gem. § 745 Abs. 2 BGB einer Neuregelung der Verwaltung und Benutzung der Immobilie bedurft hätten, für die es bereits an einem entsprechenden Verlangen fehlt. Der Antragsgegner kann daher auf diese Ansprüche aus den gleichen Gründen wie auf die entsprechenden Nutzungsersatzansprüche selbst ein Zurückbehaltungsrecht nicht stützen.

[46] Die übrigen vom Antragsgegner geltend gemachten Ansprüche beziehen sich auf eine weitere Immobilie, die im Miteigentum der Ehegatten stand, auf Zahlungen für einen Sparvertrag und eine Lebensversicherung sowie auf Nutzungsersatz für ein Kfz. Diese Ansprüche sind sämtlich gemeinschaftsfremd und können daher dem Anspruch der Antragstellerin aus §§ 749 Abs. 1, 752 Satz 1 BGB ebenfalls weder im Wege eines Zurückbehaltungsrechts noch durch Aufrechnung entgegengehalten werden.

ZNotP-Kostenecke

Entscheidungen zum Kostenrecht

Voraussetzungen des § 109 Abs. 1 GNotKG: Schenkung und Kauf als verschiedene Beurkundungsgegenstände bei mittelbarer Grundstücksschenkung

von Notar Dr. Christian Fackelmann, Bad Staffelstein

Ausnahmsweise liegt gem. § 109 Abs. 1 GNotKG bei mehreren Rechtsverhältnissen derselbe Beurkundungsgegenstand vor, wenn die Rechtsverhältnisse zueinander in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen und das eine Rechtsverhältnis unmittelbar dem Zweck des anderen Rechtsverhältnisses dient. Ein solches Abhängigkeitsverhältnis liegt – auch bei der Beurkundung von Erklärungen Dritter – nur vor, wenn das andere Rechtsverhältnis der Erfüllung, Sicherung oder sonstigen Durchführung des einen Rechtsverhältnisses dient. Dafür reicht es nicht aus, dass die Erklärung des bzw. der Dritten lediglich „auch" der Erfüllung etc. des beurkundeten Geschäfts dient.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27. 4. 2017 – 10 W 33 und 34/17

Zum Sachverhalt (im Wesentlichen dem erstinstanzlichen Beschluss des LG Wuppertal vom 8.2.2017 – 9 OH 6/16, 9 OH 7/16, entnommen):

1. Die Kostenschuldnerin beabsichtigte, den Grundbesitz in der X-Straße in V zu bebauen und bebaut wieder zu veräußern.

2. In der Folgezeit erstellte der Kostengläubiger einen Entwurf für einen „Bauträgerkaufvertrag". Nach diesem sollte der Geschäftsführer der Kostenschuldnerin, handelnd für die Kostenschuldnerin, als „Verkäufer" an T als „Käufer" den im Vertrag bezeichneten Grundbesitz verkaufen. In dem Vertrag war U als „weiterer Beteiligter" genannt. Nach Nr. „XV. Zuwendung durch den weiteren Beteiligten" versprach der weitere Beteiligte (U) dem Käufer (T) den Kaufpreis zzgl. der anfallenden Nebenkosten zum Erwerb des Kaufobjekts zu schenken mit der Auflage, dass der geschenkte Betrag zum Erwerb des Kaufobjekts zu verwenden ist. Weiter heißt es dort: „Wirtschaftlich und steuerrechtlich handelt es sich also bei der heutigen Zuwendung um einen Erwerb der Immobilie durch den weiteren Beteiligten mit anschließender Übertragung auf den Käufer, auch wenn der Grundbuchvollzug unmittelbar auf den Käufer erfolgt."

3. Zu einer Beurkundung kam es nicht, da sich U und T gegen einen Kauf des Grundbesitzes entschieden. Mit Kostenrechnung v. 30.1.2015 stellte der Kostengläubiger einen Betrag von 19.933 € zzgl. Umsatzsteuer in Rechnung. Dabei wurde eine 2,0-fache Gebühr nach Nr. 21302 GNotKG KostVerz. (i.V.m. § 34 GNotKG, Tabelle B) bei einem Geschäftswert von 7,8 Mio. € angesetzt, also 19.910 € (einfache Gebühr nach Tabelle B: 9.955 €). Der Geschäftswert setzte sich zusammen aus jeweils 3,9 Mio. € für „Bauträgerkaufvertrag" und „mittelbare Grundstücksschenkung".

