Der Rückgewähranspruch bei Grundschulden – Grundlagen und ausgewählte Probleme notarieller Vertragsgestaltung

Notarassessor Dr. Philipp Müller (Würzburg)*

- A. Einleitung
- B. Grundlagen
 - I. Rechtsgrund: Die Sicherungsabrede
 - II. Voraussetzungen und Inhalt des Rückgewähranspruchs
 - 1. Der Wegfall des Sicherungszwecks
 - 2. Enge und weite Sicherungszweckerklärung
 - 3. Inhalt des Rückgewähranspruchs: Aufhebung, Verzicht, Abtretung
 - 4. Wahlrecht des Sicherungsgebers
 - 5. Fortsetzung des Rückgewähranspruchs im Zwangsversteigerungsverfahren
 - 6. Möglichkeiten zur vertraglichen Einschränkung des Rückgewähranspruchs
 - III. Schuldner/Gläubiger des Rückgewähranspruchs
 - 1. Identität von Kreditnehmer und Eigentümer
 - 2. Personenverschiedenheit von Kreditnehmer und Eigentümer
 - 3. Konsequenzen für die Praxis
 - IV. Einredemöglichkeit gegen die Grundschuld
 - 1. Grundlagen
 - 2. Verhältnis zum gesetzlichen Verzichtanspruch nach § 1169 BGB
 - 3. Schicksal der Einrede bei Zession der Grundschuld
 - V. Verjährung
 - VI. Befugnis zur Revalutierung
 - 1. Anknüpfung an den Inhalt der Sicherungsabrede
 - 2. Auswirkungen auf die Insolvenzfestigkeit der Abtretung
 - VII. Der Rückgewähranspruch – ein verkehrsfähiges Vermögensrecht
 - 1. Abtretung
 - 2. Pfändung
- C. Der Rückgewähranspruch in der notariellen Vertragsgestaltung
 - I. Der Rückgewähranspruch als Sicherungsmittel
 - 1. Regelmäßig nur geringer eigenständiger Sicherungswert
 - 2. Anwendungsfelder
 - 3. Schutzvorkehrungen im Rahmen der Abtretung
 - II. Sicherung des Rückgewähranspruchs
 - 1. Durch § 1192 Abs. 1 a BGB vermitteltes Schutzniveau
 - 2. Möglichkeit der Vormerkungssicherung
 - 3. Anwendungsfelder
 - III. Gefahren für die Vertragsabwicklung und -gestaltung

- 1. Schutzmaßnahmen bei drohender Pfändung des Rückgewähranspruchs
- 2. Sicherungszweckabrede in Finanzierungsgrundpfandrechten
- 3. Übernahme von Grundpfandrechten

D. Fazit

A. Einleitung

Das bedeutendste Mittel der Kreditsicherung ist die Grundschuld; sie hat die nach der gesetzlichen Regelungstechnik im Vordergrund stehende Hypothek¹ seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts als Grundpfandrecht verdrängt.² Wesentlicher Grund hierfür sind die vielfältigen praktischen Einsatzmöglichkeiten der Grundschuld, die wiederum durch ihre Abstraktheit bedingt sind.³ Anders als die Hypothek ist die Grundschuld nämlich bekanntlich nicht akzessorisch, sondern gewährt ein von einer zu sichernden schuldrechtlichen Forderung im Ausgangspunkt unabhängiges Verwertungsrecht.⁴ Die nach dem gesetzlichen Rechtsinhalt (§ 1191 BGB) geschuldete Zahlung einer Geldsumme aus dem Grundstück⁵ braucht mithin nicht der Befriedigung einer Forderung zu dienen; dient sie ihr – wie regelmäßig – dennoch, so ist diese (Sicherungs-) Grundschuld (§ 1192 Abs. 1 a BGB) gleichwohl nicht von der Forderung abhängig.⁶

Die notwendig werdende Verknüpfung zwischen abstraktem Sicherungsmittel und gesicherter Forderung wird durch den sog. Sicherungsvertrag (auch Sicherungsabrede oder Zweckerklärung genannt) hergestellt. Er stellt sich als schuldrechtlich wirkendes Bindeglied zwischen abstrakter dinglicher Sicherheit und Forderung dar. Ein zentrales Element eines solchen Si-

* Der Verfasser ist Referent beim Deutschen Notarinstitut in Würzburg. Der nachfolgende Beitrag gibt weder die Meinung des Notarinstutits noch der Bundesnotarkammer wieder.

1 § 1192 BGB erklärt die für die Hypothek geltenden Vorschriften (§§ 1113 ff. BGB) auf die Grundschuld für entsprechend anwendbar. Sofern im Folgenden Bestimmungen aus dem Hypothekenrecht zitiert werden, wird aus Vereinfachungsgründen von der Nennung von § 1192 BGB abgesehen.

2 Siehe nur Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Auflage 2011, Rn. 7 (dort Fn. 6).

3 Statt aller Reithmann, DNotZ 1982, 67 ff.

4 Freilich ist die Abstraktheit zwischenzeitlich durch die durch das Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungs-gesetz) vom 12. 8. 2008 (BGBl. I S. 1666) geschaffene Bestimmung des § 1192 Abs. 1 a BGB erheblich relativiert worden; kritisch zur Neuregelung Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2009, Einl. §§ 1113 ff. Rn. 33 ff.; Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 24 ff., insbes. 27 f.; § 1192 Rn. 31 ff. („politisch motivierter Schnellschuss [. . .], durch den das Kind mit dem Bade ausgeschüttet worden ist“); aufgeschlossen demgegenüber etwa Zetzsche, AcP 209 (2009), 543, 576 (Die Neuregelung ist „zu begrüßen: § 1192 Abs. 1 a verleiht der Sicherungsgrundschuld dogmatische Kontur.“); s. auch BeckOK-BGB/Rohe, Stand: 1. 2. 2012, § 1192 Rn. 147 (Der Eingriff betrifft „eher die rechtsdogmatische Ebene als die bestehende Praxis.“).

5 Der Eigentümer ist nicht zur Zahlung, sondern nur zur Duldung der Verwertung (§ 1147 BGB) verpflichtet.

6 Statt aller Palandt/Bassenge, BGB, 71. Auflage 2012, § 1191 Rn. 13.

cherungsvertrages ist die Frage, wann und unter welchen Umständen der Sicherungsnehmer dem Sicherungsgeber die Sicherheit zurückgewähren muss. Diese Frage nach dem Rückgewähranspruch bei Grundschulden steht im Zentrum des folgenden Beitrages. Damit sei zugleich der Gegenstand der Untersuchung näher eingegrenzt: So liegen gesetzliche Ansprüche auf Rückgewähr von Grundschulden, so etwa gemäß § 812 BGB im Falle der Nichtigkeit des Sicherungsvertrages,⁷ außerhalb der folgenden Betrachtungen.

Angeknüpft an die Sicherungsabrede ist der Rückgewähranspruch obligatorischer Natur. Bis zu seiner Durchsetzung bewirkt er keine Änderung der dinglichen Rechtslage und damit insbesondere kein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück.⁸ Gleichwohl ist er – wie sich im Folgenden zeigen wird – von erheblicher wirtschaftlicher und rechtlicher Bedeutung. Damit aber gebührt ihm zugleich die gesteigerte Aufmerksamkeit vorsorgender notarieller Rechtsgestaltung. Im Folgenden sollen daher zunächst die rechtlichen Grundlagen des Rückgewähranspruchs begrifflich und systematisch aufgearbeitet werden (unten B), um auf dieser Basis ausgewählte Problemlagen in der notariellen Gestaltungspraxis auszuleuchten und diese aufzulösen (unten C).

B. Grundlagen

I. Rechtsgrund: Die Sicherungsabrede

Wie bereits angesprochen, findet der Rückgewähranspruch seinen Rechtsgrund in der – grundsätzlich formfreien⁹ – Sicherungsabrede, deren essentieller Bestandteil er ist. Aus ihr ergibt sich nämlich nicht nur die Verpflichtung des Sicherungsgebers zur Bestellung und Belassung der Grundschuld, sondern auch die Beschränkung der Befugnisse des Sicherungsnehmers auf den Sicherungszweck. Unter letzterem Gesichtspunkt aber regelt die Sicherungsabrede zum einen, unter welchen Voraussetzungen und wie der Grundschuldgläubiger die Grundschuld zu seiner Befriedigung verwerten darf, während sie zum anderen – gewissermaßen umgekehrt – auch Aussagen dazu bereithält, wann und wie die Sicherheit zurückzugewähren ist.¹⁰

Wie elementar dieser Rückgewähranspruch mit der Sicherungsabrede als Treuhandverhältnis verbunden ist, lässt sich dabei daran ablesen, dass der Anspruch nicht etwa ausgeschlossen werden kann – weder formular- noch individualvertraglich.¹¹ Dementsprechend ist es auch ohne Belang, ob der Anspruch in dem Sicherungsvertrag ausdrücklich genannt wird oder nicht. Er folgt schlicht aus dem Wesen der Grundschuld als fiduziarischer Sicherheit. Denn eine jede solche Sicherheit darf nach Erledigung des Sicherungszwecks nicht etwa behalten werden, sondern ist zurückzugewähren.¹²

II. Voraussetzungen und Inhalt des Rückgewähranspruchs

1. Der Wegfall des Sicherungszwecks

Ist daher der nach Maßgabe der Sicherungsabrede zu beurteilende Sicherungszweck endgültig entfallen,

muss der Sicherungsnehmer die Grundschuld zurückgewähren.¹³ Wegen anderer als von der Sicherungsabrede umfasster Forderungen darf er die Grundschuld nicht zurückbehalten.¹⁴ Damit kommt dem Umfang der Sicherungsabrede für die Frage der Entstehung¹⁵ des Rückgewähranspruchs maßgebliche Bedeutung zu: Je enger die Sicherungsabrede gefasst ist, desto schneller gelangt der Rückgewähranspruch zur Entstehung und umgekehrt.¹⁶

Ist die Sicherungsabrede eng gefasst oder hat sich der Sicherungszweck eines ursprünglich nicht eng gefassten Sicherungsvertrages auf die jeweiligen Forderungen konkretisiert,¹⁷ so entsteht ein Anspruch auf Rückgewähr eines Teils der Grundschuld schon dann, wenn die gesicherte Forderung nur zum Teil getilgt ist. Hierfür muss sich die nachträgliche Übersicherung freilich als endgültig erweisen.¹⁸ Im Zweifel ist dann nämlich davon auszugehen, dass der Sicherungszweck insoweit entfallen ist.¹⁹

2. Enge und weite Sicherungszweckerklärung

Für die Entstehung des Rückgewähranspruchs essentiell ist vor diesem Hintergrund die Unterscheidung zwischen engem und weitem Sicherungszweck:²⁰ So kann ein (enger) Zweck der Grundschuldbestellung darin bestehen, lediglich Ansprüche aus einem (oder mehreren) ganz *bestimmten* Rechtsverhältnis(sen) zu sichern, etwa nur eine einzelne Darlehensforderung. In der engen Sicherungsabrede werden diese Ansprüche konkret bezeichnet. Auf andere als die ausdrücklich genannten Forderungen erstreckt sich die Sicherungswirkung – von Zinsansprüchen²¹ sowie typischen Er-

7 Vgl. nur BGH, Rpfleger 1958, 51 mit Anm. Bruhn; BGH, Rpfleger 1985, 103; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Auflage 2008, Rn. 2335 a.E.

8 Vgl. statt aller Erman/Wenzel, BGB, 13. Aufl. 2011, § 1191 Rn. 61.

9 Allerdings besteht nach der Rspr. des BGH (WM 1989, 1926, 1928) eine Beurkundungsvermutung iSv § 154 Abs. 2 BGB, vgl. nur Erman/Wenzel (Fn. 8), § 1191 Rn. 11.

10 Zu den wesentlichen Inhalten der Sicherungsabrede siehe nur Münzig, in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage 2010, Teil 2 Kap. 10 Rn. 72; instruktiv auch Schöner/Stöber (Fn. 7), Rn. 2320.

11 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 754; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 141, 156 m. w. N.

12 Vgl. mit Blick auf fiduziarische Sicherheiten allgemein nur BGHZ 137, 212; BGHZ 133, 25; speziell zum Rückgewähranspruch s. auch Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 723, 754, 756 m. w. N.

13 Bsp. für den Fortfall des Sicherungszwecks: Erlöschen oder endgültiges Nichtentstehen sämtlicher auch nur potentiell gesicherter Forderungen; Zeitablauf (ggf. nach Kündigung); Aufzählung nach Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 146, nach dessen Begriffsverständnis (vgl. unten Fn. 15) hierdurch der Sicherungsvertrag endet und der Rückgewähranspruch fällig wird.

14 BGH, DNotZ 2000, 700: Kein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 667.

15 Ob der Anspruch durch den Wegfall des Sicherungszwecks auf-schiebend bedingt (h. M.: BGH, NJW 2012, 229 m. w. N.; Erman/Wenzel (Fn. 8), § 1191 Rn. 61) oder bis dahin lediglich nicht fällig ist (dafür Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 145 f.), ist streitig.

16 Vgl. nur Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 667 ff.

17 Vgl. näher sogleich unten B II 2.

18 BGH, NJW 1984, 169, 171; BGH, NJW 2012, 229, 230.

19 BGH, NJW-RR 1990, 455; BGH, NJW 2012, 229, 230.

20 Vgl. zuletzt nur Kessler, NJW 2012, 577, 578.

21 Für Zinsen vgl. BGHZ 134, 195 = NJW 1997, 522; Erman/Wenzel (Fn. 8), § 1191 Rn. 18.

satzansprüchen²² nach Maßgabe des Inhalts der Sicherungsabrede im Einzelfall abgesehen – nicht.²³

Mit der Grundschuld kann aber auch – neben oder anstelle einzelner Forderungen – eine Vielzahl verschiedener, noch nicht einmal ihrem Rechtsgrund nach bereiteter Forderungen gesichert werden.²⁴ Der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz gilt insoweit nicht, so dass konstruktiv auch sämtliche (künftigen) Forderungen gegen einen bestimmten Schuldner sicherbar sind.²⁵ Allerdings werden bankübliche Formulare regelmäßig einschränkend dahingehend formuliert, dass lediglich Forderungen „aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung“ erfasst sind.²⁶ Fehlt eine entsprechende Einschränkung, so ergibt sie sich nach der Rechtsprechung des BGH im Wege der Auslegung.²⁷

Bekanntlich²⁸ kann eine solche weite Sicherungsabrede problemlos nur dann eingesetzt werden, wenn – wie zumeist – Schuldner und Eigentümer personenidentisch sind, nicht jedoch dann, wenn die Grundschuld durch den vom persönlichen Schuldner verschiedenen Eigentümer, also zur Besicherung fremder Verbindlichkeiten, bestellt (oder abgetreten) wird. In letzteren Fällen hält der BGH eine formulärmäßig weite Erstreckung des Sicherungszwecks über den konkreten Anlass der Sicherheitengestellung hinaus im Regelfall²⁹ für über- raschend (§ 305 c BGB) und daher für nicht wirksam einbezogen.³⁰

Im Übrigen kann sich eine weite Sicherungsabrede auch auf die jeweils konkret gesicherten Forderungen konzentrieren. Dies kann insbesondere Folge einer – jederzeit möglichen – Kündigung der Sicherungsabrede sein;³¹ eine Konzentration auf die bestehende Restschuld kann sich aber auch infolge Beendigung der Geschäftsbeziehung, also Kündigung der Darlehensverträge, ergeben.³² Dogmatische Grundlage hierfür ist dabei nach der Rechtsprechung des BGH eine „zweckentsprechende Auslegung“ des Sicherungsvertrags.³³

3. Inhalt des Rückgewähranspruchs: Aufhebung, Verzicht, Abtretung

Schuldet der Sicherungsnehmer hiernach Rückgewähr der Sicherheit, so richtet sich der Rückgewähranspruch nach Wahl des Sicherungsgebers (§ 262 BGB)³⁴ inhaltlich auf Aufhebung („Löschung“, §§ 875, 1183 BGB), Verzicht (§ 1168 BGB) oder Abtretung (§ 1154 BGB) an ihn oder einen von ihm zu benennenden Dritten.³⁵ Dabei führt die Erfüllung des Rückgewähranspruchs durch Verzicht (§ 1168 BGB)³⁶ oder durch Abtretung der Grundschuld an den Sicherungsgeber, der Grundstückseigentümer ist, zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld. Allein an einer solchen Eigentümergrundschuld kann ein gesetzlicher Lösungsanspruch (§§ 1179 a, b BGB) gleich- oder nachrangiger Grundpfandrechtsgläubiger entstehen.³⁷

4. Wahlrecht des Sicherungsgebers

Zwischen den verschiedenen Möglichkeiten der Rückgewähr hat der Sicherungsgeber – abweichend von der gesetzlichen Vermutung des § 262 BGB³⁸ – die Wahl.³⁹ Die Ausübung des Wahlrechts führt dabei zur Verengung des Rückgewähranspruchs auf die gewählte

Rückgewährmodalität, § 263 Abs. 2 BGB.⁴⁰ An eine einmal ausgeübte Wahl ist er gebunden, so wie umgekehrt auch der Sicherungsnehmer an die Wahl durch den Sicherungsgeber gebunden ist; daher kann eine Rückgewähr der Grundschuld in anderer als durch den Sicherungsgeber gewählter Weise zu Schadenersatzansprüchen des Sicherungsgebers führen.⁴¹

5. Fortsetzung des Rückgewähranspruchs im Zwangsversteigerungsverfahren

Da der lediglich schuldrechtlich wirkende Rückgewähranspruch bis zu seiner Erfüllung im Übrigen keine Änderung der dinglichen Rechtslage bewirkt, bleibt der Sicherungsnehmer als Schuldner des Rückgewähranspruchs bis dahin Inhaber der Grundschuld.⁴² Erlischt

22 Für Bereicherungsansprüche bei Nichtigkeit des primären Schuldverhältnisses vgl. BGH, NJW 2004, 158; NJW-RR 2000, 1431; MünchKomm/Eickmann, BGB, 5. Aufl. 2009, § 1191 Rn. 78; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 21, 45; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 667; jeweils m. w. N.; dies gilt selbstverständlich nicht, wenn die Grundschuldbestellung bei Erfüllung eines wucherischen Geschäfts selbst sittenwidrig-nichtig ist, vgl. statt aller Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 20.

23 Vgl. ablehnend mit Blick auf Prozesskosten (allerdings bei weiterer Sicherungsabrede) BGH, NJW-RR 1998, 190.

24 Statt aller Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 668.

25 Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 44.

26 Vgl. Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 668 mit den in Fn. 51 in Bezug genommenen Formularen.

27 BGHZ 101, 29, 33 ff. = NJW 1987, 2228 f.; NJW 1991, 1063, 1064; zur Bedeutung der Einschränkung vgl. etwa BGH, NJW-RR 1998, 190; Prozesskosten haben ihren Grund nicht in der durch die Sicherungsabrede geschützten „bankmäßigen Geschäftsverbindung“, wohl aber wiederum Ersatzansprüche, etwa aus Bereicherungsrecht; eingehend zum Sicherungsumfang Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 667 ff., 669 ff.; vgl. weitergehend auch Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 45.

28 Instrukтив der Überblick bei Amann, in: Beck'sches Notarhandbuch, 5. Auflage 2009, A VI Rn. 36 ff.; vgl. zu den verschiedenen denkbaren Fallgruppen eingehend auch Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 60 ff.; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 682 ff.

29 Eingehend zu den Ausnahmefällen (insbesondere unter dem Topos der engen persönlichen und wirtschaftlichen Verbundenheit) Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 692 ff.

30 Grundlegend BGH, DNotZ 1982, 314; st. Rspr., vgl. nur DNotZ 1992, 562 m. w. N.; § 307 BGB soll demgegenüber nach der Rechtsprechung mangels gesetzlichen Leitbildes keine Anwendung finden, so aber die wohl h. M. in der Literatur, vgl. nur die eingehende Darstellung bei Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 53 ff., 56 ff.

31 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 602 ff.

32 BGH, NJW 2012, 229, 230; vgl. dazu jüngst Kessler, NJW 2012, 577, 578 sowie bereits Kessler, NJW 2007, 3466, 3468.

33 BGH, NJW 2012, 229, 231, dort auch mit die Dichotomie von enger und weiter Sicherungszweckvereinbarung letztlich auflösenden Überlegungen zur Rückverwandlung eines bereits entstandenen Rückgewähranspruchs in einen aufschiebend bedingten, vgl. zur Kritik Kessler, NJW 2012, 577, 579.

34 Vgl. dazu sogleich unten B II 4.

35 Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 153.

36 Vgl. für den objektbezogenen Teilverzicht (Freigabe) bei der Gesamtgrundschuld aber die das Erlöschen des Grundpfandrechts anordnende Ausnahmebestimmung (Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1168 Rn. 5) des § 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB.

37 Vgl. Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 748; Dörrie, ZfIR 1999, 717, 720 f.

38 Vgl. nur Erman/Wenzel (Fn. 8), § 1191 Rn. 62.

39 BGHZ 108, 237, 244 = NJW 1989, 2536; BGH, NJW 1989, 2710, 2711.

40 Vgl. nur Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 153.

41 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 748, 779.

42 Vgl. schon oben unter A.

die Grundschuld im Rahmen der Zwangsversteigerung mit der Erteilung des Zuschlags, setzt sich der Rückgewähranspruch kraft Surrogation an dem an die Stelle der Grundschuld getretenen Erlösanspruch – als Anspruch auf den Übererlös – fort.⁴³ Obwohl schuldrechtlicher Anspruch, gewährt er dem Rückgewährberechtigten dabei nach für die Praxis maßgeblicher Auffassung des Bundesgerichtshofs im Rahmen des Verteilungsverfahrens ein Widerspruchsrecht gegen die Aufstellung des Teilungsplanes.⁴⁴

6. Möglichkeiten zur vertraglichen Einschränkung des Rückgewähranspruchs

Der solchermaßen inhaltlich umrissene Rückgewähranspruch geht allein durch den Verlust des Eigentums – gleich ob kraft Rechtsgeschäfts oder durch Zuschlagserteilung in der Zwangsversteigerung – nicht auf den neuen Eigentümer über.⁴⁵ Die an der Sicherungsabrede beteiligten Personen wechseln nicht.⁴⁶

a) Verengung des Rückgewähranspruchs auf Abtretung versus vertragliche Beschränkung auf Löschung oder Verzicht

Könnte der Rückgewähranspruch in diesem Falle allein durch Löschung oder Verzicht erfüllt werden, so käme er ausschließlich dem neuen Eigentümer zugute.⁴⁷ Namentlich für den Erwerb durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung hat daher der Bundesgerichtshof entschieden, dass sich der Rückgewähranspruch im Fall der Personenverschiedenheit von Sicherungsgeber (früherem Eigentümer) einerseits und neuem Eigentümer andererseits auf die Modalität der Abtretung an ersteren verengt.⁴⁸ Entgegenstehende Vereinbarungen (Verengung auf Löschung und/oder Verzicht) in Formularverträgen sind wegen unangemessener Benachteiligung des Sicherungsgebers unwirksam.⁴⁹ Und selbst individualvertraglich ist – wie bereits angesprochen⁵⁰ – keine Abweichung möglich.⁵¹

Höchstrichterlich nicht geklärt⁵² ist demgegenüber die Frage, ob die formularmäßige Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf den Lösungs- und/oder Verzichtsanspruch wirksam für den Fall der Identität von Sicherungsgeber und Grundstückseigentümer vereinbart werden kann. Teilweise wird dies generell für wirksam gehalten.⁵³ Der Rückgewähranspruch könne nämlich in diesem Fall durch Verzicht oder Löschung „erfüllt“ werden.⁵⁴ Im Falle mehrfacher Belastung des Grundstücks werde der Eigentümer seine Rückgewähransprüche im Übrigen regelmäßig an die Inhaber nachrangiger Grundpfandrechte abgetreten haben.⁵⁵ Als Mittel zur wiederholten Kreditsicherung eigne sich eine Grundschuld damit in diesem (Regel-) Falle für die Dauer der Abtretung ohnehin nicht.⁵⁶

Wohl überwiegend wird demgegenüber indes zu Recht – von Besonderheiten abgesehen⁵⁷ – die formularmäßige Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf Löschung und/oder Verzicht auch für den Fall der Identität von Sicherungsgeber und Eigentümer für unwirksam gehalten.⁵⁸ Denn die Beschränkung des Rückgewähranspruchs vereitelt generell die der Grundschuld innewohnende Möglichkeit, sie durch Abtretung an einen neuen Gläubiger/Sicherungsnehmer als Mittel der wie-

derholten Kreditsicherung zu verwenden.⁵⁹ Allein dass der Anspruch auf Rückgewähr des Grundpfandrechts oftmals formularmäßig an weitere Grundpfandrechtsgläubiger abgetreten ist, vermag keine andere Entscheidung zu rechtfertigen. Nicht nur liegt dieser Gesichtspunkt nämlich außerhalb des Vertragsverhältnisses zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer;⁶⁰ er ändert bei generalisierender Betrachtungsweise auch nichts daran, dass der Ausschluss der Abtretbarkeit für den Sicherungsgeber keinen greifbaren Vorteil bietet. Vielmehr versetzt die Beschränkung des Rückgewähranspruchs den Grundschuldgläubiger in die Lage, „(auch eigennützig) über die Rangstelle [zu] verfügen, anstatt sie dem Eigentümer zurückzuerstatten.“⁶¹ Denn durch Löschung der Grundschuld rücken nachrangige Gläubiger, mitunter also auch der Sicherungsnehmer selbst, unmittelbar auf. Und durch Verzicht auf das Grundpfandrecht kann der Gläubiger das wirtschaftlich identische Ergebnis erzielen, indem er sich selbst den eigenen Lösungsanspruch nach § 1179 b BGB oder aber anderen Grundpfandrechtsgläubigern denjenigen aus § 1179 a BGB verschafft.⁶²

43 St. Rspr.; BGHZ 98, BGHZ 98, 256, 261; BGH, NJW-RR 1991, 1197; BGH, DNotZ 1993, 112.

44 BGHZ 108, 237, 247; kritisch Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2) Rn. 1145 m. w. N. zur in der Literatur vertretenen Gegenansicht.

45 So schon BGH LM Nr. 1 zu § 1169 BGB; BGHZ 97, 280; aus der Literatur s. nur Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1191 Rn. 16, 26; Schöner/Stöber (Fn. 7), Rn. 2335.

46 Zu Besonderheiten bei der Übernahme von Grundpfandrechten vgl. noch unten C III 3.

47 Vgl. jüngst auch Kessler, NJW 2012, 577, 580.

48 BGHZ 106, 375 für den Eigentumswechsel durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung.

49 BGHZ 106, 375.

50 Vgl. oben B I.

51 Daneben sind auch noch weitere Konstellationen denkbar, in denen die Grundschuld bei Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf die Varianten der Aufhebung und des Verzichts nicht an den materiell Berechtigten zurückgegeben werden könnte. So erwirbt etwa nach BGH (WM 1989, 1 804 m.H.a. BGHZ 108, 179; dieses sowie weitere Bspe. bei Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 158) der Bürge einer durch Grundschuld gesicherten Forderung – so er in Anspruch genommen wird – den Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld. Wäre dieser alleine auf Verzicht oder Löschung beschränkt, so käme der in der Grundschuld verkörperte Wert nicht ihm zugute; vgl. auch Kessler, NJW 2012, 577, 580.

52 Ausdrücklich offen gelassen jüngst durch BGH, DNotZ 2011, 365, 367 f. mit Anm. Kessler.

53 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 756 ff.; Erman/Wenzel (Fn. 8), § 1191 Rn. 66.

54 Erman/Wenzel (Fn. 8), § 1191 Rn. 66.

55 Vgl. dazu noch unten B VII 1 a.

56 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 757; Erman/Wenzel (Fn. 8), § 1191 Rn. 66.

57 Etwa bei der Bauträgerfinanzierung, dazu Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl. 2008, Rn. 586 oder bei Finanzierungsgrundpfandrechten, vgl. noch unten C III 2 c.

58 Clemente (Fn. 57), Rn. 576 ff. m. w. N.; Otten, Sicherungsvertrag und Zweckerklärung, 2003, Rn. 674 ff.; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 157 unter Aufgabe der noch in der Vorauffage vertretenen Gegenauffassung; MünchKomm/Eickmann (Fn. 22), § 1191 Rn. 131; jüngst auch Kessler, NJW 2012, 577, 580.

59 So insbesondere Clemente, ZfIR 1997, 127, 131; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 157; MünchKomm/Eickmann (Fn. 22), § 1191 Rn. 131.

60 Clemente (Fn. 57), Rn. 580.

61 Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 157.

62 Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 157.

b) Beschränkung der Verwertungspflicht durch Höhe der gesicherten Forderung?

In banküblichen Formularen findet sich weiterhin die der Sache nach ebenfalls den Rückgewähranspruch beschränkende Klausel, dass der Gläubiger nicht verpflichtet ist, in Zwangsversteigerung (und Zwangsverwaltung) Beträge über den gesicherten Anspruch hinaus geltend zu machen, sondern insoweit berechtigt ist, auf die Grundschuld zu verzichten.⁶³ Ob eine derartige Beschränkung der Verpflichtung zur Geltendmachung von Beträgen über den gesicherten Anspruch hinaus – zumal formularvertraglich – wirksam vereinbart werden kann, ist mit Blick auf die grundsätzlich aus dem Treuhandcharakter des Sicherungsvertrages folgende Verpflichtung zur Beachtung der Interessen des Sicherungsgebers lebhaft umstritten.⁶⁴ Der BGH hat in diesem Kontext die Frage, ob der Gläubiger einer nicht mehr voll valuierten Grundschuld die zur Tilgung der gesicherten Schuld nicht benötigten Grundschuldzinsen zugunsten des Sicherungsgebers geltend machen muss, noch vor kurzem offen gelassen.⁶⁵ Anders als das OLG München⁶⁶ als Berufungsinstanz nimmt er dabei an, dass bei der Ablösung einer nach Versteigerung bestehenden Grundschuld durch den neuen Eigentümer keine Verpflichtung zur Geltendmachung von Grundschuldzinsen seit dem Tage des Zuschlags bestehe, wenn der persönliche Schuldner von dieser Schuld vollständig befreit werde. Die Entscheidung des BGH wird dabei aus sich heraus teils als nicht überzeugend begründet angesehen.⁶⁷ Immerhin steht wohl – anders als dies eine zumindest missverständlich formulierte zentrale Passage⁶⁸ zunächst vermuten ließe – nicht zu befürchten, dass der Grundschuldgläubiger generell zur Aufgabe des Sicherungsguts weit unter Wert berechtigt sei.⁶⁹ Gleichwohl dürfte die Entscheidung wohl eher Rechtsunsicherheit schüren.⁷⁰

III. Schuldner/Gläubiger des Rückgewähranspruchs

An der Sicherungsabrede beteiligt sind Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer. Rückgewähr der Grundschuld kann daher – ungeachtet der Möglichkeit, Dritten einen Anspruch auf Rückgewähr vertraglich einzuräumen (§§ 328 ff. BGB)⁷¹ – der Sicherungsgeber als derjenige, der die Grundschuld als Sicherheit zur Verfügung stellt, von demjenigen verlangen, der sie entgegengenommen hat.⁷²

1. Identität von Kreditnehmer und Eigentümer

Übersichtlich gestaltet sich das hiermit abstrakt umschriebene Gefüge aus Gläubiger und Schuldner des Rückgewähranspruchs im Regelfall der Identität von Kreditnehmer und Grundstückseigentümer einerseits sowie Kreditgeber und Begünstigtem der Grundpfandrechtsbestellung andererseits. Hier nämlich ist der Schuldner der persönlichen Forderung als Eigentümer des betroffenen Grundstücks auch Sicherungsgeber, also Gläubiger des Rückgewähranspruchs, und der Gläubiger der persönlichen Forderung Sicherungsnehmer, also Schuldner des Rückgewähranspruchs.⁷³

2. Personenverschiedenheit von Kreditnehmer und Eigentümer

Schwierigkeiten bereitet die Bestimmung der Person des Sicherungsgebers und Sicherungsnehmers praktisch jedoch deshalb nicht selten, weil weder der Gläubiger der gesicherten Forderung mit dem Sicherungsnehmer⁷⁴ noch der Sicherungsgeber mit dem Schuldner der persönlichen Forderung identisch sein müssen.⁷⁵ Zweifelhafte ist vor diesem Hintergrund nicht selten, wer Sicherungsgeber ist, wenn dem Sicherungsnehmer einerseits der Schuldner der persönlichen Forderung und andererseits der von diesem zu unterscheidende Eigentümer des belasteten Grundstücks gegenüberstehen, wenn also m.a.W. Kreditnehmer und Eigentümer nicht identisch sind.⁷⁶

Im Ansatz eindeutig ist dabei, dass die Frage nach dem Sicherungsgeber als dem Gläubiger des Rückgewähranspruchs durch den Sicherungsvertrag bestimmt wird. Fehlen hierin ausdrückliche Festlegungen oder ist ein Vertragsverhältnis nur durch konkludentes Handeln begründet, ist demgemäß in den vorgenannten Fällen einzelfallspezifisch durch Auslegung zu ermitteln, wer Sicherungsgeber ist. Entscheidende Bedeutung wird hierbei dem Umstand beigemessen, wer dem Gläubiger die Grundschuld verschafft.⁷⁷

Häufig wird insoweit angenommen, dass dies typischerweise der Eigentümer als Besteller der Grundschuld sei, ja dass gar eine abweichende Vereinbarung

63 Vgl. nur Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 760 m.H.a. zahlreiche Formulare im Anhang.

64 Bejahend etwa Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 760, 1148 ff., 1156; MünchKomm/Eickmann (Fn. 22), § 1191, Rn. 149; verneinend Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 122 ff.; Soergel/Konzen, BGB, 13. Auflage 2001, § 1191 Rn. 59; jeweils m. w. N.

65 BGH, DNotZ 2011, 365 mit abl. Anm. Kessler; BGH, NJW 1981, 1505, 1506; s. aber nunmehr BGH, WM 2012, 301: Keine Verpflichtung des die Zwangsversteigerung nicht betreibenden Grundschuldgläubigers, nicht angefallene Grundschuldzinsen in dem Zwangsversteigerungsverfahren geltend zu machen.

66 ZfIR 2010, 632.

67 Ablehnend insbesondere Kessler, DNotZ 2011, 369; teils kritisch auch Zimmer, ZfIR 2011, 407, 408 f.; vgl. auch Volmer, MittBayNot 2011, 377, 379; Volmer, NJW 2011, 1500, 1502; Alf, Rpfleger 2011, 357, 358.

68 Vgl. die zum Verständnis nötigen Erläuterungen bei Schmidt-Räntsch, ZNotP 2011, 402, 403 f.

69 So aber bei wörtlichem Verständnis konsequent Kessler, DNotZ 2011, 369, insbes. 373 ff.

70 So Volmer, MittBayNot 2011, 377, 379.

71 Dazu näher Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 142, 144 mit Nachw. aus der Rspr.

72 Vgl. etwa BGH, NJW 1985, 800, 801; BGH, NJW 1989, 1732; BGH, NJW 2010, 935.

73 Nach Clemente (Fn. 57), Rn. 292, „versteht sich [dies] von selbst.“

74 Vgl. nur Clemente (Fn. 57), Rn. 215 ff.; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2) Rn. 992 ff.: Charakteristisch für diese Fälle ist eine doppelte Treuhänderstellung: Der Grundschuldgläubiger ist hier regelmäßig Sicherungsnehmer im Verhältnis zum Eigentümer/Inhaber des abgetretenen Grundpfandrechts; zugleich nimmt er aufgrund einer Treuhandabrede Interessen des persönlichen Gläubigers der Forderung wahr.

75 Dies ist der in der Praxis weitaus häufigere Fall, weshalb im Folgenden allein diese Konstellation näher untersucht werden soll.

76 Vgl. zum Nachfolgenden auch die Darstellung bei Erman/Wenzel (Fn. 8), § 1191 Rn. 6 ff.

77 BGH, DNotZ 1992, 35, 36.

durch Formularvertrag nicht begründbar sei.⁷⁸ Begründet wird dies maßgeblich mit der Erwägung, dass es im Regelfall den Vorstellungen der Beteiligten entspreche, die Grundschuld an den Eigentümer und nicht an den Schuldner der persönlichen Forderung zurückzugewähren.⁷⁹ Anders jedoch insbesondere die Rechtsprechung: So führte der BGH wiederholt aus, dass – mangels anderer Vereinbarung – in der Regel der Schuldner der persönlichen Forderung Sicherungsgeber sei.⁸⁰ Schließlich sei er es, der seinem Gläubiger die Grundschuld aufgrund schuldrechtlicher Abreden mit dem Eigentümer verschaffe. Dogmatisch stringent, stellt sich der Rechtserwerb aus Sicht des Gläubigers demnach als „auf Geheiß“ des persönlichen Schuldners veranlasst dar.⁸¹ Diesen Standpunkt bestätigte der BGH wiederholt,⁸² zuletzt im Jahre 2011.⁸³

Die hieraus für den Eigentümer folgenden Gefahren liegen auf der Hand: Die Grundschuld ist nach Erledigung des Sicherungszwecks nicht an ihn, sondern an den von ihm personenverschiedenen Schuldner zurückzugewähren. Und der Umfang der fiduziarischen Zweckbindung, aus dem sich ergibt, wann der Sicherungszweck erledigt ist, wird rechtskonstruktiv ebenfalls nicht durch den Eigentümer, sondern den Schuldner bestimmt.⁸⁴ Daher wird im Kern gegen die Auffassung des BGH schlicht vorgebracht, die Ansicht, dass – mangels anderer Vereinbarung – regelmäßig der persönliche Schuldner Sicherungsgeber sei, verkenne „evident die Interessenlage beim Sicherungsgeber (scil. dem Eigentümer) und kann daher nicht richtig sein.“⁸⁵

Indes lässt sich der Gefahr einer (formulärmäßigen) Ausdehnung des Sicherungsumfangs über den konkreten Anlass der Grundschuldbestellung hinaus regelmäßig durch eine konsequente Anwendung der §§ 305 ff. BGB begegnen: Eine weite Sicherungsabrede⁸⁶ wird in diesen Fällen schon deshalb überraschend und damit nicht wirksam einbezogen (§ 305 c BGB) oder aber wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam (§ 307 Abs. 1 BGB) sein, weil sie den Schuldner und Sicherungsgeber regelmäßig zum Vertragsbruch mit dem Eigentümer verleiten wird.⁸⁷ Vor allem aber verkennt die Gegenauffassung, dass – wie der BGH zu Recht betont⁸⁸ – sich die Parteien des Sicherungsvertrages unabhängig von sachenrechtlichen Gesichtspunkten bestimmen. Allein dass der Kreditnehmer an der zur Grundschuldbestellung nötigen dinglichen Einigung (§ 873 BGB) nicht beteiligt ist, ändert hiernach nichts daran, dass regelmäßig er es ist, der seinem Gläubiger das Grundpfand anbietet und sich zur Beschaffung verpflichtet.⁸⁹

3. Konsequenzen für die Praxis

Für den Notar stellt sich in dieser Situation die Frage, ob er den Eigentümer über die mit der Grundschuldbestellung zur Sicherung von Forderungen Dritter einhergehenden Gefahren zu belehren hat. Muss er etwa darauf achten, dass der Eigentümer die Sicherungsabrede selbst schließt und diese auch möglichst eng fasst? Oder hat er zumindest zur Abtretung von in der Person des Schuldners der persönlichen Forderung als Sicherungsgeber verankerten Rückgewähransprüchen zu raten? Diese Fragen aufzuwerfen heißt sie regel-

mäßig zu verneinen: Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars gem. § 17 BeurkG bezieht sich im Ausgangspunkt ausschließlich auf den Inhalt der Grundschuldbestellungsurkunde selbst.⁹⁰ Über den Inhalt des Sicherungsvertrags muss der Notar daher nur belehren, wenn er Inhalt eben dieser Urkunde ist,⁹¹ was aber bei Drittsicherungsfällen der hier in Rede stehenden Art dann ausscheidet, wenn der an der Grundschuldbestellung nicht beteiligte persönliche Schuldner als Sicherungsgeber fungiert.

Nach allgemeinen Grundsätzen kann sich eine Belehrungspflicht des Notars daher unter dem Gesichtspunkt der sog. allgemeinen Betreuungspflicht⁹² nur dann ergeben, wenn der Notar aufgrund objektiver Umstände Anlass zu der Besorgnis hat, einem Beteiligten drohe Schaden. Dies wird nur ausnahmsweise der Fall sein: Für den Notar erschließt sich ja regelmäßig nicht einmal, dass die Grundschuld für die Schuld eines Dritten bestellt werden soll; noch weniger weiß der Notar über die Parteien des Sicherungsvertrages. Zu einer eigenständigen Nachforschung ist er nicht verpflichtet.⁹³ Tritt der Drittsicherungscharakter demgegenüber aber ausnahmsweise offen zu Tage, wird der Notar zum Schutze des Eigentümers tätig werden müssen. Insoweit wird jüngst vorgeschlagen, die Grundschuldbestellungsurkunde in „offensichtlichen Drittsicherungsfällen (. . .) um die Festlegung zu ergänzen, dass der Eigentümer als Sicherungsgeber der Grundschuld agiert.“⁹⁴ Eine solche formulärmäßige Bestimmung kann indes schnell zur Kollision mit den zwischen Eigentümer, Kreditnehmer

78 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2) Rn. 645.; MünchKomm/Eickmann (Fn. 22), § 1191 Rn. 22; jüngst auch Volmer, MittBayNot 2011, 377, 378; ausführlich Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, 5. Auflage 2006, Rn. 1171 ff., 1174 ff.

79 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2) Rn. 645.; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 267 f.; MünchKomm/Eickmann (Fn. 22), § 1191 Rn. 22.

80 NJW 1989, 1732; NJW 2010, 935; Beschl. vom 27. 10. 2011 – V ZR 64/11.

81 Clemente (Fn. 57), Rn. 295; vgl. Erman/Wenzel (Fn. 8), § 1191 Rn. 7.

82 Übersicht bei Clemente (Fn. 57), Rn. 293 f.; die Auffassung des BGH stützend auch Clemente (Fn. 57), Rn. 293 ff. m. w. N.; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 7. Auflage 2007, Rn. 55; Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1191 Rn. 16 (anders noch in der 69. Auflage).

83 Beschl. vom 27. 10. 2011 – V ZR 64/11.

84 Vgl. in diesem Sinne Reinicke/Tiedtke, Rn. 1175; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 645; s. auch Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 268: „Diese Sicherungsform ist für den Eigentümer hochgefährlich, weil er völlig von der Loyalität des Schuldners abhängig ist.“

85 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 645; zustimmend Volmer, MittBayNot 2011, 377, 378.

86 Dazu schon oben B II 2.

87 Näher Clemente, BKR 2002, 975, 977 f.; Clemente (Fn. 57), Rn. 296, Rn. 463 ff.; zustimmend zu diesem Ansatz Derleder/Knops/Bamberger/Jacoby, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2004, § 18 Rn. 17 a.E.; zu dieser Konstellation liegt seitens des BGH jedoch – im Gegensatz zur formulärmäßig weiten Sicherungsabrede bei der Besicherung fremder Verbindlichkeiten und Identität von Sicherungsgeber und Eigentümer (dazu oben. . .) – bislang kein Judikat vor.

88 BGH, NJW 2010, 935, 936 m.H.a. Clemente, ZIP 1990, 969, 970; vgl. auch Derleder/Knops/Bamberger/Otten (Fn. 87), § 17 Rn. 5.

89 BGH, NJW 2010, 935; Clemente (Fn. 57), Rn. 295.

90 Sostmann DNotZ 1995, 260, 265 f.

91 Amann, in: Beck'sches Notarhandbuch (Fn. 28), A VI Rn. 44; Sostmann, DNotZ 1995, 260, 266.

92 Vgl. allgemein Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 17 Rn. 242 ff.

93 Vgl. Sostmann, DNotZ 1995, 260, 266.

94 So jüngst Volmer, MittBayNot 2011, 377, 378.

und Kreditgeber/Sicherungsnehmer bislang ausgehandelten Bedingungen der Grundschuldbestellung führen; gegenüber dem Eigentümer könnte so – nicht zuletzt von Seiten des Darlehensnehmers – der Vorwurf der Vertragspflichtverletzung (§ 280 Abs. 1 BGB) erhoben werden. Daher dürfte es vorzugswürdig sein, es bei einem bloßen notariellen Rat zu belassen. Das von Amann⁹⁵ zur Dokumentation notarieller Belehrung zur Aufnahme in die Grundschuldbestellungsurkunde vorgeschlagene Formulierungsbeispiel könnte insoweit in offensichtlichen Drittsicherungsfällen etwa um folgenden Absatz erweitert werden:

„Der Notar hat ausdrücklich dazu geraten, die Zweckklärung für die Grundschuld selbst zu schließen und hierbei auf die Vereinbarung eines möglichst engen Sicherungsumfangs zu achten.“

Ein solcher abstrakter Rat dürfte einerseits den ausnahmsweise aus § 17 BeurkG folgenden Belehrungspflichten genügen, andererseits den Beteiligten nicht des Schutzes des § 305 c BGB vor einer formulärmäßig weiten Sicherungszweckerklärung berauben. Denn die insoweit von der Rechtsprechung zur Ausräumung des Überraschungseffekts geforderten Hinweise müssen derart individueller Natur sein, dass der Notar sie wohl schon faktisch kaum jemals geben können.⁹⁶

IV. Einredemöglichkeit gegen die Grundschuld

1. Grundlagen

Der Eigentümer kann den Rückgewähranspruch dem Grundschuldgläubiger aber auch als Einrede entgegenhalten. Denn aus dem Sicherungsvertrag folgt zugleich die Befugnis, sich gegen eine Inanspruchnahme zu wehren, die dem Sicherungszweck zuwiderläuft.⁹⁷ Allerdings muss der Eigentümer hierzu auch Inhaber des Rückgewähranspruchs sein.⁹⁸ Regelmäßig setzt dies voraus, dass er auch Sicherungsgeber ist⁹⁹ und den Anspruch nicht abgetreten¹⁰⁰ hat.¹⁰¹ Anderenfalls muss ihm der Rückgewähranspruch gem. § 328 BGB zugutekommen oder aber an ihn (zurück-)abgetreten sein.¹⁰²

2. Verhältnis zum gesetzlichen Verzichtanspruch nach § 1169 BGB

Da die Einrede aus dem Rückgewähranspruch als peremptorisch begriffen wird, führt sie dabei zugleich zu einem gesetzlichen Verzichtanspruch des durch sie begünstigten Eigentümers gem. § 1169 BGB.¹⁰³ Von praktischer Bedeutung ist dies vor allem deshalb, weil die Rechtsprechung diesen Verzichtanspruch auch auf die Modalität der Abtretung erweitert hat¹⁰⁴ und der Eigentümer hiernach auch Aufhebung („Löschung“) der Grundschuld verlangen können soll.¹⁰⁵ Im praktischen Ergebnis steht dem Eigentümer damit als Folge des schuldrechtlichen Rückgewähranspruchs ein auf dieselben Ziele gerichteter gesetzlicher Anspruch zur Seite. Mit dem Rückgewähranspruch verknüpft ist folglich zweierlei: Die Möglichkeit zur peremptorischen Einrede, verbunden mit dem gesetzlichen Verzichtanspruch des § 1169 BGB.

