Inhalt

Notarrecht

Aktuelle Probleme des Notarhaftungsrechts 2
von Vizepräsident des BGH Wolfgang Schlick, Karlsruhe

Grundstücksrecht

Die Grenzen der „Wiederverwendbarkeit" der Vormerkung 11
von Vorsitzendem Richter am BGH a.D. Professor Dr. Wolfgang Krüger, Karlsruhe

Steuerrecht

Übertragung stiller Reserven auf Reinvestitionswirtschaftsgüter 14
von Steuerberater Dipl.-Finanzwirt Peter Hutmacher, Heinsberg

ZNotP-Fragezeichen

In dieser Rubrik möchten wir Sie auf mögliche Fehler- und Gefahrenquellen aufmerksam machen.
Die Antworten finden Sie auf S. 40 15

ZNotP-Rechtsprechungsreport

Vertragsrecht
Anforderungen an groben Undank
BGH, Urt. v. 13. 11. 2012 – X ZR 80/11 15

Familienrecht
Unterhaltsrechtliche Obliegenheit zur Realisierung von Vermögenswerten
BGH, Urt. v. 28. 11. 2012 – XII ZR 19/10 18

Anforderungen an Sittenwidrigkeit eines Ehevertrags
BGH, Urt. v. 31. 10. 2012 – XII ZR 129/10 20

Handels- und Gesellschaftsrecht
Änderung der Mehrheitserfordernisse bei Publikumspersonengesellschaften
BGH, Urt. v. 16. 10. 2012 – II ZR 239/11 28

Notarrecht
Mitwirkungsverbote bei Scheidung
BGH, Beschl. v. 26. 11. 2012 – NotSt (Brfg) 2/12 31

Absehen von Erfordernis der dreijährigen Wartezeit
BGH, Beschluss v. 26. 11. 2012 – NotZ (Brfg) 6/12 33

Vollstreckungsrecht
Nachweis der Rechtsnachfolge bei Genossenschaften
BGH, Beschl. v. 8. 11. 2012 – V ZB 124/12 36

ZNotP-Kostenecke

Entscheidungen zum Kostenrecht
Bewertung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für eine Fotovoltaikanlage
OLG Celle, Beschl. v. 17. 4. 2012 – 4 W 58/12 38

74243301_ZNotP_Innenteil.indd 1 01.02.13 10:22

Notarrecht

Aktuelle Probleme des Notarhaftungsrechts[1]

von Vizepräsident des BGH Wolfgang Schlick, Karlsruhe

Der III. ZS ist nach dem Geschäftsverteilungsplan des BGH u.a. für die Haftung der Notare zuständig. Ich möchte Ihnen im Folgenden aus der Rechtsprechungspraxis des III. ZS der letzten beiden Jahre drei Urteile des Senats näher darstellen, denen jeweils eine erfolgreiche Nichtzulassungsbeschwerde voranging. Der Umstand, dass in dieser Zeit in keinem einzigen Verfahren das OLG selbst die Revision zugelassen hat, mag als Beleg dafür dienen, dass im Notarhaftungsrecht die Grundsatzfragen mehr oder weniger alle beantwortet sind und es (nur noch) darum geht, ob diese Grundsätze im konkreten Einzelfall zutreffend angewandt worden sind. Des Weiteren möchte ich näher auf einen nicht uninteressanten Fall eingehen, bei dem der BGH die Nichtzulassungsbeschwerde durch einen kurzen Formularbeschluss zurückgewiesen hat.

I. „Ferienpark-Fall“

Die erste Entscheidung, auf die ich näher eingehen möchte, ist das Urteil des III. ZS v. 9.12.2010.[2] Ihm liegt folgender (vereinfachter) Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin, eine OHG, errichtete in einer Moselgemeinde in mehreren Bauabschnitten einen Ferienpark mit Apartmenthäusern. Das Bauprojekt, das sich über Jahre bzw. Jahrzehnte hinzog, war bereits 1979 begonnen worden. Zugunsten der Gemeinde war in Abteilung II des Grundbuchs eine auf 10 Jahre befristete beschränkte persönliche Dienstbarkeit eingetragen worden, nach der die Häuser als Ferienwohnungen zu bewirtschaften waren und einem wechselnden Personenkreis zur Erholung zur Verfügung stehen sollten.

Nach Ablauf der Befristung der zugunsten der Gemeinde eingetragenen Dienstbarkeit bestellte die Klägerin 1995 – teilweise aufgrund einer Vollmacht der zwischenzeitlichen Erwerber – an den Eigentumswohnungen jeweils eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu ihren Gunsten, nach der die Apartments wiederum nur als Ferienwohnungen zu bewirtschaften und einem wechselnden Personenkreis zur Erholung zur Verfügung zu stellen waren. Ferner war Gegenstand der Dienstbarkeit die Verwaltung und Vermietung der Apartments, die Versorgung mit Wärme und Gas sowie der Betrieb einer Kabelfernsehen- und einer Hoteltelefonanlage durch die Klägerin. Der beklagte Notar hatte den Text der Dienstbarkeit entworfen und ihre Bestellung beurkundet.

In der Folgezeit veräußerte die Klägerin 23 weitere Wohnungen. Sämtliche Kaufverträge beurkundete der Beklagte. In diesen war jeweils eine Klausel enthalten, wonach in Abteilung II des Grundbuchs eingetragene Ferienparkbetriebsrechte „bestehen und mitübertragen“ werden. Neben der Übernahme der Dienstbarkeit durch die Erwerber war zusätzlich ein Gewährleistungsausschluss (gekauft wie besichtigt) vereinbart. Diese Gewährleistungsklausel enthielt des Weiteren den Zusatz, wonach „der Grundbesitz auch ohne Gewähr für das angegebene Flächenmaß mit allen anhaftenden Dienstbarkeiten“ verkauft und übertragen werde.

Im Laufe des Jahres 1995 befand sich die Klägerin auch mit den Eheleuten F in Verhandlungen über den Erwerb einer der Wohnungen, in deren Verlauf sie den beiden Interessenten einen Grundbuchauszug übersandte. Dieser war jedoch veraltet. Aus ihm ging lediglich die inzwischen erloschene Dienstbarkeit der Gemeinde hervor, nicht aber die inzwischen zugunsten der Klägerin eingetragene.

Am 14.10.1995 beurkundete der Beklagte den Kaufvertrag zwischen der Klägerin und den Eheleuten F. In den Text war entgegen den vorherigen 23 Beurkundungen weder die Klausel betreffend die Übernahme der Dienstbarkeit durch die Erwerber noch der Gewährleistungsausschluss aufgenommen worden. Allerdings war zwischen der Klägerin und dem Beklagten unstreitig, dass der Beklagte im Beurkundungstermin mündlich ausdrücklich auf das (dingliche) Ferienparkbetriebsrecht aufmerksam gemacht hatte. Zudem enthielt der beurkundete Vertrag die (schuldrechtliche) Verpflichtung der Erwerber, „das Apartment als Ferienwohnung zu bewirtschaften und zur Erholung einem wechselnden Personenkreis zur Verfügung zu stellen“. Weiterhin enthielt der entsprechende Vertragspassus die Regelung, dass die Feriendorfbetriebsgesellschaft mit der Verwaltung und Betreuung zu beauftragen war und die Vermietung nur über die Betriebsgesellschaft erfolgen konnte. Beim Verkauf des Apartments war schließlich der neue Eigentümer auf diese Vereinbarungen zu verpflichten.

Im Jahr 2000 machten die Eheleute F geltend, sie seien über das zugunsten der Klägerin im Grundbuch eingetragene Ferienparkbetriebsrecht nicht informiert worden. Sie verlangten von der Klägerin, die Löschung der Dienstbarkeit zu bewilligen, was diese verweigerte. Daraufhin verfolgten die Erwerber ihr Löschungsverlangen gerichtlich. Im Laufe des Rechtsstreits änderten sie ihre Klage und verlangten Schadensersatz wegen Nichterfüllung Zug-um-Zug gegen Rückübertragung des Eigentums an der Ferienwohnung. In diesem Vorprozess zwischen Käufer und Verkäufer war der beklagte Notar als Zeuge zur Frage vernommen, ob im Beurkundungstermin auf die Dienstbarkeit hingewiesen worden sei. Diese Vernehmung ergab aus Sicht des Gerichts kein

1 Es handelt sich um einen Vortrag, den der Autor – Vorsitzender des III. ZS des BGH – anlässlich der 10. Jahresarbeitstagung des Notariats am 22.9.2012 in Berlin gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten.

2 III ZR 272/09, ZNotP 2011, 75 = MittBayNot 2011, 339 = NJW 2011, 1357 = WM 2011, 571.

eindeutiges Bild, sodass die Klägerin durch eine – rechtskräftig gewordene – Beweislastentscheidung (Grund- und Teilurteil) zur Leistung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung verurteilt wurde.

Im Notarhaftungsprozess verlangte die Klägerin, sie Zug-um-Zug gegen Übertragung des Eigentums an der Ferienwohnung von den Forderungen der Eheleute F freizustellen, und die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten, ihr, der Klägerin, allen weiteren Schaden zu ersetzen, welcher ihr durch die Rückabwicklung des Kaufvertrags noch entstehen wird.

Die Klage ist in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgte die Klägerin ihre Begehren weiter. Der III. ZS hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur neuen Entscheidung an das Berufungsgericht zurück.

1. Die Amtshaftung des Notars setzt zunächst und vor allem voraus, dass dem Notar eine schuldhafte Verletzung seiner Amtspflichten vorzuwerfen ist.

Das Berufungsgericht hat eine Amtspflichtverletzung bejaht. Diese hat es allerdings nicht darin gesehen, dass der Notar bei Erstellung des Vertragsentwurfs im Unterschied zu allen anderen von ihm beurkundeten „Parallelverträgen“ weder die Aufnahme eines Gewährleistungsausschlusses zugunsten der Klägerin noch die Übernahme der Dienstbarkeit vorgesehen oder auch nur im Termin zur Sprache gebracht hatte. Denn – so das OLG – die Vertragsgestaltung habe sich immer nur am Einzelfall zu orientieren, wobei die Pflicht des Notars zu beachten sei, unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten zu sein. Eine Amtspflichtverletzung des Beklagten sei jedoch darin zu sehen, dass er es unterlassen habe, die unstreitig erfolgte Belehrung der Erwerber über das auf dem Apartment lastende sog. Ferienparkbetriebsrecht in der notariellen Urkunde zu dokumentieren.

Der III. ZS hat ebenfalls eine Amtspflichtverletzung angenommen. Er hat dabei aber nicht auf die fehlende Dokumentation der Belehrung über die vorhandene Grundstücksbelastung abgestellt und eine diesbezügliche Pflichtverletzung offengelassen. Nach Auffassung des Senats lag die Pflichtverletzung des Notars vorrangig darin, dass er seine aus § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG folgende Pflicht zur Erforschung des Willens der Urkundsbeteiligten verletzt hat, indem er es nämlich vor der Beurkundung des Kaufvertrags unterließ nachzufragen, ob die in Abteilung II des Grundbuchs eingetragene Dienstbarkeit von den Erwerbern übernommen werden sollte. In diesem Zusammenhang hat der Senat ausgeführt:

Die Pflichten, die dem Notar durch § 17 Abs. 1 BeurkG auferlegt sind, sollen gewährleisten, dass dieser eine rechtswirksame Urkunde über das von den Beteiligten beabsichtigte Rechtsgeschäft errichtet. Der Notar muss zu diesem Zweck den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und deren Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Er muss bei der Erforschung des Willens u.a. bedenken, dass die Beteiligten möglicherweise entscheidende Gesichtspunkte übersehen, auf die es für das Rechtsgeschäft ankommen kann,[3] wobei er allerdings nicht „ins Blaue hinein“ nachzufragen braucht.[4]

Besteht jedoch ein Anhalt dafür, dass bestimmte Punkte nach dem Willen der Parteien regelungsbedürftig sein könnten, muss der Notar entsprechende Fragen stellen.[5] Hierzu besteht namentlich Anlass, wenn das beabsichtigte Rechtsgeschäft einen Aspekt aufwirft, der üblicherweise zum Gegenstand der vertraglichen Abreden gemacht wird. In diesem Fall ergibt sich die Notwendigkeit der Prüfung, ob die Urkundsbeteiligten eine Regelung hierzu wünschen oder bewusst davon absehen wollen. Erst recht besteht eine Pflicht zur Nachfrage, wenn der Notar konkrete Anhaltspunkte dafür hat, dass eine Partei ein rechtliches Ergebnis herbeiführen möchte das in dem vorbereiteten Vertragsentwurf noch keine Berücksichtigung gefunden hat. Eine solche Fallgestaltung liegt hier vor.

Aufgrund der vorangegangenen, vom Beklagten beurkundeten 23 Kaufverträge über Ferienwohnungen, die die Klägerin veräußerte, hatte dieser entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts Anlass zu der Nachfrage, ob entsprechend der bisherigen Handhabung auch in dem Kaufvertrag zwischen der Klägerin und den Eheleuten F die Übernahme des in Abteilung II des Grundbuchs als Dienstbarkeit eingetragenen Ferienparkbetriebsrechts durch die Erwerber und der Gewährleistungsausschluss vereinbart werden sollte. Da eine entsprechende Regelung in allen 23 Verträgen zuvor enthalten war, handelte es sich um eine Vereinbarung, die üblicherweise Gegenstand der von der Klägerin abgeschlossenen Kaufverträge und ersichtlich wesentlicher Bestandteil des „Vertriebskonzepts“ der Klägerin war. Bereits dies hätte dem Beklagten Veranlassung geben müssen, nachzufragen, ob auch in den zwischen der Klägerin und den Eheleuten F zu schließenden Kaufvertrag eine solche Regelung aufgenommen werden sollte oder ob die Vertragsparteien hierauf bewusst verzichten wollten. Vor allem aber war der Beklagte zu einer Nachfrage verpflichtet, weil er, wie die von ihm im Beurkundungstermin erteilte Belehrung über das Ferienparkbetriebsrecht zeigt, wusste, dass dieses auch für die verkaufte Wohnung gelten sollte.

Er durfte sich nicht darauf verlassen, dass die Klägerin sich insoweit mit dem vertraglich vereinbarten schuldrechtlichen Ferienparkbetriebsrecht zufriedengeben würde. Sie erlangte damit keine gleichwertige Rechtsposition, da diese insbesondere gegenüber Dritten nicht dinglich abgesichert war.

---

3 Vgl. Senatsurt. v. 24.4.2008 – III ZR 223/06, ZNotP 2008, 287 = WM 2008, 1318 Rn. 12; Senatsbeschl. v. 2.10.2007 – III ZR 13/07, ZNotP 2007, 466 = NJW 2007, 3566 Rn. 9, 12; BGH, Urt. v. 16.11.1995 – IX ZR 14/95, NJW 1996, 524, 525 und v. 9.7.1992 – IX ZR 209/91, WM 1992, 1662, 1665.

4 BGH, Urt. v. 16.11.1995 – IX ZR 14/95, NJW 1996, 524, 525; v. 27.10.1994 – IX ZR 12/94, NJW 1995, 330, 331 und v. 9.7.1992 – IX ZR 209/91, WM 1992, 1662, 1665.

5 Vgl. Senatsurt. v. 24.4.2008 – III ZR 223/06, ZNotP 2008, 287 = WM 2008, 1318 Rn. 12 und Senatsbeschl. v. 2.10.2007 – III ZR 13/07, ZNotP 2007, 466 = NJW 2007, 3566 Rn. 9, 12.

2. Ein Amtshaftungshaftungsanspruch setzt weiter voraus, dass die Amtspflichtverletzung einen Schaden verursacht hat. Davon war vorliegend sowohl vom Rechtsstandpunkt des Berufungsgerichts als auch vom Standpunkt des BGH auszugehen:

a) Hätte der beklagte Notar – wie vom OLG verlangt – den im Beurkundungstermin gegebenen Hinweis auf die bestehende Belastung mit einer Dienstbarkeit im Vertragstext dokumentiert, so hätte sich die Klägerin mit Erfolg auf die positive Kenntnis der Erwerber berufen können und so einer Schadensersatzhaftung wegen Rechtsmangels (§ 439 BGB a.F.) entgehen können – die im Prozess zwischen den Vertragsparteien ergangene Beweislastentscheidung zum Nachteil der Klägerin wäre so, wie geschehen, nicht ergangen.

b) Hätte der Notar die Übernahme der Dienstbarkeit zur Sprache gebracht, so hätte die Klägerin wahrscheinlich – wie in allen 23 Fällen vorher – auf die Einfügung einer entsprechenden Klausel bestanden; die Erwerber wären hiermit – zumal sich ihre Rechtsposition angesichts der eingegangenen (inhaltlich identischen) schuldrechtlichen Verpflichtungen nicht erheblich verschlechtert hätte – wahrscheinlich einverstanden gewesen. Wenn dies nicht der Fall gewesen und der Vertragsschluss gescheitert wäre, so wäre auch dann der entstandene Schaden (Schadensersatzanspruch der Käufer wegen Nichterfüllung; Prozesskosten) vermieden worden.

3. Das OLG ist trotz des bestehenden Kausalzusammenhangs zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden zur Klageabweisung gelangt. Es war der Auffassung, dass der Schaden dem Notar haftungsrechtlich nicht zuzurechnen sei, da die Klägerin völlig sachwidrig und schlechthin unvertretbar in den Kausalverlauf eingegriffen habe. Sie habe dadurch, dass sie die von den Erwerbern zunächst verlangte Bewilligung der Löschung des Ferienparkbetriebsrechts ohne Weiteres zurückgewiesen habe, die nachfolgende prozessuale Entwicklung erst herausgefordert. Zum Zeitpunkt der Forderung der Eheleute F, die Löschung zu bewilligen, sei der Klägerin bewusst gewesen, dass weder die Übernahme der zu ihren Gunsten bestehenden persönlichen Dienstbarkeit oder ein Gewährleistungsausschluss vereinbart noch der Hinweis auf die im Grundbuch eingetragene Belastung beurkundet worden sei. In dieser Situation hätte die Klägerin dem Ansinnen der Eheleute F, die Löschungsbewilligung zu erteilen, bei vernünftiger Risikobetrachtung nachkommen müssen. Sie habe sich angesichts der verstrichenen Zeit auch nicht darauf verlassen dürfen, den Beweis für die erfolgte Belehrung über die Dienstbarkeit durch die Vernehmung des Beklagten als Zeugen im Rechtsstreit mit den Eheleuten F erbringen zu können.

Der Argumentation, die Klägerin habe dadurch, dass sie die von den Erwerbern verlangte Bewilligung der Löschung des Ferienparkbetriebsrechts zurückgewiesen habe, die nachfolgende prozessuale Entwicklung (Umstellung der Klage der Erwerber auf den „großen Schadensersatz“) erst herausgefordert und dadurch den streitgegenständlichen Vermögensschaden bei wertender Betrachtung letztlich allein zu verantworten, ist der BGH nicht gefolgt.

Der Zurechnungszusammenhang zwischen der haftungsbegründenden Handlung und dem eingetretenen Schaden kann zwar fehlen, wenn der Geschädigte in ungewöhnlicher und unsachgemäßer Weise in den Geschehensablauf eingreift und eine weitere Ursache setzt, die den Schaden erst endgültig herbeiführt. Eine solche „Unterbrechung“ der durch die Verletzung notarieller Amtspflichten ausgelösten Ursachenkette tritt allerdings nicht ein, wenn für die Zweithandlung des Geschädigten ein rechtfertigender Anlass bestand oder diese durch das haftungsbegründende Ereignis herausgefordert wurde und eine nicht ungewöhnliche Reaktion auf dasselbe darstellt.[6]

Infolge des Umstands, dass durch die Amtspflichtverletzung des Notars die Übernahme der Dienstbarkeit durch die Erwerber nicht Gegenstand des Kaufvertrags v. 14.10.1995 geworden war, stellte sich der Fortbestand des Ferienparkbetriebsrechts auf dem von den Eheleuten F erworbenen Wohnungseigentum als Rechtsmangel i.S.d. § 434 BGB a.F. dar. Gleichwohl schied die Haftung der Klägerin als Verkäuferin insbesondere dann aus, wenn den Käufern das Bestehen der Dienstbarkeit gem. § 439 Abs. 1 BGB a.F. bei Abschluss des Kaufvertrags bekannt gewesen war. Allerdings oblag es der Klägerin, hierfür den Beweis zu erbringen. Zwar war ihr ein urkundlicher Nachweis für die erteilte Belehrung nicht möglich, jedoch stand der Klägerin der – im Vorprozess auch tatsächlich vernommene – Notar als Zeuge für die Belehrung über die Dienstbarkeit zur Verfügung. Es war entgegen der Ansicht der Vorinstanz auch nicht chancenlos, mit seiner Benennung als Zeugen den Beweis für die Kenntnis der Erwerber von der Belastung zu führen. Zwar hatte dieser – wie naheliegend – nach Jahr und Tag an den Beurkundungsvorgang v. 14.10.1995 keine konkrete Erinnerung mehr und war nur in der Lage zu bekunden, dass er in den die Ferienparkanlage betreffenden Beurkundungsterminen stets auf die Dienstbarkeit hingewiesen habe. Nach der forensischen Erfahrung ist es jedoch nicht aussichtslos, dass ein Gericht auch auf der Grundlage einer solchen Aussage, mit der unmittelbar lediglich eine allgemeine Verfahrensweise bewiesen werden kann, die Überzeugung gewinnt, der maßgebliche Einzelfall sei ebenfalls dieser Übung entsprechend gehandhabt worden.

I.Ü. darf in den Fällen, in denen sich bei notariellen Pflichtverletzungen – etwa bei unklaren oder missverständlichen Formulierungen in der vom Notar entworfenen Vertragsurkunde, bei unzureichender Aufklärung des Sachverhalts oder bei Belehrungsdefiziten – der geschädigte Urkundsbeteiligte zunächst mit seinem Vertragspartner auseinandersetzt, nicht vorschnell von einem unsachgemäßen Eingriff in den Kausalverlauf ausgegangen werden. Denn zu einem solchen Vorgehen ist er – bei hinreichender Erfolgsaussicht – vielfach sogar verpflichtet, denn bei fahrlässigen

6 Z.B. Senatsbeschl. v. 9.10.2008 – III ZR 13/08, Rn. 10; Senatsurt. v. 6.5.2004 – III ZR 247/03, ZNotP 2004, 450 = DNotZ 2004, 849, 852 m.w.N.

Pflichtverletzungen haftet der Notar nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO nur, wenn der Geschädigte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Und die Inanspruchnahme des Vertragspartners ist ein klassischer Anwendungsfall der anderweitigen Ersatzmöglichkeit.

4. Nach dem Gesagten konnte das angefochtene Berufungsurteil keinen Bestand haben. Die Sache war zurückzuverweisen. Eine Entscheidung in der Sache war dem BGH verwehrt, da insbesondere noch die Gewichtung eines fraglos gegebenen, nicht unerheblichen Mitverschuldens der Klägerin zu prüfen war. Denn die Klägerin hatte unter Verstoß gegen ihre Sorgfaltsobliegenheiten wesentlich zur Entstehung des Schadens beigetragen, den sie vom Beklagten ersetzt verlangte. Zum einen hatte sie im Vorfeld der Beurkundung im Rahmen der Verkaufsverhandlungen den Eheleuten F einen veralteten Grundbuchauszug überlassen, der nur die „überholte" Belastung mit der gemeindlichen Dienstbarkeit auswies, nicht aber die „aktuelle" mit der zugunsten der Klägerin bestehende Dienstbarkeit. Zum anderen hätte ihr dann, wenn sie den Vertragsentwurf mit gehöriger Genauigkeit geprüft und die Verlesung des Vertragstexts im Beurkundungstermin mit der notwendigen Aufmerksamkeit verfolgt hätte, auffallen müssen, dass die „üblichen" – in allen anderen bereits abgeschlossenen Verträgen enthaltenen – Vertragsklauseln zur Übernahme der Dienstbarkeit und zum Gewährleistungsausschluss fehlten.

II. „Vorleistungs-Fall"

Die nächste Entscheidung, die ich näher darstellen möchte, ist das Urteil des III. ZS v. 6.10.2011.[7] Es befasst sich mit dem Problem der ungesicherten Vorleistung; ein Problem, das in der Rechtsprechung zur Notarhaftung ein echter „Dauerbrenner" ist. Dabei zeigt die vorliegende Fallgestaltung, dass diese Frage sich in immer wieder neuem Gewand bzw. in abgewandelter Form stellt.

Es geht in dieser Entscheidung zwar vordergründig um einen Fall der Anwaltshaftung, denn Beklagter war ein Rechtsanwalt, dem die Klägerin eine schuldhafte Verletzung seiner Pflichten aus einem Anwaltsvertrag vorwirft. Der Sache nach ist es jedoch ein Notarhaftungsfall, denn der Vorwurf gegen den Anwalt, der den Auftrag hatte, Schadensersatzansprüche gegen einen Notar zu prüfen, ging dahin, bis zum Eintritt der Verjährung dieser Ansprüche pflichtwidrig nichts unternommen – also insbesondere trotz bestehender Erfolgsaussichten keine Klage gegen den Notar erhoben – zu haben.

Dem Ganzen lag im Ausgangspunkt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin war Eigentümerin eines über 3.700 m² großen Grundstücks. Dieses verkaufte sie am 11.11.1993 an eine Bauträgergesellschaft, eine GmbH in Gründung, zu einem Preis von über 1 Mio. DM. Für die Käuferin trat deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer auf. Der Kaufvertrag, der von dem Notar beurkundet wurde, enthielt in seinem § 10 eine Belastungsvollmacht zugunsten der Käuferin. Hierin hatte die Klägerin die Grundstückskäuferin bevollmächtigt und ermächtigt, ausschließlich zur Finanzierung des Kaufpreises und der Erwerbskosten das Grundstück schon vor Eigentumsumschreibung auf den Käufer mit Grundpfandrechten in beliebiger Höhe einschließlich dinglicher Unterwerfungsklausel zu belasten. Zugleich ist auch vereinbart, dass die Klägerin wegen der Finanzierung des Grundstücks durch die Käuferin keinerlei persönliche schuldrechtliche Verpflichtung zu übernehmen und keine Kosten zu tragen habe. Zudem durfte die Käuferin nur gegenüber dem Urkundsnotar von dieser Vollmacht Gebrauch machen. Insofern handelt es sich um eine übliche Belastungsvollmacht, um – zum einen – die Finanzierung des Kaufpreises zu erleichtern und – zum anderen – den Verkäufer vor einer ungesicherten Vorleistung zu bewahren. Denn da die Vollmacht darauf gerichtet war, dass die Grundstücksbelastung nur zur Finanzierung des Kaufpreises erfolgen durfte, war auch gewährleistet, dass die Auszahlung der mit den voreingetragenen Rechten gesicherten Darlehensvaluta nicht zu anderen Zwecken an die Käuferin erfolgen durfte.

Am 16.11.1993, also nur wenige Tage später, teilte der Geschäftsführer der Käuferin der Klägerin mit, dass zur Beschleunigung der Vertragsabwicklung noch eine Abtretung erforderlich sei, die einen weiteren Notartermin notwendig mache, der für den 19.11.1993 vorgesehen sei. In dem Termin beurkundete der Notar zum einen die Erklärung der Klägerin zur Bestellung einer verzinslichen Eigentümerbriefgrundschuld i.H.v. 4 Mio. DM nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung. Zum anderen beglaubigte er anschließend die Unterschrift der Klägerin unter einer ihr vorgelegten schriftlichen Erklärung, der zufolge sie die Grundschuld an die Grundstückskäuferin abtrat und sich mit der Aushändigung des Grundschuldbriefs an diese einverstanden erklärte.

Die Grundschuld und die Abtretung wurden auf Antrag des Notars im Grundbuch eingetragen. Im Folgenden wurde die Grundschuld aufgeteilt und z.T. (mehrfach) weiter abgetreten. Auf Betreiben des letzten (Teil-)Grundschuldzessionars wurde das Grundstück zwangsversteigert. Die Grundstückskäuferin und ihr Geschäftsführer waren vermögenslos. Zahlungen auf den Kaufpreis des Grundstücks erhielt die Klägerin nicht.

Das LG hat das Verhalten des Notars als amtspflichtwidrig angesehen und folgerichtig der gegen den saumseligen Rechtsanwalt gerichteten Schadensersatzklage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten hatte Erfolg; das OLG änderte das landgerichtliche Urteil ab und wies die Klage ab. Die Revision der Klägerin führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache.

Das OLG war nach Beweisaufnahme (Zeugenvernehmung, u.a. auch des Notars und des Geschäftsführers der Käuferin) über den Verlauf des Beurkundungstermins zu dem Ergebnis

7 III ZR 34/11, ZNotP 2012, 153 = MittBayNot 2012, 241 = NJW-RR 2012, 300.

gelangt, dass die Klägerin den Beweis, sie sei nicht hinreichend über die Gefahren der Beurkundung der Grundschuld und die Beglaubigung der Abtretungserklärung aufgeklärt worden, nicht habe führen können. Auch unter dem Gesichtspunkt einer ungesicherten Vorleistung seitens der Klägerin an die Käuferin des Grundstücks durch die genannte Beurkundung und Beglaubigung liege kein Pflichtenverstoß des Notars vor. Eine Belehrungspflicht wegen ungesicherter Vorleistungen erscheine bereits deshalb zweifelhaft, weil eine solche Pflicht nur entstehen könne, wenn Hauptleistungspflichten betroffen seien; dies sei vorliegend hinsichtlich der Grundschuldbestellung und der Abtretung nicht der Fall gewesen. Das könne jedoch dahingestellt bleiben, denn der Beklagte wende gegen die Annahme einer doppelten Belehrungspflicht erheblich ein, dass es Sicherungsmöglichkeiten, die der Notar zur Vermeidung des Risikos der ungesicherten Vorleistung hätte vorschlagen können und die zudem von der Vertragspartnerin der Klägerin, der Käuferin des Grundstücks, akzeptiert worden wären, nicht gegeben habe.

Diesen Ausführungen des Berufungsgerichts vermochte der BGH nicht zu folgen. Im Gegensatz zum OLG war er der Auffassung, dass der Notar seine Amtspflichten bei der Beurkundung der Eigentümergrundschuld und der Beglaubigung der Unterschrift unter der Abtretungserklärung verletzt hat. Im Einzelnen:

1. Nach § 17 Abs. 1 BeurkG soll der Notar den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und die Erklärung klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden.

Diese Belehrungspflicht gilt nicht nur für die Bestellung der Grundschuld, sondern auch für die Beglaubigung der Unterschrift unter die Abtretungserklärung der Eigentümergrundschuld an die Grundstückskäuferin, weil der Notar es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts übernommen hatte, den Text der Abtretungserklärung zu formulieren.[8]

Zur rechtlichen Tragweite i.S.d. § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG gehört es auch, dass in dem Fall, dass eine Vertragspartei bei einem gegenseitigen Vertrag eine ungesicherte Vorleistung erbringt, in zweifacher Hinsicht vom Notar zu belehren ist. Der Notar hat zum einen über die Folgen zu belehren, die im Fall der Leistungsunfähigkeit des durch die Vorleistung Begünstigten eintreten (erste Pflicht), und zum anderen Wege aufzuzeigen, wie diese Risiken vermieden werden können (zweite Pflicht).[9] Ist ein gesicherter Leistungsaustausch zwischen den Urkundsbeteiligten beabsichtigt, ist dieser nicht gewährleistet, wenn dem einen Vertragsteil nach der rechtlichen Anlage des Geschäfts angesonnen wird, seine Leistung zu erbringen, ohne dass sichergestellt ist, dass er die Gegenleistung des anderen Vertragsteils erhält. Verwirklicht sich das darin liegende Risiko, ist der rechtliche Erfolg des Geschäfts ein anderer als er von den Parteien gewollt war.[10]

2. Allerdings beschränkt sich die Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 1 BeurkG grds. auf das konkret zu beurkundende Geschäft, hier also auf die Grundschuldbestellung nebst anschließender Beglaubigung der Abtretungserklärung. Bei isolierter Betrachtung, wie sie letztlich auch das Berufungsgericht angestellt hat, handelt es sich hierbei nicht um ein Austauschgeschäft. Für den BGH war jedoch entscheidend, dass bei der vorliegenden Fallkonstellation mit Händen zu greifen – und dem Notar auch bekannt – war, dass die „Nachbeurkundung" in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem knapp eine Woche zuvor geschlossenen Grundstückskaufvertrag stand. Die Abtretung der Eigentümergrundschuld selbst ist ausweislich der Abtretungserklärung ohne Gegenleistung erfolgt. Ersichtlich handelte es sich hier dabei um eine Maßnahme zum Vollzug des bereits geschlossenen Grundstückskaufvertrags. Dieser war noch nicht abgewickelt. Der Notar, der im notariellen Grundstückskaufvertrag mit der Abwicklung des Vertrags beauftragt worden war, stand auch insoweit noch in einem Pflichtenverhältnis zu den Urkundsbeteiligten des Grundstückskaufvertrags und hier insbesondere zur Klägerin.

In diesem besonderen Fall lässt sich die Frage, welchen Belehrungspflichten nach § 17 Abs. 1 BeurkG zur Tragweite des Geschäfts dem Notar bzgl. der Beurkundung bzw. Abtretung der Grundschuld obliegen, nur unter Berücksichtigung des zuvor geschlossenen Grundstückkaufvertrags beurteilen.

