

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

20. Jahrgang  
Juli 2012  
ISSN 1434-3460

13/2012

*Mit Beilage BNotK-Intern*

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1018, 1019 – Wettbewerbsbeschränkende Dienstbarkeiten; Vorteilsbegriff; nachträglicher Wegfall des Vorteils  
BauGB § 28; KAG NRW §§ 2, 4, 5, 12 – Rechtmäßigkeit einer Gebührensatzung mit Blick auf Kostentarif für Erteilung eines Negativattestes; Verpflichtung zur Mitteilung des Kaufpreises bei gemeindlichem Vorkaufsrecht

### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

WEG § 16 Abs. 2; ZVG § 10 Abs. 1 Nr. 2 – Grundsätze der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft; Beitragshaf-

tung eines werdenden Wohnungseigentümers, der erst nach Invollzugsetzung der Gemeinschaft Besitz erwirbt; keine gesamtschuldnerische Haftung; keine Stimmrechtsverdoppelung

EGBGB Art. 15, 25; BGB § 1371 – Pauschale Erhöhung des Ehegattenerbteils um das güterrechtliche Viertel bei Geltung ausländischen Erbrechts

BGB §§ 1093, 428 – Gemeinschaftliches Wohnungsrecht für Eigentümer und Dritten

InsO §§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 24 Abs. 1, 81 Abs. 1, 91 – Keine Verhinderung des Verfügungserfolgs bei Verfügungshandlung vor Eingreifen der Verfügungsbeschränkung

#### Literaturhinweise

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 1018, 1019

#### Wettbewerbsbeschränkende Dienstbarkeiten; Vorteilsbegriff; nachträglicher Wegfall des Vorteils

##### I. Sachverhalt

Zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks Nr. 256, auf dem eine Brauerei betrieben wird (= herrschendes Grundstück), ist auf zahlreichen anderen Grundstücken (= dienende Grundstücke) eine Grunddienstbarkeit des Inhalts eingetragen, dass auf ihnen Bier und sonstige Getränke jeder Art nicht ausgetrenkt oder vertrieben werden dürfen. Der Eigentümer des herrschenden Grundstücks beabsichtigt, den Brauereibetrieb auf ein anderes, räumlich getrenntes Grundstück zu verlegen und das Grundstück Nr. 256 mit Ausnahme eines kleinen Teils zu veräußern. Das dem Veräußerer verbleibende Restgrundstück soll die Flurnummer 256 behalten. Auf dem zu veräußernden Teil des Grundstücks befindet sich ein Brunnen, aus dem bisher das Brauwasser bezogen worden ist. Dieser Brunnen kann für die zukünftige Wasserentnahme möglicherweise wieder eine Rolle spielen, wenn auf dem neuen Brauereigrundstück Wasser nicht in hinreichender Menge und/oder

Qualität bezogen werden kann. Aus diesem Grunde wird erwogen, zugunsten des jeweiligen Eigentümers des dem Eigentümer verbleibenden Restgrundstücks (Grundstück Nr. 256 im künftigen Zuschnitt) eine Grunddienstbarkeit auf Wasserentnahme aus diesem Brunnen zu bestellen.

##### II. Frage

Entfällt durch die Verlegung des Brauereibetriebs (Produktion) auf ein anderes Grundstück der Vorteil für das herrschende Grundstück (Flurnummer 256) i. S. d. § 1019 BGB?

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Wettbewerbsbeschränkende Dienstbarkeit

Gem. § 1018 BGB kann ein Grundstück zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks in der Weise belastet werden, dass dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf oder dass auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen oder dass die Ausübung eines Rechts ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück dem anderen Grundstück gegenüber ergibt (**Grunddienstbarkeit**). Allgemein anerkannt ist zunächst, dass Inhalt einer Grunddienstbarkeit auch **Handlungen und Unterlassungen** sein können, **die auf die Verhinderung eines unbequemen Wettbewerbs abzielen**. Dabei wird sich im Einzelfall die Frage stellen, ob Wettbewerbs-

beschränkungen in zeitlicher Hinsicht Schranken unterliegen und inwiefern sich diese auf die unbeschränkte Dauer der Dienstbarkeit auswirken (vgl. BGH DNotZ 1986, 618). In sachlicher Hinsicht ist es **zulässig**, dass die **Benutzbarkeit** nicht für jede gewerbliche Tätigkeit überhaupt, sondern **für ein bestimmtes Gewerbe unterbunden** oder eingeschränkt wird (ausführlich Bormann, Wettbewerbsbeschränkungen durch Grundstücksrechte, 2003; vgl. auch Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl. 2012, § 1018 Rn. 23).

## 2. Vorteil für das herrschende Grundstück (§ 1019 BGB)

Soll die Belastung nicht zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Nachbargrundstücks, sondern zugunsten einer bestimmten natürlichen oder juristischen Person erfolgen, so ist statt einer Grunddienstbarkeit eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit i. S. d. § 1090 BGB zu bestellen. Vorliegend wurde allerdings eine Grunddienstbarkeit bestellt, sodass neben den Voraussetzungen des § 1018 BGB die Vorgaben des **§ 1019 BGB** erfüllt sein müssen. Die **Grunddienstbarkeit muss** dem jeweiligen Eigentümer **im Hinblick auf die vereinbarte Benutzung des herrschenden Grundstücks einen Vorteil vermitteln**. Ein rein persönlicher Vorteil für den Eigentümer des herrschenden Grundstücks reicht insoweit nicht aus (Staudinger/Mayer, BGB, Neubearb. 2009, § 1019 Rn. 2 f.). Maßgeblich ist vielmehr die **objektive Nützlichkeit** des Grundstücks, wobei diese nach dessen Lage, Beschaffenheit oder Zweckbestimmung zu beurteilen ist (BGH BB 1967, 436 = NJW 1967, 1366; OLG Celle DNotZ 1958, 151). Der Vorteil muss gerade für die Benutzung des herrschenden Grundstücks bestehen, sich also gerade aus der allgemeinen Grundstückssituation i. V. m. dem mit der Grunddienstbarkeitsbestellung verfolgten Zweck ergeben (Staudinger/Mayer, § 1019 Rn. 6).

Soll die Grunddienstbarkeit einem Gewerbebetrieb dienen, so wird verlangt, dass das **herrschende Grundstück für das Gewerbe besonders eingerichtet** ist oder zumindest eingerichtet werden soll und diese Einrichtung **auf Dauer eine Gewähr für die Beibehaltung dieses Betriebs** bildet (BGH NJW 1965, 2340; OLG München NJW 1957, 1765; LG Deggendorf MittBayNot 1972, 66; MünchKommBGB/Joost, 5. Aufl. 2009, § 1019 Rn. 5; Staudinger/Mayer, § 1019 Rn. 12). Mangels beschränkter persönlicher Dienstbarkeit genügt nicht ein bloßer persönlicher Nutzen für den Gewerbebetrieb des Eigentümers des herrschenden Grundstück, sondern das zu befriedigende Bedürfnis muss in der Beschaffenheit des herrschenden Grundstücks **eine objektive Grundlage** haben (OLG München NJW 1957, 1765, 1766; Planck, BGB, 4. Aufl. 1920, § 1019 Anm. 2 b). Nur dann, wenn ein zu schützender Gewerbebetrieb durch eine besondere Einrichtung **auf Dauer mit dem herrschenden Grundstück verknüpft ist** und diesem dadurch seine Eigenart verleiht, werden der Annahme, dass die Belastung für das herrschende Grundstück von Vorteil ist, keine Bedenken entgegenstehen (OLG München NJW 1957, 1765, 1766).

## 3. Rechtsprechung des OLG München

Ausgehend von den vorstehenden Grundsätzen präzierte das OLG München in einer Reihe von Entscheidungen die Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Grunddienstbarkeiten.

