

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

25. Jahrgang
Juli 2017
ISSN 1434-3460

14/2017

mit Informationsbeilage NotRV

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 705, 709, 714, 730 – Auflösung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter; Geschäftsführung und Vertretung bei der Abwicklungsgesellschaft; Übertragung der Geschäftsführung und Vertretung bei der Abwicklungsgesellschaft auf einzelne Gesellschafter durch Mehrheitsbeschluss

BGB §§ 428, 1030, 1059 S. 2, 1365 – Überlassung der Ausübung eines Nießbrauchs an den Grundstückseigentümer; Überlassung eines mehreren Personen gemeinschaftlich zustehenden Nießbrauchs durch nur einen Berechtigten (anteilige Ausübungsüberlassung)

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 2205, 2211, 2214, 2216 Abs. 2, 2217; FamFG § 168 – Behindertentestament: Pflichtwidrige Freigabe von Gegenständen durch Testamentsvollstrecker lässt Mittellosigkeit unberührt

Aktuelles

Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 705, 709, 714, 730

Auflösung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter; Geschäftsführung und Vertretung bei der Abwicklungsgesellschaft; Übertragung der Geschäftsführung und Vertretung bei der Abwicklungsgesellschaft auf einzelne Gesellschafter durch Mehrheitsbeschluss

I. Sachverhalt

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) ist als Eigentümerin eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Gesellschafter sind A, B und C. A ist zu 75 % beteiligt, B und C sind jeweils zu 12,5 % beteiligt. A ist allein zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt.

Nach dem Gesellschaftsvertrag können die Gesellschafter mit einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit u. a. die Änderung des Gesellschaftsvertrags und die Auflösung der Gesellschaft beschließen. Das Stimmrecht der Gesellschafter richtet sich nach Kapitalanteilen (vgl. § 709 Abs. 2 BGB). Die

ordentliche Kündigung des Gesellschaftsvertrags ist ausgeschlossen bis 2019. Der auch in eigenen Angelegenheiten stimmberechtigte A beraumt eine Gesellschafterversammlung an und führt mit seinen Stimmen Beschlüsse über die Auflösung der Gesellschaft und über seine Bestellung zum Liquidator herbei. B und C stimmen den Beschlüssen nicht zu.

A möchte nun allein das Grundstück der GbR veräußern.

II. Frage

Kann A allein das Grundstück der GbR veräußern?

III. Zur Rechtslage

1. Auflösung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch Gesellschafterbeschluss

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) kann nicht nur aufgrund der Auflösungsstatbestände der §§ 723 ff. BGB aufgelöst werden, sondern auch durch Gesellschafterbeschluss. Dazu bedarf es allerdings **grundsätzlich einer einstimmigen Entscheidung**, denn die Auflösung ändert den Gesellschaftszweck und stellt damit eine Änderung des Gesellschaftsvertrags dar, wie sie bei Personengesellschaften grundsätzlich nur im Einvernehmen aller Gesellschafter möglich ist (Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl. 2017, Vor § 723 Rn. 1 i. V. m. § 705 Rn. 15). Unterwirft der **Gesellschaftsvertrag** die Vertragsänderung hingegen der **Mehrheitsentscheidung**, so kann er auch durch Mehrheitsbeschluss geändert

werden (vgl. MünchKommBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, Vor § 723 Rn. 18 f.; Palandt/Sprau, § 705 Rn. 16a).

Laut Sachverhalt ist im GbR-Gesellschaftsvertrag die Auflösung der Gesellschaft durch Mehrheitsbeschluss ausdrücklich vorgesehen. Zwar wurde die Auflösung der Gesellschaft von der früheren Rechtsprechung zum **Kernbereich der Mitgliedschaft** gezählt (vgl. MünchKommBGB/Schäfer, § 709 Rn. 93, § 723 Rn. 18), sodass ein Eingriff nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters möglich war. Eine solche Zustimmung konnte allerdings bereits vorab erklärt werden und sollte insbesondere in einer gesellschaftsvertraglichen Mehrheitsklausel liegen, sofern diese einen Eingriff in den Kernbereich eindeutig zuließ und zugleich Art und Ausmaß des Eingriffs exakt erkennen ließ (siehe BGH NJW 1995, 194, 195 = DNotZ 1995, 214).

Mittlerweile hat sich der **BGH** (NJW 2015, 859 = DNotZ 2015, 65 = DNotI-Report 2014, 166) zumindest sprachlich von der Kernbereichslehre gelöst. Der Gesellschafterbeschluss soll vielmehr einer **zweistufigen Kontrolle** unterworfen sein: Auf der ersten Stufe bedarf es laut BGH einer **formellen Legitimation der Mehrheitsentscheidung** im Gesellschaftsvertrag. Diese kann sich auch im Wege der Auslegung ergeben und erfordert keine katalogartige Aufzählung der von der Mehrheitsentscheidung erfassten Beschlussgegenstände (NJW 2015, 859, 861 f. Tz. 14 f.); der sog. Bestimmtheitsgrundsatz spielt also keine Rolle mehr. Inwieweit ein formell wirksamer Beschluss für den einzelnen Gesellschafter letztlich verbindlich ist, beantwortet sich erst nach einer **Prüfung der materiellen Beschlusswirksamkeit** auf der zweiten Stufe. Dabei will der BGH aber nicht mehr darauf abstellen, ob der Beschluss in den „Kernbereich“ eingreift. Abgesehen von unverzichtbaren und schon deshalb unentziehbaren Rechten soll es bei Eingriffen in die individuelle Rechtsstellung maßgeblich darauf ankommen, ob der Eingriff im Interesse der Gesellschaft geboten und dem betroffenen Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen schützenswerten Belange zumutbar ist (NJW 2015, 859, 862 f. Tz. 16 ff.). Die neue Rechtsprechung lässt indes besondere Zustimmungserfordernisse wie das **Zustimmungserfordernis** bei einer Zweckänderung unberührt. Demzufolge soll auch weiterhin bei der Auflösung die Zustimmung jedes Gesellschafters erforderlich sein (MünchKommBGB/Schäfer, § 709 Rn. 93). Auch diese Zustimmung kann allerdings antizipiert im Gesellschaftsvertrag erklärt werden, wenn der Gesellschafter die Entscheidung über die Auflösung an die Mehrheit der Gesellschafter delegiert.