3. Schicksal der Einrede bei Zession der Grundschuld

a) Bei Eintritt in die Rückgewährpflicht

Die aus dem Rückgewähranspruch folgende Einrede kann gegenüber einem Zessionar der Grundschuld wiederum jedenfalls dann geltend gemacht werden, wenn dieser in den Sicherungsvertrag eingetreten ist oder die Rückgewährpflicht anderweitig übernommen hat.¹⁰⁶ Denn in diesem Falle treffen ihn eigenständige schuldrechtliche Verpflichtungen gegenüber dem Eigentümer.

b) Ohne Eintritt in die Rückgewährpflicht

Doch auch wenn der Zessionar der Grundschuld die Rückgewährpflicht nicht übernommen hat, ist der Eigentümer trotz des seinem Ausgangspunkt nach abstrakten Grundpfandrechts nicht etwa rechtlos gestellt. Geschützt wird er herkömmlich nach § 1157 BGB (unten aa), dessen Schutz im Anwendungsbereich von § 1192 Abs. 1 a BGB erheblich aufgewertet ist (unten bb).

aa) Im Anwendungsbereich von § 1157 BGB

Herkömmlich kann sich der Eigentümer nur nach Maßgabe von § 1157 BGB zur Wehr setzen. Das hierdurch vermittelte Schutzniveau ist freilich im Interesse der Verkehrsfähigkeit des abstrakten Grundpfandrechts beschränkt. So setzt § 1157 BGB nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung¹⁰⁷ voraus, dass die Einrede dem Eigentümer zur Zeit der Abtretung bereits zustand, also vollständig verwirklicht war. Es genügt m.a.W. mit Blick auf die Rückgewährpflicht nicht, wenn die gesicherte Forderung erst nach Abtretung getilgt wird.¹⁰⁸ Zudem ermöglicht § 1157 S. 2 BGB dem Zessionar rechtsgeschäftlich¹⁰⁹ den gutgläubig einredfreien Erwerb des Grundpfandrechts. Dabei ist der Zessionar nach h. M. nur dann nicht gutgläubig, wenn er im Zeitpunkt der Abtretung des Grundpfandrechts nicht nur den Sicherungscharakter, sondern auch den Ein-

95 In: Beck'sches Notarhandbuch (Fn. 28), A VI Rn. 45.

96 Vgl. eingehend Amann, MittBayNot 1997, 341 (zugl. Anm. zu BGH MittBayNot 1997, 358 = MittRhNotK 1997, 346).

97 Statt aller Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1191 Rn. 23.

98 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 788 mit zahlr. Nachw. aus der Rspr.; eingehend Clemente (Fn. 57), Rn. 735 ff.

99 Vgl. hierzu schon oben B III.

100 Vgl. noch unten B VII 1.

101 Erman/Wenzel (Fn. 8), § 1191 Rn. 54 f.; Clemente (Fn. 57), Rn. 736

102 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 788, Clemente (Fn. 57), Rn. 738.

103 S. nur Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), § 1169 Rn. 1, 26 ff., Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 111.

104 BGHZ 108, 237 = NJW 1989, 2536; aus der Literatur statt aller Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1169 Rn. 3; a.A. aber Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), § 1169 Rn. 27.

105 MünchKomm/Eickmann (Fn. 22), § 1169 Rn. 12; Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1169 Rn. 2; a.A. Wolfsteiner, DNotZ 2003, 321, 326.

106 Vgl. zu Möglichkeiten des rechtsgeschäftlichen Eintritts in die Rückgewährpflicht nur DNotI-Report 2010, 93; Sommer, RNotZ 2010, 378; Bork, WM 2010, 2057, 2058 ff.

107 BGHZ 85, 388 = NJW 1983, 752; vgl. aus der Literatur Erman/Wenzel (Fn. 8), § 1191 Rn. 57; Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1191 Rn. 24.

108 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 790 m. w. N.

109 Bei einer cessio legis ist der Gutglaubenstatbestand demgegenüber ausgeschlossen, statt aller BeckOK-BGB/Rohe (Fn. 4), § 1192 Rn. 155 m. w. N.

redetatbestand positiv kannte.¹¹⁰ Selbst grob fahrlässige Unkenntnis schadet nicht.¹¹¹

bb) Im Anwendungsbereich von § 1192 Abs. 1 a BGB

Der durch § 1157 BGB vermittelte Schutz hat durch das Risikobegrenzungs-gesetz¹¹² eine erhebliche Aufwertung erfahren.¹¹³ So ist die Möglichkeit des gutgläubig einrede-freien Erwerbs nach der neu eingefügten Bestimmung des § 1192 Abs. 1 a BGB bei nach dem 19. 8. 2008 (vgl. Art. 229 § 18 EGBGB) erworbenen Sicherungsgrundschulden ausgeschlossen. Zudem können Einreden aus dem Sicherungsvertrag nicht nur dann geltend gemacht werden, wenn sie dem Eigentümer zum Zeitpunkt der Abtretung bereits aus dem Sicherungsvertrag zustehen, sondern auch dann, wenn sie sich „aus dem Sicherungsvertrag ergeben“. Hierunter sollen solche Einredetatbestände fallen, die zwar im Zeitpunkt der Abtretung bereits im Sicherungsvertrag begründet waren, jedoch erst später vollständig verwirklicht wurden.¹¹⁴ Im praktischen Ergebnis bedeutet dies, dass sich der Zessionar einer Sicherungsgrundschuld im Anwendungsbereich von § 1192 Abs. 1 a BGB Zahlungen auf die gesicherte Forderung ohne Rücksicht auf seinen guten Glauben auch dann entgegenhalten lassen muss, wenn der Schuldner erst nach Grundschulderwerb an den Gläubiger der persönlichen Forderung leistet.¹¹⁵

Zwar kann nach § 1192 Abs. 1 a BGB nicht aktiv Erfüllung des schuldrechtlichen Rückgewähranspruchs verlangt werden; gleichwohl hielt der Gesetzgeber eine gesonderte Regelung gegenüber dem Zessionar der Grundschuld für entbehrlich. Der rückgewährberechtigte Eigentümer habe über § 1169 BGB i. V. m. § 1192 Abs. 1 a BGB einen Verzichtanspruch, der auch dem Rechtsnachfolger des ursprünglichen Grundschuldgläubigers entgegengesetzt werden könne.¹¹⁶ Folgt man dem, so kann der gesetzliche Anspruch aus § 1169 BGB¹¹⁷ durch den Eigentümer mittels § 1192 Abs. 1 a BGB selbst demjenigen entgegengehalten werden, der in die Rückgewährpflicht nicht schuldvertraglich eingetreten ist.¹¹⁸

Allerdings schützt § 1192 Abs. 1 a BGB den Eigentümer nach dem Wortlaut der §§ 1192 Abs. 1 a, 1157 BGB nur dann, wenn dieser auch Sicherungsgeber ist. Der Fall der Personenverschiedenheit von Eigentümer und Sicherungsgeber¹¹⁹ liegt damit außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs von § 1192 Abs. 1 a BGB.¹²⁰ Dementsprechend wird sich der Eigentümer, der – etwa in Drittsicherungsfällen – nicht Sicherungsgeber ist, nicht auf § 1192 Abs. 1 a BGB berufen können.¹²¹ Und auch der ursprünglich mit dem Eigentümer identische Sicherungsgeber, der sein Eigentum in der Zwangsversteigerung oder kraft Rechtsgeschäfts unter Fortbestand seiner Stellung als Sicherungsgeber verloren hat, wird sich infolge Verlustes seines Eigentums nicht mehr auf den Schutz von § 1192 Abs. 1 a BGB berufen können. In solchen Fällen dürfte schon begrifflich keine Sicherungsgrundschuld vorliegen,¹²² weshalb ein gutgläubig einrede-freier Erwerb der Grundschuld nach wie vor möglich sein wird.¹²³ In Drittsicherungsfällen oder nach Verlust des Eigentums in der Zwangsverstei-

gerung wird daher der Sicherungsnehmer die Grundschuld zedieren können, ohne dass der Zessionar die Wirkung des § 1192 Abs. 1 a BGB zu fürchten bräuchte.

V. Verjährung

Der Rückgewähranspruch verjährt nach § 196 BGB in 10 Jahren seit seiner Entstehung (§ 200 BGB), also mit dem Wegfall des Sicherungszwecks.¹²⁴ Auch eine teilweise Tilgung der gesicherten Forderung kann – bei eng gefasster Sicherungsabrede oder Konzentration der weiten Sicherungsabrede auf die bestehende Restschuld – einen Anspruch auf Rückgewähr eines entsprechenden Teils der Grundschuld auslösen.¹²⁵ Rechtskonstruktiv würde damit der Rückgewähranspruch abschnittsweise verjähren.¹²⁶ Wenngleich sich ein Kreditinstitut wohl gemäß § 242 BGB nicht auf (partielle) Verjährung berufen können,¹²⁷ und wenn auch infolge Rückgewährpflicht ein gesetzlicher Verzichtanspruch nach § 1169 BGB entsteht,¹²⁸ zeigt sich hieran doch, dass die zehnjährige Verjährungsfrist zu knapp bemessen sein kann. Vertragliche Verlängerung auf 30 Jahre¹²⁹ oder Hinausschieben des Verjährungsbeginns¹³⁰ ist daher empfehlenswert, zumal nicht abschließend geklärt ist, ob das durch § 1169 BGB vermittelte Schutzniveau gleichwertig ist.¹³¹ So kann zum einen nicht als gesichert gelten, dass der Anspruch aus

110 BGHZ 103, 72 = NJW 1988, 1375, 1378; Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1191 Rn. 24; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 792; BeckOK-BGB/Rohe (Fn. 4), § 1192 Rn. 153; a. A. (Kenntnis vom Sicherungszweck genügend) MünchKomm/Eickmann (Fn. 22), § 1191 Rn. 92 f. m. w. N.

111 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 792; Clemente, ZfIR 2008, 589, 595.

112 Oben Fn. 4.

113 Statt aller Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1191 Rn. 24; eingehend zur Neuregelung Sommer, RNotZ 2010, 378; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 788 ff.

114 BT-Drucks. 16/9821, S. 16; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), § 1192 Rn. 43; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 789.2.

115 Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), § 1192 Rn. 43.

116 BT-Drucks. 16/9821, S. 17.

117 Vgl. zum Anspruchsinhalt oben B IV 2.

118 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 793; vgl. zudem noch unten C II 1.

119 Vgl. oben B II 6 sowie B III.

120 Clemente, ZfIR 2008, 593, 595; Sokolowski, JR 2009, 309, 311; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), § 1192 Rn. 45; Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1192 Rn. 3.

121 A. A. Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 789; jüngst auch Bülow, WM 2012, 289.

122 Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), § 1192 Rn. 45, der allerdings darauf hinweist, dass allein die Sicherungszession des Rückgewähranspruchs den Charakter als Sicherungsgrundschuld wohl nicht aufheben wird.

123 Clemente, ZfIR 2008, 593, 595, vgl. auch die Nachw. oben Fn. 120 sowie die Gegenstimmen in Fn. 121.

124 H.M.: Erman/Wenzel (Fn. 8), § 1191 Rn. 61; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 726.1; vgl. eingehend jüngst Otte, DNotZ 2011, 897, auch zu abweichenden Auffassungen.

125 Vgl. oben B II 1.

126 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 726.1.

127 So etwa Erman/Wenzel (Fn. 8), § 1191 Rn. 61.

128 Vgl. zum Anspruchsinhalt näher oben B IV 2.

129 Hierfür Amann, DnotZ 2002, 94, 122; Wolfsteiner, DNotZ 2001, 902; ausführlich DNotZ 2003, 321; Schöner/Stöber (Fn. 7), Rn. 2336 a; Vorschlag des Ausschusses für Schuld- und Liegenschaftsrecht der Bundesnotarkammer für ein Grundschuldformular, DNotZ 2002, 84.

130 Näher Otte, DNotZ 2011, 897, 908.

131 Ausführlich zu den nachstehenden Gesichtspunkten Wolfsteiner, DNotZ 2003, 321; vgl. ferner noch unten C II 1.

§ 1169 BGB nicht seinerseits der Verjährung unterliegt.¹³² Zum anderen ist unklar, ob und – wenn ja – welchen Schutz § 1169 BGB gewährt, wenn Inhaber des Rückgewähranspruchs und Grundstückseigentümer personenverschieden sind.

VI. Befugnis zur Revalutierung

1. Anknüpfung an den Inhalt der Sicherungsabrede

Da die Grundschuld mit Tilgung der durch sie gesicherten Verbindlichkeiten nicht automatisch an den Sicherungsgeber zurückfällt,¹³³ stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die (noch nicht zurückgewährte) Grundschuld erneut als Sicherungsmittel eingesetzt werden darf. Insoweit gilt es zunächst den genauen Inhalt der bisherigen Sicherungsabrede in Blick zu nehmen, um festzustellen, ob der Sicherungszweck bereits entfallen ist.¹³⁴ Ist er nämlich *weit* gefasst und hat sich die Sicherungsabrede auch nicht auf die konkret gesicherten Forderungen konzentriert,¹³⁵ so kann auch eine neue Forderung, die sich dem Kreis der durch den Sicherungszweck bestimmten Forderungen zuordnen lässt, ohne weiteres durch die Grundschuld gesichert werden.¹³⁶

Hat sich der (*enge*) Sicherungszweck der Grundschuld demgegenüber erledigt, ist also der Rückgewähranspruch bereits entstanden,¹³⁷ sind Änderung oder Neuausschluss des Sicherungsvertrages erforderlich.¹³⁸ Der Zustimmung nachrangiger Gläubiger bedarf es hierzu im Ausgangspunkt nicht, insbesondere nicht in Anbetracht gesetzlicher Lösungsansprüche (§§ 1179 a, b BGB), da diese erst *nach* Erfüllung des Rückgewähranspruchs entstehen können.¹³⁹ Anderes gilt jedoch dann, wenn der Rückgewähranspruch selbst abgetreten oder ge- bzw. verpfändet worden ist.¹⁴⁰ In diesen Fällen bedarf es der Zustimmung des neuen Inhabers des Rückgewähranspruchs (bzw. des [Pfändungs-]Pfandrechts) zu der notwendig werdenden vertraglichen Änderung der Sicherungsabrede.¹⁴¹

2. Auswirkungen auf die Insolvenzfähigkeit der Abtretung

Eng verknüpft ist die Frage der Revalutierungsbefugnis mit der Insolvenzfähigkeit der Abtretung des Rückgewähranspruchs. Zwar wurde bislang überwiegend angenommen, dass die Abtretung auch durch die spätere Insolvenz des Sicherungsgebers generell nicht beeinträchtigt werde. Der Zessionar des Rückgewähranspruchs habe deshalb etwa „Anspruch auf den Mehrbetrag, wenn das belastete Grundstück im Insolvenzverfahren freihändig veräußert werde und der auf die Grundschuld entfallende Teil des Kaufpreises die dadurch gesicherte Forderung übersteigt“.¹⁴² Demgegenüber hat *Kessler*¹⁴³ im Anschluss an ein jüngeres Urteil des BGH¹⁴⁴ zur fehlenden Insolvenzfähigkeit des gesetzlichen Lösungsanspruchs nachrangiger Grundschuldgläubiger die Auffassung vertreten, dass bei *weiter* Sicherungszweckerklärung „freie Teile des vorrangigen Grundpfandrechts in die Insolvenzmasse fallen.“¹⁴⁵ Dem haben sich zunächst das OLG Celle¹⁴⁶ und jüngst auch der BGH angeschlossen.¹⁴⁷ Als Grund

hierfür wird zutreffend § 91 Abs. 1 InsO angeführt. Danach können Rechte an den Gegenständen der Insolvenzmasse nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht wirksam erworben werden. Der Sicherungswert einer bestellten Grundschuld aber ist „trotz Abtretung des Rückgewähranspruchs aus dem Vermögen und der Insolvenzmasse des Sicherungsgebers nicht endgültig ausgeschieden, solange der Sicherungsnehmer allein oder im Einvernehmen mit dem Sicherungsgeber selbst oder dem Insolvenzverwalter über dessen Vermögen, etwa zur Besicherung eines Massekredits, die Grundschuld revalutieren kann, ohne dadurch den Inhalt des Rückgewähranspruchs zu verändern.“¹⁴⁸ Dementsprechend hat der BGH¹⁴⁹ nunmehr judiziert, dass die „Sicherungsabtretung des Anspruchs auf Rückgewähr einer Grundschuld [. . .] nur dann ein Recht auf abgeordnete Befriedigung im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Abtretenden begründen [kann], wenn eine Revalutierung der Grundschuld ohne Zustimmung des Abtretungsempfängers nicht oder nicht mehr in Betracht kommt.“ Der Unterscheidung zwischen enger und weiter Sicherungszweckerklärung kommt damit für die Insolvenzfähigkeit der Abtretung entscheidende Bedeutung zu.

VII. Der Rückgewähranspruch – ein verkehrsfähiges Vermögensrecht

Der Rückgewähranspruch ist ein verkehrsfähiges selbstständiges Vermögensrecht. Damit ist er ebenso abtretbar wie pfändbar.¹⁵⁰

132 Für Unverjährbarkeit wegen § 902 BGB aber etwa Palandt/Bas-senge (Fn. 6), § 1169 Rn. 2 i. V. m. § 902 Rn. 2; Otte, ZGS 2002, 57; ausführlich jüngst erneut Otte, DNotZ 2011, 897, 898 f. m. zahlr. Nachw. auch zur Gegenauffassung.

133 Vgl. schon oben I; § 1163 BGB ist nicht, auch nicht entsprechend anwendbar; statt aller BGH DNotZ 1957, 602.

134 Vgl. oben B II 1.

135 Vgl. oben B II 2.

136 Statt aller Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 731 ff., 762.

137 Soweit BGH, NJW 2012, 229 Überlegungen zur Rückverwandlung eines bereits entstandenen in einen aufschiebend bedingten Rückgewähranspruch anstellt, vermögen diese nicht zu überzeugen, vgl. schon oben B II 2 a.E. (dort Fn. 33).

138 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 762 „neuer Sicherungsvertrag“; MünchKomm/Eickmann (Fn. 22), § 1191 Rn. „durch neue Vereinbarung ergänzt“; vgl. auch BGH, NJW 2010, 935, demnach bei Bruchteilseigentümern eine Änderung der Sicherungsvereinbarung stets der Zustimmung aller Bruchteilberechtigten bedarf, die den Sicherungsvertrag abgeschlossen haben.

139 BGH, NJW 1982, 928; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 748, 765.

140 Dazu sogleich unten B VII.

141 BGH, NJW 1986, 2108, 2111; BGH, NJW 2012, 229, 230; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 764, 886 ff., 912.

142 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 859 m.H.a. BGH, NJW 1977, 247.

143 NJW 2007, 3466; vgl. auch schon EWIR 2006, 457, 458.

144 NJW 2006, 2408 = EWIR 2006, 457 mit Anm. Kessler.

145 NJW 2007, 3466, zustimmend Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 181.

146 ZIP 2010, 1407 = Rpfleger 2011, 110; kritisch hierzu Jähne/Witte, Rpfleger 2011, 113.

147 NJW 2012, 229, unter ausdrücklicher Aufgabe von BGH, NJW 1977, 247; grds. zustimmend Kessler, NJW 2012, 577.

148 BGH, NJW 2012, 229.

149 NJW 2012, 229, dort (S. 231) auch mit Ausführungen zur Anfechtbarkeit des Absonderungsrechts nach §§ 129, 130, 143 InsO.

150 Zu seinem hieraus folgenden Einsatz als (selbstständiges) Sicherungsmittel in der notariellen Vertragsgestaltung sowie zu den hiermit verbundenen Gefahren für sie vgl. noch unten C.

1. Abtretung

Die Abtretung des Rückgewähranspruchs vollzieht sich gem. §§ 413, 398 ff. BGB.¹⁵¹ Regelmäßig formfrei¹⁵² abtretbar ist damit sogar ein künftiger bzw. nicht fälliger¹⁵³ Anspruch.¹⁵⁴ Auch bei Identität von Sicherungsgeber und Eigentümer geht er als selbstständiges Recht nicht allein mit Übertragung des Grundstückseigentums auf den Rechtsnachfolger über.¹⁵⁵ Vielmehr bedarf es hierzu – sofern nicht der neue Eigentümer gar in den Sicherungsvertrag eintritt – der Abtretung des Anspruchs, die freilich auch konkludent erfolgen kann.¹⁵⁶

a) Formulärmäßige Abtretung an nachrangige Grundpfandrechtsgläubiger

Häufig erfolgt die entsprechende Abtretung von Rückgewähransprüchen jedoch sogar formulärmäßig. So wird der Rückgewähranspruch zumeist, sei es in Grundschuldbestellungsurkunden, sei es in Sicherungsabreden, an die Inhaber nachrangiger Grundpfandrechte abgetreten.¹⁵⁷ Die Vereinbarkeit der entsprechenden Kautelen mit §§ 305 ff. BGB wird dabei – auch bei Sicherung fremder Verbindlichkeiten¹⁵⁸ – regelmäßig für unproblematisch erachtet.¹⁵⁹ Durch die Abtretung soll zumeist¹⁶⁰ eine Verstärkung der nachrangigen Sicherheiten erreicht werden, insbesondere,¹⁶¹ indem der Zessionar durch Löschung vorrangiger Rechte im Rang aufrückt.¹⁶² Dienen die Rückgewähransprüche damit regelmäßig lediglich der Verstärkung der bereits vorhandenen Hauptsicherheit, so sind sie zurückzugewähren, sobald sich der nachrangige Grundpfandgläubiger vollständig aus seiner Hauptsicherheit befriedigt hat; umgekehrt ist diese zurückzugewähren, sobald Befriedigung im Umfang der Hauptsicherheit aus den Rückgewähransprüchen respektive den insoweit durch Abtretung erlangten Grundpfandrechten eingetreten ist.¹⁶³

Folge der formulärmäßigen Abtretung der Rückgewähransprüche hinsichtlich vor- oder gleichrangiger Grundpfandrechte ist im Übrigen, dass die Abtretung bei Bestellung von Grundschulden an dritter oder schlechterer Rangstelle häufig ins Leere geht. Einen gutgläubigen Erwerb von Forderungen wie des Rückgewähranspruchs kennt unsere Rechtsordnung nicht.¹⁶⁴ Für diesen Fall wird daher in den einschlägigen Vordrucken regelmäßig der Anspruch auf Rückabtretung des Rückgewähranspruchs ebenfalls abgetreten.¹⁶⁵

b) Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Sicherungsnehmers

Die Rechtsstellung des Sicherungsnehmers wird durch die Abtretung nicht geschmälert (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*). Er kann sein Grundpfandrecht im Rahmen des bisherigen sicherungsvertraglichen Gefüges verwerten.¹⁶⁶ Zur Rückgewähr ist er allein unter den darin beschriebenen Bedingungen und in der darin vorgesehenen Art und Weise verpflichtet. Hatte sich der Rückgewähranspruch durch Ausübung des Wahlrechtes schon konkretisiert,¹⁶⁷ so ist auch der Zessionar hieran gebunden.¹⁶⁸ Vereinbarungen zwischen Zedent und Zessionar, das Wahlrecht nur in bestimmter Art und Weise auszuüben, wirken im Übrigen nach allgemeinen Grundsätzen nur *inter partes*,

binden also den Sicherungsnehmer nicht.¹⁶⁹ Gutgläubige Rückgewähr der Grundschuld an den bisherigen Inhaber des Rückgewähranspruchs ermöglicht schließlich § 407 BGB.¹⁷⁰ Diese Schutzvorschrift kommt dabei auch bei Veränderungen des Sicherungsvertrages, die zur Revaluierung erforderlich werden, zum Einsatz: War dem Sicherungsnehmer die Abtretung des Rückgewähranspruchs zum Zeitpunkt der neuen Valutierungsvereinbarung nicht bekannt, so kann er die bestehende Sicherungsabrede hiernach ohne bei enger Sicherungsabrede erforderliche¹⁷¹ Zustimmung des Zessionars ändern respektive sie auch durch eine neue ersetzen.¹⁷²

c) Formulärmäßiger Zustimmungsvorbehalt

Die Abtretung des Rückgewähranspruchs kann gem. § 399 BGB durch Vereinbarung zwischen Sicherungsnehmer und Sicherungsgeber ausgeschlossen werden. In einschlägigen Musterverträgen des Kreditgewerbes

151 BGH, DNotZ 1977, 542 (Abtretung schon vor Wegfall des Sicherungszwecks möglich); MünchKomm/Eickmann (Fn. 22), § 1191 Rn. 132; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 851 ff.

152 Statt aller Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 293

153 Vgl. hierzu oben B II 1 mit Fn. 13, 15.

154 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 854; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 173.

155 Vgl. bereits oben B II 6.

156 Vgl. BGH, DNotZ 1992, 35 sowie noch unten C III 3 a.

157 Vgl. nur die Formulare in den Anhängen 6, 8, 9, 10, 12 zu Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2).

158 Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 180, § 1136 Rn. 6 m.H.a. die gesetzliche Wertung der §§ 1179 a, 1179 b BGB; a. A. für die Besicherung fremder Verbindlichkeiten aber Clemente (Fn. 57), Rn. 396.

159 BGHZ 110, 108 = NJW 1990, 1177; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), § 1136 Rn. 6, Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 173; ohne Problematisierung Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 851 ff.

160 Nach BGHZ 110, 108 = NJW 1990, 1177 ist der Sicherungszweck der formulärmäßig abgetretenen Ansprüche dementsprechend einschränkend auszulegen.

161 Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 176, 182, § 1136 Rn. 6, demnach ausschließlich die Abtretung ausschließlich zum Zwecke der Durchsetzung des Löschanforderungsanspruchs zulässig sein soll.

162 Näher Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 865 ff. Uneinheitlich wird demgegenüber beurteilt, ob eine Abtretung zum Zwecke der Erlangung einer Sicherheit über die Höhe der nachrangigen Grundschuld hinaus formulärmäßig möglich ist; dafür bei hinreichend deutlicher Gestaltung des Sicherungszwecks etwa Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 869 ff. m.H.a. BGH, NJW 1988, 1665; Dörrie, ZfIR 1999, 717, 726; Erman/Wenzel (Fn. 8), § 1191 Rn. 78 f.; a. A. Clemente (Fn. 57), Rn. 399 ff., 403; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 176 f., § 1136 Rn. 6.

163 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 867.

164 Vgl. zu diesem Grundsatz allgemein nur Palandt/Grüneberg (Fn. 6), § 405 Rn. 1.

165 Vgl. nochmals die in Fn. 157 genannten Vordrucke; zur Rechtslage bei fehlender Abtretung des Anspruchs auf Rückabtretung des Rückgewähranspruchs vgl. Dörrie, ZfIR 1999, 717, 726.

166 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 883.

167 Vgl. oben B II 4.

168 MünchKomm/Eickmann (Fn. 22), § 1191 Rn. 132; Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1191 Rn. 29 i. V. m. 26; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 191 ff. Rn. 179; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 873.

169 Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1191 Rn. 29.

170 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 863, 889.

171 Vgl. oben B VI.

172 Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1191 Rn. 17; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 889; Clemente (Fn. 57), Rn. 321; Dörrie, ZfIR 1999, 717, 727; Eickmann, DNotZ 1999, 745, 746 (Anm. zu OLG München)

üblich ist allerdings kein vollständiger Ausschluss, sondern allenfalls ein Zustimmungsvorbehalt.¹⁷³ Ein solcher führt dazu, dass eine ohne Zustimmung vorgenommene Abtretung jedermann gegenüber unwirksam ist. Formulärmäßig sind solche Zustimmungsvorbehalte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁷⁴ jedenfalls dann wirksam, wenn der Sicherungsgeber nicht Grundstückseigentümer ist. Begründet wird dies maßgeblich damit, dass in diesem Fall das Interesse des Vordruckverwenders an der Vereinfachung der Abwicklung und an der Übersichtlichkeit der Vertragsverhältnisse Vorrang vor den Interessen des Sicherungsgebers genießt.¹⁷⁵ Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung¹⁷⁶ soll der Gesichtspunkt, die Verwaltung der Sicherheiten zu vereinfachen, dabei auch dann grundsätzlich zur Wirksamkeit zumindest eines Zustimmungsvorbehaltes führen, wenn Sicherungsgeber und Eigentümer identisch sind.¹⁷⁷ Einigkeit besteht dahingehend, dass der Gläubiger die Zustimmung nicht unbillig verweigern darf. Vielmehr ist er regelmäßig zur Zustimmung verpflichtet.¹⁷⁸ Allerdings wirkt die Zustimmung nicht auf den Zeitpunkt der Abtretung zurück, so dass zwischenzeitlich erfolgte Verfügungen (allein) wirksam sind.¹⁷⁹

2. Pfändung

Als selbstständiges verkehrsfähiges Vermögensrecht ist für Gläubiger des Rückgewährberechtigten auch der Pfändungszugriff auf den Rückgewähranspruch eröffnet.¹⁸⁰ Die Pfändung vollzieht sich dabei – da schuldrechtlicher Anspruch – nach den für die Forderungspfändung maßgeblichen Vorschriften (§ 857 Abs. 1 i. V. m. §§ 829 ff. ZPO).¹⁸¹ Wirksam wird sie mit der Zustimmung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner (§ 829 Abs. 3 ZPO), also den Sicherungsnehmer.¹⁸² Voraussetzung ist allerdings nach allgemeinen Grundsätzen, dass der Anspruch dem Schuldner zum Zeitpunkt des Pfändungszugriffs zustand.¹⁸³ Ein die rechtsgeschäftliche Abtretbarkeit wirksam beschränkender Zustimmungsvorbehalt oder gar Abtretungsausschluss hindert die Pfändung gem. § 851 Abs. 2 ZPO aber nicht.¹⁸⁴

a) Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Sicherungsnehmers

Da Gegenstand der Pfändung allein der schuldrechtliche Anspruch auf Rückgewähr ist, bedarf es zu seiner Wirksamkeit weder der Eintragung der Pfändung in das Grundbuch noch – bei einem Briefrecht – der Übergabe des Briefes.¹⁸⁵ Aus demselben Grund ist der Grundschuldgläubiger auch nach Pfändung nicht in der Ausübung seiner aus der Grundschuld folgenden Rechtsmacht gehindert: Er kann sich aus ihr – sei es zwangsweise, sei es durch Verkauf und Abtretung – befriedigen; er kann über sie verfügen.¹⁸⁶ Verboten ist ihm als Drittschuldner nicht die Verfügung über die Grundschuld, sondern lediglich die Erfüllung des Rückgewähranspruchs an den Schuldner (vgl. § 829 Abs. 1 S. 1 ZPO).¹⁸⁷ Sicherheit gegen anspruchswidrige Verfügungen¹⁸⁸ (z. B. Abtretung an Dritte) gewährt aber die Vormerkung des gepfändeten Rückgewähranspruchs bei dem betroffenen Grundpfandrecht.¹⁸⁹

Die Pfändung bewirkt keine inhaltliche Änderung des Rückgewähranspruchs. Die Grundschuld kann dementsprechend nach wie vor im Rahmen des bisherigen Sicherungszwecks valuiert werden.¹⁹⁰ Allerdings bedürfen Änderungen des Sicherungsvertrages, die für den Gläubiger nachteilig sind – etwa die Erweiterung des Kreises der gesicherten Forderungen – der Mitwirkung des Pfändungsgläubigers.¹⁹¹

b) Die Verwertung des gepfändeten Rückgewähranspruchs

Rückgewähr kann der Pfändungsgläubiger nach Überweisung des gepfändeten Anspruchs zur Einziehung¹⁹² verlangen, wenn der Anspruch fällig ist. Wann dies der

173 Vgl. nur Clemente (Fn. 57), Rn. 597 sowie Anhänge 11 (DG Verlag; dort mit Erläuterung Nr. 4) und 7 (Dt. Sparkassenverlag; dort mit Erläuterung Nr. 7) zu Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2).

174 Grundlegend BGHZ 110, 241 = NJW 1990, 1601.

175 BGH, NJW 1990, 1601, 1602; zustimmend Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 759 f.; Clemente (Fn. 57), Rn. 596 ff.; kritisch Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 161 ff.

176 Vgl. insoweit auch BGH, NJW 2006, 3486 (zur Kollision von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Abtretungsverbot).

177 Clemente (Fn. 57), Rn. 600; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 759; Erman/Wenzel (Fn. 8), § 1191 Rn. 81 m. Nachw. auch zur Gegenauffassung; kritisch Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 162 f.; als wohl nicht entscheidungserheblich nicht problematisiert in BGH, NJW 2012, 229.

178 BGH, NJW-RR 2000, 1220 (zu einer Werklohnforderung); Clemente (Fn. 57), Rn. 600 ff., 602; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 759; unter dieser Prämisse meint auch Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 163, im Ergebnis könne ein Abtretungsverbot mit Zustimmungsvorbehalt hingenommen werden.

179 BGH, NJW 1990, 109 im Anschluss an BGHZ 70, 299, 303 zur fehlenden Rückwirkung der Genehmigung einer Abtretung trotz Abtretungsverbots; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 5. Aufl. 2010, Rn. 983; Kessler, DAI-Skript Vollstreckungsfeste Vertragsgestaltung, 9. Oktober 2010, S. 84.

180 Vgl. zur rechtsgeschäftlichen Verpfändung des Rückgewähranspruchs näher Dörrie, ZfR 1999, 717, 725 ff.

181 Stöber, Forderungspfändung, 15. Auflage 2010, Rn. 1888; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 900 ff.; Dörrie, ZfR 1999, 717, 725 ff.

182 Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 294; Clemente Rn. 918, 920; Stöber (Fn. 181), Rn. 1889.

183 Stöber (Fn. 181), Rn. 1889; Clemente (Fn. 57), Rn. 924; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 300; jeweils m. w. N.; vgl. im Übrigen schon RGZ 143, 113, 116.

184 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 901; Stöber (Fn. 181), Rn. 1889.

185 BGH, NJW-RR 1991, 1197, 1198; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 900, 904; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 294; Clemente (Fn. 57), Rn. 918, 920; jeweils m. w. N.

186 Stöber (Fn. 181), Rn. 1891 f.; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 295, 301; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 910.

187 Stöber (Fn. 181), Rn. 1891 a; Clemente (Fn. 57), Rn. 925; wohl a. A. Krauß (Fn. 179), Rn. 981: Löschung nur mit Zustimmung des Drittgläubigers.

188 Die Ansprüche des Pfändungsschuldners bestimmen sich im Falle anspruchswidriger Verfügung nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen, vgl. Clemente, Rn. 92; Stöber (Fn. 181), Rn. 1891 a.

189 Diesen Schutz kann der Pfandgläubiger des Rückgewähranspruchs auch einseitig erlangen, vgl. Stöber (Fn. 181), Rn. 1900 m. w. N. Vgl. zur Sicherungswirkung der Vormerkung noch unten C II 2.

190 Stöber (Fn. 181), Rn. 1891; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 301 f.

191 Stöber (Fn. 181), Rn. 1891; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 912.

192 Es ist umstritten, ob auch eine Überweisung an Zahlungs statt zulässig ist, dagegen etwa Stöber (Fn. 181), Rn. 1892 mit Fn. 44; dafür Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 298; jeweils m. w. N.

Fall ist, richtet sich nach dem Inhalt des Sicherungsvertrages.¹⁹³ Ebenfalls hiernach richtet sich, in welcher Form Rückgewähr verlangt werden kann.¹⁹⁴

Ist der Rückgewähranspruch vertraglich auf den Aufhebungsanspruch (§§ 875, 1183 BGB) beschränkt oder hatte der Sicherungsgeber sein Wahlrecht insoweit bereits ausgeübt, so ist auch der Pfändungsgläubiger hieran gebunden.¹⁹⁵ Da die Aufhebung des Grundpfandrechts zum vollständigen Untergang desselben ohne Befriedigungswirkung für den Pfändungsgläubiger führt, ist diese Anspruchsvariante für ihn allenfalls dann von Interesse, wenn er hiervon durch ein Aufrücken im Rang profitiert.¹⁹⁶ Sollte er vor diesem Hintergrund im Einzelfall die Aufhebung der Grundschuld verlangen wollen, so ist zu beachten, dass hierzu materiell-rechtlich zugleich die Zustimmung des Eigentümers (§ 1183 BGB) erforderlich ist. Ist der Eigentümer zur Abgabe der Zustimmungserklärung nicht freiwillig bereit, so kann der Gläubiger dieses – verfahrensrechtlich über § 27 GBO abgesicherte – Zustimmungsrecht selbstständig pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen.¹⁹⁷

Auch der Verzicht auf die Grundschuld (§ 1168 BGB) ist für den Gläubiger eher ungünstig, da sich an der hierdurch entstehenden Eigentümergrundschuld kein Pfandrecht fortsetzt. Vielmehr ist die Eigentümergrundschuld Gegenstand möglicher selbstständiger Pfändungsmaßnahmen.¹⁹⁸ Solche haben jedoch für den Pfändungsgläubiger regelmäßig ebenfalls keinen Wert, da der Pfändung des Rückgewähranspruchs keine rangwahrende Wirkung zukommt, weshalb insbesondere gesetzliche Lösungsansprüche (§§ 1179 a, b BGB) die zu pfändende Eigentümergrundschuld entwerten.¹⁹⁹

Für den Pfändungsgläubiger von Interesse ist damit regelmäßig nur der Anspruch auf Abtretung der Grundschuld (§ 1154 BGB). Dabei kann er zwar nur Abtretung an den Schuldner, nicht etwa Abtretung an sich, verlangen.²⁰⁰ Jedoch setzt sich das Pfandrecht am Rückgewähranspruch an der auch insoweit entstehenden Eigentümergrundschuld kraft Gesetzes analog § 1287 BGB fort.²⁰¹ Dieses Ersatzpfandrecht kann sodann gesondert verwertet werden.²⁰²

C. Der Rückgewähranspruch in der notariellen Vertragsgestaltung

Wie vorstehend aufgezeigt, kommt dem Rückgewähranspruch im System der Sicherung von Forderungen durch Grundschulden erhebliche Bedeutung zu. Hiermit korrespondierend, lassen sich auch typische Problemlagen in der notariellen Praxis ausmachen. Insoweit soll zunächst die Bedeutung des Rückgewähranspruchs als Sicherungsmittel in Blick genommen werden (unten I.), um auf dieser Grundlage der Frage nachzugehen, wie sich der lediglich schuldrechtlich wirkende Anspruch auf Rückgewähr sichern lässt und wann eine solche Sicherung erforderlich wird (unten II.). Schließlich sollen auch typische Gefahren für die Vertragsabwicklung ausgeleuchtet werden (unten III.), etwa hinsichtlich des Vollstreckungszugriffs von Gläubigern des Verkäufers auf dessen Rückgewähransprüche.

I. Der Rückgewähranspruch als Sicherungsmittel

Wie bereits angesprochen,²⁰³ stellt sich der Anspruch auf Rückgewähr einer Grundschuld als selbstständiges Vermögensrecht dar. Abtretbar²⁰⁴ ausgestaltet, ist er damit auch als Sicherungsmittel geeignet.

1. Regelmäßig nur geringer eigenständiger Sicherungswert

Allerdings ist eine Sicherungszession des Rückgewähranspruchs dergestalt, dass dieser nach dem Inhalt des insoweit abzuschließenden Sicherungsvertrages als eigenständige Sicherheit eingesetzt wird, rechtstat-sächlich wohl eher selten anzutreffen. Der Grund hierfür liegt vor allem darin, dass er dem Sicherungsnehmer regelmäßig nur eine unzuverlässige Befriedigungschance gewährt.²⁰⁵

a) Kein gutgläubiger Erwerb des Rückgewähranspruchs

Die Abtretung des Rückgewähranspruchs geht ins Leere, wenn der Sicherungsgeber der Grundschuld zuvor bereits anderweitig über den Rückgewähranspruch verfügt hatte. Hierfür besteht eine durchaus reale Gefahr. Denn wie schon dargelegt,²⁰⁶ wird der Rückgewähranspruch regelmäßig (formulärmäßig) an Gläubiger nachrangiger Grundpfandrechte abgetreten, wengleich insoweit auch grundsätzlich gerade nicht als eigenständige Sicherheit, sondern lediglich zur Verstärkung der Sicherungswirkung von deren Grundschuld. Und einen gutgläubigen Forderungserwerb kennt unsere Rechtsordnung nicht. Zur Unwirksamkeit der Abtretung können weiterhin Zustimmungsvorbehalt oder sogar Abtretungsausschluss führen.²⁰⁷

b) Aus schuldrechtlichem Charakter und Inhalt folgende Schutzlücken

Selbst dann, wenn der Sicherungsnehmer den Rückgewähranspruch einmal erworben hat, ist sein Schutz nur

193 Vgl. oben B II 1 und 2.

194 Vgl. oben B II 3 und 4.

195 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 906.

196 Stöber (Fn. 181), Rn. 1893; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 906; vgl. auch Clemente (Fn. 57), Rn. 931, der die Geltendmachung des Lösungsanspruchs mangels Interesses gar für unzulässig hält.

197 Vgl. OLG Dresden, NotBZ 2010, 410: In der Folge kann der Gläubiger die Zustimmungserklärung selbst abgeben.

198 Ausführlich Stöber (Fn. 181), Rn. 1893.

199 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 920, 923; Stöber (Fn. 181), Rn. 1893.

200 Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 906, 917; Stöber (Fn. 181), Rn. 1895; jeweils m. w. N.; unklar Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 297.

201 Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 297; Clemente (Fn. 57), Rn. 932; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 916.

202 Näher Clemente (Fn. 57), Rn. 938 ff.; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 918.

203 Vgl. oben B VII.

204 Vgl. zur Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Verpfändung zudem näher Dörrie, ZfIR 1999, 717, 725 ff.

205 So BGHZ 115, 241 = NJW 1992, 110, 111; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 290; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 896.

206 Vgl. oben B VII 1 a.

207 Vgl. oben B VII 1 c.

lückenhaft. So ist die Frage der Revalutierungsmöglichkeit vom Inhalt der Sicherungsabrede abhängig, so dass der Rückgewähranspruch bei weiter Sicherungszweckerklärung nicht entsteht,²⁰⁸ wobei die Zweckerklärung nach Maßgabe von § 407 BGB gutgläubig auch ohne Zustimmung des Zessionars geändert werden kann.²⁰⁹ In diesem Zusammenhang ist auch das vom Inhalt der Sicherungsabrede abhängige Risiko der Insolvenz des Sicherungsgebers für den Zessionar des Rückgewähranspruchs in Erinnerung zu rufen.²¹⁰ Schutz hiervoor bietet letztlich nur die Vereinbarung eines möglichst engen Sicherungszwecks.

Weiterhin ist der Zessionar des Rückgewähranspruchs als Inhaber eines lediglich obligatorisch wirkenden Rechts nicht vor seinem unfreiwilligen Verlust geschützt. Ein solcher „tritt etwa ein, wenn auf die Grundschuld geleistet wird und so eine Eigentümergrundschuld entsteht [. . .]. Gleiches gilt, wenn der Grundschuldgläubiger, der auch im Falle einer Abtretung des Rückgewähranspruchs über die Grundschuld verfügen kann, auf die Grundschuld gem. §§ 1192 I, 1168 I, II BGB verzichtet [. . .]. Der Zessionar erwirbt also durch den Übergang des obligatorischen Rückgewähranspruchs keine Einwirkungsmöglichkeiten auf die Grundschuld.“²¹¹ Dementsprechend kann er auch nicht verhindern, dass der Grundschuldgläubiger die Grundschuld an einen Dritten abtritt, der die Erfüllung des Rückgewähranspruchs nicht oder nicht mehr schuldet.²¹²

Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass – soweit man die Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf die Variante der Aufhebung („Löschung“) der Grundschuld für wirksam erachtet – (auch) der Zessionar des Rückgewähranspruchs nicht zum Inhaber des Grundpfandrechts werden kann.²¹³ Schließlich besteht ein Auskunftsanspruch des Inhabers des Rückgewähranspruchs gegen den Grundpfandrechtsgläubiger über den Stand der gesicherten Verbindlichkeiten nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht allein kraft Zession des Rückgewähranspruchs.²¹⁴

2. Anwendungsfelder

Trotz der aufgezeigten Risiken sollte der Notar die Möglichkeit der Abtretung des Rückgewähranspruchs als Sicherungsmittel stets im Blick behalten. Von Wert als Sicherungsmittel kann er dabei insbesondere nicht nur für den nachrangig berechtigten Grundpfandrechtsgläubiger, sondern ganz allgemein für jeden anderweitig nachrangig Berechtigten zur Verstärkung von dessen Sicherheit sein. Ein jeder solcher hat nämlich regelmäßig ein Interesse daran, im Rang aufzurücken. Besonders augenfällig ist dieses Interesse bei demjenigen, der mit seinem dinglichen Recht zunächst im Rang hinter ein neu zu bestellendes Grundpfandrecht zurücktritt. Derartige Konstellationen sind in der notariellen Praxis z. B. nach innerfamiliären Grundstücksüberlassungen unter vorbehaltenen Nießbrauch- oder Wohnungsrechten häufig anzutreffen. Benötigt der Übernehmer des Grundbesitzes einen Kredit, zu dessen Gewährung das Kreditinstitut nur dann bereit ist, wenn ihm ein erstrangiges Grundpfandrecht bestellt wird, so sollten zugunsten des im Rang zurücktretenden Be-

rechtigten die Rückgewähransprüche abgetreten werden.