### a) Urt. v. 9.8.1957

In einem Urteil aus dem Jahr 1957 (NJW 1957, 1765) hielt es das OLG München nicht für ausreichend, dass auf dem herrschenden Grundstück lediglich ein Verkaufskiosk für Bäckerei- und Konditoreiwaren betrieben wurde, der eigentliche Bäckereibetrieb jedoch auf einem gänzlich anderen Grundstück eingerichtet war. Bei dem offenen Ladengeschäft handele es sich um **Räumlichkeiten, die** ohne eine Veränderung des Grundstücks oder seiner Zweckbestimmung ohne Weiteres **für jedes andere Einzelhandels-geschäft in gleicher Weise Verwendung finden könnten**. Insoweit **fehle es an einer besonderen Einrichtung für das Gewerbe** auf dem herrschenden Grundstück, zu dessen Gunsten der Wettbewerb mit Bäckerei- und Konditoreiwaren auf den dienenden Grundstücken untersagt werden könnte. Der erstrebte Erfolg sei nur durch die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit erreichbar. Mangels besonderen Vorteils des herrschenden Grundstücks sei die bestellte **Grunddienstbarkeit nichtig**. Eine **Umdeutung** in eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit gem. § 1090 BGB **komme nicht in Betracht**, weil die eingetragene Dienstbarkeit nicht zugunsten einer individuell bestimmten Person, sondern zugunsten des jeweiligen Eigentümers des herrschenden Grundstücks erfolgt sei (NJW 1957, 1765, 1766).

### b) Urt. v. 7.8.1979

Die vorstehende Rechtsprechung bestätigte das OLG München mit Urt. v. 7.8.1979 (MittBayNot 1980, 15). Es stellte überdies fest, dass ein Verbot, auf dem dienenden Grundstück eine Gastwirtschaft zu betreiben, Bier und andere Getränke auszuschenken und zu vertreiben, nicht geeignet sei, den auf dem herrschenden Grundstück eingerichteten Brauereibetrieb zu fördern oder den Charakter dieses Grundstücks hinsichtlich seiner Lage oder Zweckbestimmung zu erhalten. Das Gericht ging davon aus, dass die **Bestellung einer Grunddienstbarkeit in Form eines** Gastwirtschafts-, Getränkeausschank- und **Getränkevertriebsverbots von vornherein unzulässig sei, wenn auf dem herrschenden Grundstück keine Gaststätte, sondern eine Brauerei betrieben werde**. Die konkrete Wettbewerbsbeschränkung sei auf den Absatz des Brauereibetriebs auf dem herrschenden Grundstück ohne Einfluss.

Diese von *Ring* (MittBayNot 1980, 16 f.) scharf kritisierte Entscheidung des OLG München hätte für den mitgeteilten Sachverhalt zur Folge, dass die Bestellung der Grunddienstbarkeit zugunsten des Grundstücks Nr. 256 **von Anfang an unwirksam und nichtig** gewesen wäre. Das Urteil ist jedoch – soweit ersichtlich – eine **Einzelfallentscheidung** geblieben. Auch in den Folgeentscheidungen des OLG München (dazu sogleich) wurde eine Grunddienstbarkeit der vorbeschriebenen Art zumindest grundsätzlich für möglich gehalten.

### c) Urt. v. 28.6.1983 und Beschl. v. 28.10.2011

Das OLG München bestätigte seine bisherige Linie in zwei weiteren Entscheidungen aus den Jahren 1983 und 2011 (MDR 1983, 934; RNotZ 2012, 121). Hiernach verlangt der Vorteil i. S. d. § 1019 BGB, dass der herrschende Grundbesitz **speziell für einen Gewerbebetrieb** (vorliegend: Brauerei) **eingerichtet ist und die Art der Einrichtung eine Dauerhaftigkeit des Gewerbebetriebs gewährleistet**. Soweit mangels entsprechender Einrichtung ein Vorteil von Anfang an fehle, sei die Grunddienstbarkeit regelmäßig nichtig, bei dennoch erfolgter Eintragung sei das Grundbuch unrichtig und die Grunddienstbarkeit von Amts we-

gen zu löschen (vgl. auch BeckOK-BGB/Wegmann, Stand: 1.3.2011, § 1019 Rn. 10 ff.).

Sowohl dem Urteil aus dem Jahre 1983 (MDR 1983, 934) als auch dem Beschluss aus dem Jahre 2011 (RNotZ 2012, 121) lag ein Sachverhalt zugrunde, in welchem die **Grunddienstbarkeit zunächst wirksam bestellt** wurde, da auf dem herrschenden Grundstück dauerhaft eine Brauerei betrieben wurde, die eine spezielle Einrichtung des Grundstücks erforderlich machte. In beiden Fällen wurde die **Brauerei später aufgegeben**. Das OLG München ging jeweils davon aus, dass mit der Aufgabe des Brauereibetriebs die notwendige **Grundstücksbezogenheit des Vorteils der Belastung nicht mehr gegeben** war und fortan nur noch ein persönlicher, von der Grundstücksnutzung als solcher gelöster Wettbewerbsvorteil bestand. Ein solcher Vorteil könne jedoch die Aufrechterhaltung einer Grunddienstbarkeit nicht rechtfertigen. Mit der Aufgabe der Brauerei sei daher der Vorteil i. S. d. § 1019 BGB entfallen und die **Grunddienstbarkeit unwirksam geworden**. Dass auf dem Grundstück nunmehr noch ein Getränkehandel betrieben werde, reiche für einen Fortbestand der Grunddienstbarkeit nicht aus; Lager- und Büroräume seien ohne größere bauliche Veränderungen für eine Vielzahl anderer Gewerbearten nutzbar. Ein Vorteil gerade für das konkrete Grundstück in seiner Lage, Beschaffenheit und Zweckbestimmung sei nicht mehr gegeben.

#### 4. Fazit

Aus den vorgenannten Überlegungen folgt u. E. für den vorliegenden Sachverhalt, dass **mit der Verlegung** des Brauereibetriebs von dem herrschenden Grundstück Nr. 256 auf ein anderes Grundstück **der besondere Vorteil für das herrschende Grundstück i. S. d. § 1019 BGB entfallen wird**. Dies dürfte auch dann gelten, wenn zugunsten des künftig stark verkleinerten Grundstücks Nr. 256 das Recht zur Nutzung des Brunnens auf dem früheren Brauereigrundstück bestellt werden und dieses Recht für die Fortführung des Brauereibetriebs von wesentlicher Bedeutung sein wird. Maßgeblich erscheint insoweit, dass das herrschende Grundstück (Restgrundstück des Flurstücks Nr. 256) keiner besonderen Einrichtung mehr für ein auf ihm betriebenes Gewerbe bedarf. Durch die Verlegung des Brauereibetriebs entfällt die enge Verknüpfung zwischen herrschendem Grundstück und Betriebsstätte, welche dem Grundstück bislang seine Eigenart verliehen hat. Im Übrigen wird sich nicht einmal mehr der Brunnen, aus dem künftig u. U. noch das Brauwasser entnommen werden soll, auf dem verbleibenden Grundstück Nr. 256 befinden, sondern auf dem Nachbargrundstück.

---

## **BauGB § 28; KAG NRW §§ 2, 4, 5, 12 Rechtmäßigkeit einer Gebührensatzung mit Blick auf Kostentarif für Erteilung eines Negativattestes; Verpflichtung zur Mitteil- ung des Kaufpreises bei gemeindlichem Vorkaufsrecht**

### **I. Sachverhalt**

Die in Nordrhein-Westfalen gelegene Stadt B hat eine Verwaltungskostensatzung erlassen, die in Ziff. 9.4 des Kostentarifs für die Ausstellung eines Zeugnisses über das Nichtbestehen bzw. die Nichtausübung eines Vorkaufsrechts (Negativzeugnis) nach BauGB eine Gebühr i. H. v.