Aus den Gründen:

1. Die Beschwerde des Notars ist gem. § 129 Abs. 1 GNotKG zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

2. Es handelt sich bei dem Bauträgerkaufvertrag und der mittelbaren Grundstücksschenkung um verschiedene Beurkundungsgegenstände i.S.d. §§ 86, 109 GNotKG.

3. Den Grundsatz bildet insoweit § 86 Abs. 2 GNotKG, wonach mehrere Rechtsverhältnisse verschiedene Beurkundungsgegenstände sind. Ausnahmsweise liegt indes gem. § 109 Abs. 1 GNotKG derselbe Beurkundungsgegenstand vor, wenn Rechtsverhältnisse zueinander in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen und das eine Rechtsverhältnis unmittelbar dem Zweck des anderen Rechtsverhältnisses dient. Ein solches Abhängigkeitsverhältnis liegt – auch bei der Beurkundung von Erklärungen Dritter – nur vor, wenn das andere Rechtsverhältnis der Erfüllung, Sicherung oder sonstigen Durchführung des einen Rechtsverhältnisses dient.

4. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Es reicht nicht, wenn die Erklärung „auch" der Erfüllung etc. des beurkundeten Geschäfts dient (Leipziger Gerichts- und Notarkosten-Kommentar/*Otto*, § 109 Rn. 15). Dies ist allerdings vorliegend hinsichtlich der mittelbaren Grundstücksschenkung der Fall. Es handelt sich gerade nicht um die Konstellation, dass der Vater mit der Schenkung nichts anderes bezweckt, als dem Erwerb des Sohnes zur Realisierung zu verhelfen. Vielmehr geht aus dem Urkundeentwurf ausdrücklich hervor, dass wirtschaftlich und steuerrechtlich ein „Durchgangserwerb" beabsichtigt ist, also dass der Vater die Immobilie zunächst erwirbt und sodann auf seinen Sohn überträgt. Bereits dies begründet die Gegenstandsverschiedenheit i.S.d. §§ 86, 109 GNotKG. Auf den von der Kammer in den Vordergrund gerückten Umstand, dass der Kaufpreis tatsächlich nur einmal „fließen" sollte, kommt es angesichts dessen nicht an.

Anmerkung:

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf ist korrekt; sie arbeitet zwei Kernpunkte der Regelung des § 109 Abs. 1 GNotKG heraus: Zum einen handelt es sich bei § 109 GNotKG um eine Ausnahme von der Regel des § 86 Abs. 2 GNotKG, zum anderen fordert § 109 Abs. 1 GNotKG das kumulative Vorliegen von zwei Voraussetzungen: einem Abhängigkeitsverhältnis und einer unmittelbaren Zweckrelation zwischen den Rechtsverhältnissen.

Der Entscheidung des OLG Düsseldorf lag die mittelbare Schenkung eines bebauten Grundstücks zugrunde. Bei einer solchen Schenkung stellt der Schenker dem Beschenkten Geldmittel mit der Bestimmung zur Verfügung, damit ein bestimmtes Grundstück zu erwerben oder zu bebauen; erforderlich ist die Zuwendung eines nicht ganz unerheblichen Teils (mehr als 10 %) des Kaufpreises. Dafür muss bereits im Voraus eine klare und eindeutige Schenkungsabrede zwischen den Beteiligten dahingehend getroffen sein, dass der Gegenstand der Schenkung ein ganz bestimmtes Grundstück und nicht etwa ein Geldbetrag sein soll (vgl. nur BFH, BStBl. II 2005, S. 531 = MittBayNot 2007, 77). Steuerlich ist die mittelbare Grundstücksschenkung insbesondere wegen des Bewertungsabschlags i.H.v. 10 % gem. § 13c ErbStG bei vermieteten Wohnimmobilien attraktiv; in Bezug auf das selbst genutzte Eigenheim bei Ehegattenschenkungen ist § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG zu beachten.