Überhaupt empfiehlt es sich, die Abtretung von Rückgewähransprüchen zur Sicherung nachrangig Berechtigter immer dort in Betracht zu ziehen, wo § 1179 BGB auch die Eintragung einer entsprechenden Löschungsvormerkung zulässt, also ganz allgemein zugunsten von Inhabern nachrangiger Grunddienstbarkeiten, Nießbrauchrechte, beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten, Vorkaufsrechte oder Reallasten (Nr. 1) oder zumindest entsprechender, ihrerseits vormerkbarer, schuldrechtlicher Ansprüche (Nr. 2). Denn da es dem Eigentümer regelmäßig leicht fällt, den durch die Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB vorausgesetzten Vereinigungstatbestand zu verhindern,²¹⁵ lässt sich nur auf diese Weise ein – wenn auch mit den aufgezeigten Mängeln behafteter – Anspruch auf Rangaufrückung begründen.

3. Schutzvorkehrungen im Rahmen der Abtretung

Kommt danach im Einzelfall die Abtretung der Rückgewähransprüche zur Sicherung insbesondere des Auf-rückungsinteresses eines nachrangigen dinglich Berechtigten in Betracht, so stellt sich die Frage, welche Schutzvorkehrungen²¹⁶ der Notar bei Gestaltung der Abtretungsvereinbarung zu treffen hat.

Insofern bietet sich zunächst ein Hinweis auf die Möglichkeit an, dass die Abtretung bei vorgehenden Zessionen oder (Ver-) Pfändungsmaßnahmen ins Leere gehen kann. Mit Blick darauf, dass (sogar formularmäßig) wohl zumindest eine Abtretungsbeschränkung in Form einer Zustimmungspflicht vereinbart werden kann,²¹⁷ ist auch insoweit an einen entsprechenden Hinweis zu denken. Wollen die Urkundsbeteiligten zusätzliche Treuhandkosten (vgl. § 147 Abs. 2 KostO) vermeiden, sollten zudem Zedent wie Zessionar erklären, dass sie die (ggf. nötige) Zustimmung selbst einholen werden.²¹⁸ Zugunsten des Zessionars des Rückgewähranspruchs hätte eine solche Zustimmung zugleich zur Folge, dass sich der Sicherungsnehmer ihm gegenüber nicht mehr auf die Schutzwirkung von § 407 BGB berufen kann.

208 Vgl. oben B II 2, B VI.

209 Vgl. oben B VII 1 b.

210 Vgl. oben B VI 2.

211 BGHZ 115, 241 = DNotZ 1992, 549, 551 f. = MittRhNotK 1992, 19, 20; ebenso Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 896.

212 Vgl. zu den Sicherungswirkungen von § 1192 Abs. 1 a BGB jedoch bereits oben B IV 3 b bb sowie sogleich unten C II 1; s. zum Schutz durch Vormerkung auch unten C II 2.

213 Krauß (Fn. 179), Rn. 1692.

214 Vgl. in diesem Sinne zum Rückgewähranspruch in Gestalt des Anspruchs auf Auskehr des Übererlöses (oben B II 5) BGH DNotZ 1988, 155 = NJW-RR 1987, 1296; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 1059; Krauß (Fn. 179), Rn. 1693.

215 Vgl. nur Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), § 1179 Rn. 6.

216 Bei besonderen Risikolagen in der Person der Grundpfandrechtsgläubiger, etwa bei ausländischen oder privaten Berechtigten, sollte zudem die Sicherung des abgetretenen Rückgewähranspruchs durch Vormerkung erwogen werden; vgl. hierzu noch nachstehend C II.

217 Vgl. oben B VII 1 c.

218 Vorsichtshalber sollten auch Ansprüche auf Rückgewähr abgetretener Rückgewähransprüche abgetreten werden, vgl. schon oben B VII 1 a a.E.

Im Einzelfall kommt auch ein entsprechender Treuhandauftrag des Zessionars des Rückgewähranspruchs an den Notar in Betracht. Speziell mit Blick auf die Situation beim Rangrücktritt könnte sich der Notar insoweit etwa anweisen lassen, von der Rangrücktrittserklärung erst dann Gebrauch zu machen, wenn ihm der Zessionar des Rückgewähranspruchs bestätigt, dass der Grundpfandrechtsgläubiger der Abtretung zugestimmt hat oder die Abtretung zustimmungsfrei ist, oder aber wenn dem mit Einholung und Entgegennahme zu bevollmächtigenden Notar eine entsprechende Erklärung des Grundpfandrechtsgläubigers vorliegt.

Weiterhin lässt sich auch ein notarieller Hinweis darauf erwägen, dass die Sicherungswirkung des Rückgewähranspruchs maßgeblich von der Vereinbarung eines möglichst engen Sicherungszwecks zwischen Sicherungsgeber und Grundpfandrechtsgläubiger abhängig ist.²¹⁹ Dementsprechend ließe sich der Treuhandauftrag an den Notar etwa dadurch erweitern, dass der Grundpfandrechtsgläubiger dem Zessionar (oder dem zu bevollmächtigenden Notar) gegenüber eine Erklärung abgegeben hat, dass das Grundpfandrecht nur zur Sicherung eines in bestimmter Höhe gewährten konkreten Darlehens dient, also nur einmal valutiert wird.²²⁰ Da eine entsprechende Einmalvalutierungserklärung, die schuldrechtlicher Vertrag (§§ 241, 311 Abs. 1 BGB) zwischen Grundschuldgläubiger und Zessionar des Rückgewähranspruchs ist,²²¹ den Sicherungsinteressen des Grundpfandrechtsgläubigers zuwiderläuft, wird sie freilich häufig einzelfallspezifische Beschränkungen erfahren.²²²

Da allein die Zession des Rückgewähranspruchs einen Auskunftsanspruch über Umfang und Höhe der gesicherten Verbindlichkeiten nicht impliziert,²²³ bietet es sich abschließend an, den Zessionar zu bevollmächtigen, von dem Inhaber des Grundpfandrechts Auskunft über sämtliche Umstände zu erhalten, die hinsichtlich der Rückgewähransprüche von Bedeutung sind.²²⁴

II. Sicherung des Rückgewähranspruchs

Der Rückgewähranspruch ist schuldrechtlicher Natur. Wie aufgezeigt,²²⁵ erlangt der Inhaber des Rückgewähranspruchs daher durch ihn keine dingliche Verfügungsgewalt über die Grundschuld. Vielmehr ist er auf die Vertragstreue des Sicherungsnehmers, auf die Erfüllung des Rückgewähranspruchs, angewiesen. Verletzungen der Rückgewährpflicht sind zwar nach näherer Maßgabe von §§ 280 ff. BGB mit der Verpflichtung zum Schadenersatz bewehrt. Werthaltig sind solche Ansprüche jedoch nur bei hinreichender Bonität des Rückgewährschuldners; zudem muss auch eine reale Möglichkeit zur Durchsetzung entsprechender Schadenersatzansprüche bestehen. Ein Verweis des Sicherungsgebers auf die Sekundärebene des Schadenersatzes mag daher bei inländischen Kreditinstituten oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts akzeptabel sein; bei ausländischen und privaten Grundpfandrechtsgläubigern kann die Bonität jedoch kaum verlässlich eingeschätzt werden, und auch an der Durchsetzbarkeit von Schadenersatzansprüchen bestehen oftmals Zweifel. Daher stellt sich die Frage, wie der

Rückgewähranspruch gegenüber derartigen Rückgewährschuldnern adäquat gesichert werden kann.

1. Durch § 1192 Abs. 1 a BGB vermitteltes Schutzniveau

Wendet man sich daher der Frage nach der Sicherung des Rückgewähranspruchs zu, so gilt es zunächst das gesetzliche Schutzniveau in Erinnerung zu rufen. Denn in welchem Umfang gestaltende notarielle Vorsorge erforderlich wird, hängt von den zu schließenden gesetzlichen Schutzlücken ab. Wie schon dargelegt,²²⁶ ist der dem Eigentümer herkömmlich allein gem. § 1157 BGB vermittelte Schutz durch § 1192 Abs. 1 a BGB erheblich aufgewertet worden. Denn nach der zuletzt genannten Bestimmung ist die Möglichkeit gutgläubig einredereifen Erwerbs der Grundschuld bei in den zeitlichen Anwendungsbereich dieser Bestimmung fallenden Sicherungsgrundschulden ausgeschlossen. Und der auf der Zahlung der gesicherten Forderung beruhende Rückgewähranspruch kann dem Zessionar des Grundpfandrechts auch dann entgegengesetzt werden, wenn die Zahlung erst nach Abtretung des Grundpfandrechts erfolgt.

Gleichwohl ist der Schutz nicht lückenlos: So gestattet zwar § 1192 Abs. 1 a BGB, Einreden aus schuldrechtlichen Beziehungen, insbesondere dem Sicherungsvertrag, auch dem Zessionar einer Grundschuld entgegenzuhalten.²²⁷ Nicht gesichert sein dürfte nach dem Wortlaut von § 1192 Abs. 1 a BGB, wonach lediglich „Einreden (. . .) entgegengesetzt“ werden können, jedoch die Möglichkeit, *aktiv* Erfüllung des schuldrechtlichen Rückgewähranspruchs zu verlangen. Allerdings meinte der Gesetzgeber,²²⁸ eine eigenständige Regelung für den Rückgewähranspruch sei entbehrlich, weil der gesetzliche *Verzichtsanspruch* nach § 1169 BGB über § 1192 Abs. 1 a BGB dem Zessionar der Grundschuld gegenüber geltend gemacht werden kann.

Indes setzt § 1169 BGB jedenfalls im Ausgangspunkt Identität von Eigentümer und Inhaber des Rückgewähranspruchs voraus. Sieht man ihn als Ausfluss des Eigentums am Grundstück selbst an,²²⁹ so ist nicht nur zweifelhaft, ob er sich von diesem – vergleichbar dem Rückgewähranspruch – durch Abtretung oder Pfän-

219 Vgl. oben B II 1, B VI.

220 Formulierungsbeispiel bei Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 890; zur Wirkung einer Einmalvalutierungserklärung in der Zwangsversteigerung vgl. BGH, NJW 2002, 1578; vgl. auch die Gestaltungsempfehlung von Kessler, NJW 2012, 577, 580 f.

221 Schöner/Stöber (Fn. 7), Rn. 2344.

222 Z. B. könnte es sich anbieten, die Prolongation eines einmal gewährten Darlehens zuzulassen.

223 Vgl. oben C I 1 b a.E.

224 Formulierungsbeispiel, auch zu weiteren vorstehenden Aspekten bei Krauß (Fn. 179), Rn. 1695.

225 Vgl. oben C I 1 b.

226 Vgl. oben B IV 3 b.

227 Vgl. oben B IV 3.

228 BT-Drucks. 16/9821, S. 17, vgl. dazu schon oben B IV 3 b bb.

229 In diesem Sinne wohl diejenigen, die m.H.a. § 902 BGB die Unverjährbarkeit des Anspruchs begründen wollen, so etwa Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1169 Rn. 2 i. V. m. § 902 Rn. 2 m. w. N.; hierfür auch Wolfsteiner, DNotZ 2003, 321 ff.

dung trennen lässt.²³⁰ Vielmehr ließe sich auch erwägen, dass er keinen Schutz gewährt, wenn es – wie etwa im Falle einer nach Zuschlagserteilung stehen gebliebenen Grundschuld oder sonst bei mangelnder Identität des Sicherungsgebers mit dem Eigentümer²³¹ – nicht der Grundstückseigentümer ist, der den Rückgewähranspruch innehat und geltend machen will.²³²

Jedenfalls § 1192 Abs. 1 a BGB gewährt wohl ohnehin nur dem *Eigentümer*, nicht aber dem Rückgewährberechtigten Schutz.²³³ Zumindest in denjenigen Fallkonstellationen, in denen der Rückgewähranspruch einzig durch Abtretung erfüllt werden kann,²³⁴ ist der zu schützende Rückgewährberechtigte jedoch gerade nicht (mehr) Eigentümer. Er wird sich schon deshalb kaum auf § 1192 Abs. 1 a BGB berufen können. Vielmehr ermöglicht hier § 1157 S. 2 BGB nach wie vor zu seinen Lasten den gutgläubig einredefreien Erwerb des Grundpfandrechts.²³⁵ Da mit Zuschlag in der Zwangsversteigerung sogar jeder (ursprünglich) mit dem Eigentümer identische Rückgewährberechtigte sein Eigentum unfreiwillig verlieren kann, besteht damit ein Risiko für jeden sicherungsgebenden Eigentümer trotz § 1192 Abs. 1 a BGB fort.²³⁶ Aus diesen Gründen kann es aus Sicht des Sicherungsgebers – selbst dann, wenn dieser mit dem Eigentümer identisch ist – sinnvoll sein, eine über den durch § 1192 Abs. 1 a BGB gesetzlich gewährten Schutz hinausgehende Sicherung seines Rückgewährrechts zu erlangen.²³⁷

2. Möglichkeit der Vormerkungssicherung

a) Allgemeines

Nach allgemeinen Grundsätzen ist Mittel zur Sicherung schuldrechtlicher Ansprüche auf dingliche Rechtsänderung an einem Grundstück die Vormerkung. Dementsprechend ist anerkannt,²³⁸ dass sich auch der Rückgewähranspruch unmittelbar bei dem Grundpfandrecht vormerken lässt. Die Vormerkung bietet dabei durch den Mechanismus der §§ 883, 888 BGB Schutz vor abredewidrigen Verfügungen²³⁹ und vermittelt § 106 InsO Schutz vor der Insolvenz des Sicherungsnehmers.²⁴⁰ Zugleich stellt diese Konstruktion – anders als § 1192 Abs. 1 a BGB – die Erfüllbarkeit des Rückgewähranspruchs auch in denjenigen Fällen sicher, in denen die Rückgewähr zwischenzeitlich an einen anderen als den ursprünglichen Eigentümer des Grundstücks zu erfolgen hat. Auch Einzelrechtsnachfolgern des ursprünglich Rückgewährberechtigten bietet sie zudem, da akzessorisches Nebenrecht (§ 401 BGB),²⁴¹ den gleichen Schutzstandard wie dem ursprünglich Rückgewährberechtigten selbst.

b) Grundbuchverfahrensrecht

Verfahrensrechtlich ist die Vormerkung, so sie zusammen mit dem Grundpfandrecht eingetragen²⁴² wird, schon auf Bewilligung (§ 19 GBO) des Eigentümers im Grundbuch zu vermerken.²⁴³ In einem solchen Fall bietet sich Verbindung der Anträge nach § 16 Abs. 2 GBO an.²⁴⁴ Soll die Eintragung der Vormerkung erst nachträglich erfolgen, so ist hierzu demgegenüber ausschließlich die Bewilligung (§ 19 GBO) des Grundpfandrechtsgläubigers erforderlich.²⁴⁵ Damit unterscheidet sich die Vormerkung des Rückgewähr-

spruchs von der Bewilligung einer Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB, die stets (lediglich) die Bewilligung des Eigentümers als potentiell betroffenem Rechtsinhaber voraussetzt.²⁴⁶ Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass die Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB ihre Wirkung erst nach Übergang der Grundschuld auf den Eigentümer, also nach Veränderung der dinglichen Rechtslage, entfalten kann, während der Rückgewähranspruch vorgelagert ist.²⁴⁷ Daher kann der Rückgewähranspruch auch unabhängig davon vorgemerkt werden, ob bereits eine Löschungsvormerkung eingetragen ist oder ein gesetzlicher Lösungsanspruch besteht.²⁴⁸

c) Beeinträchtigung der Verkehrsfähigkeit des Grundpfandrechts

Allerdings beeinträchtigt die Vormerkung des Rückgewähranspruchs potentiell die Verkehrsfähigkeit des Grundpfandrechts. Daher werden Grundpfandrechtsgläubiger entsprechende Vormerkungen bei ihren zur Kreditsicherung eingetragenen Grundpfandrechten regelmäßig nicht akzeptieren wollen. Ob die Beeinträchtigung der Verkehrsfähigkeit durch Vormerkungssicherung wirklich gravierend ist, ist zwar durchaus zweifelhaft. Denn ein nicht unwesentlicher Teil der Beschränkungen der Verkehrsfähigkeit des Grundpfandrechts ist – wie schon aufgezeigt²⁴⁹ – über § 1192 Abs. 1 a BGB bereits gesetzlicher Inhalt der Sicherungsgrundschuld. Zudem kann der Rückgewähr-

230 So aber die hM: statt aller BGH, NJW 1985, 800; Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1169 Rn. 2.

231 Vgl. oben B II 6, B III.

232 OLG Celle, ZfIR 2003, 214; ausführlich Wolfsteiner, DNotZ 2003, 321, 326 f.; s. auch Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), § 1169 Rn. 25 ff.

233 Vgl. oben B IV 3 b bb.

234 Dazu oben B II 6, B III.

235 Vgl. oben B IV 3 b bb.

236 Niemals Eigentümer des belasteten Grundstücks ist auch der nachrangig dinglich berechnigte Zessionar des Rückgewähranspruchs. Es ist daher nicht ohne jeden Zweifel (vgl. oben B IV 3 b bb mit Fn. 122), ob nicht durch Abtretung des Rückgewähranspruchs der durch § 1192 Abs. 1 a BGB vermittelte Schutz verloren geht – mit der Folge, dass möglicherweise auch eine Rückabtretung die Schutzwirkung nicht wieder aufleben lässt.

237 Vgl. auch Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 244.

238 Schöner/Stöber (Fn. 7), Rn. 2345; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 244 f.

239 Vgl. zu den Wirkungen der Vormerkung allgemein nur Schöner/Stöber (Fn. 7), Rn. 1519 ff.

240 Dies verkennt BGH, NJW 2012, 229, soweit die (in concreto fehlende) Vormerkungssicherung des Rückgewähranspruchs im Zusammenhang mit der Insolvenz des Sicherungsgebers erörtert wird, vgl. Kessler, NJW 2012, 577, 578 f.

241 Allgemeine Meinung; s. nur BGH, NJW 2009, 356 mit Anm. Kessler; Palandt/Grüneberg (Fn. 6), § 401 Rn. 4.

242 Die Eintragung erfolgt gem. § 12 Abs. 1 lit. c) GBV in der Veränderungsspalte des betroffenen Grundpfandrechts, Abteilung III.

243 BGHZ 66, 341, 347 = DNotZ 1976, 490; Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1191 Rn. 28.

244 Schöner/Stöber (Fn. 7), Rn. 2345.

245 BayOblLG, MittBayNot 1983, 12; OLG Hamm, DNotZ 1990, 601; Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1191 Rn. 28.

246 Statt aller Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1179 Rn. 12.

247 S. zum vergleichbaren Unterschied zwischen Rückgewähranspruch und den gesetzlichen Lösungsansprüchen mit Vormerkungswirkung der §§ 1179 a f. BGB schon oben B II 3.

248 LG Köln, MittRhNotK 1987, 106; Schöner/Stöber (Fn. 7), Rn. 2345 mit Fn. 85.

249 Vgl. oben C II 1.

berechtigte nach allgemeinen Grundsätzen seinen Anspruch nicht nur aufgrund Bewilligung des Grundpfandrechtsgläubigers (§ 885 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB), sondern grundsätzlich auch einseitig aufgrund einstweiliger Verfügung vormerken lassen (§ 885 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB).²⁵⁰ Natürlich ist zuzugeben, dass im Normalfall der Kreditsicherung durch Grundschulden ein über § 1192 Abs. 1 a BGB hinausgehender Vormerkungsschutz kaum erforderlich sein wird. Eine generelle Ausweitung des Vormerkungsschutzes soll auch hier nicht propagiert werden. Vielmehr sollte sie von vornherein auf spezielle Anwendungsfelder beschränkt werden.

3. Anwendungsfelder

In der notariellen Praxis bietet sich die Vormerkungssicherung des Rückgewähranspruchs zunächst vor allem dort an, wo im Allgemeinen ein dinglich wirkender Abtretungsausschluss vorgeschlagen wird, also insbesondere bei der Bestellung von Grundpfandrechten zugunsten privater Grundpfandrechtsgläubiger (unten a). Die Vormerkungssicherung kann zudem als Mittel der Vertragsgestaltung, insbesondere im Rahmen der Sicherung der Lastenfreistellung, eingesetzt werden (unten b).

a) Vormerkungssicherung als Ersatz für den Ausschluss der Abtretbarkeit der Grundschuld

aa) Grundschuld nicht abtretbar? – Rückgewähr unmöglich!

Auch angesichts von § 1192 Abs. 1 a BGB wird zur Reduzierung der von der Abstraktheit der Grundschuld ausgehenden Gefahren (noch immer) empfohlen, die Grundschuld dinglich als nicht abtretbar²⁵¹ auszugestalten.²⁵² Insbesondere bei Privatgläubigern entspricht eine solche Rechtsbeschränkung lange geübter notarieller Praxis. Indes birgt diese Vorgehensweise Gefahren für den Eigentümer. Denn der Ausschluss der Abtretbarkeit auf Ebene des dinglichen Rechts vereitelt die Rückgewähr der Grundschuld in solchen Fällen, in denen die Rückgewährpflicht aufgrund der Sicherungsabrede allein durch Abtretung erfüllt werden kann, also namentlich bei mangelnder Identität von Sicherungsgeber und Grundstückseigentümer infolge Eigentumsverlusts im Wege der Zwangsversteigerung.²⁵³ Hier ist jede vertragliche Einschränkung des Rückgewähranspruchs auf die Varianten der Aufhebung oder des Verzichts unwirksam. Aber auch in anderen Fällen, in denen der Sicherungsgeber nicht Eigentümer des Grundstücks ist, gleichgültig, ob er dies schon vor Bestellung der Grundschuld war²⁵⁴ oder ob er das Eigentum ohne Aufgabe seiner Stellung als Sicherungsgeber durch Veräußerung des Grundstücks verliert, kommen ihm alle Rückgewährmodalitäten, die nicht auf die Abtretung der Grundschuld gerichtet sind, nicht zugute. Der dinglich wirkende Abtretungsausschluss hindert in diesen Fällen die Erfüllbarkeit des Rückgewähranspruchs in Gestalt des Anspruchs auf Abtretung der Grundschuld, indem er seine Erfüllung unmöglich macht (§ 275 BGB).

Darüber hinausgehend führt der Abtretungsausschluss auf Ebene des dinglichen Rechts zwingend dazu, dass der Grundschuld die ihr an und für sich innewohnende Möglichkeit, sie durch Abtretung als Mittel der wiederholten Kreditsicherung zu verwenden, genommen wird. Eben deshalb wird ja oftmals die formularmäßige Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf den Lösungs- und/oder Verzichtsanspruch auch im Fall der Identität von Sicherungsgeber und Grundstückseigentümer für unwirksam erachtet.²⁵⁵ Gleich, ob man dieser Argumentation folgt oder nicht: Deutlich wird hieran jedenfalls, dass der Eigentümer selbst dann, wenn der Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld durch Löschung und Verzicht „erfüllt“ werden kann, ein berechtigtes Interesse an der Abtretung derselben haben kann.

Zusammenfassend bleibt damit festzuhalten: Der generelle Abtretungsausschluss auf Ebene des dinglichen Rechts, gedacht als gezielte Rechtsbeschränkung zum Schutze des Eigentümers vor treuwidrigen, dem Sicherungsvertrag widerstreitenden Verfügungen, führt – wenn der Rückgewähranspruch einzig durch Abtretung erfüllt werden kann – zum Verlust der Möglichkeit, das Sicherungsgut unmittelbar zurückzuerlangen. Und in den Fällen, in denen zwar der schuldrechtliche Rückgewähranspruch durch Löschung und/oder Verzicht erfüllt werden kann, wird dem Eigentümer zumindest die Möglichkeit genommen, die Grundschuld als Mittel der wiederholten Kreditsicherung einzusetzen. Der durch die Beschränkung des dinglichen Rechtsinhalts intendierte Schutz des Grundschuldbestellers kann sich damit letztlich in sein Gegenteil verkehren. Hieraus folgt, dass von der Bestellung nicht abtretbarer Grundpfandrechte nur mit äußerster Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden sollte.

bb) Die Beschränkung der Abtretbarkeit durch Zustimmungsvorbehalt als Alternative

Im Ansatz vertretbar dürfte vor diesem Hintergrund demgegenüber die Einschränkung der Abtretbarkeit dergestalt sein, dass sie nur mit Zustimmung des

250 Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1191 Rn. Schöner/Stöber (Fn. 7), Rn. 2345; näher Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 245 m. w. N. Eine Gefährdung des vorzumerkenden Anspruchs, ein Verfügungsgrund, ist dabei – abweichend von §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO – gerade nicht glaubhaft zu machen (§ 885 Abs. 1 S. 2 BGB). Allerdings gestaltet sich die Vormerkungssicherung durch einstweilige Verfügung nur dann unproblematisch, wenn der Rückgewähranspruch bereits entstanden ist; wegen Einschränkungen bei noch nicht fälligen bzw. entstandenen Ansprüchen vgl. speziell zum Rückgewähranspruch Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 245 und allgemein Staudinger/Gursky, BGB, 2008, § 885 Rn. 28.

251 Ein solcher Abtretungsausschluss kann nach h. M. von Anfang an oder nachträglich vereinbart werden; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 425 m. w. N. auch zur Gegenauffassung; Palandt/Bassenge (Fn. 6), § 1191 Rn. 8, vor § 854 Rn. 12.

252 So etwa Amann, in: Beck'sches Notarhandbuch (Fn. 28), A VI Rn. 15; Schaal, DAI-Skript, 6. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung, Teil 2, Band II, Rechte in Abt. II und III, 2. bis 7. Mai 2011, S. 110, 121; Kersten/Bühling/Wolfsteiner, 23. Auflage 2010, § 72 Rn. 7 ff., 15 f.

253 Vgl. oben B II 6.

254 Vgl. zur Person des Sicherungsgebers in Drittsicherungsfällen oben B III 2, vgl. zu einem möglichen Anwendungsfall in Übergabeverträgen etwa unten Fn. 301.

255 Vgl. oben B II 6 a.

Eigentümers erfolgen kann. Denn diese Form der Abtretungsbeschränkung steht immerhin einer Abtretung zur Revalutierung nicht im Wege, wenn der Sicherungsgeber noch Eigentümer ist. In diesen Fällen wird jedoch zumindest ein Kreditinstitut die Aufhebung des Zustimmungsvorbehalts verlangen, um nicht die Verwertbarkeit der Grundschuld bei Eintritt des Sicherungsfalles zu beschränken. Und ist der Sicherungsgeber nicht mehr Eigentümer, so steht es um seinen Schutz wohl kaum besser als beim völligen Abtretungsausschluss: Denn regelmäßig stehen weder der ursprüngliche Eigentümer noch der Sicherungsnehmer im Verhältnis zum Erwerber in schuldvertraglichen Beziehungen, kraft deren die Zustimmung verlangt werden könnte. Und ein Ausschluss der Abtretbarkeit dergestalt, dass die Abtretung nur an den bestellenden (ursprünglichen) Eigentümer, insoweit aber zustimmungsfrei, zugelassen wird, dürfte wohl den Typenzwang des Sachenrechts sprengen.²⁵⁶

Allerdings lässt sich die Abtretung auch derart beschränken, dass sie nur mit Zustimmung des konkreten Sicherungsgebers, regelmäßig also des die Grundschuld bestellenden Eigentümers, zulässig sein soll.²⁵⁷ In diesem Fall hätte es der Sicherungsgeber auch dann, wenn er nicht (mehr) Eigentümer ist, noch in der Hand, die zur Erfüllung des Rückgewähranspruchs durch Abtretung nötige Zustimmung zu erteilen. Vor diesem Hintergrund dürfte sich die Vereinbarung eines entsprechenden Zustimmungsvorbehalts als vorzugswürdige Alternative zur Vereinbarung eines vollständigen Abtretungsausschlusses darstellen. Allerdings vermag ein derartiger Zustimmungsvorbehalt nur Schutz vor abredewidrigen Verfügungen durch Abtretung zu gewähren. Keinen Schutz bietet er hingegen vor abredewidrigen Verfügungen durch Aufhebung oder Verzicht auf die Grundschuld. Ist der Sicherungsgeber nicht (mehr) Eigentümer des Grundstücks, kommen ihm diese Rückgewährmodalitäten indes nicht zugute, so dass er allein durch einen entsprechenden Zustimmungsvorbehalt jedenfalls nicht optimal geschützt ist. Zudem besteht das Problem, dass der Eigentümer bei Drittsicherungsfällen nach der Rechtsprechung des BGH im Zweifel nicht Sicherungsgeber sein soll.²⁵⁸ Ohne ausdrückliche Regelungen über die Person des Sicherungsgebers, ohne Gestaltung des Sicherungsvertrages, wird daher die Person des Zustimmungsberechtigten hier kaum zu bestimmen sein.

cc) Die Vormerkung des Rückgewähranspruchs – ein Substitut für die Vereinbarung dinglicher Abtretungsbeschränkungen

Als weitergehende Lösung für die aufgeworfene Problematik dürfte sich vor diesem Hintergrund die Gestaltung einer Sicherungszweckerklärung²⁵⁹ nebst Vormerkung des aus ihr folgenden Rückgewähranspruchs bei dem Grundpfandrecht darstellen. Denn die Vormerkung stellt die Erfüllbarkeit des Rückgewähranspruchs auch in denjenigen Fällen sicher, in denen die Rückgewähr zwischenzeitlich an einen anderen als den derzeitigen Eigentümer des Grundstücks zu erfolgen hat. Zugleich bietet sie durch den Mechanismus der §§ 883, 888 BGB einen einem dinglich wirkenden Abtretungsausschluss im rechtspraktischen Ergebnis vergleichbaren Schutz vor abredewidrigen Verfügungen aller Art, auch vor Lö-

schung oder Verzicht.²⁶⁰ Schließlich kann infolge ausdrücklicher Gestaltung der Sicherungsabrede kein Zweifel über die Person des Sicherungsgebers aufkommen.

Für den Notar ist mit der hier vorgeschlagenen Vormerkungssicherung des Rückgewähranspruchs nur geringer Mehraufwand verbunden, da er in Fällen, in denen er bislang die Abtretbarkeit des Grundpfandrechts eingeschränkt oder ausgeschlossen hätte, lediglich die Sicherungsabrede zwischen Schuldner und Gläubiger zu gestalten und die Eintragung der Vormerkung zu überwachen hat. Dieser vertretbare Mehraufwand sollte im Interesse des Sicherungsgebers in Kauf genommen werden. Will man diesen Weg nicht gehen, so sollte demgegenüber geprüft werden, ob sich nicht die Bestellung einer Hypothek als gegenüber der Bestellung einer Grundschuld vorzugswürdige Alternative darstellt.

b) Vormerkungssicherung des Rückgewährrechts als Mittel der Vertragsgestaltung

aa) Regelungen zur Lastenfreistellung bei ausländischen oder privaten Grundpfandrechtsgläubigern

Die Vormerkungssicherung des Rückgewähranspruchs kann zudem auch im Rahmen der Sicherung der Lastenfreistellung von Grundbesitz relevant werden. Die übliche Praxis, die Fälligkeit des Kaufpreises an den Eingang der Freistellungsunterlagen unter erfüllbaren Treuhandaufgaben zu knüpfen, erweist sich bekanntlich dann als problematisch, wenn ein Privater oder ein ausländischer Grundpfandrechtsgläubiger Inhaber einer Grundschuld²⁶¹ ist. Denn die Lastenfreistellung kann bei Verlust der Verfügungsmacht über das dingliche Recht, etwa infolge Insolvenz oder abredewidriger Verfügung, scheitern. So schützt im Falle der Insolvenz § 91 Abs. 2 InsO i. V. m. § 878 BGB den Erwerber nur, wenn die Aufgabekerklärung gem. § 875 Abs. 2 BGB bindend geworden und die Bewilligung beim Grundbuchamt eingereicht sowie der Vollzugsantrag gestellt ist.²⁶²

Daher wird in derartigen Fällen empfohlen, die Sicherung der Lastenfreistellung dadurch zu gewährleisten, dass die Rückgewährpflicht des Grundpfandrechtsgläubigers gegenüber dem Käufer eigenständig schuldrechtlich konkretisiert und bei dem Grundpfandrecht vorgemerkt wird.²⁶³ Allerdings läuft es den Inte-

256 Unter diesem Gesichtspunkt werden schon Bedenken gegen die Zulässigkeit des Abtretungsausschlusses als solche erhoben, vgl. insoweit die Nachweise zur Gegenansicht bei Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 425 in Fn. 1 sowie Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Einl. §§ 1113 ff. Rn. 138 i. V. m. Rn. 136.

257 Vgl. nur Schöner/Stöber (Fn. 7), Rn. 2379, demnach das Zustimmungserfordernis sogar in der Person eines Dritten begründet werden kann.

258 Vgl. oben B III.

259 Ein ausführliches Muster einer Sicherungszweckerklärung findet sich bei Kersten/Bühling/Wolfsteiner (Fn. 252), § 72 Rn. 36 M.

260 Vgl. oben C II 2 a.

261 Die nachstehenden Überlegungen gelten für andere beschränkte dingliche Rechte entsprechend.

262 Näher Krauß (Fn. 179), Rn. 967, 987.

263 Brambring, in: Beck'sches Notarhandbuch (Fn. 28), A I Rn. 103; Krauß (Fn. 179), Rn. 990 ff. mit Formulierungsvorschlägen, auch für Regelungen zur Kaufpreisfälligkeit.

ressen des Grundpfandrechtsgläubigers an der Verkehrsfähigkeit seiner Grundschuld zuwider, diese mit einer Vormerkung zu belasten.²⁶⁴ Zwar hindert diese die Zwangsversteigerung nicht,²⁶⁵ gleichwohl liegt ihm im Interesse der Verwertbarkeit des Grundpfandrechts durch Abtretung daran, die Vormerkung insbesondere dann möglichst unproblematisch zu beseitigen, wenn der Kaufvertrag scheitert. Um derartigen Bedenken des Grundpfandrechtsgläubigers zu begegnen, könnte vorsorglich eine Löschungsbewilligung des durch die Vormerkung geschützten Erwerbers eingeholt oder entsprechende Vollmacht an den Notar erteilt werden. Es dürfte dabei nahe liegend sein, die Gestaltung der Treuhandaufgaben hinsichtlich derartiger Schubladenlöschungsmodelle an den anhand der Löschung der Auflassungsvormerkung bei gescheitertem Kauf entwickelten Beispielen zu entwickeln.²⁶⁶ Wird insoweit eine den Interessen des Grundschuldgläubigers hinreichend Rechnung tragende Lösung angeboten, dürfte dieser auch zur Mitwirkung verpflichtet sein.²⁶⁷

bb) Regelungen im Rahmen von Teilflächenkäufen

Im Ansatz vergleichbar wird zudem vorgeschlagen, die Vormerkung zur Sicherung der Lastenfreistellung bei noch nicht vermessenen Teilflächen einzusetzen. Hier kann – anstelle eines Rangrücktritts des Pfandrechts hinter die Erwerbervormerkung²⁶⁸ oder anstelle der bloßen Anforderung von Freistellungsunterlagen²⁶⁹ – ein Freigabeverprechen des abzulösenden Grundpfandrechtsgläubigers noch vor Vermessung der Fläche im Grundbuch vorgemerkt werden.²⁷⁰ Gewissermaßen umgekehrt lässt sich das Vormerkungsinstrument beim Teilflächenkauf auch zur Sicherung des durch einen Finanzierungsgläubiger gegenüber dem Verkäufer abgegebenen Freigabeverprechens hinsichtlich der nicht verkauften Restfläche einsetzen, wenn zu Gunsten des Finanzierungsgläubigers eine Gesamtbelastung des noch nicht vermessenen Grundstücks vorgenommen wurde.²⁷¹

III. Gefahren für die Vertragsabwicklung und -gestaltung

Mit dem Rückgewähranspruch verknüpft sind schließlich auch Probleme der Vertragsabwicklung und -gestaltung, die im Folgenden angesprochen werden sollen. Dabei sollen zunächst Schutzmaßnahmen bei drohender Pfändung des Rückgewähranspruchs (unten 1.) erörtert werden, um sodann den Rückgewähranspruch bei Finanzierungsgrundpfandrechten (unten 2.) und schließlich das Schicksal des Rückgewähranspruchs bei der Übernahme von Grundpfandrechten (unten 3.) zu erörtern.

1. Schutzmaßnahmen bei drohender Pfändung des Rückgewähranspruchs

a) Allgemeines

Wie aufgezeigt,²⁷² unterliegt der Rückgewähranspruch als selbstständiges verkehrsfähiges Vermögensrecht der Pfändung durch Gläubiger des Sicherungsgebers.²⁷³ Hat der Sicherungsgeber sein Wahlrecht bzgl.

der Rückgewährmodalitäten bereits ausgeübt, so ist auch der Pfändungsgläubiger hieran gebunden. Die Wahl wird dabei im Rahmen der Lastenfreistellung regelmäßig dadurch getroffen, dass der Notar in Vollmacht für den Verkäufer die Löschungsbewilligung anfordert.²⁷⁴ Erfolgt der Pfändungszugriff demgegenüber zuvor, so wird der infolge Überweisung zur Einziehung ermächtigte Pfändungsgläubiger von dem Grundpfandrechtsinhaber regelmäßig nicht Aufhebung der Grundschuld, sondern deren Abtretung an den Schuldner verlangen, um sich aus der entstehenden Eigentümergrundschuld, an der sich sein Pfandrecht fortsetzt, zu befriedigen.²⁷⁵ Scheitert aber die Lastenfreistellung, so scheitert für gewöhnlich²⁷⁶ auch die Vertragsabwicklung.

Ein Risiko mit Blick auf die Zahlung des Kaufpreises ist hiermit zwar nicht verbunden, da die fehlenden Löschungsunterlagen bei sachgerechter Vertragsgestaltung schon den Eintritt der Kaufpreisfälligkeit hindern. Im Interesse einer vollzugsfähigen Vertragsabwicklung sollte jedoch gleichwohl zumindest bei konkreten Vollstreckungsrisiken in der Person des Verkäufers die Frage nach vertraglichen Schutzmechanismen zur Sicherung der Lastenfreistellung gestellt werden. Insoweit wird empfohlen,²⁷⁷ die betreffenden Rückgewähransprüche (nebst etwaigen Eigentümerrechten an den wegzufertigenden Grundpfandrechten) an den Erwerber aufschiebend bedingt auf die vollständige Kaufpreiszahlung, jedenfalls aber mit Eigentumsumschreibung, abzutreten. Denn gem. § 161 BGB ist der Käufer hierdurch schon mit Vertragsschluss vor nachfolgenden Abtretungen oder Pfändungsmaßnahmen geschützt. Allerdings versagt dieser Schutz dort, wo die Abtretung der Rückgewähransprüche (formular-)vertraglich abgeschlossen oder unter Zustimmungsvorbehalt gestellt ist (§ 399 BGB). Eine nachträglich erklärte Zustimmung wirkt nämlich nicht auf den Abtretungszeitpunkt zurück,²⁷⁸ so dass sie gegenüber zwischenzeitlichen Pfändungsmaßnahmen wirkungslos ist.

264 Vgl. oben C II 2 c.

265 Näher Krauß (Fn. 179), Rn. 989 mit Fn. 1325.

266 Vgl. dazu nur Amann, in: Beck'sches Notarhandbuch (Fn. 28), A I Rn. 172 ff. mit Formulierungsbeispiel.

267 Vgl. zur Verpflichtung des Kreditgebers zur Einwilligung in die vorzeitige Ablösung eines Grundschuldlehens wegen Grundstücksverkaufs allgemein BGHZ 136, 161 = DNotZ 1998, 795 = DNotl-Report 1997, 197.

268 Vgl. Wörner, MittBayNot 2001, 450.

269 Vgl. Brambring, in: Beck'sches Notarhandbuch (Fn. 28), A I Rn. 50 unter (5) der Checkliste.

270 Näher Wörner, MittBayNot 2001, 450.

271 Näher Krauß (Fn. 179), Rn. 1113 ff. mit Formulierungsvorschlägen.

272 Vgl. oben B VII 2.

273 Vgl. zu praktischen Anwendungsfällen aus der Rechtsprechung BGH, DNotZ 1958, 383 ff. mit Anm. Hoche; LG Nürnberg-Fürth, BWNNotZ 1994, 172 mit Anm. Böhringer.

274 Krauß (Fn. 179), Rn. 982.

275 Vgl. näher oben B VII 2 b.

276 Vgl. zur Möglichkeit der Zahlung auf die Grundschuld durch den Käufer als ablösungsberechtigten Dritten (§§ 268, 1150 BGB) DNotl-Gutachten Nr. 11454 vom 5. 4. 2006.

277 Krauß (Fn. 179), Rn. 982 f.; Kessler (Fn. 179), S. 83 f.; Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch (Fn. 10), Teil 2 Kap. 2 Rn. 150.

278 Vgl. oben B VII 1 c a.E.

b) Besonderheiten bei Gesamtgrundpfandrechten

Zu Problemen führt diese Lösung der bedingten Abtretung zudem dort, wo Gesamtgrundpfandrechte bestehen, die nur teilweise (etwa beim Teilflächenverkauf) abgelöst werden sollen. Der Rückgewähranspruch selbst lässt sich – da er sich auf ein einheitliches Gesamtgrundpfandrecht bezieht – nämlich mit Blick auf die Modalität der Abtretung nicht „real“ teilen; die Abtretung nicht valutierter Grundschulden würde sich m.a.W. stets nur auf das Gesamtpfandrecht beziehen.²⁷⁹ Rechtstechnisch möglich ist demgegenüber die (objektbezogen wirkende) teilweise Aufhebung (§§ 875, 1183 BGB) bzw. der Teilverzicht (Freigabe, § 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB). Um diese Ansprüche isoliert abzutreten, bedarf es jedoch der vorherigen (hinreichend bestimmten²⁸⁰) Konkretisierung des Rückgewähranspruchs auf die Einzelfreigabe, sei es durch vorgehende Ausübung des Wahlrechts, sei es durch vorgehende vertragliche Verengung der Sicherungszweckabrede auf die Einzelfreigabe.²⁸¹

Fehlt es an einer entsprechenden Konkretisierung, so ist zu erwägen,²⁸² den Rückgewähranspruch (samt etwaigen Eigentümerrechten) insgesamt sicherungshalber an den Erwerber zu zedieren. Die Sicherungszession darf dabei nur unter der (auch ansonsten zu beachtenden aufschiebenden) Bedingung der Kaufpreiszahlung erfolgen und muss zugleich (auflösend) bedingt den Rückfall des Rückgewähranspruchs für den Fall des Vollzugs der Freigabe am Vertragsobjekt vorsehen. Freilich scheitert diese Form der Abwicklung, wenn während der Abwicklung des Vertrages weitere Verfügungen über den (belasteten) Restgrundbesitz erfolgen sollen. Hier bleibt daher nur die vorherige Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf objektbezogene Aufhebung bzw. Verzicht.²⁸³

2. Sicherungszweckabrede in Finanzierungsgrundpfandrechten

a) Essentialia der Sicherungszweckabrede

Zur täglichen Praxis des Notars zählt die Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten. Der Verkäufer wirkt hierbei bekanntlich im Interesse der frühzeitigen Verschaffung einer werthaltigen²⁸⁴ Sicherung der Kaufpreisfinanzierung noch vor Kaufpreiszahlung und damit vor Eigentumsumschreibung an der Bestellung der Finanzierungsgrundschuld mit. „Kernstück“²⁸⁵ einer jeden Finanzierungsgrundschuld ist dabei die Einschränkung der Sicherungszweckerklärung bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung bzw. bis zum Eigentumsübergang. So gilt es bekanntlich, den Sicherungszweck des bestellten Grundpfandrechts dahingehend zu beschränken, dass die Grundschuld bis zu diesem Zeitpunkt nur insoweit als Sicherheit verwertet oder behalten werden darf, als der Finanzierungsgläubiger tatsächlich Zahlungen mit Tilgungswirkung auf die Kaufpreisschuld des Käufers geleistet hat.²⁸⁶ Zugleich ist im Interesse des Käufers zu bestimmen, dass nach vollständiger Kaufpreiszahlung bzw. Eigentumsumschreibung²⁸⁷ die weiteren Zweckbestimmungserklärungen gelten.²⁸⁸

b) Die Finanzierungsgrundschuld – ein Fall der Besicherung von Drittverbindlichkeiten

Rechtskonstruktiv handelt es sich freilich bis zur Eigentumsumschreibung respektive vollständigen Kaufpreiszahlung um die Besicherung von Drittverbindlichkeiten, da die Person des Eigentümers (Verkäufers) und Darlehensnehmers (Käufers) auseinanderfallen. Sicherungsgeber ist hier jedoch – sofern die im Interesse des Finanzierungszwecks (vorläufig) nötigen Einschränkungen der Sicherungszweckabrede wirksam vorgenommen werden – der Eigentümer-Verkäufer²⁸⁹ und nicht etwa der Käufer als Schuldner der persönlichen Forderung. Der nach der Rechtsprechung des BGH im Allgemeinen zu beachtende gegenteilige Zweifelsatz²⁹⁰ wird hier angesichts der abweichenden ausdrücklichen Bestimmungen²⁹¹ kein gegenteiliges Ergebnis zu begründen vermögen. Dementsprechend ist auch Inhaber des Rückgewähranspruchs zunächst der Verkäufer.

c) Der Schutz des Käufers vor Verfügungen über den Rückgewähranspruch des Verkäufers

Der Käufer ist daher vor Verfügungen des Verkäufers über den Rückgewähranspruch und Pfändungsmaßnahmen seiner Gläubiger zu schützen. Denn anderenfalls könnten Zessionare oder Pfändungsgläubiger des Verkäufers vermittels des Rückgewähranspruchs nicht

279 Näher Böhringer, BWNotZ 1994, 173 f.; vgl. auch Krauß (Fn. 179), Rn. 984; Kessler (Fn. 179), S. 84 f.

280 Böhringer, BWNotZ 1994, 174.

281 Krauß (Fn. 179), Rn. 984; Kessler (Fn. 179), S. 85.

282 Krauß (Fn. 179), Rn. 984.

283 S. erneut Kessler (Fn. 179), S. 85; Krauß (Fn. 179), Rn. 985.

284 Ausführlich zu den Risiken von allein durch den Käufer bestellten Finanzierungsgrundschulden bereits Tröder, DNotZ 1984, 350 ff.