Da die vorliegende **Mehrheitsklausel** die **Auflösung** der Gesellschaft **ausdrücklich umfasst** und Art und Ausmaß des damit verbundenen Eingriffs angesichts der gesetzlichen Regelungen über Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft klar umrissen sind, konnte u. E. eine Auflösung sowohl im Lichte der früheren Kernbereichslehre als auch nach dem Maßstab der neueren BGH-Rechtsprechung mehrheitlich beschlossen werden.

Der **Ausschluss der ordentlichen Kündigung des Gesellschaftsvertrags** bis 2019 steht der Wirksamkeit des Auflösungsbeschlusses aus unserer Sicht nicht von vornherein entgegen. Zwar führt auch die Kündigung nach § 723 BGB zur Auflösung der Gesellschaft, die dann nach Maßgabe der §§ 730 ff. BGB abzuwickeln ist (vgl. MünchKommBGB/

Schäfer, § 723 Rn. 19). Im Einzelfall kann es aber durchaus den Interessen der Gesellschafter entsprechen, die ordentliche Kündigung auszuschließen und doch zugleich die Auflösung durch Mehrheitsbeschluss zuzulassen. Letztlich bleibt es eine Auslegungsfrage, ob der befristete Ausschluss der ordentlichen Kündigung für diesen Zeitraum auch eine Auflösung durch Mehrheitsbeschluss ausschließt. Diese Frage soll hier nicht entschieden werden. Im Folgenden setzen wir voraus, dass die Auflösung durch Mehrheitsbeschluss möglich gewesen ist.

2. Rechtsfolgen der Auflösung, insbes. Geschäftsführung und Vertretung bei der Abwicklungsgesellschaft

a) Rechtsfolgen der Auflösung einer GbR

Sofern die GbR über Gesellschaftsvermögen verfügt, hat die Auflösung nicht deren sofortige Vollbeendigung zur Folge. Vielmehr sind nach § 730 Abs. 2 S. 1 und Abs. 1 BGB die **Rechtsbeziehungen** der GbR zu Dritten **abzuwickeln** und ist daran anschließend das verbleibende Gesellschaftsvermögen unter den Gesellschaftern zu verteilen (vgl. Henssler/Strohn/Kilian, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 730 BGB Rn. 3; Palandt/Sprau, Vor § 723 Rn. 2). Bis dahin besteht die GbR als Liquidationsgesellschaft fort, deren Zweck nun auf Auseinandersetzung gerichtet ist (siehe BGH DNotZ 2016, 368, 369 f. Tz. 12).

b) Gesetzlich vorgesehene Geschäftsführung und Vertretung bei der Abwicklungsgesellschaft

Nach § 730 Abs. 2 S. 2 BGB führt die Auflösung vorbehaltlich des § 729 BGB allerdings zum Erlöschen einer gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Einzelgeschäftsführungsbefugnis, sodass die Geschäftsführung nunmehr grundsätzlich **allen Gesellschaftern gemeinsam** zusteht und diese damit nach § 714 BGB auch nur gemeinschaftlich vertretungsberechtigt sind (Henssler/Strohn/Kilian, § 730 BGB Rn. 9; Palandt/Sprau, § 730 Rn. 3). Nach den gesetzlichen Bestimmungen ist A daher nicht mehr zur alleinigen Veräußerung des Grundstücks der GbR befugt. Jedoch kann der Gesellschaftsvertrag es anders regeln (vgl. § 730 Abs. 2 S. 2 BGB) und im Auflösungsstadium einzelne Gesellschafter als Liquidatoren zur Geschäftsführung und Vertretung ermächtigen. Eine solche Regelung können die Gesellschafter zudem durch Beschluss treffen (BGH NJW 2011, 3087, 3088 Tz. 12). Die automatische Berufung des ehemaligen Geschäftsführers zum Liquidator analog § 265 Abs. 1 AktG und § 66 Abs. 1 GmbHG kommt nach Ansicht des BGH hingegen nur ausnahmsweise bei körperlich strukturierten Personengesellschaften in Betracht (NJW 2011, 3087, 3089 Tz. 18 ff.).

c) Vorliegend: abweichende Regelung durch Gesellschaftsvertrag?