1/1000 des Kaufpreises, mindestens jedoch 25,00 € vor- sieht. Eine Höchstgebühr ist nicht normiert.

### **II. Fragen**

1. Bestehen rechtliche Bedenken gegen die Gestaltung des Kostentarifs?
2. Muss der Kaufpreis gegenüber der Gemeinde bei Anforderung der Vorkaufsrechtsverzichtserklärung offenbart werden?

### **III. Zur Rechtslage**

#### **1. Gebührenerhebung für Erteilung eines gemeindlichen Negativattestes nach § 28 BauGB**

##### **a) Allgemeines**

Dass Gemeinden nach Maßgabe des jeweiligen Kommunalabgabenrechts berechtigt sind, für die Erteilung von Negativzeugnissen nach § 28 BauGB Verwaltungsgebühren zu erheben, ist zwar in der Literatur zuweilen verneint worden (vgl. nur Haiduk, BayVBl. 1983, 76). Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat die **Festsetzung derartiger Gebühren** jedoch wiederholt für **möglich** erachtet (vgl. nur OVG Münster MittRhNotK 1987, 165; OVG Bremen, Urt. v. 26.2.1991 – 1 BA 40/90; VGH München NJW-RR 1996, 702; VG Göttingen, Urt. v. 4.7.2006 – 2 A 143/05, NVwZ-RR 2007, 7 (red. Ls.); VG Dresden, Urt. v. 5.9.2008 – 2 K 1351/07). In Nordrhein-Westfalen findet sich die Rechtsgrundlage hierfür in §§ **2, 4, 5 KAG NRW**, wonach Verwaltungsgebühren qua kommunaler Satzung erhoben werden können (vgl. ausführlich OVG Münster, MittRhNotK 1987, 165). Steht danach für die Praxis die grundsätzliche Zulässigkeit der Erhebung von Verwaltungsgebühren außer Frage, so gilt es doch, den konkreten rechtlichen Rahmen auszuleuchten, der für die Ausgestaltung einer gemeindlichen Gebührensatzung maßgeblich ist.

##### **b) Kostendeckungsprinzip**

Eine der wesentlichen Grenzen für die Bemessung von Verwaltungsgebühren besteht im sog. Kostendeckungsprinzip, welches nicht bundesrechtlich vorgegeben, sondern **allein dem jeweiligen Landesrecht zu entnehmen** ist (BVerwG, Beschl. v. 1.3.2007 – 10 B 11/07, BeckRS 2007, 23792; BVerwG, Beschl. v. 28.6.2002 – 9 BN 13/02, BeckRS 2002, 22983; Driehaus, Kommunalabgabenrecht, Stand: März 2012, § 4 Rn. 4, 19). Eine entsprechende Regelung ist auch im nordrhein-westfälischen Landesrecht verankert. So bestimmt § **5 Abs. 4 KAG NRW** ausdrücklich, dass das veranschlagte Gebührenaufkommen die **voranschätzlichen Ausgaben für den betreffenden Verwaltungszweig nicht übersteigen** soll.

Inhaltlich entsprechende (§ 4 Abs. 4 S. 1 NKAG i. V. m. § 3 Abs. 2 S. 1 NVwKostG; § 9 Abs. 2 S. 2 KAG HE; § 18 KAG RP i. V. m. § 7 Abs. 1, 3 LGebG RP; § 10 Abs. 1 S. 1 SächsKAG; § 5 Abs. 2 S. 3 KAG SH i. V. m. § 249 Abs. 4 S. 2 LVwG SH; § 5 Abs. 4 KAG MV; § 4 Abs. 4 S. 1 KAG LSA i. V. m. § 3 Abs. 2 S. 1 VwKostG LSA; § 11 Abs. 2 S. 2 ThürKAG) oder sogar deckungsgleiche (§ 5 Abs. 4 KAG Bbg) Bestimmungen prägen auch den kommunalabgabenrechtlichen Rahmen in den meisten anderen Bundesländern.

Allerdings ist der durch das in § 5 Abs. 4 KAG NRW angeordnete Kostendeckungsprinzip vermittelte Prüfungs- und Kontrollmaßstab keine allzu hohe Hürde. *Driehaus* (§ 5 Rn. 50) fasst die insoweit maßgeblichen Grundsätze wie folgt zusammen:

„Bei dem Kostendeckungsprinzip handelt es sich um eine ‚Veranschlagungsmaxime‘, die lediglich besagt, daß die kommunale Körperschaft sich bei der Veranschlagung der Gebühreneinnahmen im Haushaltsplan von dem Bestreben leiten lassen muß, einen Überschuß über die sorgfältig veranschlagten Ausgaben zu vermeiden (vgl. BVerwG, U. v. 8. 12. 1961 – VII C 2.61 – BVerwGE 13, 214, 223 ff.). Es ist nicht erforderlich, daß der Verwaltungsaufwand genau errechnet wird, es genügt, wenn er sachgerecht geschätzt und der Gebührenberechnung zugrunde gelegt wird [...]. Das Kostendeckungsprinzip ist nicht schon verletzt, wenn die Ausgaben für die einzelne Amtshandlung oder sonstige Verwaltungstätigkeit durch die hierfür erhobene Gebühr überschritten wird, sondern erst dann, wenn das Gesamtgebührenaufkommen die Gesamtheit der Ausgaben des betreffenden Verwaltungszweiges (beabsichtigt oder schwerwiegend und nachhaltig) überschreitet (**Gesamtkostenüberdeckungsverbot**, vgl. BVerwG, U. v. 24. 3. 1961 – VII C 109.60 – BVerwGE 12, 162, 166; VGH Kassel, Beschl. v. 28. 9. 1976 – VN 3/75 – DVBl 1977, 216, 218).“

Das Kostendeckungsprinzip stellt hiernach also **keinen allzu strengen Kontrollmaßstab** dar. Bei einer Verwaltungsgebühr von einem Promille des Kaufpreises ohne Höchstgrenze erscheint es gleichwohl nicht schlechthin ausgeschlossen, dass ein Rechtsverstoß unter diesem Gesichtspunkt vorliegt. Geht man in der fraglichen Gemeinde von Grundstücksverkäufen im Wert von werktäglich durchschnittlich nur 500.000 € aus, so würde allein für die Erteilung der Negativatteste ein Gebührenaufkommen von 500 € generiert, was u. E. im Verhältnis zum Verwaltungsaufwand durchaus beachtlich ist. Ob hierin bereits eine Überdeckung begründet liegt, ist unsererseits jedoch mangels näherer Sachverhaltskenntnis nicht feststellbar und dürfte im Ergebnis eher zweifelhaft sein. Für die Wahrung des Kostendeckungsprinzips sind nämlich die **Ausgaben** des betreffenden Verwaltungszweigs, **nicht nur** diejenigen eines **bestimmten Teilbereichs maßgeblich**. Zu berücksichtigen sind dabei Gehälter, Löhne einschließlich Versorgungsanteile, Dienstgebäudebeschaffung und -erhaltung, Heizung, Beleuchtung, Registraturkosten, Telefon- und Schreibkosten sowie entsprechende anteilige Generalunkosten der Verwaltung (vgl. unter dem Gesichtspunkt prozessualer Aufklärungspflichten BVerwGE 26, 305, 307; s. zum Ganzen näher Driehaus, § 5 Rn. 51 m. w. N.).