285 Ertl, MittBayNot 1989, 53, 62.

286 Vgl. nur Schöner/Stöber (Fn. 7), Rn. 3158 f. m. zahlr. weit. Nachw.; Amann, in: Beck'sches Notarhandbuch (Fn. 28), A I Rn. 118 ff., 120; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 279; teilweise wird weitergehend empfohlen, den Sicherungszweck dahingehend stärker zu beschränken, dass der Kaufpreis vollständig gezahlt ist (vgl. insoweit Reymann, MittBayNot 2008, 272, 274; s. ferner die Nachw. bei Schilling, ZNotP 2009, 138, 139; kritisch Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 707). Zu den nach Auffassung des BGH bestehenden (Kondiktions-)Risiken bei (überflüssiger, vgl. nur Schöner/Stöber (Fn. 7), Rn. 3158) Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs s. BGH, DNotZ 2008, 923 mit abl. Anm. Keim, DNotZ 2009, 245.

287 Dafür, erst diesen Zeitpunkt zum Ende der eingeschränkten Zweckerklärung zu erheben, etwa Schöner/Stöber (Fn. 7), Rn. 3158, da anderenfalls Schutzlücken namentlich bei Nichtzahlung der Grunderwerbsteuer verbleiben.

288 Vgl. Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 708; Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 279.

289 Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 279; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 706

290 Vgl. oben B III 2.

291 Wirksamkeit der weiteren Zweckbestimmungserklärungen des Käufers erst nach Kaufpreiszahlung bzw. Eigentumsumschreibung und Abtretung der Rückgewähransprüche des Verkäufers an den Käufer, dazu sogleich unter c). Erfolgt die Bestellung des Finanzierungsgrundpfandrechts jedoch ohne entsprechende Einschränkungen, wird Sicherungsgeber sofort der Käufer als Darlehensnehmer sein, der sie aus Sicht des Finanzierungsgläubigers, des Sicherungsnehmers, diesem „aufgrund schuldrechtlicher Abreden mit dem Eigentümer verschafft“ (vgl. oben B III 2). Daher wird der Verkäufer-Eigentümer dem Grundpfandrechtsgläubiger zur Abwendung von Vollstreckungsmaßnahmen nicht etwa im Wege der Bereicherungseinrede (§ 821 BGB) die Rechtsgrundlosigkeit der Grundpfandrechtsbestellung entgegenhalten können.

valuierte Teile des Grundpfandrechts erlangen und den Käufer auch nach vollständiger Kaufpreiszahlung mit Vollstreckungsmaßnahmen bedrohen.²⁹² Diesen Schutzzweck erreichen die gängigen Muster auch: Gelten nämlich alle weiteren Sicherungszweckbestimmungen mit vollständiger Kaufpreiszahlung bzw. Eigentumsumschreibung für den Käufer als neuen Sicherungsgeber, so scheidet der Verkäufer bei vertragsgemäßer Abwicklung zu diesem Zeitpunkt aus der ursprünglichen Sicherungsabrede mit der Folge des Verlustes des Rückgewähranspruchs aus.²⁹³

Man könnte daher mit Blick auf die Gefahr der Pfändung von Rückgewähransprüchen erwägen, es allein bei der Vereinbarung einer entsprechend eingeschränkten Sicherungszweckabrede zu belassen. Im Interesse der Wahl des sichersten Weges sehen die gängigen Muster²⁹⁴ gleichwohl die Abtretung aller an dem Grundpfandrecht zustehenden Rechte auf den Erwerber vor. Pfändungsmaßnahmen gehen infolgedessen ebenso wie nachfolgende Verfügungen über den Rückgewähranspruch ins Leere. Denn abweichende Verfügungen (wie auch Pfändungsmaßnahmen) werden dann mit Bedingungseintritt unwirksam (§ 161 BGB).²⁹⁵

Es ist daher zweifelhaft, ob zum Schutze des Käufers²⁹⁶ zusätzlich eine Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf den Lösungsanspruch erforderlich ist. Immerhin dürfte diese Einschränkung aber angesichts der Sondersituation beim Finanzierungsgrundpfandrecht auch in Formularverträgen unbedenklich sein.²⁹⁷ Zum einen nämlich erwirbt der Käufer einen uneingeschränkten Rückgewähranspruch originär aus der selbst geschlossenen (weiteren) Sicherungszweckerklärung. Zum anderen hat der Verkäufer an der Abtretung des Finanzierungsgrundpfandrechts kein vernünftiges Interesse. Greifbare Nachteile hat er nur zu befürchten, wenn es zu einer Versteigerung des Grundbesitzes durch nachrangige Grundpfandrechtsgläubiger kommt. Diese Nachteile kann er jedoch – so der Kaufvertrag gescheitert ist – durch rechtzeitige Geltendmachung seines Lösungsanspruchs abwenden, ggf. gegen Rückzahlung des auf den Kaufpreis erhaltenen Betrags.²⁹⁸

3. Übernahme von Grundpfandrechten

Schließlich soll der Rückgewähranspruch Anlass für einen Blick auf die Übernahme von Grundpfandrechten bei Grundstücksveräußerungen sein. Wie schon dargelegt,²⁹⁹ führt der Eigentumswechsel am Grundstück nicht zur Änderung der Parteien des Sicherungsvertrages, und zwar unabhängig davon, ob Grundlage des Eigentumswechsels der Erwerb in der Zwangsversteigerung oder die – für die notarielle Praxis bedeutsame – rechtsgeschäftliche Veräußerung ist. Daher gilt es in Veräußerungsverträgen stets zu bestimmen, was mit Eigentümerrechten und Rückgewähransprüchen hinsichtlich übernommener Grundpfandrechte zu geschehen hat, um den in ihnen verkörperten wirtschaftlichen Wert dem Veräußerer oder dem Erwerber zuzuordnen.³⁰⁰

a) Abtretungslösung

In der Regel wird es dabei interessengerecht sein, durch Abtretung der Rückgewähransprüche und Eigentümerrechte an den Erwerber einen Gleichlauf mit dessen Eigentümerstellung herzustellen.³⁰¹ Gleichwohl fehlt auch in notariellen Verträgen zuweilen eine ausdrückliche Regelung über die Zuordnung von Eigentümerrechten und Rückgewähransprüchen. Hier bedienen sich Rechtsprechung³⁰² und Literatur³⁰³ mit Blick auf den Rückgewähranspruch des Mittels der Vertragsauslegung. Zumindest bei der Übernahme von grundpfandrechtlich besicherten Verbindlichkeiten unter Anrechnung auf den Kaufpreis³⁰⁴ wird insoweit regelmäßig zugunsten des Erwerbers von einer konkludenten Abtretung der Rückgewähransprüche ausgegangen. Dies erscheint interessengerecht, weil in einer derartigen Fallgestaltung der Erwerber derjenige ist, dem die Grundschulden wirtschaftlich zugeordnet werden sollen; er soll nicht die zweimalige Inanspruchnahme – einmal aus der übernommenen Schuld und einmal aus dem Grundpfandrecht – befürchten müssen.³⁰⁵

Gleichwohl zeigt sich hieran, dass zur Vermeidung von Zweifelsfällen eine ausdrückliche vertragliche Regelung über das Schicksal der Rückgewähransprüche bei übernommenen Grundpfandrechten regelmäßig essentieller Bestandteil sachgerechter notarieller Vertragsgestaltung ist.³⁰⁶ Soll – wie oftmals – der Erwerber die Befugnis zur (Re-) Valutierung der Grundpfandrechte innehaben, so sollten die Eigentümerrechte und Rückgewähransprüche ausdrücklich abgetreten werden. Um hierbei ein Vorleistungsrisiko auszuschließen, sollte die Abtretung unter die (aufschiebende) Bedingung der Erbringung der versprochenen Gegenleistungen (z. B.

292 Vgl. Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 711.

293 Dafür Staudinger/Wolfsteiner (Fn. 4), Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 279; vgl. auch Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 711.

294 Vgl. etwa Amann, in: Beck'sches Notarhandbuch (Fn. 28), A I Rn. 118 ff., 120; Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch (Fn. 10), Teil 2 Kap. 2 Rn. 3 (dort unter VIII. 3.) mit Rn. 354 ff.; Kersten/Bühling/Basty (Fn. 252), § 32 Rn. 16 M (dort unter XIII.).

295 Statt aller Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 711.

296 Ertl, MittBayNot 1989, 53, 62 ist demgegenüber ohne weitere Begründung der Auffassung, eine entsprechende Beschränkung des Rückgewähranspruchs diene dem Schutz des Verkäufers.

297 So Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 711 mit Fn. 190; zur Diskussion vgl. oben B II 6 a.

298 Vgl. Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 707, 711 mit Fn. 190.

299 Vgl. schon oben sowie statt aller Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 634, 929.

300 Vgl. nur Ogilvie, MittRhNotK 1990, 145, 149 f.

301 Anders aber etwa in Übergabeverträgen, wenn sich der Veräußerer eine Grundschuld zur beliebigen Verwendung zurückbehalten will; vgl. hierzu nur Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 942, 561.

302 BGH, LM Nr. 1 § 1169 BGB; BGH, NJW 1983, 2502, 2503.

303 Nieder, in: Münchener Vertragshandbuch, 5. Auflage 2003, S. 18; Gaberdiel/Gladenbeck (Fn. 2), Rn. 932; Ogilvie, MittRhNotK 1990, 145, 150.

304 Hier empfiehlt sich angesichts der bislang höchstrichterlich nicht entschiedenen Frage der Anwendbarkeit der §§ 491 ff. BGB auf die Schuldübernahme (dagegen aber mit überzeugenden Gründen OLG Düsseldorf, MittBayNot 2001, 316; Kurz; DNotZ 1997, 558 ff.; dafür aber Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, 2004, § 491 Rn. 22) ein Ausweichen auf die Vereinbarung einer bloßen Erfüllungübernahme, s. nur Krauß (Fn. 179), Rn. 883 ff., 888 f. (auch insoweit a. A. aber Staudinger/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 22).

305 So ausdrücklich etwa BGH, NJW 1983, 2502, 2503.

306 S. nur das Plädoyer bei Ogilvie, MittRhNotK 1990, 145, 150.

Schuldübernahme, Zahlung eines Barkaufpreises) gestellt werden. Ist die Eigentumsumschreibung ebenfalls hieran gekoppelt, so kann es auch sinnvoll sein, die Eigentumsumschreibung selbst zur Bedingung zu erheben.³⁰⁷ Da der Bedingungseintritt in letzterem Fall durch einen bloßen Blick in das Grundbuch nachvollzogen werden kann, was für die Beteiligten ein Mehr an Rechtssicherheit verspricht, lässt sich auch erwägen, die Bedingung „jedenfalls“ mit Eigentumsumschreibung eintreten zu lassen.

b) Anpassung der Zweckerklärung

Zugleich ist Sorge dafür zu tragen, dass die Sicherungszweckabrede hinsichtlich der zu sichernden Verbindlichkeiten an die Interessenlage bei Veräußerung des Grundbesitzes angepasst wird. Insoweit ist – vergleichbar mit der Situation bei der erstmaligen Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld – einerseits sicherzustellen, dass das übernommene Grundpfandrecht bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung bzw. Eigentumsumschreibung³⁰⁸ nur insoweit als Sicherheit verwertet oder behalten werden darf, als (bei der lediglich dinglichen Übernahme) tatsächlich Zahlungen mit Tilgungswirkung auf die Kaufpreisschuld des Käufers geleistet wurden bzw. als (bei der Schuldübernahme) der konkret übernommene Kredit in Rede steht.³⁰⁹ Andererseits ist sicherzustellen, dass hinsichtlich des Grundpfandrechts nach vollständiger Kaufpreiszahlung ausschließlich durch den Erwerber getroffene Zweckbestimmungserklärungen gelten dürfen.³¹⁰

c) Verbleibende Schutzlücken?

aa) Problem: Vorhergehende Verfügung über Rückgewähranspruch

Allerdings wird in der Literatur zuweilen auf verbleibende Schutzlücken hingewiesen. So bestehe mit Blick auf den Rückgewähranspruch die Gefahr, dass die Abtretung³¹¹ ins Leere gehe, wenn der Verkäufer die Rückgewähransprüche zuvor an einen Dritten abgetreten habe. Dieses Risiko sei zwar beherrschbar, sofern Zessionar der Rückgewähransprüche ein nachrangiger Grundpfandrechtsgläubiger sei. Denn hier habe es der Erwerber durch Ablösung der den nachrangigen Rechten zugrundeliegenden Verbindlichkeiten (oder deren Übernahme) in der Hand, die Rückgewähr der (nur sicherungshalber)³¹² abgetretenen Rückgewähransprüche herbeizuführen – mit der Folge, dass die zunächst ins Leere gegangene Abtretung an ihn – den Erwerber – wirksam werde.³¹³ Anders liege der Fall jedoch bei vorgehender Abtretung des Rückgewähranspruchs an außenstehende Dritte: Die Bank könne in einem solchen Fall zwar – geschützt durch § 407 Abs. 1 BGB – die Grundschuld an den Erwerber zurückgewähren. Dieser sei jedoch dem Dritten nach § 816 Abs. 2 BGB zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet, während er etwaige Ersatzansprüche gegen den Verkäufer mitunter nicht mehr durchsetzen könne.³¹⁴ Da sich – anders als bei der (Ver-)Pfändung (vgl. § 1280 BGB, §§ 829, 835 ZPO) – nicht sicher feststellen lasse, ob es zu einer Abtretung bereits gekommen sei, wird dieses Risiko zuweilen sogar als unbeherrschbar eingeschätzt.³¹⁵ Lediglich eine Versicherung des Verkäufers, dass die

Rückgewähransprüche weder gepfändet wurden noch dass er hierüber anderweitig als zugunsten nachrangiger Rechtsinhaber verfügt hat, biete einen gewissen Schutz.³¹⁶

bb) Erörterte Lösungsansätze

Demgegenüber wird in der Literatur zur Problemlösung im Interesse wirksamen Erwerberschutzes teils eine Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf den Lösungsanspruch propagiert.³¹⁷ Diese auch dem Dritten als Abtretungsempfänger gegenüber nach Maßgabe von § 407 Abs. 1 BGB wirksame Verengung des Rückgewähranspruchs auf den Lösungsanspruch komme auch dem Erwerber zugute, da der Dritte nunmehr nicht mehr Abtretung der Grundschuld an sich verlangen könne. Pfeifer³¹⁸ hat demgegenüber hinsichtlich dieser Lösung – im Grundsatz bereits erörterte³¹⁹ – Bedenken aufgezeigt: Im Falle des Eigentumswechsels durch Zwangsversteigerung könne die Grundschuld durch Verengung des Rückgewähranspruchs auf den Lösungsanspruch für den Verkäufer-Eigentümer verloren sein.³²⁰ Er schlägt vor diesem Hintergrund die kombinierte Aufhebung und Neubegründung der Rückgewähransprüche vor.³²¹ Denn die Aufhebung der alten Rückgewähransprüche sei dem Zessionar gegenüber nach § 407 Abs. 1 BGB wirksam, solange die Bank keine Kenntnis von der Abtretung habe. Und die Neubegründung der Rückgewähransprüche in der Person des Erwerbers betreffe die – nur obligatorisch gesicherte – Rechtsstellung des Zessionars überhaupt nicht, so dass sie auch keine Ansprüche gegen den Erwerber auszulösen geeignet sei.³²²

307 Ausführlich Ogilvie, MittRhNotK 1990, 145, 150 mit Formulierungsvorschlag auf S. 157 (Schuldübernahme), 162 (dingliche Übernahme); s. ferner etwa Krauß (Fn. 179), Rn. 863 ff. mit Muster in Rn. 883 (Schuldübernahme) und 1683 ff. mit Muster in Rn. 1702 (dingliche Übernahme: Abtretung insoweit allerdings unbeding); Brambring, in: Beck'sches Notarhandbuch (Fn. 28), A I Rn. 341 (Schuldübernahme), 344 (dingliche Übernahme).

308 Vgl. zur Unterscheidung schon oben C III 2 a sowie etwa die gleichwertig verwandten, wenn auch unterschiedlichen Formulierungsvorschläge bei Krauß (einerseits Rn. 882: Eigentumsumschreibung; andererseits Rn. 1702: vollständige Kaufpreiszahlung).

309 Anderenfalls müsste der Erwerber die Versteigerung wegen sonstiger Verbindlichkeiten des Veräußerers fürchten, worauf Krauß (Rn. 881) zu Recht hinweist. Eine entsprechende Einschränkung fehlt demgegenüber im Muster von Brambring, in: Beck'sches Notarhandbuch (Fn. 28), A I Rn. 341.

310 Vgl. nur Krauß (Fn. 179), Rn. 883, 1702; Ogilvie, MittRhNotK 1990, 145, 157 f., 161 f.

311 Vgl. oben B VII 1.

312 Vgl. oben B VII 1 a.

313 Vgl. näher Ogilvie, MittRhNotK 1990, 145, 151.

314 Pfeifer, ZNotP 1999, 117 f.; Pfeifer, MittRhNotK 1998, 333, 344 f.; Ogilvie, MittRhNotK 1990, 145, 151.

315 Wöbelauer, DnNotZ 1965, 519, 526; Nieder (Fn. 303); Ogilvie, MittRhNotK 1990, 145, 151.

316 So etwa Nieder (Fn. 303), S. 18 mit Muster S. 2.

317 Brambring, in: Beck'sches Notarhandbuch (Fn. 28), A I Rn. 344; s. auch Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch (Fn. 10), Teil 2 Kap. 2 Rn. 369.

318 MittRhNotK 1998, 333, 344 f.; ZNotP 1999, 117 (mit Formulierungsvorschlägen).

319 Vgl. oben B II 6 a, C II 3 a.

320 Pfeifer, ZNotP 1999, 117, 118.

321 Ausführliche Formulierungsvorschläge bei Pfeifer, ZNotP 1999, 117, 119 ff.

322 Pfeifer, ZNotP 1999, 117, 119.

cc) Stellungnahme

Zuzugeben ist, dass *Pfeifers* Lösung rechtskonstruktiv bestehende Restrisiken ausschließt. Insbesondere dann, wenn – wie dies bei der Schuldübernahme rechtstatsächlich zuweilen der Fall ist³²³ – der Erwerber (auch) in den bestehenden Sicherungsvertrag anstelle des Veräußerers eintritt, dürfte in der Tat zweifelhaft sein, ob sich nicht der Erwerber im Falle vorheriger Zession des Rückgewähranspruchs bei Rückgewähr der Grundschuld bereicherungsrechtlichen Rückgriffsansprüchen des Zessionars ausgesetzt sieht. Hier sollte daher im Sinne *Pfeifers* durchaus wenigstens ein Hinweis an den Erwerber erwogen werden, dieser möge selbstständig eine neue Sicherungszweckabrede abschließen, um ihm originär eigene Rückgewähransprüche zugutekommen zu lassen.

Zumindest für den Regelfall der bloß dinglichen Übernahme der Grundschuld dürfte indes die von *Pfeifer* geforderte Aufhebung und Neubegründung der Rückgewähransprüche auch ohne dahingehende ausdrückliche Regelung schon der üblichen Praxis der Grundpfandrechtsübernahme entsprechen, wie sich aus einem vergleichenden Blick auf die Lage bei der Neubestellung eines Finanzierungsgrundpfandrechts ergibt: Wie aufgezeigt, wird ja bei der Übernahme von Grundpfandrechten die Sicherungszweckvereinbarung derjenigen beim „normalen“ Finanzierungsgrundpfandrecht vergleichbar eingeschränkt. Dort aber³²⁴ dürfte der Käufer vor Verfügungen des Verkäufers über die zunächst allein in seiner Person entstehenden Rückgewähransprüche schon dadurch geschützt sein, dass der Verkäufer mit vollständiger Kaufpreiszahlung bzw. Eigentumsumschreibung aus dem Sicherungsvertrag ohne Rückgewähranspruch ausscheidet. Dies als zutreffend unterstellt, dürfte Selbiges – nach Anpassung der Sicherungszweckabrede – auch bei der Übernahme von Grundpfandrechten gelten. Dem Zessionar gegenüber wirksam ist die Anpassung der Sicherungszweckabrede dabei nach Maßgabe von § 407 Abs. 1 BGB. Und eine erst nach vollständiger Kaufpreiszahlung bzw. Eigentumsumschreibung geltende „weitere Sicherungszweckerklärung“ begründet der Käufer – wie auch beim Finanzierungsgrundpfandrecht – ohnehin zumindest bei der lediglich dinglichen Übernahme regelmäßig selbstständig.

Vor diesem Hintergrund ließe sich sogar die Frage aufwerfen, ob eine zusätzliche Abtretung der bestehenden Rückgewähransprüche überhaupt erforderlich ist, da diese ja infolge Einschränkung der Sicherungszweckabrede bei ordnungsgemäßer Vertragsabwicklung ohnehin untergehen. Die Rückgewähransprüche müssten daher m.a.W. bei der Übernahme von Grundpfandrechten sogar beim Verkäufer verbleiben dürfen, sofern nur durch Einschränkung der ursprünglichen Sicherungszweckabrede (auch gegenüber einem außenstehenden Zessionar, § 407 Abs. 1 BGB) sichergestellt ist, dass der Verkäufer aus ihr nach vollständiger Kaufpreiszahlung bzw. Eigentumsumschreibung ohne Rückgewähranspruch ausscheidet.

Allerdings soll hier nicht etwa empfohlen werden, von der ausdrücklichen Abtretung der Rückgewähransprüche³²⁵ abzusehen. Vielmehr sollte diese schon im

Interesse der Wahl des sichersten Wegs genauso vorgenommen werden, wie sie bei der Neubestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten üblich ist. Erscheint freilich dort die Reduzierung auf den Lösungsanspruch angesichts von § 161 BGB regelmäßig kaum als nötig,³²⁶ ist sie bei der Übernahme von Grundpfandrechten – kumulativ zu der bereits aus der Einschränkung der Sicherungszweckabrede folgenden Sicherungswirkung – durchaus empfehlenswert. Denn hier besteht – anders als bei der Neubestellung eines Finanzierungsgrundpfandrechts – ja die (nicht nur theoretische) Möglichkeit der *vorherigen* Zession über den Rückgewähranspruch, gegen die § 161 BGB gerade keinen Schutz verspricht.

Die von *Pfeifer* erhobenen Bedenken gegen die Reduzierung des Rückgewähranspruchs auf die Variante der Löschung dürften jedenfalls ebenso wenig verfangen wie bei der Neubestellung eines Finanzierungsgrundpfandrechts selbst.³²⁷ Denn hier wie dort hat der Verkäufer an der Abtretung des Grundpfandrechts bei vertragsgemäßer Abwicklung kein billigenwertes Interesse. Und hier wie dort hat er die Löschung des Grundpfandrechts bei Vertragsstörungen mit dem Käufer in der Hand. In der Person des Käufers schließlich werden hier wie dort zumindest bei der lediglich dinglichen Übernahme des Finanzierungsgrundpfandrechts regelmäßig originär eigene Rückgewähransprüche begründet.

Gleichwohl sollte der grundsätzliche Rat für die Gestaltungspraxis dahin gehen, von der Übernahme von Grundpfandrechten zu Finanzierungszwecken nur im Ausnahmefall Gebrauch zu machen. Die (allenfalls) äußerst geringen Kostenvorteile³²⁸ wiegen die mit ihr verbundenen Gefahren³²⁹ – nicht nur mit Blick auf den Rückgewähranspruch – nicht auf.

D. Fazit

Der Rückgewähranspruch bei der Sicherungsgrundschuld ist – auch wenn ihm selbst nur eingeschränkter Sicherungswert zukommt – von erheblicher rechtlicher und wirtschaftlicher Bedeutung. Gefahren drohen dem Eigentümer namentlich in Drittsicherungsfällen, da hier nach höchstrichterlicher Rechtsprechung im Zweifel der Schuldner der persönlichen Forderung Sicherungsgeber ist. Die Grundschuld ist daher primär an ihn und nicht an den von ihm zu unterscheidenden Eigentümer zurückzugewähren. Mit Blick auf die notarielle Gestaltungspraxis wurde zudem aufgezeigt, dass die Vormerkung des Rückgewähranspruchs bei dem jeweiligen Grundpfandrecht der Vereinbarung eines dinglich

323 Vgl. nur BGH, NJW 1986, 2108.

324 Vgl. oben C III 2 c.

325 Erst recht müssen selbstredend die Eigentümerrechte abgetreten werden.

326 Vgl. oben C III 2 c.

327 Vgl. oben C III 2 c.

328 Vgl. nur Hertel, DAI-Skript Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht, 2011/2012, 3. Februar 2012, S. 54.

329 Vgl. etwa zur Anwendbarkeit der §§ 491 ff. BGB bei der Schuldübernahme nur oben Fn. 304.

wirkenden Abtretungsausschlusses überlegen ist. Die Vormerkungssicherung sollte daher – so man nicht direkt auf die Hypothek als Sicherungsinstrument zurückgreift – überall dort in Betracht gezogen werden, wo herkömmlich zum Schutze des Eigentümers vor den aus der Abstraktheit der Grundschuld resultierenden Gefahren die Vereinbarung eines dinglichen Abtretungsausschlusses erwogen wird. Bei der – im Allgemeinen gleichwohl nicht zu empfehlenden – Übernahme von

Grundpfandrechten schließlich werden die aus der vorherigen Zession des Rückgewähranspruchs folgenden Gefahren nach hier vertretener Auffassung in der Regel überschätzt. Zumindest bei der lediglich dinglichen Übernahme von Grundschulden bewirkt schon die bloße Einschränkung der Sicherungszweckabrede einen auskömmlichen Schutz, der durch die Abtretung der – auf die Lösungsmodalität zu beschränkenden – Rückgewähransprüche hinreichend flankiert wird.

L'etat c'est moi – oder: Von der trügerischen Allherrlichkeit des Alleinaktionärs bei Hauptversammlungen

von Notar Dr. Christoph Terbrack, Aachen, Lehrbeauftragter an der RWTH Aachen

Das vorstehende Zitat, welches landläufig dem „Sonnenkönig“ Ludwig XIV zugeschrieben wird, umschreibt das Selbstverständnis des uneingeschränkten Alleinherrschers, der jede Form von Regeln, Gesetzen oder Konventionen unbeachtet lassen kann, denn: Er legt diese selbst fest. Ganz ähnlich verhält es sich mit dem alleinigen Aktionär einer Aktiengesellschaft. Ihm allein gehört die Gesellschaft. Er allein legt daher bei Hauptversammlungen die Tagesordnung nach seinem Gusto fest und beschließt, wie es ihm beliebt. Zumindest herrscht dieses Verständnis bei vielen Kautelarjuristen vor. Sobald klar ist, dass die Gesellschaft nur einen einzigen Aktionär hat, fällt die ganze überbordende Last der einzuhaltenden Formalien, wie fristgerechte Einberufung im elektronischen Bundesanzeiger, Übersendung und Auslegung von entscheidungsrelevanten Unterlagen usw. usf. von den Schultern der Rechtsberater. Alle Ängste, wegen des Übersehens einer Formalie den Vollzug beim Handelsregister zu gefährden, sind wie weggeblasen. Mit der einfachen Formulierungen „Unter Verzicht auf alle Form- und Fristvorschriften hält der alleinige Aktionär hiermit eine Hauptversammlung ab“ streift er alle störenden Fesseln ab und lässt den Aktionär nach Herzenslust und frei von krittelnenden Registerrichtern Beschlüsse fassen, wie es beliebt. Doch ist das Ganze wirklich so einfach? Einige obergerichtliche Urteile der letzten Zeit, die in der Literatur eher unbeachtet geblieben sind, lassen daran Zweifel aufkommen. Der nachfolgende Beitrag beleuchtet diesen Bereich daher kritisch.

I. Rechtsgrundlagen

Grundsätzlich sind bei der Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft eine Vielzahl von Formalien zu beachten. Die Regelungen zur Einberufung einer Hauptversammlung beispielsweise finden sich im Zweiten Unterabschnitt des Vierten Abschnitts des Aktiengesetzes (§§ 121 bis 128 AktG) und werfen – trotz hoher Regelungsdichte und stetiger Reformen – immer wieder Fragen auf. Der gesetzgeberische Grund für die hohe Regelungsdichte ist im Schutz des einzelnen Aktionärs zu sehen. Kein Anteilinhaber, und sei seine Beteiligung an der Gesell-

schaft noch so klein und unbedeutend, soll von der Möglichkeit der Teilnahme an der Willensbildung ausgeschlossen werden. Nimmt er an der Willensbildung durch Besuch der Hauptversammlung teil, soll er weder an der Meinungsäußerung noch an der Willensbildung gehindert werden dürfen. Daher sind die Folgen der Missachtung gesetzlicher Vorgaben bei der Einberufung und/oder Durchführung einer Hauptversammlung drakonisch: Sie führen hin bis zur Unwirksamkeit der Beschlüsse mit der Folge, dass die Hauptversammlung zu wiederholen ist. Bei großen Gesellschaften ist das der GAU für jeden Berater.

Dieser gesetzgeberische Protektionismus der Aktionärsinteressen läuft allerdings dann ins Leere, wenn einem Aktionär alle Aktien der Gesellschaft gehören (sogenannte Ein-Personen-AG) und er mit dem Abhalten der Hauptversammlung einverstanden ist. In einem derartigen Fall besteht keinerlei Bedürfnis, formale Hürden zu seinem Schutz aufzubauen. Dem Rechnung tragend erlaubt das Gesetz daher auch in § 121 Absatz 6 AktG, zu einer Hauptversammlung zu schreiten, ohne auch nur irgendeine sonst übliche Formalie gemäß §§ 121 bis 128 AktG zu beachten.

II. Problembereiche

In der Praxis hat sich zuletzt – bedingt durch einige obergerichtliche Urteile – einige wenige Problembereiche herauskristallisiert, in denen sich eine gewisse Unsicherheit breit macht. Diese soll nachfolgend beleuchtet werden.

1. Einberufung

Kein wirklicher Problembereich sind die Form- und Fristvorschriften betreffend die Einberufung der Hauptversammlung, gleichwohl sollen sie nicht unerwähnt bleiben, haben sie doch in nahezu allen anderen Fällen eine hohe praktische Bedeutung.

Soweit ersichtlich herrscht hier in der Literatur ausnahmsweise die einhellige Meinung, dass bei der Ein-Personen-AG auf die Einhaltung sämtlicher Form- und

Fristvorschriften verzichtet werden kann.¹ Dieser Verzicht kann auch konkludent erklärt werden, etwa, indem der alleinige Aktionär in der Versammlung Beschlüsse fasst. Zur Vermeidung unnötiger Diskussionen mit dem Handelsregister empfiehlt es sich jedoch, den Verzicht auf die Einhaltung sämtlicher Form- und Fristvorschriften bei der Einberufung auch ausdrücklich so zu protokollieren.

Mit der Protokollierung dieses Verzichts wird gleichzeitig klargestellt, dass es der ansonsten notwendigen Beifügung der Einberufungsbelege gem. § 130 Abs. 3 AktG nicht bedarf.² Dies ist nur konsequent, denn bei einem – unzweifelhaft zulässigen Verzicht, vgl. § 121 Abs. 6 AktG – hat der Notar keinerlei Einberufungsbelege, die er seiner Niederschrift beifügen könnte.

2. Versammlungsleitung

Ähnlich klar wie bei der Einberufung sollte man die Rechtslage bei der Versammlungsleitung der Ein-Personen-AG vermuten, doch das ist sie bei weitem nicht.

Zum Hintergrund: Das Aktiengesetz setzt an verschiedenen Stellen den Leiter der Hauptversammlung voraus, so etwa in § 118 Abs. 4, § 122 Abs. 3 S. 2 oder § 130 Abs. 2 S. 1 AktG. Erstaunlicher Weise findet sich aber im Gesetz keinerlei Regelung darüber, wer Leiter der Hauptversammlung ist. Daher regeln typischer Weise die Satzungen diese offene Frage, meist in der Form, dass der Vorsitzende des Aufsichtsrates die Versammlung leitet; ist er verhindert, leitet sein Stellvertreter die Versammlung.³ Enthält die Satzung keinerlei Regelung bezüglich der Person des Versammlungsleiters oder ist der nach der Satzung vorgesehene Leiter abwesend, wird dieser von der Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gewählt.⁴

Bei der Ein-Personen-AG erscheint die Person des Versammlungsleiters überflüssig. Sie wird daher in der Literatur teilweise als bloße Förmerei angesehen.⁵ Dies erscheint auf den ersten Blick als vollkommen logisch, denn der alleinige Aktionär kann – notfalls durch schlüssiges Handeln – auf die Leitung der Hauptversammlung durch einen Leiter verzichten.⁶

Erstaunlich ist vor diesem Hintergrund ein Urteil des OLG Köln, welches bei den Kautelarjuristen eher unbekannt geblieben ist: So soll die Leitung einer Hauptversammlung durch einen Versammlungsleiter dann unentbehrlich sein, wenn die Satzung dies so vorschreibt.⁷ Im konkreten Fall legte die Satzung der Gesellschaft fest, dass der Vorsitzende des Aufsichtsrates die Hauptversammlung leitet. Der alleinige Aktionär setzte sich darüber hinweg und hielt – ohne dass der Vorsitzende des Aufsichtsrates zugegen war – eine Vollversammlung ab. Das OLG versagte den auf dieser Versammlung gefassten Beschlüssen die Wirksamkeit mit der Begründung, dass der Alleinaktionär in Anbetracht der klaren Satzungsregelung (sie lautete im entschiedenen Fall: „Der Vorsitzende des Aufsichtsrates leitet die Hauptversammlung“) zunächst eine Satzungsänderung hätte herbeiführen müssen; diese scheiterte aber an der fehlenden notariellen Beurkundung, vgl. § 130 Abs. 1 AktG. Das OLG sah in der zitierten Satzungsregelung

eine Teilnahmegarantie des Aufsichtsratsvorsitzenden an Versammlungen, die nur durch Satzungsänderung beschnitten werden könne.

Eine derartige Wertung überzeugt nicht wirklich. Wenn denn durch eine Satzungsregelung eine Teilnahmegarantie herbeigeführt werden soll, so ist es bei Kautelarjuristen üblich, dies so auch ausdrücklich und klar zu formulieren. Eine derartige Anwesenheitsgarantie des Aufsichtsratsvorsitzenden, die etwas absolut untypisches ist, in eine Klausel über die Leitung der Hauptversammlung „hineinzudeuten“, erscheint lebensfern.⁸

Teilweise wird die Notwendigkeit der Leitung der Hauptversammlung auch damit begründet, dass die Abstimmungsergebnisse zu verkünden sind (dies wird § 130 Abs. 2 Satz 1 AktG entnommen).⁹ Doch auch diese Argumentation überzeugt nicht. Denn da, wo die Feststellung von Abstimmungsergebnissen zur reinen Formalie wird, ist sie entbehrlich. Dies gilt sicherlich für solche Abstimmungsergebnisse, die unzweideutig sind, weil der einzige Aktionär der Gesellschaft an der Willensbildung beteiligt war.¹⁰

Gleichwohl sollte der umsichtige Berater vor dem Hintergrund derartiger gerichtlicher Auswüchse zweierlei im Auge haben:

- a) Er sollte bei ohnehin anstehenden Satzungsänderungen die Regelungen zur Leitung der Hauptversammlung überprüfen. Sinnvoll erscheint eine Regelung nach welcher der Vorsitzende des Aufsichtsrats oder aber hilfsweise sein Vertreter die Versammlung leitet, soweit die Versammlung nichts Abweichendes beschließt. Jegliche Formulierung, die auf eine Anwesenheitsgarantie des Aufsichtsratsvorsitzenden oder seines Stellvertreters schließen lassen könnte, sollte unterbleiben. Eine ent-

1 Zimmermann, Handbuch der kleinen AG, 5. Aufl., Teil 4 Rn. 4.365; Volhard in Semler/Volhard, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 2. Aufl., § 15 Rn. 10; Hüffer, Kommentar zum AktG, 9. Aufl., § 130 Rn. 24; Kubis in MünchKomm-AktG, 2. Aufl., § 130 Rn. 63.

2 Kubis in MünchKomm-AktG, 2. Aufl., § 130 Rn. 63; Noack/Zetsche, Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl., § 130 Rn. 316.

3 Vgl. beispielsweise Baumeister in Lorz/Pfisterer, Beck'sches Formularbuch Aktienrecht, C.I.5.; Terbrack/Lohr in Heidel, Aktienrecht, 3. Aufl., Anh. zu § 23 AktG.

4 Hüffer, Kommentar zum AktG, 9. Aufl., § 129 Rn. 18; Zimmermann in Seibert/Kiem/Schüppen, Handbuch der kleinen AG, 5. Aufl., Rn. 4.253.

5 Zimmermann in Seibert/Kiem/Schüppen, Handbuch der kleinen AG, 5. Aufl., Rn. 4.253.

6 Dazu Terbrack in Eckhardt/Hermanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 3. Kapitel Rn. 475; Kubis in MünchKomm-AktG, § 119 Rn. 100; Mülbart in Großkommentar AktG, Vor §§ 118–147 Rn. 73; Semler in Mühener Handbuch AG, § 36 Rn. 37.

7 Vgl. OLG Köln NZG 2008, 635, 636.

8 Terbrack in Eckhardt/Hermanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 3. Kapitel Rn. 475; gegen die Notwendigkeit eines Versammlungsleiters bei der Ein-Personen-AG auch: Happ/Zimmermann, 10.18 Rn. 7; Semler/Volhard § 15 Rn. 10. Abweichend: Ziemons in Schmidt/Lutter, Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 129 Rn. 36.

9 Ziemons in Schmidt/Lutter, Kommentar zum AktG § 129 Rn. 36.

10 Terbrack in Eckhardt/Hermanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 3. Kapitel Rn. 475; Kubis in MünchKomm-AktG, 2. Aufl., § 130 Rn. 58; Werner in GroßkommAktG, § 130 Rn. 28; Happ/Zimmermann, 10.19 Rn. 7; Wicke in Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, § 130 Rn. 52; Geßler, Kommentar zum AktG, § 130 Rn. 8; so auch DNotl-Report 8/2010, 61, 62.

sprechende Satzungsregelung könnte daher wie folgt lauten:

„Die Hauptversammlung leitet der Vorsitzende des Aufsichtsrates, im Falle seiner Abwesenheit sein Stellvertreter. Ist auch dieser abwesend, wählt die Hauptversammlung aus ihren Reihen den Leiter der Hauptversammlung.“

- b) In Fällen, bei denen der satzungsmäßige Versammlungsleiter nicht bei der Hauptversammlung anwesend ist, sollte er einen Blick in die Satzung werfen. Sofern dort eine Regelung enthalten ist, die nach den Grundsätzen des OLG Köln als Teilnahmegarantie des abwesenden Leiters verstanden werden könnte, ist über eine Vertagung nachzudenken. Dies sollte der beurkundende Notar zu bedenken geben. Will der alleinige Aktionär gleichwohl die Hauptversammlung durchführen, so hat der Notar zu beurkunden.¹¹

3. Teilnehmerverzeichnis

Nach § 129 Abs. 1 Satz 2 AktG ist in der Hauptversammlung so bald wie möglich ein Teilnehmerverzeichnis zu erstellen, aus welchem die erschienenen bzw. vertretenen Aktionäre und die Vertreter mit Namen, Wohnort und dem Betrag ihrer Nennbetragsaktien, bzw. bei Stückaktien mit der Zahl der Aktien, unter Angabe ihrer Gattung aufzuführen sind.

Bei der Ein-Personen-AG erscheint dies als bloße Förmerei. Daher geht die ganz überwiegende Ansicht in der Literatur davon aus, dass mit der Protokollierung der Beschlüsse des alleinigen Aktionärs die Verpflichtung zur Aufstellung des Teilnehmerverzeichnisses entfällt.¹² Gleichwohl wird vereinzelt vertreten, dass – wegen möglicher Treuhandverhältnisse – die Aufstellung eines Teilnehmerverzeichnisses stets zu erfolgen habe.¹³

Den Vertretern dieser Ansicht ist zuzugestehen, dass das Aktienrecht keine einheitliche Mitgliedschaft kennt und es demzufolge nicht ausgeschlossen ist, dass der

alleinige Aktionär – beispielsweise wegen eines Treuhandverhältnisse bezüglich eines Teiles der Aktien – nicht mit allen Aktien an der Hauptversammlung teilnimmt. Dies muss und wird (zumindest nach der allgemeinen Lebenserfahrung) dann aber auch von dem Aktionär so bei der Abstimmung zum Ausdruck gebracht werden. Nimmt er hingegen einfach an der Versammlung teil und stimmt ab, so bringt er damit konkludent unzweifelhaft zum Ausdruck, dass er mit allen Stimmen, die er hält, entsprechend an der Willensbildung mitwirkt. Hier aus der – rein theoretischen – Möglichkeit der Enthaltung mit einigen Stimmen auf eine generelle Erstellungspflicht eines Teilnehmerverzeichnisses zu schließen, überzeugt nicht.

III. Fazit

In den allermeisten Fällen bleibt alles so, wie es bisher auch gängige Praxis war: Durch den ausdrücklichen Verzicht auf die Einhaltung sämtlicher Form- und Fristvorschriften bei der Abhaltung einer Hauptversammlung einer Ein-Personen-AG ergeben sich keinerlei Schwierigkeiten. Einzig und allein zwingende Regelungen zur Leitung der Versammlung sollte der Notar kritisch im Auge haben und bei ohnehin anstehenden Satzungsänderungen hier entsprechende Abhilfe empfehlen (vgl. zuvor Teil II. 2. lit. a).

11 *Terbrack* in Eckhardt/Hermanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 3. Kapitel Rn. 400 f.

12 *Hüffer*, Kommentar zum AktG, 9. Aufl., § 129 Rn. 5; *Wicke* in Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, § 129 Rn. 19; *Terbrack/Lohr* in Heidel, Aktienrecht, 3. Aufl., § 129 Rn. 5; *Drinhausen* in Hölters, Kommentar zum AktG, § 129 Rn. 14; *Fischer* in Semler/Volhard, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 2. Aufl., § 11 Rn. 38; *Semler* Münchener Handbuch der AG, § 36 Rn. 25; *Zimmermann* in Seibert/Kiem/Schüppen, Handbuch der kleinen AG, 5. Aufl., Teil 4 Rn. 4.259 und Rn. 4.363; *Kubis* in MünchKomm-AktG, 2. Aufl., § 129 Rn. 15; *Noack/Zetsche*, Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl., § 129 Rn. 44.

13 *Ziemons* in Schmidt/Lutter, Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 129 Rn. 17.

Rechtsprechung

1. Liegenschaftsrecht – Auslegung einer Lastenfreistellungserklärung bei Teilflächenkauf

(*OLG München*, Beschluss vom 10. 2. 2012 – 34 Wx 556/11, mitgeteilt von *RichterIn am Oberlandesgericht Edith Paintner*)

BGB §§ 133; 889

GBO §§ 15 Abs. 2; 18 Abs. 1; 19

1. Zur Auslegung einer Lastenfreistellungserklärung in Bezug auf eine nach Beurkundung eingetragene beschränkte persönliche Dienstbarkeit am Gesamtgrundstück für den Erwerber einer wegzumessenden Teilfläche.

(amtlicher Leitsatz)

2. Die Zustimmungserklärung zur allgemeinen Lastenfreistellung ist nicht zwingend dahingehend auszulegen, dass sie auch die Bewilligung zur Löschung einer Eigentümerdienstbarkeit umfasst, die zeitlich nach Abgabe der Zustimmungserklärung für den Erwerber einer noch zu vermessenden Teilfläche auf dem Gesamtgrundstück ins Grundbuch eingetragen wird. Dies beruht darauf, dass die Bestellung von Eigentümerdienstbarkeiten nahezu unbegrenzt zulässig ist und diese für den Eigentümer einen eigenständigen wirtschaftlichen Wert darstellen (Fortführung von BGH DNotZ 2012, 137 = RNotZ 2011, 624 – LS).