Eine ausdrückliche Regelung, dass nur einzelne Gesellschafter Liquidator werden sollen, sieht der GbR-Gesellschaftsvertrag offenbar nicht vor. Anhaltspunkte für eine entsprechende **ergänzende Auslegung des Gesellschaftsvertrags** liefert der Sachverhalt nicht (zur Möglichkeit einer solchen ergänzenden Vertragsauslegung BGH NJW 2011, 3087, 3088 f. Tz. 16 f.). Insbesondere ist u. E. **keine Auslegungsregel** anzuerkennen, dass der allein zur Geschäftsführung und Vertretung befugte Gesellschafter stets auch alleiniger Liquidator sein soll. Denn dies liefe letztlich auf eine regelmäßige analoge Anwendung von § 265 Abs. 1 AktG und § 66 Abs. 1 GmbHG hin-

aus, die der BGH für nicht körperschaftlich strukturierte Personengesellschaften aber gerade ablehnt (NJW 2011, 3087, 3089 Tz. 18 ff.).

d) Abweichende Regelung durch Gesellschafterbeschluss

Auch wenn der Gesellschaftsvertrag zur Person des Liquidators schweigt, können die Gesellschafter jedenfalls durch **einstimmigen Beschluss** einen einzelnen Gesellschafter zum Liquidator bestellen (BGH NJW 2011, 3087, 3088 Tz. 12; MünchKommBGB/Schäfer, § 730 Rn. 46). Durch Mehrheitsbeschluss soll eine solche Regelung hingegen nur dann möglich sein, wenn der Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Mehrheitsklausel enthält (OLG Naumburg NZG 2012, 1259, 1260; MünchKommBGB/Schäfer, § 730 Rn. 46). Dazu bedarf es einer Regelung im Gesellschaftsvertrag, die hinreichend klar auch die Bestellung nur einzelner Gesellschafter zu Liquidatoren der Mehrheitsentscheidung unterwirft. Eine **allgemeine Mehrheitsklausel** wird insoweit **nicht** für **ausreichend** gehalten, weil im Abwicklungsstadium Entscheidungen von erheblicher Tragweite zu fällen seien, an denen mitzuwirken ein elementares Recht jedes Gesellschafters sei (so OLG Naumburg NZG 2012, 1259, 1260).

Zugrunde liegt letztlich die Erwägung, dass Entscheidungen über das Geschäftsführungsrecht den Kernbereich der Mitgliedschaft im Sinne der früheren Rechtsprechung betreffen (so ausdrücklich BGH NJW 1995, 194, 195; ebenso MünchKommBGB/Schäfer, § 709 Rn. 93); ein Eingriff in diesen Bereich setze zumindest ein im Gesellschaftsvertrag vorweggenommenes Einverständnis des betroffenen Gesellschafters voraus. Ein derart „**antizipiertes Einverständnis**“ sollte in einer gesellschaftsvertraglichen Mehrheitsklausel aber nur dann enthalten sein, wenn sie sich eindeutig auf einen solchen Eingriff bezog und Art und Ausmaß des Eingriffs exakt erkennen ließ (MünchKommBGB/Schäfer, § 709 Rn. 92). Auch **vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung des BGH** ist u. E. davon auszugehen, dass keine völlig anderen Maßstäbe anzulegen sind und es für Mehrheitsentscheidungen über das Geschäftsführungsrecht weiterhin grundsätzlich der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters bedarf, sofern nicht ausnahmsweise ein wichtiger Grund den Entzug des Geschäftsführungsrechts rechtfertigt. Im Interesse der Gesellschaft ist die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis nur einzelner Gesellschafter nämlich zumeist nicht geboten, während damit andererseits regelmäßig die schützenswerten Belange der übrigen, von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter treupflichtwidrig beeinträchtigt werden. Demgemäß wird in der Literatur vertreten, dass **Einschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis** auch vor dem Hintergrund der neuen BGH-Rechtsprechung **zumeist nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters** möglich sind; es handele sich nämlich um ein relativ unentziehbares Gesellschafterrecht (vgl. Schiffer, BB 2015, 584, 586; BeckOK-BGB/Schöne, Std.: 1.2.2017, § 709 Rn. 38b).

Der Sachverhalt liefert keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesellschaftsvertrag ein vorweggenommenes Einverständnis der übrigen Gesellschafter mit der Bestellung von A zum alleinigen Liquidator enthält. Insbesondere ergibt sich ein solches Einverständnis nicht aus der Mehrheitsklausel, da diese die Bestellung zum Liquidator nicht konkret nennt. Unseres Erachtens konnte A demnach nicht durch Mehrheitsbeschluss zum alleinigen Liquidator be-

stellt werden. Es verbleibt somit bei der gesetzlichen Bestimmung nach § 730 Abs. 2 S. 2 BGB und der dort vorgesehenen gemeinschaftlichen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis aller Gesellschafter für die Abwicklungsgesellschaft.

3. Ergebnis

Nach § 730 Abs. 2 S. 2 BGB steht die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis von der Auflösung der GbR an allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Gesellschaftsvertragliche Befugnisse zur alleinigen Geschäftsführung und Vertretung erlöschen damit. Eine von § 730 Abs. 2 S. 2 BGB abweichende Bestimmung sieht der Gesellschaftsvertrag nicht vor. Durch Mehrheitsbeschluss konnte A nicht zum alleinigen Liquidator bestellt werden, da diese Entscheidung in relativ unentziehbare Mitgliedschaftsrechte der übrigen Gesellschafter eingreift und diese dem Eingriff nicht zugestimmt haben. Insbesondere enthält der Gesellschaftsvertrag insoweit keine vorweggenommene Zustimmung der übrigen Gesellschafter. Da die GbR somit nach § 730 Abs. 2 S. 2 BGB nur durch alle Gesellschafter gemeinschaftlich vertreten werden kann, kommt eine Veräußerung des GbR-Grundstücks aufgrund einer Vertretung allein durch A u. E. nicht in Betracht.