### c) Äquivalenzprinzip

Neben dem Kostendeckungsprinzip muss die Gebührenerhebung aber stets auch das sog. Äquivalenzprinzip beachten, welches aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abzuleiten und damit – unabhängig von dessen genauer dogmatischer Fundierung (angeführt werden Art. 1, 19 Abs. 2, 3 Abs. 1 GG, die Grundrechte und das Rechtsstaatsprinzip, vgl. nur: Maunz/Dürig/Grzeszick, GG, 64. Erg.-Lfg. 2012, Art. 20 Rn. 108) – **bundesverfassungsrechtlich vorgeformt** ist. Es prägt damit das Gebührenrecht ganz allgemein und gilt unabhängig von entsprechender einfachrechtlicher Anordnung (Driehaus, § 4 Rn. 6).

Im Kern besagt das Äquivalenzprinzip, dass die **Leistung des Bürgers** in Gestalt der im Einzelfall geforderten Gebühr **und die konkrete Leistung der Verwaltung nicht in einem grüblichen Missverhältnis stehen dürfen** (BVerwG NVwZ 2000, 73, 75). Für die Bestimmung des Vorteils der öffentlichen Leistung darf sich dabei der jeweilige Gebührengesetzgeber generalisierender, typisierender und pauschalierender Erwägungen bedienen (BVerwG

Buchholz, 401.84 Nr. 104, S. 9, 14 Rn. 14 mit Hinweis auf BVerfGE 108, 1, 19; Driehaus, § 4 Rn. 6). Entsprechend ist mit Blick auf die Erteilung eines Negativattestes in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt, dass die insoweit erhobene Verwaltungsgebühr, auch wenn der Verwaltungsaufwand stets gleich ist, durch den kommunalen Gebührengesetzgeber gestaffelt werden kann, etwa nach Grundstücksgröße oder Kaufpreis (vgl. nur VG Dresden, Urt. v. 5.9.2008 – 2 K 1351/07). Ebenso anerkannt ist freilich, dass sich eine Festsetzung der Gebühr völlig unabhängig von den Kosten der gebührenpflichtigen Leistung als Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip darstellt (BVerwG NVwZ 2003, 1385, 1386 = NJW 2004, 873 (Ls.); Driehaus, § 4 Rn. 6). Beachtet man diese Vorgabe, so bestehen auch vorliegend erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Gebührensatzung. Indem sich die Gebührenerhebung schlicht am Kaufpreis orientiert und in Abhängigkeit von diesem ohne Obergrenze linear ansteigt, fehlt jeder Bezug zu den Kosten der Verwaltungstätigkeit.

Ein nicht ganz unerhebliches rechtstatsächliches Indiz für einen Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip ist u. E. zudem, dass für das Negativattest laut Sachverhalt der eingangs genannten Entscheidungen jeweils lediglich Gebühren von höchstens 50 € erhoben wurden (vgl. OVG Bremen, Urt. v. 26.2.1991 – 1 BA 40/90: 25,00 DM; VGH München NJW-RR 1996, 702: 5,00-50,00 DM; VG Dresden, Urt. v. 5.9.2008 – 2 K 1351/07: 5,00-50,00 €; VG Göttingen, Urt. v. 4.7.2006 – 2 A 143/05: 25,00-50,00 €).

### d) Ergebnis

Die in der Satzung der Stadt B vorgesehene Gebühr i. H. v. 1/1000 des Kaufpreises für die Erteilung eines Negativzeugnisses begegnet insbesondere im Hinblick auf das Äquivalenzprinzip nicht unerheblichen rechtlichen Bedenken.

## 2. Verpflichtung zur Mitteilung des Kaufpreises

### a) Informationspflicht aus § 28 BauGB

Nach § 28 Abs. 1 S. 1 BauGB hat der Verkäufer der Gemeinde den Inhalt des Kaufvertrags unverzüglich mitzuteilen, wobei die Mitteilung des Verkäufers durch die Mitteilung des Käufers ersetzt wird. Hierbei handelt es sich um eine **echte Rechtspflicht des Verkäufers**, die durch Erlass eines Verwaltungsaktes selbständig durchsetzbar ist (Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 102. Erg.-Lfg. 2011, § 28 Rn. 12; BeckOK-BauGB/Grziwotz, Stand: 1.5.2012, § 28 Rn. 1 – jeweils m. w. N.). Der Notar hingegen ist zur Mitteilung angesichts seiner Verschwiegenheitspflicht (§ 18 BNotO) nur aufgrund gesonderter Vollmacht befugt; die Mitteilung wird nicht etwa als Annex zu den Verpflichtungen bzw. Befugnissen des Notars aus § 53 BeurkG oder § 15 GBO begriffen (s. zum Ganzen BeckOK-BauGB/Grziwotz, § 28 Rn. 1).

Mitzuteilen ist nach dem Wortlaut des Gesetzes der „Inhalt des Kaufvertrags“. Eine Verpflichtung zur Mitteilung sämtlicher Informationen des Kaufvertrags soll aber nur dann gegeben sein, wenn dem Grunde nach ein gesetzliches Vorkaufsrecht besteht und die Gemeinde nur noch darüber zu befinden hat, ob sie das Grundstück erwerben will oder nicht. Geht es dagegen nur um die Frage, ob ein Vorkaufsrecht überhaupt besteht, soll diese Vorfrage anhand einiger Rahmendaten, insbesondere der Bezeichnung des Grundstücks, geklärt werden können (OVG Münster NJW 1980, 1067 = DNotZ 1979, 617; ausführlich Stock, § 28 Rn. 16 m. zahlr. N.). Vor diesem Hintergrund gilt, dass die Kommune

**zunächst nur Anspruch auf die Mitteilung äußerer Rahmendaten**, insbesondere des verkauften Grundstücks, hat. Erweist sich hiernach, dass ein gesetzliches Vorkaufsrecht bestehen kann, so bezieht sich die Mitteilungspflicht indes auf den genauen Inhalt des Kaufvertrags (näher Stock, § 28 Rn. 16).

Dementsprechend hat sich in der Praxis ein **zweistufiges Verfahren** durchgesetzt, das zur Wahrung notarieller Amtsverschwiegenheit zunächst lediglich die Mitteilung des betroffenen Grundstücks und der Tatsache des Kaufs vorsieht (so empfohlen in BNotK-Rundschreiben Nr. 16/1997 v. 12.6.1997), nicht jedoch der sonstigen Bedingungen des Vertrags, insbesondere des Kaufpreises (vgl. allgemein nur Grein, RNotZ 2004, 115, 128). Erklärt die Gemeinde darauf, dass ein Vorkaufsrecht grundsätzlich bestehe, so wird ihr der vollständige Wortlaut des Vertrags zur Kenntnis gebracht. Anderenfalls würde auch die Zwei-Monats-Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB gar nicht erst zu laufen beginnen (statt aller Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 6. Aufl. 2012, Rn. 1710 f.).

#### **b) Informationspflicht unter gebührenrechtlichen Gesichtspunkten**

Teilweise wird darüber hinaus mit Blick auf den zu erlassenden Gebührenbescheid die **Mitteilung der Person des Käufers** angeraten (Krauß, Rn. 1710). Dies dürfte nicht nur sachgerecht, sondern auch rechtlich geboten sein, da gem. § 12 Abs. 1 Nr. 3 KAG NRW (entsprechende landesgesetzliche Vorschriften: § 11 Abs. 1 Nr. 3 lit. a NKAG; § 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. a KAG BW; Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. a BayKAG; § 4 Abs. 1 Nr. 3 lit. a KAG HE; § 3 Abs. 1 Nr. 3 KAG RP; § 12 Abs. 1 Nr. 3 lit. a KAG SL; § 12 Abs. 1 Nr. 3 lit. a KAG Bbg; § 12 Abs. 1 KAG MV; § 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. a SächsKAG; § 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. a KAG LSA; § 15 Abs. 1 Nr. 3 lit. a ThürKAG) i. V. m. § 90 Abs. 1 S. 1 AO Pflichten zur Mitwirkung bei der Sachverhaltsermittlung bestehen. So sind die Beteiligten nach § 90 Abs. 1 S. 2 AO zur vollständigen und wahrheitsgemäßen Offenlegung der für die Abgabenerhebung erheblichen Tatsachen verpflichtet.