(RNotZ Leitsatz)

Zur Einordnung:

Eine Bewilligung nach § 19 GBO muss den auf eine bestimmte Grundbucheintragung gerichteten Willen des Erklärenden erkennen lassen und damit den Inhalt der gewünschten Eintragung wie auch des einzutragenden Rechts vollständig enthalten (Demharter, 28. Aufl. 2012, § 19 Rn. 27 ff.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 103 ff. jeweils m. w. N.). Soweit ihre Eindeutigkeit eine Auslegung nicht ausschließt, ist die Eintragungsbewilligung der Auslegung zugänglich (OLG Frankfurt DNotZ 1993, 610; Demharter, 28. Aufl. 2012, § 19 Rn. 28). Das OLG München bestätigt, dass in einer als Zustimmung bezeichneten Erklärung zur allgemeinen Lastenfreistellung auch eine Bewilligung i. S. d. § 19 GBO liegen kann. Weiter bestätigt es, dass eine solche Erklärung bzw. Bewilligung auch Rechte umfassen kann, die erst nach Abgabe der Erklärung ins Grundbuch eingetragen werden und auch nicht Gegenstand der Urkunde waren, die die Zustimmungserklärung beinhaltet (so auch Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 2760 für Grundpfandrechte, insbesondere Zwangssicherungshypotheken). Das OLG München bezieht dann jedoch als neuen Aspekt die aktuelle Rechtsprechung des BGH (DNotZ 2012, 137 = RNotZ 2011, 624 = DNotI-Report 2011, 152) zur Bestellung von Eigentümerdienstbarkeiten ohne Nachweis eines berechtigten Bestellerinteresses in seine Auslegung der Zustimmungserklärung ein und betont, dass die nun „nahezu unbegrenzt“ zulässige Eigentümerdienstbarkeit dem Eigentümer einen eigenständigen Wert vermittele. Folglich könne die Auslegung einer allgemeinen Lastenfreistellungserklärung nicht ohne weiteres zu dem Ergebnis kommen, dass mit ihr auch die Löschung einer bei Abgabe der Erklärung noch nicht bestellten Eigentümerdienstbarkeit für den Erwerber einer noch aus dem belasteten Grundstück heraus zu vermessenden Teilfläche bewilligt werde.

Die Entscheidung macht deutlich, dass es gerade bei Teilflächenkaufverträgen empfehlenswert ist, genau zu definieren, welche Rechte auf welcher Fläche übernommen werden, und den Mitarbeitern des Notars bzw. dem Notar selbst eine Vollmacht zu erteilen, mit der neben der Erklärung der Identität des verkauften Grundstücks bzw. der Erklärung der erneuten Auffassung auch die Löschung einzelner Rechte bzw. Pfandfreigaben bewilligt und beantragt werden kann (Beck'sches Notarhandbuch/Brambring, 5. Aufl. 2009, Rn. 274 ff.; Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht/Gebeler, 10. Aufl. 2010, III. B. 2., Ziffer III. § 1 (3) des Vertragsmusters).

Die Schriftleitung (PH)

Zum Sachverhalt:

I. Mit notariellem Vertrag vom 9. 6. 2011 kaufte die Bet. eine erst noch zu vermessende Teilfläche von „ca. 25 m²“ aus einer 3 550 m² großen Landwirtschaftsfläche. Am selben Tag bewilligten die Eigentümer des genannten Grundstücks die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (Kabelleitungsrecht) für die Bet. Diese wurde am 21. 6. 2011 im

Grundbuch eingetragen. Mit notariellem Vertrag vom 25. 8. 2011 erkannten die Vertragsparteien das Ergebnis der zwischenzeitlich durchgeführten Vermessung an und einigten sich über den Übergang des Eigentums an dem neu gebildeten Grundstück von nunmehr 39 m². Käufer und Verkäufer bewilligten und beantragten, den Eigentumsübergang in das Grundbuch einzutragen sowie den Vollzug aller Lastenfreistellungserklärungen aus der Vorurkunde, wonach gemäß Abschn. VI. (Rechte des Käufers bei Sach- und Rechtsmängeln) die Verkäufer den lastenfreien Besitz- und Eigentumsübergang schuldeten, soweit nicht Rechte ausdrücklich in diesem Vertrag übernommen werden sollten. Weiter heißt es dort im textlich unmittelbaren Anschluss:

„Allen zur Lastenfreistellung geeigneten Erklärungen wird mit dem Antrag auf Grundbuchvollzug zugestimmt.“

Am 25. 10. 2011 wurde die Bet. als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Gleichzeitig wurde das am 21. 6. 2011 eingetragene Kabelleitungsrecht auf das neu angelegte Grundbuchblatt übertragen.

Unter dem 28. 10. 2011 hat der Notar gemäß § 15 GBO die Löschung des Kabelleitungsrechts unter Bezug auf die Urkunden vom 9. 6. 2011 bzw. 25. 8. 2011 ausdrücklich beantragt und bewilligt.

Mit Zwischenverfügung vom 24. 11. 2011 hat das GBA Frist zur Vorlage der Löschungsbewilligung der Berechtigten (= der Bet.) gesetzt.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Bet. Diese verweist auf die Urkunde vom 9. 6. 2011 und die darin enthaltene Zustimmung zu allen zur Lastenfreistellung geeigneten Erklärungen.

Das GBA hat der Beschwerde nicht abgeholfen. In der Ausgangsurkunde sei nämlich nur die Zustimmung zu für die Lastenfreistellung geeigneten Erklärungen, nicht aber die ausdrückliche Löschungsbewilligung der Berechtigten enthalten. Diese allgemein gefasste Lastenfreistellungserklärung umfasse auch nicht die Löschungsbewilligung der Bet. als Käuferin, da dies nur bezüglich bereits eingetragener, näher genannter Rechte gelten könnte. Zum Zeitpunkt der Beurkundung sei das Recht aber noch nicht bestellt bzw. eingetragen gewesen.

Aus den Gründen:

II. Dem Rechtsmittel ist – aus formellen Gründen – stattzugeben.

Ein dem Eintragungsantrag entgegenstehendes und nicht rückwirkend auf die Antragsstellung behebbares Hindernis führt zur sofortigen Antragszurückweisung

1. Die gemäß § 71 Abs. 1, § 73 i. V. m. § 15 Abs. 2 GBO zulässige Beschwerde gegen die Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO hat insoweit Erfolg, als dass diese, auch wenn man der Rechtsansicht des GBA folgt, nicht hätte ergehen dürfen. Denn eine Zwischenverfügung darf nur ergehen, wenn einem Eintragungsantrag ein Hindernis entgegensteht, welches der Ast. rückwirkend auf den Zeitpunkt der Antragstellung beheben kann (BayObLGZ 1990, 6; OLG Hamm MittBayNot 2011, 299 = RNotZ 2011, 243; Demharter, GBO, 28. Aufl., § 18 Rn. 8). Die fehlende Bewilligung eines unmittelbar Betroffenen – hier der Berechtigten aus der Dienstbarkeit – ist aber ein nicht behebbares Verfahrenshindernis und hätte, ausgehend vom Standpunkt

des GBA, die sofortige Zurückweisung des Eintragungsantrags bedingt.

2. Damit ist für den Senat der Beschwerdegegenstand erschöpft. Zur Rechtslage wird für das weitere Verfahren jedoch noch festgehalten, dass die Rechtsansicht des GBA in der Sache zutreffend erscheint.

a) Mit dem Erwerb des Grundstücks durch die Bet. ist die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht erloschen (§ 889 BGB). Der Notar hat gemäß § 15 Abs. 2 GBO den Vollzug der Urkunden vom 9. 6. 2011 und vom 25. 8. 2011 beantragt; er gilt als ermächtigt, die zu einer Eintragung erforderlichen Erklärungen, soweit er sie beurkundet oder beglaubigt hat, abzugeben. Dazu gehören u. a. auch Eintragungs- bzw. Löschungsbewilligungen (Demharter, § 15 Rn. 7), wobei sich der Antrag jedoch mit dem Inhalt der Eintragungsunterlagen decken muss und der Notar ohne entsprechende Vollmacht nicht davon abweichen darf (Demharter, § 15 Rn. 16). Notwendig zur Löschung der Dienstbarkeit ist der Antrag entweder des Eigentümers oder des Berechtigten. Die Bet. ist Inhaberin beider Rechte. Außerdem ist die Bewilligung des Berechtigten notwendig (§ 19 GBO).

b) In der Urkunde vom 25. 8. 2011 (Messungsanerkennung und Auflassung) haben sich die dort Beteiligten über den Übergang des Eigentums geeinigt und außerdem neben dem Eigentumsübergang u. a. auch den Vollzug aller Lastenfreistellungserklärungen beantragt. Diese Urkunde enthält also solche Erklärungen nicht.

Bei der Auslegung einer grundbuchlichen Erklärung ist generell nur auf deren Wortlaut und Sinn abzustellen

c) Der Kaufvertrag vom 9. 6. 2011 enthält unter Abschn. VI. die Verpflichtung des Verkäufers, das Grundstück – soweit nicht Rechte ausdrücklich in diesem Vertrag übernommen werden – lastenfrei zu übertragen. Die gegenständliche Dienstbarkeit hatte damals noch nicht bestanden und ist im Vertrag auch nicht erwähnt. Allen zur Lastenfreistellung geeigneten Erklärungen wird mit dem Antrag auf Grundbuchvollzug zugestimmt. Diese Erklärung ist zwar auslegungsfähig entsprechend § 133 BGB. Jedoch darf wegen des das Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatzes auf eine Auslegung nur zurückgegriffen werden, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt (vgl. Demharter, GBO, 28. Aufl., § 19 Rn. 28). Bei der Auslegung ist, wie bei Grundbucheintragungen selbst, nur auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt (vgl. etwa BGHZ 113, 374 = DNotZ 1991, 888; weitere Nachweise bei Demharter a.a.O.). Außerhalb der Erklärung liegende Umstände dürfen zur Auslegung nur herangezogen werden, als sie für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (BGHZ 113, 374 = DNotZ 1991, 888).

Auch eine als Zustimmung bezeichnete Erklärung kann eine Bewilligung i. S. d. § 19 GBO darstellen

In der Klausel wird nicht ausdrücklich von Bewilligung gesprochen, sondern von der „Zustimmung“ zu zur

Lastenfreistellung geeigneten Erklärungen. Nach der nächstliegenden Bedeutung ist damit die notwendige Zustimmung des Eigentümers (§ 27 S. 1 GBO) zur Löschung der eingetragen gewesenen Grundschuld gemeint. Hierfür spricht auch die Stellung im Urkunden-aufbau, nämlich im Zusammenhang mit der Verpflichtung des Verkäufers, was die Lastenfreiheit des Gegenstands bei Besitz- und Eigentumsübergang angeht. Hierauf ist die Klausel zwar nicht unbedingt beschränkt. Auch muss nicht zwingend von „Bewilligung“ die Rede sein, wenngleich es Sache des beurkundenden Notars ist, die Erklärungen der Bet. möglichst klar und unzweideutig festzuhalten. So kann auch die mit „Zustimmung“ umschriebene Erklärung letztlich eine „Bewilligung“ darstellen und umgekehrt (vgl. etwa Bauer/von Oefele/Kössinger, GBO, 2. Aufl., § 19 Rn. 55).

Eine Zustimmungserklärung zur allgemeinen Lastenfreistellung kann sich generell auch auf Rechte beziehen, die nach der Abgabe der Erklärung ins Grundbuch eingetragen werden

d) Jedoch scheidet eine derart weitgehende Interpretation hier aus, weil sie – schon vom Standort in der Urkunde und im Hinblick auf das gegenständliche Recht – nicht die nächstliegende Bedeutung des Erklärten darstellt. Dabei mag es im Regelfall zutreffen, dass sich die allgemeine Erklärung zur Lastenfreistellung auch auf solche Belastungen erstreckt, die nach Beurkundung im Grundbuch eingetragen worden sind (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 2760; enger BayObLG MittBayNot 1980, 208) und die im Vertrag verwendete allgemeine Fassung Erklärungen des Verkäufers wie auch der Käufers beinhalten kann.

Die neuere Rechtsprechung des BGH zur Zulässigkeit von Eigentümerdienstbarkeiten ist bei der Auslegung der Zustimmungserklärung heranzuziehen

Indessen ist dies bei nachträglich bestellten Grunddienstbarkeiten auch von der regelmäßigen Interessenlage nicht zwangsläufig gleichermaßen zu beurteilen wie bei Grundpfandrechten. Eigentümerdienstbarkeiten sind nach der aktuellen Rechtsprechung (nahezu) unbegrenzt zulässig (BGH vom 14. 7. 2011 – V ZB 271/10 = Rpfleger 2011, 659 = DNotZ 2012, 137; siehe auch Senat vom 30. 9. 2011, 34 Wx 328/11 = DNotI-Report 2011, 172 = RNotZ 2012, 44) und verkörpern für den Berechtigten – neben dem Eigentum selbst – einen eigenständigen Wert, selbst wenn hier der (Fremd-) Dienstbarkeit für das Restgrundstück naturgemäß das Schwergewicht zukommt. Die Auslegung einer allgemeinen Lastenfreistellungserklärung für solche Rechte, wenn sie erst zeitlich nach der Beurkundung eingetragen werden, erscheint deshalb keineswegs zwingend. Aus der Grundakte ergibt sich zudem, dass der Verkauf am selben Tag beurkundet wurde, an welchem die Dienstbarkeit wenig später bestellt wurde. Es hätte deshalb für die Parteien nahe gelegen, eine ausdrückliche Regelung zu diesem Recht bereits im Kaufvertrag aufzunehmen, nämlich die Löschung an der Teilfläche zu bewilligen.

2. Liegenschaftsrecht – Eintragung eines Nacherbenvermerks im Grundbuch des Surrogatgrundstücks

(*OLG München*, Beschluss vom 10. 2. 2012 – 34 Wx 143/11, mitgeteilt von *RichterIn am Oberlandesgericht Edith Paintner*)

BGB §§ 2111; 2113

GBO § 51

1. Zur Eintragung eines Nacherbenvermerks beim Erwerb eines Grundstücksanteils in der Nachlassauseinandersetzung.
2. Der Umstand, dass vor der Erbauseinandersetzung die Eintragung eines Nacherbenvermerks im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH zum Vorrang der unbelasteten Miterben (BGHZ 171, 350) unzulässig war, lässt die Notwendigkeit, diesen nach der Auseinandersetzung am Surrogat einzutragen, nicht entfallen.
(amtliche Leitsätze)
3. Soweit der Vorerbe ein Grundstück ganz oder bruchteilweise als Surrogat gemäß § 2111 Abs. 1 S. 1 BGB durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, ist bereits bei der Eintragung einer Vormerkung, die der Sicherung des Eigentumsverschaffungsanspruches des Vorerben hinsichtlich des Surrogats dient, die Nacherbschaft zu verlautbaren.

(RNotZ Leitsatz)

Zur Einordnung:

Der nach § 51 GBO von Amts wegen einzutragende Nacherbenvermerk bringt in der notariellen Praxis immer wieder nicht geklärte Rechtsfragen zu Tage und veranlasst den Notar regelmäßig zu besonderen Vertragsgestaltungen (vgl. nur Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008., Rn. 3476 ff.; Dillmann, RNotZ 2002, 2 ff. ausführlich zur Verfügungen während der Vorerbschaft). Eine dieser Fragen ist, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Nacherbenvermerk auch im Grundbuch eines Grundstücks einzutragen ist, das der Vorerbe nach § 2111 Abs. 1 S. 1 BGB als Surrogat vollständig oder anteilig durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt (vgl. hierzu BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand 1. 2. 2012, § 2111 Rn. 4 ff.). Es entspricht hierbei der herrschenden Auffassung, dass eine Surrogation nur in dem Umfang eintritt, in dem tatsächlich Erbschaftsmittel für den Erwerb verwendet wurden (BGH NJW 1977, 1631; Palandt/Edenhofer, BGB, 72. Aufl. 2012, § 2111 Rn. 6 m. w. N. auch zur Gegenauffassung). Die Voraussetzungen des § 2111 Abs. 1 S. 1 BGB müssen dem GBA gegenüber generell nicht nachgewiesen werden, soweit der Vorerbe die Eintragungsbewilligung erteilt und das GBA keine positive Kenntnis hat, dass sich die Nacherbfolge nicht auf das Surrogat erstreckt (Demharter, 28. Aufl. 2012, § 51 Rn. 13; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 3530; LG Berlin Rpfleger 2005, 388).

Das OLG München bestätigt zunächst die allgemeine Auffassung, nach der ein Erwerb im Rahmen einer Erbauseinandersetzung einen Erwerb mit Mitteln der

Erbschaft darstellt, so dass der erworbene Gegenstand im Wege der Surrogation der Nacherbschaft unterliegt und ein Nacherbenvermerk von Amts wegen einzutragen ist (BGH DNotZ 2001, 392 = RNotZ 2001, 166; OLG Hamm ZEV 2003, 31 = DNotl-Report 2002, 125; BayObLG MittBayNot 1986, 266; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 3530 m. w. N.). Das Gericht geht dann jedoch auch auf bisher in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich diskutierte Fragen ein.

Es stellt zunächst dar, dass es für die Eintragung des Nacherbenvermerks im Grundbuch des Surrogationsgrundstücks nicht darauf ankommt, ob zuvor im Grundbuch des zum Nachlass gehörenden Grundstücks – zu Recht oder zu Unrecht – ein Nacherbenvermerk eingetragen war. Insbesondere in den Konstellationen, in denen Vor- und Nacherbschaft angeordnet wurde und in den Nachlass ein Anteil an einer aus mehreren Miterben bestehenden und Grundbesitz haltenden Erbengemeinschaft fällt, kann es demnach vorkommen, dass der Vorerbe gemeinsam mit den anderen Miterben ohne die Beschränkungen des § 2113 BGB über den Grundbesitz verfügen kann und ein Nacherbenvermerk am Grundstück daher ausscheidet (BGH DNotZ 2007, 700, 701 f. = DNotl-Report 2007, 79; vgl. auch Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 3487 e m. w. N.). Setzen sich die Miterben in diesem Fall auseinander und erwirbt der Vorerbe hierbei ein bisher in Erbengemeinschaft gehaltenes Grundstück im Wege der Surrogation nach § 2111 Abs. 1 S. 1 BGB, tritt das Eigentum an dem Grundstück an die Stelle des Anteils des Vorerben an der Erbengemeinschaft und ein Nacherbenvermerk ist einzutragen. Dass der grundbuchliche Schutz der Nacherben damit vor und nach der Auseinandersetzung divergiert, sei hinzunehmen. Das Gericht ist weiter der Auffassung, dass bereits bei der Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Eigentumsverschaffungsanspruches des Vorerben hinsichtlich des Surrogatgrundstücks die Nacherbschaft verlaubar werden muss und begründet dies mit dem durch die Vormerkung erzeugten Gutglaubensschutz.

Die Entscheidung zeigt für die Praxis, dass infolge einer Auseinandersetzung einer grundbesitzenden Erbengemeinschaft, ein ein Grundstück der Erbengemeinschaft gemäß § 2111 Abs. 1 S. 1 BGB erwerbender Vorerbe den Beschränkungen des § 2113 BGB unterliegt, obwohl er vor der Auseinandersetzung als Mitglied der Erbengemeinschaft in der vorgenannten Konstellation diesen Beschränkungen nicht unterworfen war. Dementsprechend kann als Folge der Auseinandersetzung (auch erstmals) ein Nacherbenvermerk im Grundbuch einzutragen sein. Weiter ist zu beachten, dass bei etwaigen Surrogationserwerben (§ 2111 Abs. 1 S. 1 BGB) von Grundbesitz durch einen Vorerben, der durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden soll, nach Auffassung des OLG München bereits bei der Eintragung der Vormerkung zu verlaubaren ist, dass der Eigentumsverschaffungsanspruch des Vorerben der Nacherbschaft unterliegt.

Die Schriftleitung (PH)

Zum Sachverhalt:

I. Im Grundbuch waren als 4/6-Miteigentümer von Grundbesitz ursprünglich der Rechtsanwalt Dr. A. W. und dessen Ehefrau M. W. in allgemeiner Gütergemeinschaft eingetragen. Am 25. 4. 1984 verstarb Dr. A. W. und wurde testamentarisch von seinen beiden Söhnen W. W. und A. W. (= Bet. zu 2)) zu jeweils gleichen Teilen als befreite Vorerben beerbt. Am 27. 12. 1985 verstarb M. W. und wurde aufgrund gesetzlicher Erbfolge von ihren beiden Söhnen zu gleichen Teilen beerbt. W. W. und A. W. wurden am 14. 3. 1989 je in Erbengemeinschaft nach ihrem Vater und nach ihrer Mutter, hinsichtlich beider Teile in bedenkter nicht auseinandergesetzter Gütergemeinschaft als Miteigentümer zu 4/6-Anteilen eingetragen. Mit Vertrag vom 18. 12. 2008 hat der Sohn W. W. seine beiden Erbteile am elterlichen Nachlass als Einlage auf die Bet. zu 1), eine Kommanditgesellschaft (KG), übertragen. Auf Berichtigungsantrag wurden nun am 16. 6. 2009 die Bet. zu 1) und der Bet. zu 2) in Erbengemeinschaften als Eigentümer des (4/6) Miteigentumsanteils eingetragen.

Im Grundbuch befindet sich weiterhin, bezogen auf die Vorerbschaft nach Dr. A. W., der am 14. 3. 1989 eingetragene Nacherbenvermerk.

Am 22. 12. 2010 haben die Bet. beantragt, den Nacherbenvermerk wegen Unrichtigkeit von Amts wegen zu löschen. Sie haben darauf hingewiesen, dass dessen Eintragung nur an Grundstücken oder Grundstücksmitteigentumsanteilen, nicht aber an Gesamthandsanteilen am gesamthänderisch gebundenen Vermögen, zu welchem Grundbesitz gehöre, zulässig sei.

Mit notariellem Vertrag vom 30. 12. 2010 schlossen die Geschwister A. und W. W., letzterer auch als Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Bet. zu 1), sowie weitere Personen, nämlich ein Teil der Nacherben, einen Vergleich über Auseinandersetzung von Güter-, Erben- und Miteigentümergeinschaften. Der Bet. zu 2) erhält hiernach einen Anspruch auf Übereignung des gegenständlichen Miteigentums. Die Eintragung von Eigentumsvormerkungen wurde bewilligt und beantragt.

Auf den Vollzugsantrag des Notars hat das GBA mit Zwischenverfügung vom 4. 3. 2011 den Bet. Frist zur Behebung – soweit noch erheblich – folgenden Eintragungshindernisses gesetzt:

Der am erbengemeinschaftlichen Anteil eingetragene Nacherbenvermerk könne gelöscht werden. Die fortbestehende Nacherbfolge sei aber durch Eintragung von Nacherbenvermerken an den auseinandergesetzten Gegenständen als Surrogaten, aufgeteilt nach Stämmen, zu verlautbaren und als Schutz vor einem gutgläubigen Erwerb bereits bei der Eintragung der Vormerkungen mit einzutragen.

Um die Nacherbenvermerke an den Surrogationsgrundstücken und auch bereits an den Eigentumsvormerkungen eintragen zu können, sei ein Nachweis über die Wertentsprechung und damit über die Entgeltlichkeit der vorgenommenen Auseinandersetzungen erforderlich. Aus diesem Grund bedürfe es der Genehmigung der Urkunde sowie der Bestätigung der Gleichwertigkeit und Entgeltlichkeit durch sämtliche Nacherben und durch zwei Ergänzungspfleger für die unbekanntes und minderjährigen Nacherben beider Stämme in der Form des § 29 GBO.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Bet. Diese wird damit begründet, dass die Eigentumsvormerkungen nicht gutgläubig erworben werden könnten. Nach erfolgter Löschung des jeweiligen Nacherbenvermerks wegen Unzulässigkeit bestehe für das GBA auch kein Anlass mehr zur Prüfung vor- und

nacherbschaftsrechtlicher Fragen. Der BGH (BGHZ 171, 350 = DNotZ 2007, 700 = RNotZ 2007, 414) habe die Unzulässigkeit eines Nacherbenvermerks bei Anordnung der Vor- und Nacherbfolge durch einen Gesamthänder in den hier einschlägigen Fällen der Beendigung einer Gütergemeinschaft gerade damit begründet, dass die dadurch ausgelöste Verfügungsbeschränkung den anderen Mitgliedern der Gesamthandsgemeinschaft nicht zugemutet werden könne. Eine Verfügung über solchen gesamthänderischen Grundbesitz unterliege nicht den Beschränkungen des § 2113 BGB.

Das GBA hat der Beschwerde nicht abgeholfen und zusätzlich darauf hingewiesen, dass der Nacherbenvermerk auch nicht vorab ohne Anhörung der Nacherben gelöscht werden könne.

Aus den Gründen:

II. Gegen die ergangene Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO ist die Beschwerde (§ 71 Abs. 1 GBO) auch nach neuer Rechtslage zulässig (Demharter, GBO, 28. Aufl., § 71 Rn. 1); sie erweist sich jedoch als unbegründet.

Gegenstand einer Beschwerde ist nur der Inhalt der Zwischenverfügung

1. Gegenstand der Beschwerde ist nur die Zwischenverfügung als solche. Der Senat hat das angegriffene Eintragungshindernis zu prüfen, kann jedoch nicht über die Eintragung als solche entscheiden (Demharter, § 77 Rn. 12 m. w. N.).

Gegenstand des Rechtsmittels ist demnach auch nicht die noch offene – d.h. erstinstanzlich noch gar nicht entschiedene – Frage, ob das GBA vorab, somit vor Vollzug des Eintragungsantrags, isoliert den eingetragenen Nacherbenvermerk in Folge der Rechtsprechung des BGH zur Verfügungsbefugnis des Vorerben ohne die Beschränkungen des § 2113 BGB (BGHZ 171, 350 = DNotZ 2007, 700 = RNotZ 2007, 414) nach oder auch ohne Anhörung der Nacherben zu löschen hat.

a) Während für die Eigentumseintragung des Bet. zu 2) die Eintragung eines Nacherbenvermerks zugleich an einem ideellen Miteigentumsanteil zu 1/2 an der als Surrogat für den Anteil am Nachlass nach dem verstorbenen Vater betrachteten Immobilie stattfinden solle, sieht dies die Beschwerde für die zunächst beantragte Eigentumsvormerkung anders.

Für die Eintragung eines Nacherbenvermerks an Surrogatgrundstücken ist es unerheblich, ob der Nacherbenvermerk am ursprünglichen Nachlassgegenstand zu Unrecht eingetragen wurde

b) Jedoch kann auch die beantragte Eigentumsvormerkung ohne die Beseitigung der vom GBA zutreffend aufgezeigten Hindernisse nicht eingetragen werden. Der Nacherbfolge zugehörig sind sämtliche Nachlassgegenstände, nach § 2111 BGB auch die Surrogate. Deshalb ist der Nacherbenvermerk auch an Surrogatgrundstücken einzutragen (Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl., § 51 Rn. 21; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 3496), wobei es unerheblich ist, ob der Vermerk – zu Recht oder zu Unrecht – am ursprünglichen Nachlassgegenstand eingetragen war.

Es besteht keine Verfügungsbeschränkung für den Vorerben nach § 2113 BGB und damit auch kein Grund für die Eintragung eines Nacherbenvermerks, wenn nicht das Grundstück selbst, sondern ein Anteil an einer Gesamthand, die Eigentümer des Grundstücks ist, zum Nachlass gehört

Es trifft zwar zu, dass zur Erbschaft nicht die Grundstücksanteile selbst als Gesamtgutsgegenstände, sondern die davon verschiedenen Gesamthandsanteile gehören und die Vorerben demzufolge nach der überwiegend auf Zustimmung gestoßenen Rechtsprechung des BGH (BGHZ 171, 350 = DNotZ 2007, 700 = RNotZ 2007, 414; vgl. auch schon BayObLG Rpfleger 1996, 150 = DNotI-Report 1996, 22) über das Grundstück ohne die Beschränkungen des § 2113 BGB verfügen können, demzufolge auch ein Nacherbenvermerk (§ 51 GBO) an einem solchen Grundstück ausscheidet. Indessen ist die Zugehörigkeit zur Erbmasse nicht von der Eintragung des Vermerks abhängig. Fehlt dieser, ist die Nacherbschaft zwar nicht vor Verfügungen geschützt, aber gleichwohl davon beeinträchtigt.

Bei der Bestimmung, was aus Mitteln der Erbschaft erworben wird, kommt es auf einen wirtschaftlichen Maßstab an

Das gegenständliche Grundstück ist Surrogat i. S. v. § 2111 BGB. Erwirbt nämlich bei mehreren Vorerben einer einen Gegenstand im Wege der Nachlassauseinandersetzung, so liegt ein Erwerb mit Mitteln der Erbschaft vor und der Gegenstand tritt an die Stelle der insoweit aufgegebenen Gesamthandsbeteiligung (vgl. BGH NJW-RR 2001, 217 = DNotZ 2001, 392; siehe ferner Burandt/Rojahn/Lang, Erbrecht, § 2111 BGB Rn. 17 f.). Weil es für die Bestimmung, was aus Mitteln der Erbschaft erworben ist, nicht auf einen formalen, sondern unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen der Nacherben auf einen wirtschaftlichen Maßstab ankommt (BGH NJW 1993, 3198 = DNotZ 1995, 699; Burandt/Rojahn/Lang, § 2111 BGB Rn. 13), spielt es hier keine Rolle, dass zur Erbschaft nicht der Grundstücksanteil, sondern der Gesamthandsanteil an der Gütergemeinschaft gehört. Es ist zwar einzuräumen, dass der grundbuchrechtliche Schutz des Nacherben infolge der dargestellten Rechtsprechung vor einer Auseinandersetzung unter den Vorerben dann weniger stark ausgeprägt ist als nach einer Auseinandersetzung unter diesen. Doch ist das hinzunehmen, weil nach einer Auseinandersetzung – anders als vorher im Hinblick auf die bevorzugten Interessen des Berechtigten des von der (Vor-)Erbschaft nicht belasteten Grundstückanteils – kein Grund ersichtlich ist, dem Nacherben den Schutz des § 51 GBO noch zu versagen.

Soweit ein Nacherbenvermerk am Surrogationsgrundstück einzutragen ist, ist bereits bei der Eintragung der entsprechenden Eigentumsverschaffungsvormerkung das Recht der Nacherben zu verlaublichen

Weil bereits die Vormerkung Gutglaubensschutz erzeugt (Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl., § 885 Rn. 12, 13), ist es nur folgerichtig, bereits mit deren Eintragung auch das Recht des Nacherben zu verlaublichen.

Dem Grundbuchamt gegenüber ist hier der Nachweis der Entgeltlichkeit durch die Mitwirkung der Nacherben zu führen

c) Das GBA hält es in der angegriffenen Zwischenverfügung für erforderlich, den Nachweis der Wertentsprechung und damit der Entgeltlichkeit der vorgenommenen Auseinandersetzungen zu führen, weshalb die Nacherben mitzuwirken hätten. Der Senat hält dies für zutreffend, weil die Nachlassverteilung gemäß dem vorliegenden Auseinandersetzungsvertrag bezüglich des Grundvermögens zu einer Wertdifferenz von mehr als 4 Mio. Euro führt. Auch wenn diese nach den Vorstellungen der Bet. hälftig ausgeglichen werden soll, kommt es im Grundvermögen der jeweiligen Erbstämme zu einer Quotenverschiebung. Deswegen ist es mit der Sichtweise des Bet. zu 2), je einen ideellen Miteigentumsanteil zu 1/2 an den Nachlassimmobilien als Surrogat für den Anteil am Nachlass des verstorbenen Vaters „zu betrachten“, nicht getan. Daran ändert auch der Ausgleichsbetrag, unabhängig davon, ob er aus Nachlasswerten stammt, nichts. Ob dem dadurch entgangen werden kann, dass die Eintragung des Nacherbenvermerks am (4/6) Anteil insgesamt (und nicht nur anteilmäßig) bewilligt wird, kann dahinstehen.

3. Liegenschaftsrecht – Zur ordnungsgemäßen Ausübung der Belastungsvollmacht

(*OLG München*, Beschluss vom 22. 2. 2012 – 34 Wx 18/12, mitgeteilt von *Richterin am Oberlandesgericht Edith Paintner*)

BGB §§ 133; 167; 399

Eine Belastungsvollmacht, nach der die Abtretbarkeit der Grundschuld bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung auszuschließen ist, ermächtigt nach ihrer nächstliegenden Bedeutung nicht dazu, die Abtretbarkeit in der Sicherungsvereinbarung nur schuldrechtlich auszuschließen.

Zur Einordnung:

Die Entscheidung betrifft die Frage des Umfangs einer im Rahmen eines Grundstückskaufvertrags häufig erteilten Belastungsvollmacht. Diese dient dazu, dass der Käufer bereits vor Eigentumsumschreibung zugunsten der finanzierenden Bank am Vertragsgegenstand eine Grundschuld ohne nochmalige Mitwirkung des Verkäufers bestellen kann. Eine solche Vollmachtserteilung ist mit erheblichen Risiken für den Verkäufer verbunden, vor denen dieser zu schützen ist (vgl. Ring/Grziwotz/Keukenschrijver/Krause, BGB, 2. Aufl. 2008, § 1191 Rn. 144). Ein Mittel besteht darin, die Belastungsvollmacht im Außenverhältnis so einzuschränken, dass im Falle ihrer Ausnutzung die Abtretbarkeit der Grundschuld bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung ausgeschlossen werden muss.

In der nachstehend abgedruckten Entscheidung war die Vollmacht mit der entsprechenden Einschränkung erteilt worden, die Abtretbarkeit der Grundschuld dann allerdings nur schuldrechtlich ausgeschlossen worden. Nach Auffassung des OLG München war das

nicht ausreichend. Der Senat hat sich der ganz h. M. (BayObLG MittRhNotK 1992, 82; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 3555 m. w. N.) angeschlossen, nach der bei Zweifeln über den Umfang von Finanzierungsvollmachten der geringere Umfang anzunehmen ist. Ergebe die Auslegung der Vollmacht daher wie hier nicht eindeutig, wie der Abtretungsausschluss erreicht werden soll, sei ein dinglicher Abtretungsausschluss anzunehmen, der zudem dem gesetzlichen Leitbild (§ 399 BGB) entspreche.

Die Entscheidung zeigt, dass bei der Abfassung der Belastungsvollmacht äußerste Genauigkeit erforderlich ist, insbesondere soweit die Vollmacht im Außenverhältnis beschränkt werden soll (so auch mit Nachdruck Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 3555). Wird bei einer solchen Beschränkung im Außenverhältnis von der Vollmacht in einer der Beschränkung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht, führt dies zur Unwirksamkeit der vom Bevollmächtigten abgegebenen Erklärung.

Die Schriftleitung (LB)

Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. zu 3) verkaufte an die Bet. zu 1) und 2) mit notariellem Vertrag vom 24. 10. 2011 ein Grundstück. Unter der Überschrift „Finanzierungsvollmacht“ regelten die Bet. in dem Vertrag folgendes:

Der Veräußerer bevollmächtigt hiermit den Erwerber unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, ihn bei der Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten mit dinglicher Vollstreckungsunterwerfung mit beliebigen Zinsen und Nebenleistungen an dem Vertragsobjekt auch über den Kaufpreis hinaus zugunsten eines Kreditinstituts, welches der deutschen Kreditaufsicht unterliegt, zu vertreten. Die Vollmacht kann nur im Notariat des beurkundenden Notars ausgeübt werden, der zum Vollzug alle Bewilligungen abgeben kann.

Die Zweckbestimmung des Grundpfandrechts ist hierbei so einzuschränken, dass diese Grundpfandrechte bis zur Zahlung des Kaufpreises ausschließlich zur Absicherung von Darlehen zur Kaufpreisfinanzierung und nur für die jeweils tatsächlich an den Verkäufer ausgezahlten Beträge dienen. Es ist Abtretbarkeit der Grundschuld bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung auszuschließen. Der Veräußerer übernimmt jedoch keine persönliche Haftung für die Grundpfandrechte. Die Kosten der Bestellung und Eintragung dieser Rechte trägt der Erwerber.

Mit Antrag vom 12. 12. 2011 legte der beurkundende Notar eine Grundschuldbestellungsurkunde vom 9. 12. 2011 vor, in der der Bet. zu 1) auch namens der weiteren Bet. für die finanzierende Bank an dem veräußerten Grundstück eine Grundschuld bewilligte. In den allgemeinen Bestimmungen des notariellen Vertrags ist unter anderem folgendes geregelt:

Es ist Abtretbarkeit der Grundschuld bis zur Eigentumsumschreibung auf den Besteller ausgeschlossen, dies erfolgt schuldrechtlich ohne Überprüfungspflicht durch das GBA.

Mit Zwischenverfügung vom 15. 12. 2011 hat das GBA unter Fristsetzung die Zustimmung der Eigentümerin oder einen Nachtrag zur Grundschuld gefordert, da der schuldrechtliche Abtretungsausschluss nicht den Vorgaben des Kaufvertrags entspreche. Dagegen wendet sich die Beschwerde vom 11. 1. 2012, der das GBA nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

II. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Auch gegen Zwischenverfügungen (§ 18 Abs. 1 GBO) des Grundbuchrechtspflegers ist nach § 11 Abs. 1 RPfIG i. V. m. § 71 Abs. 1 GBO die Beschwerde statthaft. Der Notar hat in der Beschwerde zwar nicht angegeben, für wen diese eingelegt wird. Nach den Umständen des Falles ist davon auszugehen, dass sie für sämtliche Verfahrensbet., die auch antragsberechtigt sind, eingelegt ist (vgl. Demharter, GBO, 28. Aufl., § 15 Rn. 20). Liegt eine Antragstellung nach § 15 Abs. 2 GBO vor, kann auch die Beschwerde gegen die daraufhin ergangene Entscheidung für (sämtliche) Ast. wirksam eingelegt werden.

2. Die Beschwerde ist aber nicht begründet; denn die Belastungsvollmacht im Vertrag vom 24. 10. 2011 umfasst nicht die bei Bewilligung der Grundschuld in den Vertrag vom 9. 12. 2011 aufgenommene schuldrechtliche Regelung zum Ausschluss ihrer Abtretbarkeit.

Bleibt im Grundbuchverfahren die Reichweite einer Vollmacht zweifelhaft, ist von ihrem geringeren, eindeutig festzustellenden Umfang auszugehen

Die erteilte Vollmacht (§ 167 BGB) ist nach den Regeln des § 133 BGB – ohne am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, jedoch mit den sich aus der Funktion des Grundbuchs ergebenden Einschränkungen (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl., § 133 Rn. 12 und 27 m. w. N.) – auszulegen. Wegen des das Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatzes kommt die Auslegung nur insoweit in Betracht, als sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt. Bleibt danach die Reichweite einer Vollmacht zweifelhaft, ist von ihrem geringeren, eindeutig festzustellenden Umfang auszugehen (z. B. BayObLG RPfleger 1995, 332; Demharter, § 19 Rn. 75). Jedoch ist ein übertriebener Formalismus in der Regel nicht angezeigt (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 3555 m. w. N.).

Die vom Verkäufer den Käufern erteilte Belastungsvollmacht erlaubt die Bestellung von Grundpfandrechten. Diese Vollmacht ist im Außenverhältnis dahin eingeschränkt, dass die „Abtretbarkeit der Grundschuld bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung auszuschließen“ ist.

Ergibt die Auslegung der Belastungsvollmacht nicht sicher, ob der Abtretungsausschluss rein schuldrechtlich oder nach § 399 BGB dinglich erfolgen soll, kann nur von dem geringeren Umfang der Vollmacht ausgegangen werden

Der Wortlaut des Vertrages lässt offen, ob der Abtretungsausschluss rein schuldrechtlich (vgl. etwa BGH NJW 1982, 2768) oder nach § 399 BGB dinglich (vgl. dazu Palandt/Bassenge, Einl v § 854 Rn. 12) erfolgen soll. Auch der weitere Kontext gibt zu dieser Frage keine hinreichenden Anhaltspunkte. Somit ergibt die Auslegung nicht den sicheren Schluss, dass allein ein schuldrechtlicher Abtretungsausschluss schon den Vorgaben des Vertrags genügt. Dies kann – entgegen der Ansicht des vorlegenden Notars – auch nicht schon daraus gefolgert werden, dass die Kaufurkunde nicht ausdrücklich fordert, ein gutgläubiger Erwerb müsse

ausgeschlossen werden. Nach der gesetzlichen Konzeption in § 399 BGB hat ein vertraglicher Ausschluss gerade dingliche Wirkung.

Es kann daher nach dem Wortlaut der Urkunde nur von dem geringeren Umfang der Vollmacht ausgegangen werden. Der Umfang der Vollmacht ist geringer, wenn man sie auf einen dinglichen Ausschluss beschränkt sieht, da der Veräußerer in diesem Fall weitergehend gesichert ist.

Es kann dahinstehen, ob diese Unklarheit eine offensichtliche Unrichtigkeit i. S. v. § 44 a Abs. 2 BeurkG darstellt. Die Klarstellung im Schreiben vom 19. 12. 2011 entspricht nämlich schon nicht den Anforderungen an einen solchen Nachtragsvermerk.

Da die Abtretbarkeit der Grundschuld in der Urkunde vom 9. 12. 2011 nur schuldrechtlich ausgeschlossen wurde, ist die Grundschuldbestellung von der eingeschränkt auszulegenden Vollmacht nicht gedeckt.

3. Die Möglichkeit der Beseitigung des Hindernisses durch Vorlage eines Nachtrags zur Bewilligung, wie vom AG zunächst in der Zwischenverfügung angeführt, besteht nicht, da damit das Hindernis nicht mit Wirkung ex tunc beseitigt werden kann. Insofern war die Zwischenverfügung daher aufzuheben.

4. Liegenschaftsrecht – Zu aufklärungspflichtigen Umständen beim Grundstückskauf

(OLG Rostock, Urteil vom 8. 12. 2011 – 3 U 16/11)

BGB §§ 346; 434; 437; 440; 444

1. Ausnahmsweise steht der positiven Kenntnis im Rahmen einer Arglist die bloße Erkennbarkeit von aufklärungspflichtigen Tatsachen gleich, wenn sich diese dem Täuschenden nach den Umständen des Einzelfalles aufdrängen mussten. Derjenige ist dann nach Treu und Glauben nicht berechtigt, seine Augen vor solchen Tatsachen zu verschließen. Weigert sich also der Verkäufer einer Immobilie, von sich aufdrängenden Umständen und deren sich ebenfalls aufdrängenden Bedeutung für einen Käufer Kenntnis zu nehmen, muss dies nach den für die Bankenhaftung entwickelten Grundsätzen dem positiven Wissen, dem sich der Verkäufer verschließt, gleichstehen.

2. Zur Zulässigkeit eines Grundurteils bei Klage auf Rückabwicklung des Kaufvertrages.

Zur Einordnung:

Beim Kauf einer gebrauchten Immobilie ist ein vollständiger Ausschluss der Haftung des Verkäufers für Sach- und Rechtsmängel üblich. Gemäß § 444 BGB kann sich der Verkäufer auf diesen Ausschluss jedoch nicht berufen, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. Anerkannt ist dabei, dass es für die Annahme von Arglist ausreicht, wenn der Verkäufer das Vorhandensein eines Mangels für möglich hält, dies aber nicht offenbart, obwohl er

weiß oder billigend in Kauf nimmt, dass dies für den Kaufentschluss des anderen Teils von Bedeutung ist (BGH ZfIR 2003, 769; vgl. auch BGH ZfIR 2001, 54; BGH NJW 2006, 1960; Ring/Grziwotz/Keuenschrijver/Grziwotz, BGB, 2. Aufl. 2008, Anh. zu §§ 925 ff. Rn. 98 m. w. N.; vgl. Lorenz, NJW 2006, 1925). Im Rahmen der Bankenhaftung ist zudem anerkannt, dass ausnahmsweise die bloße Erkennbarkeit von aufklärungspflichtigen Tatsachen der positiven Kenntnis gleichsteht, wenn sich diese dem Täuschenden nach den Umständen des Einzelfalles aufdrängen mussten. (BGH WM 2008, 1121; WM 2010, 1448). Diese Grundsätze hat der Senat hier auf das Grundstücksrecht für einen Fall übertragen, in dem der Verkäufer am Vertragsobjekt vor dem Verkauf ohne Baugenehmigung größere Sanierungsarbeiten vorgenommen hatte. Auf die Behauptung des Verkäufers, er habe sich überhaupt keine Gedanken um das Erfordernis einer Baugenehmigung gemacht, komme es daher nicht an. In Anbetracht der von ihm vorgenommenen umfassenden Arbeiten hätte es sich jedem verständigen Menschen aufdrängen müssen, dass zumindest die Möglichkeit besteht, dass diese einer behördlichen Genehmigung bedürfen. Gleiches gelte für eine erhebliche Nutzungsänderung.

Mit der Vorschrift des § 442 BGB, wonach die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen sind, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt, hat sich der Senat nicht auseinandergesetzt. Dem mag zugrunde liegen, dass nach S. 2 dieser Vorschrift dann, wenn dem Käufer ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, der Käufer Rechte wegen dieses Mangels im Falle von Arglist oder einer Beschaffenheitsgarantie gleichwohl geltend machen kann. In der Praxis kann es vorzugswürdig sein, in den Bereichen, die dem Käufer besonders wichtig sind, den Verkäufer eine Beschaffenheitsgarantie abgeben zu lassen, wenn die innere Vertragsgerechtigkeit dies zulässt, was bspw. bei Baumaßnahmen im Hinblick auf das Vorliegen aller erforderlichen baurechtlichen Genehmigungen der Fall sein kann. Trifft die Garantie nicht zu, kommt es auf das Vorliegen der möglicherweise schwer nachweisbaren Arglist nicht an.