BGB §§ 428, 1030, 1059 S. 2, 1365 Überlassung der Ausübung eines Nießbrauchs an den Grundstückseigentümer; Überlassung eines mehreren Personen gemeinschaftlich zustehenden Nießbrauchs durch nur einen Berechtigten (anteilige Ausübungsüberlassung)

I. Sachverhalt

Mit Übertragungsvertrag vom 1.8.2002 haben die Eheleute R ihren Grundbesitz auf ihre Tochter S übertragen. Die Eheleute R haben sich hierbei ein Nießbrauchsrecht auf Lebenszeit in der Weise vorbehalten, dass ihnen das Recht als Gesamtberechtigten gem. § 428 BGB zusteht. Die Überlassung der Ausübung ist nicht ausgeschlossen.

Nunmehr beabsichtigt Frau R, die Ausübung ihres „Anteils“ am Nießbrauch gem. § 1059 S. 2 BGB ihrer Tochter S zu überlassen.

II. Fragen

1. Kann die Ausübung des Nießbrauchsrechts dem Eigentümer des nießbrauchsbelasteten Grundstücks überlassen werden?

2. Kann die Ausübung des Nießbrauchsrechts von nur einem der Gesamtberechtigten gem. § 428 BGB überlassen werden?

3. Ist die Mitwirkung des Herrn R als weiterer Gesamtberechtigter des Nießbrauchs zur Überlassung der Ausübung erforderlich?

III. Zur Rechtslage

1. Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs an den Grundstückseigentümer

Nach § 1059 S. 2 BGB kann die Ausübung des Nießbrauchs einem anderen überlassen werden. In seiner Ent-

scheidung vom 20.10.1989 (V ZR 341/87, DNotZ 1990, 502, 505) weist der BGH darauf hin, dass der der Ausübungüberlassung zugrunde liegende Schuldgrund (*causa*) in unterschiedlichen Rechtsgeschäften bestehen kann. Die Überlassung der Ausübung charakterisiert das Gericht sodann wie folgt (Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„... die Überlassung zur Ausübung kann ihre Grundlage in den verschiedensten Kausalgeschäften wie Kauf, Schenkung usw. haben. Mit der Überlassung zur Ausübung **verpflichtet sich der Nießbraucher, die Geltendmachung der aus dem Nießbrauch fließenden Ansprüche durch den Ausübungsberechtigten zu dulden**. Auch wenn er selbst noch Inhaber des Stammrechts bleibt, so ist im Verhältnis zum Ausübenden nicht mehr er, sondern dieser zur Ziehung der Nutzungen berechtigt.“

Dem Ausübungsberechtigten steht somit „nur“ ein **schuldrechtlicher Anspruch auf Duldung der Ausübung** gegenüber dem Nießbraucher zu, nicht jedoch das dingliche Recht selbst (so bereits BGH NJW 1971, 422; vgl. auch MünchKommBGB/Pohlmann, 7. Aufl. 2017, § 1059 Rn. 7 m. w. N.).

Die Überlassung der Ausübung ist allerdings von einer Verfügung über den Nießbrauch als solchen abzugrenzen. Im vorliegenden Fall drängt sich die Frage auf, ob in der vermeintlichen Ausübungüberlassung nicht letztlich eine Aufgabe des Nießbrauchsrechts (als Stammrecht) zu sehen ist.

Nach ganz h. M. ist eine Ausübungüberlassung dadurch gekennzeichnet, dass die Rechtsbeziehungen zwischen dem Eigentümer und dem Nießbrauchsberechtigten fortbestehen und nicht durch Rechtsbeziehungen zwischen dem Eigentümer und dem Ausübungsberechtigten ersetzt werden (vgl. BeckOK-BGB/Wegmann, Std.: 1.2.2017, § 1059 Rn. 6; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1059 Rn. 12 ff.; Palandt/Herrler, BGB, 76. Aufl. 2017, § 1059 Rn. 3; Staudinger/Heinze, BGB, Neubearb. 2017, § 1059 Rn. 17). Auf den ersten Blick scheint hiermit eine Überlassung der Ausübung an den Eigentümer des nießbrauchsbelasteten Grundstücks unvereinbar, denn in diesem Fall werden rechtliche Beziehungen zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Nießbrauchsberechtigten begründet, die zumindest wirtschaftlich einem „Verzicht“ auf den Nießbrauch (als Stammrecht) sehr nahekommen.