3. Nimmt man aber – wie geboten – bei der Gesamtbetrachtung auch und gerade den Grundstückskaufvertrag in den Blick, wird offenkundig, dass die Klägerin mit der Bestellung der Eigentümergrundschuld und deren Abtretung eine ungesicherte Vorleistung erbracht hatte. Denn die Bestellung einer den Grundstückswert ausschöpfenden Grundschuld zugunsten des Gläubigers kommt der Übereignung des Grundstücks nahe, weil sich der Erwerber den wirtschaftlichen Wert des Grundstücks bereits jetzt zu Nutzen macht und diesen in sein Vermögen überführt.[11] Im vorliegenden Fall betrug der Kaufpreis 1.010.000 DM für das Grundstück, während die Eigentümergrundschuld i.H.v. 4 Mio. DM bestellt wurde. Diese Vorleistung war ungesichert, weil die Kaufpreiszahlung an die Klägerin durch den Grundstückskäufer nicht gesichert war. Letztlich hat sich das darin liegende Risiko, das Grundstück infolge der Vollstreckung aus der abgetretenen Eigentümergrundschuld ohne Erhalt des Kaufpreises zu verlieren, verwirklicht.

4. Geht man aber – richtigerweise – von einer ungesicherten Vorleistung seitens der Klägerin aus, genügte die Feststellung des Berufungsgerichts, es sei nicht nachgewiesen, dass

8 Vgl. Senatsurt. v. 11.11.2004 – III ZR 63/04, ZNotP 2005, 73 = NJW-RR 2005, 1003, 1004.

9 Senatsurt. v. 24.1.2008 – III ZR 156/07, ZNotP 2008, 212 = NJW 2008, 1319 Rn. 10 m.w.N.

10 Senatsurt. v. 24.1.2008 – III ZR 156/07, ZNotP 2008, 212 = NJW 2008, 1319 Rn. 10 m.w.N.

11 Vgl. BGH, Urt. v. 15.4.1999 – IX ZR 93/98, ZNotP 1999, 330 = NJW 1999, 2188, 2189.

der Notar über die Risiken der Beurkundung der Grundschuldbestellung und der Beglaubigung der Abtretung nicht hinreichend belehrt habe, nicht, um eine Pflichtverletzung des Notars zu verneinen. Denn nach diesen Feststellungen hat der Notar jedenfalls den zweiten Teil der geschuldeten Belehrung, die Pflicht zum Aufzeigen von Wegen, wie das Risiko vermieden werden kann, nicht erfüllt. Der Notar hatte in seiner persönlichen Vernehmung als Zeuge vor dem Berufungsgericht eine solche Belehrung nicht wiedergegeben. Dass eine solche erfolgt sei, wurde vom Beklagten auch nicht behauptet.

Diese Pflicht entfiel entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht deshalb, weil es keine Sicherungsmöglichkeiten gegeben und die Klägerin keine solchen aufgezeigt habe. Der Vollzug der Eintragung der Eigentümergrundschuld einschließlich deren Abtretung an die Grundstückskäuferin hätte unschwer davon abhängig gemacht werden können, dass die Kaufpreiszahlung sichergestellt worden wäre. Der Notar hätte die Antragstellung hinsichtlich des grundbuchmäßigen Vollzugs der Grundschuldbestellung und der Abtretung von der Hinterlegung des Grundstückskaufpreises auf ein Notaranderkonto bei ihm abhängig machen können.

Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, ein Schadensersatzanspruch gegen den Notar scheitere unbeschadet der Frage der ordnungsgemäßen Belehrung daran, dass sich die Klägerin auch über eine solche Belehrung hinweggesetzt und die Käuferin sich auf eine anderweitige Sicherungsmöglichkeit nicht eingelassen hätte. Dass sich die Klägerin auch dann, wenn die Käuferin eine mögliche Sicherheit durch eine Verknüpfung der Grundschuldbestellung und deren Abtretung mit der Kaufpreiszahlung abgelehnt hätte, so wie geschehen verhalten hätte, versteht sich nicht von selbst und ließ sich den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht entnehmen. Eine Weigerung der Käuferin schließlich wäre – die Redlichkeit ihrer Absichten unterstellt – kaum verständlich gewesen, sondern hätte eigentlich nur dann Sinn gemacht, wenn es ihr gerade darauf ankam, alle Sicherungsmechanismen auszuschalten, um sich so den Wert des Grundstücks zu verschaffen, ohne hierfür der Verkäuferin die versprochene Gegenleistung zukommen zu lassen. Wäre bei einer „vollständigen“ Belehrung und der sich daran anschließenden Erörterung der weiteren Vorgehensweise eine derartige Absicht erkennbar geworden, hätte der Notar ein weiteres Tätigwerden ablehnen müssen (vgl. § 14 Abs. 2 BNotO).

III. „Annahmeerklärungs-Fall“

Die dritte Entscheidung, die ich Ihnen näher darstellen möchte, ist das Urteil des III. ZS v. 8.12.2011.[12] Es befasst sich mit den Belehrungspflichten eines Notars im Zusammenhang mit der Beurkundung der Annahmeerklärung eines Grundstückskaufvertrags.

Klägerin war eine Bauträgergesellschaft, die im September 2005 von einer anderen Bauträgergesellschaft ein durch den Notar S beurkundetes Angebot zum Kauf mehrerer Grundstücke zum Preis von 520.000 € erhalten hatte. Das Angebot enthielt in Teil A u.a. folgende Bestimmungen:

„1. … Das Angebot kann nur insgesamt angenommen werden bis einschließlich 15.12.2005 und ist bis dahin unwiderruflich. Nach Ablauf dieser Frist endet das Angebot, ohne dass es widerrufen werden muss. Die Annahme hat zu notarieller Urkunde zu erfolgen und ist rechtzeitig, wenn sie bis zum Ablauf der Frist zur Urkunde eines deutschen Notars erklärt wurde. Des Zugangs der Annahmeerklärung beim Anbietenden bedarf es nicht. Er ist jedoch von der Annahme unverzüglich zu unterrichten.

2. Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Der Angebotsempfänger hat sich in der Annahmeurkunde wegen der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen …“

In der Folgezeit schloss die Klägerin mit neun Bewerbern Bauträgerverträge über die Errichtung von Eigenheimen auf den betroffenen Grundstücken.

Am 15.12.2005, also am letzten Tag vor Fristablauf, suchte der Geschäftsführer der Klägerin den beklagten Notar wegen der Beurkundung der Annahme des Kaufvertragsangebots auf. Vor der Beurkundung wurde dem Beklagten von der Klägerin ein Entwurf der Annahmeerklärung aus dem Notariat S übergeben; ob auch die Angebotserklärung selbst vorlag, ist zwischen den Parteien streitig. Der Beklagte legte seiner Beurkundung den Entwurf zugrunde. In der Vorbemerkung der Urkunde wird auf das notariell beurkundete Kaufvertragsangebot Bezug genommen. Der Geschäftsführer der Klägerin erklärte sodann im Abschnitt „Annahme“:

„1. Das der R. GmbH (Klägerin) in der vorgenannten Urkunde gemachte, ihr in allen Teilen bekannte Vertragsangebot, von dem ihr eine Ausfertigung zugegangen ist, nehme ich hierdurch in vollem Umfange an.

2. Zu diesem Zwecke gebe ich alle einseitigen, in dem Kaufvertragsangebot enthaltenen Erklärungen ab.

3. Ferner trete ich vorsorglich bereits jetzt sämtlichen grundbuchlichen Erklärungen bei. Sämtliche in der Angebotsurkunde enthaltenen Vollmachten werden bestätigt bzw. wiederholt.“

Die Urkunde enthielt nicht die im Angebot vorgesehene Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung der Klägerin.

Der Notar S, der zunächst mit dem Vollzug des Kaufvertrags begonnen hatte, stellte sich im Juli 2006 auf den Standpunkt, der Kaufvertrag sei wegen des Fehlens der Unterwerfungserklärung der Klägerin nicht wirksam zustande gekommen. Um den Kaufvertrag zu „retten“, kamen die Kaufvertragsparteien in einer am 14.9.2006 beurkundeten

12 III ZR 225/10, ZNotP 2012, 70 = DNotZ 2012, 356 = NJW 2012, 619 = WM 2012, 952.

„Vertragsänderung und -ergänzung sowie Auflassung“ überein, den Kaufvertrag im Hinblick auf die Wirksamkeitsbedenken zu bestätigen. Zu diesem Entgegenkommen war die Verkäuferin jedoch nur gegen Anhebung des Kaufpreises auf 560.000 € bereit.

Die Klägerin, die wegen der ihr entstandenen Mehrkosten Schadensersatz begehrte, warf dem beklagten Notar vor, er habe, obwohl ihm eine Kopie der Angebotsurkunde übermittelt worden sei, das Erfordernis einer Vollstreckungsunterwerfungserklärung verkannt. Wenn dem Beklagten, wie von ihm behauptet, das Angebot nicht vorgelegen haben sollte, so habe dieser es jedenfalls versäumt, ihr – der Klägerin – Hinweise auf mögliche Risiken und Gefahren zu geben, die sich daraus ergeben könnten, dass ihm das Angebot nicht vorliege. Auch habe er nicht verlangt, dass ihm die Klägerin das Angebot zur Kenntnisnahme vorlege.

Das LG hatte die Klage nach persönlicher Anhörung des Geschäftsführers der Klägerin und des Beklagten und Vernehmung von Zeugen abgewiesen, das OLG hatte ihr stattgegeben. Die Revision der Klägerin führte zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

1. Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme gelangten beide Tatsacheninstanzen – von der Revision unangegriffen – zu dem Ergebnis, dass die Klägerin für ihren Vorwurf, der Beklagte habe bei der Beurkundung der Annahmeerklärung die Angebotserklärung nicht zur Kenntnis genommen und sich nicht darum bemüht, diese zu erhalten, den ihr obliegenden Beweis nicht führen konnte. Damit stehen nur solche Amtspflichten im Raum, die einem Notar obliegen, der – rechtlich unbedenklich, wenn, wie hier, kein Verbrauchervertrag geschlossen werden soll (vgl. § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG) – auf Wunsch der Urkundsbeteiligten eine Annahmeerklärung beurkundet, obwohl ihm dem das der Annahmeerklärung korrespondierende Angebot nicht vorliegt.

2. Das der Klage stattgebende Berufungsgericht hatte dem Beklagten vorgeworfen, er habe den Geschäftsführer der Klägerin nicht umfassend über die Risiken einer geforderten Beurkundung der Annahmeerklärung ohne Kenntnis der hierin in Bezug genommenen Angebotserklärung aufgeklärt und insbesondere nicht darüber belehrt, dass ein wirksamer Vertragsschluss nur zu erwarten sei, wenn die Annahmeerklärung der Angebotserklärung entspreche und sämtlichen hierin aufgestellten Anforderungen genüge. Unter Zugrundelegung seines eigenen Vortrags zum Inhalt seiner Belehrungen habe der Beklagte ersichtlich selbst i.S.d. § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG „Zweifel an der Wirksamkeit des Geschäfts“ gehabt und wäre demzufolge verpflichtet gewesen, seine Belehrung und die dazu abgegebenen Erklärungen des Geschäftsführers in der Niederschrift zu vermerken, was er unterlassen habe. Daraus folge, dass der Beklagte den Nachweis einer ordnungsgemäßen Belehrung zu führen habe, was ihm mit der Aussage des von ihm benannten Zeugen D nicht gelungen sei.

Unabhängig von diesen Überlegungen sah es das Berufungsgericht auf der Grundlage der Bekundungen des Zeugen D als bewiesen an, dass der Beklagte den Geschäftsführer der Klägerin nur unzureichend belehrt hatte, weil er zwar sinngemäß auf „Gefahren und Risiken“ hingewiesen habe, ohne diese jedoch konkret zu erläutern und insbesondere auf die Gefahr eines Scheiterns des beabsichtigten Vertragsschlusses wegen einer Divergenz von Angebots- und Annahmeerklärung hinzuweisen.

3. Nach Auffassung des BGH bestand die vom Berufungsgericht in den Vordergrund gestellte Amtspflicht, den Geschäftsführer der Klägerin darüber zu belehren, dass ein wirksamer Vertragsschluss nur zustande komme, wenn die Annahmeerklärung der Angebotserklärung entspreche, nicht.

a) Dabei ist allgemein zu bemerken, dass sich nach der Rechtsprechung des BGH dann, wenn die Tätigkeit des Notars auf die Beurkundung der Annahme eines vorgegebenen Vertragsangebots beschränkt ist, die Pflicht zur Rechtsbelehrung in der Aufklärung über die rechtliche Bedeutung der Annahmeerklärung erschöpft. Der Inhalt des Vertragsangebots, dem die Annahme gilt, gehört nicht mehr zur rechtlichen Tragweite des in einem solchen Fall beurkundeten Geschäfts. Der Umfang der geschuldeten Belehrung gem. § 17 Abs. 1 BeurkG ist auf die rechtlichen Auswirkungen der Annahmeerklärung und damit abstrakt auf die Gefahren beschränkt, die mit jedem Kaufvertrag verbunden sind.[13] Da sich bei einer derart reduzierten Belehrungspflicht die durch die Einschaltung eines Notars intendierte „allgemeine Betreuung“ des oder der Urkundsbeteiligten nur sehr unzulänglich erreichen lässt, spricht vieles dafür, dass der die Annahmeerklärung beurkundende Notar im Interesse des Annehmenden darauf hinwirken muss, dass ihm auch das Angebot vorgelegt wird und anhand des Angebots eine Belehrung (auch) über den Inhalt des abzuschließenden Vertrags erfolgt.[14] Wenn freilich – und so lag der Fall hier – die Angebotserklärung nicht vorliegt und auch nicht vorzuliegen braucht, genügt grds. eine Belehrung über die rechtlichen Auswirkungen der Annahmeerklärung und abstrakt über die Gefahren, die mit jedem Kaufvertrag verbunden sind.

b) Zu diesen (eingeschränkten) Belehrungspflichten kann es nach der jeweiligen Sachlage des Falls gehören, dass der Vertrag nur zustande kommt, wenn Angebot und Annahme inhaltlich übereinstimmen. Eine solche Belehrung ist jedoch nicht erforderlich, wenn es ausgeschlossen erscheint, dass die Erklärungen des Annehmenden hinter den Anforderungen der Angebotsurkunde zurückbleiben. So lag der Fall hier: Denn der vom Beklagten der Beurkundung zugrunde gelegte Entwurf des Notars S sah vor, dass die Klägerin – wie geschehen – das ihr in allen Teilen bekannte Vertragsangebot in vollem Umfang annahm.

13 Vgl. BGH, Urt. v. 25.2.1994 – V ZR 63/93, BGHZ 125, 218, 224; v. 24.6.1993 – IX ZR 216/92, NJW 1993, 2747, 2750.

14 Vgl. *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 17 Rn. 58; *Armbrüster*, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 5. Aufl., § 17 BeurkG Rn. 164.

c) Richtig ist allerdings, dass sich aus einer Angebotserklärung weitere Maßgaben oder Bedingungen ergeben können, die zwar nicht unmittelbar den Inhalt des zu schließenden Kaufvertrags betreffen, aber zusätzlich vom Anbietenden ausbedungen werden, wie etwa die in einer Angebotsurkunde enthaltene Befristung für die Annahme. Vorliegend hatte der Beklagte insoweit – auch im Berufungsverfahren unwiderlegt – in erster Instanz geltend gemacht, er habe den Geschäftsführer der Klägerin über „mögliche Unsicherheiten" belehrt und darauf hingewiesen, „dass es potenziell gefährlich sei, wenn er die Annahme beurkunde, ohne das Angebot – wenn auch nur in kopierter textlicher Form – gesehen zu haben, weil er zum Beispiel nicht für einzuhaltende Fristen, zu übernehmende Bedingungen, sonstige Umstände und Tatsachen der Abwicklung hinsichtlich der Urkunde Gewähr übernehmen könne"; bei seiner Anhörung vor dem LG hatte er ausgesagt, er habe darauf hingewiesen, „dass in dem Angebot gewisse Fristen, Bedingungen stehen könnten, die bei der Beurkundung berücksichtigt werden müssten".

Nach Meinung des III. ZS machte diese Belehrung dem nach eigener Einschätzung in Grundstücksgeschäften ausreichend (beurkundungs-)erfahrenen Geschäftsführer eines Bauträgerunternehmens hinreichend die Risikolage deutlich, die im Hinblick auf die auf den letzten Tag der Annahmefrist terminierte Beurkundung das Scheitern des Vertragsschlusses bedeuten konnte.

d) Diese allgemein gehaltenen Hinweise genügten den Anforderungen des § 17 Abs. 1 BeurkG im konkreten Fall auch insoweit, als es um die Unterwerfung der Zwangsvollstreckung ging. Zwar mag es richtig sein, dass – wie die Klägerin erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem III. ZS geltend machte – eine derartige Erklärung üblicherweise Bestandteil von Annahmeerklärungen ist (und deshalb im Allgemeinen eine gezielte Nachfrage in Betracht kommt).[15] Im vorliegenden Fall kam jedoch hinzu, dass die Klägerin dem Beklagten einen Entwurf für die Annahmeerklärung aus dem „Büro" des Notars S vorgelegt hatte, der keinen Anlass bot, gezielt auf die mögliche Bedingung einer Unterwerfungserklärung hinzuweisen.

4. Soweit schließlich das OLG dem beklagten Notar die Darlegungs- und Beweislast nach § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG dafür aufbürdete, seinen Belehrungs- und Hinweispflichten nachgekommen zu sein, war ihm ebenfalls nicht zu folgen. § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG betrifft den Fall, dass der Notar bei der rechtlichen Prüfung der beurkundeten Erklärungen daran zweifelt, dass der Inhalt dieser Erklärungen den gewünschten rechtlichen Erfolg herbeizuführen vermag (etwa, weil das beurkundete Geschäft möglicherweise sittenwidrig ist). Rein tatsächliche Zweifel an dem Zustandekommen des Geschäfts, die daraus herrühren, dass der Notar die für das wirksame Zustandekommen des Geschäfts notwendigen „Begleitumstände" (hier: Inhalt der Angebotsurkunde) nicht kennt – und auch nicht zu kennen braucht –, fallen nicht unter den Anwendungsbereich der Norm; sie begründen mithin keine Zweifel i.S.d. § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG, die einen Vermerk über die Belehrung und die vom jeweils betroffenen Urkundsbeteiligten dazu abgegebenen Erklärungen in der Urkunde verlangten.

IV. „Gewerbeerlaubnis-Fall"

Als Letztes möchte ich einen Fall näher schildern, der aus Sicht des Senats – da er vom OLG richtig entschieden war und Zulassungsgründe nicht vorlagen – nicht „urteilswürdig" war; die Nichtzulassungsbeschwerde des geschädigten Käufers gegen den Urkundsnotar wurde durch nicht näher begründeten Beschl. v. 27.6.2012[16] zurückgewiesen. Die Sache scheint mir aber gleichwohl interessant zu sein, weil sich anhand dieses Falls die Reichweite der notariellen Amtspflichten im Zusammenhang mit der Beurkundung eines Bauträgervertrags anschaulich demonstrieren lässt.

Am 24.5.2005 beurkundete der beklagte Notar einen Kauf- und Bauträgervertrag über den Erwerb einer noch fertigzustellenden Eigentumswohnung in Düsseldorf zwischen dem Kläger als Erwerber und einer GmbH als Verkäuferin bzw. Bauträgerin. Zuvor hatte der Beklagte durch einen Mitarbeiter das Handelsregister einsehen lassen, um die Vertretungsverhältnisse der GmbH überprüfen zu lassen. Die Eigentumswohnung sollte bis zum 28.2.2006 bezugsfertig sein. Die Durchführung des Bauvorhabens scheiterte an der fehlenden Finanzkraft der Verkäuferin. Über deren Vermögen wurde im Juli 2008 das Insolvenzverfahren eröffnet.

Vor dem Kläger hatten andere Erwerber Kauf- und Bauträgerverträge über andere Eigentumswohnungen im selben Objekt vom Amtsvorgänger des Notars beurkunden lassen; in diesen Verträgen waren deutlich frühere Fertigstellungstermine genannt. Die Beklagte verfügte außerdem nicht über die gewerberechtliche Bauträgererlaubnis gem. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a GewO. Dieser Umstand war u.a. auch aus der Eintragung im Handelsregister zu entnehmen. Dieser Eintrag war allerdings dem Mitarbeiter des Notars beim Einblick in das Handelsregister nicht aufgefallen.

Der Kläger hat geltend gemacht, der Beklagte habe es pflichtwidrig (insbesondere) versäumt, ihn auf die in den vorgängigen Kaufverträgen vereinbarten früheren Fertigstellungstermine sowie auf die fehlende gewerberechtliche Erlaubnis hinzuweisen. Wäre dies geschehen, so wären bei ihm, dem Kläger, so erhebliche Bedenken gegen die Zuverlässigkeit des Bauträgers entstanden, dass er den Kaufvertrag nicht abgeschlossen hätte.

Beide Vorinstanzen haben die Klage mangels Amtspflichtverletzung des Beklagten als unbegründet angesehen. Der BGH hat die gegen das Berufungsurteil erhobene Beschwerde zurückgewiesen, weil weder der geltend gemachte Revisionszulassungsgrund des Erfordernisses der Fortbildung des Rechts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 1. Alt. ZPO) noch der der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 2. Alt. ZPO) gegeben war. I.Ü. hatten die Vorinstanzen nach Auffassung des Senats auch richtig entschieden.

Inmitten des Rechtsstreits stand die Frage, ob und inwieweit ein Notar verpflichtet ist, Umstände, die die Zuverlässigkeit

15 S. auch die Ausführungen zu I.1.

16 III ZR 208/11 – die Beschwerde richtete sich gegen das Urteil des 18. ZS des OLG Düsseldorf v. 20.7.2011 – I-18 U 153/10.

oder (insbesondere) die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Vertragspartner betreffen, zu ermitteln bzw. diesbezügliche Erkenntnisse den Urkundsbeteiligten gegenüber zu offenbaren.

1. Die Belehrungspflicht des Notars aus § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG bezieht sich grds. nur auf die rechtliche, nicht (auch) auf die wirtschaftliche Tragweite des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts. Der Belehrung unterliegt daher etwa nicht die Frage der Angemessenheit des Kaufpreises, der Geeignetheit des Kaufgrundstücks für bauliche oder gewerbliche Zwecke oder der wirtschaftlichen oder sonstigen Verhältnisse bzw. der Zuverlässigkeit der Vertragsparteien. Vorliegend war es also nicht Aufgabe des Notars abzuklären, ob es sich bei der Verkäuferin tatsächlich um eine Gesellschaft handelte, die im Besitz einer für die Ausübung ihres Gewerbes notwendigen Erlaubnis war oder die sonst als hinreichend zuverlässig bzw. seriös eingeschätzt werden konnte.

Dies ist vorliegend auch nicht deshalb anders zu beurteilen, weil im Handelsregister vermerkt war, dass die Verkäuferin nicht über eine Erlaubnis nach § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a GewO verfügte.

Nach § 21 BeurkG soll sich der Notar bei Geschäften, die im Grundbuch eingetragene oder einzutragende Rechte zum Gegenstand haben, über den Grundbuchinhalt unterrichten. Diese Bestimmung, die § 17 BeurkG ergänzt, ist jedoch nicht auf andere Register oder Verzeichnisse (Handelsregister, Baulastenverzeichnis etc.) anwendbar. Allerdings obliegt es dem Notar nach § 12 BeurkG auch, die Vertretungsmacht und die Verfügungsbefugnis der Urkundsbeteiligten zu überprüfen. Kommt es in diesem Zusammenhang – etwa, weil keine Vertretungsbescheinigung vorgelegt wird – zur Einsichtnahme in das Handelsregister, so beschränkt sich – wie die Vorinstanzen richtig erkannt hatten – die Amtspflicht des Notars, den Handelsregisterinhalt zu prüfen, allein auf die Frage der Vertretungsmacht.

Mithin kann es dem Notar nicht angelastet werden, dass er seinen Angestellten nicht angewiesen hatte, bei Einsicht in das Handelsregister nicht nur die Vertretungsverhältnisse, sondern auch etwaige weitere, die Geschäftstätigkeit der GmbH bzw. das Fehlen der Gewerbeerlaubnis betreffende Einträge in den Blick zu nehmen. Ebenso wenig lag ein – dem Notar nach § 278 BGB zuzurechnendes[17] – „Versäumnis“ seiner Hilfsperson darin, dass diese die Bemerkung zum „Gegenstand des Unternehmens“ nicht zur Kenntnis genommen und an den Notar weitergegeben hatte.

2. Nach der st. Rspr. des BGH kann jedoch der Notar im Einzelfall aufgrund einer erweiterten Belehrungspflicht zu einem warnenden Hinweis verpflichtet sein (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO), wenn er aufgrund besonderer Umstände – namentlich wegen der rechtlichen Anlage oder der vorgesehenen Art der Durchführung des konkreten Geschäfts – Anlass zu der Besorgnis haben muss, einem Beteiligten drohe ein Schaden, weil dieser sich wegen Unkenntnis der Rechtslage oder von Sachumständen einer Gefahr nicht bewusst ist.[18] Die Belehrungspflicht des Notars setzt voraus, dass er die Gefahrenlage kennt oder zumindest mit ihr rechnen muss.[19] Er ist nicht verpflichtet, die tatsächlichen Voraussetzungen für den Anlass einer erweiterten Belehrung selbst erst zu ermitteln.[20]

Diese Grundsätze hatte das Berufungsgericht berücksichtigt und zutreffend angewandt.

a) Von früheren Fertigstellungsterminabreden in vorangegangenen, von ihm selbst nicht beurkundeten Kauf- und Bauträgerverträgen mit anderen Käufern musste der Beklagte keine Kenntnis haben, und selbst wenn er hiervon Kenntnis gehabt hätte, so läge darin – wie das OLG zutreffend angenommen hatte – noch kein verdachtsbegründender Gesichtspunkt. Die Nichteinhaltung von Baufristen kann vielerlei Ursachen haben; dieser Umstand ist für sich genommen noch kein eindeutiges Indiz dafür, dass sich der Bauträger in finanziellen Verhältnissen befindet (i.Ü. wäre dieses Indiz so schwach, dass es angesichts der Neutralitäts- und Verschwiegenheitspflicht des Notars [§§ 14 Abs. 1 Satz 2, 18, 28 BNotO] schwerfiele, hieraus eine – für den Bauträger u.U. sehr folgenschwere – Warn- und Hinweispflicht abzuleiten).

b) Demgegenüber ist das Fehlen der gewerberechtlichen Erlaubnis des Bauträgers nach § 34c GewO für den Abschluss eines Bauträgervertrags durchaus ein bedeutsamer Umstand. Dies hatte aber das Berufungsgericht – was die Beschwerde verkannt hatte – gar nicht in Abrede gestellt. Es hatte vielmehr entscheidend darauf abgestellt, dass der Beklagte hiervon im vorliegenden Fall weder Kenntnis hatte noch Kenntnis haben musste. Dies begegnete, wie sich schon aus den obigen Ausführungen zur Einsichtnahme in das Handelsregister ergibt, revisionsrechtlich – und erst recht zulassungsrechtlich – keinen Bedenken:

Eine Pflicht, die tatsächlichen Voraussetzungen für den Anlass einer betreuenden Belehrung selbst erst zu ermitteln, trifft den Notar wie erwähnt nicht, und die Pflicht zur Registereinsicht erstreckt sich nur auf diejenigen Tatsachen, deren Kenntnis für das jeweilige Urkundsgeschäft absehbar von Bedeutung ist. Ohne anderweitige Anhaltspunkte für Zweifel am Vorliegen der gewerberechtlichen Erlaubnis nach § 34c GewO musste der Notar diesbezüglich im Handelsregister keine „Nachforschungen“ anstellen.

---

17 Vgl. BGH, Urt. v. 23.11.1995 – IX ZR 213/94, BGHZ 131, 200, 205 ff.

18 S. etwa Senatsurt. v. 4.12.2008 – III ZR 51/08, BGHZ 179, 94, 99 = ZNotP 2009, 77 Rn. 17; v. 20.9.2007 – III ZR 33/07, ZNotP 2007, 468 = NJW 2008, 1085 Rn. 10 und v. 27.5.2004 – III ZR 302/03, ZNotP 2004, 369 = NJW-RR 2004, 1434, 1435; BGH, Urt. v. 22.5.2003 – IX ZR 201/01, NJW-RR 2003, 1498; v. 9.1.2003 – IX ZR 422/99, ZNotP 2003, 150 = NJW 2003, 1940, 1941 und v. 13.6.1995 – IX ZR 203/94, NJW 1995, 2794.

19 Vgl. dazu Senatsurt. v. 4.12.2008 – III ZR 51/08, BGHZ 179, 94, 99 = ZNotP 2009, 77 Rn. 17; v. 20.9.2007 – III ZR 33/07, ZNotP 2007, 468 = NJW 2008, 1085 Rn. 10 und v. 27.5.2004 – III ZR 302/03, ZNotP 2004, 369 = NJW-RR 2004, 1434, 1435; BGH, Urt. v. 22.5.2003 – IX ZR 201/01, NJW-RR 2003, 1498 und v. 9.1.2003 – IX ZR 422/99, ZNotP 2003, 150 = NJW 2003, 1940, 1941 f.

20 Senatsurt. v. 27.5.2004 – III ZR 302/03, ZNotP 2004, 369 = NJW-RR 2004, 1434, 1435; BGH, Urt. v. 13.6.1995 – IX ZR 203/94, NJW 1995, 2794.

74243301_ZNotP_Innenteil.indd 10 01.02.13 10:22

Grundstücksrecht

Die Grenzen der „Wiederverwendbarkeit“ der Vormerkung

von Vorsitzendem Richter am BGH a.D. Professor Dr. Wolfgang Krüger, Karlsruhe

In den zurückliegenden Jahren haben zwei Entscheidungen des V. ZS des BGH die Gemüter besonders erregt. Es handelt sich um die Entscheidungen zur Frage der Wiederverwendbarkeit einer Vormerkung.[1] *Dabei geht es an sich um wenig Innovatives. Vielmehr kommen althergebrachte und anerkannte Grundsätze zum Tragen, haben in ihren – vermeintlichen – Auswirkungen indes für Irritationen gesorgt, die offenbar nur schwer aufgelöst werden können.*[2] *Das dokumentieren schon die verwendeten Begriffe „Wiederverwendung“ oder gar „Wiederaufladung“ einer Vormerkung.*[3] *Damit assoziiert man recht schnell die Vorstellung, man könne eine Vormerkung, ähnlich wie eine Grundschuld, „auf Vorrat“ eintragen lassen, deren man sich dann nach Gusto bedienen könne. Dass so etwas nicht wünschenswert wäre, bedarf keiner näheren Begründung. Darüber ist man sich einig. Aber so ist es auch nicht. Das ist weder Inhalt der beiden BGH-Entscheidungen noch deren Folge. Zwei neue Entscheidungen des V. ZS des BGH erhellen das.*[4]

I. Inhalt der beiden Ausgangsentscheidungen

1. Entstehungsvoraussetzungen einer Vormerkung

Eine Vormerkung bedarf zu ihrer Entstehung einer (materiell-rechtlichen) Bewilligung,[5] der Eintragung in das Grundbuch und eines zu sichernden Anspruchs (§§ 883 Abs. 1, 885 Abs. 1 Satz 1 BGB). Ferner muss zwischen Bewilligung und Eintragung ein Bezug bestehen. Der BGH spricht von Kongruenz.[6] Gemeint ist, dass Eintragung und Bewilligung einander entsprechen müssen; das, was eingetragen worden ist, muss das sein, was Gegenstand der Bewilligung ist. Keine Rolle spielt es, in welcher Reihenfolge die Entstehungsvoraussetzungen Bewilligung und Eintragung verwirklicht worden sind. Für die in § 873 BGB geregelten Erwerbstatbestände können wir das aus § 879 Abs. 2 BGB entnehmen; denn es ist dort davon die Rede, dass die Einigung der Eintragung nachfolgen kann. Für den materiell-rechtlichen Erwerbstatbestand ist es also ohne Belang, ob sich die Parteien zunächst dinglich einigen und dann die Rechtsänderung in das Grundbuch eingetragen wird oder ob es sich umgekehrt verhält. Dasselbe gilt für die Vormerkung. Die Bewilligung als einseitiges Rechtsgeschäft kann ebenso wie die dingliche Einigung der Eintragung nachfolgen. Nur muss auch dann der inhaltliche Bezug (Kongruenz, s.o.) zwischen (nachfolgender) Bewilligung und Eintragung gewahrt sein.[7]

2. Auf die Fälle bezogen

Um nichts anderes als um diese einfachen Grundsätze ging es in den beiden Ausgangsentscheidungen.

Im ersten Fall[8] hatten die Parteien eines Grundstückskaufvertrags diesen Vertrag einvernehmlich aufgehoben und am selben Tag mit einigen Modifikationen (herabgesetzter Kaufpreis; Wegfall einer werkvertraglichen Pflicht) neu abgeschlossen. Eine aufgrund des ersten Kaufvertrags bewilligte und eingetragene Vormerkung ließen sie nicht löschen, sondern vereinbarten, dass diese „als fortbestehend gelten sollte.“ Im zweiten Fall[9] stand den Eltern ein durch Vormerkung gesicherter Rückübertragungsanspruch gegen ihre Tochter zu, falls diese das ihr übertragene Hausgrundstück zu Lebzeiten der Eltern veräußern, belasten oder baulich verändern sollte. Später hatten die Parteien der Vereinbarung drei Bedingungen hinzugefügt: Auch wenn die Ehe der Tochter geschieden, wenn über ihr Vermögen das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet werden sollte oder wenn die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betrieben würde, sollte der Anspruch auf Rückübertragung entstehen und auch insoweit durch die schon eingetragene Vormerkung gesichert werden.

Im ersten Fall war infolge der Aufhebung des Grundstückskaufvertrags die Auflassungsvormerkung erloschen, indes noch eingetragen. Diese Eintragung konnte als erster Akt für eine Neubestellung genutzt werden. In der dahin gehenden Vereinbarung lag eine neue Bewilligung, und aus dem neu abgeschlossenen Kaufvertrag ergab sich ein Anspruch, der nunmehr gesichert werden sollte. Dass sich die nachfolgende Bewilligung auf die Eintragung bezog, ihr inhaltlich entsprach, mit ihr kongruent war, war evident. Das ergab

1 BGH, Urt. v. 26.11.1999 – V ZR 432/98, ZNotP 2000, 109 = BGHZ 143, 175, und Urt. v. 7.12.2007 – V ZR 21/07, ZNotP 2008, 81 = NJW 2008, 578.