Nach Ansicht des Kostenschuldners und des erstinstanzlichen Gerichts folgt aus der wirtschaftlichen Verknüpfung zwischen Schenkung und Kauf („Ohne die Beurkundung der Schenkung wäre auch der Kauf nicht beurkundet worden", vgl. LG Wuppertal, Beschl. v. 8.2.2017 – 9 OH 6/16, 9 OH 7/16, *JurionRS 2017, 19047*) die Identität der Beurkundungsgegenstände. Die Schenkung diene der Erfüllung des Kaufpreiszahlungsanspruchs, worin das für § 109 Abs. 1 Satz 1 erforderliche Abhängigkeitsverhältnis zu sehen sei. Diese Sichtweise läuft darauf hinaus, zivil- und schenkungsteuerliche Erwägungen im Kostenrecht anzuwenden, die dort jedoch keinen Platz haben und lässt den inneren Zusammenhang von zwei Erklärungen in einer Urkunde zur Bejahung der Gegenstandsidentität genügen.

Zwar erfolgt die zivil- und schenkungsteuerliche Beurteilung bei der mittelbaren Grundstücksschenkung so, als ob der Veräußerer dem Erwerber unmittelbar das Grundstück zugewendet hätte (vgl. BeckNotar-HdB/*Krauß*, 6. Aufl., Teil A. V., Rn. 173). Die Kriterien der Identität der Beurkundungsgegenstände nach § 109 Abs. 1 Satz 1 GNotKG sind dennoch nicht erfüllt:

Nach § 109 Abs. 1 Satz 1 GNotKG haben denselben Gegenstand nur solche Rechtsverhältnisse, die zueinander in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen. Dafür reicht es nicht aus, dass – wie noch das erstinstanzliche Gericht hervorgehoben hat – die Beurkundung der Nebenerklärung (hier die Schenkung) ohne die Beurkundung der Haupterklärung (hier der Kaufvertrag) unterblieben wäre oder selbstständig keinen Sinn machen würde. Vielmehr liegt ein Abhängigkeitsverhältnis nach § 109 Abs. 1 Satz 2 GNotKG nur dann vor, wenn die Nebenerklärung der Erfüllung, Sicherung oder sonstigen Durchführung des Hauptgeschäfts dient. In Betracht kommt vorliegend allein eine Erfüllungserklärung; die Schenkung dient nicht der Sicherung oder sonstigen Durchführung des Kaufvertrags.

Eine Erklärung dient der Erfüllung des Hauptgeschäfts, wenn sie zwecks Erbringung geschuldeter Leistungen erfolgt. Die Erfüllung muss dabei der Hauptzweck sein – das bloße Vorliegen eines irgendwie gearteten inneren Zusammenhangs zwischen Haupt- und Nebengeschäft genügt hierzu nicht. An einem solchen Abhängigkeitsverhältnis fehlt es im vorliegenden Fall: Die Schenkung – also das Rechtsverhältnis zwischen dem Dritten (Schenker) und dem Käufer – erfolgt nicht aus dem Hauptzweck der Erfüllung der Verbindlichkeit des Käufers, sondern eher bei deren Gelegenheit: Der Dritte will eine mittelbare Grundstücksschenkung verwirklichen, d.h., er will steuerrechtlich im Sinne eines Durchgangserwerbs das Grundstück erwerben und dieses dem Käufer sodann weitergeben. Anders wäre das nur dann zu beurteilen, wenn der Dritte in der Urkunde lediglich die Erklärung abgibt, dass der Kaufpreis von ihm als weiterer Schuldner zu tragen ist: Diese Erklärung würde tatsächlich nur zur Erfüllung einer Verbindlichkeit dienen, also denselben Beurkundungsgegenstand haben (vgl. Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl., Rn. 2430 und 2470; Korintenberg/*Diehn*, GNotKG, 20. Aufl., § 109 Rn. 191).