Dennoch hat der **BGH** in seiner Entscheidung vom 18.12.1970 (V ZR 31/68, NJW 1971, 422 = BGHZ 55, 111; zust. MünchKommBGB/Pohlmann, § 1059 Rn. 7; Staudinger/Heinze, § 1059 Rn. 10 m. w. N.) geurteilt, dass die **Ausübung auch dem Grundstückseigentümer überlassen** werden könne. In der Entscheidung heißt es (Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„Der Nießbrauch selbst ist nicht übertragbar (§ 1059 Satz 1 BGB). Jedoch kann der Nießbraucher ihn aufgeben und dadurch alle ihm daraus erwachsenden Vorteile **dem Eigentümer zugute kommen lassen**. ... Denn der Vertrag v. 14.10.1959 enthält keine Aufhebung des Nießbrauchs, sondern lediglich die Überlassung der Ausübung i. S. des § 1059 Satz 2 BGB, und zwar an die Eigentümerin.“

Die Entscheidung ist insoweit bemerkenswert, als in ihrem Tatbestand (wiedergegeben in BGHZ 55, 111) dargelegt

ist, dass im vorgenannten **Vertrag** vom 14.10.1959 nicht von einer *Ausübungüberlassung* die Rede war, sondern davon, **dass der Nießbrauchsberechtigte gegenüber dem Grundstückseigentümer auf die Ausübung jeglicher Rechte aus dem Nießbrauch verzichte**. Mit dem Verzicht auf die Ausübung jeglicher Rechte aus dem Nießbrauch war im Vertrag quasi die **Rechtsfolge einer Ausübungüberlassung** gem. § 1059 S. 2 BGB an den Grundstückseigentümer umschrieben.

Nach Ansicht des BGH ist diese Rechtsfolge (Verzicht auf die sich aus dem Nießbrauch ergebenden Rechte) augenscheinlich nicht gleichbedeutend mit der Aufgabe des dinglichen Rechts selbst. Diese strikte Unterscheidung zwischen dem Nießbrauch einerseits und den sich daraus ergebenden Rechten andererseits erscheint mit Blick auf die heute anerkannte **Zulässigkeit eines – auch originären – Eigentümergebrauchsbereichs** durchaus stringent und folgerichtig (zur Zulässigkeit eines Eigentümergebrauchsbereichs vgl. MünchKommBGB/Pohlmann, § 1030 Rn. 75 f. m. w. N.). Insoweit streitet ein Erst-recht-Schluss für die vom BGH vertretene Rechtsauffassung, denn wenn ein Eigentümer zu seinen eigenen Gunsten einen Nießbrauch an seinem Grundstück begründen kann, so muss es erst recht möglich sein, dass ihm „nur“ die Ausübung eines Nießbrauchs überlassen wird (*argumentum a maiore ad minus*). Überdies differenziert der BGH zwischen der Ausübungüberlassung und dem ihr zugrunde liegenden Schuldgrund, weshalb der Nießbraucher die Ausübung ggf. wieder an sich ziehen kann, bspw. nach einem Widerruf der Schenkung wegen groben Undanks gem. § 530 Abs. 1 Var. 2 BGB. Ein Wieder-an-sich-Ziehen setzt freilich voraus, dass das Stammrecht fortbesteht.

Insgesamt wird man wohl sagen müssen, dass keine zwingenden (dogmatischen) Gründe gegen eine Ausübungüberlassung an den Eigentümer sprechen. Als **Zwischenergebnis** ist mithin festzuhalten, dass eine **Ausübungüberlassung i. S. v. § 1059 S. 2 BGB an den Grundstückseigentümer zulässig** ist.

2. Gemeinschaftliche Berechtigung am Nießbrauch gem. § 428 BGB

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt steht der Nießbrauch den Übergebern als **Gesamtgläubigern gem. § 428 BGB** zu. Diese Vorschrift regelt allerdings ausschließlich das Berechtigungsverhältnis zwischen den beiden Nießbrauchern einerseits und der Eigentümerin andererseits, also das **sog. Außenverhältnis**.

Im **(Innen-)Verhältnis** der Nießbrauchsberechtigten untereinander dürfte – mangels abweichender Anhaltspunkte – eine **Bruchteilsgemeinschaft gem. §§ 741 ff. BGB** bestehen, wobei davon auszugehen ist, dass die Höhe der Beteiligung am Nießbrauch der Größe der vormaligen Miteigentumsanteile der Übergeber am Grundstück entspricht.

Als Bruchteilsberechtigte können die Übergeber über den Nießbrauch und die daraus erwachsenden Rechte **grundsätzlich nur gemeinsam verfügen**. Dies folgt aus § 747 S. 2 BGB, wonach für eine Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand *im Ganzen* die Teilhaber gemeinschaftlich zuständig sind. Einem Bruchteilsberechtigten bleibt es aber **unbenommen, über seinen Anteil** am gemeinschaftlichen Gegenstand **zu verfügen**, § 747 S. 1 BGB.

Es fragt sich somit, ob Frau R überhaupt in der Lage ist, allein auf die Ausübung der Rechte aus dem Nießbrauch zu verzichten. Soweit ersichtlich, wird diese Frage weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur erörtert. Nach unserem Dafürhalten ist die Frage zu bejahen, sofern Frau R nur hinsichtlich ihres *Anteils*, nicht aber insgesamt auf die Ausübung der Rechte aus dem Nießbrauch verzichten will. Es sind zumindest auf den ersten Blick keine sachlichen Gründe ersichtlich, warum nicht Frau R gegenüber ihrer Tochter auf die Ausübung „ihrer“ Rechte aus dem Nießbrauch sollte verzichten können. Letztlich lässt sich die **Frage nach der Zulässigkeit** aber nur dann beantworten, wenn man den Blick auf die **Rechtsfolgen eines solch „anteiligen“ Verzichts im Verhältnis der Beteiligten** untereinander lenkt. Dabei ist vor allem darauf zu schauen, ob die Rechtsposition von Herrn R beeinträchtigt oder gefährdet wird. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob das wirtschaftlich angestrebte Ziel, wonach der Tochter die Früchte aus dem Nießbrauch anteilig zustehen sollen, erreicht werden kann.