2 S. dazu *meinen* Versuch in der FS Krämer, 2009, S. 475.

3 Die der BGH dummerweise auch selbst verwendet hat.

4 Beschl. v. 3.5.2012 – V ZB 112/11 und V ZB 258/11, ZNotP 2012, 229 = NJW 2012, 2032 = WM 2012, 1247.

5 Der Fall, dass an die Stelle der Bewilligung eine einstweilige Verfügung tritt, braucht uns hier nicht weiter zu interessieren.

6 ZNotP 2000, 109 = BGHZ 143, 175, 182.

7 In einer Besprechung der neuen Entscheidungen verkennt *Everts*, ZfIR 2012, 589, 590, dass es sich bei dieser nachfolgenden Bewilligung gerade nicht um eine grundbuchrechtliche Bewilligung, sondern um die materiell-rechtliche Entstehungsvoraussetzung handelt. Der Witz besteht doch darin, dass die Eintragung im Grundbuch schon vorhanden ist; da gibt es grundbuchrechtlich nichts mehr zu bewilligen.

8 ZNotP 2000, 109 = BGHZ 143, 175.

9 ZNotP 2008, 81 = NJW 2008, 578.

sich aus der Vereinbarung und aus den Umständen des Falls: es ging um einen inhaltsgleichen Auflassungsanspruch zwischen denselben Parteien.

Im zweiten Fall war Inhalt der Vertragsänderung, dass die zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs bereits bestehende Vormerkung auf die zusätzlich vereinbarten Bedingungen erstreckt werden sollte. Darin liegt eine erweiternde Bewilligung einer schon eingetragenen Vormerkung. Wirksam ist das, wenn sich die Erweiterungen noch mit der Eintragung decken, mit ihr „kongruent" sind. Das hat der BGH nicht ausdrücklich angesprochen,[10] der Sache nach aber bejaht. Dagegen lässt sich wenig sagen. Eingetragen war eine Vormerkung zur Sicherung eines bedingten Rückübertragungsanspruchs. Daran hat sich durch die Hinzufügung von drei Bedingungen nichts geändert, die zudem demselben Zweck wie die zuvor vereinbarten Bedingungen dienen sollten, das Grundstück in der Familie zu halten.[11]

3. Fazit

Entscheidend, und von den Kritikern der BGH-Rechtsprechung nicht selten übersehen, ist also allein die Frage, ob zwischen Eintragung und nachfolgender Bewilligung (erweiternder Bewilligung) der notwendige inhaltliche Bezug hergestellt werden kann.[12] Da wird also keine Vormerkung aufgeladen, vorgehalten oder wiederverwendet, sondern es wird eine Eintragung als Entstehungsvoraussetzung für eine Vormerkung genutzt. Und das funktioniert nur, wenn sie inhaltlich das verlautbart, was Gegenstand der nachfolgenden Bewilligung ist.[13]

Wenn man diesen wesentlichen Punkt nicht erkennt, dann besteht die Gefahr, dass man sich von dem misslungenen Bild der „Wiederaufladbarkeit" der Vormerkung verführen lässt und zu falschen Ergebnissen gelangt. So ging es dem OLG Frankfurt/M. und wohl vielen Grundbuchbeamten im Lande. Darüber verhalten sich die beiden neuen Entscheidungen des BGH.

II. Neue Fälle

1. Sachverhalte

Im ersten Fall[14] hatte Frau B im Rahmen einer Erbauseinandersetzung eine Eigentumswohnung zu Eigentum erhalten, freilich „belastet" mit einem an bestimmte Voraussetzungen gebundenen Rückübertragungsanspruch ihrer Mutter, der indes weder übertragbar noch vererblich war. Dieser Rückübertragungsanspruch wurde durch eine Vormerkung gesichert. Später veräußerte Frau B die Eigentumswohnung an die Antragstellerin, die nach dem Tode der Mutter von Frau B beim Grundbuchamt die Löschung der Vormerkung beantragte.

Im zweiten Fall[15] hatten Eltern ihrem Sohn ein Grundstück übertragen, das dieser ohne ihre Zustimmung nicht veräußern durfte. Für den Fall der Zuwiderhandlung hatte sich der Sohn gegenüber seinen Eltern zu deren Lebzeiten als Gesamtgläubigern zur Rückübertragung verpflichtet und zur Sicherung dieses Anspruchs eine Vormerkung bestellt. Als die Mutter gestorben war, beantragte der Sohn unter Vorlage der Sterbeurkunde und einer Löschungsbewilligung seines Vaters die Löschung der Vormerkung.

2. Entscheidungen des OLG

In beiden Fällen hatten die Löschungsanträge weder beim Grundbuchamt noch im Beschwerdeverfahren Erfolg.

Im ersten Fall meinte das Beschwerdegericht, der nach § 22 GBO erforderliche Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs sei nicht erbracht. Auch wenn der ursprünglich gesicherte Anspruch der Mutter von Frau B nicht mehr bestehen sollte, müsse die Vormerkung nicht erloschen sein. Es sei nämlich nicht auszuschließen, dass die Vormerkungsberechtigte zu ihren Lebzeiten mit der Antragstellerin eine Vereinbarung getroffen habe, wonach die Vormerkung nunmehr einen anderweitigen vererblichen Rückübereignungsanspruch sichern solle. Das sei die Folge der „Aufladungsrechtsprechung" des BGH. Daher bedürfe es der Vorlage einer Löschungsbewilligung der Erben und eines Erbennachweises.

Im zweiten Fall ist die Argumentation des Beschwerdegerichts ähnlich. Es könne dahinstehen, ob der ursprünglich gesicherte Anspruch der Eltern noch bestehe. Jedenfalls sei es nach der Rechtsprechung des BGH zum „Aufladen" einer Vormerkung nicht ausgeschlossen, dass die Mutter zu ihren Lebzeiten mit dem Sohn eine Vereinbarung getroffen habe, wonach die Vormerkung nunmehr einen anderen Anspruch sichern solle („einen anderweitigen vererblichen Rückübereignungsanspruch"). Ob der Vater an einer solchen Vereinbarung mitgewirkt habe, sei unerheblich. Erforderlich sei daher neben der Löschungsbewilligung des Vaters die Vorlage einer Löschungsbewilligung der Rechtsnachfolger der Mutter.

3. Entscheidungen des BGH

Der BGH hat den in beiden Fällen zugelassenen Rechtsbeschwerden stattgegeben. Auch wenn das Beschwerdegericht in seinen Entscheidungen den Begriff der Deckungsgleichheit verwendet, so hat es nicht richtig erfasst, was es damit auf sich hat.

---

10 Er sah die Sache noch schlichter: Wenn es möglich sei, eine erloschene Forderung durch eine neue zu ersetzen, dann müsse es erst recht möglich sein, einen bestehenden Anspruch um weitere Entstehungsbedingungen zu ergänzen.

11 Nähere Ausführungen zur Kongruenz bei *Krüger* (Fn. 2), S. 486 f.

12 S. nochmals *Krüger* (Fn. 2), S. 479.

13 Daher besteht auch nicht das von *Amann*, NotBZ 2012, 201, angesprochene Problem einer sich außerhalb des Grundbuchs vollziehenden Rechtsänderung, der mit den Mitteln des § 892 BGB begegnet werden müsste. Die Rechtslage ändert sich gerade nicht; Eintragung und Inhalt des Rechts stimmen überein (Kongruenz).

14 V ZB 258/11, ZNotP 2012, 229 = NJW 2012, 2032 = WM 2012, 1247.

15 V ZB 112/11.

a) Voraussetzungen der Grundbuchberichtigung

Voraussetzung für die Löschung einer Vormerkung im Wege der Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO ist, dass der Antragsteller in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise und in der Form des § 29 GBO nachweist, dass das Grundbuch unrichtig ist. Das ist es dann, wenn der gesicherte Anspruch erloschen ist und auszuschließen ist, dass durch eine nachfolgende Bewilligung ein neuer Anspruch vorgemerkt worden sein könnte.

b) In den konkreten Fällen

Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts liegen in beiden Fällen die Voraussetzungen des § 22 GBO vor.

aa) V ZB 258/11

Im ersten Fall war eine Vormerkung zur Sicherung eines nicht vererblichen und nicht übertragbaren Rückübereignungsanspruchs bewilligt worden. Dieser Anspruch erlosch mit dem Tod der Anspruchsberechtigten, der Mutter der Frau B. Das Grundbuch wies eine Vormerkung aus, die infolge der Akzessorietät ebenfalls erloschen war. Es war also unrichtig. Der Gedanke des Beschwerdegerichts, man könne nicht ausschließen, dass die Anspruchsberechtigte zu ihren Lebzeiten mit der Antragstellerin (Erwerberin der Eigentumswohnung) eine Vereinbarung des Inhalts getroffen habe, wonach die Vormerkung „nunmehr einen anderweitigen vererblichen Rückübereignungsanspruch sichern“ solle mit der Folge, dass die Vormerkung fortbestehe, ist bemerkenswert falsch. Eine solche Vereinbarung hätte das Erlöschen des ursprünglich gesicherten unvererblichen und unübertragbaren Anspruchs und damit das Erlöschen der Vormerkung schon zu Lebzeiten der Berechtigten gehabt. Zu dem Ergebnis des Beschwerdegerichts kann man dann nur gelangen, wenn man eine Kongruenz zwischen der bestehen gebliebenen Eintragung und der in der Vereinbarung liegenden Neubewilligung bejaht. Das ist indes nicht vertretbar. Eingetragen ist eine Vormerkung zur Sicherung eines nicht vererblichen und nicht übertragbaren Rückübertragungsanspruchs, bewilligt eine Vormerkung zur Sicherung eines vererblichen Rückübertragungsanspruchs. Das ist so wenig vergleichbar wie Äpfel mit Birnen, das passt nicht zusammen. Die Bewilligung deckt sich nicht mit der Eintragung. Es entsteht nichts, die Vormerkung bleibt erloschen, das Grundbuch unrichtig.

bb) V ZB 112/11

Im zweiten Fall war ein den Eltern als Gesamtgläubigern auf Lebenszeit zustehender Rückübertragungsanspruch durch Vormerkung gesichert worden. Mit dem Tod der Mutter erlosch deren Anspruchsberechtigung; allein berechtigt blieb der Vater. Dessen Löschungsbewilligung und der Nachweis des Todes der Mutter sollten daher für eine Löschung der Vormerkung ausreichen. Auch hier meinte das Beschwerdegericht nicht ausschließen zu können, dass anstelle des ursprünglich der Mutter zustehenden auf den Todesfall auflösend bedingten Rückübertragungsanspruchs ein „anderweitig(er) vererblicher Rückübertragungsanspruch“ getreten ist, nämlich infolge einer von der Mutter noch zu Lebzeiten mit dem Sohn getroffenen Vereinbarung. Nicht anders als im ersten Fall ist das falsch. Und zwar aus zwei Gründen:

Zum einen konnte die Mutter zu ihren Lebzeiten nicht alleine über den ihr und ihrem Mann als Gesamtgläubigern zustehenden Anspruch verfügen.[16] Eine Vereinbarung des Inhalts, dass der auf den Todesfall auflösend bedingte Rückübertragungsanspruch durch einen vererblichen Rückübertragungsanspruch ersetzt werden soll, konnte sie daher gar nicht wirksam treffen. Und zum anderen fehlte der der bestehen gebliebenen Eintragung nachfolgenden Neubewilligung der Vormerkung wiederum die notwendige Deckungsgleichheit. Eine Vormerkung zur Sicherung eines nur lebzeitig bestehenden Rückübertragungsanspruchs ist etwas vollkommen anderes als ein unbedingter vererblicher Anspruch. Bewilligt wäre – nicht anders als im ersten Fall – nicht das, was eingetragen war.

III. Ausblick

Je eingehender man sich mit der Problematik beschäftigt, desto klarer scheint es mir zu werden, dass es sich bei den beiden Fällen, in denen der BGH die Möglichkeit bejaht hat, eine Eintragung einer Vormerkung als ersten Entstehungsakt einer Neubewilligung oder erweiternden Bewilligung[17] zu nutzen, um Ausnahmefälle handelt. Das Erfordernis der Kongruenz zwischen Eintragung und Bewilligung setzt einer solchen Vorgehensweise enge Grenzen. Und wenn nur der leiseste Zweifel aufkommt, dass es an der Kongruenz fehlen könnte, so ist der Notar ohnehin gehalten, den sichersten Weg zu wählen und eine Neueintragung aufgrund einer nunmehr auch grundbuchrechtlichen Bewilligung zu beantragen.[18] In meinem Beitrag in der FS Krämer[19] habe ich am Schluss (S. 494) geschrieben: „Viel Lärm um (fast) nichts.“ In der Tat: Viel Lärm um Nichts. Doch es sind – wie zumeist – nicht nur die Lärmenden, die zur Ordnung zu rufen sind. Auch der Lärmverursacher (im Sinne einer condicio sine qua non) hätte bei klarerer Begriffswahl vermeiden können, der Ruhestörung Vorschub zu leisten. Nun aber silencium!

16 BGH, NJW-RR 2009, 1534, 1537 m.w.N.

17 Nochmals: Es geht um die materiell-rechtliche Bewilligung.

18 *Schmidt-Raentsch* hat darauf im Rahmen der 10. Arbeitstagung des Notariats im DAI am 20.9. in Berlin zu Recht hingewiesen.

19 Fn. 2.

Steuerrecht

Übertragung stiller Reserven auf Reinvestitionswirtschaftsgüter

Verlängerung der Reinvestitionsfrist

von Steuerberater Dipl.-Finanzwirt Peter Hutmacher, Heinsberg

Um den Land- und Forstwirten, den Gewerbetreibenden und den selbstständig Tätigen strukturelle betriebliche Veränderungen zu erleichtern, wird bei der Veräußerung bestimmter Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens auf eine sofortige Besteuerung der realisierten stillen Reserven dadurch verzichtet, dass

- *der bei der Veräußerung entstehende Gewinn von den Anschaffungskosten zeitnah erworbener Wirtschaftsgüter buchmäßig abgezogen wird, oder,*
- *wenn die Reinvestition erst später vorgenommen wird, eine zeitlich befristete Rücklage gebildet wird.*

Mit dieser zeitlichen Befristung dieser Rücklage – speziell mit den Voraussetzungen für deren Verlängerung bei neu errichteten Gebäuden – hat sich der BFH jüngst befassen müssen. Dabei hat er den für die Fristverlängerung maßgeblichen Begriff des Baubeginns präzisiert. Unter kurzer Darstellung der Grundsätze für die Rückstellungsbildung werden die neuen Rechtssätze des BFH im Folgenden erläutert.

I. Steuerfreie Rücklage und Reinvestition

Nach § 6b Abs. 3 Satz 1 EStG kann für die durch Veräußerung bestimmter Wirtschaftsgüter[1] des betrieblichen Anlagevermögens freiwerdenden stillen Reserven eine den steuerlichen Gewinn mindernde Rücklage gebildet werden. Unter Beachtung der Einschränkungen gem. § 6b Abs. 1 Satz 2 – 4 EStG kann die Rücklage dann unter Anrechnung auf die Anschaffungs- oder Herstellungskosten der möglichen Reinvestitionswirtschaftsgüter[2] aufgelöst werden.

II. Reinvestitionsfrist

Die Reinvestitionsfrist für die Übertragung der stillen Reserven beträgt grds. 4 Wirtschaftsjahre.[3] Sie verlängert sich für neu hergestellte Gebäude als Reinvestitionswirtschaftsgut auf 6 Wirtschaftsjahre, wenn vor Ablauf der allgemeinen Reinvestitionsfrist mit der Herstellung des Gebäudes begonnen wurde.[4] Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Neubau eines Gebäudes regelmäßig eine längere Planungszeit erfordert.

III. Beginn der Gebäudeherstellung

Beginn der Herstellung ist grds. der tatsächliche Baubeginn. I.d.R. wird mit der Herstellung eines neuen Gebäudes aber nicht erst mit dem Beginn der Bauarbeiten begonnen, vielmehr ist die vorausgehende Einreichung des Bauantrags jedenfalls dann maßgebend, wenn das Bauvorhaben aufgrund des Bauantrags später tatsächlich innerhalb der Sechsjahresfrist durchgeführt wird.[5] Planung und Errichtung des Bauwerks bilden einen einheitlichen Vorgang.

IV. Identität des geplanten mit dem tatsächlich verwirklichten Gebäudes

Der Antrag auf Baugenehmigung ist aber nur dann der Beginn der Bauarbeiten, wenn das Bauwerk, dessen Errichtung beantragt wird, dann auch mit dem tatsächlich verwirklichten Gebäude identisch ist.[6]

Nunmehr hat der BFH[7] den Begriff der Gebäudeidentität in dem folgenden Sachverhalt[8] weiter präzisiert:

Ein land- und forstwirtschaftlicher Betrieb in der Rechtsform einer Ehegatten-GbR (mit Regelwirtschaftsjahr 1.7. – 30.6.) hatte aus Grundstücksveräußerungen im Wirtschaftsjahr 1997/1998 eine Rücklage nach § 6b Abs. 3 Satz 1 EStG gebildet, die zum 30.6.2002 i.H.v. 130.609 € noch nicht aufgelöst war.

Am 21.6.2002 stellte die GbR den Bauantrag für die Errichtung eines Landarbeiterhauses mit zwei Wohnungen auf dem Grundstück B Straße. Die Baugenehmigung hierfür wurde abgelehnt. Danach errichtete die GbR aufgrund einer Bauanzeige v. 19.12.2002 im vereinfachten Genehmigungsverfahren das geplant gewesene Bauwerk unverändert auf dem Grundstück X Weg.

Im Wirtschaftsjahr 2002/2003 löste die GbR die Rücklage gegen Herstellungskosten des Landarbeiterhauses auf.

1 Insbesondere Grund und Boden und Gebäude, § 6b Abs. 1 Satz 1 EStG.

2 Auch wieder im Wesentlichen Grund und Boden und Gebäude, bei land- und forstwirtschaftlichen Betrieben kommt noch der Aufwuchs auf den Grund und Boden dazu; § 6b Abs. 1 Satz 2 EStG.

3 § 6b Abs. 3 Satz 2 EStG.

4 § 6b Abs. 3 Satz 3 EStG.

5 Vgl. BFH, Urt. v. 15.10.1981 – IV R 85/81, BStBl. II 1082, S. 63.

6 Vgl. BFH, Beschl. v. 2.3.2006 – I B 154/05, BFH/NV 2006, 1277; Sachverhalt: Nachdem innerhalb der Reinvestitionsfrist der Bauantrag für zwei Lagerhallen beantragt, aber nicht genehmigt worden war, errichtete der Steuerpflichtige statt dessen auf dem Grundstück aufgrund eines nach Fristablauf gestellten neuen Bauantrags eine Lkw-Halle mit Reparaturgrube; infolge Ablaufs der Reinvestitionsfrist konnten stille Reserven nicht mehr übertragen werden.

7 Urt. v. 14.3.2012 – IV R 6/09, JurionRS 2012, 15532.

8 Hier verkürzt und stark vereinfacht wiedergegeben.

Nach der höchstrichterlichen Entscheidung des BFH ist auch in diesem Fall die Identität des Bauwerks, für das innerhalb der Vierjahresfrist der Bauantrag gestellt wurde, nicht mit dem verwirklichten Gebäude identisch. Der Bau des verwirklichten Gebäudes wurde erst nach Ablauf der allgemeinen Investitionsfrist von 4 Jahren begonnen, sodass diese sich nicht auf 6 Wirtschaftsjahre verlängerte. Die Investitionsfrist endete im vorliegenden Fall mit Ablauf des Wirtschaftsjahres 2001/2002 am 30.6.2002.

Wird ein von den Konkretisierungen im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens abweichendes Gebäude errichtet, so entfällt die Übertragungsmöglichkeit, weil der Wortlaut des § 6b Abs. 3 Satz 3 EStG verlangt, dass mit der Herstellung des später tatsächlich errichteten Gebäudes bereits vor dem Ende des vierten auf das Veräußerungsjahr folgenden Wirtschaftsjahres begonnen wurde. Die Stellung eines Bauantrags kann deshalb nur dann als Beginn der Herstellung angesehen werden, wenn er sich auf das später tatsächlich errichtete Gebäude bezieht und dieses hinreichend konkretisiert.

Haben sich die in einem Bauantrag konkretisierten und auf ein bestimmtes Grundstück bezogenen Planungsarbeiten durch die Ablehnung des entsprechenden Antrags verbraucht, so können sie regelmäßig auch dann nicht zur Annahme des Beginns der Herstellung eines an einem anderen Standort errichteten Gebäudes führen, wenn die ursprünglichen Planungen, soweit sie sich auf den Baukörper erstreckten, vollständig oder weitgehend übernommen werden.

V. Auflösung der Rücklage bei Ablauf der Investitionsfrist

Die bei Ablauf der Investitionsfrist nicht verbrauchte Reinvestitionsrücklage ist gewinnwirksam aufzulösen.[9] Zusätzlich ist der Gewinn des Wirtschaftsjahres, in dem die Rücklage aufgelöst wird, für jedes volle Wirtschaftsjahr, in dem die Rücklage bestanden hat, um 6 % des aufgelösten Rücklagenbetrags zu erhöhen.[10]

Im Streitfall bedeutete dies die gewinnwirksame Auflösung der Rücklage am 30.6.2002 i.H.v. 130.609 € zzgl. eines Gewinnzuschlags von 31.346 € (= 6 % von 130.609 € für 4 Jahre).

9 § 6b Abs. 3 Satz 5 EStG.

10 § 6b Abs. 7 EStG.

ZNotP-Fragezeichen

1. E ist Betreuerin ihrer Großmutter G. Zum Vermögen der Großmutter gehört eine Eigentumswohnung, die verkauft werden soll, um die Heimkosten zu bestreiten. Der Vater der E und Sohn der Großmutter ist bereit, die Eigentumswohnung zum gutachterlich festgestellten Verkehrswert zu kaufen. Ein entsprechender Kaufvertrag zwischen den Beteiligten ist

   a) möglich,

   b) nicht möglich.

2. E ist ohne Verfügungen von Todes wegen verstorben. E hat die Töchter T1 und T2 hinterlassen. Sein Sohn S ist vorverstorben. Die Ehefrau F von S erwartet von ihm ein Kind und ist im 3. Monat schwanger. T1 verlangt die Erbauseinandersetzung.

   a) Zu Recht.

   b) Zu Unrecht.

ZNotP-Rechtsprechungsreport

Vertragsrecht

Anforderungen an groben Undank

BGB § 530 Abs. 1

Leitsätze (amtlich):

1. **Das Widerrufsrecht des Schenkers wegen groben Undanks des Beschenkten knüpft an die Verletzung der Verpflichtung zu einer von Dankbarkeit geprägten Rücksichtnahme auf die Belange des Schenkers an, die dieser vom Beschenkten erwarten darf. Ob der Beschenkte diesen Erwartungen in nicht mehr hinnehmbarer Weise nicht genügt hat, ist aufgrund einer Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen.**

2. **Anhaltspunkte dafür, was der Schenker an Dankbarkeit erwarten kann, können dabei neben dem Gegenstand und der Bedeutung der Schenkung für die Vertragsparteien auch die näheren Umstände bieten, die zu der Schenkung geführt und deren Durchführung bestimmt haben.**

BGH, Urt. v. 13. 11. 2012 – X ZR 80/11

[1] Die Klägerin verlangt vom Beklagten die Räumung und Herausgabe seines mit einem Einfamilienhaus bebauten Grundstücks. An diesem Grundstück hat der Beklagte der Klägerin mit notariellem Vertrag v. 28.2.2000 und mit Ergänzungsvertrag v. 19.9.2000 ein unentgeltliches unbefristetes Wohnrecht übertragen. Hiervon ausgenommen waren zunächst die vom Beklagten, der selbstständiger Malermeister ist, betrieblich genutzten Räume. Der Beklagte verpflichtete sich aber für den Fall, dass die damalige Lebensgemeinschaft zwischen den Parteien aufgegeben werde, auch diese betrieblich genutzten Räume freizugeben und der Klägerin das Wohnrecht am gesamten Wohnhaus und den Nebengelassen sowie den unbebauten Grundstücksteilen unter Ausschluss des Eigentümers einzuräumen.

[2] Die Klägerin war, als der Beklagte sie kennenlernte, als Prostituierte tätig. Als der notarielle Vertrag geschlossen wurde, lebten die Parteien in nichtehelicher Lebensgemeinschaft. Sie heirateten im Jahr 2005, die Ehe wurde im Jahr 2008 geschieden.

[3] Der Beklagte hat mit Schreiben v. 8.11.2007 den Widerruf der nach seiner Auffassung in der notariellen Vereinbarung vereinbarten Schenkung erklärt. Zur Begründung hat er angegeben, die Klägerin sei ohne sein Wissen und entgegen ihrem 1999 gegebenen Versprechen seit 2001 wieder als Prostituierte tätig gewesen und habe zudem ein ehewidriges Verhältnis unterhalten.

[4] Das LG hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt, das Grundstück mit Einfamilienhaus und Nebengelassen zu räumen und an die Klägerin herauszugeben. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision, mit der der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage anstrebt. Die Klägerin tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Aus den Gründen:

[5] I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet: Bei der notariellen Vereinbarung handele es sich um eine „echte“ Schenkung, auf die § 530 BGB anwendbar sei. Ein Grund für den Widerruf der Schenkung sei von dem darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten nicht hinreichend dargetan. Ein ehewidriges Verhältnis mit einem Dritten stelle keine schwere Verfehlung gegen den Schenker dar, wenn es, wie hier, nicht öffentlich geführt werde. Auch dass die Beklagte ihre Tätigkeit als Prostituierte wieder aufgenommen habe, berechtige den Beklagten nicht zum Widerruf der Schenkung. Es könne deswegen dahinstehen, seit wann der Beklagte davon Kenntnis erlangt habe. Es sei nicht ersichtlich, dass die Klägerin diese Tätigkeit wieder aufgenommen habe, um den Beklagten in seiner Ehre zu verletzen. Es sei weiter zu berücksichtigen, dass der Beklagte vom Vorleben der Klägerin gewusst habe, als er die Schenkung vollzogen habe, dass er selbst nach seinen eigenen Angaben im Rotlichtmilieu verkehrt habe und dass die Klägerin bei der Ausübung ihrer Tätigkeit sehr diskret vorgegangen sei, wenn man den Ausführungen des Beklagten folge, wonach dieser jahrelang nichts davon bemerkt habe.

[6] II. Dies hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

[7] 1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass der Beklagte der Klägerin das Wohnrecht schenkungshalber zugewandt hat. Soweit die Revisionserwiderung geltend macht, aus dem Gesamtvortrag des Beklagten ergebe sich, dass er der Klägerin eine unbenannte Zuwendung während der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gemacht habe, wie dies auch die Klägerin vorgetragen habe, zeigt sie einen Rechtsfehler der tatrichterlichen Würdigung nicht auf.

[8] Eine Zuwendung unter Ehegatten ist nicht Schenkung, sondern ehebezogene Zuwendung, wenn ein Ehegatte dem anderen einen Vermögenswert um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung und Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft zukommen lässt, wobei er die Vorstellung oder Erwartung hegt, dass die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben und er innerhalb dieser Gemeinschaft am Vermögenswert und dessen Früchten weiter teilhaben werde. Dass die Zuwendung in diesem Sinne der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen sollte, bedarf der tatrichterlichen Feststellung (BGH, Urt. v. 28.3.2006 – X ZR 85/04, *ZNotP 2006, 303* = NJW 2006, 2330). Entsprechendes gilt für eine Zuwendung im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Solche Feststellungen sind jedoch vom Berufungsgericht weder getroffen worden noch zeigt die Revisionserwiderung entsprechenden Vortrag der Klägerin als übergangen auf.

[9] 2. Nicht frei von Rechtsfehlern ist hingegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe einen ihn zum Widerruf der Schenkung berechtigenden groben Undank der Klägerin nicht dargetan.

[10] a) Nach § 530 Abs. 1 BGB kann der Schenker die Schenkung widerrufen, wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers groben Undankes schuldig macht. Dieses die grundsätzliche Unwiderruflichkeit eines Schenkungsversprechens durchbrechende Recht knüpft an die Verletzung der Verpflichtung zu einer von Dankbarkeit geprägten Rücksichtnahme auf die Belange des Schenkers an, die dieser vom Beschenkten erwarten kann (BGH, Urt. v. 24.3.1983 – IX ZR 62/82, BGHZ 87, 145, 148). Entscheidend für die Annahme groben Undanks gegenüber dem Schenker ist mithin, ob der Beschenkte diesen Erwartungen in nicht mehr hinnehmbarer Weise nicht genügt hat (BGH, Urt. v. 19.1.1999 – X ZR 60/97, NJW 1999, 1623).

[11] Der Widerruf setzt deshalb nicht nur objektiv eine Verfehlung des Beschenkten von gewisser Schwere voraus, sondern es ist ferner erforderlich, dass die Verfehlung auch in subjektiver Hinsicht Ausdruck einer Gesinnung des Beschenkten ist, die in erheblichem Maße die Dankbarkeit vermissen lässt, die der Schenker erwarten darf (BGH, Urt. v. 11.7.2000 – X ZR 89/98, BGHZ 145, 35, 38; Urt. v. 11.10.2005 – X ZR 270/02, FamRZ 2006, 196). Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist aufgrund einer Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (BGHZ 87, 145, 149; BGH, Urt. v. 23.5.1984 – IVa ZR 229/82, BGHZ 91, 273, 278; BGH, FamRZ 2006, 196). Sie sind daraufhin zu untersuchen, ob und inwieweit erkennbar wird, dass der Beschenkte dem Schenker nicht die durch Rücksichtnahme geprägte Dankbarkeit entgegenbringt, die der Schenker erwarten kann. Anhaltspunkte dafür, was der Schenker an Dankbarkeit erwarten kann, können

dabei neben dem Gegenstand und der Bedeutung der Schenkung auch die näheren Umstände bieten, die zu der Schenkung geführt und deren Durchführung bestimmt haben (BGH, NJW 1999, 1623, 1624).

[12] b) Dieser Verpflichtung zu einer insbesondere die näheren Umstände der Schenkung berücksichtigenden Gesamtwürdigung wird das Berufungsurteil nicht gerecht. Die Würdigung des festgestellten Sachverhalts ist zwar grds. Sache des Tatrichters, an dessen Feststellungen das Revisionsgericht gem. § 559 Abs. 2 ZPO gebunden ist. Das Revisionsgericht kann lediglich nachprüfen, ob sich der Tatrichter entsprechend dem Gebot des § 286 ZPO mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat (st. Rspr., vgl. BGHZ 145, 35, 38; BGH, Urt. v. 14.12.2004 – X ZR 3/03, FamRZ 2005, 511). Dieser Prüfung hält die Würdigung des Berufungsgerichts aber nicht stand.

[13] Sie leidet zunächst daran, dass das Berufungsgericht das Verhalten der Klägerin, das der Beklagte als Ausdruck groben Undanks ansieht, nicht in seiner Gesamtheit erfasst, sondern in einzelne Gesichtspunkte zergliedert hat, denen es teils jede Bedeutung, teils das einen Widerruf der Schenkung rechtfertigende Gewicht abgesprochen hat. So hat es die Behauptung des Beklagten, die Klägerin habe im Zusammenhang mit ihrer Prostituiertentätigkeit Steuern hinterzogen, was Gegenstand eines Ermittlungsverfahrens sei, für unerheblich erachtet, weil sich die Straftat nicht gegen den Kläger, sondern gegen die Allgemeinheit gerichtet habe. Das ehewidrige Verhältnis der Klägerin zu dem Zeugen V, der nach der Behauptung des Beklagten für die Klägerin eine Wohnung angemietet hat, damit sie dort der Prostitution nachgehen konnte, hat das Berufungsgericht gleichfalls für unerheblich gehalten, da ein Liebesverhältnis mit einem Dritten keine schwere Verfehlung darstelle, zumal wenn es nicht öffentlich geführt werde. Den Umstand selbst, dass die Klägerin während des Zusammenlebens mit dem Beklagten und auch nach der Eheschließung der Prostitution nachging, hat das Berufungsgericht deshalb nicht als schwere Verfehlung gewertet, weil weder ersichtlich sei, dass die Klägerin dies getan habe, um den Beklagten in seiner Ehre zu verletzen, noch ersichtlich sei, dass sein Ansehen hierdurch Schaden genommen habe. Soweit das Berufungsgericht eine Gesamtwürdigung vornimmt, besteht sie ausschließlich in der Zusammenstellung der vermeintlich die Klägerin entlastenden Gesichtspunkte, dass der Beklagte selbst „im Rotlichtmilieu verkehrt“ habe, das Vorleben der Klägerin gekannt habe, als er sich ihr zugewandt habe, und die Klägerin schließlich „sehr diskret vorgegangen“ sei, als sie die Prostitution wieder aufgenommen habe.

[14] Insbesondere die letzteren Erwägungen zeigen zudem, dass das Berufungsgericht den Vortrag des Beklagten in seinem Kern nicht erfasst und nicht gewürdigt hat. Entscheidend ist, ob die Klägerin nach dem Vortrag des Beklagten durch ihr Verhalten die gebotene Rücksichtnahme auf die Belange des Schenkers hat vermissen lassen. Die Frage, welche Rücksichtnahme der Beklagte erwarten durfte, hat sich das Berufungsgericht nicht erkennbar gestellt.