Darüber hinaus fehlt es – selbst wenn man ein Abhängigkeitsverhältnis entgegen der vorstehenden Ausführungen annähme – an dem weiteren in § 109 Abs. 1 genannten, selbstständigen Kriterium der „unmittelbaren" Zweckrelation. „Unmittelbar" dient eine Nebenerklärung der Haupterklärung dann, wenn sie spezifisch in Relation zur Haupterklärung abgegeben wird. Die Nebenerklärung (hier die Schenkung) muss der Haupterklärung (hier der Kauf), in der das von den Beteiligten eigentlich angestrebte Ziel liegt, derart untergeordnet sein, dass mit ihr keine eigenständigen Ziele verfolgt werden (Fackelmann/Heinemann/*Heisel*, GNotKG, § 109 Rn. 13; vgl. auch Korintenberg/*Diehn*, a.a.O., § 109 Rn. 31). Nach der amtlichen Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 17/11471 [neu], S. 186) liegt eine unmittelbare Zweckrelation gerade nicht schon dann vor, wenn die Beurkundung der Nebenerklärung (Schenkung) ohne die Beurkundung des Hauptgeschäfts (hier des Kaufs) unterblieben wäre oder selbstständig keinen Sinn hätte. Selbstverständlich verfolgt der Schenker mit der mittelbaren Grundstücksschenkung Ziele,

die gegenüber der Erfüllung des Kaufpreiszahlungsanspruchs des Verkäufers gänzlich eigenständig sind: Er will dem Beschenkten eine freigiebige Zuwendung erbringen; hierin liegt das Hauptziel seiner Erklärung. Dass der geschenkte Betrag nur einmal fließen soll – also nicht der Schenkungsbetrag zunächst an den Beschenkten und von dort zum Verkäufer – ist für diese Betrachtung, wie das Gericht zu Recht ausführt, irrelevant.

Im Ergebnis bleibt es also bei dem in § 86 Abs. 2 GNotKG geregelten kostenrechtlichen Grundfall: Enthält eine Urkunde mehrere Erklärungen, sind diese grds. als gegenstandsverschieden zu behandeln. Diesen Ausnahmecharakter stellt das Gericht in seiner Entscheidung zu Recht deutlich heraus: Nach § 86 Abs. 2 GNotKG sind „mehrere Rechtsverhältnisse, Tatsachen oder Vorgänge (…) verschiedene Beurkundungsgegenstände, soweit in § 109 nichts anderes bestimmt ist“. Methodisch ist in diesem Ausnahmecharakter eine Auslegungsanweisung an den Rechtsanwender dahingehend zu sehen, die Vorschrift des § 109 restriktiv anzuwenden (*singularia non sunt extendenda*). Es ist folglich nicht zulässig, schon in der Zusammenbeurkundung mehrerer Erklärungen in einer Urkunde ein Indiz für eine Gegenstandsgleichheit zu sehen; ebenso wenig ist dies bei einem bloßen inneren Zusammenhang zwischen den zusammen beurkundeten Erklärungen der Fall.

Literaturreport

Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentar (GNotKG)

Thomas Renner/Dirk-Ulrich Otto/Volker Heinze, 2. Aufl. 2016, 1.488 S., 149 €, Carl Heymanns Verlag

3 Jahre nach dem Erscheinen der ersten Auflage (vgl. dazu meine Rezension in NotBZ 2014, 79 f.) gilt es hier die zweite Auflage des „Leipzigers“ zu besprechen, die jetzt den Meinungsstand von Anfang April 2016 wiedergibt. War der Kommentar damals kurz nach Inkrafttreten des GNotKG einer der ersten, wenn nicht sogar der erste Großkommentar zu dem Thema, so hat sich in den letzten 3 Jahren doch einiges getan: Standardkommentare zur alten KostO, wie etwa der *Korintenberg*, sind zwischenzeitlich auch überarbeitet und neu erschienen; eine ganze Reihe kleiner und kleinster Änderungen im Gesetzestext (der Kommentar spricht von mehr als 50 Einzelnormen!), diverse Aufsätze und vermehrt veröffentlichte Urteile galt es einzuarbeiten. Auch die praktischen Erfahrungen der Autoren und der Ländernotarkasse in Leipzig, der viele Autoren auf unterschiedlichste Weise verbunden sind, waren zu berücksichtigen.