In diesem Zusammenhang ist nochmals daran zu erinnern, dass wir zu diesem Fragenkreis **keine Stellungnahmen in Rechtsprechung oder Literatur** ausfindig machen konnten, weshalb wir unsere rechtliche Würdigung aus den allgemeinen Rechtsgrundlagen und den gesetzlichen Bestimmungen herleiten. Die nachstehenden Erwägungen sind unter dieser Einschränkung zu sehen.

a) Verhältnis zwischen Nießbrauchsberechtigten und Grundstückseigentümersin

Im (Außen-)Verhältnis zwischen den Nießbrauchsberechtigten als Gesamtgläubigern und der Grundstückseigentümersin wäre zunächst daran zu denken, dass der Verzicht von Frau R gem. § 429 Abs. 3 i. V. m. § 423 BGB auch gegenüber dem Ehemann R wirkte. Nach § 423 BGB würde dies aber voraussetzen, dass das „ganze“ Schuldverhältnis (gemeint ist hier nicht das dingliche Recht, sondern sind die aus dem Nießbrauch resultierenden Rechte) aufgehoben werden soll. Ein solcher Wille fehlt indes, denn die Mutter möchte lediglich die ihr zustehende Ausübung des Nießbrauchs auf die Tochter übertragen. Das Rechtsgeschäft zielt demzufolge nicht auf die Übertragung der Ausübungsbefugnis in ihrer Gesamtheit.

b) Verhältnis zwischen Mutter und Tochter

Im (Außen-)Verhältnis zwischen Mutter und Tochter begründet die beabsichtigte Vereinbarung u. E. ein Leistungsverweigerungsrecht zugunsten der Grundstückseigentümersin, d. h., die Tochter könnte gegenüber ihrer Mutter eine Einrede erheben, wenn diese ihr eigenes Forderungsrecht aus § 428 BGB geltend machte.

c) Verhältnis zwischen Vater und Tochter

Die Gesamtgläubigerstellung gem. § 428 BGB ist dadurch gekennzeichnet, dass *jeder* Gläubiger berechtigt ist, die *ganze* Leistung zu fordern, der Schuldner aber frei entscheiden kann, an welchen Gläubiger er leistet. Demzufolge könnte der Vater weiterhin den *gesamten* Nießbrauch gegenüber seiner Tochter geltend machen. Ein anderes Ergebnis ließe sich u. E. nicht begründen, da die Vereinbarung zwischen Mutter und Tochter sonst als Vertrag zugunsten Dritter anzusehen wäre.

Eine schuldbefreiende Leistung der Tochter an ihre Mutter kommt demgegenüber nicht mehr in Betracht, weil diese

auf die Ausübung ihrer Rechte aus dem Nießbrauch verzichtet hat. Insoweit ist u. E. in der Vereinbarung zwischen Mutter und Tochter eine rein *inter partes* wirkende Modifizierung des § 428 BGB zu sehen, wonach das Forderungsrecht des einen Gesamtgläubigers (Mutter) für die Dauer der Ausübungsüberlassung (= Verzicht auf das Forderungsrecht) und damit spiegelbildlich auch das Wahlrecht des Schuldners (Tochter) entfällt. Dies betrifft allerdings abermals nur das Außenverhältnis.

d) Verhältnis der Nießbrauchsberechtigten untereinander

Im **Innenverhältnis** bliebe Frau R gegenüber ihrem Ehemann – sofern dieser den gesamten Nießbrauch gem. § 428 BGB geltend macht – weiterhin berechtigt, ihren ideellen Anteil hieran (vermutlich ½) zu fordern, denn gegenüber ihrem Ehemann hat Frau R nicht auf ihre Teilhabe am Nießbrauch verzichtet. Letztlich dürfte daher in der „anteiligen“ Ausübungsüberlassung gem. § 1059 S. 2 BGB eine **Übertragung des (künftigen) Ausgleichsanspruchs gem. § 430 BGB** zu sehen sein, der nach der Rechtsprechung eine eigenständige Anspruchsgrundlage im Verhältnis der Gesamtgläubiger untereinander darstellt (vgl. BeckOK-BGB/Gehrlein, Std.: 1.2.2017, § 430 Rn. 1 m. w. N.). Das Recht auf Ausgleich gem. § 430 BGB ist ein eigenständiger schuldrechtlicher Anspruch, über den die Mutter im Wege der Abtretung grundsätzlich auch ohne Mitwirkung ihres Ehemanns verfügen kann (denkbar erschiene allenfalls eine Verfügungsbeschränkung gem. § 1365 BGB).

3. Ergebnis

Nach der Rechtsprechung des BGH kann ein Nießbraucher die Ausübung des Rechts gem. § 1059 S. 2 BGB auch dem Eigentümer des nießbrauchsbelasteten Grundstücks überlassen. Dabei dürfte es sich um einen Verzicht auf die Ausübung jeglicher Rechte aus dem Nießbrauch handeln. Die „anteilige“ Ausübungsüberlassung wird – soweit ersichtlich – nirgends erörtert. Nach unserem Dafürhalten stellt die Ausübungsüberlassung durch nur einen von mehreren Gesamtgläubigern letztlich eine Abtretung des Gesamtgläubigerausgleichsanspruchs gem. § 430 BGB dar. Dies gilt zumindest dann, wenn – wie vorliegend – durch die Ausübungsüberlassung die Früchte des Nießbrauchs anteilig dem Grundstückseigentümer zukommen sollen.

Unter dem Gesichtspunkt der Vertragsgestaltung dürfte es sich empfehlen, dieses wirtschaftliche Ziel in einer Präambel zur Vereinbarung zwischen Mutter und Tochter darzustellen und neben der Ausübungsüberlassung ausdrücklich auch eine Abtretung des aus dem Innenverhältnis der Übergeber resultierenden Ausgleichsanspruchs gem. § 430 BGB in die Vereinbarung aufzunehmen. In tatsächlicher Hinsicht sollte der Sachverhalt dahingehend aufgeklärt werden, ob die Übergeber im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft leben und eine Verfügung i. S. v. § 1365 BGB vorliegen könnte.

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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 §§ 32 Abs. 1 S. 2, 27

Hinreichende Bezeichnung der Tagesordnung für Mitgliederversammlung und Beschlussfassung beim eingetragenen Verein; Ankündigung „etwaiger Ergänzungswahlen“ als Grundlage für Vorstandswahl nach Amtsniederlegung

Abruf-Nr.:

BGB § 2361; FamFG §§ 342 ff., 353

Entscheidung über Wirksamkeit der Anfechtung der Erbschaftsannahme

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 2205, 2211, 2214, 2216 Abs. 2, 2217; FamFG § 168

Behindertentestament: Pflichtwidrige Freigabe von Gegenständen durch Testamentvollstrecker lässt Mittellosigkeit unberührt

Selbst wenn der Testamentvollstrecker beim Behindertentestament im Rahmen einer Dauertestamentsvollstreckung den Nachlassgegenstand entgegen den Anordnungen des Erblassers pflichtwidrig zugunsten des Betroffenen freigibt, lässt dies dessen Mittellosigkeit nicht entfallen (Fortführung von Senatsbeschluss vom 1. Februar 2017 – XII ZB 299/15 – FamRZ 2017, 758).

BGH, Beschl. v. 10.5.2017 – XII ZB 614/16

Problem

Gibt der Testamentvollstrecker eines Behindertentestaments Mittel aus dem Nachlass frei, so fragt sich, ob dadurch für den behinderten Erben Mittel bereitstehen, die seine sozialhilferechtliche Hilfebedürftigkeit entfallen lassen.

Der Sachverhalt der BGH-Entscheidung stellt sich vereinfacht wie folgt dar: In einem Behindertentestament setzten die Erblasser das behinderte Kind als nicht befreiten Vorerben ein. Über den Erbteil des Kindes ordneten sie Dauertestamentsvollstreckung an. Dem Testamentvollstrecker sollte die Aufgabe zukommen, aus den Erträgen des Vermögens die Bedürfnisse des behinderten Abkömmlings nach Kleidung, Reisen, Taschengeld, Liebhabereien etc. zu befriedigen. Die Erblasser verfügten weiter, dass der Erbe keinen Anspruch auf Auszahlung seines Anteils oder der Früchte aus dem Vermögen haben solle.

Nach dem Tod beider Erblasser legte die Testamentvollstreckerin einen Betrag von 29.100 € – entsprechend dem Wert des Erbteils des Behinderten – auf einem Sparkonto an, das auf den Namen des Vorerben lautete.

Nummehr streiten die Beteiligten darum, ob das behinderte Kind mittellos war und Aufwendungsersatz für eine fällige Betreuervergütung mangels eigenen verwertbaren Vermögens aus der Staatskasse festgesetzt werden kann (vgl. §§ 1836d, 1836c Nr. 2 BGB, § 90 SGB XII).

Entscheidung

Nach Auffassung des BGH ist die Mittellosigkeit des behinderten Erben trotz der „Auszahlung“ seines Erbteils weiterhin gegeben.

Der BGH verweist zunächst auf die mittlerweile gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach **Behindertentestamente** mit einer kombinierten Anordnung von Vor- und Nacherbschaft sowie einer Dauertestamentsvollstreckung – mit konkreten Verwaltungsanweisungen – **nicht sittenwidrig** sind. Die Anordnung der Dauervollstreckung bewirkt, dass unverwertbares Vermögen gegeben ist. Dies gilt allerdings nur, solange die Testamentvollstreckung nicht endet, etwa durch Freigabe eines Nachlassgegenstands gegenüber dem Erben i. S. v. § 2217 BGB.

Nach § 2217 Abs. 1 BGB hat der Testamentvollstrecker Nachlassgegenstände, deren er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten offenbar nicht bedarf, dem Erben auf Verlangen zur freien Verfügung zu überlassen. Mit der Überlassung erlischt sein Recht zur Verwaltung der Gegenstände. Überlasse der Testamentvollstrecker den Nachlassgegenstand dem Erben zur freien Verfügung, trete die **Wirkung der Freigabe unabhängig davon ein, ob die Voraussetzungen für einen entsprechenden Freigabeanspruch** vorgelegen hätten, also selbst bei pflichtwidrigem Handeln des Testamentvollstreckers. Auch ein Irrtum des Testamentvollstreckers über die Voraussetzungen seiner Überlassungspflicht vermöge an der einmal eingetretenen dinglichen Rechtslage der freien Verfügungsmacht des Erben nichts mehr zu ändern.

Die erbrechtlich interessante Frage, ob in der Anlage eines Betrags entsprechend der Erbquote auf einem Sparkonto des Vorerben eine Freigabe im vorstehenden Sinne zu sehen ist, lässt der BGH offen. Denn selbst bei unterstellter Freigabe bestünde laut BGH die Mittellosigkeit des Behinderten im Hinblick auf den Rückgewähranspruch des Testamentvollstreckers fort: Fehlten die in § 2217 Abs. 1 BGB vorgeschriebenen Voraussetzungen, so könne der Testamentvollstrecker nach h. M. **nach Bereicherungsgrundsätzen** (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB) vom Erben die **Wiederherstellung seines Verwaltungsrechts** verlangen, bei Unmöglichkeit der Herausgabe des freigegebenen Gegenstands Wertersatz gem. § 818 Abs. 2 BGB. Die Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs seien auch dann erfüllt, wenn der Testamentvollstrecker irrtümlich angenommen habe, er bedürfte bestimmter Nachlassgegenstände zur Erfüllung seiner Obliegenheiten nicht, und wenn er sie deshalb dem Erben freigegeben habe. Entsprechendes gelte, wenn der Testamentvollstrecker seine Freigabebehandlung als solche gar nicht erkannt und ein rechtlicher Grund für die Freigabe gefehlt habe.

Im vorliegenden Fall **widerspräche eine Freigabe gem. § 2217 BGB den eindeutigen Anordnungen der**

Erblasser, wonach der behinderte Erbe keinen Anspruch auf Auszahlung seines Anteils oder der Früchte aus dem Vermögen haben sollte. Außerdem habe die Testamentsvollstreckerin des Nachlassgegenstands zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten bedurft, nämlich zur Befriedigung der Bedürfnisse des Vorerben nach Kleidung, Reisen, Taschengeld, Liebhabereien etc. Die Voraussetzungen für einen **Rückgewähranspruch des Testamentsvollstreckers** waren damit aus Sicht des BGH gegeben; daher gab es beim Behinderten nach wie vor kein verwertbares Vermögen und war dieser weiterhin als mittellos anzusehen.

Ebenso wenig beanstandet der BGH die Entscheidung der Vorinstanz, dass die **Betreuervergütung nicht aus den Erträgen** des der Testamentsvollstreckung unterliegenden Vermögens gezahlt werden muss. Nach Auffassung der Vorinstanz war maßgeblich, dass nach den Verwaltungsanordnungen die vom Erben zu beanspruchenden Erträge nur dessen „Bedürfnisse auf Kleidung, Reisen, Taschengeld, Liebhabereien sowie sonstige Bedürfnisse, die bei einem Behinderten auftreten“, befriedigen sollten. Die Auslegung, dass die „Bedürfnisse, die bei einem Behinderten auftreten“, nach dem Willen der Erblasser nicht die Betreuervergütung umfassen, sondern tatsächliche Erleichterungen und Hilfsmittel im Alltag meinen, mag laut BGH nicht zwingend sein (vgl. auch BGH BeckRS 2013, 06899, Tz. 3, 26 f. = DNotZ 2013, 860); sie sei aber nach dem Maßstab der eingeschränkten rechtsbeschwerdrechtlichen Kontrolle nicht zu beanstanden.

Aktuelles

Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen

Am 7.7.2017 hat der Bundesrat einen Gesetzesbeschluss des Bundestags gebilligt. Gem. § 1303 BGB darf eine Ehe künftig nur noch von volljährigen Verlobten eingegangen werden. Eine Ehe, die entgegen dieser Vorschrift eingegangen wird, ist *ipso iure* unwirksam (Nichtehe), wenn ein Ehegatte im Zeitpunkt der Eheschließung das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte. Sofern der Ehegatte das 16. Lebensjahr bereits vollendet hatte, ist die Ehe gerichtlich aufhebbar.

Diese Regeln gelten gemäß einem neu eingefügten Art. 13 Abs. 3 EGBGB auch für ausländische Staatsangehörige. Art. 13 Abs. 3 EGBGB verleiht der Erhöhung des Eheschließungsalters und der Nichtigkeit von Kinderehen nach deutschem Recht insoweit also weltweite Geltung. Nach einer Übergangsregelung in Art. 229 EGBGB gilt diese Regel dann nicht mehr, wenn der bei Eheschließung minderjährige Verlobte bereits vor Inkrafttreten der Neuregelung 18 Jahre alt geworden ist oder aber, wenn die nach dem ausländischen Heimatrecht wirksam geschlossene Ehe bis zur Volljährigkeit des minderjährigen Ehegatten geführt worden ist und bis zu diesem Zeitpunkt keiner der Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte. Kommen also beide Eheleute erst nach Abschluss des 18. Lebensjahres nach Deutschland, so bleiben sie nach Maßgabe ihres ausländischen Heimatrechts (Art. 13 Abs. 3 EGBGB) wirksam verheiratet. Der Fehler wird in diesem Fall folglich geheilt.

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: Notarassessor Dr. Johannes Weber

Redaktion: Dr. Simon Blath

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