Die Schriftleitung (LB)

Zum Sachverhalt:

I. Die Kl. begehrt vom Bekl. aus eigenem Recht und darüber hinaus in Prozessstandschaft für Herrn Sch. die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über eine Eigentumswohnung nebst Ersatz weiterer Aufwendungen.

Die Kl. und ihr damaliger Lebensgefährte, Herr Sch., erwarben mit Vertrag vom 9. 12. 2005, UR-Nr. xxx/2005 des Notars B.-R., die mit Nr. 7 bezeichnete Eigentumswohnung in der A.straße 29, eingetragen im Wohnungseigentumsgrundbuch von S. Blatt 73057, zum Kaufpreis von 90 000,- €, welche die Käufer im Rahmen eines Mietverhältnisses bereits seit 2000 bewohnten.

Im Rahmen von Verkaufsbemühungen wandte sich die Kl. u. a. an die Bauordnungsbehörde und musste feststellen, dass für die Wohnungen im Dachgeschoss, zu denen auch die Wohnung Nr. 7 gehört, keine bauordnungsrechtliche Genehmigung

vorliegt. Ebenso hatte der Bekl. den zur Wohnung Nr. 7 gehörenden Balkon ohne Baugenehmigung errichtet. Ein entsprechender Bauantrag war mit Bescheid vom 22. 2. 2000 zurückgewiesen worden.

Mit Schreiben vom 27. 3. 2009 forderten die Kl. und Herr Sch. den Bekl. auf, bis zum 15. 4. 2009 eine bauordnungsrechtliche Genehmigung für die Wohnung und die Balkonanlage herbeizuführen. Der Bekl. teilte hierauf mit Schreiben vom 15. 4. 2009 mit, dass das Dachgeschoss bereits vor der Wende bewohnt gewesen sei. Er habe lediglich vorhandenen Wohnraum saniert, ohne in die Statik einzugreifen. Wände seien nicht verändert worden. Es seien auch nur vorhandene, stark sanierungsbedürftige Balkone erneuert worden, wofür von der ausführenden Firma eine Statik vorgelegen habe.

Am 17. 4. 2009 erklärten die Käufer gegenüber dem Bekl. den Rücktritt vom Kaufvertrag und machten Schadensersatzforderungen geltend. Der Bekl. wurde aufgefordert, den Kaufpreis bis zum 25. 4. 2009 zurückzuzahlen. Sie boten an, die notarielle Erklärung für die Rückübertragung des Wohneigentums abzugeben.

Am 22. 6. 2009 erteilte die Stadt S. der Kl. eine Nutzungsuntersagung. Am 31. 7. 2009 teilte die Stadt S. mit, dass die Nutzungsuntersagung hinsichtlich der Balkonanlage aufgehoben worden sei. Auf Antrag des Bekl. vom 30. 6. 2009 hat die Stadt S. am 23. 9. 2009 für den Umbau und die Nutzungsänderung der Wohnung Nr. 7 eine Baugenehmigung mit Auflagen erteilt. Zwischenzeitlich hat der Bekl. den Bauantrag für die Wohnung Nr. 7 zurückgenommen.

Die Kl. hat die Ansicht vertreten, der Bekl. habe das Fehlen der Baugenehmigung als Sachmangel bei Vertragsschluss arglistig verschwiegen. Daher greife der im Vertrag bestimmte Haftungsausschluss nicht. Der Ausbau der Wohnungen sei im Jahr 2000 durch den Bekl. erfolgt, auch sei die Wohnung zuvor nicht mit einem Balkon versehen gewesen. Das Dachgeschoss sei vor der Wende nicht bewohnt gewesen. Eine Genehmigung zur Wohnnutzung der Wohnung Nr. 7 habe seit Errichtung des Hauses um 1906 nie vorgelegen. Der Bekl. habe die Wohnung aus einem Trockenboden und drei Bodenkammern errichtet, hierzu die Wände verändert und folglich in die Statik eingegriffen. Er habe in den Trockenboden ein weiteres Fenster eingebaut, ein vorhandenes zu einer Balkontür umgestaltet und ein weiteres großes Dachflächenfenster eingebaut. Die Genehmigung für die Errichtung der Balkonanlage habe der Beklagte 1999 beantragt, welche jedoch unstreitig abgelehnt worden ist.

In Kenntnis der Umstände hätten die Kl. und Herr Sch. die Wohnung 2005 nicht erworben. Es sei davon auszugehen, dass der Bekl. gewusst habe, dass Baugenehmigungen nicht vorliegen, aber notwendig wären. Dass sich der Bekl. bei Kaufvertragsabschluss über Notwendigkeit und Vorhandensein von Baugenehmigungen keine Gedanken gemacht haben will, stelle eine reine Schutzbehauptung dar.

Im Rahmen der Rückabwicklung hat die Kl. Notarkosten, Grunderwerbsteuer, Grundbuchkosten, Kosten der Stadt S. in Höhe von 64,- €, Wohngeld sowie Eigenheimzulage begehrt. Weiterhin hat die Kl. Umzugskosten, Einlagerungskosten, Telefonummeldung, Ummeldekosten für das Auto, Mietkosten bis Januar 2010 geltend gemacht.

Der Bekl. hat behauptet, die Wohnung sei auch vor 2000 zu Wohnzwecken genutzt worden. Die Arbeiten, die erfolgt seien, bevor der Bekl. die Immobilie erworben habe, hätten daher als dem Bestandsschutz unterfallen gegolten. Im Hinblick auf die Abgeschlossenheitsbescheinigung der Stadt S. sei der Bekl. im guten Glauben davon ausgegangen, dass weitere Genehmigungen nicht erforderlich seien. Er habe Mängel nicht arglistig verschwiegen. Soweit er Sanierungsarbeiten vorgenommen habe, seien diese nicht genehmigungsbedürftig und

wenn doch, jedenfalls jederzeit genehmigungsfähig. Von der Antragstellung und Antragsablehnung betreffend die Balkone habe er keine Kenntnis gehabt, denn der Antrag sei eigenmächtig und ohne seine Kenntnis von seiner Frau gestellt worden. Es sei der Kl. unbenommen, eine Baugenehmigung für die Wohnung Nr. 7 einzuholen, seine Sache sei das nicht, weil er nicht Eigentümer sei. Er hat die Einrede der Verjährung erhoben.

Mit Grundurteil vom 18. 1. 2011 hat das LG S. die Klaganträge zu 1. bis 3. dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Es hat den Rücktritt wegen Arglist des Bekl. für wirksam erachtet. Jedoch hielt es die Ansprüche zur Höhe noch nicht für entscheidungsreif. Wegen der Gründe im Einzelnen sowie der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen nimmt der Senat auf das angefochtene Urteil Bezug.

Mit seiner Berufung verfolgt der Bekl. die Klageabweisung weiter. Hilfsweise beantragt er die Zurückverweisung an das LG.

Er ist der Ansicht, das LG sei aufgrund einer unzureichenden und fehlerhaften Wertung des Sachverhaltes zu der Auffassung gelangt, dass die Kl. vom Vertrag habe zurücktreten können, weil der vertragliche Haftungsausschluss wegen arglistiger Täuschung des Bekl. nicht greife. Es habe den wesentlichen Sachverhalt erkennbar nicht vollständig wiedergegeben. Der Bekl. habe das Haus 1993 im Wege der Rückübertragung übergeben bekommen. Aus dem zugehörigen Übergabeprotokoll vom 9. 9. 1993 ergebe sich, dass im Dachgeschoss ein Mietverhältnis mit einer Familie R. bestanden habe. Es ergebe sich weiter hieraus, dass im Dachgeschoss Räume in Größe von 60 qm an die Familie S./K. zu Wohnzwecken vermietet gewesen seien. 1994 habe der Bekl. mit der Sanierung des Hauses begonnen. Beginnend mit dem Erdgeschoss habe er mittels Handwerksbetrieben nach und nach alle Wohnungen saniert. Die Sanierung der Dachgeschosswohnungen sei 1999/2000 abgeschlossen worden. In jedem Geschoss seien eigenständige Sanitäranlagen eingebaut worden, die zuvor nicht vorhanden gewesen seien. Dies sei auch im Dachgeschoss der Fall gewesen. Die Teilungserklärung sei vom Bekl. mit notarieller Urkunde vom 29. 12. 1998 vollzogen worden. Aus der Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 10. 11. 1998, die den Käufern mit Kaufvertrag übergeben worden sei, ergebe sich, dass die Wohnungen 1 bis 8 als abgeschlossen gelten.

Er macht geltend, die Nutzungsuntersagungsverfügungen für die Wohnungen 7 und 8 seien auf Aktivität der Kl. ergangen. Der Bekl. sei aus allen Wolken gefallen. Er sei zu keiner Zeit davon ausgegangen, dass die von ihm vorgenommenen Sanierungsarbeiten genehmigungsbedürftig seien. Schon zu DDR-Zeiten sei im Dachgeschoss der A. 29 – wie in den meisten umliegenden Häusern – gewohnt worden. Die Dachgeschosse hätten zwar heutigen Wohnanforderungen nicht genügt, seien aber durch Wände und Türen aufgeteilt gewesen. Die Verbesserungsarbeiten habe er vorgenommen, ohne auf den Gedanken des Genehmigungserfordernisses zu kommen. Ob eine solche Genehmigung überhaupt erforderlich wäre, hätte im Widerspruchsverfahren geklärt werden können. Einen Widerspruch gegen die Untersagungsverfügung habe die Kl. aber nicht eingelegt.

Auch den Vorwurf der Arglist habe das LG fehlerhaft festgestellt. Die Kl. habe bereits keinen substantiierten Sachvortrag geleistet, aus dem sich die Arglist ergeben könnte. Auch die Beweisaufnahme sei so gestaltet gewesen, dass sie gar nicht auf die Feststellung der Arglist des Bekl. gerichtet gewesen sei. Zwar gehe das LG im Ergebnis der Beweisaufnahme davon aus, dass die Arbeiten im Dachgeschoss einer Baugenehmigung bedürftig hätten. In der Beweisaufnahme habe es aber keinen Niederschlag gefunden, dass der Bekl. wissentlich Sanierungsarbeiten im Bereich der Wohnungen

Nr. 7 und 8 durchgeführt habe, ohne sich um die erforderliche Baugenehmigung zu kümmern. Der Bekl., der noch heute davon ausgehe, dass für die Wohnung Nr. 7 keine Baugenehmigung erforderlich sei, habe schlicht nicht gewusst, dass für die Arbeiten eine Baugenehmigung erforderlich gewesen sei. Die Kl. habe vor ihrem Einzug mitbekommen, dass umfassende Sanierungsarbeiten erfolgt seien, sie habe auch mitgeteilt bekommen, dass es sich um einen Erstbezug der Wohnung handele, sie habe aber weder bei Beginn des Mietverhältnisses im Jahre 2000 noch bei Abschluss des Kaufvertrages 2005 sich nach einer Baugenehmigung erkundigt. Sie habe auch keine Unterlagen bei Kauf herausverlangt, obgleich dies im Vertrag vorgesehen gewesen sei. Sie habe weder bei Anmietung noch bei Kauf Wert auf eine Baugenehmigung gelegt.

Auch bezüglich der Balkonanlage liege Arglist nicht vor. Es sei eine alte, nicht tragfähige Balkonanlage vorhanden gewesen. Zum Zeitpunkt der Erneuerung sei dem Bekl. eine Statik von dem ausführenden Unternehmen vorgelegt worden. Der Handwerker habe ihm mitgeteilt, dass es sich um eine genehmigte Statik handele. Dass nicht er, sondern seine Ehefrau, die Genehmigung beantragt und die Ablehnung erhalten habe, habe seine Frau in der Beweisaufnahme zweifelsfrei bekundet. Das LG habe außer Acht gelassen, dass in den Bauakten der Stadt S. dokumentiert sei, dass er kein Wissen von dem Antrag gehabt habe. Aus Anlage B1 ergebe sich, dass seine Ehefrau darum gebeten habe, keine Eingangsbestätigung zu erteilen. Auf dem Zurückweisungsbescheid vom 22. 2. 2000 befinde sich ein handschriftlicher Vermerk, dass dieser persönlich abgeholt worden sei. Am 25. 2. 2000 habe Frau M. dafür unterschrieben, ihn abgeholt zu haben.

Die Kl. begehrt die Berufungszurückweisung. Sie rügt, der Bekl. trage auch in der Berufungsinstanz falsch vor. Aus der Anlage B4 ergebe sich nur, dass Frau Sch. 60 qm im Dachgeschoss bewohnt habe. Eine Familie R. habe dort nicht gewohnt, so dass für das Dachgeschoss keine zwei Mietverträge existiert hätten. Nach Aussage aller erstinstanzlichen Zeugen habe sich in der linken Hälfte des Dachgeschosses ein einfacher Trockenboden befunden. Der Bekl. habe die Wohnung neu errichtet. Die Arbeiten des Bekl. seien im wesentlichen unbestritten auf den Seiten 2/3 des klägerischen Schriftsatzes vom 29. 9. 2009 dargestellt.

Der Bekl. habe nicht erst durch das Schreiben der Kl. vom 27. 3. 2009 davon erfahren, dass Baugenehmigungen nicht vorliegen, denn nach seinem erstinstanzlichen Vortrag habe er dies schon immer gewusst. Die Kl. habe eine Nutzungsunter-sagung weder bestellt noch veranlasst. Eine Balkonanlage habe das Haus vor der Sanierung nicht gehabt, sondern einzelne Wohnungen hätten vorgehängte Balkone gehabt. Der Bekl. habe erstmals eine Ständeranlage errichtet.

Sie weist darauf hin, dass der Bekl. erstinstanzlich zunächst vorgetragen habe, dass er 1999/2000 Nachforderungen zu seinem Bauantrag für die Balkonanlage erhalten habe. Mit diesem Vorbringen habe der Bekl. auch am 26. 1. 2010 verhandelt.

Aus den Gründen:

II. Die zulässige Berufung des Bekl. hat in der Sache keinen Erfolg. Das LG hat einen Rückabwicklungsanspruch der Kl. aufgrund eines wirksamen Rücktritts vom Kaufvertrag zutreffend bejaht.

1. Ist eine Kaufsache mangelhaft, kann der Käufer gemäß § 437 BGB nach den Vorschriften der §§ 440, 323, 326 Abs. 5 BGB vom Vertrag zurücktreten und nach den

§§ 440, 280, 281 BGB Schadensersatz verlangen, soweit im Vertrag nichts anderes vereinbart ist.

Die fehlende Baugenehmigung stellt einen Sachmangel des veräußerten Wohnungseigentums dar

Die streitgegenständliche Eigentumswohnung ist mangelhaft. Ist im Vertrag eine besondere Beschaffenheit der Kaufsache nicht vereinbart, ist diese gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 BGB frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet oder sonst sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

Zutreffend geht das LG davon aus, dass die fehlende Baugenehmigung einen Sachmangel des veräußerten Wohnungseigentums darstellt (vgl. auch Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., § 123 Rn. 8), da diese den Wert und die Tauglichkeit zu dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch aufheben. Das Fehlen einer notwendigen Baugenehmigung stellt grundsätzlich einen Sachmangel i. S. v. § 434 BGB dar, weil die Baubehörde die Nutzung der Wohnung bis zur Erteilung einer Baugenehmigung untersagen kann (vgl. hierzu im weiteren BGH MDR 1991, 967; BGH NJW 2003, 2380) und vorliegend auch untersagt hat.

Somit hat sich bereits in Gestalt der Nutzungsunter-sagungsverfügung das Risiko der fehlenden Baugenehmigung verwirklicht, die Kaufsache nicht zum vorgesehenen Vertragszweck nutzen zu können.

Die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes entzieht sich der Nachprüfbarkeit durch die Zivilgerichte

Ob die zwischenzeitlich bestandskräftige Nutzungsunter-sagungsverfügung zu Recht ergangen ist und insbesondere eine Baugenehmigungsbedürftigkeit der vom Bekl. ausgeführten Baumaßnahmen bestand, hat der Senat nicht festzustellen. Die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes, welchen auch die Nutzungsunter-sagungsverfügung darstellt, entzieht sich der Nachprüfbarkeit durch die Zivilgerichte und ist mit den verwaltungsverfahrensrechtlichen Instrumenten vorzunehmen. Dessen ungeachtet wird die Annahme des Senats, dass vorliegend eine Baugenehmigung erforderlich ist, auch dadurch gestützt, dass auf einen entsprechenden Antrag des Bekl. hin, eine Baugenehmigung unter erheblichen Auflagen ergangen ist, welche jedoch wegen der Rücknahme des Bauantrages durch den Bekl. gegenstandslos geworden ist. Wären die Umbauten des Bekl. im Bereich der Wohnung Nr. 7 entsprechend seinen Behauptungen genehmigungsfrei, wäre der Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung zurückzuweisen gewesen.

In Anbetracht der nicht bestehenden Nachprüfbarkeit durch das Zivilgericht betreffend die Nutzungsunter-sagungsverfügung kommt es auf die übrigen nicht nachgelassenen Ausführungen des Bekl. im Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 5. 12. 2011 nicht an, so dass dieser auch keinen Anlass zur Wiedereröffnung des Verfahrens gibt. Selbst eine Berück-

sichtigung des Vorbringens und insbesondere der Anlage BB 1 würde gleichwohl nur die Genehmigungsbefähigung der baulichen Maßnahmen bestätigen.

Arglist durch Verschweigen i. S. v. § 444 BGB setzt voraus, dass dem Verkäufer Fehler bekannt waren oder er sie zumindest für möglich hielt und er billigend in Kauf nahm, dass dem Käufer diese Fehler nicht bekannt waren und er bei deren Offenlegung den Kaufvertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte

2. Einem Rücktritt der Kl. und des Herrn Sch. vom Kaufvertrag, dessen übrige Voraussetzungen der Senat mit dem LG für gegeben erachtet, ist von den Vertragsparteien auch nicht wirksam ausgeschlossen worden. Zwar können die Vertragsparteien eines Kaufvertrages abweichend von § 437 BGB auch ganz oder teilweise einen Ausschluss der Gewährleistungsrechte vereinbaren. Gemäß § 444 BGB kann sich der Verkäufer auf solche Vereinbarung jedoch nicht berufen, wenn er den Mangel der Kaufsache arglistig verschwiegen hat.

Eine Arglisthaftung wegen der Täuschung durch Verschweigen offenbarungspflichtiger Mängel setzt voraus, dass dem Verkäufer Fehler bekannt waren oder er sie zumindest für möglich hielt und er billigend in Kauf nahm, dass dem Käufer diese Fehler nicht bekannt waren und er bei deren Offenlegung den Kaufvertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (BGH NJW-RR 1996, 1332; BGH NJW-RR 1992, 333; Brandenburgisches OLG, Urt. v. 10. 4. 2008, 5 U 10/07 m. w. N.; OLG Saarbrücken 2008, 251). Das Tatbestandsmerkmal der Arglist erfasst damit nicht nur ein Verhalten des Veräußerers, das von betrügerischer Absicht getragen ist, sondern auch solche Verhaltensweisen, die auf bedingten Vorsatz im Sinne eines „Fürmöglichhaltens“ und „Inkaufnehmens“ reduziert sind und mit denen kein moralisches Unwerturteil verbunden sein muss (BGH IBR 2002, 383 mit Anm. Baden; OLG Koblenz MDR 2006, 1343).

Eine Aufklärungspflicht besteht nur, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise Aufklärung erwarten durfte

Ein bloßes Schweigen kann eine arglistige Täuschung darstellen, wenn zum einen hinsichtlich der verschwiegenen Tatsache eine Aufklärungspflicht besteht. Eine solche Aufklärungspflicht besteht nur dann, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise Aufklärung erwarten durfte. Grundsätzlich ist es Sache einer jeden Partei, ihre eigenen Interessen selbst wahrzunehmen. Eine allgemeine Pflicht, alle Umstände zu offenbaren, die für die Entschließung des anderen Vertragsteils von Bedeutung sein können, besteht nicht. Für jeden Vertragspartner besteht lediglich die Pflicht, den anderen Teil über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck (des anderen) vereiteln können und daher für seinen Entschluss von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsanschauung erwarten konnte.

Der positiven Kenntnis steht die bloße Erkennbarkeit von aufklärungspflichtigen Tatsachen ausnahmsweise gleich, wenn sich diese dem Täuschenden nach den Umständen des Einzelfalles aufdrängen mussten

Ausnahmsweise steht der positiven Kenntnis die bloße Erkennbarkeit von aufklärungspflichtigen Tatsachen gleich, wenn sich diese dem Täuschenden nach den Umständen des Einzelfalles aufdrängen mussten. Derjenige ist dann nach Treu und Glauben nicht berechtigt, seine Augen vor solchen Tatsachen zu verschließen (BGH WM 2008, 1121; BGH WM 2010, 1448). Weigert sich also der Verkäufer einer Immobilie, von sich aufdrängenden Umständen und deren sich ebenfalls aufdrängenden Bedeutung für einen Käufer Kenntnis zu nehmen, muss dies nach den für die Bankenhaftung entwickelten Grundsätzen nach Ansicht des Senates dem positiven Wissen, dem sich der Verkäufer verschließt, gleichstehen.

Im konkreten Fall hätte es sich dem Verkäufer in Anbetracht der von ihm vorgenommenen umfassenden Arbeiten aufdrängen müssen, dass diese einer behördlichen Genehmigung bedürfen

So liegt der Fall hier. Dabei kann der Senat das Vorbringen des Bkl., er habe sich überhaupt keine Gedanken um das Erfordernis einer Baugenehmigung gemacht, unterstellen. In Anbetracht der von ihm vorgenommenen umfassenden Arbeiten hätte es sich jedem verständigen Menschen aufdrängen müssen, dass zumindest die Möglichkeit besteht, dass diese einer behördlichen Genehmigung bedürfen. Dabei vermag der Senat dem Bkl. nicht darin zu folgen, dass er nur Vorhandenes saniert habe und für ihn deshalb kein Anlass bestanden habe, diese Möglichkeit in Erwägung zu ziehen. Bereits aus seinem eigenen Vorbringen ergibt sich, dass er in die Wohnung Nr. 7 Küche und Bad eingebaut hat und hierzu erst Wasser- und Abwasseranschlüsse dorthin verlegt hat. Ebenso räumt er ein, nichttragende Trennwände gestellt zu haben sowie Fußbelege aufgebracht zu haben. Darüber hinaus hat er mit der zunächst nicht genehmigten Balkonanlage auch der Wohnung Nr. 7 einen Balkon zugeordnet, der zuvor nicht vorhanden war. Um jedoch einen Zugang zu diesem Balkon zu schaffen, ist es nach dem Verständnis des Senats unumgänglich, einen Eingriff in die Außenhaut des Hauses vorzunehmen, um so eine ausreichende Türöffnung als Austritt zu schaffen und so erst die Nutzbarkeit des Balkons herzustellen. Schon diese umfangreichen Veränderungen und Arbeiten mussten dem Bkl. hinreichend Anlass geben, die Erforderlichkeit einer Baugenehmigung in Erwägung zu ziehen. Dass umfangreiche Bauarbeiten und Veränderungen an Gebäuden zumindest baugenehmigungspflichtig sein können, gehörte 1999/2000 auch zum Allgemeinwissen der Bürger in den neuen Bundesländern, denn die in der DDR übliche Praxis, in Eigenleistung ungenehmigte oder teilweise auch nicht genehmigungsbedürftige Veränderungen in einer abgeschlossenen Wohnung vorzunehmen, war seit langem überholt.

Dass auch eine Nutzungsänderung genehmigungspflichtig sein kann, war zehn Jahre nach der Wende in den neuen Bundesländern allgemein bekannt

Dass der Bekl. dann, wenn er sich keine Gedanken um eine bauliche Genehmigungspflichtigkeit gemacht hat, sich ihm aufräugenden Kenntnissen verschlossen hat, findet weitere Stütze darin, dass er die Räumlichkeiten im Bereich der Wohnung Nr. 7 – wie sie vor dem Umbau bestanden – einer geänderten Nutzung zugeführt hat. Dass auch dies genehmigungspflichtig sein kann, war zum Zeitpunkt des Umbaus 1999/2000 in den neuen Bundesländern allgemein bekannt. Der Senat ist davon überzeugt, dass der Bekl. hier nicht zum dauerhaften Wohnen bestimmte Räume zu einer abgeschlossenen Wohnung umgebaut hat. Alle im Verfahren erster Instanz angehörten Zeugen haben bestätigt, dass sich im Bereich der heutigen Wohnung Nr. 7 keine abgeschlossene Wohnung befand, sondern ein Großteil des Raumes durch einen Trockenboden in Anspruch genommen wurde. Auch die im Übrigen dort befindlichen Räume, die von der Ehefrau des Bekl., der Zeugin M., als Mädchenzimmer bezeichnet wurden, stellten keine abgeschlossene Wohnung dar, da sie bereits nicht über die Grundanforderungen an Wohnraum verfügten. Wohnraum ist nur solcher Raum, der Menschen zum dauernden Aufenthalt, zum Schlafen, Kochen und Essen dient und daher zumindest eine Kochmöglichkeit und die Nutzung sanitärer Einrichtungen beinhaltet und Inneenteil eines Hauses ist (Herrlein/Kandelhard-Both, MietR, 4. Aufl., § 549 Rn. 3; Palandt/Weidenkaff, a.a.O., vor § 535 Rn. 89; Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl., Vorbem. 5 vor § 535; Schmidt-Futterer/Blank, MietR, 10. Aufl., vor § 535 Rn. 83). Dass es sich gemessen an diesen Kriterien entsprechend der Beschreibung der erstinstanzlich vernommenen Zeugen für jedermann erkennbar bei den umzubauenden Räumlichkeiten nicht bereits um vorhandenen Wohnraum handeln konnte, liegt offen auf der Hand. Dass zum Zeitpunkt der Umbauten diese Räumlichkeiten zu dauerhaften Wohnzwecken genutzt wurden, behauptet auch der Bekl. nicht. Sofern er allerdings vortragen lässt, dass im Dachgeschoss seines Hauses schon immer zwei Wohnungen vorhanden gewesen seien, wird dies auch nicht durch die von ihm zum Beleg seiner Behauptung abgereichte Anlage B 4 bestätigt. Auch in Anbetracht des klaren erstinstanzlichen Beweisergebnisses, welches sich der Senat ohne weiteres zu eigen machen kann, erscheint dieser vom Bekl. auch in der Berufungsinstanz aufrecht gehaltene Vortrag wenig glaubhaft.

Wenn sich dem Bekl. zumindest die Möglichkeit einer Genehmigungspflichtigkeit seiner Arbeiten aber aufrängen musste, hätte er das Fehlen einer solchen Genehmigung von sich aus offenbaren müssen. Dass eine solche für den Käufer einer Eigentumswohnung nicht gänzlich ohne Interesse ist, musste sich für den Bekl. schon daraus ergeben, dass im Kaufvertrag die Übergabe derselben gerade vorgesehen war. Darauf, dass die Kl. und Herr Sch. nach Unterzeichnung des Kaufvertrages deren Vorlage nicht verfolgt haben, kann sich der Bekl. zu seinen Gunsten nicht berufen, denn seine Aufklärungspflicht bestand bereits vor bzw. bei Unterzeichnung des Kaufvertrages.

3. Da der vereinbarte Haftungsausschluss wegen § 444 BGB nicht greift, sind auch Schadenersatzansprüche der Kl. sowie solche in Gesamtgläubigerschaft mit Herrn Sch. gem. §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB nicht ausgeschlossen. Das LG hat diese zutreffend dem Grunde nach bejaht. Die Feststellung der haftungsausfüllenden Kausalität hat es dabei offenbar dem Betragsverfahren überlassen, obgleich sich ausdrückliche Feststellungen hierzu im angefochtenen Urteil nicht finden.

4. Steht einer Vertragspartei ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu und macht sie von diesem Gebrauch, sind gem. § 346 Abs. 1 BGB die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und gezogene Nutzungen herauszugeben. Im Rahmen der Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses hat dabei eine Saldierung der gegenseitigen Ansprüche zu erfolgen. Dabei sind auch die vorliegend durch die Kl. geltend gemachten Schadenersatzansprüche einzubeziehen. Eine solche Saldierung hat bislang nicht stattgefunden. Insbesondere hat der Bekl. bislang nicht Gelegenheit ergriffen, seinerseits mögliche Forderungen zur Saldierung vorzubringen. Da er von einer Unwirksamkeit des Rücktritts ausgegangen ist und aus seiner Sicht hierzu also kein Anlass bestand, wird ihm auf richterlichen Hinweis hierzu Gelegenheit zu geben sein. Bereits insoweit ist der Rechtsstreit zwar seinem Grunde nach, nicht aber zur Höhe entscheidungsreif. Das LG konnte daher gem. § 304 Abs. 1 ZPO ein Grundurteil erlassen und auch die Entscheidung über die haftungsausfüllende Kausalität in das Betragsverfahren verlagern.

5. Familienrecht – Zum Gesamtschuldnerausgleich unter Ehegatten bezüglich gemeinsamer Darlehensverbindlichkeit

(*Thüringer OLG*, Beschluss vom 8. 12. 2012 – 1 UF 396/11)

BGB § 426 Abs. 1 S. 1

1. Die Grundregel des § 426 Abs. 1 S. 1 BGB, nach welcher Gesamtschuldner im Innenverhältnis zu gleichen Anteilen haften, wird während des Zusammenlebens der Ehegatten durch die eheliche Lebensgemeinschaft überlagert.

Wenn der allein verdienende Ehegatte die Lasten des Kredits für die Ehwohnung allein trägt, ist eine zumindest stillschweigende Einigung zugrunde zu legen, dass auch intern nur der verdienende Teil haftet. Entsprechendes gilt bei beiderseits verdienenden Ehegatten mit erheblichem Einkommensgefälle.

2. Für die Zeit nach der Trennung ist davon auszugehen, dass eine anderweitige Bestimmung i. S. v. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB jedenfalls dann nahe liegt, wenn die alleinige Schuldentilgung durch einen der getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten bei der Berechnung des dem anderen zustehenden Unterhalts bereits berücksichtigt wurde.

Damit nicht ohne weiteres vergleichbar ist der Fall, dass an sich bestehende Unterhaltsansprüche

che im Hinblick darauf, dass der Unterhaltspflichtige die gemeinsamen Schulden allein tilgt, nicht geltend gemacht werden, ohne dass über diese Handhabung eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen wurde. Ob gegebenenfalls eine stillschweigende Vereinbarung angenommen werden kann, ist jeweils nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden.

Zur Einordnung:

Der grundsätzlich auch bei Ehegatten bestehende gesamtschuldnerische Ausgleichsanspruch gem. § 426 Abs. 1 BGB wird durch die Besonderheiten und die Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft überlagert (BGH NJW 2002, 2319; 2000, 1944). Allerdings wird § 426 BGB nicht von den §§ 1372 ff. verdrängt. Denn während der Zugewinnausgleich erst bei der Beendigung des Güterstands Bedeutung gewinnt und auf eine umfassende Abrechnung des Vermögenszuwachses angelegt ist, gewährt § 426 Abs. 1 BGB einen Einzelausgleich in Gestalt eines sofort fälligen Anspruchs (BGH NJW 1988, 133). Als Ausgangspunkt für den Gesamtschuldnerausgleich gilt im Innenverhältnis grundsätzlich der Halbteilungsgrundsatz. Eine anderweitige Aufteilung kann sich aus Gesetz, Vereinbarung, Inhalt und Zweck des Rechtsverhältnisses oder aus der Natur der Sache, also der besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens ergeben, etwa ob die Ehe intakt oder zerrüttet ist. Bis zum Scheitern der Ehe kann sich daher „eine anderweitige Bestimmung“ ohne besondere Vereinbarung ergeben. Für eine intakte Ehe gilt, dass im Falle der Einverdienerhe oder eines erheblichen Ungleichgewichts zwischen den Einkünften der Eheleute die Ausgleichspflicht des nicht oder wesentlich weniger verdienenden Ehegatten entfällt (BGH FamRZ 1993, 676). Das bedeutet, dass nach Scheitern der Ehe ein Ausgleich für vor der Trennung erbrachte Tilgungsleistungen, die von den Ehegatten nicht entsprechend ihrer Quote erbracht wurden, nicht stattfindet. Allerdings ist ab dem Scheitern der Ehe davon auszugehen, dass grundsätzlich eine Ausgleichspflicht mit einer hälftigen Verteilung besteht, es sei denn besondere Umstände rechtfertigen einen anderen Maßstab.

Das Thüringer OLG schließt sich im vorliegenden Beschluss dieser ständigen Rechtsprechung an. Es stellt fest, dass für die Zeit nach der Trennung eine „anderweitige Bestimmung“ gegenüber dem dann grundsätzlich geltenden Halbteilungsgrundsatz jedenfalls naheliegt, wenn die alleinige Schuldentilgung durch einen der getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten bei der Berechnung des dem anderen zustehenden Unterhalts bereits berücksichtigt wurde. Das Gericht gibt insofern ein Beispiel für einen „besonderen Umstand“, der die hälftige Verteilung wieder durchbrechen kann. Würden hingegen grundsätzlich bestehende Unterhaltsansprüche im Hinblick auf die Alleintilgung von Schulden durch den Unterhaltspflichtigen nur nicht geltend gemacht, ändere dies nicht zwingend etwas an der hälftigen Ausgleichspflicht. In solchen Fällen bedürfe es beim Fehlen einer ausdrücklichen Absprache zwischen

den Ehegatten zumindest einer „stillschweigenden Vereinbarung“ den Ausgleichsmaßstab betreffend, wovon auf Grund des konkreten Sachverhalts in vorliegender Entscheidung auszugehen war.

In der notariellen Praxis bietet es sich an, diese Thematik insbesondere bei Scheidungsfolgenvereinbarungen zu thematisieren und eventuelle Vereinbarungen bzw. „Absprachen“ der Parteien entsprechend aufzunehmen.

Die Schriftleitung (TF)

Zum Sachverhalt:

I. Die Parteien haben am 4. 9. 1993 geheiratet und leben seit dem 1. 4. 2007 getrennt. Sie sind seit dem 12. 2. 2009 rechtskräftig geschiedene Eheleute.

Sie haben keine gemeinsamen Kinder. Aus einer vorangegangenen Beziehung haben sie jeweils einen Sohn. Die Eheleute haben keinen Ehevertrag errichtet. Ein Zugewinnausgleich wurde nicht durchgeführt.

Die Ehwohnung haben beide zu hälftigem Miteigentum im Jahr 1995 erworben und voll finanziert. Der Ag. war daneben Alleineigentümer eines Hauses mit zwei Wohnungen in L. Dieses wurde während der bestehenden Ehe umgebaut. Auch dafür wurde Geld aufgenommen.

Die im beiderseitigen Miteigentum stehende Eigentumswohnung in I. wurde durch notariellen Kaufvertrag der Notarin K. vom 26. 10. 2010 (Urkundennummer . . ./2010) und notarielle Genehmigungserklärung der Ast. vom 29. 10. 2010 zu einem Kaufpreis von 166 000,- € veräußert.

Nach Ablösung der darauf lastenden Kredite in Höhe von 131 453,46 € an die Deutsche Bank verbleibt den Bet. ein Restbetrag in Höhe von 34 546,54 €. Die Bet. streiten im vorliegenden Verfahren um den Erlösanteil der Ast.

Unstreitig hat der Ag. während der Ehe die Darlehensraten für die gemeinsame Ehwohnung bezahlt. Nachdem die Parteien sich getrennt haben, blieb die Ast. in der gemeinsamen Ehwohnung wohnen. Die Ast. hat vom 1. 4. 2007 bis 31. 1. 2008 die ehemalige Ehwohnung unter Ausschluss des Ehemannes alleine genutzt und die Hausnebenkosten, Grundsteuer und das Hausgeld getragen; der Ehemann hat den Schuldendienst gegenüber dem Kreditinstitut bedient.

Die Ast. hat vor dem AG Erfurt, Az. 34 F 746/09 und dem Thüringer OLG, Az. 1 UF 44/10, Trennungsunterhalt für die Zeit vom 1. 2. 2008 bis 31. 3. 2009 erstritten.

Nach Ablösung der darauf lastenden Kredite und möglicherweise weiterer Kosten hat der Ag. erklärt, die Ast. habe keinerlei Anspruch auf den verbleibenden Restkaufpreisanspruch aus der Veräußerung der im beiderseitigen Miteigentum stehenden Eigentumswohnung in I.

Die Ast. hat vorgetragen, unstreitig seien vom Kaufpreis in Höhe von 166 000,- € zur Ablösung der Kredite 131 453,46 € an die D. Bank geflossen. Es verbleibe ein Restbetrag in Höhe von 34 546,54 €. Davon stehe der Ast. die Hälfte der Differenz in Höhe von 17 273,27 € zu.

Sie habe die alleinige Nutzung der Wohnung als Trennungsunterhalt gesehen. Dementsprechend habe sie ihn auch erst nach ihrem Auszug geltend gemacht.

Gehe man davon aus, dass die Trennungszeit eine endgültige war, sei die Ast. sowohl an den Darlehensbelastungen als auch an den Einnahmen aus der Wohnung nach ihrem Auszug zu beteiligen. Dies sei im Verfahren wegen Trennungsunterhalt erfolgt.

Mit Ende des Anspruchs auf Trennungsunterhalt (vereinbarungsgemäß am 31. 3. 2009) ende die Beteiligung im Rahmen der Unterhaltsberechnung. Solange Trennungsunterhalt geschuldet werde, bestehe keine Ausgleichspflicht, weil in der Berechnung bereits die Belastungen beim Unterhaltsverpflichteten berücksichtigt sind. Bei der Unterhaltsberechnung seien die Darlehensraten einkommensmindernd angesetzt worden.

Mit Ende des Anspruchs auf Trennungsunterhalt ab dem 1. 4. 2009 gelte Folgendes:

Nach Auskunft der D. Bank wurden jeweils zum 15. des Monats für die beiden Darlehen die Raten fällig. Das seien von April bis August 2009 (5 Monate) Beträge in Höhe von 1 277,56 € und ab September 2009 bis Oktober 2010 von jeweils 1 114,81 € monatlich. Somit seien insgesamt in dem genannten Zeitraum 21 995,14 € bezahlt worden.

Demgegenüber bestünden gemeinsame Mieteinkünfte, die nach dem Urteil des Thüringer OLG mit 613,76 € zu berücksichtigen seien. Für den Zeitraum von 19 Monaten ergeben sich 11 661,44 €. Somit seien vom Ag. 10 333,70 € alleine übernommen.

Er könne daher die Hälfte = 5 166,85 € von der Ast. beanspruchen. Bei Abzug der Summe von 5 166,85 € vom hälftigen Erlös in Höhe von 17 273,27 € verbleibe ein auszugehender Betrag in Höhe von 12 106,42 €.

Die Ast. hat beantragt, den Ag. zu verpflichten, den beurkundenden Notar – Frau G. K., E. –, anzuweisen, aus dem auf dem Notar-Anderkonto hinterlegten Käuferlös aus dem Kaufvertrag UR-Nr. . . . für 2010 einen verbleibenden Anteils-Restbetrag in Höhe von 12 106,- € an die Ast. freizugeben.

Der Ag. hat beantragt,

1. den Antrag zurückzuweisen,
2. widerantragstellend die Ast. zu verpflichten, den beurkundenden Notar, Frau Notarin G. K., dienstansässig in E., anzuweisen, den auf dem Notar-Anderkonto hinterlegten Käuferlös aus dem Kaufvertrag über Wohnungseigentum, UR-Nr. . . ./2010 vom 26. 10. 2010 nebst der Genehmigungserklärungen gemäß 2. Hs. des S. 2 der Ziffer III. Nr. 2 dieses notariellen Vertrages voll zugunsten des Ag. zur Auszahlung freizugeben.

Er hat vorgetragen, allein der Ag. habe Zahlungen auf die notarvertrags- und hier streitgegenständlichen Darlehensschulden erbracht, die unstreitig von Anfang an gesamtschuldnerische Schulden beider Parteien waren. So habe er in den Jahren 1995 bis 2010 ca. 150 900,- € insgesamt alleine gezahlt. Ihm stehe ein Anspruch auf Gesamtschuldnerausgleich in Höhe von 75 000,- € zu.

Die Ast. erkenne mit dem Antrag bereits ihren Anspruch in Höhe von 5 000,- € an. Aber auch die antragsgegenständliche Restforderung in Höhe von 12 100,- € sei nicht begründet, weshalb Klageabweisungsantrag gestellt werde.

Da die Ast. aber auch bislang den o. g. Notar nicht angewiesen habe, die anderen 22 000,- € an den Ag. auszuführen, wäre ein Widerantrag geboten, der aufgrund der Weigerung zu konsensueller Streitlösung beizutragen, erhoben sei.

Das AG hat mit Beschluss vom 8. 6. 2011 den Ag. verpflichtet,

1. den beurkundenden Notar, Frau G. K., E., anzuweisen, aus dem auf dem Notaranderkonto hinterlegten Käuferlös aus dem Kaufvertrag UR-Nr. . . . für 2010 verbleibenden Anteilsrestbetrag in Höhe von 12 106,- € an die Ast. freizugeben und
2. den Widerantrag zurückgewiesen.

Wegen der näheren Einzelheiten wird auf den Beschluss vom 8. 6. 2011 Bezug genommen.

Das AG hat zur Begründung ausgeführt, die Ast. habe selbst ausgeführt, dass ihr lediglich ein Betrag in Höhe von 12 106,- € zustehe, da der Ag. eine höhere Zahlbelastung habe. Der Ag. habe hierzu keinen Sachvortrag erbracht, so dass antragsgemäß zu entscheiden war.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Ag., die anführt, es werde Gehörsrüge erhoben. Ein Protokoll des in der Sache am 11. 5. 2011 am 12.00 Uhr im Saal 21 stattgefundenen Haupttermins habe das Gericht der Antragsgegenseite bisher nicht übermittelt.

Zur Beschwerdebegründung erhoben werde der diesseitige Schriftsatz vom 11. 5. 2011 mit der Anlage B 4 und der Schriftsatz vom 1. 2. 2011 mit den Anlagen B 1 bis B 3.

Der größere Teil des Verkaufserlöses sei zur Tilgung der Darlehens-/Kreditreste dieses Kaufobjektes verbraucht worden. Lediglich ein kleinerer Teil von ca. 34 000,- € sei als Verkaufserlösrest übrig geblieben. Von diesem beanspruche die Ast. die in Ziffer 1 des angefochtenen Beschlusses bezifferte Summe von 12 106,- €, während der Ag. einen weit größeren Gesamtschuldnerausgleichsanspruch aus seinen o. g. Kredittilgungen gegen die Ast. habe, als etwa die 12,1 Tausend € oder etwa die Hälfte der ca. 34 Tausend €.

Zweifellos sei der Prozessstoff sehr umfangreich und erfordere genaueres Befassen mit den Verzweigungen dieser Materie. Gerade deshalb habe das Gericht im o. g. Haupttermin angekündigt, gerichtliche Hinweise erteilen zu wollen. Dem entgegen habe das Gericht die Antragsgegenseite mehr als sechs Wochen nach dem Hauptverhandlungstermin mit einer Entscheidung, mit der es einseitig dem Antrag der Ast. folgte, überrascht.

Es werde Bezug genommen auf das Urteil des Thüringer OLG vom 24. 6. 2010 (Az. 1 UF 44/10).

Darin sei festgestellt, dass die am 4. 9. 1993 geschlossene Ehe der Bet. nach Getrenntleben seit März 2007 am 12. 2. 2009 geschieden wurde. Die Ast. habe bis zum 31. 1. 2008 allein die im hälftigen Miteigentum beider befundene hier streitgegenständliche Eigentumswohnung bewohnt und der Ag. allein die Wohnungskreditraten gezahlt.

Die Kl. habe über ca. 1 276,- € Monatseinkommen und der Ag. über 3 452,- € Monatsnettoeinkommen verfügt, wovon er u. a. monatlich 1 412,- € für die Wohnungskredite bzgl. der gemeinsamen Eigentumswohnung zahlte.

Diese Kredittilgung habe der Bf. unstreitig allein und zwar aus seinem Arbeitseinkommen und zwar unter der Geschäftsgrundlage erbracht, mit dieser Kredittilgung vor allem sich selbst – aber auch im Zusammenleben mit seiner Ehefrau – Wohneigentum zu sichern.

Das ihm danach verbleibende Monatseinkommen (3,4 Tausend € ./ 1,4 Tausend €) von ca. 2 000,- € sei um die Hälfte (1,3:2 = 0,65) höher als ihr Monatseinkommen, woraus er mehr als seinen Anteil der übrigen gemeinsamen Lebenshaltungskosten des Ehepaares getragen habe, was unstreitig und bestreitbar sei.

Demnach lägen keinerlei Tatsachen tatsächlichen Geschehens vor, welche etwa auf eine anderweitige Bestimmung i. S. d. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB schließen ließen. Auch eine Überlagerung des Gesamtschuldnerverhältnisses der Parteien zur hier streitgegenständlichen Kredittilgung etwa durch ihre damalige eheliche Gemeinschaft sei hier nicht anzunehmen.

Denn eine solche würde voraussetzen, dass die andere Partei, welche sich an der gesamtschuldnerischen Tilgung selbst nicht beteilige, zumindest stillschweigend einvernehmlich mehr als die tilgende Partei anderes für die gemeinsame Lebensführung leiste (dem anderen Partner „den Rücken frei halte“) bzw. beides erbringe (Rücken frei + anderes bezahlen)

oder dass die andere Partei solches anderes zu leisten etwa gesundheitlich oder etwa wegen der Betreuung gemeinsamer Kinder oder aus anderen gesellschaftlich gerechtfertigten Gründen vollkommen außerstande sei. Solche Überlagerungsmomente lägen hier nicht vor. Die Ast. sei auch hinsichtlich der während der Zugewinnsgemeinschaft allein erbrachten gesamtschuldnerischen Tilgungs-, Zins- und Kostenzahlungen ausgleichspflichtig.