[15] c) Ausgangspunkt für die nach den oben dargestellten Grundsätzen vorzunehmende Gesamtwürdigung der Umstände zur Beantwortung der Frage, was der Beklagte als Schenker an Dankbarkeit erwarten durfte, ist hier in erster Linie die übereinstimmende Vorstellung der Parteien, die der Schenkung zugrunde lag. Nach dem jedenfalls revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt stimmten die Parteien darin überein, dass die Klägerin die Prostitution aufgeben wollte. Diese gemeinsame Vorstellung der Parteien fand ihren Ausdruck einerseits darin, dass die Klägerin dem Beklagten versprach, nicht mehr als Prostituierte tätig zu sein. Auf der Grundlage dieses Versprechens übertrug der Beklagte andererseits der Klägerin das Wohnrecht, das ihr eine gesicherte neue Lebensgrundlage verschaffen sollte. Darauf sollte sich die Klägerin auch im Fall des Scheiterns ihrer Beziehung zum Beklagten verlassen können. Dazu enthielt der notarielle Vertrag die Regelung, dass das Wohnrecht bei einem Scheitern der Lebensgemeinschaft zwischen den Parteien nicht nur fortbestehen sollte, sondern der Beklagte in diesem Fall auch die von ihm gewerblich genutzten Nebenräume herausgeben und der Klägerin das alleinige Nutzungsrecht zustehen sollte.

[16] Damit erhielt die Klägerin eine Schenkung, durch die zeitlebens, unabhängig vom Fortbestand ihrer Beziehung zum Beklagten, ihr Wohnbedarf gesichert war und die damit einen erheblichen wirtschaftlichen Wert verkörperte. Für diese Zuwendung gab es keine andere Veranlassung des Beklagten als die gemeinsame Vorstellung der Parteien, die Klägerin werde, wie sie es dem Beklagten zugesagt hatte, die Prostitution aufgeben.

[17] Bei einer Gesamtwürdigung dieser Umstände, die zu der Schenkung geführt haben, widersprach es objektiv einer von Dankbarkeit geprägten Rücksichtnahme auf die Belange des Beklagten, wenn sich die Klägerin alsbald nach Abschluss des sie begünstigenden notariellen Vertrags über ihr Versprechen hinwegsetzte und die Prostitution wieder aufnahm. Dies lief nicht nur den im Zeitpunkt der Schenkung gemeinsamen Vorstellungen über die zukünftige Lebensgestaltung entgegen, sondern entzog der für die Schenkung maßgeblichen von dem Versprechen der Klägerin, die Prostitution aufzugeben, geprägten Entscheidung des Beklagten, der Klägerin das Wohnrecht schenkweise zu übertragen, die Grundlage.

[18] In diesem Verhalten der Klägerin ist deshalb jedenfalls objektiv eine schwere Verletzung der Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Belange des Beklagten als Schenker zu sehen. Es liegt nahe, diese Verfehlung auch subjektiv als Ausdruck einer Gesinnung der Klägerin zu werten, die in erheblichem Maße die Dankbarkeit vermissen lässt, die der Schenker erwarten kann.

[19] III. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben und die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das die Frage, ob der Beklagte die Schenkung wirksam widerrufen hat, erneut zu prüfen und ggf. auch aufzuklären haben wird, ob der Widerruf nach § 532 Satz 1 BGB ausgeschlossen ist, was es bisher hat dahinstehen lassen können.

[20] IV. Für die erneute Verhandlung ist auf Folgendes hinzuweisen:

[21] 1. Das Berufungsgericht wird ggf. auch zu prüfen haben, ob es sich bei der Schenkung um eine Zweckschenkung gehandelt hat. Bei einer Zweckschenkung kommt ein Rückforderungsrecht nach § 812 Abs. 1 Satz 2, 2 Alt. BGB in Betracht. Nach dem Vortrag des Beklagten kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch von der Klägerin die Intention

des Beklagten gebilligt worden ist, mit der Schenkung dauerhaft stabile Lebensverhältnisse für die Klägerin außerhalb der Prostitution zu schaffen, und dass dieser Zweck der Schenkung verfehlt worden ist. Dabei wird das Berufungsgericht zur berücksichtigen haben, dass desto mehr für eine kausale Verknüpfung zwischen Schenkung und Schenkungszweck spricht, je größer das Interesse des Schenkers an der Zweckerreichung ist (MünchKomm-BGB/*Koch*, 6. Aufl., § 516 Rn. 29; Prütting/Wegen/Weinreich/*Hoppenz*, BGB, 7. Aufl., § 516 Rn. 15).

[22] 2. Sollte das Berufungsgericht erneut zu dem Ergebnis gelangen, dass die Klägerin die Herausgabe des Grundstücks verlangen kann, wird der Beklagte nicht mit dem Einwand der Revision durchdringen können, der Klägerin stehe kein Nutzungsrecht am Wintergarten, an der Garage und an den Anbauten über dem Nebenanbau zu. Das Berufungsgericht hat die notariellen Verträge rechtsfehlerfrei dahin ausgelegt, dass sich das Wohnrecht auf das gesamte Grundstück mit Wohnhaus bezogen hat. Ausgenommen hiervon waren nach der notariellen Vereinbarung lediglich zunächst die betrieblich genutzten Räume im Kellergeschoss und das Büro im Obergeschoss, die der Beklagte ebenfalls herauszugeben hatte, wenn die Lebensgemeinschaft und gemeinschaftliche Haushaltsführung aufgegeben wurden. Weitere Ausnahmen von der Übertragung des Wohnrechts an dem gesamten Wohnhaus und dem gesamten Grundstück sieht der notarielle Vertrag nicht vor. Dass bzgl. des Bades und der „gemeinschaftlichen Einrichtungen“ des Hauses ein Mitbenutzungsrecht übertragen wurde, erklärt sich daraus, dass die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses das Grundstück gemeinsam, der Beklagte auch für betriebliche Zwecke, nutzten. Eine Einschränkung des Wohnrechts der Klägerin stellt dies nicht dar. Vielmehr verpflichtete sich der Beklagte im Fall der Beendigung der gemeinsamen Haushaltsführung der Beklagten das Wohnrecht am gesamten Wohnhaus unter Ausschluss des Eigentümers einzuräumen. Dies ist nach den vorhergehenden Erklärungen nur dahin zu verstehen, dass in diesem Fall der Klägerin das gesamte Grundstück mit allen Gebäuden zur alleinigen Nutzung zustehen sollte.

Familienrecht

Unterhaltsrechtliche Obliegenheit zur Realisierung von Vermögenswerten

BGB §§ 1601, 1603 Abs. 2 Satz 1, 1612, 2303, 528; ZPO § 852

Leitsatz (amtlich):

Verletzt der Unterhaltspflichtige die Obliegenheit, Vermögenswerte zu realisieren, ist er unterhaltsrechtlich so zu behandeln, als habe er die Obliegenheit erfüllt. Ein einklagbarer Anspruch auf Rückforderung einer Schenkung oder Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs besteht dagegen nicht.

BGH, Urt. v. 28. 11. 2012 – XII ZR 19/10

[1] Die Kläger verlangen von dem Beklagten die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen gegenüber seiner Schwester.

[2] Der Beklagte ist der Vater der am 2.11.1996 bzw. am 23.1.1998 geborenen Kläger. Er hat seine Vaterschaft sowie die Verpflichtung zur Zahlung des Regelunterhalts zzgl. eines Zuschlags von 25 % bzgl. des Klägers zu 1 und von 10 % bzgl. des Klägers zu 2 jeweils durch vollstreckbare Jugendamtsurkunden anerkannt.

[3] Im Januar 2001 tötete der Beklagte die Mutter der Kläger; er verbüßt deshalb eine lebenslange Freiheitsstrafe. Die Kläger leben bei ihren Großeltern mütterlicherseits, die zu ihren Vormündern bestellt worden sind.

[4] Im Jahr 2005 verstarben kurz nacheinander die Mutter und der Vater des Beklagten. Sie hatten sich testamentarisch gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und als Erben des Letztversterbenden die (einzige) Schwester des Beklagten bestimmt. Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus einem Hausgrundstück, das an zwei Mietparteien vermietet ist. Mit Schreiben v. 12.11.2005 erklärte der Beklagte, dass er etwaige Pflichtteilsansprüche gegenüber seiner Schwester nicht geltend machen werde. Die Schwester hat diesen Verzicht angenommen.

[5] Die Kläger haben in erster Instanz beantragt, den Beklagten zu verurteilen, die ihm gegen seine Schwester zustehenden Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche nach dem Tod der gemeinsamen Eltern geltend zu machen, hilfsweise, den Beklagten zu verpflichten, gegenüber seiner Schwester zu erklären, dass er von ihr die Schenkung in Höhe der v.g. Ansprüche zurückfordere und ihn weiter zu verurteilen, die Ansprüche gegenüber seiner Schwester geltend zu machen. Zur Begründung haben die Kläger sich auf die ihnen gegenüber bestehende gesteigerte Unterhaltspflicht des Beklagten gestützt.

[6] Das LG hat den Hilfsanträgen stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Auf die Anschlussberufung der Kläger hat das OLG den Beklagten zusätzlich verurteilt, für den Fall, dass seine Schwester sich weigere, die Pflichtteilsansprüche zu erfüllen, die Ansprüche im Wege der Klage geltend zu machen. Dagegen hat der Beklagte zugelassene Revision eingelegt, mit der er seinen Klageabweisungsantrag weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

[7] Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und in Abänderung des Urteils des LG zur Klageabweisung.

[8] I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

[9] Das LG habe den Beklagten unter Rückgriff auf die §§ 1601, 1603 Abs. 2 BGB zu Recht verpflichtet, seine in dem Verzicht auf Pflichtteilsansprüche liegende Schenkung gegenüber der Schwester nach § 528 BGB zurückzufordern und anschließend die ihm dann wieder zustehenden Ansprüche geltend zu machen. Zwar sei die Entscheidung, ob der Pflichtteilsanspruch gegen den Erben durchgesetzt werden solle, grds. dem Pflichtteilsberechtigten überlassen. Bei Bestehen einer gesteigerten Unterhaltspflicht sei aber anerkannt, dass der Unterhaltspflichtige zur Herstellung seiner Leistungsfähigkeit auch Pflichtteilsansprüche geltend zu machen habe, soweit dies nicht aus besonderen Gründen unzumutbar sei. Insofern sei der Unterhaltsberechtigte als „Minus“ zu seinem Unterhaltsanspruch

berechtigt, die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs und hier zusätzlich des Schenkungsrückforderungsanspruchs zu verlangen. Der vorliegende Fall zeige nämlich, dass es nicht ausreiche, den Pflichtteilsanspruch fiktiv bei der Ermittlung der Leistungsfähigkeit einzubeziehen. Denn dem langjährig inhaftierten Beklagten sei es auf lange Sicht nicht möglich, seinen Unterhaltspflichten anders als durch Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs nachzukommen.

[10] Trotz der vorliegenden Unterhaltstitel fehle es nicht am Rechtsschutzbedürfnis der Kläger, weil sie derzeit ihre Unterhaltsansprüche nicht durchsetzen könnten. Nach § 852 Abs. 1 ZPO sei der Pflichtteilsanspruch der Pfändung nur unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden sei. Das Gleiche gelte nach § 852 Abs. 2 ZPO für den Anspruch aus § 528 BGB. Die Pfändung der Ansprüche im Hinblick auf die gesteigerte Unterhaltspflicht gleichwohl zuzulassen, widerspreche dem Grundsatz, dass das Zwangsvollstreckungsverfahren formal streng durchzuführen sei und bei der Auslegung der Normen die vom Wortlaut gesetzte Grenze nicht überschritten werden dürfe. Deshalb sei auch dem mit der Anschlussberufung verfolgten Begehren zu entsprechen, den Beklagten zu verpflichten, den Pflichtteilsanspruch erforderlichenfalls klageweise geltend zu machen. Denn nur auf diese Weise könne die Grundlage für eine Pfändung und damit für die Durchsetzung der Unterhaltsansprüche der Kläger geschaffen werden. Auch über die zuvor notwendige Rückforderung der Schenkung nach § 528 BGB habe der Schenker zwar grds. allein zu entscheiden, weil es sich um einen höchstpersönlichen Anspruch handle. Bei einer gesteigerten Unterhaltspflicht sei der Unterhaltspflichtige aber gehalten, alle Vermögensbestandteile zu realisieren. Insofern könne daher für den Anspruch aus § 528 BGB, dessen Voraussetzungen erfüllt seien, nichts anderes gelten als für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs.

[11] Soweit der Beklagte seine Unterhaltspflicht in Abrede gestellt habe, greife dies nicht durch. Dem Unterhaltspflichtigen sei zwar das sozialhilferechtliche Schonvermögen zu belassen, das sich nach § 1 Abs. 1 Nr. 1a der Verordnung zur Durchführung von § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII auf derzeit 1.600 € belaufe. Der mögliche Pflichtteilsanspruch, den der Beklagte mit ca. 5.000 € beziffert habe, übersteige diesen Betrag jedoch. Die Kläger seien auch trotz der ihnen zustehenden Halbwaisenrente, der Leistungen nach dem Opferentschädigungsgesetz und des Kindergeldbezugs unterhaltsbedürftig. Der Beklagte schulde als verbleibender Elternteil Bar- und Betreuungsunterhalt. Letzterer könne wegen der Gleichwertigkeit mit dem Barunterhalt in dessen Höhe monetarisiert werden. Ausgehend von dem Mindestunterhalt nach der Düsseldorfer Tabelle (Stand: 1.1.2008) ergebe sich deshalb ein Unterhaltsbedarf von 730 € (365 € × 2) für den Kläger zu 1 und von 644 € (322 € × 2) für den Kläger zu 2. Nach Abzug von Halbwaisenrente und Kindergeld verbleibe ein Bedarf von 367,85 € (Kläger zu 1) bzw. von 281,90 € (Kläger zu 2). Soweit für die Kläger Kosten der Erziehung als Bestandteil des Pflegegeldes gewährt würden, handle es sich nicht um Einkommen des Pfleglings, sondern um solches der Pflegeperson. Daher komme es auch nicht darauf an, ob die Leistungen nach dem Opferentschädigungsgesetz von jeweils 265 € monatlich bedarfsdeckend seien; denn es verbleibe in jedem Fall ein ungedeckter Bedarf der Kläger.

[12] II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

[13] 1. Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings ein Rechtsschutzbedürfnis für die Klage bejaht.

[14] a) Die Kläger besitzen zwar bereits Unterhaltstitel gegen den Beklagten, aus denen sie die Zwangsvollstreckung betreiben könnten. Aufgrund der langjährigen Inhaftierung des Beklagten verfügte dieser aber nur über die Pflichtteilsansprüche gem. § 2303 Abs. 1 BGB nach dem Tod seiner Eltern als einzigen Vermögenswert, mit dem er die Unterhaltsansprüche jedenfalls teilweise hätte erfüllen können. Nachdem er auf die Ansprüche zugunsten seiner Schwester als testamentarischer Alleinerbin verzichtet und diese den Verzicht nach den getroffenen Feststellungen angenommen hat, besteht jedoch allenfalls ein Anspruch auf Rückforderung einer Schenkung gem. § 528 BGB gegen die Schwester. Erst nach dessen erfolgreicher Geltendmachung kommen die Pflichtteilsansprüche zur Befriedigung der Unterhaltsansprüche in Betracht. Ein solcher Anspruch ist der Pfändung indessen nur unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist (§ 852 Abs. 1 und 2 ZPO). Denn mit Rücksicht auf die familiäre Verbundenheit von Erblasser und Pflichtteilsberechtigtem soll allein Letzterem die Entscheidung überlassen werden, ob der Anspruch gegen den Erben durchgesetzt werden soll (BGHZ 123, 183 = FamRZ 1993, 1307, 1308 und Senatsurt. v. 7.7.1982 – IVb ZR 738/80, FamRZ 1982, 996, 997).

[15] Trotz des Wortlauts des § 852 Abs. 1 ZPO ist nach der Rechtsprechung des BGH ein Zugriff der Gläubiger auf den Pflichtteilsanspruch möglich, bevor die Voraussetzungen der Norm vorliegen. Gepfändet wird dann der in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit durch die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO aufschiebend bedingte Anspruch (BGHZ 123, 183 = FamRZ 1993, 1307, 1308 und BGH, Beschl. v. 26.2.2009 – VII ZB 30/08, *ZNotP 2009, 192* = FamRZ 2009, 869 Rn. 7). Der gepfändete Anspruch darf jedoch nur unter den Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO verwertet werden. Damit hängt nicht die Pfändbarkeit, sondern erst die Verwertbarkeit von einem vertraglichen Anerkenntnis bzw. von der Rechtshängigkeit ab (BGH, Urt. v. 26.2.2009 – VII ZB 30/08, *ZNotP 2009, 192* = FamRZ 2009, 869 Rn. 7).

[16] b) In Rechtsprechung und Schrifttum wird vertreten, die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO seien ebenso zu beachten, wenn die Pfändung wegen Unterhaltsansprüchen erfolge (OLG Celle, OLGR 2004, 414, 415; Musielak/*Becker*, ZPO, 9. Aufl., § 852 Rn. 1). Für diese Auffassung spricht, dass eine Lücke im Gesetz oder ein Versehen des Gesetzgebers, die Voraussetzung für eine dem Wortlaut der Norm zuwiderlaufende einschränkende Auslegung sind, nicht ersichtlich sind. Dem Gesetzgeber war die Möglichkeit der Privilegierung von Unterhaltsgläubigern gegenüber anderen Gläubigern bewusst, wie sich aus der Bestimmung des § 850d Abs. 1 ZPO ergibt. Gleichwohl hat er von einer solchen Privilegierung im Rahmen des § 852 ZPO abgesehen (ebenso OLG Celle, OLGR 2004, 414, 415). Deshalb ist am Wortlaut des § 852 ZPO auch für Unterhaltsansprüche festzuhalten, sodass ein Rechtsschutzbedürfnis der Kläger für ihr Begehren, eine Verurteilung des Beklagten zur Geltendmachung eines Anspruchs aus § 528 BGB sowie im Weiteren zur Geltendmachung der Pflichtteilsansprüche zu erreichen, zu bejahen ist.

[17] 2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts besteht für das Klagebegehren aber keine Anspruchsgrundlage. Insbesondere aus den §§ 1601 ff. BGB lassen sich die Ansprüche nicht herleiten. Dabei kann dahinstehen, ob der vom Berufungsgericht festgestellte Verzicht des Beklagten auf die Pflichtteilsansprüche nach dem Tod seiner Eltern eine Schenkung an seine Schwester darstellt und dem Beklagten gem. § 528 BGB ein Rückforderungsanspruch zusteht.

[18] a) Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass der Beklagte den minderjährigen Klägern gegenüber dem Grunde nach gem. §§ 1601 ff. BGB unterhaltspflichtig ist. Unter der Voraussetzung, dass kein anderer unterhaltspflichtiger Verwandter vorhanden ist, der den Unterhalt der Kinder ohne Gefährdung seines eigenen angemessenen Bedarfs aufbringen könnte, trifft den Beklagten sogar eine gesteigerte Unterhaltspflicht. Er hat in diesem Fall alle verfügbaren Mittel zu seinem und der Kinder Unterhalt gleichmäßig zu verwenden (§ 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB). Ob die v.g. Voraussetzung erfüllt ist, hat das Berufungsgericht indessen nicht festgestellt. Aber selbst wenn eine gesteigerte Unterhaltspflicht zugrunde gelegt wird, kann dem Klagebegehren nicht entsprochen werden.

[19] b) Zu Recht hat das Berufungsgericht weiter angenommen, dass der Beklagte nach dem Tod der Mutter der Kinder diesen sowohl Bar- als auch Betreuungsunterhalt schuldet, weil der Unterhalt den gesamten Lebensbedarf der Kinder umfasst (§ 1610 Abs. 2 BGB). Dabei ist der Betreuungsunterhalt wegen der Gleichwertigkeit mit dem Barunterhalt (§ 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB) grds. pauschal in dessen Höhe zu monetarisieren (vgl. Senatsurt. v. 30.8.2006 – XII ZR 138/04, FamRZ 2006, 1597 Rn. 11, 15).

[20] c) Der Unterhalt ist grds. durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren (§ 1612 Abs. 1 Satz 1 BGB). Im Rahmen der Unterhaltspflicht treffen den Unterhaltspflichtigen indessen verschiedene Obliegenheiten, die dazu führen sollen, dass er finanziell in der Lage ist, den Unterhalt zu gewähren. Für die Eltern besteht insbesondere eine Obliegenheit zur gesteigerten Ausnutzung ihrer Arbeitskraft. Insoweit haben sie alle zumutbaren Erwerbsmöglichkeiten auszuschöpfen (Senatsurt. v. 3.12.2008 – XII ZR 182/06, FamRZ 2009, 314 Rn. 20), müssen sich besonders intensiv um eine Erwerbstätigkeit bemühen und dabei auch Gelegenheitsarbeiten oder berufsfremde Tätigkeiten unterhalb ihrer gewohnten Lebensstellung übernehmen (Senatsurt. v. 15.12.1993 – XII ZR 172/92, FamRZ 1994, 372, 373). Darüber hinaus obliegt es dem Unterhaltspflichtigen, vorhandenes Vermögen in zumutbarem Rahmen so ertragreich wie möglich anzulegen, ggf. umzuschichten oder erforderlichenfalls zu verwerten (vgl. etwa Senatsurt. v. 19.12.1989 – IVb ZR 9/89, FamRZ 1990, 269, 271 und v. 21.4.1993 – XII ZR 248/91, FamRZ 1993, 1065, 1066 zur Obliegenheit des Unterhaltsberechtigten, einen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen).

[21] d) Verletzt der Unterhaltspflichtige die ihn treffenden Obliegenheiten, hat dies zur Folge, dass er so behandelt wird, als habe er die Obliegenheit erfüllt. Im Fall eines Verstoßes gegen die Erwerbsobliegenheit muss der Unterhaltsschuldner sich deshalb fiktiv das erzielbare Einkommen anrechnen lassen. Er kann zwar nicht zur Aufnahme einer Tätigkeit verpflichtet werden, muss aber als Sanktion unterhaltsrechtlich die Folgen seines Unterlassens tragen (st. Rspr., vgl. etwa Senatsurt. v. 20.1.1982 – IVb ZR 651/80, FamRZ 1992, 365, 366 und v. 8.4.1981 – IVb ZR 566/80, FamRZ 1981, 539, 540; Wendl/*Gutdeutsch*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl., § 4 Rn. 605; Staudinger/*Engler/Kaiser*, BGB, 2000, § 1603 Rn. 148; MünchKomm-BGB/*Maurer*, 5. Aufl., § 1581 Rn. 4 für den Unterhaltsberechtigten). Darin erschöpfen sich allerdings die Auswirkungen einer Obliegenheitsverletzung. Den Unterhaltspflichtigen trifft – außer der Verpflichtung zur Unterhaltszahlung – keine einklagbare Pflicht zu einem bestimmten Handeln oder Unterlassen (vgl. auch BVerfG, FamRZ 1985, 143, 145: mittelbarer Zwang zur Berufstätigkeit).

[22] e) Dem entspricht auch die Rechtsprechung des Senats, soweit er mit der unterhaltsrechtlichen Obliegenheit zur Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs befasst war. In diesen Fällen ist der Frage nachzugehen, ob trotz der grds. freien Entscheidung des Pflichtteilsberechtigten, ob er einen ihm zustehenden Pflichtteil verlangen will, unterhaltsrechtlich eine anderweitige Obliegenheit, nämlich eine solche zur Durchsetzung des Anspruchs, besteht (Senatsurt. v. 21.4.1993 – XII ZR 248/91, FamRZ 1993, 1065, 1066 und v. 7.7.1982 – IVb ZR 738/80, FamRZ 1982, 996, 997 f.). Ist das der Fall, so ist der Pflichtteilsberechtigte lediglich fiktiv so zu behandeln, als habe er den Anspruch geltend gemacht. Dementsprechend hatte schon das RG es nicht beanstandet, dass ein für seine minderjährigen Kinder unterhaltspflichtiger Vater mit Rücksicht auf einen Pflichtteilsanspruch als leistungsfähig behandelt und zur Zahlung von Kindesunterhalt verurteilt worden ist (RG, Warn 1919 Nr. 88, 151 f.).

[23] 3. Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden. Da die geltend gemachten Ansprüche nicht bestehen, ist die Klage abzuweisen.

Anforderungen an Sittenwidrigkeit eines Ehevertrags

BGB §§ 138, 242

Leitsätze (amtlich):

1. **Ein Ehevertrag kann sich in einer Gesamtwürdigung nur dann als sittenwidrig und daher als insgesamt nichtig erweisen, wenn konkrete Feststellungen zu einer unterlegenen Verhandlungsposition des benachteiligten Ehegatten getroffen worden sind. Allein aus der Unausgewogenheit des Vertragsinhalts ergibt sich die Sittenwidrigkeit des gesamten Ehevertrages regelmäßig noch nicht.**

2. **Zur Anpassung des ehevertraglichen Ausschlusses von Unterhalt und Versorgungsausgleich an geänderte Verhältnisse im Rahmen der Ausübungskontrolle, wenn ein Ehegatte eine Erwerbsminderungsrente bezieht und ehebedingt entstandene Nachteile beim Aufbau seiner Versorgungsanwartschaften erlitten hat (Fortführung des Senatsbeschl. v. 6.10.2004 – XII ZB 57/03, FamRZ 2005, 185 = *ZNotP 2005, 111*).**

BGH, Urt. v. 31. 10. 2012 – XII ZR 129/10

[1] Die Parteien streiten um nachehelichen Unterhalt.

[2] Die 1949 geborene Antragstellerin (im Folgenden: Ehefrau) und der ebenfalls 1949 geborene Antragsgegner (im Folgenden: Ehemann) heirateten am 5.8.1977, nachdem sie zuvor 5 Jahre lang zusammengelebt hatten. Vor der Eheschließung hatten die Parteien am 25.7.1977 einen notariell beurkundeten Ehevertrag geschlossen, durch den sie den Versorgungsausgleich ausschlossen, gleichwohl den Güterstand der Zugewinngemeinschaft vereinbarten und für den Fall der Scheidung wechselseitig auf jegliche Unterhaltsansprüche verzichteten. Aus der Ehe der Parteien sind zwei mittlerweile volljährige, in den Jahren 1979 und 1982 geborene Kinder hervorgegangen.

[3] Der Ehemann befand sich im Zeitpunkt der Eheschließung noch als Rechtspraktikant in der einphasigen Juristenausbildung an der Universität B. Die Ehefrau war seit 1973 als Stationsschwester in einem evangelischen Krankenhaus in O vollschichtig berufstätig.

[4] Der Ehemann legte im Jahr 1980 das juristische Staatsexamen ab und trat im gleichen Jahre als Verwaltungsrat mit der Besoldungsgruppe A 13 in den höheren Dienst einer Landesversicherungsanstalt ein. Nach der Geburt des zweiten Kindes im Jahr 1982 reduzierte die Ehefrau den Umfang ihrer Beschäftigung als Krankenschwester auf eine Halbtagstätigkeit; sie war danach auch nicht mehr als Stationsschwester tätig. In der Folgezeit versorgte die Ehefrau den Haushalt und die Kinder weitgehend allein. Im Jahr 1991 wechselte der Ehemann in den Dienst des Landes Sachsen-Anhalt, wo er derzeit als Ministerialrat nach der Besoldungsgruppe B 2 besoldet wird.

[5] Die Parteien trennten sich im Jahr 2005. Die Ehefrau übte ihre Teilzeitbeschäftigung als Krankenschwester im evangelischen Krankenhaus O in unverändertem Umfang bis zu einer Erkrankung im Frühjahr 2007 aus. Seit dem Jahr 2009 bezieht die Ehefrau – rückwirkend seit Mai 2008 – Erwerbsminderungsrenten der Deutschen Rentenversicherung Bund und der Evangelischen Zusatzversorgungskasse (früher: Kirchliche Zusatzversorgungskasse Darmstadt). Aus der Teilung des Erlöses für den Verkauf des ehemaligen Familienheimes in O erhielt die Ehefrau 76.000 €; daneben zahlte ihr der Ehemann im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung einen Betrag i.H.v. 12.500 €. Ferner flossen der Ehefrau nach der Trennung aus einer Erbschaft weitere 5.000 € zu.

[6] Das AG hat die Ehe der Parteien auf einen im Mai 2008 zugestellten Scheidungsantrag durch Urt. v. 18.11.2009 geschieden und den Versorgungsausgleich in einem beschränkten und – nach seiner Ansicht – zum Ausgleich ehebedingter Versorgungsnachteile erforderlichen Umfange durchgeführt, indem es im Wege des Quasi-Splittings zulasten der Beamtenversorgung des Ehemannes monatliche und auf das Ende der Ehezeit am 30.4.2008 bezogene Rentenanwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung i.H.v. 417,98 € auf dem Versicherungskonto der Ehefrau begründet hat. Den im Verbund gestellten Antrag der Ehefrau auf Zahlung nachehelichen Unterhalts hat das AG abgewiesen. Gegen die Entscheidung zum Unterhalt hat sich die Ehefrau mit ihrer Berufung gewendet, mit der sie weiterhin die Zahlung eines nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessenen nachehelichen Unterhalts i.H.v. monatlich 919 € begehrt hat. Das OLG hat die angefochtene Entscheidung insoweit teilweise abgeändert und den Ehemann zur Zahlung eines Nachscheidungsunterhalts i.H.v. monatlich 330 € verurteilt.

[7] Hiergegen richtet sich die vom OLG zugelassene Revision des Ehemannes, der die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung erstrebt.

Aus den Gründen:

[8] Die zulässige Revision hat Erfolg.

[9] Auf das Verfahren ist gem. Art. 111 Abs. 1 FGG-RG noch das bis zum 31.8.2009 geltende Prozessrecht anzuwenden, weil das Verfahren vor diesem Zeitpunkt eingeleitet worden ist (vgl. Senatsbeschl. v. 3.11.2010 – XII ZB 197/10, FamRZ 2010, 100 Rn. 10).

[10] I. 1. Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, dass der am 25.7.1977 geschlossene Ehevertrag der Parteien einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 138 BGB standhalte und zur Begründung das Folgende ausgeführt:

[11] Die Vereinbarung habe im Zeitpunkt ihres Zustandekommens nicht zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall geführt, dass ihr – losgelöst von der zukünftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise versagt werden müsse. Zwar seien durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts ganz oder zu erheblichen Teilen abbedungen worden, ohne dass dies durch anderweitige Vorteile kompensiert worden sei. Dies sei aber durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten gerechtfertigt gewesen.

[12] In der Vorausschau hätten auf beiden Seiten Chancen und Risiken bestanden. Es sei bei Vertragsschluss in der Mitte des Jahrs 1977 noch nicht sicher gewesen, dass der Ehemann seine erst zu etwa 2/3 abgeschlossene Hochschulausbildung erfolgreich absolvieren und sich daran eine Laufbahn als Jurist im Beamtenverhältnis anschließen würde; erst recht seien die beruflichen Aufstiegsmöglichkeiten, die sich für den Ehemann durch die Wiedervereinigung in den neuen Bundesländern ergeben sollten, nicht vorhersehbar gewesen. Für den Fall, dass das Studium des Ehemannes misslungen oder auf dem Arbeitsmarkt für ihn keine gut bezahlten Stellen zu finden gewesen wären, hätte sich der Ehevertrag auch für die Ehefrau günstig auswirken können.

[13] Die Geburt des ersten Kindes im Jahr 1979 lasse nicht darauf schließen, dass schon bei Abschluss des Ehevertrags im Jahr 1977 geplant gewesen sei, dass die Ehefrau ihre Erwerbstätigkeit wegen der Kinderbetreuung einschränken würde, denn auch danach sei die Ehefrau noch bis zur Geburt des zweiten Kindes im Jahr 1982 vollschichtig berufstätig geblieben. Es könne auch sonst nicht festgestellt werden, dass eine der Vertragsparteien subjektiv unterlegen gewesen sei. Beide Parteien seien bei Vertragsschluss etwa gleich alt gewesen und hätten bereits seit 1972 nichtehelich zusammengelebt. Die Ehefrau habe als Krankenschwester berufliche Erfolge aufzuweisen gehabt. Zwar möge es naheliegen, dass der Ehemann als angehender Jurist eine deutlichere Vorstellung vom Inhalt und von der Tragweite des kurz zuvor in Kraft getretenen neuen Eherechts gehabt habe; aufgrund der auch für juristische Laien eindeutigen Formulierungen des Ehevertrags habe sich auch die Ehefrau aber nicht der Erkenntnis verschließen

können, dass für den Fall der Scheidung „jegliche Unterhaltsansprüche“ ausgeschlossen sein würden. Nach der Belehrung durch den Notar hätte die Ehefrau auch eine ungefähre Vorstellung davon haben müssen, was der Verzicht auf den Versorgungsausgleich bedeute.

[14] Einen Sachverhalt, aus dem sich sachlich schlüssig eine – wie immer geartete – Zwangslage für die Ehefrau ergeben könnte, sei von ihr nicht dargelegt worden. Es sei nicht ersichtlich, warum die Ablehnung des Vertragsschlusses zwangsläufig zu einer Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft geführt hätte. Auch erschließe sich nicht, worin der Verlust der sozialen Achtung für die Ehefrau gelegen haben sollte, wenn die Parteien ihr nichteheliches Zusammenleben ohne Vertragsschluss und ohne Eheschließung fortgesetzt hätten.

[15] Diese – der Revision günstigen – Ausführungen des Berufungsgerichts halten der mit der Revisionserwiderung erhobenen Gegenrüge der Ehefrau stand.

[16] 2. Nach st. Rspr. des Senats (grundlegend Senatsurteil BGHZ 158, 81 = *ZNotP 2004, 122* = FamRZ 2004, 601, 604 ff.) darf die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint.