Hieraus dürfte sich auch die Verpflichtung zur **Mitteilung der Höhe des Kaufpreises** ergeben, **soweit dieser zur Gebührenfestsetzung benötigt wird**. Dabei sei nochmals darauf hingewiesen, dass vorliegend nicht unerhebliche Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der gemeindlichen Gebührensatzung bestehen. Sollte sich diese als rechtswidrig und nichtig erweisen, würde eine Mitwirkungspflicht bei der Gebührenfestsetzung entfallen. Unter gebührenrechtlichen Gesichtspunkten wäre der Kaufpreis daher nicht offenzulegen.

Im Falle einer rechtmäßigen Gebührensatzung mit Obergrenze bestünde u. E. ein Anspruch auf Mitteilung des Kaufpreises zudem nur insoweit, als dies zur Gebührenfestsetzung erforderlich wäre. Ggf. könnte also lediglich die Mitteilung verlangt werden, dass der Kaufpreis so hoch ist, dass er die Festsetzung der Höchstgebühr nach sich zieht.

#### **c) Ergebnis**

Eine Verpflichtung zur Mitteilung des Kaufpreises besteht nach § 28 BauGB jedenfalls dann, wenn das verkaufte Grundstück grundsätzlich ein Vorkaufsrecht der Gemeinde auszulösen geeignet ist und die Gemeinde nur noch darüber zu befinden hat, ob sie vom Vorkaufsrecht Gebrauch machen will. Daneben oder stattdessen kann sich eine Verpflichtung zur Mitteilung des Kaufpreises auch unter

gebührenrechtlichen Gesichtspunkten ergeben. Diese Verpflichtung wird jedoch nur dann bestehen, wenn die Gebührenerhebung nicht – wie möglicherweise vorliegend – mangels rechtmäßiger Gebührensatzung selbst rechtswidrig ist.

## Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

#### **BGB § 1094**

**Wert eines Vorkaufsrechts**

Abruf-Nr.: **114000**

#### **BGB § 1114**

**Löschung einer Grundschuld an nur einem Miteigentumsanteil**

Abruf-Nr.: **117215**

#### **GmbHG §§ 19 Abs. 5, 30, 82 Abs. 1**

**Einlagenrückgewähr; Heilung eines Hin- und Herzhaltens durch Rückzahlung des Darlehens; Cash-Pool; Wiederholung der Darlehensvereinbarung**

Abruf-Nr.: **117850**

#### **BeurkG § 51; ZPO § 851**

**Pfändung des Anspruchs auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung**

Abruf-Nr.: **115588**

## Rechtsprechung

#### **WEG § 16 Abs. 2; ZVG § 10 Abs. 1 Nr. 2**

**Grundsätze der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft; Beitragshaftung eines werdenden Wohnungseigentümers, der erst nach Invollzugsetzung der Gemeinschaft Besitz erwirbt; keine gesamtschuldnerische Haftung; keine Stimmrechtsverdoppelung**

a) Ein Erwerber von Wohnungseigentum, der den Erwerbsvertrag vor Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft abschließt und zu dessen Gunsten eine Auflassungsvormerkung eingetragen wird, ist auch dann als werdender Wohnungseigentümer anzusehen, wenn er den Besitz an der Wohnung erst nach dem Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft erlangt (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 5. Juni 2008 – V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 ff.).

b) Der in dem Grundbuch als Eigentümer eingetragene Veräußerer haftet nicht gesamtschuldnerisch für die Lasten der Wohnung, wenn der Erwerber als werdender Wohnungseigentümer anzusehen ist.

### Problem

Die aufteilende Eigentümerin hatte am 14.7.2004 eine Wohnung nebst Stellplätzen an die Erwerberin 1 verkauft. Die Erwerberin 1 wurde am 19.7.2004 als Vormerkungsberechtigte im Grundbuch eingetragen. Im September 2004 wurde Erwerber 2 als erster unter allen Erwerbern Eigentümer seiner Wohnung, sodass eine **Wohnungseigentümergeinschaft entstand**. Unklar war, ob die Erwerberin 1 den Besitz an der verkauften Wohnung nebst Stellplätzen vor dem September 2004 oder erst danach im Jahre 2006 erlangte. Obwohl die Erwerberin 1 noch keine Eigentümerin war, verklagte die Wohnungseigentümergeinschaft sie u. a. auf Zahlung von Abrechnungsspitzen der Jahre 2007 und 2008 sowie auf Zahlung rückständigen Hausgeldes der Jahre 2009 und 2010.

Bei der Veräußerung von Wohnungseigentum stellt sich im Hinblick auf Stimmrechtsausübung und Kosten- und Lastentragung (§ 16 Abs. 2 WEG) die Frage, ob Veräußerer oder Erwerber die Rechte und Pflichten in der Wohnungseigentümergeinschaft wahrnehmen. Nach der sog. Fälligkeitstheorie ist bei **Beitragschulden gem. § 16 Abs. 2 WEG** grundsätzlich entscheidend, wann die Beiträge entstanden und fällig geworden sind (BGH DNotZ 1990, 371). Fraglich ist jedoch, ob persönlicher Kostenschuldner der Noch-Eigentümer oder der werdende Eigentümer ist.

BGH und h. M. unterscheiden traditionell zwischen dem Erst- und Zweiterwerb von Wohnungseigentum. Während derjenige, der bei bestehender Wohnungseigentümergeinschaft Raumeigentum von einem im Grundbuch eingetragenen Eigentümer erwirbt (**Zweiterwerb**), erst bzgl. der **nach Eigentumserwerb fällig werdenden Beiträge** Schuldner wird, tritt derjenige, der vom Vorratsteiler (§ 8 WEG) in der Gründungsphase erwirbt (**Ersterwerb**), bereits vorzeitig in die Rechte und Pflichten des Veräußerers ein. Voraussetzung ist lediglich, dass ein gültiger Erwerbsvertrag geschlossen wurde, die **Besitzübergabe** bereits erfolgte und eine **Vormerkung** im Grundbuch eingetragen ist.

Zwischen dem ersten werdenden Eigentümer mit gesicherter Erwerbsposition (wirksamer Vertrag, Vormerkung, Besitzübergang) und dem aufteilenden Veräußerer entsteht eine **werdende Wohnungseigentümergeinschaft**. Diese erstarkt mit der ersten Eintragung eines erwerbenden Eigentümers zu einer Wohnungseigentümergeinschaft. Mitglieder dieser in Vollzug gesetzten Wohnungseigentümergeinschaft werden auch sämtliche Erwerber, die zu dem maßgeblichen Zeitpunkt den Besitz an der Wohnung und eine Vormerkung innehatten.

### Entscheidung

In seinem im 1. Ls. zitierten Beschl. v. 5.6.2008 (BGHZ 177, 53 = DNotZ 2008, 930) ließ der V. Zivilsenat offen, ob auch **Erwerber, die zeitlich nach dem Eigentumserwerb des ersten Erwerbers eine Vormerkung und den Besitz an der Wohnung erlangen, vorzeitig berechnete bzw. verpflichtete Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft** werden (BGHZ 177, 53, 61 Tz. 21). Diese Frage **bejaht** der BGH in seiner aktuellen (ebenfalls zur Veröffentlichung in der BGHZ vorgesehenen) Entscheidung nunmehr **ansatzweise**.