Für die Zeit ab der Trennung (03/2007) bis zu ihrem Auszug (31. 3. 2008) sei festzustellen, dass ihm von ihr zusätzlich aus hälftigem Eigentum an der hälftigen Ehwohnung Nutzungsschädigung in halber Miethöhe zustand.

Da sie ihm diese nicht zahlte, konnte und habe sie für diese Zeit keinerlei Trennungsunterhaltsanspruch, welcher bei 288,- € (gemäß Urteil 1 UF 44/10 vom 24. 6. 2011, S. 9 und 10) ohnehin bei weniger als der halben Miethöhe von 350,- € (700 : 2) zu beziffern wäre.

Für die Zeit ab Februar 2008 bis zum Vollzug des Eigentumswohnungsverkaufs vom 26. 10. 2010 in 2011 sei festzustellen, dass die vorübergehenden Vermietungseinnahmen der Eigentumswohnung selbstverständlich zur Gesamtschuldentilgung einzurechnen seien.

Es sei weder in der Ehezeit noch in den Zeiten zwischen Trennung und Eigentumswohnungsverkauf eine anderweitige Bestimmung i. S. d. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB getroffen worden, die die Pflicht der Bg. zum Gesamtschuldnerausgleich an den Rechtsmittelführer aufheben würde.

Der Ag. habe allein und aus seinem alleinigen Vermögen/Einkommen mehr als 80 000,- € zur Tilgung und Zinszahlung des hier streitgegenständlichen Kredits und mehr als 70 000,- € des 2. Kredits erbracht, wovon die Hälfte der addierten Summe mehr als 75 000,- € sei. Davon sei eine Hälfte = 35 000,- € Ausgleichsanspruch, der ihm von ihr zustehe, sei höher als der Verkaufserlösrest in Höhe von ca. 34 000,- €.

Der Ag. hat beantragt, in Abänderung des Beschlusses des AG – Familiengericht – Erfurt, Az. 34 F 59/11 vom 8. 6. 2011,

1. den Antrag der Ast. abzuweisen, den beurkundeten Notar, Frau G. K., E. anzuweisen, aus dem auf dem Notaranderkonto hinterlegten Käuferlös aus dem Kaufvertrag, UR-Nr.: ... für 2010 verbleibenden Anteilsrestbetrag in Höhe von 12 106,- € an die Ast. freizugeben,

2. die Ast. zu verpflichten, den beurkundenden Notar, Frau G. K., E. anzuweisen, den auf dem Notaranderkonto hinterlegten Verkaufserlösrest aus dem Kaufvertrag UR-Nr. ... für 2010 in voller Höhe an den Ag. freizugeben.

Der Ag. stellt im Termin vom 1. 12. 11 den Antrag zu Ziffer 1. und nimmt die weitergehende Beschwerde zurück.

Die Ast. beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Ast. trägt vor, während des ehelichen Zusammenlebens betrage ihr Monatseinkommen unter 1 000,- €. Der Ag. verdiene zeitweise sehr gut, mindestens viermal so viel. Er sei aber auch mehrmals arbeitslos gewesen.

Richtig sei, dass die Darlehenstilgung für die gemeinsame Eigentumswohnung vom Einkommen oder Arbeitslosengeld des Ag. bezahlt wurde, während der Lebensunterhalt und die Wohnnebenkosten vom Gehalt der Ast. abgingen. In den Zeiten, in denen der Ag. sehr gut verdiente, damals bei der Firma B.-B. in F., leistete er sich auch einen Porsche. Sondertilgungen, die ursprünglich beim Kredit für die Eigentumswohnung vereinbart waren, leistete er nicht. Er habe aber die damals mögliche § 10e-Steuerabschreibung in vollem Umfange geltend gemacht. Auch habe er neben der einen oder anderen Freundin seinen Sohn aus erster Ehe mit großzügigen Zahlungen unterhalten. Die Ast. habe die Steuerklasse V, der Ag. die Steuerklasse III inne.

Die Beschwerde sei unbegründet. Die Behauptung des Ag., eine anderweitige Bestimmung i. S. d. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB läge nicht vor und daher ergäbe sich eine Ausgleichspflicht zu gleichen Teilen, sei unzutreffend.

Es sei zu differenzieren zwischen

- a. der Zeit des ehelichen Zusammenlebens
- b. der Zeit der Trennung und
- c. nach Rechtskraft der Scheidung.

Für die Zeit des ehelichen Zusammenlebens sei i. S. d. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB ein anderes bestimmt.

Dabei sei nach ständiger Rechtsprechung für eine anderweitige Bestimmung i. S. d. Vorschrift des § 426 Abs. 1 BGB keine besondere Vereinbarung der Bet. erforderlich; sie könne sich vielmehr aus dem Inhalt und Zweck eines zwischen den Gesamtschuldnern bestehenden Rechtsverhältnisses oder „aus der Natur der Sache“ ergeben, mithin aus der Gestaltung des tatsächlichen Geschehens.

Bis zum Scheitern der Ehe könne somit eine anderweitige Bestimmung aus dem Umstand folgen, dass das Gesamtschuldverhältnis durch die eheliche Lebensgemeinschaft überlagert wurde. Es sei einhellige Meinung, dass es für Schulden, die während des ehelichen Zusammenlebens getilgt wurden, keinen Gesamtschuldnerausgleich gebe. Die Ausführungen des Ag. wiesen nicht daraufhin, dass hier ein Ausnahmefall vorläge. Beide Ehegatten hätten gemäß § 1360 BGB gleichwertige Leistungen zur gemeinsamen Lebensführung erbracht.

Die Behauptung, die Ast. habe weder einen finanziellen noch sonst wie gearteten Beitrag zur ehelichen Lebensgemeinschaft erbracht, werde bestritten. Richtig sei, dass sie sich sehr wohl und gerade in schwierigen Zeiten, wie Arbeitslosigkeit und Straffälligkeit des Ag. solidarisch verhalten und ihn – so gut sie konnte – unterstützt habe.

Nach Scheitern der Ehe sei grundsätzlich von der gesetzlichen Regel der Haftung zu gleichen Anteilen auszugehen. Eine anderweitige Bestimmung könne sich auch ohne anderweitige oder stillschweigende Vereinbarung der Ehegatten aus der besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens ergeben.

Als Trennungszeit gelte die räumliche Trennung vom 1. 4. 2007 bis zur Rechtskraft der Ehescheidung am 12. 2. 2009.

Nach Auszug des Ag. bewohnte die Ast. bis zum 31. 1. 2008 die gemeinsame Ehwohnung allein. Von April bis 31. 12. 2007 waren die Bet. mit den Steuerklassen III und V auch noch gemeinsam veranlagt.

Bis zum Auszug habe sie keinen Trennungsunterhalt geltend gemacht, dafür habe sie das alleinige Nutzungsrecht erhalten, habe aber sämtliche Betriebs- und Nebenkosten übernommen. Dies sei mit Anwaltsschreiben vom 16. 11. 2007 so mitgeteilt worden.

Ab dem Auszug aus der Wohnung am 1. 2. 2008 habe die Ast. dann den Trennungsunterhalt gerichtlich geltend gemacht. Die Darlehen seien einkommensmindernd bei dem Ag. berücksichtigt worden (Urteil des Senats vom 24. 6. 2010, Az. 1 UF 44/10). Somit liege eine anderweitige Bestimmung i. S. d. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB vor.

Für die Ausgleichspflicht nach Rechtskraft der Scheidung gelte, dass mit Ende des Anspruchs auf Trennungsunterhalt, also ab 1. 4. 2009 bis zur Ablösung durch den Verkauf ein Ausgleich zu gleichen Teilen berechnet und bei der Klageforderung bereits berücksichtigt worden sei. Der hälftige Erlös betrage 17 273,27 €. Die geltend gemachte Forderung betrage 12 106,42 €. Die Berechnung gehe aus dem Antrag vom 5. 1. 2011 hervor.

Aus den Gründen:

II. Auf das Verfahren ist das ab September 2009 geltende Verfahrensrecht des FamFG anzuwenden, weil der Rechtsstreit nach diesem Zeitpunkt eingeleitet wurde, Art. 111 Abs. 1 FGG-RG.

Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Hier sind die Vorschriften der §§ 58 ff. FamFG maßgebend, da es sich bei dem Beschluss des AG vom 2. 8. 2010 um eine Endentscheidung i. S. v. § 38 Abs. 1 S. 1 FamFG handelt. Die Beschwerde hat in der Sache aber keinen Erfolg.

Der Ast. steht ein Anspruch auf Auskehr des Erlöses in der aus dem erstinstanzlichen Tenor ersichtlichen Höhe zu.

Das Familiengericht ist für die Bearbeitung des Verfahrens gem. § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG sachlich zuständig, denn bei dem von der Ast. gestellten Antrag auf Erlösauskehr und dem von dem Ag. gestellten Widerantrag auf Durchführung des Gesamtschuldnerausgleichs nach § 426 BGB handelt es sich um die Geltendmachung eines Anspruchs zwischen ehemals miteinander verheirateten Bet. im Zusammenhang mit der Trennung und Scheidung, für die keine besondere Zuständigkeit des Arbeits- oder Zivilgerichts gegeben ist und die auch nicht das Wohnungseigentums- oder das Erbrecht betreffen (vgl. Keidel-Giers, FamFG, 17. Aufl., § 266 Rn. 14; Zöller/Lorenz, ZPO, 29. Aufl., § 266 FamFG, Rn. 15).

Gemäß Ziffer III. 2. der notariellen Urkunde der Notarin G. K. vom 26. 10. 2010 ist der Kaufpreis in Höhe von 166 000,- € – abzüglich der Belastungen und Kosten – d. h., der verbleibende Restbetrag, einschließlich etwaiger Hinterlegungszinsen und abzüglich etwaiger Spesen, jedoch erst nach gleichlautender schriftlicher Anweisung der Verkäufer an den Notar auf das Kto. Nr., Kontoinhaber RA H. – D. B., E. auszuzahlen.

Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass der hinterlegte Restbetrag dem Grunde nach zwischen ihnen als gleichen Miteigentümern hälftig zu teilen ist.

Während die Ast. aus dem hinterlegten Käuferlös in Höhe von 34 546,54 € einen Betrag in Höhe von 12 106,- € für sich beansprucht, beansprucht der Ag. den vollen Kaufpreiserlös vom Notaranderkonto für sich gemäß § 426 Abs. 1 S. 1 BGB; er hat aber seinen diesbezüglichen Widerantrag im Termin zurückgenommen.

Der kopfteilige Ausgleich unter Gesamtschuldner wird während einer intakten Ehe durch die eheliche Lebensgemeinschaft überlagert

Für die Zeit des Zusammenlebens der Parteien bis (zur Trennung) am 1. 4. 2007 gilt, dass die Parteien für die von ihnen aufgenommenen Darlehen als Gesamtschuldner haften, die sich daraus regelmäßig ergebende hälftige Ausgleichspflicht jedoch während intakter Ehe durch die eheliche Lebensgemeinschaft überlagert wird (BGH FamRZ 2010, 542).

Während einer Ehe kann die grundsätzliche Haftung von Gesamtschuldner zu gleichen Teilen von der ehelichen

Lebensgemeinschaft der Partner in der Weise überlagert werden, dass sich im Innenverhältnis eine andere Aufteilung ergibt, etwa dergestalt, dass der alleinverdienende Teil zugunsten des haushaltführenden Teils die gemeinsamen Verpflichtungen allein trägt und daher ein Ausgleichsanspruch ausscheidet (BGH FamRZ 1993, 676, 678; FamRZ 1995, 216, 217). Daraus kann sich bis zum Scheitern der Ehe eine anderweitige Bestimmung ohne besondere Vereinbarung ergeben.

Eine solche kann „aus der Natur der Sache“, also der besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens, zu folgern sein, dass – wenn die Partner nicht etwas Besonderes unter sich geregelt haben – persönliche und wirtschaftliche Leistungen nicht gegeneinander aufgerechnet werden. Insofern werden etwa Beiträge geleistet, sofern Bedürfnisse auftreten und, wenn nicht von beiden, so von demjenigen erbracht, der dazu in der Lage ist (BGH FamRZ 2010, 542 m. w. N.).

Ausgleichsansprüche scheiden jedoch grundsätzlich hinsichtlich solcher Leistungen aus, die, wie die Erfüllung der laufenden Unterhaltsbedürfnisse, wozu das Wohnbedürfnis zählt, das Zusammenleben in der gewollten Art erst ermöglicht haben, die also auf das gerichtet sind, was die Gemeinschaft Tag für Tag benötigt. Wegen solcher Leistungen kann auch die grundsätzliche Haftung der Gesamtschuldner zu gleichen Teilen im Innenverhältnis im Rahmen einer ehelichen Lebensgemeinschaft durch anderweitige Bestimmung in dem Sinne überlagert sein.

Eine ausdrückliche Absprache der Eheleute hinsichtlich der „abweichenden Vereinbarung“ ist nicht nötig

Bei einem gemeinsamen Kreditvertrag während der ehelichen Lebensgemeinschaft ist, falls es an einer ausdrücklichen Absprache der Eheleute fehlt, eine intern zustande gekommene Haftungsvereinbarung anzunehmen. Wenn sich zwei Ehegatten entschließen, auf Kreditbasis den Erwerb eines Eigenheims gemeinschaftlich vorzunehmen, und wenn dann nur ein Ehegatte die Kredittilgung nebst Zinszahlung übernimmt, eben weil sich der andere Ehegatte mangels Einkommens oder Vermögens daran gar nicht beteiligen kann, ist eine zumindest stillschweigende Einigung zugrunde zu legen, dass intern nur der verdienende Teil haftet. Entsprechendes gilt bei beiderseits verdienenden Ehegatten mit erheblichem Einkommensgefälle (Johannsen/Henrich, Familienrecht, 5. Aufl., vor § 1372 BGB Rn. 22).

Der BGH hat auch insoweit wiederholt entschieden, dass, wenn ein Ehegatte allein über Einkommen verfüge, während der andere den Haushalt versorgt, es üblich ist, dass der allein verdienende Ehegatte die gemeinschaftlichen finanziellen Verpflichtungen trage, auch wenn sie dem gemeinsamen Vermögenserwerb dienen (FamRZ 2002, 739, 740; 1988, 264, 265; 1986, 881, 882); dieser Rechtsprechung schließt der Senat sich an.

Der Senat ist in dem Parallelverfahren davon ausgegangen, dass die Ast. über ein Nettoeinkommen in Höhe von 1 276,39 € und der Ag. in Höhe von

3 009,13 € verfügte (Urteil vom 24. 6. 2010, Az. 1 UF 44/10, S. 7). Der Ag. hat 1 412,- € monatlich für die Wohnungskredite der gemeinsamen Eigentumswohnung gezahlt. Zwischen den Einkünften der Eheleute bestand ein erhebliches Ungleichgewicht und die Ast. war aufgrund ihres monatlichen Nettoeinkommens nicht in der Lage, die Verbindlichkeit zurückzuführen.

Nach der Trennung gilt im Grundsatz der kopfteilige Ausgleich

Für die Zeit nach der Trennung ab dem 1. 4. 2007 ist davon auszugehen, dass eine anderweitige Bestimmung, die die grundsätzliche Haftung von Gesamtschuldern im Innenverhältnis zu gleichen Teilen verdrängt, jedenfalls dann nahe liegt, wenn die alleinige Schuldentilgung durch einen der getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten bei der Berechnung des dem anderen zustehenden Unterhalts bereits berücksichtigt wurde (vgl. Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 3. Aufl., Rn. 276 ff.).

Wird im Hinblick auf die Alleintilgung von Schulden durch den Unterhaltspflichtigen Unterhalt nicht geltend gemacht, so bedarf es zumindest einer „stillschweigenden Vereinbarung“ der Parteien, ob diesen Halbteilungsgrundsatz durchbrechen soll

Damit nicht ohne weiteres vergleichbar ist aber der Fall, dass an sich bestehende Unterhaltsansprüche im Hinblick darauf, dass der Unterhaltspflichtige die gemeinsamen Schulden allein tilgt, nicht geltend gemacht werden, ohne dass – wie hier – über diese Handhabung eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen wurde. Ob gegebenenfalls eine stillschweigende Vereinbarung angenommen werden kann, ist jeweils nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden (BGH FamRZ 2005, 1236).

Im vorliegenden Fall spricht das Schreiben der Ast. vom 16. 11. 2007 für eine derartige stillschweigende Vereinbarung. Dort heißt es auf S. 1 unten:

„Wie Sie wissen, besteht angesichts der erheblichen Einkommensunterschiede ein Anspruch auf Trennungunterhalt. Nachdem Sie aber die Belastungen für die im Miteigentum stehende Immobilie getragen haben, und unsere Mandantin in der Wohnung wohnen konnte, hat sie aus diesen Gründen keinen Trennungunterhalt geltend gemacht, und sich hierdurch an dem Schuldendienst beteiligt . . .

Zu regeln ist auch die Frage des Trennungunterhalts, da wir Ihren Briefen entnehmen müssen, dass sie mit einer Nichtabrechnung der wechselseitigen Ansprüche *nicht länger* einverstanden sind . . .

Der sich nach Auskunftserteilung ergebende Unterhalt wird fürsorglich hiermit ab dem laufenden Monat geltend gemacht . . .

Mit der Regelung des Trennungunterhalts ist unsere Mandantin dann selbstverständlich bereit, sich an den Lasten der Wohnung, so lange sie im Miteigentum steht, zur Hälfte zu beteiligen.“

Offenbar geht auch der Ag. hiervon aus, denn auf S. 4 des Schriftsatzes vom 29. 9. 2011 heißt es: „Da sie ihm diese nicht zahlte, konnte und hat sie für diese Zeit keinerlei Trennungunterhaltsansprüche“.

Auch setzt die Geltendmachung einer Nutzungsent-schädigung eine vorherige eindeutige Zahlungsauf-forderung voraus, denn der in der Ehwohnung ver-bliebene Ehepartner muss sich darüber klar werden (binnen angemessener Überlegungsfrist), ob er künftig für die Nutzung ein Entgelt entrichten oder alsbald aus-ziehen will (Johannsen/Henrich/Götz, Familienrecht, 5. Aufl., § 1361 b BGB Rn. 35), die aus dem Vortrag der Bet. nicht ersichtlich ist.

Ein Anspruch auf Nutzungsvergütung kann der Billigkeit auch widersprechen, wenn dem verbleibenden Ehe-partner die Alleinnutzung aufgedrängt wird, er wirt-schaftlich zur Übernahme von Gegenleistungen nicht in der Lage ist und folglich gezwungen wäre, die Wohnung aufzugeben, um sich der finanziellen Belastung zu ent-ziehen (Johannsen/Henrich/Götz, a.a.O., Rn. 36).

Der Ag. ist von sich aus aus der ehelichen Wohnung ausgezogen; er hat der Ast. somit die Alleinnutzung der Ehwohnung, die in ihrem hälftigen Miteigentum stand, von sich aus überlassen. Die Ast. ist zeitnah nach dem Schreiben vom 16. 11. 2007 zum 31. 3. 2008 und damit noch innerhalb der Überlegungsfrist – aus der Ehe-wohnung ausgezogen.

Auch ist der Senat in dem Urteil vom 24. 6. 2010, S. 7, offenbar davon ausgegangen, dass der Ast. für die Mo-nate Februar bis April 2008 kein Unterhaltsanspruch mangels Leistungsfähigkeit des Ag. zustehe.

Vom 1. 5. 2008 bis 31. 3. 2009 hat der Senat (Urteil 1 UF 44/10 vom 24. 8. 2010) den Kredit und die Mieteinnah-men bei seiner Unterhaltsberechnung berücksichtigt.

Für die Zeit ab Rechtskraft der Ehescheidung hat die Ast. ausgeführt, mit Ende des Anspruchs auf Tren-nungunterhalt ab dem 1. 4. 2009 gelte Folgendes:

Nach Auskunft der D. B. wurden jeweils zum 15. des Monats für die beiden Darlehen die Raten fällig. Das sind von April bis August 2009 (5 Monate) ein Betrag in Höhe von 1 277,56 € und ab September 2009 bis Oktober 2010 von jeweils 1 114,81 € monatlich. So-mit wurden insgesamt in dem genannten Zeitraum 21 995,14 € bezahlt.

Demgegenüber bestanden gemeinsame Mieteinkünfte, die nach dem Urteil des Thüringer OLG mit 613,76 € zu berücksichtigen sind. Für den Zeitraum von 19 Monaten ergeben sich 11 661,44 €. Somit wurden vom Ag. 10 333,70 € alleine übernommen.

Der Ag. kann daher die Hälfte = 5 166,85 € von der Ast. beanspruchen. Bei Abzug der Summe von 5 166,85 € vom hälftigen Erlös 17 273,27 € verbleibt ein aus-zukehrender Betrag in Höhe von 12 106,42 €.

Der Ag. ist der Berechnung der Ast. nicht substantiiert entgegen getreten.

Der Senat hat den Schriftsatz des Ag. vom 7. 12. 2011 zur Kenntnis genommen. Der Schriftsatz gab keinen Anlass zu einer abweichenden rechtlichen Beurteilung.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 516 Abs. 3 ZPO, die für die vorliegende Familienstreitsache anzuwenden sind, §§ 112 Nr. 3, 266 Abs. 1 Nr. 3, 113 Abs. 1 FamFG, nachdem der Ag. im Termin vom 1. 12. 2011 die Beschwerde zu Ziffer 2. zurückgenommen hat und das Rechtsmittel im Übrigen keinen Erfolg hatte.

Die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit ist nicht veranlasst, § 116 Abs. 3 FamFG.

Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts nicht erfordert.

6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Keine Gründung einer Ein-Personen-GmbH durch einen als vollmachtlosen Vertreter handelnden Beteiligten
(KG, Beschluss vom 14. 12. 2011 – 25 W 48/11)

BGB §§ 179; 180 Abs. 1; 181
FamFG §§ 59; 63 Abs. 1

1. **Der rechtzeitige Eingang einer in elektronischer Form eingelegten Beschwerde unter Angabe des zutreffenden Aktenzeichens auf dem Server des Handelsregisters wahrt auch ohne Zuordnung zur entsprechenden elektronischen Akte die Beschwerdefrist.**
2. **Die Gründung einer Ein-Personen-GmbH durch einen vollmachtlosen Vertreter ist als einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung nach § 180 S. 1 BGB unheilbar nichtig.**

Zur Einordnung:

Nach fast einhelliger Auffassung wird die Errichtung einer GmbH durch nur eine Person dogmatisch als einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung des Gründers qualifiziert (Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 2 Rn. 7; a. A. Dürr, GmbHR 2008, 408 ff.). Es handelt sich dabei um eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, die dementsprechend mit ihrer Abgabe wirksam wird. Dies führt dazu, dass eine vollmachtlose Vertretung bei der Einpersonen-Gründung ausscheidet. Liegt demnach bei der Gründung einer GmbH durch einen Vertreter (§ 2 Abs. 2 GmbHG) zum Zeitpunkt der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages keine notariell errichtete oder beglaubigte Vollmacht vor, so wird die Gründung als streng einseitiges Rechtsgeschäft i. S. v. § 180 S. 1 BGB als nicht genehmigungsfähig und somit als nichtig angesehen (vgl. LG Berlin GmbHR 1996, 123). Die Gegenauffassung (Dürr, GmbHR 2008, 408 ff.) argumentiert, der Gesellschaftsvertrag einer GmbH sei als „körperschaftliches Organisationsstatut“ nicht „Vertrag“ im Sinne der allgemeinen Rechtsgelehrtenlehre, insbesondere da die Satzung auch durch eine einzige Person errichtet werden könne. Auch die Erklärung eines vollmachtlosen Vertreters diene dieser „Errichtung“ und müsse daher genehmigungsfähig sein, ohne dass ein Fall des § 180 S. 1 BGB anzunehmen wäre.

Die Entscheidung des KG bestätigt hingegen die herrschende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung bezüglich vorgenannter Problematik. Es erteilt insbesondere der vorgebrachten Auffassung der Bf. eine Absage, die Erklärung des Gesellschafters über die von ihm übernommene Einlage sei eine dem Geschäftsführer gegenüber abzugebende empfangsbedürftige Willenserklärung, wodurch die gesamte Gründungserklärung zu einer solchen werde. Erklärungsempfänger der Gründungserklärung sei vielmehr der Rechtsverkehr, aus dessen Sicht die Errichtung einer juristischen Person ein derart wichtiger Vorgang sei, dass über dessen Wirksamkeit sogleich Klarheit bestehen müsse (so auch Groothorst, NZG 2007, 605, 610). Ein Fall des § 180 S. 2 BGB mit der Möglichkeit der Genehmigung der vollmachtlosen Vertretung liegt nach dem KG demnach nicht vor.

Für die notarielle Praxis bestätigt die Entscheidung, dass bei der Einpersonen-Gründung durch einen Vertreter stets eine notariell beurkundete oder beglaubigte Vollmacht vorliegen muss. Abzugrenzen hiervon ist die durch einen vollmachtlosen Vertreter erfolgte Stimmabgabe über eine Satzungsänderung bei der Einpersonen-GmbH. Der Beschluss über die Satzungsänderung ist in diesem Fall zwar auch ein einseitiges Rechtsgeschäft, die entsprechende Willenserklärung richtet sich aber an eine bereits existierende GmbH und ist daher empfangsbedürftig und somit genehmigungsfähig (OLG Frankfurt DNotZ 2003, 459).

Die Schriftleitung (TF)

Zum Sachverhalt:

I. Der Geschäftsführer der Bet. meldete diese mit Schreiben vom 26. 1. 2011 zur Eintragung in das Handelsregister an. Mit Beschluss vom 18. 2. 2011 hatte das AG C. die Bet. darauf hingewiesen, dass es ein Eintragungshindernis in dem Umstand sehe, dass die Bet. als Ein-Personen-GmbH durch einen vollmachtlosen Vertreter gegründet worden sei, was aber nach § 180 BGB unzulässig sei. Der Aufforderung, die Anmeldung zurückzunehmen, folgte die Bet. nicht, sondern trug mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 10. 3. 2011 ihren gegenteiligen Standpunkt vor. Schließlich wies das Registergericht mit Beschluss vom 27. 4. 2011 die Anmeldung zurück. Es liege hier ein Fall des § 180 Abs. 1 BGB vor, da der Gründungsakt einer GmbH ein streng einseitiges Rechtsgeschäft sei. Eine Vertretung ohne Vertretungsmacht und eine nachfolgende Genehmigung seien daher ausgeschlossen.

Gegen den ihren Verfahrensbevollmächtigten am 27. 4. 2011 in elektronischer Form zugestellten Beschluss hat die Bet. mit am 27. 5. 2011 beim Registergericht eingegangenen elektronischen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten Beschwerde eingelegt. Sie beruft sich darauf, dass die Gründung einer Ein-Personen-GmbH eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und diese der Genehmigung durch den vollmachtlos vertretenen Gründungsgesellschafter zugänglich sei. Insbesondere bestehe kein über die allgemeinen Haftungsregeln hinausgehendes Rechtsschutzbedürfnis. Die Erklärung des Gesellschafters über die von ihm übernommene Einlage sei dem Geschäftsführer gegenüber abzugeben und damit empfangsbedürftig, so dass die Ausdehnung der Eigenschaft der ersten drei zwingenden Anmeldungsvoraussetzungen (Firma, Sitz und Gegenstand) nicht auch auf diese Vierte er-

folgen dürfe, sondern umgekehrt durch den Charakter der wesentlichen vierten Voraussetzung die gesamte Anmeldung als empfangsbedürftige Erklärung anzusehen sei. Der Rechtsverkehr sei während des Schwebezustandes bis zur Genehmigung der Erklärung des vollmachtlosen Vertreters durch den Gesellschafter hinreichend durch § 179 BGB geschützt.

Das AG C. hat der Beschwerde mit Beschluss vom 14. 6. 2011 nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde bleibt ohne Erfolg.

1. Die Beschwerde ist zwar zulässig. Sie ist in der Frist des § 63 FamFG eingelegt worden. Die Beschwerde ist am 27. 5. 2011 – und damit am letzten Tag der Monatsfrist des § 63 Abs. 1 FamFG – in elektronischer Form auf dem Server des ITDZ eingegangen. Zwar erfolgte von dort die Auflösung zur elektronischen Akte beim Registergericht erst am 31. 5. 2011 und damit nach Fristablauf. Da dieser Ablauf jedoch vom Notar nicht beeinflusst werden kann, hat er mit der fristgerechten Absendung der Beschwerde in elektronischer Form an das Registergericht alles in seiner Macht Stehende getan. Die Beschwerde ist auch gemäß § 64 FamFG formgerecht begründet worden.

Die Bet. besitzt auch die notwendige Beschwerdeberechtigung i. S. d. § 59 FamFG. Gegen die Zurückweisung der Anmeldung steht der GmbH die Beschwerde zu (BayObLG NJW-RR 1987, 1177; Bumiller/Harders, FamFG, 9. Aufl. 2009, § 59 Rn. 33).

2. Die Beschwerde ist jedoch unbegründet.

Bei der Beurkundung vom 26. 1. 2011 handelte es sich nicht um irgendeine Gesellschaftererklärung, sondern um die Schaffung des Gesellschaftsvertrages einer GmbH. Da alleinige Gesellschafterin die Firma G . . . mit Sitz in Istanbul/Türkei war, war somit die Errichtung einer sog. Ein-Personen-GmbH zu beurkunden. Die Beurkundung hatte unter Beachtung der Bestimmungen des GmbH-Gesetzes und des BGB zu erfolgen (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 15. 4. 1993, 9 W 26/93, zitiert nach juris, Rn. 15).

Denn die Bet. wurde ausdrücklich als „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ mit dem Sitz in B. gegründet. In § 4 S. 3 des Gesellschaftsvertrages wurde ausdrücklich bestimmt, dass einzelnen Geschäftsführern durch Beschluss der Gesellschafterversammlung Einzelvertretungsbefugnis sowie Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt werden könne. Damit aber handelt es sich ausdrücklich um eine GmbH, auf die deutsches Recht Anwendung finden sollte und findet.

Die am 26. 1. 2011 notariell beurkundete GmbH-Gründung war unwirksam. Der Erklärende Ö . . . Y . . . handelte nämlich als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Dies war unzulässig. Denn die Gründung einer Ein-Personen-GmbH ist eine einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung (KG, Beschluss vom 18. 5. 2004, 1 W 7349/00, zitiert nach juris, Rn. 6; OLG Schleswig, a.a.O., Rn. 17 m. w. N.; OLG Hamm DB 1983, 2679; LG Berlin GmbHR 1996, 123; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 19. Aufl., S. 2; Rn. 7; Scholz-Emmerich,

GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 1 Rn. 34; a. A. Dürr, GmbHR 2008, 408, 411 f.). Die Abgabe dieser Erklärung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht war daher nach § 180 S. 1 BGB unheilbar nichtig (vgl. GroßKomm-GmbHG/Ulmer, 2005, § 2 Rn. 27 a; MünchKomm-BGB/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 180 Rn. 3; a. A. Dürr, a.a.O.). Eine etwaige nachträgliche Genehmigung der türkischen Alleingesellschafterin, wie sie nach dem Inhalt der notariellen Urkunde Nr. . . ./2011 des Notars Dr. M. vom 26. 1. 2011 offenbar vorgesehen war, hätte daran nichts zu ändern vermocht. Die GmbH-Errichtung hätte allenfalls durch eine erneut notariell zu beurkundende Erklärung nachgeholt werden können (vgl. OLG Schleswig, a.a.O., Rn. 17).

Erklärungsempfänger der Gründungserklärung eine GmbH betreffend ist der Rechtsverkehr

Die Auffassung der Bet., die Erklärung des Gesellschafters über die von ihm übernommene Einlage sei eine dem Geschäftsführer gegenüber abzugebende empfangsbedürftige Willenserklärung, wodurch die gesamte Anmeldung zu einer solchen werde, überzeugt nicht. Der Gesellschafter verpflichtet sich nämlich bereits im Gesellschaftsvertrag zur Übernahme seines Anteils (vgl. Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl. 2010, § 3 Rn. 17; Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 3 Rn. 42). Dabei handelt es sich um den mitgliedschaftlichen Beitrag des jeweiligen Gesellschafters (Michalski, a.a.O.), nicht aber um eine bloß schuldrechtliche Verpflichtung (Michalski, a.a.O.), wie die Bet. offenbar fälschlich annimmt. Die Verpflichtung zur Leistung der Einlage entsteht nämlich durch Aufnahme der Nennbeträge in den Gesellschaftsvertrag (Michalski, a.a.O., § 3 Rn. 43 m. w. N.). Erst bei deren Fälligkeit, die sich nach dem Gesellschaftsvertrag richtet (Scholz/Emmerich, a.a.O., § 3 Rn. 53), ist es dann die Aufgabe des Geschäftsführers, die Stammeinlagen einzufordern (Scholz/Emmerich, a.a.O.), womit der Geschäftsführer als Empfänger der Willenserklärung des Gesellschafters über die Höhe seiner Beteiligung ausscheidet. Erklärungsempfänger der Gründungserklärung ist demgegenüber der Rechtsverkehr (Grooterhorst, NZG 2007, 605, 610). Aus dessen Sicht ist die Errichtung einer juristischen Person ein wichtiger Vorgang, über dessen Wirksamkeit sogleich Klarheit bestehen muss (Grooterhorst, a.a.O.), so dass es dem Alleingesellschafter nicht gestattet werden kann, den Gründungsvorgang längere Zeit offen zu halten und die Handlungsfähigkeit der Vor-GmbH, die Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG und die Vorbelastungshaftung des Alleingesellschafters in der Schwebe zu halten (Grooterhorst, a.a.O.).

Eine von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegebene Gründungserklärung ist nichtig

Damit aber ist – entgegen der Ansicht der Bet. – kein Grund für eine von den zwingenden Vertragsangaben gemäß § 3 Abs. 1 Nrn. 1 – 3 GmbHG abweichende Behandlung der Angabe gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG ersichtlich. So hat der Gesetzgeber den § 3 Abs. 1 GmbHG durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. 10. 2008 reformiert, ohne an den Mangel des notwendigen Inhalts bei Nr. 4 andere Folgen zu knüpfen als bei den Nrn. 1 – 3. Vielmehr gilt für alle

Bestandteile des notwendigen Inhalts, dass Mängel den Gesellschaftsvertrag nichtig machen (Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O., § 3 Rn. 22), obwohl dieses Rechtsproblem seit langem gemeinhin bekannt war. Dies hat der Gesetzgeber noch dadurch bestätigt, dass er – auch nach In-Kraft-Treten des MoMiG am 1. 11. 2008 – bei Schaffung des § 399 Abs. 4 FamFG in Kenntnis dieses Problems (der Aufsatz von Dürr, GmbHR 2008, 408 ff. erschien weit vor In-Kraft-Treten des FamFG) dieselbe Nichtigkeitsfolge an eine Verletzung von § 3 Abs. 1 Nrn. 1, 3 und 4 GmbHG geknüpft hat.

Damit ist aber davon auszugehen, dass die vom Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegebene Gründungserklärung nichtig ist. Auf die Ansicht der Bet., der Rechtsverkehr sei während des Schwebezustandes bis zur Genehmigung der Erklärung des vollmachtlosen Vertreters durch den Gesellschafter hinreichend durch § 179 BGB geschützt, kommt es folglich nicht mehr an.

III. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen, denn die Sache hat im Hinblick auf die Frage, ob es sich bei der Gründung einer Ein-Personen-Gesellschaft um ein sog. streng einseitiges Rechtsgeschäft, das nicht in vollmächtiger Vertretung erfolgen kann, handelt, grundsätzliche Bedeutung (§ 70 FamFG).

7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Bezugsrechtsausschluss und Satzungsanpassung beim genehmigten Kapital in der GmbH

(*OLG München*, Beschluss vom 23. 1. 2012 – 31 Wx 457/11)

GmbHG §§ 53 Abs. 1; 55 Abs. 1; 55 a Abs. 1 S. 1

1. **Zum genehmigten Kapital bei einer GmbH.**
2. **Die Entscheidung über den Ausschluss des Bezugsrechts der Gesellschafter kann dem Geschäftsführer übertragen werden.**
3. **Der Geschäftsführer kann auch zur Anpassung der Satzung ermächtigt werden.**

Zur Einordnung:

Durch das MoMiG wurde mit § 55 a GmbHG auch für die GmbH die Möglichkeit der Kapitalerhöhung in Form des genehmigten Kapitals nach aktienrechtlichem Vorbild eingeführt. Dabei hat der Gesetzgeber jedoch nicht die im Aktienrecht vorhandenen Regelungen zur Möglichkeit des Bezugsrechtsausschlusses (vgl. § 186 AktG), zur Ermächtigung der Geschäftsführer zu einem solchen Ausschluss (entsprechend § 203 Abs. 2 AktG) oder zur Ermächtigung zur Anpassung der Satzung nach Durchführung der Kapitalerhöhung (entsprechend § 179 Abs. 1 S. 2 AktG) in das GmbHG übernommen. Mit der nachfolgend abgedruckten Entscheidung des OLG München hat sich nunmehr – soweit ersichtlich – erstmalig ein Gericht zu diesen Fragen geäußert. Im Hinblick auf den Bezugsrechtsausschluss hat sich das OLG München der allgemeinen Ansicht in der Literatur (s. Abschnitt II. 2. a der Entscheidungsgründe) angeschlossen,

wonach in analoger Anwendung der §§ 186, 203 Abs. 2 AktG ein Bezugsrechtsausschluss grundsätzlich zulässig ist und die Satzung die Entscheidung über den Ausschluss auf die Geschäftsführer delegieren kann. Darüber hinaus hat sich das OLG München der ganz herrschenden Literaturansicht (s. II. 3. der Entscheidungsgründe) angeschlossen, die es für zulässig hält, dass die Geschäftsführer auch zur Anpassung der Satzung nach Durchführung der Kapitalerhöhung ermächtigt werden. Ob diese Möglichkeit dogmatisch auf einer durch Analogie zu § 179 Abs. 1 S. 2 AktG zu schließenden Regelungslücke beruht oder als Annexkompetenz aus § 55 a GmbHG herzuleiten ist, hat das Gericht offengelassen.

Die Entscheidung kommt den Bedürfnissen der Praxis nach Bezugsrechtsausschlüssen bei genehmigtem Kapital und einer Delegation der Umsetzung der Kapitalerhöhung und der Bezugsrechtsausschlüsse grundsätzlich entgegen. Die Gestaltungspraxis sollte jedoch den deutlichen Hinweis des Gerichts nicht übersehen, dass nicht jede Regelungslücke des GmbHG zum genehmigten Kapital schematisch mit den entsprechenden aktienrechtlichen Regelungen geschlossen werden kann, sondern dass die Besonderheiten des GmbH-Rechts (insbesondere die personale Struktur der GmbH) zu beachten sind. So hat das Gericht – da es sich hier um einen einstimmigen Beschluss aller Gesellschafter handelte – etwa offengelassen, welche Mehrheit für einen Bezugsrechtsausschluss erforderlich ist (dies ist umstritten, zum Meinungsstand s. Ulmer, GmbHG, 2008, § 55 Rn. 44 ff.) oder in welchem Zeitpunkt die sachliche Rechtfertigung für den Bezugsrechtsausschluss erfüllt sein muss (in Frage kommen der Zeitpunkt der Ermächtigung oder der Zeitpunkt der Ausübung). Bei der analogen Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften zur Ergänzung des § 55 a GmbHG ist also nach wie vor Vorsicht geboten.

Die Schriftleitung (MK)

Zum Sachverhalt:

I. Gegenstand der registerrechtlichen Anmeldung ist die Eintragung von Änderungen des Gesellschaftsvertrages einer GmbH. Mit Beschluss vom 31. 8. 2011 haben die beiden Gesellschafter einstimmig den Gesellschaftsvertrag u. a. um folgende Regelung ergänzt:

„§ 4 a Genehmigtes Kapital

1. Die Geschäftsführer sind ermächtigt, bis zum 30. 6. 2016 das Stammkapital, ein oder mehrmals, gegen Bar- oder Sacheinlagen um bis zu EUR 3 268,- gegen Ausgabe neuer Geschäftsanteile zu erhöhen (genehmigtes Kapital)

2. Die Geschäftsführer sind ferner ermächtigt, über den Ausschluss des Bezugsrechts der Gesellschafter zu entscheiden.

Ein Bezugsrechtsausschluss ist jedoch nur in folgenden Fällen zulässig:

- a) zum Ausgleich von Spitzenbeträgen;
- b) um Geschäftsanteile an Arbeitnehmer der Gesellschaft auszugeben;
- c) bei der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen, insbesondere zum Zwecke des Erwerbs von Unternehmen oder Unternehmensteilen;

d) zur Erschließung neuer Kapitalmärkte durch Geschäftsanteilsplatzierung, insbesondere auch im Ausland.

3. Die Geschäftsführer sind berechtigt, die Fassung der Satzung entsprechend dem Umfang der Kapitalerhöhung aus dem genehmigten Kapital zu ändern.“

Mit Zwischenverfügung vom 19.9.2011 beanstandete das Registergericht, dass die Bestimmung in Ziffer § 4 a Nr. 2 und Nr. 3 einer satzungsmäßigen Regelung nicht zugänglich seien. Der Bezugsrechtsausschluss greife in Gesellschafterrechte fundamental ein, so dass die Gesellschafter einen solchen nicht frei vereinbaren könnten. Das GmbH-Recht kenne kein Bezugsrecht der Gesellschafter i. S. d. AktG und sehe auch keine dem § 203 Abs. 2 AktG und dem § 179 Abs. 1 S. 2 AktG entsprechende Bestimmung vor. Die Zulassung anderer Personen zur Übernahme neuer Geschäftsanteile könne im Hinblick auf die personale Struktur der GmbHG nur mittels einer Erteilung einer Vollmacht für den Einzelfall erfolgen. In diesem Sinne sei die eingeräumte Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss auszulegen. Eine Bindung für nicht anwesende oder erst später die Gesellschafterstellung erlangende Personen trete daher nicht ein. Der Regelung fehle die Allgemeingültigkeit und sie könne nicht Bestandteil einer Satzung sein. Auch die nach Ausübung der Ermächtigung erforderliche Satzungsänderung könne nur durch die Gesellschafter selbst beschlossen werden. Für eine analoge Anwendung aktienrechtlicher Vorschriften bestehe keine Notwendigkeit, da die Ermächtigung der Geschäftsführer auch deren Bevollmächtigung zu einer entsprechenden Anpassung der Satzung enthalte. Hiergegen wendet sich die Beschwerde.

Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde ist zulässig (§ 382 Abs. 4 S. 2 FamFG) und auch begründet. Die vom Registergericht angeführten Eintragungshindernisse bestehen nicht. Zu Unrecht ist das Registergericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die in § 4 a Nr. 2 und 3 getroffenen Regelungen einer satzungsmäßigen Aufnahme nicht zugänglich sind.

1. Im Rahmen des MoMiG wurde durch den auf Empfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages (BT-Drucks. 16/9737 S. 12/13 bzw. S. 56) neu eingefügten § 55 a GmbHG die für Aktiengesellschaften schon vorher gegebene Möglichkeit der Kapitalerhöhung in Form des genehmigten Kapitals auch für die GmbH geschaffen. Durch die Übernahme des aktienrechtlichen Instituts des genehmigten Kapitals sollten die Gesellschafter die Möglichkeit erhalten, ihre Entscheidung zur Kapitalerhöhung in das unternehmerische Ermessen der Geschäftsführung zu stellen. Eine solche Delegation der Zuständigkeit zur Kapitalerhöhung stellt somit eine Durchbrechung des Grundsatzes der Satzungsautonomie der Gesellschafter im GmbH-Recht dar (vgl. Schnorbus/Donner, NZG 2009, 1241).

Regelungslücken des GmbHG zum genehmigten Kapital können nicht schematisch durch Analogie zum Aktienrecht geschlossen werden, sondern die Schließung hat sich an den GmbH-rechtlichen Besonderheiten zu orientieren

Die Neuregelung orientiert sich an dem aktienrechtlichen Vorbild, bleibt aber lückenhaft (vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 55 a Rn. 1).

Diese Regelungslücken können aber trotz ihres aktienrechtlichen Vorbilds nicht schematisch durch eine Analogie der aktienrechtlichen Bestimmungen geschlossen werden. Vielmehr hat sich die Schließung an dem GmbH-rechtlichen System zu orientieren und dessen Besonderheiten Rechnung zu tragen (Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O.).