[17] Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle hat der Tatrichter zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB). Erforderlich ist dabei eine Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse beim Vertragsschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und auf die Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen (Senatsurteil BGHZ 158, 81 = *ZNotP 2004, 122* = FamRZ 2004, 601, 606; vgl. zuletzt Senatsurt. v. 18.3.2009 – XII ZR 94/06, *ZNotP 2009, 271* = FamRZ 2009, 2124 Rn. 13). Diese Gesamtwürdigung hat das Berufungsgericht ohne revisionsrechtlich bedeutsame Fehler vorgenommen.

[18] a) Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, dass der objektive Vertragsinhalt erheblich in den Kernbereich der Scheidungsfolgen eingreift, soweit es den vollständigen Verzicht auf Betreuungs-, Alters- und Krankenunterhalt sowie den Verzicht auf den Versorgungsausgleich betrifft. Bei gesonderter Betrachtung begegnen diese Einzelregelungen allerdings unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB noch keinen Bedenken.

[19] aa) Der Anspruch auf Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB) ist zwar einer Disposition der Parteien am wenigsten zugänglich, weil er dem anspruchsberechtigten Ehegatten im Interesse gemeinsamer Kinder gewährt wird. Dies schließt allerdings eine vertragliche Modifikation dieses Anspruchs – bis hin zu dessen gänzlichen Ausschluss – nicht schlechthin aus. Ein Verzicht auf Betreuungsunterhalt ist unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB jedenfalls dann unbedenklich, wenn kein gemeinsamer Kinderwunsch der Ehegatten besteht und auch sonst für deren Absicht, eine Familie mit Kindern zu gründen, nichts ersichtlich ist (vgl. Senatsurt. v. 28.11.2008 – XII ZR 132/05, FamRZ 2008, 582 Rn. 21). Aber auch dann, wenn der Zuschnitt der Ehe bei jüngeren Ehegatten zunächst auf das Modell der Doppelverdienerehe angelegt und Kinder zwar noch nicht geplant, aber ein späterer Kinderwunsch nicht ausgeschlossen ist, erscheint es zweifelhaft, ob bereits durch den Verzicht auf den Betreuungsunterhalt ein Eingriff in die Vertragsgestaltung im Wege einer richterlichen Wirksamkeitskontrolle veranlasst wird, oder ob für die Ehegatten nicht auch in diesem Fall eine umfassende Freiheit bei der inhaltlichen Gestaltung ihres Ehevertrags besteht, dessen Korrektur ggf. der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB überlassen werden kann (vgl. *Rauscher*, DNotZ 2004, 524, 537). Anhaltspunkte dafür, dass der Verzicht auf Betreuungsunterhalt für sich genommen objektiv sittenwidrig sein könnte, ergeben sich jedenfalls dann noch nicht, wenn sich bei Abschluss eines Ehevertrags durch berufstätige Ehegatten mit möglichem späteren Kinderwunsch noch keine Tendenz zu einer Alleinverdienerehe abzeichnete, weil sie von einer gleichgewichtigen Kinderbetreuung oder davon ausgingen, dass durch die spätere Geburt von gemeinsamen Kindern – etwa wegen einer besonders günstigen Kinderbetreuungssituation – kein Ehegatte seine Erwerbstätigkeit in nennenswerter Weise einschränken muss (vgl. Senatsurteil, BGHZ 158, 81 = *ZNotP 2004, 122* = FamRZ 2004, 601, 605). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatten die Parteien bei Vertragsschluss im Jahr 1977 noch nicht geplant, dass sich die Ehefrau bei Geburt eines Kindes aus dem Erwerbsleben zurückziehen sollte, was das Berufungsgericht in rechtlich nicht zu beanstandender Weise auch daraus geschlossen hat, dass die Ehefrau noch nach der Geburt des ersten Kindes im Jahr 1979 ihre vollschichtige Tätigkeit als Krankenschwester wieder aufgenommen hatte.

[20] bb) Die Unterhaltsansprüche wegen Alters und Krankheit (§§ 1571, 1572 BGB) sind nach st. Rspr. des Senats zwar dem Kernbereich der Scheidungsfolgen zuzurechnen. Ihr Ausschluss wird allerdings – für sich genommen – unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB zumeist schon deshalb keinen Bedenken begegnen, weil im Zeitpunkt des Vertragsschlusses regelmäßig noch nicht absehbar ist, ob, wann und unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten ein Ehegatte wegen Alters oder Krankheit unterhaltsbedürftig werden könnte (Senatsurt. v. 12.1.2005 – XII ZR 238/03, FamRZ 2005, 691, 692 und v. 28.11.2007 – XII ZR 132/05, FamRZ 2008, 582 Rn. 22). Zusätzlich ist hier zu berücksichtigen, dass die Ehefrau im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine sozialversicherungspflichtige Vollzeitbeschäftigung ausübte

und nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zu jener Zeit keine konkreten Pläne verfolgt wurden, hieran auch im Hinblick auf einen späteren Kinderwunsch etwas zu ändern. Bei Vertragsschluss im Jahr 1977 ergaben sich daher keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Ehefrau, die sowohl Beiträge in die gesetzliche Rentenversicherung als auch in eine Zusatzversorgungseinrichtung einzahlte, nicht selbst in der Lage sein könnte, für Krankheit und Alter Vorsorge zu treffen.

[21] cc) Aus den letztgenannten Gründen hält auch der von den Parteien im Ehevertrag vereinbarte Ausschluss des – nach seiner Zielrichtung als vorweggenommener Altersunterhalt zu verstehenden – Versorgungsausgleiches für sich genommen einer Wirksamkeitskontrolle am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB stand (vgl. Senatsbeschl. v. 6.10.2004 – XII ZB 57/03, *ZNotP 2005, 111* = FamRZ 2005, 185, 186).

[22] b) Auch wenn die Einzelregelungen eines Ehevertrags bei jeweils gesonderter Betrachtung den Vorwurf der objektiven Sittenwidrigkeit nicht zu rechtfertigen vermögen, kann sich der Ehevertrag dennoch bei einer Gesamtwürdigung als insgesamt sittenwidrig erweisen, wenn das Zusammenwirken aller ehevertraglichen Einzelregelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten abzielt (vgl. dazu Senatsurt. v. 12.1.2005 – XII ZR 238/03, FamRZ 2005, 691, 693 und v. 9.7.2008 – XII ZR 6/07, FamRZ 2008, 2011 Rn. 20 f.). Auch daraus lässt sich hier allerdings eine Sittenwidrigkeit des Ehevertrags nicht herleiten.

[23] aa) Zum einen hat das Berufungsgericht in seine Würdigung zu Recht den Aspekt einbezogen, dass der im Ehevertrag vereinbarte Verzicht auf sämtliche Unterhaltsansprüche und auf den Versorgungsausgleich unter bestimmten und nicht völlig fernliegenden Umständen – etwa bei einer kurzen Ehedauer und einem beruflichen Scheitern des Ehemannes – auch zu einer Begünstigung der Ehefrau hätte führen können. Dies gilt insbesondere für den Verzicht auf Erwerbslosigkeitsunterhalt (§ 1573 Abs. 1 BGB), der sich nach Lage der Dinge im Jahr 1977 allenfalls zugunsten der Ehefrau hätte auswirken können, weil diese als langjährige Angehörige des öffentlichen Dienstes kein nennenswerts Arbeitsmarktrisiko mehr getragen haben dürfte.

[24] bb) Zum anderen hat der Senat mehrfach betont, dass das Gesetz einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten nicht kennt (vgl. Senatsurteile, BGHZ 158, 81 = *ZNotP 2004, 122* = FamRZ 2004, 601, 604 und v. 28.3.2007 – XII ZR 130/04, *ZNotP 2007, 314* = FamRZ 2007, 1309, 1310), sodass auch aus dem objektiven Zusammenspiel einseitig belastender Regelungen nur dann auf die weiter erforderliche verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten geschlossen werden kann, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität widerspiegelt. Eine lediglich auf die Einseitigkeit der Lastenverteilung gegründete tatsächliche Vermutung für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit lässt sich bei familienrechtlichen Verträgen nicht aufstellen (Senatsurteil, BGHZ 178, 322 = *ZNotP 2009, 69* = FamRZ 2009, 198 Rn. 32 f.). Ein unausgewogener Vertragsinhalt mag zwar ein gewisses Indiz für eine unterlegene Verhandlungsposition des belasteten Ehegatten sein. Gleichwohl wird das Verdikt der Sittenwidrigkeit i.d.R. nicht gerechtfertigt sein, wenn sonst außerhalb der Vertragsurkunde keine verstärkenden Umstände zu erkennen sind, die auf eine subjektive Imparität, insbesondere infolge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit, hindeuten könnten (vgl. OLG Celle, NJW-RR 2009, 1302, 1304; Palandt/*Brudermüller*, BGB, 71. Aufl., § 1408 Rn. 10; *Rauscher*, Familienrecht, 2. Aufl., Rn. 366m; *Münch*, DNotZ 2005, 819, 825 f.; *Bergschneider*, FamRZ 2007, 1246). In dieser Hinsicht geht das Berufungsgericht zu Recht davon aus, dass tragfähige Anhaltspunkte für eine subjektive Unterlegenheit der Ehefrau im Zeitpunkt des Vertragsschlusses weder von der Ehefrau vorgetragen noch sonst ersichtlich sind.

[25] Eine soziale oder wirtschaftliche Abhängigkeit der seinerzeit mit auskömmlichen Einkünften vollschichtig berufstätigen Ehefrau von ihrem noch in der Hochschulausbildung befindlichen Ehemann lag im Jahr 1977 ersichtlich nicht vor. Auch eine mögliche intellektuelle Unterlegenheit der Ehefrau gegenüber dem juristisch versierten Ehemann vermag hier die Annahme ungleicher Verhandlungspositionen beim Abschluss des Ehevertrags nicht zu begründen. Das Berufungsgericht geht aufgrund der von ihm getroffenen Feststellungen rechtlich bedenkenfrei davon aus, dass sich die Ehefrau bei Abschluss des Vertrags darüber im Klaren gewesen sein musste, was der im Ehevertrag vereinbarte Verzicht auf „jegliche“ Unterhaltsansprüche und auf den Versorgungsausgleich bedeutete. Dies ergibt sich i.Ü. auch schon aus dem eigenen Vortrag der Ehefrau, wonach der Ehemann im Hinblick auf die zum 1.7.1977 (d.h. durch das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts v. 14.6.1976, BGBl. I, S. 1421) geänderte Rechtslage mehrfach deutlich gemacht haben soll, dass er nur dann eine Ehe schließen werde, wenn er im Fall der Scheidung keinen Unterhalt zahlen müsse und auch seine Rente ihm voll und ganz verbleibe. Danach dürfte es für die Ehefrau bei Vertragsschluss keinen vernünftigen Zweifel an Inhalt und Tragweite der im Ehevertrag enthaltenen Verzichtserklärungen mehr gegeben haben.

[26] Auch sonstige Umstände, die eine Zwangslage der Ehefrau begründet oder sie gehindert hätten, auf Abschluss oder Inhalt des Ehevertrags Einfluss zu nehmen, sind nicht ersichtlich. Konkrete Anhaltspunkte für eine Überrumpelung der Ehefrau im Zusammenhang mit der Errichtung der notariellen Urkunde hat das Berufungsgericht nicht feststellen können. Soweit die Ehefrau das Bestehen einer Zwangslage für sich daraus herleiten will, dass der Ehemann im Fall der Verweigerung eines Vertragsschlusses die Hochzeit abgesagt hätte und die Ehefrau dadurch unter den gesellschaftlichen Verhältnissen des Jahrs 1977 einer besonderen sozialen Stigmatisierung und Ächtung (“gefallenes Mädchen“) anheimgefallen wäre, hat das Berufungsgericht dieses Vorbringen in tatrichterlicher Verantwortung geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Hiergegen sind aus Rechtsgründen Bedenken nicht zu erheben.

[27] II. 1. Das Berufungsgericht hat zur weiteren Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen das Folgende ausgeführt:

[28] Auch wenn der Vertrag nicht von Anfang an nichtig sei, müsse die Ausübung der Rechte mit § 242 BGB vereinbar sein. Da beim Abschluss des Vertrags noch nicht festgestanden habe, wie die Parteien ihre Ehe gestalten würden und die

Möglichkeit bestanden habe, dass beide voll berufstätig und im Wesentlichen wirtschaftlich selbstständig sein würden, gäben der tatsächliche Verlauf der Ehe und die dadurch verursachten beruflichen Nachteile der Ehefrau Anlass für eine Einschränkung der Rechte des Ehemannes aus dem Vertrag. Es wäre evident einseitig, wenn nach dem Scheitern der Ehe ein Ehegatte sowohl unter dem Gesichtspunkt des Unterhalts als auch unter dem Gesichtspunkt der Altersvorsorge die durch den tatsächlichen Verlauf der Ehe begründeten Nachteile allein zu tragen hätte. Der Ehemann könne sich daher insoweit nicht auf den Vertrag berufen, als es um den Ausgleich ehebedingter Nachteile gehe.

[29] Diese Nachteile bestünden im Wesentlichen darin, dass die Ehefrau nach der Geburt des zweiten Kindes im Jahr 1982 ihre Erwerbstätigkeit als Krankenschwester auf eine Halbtagstätigkeit reduziert habe und seither nicht mehr als Stationsschwester tätig gewesen sei; zudem sei ihr die Möglichkeit genommen worden, im Krankenhausbetrieb beruflich aufzusteigen. Zur Erfassung solcher ehebedingten Nachteile müsse die tatsächliche Lage mit derjenigen Lage verglichen werden, in der sie sich ohne Ehe und Kinderbetreuung befinden würde. Da die Antragsgegnerin gegenwärtig eine Rente wegen voller Erwerbsminderung beziehe und diese Erkrankung nicht ehebedingt sei, könnten sich ihre ehebedingten Nachteile aber zzt. nur auswirken, wenn und soweit sie nicht schon durch den Versorgungsausgleich ausgeglichen worden seien.

[30] Die Halbteilung der beiderseits in der Ehe erworbenen Anrechte ergäbe einen Ausgleich zugunsten der Ehefrau i.H.v. 1.034,20 €. Die Ehefrau könne aber nur den Ausgleich ehebedingter Nachteile beanspruchen; der vom AG vorgenommene Versorgungsausgleich habe diese Nachteile jedoch nicht ausgleichen können. Vielmehr wäre es zum Ausgleich ehebedingter Nachteile erforderlich gewesen, zulasten der Versorgungsanrechte des Ehemannes zugunsten der Ehefrau monatliche und auf das Ende der Ehezeit bezogene Rentenanwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung im Wert von monatlich 800 € auf ihrem Versicherungskonto zu begründen.

[31] Tatsächlich habe die Ehefrau in der Ehezeit Rentenanwartschaften in einer Gesamthöhe von rd. 837 € (davon 576 € gesetzliche Rente und 261 € kirchliche Zusatzversorgung) erworben. Zwar hätte eine vollschichtige Erwerbstätigkeit der Ehefrau als „einfache“ Krankenschwester nicht zu einer Verdopplung dieser in der Ehezeit erworbenen Anrechte geführt, weil die Ehefrau auch in der Ehezeit noch 4 1/2 Jahre vollschichtig tätig war, die tatsächlich von ihr ausgeübte Teilzeitbeschäftigung mit rd. 55 % der Regelarbeitszeit geringfügig mehr als halbschichtig gewesen sei und ihre tatsächlich erworbenen Anrechte zudem durch Kindererziehungszeiten erhöht worden seien, die ihr ohne die Geburt der Kinder nicht gutgebracht worden wären. Andererseits wäre die Ehefrau ohne die Einschränkung ihrer Berufstätigkeit auch nicht zur einfachen Krankenschwester zurückgestuft worden. Vielmehr spreche alles dafür, dass sie zumindest die nächste Stufe in der Hierarchie des Krankenhausbetriebs erreicht hätte, zumal sie durch die Übertragung der Aufgaben einer Stationsschwester im Alter von 23 Jahren bereits besonderen Ehrgeiz und besondere Leistungen in ihrem Beruf unter Beweis gestellt habe. Danach könne geschätzt werden, dass der Ehefrau durch die Einschränkung ihrer Berufstätigkeit in der Ehezeit Versorgungsanwartschaften i.H.v. 800 € entgangen seien. Da das AG der Ehefrau lediglich Anrechte i.H.v. 418 € übertragen habe, wäre zum vollständigen Ausgleich ehebedingter Nachteile ein weiterer Ausgleich i.H.v. 382 € erforderlich gewesen.

[32] Ein Ausgleich dieser Nachteile über das Unterhaltsrecht sei auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Ausspruch des Versorgungsausgleichs zwischenzeitlich in Rechtskraft erwachsen sei. Zwar sei der Ausgleich ehebedingter Nachteile im Hinblick auf den Erwerb eigener Versorgungsanwartschaften vornehmlich Aufgabe des Versorgungsausgleiches und nicht des Unterhaltsrechts. Ehebedingte Nachteile könnten grds. auch nicht damit begründet werden, dass der Versorgungsausgleich den Verlust eigener Rentenanwartschaften durch die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit nicht vollständig habe ausgleichen können, weil diesbezügliche Nachteile in der Versorgungsbilanz von beiden Ehegatten gleichermaßen zu tragen seien. Dies könne aber nur dann gelten, wenn für die Ehezeit der Versorgungsausgleich vollständig durchgeführt sei. Hat der Versorgungsausgleich demgegenüber nicht zu einer Halbteilung der Versorgungsanwartschaften geführt, bleibe ein Ausgleich über den Unterhalt möglich.

[33] Für diesen Ausgleich komme es im vorliegenden Fall darauf an, wie sich ein entsprechend erhöhter Versorgungsausgleich auf die Höhe der Renten der Ehefrau ausgewirkt hätte. Die Werte der erworbenen Versorgungsanrechte bezögen sich jeweils auf einen regulären Rentenbeginn bei Vollendung des 65. Lebensjahres. Die Ehefrau beziehe aber tatsächlich Renten wegen Erwerbsminderung, die niedriger ausfallen als die Vollrenten bei Erreichen der Regelaltersgrenze. Außerdem müsse berücksichtigt werden, dass aus einer erhöhten Rente auch erhöhte Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung zu zahlen gewesen wären. Die tatsächliche Nettorente der Ehefrau bei der Deutschen Rentenversicherung Bund betrage rd. 86 % des „erworbenen Anrechtes“. Hätte die Ehefrau im Versorgungsausgleich nicht rd. 418 €, sondern 800 € erhalten, würde ihr aus der Differenz überschlägig eine zusätzliche Nettorente i.H.v. 86 % = 330 € zufließen. Das Vermögen, das die Ehefrau aus dem Erlös für den Verkauf des ehemaligen Familienheimes, aus der Zahlung für den Zugewinnausgleich und aus der Erbschaft bezogen habe, sei kein Ausgleich ehebedingter Nachteile und verminderten den mit 330 € zu bemessenen Unterhaltsanspruch der Ehefrau daher nicht.

[34] Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

[35] 2. Zutreffend ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Soweit ein Ehevertrag – wie hier – der Wirksamkeitskontrolle stand hält, muss der Richter im Rahmen einer Ausübungskontrolle prüfen, ob und inwieweit es einem Ehegatten nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt ist, sich auf eine ihn begünstigende Regelung zu berufen. Entscheidend ist insofern, ob sich im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige, unzumutbare Lastenverteilung ergibt. Hält die Berufung eines Ehegatten auf die getroffene Regelung der Ausübungskontrolle nicht stand, so führt dies weder zur Unwirksamkeit des Ausschlusses der gesetzlichen Scheidungsfolge noch dazu, dass die gesetzliche Regelung in Vollzug gesetzt wird. Der Richter hat vielmehr diejenige Rechtsfolge anzu-

ordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien in der eingetretenen Situation in ausgewogener Weise Rechnung trägt (vgl. grundlegend Senatsurteil BGHZ 158, 81 = *ZNotP 2004, 122* = FamRZ 2004, 601, 606). Auch die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) können dabei auf Eheverträge Anwendung finden, wenn und soweit die tatsächliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von derjenigen ursprünglichen Lebensplanung abweicht, welche die Ehegatten dem Ehevertrag zugrunde gelegt haben (Senatsurt. v. 2.2.2011 – XII ZR 11/09, *ZNotP 2011, 345* = FamRZ 2011, 1377 Rn. 16 und v. 17.10.2007 – XII ZR 96/05, *ZNotP 2008, 205* = FamRZ 2008, 386 Rn. 36).

[36] a) Eine grundlegende Abweichung der tatsächlichen Lebenssituation von den beim Vertragsschluss zugrunde gelegten Lebensumständen hat das Berufungsgericht im Hinblick auf die dem Ehevertrag nachfolgende Geburt der beiden Kinder und die mit deren Betreuung einhergehende eingeschränkte Erwerbstätigkeit der Ehefrau mit Recht bejaht (vgl. auch Senatsbeschl. v. 6.10.2004 – XII ZB 57/03, *ZNotP 2005, 111* = FamRZ 2005, 185, 187). Auch die Revision erinnert gegen diese Beurteilung nichts.

[37] b) Ist derjenige Ehegatte, der seine Erwerbstätigkeit für die Betreuung gemeinsamer Kinder eingeschränkt hat, im Zeitpunkt der Scheidung erwerbsunfähig erkrankt, wird sich die ehevertragliche Ausübungskontrolle im Hinblick auf die geänderten Verhältnisse grds. an dem Gedanken zu orientieren haben, dass dieser Ehegatte aufgrund der tatsächlichen Rollenverteilung in der Ehe nicht ausreichend für den Fall seiner krankheitsbedingten Erwerbsminderung vorsorgen konnte und seine Erwerbsminderungsrente infolgedessen geringer ist, als sie es gewesen wäre, wenn er seine (vollschichtige) Berufstätigkeit entsprechend der ursprünglichen Lebensplanung bis zum Eintritt der Erwerbsunfähigkeit fortgesetzt hätte. Der Ausgleich unzureichender Vorsorgebeiträge ist dabei nach st. Rspr. des Senats vornehmlich Aufgabe des Versorgungsausgleichs (Senatsurt. v. 17.2.2010 – XII ZR 140/08, FamRZ 2010, 629 Rn. 24 und v. 7.7.2010 – XII ZR 157/08, *ZNotP 2011, 71* = FamRZ 2011, 188 Rn. 16 m.w.N.), sodass der für die Ausübungskontrolle gewählte Ausgangspunkt, der Ehefrau über den vertraglich ursprünglich ausgeschlossen gewesenen Versorgungsausgleich nunmehr diejenigen Versorgungsanrechte zukommen zu lassen, die ihr zwischen 1982 und 2008 durch die Einschränkung ihrer Erwerbstätigkeit entgangen sind, grds. nicht zu beanstanden ist.

[38] 3. Ebenfalls zutreffend ist die Einschätzung des Berufungsgerichts, dass die von dem AG im Wege des Quasi-Splittings angeordnete Begründung von monatlichen und auf das Ende der Ehezeit am 30.4.2008 bezogenen Rentenanwartschaften i.H.v. 417,98 € auf dem Versicherungskonto der Ehefrau bei der Deutschen Rentenversicherung Bund nicht ausreichend war, die Versorgungsnachteile der Ehefrau vollständig auszugleichen.

[39] Dies wird schon anhand der Erwägungen deutlich, mit denen das AG die Bemessung der Nachteile beim Aufbau von Rentenanwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung begründet hat. Das AG ging bei seinen Berechnungen davon aus, dass es der Ehefrau bei einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit im erlernten Beruf als Krankenschwester möglich gewesen wäre, in jedem Kalenderjahr der Ehezeit durch Beitragszahlungen durchschnittlich einen Entgeltpunkt zu erwerben. Dieser Berechnungsansatz ist zur Bestimmung fiktiver Versorgungsanrechte der gesetzlichen Rentenversicherung im Rahmen des Nachteilsausgleiches beim Versorgungsausgleich zwar nicht grds. ungeeignet. Das vom AG dabei gefundene Ergebnis wird aber schon dadurch infrage gestellt, dass die Ehefrau ausweislich der Versorgungsauskunft der Deutschen Rentenversicherung Bund v. 30.10.2008 bereits im Jahr 1978, d.h. im letzten vollen Kalenderjahr ihrer vollschichtigen Berufstätigkeit als Stationsschwester vor der Geburt des ersten Kindes, aufgrund ihrer Beitragszahlungen 1,1121 Entgeltpunkte erwerben konnte und keineswegs anzunehmen war, dass sich bei zunehmender Berufserfahrung und steigendem Lebensalter das Verhältnis ihres Einkommens zum Durchschnittseinkommen aller Versicherten (Durchschnittsentgelt) in den Folgejahren verschlechtert hätte. Auch i.Ü. ergibt sich aus der Versorgungsauskunft, dass die Ehefrau schon aus ihrer tatsächlich ausgeübten Teilzeitbeschäftigung als Krankenschwester ohne Personalverantwortung in allen Jahren der Ehezeit seit 1983 durchgehend ein Einkommen erzielen konnte, welches – hochgerechnet auf ihre jeweilige Regelarbeitszeit – über dem Durchschnittseinkommen aller Versicherten im betreffenden Kalenderjahr lag. Die Beurteilung, dass der von dem AG in erster Instanz angeordnete Versorgungsausgleich die der Ehefrau durch die Einschränkung ihrer Berufstätigkeit seit 1982 entgangenen Versorgungsanrechte nicht vollständig auszugleichen vermochte, nimmt auch die Revision erkennbar hin.

[40] 4. Das Berufungsgericht hat es im Rahmen der vertraglichen Ausübungskontrolle für möglich und geboten erachtet, der Ehefrau zum Ausgleich für die durch den erstinstanzlich angeordneten Versorgungsausgleich noch nicht vollständig kompensierten Rentennachteile einen ergänzenden Krankheitsunterhalt nach § 1572 BGB zu gewähren. Die dagegen erhobenen grundsätzlichen Einwendungen der Revision greifen nicht durch.

[41] a) Eine weitergehende Anpassung des Vertrags wegen unterhaltsrechtlicher Regelungen scheidet nicht schon deshalb aus, weil die Ehefrau die erstinstanzliche Entscheidung zum Versorgungsausgleich nicht angefochten hatte und diese deshalb in Rechtskraft erwachsen ist.

[42] Die Ehefrau ist im vorliegenden Fall unterhaltsbedürftig, soweit sie mit ihren tatsächlichen Renteneinkünften – auch unter Berücksichtigung des im Versorgungsausgleich bereits erworbenen Zuschlags an Entgeltpunkten – ihren nach dem Maßstab des Nachteilsausgleichs zu bemessenen Unterhaltsbedarf nicht decken kann. Zwar hätte die Ehefrau bedarfsdeckende Renteneinkünfte zur Verfügung gehabt, wenn sie mit einem Rechtsmittel gegen die Entscheidung zum Versorgungsausgleich erfolgreich eine höhere Bewertung ihrer durch die eheliche Rollenverteilung bedingten Versorgungsnachteile geltend gemacht hätte. Ob und wie sich dieses Unterlassen allerdings auf den Unterhaltsanspruch auswirken kann, richtet sich nach den allgemeinen unterhaltsrechtlichen Grundsätzen über die Herbeiführung der Bedürftigkeit durch den Unterhaltsberechtigten (§ 1579 Nr. 4 BGB) und ist daher nach den Kriterien der Mutwilligkeit und unterhaltsbezogenen Leichtfertigkeit zu beurteilen; diese sind nicht schon bei einem einfachen Verschulden des Unterhaltsberechtigten erfüllt (vgl. dazu zuletzt Senatsurt. v. 21.2.2001 – XII ZR 34/99, FamRZ 2001, 541, 544). Von einer mutwilligen Herbeiführung der Bedürftigkeit kann

hier schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil die Ehefrau gegenüber dem Ehemann bereits keine Obliegenheit traf, das Verfahren über den Versorgungsausgleich in einer bestimmten Weise zu führen. Denn der Ehemann selbst stand der Ehefrau als Gegner im Versorgungsausgleichsverfahren gegenüber, und er wurde durch eine möglicherweise nicht sachgerechte Verfahrensführung der Ehefrau nicht unmittelbar benachteiligt, sondern sogar begünstigt.

[43] b) Entgegen der Auffassung der Revision rückt die vom Berufungsgericht vorgenommene unterhaltsrechtliche Korrektur der bestandskräftig gewordenen Entscheidung zum Versorgungsausgleich den Unterhaltsanspruch der Ehefrau auch nicht in die unzulässige Nähe eines sich aus den ehelichen Wirkungen ergebenden Schadensersatzanspruchs.

[44] Dieser Einwand wäre allenfalls dann berechtigt, wenn die von beiden Ehegatten erworbenen Versorgungsanrechte über den Versorgungsausgleich hälftig aufgeteilt worden wären. In diesen Fällen wird der Ausgleichspflichtige aufgrund des Halbteilungsgrundsatzes auf das Versorgungsniveau des anderen Ehegatten herabgesetzt, sodass im Hinblick darauf, dass das System der Scheidungsfolgen auf einer Halbteilung des gemeinsam Erwirtschafteten beruht, für eine Ergänzung dieses Ausgleichssystems über den Unterhalt regelmäßig (zu den Ausnahmen vgl. etwa Senatsurt. v. 4.8.2010 – XII ZR 7/09, FamRZ 2010, 1633 Rn. 25 [phasenverschobene Ehe] und v. 2.3.2011 – XII ZR 44/09, FamRZ 2011, 713 Rn. 20 [kein Zugang zur Erwerbsminderungsrente wegen fehlender Pflichtbeitragszeiten]) kein Raum mehr bleibt (Senatsurt. v. 16.4.2008 – XII ZR 107/06, FamRZ 2008, 1325 Rn. 43 und v. 25.6.2008 – XII ZR 109/07, FamRZ 2008, 1508 Rn. 25; *Borth*, FamRZ 2008, 1329, 1331). Ein ergänzender Unterhaltsanspruch wegen ehebedingter Nachteile in der Versorgungssituation ist demgegenüber nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn der Versorgungsausgleich noch nicht zu einer Halbteilung der in der Ehe erworbenen Versorgungsanrechte geführt hat.

[45] 5. Demgegenüber sind die Ausführungen des OLG zur Bemessung der Höhe des unterhaltsrechtlich auszugleichenden Nachteils nicht in allen Punkten frei von rechtlichen Bedenken.

[46] a) Das Berufungsgericht bemisst den nicht ausgeglichenen ehebedingten Nachteil nicht auf der Grundlage der fiktiven Erwerbsminderungsrenten, welche die Ehefrau aus der gesetzlichen Rentenversicherung einerseits und aus der kirchlichen Zusatzversorgung andererseits bezogen hätte, wenn sie bis zum Eintritt der Erwerbsunfähigkeit vollschichtig berufstätig geblieben wäre. Es nimmt vielmehr jene hypothetische Versorgungslage zum Maßstab, die sich für die erwerbsunfähige Ehefrau ergeben hätte, wenn der – dem Rechtszustand bis zum 31.8.2009 unterworfene – Versorgungsausgleich durch Begründung von Rentenanwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung im Wege des Quasi-Splittings in einer zum Ausgleich ehebedingter Versorgungsnachteile ausreichenden Höhe durchgeführt worden wäre. Auch wenn beide Berechnungsansätze schon aus rentenrechtlichen Gründen nicht zu dem gleichen Ergebnis führen werden, ist der vom Berufungsgericht beschrittene Rechenweg folgerichtig, wenn man – wie das Berufungsgericht – davon ausgeht, dass die Versorgungsnachteile der Ehefrau im Versorgungsausgleich hätten vollständig ausgeglichen werden können und müssen.

[47] b) Indessen rügt die Revision zu Recht, dass die Annahme des Berufungsgerichts, der Ehefrau seien durch die Einschränkung ihrer Erwerbstätigkeit nach der Geburt des zweiten Kindes im Jahr 1982 in der gesetzlichen Rentenversicherung und in der kirchlichen Zusatzversorgung Versorgungsanwartschaften in einer monatlichen Höhe von 800 € entgangen, auf unzureichende Tatsachenfeststellungen gegründet ist.

[48] Zwar hat der Senat bereits ausgesprochen, dass sich der Tatrichter im Rahmen der Bemessung von Versorgungsnachteilen bei der Entwicklung einer hypothetischen Erwerbsbiografie und einem darauf beruhenden Versicherungsverlauf der überschlägigen Schätzung nach § 287 ZPO bedienen darf (vgl. Senatsbeschl. v. 6.10.2004 – XII ZB 57/03, *ZNotP 2005, 111* = FamRZ 2005, 185, 187) und dies in vielen Fällen auch muss. Dies entbindet ihn indes nicht davon, in seiner Entscheidung die tatsächlichen Grundlagen seiner Schätzung und ihre Auswertung in objektiv nachprüfbarer Weise anzugeben (BGHZ 6, 62, 63; Senatsurt. v. 26.3.2003 – XII ZR 167/01, NJW-RR 2003, 873, 874 und v. 20.10.2010 – XII ZR 53/09, FamRZ 2010, 2059 Rn. 33).

[49] Daran fehlt es hier. Das Berufungsgericht hat die von der Ehefrau ohne Einschränkung ihrer Erwerbstätigkeit erzielbare Versorgung dadurch ermittelt, dass es die Summe der Nominalwerte aller von der Ehefrau in der Ehezeit tatsächlich erworbenen Versorgungsanwartschaften, wie sie sich nach den Versorgungsauskünften der Deutschen Rentenversicherung Bund und der früheren Kirchlichen Zusatzversorgungskasse Darmstadt dargestellt haben, in etwa verdoppelt hat und ist auf diese Weise zu einem im Versorgungsausgleich durch Übertragung von Rentenanwartschaften i.H.v. 800 € auszugleichenden Versorgungsnachteil gelangt. Diese Berechnung kann jedoch allenfalls einen groben Anhaltspunkt für die Höhe der Versorgungsanrechte bieten, welche die Ehefrau in den beiden Versorgungssystemen bei einer durchgehenden vollschichtigen Berufstätigkeit als Krankenschwester hätte erwerben können; sie steht demgegenüber auf keiner nachvollziehbaren Tatsachengrundlage.