Bereits im vorgenannten Beschluss hatte der V. Zivilsenat angedeutet, dass für einen gewissen Zeitraum auch diejenigen Ersterwerber, die eine gesicherte Erwerbsposition (wirksamer Vertrag, Vormerkung, Besitzübergang) erst nach der Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft erlangen, als werdende Wohnungseigentümer vorzeitig Rechte und Pflichten erwerben. Diese Aussage bekräftigt der Senat in der aktuellen Entscheidung. Welche **zeitlichen Grenzen** bei der Anwendung der Grundsätze der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft auf Ersterwerber konkret zu ziehen sind, beantwortet der BGH in seiner Entscheidung allerdings nicht abschließend. In der **Literatur** wurde einerseits vertreten, dass der Erwerber so lange nicht „Zweiterwerber“ sei, wie bei Vertragsschluss die **Rechte wegen etwaiger Mängel des Gemeinschaftseigentums** nach dem Gesetz **noch nicht verjährt** sein können (Wenzel, NZM 2008, 625, 627 f.; BeckOK-WEG/Timme, Stand: 1.4.2012, § 1 Rn. 46). Andere sind der Meinung, dass Erwerber mit einer gesicherten Erwerbsposition **bis zur Veräußerung der letzten Einheit** noch als „Ersterwerber“ vorzeitig in die mitgliedschaftlichen Rechtspositionen eintreten können (Bärmann/Klein, WEG, 11. Aufl. 2010, § 10 Rn. 18; Reymann, ZWE 2009, 233, 241 ff.).

Der **BGH** stimmt nunmehr der **letztgenannten Ansicht unter der Voraussetzung** zu, dass der **Erwerbsvertrag bereits vor der Entstehung** der Wohnungseigentümergeinschaft **abgeschlossen wurde**. Wann die Eigentumsvormerkung in einem solchen Fall zur Eintragung gelangt und der Besitz übergeben wird, sei unerheblich. Somit war auch die Erwerberin 1 trotz ausstehenden Eigentumserwerbs als Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft Beitragschuldnerin, weil der Besitzübergang spätestens 2006 und damit vor Eintritt der Fälligkeit der betreffenden Beitragschulden erfolgte. Wie Fälle zu behandeln sind, in denen der Erwerbsvertrag erst nach Invollzugsetzung der Wohnungseigentümergeinschaft abgeschlossen wird, lässt der BGH offen.

Mit der aktuellen Entscheidung ist gleichsam höchststrichlerlich geklärt, dass der werdende Wohnungseigentümer beim Ersterwerb den veräußernden Noch-Eigentümer aus seiner Rechts- und Pflichtenstellung verdrängt. Eine **gesamtschuldnerische Kostenhaftung scheidet aus**. Vielmehr ist § 16 Abs. 2 WEG auf den Ersterwerber analog anzuwenden und beim Noch-Eigentümer teleologisch zu reduzieren. Der BGH erkennt zwar, dass die Wohnungseigentümergeinschaft infolgedessen wegen Hausgeldforderungen, die im Verhältnis zum Erwerber tituliert sind, nicht in das Wohnungseigentum des Veräußerers vollstrecken kann (vgl. §§ 17 Abs. 1, 146 ZVG). Dieses Dilemma allein rechtfertigt aber keine gesamtschuldnerische Haftung. Denn selbst bei Annahme einer persönlichen (Mit-)Haftung des teilenden Eigentümers wäre eine Zwangsversteigerung gegen den Veräußerer – vorbehaltlich einer etwaigen dinglichen Haftung des Wohnungseigentums gem. § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG – wegen der vorrangigen Vormerkung des Erwerbers wenig aussichtsreich. Einer Zwangsverwaltung stehe der fehlende Eigenbesitz des Veräußerers entgegen.

Korrespondierend zur Kostenhaftung stellt der BGH klar, dass stimmberechtigt allein der werdende Wohnungseigentümer ist. Eine **Verdoppelung des Stimmrechts** sei **abzulehnen**, und zwar unabhängig davon, ob jeweils das Kopf-, das Objekt- oder das Anteilstimmrecht maßgeblich sei.

## EGBGB Art. 15, 25; BGB § 1371

### Pauschale Erhöhung des Ehegattenerbteils um das güterrechtliche Viertel bei Geltung ausländischen Erbrechts

Bei türkischem Erbstatut und deutschem Güterrechtsstatut findet ein Zugewinnausgleich durch Erhöhung der Erbquote des Ehegatten nach § 1371 Abs. 1 BGB nicht statt.

OLG Köln, Beschl. v. 5.8.2011 – 2 Wx 115/11  
Abruf-Nr.: 11036R

Bei deutschem Güterrechtsstatut und iranischem Erbstatut findet der pauschalierte Zugewinnausgleich statt. Das gilt auch dann, wenn die Erbquote der Witwe wegen des *ordre public* erhöht wird.

OLG München, Beschl. v. 16.4.2012 – 31 Wx 45/12  
Abruf-Nr.: 11037R

#### Problem

In dem vom **OLG Köln** zu entscheidenden Fall war der Erblasser türkischer Staatsangehöriger. Er verstarb im Jahre 2009, ohne eine letztwillige Verfügung errichtet zu haben. Als nächste Angehörige hinterließ er eine Ehefrau aus zweiter Ehe und zwei Töchter aus erster Ehe. In seinem Nachlass befinden sich zwei Eigentumswohnungen, die in Deutschland belegen sind, sowie sonstiges bewegliches Vermögen. Die Witwe beantragte einen gemeinschaftlichen, auf den im Inland befindlichen Nachlass beschränkten Erbschein, der sie zu 1/2 und die beiden Töchter zu je 1/4 als Erben ausweist.

Das Nachlassgericht erteilte den beantragten Erbschein. Zur Bestimmung des Erbstatuts geht es von § 14 der Anlage zu Art. 20 des Konsularvertrags zwischen dem Deutschen Reich und der Türkischen Republik vom 28.5.1929 (RGBl. 1930 II, S. 747) aus. Daher vererbe sich das in Deutschland belegene unbewegliche Vermögen – im vorliegenden Fall also die Eigentumswohnungen – nach deutschem Recht. Für das bewegliche Vermögen gelte türkisches Erbrecht (**Nachlassspaltung**). Die Nachlassspaltung führe dazu, dass für die beiden Nachlassmassen die gesetzliche Erbquote separat zu bestimmen sei.

Für den **unbeweglichen Nachlass** wendet das Gericht § 1931 Abs. 1 S. 1 BGB an. Das Ehegattenviertel nach § 1931 Abs. 1 S. 1 BGB sei gem. § 1371 Abs. 1 BGB um ein weiteres Viertel zu erhöhen, da der Erblasser mit seiner Ehefrau im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft deutschen Rechts gelebt habe. Das Gericht verweist zur Bestimmung des Güterstatuts auf Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Ziff. 2 EGBGB und den gewöhnlichen Aufenthalt der Eheleute bei Eheschließung. Welche Staatsangehörigkeit die Eheleute bei Eheschließung hatten, ergibt sich zwar aus dem Sachverhalt nicht. Vermutlich aber war die Ehefrau damals nicht türkische Staatsangehörige, denn ansonsten wäre eine Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt bei Eheschließung ausgeschlossen. Für das **bewegliche Vermögen** war die Ehegattenerbquote **nach dem türkischen Recht** zu bestimmen. Art. 499 Ziff. 1 türk. ZGB sieht für den überlebenden Ehegatten ebenfalls eine gesetzliche Quote i. H. v. einem Viertel vor, wenn der Erblasser Abkömmlinge hinterlassen hat. Das Amtsgericht hat daher auch insoweit die gesetzliche Erbquote der Ehefrau gem. § 1371 Abs. 1 BGB auf 1/2 erhöht.