Zur Zulässigkeit des Bezugsrechtsausschlusses

2. Unklar ist hier, ob im Rahmen des Instituts des genehmigten Kapitals auch ein Bezugsrechtsausschluss zu Lasten der Gesellschafter zulässig ist. Eine ausdrückliche Regelung, wie es das Aktienrecht vorsieht (vgl. § 203 Abs. 1 i. V. m. § 186 Abs. 3, 4 AktG bzw. § 203 Abs. 2 AktG), wurde durch den Gesetzgeber nicht getroffen. Auch in der Begründung des Rechtsausschusses des Bundestags zu § 55a-neu GmbHG (vgl. BT-Drucks. 16/9737 S. 56) und in der Stellungnahme des Bundesrates vom 6. 7. 2007 (BR-Drucks. 354/07, S. 19 unter Ziffer 20) erfolgten hierzu keinerlei Ausführungen.

a) In der Literatur wird bezüglich eines Bezugsrechtsausschlusses der Gesellschafter im Rahmen des genehmigten Kapitals einhellig das Vorliegen einer Regelungslücke angenommen, die grundsätzlich durch eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen (vgl. §§ 203 Abs. 1 i. V. m. § 186 Abs. 3, 4 AktG bzw. § 203 Abs. 2 AktG) geschlossen werden könne (vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 55 a Rn. 7; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 55 a Rn. 11; Ulmer/Casper, GmbHG – Ergänzungsband MoMiG – 2010, § 55 a Rn. 30; Roth/Altmeyen/Roth, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 55 a Rn. 20; Lutter/Hommelhoff/Lutter, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 55 a Rn. 23; Scholz/Priester, GmbHG, 10. Aufl. – Nachtrag MoMiG – 2010 § 55 a Rn. 34 f.; Klett, GmbHR, 2008, 1312, 1314; Priester, GmbHR 2008, 1177, 1181 f.; Lieder, DNotZ 2010, 655, 670 ff.; Cramer, GmbHR 2009, 406, 409 f.).

b) Der Senat teilt diese Auffassung. Wenngleich keine ausdrückliche Regelung bezüglich des Bezugsrechtsausschlusses der Gesellschafter im Rahmen der Neuregelung des § 55 a GmbHG durch den Gesetzgeber erfolgt ist, und auch im Übrigen die Regelung des genehmigten Kapitals im GmbH-Recht lückenhaft geblieben ist (s. o.), kommt in der Neuregelung des § 55 a GmbHG der grundsätzliche Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, das Instrumentarium des genehmigten Kapitals entsprechend seiner aktienrechtlichen Regelung in das GmbH-Recht zu übernehmen. Deshalb gelten die §§ 202 ff. AktG für die GmbH entsprechend, soweit einer solchen Analogie nicht die Besonderheiten des GmbH-Rechts entgegenstehen. Solche sind hier nicht ersichtlich.

Personale Struktur der GmbH steht einer Analogie zum Aktienrecht nicht entgegen; auch bei regulärer Kapitalerhöhung der GmbH ist Bezugsrechtsausschluss grundsätzlich zulässig

aa) Entgegen der Auffassung des Registergerichts steht die personale Struktur der GmbH der Annahme einer durch die Anwendung der aktienrechtlichen Vor-

schriften zu schließenden Lücke nicht entgegen. Der Gesetzgeber hat durch die Aufnahme des Instituts des genehmigten Kapitals das Prinzip der Satzungsautonomie der Gesellschafter insoweit bewusst durchbrochen (s. o.). Im Rahmen der Kapitalerhöhung i. S. d. § 55 GmbH ist grundsätzlich sowohl ein Bezugsrecht des GmbH-Gesellschafters (vgl. dazu Ulmer/Ulmer, GmbHG, 2008, § 55 Rn. 44 ff.; Lutter/Hommelhoff/Lutter, a.a.O., § 55 Rn. 17 f.; BGH ZIP 2005, 985, 987) als auch die grundsätzliche Möglichkeit eines satzungsmäßigen Bezugsrechtsausschlusses zu Lasten von Gesellschaftern anerkannt (vgl. Scholz/Priester, a.a.O., § 55 Rn. 54 ff.; Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 55 Rn. 25 ff.). Dazu ist nur umstritten, auf welcher rechtlichen Grundlage das Bezugsrecht eines Gesellschafters beruht (vgl. zum Meinungsstand Ulmer/Ulmer, a.a.O., § 55 Rn. 44 ff.) und welche Mehrheit für einen solchen Ausschluss erforderlich ist (vgl. dazu Scholz/Priester, a.a.O., § 55 Rn. 61; Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 55 Rn. 25). Es sind daher keine Gründe ersichtlich, die gegen einen Bezugsrechtsausschluss von Gesellschaftern auch in Bezug auf das genehmigte Kapital sprechen.

Zur Frage, zu welchem Zeitpunkt die sachliche Rechtfertigung für den Bezugsrechtsausschluss erfüllt sein muss

bb) Fraglich ist insoweit nur, ob die für das Aktienrecht entwickelte Rechtsprechung bezüglich der Anforderungen an den Bezugsrechtsausschluss auf die GmbH übertragen werden kann (Ulmer/Casper, a.a.O., § 55 a Rn. 30). Diese hat im Gegensatz zur Aktiengesellschaft eine personalisierte Struktur und ist regelmäßig nur zweigliedrig organisiert. Deshalb stellt sich hier insbesondere die Frage, zu welchem Zeitpunkt die sachliche Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses erfüllt sein muss. Hier kann auf den Zeitpunkt der Ermächtigung hierzu (vgl. BGH NJW 1982, 2444 <Holzmann>) oder den Zeitpunkt ihrer Ausübung (vgl. BGH NJW 1997, 2815 <Siemens/Nold>; NJW 2006, 371 <Mangusta/Commerzbank I >) abgestellt werden. Das kann hier aber dahinstehen, weil der Bezugsrechtsausschluss selbst wie auch seine Voraussetzungen von den Gesellschaftern einstimmig beschlossen und in der Ermächtigung hinreichend beschrieben sind. Eine Verletzung der Rechte von Minderheitsgesellschaftern ist daher nicht von vornherein zu besorgen.

Die Geschäftsführer können in der Satzung zum Bezugsrechtsausschluss ermächtigt werden

c) Die Ermächtigung der Geschäftsführer zum Bezugsrechtsausschluss kann daher als weiterer, fakultativer Inhalt in die Regelungen des Gesellschaftsvertrages betreffend das genehmigte Kapital aufgenommen werden. Sie kann auch Inhalt der durch Satzungsänderung getroffenen Ermächtigung der Geschäftsführer sein (allgemeine Meinung; vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 55 a Rn. 7 und 9; Roth/Altmeppen/Roth, a.a.O., § 55 a Rn. 20; Lutter/Hommelhoff/Lutter, a.a.O., § 55 a Rn. 15; Klett, GmbHR, 2008, 1312; Lieder, DNotZ 2010, 655; Schnorbus/Donner, NZG 2009, 1241; Priester, GmbHR 2008, 1177).

Auch die Ermächtigung der Geschäftsführer zur Änderung der Satzung im Nachgang zur Kapitalerhöhung ist zulässig

3. Ebenso beanstandet das Registergericht die in § 4 a Nr. 3 beschlossene Ermächtigung der Geschäftsführer zur Änderung der Satzung zu Unrecht. Die Regelung verstößt nicht gegen § 53 Abs. 1 GmbHG.

Das Registergericht weist zutreffend darauf hin, dass nach dieser Vorschrift der Gesellschaftsvertrag grundsätzlich nur durch Beschluss der Gesellschafter geändert werden kann. Das GmbH-Gesetz sieht eine Ermächtigung der Geschäftsführer zu einer Änderung der Fassung i. S. d. § 179 Abs. 1 S. 2 AktG nicht vor. Deshalb ist nicht geregelt, wie nach Durchführung der auf dem genehmigten Kapital beruhenden Kapitalerhöhung die Anpassung der Satzung der GmbH herbeigeführt werden kann (Klett, GmbHR 2008, 1312). Die vereinzelt vertretene Auffassung, dass im Nachgang zur Kapitalerhöhung ein ausdrücklicher Beschluss der Gesellschafter erforderlich sei (vgl. Lips/Randel/Werwig, DStR, 2008, 2220), wird zu Recht abgelehnt, da dann der durch § 55 a GmbHG durch Kompetenzverlagerung erreichte Vorteil wieder aufgehoben werden würde (vgl. dazu Wicke, a.a.O., § 55 a Rn. 5). Ob insoweit eine Regelungslücke vorliegt (so Klett, a.a.O.), die durch eine analoge Anwendung des § 179 Abs. 1 S. 2 AktG (Wicke, a.a.O., § 55 a Rn. 5; Lutter/Hommelhoff/Lutter, a.a.O., § 55 a Rn. 33 ff.) zu schließen ist oder die Anpassungsbefugnis der Geschäftsführer auf einer Annexkompetenz zu der ihnen im Rahmen des § 55 a GmbHG eingeräumten Ermächtigung beruht (Scholz/Priester, a.a.O., § 55 a Rn. 32), bedarf vorliegend keiner abschließenden Entscheidung. Hier ergibt sich die § 179 Abs. 1 S. 2 AktG entsprechende Ermächtigung der Geschäftsführer aus § 4a Nr. 3 der Gesellschaftssatzung. Da die Regelung im Zusammenhang mit der Ermächtigung der Geschäftsführer zur Vornahme einer Kapitalerhöhung im Wege des genehmigten Kapitals steht und deren Vollzug dient, kann sie auch fakultativer Inhalt der Satzung betreffend genehmigtes Kapital sein (Wicke, a.a.O., § 55 a Rn. 11 a.E.; Lutter/Hommelhoff/Lutter, a.a.O., § 55 a Rn. 34; Scholz/Priester, a.a.O., § 55 a Rn. 32).

8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Regelung in der Vereinssatzung zur virtuellen Durchführung der Mitgliederversammlung

(OLG Hamm, Beschluss vom 27. 9. 2011 – 27 W 106/11)

BGB §§ 32; 40

Ein Verein kann durch Satzung regeln, dass eine Mitgliederversammlung auch virtuell (online) durchgeführt werden kann.

Zur Einordnung:

Soweit erkennbar, liegt mit der hier abgedruckten Entscheidung des OLG Hamm erstmals obergerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Zulässigkeit virtueller Mitgliederversammlungen von Vereinen vor. Das Gericht schließt sich der allgemeinen Meinung in

der Literatur an, die entsprechende Satzungsregelungen für zulässig hält (s. nur Fleck, DNotZ 2008, 245; Palandt-Ellenberger, BGB, 71. Aufl. 2012, § 32 Rn. 1; Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 18. Aufl. 2006, Rn. 155; Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 12. Aufl. 2010, Rn. 1961 ff.; Erdmann, MMR 2000, 526; einschränkend Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, 10. Aufl. 2012, Rn. 638 f.). Im Aktienrecht ist die Möglichkeit einer virtuellen Hauptversammlung (§ 118 Abs. 1 S. 2 AktG) oder der elektronischen Stimmrechtsausübung (§ 118 Abs. 1 S. 2 AktG) bereits ausdrücklich vorgesehen. Für die Genossenschaft sieht § 43 Abs. 7 GenG die Möglichkeit einer elektronischen Beschlussfassung oder eine Teilnahme des Aufsichtsrats an der Generalversammlung im Wege der Bild- und Tonübertragung vor.

Die Entscheidung kommt dem im digitalen Zeitalter wachsenden Bedürfnis der Vereinspraxis nach entsprechenden Regelungen entgegen. Das Gericht hält es dabei für zulässig, im Hinblick auf § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG anscheinend sogar für geboten, dass die Satzung alternativ die reale und die virtuelle Mitgliederversammlung vorsieht; auch im Übrigen folgt es bei der Beurteilung der konkreten Ausgestaltung der Satzungsregelungen weitgehend den Überlegungen von Fleck (a.a.O., mit Formulierungsempfehlungen).

Die Schriftleitung (MK)

Zum Sachverhalt:

Der Verein „B“ wurde am 21. 2. 2001 gegründet. Zweck des Vereins ist nach § 2 Abs. 1 der Satzung die Selbsthilfe und Hilfestellung für Menschen mit Alkoholproblemen und deren Angehörigen bundesweit über das Medium Internet. Dabei soll der Satzungszweck insbesondere über seine Präsenz im Internet verwirklicht werden. Dazu stellt der Verein Informationen auf einer dafür eingerichteten Internetseite zur Verfügung. Eine Kontaktaufnahme zum Verein kann auch über das Internet erfolgen.

Am 12. 3. 2011 fand in N. eine Mitgliederversammlung statt. Unter Top 5 wurde einstimmig beschlossen, dass die §§ 4, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14 und 15 der Satzung geändert werden.

In § 11 der Neufassung heißt es wie folgt:

„(1) Der Vorstand lädt, unter Angabe der vorläufigen Tagesordnung, mit einer Frist von vier Wochen zu Mitgliederversammlungen per Email an die letzte vom Mitglied dem Vorstand mitgeteilte Email-Adresse bzw. auf ausdrücklichen Wunsch des Mitglieds, das über keinen eigenen Internetzugang verfügt, per einfachem Brief postalisch. Für die ordnungsgemäße Einladung genügt jeweils die Absendung der Email bzw. des Briefes. Die Mitglieder können binnen zwei Wochen die Aufnahme weiterer Punkte beantragen; in eiligen Fällen kann der Vorstand eine Tagesordnung festsetzen, ohne Gelegenheit zur Aufnahme weiterer Punkte zu geben. Verspätet eingegangene Anträge finden keine Berücksichtigung. Der Vorstand kann hiervon Ausnahmen machen, wenn die Verspätung genügend entschuldigt wird oder andere Gründe, insbesondere die Verfahrensökonomie die Aufnahme des Punkts rechtfertigen. Der Vorstand entscheidet nach billigem Ermessen.

(2) Die Mitgliederversammlung erfolgt entweder real oder virtuell (Onlineverfahren) in einem nur für Mitglieder mit ihren Legitimationsdaten und einem gesonderten Zugangswort zugänglichen Chat-Raum.

(3) Im Onlineverfahren wird das jeweils nur für die aktuelle Versammlung gültige Zugangswort mit einer gesonderten Email unmittelbar vor der Versammlung, maximal 3 Stunden davor, bekannt gegeben. Ausreichend ist dabei die ordnungsgemäße Absendung der Email an die letzte dem Vorstand bekannt gegebene Email-Adresse des jeweiligen Mitglieds. Mitglieder, die über keine Email-Adresse verfügen, erhalten das Zugangswort per Post an die letzte dem Vorstand bekannt gegebene Adresse. Ausreichend ist die ordnungsgemäße Absendung des Briefes zwei Tage vor der Mitgliederversammlung. Sämtliche Mitglieder sind verpflichtet, ihre Legitimationsdaten und das Zugangswort keinem Dritten zugänglich zu machen und unter strengem Verschluss zu halten.

(4) Vorstandsversammlungen und Versammlungen der ordentlichen Mitglieder können ebenfalls online oder in Schriftform erfolgen.“

Durch Beschluss vom 17. 6. 2011 wies das Registergericht den Antrag auf Eintragung in das Handelsregister zurück.

Das AG vertritt die Auffassung, dass eine Eintragung der Mitglieder des erweiterten Vorstandes unzulässig sei, da dies der Satzung widerspreche. Zu beanstanden sei auch die Form der Einberufung der Mitgliederversammlung. Es fehle eine klare Bestimmung, da reale und virtuelle Versammlungen möglich seien. Ferner bestünden auch Bedenken gegen die vorgesehene Form der „Onlineversammlung“. Auch wenn ein spezieller Chat-Raum verwendet werde, bestehe die Gefahr, dass sich eine fremde Person Zugang verschafft und sich als Mitglied ausgibt. Des Weiteren könne auch nicht festgestellt werden, ob die anwesenden Mitglieder geschäftsfähig sind. Der Gesetzgeber habe der Versammlung der Mitglieder als Hauptentscheidungsorgan eine besondere Stellung im Vereinsleben zugedacht, der auch durch das physische Zusammenkommen Rechnung getragen werde. Allein wegen § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG könne auf eine physische Präsenz nicht verzichtet werden. Ferner sei zu beanstanden, dass nicht mehr geregelt werde, wer ordentliches Mitglied des Vereins sei. Auch sei eine Eintragung der Mitglieder des erweiterten Vorstandes unzulässig, da dies der Satzung widerspreche.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Verein mit seiner Beschwerde. Die Form der Mitgliederversammlung sei durch § 11 der Satzung ausreichend klar bestimmt. Vor Abhaltung einer Mitgliederversammlung würden die Mitglieder in der Einladung jeweils darauf hingewiesen, ob die Versammlung real oder virtuell durchgeführt werde. Des Weiteren sei auch die Sicherheit der Onlineversammlungen gewährleistet. Durch die Verwendung eines speziellen Chat-Raums mit Passwörtern sei das Risiko, dass sich eine vereinsfremde Person Zugang zu den Räumen verschafft, auf ein Minimum reduziert.

Schließlich sei auch § 4 der Satzung nicht zu beanstanden. Bei der Abänderung handele es sich lediglich um eine redaktionelle Bearbeitung. Die Gründungsmitglieder des Vereins seien im Laufe der Zeit alle aus dem Verein ausgeschieden. Eine Unterscheidung zwischen ordentlichen und außerordentlichen Mitgliedern mache deshalb keinen Sinn mehr.

Aus den Gründen:

II. Die gemäß § 58 Abs. 1 FamFG zulässige Beschwerde ist begründet.

1. Dass § 11 der Satzung eine virtuelle Mitgliederversammlung im Onlineverfahren vorsieht, ist nicht zu beanstanden.

Nach § 32 Abs. 1 S. 1 BGB werden die Angelegenheiten des Vereins grundsätzlich durch Beschlussfassung in einer Versammlung der Mitglieder geordnet. Allerdings

sind nach § 32 Abs. 2 BGB Beschlüsse auch dann gültig, wenn alle Mitglieder schriftlich zustimmen. Darüber hinaus kann nach § 40 BGB in der Satzung eine von § 32 BGB abweichende Regelung getroffen werden.

Herrschende Ansicht: Virtuelle Mitgliederversammlungen sind grundsätzlich zulässig

a) Nach der herrschenden Auffassung in der Literatur (Palandt-Ellenberger, BGB, 70. Aufl. 2011, § 32 Rn. 1; Erman-Westermann, BGB, 11. Aufl. 2004, § 32 Rn. 3; Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 12. Aufl. 2010, Rn. 1961 ff.; BeckOK-BGB – Schöpflin, Stand 1. 3. 2011, § 32 Rn. 44 a; Fleck, DNotZ 2008, 245; Erdmann, MMR 2000, 526; Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 18. Aufl. 2006, Rn. 155; Burhoff, Vereinsrecht, 8. Aufl. 2011, Rn. 154 a) sind grundsätzlich auch virtuelle Mitgliederversammlungen zulässig. Der Senat schließt sich dieser Auffassung an.

Virtuelle Mitgliederversammlung ist als bloßer Modus der Willensbildung von der Satzungsautonomie (§ 40 BGB) gedeckt und bedeutet nicht die (unzulässige) Abschaffung des Organs als solches

Es folgt aus § 40 BGB, dass der Verein bei der Ausgestaltung seiner Binnenstruktur grundsätzlich frei ist (vgl. Erdmann, DNotZ 2008, 245). Zwar ist es nicht möglich, etwa die Mitgliederversammlung, die das oberste Organ des Vereins ist, abzuschaffen. Das Organ der Mitgliederversammlung wird durch die Schaffung eines virtuellen Verfahrens aber nicht aufgegeben. Es wird lediglich ein bestimmter Modus der Willensbildung geregelt, der von § 32 BGB abweicht.

Parallelwertung des AktG und des GenG

Für die Zulässigkeit einer virtuellen Mitgliederversammlung spricht auch, dass nach dem neu gefassten § 118 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 AktG Aktionäre auch ohne Anwesenheit am Ort der Hauptversammlung im Wege elektronischer Form ihre Rechte wahrnehmen und ihre Stimme abgegeben können. Des Weiteren bestimmt § 43 Abs. 7 GenG, dass Beschlüsse – sofern die Satzung dies vorsieht – auch in elektronischer Form gefasst werden können.

Zur Gegenansicht

Soweit davon abweichend die Ansicht vertreten wird, dass eine Versammlung eine räumliche Zusammenkunft erfordert (Stöber, Handbuch zum Vereinsrecht, 9. Aufl. 2004, Rn. 409 a), überzeugt dies nicht. Dies ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch der Systematik des Gesetzes. In den §§ 27, 36, 37, 41 BGB einerseits und dem § 32 BGB andererseits wird zwischen dem Organ der Mitgliederversammlung und dem Verfahrensmodus unterschieden (vgl. Fleck, DNotZ 2008, 245, 247). Da § 32 BGB den Verfahrensmodus regelt, unterliegt er nach § 40 BGB der Disposition des Satzungsgebers.

Dagegen spricht auch nicht, dass im Falle einer Onlineversammlung die Geschäftsfähigkeit der Mitglieder nicht eindeutig festgestellt werden kann. Soweit es keine entgegenstehenden Anhaltspunkte gibt, kann der Versammlungsleiter von der Geschäftsfähigkeit der Vereinsmitglieder ausgehen. Es ist nicht erforderlich,

dass diese vor jeder Versammlung erneut geprüft wird. Auch im Falle einer schriftlichen Zustimmung (§ 32 Abs. 2 BGB) hat der Versammlungsleiter keinen persönlichen Eindruck vom Vereinsmitglied.

§ 13 Abs. 1 S. 2 UmwG erfordert jedoch weiterhin Versammlung mit physischer Präsenz

Soweit das AG auf § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG verweist, der eine physische Präsenz verlangt (vgl. Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 12. Aufl. 2010, Rn. 1961), überzeugt das nicht. Die Satzung sieht die Möglichkeit einer realen Mitgliederversammlung weiterhin vor, die im Falle einer Verschmelzung des Vereins einberufen werden könnte.

Zur Zulässigkeit der konkreten Ausgestaltung

b) Auch die konkrete Ausgestaltung ist im vorliegenden Fall wirksam.

aa) Die Satzung sieht vor, dass die Mitgliederversammlung in einem nur für Mitglieder mit ihren Legitimationsdaten und einem gesonderten Zugang zugänglichen Chat-Raum durchgeführt werden. Das nur für die aktuelle Versammlung gültige Zugangswort wird erst mit einer gesonderten E-Mail unmittelbar vor der Versammlung bekannt gegeben. Allen Mitgliedern wird die Verpflichtung auferlegt, ihre Legitimationsdaten und das Zugangswort keinem Dritten zugänglich zu machen und unter strengem Verschluss zu halten.

Durch die Zugangsbeschränkungen mittels Passwort wird gewährleistet, dass nur Vereinsmitglieder an der Versammlung teilnehmen.

bb) Es liegt auch keine unangemessene Benachteiligung der Vereinsmitglieder vor, die über keinen eigenen Computer verfügen. Abgesehen davon, dass der Verein seinen Satzungszweck insbesondere durch die Präsenz im Internet verwirklicht, muss ein Verein nicht einem beliebigen Personenkreis offen stehen. Er muss daher auch nicht Kommunikation auf jede erdenkliche Weise anbieten (vgl. Fleck, DNotZ 2008, 245, 251). Darüber hinaus gibt es auch öffentliche Internetzugänge, auf die die Vereinsmitglieder zumutbar zurückgreifen können.

Eröffnung der Alternative zwischen realer und virtueller Versammlung in der Satzung ist zulässig

c) Soweit in § 11 Abs. 2 der Satzung alternativ eine reale oder eine virtuelle Mitgliederversammlung vorgesehen ist, unterliegt dies keinen Bedenken (vgl. auch Fleck, DNotZ 2008, 245, 248: „als zusätzliche Option“). Auch dies wird von der Vereinsautonomie gedeckt. Selbst wenn die Mitgliederversammlungen im Regelfall virtuell stattfinden, kann es im Einzelfall sinnvoll oder in den Fällen des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG sogar notwendig sein, auf einer physischen Präsenz bei der Versammlung oder Abstimmung zu bestehen. Erforderlich ist lediglich, dass die Vereinsmitglieder rechtzeitig über den Modus der Versammlung informiert werden, was im vorliegenden Fall mit der Einladung erfolgt.

2. Schließlich ist auch § 4 der Satzung nicht zu beanstanden. Der Verein hat klargestellt, dass die Gründungsmitglieder des Vereins im Laufe der Zeit alle aus dem Verein ausgeschieden sind. Eine ordentliche Mit-

gliedschaft kann deshalb nur noch durch Beschluss der ordentlichen Mitglieder begründet werden (§ 4 Abs. 6 der Satzung).

3. Soweit der Verein eine Eintragung des erweiterten Vorstandes begehrt, hält er daran offenbar nicht mehr fest.

RNotZ – Forum

Rechtsprechung in Leitsätzen

1. Liegenschaftsrecht – Zur Kostentragungspflicht des nicht zustimmenden Wohnungseigentümers bei außerordentlichen Instandhaltungsmaßnahmen

(BGH, Urteil vom 11. 11. 2011 – V ZR 65/11)

WEG §§ 14 Abs. 1; 16 Abs. 6 S. 1 Hs. 2; 22 Abs. 1

1. Stimmt ein Wohnungseigentümer einer baulichen Maßnahme gemäß § 22 Abs. 1 WEG nicht zu, ist er gemäß § 16 Abs. 6 Satz 1 Halbsatz 2 WEG von den damit verbundenen Kosten befreit; es kommt nicht darauf an, ob seine Zustimmung gemäß § 22 Abs. 1 i. V. m. § 14 Nr. 1 WEG erforderlich war oder nicht.

2. Er kann die Kostenfreistellung auch nach Bestandskraft des Beschlusses über die Durchführung der baulichen Maßnahme verlangen, sofern der Beschluss die Kostenverteilung nicht abschließend regelt.

(Fundstellen: NJW-Spezial 2012, 130; NJW 2012, 603; Beck Online; juris; DNotl Online Plus)

2. Liegenschaftsrecht – Zur Auslegung einer wertsichernden Klausel im Erbbaurechtsvertrag

(BGH, Urteil vom 18. 11. 2011 – V ZR 31/11)

BGB §§ 315; 157; 242
ErbbauVO a. F. § 9; 9 a

Erfüllt die in einem Erbbaurechtsbestellungsvertrag vereinbarte wertsichernde Klausel ab einem bestimmten Zeitpunkt ihren Zweck nicht mehr, ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu ermitteln, was die Vertragspartner nach Treu und Glauben für diesen Fall vereinbart hätten; führt die Auslegung zu keinem Ergebnis, kommt die Erhöhung des Erbbauzinses wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Betracht. In beiden Fällen sind nicht die seit Vertragsabschluss, sondern die seit der letzten aufgrund der Klausel vorgenommenen Erhöhung geänderten Verhältnisse maßgebend (Fortführung von Senat, Urteil vom 3. Juli 1981, V ZR 100/80, BGHZ 81, 135 und Urteil vom 18. September 1992, V ZR 116/91, BGHZ 119, 220).

(Fundstellen: NJW 2012, 526; NZM 2012, 166; Beck Online; juris; DNotl Online Plus)

3. Liegenschaftsrecht – Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt über Vorhandensein nur eines gemeinschaftlichen Kindes

(OLG München, Beschluss vom 12. 1. 2012 – 34 Wx 501/11)

GBO §§ 18 Abs. 1; 35 Abs. 1
BGB § 2265

Sind im notariellen Ehe- und Erbvertrag „die gemeinschaftlichen Kinder“ als Erben eingesetzt, kommt anstelle eines Erbscheins gegenüber dem Grundbuchamt in der Regel auch eine Nachweisführung durch Personenstandsurkunden und Versicherung an Eides statt dazu in Betracht, dass nur ein gemeinschaftliches Kind vorhanden ist.

(Fundstellen: Beck Online; juris; DNotl Online Plus)

4. Familienrecht – Gläubigeranfechtung einer Grundstücksübertragung unter Ehegatten

(BGH, Urteil vom 8. 12. 2011 – IX ZR 33/11)

AnfG §§ 2; 4; 19
ZPO § 287

1. Die Anfechtung der Übereignung eines in Deutschland belegenen Grundstücks ist nach dem deutschen Recht der Gläubigeranfechtung zu beurteilen.

2. Der Anfechtungsgläubiger muss sich nicht auf die Aufrechnung gegen Ansprüche des Schuldners verweisen lassen, wenn diese ernsthaft zweifelhaft sind oder erst in Zukunft in monatlich wiederkehrenden, im Verhältnis zur Gesamtsumme geringen Teilbeträgen entstehen.

3. Der Anfechtungsgläubiger kann bereits vor Durchführung der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner in dem Umfang Anfechtungsklage erheben, in dem eine Befriedigung durch Zugriff auf das Schuldnervermögen nicht zu erwarten ist.

4. Die Übertragung des Hälfteanteils eines zuvor je zur Hälfte im Eigentum beider Ehegatten stehenden Grundstücks an den anderen Ehegatten ist unentgeltlich, wenn die gleichzeitig getroffene Vereinbarung über einen Zugewinnausgleich im Falle der Durchführung dem übertragenden Ehegatten keinen Vorteil verschafft.

(Fundstellen: Beck Online; juris; DNotl Online Plus)

5. Familienrecht – Zur Anpassung einer vereinbarten lebenslangen Unterhaltsverpflichtung an veränderte Umstände

(BGH, Urteil vom 25. 1. 2012 – XII ZR 139/09)

**BGB §§ 139; 242; 313; 1573; 1578 b; 1581
ZPO §§ 256 Abs. 1; 323 a. F.**

1. Haben die Parteien in einem Ehevertrag eine lebenslange Unterhaltsverpflichtung vereinbart, und hat sich die Rechtslage danach geändert (Möglichkeit der Befristung), bleibt es dem Unterhaltspflichtigen im Zweifel unbenommen, sich auf eine Störung der Geschäftsgrundlage zu berufen.
2. Der Unterhaltsanspruch der nachfolgenden Ehefrau hat keine Auswirkung auf den Unterhaltsbedarf der früheren Ehefrau nach § 1578 BGB; dieser Anspruch ist allein im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen nach § 1581 BGB zu berücksichtigen (im Anschluss an Senatsurteil vom 7. Dezember 2011, XII ZR 151/09, zur Veröffentlichung bestimmt).

(Fundstellen: Beck Online; juris)

6. Familienrecht – Anspruch auf Titulierung von Kindesunterhalt nach Volljährigkeit des Berechtigten

(OLG Hamm, Beschluss vom 28. 10. 2011 – 8 WF 160/11)

**BGB §§ 286 Abs. 2 Nr. 1; 1612 a
FamFG § 244**

1. Die Titulierung des Kindesunterhalts kann auch über die Volljährigkeit des Kindes hinaus begehrt werden, und zwar ungeachtet der Frage, ob es sich um betragsmäßig festgelegten oder dynamisierten Unterhalt handelt.
2. Der gesetzliche Unterhalt ist nicht ohne weiteres als kalendermäßig bestimmt gem. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB anzusehen.

(Fundstellen: Beck Online; juris)

7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils

(BGH, Urteil vom 24. 1. 2012 – II ZR 109/11)

GmbHG § 34

1. Wenn ein Einziehungsbeschluss weder nichtig ist noch für nichtig erklärt wird, wird die Einziehung mit der Mitteilung des Beschlusses an den betroffenen Gesellschafter und nicht erst mit der Leistung der Abfindung wirksam.

2. Die Gesellschafter, die den Einziehungsbeschluss gefasst haben, haften dem ausgeschiedenen Gesellschafter anteilig, wenn sie nicht dafür sorgen, dass die Abfindung aus dem ungebundenen Vermögen der Gesellschaft geleistet werden kann, oder sie die Gesellschaft nicht auflösen.

(Fundstellen: NZG 2012, 259; BB 2012, 664; NJW-Spezial 2012, 144; Beck Online; juris; DNotl Online Plus)

8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Rangrücktrittserklärung des darlehensgewährenden GmbH-Gesellschafters

(OLG Koblenz, Urteil vom 15. 12. 2011 – 6 U 309/11)

GmbHG § 30 Abs. 1

Zur (ergänzenden) Auslegung einer vor dem 1. November 2008 erklärten Rangrücktrittserklärung des Gesellschafters einer GmbH für ein der Gesellschaft gewährtes Darlehen, wenn der Rangrücktritt „bis auf Widerruf“ erklärt ist, der Widerruf jedoch (wie es nach den vor dem 1. November 2008 geltenden Rechtsprechungsregeln des Bundesgerichtshofs zum Ausschluss der Rückgewähr eigenkapitalersetzender Darlehen ohnehin der Fall war) ausgeschlossen sein soll, wenn dadurch ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag entsteht.

(Fundstellen: Beck Online; juris)

9. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zum Innenverhältnis zwischen Treuhänder und Treugeber bei der Kommanditgesellschaft

(OLG München, Urteil vom 11. 1. 2012 – 7 U 2253/11)

HGB § 161 Abs. 1

Beteiligt sich ein Kapitalanleger mittelbar über eine Beteiligungstreuhand GmbH an einer Fondsgesellschaft und sieht deren Gesellschaftsvertrag vor, dass die Treugeber wie unmittelbar beteiligte Gesellschafter behandelt werden und die Regelungen des Vertrages insoweit entsprechend für die Treugeber gelten, so ist der Anleger ab Abschluss des Treuhandvertrages mit der Treuhandkommanditistin im Innenverhältnis zu der Fondsgesellschaft als deren Gesellschafter zu behandeln mit der Folge, dass auch die Regelungen des Gesellschaftsvertrages über die Beendigung der Gesellschafterstellung unmittelbar anzuwenden sind (Anschluss BGH, 11. 10. 2011, II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299)(Rn. 12).

(Fundstellen: Beck Online; juris)

Buchbesprechung

Festschrift für Günther Brambring zum 70. Geburtstag, herausgegeben von der Rheinischen Notarkammer, Verlag C.H. Beck München 2011, 375 Seiten, 109,- €

Anzuzeigen ist eine Festschrift für einen herausragenden Vertreter des rheinischen Notariats, für Günther Brambring. Neben der Führung seines angesehenen Kölner Notariats kann er auf eine beeindruckende Anzahl sonstiger Tätigkeiten zurückblicken: Hervorzuheben sind seine Lehrtätigkeit an der Universität zu Köln, sein Einsatz bei der Reform der Juristenausbildung, die Mitwirkung in der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Mitwirkung bei der Gründung des Deutschen Notarinstituts und in deren Vorstand, die langjährige Tätigkeit im Herausgebergremium der Deutschen Notar-Zeitschrift, Verfasser vieler Fachbeiträge und schließlich die Herausgabe und Mitautorenschaft zahlreicher Handbücher für die notarielle Praxis, insbesondere des Beck'schen Notarhandbuchs, das innerhalb weniger Jahre bereits die 5. Auflage erlebt hat und in der Bibliothek eines jeden Notars zu finden sein dürfte.

Festschriften gleichen Schatztruhen. Für den Praktiker sind sie vielfach schwer zugänglich; hat er sie aber gefunden, wird er häufig durch den Inhalt reich belohnt. Schüler, Weggefährten und Kollegen des Geehrten haben sich etwas Besonderes einfallen lassen, um ihre Wertschätzung ihm gegenüber auszudrücken. Festschriftbeiträge schmücken nicht nur ihre Verfasser, sondern vermitteln auch ein Bild des Adressaten. Das lässt sich auch bei dieser Festschrift feststellen. Brambrings Vorträge und seine Aufsätze waren stets klar aufgebaut, verständlich formuliert, auf das wesentliche konzentriert und mit pädagogischem Impetus kurzweilig vorgetragen. Vor allem aber waren sie stets praktisch verwertbar. Das gilt auch für die Festschrift. Die Beiträge, die von Notar- und Anwaltskollegen, hohen Richtern und Hochschullehrern verfasst sind und vom allgemeinen Schuldrecht über das Sachenrecht, Familien- und Erbrecht, IPR, Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, bis zum Beurkundungsrecht und Notarrecht reichen, umfassen im Schnitt 15 Druckseiten und behandeln konzentriert und prägnant Themen, von denen sich die ganz überwiegende Mehrzahl tagtäglich in der Praxis des Notars stellen.

Nahezu alle Beiträge sind demgemäß von unmittelbarem Nutzen für die Arbeit des Notars. Das mag ein Überblick über die abgehandelten Themen zeigen: *Basty* erörtert die Rechte des Käufers beim Bauträgervertrag zur Prüfung von Leistungen des Bauträgers während der Bauphase und empfiehlt deren Stärkung insbesondere bei Arbeiten, die durch die weitere Bauausführung einer Prüfung entzogen werden; *Dauner-Lieb* und *Winnen* befassen sich mit in der Praxis häufig nachgefragten Vertragsgestaltungen zur Auflösung von Pattsituationen in Gesellschaften mit beschränkter Haftung; *Hauschild* und *Zimmermann* behandeln den Umfang der Beurkundungsbedürftigkeit von Anlagen zum Unternehmenskaufvertrag, ein Thema, dessen große

praktische Bedeutung im Gegensatz zu seiner unzureichenden theoretischen Aufarbeitung steht; *Hertel* liefert eine Zusammenfassung der Entwicklung und des Meinungsstandes sowie eine Analyse der Behandlung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuchverkehr im Zwiespalt zwischen Gesellschaftsrecht und Grundstücksrechts; *Kanzleiter* setzt sich mit dem Supervermächtnis auseinander, der (von ihm so genannten) Wunderdroge für den erstversterbenden Ehegatten beim Berliner Testament zur Ausnutzung der Erbschaftssteuerfreibeträge bei gleichzeitiger umfassender Erhaltung der Dispositionsfreiheit des überlebenden Ehegatten über den Nachlass; *Krüger* geht der den Notar immer wieder beschäftigenden Frage nach, in welchen Fällen die Aufhebung von Grundstückskaufverträgen beurkundet werden muss; *Marsch-Barnert* stellt die maßgeblichen Rechtsgrundsätze für Entscheidungen des Versammlungsleiters in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft und die rechtlichen Auswirkungen fehlerhafter Leitungsentscheidungen dar; *Priester* beleuchtet mit der ihm eigenen Anschaulichkeit die Haftungsgefahren für den Erben einer Kommanditbeteiligung zwischen Gesellschaftsrecht und Erbrecht, die er durch eine analoge Anwendung von § 139 Abs. (4) HGB reduzieren will, was freilich für den Notar die Konsequenz hat, dass er auf die Wahrung der 3-Monats-Frist des § 139 Abs. (3) HGB achten muss; *Reimann* befasst sich eingehend mit den den Praktiker häufig beschäftigenden Fragen der Grenzen für die Gestaltung lang andauernder Testamentsvollstreckungen und *Spiegelberger* mit den rechtlichen und steuerlichen Auswirkungen des Nießbrauchs an einzelnen Gegenständen des Betriebsvermögens, am ganzen Betrieb, an Personengesellschaftsanteilen und eingebrachten Wirtschaftsgütern.

Daneben finden sich nicht minder interessante Beiträge für Gestaltungen in Fällen, die in der notariellen Praxis allerdings seltener vorkommen. *Grunewald* untersucht die Kündbarkeit langfristiger Vermögenszusagen an Stiftungen, *Mutter* die Voraussetzungen, unter denen eine liechtensteinische Familienstiftung geeignet ist, Vermögensmassen für Familienmitglieder dauernd zu erhalten, ohne dass die Einnahmen die in Deutschland ansässigen unbeschränkt steuerpflichtigen Familienmitgliedern zugerechnet werden müssen.

Zur Lektüre zu empfehlen sind aber ebenso die didaktisch höchst aufschlussreichen vertiefenden Beiträge von *Amann* über eine mögliche Verfassungswidrigkeit der Benachteiligung von Ehegatten dadurch, dass ihnen anders als anderen Familienangehörigen die Abschmelzung der Verpflichtung zur Pflichtteilsergänzung gemäß § 2325 Abs. (3) BGB bei bestehender Ehe versagt wird, von *Bergschneider* über den Topos des Ausgleichs ehebedingter Nachteile im Scheidungsfolgenrecht, von *Eckelskemper* – amüsant geschrieben – über die Nöte des Notars bei der Anwendung von Fremdrechtsordnungen bei der Gestaltung gemeinschaftlicher Testamente und Erbverträge, von *Hagen* über die Korrektur von Nichtigkeitsfolgen bei Formver-

stößen, von *Hermanns* über das Konzept der wirtschaftliche Neugründung von Kapitalgesellschaften und die sich ergebenden Haftungsfolgen, die der BGH mit Entscheidung vom 6. März 2012 ganz in seinem Sinne eingeschränkt zu haben scheint (der vollständige Wortlaut der Entscheidung lag bei Abfassung dieser Rezension noch nicht vor), sowie von *Rapp* über die Vereinbarung des Bestehenbleibens der Erbbauzinsreallast bei Versteigerungsmaßnahmen gemäß § 9 Abs. (3) Satz 1 Ziff. 1. ErbbauRG.

Lesenswert sind auch die Beiträge von *Jerschke*, der als Weggefährte Brambrings die Entwicklung des Zugangs zum Notarberuf erläutert und eindrucksvoll schildert, wie die Qualitätsanforderungen in der Zeit, in der Brambring für den Notarstand gewirkt hat, verschärft wurden, sowie von *Starke* und *Terner* über den umstrittenen Begriff der Amtsnachfolge im Notaramt. Für den Notar eher von theoretischen Interesse, aber gleichwohl lesenswert sind weiter die Ausführungen von *Lüer* über die Neuregelung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen durch die inzwischen Gesetz gewordene Insolvenzrechtsänderung und von *Schuschke* zum einstweiligen Rechtsschutz im Auskunftserzwingungsverfahren nach §§ 51 a, 51 b GmbHG nach dem FamFG.

Festschriften, sagte ich eingangs, gleichen Schatztruhen. Nun ist es bei juristischen Beiträgen wie bei Schmuckstücken so, dass der eine dieses der andere jenes mehr schätzt. Deshalb sei es gestattet, drei Beiträge hervorzuheben, die mich besonders beeindruckt haben: Zum ersten ist das der Beitrag *Hertels* zur GbR im Grundbuch. Auf 33 Seiten werden hier umfassend und mit großem Tiefgang die chronologische Entwicklung von der Entscheidung des II. Zivilsenats zur Rechtsfähigkeit der GbR aus dem Jahr 2001 über die Anerkennung der Grundbuchfähigkeit der GbR durch den V. Zivilsenat im Jahr 2008, die Reaktion des Gesetzgebers durch Schaffung des § 899 a BGB und § 47 Abs. (2) GBO, die Diskussion um ein GbR Register, die maßgeblichen Fallgruppen, für die Lösungen gefunden werden müssen, und die verschiedenen Lösungsansätze und ihre Kritik dargestellt und dazu noch ein ebenso realistisches wie versöhnliches Schlusswort gefunden. Das verdient Bewunderung.

Als zweiten Beitrag möchte ich denjenigen von *Hauschild* und *Zimmermann* über die Beurkundungsbedürftigkeit der Anlagen zum Unternehmenskaufvertrag hervorheben. Dieses Thema scheint zwar formal und langweilig zu sein, bereitet aber in der Praxis viel Kopfzerbrechen und Aufwand. Die Autoren stellen die maßgebenden Überlegungen umfassend, übersichtlich und transparent dar. Insbesondere mahnen sie zur Rückbesinnung darauf, dass nur der regelnde Inhalt des beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäfts beurkundungsbedürftig ist und es nicht ausgeschlossen ist, dass nicht beurkundete Erklärungen zur Auslegung beurkundeter

rechtsgeschäftlicher Erklärungen verwandt werden. In diesem Sinne sollen Anlagen, in denen bereits geregelte Rechtsverhältnisse und existierende Zustände wiedergegeben werden, in der Regel nicht beurkundungspflichtig sein, auch wenn in ihnen Rechtsverhältnisse bereits geregelt sind. Diese Überlegungen können der Praxis dringend nötige neue Impulse geben.

Am nachhaltigsten beeindruckt hat mich aber der Beitrag, der als einziger bislang unerwähnt geblieben ist, aber schon wegen seiner Bedeutung für das Notariat herausragt, nämlich der Aufsatz von *Henssler* und *Kilian* über das deutsche Notariat im Europarecht mit dem bezeichnenden Titel: *Caveat Reformator*. Zeitlich anknüpfend an die Berufung Brambrings zum Geschäftsführer der Bundesnotarkammer zeichnen die Autoren die Entwicklung der Einordnung des Notariats in das Europarecht nach, in deren Mittelpunkt die Frage stand, ob die Tätigkeit der Notare mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden und die ihm anvertrauten hoheitlichen Aufgaben so prägend seien, dass der Beruf als Ganzes aus der Dienst- und Niederlassungsfreiheit ausgenommen sei, was der EuGH schließlich in seiner Entscheidung vom 24. Mai 2011 verneint hat. Allerdings hat das Gericht den Notaren bescheinigt, dass mit ihren Tätigkeiten im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgt werden, was Zugangsanforderungen zum Beruf rechtfertigen kann. Nach der Darstellung dieser Grundlagen gehen die Verfasser umfassend auf die Deregulierungsaktivitäten der Kommission im Bereich des Notariats ein, stellen die verschiedenen empirischen Studien dar und unterziehen sie eingehender kritischer Würdigung. So betonen die von der Kommission in Auftrag gegebenen Studien einseitig die Kostenfrage unter Vernachlässigung z. B. der Frage der Rechtssicherheit, lassen aber beim Vergleich der Kosten Faktoren unberücksichtigt, die beispielsweise in den angelsächsischen Ländern nicht unerhebliche Kosten auslösen, wie die Aufwendungen für Rechtsmängelversicherungen. Auch lassen sie Erfahrungen unberücksichtigt, wonach bei Deregulierung des Notariatsystems, beispielsweise in den Niederlanden, zwar die Kosten von Großtransaktionen gesunken sind, in den verbraucherrelevanten Bereichen aber gestiegen sind.

Diese Ausführungen sollten Pflichtlektüre jedes Notars sein. Der Beitrag ist trotz seines Tiefgangs mit leichter Feder geschrieben und jede Zeile spannend zu lesen.

Die Vielschichtigkeit der Festschrift beleuchtet die Persönlichkeit, die Interessen und das vielfältige Wirken Günther Brambrings für das Notariat. Die ihm gewidmete Festschrift belegt das hohe Ansehen, das er und mit ihm und durch ihn das Notariat genießt. Dafür sei ihm auch an dieser Stelle gedankt. Die Festschrift kann uneingeschränkt zum Erwerb empfohlen werden.

Notar Dr. Klaus Piehler, Köln