[50] Soweit es die Rentenanwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung betrifft, werden die fiktiven Versorgungsanwartschaften i.d.R. dadurch zu ermitteln sein, dass die ggf. gem. § 287 ZPO zu schätzenden Entgelte, die der berechtigte Ehegatte bei gedachter (vollschichtiger) Erwerbstätigkeit in den Jahren der ehebedingten Aufgabe oder Einschränkung seiner Erwerbstätigkeit hätte erzielen können, in das Verhältnis zum jeweils gegebenen Durchschnittsentgelt aller Versicherten gesetzt und die sich hieraus ergebende Summe an Entgeltpunkten ermittelt wird (Senatsbeschl. v. 6.10.2004 – XII ZB 57/03, FamRZ 2005, 185, 188). Es kann bei einer längeren Aufgabe oder Einschränkung der Erwerbstätigkeit zur Vereinfachung der Berechnung auch erwogen werden, der Berechnung einen durchschnittlichen Erwerb von Entgeltpunkten im Kalenderjahr zugrunde zu legen und diesen Durchschnittswert auf den gesamten Betrachtungszeitraum zu übertragen; diese Methode wird sich allerdings als problematisch erweisen, wenn – wovon das Berufungsgericht auch im vorliegenden Fall ersichtlich ausgegangen ist – die gedachte Erwerbsbiografie des berechtigten Ehegatten mit einem beruflichen Aufstieg einhergegangen wäre. Auch in der kirchlichen Zusatzversorgung hängt die Bestimmung der hypothetischen Versorgungsanrechte von der Höhe der Entgelte ab, wobei noch die Besonderheit besteht,

74243301_ZNotP_Innenteil.indd 26 01.02.13 10:22

dass für die Versicherungszeiten bis zum Systemwechsel in der Zusatzversorgung zum 31.12.2001 eine fiktive Startgutschrift ermittelt werden müsste.

[51] Jedenfalls muss das Gericht seine Hypothesen über den Erwerb fiktiver Versorgungsanwartschaften und das damit korrespondierende erzielbare Arbeitseinkommen einer nachvollziehbaren Plausibilitätskontrolle unterziehen, etwa durch Anwendung von Erfahrungssätzen im jeweiligen Berufsfeld oder durch die Heranziehung von tariflichen Regelwerken (vgl. auch Senatsurt. v. 20.10.2010 – XII ZR 53/09, *ZNotP 2005, 111* = FamRZ 2010, 2059 Rn. 33 und v. 11.7.2012 – XII ZR 72/10, FamRZ 2012, 1483 Rn. 44). Dies wäre unter den obwaltenden Umständen schon deshalb mit einem vertretbaren Aufwand möglich gewesen, weil sich die Vergütung der im öffentlichen Dienst beschäftigten Ehefrau aus Tarifverträgen (zuletzt aus den Arbeitsvertragsrichtlinien der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen [AVR-K]) ergeben hat und die Auswertung dieser Regelwerke dem Gericht auch eine Handreichung für die Beurteilung der Frage gegeben hätte, welche konkreten beruflichen Aufstiegsmöglichkeiten für die Ehefrau als Krankenschwester bestanden hätten und welcher Verdienst innerhalb des tariflichen Vergütungssystems dann von ihr zu erzielen gewesen wäre.

[52] III. Danach kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, weil es hierzu weiterer tatrichterlicher Feststellungen bedarf. Die Sache ist deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

[53] Für das weitere Verfahren wird noch auf Folgendes hingewiesen:

[54] 1. Das Berufungsgericht wird in tatrichterlicher Verantwortung darüber zu befinden haben, ob die Ehefrau mit Blick auf § 1577 Abs. 3 BGB für ihren Unterhalt vorrangig den Stamm ihres Geldvermögens i.H.v. 93.500 € verwerten muss. Eine Verwertungsobliegenheit der Ehefrau dürfte hier allerdings eher fern liegen, wobei in der gebotenen Billigkeitsabwägung neben den wirtschaftlichen Verhältnissen des Ehemannes – auch im Hinblick auf seine ihm weitgehend verbliebene Altersversorgung – insbesondere der Umstand zu berücksichtigen sein wird, dass der weit überwiegende Teil dieses Vermögens aus dem Verkauf des gemeinsamen Hauses stammt und auch der Ehemann einen entsprechenden Erlösanteil zur freien Verfügung erhalten haben dürfte (vgl. Senatsurt. v. 27.6.1984 – IVb ZR 20/83, FamRZ 1985, 354, 357 und v. 8.4.1987 – IVb ZR 39/86, FamRZ 1987, 912, 913).

[55] 2. Die Frage, ob sich die Ehefrau einem nach dem Maßstab des Nachteilsausgleichs bemessenen Unterhaltsanspruch die aus dem Geldvermögen erzielten oder erzielbaren Zinseinkünfte entgegenrechnen lassen muss, beurteilt sich in erster Linie danach, ob das Anwachsen dieses Vermögens als ein aus der Ehe herrührender Vorteil anzusehen ist.

[56] a) Im Rahmen der Ausübungskontrolle ist es dem Unterhaltspflichtigen gem. § 242 BGB verwehrt, sich gegenüber dem Verlangen des Unterhaltsberechtigten nach einem unterhaltsrechtlichen Ausgleich von ehebedingten Nachteilen auf den ehevertraglich vereinbarten Unterhaltsverzicht zu berufen. Es verstößt demgegenüber nicht gegen Treu und Glauben, den Unterhaltsberechtigten darauf zu verweisen, zum Ausgleich dieser Nachteile vorrangig jedenfalls solche Einkünfte einzusetzen, die ihm ohne die Ehe überhaupt nicht zur Verfügung gestanden hätten.

[57] b) Nach diesen Maßstäben bleiben etwaige Zinseinkünfte aus der Anlage des von der Ehefrau geerbten Vermögens (5.000 €) außer Betracht, weil ihr diese Erbschaft unabhängig von der Ehe angefallen ist (vgl. auch OLG Celle, NJW 2010, 79, 85). Ob und ggf. in welchem Umfang die Ehefrau Kapitalerträge aus dem weiteren Vermögen einsetzen muss, welches ihr aus dem Verkaufserlös für das vormalige Familienheim (76.000 €) und als Zahlung auf den Zugewinnausgleich (12.500 €) zugeflossen ist, hängt von der Beurteilung der Frage ab, ob die Ehefrau auch allein eine private Vermögensbildung in dieser Höhe hätte betreiben können (vgl. Senatsurt. v. 11.8.2010 – XII ZR 102/09, FamRZ 2010, 1637 Rn. 33). Auch dies obliegt der tatrichterlichen Würdigung.

[58] c) Sollten hiernach Kapitalerträge ganz oder teilweise außer Betracht bleiben, darf die Nichtberücksichtigung dieser an sich unterhaltsrelevanten Einkünfte aufseiten des Unterhaltsberechtigten allerdings nicht dazu führen, dass der Unterhaltspflichtige zum Nachteilsausgleich einen höheren als den vollen Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB) zahlt. Denn der Halbteilungsgrundsatz bestimmt auch insoweit die Obergrenze der Unterhaltspflicht.

[59] 3. Das Berufungsgericht hat seinen bisherigen Berechnungen eine Versorgungsauskunft der früheren Kirchlichen Zusatzversorgungskasse Darmstadt v. 21.10.2008 zugrunde gelegt, die wegen der darin enthaltenen Ermittlung der Startgutschrift für rentenferne Jahrgänge – zu denen auch die Ehefrau gehört – einer ausreichenden Rechtsgrundlage entbehrt (vgl. Senatsbeschl. v. 5.11.2008 – XII ZB 53/06, FamRZ 2009, 303 Rn. 14 ff.). Die Verwertung dieser Auskunft war indessen ausnahmsweise gerechtfertigt, weil die Ehefrau bereits im Bezug einer Erwerbsminderungsrente stand und auf eine Berechnungsgrundlage für den unterhaltsrechtlichen Nachteilsausgleich dringend angewiesen war (vgl. auch OLG Nürnberg, FamRZ 2008, 1087 f.). Nachdem sich die Tarifparteien des öffentlichen Dienstes über die Neuberechnung der Startgutschriften geeinigt haben, werden neue Auskünfte (§§ 273, 358a ZPO) zur kirchlichen Zusatzversorgung einzuholen sein.

Handels- und Gesellschaftsrecht

Änderung der Mehrheitserfordernisse bei Publikumspersonengesellschaften

BGB § 709 Abs. 2; HGB §§ 105, 161

Leitsatz (amtlich):

Sieht der Gesellschaftsvertrag einer Publikumspersonengesellschaft für bestimmte Beschlussgegenstände, zu denen auch Änderungen des Gesellschaftsvertrags gehören, eine qualifizierte Mehrheit von ¾ der anwesenden Stimmen vor und bestimmt er außerdem, dass für diese Beschlussgegenstände bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eine höhere Mehrheit erforderlich ist, kann die Regelung

über die höheren Mehrheitserfordernisse grundsätzlich mit 3/4-Mehrheit aufgehoben werden, wenn zum Zeitpunkt der Beschlussfassung die Voraussetzungen für ihre Anwendbarkeit nicht erfüllt sind und sich dem Gesellschaftsvertrag auch nicht im Wege der Auslegung entnehmen lässt, dass die Aufhebung der höheren Mehrheitserfordernisse auch dann nur mit diesen höheren Mehrheiten möglich sein soll, wenn die Voraussetzungen, an die der Gesellschaftsvertrag ihre Geltung knüpft, nicht gegeben sind.

BGH, Urt. v. 16. 10. 2012 – II ZR 239/11

[1] Der Kläger ist als unmittelbarer Gesellschafter mit einem Kommanditanteil von 150.000 DM (76.693,78 €) an der Beklagten, einem geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft, beteiligt. Die Nebenintervenientin ist geschäftsführende Kommanditistin und wie die beiden Komplementäre allein zur Vertretung der Beklagten berechtigt und verpflichtet.

[2] Der Gesellschaftsvertrag (künftig: GV) enthält in §§ 16, 17 zur Beschlussfassung u.a. folgende Regelungen:

§ 16 Gegenstand der Gesellschafterversammlung

1. Die Gesellschafterversammlung ist insbesondere für folgende Beschlussfassungen zuständig:

…

f) Änderungen des Gesellschaftsvertrags

…

2. Soweit Beschlüsse nach Abs. 1 lit. a), c), f), g), j), k) und l) gefasst werden, bedarf es einer Drei-Viertel-Mehrheit der anwesenden Stimmen. Sind 75 % aller Stimmen auf fünf oder weniger Personen vereinigt, tritt an die Stelle der Drei-Viertel-Mehrheit die Neun-Zenhtel-Mehrheit. Sind 90 % oder mehr aller Stimmen auf fünf oder weniger Personen vereinigt, sind die v.g. Beschlüsse einstimmig zu fassen.

§ 17 Beschlussfassung

1. Die Beschlüsse können in Gesellschafterversammlungen oder im Wege der schriftlichen Abstimmung gefasst werden.

2. …

3. Beschlüsse bedürfen grds. der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen, sofern nicht in diesem Vertrag oder durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist. …

…

7. Die Unwirksamkeit eines Gesellschafterbeschlusses kann nur … durch Klage, die gegen die Gesellschaft zu richten ist, geltend gemacht werden …

[3] § 9 GV lautet:

§ 9 Gesellschaftskonzept, Beleihungsrichtlinien

1. Diesem Gesellschaftszweck ist eine Wirtschaftlichkeitsberechnung zugrunde gelegt (…), die wesentlicher Bestandteil des Gesellschaftsvertrags ist …. Wenn und soweit die Gesellschafterversammlung Beschlüsse fasst, die zu einer wesentlichen Abweichung von dieser Wirtschaftlichkeitsberechnung führen, bedarf ein solcher Beschluss der in § 16 Abs. 2 beschriebenen Mehrheit.

…

[4] In der Gesellschafterversammlung v. 11.3.2010 beschlossen die Gesellschafter mit der in § 16 Abs. 2 Satz 1 GV bestimmten Drei-Viertel-Mehrheit, § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 GV ersatzlos aufzuheben. Die Voraussetzungen, unter denen diese Bestimmungen für eine Beschlussfassung über die in Satz 1 genannten Beschlussgegenstände höhere Mehrheitserfordernisse aufstellen, lagen zum Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht vor.

[5] Der Kläger hat beantragt, die Unwirksamkeit der Beschlüsse festzustellen. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers, mit der er seine erstinstanzlichen Anträge auf Feststellung der Unwirksamkeit der Beschlüsse weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

[6] Die Revision des Klägers hat keinen Erfolg.

[7] I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

[8] Die in der Gesellschafterversammlung v. 11.3.2010 gefassten Beschlüsse seien formell wirksam zustande gekommen und materiell wirksam. Die Beschlüsse über die Aufhebung des § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 GV hätten nicht der in diesen Vorschriften bestimmten Mehrheit von 9/10 bzw. der Einstimmigkeit bedurft, weil die dort vorausgesetzten Beteiligungsverhältnisse nicht erreicht gewesen seien. Die Gesellschaftermehrheit habe mit den angegriffenen Beschlüssen nicht ihre gesellschafterlichen Treuepflichten gegenüber der Minderheit verletzt. Hierfür genüge nicht, dass aufgrund der Änderungen des Gesellschaftsvertrags die abstrakte Gefahr bestehe, dass künftig treuwidrige Beschlüsse gefasst werden könnten, sofern die Mehrheitskommanditistin eine beherrschende Stellung erlange. Vielmehr seien diese Beschlüsse im Einzelfall darauf zu überprüfen, ob die Mehrheit ihre Stimmrechtsmacht treuwidrig zulasten der Minderheit ausgeübt habe oder die Zustimmung der Minderheitskommanditisten erforderlich sei.

[9] II. Das angefochtene Urteil hält den Angriffen der Revision stand. Die angefochtenen Änderungsbeschlüsse sind mit der erforderlichen Mehrheit gefasst worden und sind materiell wirksam.

[10] 1. Die Beschlüsse über die Aufhebung von § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 GV konnten mit der in § 16 Abs. 2 Satz 1 GV bestimmten Drei-Viertel-Mehrheit gefasst werden, da die in § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 GV für die Geltung der höheren Quoren bestimmten Voraussetzungen nicht vorlagen.

[11] a) Beschlüsse in einer Personengesellschaft sind grds. einstimmig zu fassen (vgl. § 709 Abs. 1 BGB, §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB), wenn und soweit nicht im Gesellschaftsvertrag für den betreffenden Beschlussgegenstand das Einstimmigkeitsprinzip durch das Prinzip einfacher oder qualifizierter Mehrheit ersetzt worden ist (vgl. § 709 Abs. 2 BGB), um die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft sicherzustellen. Für die formelle Legitimation eines Mehrheitsbeschlusses genügt es grds., dass sich aus dem Gesellschaftsvertrag – ausdrücklich oder durch Auslegung – eindeutig ergibt, dass der jeweilige Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen sein soll (BGH, Urt. v. 15.1.2007 – II ZR 245/05, BGHZ 170,

283 = *ZNotP 2007, 184* Rn. 9 – OTTO; Urt. v. 24.11.2008 – II ZR 116/08, BGHZ 179, 13 Rn. 15 – Schutzgemeinschaftsvertrag II; Urt. v. 15.11.2011 – II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 16).

[12] Der Gesellschaftsvertrag der Beklagten bestimmt nicht ausdrücklich, welches Quorum für Änderungen der gesellschaftsvertraglichen Mehrheitsklauseln erforderlich ist. Er regelt jedoch, dass Beschlüsse über Änderungen des Gesellschaftsvertrags, um die es sich auch bei Änderungen der gesellschaftsvertraglichen Mehrheitsklauseln handelt, einer Drei-Viertel-Mehrheit bedürfen (§ 16 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 Buchst. f). Ein höheres Stimmquorum von 9/10 oder Einstimmigkeit verlangt der Gesellschaftsvertrag für solche Beschlüsse erst dann, wenn 75 % bzw. 90 % der Stimmen in der Hand von fünf oder weniger Gesellschaftern vereinigt sind (§ 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 GV). Liegen die Geltungsvoraussetzungen für die potenziell höheren Mehrheitserfordernisse nicht vor, gilt für Änderungen des Gesellschaftsvertrags das Mehrheitserfordernis des § 16 Abs. 2 Satz 1 GV, mit der Folge, dass ein Beschluss formell wirksam gefasst ist, wenn er eine Mehrheit von 3/4 der anwesenden Stimmen gefunden hat.

[13] Dem Gesellschaftsvertrag lässt sich auch nicht im Wege der Auslegung entnehmen, dass abweichend von § 16 Abs. 2 GV die Aufhebung von § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 GV auch dann nur mit den dort bestimmten Mehrheiten möglich sein soll, wenn die Voraussetzungen, die der Gesellschaftsvertrag für das Eingreifen dieser Mehrheitsklauseln aufstellt, (noch) nicht erfüllt sind. Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass entgegen dem Wortlaut des Gesellschaftsvertrags für eine bestimmte Änderung des Gesellschaftsvertrags, nämlich die Herabsetzung des Mehrheitserfordernisses, die in § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 GV geregelten höheren Mehrheitserfordernisse gelten sollen, obwohl die Voraussetzungen nicht gegeben sind, die diese Bestimmungen selbst für ihre Anwendbarkeit fordern, sind nicht ersichtlich und werden von der Revision auch nicht aufgezeigt. Die von der Revision befürwortete „Vorwirkung“ insbesondere des § 16 Abs. 2 Satz 3 GV führte in einer Publikumsgesellschaft wie der Beklagten dazu, dass eine Änderung dieser Satzungsbestimmung faktisch unmöglich würde, und zwar auch dann, wenn das in § 16 Abs. 2 Satz 3 GV geregelte Einstimmigkeitserfordernisse bei Vorliegen der dort vorausgesetzten Beteiligungsverhältnisse zur Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft führte. § 16 Abs. 2 GV knüpft einen höheren als den durch das Erfordernis einer Drei-Viertel-Mehrheit gewährleisteten Schutz der Minderheit – auch vor nachteiligen Änderungen der Mehrheitsklausel selbst – an besondere Voraussetzungen. Solange diese nicht eingetreten sind, lässt der Gesellschaftsvertrag eine Aufhebung des in § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 GV geregelten qualifizierten Minderheitenschutzes mit der qualifizierten Mehrheit des § 16 Abs. 2 Satz 1 GV von 75 % der anwesenden Stimmen zu.

[14] b) Der von der Revision für ihre Auffassung herangezogene sog. Bestimmtheitsgrundsatz führt zu keinem anderen Ergebnis. Zwar wird im Gesellschaftsvertrag der Beklagten nicht ausdrücklich ausgesprochen, dass § 16 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 GV mit der in § 16 Abs. 2 Satz 1 GV bestimmten Mehrheit aufgehoben werden können, wenn die Voraussetzungen der Sätze 2 und 3 GV (noch) nicht vorliegen. Dies ist – unabhängig davon, dass es sich bei der Beklagten um eine Publikumsgesellschaft handelt und der Bestimmtheitsgrundsatz bei Publikumsgesellschaften ohnehin keine Anwendung findet (BGH, Urt. v. 19.11.1984 – II ZR 102/84, NJW 1985, 972, 973) – für die formelle Legitimation einer auf eine gesellschaftsvertragliche Mehrheitsklausel gestützten Mehrheitsentscheidung aber nicht erforderlich, und zwar auch dann nicht, wenn es sich um ein früher sog. Grundlagengeschäft handelt; es genügt, dass sich durch Auslegung des Gesellschaftsvertrags eindeutig ergibt, dass der betreffende Beschlussgegenstand der Mehrheitsklausel unterworfen sein soll (BGH, Urt. v. 15.11.2011 – II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 16 m.w.N.). Das Berufungsgericht hat im vorliegenden Fall rechtsfehlerfrei bejaht, dass auch Beschlüsse über eine Änderung des § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 GV selbst uneingeschränkt der Mehrheitsklausel des § 16 Abs. 2 GV unterliegen, mit der Folge, dass die Aufhebung von § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 GV in gleicher Weise wie sonstige Satzungsänderungen einer Mehrheitsentscheidung nach § 16 Abs. 2 Satz 1 GV unterworfen ist, wenn – wie hier – die Bedingungen, unter denen der Gesellschaftsvertrag für satzungsändernde Beschlüsse ein höheres Quorum oder Einstimmigkeit fordert, nicht erfüllt sind.

[15] Ohne Erfolg beruft sich die Revision für ihre gegenteilige Auffassung auf das Urteil des Senats v. 15.6.1987 (II ZR 261/86, ZIP 1987, 1178). Diese Entscheidung beruhte auf der Anwendbarkeit des sog. Bestimmtheitsgrundsatzes, dem, wie ausgeführt, für die formelle Legitimation einer Mehrheitsentscheidung nach der neueren Rechtsprechung des Senats (BGH, Urt. v. 24.11.2008 – II ZR 116/08, BGHZ 179, 13 Rn. 15 – Schutzgemeinschaftsvertrag II; Urt. v. 15.11.2011 – II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 16 m.w.N.) keine Bedeutung mehr zukommt. Darauf, dass in dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall zudem die Satzungsbestimmung, die ein höheres Mehrheitserfordernis vorschrieb, anwendbar war und ihr Eingreifen anders als im vorliegenden Fall nicht vom Eintritt bestimmter, zum Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht gegebener Voraussetzungen abhängig war, kommt es nicht mehr an.

[16] c) Schließlich rechtfertigt auch der von der Revision angeführte Grundsatz, wonach Sonderregelungen, die bei Geltung des Mehrheitsprinzips für einzelne Beschlussgegenstände Einstimmigkeit oder ein höheres Quorum voraussetzen, nur unter Einhaltung des betreffenden höheren Quorums abgeändert oder aufgehoben werden können (MünchKomm-BGB/*Ulmer/Schäfer*, 5. Aufl., § 709 Rn. 82; einschränkend *Hüffer*, AktG, 10. Aufl., § 179 Rn. 20; offengelassen in BGH, Urt. v. 13.3.1980 – II ZR 54/78, BGHZ 76, 191, 195 für die Aktiengesellschaft), keine abweichende Beurteilung. Ob eine allgemeine Regel anzuerkennen ist, wonach Mehrheitsklauseln in einem Gesellschaftsvertrag, die für bestimmte Beschlussgegenstände eine qualifizierte Mehrheit vorschreiben, nur mit derselben Mehrheit beseitigt werden können, und welchen Anwendungsbereich sie hat, bedarf keiner Entscheidung. Der Gesellschaftsvertrag der Beklagten schreibt für alle Änderungen der Satzung dasselbe qualifizierte Mehrheitserfordernis vor, das sich unter bestimmten Voraussetzungen erhöht. Hier geht es um die Frage, ob für eine bestimmte Vertragsänderung, nämlich die Aufhebung von § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 GV, die dort geregelten höheren Mehrheitserfordernisse gelten sollen, obwohl bei Beschlussfassung die Voraussetzungen für ihre Anwendbarkeit noch nicht vorliegen.

[17] d) Die Auffassung der Revision, dass die Aufhebung des § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 GV die dort bestimmte Mehrheit von 9/10 bzw. Einstimmigkeit erfordert, lässt sich auch nicht auf das von ihr angezogene, zum Aktienrecht ergangene Urteil des Senats v. 13.3.1980 (II ZR 54/78, BGHZ 76, 191) stützen. Der Senat hat im Wege der Auslegung der dort zu beurteilenden Satzung verneint, dass das nach dieser Satzung für eine bestimmte Beschlussfassung erforderliche qualifizierte Mehrheitserfordernis von 2/3 der abgegebenen Stimmen mit der allgemein für Hauptversammlungsbeschlüsse vorgesehenen einfachen Mehrheit aufgehoben werden konnte. Daraus kann nichts für die Beantwortung der sich hier stellenden Frage abgeleitet werden, ob eine Regelung, die unter bestimmten Voraussetzungen über die allgemein für Änderungen des Gesellschaftsvertrags erforderliche qualifizierte Mehrheit von 3/4 der anwesenden Stimmen hinaus eine Mehrheit von 9/10 oder Einstimmigkeit fordert, nur mit dieser Mehrheit bzw. Einstimmigkeit abgeändert werden kann, obwohl diese Mehrheitserfordernisse bei Beschlussfassung nicht gelten.

[18] 2. Die Beschlüsse sind materiell wirksam. Die Gesellschaftermehrheit hat mit der Aufhebung der in § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 GV bestimmten Quoren ihre gesellschafterliche Treuepflicht gegenüber der Minderheit nicht verletzt.

[19] a) Ist die Entscheidung der Mehrheit der Gesellschafter von einer Regelung im Gesellschaftsvertrag gedeckt, ist auf einer zweiten Stufe zu prüfen, ob sie sich als treuwidrige Ausübung der Mehrheitsmacht gegenüber der Minderheit darstellt und deshalb inhaltlich unwirksam ist (BGH, Urt. v. 15.1.2007 – II ZR 245/05, BGHZ 170, 283 = *ZNotP 2007, 184* Rn. 10 – OTTO; Urt. v. 24.11.2008 – II ZR 116/08, BGHZ 179, 13 Rn. 17 – Schutzgemeinschaftsvertrag II; Urt. v. 15.11.2011 – II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 16). Erfordert eine Mehrheitsentscheidung ihrem Inhalt nach die Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters, wie es bspw. bei Beschlüssen über nachträgliche Beitragserhöhungen (vgl. § 707 BGB) der Fall ist, führt ungeachtet sonstiger Beschlussmängel schon die fehlende Zustimmung eines Gesellschafters dazu, dass der Beschluss ihm gegenüber unwirksam ist (BGH, Urt. v. 5.3.2007 – II ZR 282/05, ZIP 2007, 766 Rn. 15; Urt. v. 9.2.2009 – II ZR 231/07, ZIP 2009, 864 Rn. 16). Unerheblich ist, ob dieser Gesellschafter an der Beschlussfassung beteiligt war.

[20] b) Nach diesen Grundsätzen sind die Beschlüsse über die Aufhebung der in § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 GV geregelten Mehrheitserfordernisse wirksam. Die Beschlüsse sind nicht als treuwidrig zu beurteilen, weil sie, wie die Revision meint, in einen „Kernbereich“ der Gesellschafterrechte des Klägers eingreifen. Gesellschaftsvertragliche Einstimmigkeitserfordernisse oder Sperrminoritäten gehören nicht zu dem Mehrheitsentscheidungen entzogenen Bereich der individuellen Mitgliedschaft des einzelnen Gesellschafters, sondern schützen die Minderheit insgesamt (MünchKomm-BGB/*Ulmer/Schäfer*, a.a.O., § 709 Rn. 82; vgl. auch BGH, Urt. v. 24.11.2008 – II ZR 116/08, BGHZ 179, 13 Rn. 22 – Schutzgemeinschaftsvertrag II). Die gegenteilige Auffassung würde dazu führen, dass die im Gesellschaftsvertrag festgelegten Mehrheitserfordernisse in stärkerem Maß vor Änderungen geschützt wären, als es der Gesellschaftsvertrag selbst vorsieht. § 16 Abs. 2 Satz 3 GV bestimmt für besondere Beschlussgegenstände, zu denen auch Änderungen des Gesellschaftsvertrags zählen, in dem – hier bei der Beschlussfassung nicht gegebenen – Fall, dass sich 90 % oder mehr aller Stimmen in den Händen von fünf oder weniger Personen befinden, dass Beschlüsse zustande kommen, wenn alle anwesenden oder vertretenen Gesellschafter mit Ja stimmen. Die Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters, somit auch derjenigen Gesellschafter, die an der Abstimmung nicht teilnehmen, die aber für eine Änderung der Mehrheitsquoren zu verlangen wäre, wenn man die Stimmqualität dem individuellen „Kernbereich“ der Gesellschafterrechte zuordnen wollte, fordert der Gesellschaftsvertrag ungeachtet der Beteiligungsverhältnisse für keinen Beschlussgegenstand, auch nicht für die Änderung des § 16 Abs. 2 GV selbst.

[21] c) Die Beschlüsse stellen sich nicht deshalb als treuwidrige Ausübung der Mehrheitsmacht gegenüber der Minderheit dar, weil mit Erreichen der in § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 GV vorausgesetzten Gesellschaftsstruktur die Mehrheitsgesellschafter nach Aufhebung des dort geregelten Mehrheitserfordernisses von 9/10 der anwesenden Stimmen bzw. Einstimmigkeitserfordernisses das in § 9 GV festgelegte Gesellschaftskonzept ohne Weiteres gegen den Willen der Minderheitsgesellschafter ändern könnten, diese jedoch gegen Maßnahmen, die zu einer wesentlichen Abweichung der im Gesellschaftsvertrag niedergelegten Wirtschaftlichkeitsberechnung führten, durch den Gesellschaftsvertrag gerade abgesichert sein sollten (§§ 9 Abs. 1, 16 Abs. 2 GV). Die Minderheitsgesellschafter sind durch § 9 Abs. 1 GV vor Änderungen des Gesellschaftskonzepts schon nicht in diesem weiten Umfang geschützt. Zwar unterwirft § 9 Satz 1 GV Beschlüsse, die zu einer wesentlichen Abweichung von der dem Gesellschaftsvertrag beigefügten Wirtschaftlichkeitsberechnung führen, den in § 16 Abs. 2 GV bestimmten qualifizierten Mehrheitsanforderungen. Damit ist aber nicht gesagt, dass die in § 16 Abs. 2 Satz 1, 2 und 3 GV enthaltenen Mehrheitserfordernisse nach Maßgabe der gesellschaftsvertraglichen Regelungen keiner Änderung zugänglich sind. Hierfür ergeben sich – wie oben dargelegt – aus dem Gesellschaftsvertrag keine hinreichenden Anhaltspunkte. Die Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters verlangt der Gesellschaftsvertrag weder für die in § 9 Abs. 1 GV genannten Beschlüsse noch für Änderungen des § 16 Abs. 2 GV selbst.

[22] Hinzu kommt, dass durch die angefochtenen Beschlüsse, mit denen das in § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 GV geregelte gesteigerte Mehrheits- bzw. Einstimmigkeitserfordernis aufgehoben wird, weder die wirtschaftliche Ausrichtung der Gesellschaft geändert noch eine wirtschaftlich nachteilige Entscheidung zulasten der Minderheit getroffen wird. Dies kann allenfalls durch künftige Beschlussfassungen geschehen. Folge der Aufhebung des § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 GV ist es allerdings, dass die Mehrheit auch dann, wenn 75 % der Stimmen in der Hand von fünf oder weniger Gesellschaftern sind, formell legitimiert ist, Entscheidungen mit Drei-Viertel-Mehrheit zu fassen. Die Zulassung von Mehrheitsentscheidungen ist jedoch für sich genommen nicht treuwidrig. Sie verfolgt den gerade in einer Publikumsgesellschaft grds. legitimen Zweck, die bei Geltung sehr hoher Mehrheitserfordernisse und erst recht des Einstimmigkeitsprinzips gefährdete Handlungsfähigkeit der Gesellschaft sicher zu stellen. Zwar wird den Mehrheitsgesellschaftern durch die von der Revision beanstandete Änderung des Gesellschaftsvertrags die abstrakte Möglichkeit verschafft, künftig mit ihrer Mehr-

heitsmacht (auch) treuwidrige Beschlüsse zulasten der Minderheit zu fassen. Dies rechtfertigt es aber grds. nicht, schon im „Vorfeld“ die Beschlüsse über die Änderung des Gesellschaftsvertrags als treuwidrig und deshalb unwirksam zu bewerten (vgl. auch BGH, Urt. v. 28.1.1980 – II ZR 124/78, BGHZ 76, 352, 353 f.; Urt. v. 1.2.1988 – II ZR 75/87, BGHZ 103, 184, 191 ff.), mit der Folge, dass abweichend vom Willen der im Gesellschaftsvertrag für solche Änderungen der Satzung vorgeschriebenen Mehrheit bei Vorliegen der in § 16 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 GV genannten Beteiligungsverhältnisse Mehrheitsentscheidungen nur mit der höheren Mehrheit von 9/10 gefasst werden könnten oder von vornherein ausgeschlossen wären. Künftige Beschlüsse sind nicht schon deshalb treuwidrig, weil sie die Mehrheit aufgrund der geänderten Satzung gegen den Willen der Minderheit fassen kann. Die Minderheit ist vor treuwidrigen Entscheidungen der Mehrheit durch die gegen diese Beschlüsse gegebenen Rechtsschutzmöglichkeiten hinreichend geschützt. Verletzen künftige – durch die Aufhebung des § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 GV lediglich formell legitimierte – Beschlüsse der Mehrheit treuwidrig die Interessen der Minderheit, steht es der Minderheit offen, die materielle Unwirksamkeit solcher Beschlüsse durch eine Klage gegen diese Beschlüsse geltend zu machen.

Notarrecht

Mitwirkungsverbote bei Scheidung

BeurkG § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7; BNotO § 97 Abs. 1

Leitsätze (amtlich):

1. **Ein Anwaltsnotar, der einen Ehegatten in einem Scheidungsverfahren anwaltlich vertreten hat, darf als Notar an der Beurkundung eines Grundstücksübertragungsvertrags zwischen den vormaligen Ehepartnern nicht mitwirken, wenn in diesem auch geregelt ist, dass mit Erfüllung der Zahlungsverpflichtung des Erwerbers sämtliche wechselseitigen Zugewinnausgleichsansprüche erledigt sind. Das gilt auch, wenn das Anwaltsmandat die Regelung des Zugewinnausgleichs nicht zum Gegenstand und die Vertragsklausel lediglich deklaratorische Bedeutung hatte.**
2. **Zur Bemessung der bei einem Verstoß gegen dieses Mitwirkungsverbot zu verhängenden Disziplinarmaßnahme.**

BGH, Beschl. v. 26. 11. 2012 – NotSt(Brfg) 2/12

[1] I. Der Kläger ist seit 1980 als Rechtsanwalt zugelassen und seit 1994 zum Notar bestellt. Er ist disziplinarrechtlich bislang nicht in Erscheinung getreten.