Wie schnell das GNotKG in der Praxis angekommen ist und wie schnell die jahrzehntelang geltende KostO vergessen ist, mag man auch daran erkennen, dass die in der ersten Auflage noch vorangestellten Auszüge aus den Gesetzgebungsmaterialen in der zweiten Auflage gänzlich entfallen sind. Die (durchweg kurzen) Hinweise in den Kommentierungen auf die alte Rechtslage nach der KostO sind geblieben und mit Blick auf die sich auch unter Geltung des GNotKG doch auch wiederholenden Rechtsfragen weiter sinnvoll. Apropos Rechtsgeschichte: viele der vorerwähnten Gesetzesanpassungen (wie z.B. die KostVerz.-Nr. 23804) zeigen m.E. deutlich, dass das Fehlen einer § 147 Abs. 2 KostO entsprechenden Norm ständiges Nachjustieren im Gesetzestext erfordert und am Ende doch immer wieder Lücken bleiben; § 147 Abs. 2 KostO war da flexibler (vgl. dazu ausführlich *Harder*, Vorbem. 2.2 KostVerz. Rn. 2 ff.). Nicht alles Alte war also schlecht!

Die fast unverändert gebliebene Autorenschaft (neu sind die Herren *Genske* und *Schreiber*, ausgeschieden Frau *Heit*) sorgt für Kontinuität und hat es mit (nur) ca. 200 Seiten mehr vermocht, die Untiefen des GNotKG wieder aktuell auszuloten und so manche sichere Passage aufzuzeigen. Die Befürchtung der Herausgeber im Vorwort der ersten Auflage, die eine oder andere Kommentierung könne sich als „kaum vertretbar“ erweisen, hat sich dabei natürlich nicht bestätigt. Vielmehr stellt sich der Kommentar in seiner Neuauflage zu Recht mit gesundem Selbstvertrauen seiner Leserschaft und der wissenschaftlichen Auseinandersetzung und ist jetzt wieder auf dem neuesten Stand.

Die erste Neuauflage eines Kommentars bringt zwingend umfangreiche Überarbeitungen einzelner Kommentierungen mit sich. Dabei fällt in formaler Hinsicht auf, dass manche Autoren (z.B. bei § 100) die Randnummern im Vergleich zur Vorauflage neu durchzählen, während andere mit „a“-Nummern arbeiten (vgl. z.B. bei KostVerz.-Nr. 22200). Beides hat seine Berechtigung, sollte aber einheitlich praktiziert werden.

In der Besprechung der ersten Auflage hatte ich willkürlich einige Beispiele zu noch unklaren Rechtsfragen im GNotKG herausgegriffen. Deren aktuelle Kommentierungen zeigen aber auch in inhaltlicher Hinsicht gut, dass sich zwischen den beiden Auflagen doch einiges geändert hat und die Autoren auch nicht gezögert haben, entsprechende Anpassungen vorzunehmen:

- *Harder* (Vorbem. 2.2.1.2., Nr. 22120 – 22125 KostVerz. Rn. 34 f.) hat sich jetzt der wohl h.A. angeschlossen und wendet nun z.B. bei der Weiterverarbeitung von nicht durch den Notar entworfenen Registeranmeldungen Nr. 22124 KostVerz. und Nr. 22125 KostVerz. gleichzeitig an. Für die Praxis stellt sich sodann aber gleich eine neue Frage: Werden beide Gebühren je einmal oder ggf. je mehrfach erhoben, wenn z.B. in einer Anmeldung ohne Entwurf die Adressänderungen mehrerer Gesellschaften enthalten sind? Der Notar muss dann für jede Gesellschaft einen eigenen XML-Satz erstellen. Der „Leipziger“ geht offenbar von nur einer Gebühr aus (*Harder*, Vorbem. 2.2.1.2., Nr. 22120 – 22125 KostVerz. Rn. 37; mit Verweis zum Streitstand aber *ders*., Nr. 22110 – 22114 KostVerz. Rn. 28 und *Otto*, § 93 Rn. 4a). Der Wortlaut des § 93 Abs. 1 Satz 2 spricht im Fall einer Beglaubigung ohne Entwurf aber m.E. eher für die gegenteilige Ansicht.
- Die damals aufgeworfene Frage, ob für Meldungen zum Zentralen Testaments- oder Vorsorgeregister Gebühren nach Nr. 22114 oder 22125 KostVerz. anfallen, wird derzeit von der h.A. mit Verweis auf Vorbem. 2.1. Abs. 2 Nr. 1. oder 2. verneint. Wie die technische Entwicklung beim elektronischen Grundbuch zeigt, besteht aber durchaus die Möglichkeit, dass dort doch solche Gebühren anfallen können, wenn die Daten „XML-artig“ versandt werden (vgl. *Harder*, Nr. 22110 – 22114 KostVerz. Rn. 23a; *Ländernotarkasse*, Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rn. 556 – 557b). Erzeugt die eigene Notarsoftware, wie dies z.B. ProNotar tut, XML-Dateien, die in das ZVR hochgeladen werden, müsste folglich