Die beiden Töchter legten gegen den Erbschein Beschwerde ein und beantragten, den gemeinschaftlichen Erbschein aufzuheben und entsprechend dem türkischen Erbrecht neu zu erteilen (Quoten: Mutter 1/4, Töchter je 3/8).

#### Entscheidung

Zunächst bekräftigt das OLG Köln, dass **aufgrund der Nachlassspaltung** im vorliegenden Fall **zwei Erbscheine zu erteilen** seien – auch wenn diese in einer einzigen Urkunde zusammengefasst werden können. Der vom Amtsgericht ausgestellte Erbschein, der eine einheitliche Quote vorsah, war mithin schon aus diesem Grunde als unrichtig einzuziehen.

Für den Erfolg der Beschwerde im Hinblick auf die Erbquote war entscheidend, ob eine **Erhöhung des gesetzlichen Erbteils gem. § 1371 Abs. 1 BGB** auch dann in Betracht kommt, **wenn** nicht deutsches, sondern **ausländisches Recht Erbstatut** ist. Diese Frage ist in Rechtsprechung und Lehre seit Langem umstritten.

Die **Literatur** qualifiziert die pauschale Erhöhung des gesetzlichen Ehegattenviertels als güterrechtliche Frage. § 1371 Abs. 1 BGB komme immer dann zum Zuge, wenn die Eheleute im gesetzlichen Güterstand deutschen Rechts und damit in Zugewinnngemeinschaft gelebt haben. Ob deutsches oder ausländisches Recht Erbstatut ist, sei nicht entscheidend. Sich durch die Kombination der vom ausländischen Erbrecht vorgesehenen Ehegattenerbquote mit dem „güterrechtlichen Viertel“ ergebende übermäßige Erbquoten seien ggf. im Wege der Anpassung zu korrigieren (sog. **güterrechtliche Qualifikation**, z. B. Staudinger/Dörner, BGB, Neubearb. 2007, Art. 25 EGBGB Rn. 156; Palandt/Thorn, BGB, 71. Aufl. 2012, Art. 15 EGBGB Rn. 26; Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 45 IV 2, S. 353; Staudinger/Mankowski, Neubearb. 2011, Art. 15 EGBGB Rn. 342; Mörsdorf-Schulte, in: Bamberger/Roth, 3. Aufl. 2012, Art. 15 EGBGB Rn. 47; NK-BGB/Sieghörtner, 2. Aufl. 2012, Art. 15 EGBGB Rn. 94; Lange, ZEV 2012, 207; einschränkend: MünchKommBGB/Siehr, 5. Aufl. 2010, Art. 15 EGBGB Rn. 117).

Die **Rechtsprechung** war zunächst geteilter Auffassung. Einige ältere OLG-Entscheidungen favorisierten ebenfalls die güterrechtliche Qualifikation (OLG Karlsruhe NJW 1990, 1420; OLG Hamm IPRspr. 1995, Nr. 119; LG Mosbach ZEV 1998, 490). Seit 2005 befürworten allerdings immer mehr Oberlandesgerichte die sog. **erbrechtliche Qualifikation**. Nach dieser Auffassung kommt § 1371 Abs. 1 BGB nur bei Geltung deutschen Erbrechts zum Zuge. Weitere Voraussetzung für die Erhöhung des Erbteils sei, dass für die Eheleute der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft deutschen Rechts gelte („Doppelqualifikation“, z. B. OLG Stuttgart DNotZ 2005, 632; OLG Frankfurt ZEV 2010, 253 = notar 2010, 342 m. Anm. Odersky; OLG Düsseldorf RNotZ 2009, 247 = NJW-RR 2009, 732; aus der Literatur seit Langem schon: Schotten/Schmellenkamp, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, Rn. 284 ff.).

Das **OLG Köln** folgt den neueren Entscheidungen und **der erbrechtlichen Qualifikation**. Es weist darauf hin, dass es zwar Zielsetzung des § 1371 Abs. 1 BGB sei, den Zugewinnausgleich des überlebenden Ehegatten zu verwirklichen. Dies spreche für eine güterrechtliche Einordnung der Vorschrift. Wegen der Auswirkungen auf die Erbquote müssten der Anwendung der Vorschrift aber dort Grenzen

gesetzt sein, wo die Erbquote durch ausländisches Recht bestimmt werde. Die Höhe der Ehegattenerbquote werde abschließend durch das Erbstatut festgelegt. Wegen der Geltung türkischen Erbrechts für den beweglichen Nachlass komme daher das **güterrechtliche Viertel gem. § 1371 Abs. 1 BGB nur für den deutschen Erbstatut unterliegenden Immobiliennachlass** in Betracht. In Bezug auf das bewegliche Vermögen sei der Zugewinnausgleich auf güterrechtlichem Wege bzw. als pauschalierter schuldrechtlicher Ausgleich (Bezugnahme auf Ludwig, DNotZ 2005, 586, 592) durchzuführen.

Die Entscheidung des OLG Köln ist insoweit zu begrüßen, als sich nunmehr in der Rechtsprechung eine dogmatisch saubere, einheitliche Linie bei der Beurteilung dieser praxisrelevanten Streitfrage abzeichnet. Die erbrechtliche Qualifikation vermeidet darüber hinaus auch Probleme bei der Anwendung der künftigen Erbrechtsverordnung. In der Literatur wird bereits von einigen Anhängern der güterrechtlichen Qualifikation die Ansicht vertreten, die Aufnahme des güterrechtlichen Viertels in das Europäische Nachlasszeugnis sei wegen der Beschränkung der EU-ErbVO auf das Erbrecht ausgeschlossen (z. B. Dörner, ZEV 2010, 221, 228).

Die Entscheidung des **OLG München**, das unter Verweis auf die „inzwischen herrschende Meinung“ für die **güterrechtliche Qualifikation** plädiert, fällt aus der sich vereinheitlichenden Rechtsprechung heraus. Freilich werden die jüngeren obergerichtlichen Entscheidungen darin nur partiell ausgewertet. Es bleibt zu hoffen, dass in einem der beiden Verfahren die zugelassene Rechtsbeschwerde genutzt und die Frage einer höchstrichterlichen Klärung durchgeführt wird.

---

## **BGB §§ 1093, 428 Gemeinschaftliches Wohnungsrecht für Eigentümer und Dritten**

**Ein gemeinschaftliches Wohnungsrecht kann für einen Dritten und den derzeitigen Eigentümer als Gesamtberechtigte gem. § 428 BGB bestellt werden. Ein berechtigtes Interesse an der Bestellung eines Wohnungsrechts am eigenen Grundstück ist nicht nachzuweisen.** (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG München, Beschl. v. 9.5.2012 – 34 Wx 448/11  
Abruf-Nr.: **11038R**

### **Problem**

Der Eigentümer eines Wohnungseigentums bestellte mit notarieller Urkunde ein Wohnungsrecht für seine Ehefrau sowie für sich selbst als Gesamtgläubiger gem. § 428 BGB unter ausdrücklichem Ausschluss des Eigentümers. Das Grundbuchamt wies den Eintragungsantrag zurück, da der Inhalt des einzutragenden Rechts nicht eintragungsfähig sei. Wesentliches Merkmal des Wohnungsrechts sei nämlich der Ausschluss des Eigentümers von der Benutzung im Umfang der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1093 Abs. 1 S. 1 BGB). Ein besonderes schutzwürdiges Interesse an der Bestellung eines Eigentümerrechts liege bei einer lediglich abstrakten Veräußerungsabsicht nicht vor.