[2] In den Jahren 2005 und 2006 nahm er als Rechtsanwalt in einem Scheidungsverfahren ein Mandat für den beteiligten Ehemann wahr. Dessen Ehefrau war anwaltlich nicht vertreten. Die Ehe wurde im März 2006 einvernehmlich geschieden. Mit Ausnahme des Versorgungsausgleichs wurden Folgesachen nicht geregelt. Sie waren auch nicht Gegenstand der anwaltlichen Beratung durch den Kläger.

[3] Am 24.7.2008 beurkundete der Kläger als Notar einen Grundstücksübertragungsvertrag zwischen den geschiedenen Eheleuten. Die vormalige Ehefrau übertrug darin gegen die Verpflichtung zur Zahlung von 50.000 € ihrem früheren Gatten ihre ideelle Miteigentumshälfte an einem bislang gemeinsamen Grundstück. § 4 des Vertrags („Gegenleistung“) enthielt folgenden Abs. 7: „Die Vertragsparteien erklären, dass mit Erfüllung der Zahlungsverpflichtung sämtliche wechselseitigen etwaigen Zugewinnausgleichsansprüche erledigt sind.“

[4] Nachdem dieser Vertrag aufgrund eines PKH-Antrags der geschiedenen Ehefrau gerichtlich bekannt geworden war, leitete der Beklagte 2009 gegen den Kläger disziplinarrechtliche Vorermittlungen u.a. wegen des Verdachts eines Verstoßes gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG ein. Der Kläger ließ sich dahin ein, ein mandatsbezogener Zusammenhang zwischen dem Scheidungsverfahren und der Beurkundung bestehe nicht. Soweit die Vertragsparteien in einem Nebenpunkt den Zugewinn für erledigt erklärt hätten, habe dies lediglich deklaratorische Bedeutung gehabt. Eine inhaltliche Überschneidung zum Scheidungsmandat sei nicht gegeben gewesen. Der Beklagte hat diese Ausführungen nicht für durchgreifend erachtet. Nach weiteren Ermittlungen, die den Verdacht einer weiteren Pflichtverletzung nicht bestätigten haben, hat der Beklagte gegen den Kläger eine Disziplinarverfügung wegen eines fahrlässigen Verstoßes gegen das in der v.g. Bestimmung statuierte Mitwirkungsverbot erlassen, mit der der Kläger mit einer Geldbuße von 750 € belegt wurde.

[5] Widerspruch und Klage gegen diese Verfügung sind erfolglos geblieben. Mit seinem Antrag begehrt der Kläger die Zulassung seiner Berufung gegen das Urteil des OLG.

[6] II. Der Antrag ist unbegründet. Es besteht keiner der Zulassungsgründe des § 124 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 64 Abs. 2 Satz 2 BDG und § 105 BNotO.

[7] 1. Entgegen der Auffassung des Klägers bestehen ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO i.V.m. § 64 Abs. 2 Satz 2 BDG und § 105 BNotO) nicht.

[8] a) Dem OLG ist darin beizupflichten, dass der Kläger die Beurkundung des Grundstücksübertragungsvertrags v. 24.7.2008 unter Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG vornahm. Nach dieser Bestimmung soll ein Notar u.a. an einer Beurkundung nicht mitwirken in Angelegenheiten einer Person, für die er außerhalb einer Amtstätigkeit in derselben Angelegenheit bereits tätig war. Die Vorschrift dient der strikten Trennung von notarieller und außernotarieller Tätigkeit (*Armbrüster*, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 5. Aufl., § 3 BeurkG Rn. 71; *Eylmann*, in: Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 3 BeurkG Rn. 40). Sie ist deshalb von herausragender Bedeutung für das Anwaltsnotariat (*Eylmann*, a.a.O., § 3 BeurkG Rn. 40).

[9] aa) Mit Recht sind der Beklagte und das OLG davon ausgegangen, dass der Kläger aufgrund der Wahrnehmung seines anwaltlichen Mandats zugunsten des früheren Ehemanns im Scheidungsverfahren bereits in „derselben Angelegenheit“ i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG tätig gewesen war, als er den Grundstücksübertragungsvertrag v. 24.7.2008 beurkundete. Der Begriff „derselben Angelegenheit“ bedeu-

tet, dass sich die außernotarielle Tätigkeit und das notarielle Urkundsgeschäft auf einen einheitlichen Lebenssachverhalt beziehen müssen (z.B. OLG Schleswig, NJW 2007, 3651, 3652; *Eylmann*, a.a.O., § 3 BeurkG Rn. 7; *Sandkühler*, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 7. Aufl., § 16 Rn. 14, 76; *Schäfer*, in: Schippel/Bracker, BNotO, 9. Aufl., § 16 Rn. 47; *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 3 Rn. 114). Die eheliche Gemeinschaft ist der typische Fall eines solchen Lebenssachverhalts, sodass ein Anwaltsnotar, der einen Ehepartner in einer ehelichen Angelegenheit beraten oder vertreten hat, als Notar einen Ehe-, Unterhalts- oder Scheidungsfolgenvertrag nicht mehr beurkunden darf (vgl. z.B. Senat, Beschl. v. 22.3.2004 – NotZ 26/03, BGHZ 158, 310, 314 = *ZNotP 2004, 370*; OLG Schleswig, NJW 2007, 3651, 3652; *Armbrüster*, a.a.O., § 3 BeurkG Rn. 76; *Eylmann*, a.a.O., § 3 BeurkG Rn. 47; *Schäfer*, a.a.O., § 16 Rn. 47; *Winkler*, a.a.O., § 3 Rn. 114).

[10] Hiergegen hat der Kläger verstoßen. Er hatte den Ehemann aufgrund des ihm erteilten Anwaltsmandats in dem 2006 abgeschlossenen Scheidungsverfahren vertreten. Der von ihm beurkundete Grundstücksübertragungsvertrag enthielt in seinem § 4 Abs. 7 eine Regelung über den Zugewinnausgleich und damit über eine Scheidungsfolge (vgl. § 623 Abs. 1 Satz 1 ZPO i.V.m. § 621 Abs. 1 Nr. 8 ZPO a.F., § 137 Abs. 2 Nr. 4 FamFG, §§ 1372 ff. BGB).

[11] Mit Recht hat das OLG insoweit ausgeführt, auch wenn die Klausel lediglich deklaratorische Wirkung habe, komme ihr im Hinblick auf etwaige Auseinandersetzungen über den Zugewinnausgleich rechtliche Bedeutung zu. Hiergegen erhebt der Kläger im Zulassungsverfahren auch keine Einwendungen mehr.

[12] Entgegen seiner Auffassung ist es unbeachtlich, ob sein Anwaltsmandat im Scheidungsverfahren die Beratung oder Vertretung im Zusammenhang mit dem Zugewinnausgleich nicht erfasste. Es genügte, dass der Kläger als Rechtsanwalt zugunsten einer Partei in dem Eheverfahren mitwirkte und der von ihm als Notar beurkundete Vertrag eine Scheidungsfolgenregelung enthielt, da beide Tätigkeiten im Gesamtzusammenhang des einheitlichen Vorgangs, der Scheidung der beiden betroffenen Ehegatten, standen. Der Begriff der „selben Angelegenheit“ i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG ist nicht eng auszulegen (BGH, Urt. v. 25.5.1984 – V ZR 13/83, DNotZ 1985, 231, 232; *Sandkühler*, a.a.O., § 16 Rn. 14, 76; *Winkler*, a.a.O., § 3 Rn. 114). Es reicht aus, wenn ein Gesamtzusammenhang innerhalb des einheitlichen Lebenssachverhalts besteht (*Sandkühler*, a.a.O., § 16 Rn. 76; *Winkler*, a.a.O., § 3 Rn. 114). Dies erfordert der Schutzzweck der Vorschrift, die das Vertrauen in die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Notars gewährleisten soll (BGH, a.a.O., sowie Senat, Beschl. v. 22.3.2004 – NotZ 26/03, BGHZ 158, 310, 316 f. = *ZNotP 2004, 370*; *Winkler*, a.a.O., § 3 Rn. 114). Bereits der objektiv begründete Anschein, der Notar werde aufgrund seiner außernotariellen Vorbefassung sein Amt nicht entsprechend diesen Anforderungen ausüben, steht hiernach seiner Mitwirkung an dem betreffenden Urkundsgeschäft entgegen (Senat, Beschl. v. 22.3.2004, a.a.O.; *Winkler*, a.a.O., § 3 Rn. 114). Soweit die vom Kläger in Bezug genommene Kommentierung von *Armbrüster* (a.a.O., § 3 Rn. 75), in der ausgeführt ist, es sei stets zu fordern, dass sich die außernotarielle Vorbefassung bereits im Hinblick auf den Gegenstand der späteren Beurkundung konkretisiert habe, dahin zu verstehen sein sollte, dass engere Voraussetzungen für das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG gälten, wäre dem nicht beizutreten. Diese Auffassung wäre mit dem Schutzzweck der Bestimmung nicht in Einklang zu bringen. Die vom Kläger weiter zitierten Entscheidungen des OLG Celle v. 8.2.2011 (Not 23/10) und des OLG Schleswig v. 5.3.2007 (NJW 2007, 3651) greifen entgegen seiner Darstellung die Ausführungen von *Armbrüster* weder in der Formulierung noch dem Sinn nach auf.

[13] Gerade auch in der vorliegenden Fallgestaltung kommt der Schutzzweck des Mitwirkungsverbots zum Tragen. Auch wenn der Kläger im Scheidungsverfahren noch nicht im Zusammenhang mit dem Zugewinnausgleich mandatiert war, war er jedoch – pflichtgemäß – einseitiger Interessenvertreter des Ehemanns. Bei objektiver Betrachtung bestand auch für eine vernünftige Partei die begründete Besorgnis, diese parteiliche Vorbefassung des Klägers werde bei der Beurkundung, die eine Regelung zu einer unmittelbaren Scheidungsfolge enthielt, noch fortwirken.

[14] bb) Unbehelflich für den Rechtsstandpunkt des Klägers ist das von ihm vorgelegte Schreiben der Notarkammer Celle v. 5.8.2008. Dieses betraf einen nicht vergleichbaren Sachverhalt. Wie der Bezugnahme auf das Urteil des LG Flensburg v. 20.4.2004 (1 S 30/04) zu entnehmen ist, lag der Stellungnahme der Notarkammer die Fallgestaltung zugrunde, dass ein Anwaltsnotar zunächst einen Grundstücksübertragungsvertrag beurkundet hatte und sodann als Anwalt in einem Scheidungsverfahren tätig wurde. Die spätere anwaltliche Tätigkeit begründet – ohne das Hinzutreten weiterer Umstände – nicht (ex post) den Anschein, der Notar sei bei der (vorangegangenen) Beurkundung nicht unabhängig und unparteilich gewesen.

[15] b) Da die Fallgestaltung, die dem vorerwähnten Schreiben der Notarkammer – die i.Ü. in der vorliegenden Sache den Rechtsstandpunkt des Beklagten teilt – zugrunde lag, von dem hier zu beurteilenden Sachverhalt ersichtlich abweicht, entfällt entgegen der Ansicht des Klägers auch nicht der Fahrlässigkeitsvorwurf.

[16] c) Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils bestehen, abweichend von der Auffassung des Klägers, auch nicht im Hinblick auf die vom Beklagten verhängte und von der Vorinstanz bestätigte Sanktion.

[17] Auch unter Berücksichtigung dessen, dass dem Kläger lediglich Fahrlässigkeit zur Last fällt und er disziplinarrechtlich nicht vorbelastet ist, scheidet ein bloßer Verweis (§ 97 Abs. 1 Satz 1, 1. Var. BNotO), der die mildeste Ahndung eines Dienstvergehens darstellt, als Disziplinarmaßnahme aus. Vielmehr war die Verhängung einer Geldbuße angemessen und insbesondere auch verhältnismäßig. Ein Verstoß gegen Mitwirkungsverbote, wie er dem Kläger zur Last fällt, zählt als solcher schon zu den gewichtigen Pflichtwidrigkeiten eines Notars, der ganz erhebliche Konsequenzen erlaubt und auch erforderlich macht (Senat, Beschl. v. 22.3.2004 – NotZ 26/03, BGHZ 158, 310, 315 = *ZNotP 2004, 370*). Beurkundungsverbote haben als zentralen Zweck, das Ansehen des Notaramts in den Augen der Bevölkerung zu schützen. Der Notar ist gem. § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO nicht Vertreter einer Partei, sondern unabhängiger und unparteiischer Betreuer aller Beteiligten. Die Unabhängigkeit

und Unparteilichkeit sind die wichtigsten Prinzipien des notariellen Berufsrechts und rechtfertigen überhaupt erst das Vertrauen, das dem Notar entgegengebracht wird; sie bilden mithin das Fundament des Notarberufs (Senat, a.a.O.). Der Gesetzgeber hat deshalb in § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO die Amtspflicht des Notars festgeschrieben, jedes Verhalten zu vermeiden, das auch nur den Anschein eines Verstoßes gegen die ihm gesetzlich auferlegten Pflichten erzeugt, insbesondere den Anschein der Abhängigkeit und der Parteilichkeit. Das sich hieraus ergebende Gewicht der Mitwirkungsverbote des § 3 Abs. 1 BeurkG spiegelt sich auch in § 50 Abs. 1 Nr. 9 BNotO wieder. Danach führen wiederholte grobe Verstöße eines Notars gegen die Verbote des § 3 Abs. 1 BeurkG zwingend zur Amtsenthebung, wobei hierfür noch nicht einmal ein erheblicher Schuldvorwurf erforderlich ist (Senat, a.a.O., 317).

[18] Auch die Bemessung der dem Kläger auferlegten Geldbuße ist nicht zu beanstanden. Nach § 97 Abs. 4 Satz 1 BNotO kann die Geldbuße bis zu 50.000 € betragen. Den Kläger trifft ein schon schwerwiegenderer Fahrlässigkeitsvorwurf, da die anwaltliche Vorbefassung in einem Scheidungsverfahren einen typischen und offensichtlichen Anwendungsfall des Mitwirkungsverbots des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG für die Beurkundung von Verträgen, die Scheidungsfolgen regeln, darstellt (vgl. z.B. Senat, a.a.O.; OLG Schleswig, NJW 2007, 3651, 3652; *Armbrüster*, a.a.O., § 3 Rn. 76; *Eylmann*, a.a.O., § 3 BeurkG Rn. 47; *Schäfer*, a.a.O., § 16 Rn. 47; *Winkler*, a.a.O., § 3 Rn. 114). Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass dem Kläger durch das inkriminierte Urkundsgeschäft Gebühren wenigstens i.H.v. 324 € zugeflossen sind (zwei Gebühren gem. § 36 Abs. 2 KostO bei einem in der Urkunde angegebenen Geschäftswert von 70.000 €), die er bei Beachtung des Mitwirkungsverbots nicht eingenommen hätte. Angesichts dessen und unter Berücksichtigung des dem Beklagten zur Verfügung stehenden Sanktionsrahmens ist die Geldbuße von 750 € maßvoll und insbesondere verhältnismäßig.

[19] 2. Auch der Zulassungsgrund des § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 64 Abs. 2 Satz 2 BDG und § 105 BNotO besteht entgegen der Auffassung des Klägers nicht. Die entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind – zu seinem Nachteil – geklärt. Ihre Lösung ist ohne Weiteres aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Kommentarliteratur abzuleiten.

Absehen von Erfordernis der dreijährigen Wartezeit

BNotO § 6 Abs. 2 Nr. 2 a.F.

Leitsatz (amtlich):

Zu den Voraussetzungen, unter denen die Landesjustizverwaltung vom Erfordernis der mindestens dreijährigen örtlichen Wartezeit für die Bestellung zum Anwaltsnotar absehen kann.

BGH, Beschl. v. 26. 11. 2012 – NotZ(Brfg) 6/12

[1] Der Kläger ist Rechtsanwalt und hat sich auf eine von insgesamt 47 Notarstellen beworben, die der Beklagte im Justizministerialblatt für das Land Hessen v. 1.7.2010 im AG-Bezirk Frankfurt/M. ausgeschrieben hat. Die Bewerbungsfrist lief am 12.8.2010 ab.

[2] Auf diese Stellen bewarb sich auch der Beigeladene zu 3. Der Beklagte stellte fest, dass nach Aussonderung der Bewerbungen, bei welchen die Grundvoraussetzungen für eine Notarbestellung nicht vorlagen, nur wenig mehr Bewerber als offene Stellen vorhanden waren und dass nicht alle diese Bewerber die örtliche Wartezeit des § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO a.F. vollständig erfüllten. Er entschied sich dafür, auch Bewerber zuzulassen, welche die Wartezeit nur teilweise erfüllt hatten. Hierzu zählten neben dem Beigeladenen zu 3, welcher als Rechtsanwalt seit 2003 in Köln und seit August 2009 in Frankfurt/M. zugelassen ist, zwei weitere Bewerber.

[3] Im Punktebewertungsverfahren nach Abschn. A I Nr. 2a des Runderlasses über die Ausführung der Bundesnotarordnung v. 25.2.1999 i.d.F. v. 26.10.2009 erhielt der Kläger mit 70,3 Punkten den 49. Rang und der Beigeladene zu 3 mit 98,25 Punkten den 38. Rang.

[4] Mit Schreiben v. 5.8.2011 teilte der Beklagte dem Kläger mit, es sei beabsichtigt, seiner Bewerbung nicht zu entsprechen und die Stellen mit anderen Bewerbern, darunter dem Beigeladenen zu 3, zu besetzen, welche mehr Punkte erhalten hatten. Hinsichtlich des Beigeladenen zu 3 hielt der Beklagte fest, dass dieser zwar die örtliche Wartezeit nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO a.F. nur für die Dauer fast eines Jahrs erfülle. Es erscheine jedoch eine Ausnahme geboten, da der Beigeladene zu 3 in ausreichendem Maße dargestellt habe, dass er mit den örtlichen Verhältnissen hinreichend vertraut sei und ferner die organisatorischen Voraussetzungen für die Geschäftsstelle sowie die erforderliche wirtschaftliche Grundlage für die Notarpraxis geschaffen habe. Wegen der erheblich besseren fachlichen Eignung sei unter anderen auch der Beigeladene zu 3 wegen des Prinzips der Bestenauslese in das Auswahlverfahren einzubeziehen.

[5] Mit Schreiben v. 25.8.2011 hat der Beigeladene zu 3 seine berufliche Tätigkeit erläutert. Er hat ausgeführt, seit dem 1.9.2008 als selbstständiger Rechtsanwalt in der Kanzlei der Rechtsanwältin T in Frankfurt tätig gewesen zu sein. Vor dem Hintergrund des wachsenden Umfangs dieser Tätigkeiten habe er am 18.8.2009 seinen Kanzleisitz von Köln nach Frankfurt verlegt. Seit 2007 habe er eine Zweigstelle in Koblenz eingerichtet gehabt und seit 2006 regelmäßig Notarvertretungen für Herrn Notar Dr. A in Koblenz wahrgenommen. I.Ü. habe er neben seiner anwaltlichen Tätigkeit an seiner Dissertation bei Herrn Prof. Dr. B, Universität Köln, gearbeitet. In diesem Zusammenhang habe er seine Bürozeit in Frankfurt vorläufig reduziert und keine neuen Aufträge mehr von Rechtsanwältin T zur Bearbeitung angenommen. Es sei vereinbart gewesen, dass er sobald als möglich sein Engagement in der Kanzlei wieder erhöhe und die Räumlichkeiten als Kanzleisitz weiter nutzen könne. Ein Kanzleischild habe er nicht angebracht, da er wie auch die Rechtsanwältin T keine Laufkundschaft gewünscht habe. Mit dem Wechsel der Kanzleiräumlichkeiten werde sich dies jedoch ändern. Im Frühjahr 2011 sei ihm von der Sozietät R und Partner wegen seiner Tätigkeitsschwerpunkte die Partnerschaft angeboten worden. Vereinbart sei, dass er für die Sozietät deren Standort in Frankfurt/M. leite. Mit Schreiben v. 5.9.2011 hat der Beigeladene zu 3 seine Angaben dahingehend ergänzt, dass er seit Mai 2010 keine Aufträge mehr von Rechtsanwältin T erhalten habe, da er sich seiner Promotion habe widmen wollen. Es sei vereinbart gewesen, dass er die Räumlichkeiten

bei Rechtsanwältin T auch während der Fertigstellung seiner Dissertation für die Bearbeitung neuer von ihm eigenständig akquirierter Mandate weiterhin als Kanzleisitz nutzen könne. Neben der Bearbeitung seiner Dissertation habe er sich daher um Mandate in Frankfurt/M. bemüht. Da ihn die Bearbeitung seiner Dissertation stärker als erwartet in Anspruch genommen habe, habe er die Infrastruktur der Kanzlei nur in dringenden Fällen in Anspruch genommen (Weiterleitung von Post, gelegentliche Entgegennahme von Telefonaten etc.). Über ein Gespräch mit dem Beigeladenen zu 3 hat ein Mitarbeiter des Beklagten einen Vermerk am 6.9.2011 angefertigt. Darin ist ausgeführt, dass der Beigeladene zu 3 ergänzend erklärt habe, er sei im Juni 2010 in zwei Fällen, im Mai und Juli 2010 jeweils in einem Fall und im August 2010 in drei Fällen beratend tätig gewesen. Bei Gericht sei er in Frankfurt/M. nie aufgetreten, sondern in dieser Zeit ausschließlich in Bonn oder Koblenz.

[6] Mit seiner Klage rügt der Kläger die Auswahlentscheidung des Beklagten als rechtswidrig. Er ist der Auffassung, bei dem Beigeladenen zu 3 sei die erforderliche örtliche Wartezeit nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO a.F. nicht gewahrt. Die Berücksichtigung des Beigeladenen zu 3 bei der Auswahlentscheidung sei deshalb rechtswidrig. Ein hinreichender Grund zur Abweichung von der Wartezeit in Form von außergewöhnlichen Verhältnissen bestehe nicht. Der Beigeladene zu 3 sei im Wesentlichen außerhalb Frankfurts beruflich tätig gewesen. Er sei weder im Telefonbuch von Frankfurt/M. zu finden gewesen noch habe es einen Briefkasten oder ein Klingelschild gegeben. Darüber hinaus meint der Kläger, dass er für seine 20-jährige Tätigkeit im Prüfungs- und Aufgabenausschuss im Rahmen der Ausbildung von Rechtsanwalts- und Notariatsfachangestellten Zusatzpunkte habe erhalten müssen. Darüber hinaus habe er für die Notare S notarielle Verträge vorbereitet.

[7] Der Beklagte und der Beigeladene zu 3 haben die Auswahlentscheidung verteidigt und darauf verwiesen, dass eine Abweichung von § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO a.F. gerechtfertigt sei. Der Kläger habe sein zweites Staatsexamen nur mit der Note „ausreichend“ absolviert und habe weder Fortbildungsveranstaltungen besucht noch Urkundsgeschäfte vorgenommen. Es sei nicht gerechtfertigt, für die Tätigkeit des Klägers als Prüfer im Rahmen der Ausbildung von Rechtsanwalts- und Notariatsgehilfen Zusatzpunkte zu geben. Bis zum Ablauf der Bewerbungsfrist sei auch nur pauschal dazu vorgetragen worden.

[8] Das OLG hat die Klage abgewiesen.

[9] Hiergegen richtet sich die vom OLG zugelassene Berufung des Klägers.

Aus den Gründen:

[10] Die Berufung des Klägers ist begründet.

[11] Die Auswahlentscheidung des Beklagten v. 5.8.2011 ist rechtswidrig und der Kläger ist dadurch in seinen Rechten verletzt. Der Beklagte ist deshalb verpflichtet, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

[12] I. Die Berücksichtigung des Beigeladenen zu 3 bei der Besetzung der ausgeschriebenen Notarstellen ist im Verhältnis zum Kläger ermessenfehlerhaft.

[13] § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO a.F. findet auf das im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung v. 2.4.2009 (BGBl. I, S. 696) am 1.5.2011 noch nicht abgeschlossene Besetzungsverfahren Anwendung (§ 120 Abs. 1 BNotO). Danach soll i.d.R. als Anwaltsnotar nur bestellt werden, wer bei Ablauf der Bewerbungsfrist seit mindestens 3 Jahren ohne Unterbrechung in dem in Aussicht genommenen Amtsbereich hauptberuflich als Anwalt tätig ist.

[14] Der Beigeladene zu 3 erfüllt die mindestens dreijährige örtliche Wartezeit (§ 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO a.F.) nicht. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob für die örtliche Wartezeit der Zeitraum ab August 2009 (Zulassung des Beigeladenen zu 3 als Rechtsanwalt in Frankfurt/M.) oder ab dem 1.9.2008 (vom Beigeladenen zu 3 geltend gemachte Aufnahme der Tätigkeit bei Rechtsanwältin T in Frankfurt) bis zum 12.8.2010 (Ende der Bewerbungsfrist) maßgeblich ist.

[15] II. Der Beklagte hat in seiner Auswahlentscheidung zunächst richtig gesehen, dass als Notar „in der Regel“ nur bestellt werden soll, wer die örtliche Wartezeit eingehalten hat.

[16] 1. Ausschlaggebend für die Erfüllung der örtlichen Wartezeit ist nicht, wo ein Bewerber formell zugelassen ist, sondern wo er tatsächlich seine hauptberufliche Tätigkeit ausübt. Diese örtliche Wartezeit tritt neben die allgemeine Wartezeit des § 6 Abs. 2 Nr. 1 BNotO a.F. Sie setzt voraus, dass der Rechtsanwalt während einer bestimmten, der angestrebten Notarbestellung unmittelbar vorangehenden Zeit durchgängig in dem in Aussicht genommenen Amtsbereich tätig ist. Zum einen soll der zukünftige Notar mit den Besonderheiten der örtlichen Verhältnisse vertraut sein, zum anderen muss ein Bewerber auch die erforderlichen wirtschaftlichen Grundlagen für die angestrebte Notarpraxis gelegt haben, um seine persönliche Unabhängigkeit zu gewährleisten. Der Anwaltsnotar übt das Notaramt nur im Nebenberuf aus. Es ist deshalb nicht zulässig, wenn die wirtschaftlichen Grundlagen des aufzubauenden Notariats in der Anwaltstätigkeit des Bewerbers liegen, die laufenden Mittel, die den künftigen Notariatsbetrieb sicherstellen sollen, aus dem Gebührenaufkommen zu entnehmen, das außerhalb des Amtsbereichs erwirtschaftet wird. Darüber hinaus soll die örtliche Wartezeit eine gleichmäßige Behandlung aller Bewerber gewährleisten und verhindern, dass Bewerber, die die allgemeine Wartezeit zurückgelegt haben, sich für die Bestellung zum Notar den hierfür am günstigsten erscheinenden Ort ohne Rücksicht auf dort bereits ansässige Rechtsanwälte aussuchen können (Senatsurt. v. 5.3.2012 – NotZ[Brfg] 14/11, NJW 2012, 1888 Rn. 6 m.w.N.).

[17] 2. Allerdings macht § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO a.F. die Erfüllung der örtlichen Wartezeit nur zur Regelvoraussetzung, von deren Einhaltung in Ausnahmefällen abgesehen werden kann. Dem der Landesjustizverwaltung eingeräumten Ermessen sind aber enge Grenzen gesetzt. Die Bestellung eines Bewerbers, der die Regelvoraussetzungen des § 6 Abs. 2 BNotO a.F. wie z.B. die örtliche Wartezeit nicht erfüllt, ist auf seltene Ausnahmefälle beschränkt; sie kommt nur in Betracht, wenn angesichts eines ganz außergewöhnlichen Sachverhalts die Abkürzung der Regelzeit aus Gerechtigkeitsgründen oder aus Bedarfsgründen zwingend erscheint (Senatsbeschl. v. 17.11.2008 – NotZ 10/08, *ZNotP 2009, 29* = NJW-RR 2009, 350 Rn. 29; v. 24.7.2006 – NotZ 13/06, DNotZ 2007, 75, 76 f. und v. 3.12.2001 – NotZ 17/01, DNotZ 2002, 552, 553 f.). Die Gründe, die zu einem Absehen vom Erfordernis der örtlichen Wartezeit führen sollen,

sind bis zum Ablauf der Bewerbungsfrist (vgl. Senatsbeschl. v. 3.11.2003 – NotZ 14/03, NJW-RR 2004, 708; v. 3.12.2001 – NotZ 17/01, NJW 2002, 968 und v. 17.11.2008 – NotZ 10/08, *ZNotP 2009, 29* = NJW-RR 2009, 350 Rn. 9) durch Vortrag von Tatsachen hinreichend zu belegen (Senatsbeschl. v. 21.2.2011 – NotZ[Brfg] 6/10, NJW 2011, 1517 Rn. 29).

[18] Bedürfnisgründe, vom Erfordernis der örtlichen Wartezeit abzusehen, liegen nicht vor, wenn genügend persönlich und fachlich geeignete Bewerber, die die Wartezeit erfüllt haben, zur Verfügung stehen. Ein öffentliches Interesse, von der Einhaltung der örtlichen Wartezeit abzusehen, kann allerdings auch in der Bestenauslese liegen, denn der umfassende Auswahlmaßstab für das Notariat ist die persönliche und fachliche Eignung. Jedoch kann nicht ohne Weiteres und unter dem Gesichtspunkt, ein Mitbewerber sei fachlich besser geeignet, von dem Erfordernis der örtlichen Wartezeit abgesehen werden. Denn das Regelerfordernis der Wartezeit ist der Auswahl unter den geeigneten Bewerbern vorgelagert. Würde die beste Eignung als solche genügen, von dem Erfordernis abzusehen, verlöre es seine eigenständige Bedeutung. Die Bevorzugung des fachlich besser geeigneten, die Wartezeit aber noch nicht erfüllenden Bewerbers muss aufgrund eines außergewöhnlichen Sachverhalts zwingend erscheinen (Senatsbeschl. v. 3.12.2001 – NotZ 17/01, DNotZ 2002, 552, 554; v. 17.11.2008 – NotZ 10/08, *ZNotP 2009, 29* = NJW-RR 2009, 350 Rn. 29 ff.).

[19] Unabhängig davon müssen jedoch im Fall des Absehens von der Einhaltung der örtlichen Wartezeit, deren Zwecke anderweitig erfüllt sein. Voraussetzung dafür ist die Vertrautheit des Bewerbers mit den örtlichen Verhältnissen, die Schaffung der wirtschaftlichen Grundlagen für die Notariatspraxis und der organisatorischen Voraussetzungen für die Geschäftsstelle (vgl. Senatsbeschl. v. 3.12.2001 – NotZ 17/01, DNotZ 2002, 552, 555; v. 24.7.2006 – NotZ 13/06, DNotZ 2007, 75 Rn. 13; v. 17.11.2008 – NotZ 10/08, *ZNotP 2009, 29* = NJW-RR 2009, 350 Rn. 34). Diese müssen bei Ablauf der Bewerbungsfrist vorliegen (Senatsbeschl. v. 3.12.2001, a.a.O.; v. 24.7.2006 – NotZ 13/06, DNotZ 2007, 75 Rn. 13).

[20] III. Nach obigen Maßstäben sind die Voraussetzungen für das Absehen von der örtlichen Wartezeit für den Beigeladenen zu 3 nicht gegeben, sodass dieser nicht in die Auswahlentscheidung hätte einbezogen werden dürfen.

[21] 1. Ein Absehen von dem Erfordernis der örtlichen Wartezeit ist nicht bereits deshalb ermessensfehlerfrei, weil 47 Notarstellen, also eine sehr große Zahl von Stellen ausgeschrieben worden ist und die Zahl der zu berücksichtigenden Bewerbungen (51) die Zahl der zu besetzenden Stellen nur unwesentlich übersteigt. Aus dem Verwaltungsvorgang für das Bewerbungsverfahren ergibt sich, dass drei Bewerber, welche die örtliche Wartezeit nicht erfüllten, bei den Bewerbungen berücksichtigt wurden. Es standen deshalb ausreichend qualifizierte (§ 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO a.F.) Bewerber zur Verfügung, um die ausgeschriebenen Notarstellen zu besetzen.

[22] 2. Ein Absehen vom Erfordernis der örtlichen Wartezeit rechtfertigt sich auch nicht allein daraus, dass der Beigeladene zu 3 eine höhere Punktzahl und damit eine bessere Qualifikationsstufe erreicht hat als der Kläger. Dies allein stellt für sich genommen noch keinen Grund dar, vom Erfordernis der örtlichen Wartezeit abzusehen, da die Erfüllung dieser Voraussetzungen der Bestenauslese vorgelagert ist. Jedenfalls kann die weitere Voraussetzung für das Absehen vom Erfordernis der örtlichen Wartezeit, dass dessen Zwecke anderweitig erfüllt sind, nicht festgestellt werden. Damit setzt sich das OLG nicht und der Beklagte in seiner Auswahlentscheidung nicht hinreichend auseinander.

[23] a) Es erscheint bereits fraglich, ob der Beigeladene zu 3 zum Zeitpunkt des Ablaufs der Bewerbungsfrist überhaupt die organisatorischen Voraussetzungen für eine Geschäftsstelle geschaffen hatte. Zum damaligen Zeitpunkt hatte er seine Kanzlei in den Räumen der Rechtsanwältin T, die wie er kein Büroschild hatte, weil Laufkundschaft unerwünscht war. Ein Bewerber muss noch nicht in der Lage sein, bei Fristablauf mit der notariellen Geschäftstätigkeit zu beginnen. Da ihm dies rechtlich versagt ist, genügt es, dass er die organisatorischen Voraussetzungen so weit vorangetrieben hat, dass er nach der Leistung des Amtseides (§ 13 Abs. 3 BNotO) die Notariatsgeschäfte sofort in vollem Umfang aufnehmen kann. Daran können hier Zweifel aufkommen, ob dies in den Räumen der Rechtsanwältin T ohne Kanzleischild möglich war. Die Frage kann aber letztlich dahinstehen.

[24] b) Offenbleiben kann ebenso, ob der Beigeladene zu 3 sich überhaupt die nötige Vertrautheit mit den örtlichen Gegebenheiten verschafft hat, woran Zweifel zu hegen sind. Seinen Kanzleisitz hat er offiziell erst im August 2009 und damit ein Jahr vor Ablauf der Bewerbungsfrist nach Frankfurt verlegt. Er selbst hat angeführt, dass er in Koblenz eine Zweigniederlassung geführt habe. Die von ihm im Rahmen des Bewerbungsverfahrens nach Ablauf der Bewerbungsfrist im Jahr 2011 abgegebenen Erläuterungen zu seiner anwaltlichen Tätigkeit lassen jedoch den Rückschluss zu, dass eine hinreichende Vertrautheit mit den örtlichen Angelegenheiten nicht gegeben war. Er selbst hat angeführt, dass er den wesentlichen Umfang seiner Arbeitskraft seiner Dissertation gewidmet hat. Forensisch ist er in Frankfurt nicht aufgetreten. In der Zeit v. Mai 2010 bis August 2010 war er in insgesamt sieben Fällen beratend tätig.

[25] c) Entscheidend ist, dass der Beigeladene zu 3 bis zum Ablauf der Bewerbungsfrist nicht dargetan hat, dass er in dem in Aussicht genommen Amtsbereich die nötigen wirtschaftlichen Grundlagen für die Notariatspraxis geschaffen hat. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Gebührenaufkommen als Rechtsanwalt, das außerhalb des Amtsbereichs erwirtschaftet wird, nicht zu berücksichtigen ist (vgl. Senatsbeschl. v. 3.12.2001 – NotZ 17/01, DNotZ 2002, 552, 555 und v. 24.7.2006 – NotZ 13/06, DNotZ 2007, 75 Rn. 14; Senatsurt. v. 5.3.2012 – NotZ [Brfg] 14/11, a.a.O.). Dargelegt hat der Beigeladene zu 3 in dieser Hinsicht bis zum Ablauf der Bewerbungsfrist nichts. Zweifel sind insbesondere nach den eigenen nach Ablauf der Bewerbungsfrist gemachten Angaben angezeigt, da der Beigeladene zu 3 selbst ausgeführt hat, dass er seit Mai 2011 keine Aufträge der Kollegin T mehr zur Bearbeitung angenommen, in der Zeit v. Mai bis August 2010 lediglich sieben Beratungsmandate wahrgenommen und keinerlei forensische Tätigkeit in Frankfurt entfaltet habe.

[26] Da mithin die Berücksichtigung des Beigeladenen zu 3 im Rahmen der Auswahlentscheidung rechtswidrig war und der Kläger die persönlichen und fachlichen Voraussetzungen für die Ernennung zum Notar erfüllt, ist er auch in seinen Rechten verletzt. Der angefochtene Bescheid war des-

halb aufzuheben und der Beklagte antragsgemäß zur neuen Bescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu verpflichten.

[27] IV. Da nicht entscheidungserheblich kann hier dahinstehen, ob die Auswahlentscheidung rechtswidrig war, weil dem Kläger Zusatzpunkte für seine Prüfertätigkeit im Rahmen der Anwalts- und Notargehilfenausbildung zustanden. Er sei aber darauf hingewiesen, dass es im Gegensatz zur Auffassung des Klägers nicht nur auf das Vorliegen der Tatsachen ankommt. Diese müssen auch bis zum Abschluss der Bewerbungsfrist belegt sein (vgl. Senatsbeschl. v. 21.2.2011 – NotZ[Brfg] 6/10, NJW 2011, 1517 Rn. 2 und v. 3.11.2003 – NotZ 14/03, NJW-RR 2004, 708).

[28] V. Die Kostenentscheidung beruht auf § 111d Satz 2 BNotO, §§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO, die Wertfestsetzung ergibt sich aus § 111g Abs. 2 BNotO.

Vollstreckungsrecht

Nachweis der Rechtsnachfolge bei Genossenschaften

ZPO §§ 727 Abs. 1, 750 Abs. 2

Leitsatz (amtlich):

Ist aufgrund einer Eintragung im Genossenschaftsregister dem Rechtsnachfolger des in einem Vollstreckungstitel bezeichneten Gläubigers eine vollstreckbare Ausfertigung des Titels erteilt worden, darf die Zwangsvollstreckung nur erfolgen, wenn dem Schuldner zusammen mit dem Titel neben der Vollstreckungsklausel ein Auszug aus dem Register zugestellt wird, welcher den aktuellen Registerinhalt im Zeitpunkt der Klauselerteilung wiedergibt.

BGH, Beschl. v. 8. 11. 2012 – V ZB 124/12

[1] I. Die Beteiligte zu 3 betreibt die Zwangsversteigerung des in dem Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundbesitzes der Schuldner aus den im Grundbuch in Abteilung III Nr. 1, 2 und 5 eingetragenen Grundpfandrechten. Sie ist durch Verschmelzung zweier Volksbanken entstanden. Die Vollstreckungsklauseln zu den notariellen Urkunden wurden auf sie umgeschrieben und den Schuldnern zugestellt. Sie haben den folgenden Wortlaut:

Rechte Abteilung III Nr. 1 und 2:

„Laut Eintragung im Genossenschaftsregister GnR (jetzt: GnR) des Amtsgerichts Mannheim ist die Volksbank B eG mit dem Sitz in B durch Beschluss der Vertreterversammlung vom 03.06.2005 und durch Beschluss der Vertreterversammlung vom 10.05.2005 aufgrund des Verschmelzungsvertrages vom 08.03.2005 durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes gem. § 2 UmwG auf die übernehmende Volksbank Br-Raiffeisenbank eG mit dem Sitz in Br mit dieser durch Aufnahme verschmolzen.

Gleichzeitig wurde die Änderung der Firma in ‚Volksbank B-Br eG' beschlossen.

Die obige vollstreckbare Ausfertigung vom 27.08.2002 wird hiermit umgeschrieben auf die

Volksbank B -Br eG

mit dem Sitz in B

als Rechtsnachfolgerin der Volksbank B eG."

Recht Abteilung III Nr. 5:

„1. Aufgrund Einsichtnahme in einen beglaubigten Auszug aus dem Genossenschaftsregister des Amtsgerichts Mannheim, GnR., vom 02.09.2008 bescheinige ich, Notar, dass aufgrund Beschluss der Vertreterversammlung vom 03.06.2005 und durch Beschluss der Vertreterversammlung der Volksbank B eG mit dem Sitz in B vom 10.05.2005 die letztgenannte Genossenschaft aufgrund des Verschmelzungsvertrages vom 08.03.2005 durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes gem. § 2 UmwG auf die übernehmende Volksbank Br- Raiffeisenbank eG mit dem Sitz in Br mit dieser durch Aufnahme verschmolzen wurde. Gleichzeitig wurde die Änderung der Firma in ‚Volksbank B -Br eG' mit de**m Sitz in Br**, sowie die entsprechende Änderung der Satzung beschlossen.

2. Damit ist die Rechtsnachfolge nachgewiesen. Die zu vorstehender Urkunde am 27. Oktober 1998 erteilte Vollstreckungsklausel wird hiermit eingezogen.

3. Vorstehende, mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird hiermit der

Volksbank B -Br eG

mit dem Sitz in Br

als nunmehrige Gläubigerin zum Zwecke der Zwangsvollstreckung auf Ansuchen erteilt."

[2] Abschriften der Eintragungen im Genossenschaftsregister sowie die Beschlüsse der Vertreterversammlungen und der Verschmelzungsvertrag wurden den Schuldnern nicht zugestellt.

[3] In dem dritten Versteigerungstermin am 13.1.2012 blieben die Beteiligten zu 5 und 6 Meistbietende mit einem Gebot von 173.000 €. Den Zuschlag auf dieses Gebot hat das AG mit Beschl. v. 21.2.2012 erteilt. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Schuldner ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen sie ihren Antrag auf Versagung des Zuschlags weiter. Die Beteiligte zu 3 beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels. Der Senat hat mit Beschl. v. 28.8.2012 die Vollziehung des Zuschlagsbeschlusses bis zur Entscheidung über die Rechtsbeschwerde ausgesetzt.

[4] II. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts liegt kein Vollstreckungsmangel wegen unterbliebener Zustellung von notwendigen Vollstreckungsunterlagen an die Schuldner vor. Die Zustellung der Grundschuldbestellungsurkunden, aus denen die Beteiligte zu 3 vollstrecke, zusammen mit den umgeschriebenen Vollstreckungsklauseln sei ausreichend gewesen. Die Notare hätten den die Rechtsnachfolge betreffenden Inhalt des Genossenschaftsregisters vollständig wiedergegeben, sodass es den Schuldnern möglich gewesen sei, die Berechtigung der betreibenden Gläubigerin zu überprüfen. Hinzu komme, dass die Schuldner den Eintritt der Rechtsnachfolge zuvor nie bestritten hätten, sodass die Berufung auf einen Verfahrensmangel offenbar nur der Verfahrensverzögerung diene.

[5] III. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch i.Ü. zulässige (§ 575 ZPO) Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Der Zuschlag

auf das in dem Versteigerungstermin am 13.1.2012 abgegebene Meistgebot ist nach § 83 Nr. 6 ZVG zu versagen, weil es an einer Vollstreckungsgrundlage fehlt.

[6] 1. Nach § 750 Abs. 1 ZPO darf die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde (§§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795 ZPO) nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen die sie stattfinden soll, in der Urkunde oder in der ihr beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind. Daran fehlt es in dem hier gegebenen Fall der Rechtsnachfolge. Der Rechtsnachfolger des in der Urkunde genannten Gläubigers benötigt deshalb eine vollstreckbare Ausfertigung, deren Vollstreckungsklausel ihn als neuen Gläubiger ausweist. Erteilt werden darf diese Ausfertigung von dem Notar nur, wenn die Rechtsnachfolge bei ihm offenkundig (§ 291 ZPO) ist oder durch öffentliche oder durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird (§ 727 Abs. 1 ZPO). Die Offenkundigkeit ist in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen (§ 727 Abs. 2 ZPO). Diese Klausel und bei fehlender Offenkundigkeit die ihrer Erteilung zugrunde liegenden Urkunden müssen dem Schuldner zusammen mit der notariellen Urkunde zugestellt werden (§ 750 Abs. 2 ZPO). Das Zustellungserfordernis sichert seinen Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs; durch die Zustellung wird er vollständig über die Grundlagen der Zwangsvollstreckung unterrichtet und in die Lage versetzt, deren Voraussetzungen zu prüfen (Senat, Beschl. v. 25.1.2007 – V ZB 47/06, *ZNotP 2007, 192* = NJW 2007, 3357 Rn. 11).

[7] 2. Die hier maßgeblichen Vollstreckungsklauseln enthalten keinen Hinweis darauf, dass den Notaren bei der Klauselerteilung die Rechtsnachfolge auf der Gläubigerseite offenkundig war. Deshalb bedarf es keiner Antwort auf die von dem Beschwerdegericht bei der Begründung seiner Zulassungsentscheidung aufgeworfene Frage, ob Eintragungen in öffentlichen Registern „per se“ offenkundig i.S.v. § 727 ZPO sind (verneinend OLG Brandenburg – 4 U 81/06, juris Rn. 64 insoweit nicht in BauR 2007, 1242, abgdr.; OLG Jena, InVo 2002, 422, 423).

[8] 3. Zuzustellen waren deshalb die notariellen Urkunden, die der Beteiligten zu 3 als Rechtsnachfolgerin erteilten Vollstreckungsklauseln und die deren Erteilung zugrunde liegenden Urkunden. Letzteres sind die Auszüge aus dem Genossenschaftsregister, aus dem sich die Rechtsnachfolge auf der Gläubigerseite ergibt.

[9] a) Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts war die Zustellung dieser Registerauszüge nicht entbehrlich. Zwar mag etwas anderes gelten, wenn die Notare den Inhalt des Registers vollständig in die Vollstreckungsklausel aufgenommen hätten (vgl. MünchKomm-ZPO/*Heßler*, 3. Aufl., § 750 Rn. 73; Musielak/*Lackmann*, ZPO, 8. Aufl., § 750 Rn. 21; Stein/Jonas/*Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., § 750 Rn. 45; Zöller/*Stöber*, ZPO, 29. Aufl., § 750 Rn. 21). Aber daran fehlt es. Das Beschwerdegericht hat zwar festgestellt, dass der in Spalte 5 des Genossenschaftsregisters eingetragene Verschmelzungsvorgang nebst Umfirmierung einschließlich der Bezeichnung der zugrunde liegenden Beschlüsse und Verträge in die Vollstreckungsklauseln mit voneinander abweichenden Formulierungen aufgenommen worden sei. Aber abgesehen davon, dass Eintragungen nach dem Umwandlungsgesetz (hier: Verschmelzungen nach §§ 79 ff. UmwG) nicht in Spalte 5, sondern in Spalte 6 unter Buchtstabe b vorzunehmen sind (§ 26 Nr. 6 Buchst. cc GenRegV), folgt aus dem Wortlaut der Vollstreckungsklauseln nicht, dass sie den aktuellen Inhalt des Genossenschaftsregisters vollständig wiedergeben. Für den Nachweis der Rechtsnachfolge muss jedoch der letzte Stand aller noch nicht gegenstandslos gewordenen Eintragungen (aktueller Registerinhalt, § 25 Satz 2 GenRegV) im Zeitpunkt der Erteilung der Vollstreckungsklausel wiedergegeben werden. Das erfordert nach Anl. 2 zu § 25 GenRegV die Wiedergabe der in den Spalten 1 – 7 des Registers eingetragenen Angaben. Insbesondere der Nachweis der Aktualität ist bedeutsam, weil anderenfalls nicht auszuschließen ist, dass zwischen der Einsichtnahme in das Register und der Klauselerteilung Eintragungen in das Register erfolgten, welche der bescheinigten Rechtsnachfolge entgegenstehen. Bei der für das in Abteilung III Nr. 5 eingetragene Recht erteilten Klausel beträgt der Zeitraum zwischen Registereinsicht und Klauselerteilung ca. 7 Monate. Hinzu kommt hier, dass den Klauseln nicht entnommen werden kann, welche Genossenschaft an der angegebenen Registerstelle eingetragen ist (vgl. § 26 Nr. 2 GenRegV). Auch die Grundlagen der Verschmelzung sind nicht ausreichend wiedergegeben. So fehlt in den zu den in Abteilung III Nr. 1 und 2 des Grundbuchs eingetragenen Rechten erteilten Klauseln jeder Hinweis darauf, welche Vertreterversammlungen, d.h. die welcher Genossenschaften, den Verschmelzungsbeschluss gefasst haben; in der zu dem in Abteilung III Nr. 5 des Grundbuchs eingetragenen Recht erteilten Klausel heißt es insoweit wenigstens, dass eine Vertreterversammlung (10.5.2002) die der Volksbank B eG war. Verwirrung stiftet schließlich der Umstand, dass die vollstreckbare Ausfertigung der das in Abteilung III Nr. 5 des Grundbuchs eingetragene Recht betreffenden Urkunde der Volksbank B -Br eG mit dem Sitz in Br und die vollstreckbaren Ausfertigungen der die in Abteilung III Nr. 1 und 2 des Grundbuchs eingetragenen Rechte betreffenden Urkunden der Volksbank B -Br eG mit dem Sitz in B erteilt wurden.

[10] b) Wegen alledem waren die Schuldner durch die Zustellung der Klauseln nicht ausreichend über die Grundlagen und Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung durch die Beteiligte zu 3 unterrichtet und in die Lage versetzt worden, das Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen zu prüfen. Nur die Zustellung auch eines beglaubigten Auszugs aus dem Genossenschaftsregister, der den aktuellen Registerstand im Zeitpunkt der Klauselerteilung wiedergibt, konnte dieses Defizit beseitigen (ebenso AG Kaiserslautern, DGVZ 1990, 74, 75 für die Umschreibung einer Vollstreckungsklausel aufgrund der Eintragung der Rechtsnachfolge im Handelsregister; vgl. auch Senat, Beschl. v. 21.9.2006 – V ZB 76/06, *ZNotP 2007, 75* = NJWRR 2007, 358 Rn. 10 für das Erfordernis der Zustellung von Vollmachts- bzw. Genehmigungserklärungen).

[11] c) Der Zustellungsmangel ist nicht geheilt worden, was bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens möglich gewesen wäre (vgl. Senat, Beschl. v. 18.3.2010 – V ZR 124/09, NJWRR 2010, 1100 Rn. 18 f.).

[12] 4. Nicht erforderlich war die Zustellung auch der Beschlüsse der Vertreterversammlungen und des Verschmelzungsvertrags. Zwar genießt das Genossenschaftsregister nicht die gleiche umfassende Publizität wie das Handelsregister nach § 15 HGB, sondern nur eine auf die Eintragung des Vorstands und die Vertreterbefugnis eines Vorstandsmitglieds beschränkte Publizität (§ 29 GenG). Aber die Eintragung der Verschmelzung in das Genossenschaftsregister des Sitzes der übernehmenden Genossenschaft hat die Wirkung, dass das Vermögen

der übertragenden Genossenschaft einschließlich der Verbindlichkeiten auf die übernehmende Genossenschaft übergeht und die übertragende Genossenschaft erlischt (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 UmwG); Mängel der Verschmelzung lassen diese Wirkungen unberührt (§ 20 Abs. 2 UmwG). Somit wird der Nachweis der Rechtsnachfolge aufgrund Verschmelzung durch die Registereintragung ausreichend geführt.

[13] 5. Rechtlich nicht haltbar ist schließlich die Auffassung des Beschwerdegerichts, die Schuldner hätten nie zuvor den Eintritt der Rechtsnachfolge auf der Gläubigerseite bestritten, sodass die Geltendmachung des Vollstreckungsmangels nur der Verfahrensverzögerung diene. Zum einen bestand kein Anlass für ein solches Bestreiten, weil die Schuldner damit in dem Zwangsversteigerungsverfahren nicht gehört werden können. Zum anderen wird in der Rechtsbeschwerdebegründung zutreffend auf die Schriftsätze der Schuldner an das AG v. 24.2.2011 und v. 12.1.2012 hingewiesen, in welchen sie die fehlende Zustellung beglaubigter Auszüge aus dem Genossenschaftsregister bemängelt und die Aufhebung bzw. Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens beantragt haben.

[14] IV. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst; eine Erstattung außergerichtlicher Kosten kommt nicht in Betracht (Senat, Beschl. v. 21.9.2006 – V ZB 76/06, *ZNotP 2007, 75* = NJW-RR 2007, 358 Rn. 12).

[15] Die Festsetzung der Gegenstandswerte beruht auf § 26 Nr. 1 und 2 RVG.

ZNotP-Kostenecke

Entscheidungen zum Kostenrecht

Bewertung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für eine Fotovoltaikanlage

von Notariatsoberrat Werner Tiedtke, München

Der Geschäftswert für eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten der finanzierenden Bank bemisst sich weder nach der Höhe der Einspeisevergütung noch nach dem zur Finanzierung gewährten Darlehen. Geschäftswert ist vielmehr der nach § 24 Abs. 1 KostO zu multiplizierende vereinbarte oder übliche Pachtzins.

OLG Celle, Beschl. v. 17. 4. 2012 – 4 W 58/12

Sachverhalt:

Das zuständige AG setzte den Geschäftswert für die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zum Betrieb eine Fotovoltaikanlage nach § 24 Abs. 1 KostO fest. Das AG multiplizierte die Jahreseinspeisevergütung und begrenzte diese auf den Betrag des für die Finanzierung gewährten Darlehens.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Berechtigten.

Entscheidung:

Das OLG Celle hob die Kostenberechnung auf.

Der Geschäftswert für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestimmt sich nach dem Wert, den die Dienstbarkeit für den Berechtigten hat. Grds. ist der Wert nach § 24 KostO zu bemessen, das es sich um wiederkehrende Nutzungen handelt. Hiervon ist das AG auch zutreffend ausgegangen.

Zu Unrecht hält es das AG jedoch für sachgerecht, bei der gebotenen Anwendung des § 24 Abs. 1 KostO den Jahreswert der Einspeisevergütung begrenzt durch die Höhe des der Betreiberin von der Berechtigten gewährten Finanzierungsdarlehens heranziehen zu müssen. Diese Auffassung verkennt, dass der Berechtigte durch die Dienstbarkeit nicht die Nutzung der Fotovoltaikanlage erhält, sondern nur die Nutzung der Dachfläche für die von ihm zu errichtende Solarstromanlage. Die Vorteile der Stromerzeugung (Einspeisevergütung) resultieren nicht ausschließlich aus der Nutzung des Grundstücks, sondern vor allem aus den Investitionen und der Übernahme des Unternehmerrisikos durch den Betreiber. Deshalb ist im Ausgangspunkt auf das übliche bzw. vereinbarte Nutzungsentgelt für die schuldrechtliche Gestattung der Grundstücksnutzung abzustellen, hier den von dem Betreiber zu zahlenden Pachtzins (OLG München, MittBayNot 2008, 320; OLG Brandenburg, OLGR 2004, 455; *Rohs/Wedewer*, KostO, 2010, § 24 Rn. 7b). Anders mag es sein, wenn der Grundstückseigentümer auf seinem Grundstück auf eigene Kosten eine Anlage errichtet hat und einen Nießbrauch an der Anlage einräumt (vgl. OLG München, MittBayNot 2008, 320; *Rohs/Wedewer*, a.a.O., § 24 Rn. 7b). Eine solche Fallgestaltung, die auch der Entscheidung des OLG Oldenburg (Rpfleger 2011, 569) zugrunde lag, ist im vorliegenden Fall jedoch gerade nicht gegeben.

Der bloße Umstand hingegen, dass im Verhältnis zwischen Eigentümerin und der Berechtigten kein Nutzungsverhältnis zugrunde liegt, rechtfertigt auch nach Auffassung des Senats nicht die Heranziehung der Einspeisevergütung bzw. hier des gewährten Darlehens an die Sicherungsnehmerin zur Bestimmung des Geschäftswerts. Diese Ansicht (so wohl Streifzug durch die Kostenordnung, 8. Aufl., Rn. 1237) ist auch nach Auffassung des Senats schon deshalb nicht beizutreten, weil sie verkennt, dass die einzutragende beschränkte persönliche Dienstbarkeit nur ein Sicherungsmittel neben weiteren für die Berechtigte als betreibende Bank ist. Denn dem Berechtigten (Finan-

zierungsgläubiger) sind unstreitig die Fotovoltaikanlage selbst sicherungsübereignet, die Einspeisevergütungsforderungen sicherungshalber abgetreten und außerdem noch ein Grundpfandrecht gegenüber dem Betreiber bestellt worden. Dass der hier in Rede stehenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeit deshalb ein die volle Darlehenssumme erreichbarer Sicherheitswert zukommen soll, ist schon deshalb nicht anzunehmen. Ob hierbei der Eintritt des Sicherungsfalls (z.B. Insolvenz über das Vermögen des Darlehensnehmers) mehr oder weniger wahrscheinlich ist, kann offenbleiben.

Es erscheint deshalb angemessen, den Wert für die Eintragung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit mit 245.000 € unter dem Gesichtspunkt zu bestimmen, dass die Fotovoltaikanlage bis Ende 2029 genutzt werden kann und dafür maximal ein Pachtzins i.H.v. 245.000 € zu zahlen ist. Für die Vormerkungen war entsprechend die Hälfte dieses Betrags in Ansatz zu bringen. Für eine noch niedrigere Bewertung sieht der Senat nach der dargestellten Gesamtinteressenlage jedoch keinen Anlass, auch nicht unter dem Gesichtspunkt, dass bei Eintritt des Sicherungsfalls eine nur noch geringe Restpachtlaufzeit bestehen könnte. Denn für diese theoretischen Erwägungen gibt es derzeit weder tatsächliche Anhaltspunkte in der einen oder anderen Richtung.

Anmerkung:

Sowohl für die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, als auch für deren Eintragung in das Grundbuch, ist der Wert nach § 24 KostO zu bestimmen. Die Praxis hat insbesondere mit der Wertbestimmung Schwierigkeiten. Hinzu kommt, dass nicht selten von den Beteiligten pauschale Wertangaben von bspw. 500 € gemacht werden, vor allem dann, wenn sich die Tätigkeit des Notars auf die Beglaubigung der Unterschrift des Eigentümers beschränkt. Wertangaben (vor allem, wenn sie augenscheinlich unzutreffend sind) entbinden den Notar aber nicht von seiner Pflicht zur zutreffenden Wertbestimmung und damit zur Erhebung der gesetzlich entstehenden Kosten.

Dem OLG Celle ist zuzustimmen, dass sich der Geschäftswert für die Bestellung und die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nach § 24 KostO bestimmt. Gegenstand der Dienstbarkeit ist – wie auch das OLG zutreffend feststellt – nicht der Betrieb der Anlage selbst, sondern die Sicherung des Nutzungsrechts des Betreibers an dem Grundstück oder an dem Grundstücksteil (häufig Dachfläche). Anders wäre die Betrachtungsweise dann, wenn der zugrunde liegende Darlehensvertrag zwischen dem Betreiber und dem Finanzierungsgläubiger mitbeurkundet werden würde. Dann wäre die Bestellung der Dienstbarkeit Sicherungsgeschäft und mit dem Darlehensvertrag gegenstandsgleich nach § 44 Abs. 1 KostO. Das ist aber höchst selten der Fall. Die Einspeisevergütung könnte Wertmaßstab sein, wenn sie in der Urkunde über die Bestellung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit an den Finanzierungsgläubiger abgetreten wird. Auch das ist die absolute Ausnahme, denn die Sicherungsübereignung und die Abtretung der Einspeisevergütung werden in nahezu allen Fällen im nicht beurkundeten Darlehensvertrag zwischen Betreiber und Gläubiger vereinbart.

Maßgebend für die Wertbestimmung ist somit das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Betreiber. Der Eigentümer stellt dem Betreiber sein Grundstück oder einen Grundstücksteils für eine bestimmte Dauer zur Nutzung zu Verfügung. Dafür zahlt der Berechtigte i.a.R. ein Entgelt, zumeist einen Pachtzins. Grundlage hierfür ist die zwischen Eigentümer und dem Berechtigten getroffene Nutzungsvereinbarung oder ein Pachtvertrag. Die Jahrespacht (= einjähriger Bezugswert nach § 24 Abs. 1a) KostO) ist dann mit einem der Dauer entsprechenden Multiplikator nach § 24 KostO zu vervielfältigen, das Ergebnis ist Geschäftswert für die Bestellung und Eintragung der Dienstbarkeit. Was den Multiplikator betrifft, muss geklärt werden, ob es sich um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit von bestimmter, unbeschränkter oder unbestimmter Dauer handelt. Bei bestimmter Dauer (wie in den meisten Fällen) ist gem. § 24 Abs. 1a) KostO die vereinbarte Dauer, maximal aber ein Vervielfältiger von 25 maßgebend. Bei unbeschränkter Dauer (absoluter Ausnahmefall) beträgt der Vervielfältiger 25 und bei unbestimmter Dauer 12,5 (es sei denn, es ist eine längere Mindestdauer vereinbart).

I.a.R. wird das der Dienstbarkeit zugrunde liegende Nutzungsrecht für eine bestimmte Dauer vereinbart (meistens 21 Jahre). In diesem Fall ist somit der Jahreswert der vom Betreiber zu zahlenden Pacht mit dem der Dauer entsprechenden Vervielfältiger zu multiplizieren. Wird keine Pacht bezahlt, muss die übliche Pacht als Geschäftswert zugrunde gelegt werden. Ist diese nicht bekannt, kann zur Berechnung des Jahreswerts auch auf die Einspeisevergütung zurückgegriffen werden. Allerdings ist nicht die Einspeisevergütung in voller Höhe anzunehmen, sondern ein üblicher Prozentsatz, welcher der Nutzungsvergütung anstelle einer Pacht entspricht. Wenn sich die Pacht oder Nutzungsvergütung an der Einspeisevergütung orientiert, können 3 – 5 % davon als Jahreswert angenommen werden (s. hierzu *Tiedtke*, MittBayNot 2010, 444).

Häufig wird folgende Gestaltungsvariante gewählt:

Der Eigentümer bestellt für den Betreiber eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zum Betrieb einer Fotovoltaikanlage und bewilligt und beantragt die Eintragung im Grundbuch. Hierbei handelt es sich regelmäßig um reine Bewilligungen und Anträge, welche bei Entwurffertigung durch den Notar eine 5/10 Gebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 5a) KostO auslösen. Werden vertragliche Vereinbarungen getroffen, fällt jedoch die 20/10 Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO an (ggf. i.V.m. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO).

Daneben verpflichtet sich der Eigentümer (als einseitige Erklärung) dem Gläubiger des Betreibers eine inhaltsgleiche Dienstbarkeit einzuräumen, sollte die für den Betreiber bestellte Dienstbarkeit vorzeitig erlöschen (z.B. durch In-

solvenz, Tod des Berechtigten usw.). Diese Verpflichtung wird regelmäßig durch die Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch gesichert. Der Wert dieser aufschiebend bedingten Verpflichtung zur Bestellung der Dienstbarkeit ist nach den gleichen Grundsätzen zu bewerten, wie die Dienstbarkeit selbst. Es ist somit ebenfalls der Jahreswert mit dem Faktor, der der Dauer entspricht, zu multiplizieren. Allerdings ist wegen der aufschiebenden Bedingung § 24 Abs. 5 KostO zu beachten. Da für den Geschäftswert der Beginn des Bezugsrechts maßgeblich ist, dieser aber nicht feststeht, muss er geschätzt werden. Bei derartigen Fallgestaltungen wird man somit einen Mittelwert annehmen, etwa 50 % des Multiplikators für die zugunsten des Betreibers bestellte Dienstbarkeit. Für die einseitige Verpflichtung des Eigentümers fällt eine 10/10 Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO, ggf. i.V. m. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO an.

Beschränkte persönliche Dienstbarkeit und die aufschiebend bedingte Verpflichtung zur Bestellung der Dienstbarkeit sind gegenstandsgleiche Erklärungen, da sie den gleichen Rechtsgrund sichern. Nach § 44 Abs. 1 KostO ist somit aus dem Wert des Rechtsverhältnisses (Hauptgeschäft = Bestellung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit) die Gebühr nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz (hier 10/10 Gebühr) zu erheben. Danach ist ein Gebührenvergleich vorzunehmen, nämlich die gesonderte Berechnung der Gebühren für die Eintragungsbewilligung und die Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger. Das für den Kostenschuldner günstigere Ergebnis ist maßgebend.

Berechnungsbeispiel:

Der Notar entwirft eine Urkunde über den nachfolgenden Inhalt und beglaubigt die Unterschrift des Eigentümers:

Der Eigentümer A bestellt für B eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zur Nutzung der Dachfläche des auf dem Grundstück errichteten Gebäudes auf die Dauer von 21 Jahren. Der Inhalt der Urkunde beschränkt sich auf die Grundbucherklärungen. Aus dem zugrunde liegenden Pachtvertrag ergibt sich, dass die jährliche Pacht 2.000 € beträgt.

Der Eigentümer verpflichtet sich durch einseitige Erklärung dem Gläubiger des B eine inhaltsgleiche beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu bestellen. Der Gläubiger kann die Bestellung dieser Dienstbarkeit jedoch erst verlangen, wenn die Dienstbarkeit für den Betreiber erlischt. Zur Sicherung wird die Eintragung einer Vormerkung bewilligt und beantragt.

Bewertung:

Beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Bewilligung und Antrag), Jahreswert 2.000 € × 21 (§ 21 Abs. 1a) KostO) =	42.000,00 €
hieraus 10/10 Gebühr (höchster Gebührensatz) nach §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 36 Abs. 1 KostO	120,00 €

Vergleichsberechnung:

a)	Beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Bewilligung und Antrag), Jahreswert 2.000 € × 21 (§ 21 Abs. 1a) KostO) =	42.000,00 €
	hieraus 5/10 Gebühr nach §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 38 Abs. 2 Nr. 5a) KostO	60,00 €
b)	Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger + Vormerkung, Jahreswert 2.000 € × 10 1/2	
	(unter Berücksichtigung des ungewissen Beginns § 24 Abs. 5 KostO nur die Hälfte)	21.000,00 €
	hieraus 10/10 Gebühr gem. §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 36 Abs. 1 KostO	78,00 €.
	zusammen	138,00 €.

Die Berechnung der gesonderten Gebühren ist für den Kostenschuldner ungünstiger und scheidet damit aus.

Abschließend verweise ich auf eine Abhandlung von mir in MittBayNot 2010, 444 ff., in welcher ich Bewertungshinweise zu zahlreichen Fallgestaltungen gegeben habe. Das OLG Celle bezog sich noch auf die ersten Bewertungshinweise in der Vorauflage des Streifzugs. In die 9. Auflage 2012 wurden bereits die Praxiserfahrungen eingearbeitet.

ZNotP-Fragezeichen

1. b) Für den Betreuer gelten über § 1908i Abs. 1 Satz 1 BGB die Einschränkungen der Vertretungsmacht nach § 1795 BGB. Nach § 1795 Abs. 1 Nr. 1 kann der Betreuer den Betreuten nicht vertreten bei Rechtsgeschäften zwischen dem Betreuten und Verwandten des Betreuers in gerader Linie.

2. b) Durch die Schwangerschaft der F sind die Erbanteile nach E noch unbestimmt. Gem. § 2043 Abs. 1 BGB ist daher die Auseinandersetzung noch ausgeschlossen.