anders als bei der Dateneingabe über die Homepage des ZVR eine Gebühr nach Nr. 22114 bzw. 22125 KostVerz. schon jetzt anfallen (vgl. Bormann/Diehn/Sommerfeldt/*Diehn*, GNotKG, 2. Aufl. 2016, Nr. 22114 KostVerz. Rn. 5 ff., 7). Oder wäre die Verwendung der Daten aus der Notarsoftware dann gar falsche Sachbehandlung? M.E. natürlich nicht, dient die Verwendung der ohnehin gespeicherten Daten doch der Vermeidung von Übertragungsfehlern und ist als technische Möglichkeit im ZVR ausdrücklich vorgesehen.

- Bei der Berechnung der Vollzugsgebühr für die Gesellschafterliste bei Gründung einer GmbH hat *Heinze* (§ 107 Rn. 56) seine Kommentierung präzisiert und der h.A. angepasst: 0,3-Gebühr bei Einpersonengründung ohne Geschäftsführerbestellungsbeschluss; 0,5-Gebühr bei Einpersonengründung mit Geschäftsführerbestellungsbeschluss und bei Mehrpersonengründung.
- Beim Thema „Einholung einer Gläubigererklärung zur eingeschränkten Sicherungsabrede bei Finanzierungsgrundschulden“ kommt der „Leipziger“ statt der bisher vertretenen nur analogen Anwendung nun auch zur direkten Anwendung der Nr. 22200 Nr. 5 (bzw. 3) KostVerz. (vgl. die geänderte Kommentierung bei *Harder*, Nr. 22200 KostVerz. Rn. 47 ff. m.w.N.; dazu auch die zwischenzeitlich vom *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 11.11.2014 – 10 W 159/14, BeckRS 2014, 21525, bestätigte Entscheidung des *LG Düsseldorf*, ZNotP 2015, 77 ff.). Ob dabei pauschalierte Voraberklärungen der Gläubiger in deren Anschreiben genügen, um eine solche Betreuungsgebühr zu verneinen, oder ob diese Erklärungen auf die konkreten Einschränkungen bezogen sein müssen (so *Diehn*, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn. 726), wäre noch die Frage. Reicht die zu unbestimmte Voraberklärung nach Überzeugung des Notars jedenfalls materiell-rechtlich nicht aus, hat das Herbeiführen einer Klarstellung durch ihn m.E. auch die entsprechende Kostenfolge.

Die Herausgeber bemerken zu Recht und die tägliche Erfahrung vieler Kollegen dürfte dies bestätigen, dass viele Streitigkeiten im Kostenrecht nicht wegen rechtlicher Unklarheiten geführt werden. Im Gegenteil: der Hinweis auf die klare Rechtslage schürt manchmal eher noch die Streitlust des Mandanten. Vielmehr gibt es oft unterschiedliche Auffassungen über die tatsächlichen Voraussetzungen einer Gebührenerhebung. Man denke nur an die leidigen Fragen, wer wann dem Notar einen gerichtsfesten Beurkundungs- oder Entwurfsauftrag erteilt hat oder nicht (dazu *Heit/Genske*, § 29 Rn. 1 ff.; *Deecke*, Vorbem. 2.1 KostVerz. Rn. 3 ff.; *Heit/Schreiber*, Vorbem. 2.4.1. KostVerz. Rn. 8 ff.; sehr restriktiv im Ergebnis aber z.B. *OLG Hamm*, FGPrax 2016, 279 ff. oder *LG Köln*, Beschl. v. 25.5.2015 – 11 T 172/14 [unveröffentlicht], wonach die Mitteilung von Personalien an den Notar für eine Auftragserteilung nicht ausreichen soll) und wann den Notar eine sich m.E. immer weiter konturlos ausufernde Hinweispflicht zu den Kosten und deren – ex post betrachtet! – wie auch immer gearteter Vermeidbarkeit trifft (dazu die Kasuistik bei *Wudy*, § 21 Rn. 43 ff., 68; aber auch z.B. *LG Düsseldorf*, RNotZ 2016, 127 ff. zur Einholung der Apostille und *LG Düsseldorf*, RNotZ 2016, 414 ff. zur Entwurfsfertigung bei einer Löschungsbewilligung). Von den allseits bekannten Diskussionen über die „richtige“ Berechnung des Geschäftswerts ganz abgesehen, wo sich die Mitwirkungspflicht des Mandanten nach § 95 GNotKG schnell in ihr Gegenteil verkehrt.

Dass schließlich qualifizierte Beratung durch Mitarbeiter gebührenfrei sein soll, mag man mit dem Wortlaut der Nr. 21301 KostVerz. und der Gesetzesmaterialien begründen können (so z.B. *LG Bonn*, NotBZ 2015, 113). Ganz einzusehen ist dies angesichts der fachlichen Kompetenz unserer Mitarbeiter und der Realität in den meisten Notariaten gleichwohl nicht (so auch *Heit/Schreiber*, Nr. 21301 KostVerz. Rn. 3; noch weiter BeckOK-KostR/*Berger*, 16. Ed. 15.11.2016, Nr. 24200 GNotKG-KostVerz Rn. 30 – 34), erst recht nicht, wenn z.B. andernorts überlegt wird, der Notar könne zum Ende der Besprechung dazu kommen, deren Ergebnis kurz „bestätigen“ und damit die Gebührenpflicht auslösen (vgl. *Wudy*, notar 2015, 240, 250).

Aus solchen Dilemmata hilft leider auch der beste Kommentar nicht heraus, allenfalls flächendeckende schriftliche Auftragserteilungen vor Beginn der Bearbeitung und in der Handakte dokumentierte Kostenauskünfte. Ob man sich das im Sinn einer mandantenorientierten und flexiblen notariellen Dienstleistung aber wirklich wünschen soll (vielleicht sogar als im Kosten- und Standesrecht gesetzlich geregelte Pflicht), steht auf einem anderen Blatt.

Doch zurück zum „Leipziger“: Als Fazit kann man auch seine 2. Auflage wieder nur jedem Notar wärmstens ans Herz legen. Er ist zu Recht schon jetzt einer der Meinungsführer im Kostenrecht und sollte neben Gebührentabellen und klassischer Anwenderliteratur als Grundausstattung in keinem Bücherschrank fehlen.

Ob die Autoren ihr Werk wohl um eine kurze Kommentierung der HRegGebV (z.B. bei § 58) ergänzen könnten? Hilfreich wäre dies, wenn Mandanten im HuG-Recht mit einer korrekten Kostenschätzung versorgt werden wollen.

Dass die Möglichkeit einer Online-Volltextrecherche das schnelle(re) Auffinden von Kommentarstellen ermöglicht, steht außer Frage. Da die Online-Ausgabe aber auch für Käufer der Druckversion nicht kostenfrei ist (sie schlägt mit 11,52 € [monatliche Abrechnung] bzw. 12,80 € [jährliche Abrechnung] je Monat zu Buche), dürfte der datenbankaffine Leser, der auch noch andere Fachliteratur aus dem Verlag online recherchieren möchte, hier mit einem allgemeinen Zugang zum JURION Verlagsmodul „Heymanns Notarrecht“ letztlich besser bedient sein.

In Köln sagt man: „Alles was mehr als zweimal stattfindet, ist Tradition.“ In diesem Sinne wünsche ich dem Autorenteam schon jetzt viel Spaß bei der Weiterbearbeitung dieses Kommentars und der Begründung einer Tradition. Die Leser werden die nächste Neuauflage wieder mit Spannung erwarten, bis dahin aber mit der zweiten Auflage bestens versorgt sein.

Notar Dr. Stephan Bleisteiner, LL.M., Köln

ZNotP-Fragezeichen

1. a) Nach § 19 Abs. 2 Satz 1 BNotO haftet der Notarassessor für Pflichtverletzungen im Bereich der §§ 23, 24 BNotO, und zwar auch dann, wenn er nicht als Notarvertreter handelt.

2. b) Nach § 2110 Abs. 1 BGB erstreckt sich im Zweifel das Nacherbenrecht auch auf einen Erbteil, der dem Vorerben infolge Wegfalls eines Miterben anfällt.