Der Urkundsnotar legte gegen die Entscheidung des Grundbuchamts Beschwerde ein. Ergänzend zur Bewilligung

wurde die beglaubigte Abschrift einer Erklärung des Eigentümers vorgelegt, dass er in absehbarer Zeit beabsichtige, das Eigentum auf seine Ehefrau zu übertragen. Das Grundbuchamt half der Beschwerde nicht ab und wies darauf hin, dass sich aus den vorgelegten Erklärungen der Wille zur gemeinschaftlichen Nutzung des Objekts ergebe, was im Widerspruch zum zwingenden Ausschluss des Eigentümers von der Nutzung stehe.

### **Entscheidung**

Das OLG München bejaht hingegen die Eintragungsfähigkeit des bewilligten Wohnungsrechts, weil die Eintragung eines Wohnungsrechts für den Eigentümer und einen Dritten als Gesamtberechtigte i. S. v. § 428 BGB dem gesetzlich zwingenden Inhalt des § 1093 BGB nicht widerspreche. Die **Bestellung von Eigentümerrechten sei grundsätzlich zulässig** (vgl. § 889 BGB). Dem stehe nicht entgegen, dass § 1093 Abs. 1 S. 1 BGB den Ausschluss des Eigentümers als Rechtsinhalt des Wohnungsrechts voraussetze, da die zunächst bestehende Personenidentität jederzeit beseitigt werden könne. Ebenso sei die **Eintragung eines gemeinschaftlichen Wohnungsrechts für mehrere Personen zulässig** (vgl. BGHZ 46, 253).

Unter dieser Prämisse sei kein Grund ersichtlich, weshalb nicht auch ein gemeinschaftliches Wohnungsrecht für den Eigentümer und einen Dritten als Gesamtberechtigte bestellt werden könne (offenlassend noch BayObLGZ 1991, 431, 434 = DNotZ 1992, 366). Hiermit stehe der zwingende Ausschluss des Eigentümers als Rechtsinhalt des Wohnungsrechts nicht im Widerspruch, denn die **Mitberechtigung des Eigentümers entfalte ihre Wirkung erst im Falle der Rechtsnachfolge**. Sind die beiden Mitberechtigten Gesamtberechtigte nach § 428 BGB, könne die Ehefrau für die Zeit des Eigentums des Ehegatten gem. § 428 S. 1 BGB die ganze Leistung für sich fordern. Eine Mitbenutzung der Wohnung durch den Ehemann erfolge in diesem Zeitraum nicht aus eigenem Recht, sondern werde ihm durch seine Ehefrau ermöglicht (vgl. § 1093 Abs. 2 BGB). Nach der anvisierten Veräußerung des Wohnungseigentums an die Ehefrau kehre sich dieses Verhältnis um.

Im Übrigen verweist das OLG München darauf, dass **kein** besonderes Bedürfnis oder **berechtigtes Interesse an der Bestellung eines Wohnungsrechts am eigenen Grundstück nachzuweisen** sei (vgl. BGH DNotZ 2012, 137 = DNotI-Report 2011, 152 zum Eigentümerneißbrauch sowie bereits OLG München NotBZ 2011, 449 = RNotZ 2012, 44 = DNotI-Report 2011, 172 zur Eigentümerdienstbarkeit).

---

## **InsO §§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 24 Abs. 1, 81 Abs. 1, 91**

**Keine Verhinderung des Verfügungserfolgs bei Verfügungshandlung vor Eingreifen der Verfügungsbeschränkung**

**Ist die dingliche Einigung erfolgt und der Eintragungsantrag gestellt, hindert die Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts nicht den Eintritt des Verfügungserfolgs.**

BGH, Urt. v. 26.4.2012 – IX ZR 136/11  
Abruf-Nr.: **11039R**

### Problem

Die spätere Insolvenzschriftschuldnerin belastete ein ihr zuvor bestelltes, jedoch noch nicht eingetragenes Erbbaurecht mit einer Grundschriftschuld. Nachdem die Eintragung des Erbbaurechts und der Grundschriftschuld beim Grundbuchamt beantragt worden war, wurde ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt und es wurde angeordnet, dass Verfügungen über das Vermögen der Schriftschuldnerin nur mit Zustimmung des vorläufigen Verwalters wirksam sind (§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Var. 2 InsO). Kurz darauf legte das Grundbuchamt das Erbbaurecht an und trug die Grundschriftschuld ein.

Der klagende Insolvenzverwalter verlangt nunmehr im Wege der Grundbuchberichtigung, hilfsweise im Wege der Insolvenzanfechtung, die Bewilligung der Löschung der Grundschriftschuld.

### Entscheidung

Nach Auffassung des IX. Zivilsenats ist die Beklagte trotz zwischenzeitlich wirksam gewordener Verfügungsbeschränkung Inhaberin der Grundschriftschuld geworden, eine Unrichtigkeit des Grundbuchs dementsprechend zu verneinen. Da sich die Wirkungen einer nach § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 InsO angeordneten Verfügungsbeschränkung nach den §§ 24 Abs. 1, 81, 82 InsO richten, stellte sich für den BGH die Frage, ob die Vorschrift des **§ 81 Abs. 1 S. 1 InsO** nur die **Verfügungshandlungen des Schriftschuldners** erfasst oder ob zum Zeitpunkt der Anordnung der Verfügungsbeschränkung auch bereits der **Leistungserfolg** (Grundbucheintragung) vorgelegen haben muss.

Der **Senat entscheidet im ersteren Sinne** und begründet dies zunächst mit dem **Wortlaut** der Norm, der nicht auf das Substantiv „Verfügung“ abstellt, das regelmäßig auch den Leistungserfolg umfasst, sondern stattdessen eine Handlung des Schriftschuldners beschreibt („*Hat der Schriftschuldner... verfügt*“). Damit liegt er auf einer Linie mit vorangegangenen Entscheidungen, in denen er angenommen hatte, ein nach erfolgter Forderungsabtretung angeordneter Zustimmungsvorbehalt nach § 81 InsO hindere nicht den Rechtsenerwerb, obwohl die Rechtswirksamkeit der Abtretung noch vom Eintritt einer Bedingung abhing (vgl. BGH DNotZ 2010, 370). Des Weiteren argumentiert der BGH **rechts-historisch** und nimmt Bezug darauf, dass der in § 7 Abs. 1 KO enthaltene Begriff der „Rechtshandlung“ in § 81 Abs. 1 InsO durch denjenigen der „Verfügung“ ersetzt wurde. Aus der hinzugezogenen amtlichen Begründung entnimmt der Senat die Intention einer Abgrenzung zu den §§ 38 und 91 InsO, während eine Erweiterung auf den von der Verfügungshandlung des Schriftschuldners unabhängigen Leistungserfolg durch die Neufassung nicht herbeigeführt werden sollte. Dies zeige sich auch darin, dass weder § 7 KO noch § 81 Abs. 1 S. 1 InsO auf § 878 BGB verweise und die der letztgenannten Vorschrift zugrunde liegende Sachverhaltskonstellation daher nicht unter § 81 Abs. 1 S. 1 InsO gefasst werden könne. Schließlich ergebe sich die Begrenzung der aus der Anordnung vorläufiger Maßnahmen resultierenden Verfügungsbeschränkungen auf Verfügungshandlungen nach **Sinn und Zweck** auch daraus, dass anderenfalls die Wirkungen einer Verfügungsbeschränkung im Eröffnungsverfahren weiter reichten als nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und damit nach Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter (§ 80 InsO). Denn nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens findet die Vorschrift des § 878 BGB über die Verweisung in § 91 Abs. 2 InsO entsprechende Anwendung und schützt den Erwerber eines eintragungspflichtigen dinglichen Rechts vor

---

---

---

**Postvertriebsstück: B 08129**

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg  
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

---

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**www.dnoti.de.**

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19  
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225  
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: www.dnoti.de

**Hinweis:**

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

**Verantwortlicher Schriftleiter:**

Notar a. D. Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Bezugsbedingungen:**

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden.  
Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

**Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle  
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg