

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

22. Jahrgang  
Dezember 2014  
ISSN 1434-3460

23/2014

*Mit Beilage BNotK-Intern*

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 158, 1922, 1939, 2100, 2205, 2313; InsO §§ 83, 203 Abs. 1 Nr. 3, 295 Abs. 1 Nr. 2 – Verfügungen von Todes wegen bei überschuldetem Erben; Erbfall während des Insolvenz- oder Restschuldbefreiungsverfahrens; auflösend bedingte Nacherbeneinsetzung; aufschiebend bedingte Vermächtnisse; Einsetzung als Nacherbe; Testamentsvollstreckung

BGB §§ 873, 925; GBO §§ 13, 19, 20, 39, 40, 44 – Eintragung nach Auflassung; Auflassung durch wahren Erben an buchberechtigten Scheinerben; Klarstellungsvermerk

### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB §§ 164 Abs. 1, 873 Abs. 1; GBO §§ 19, 29, 35 – Transmortale Vorsorgevollmacht: Kein Erbschein vorzulegen, wenn Bevollmächtigter Miterbe ist

WEG § 23 Abs. 1 – Öffnungsklausel einer WEG keine Grundlage für Aufbüdung neuer Leistungspflichten

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**BGB §§ 158, 1922, 1939, 2100, 2205, 2313; InsO §§ 83, 203 Abs. 1 Nr. 3, 295 Abs. 1 Nr. 2 Verfügungen von Todes wegen bei überschuldetem Erben; Erbfall während des Insolvenz- oder Restschuldbefreiungsverfahrens; auflösend bedingte Nacherbeneinsetzung; aufschiebend bedingte Vermächtnisse; Einsetzung als Nacherbe; Testamentsvollstreckung**

### I. Sachverhalt

Verlobte möchten einen Erbvertrag abschließen. Beide haben Kinder aus früheren Ehen, die die Erben des jeweiligen Elternteils (auch als Erstversterbender) sein sollen. Der Erstversterbende möchte dem überlebenden Ehegatten Vermächtnisse zuwenden.

Die künftige Ehefrau befindet sich in Privatinsolvenz. Das Insolvenzverfahren ist 2013 beendet worden. Die Wohlverhaltensperiode endet in ca. vier Jahren. Damit beim etwaigen Tod des künftigen Ehemanns vor Beendigung des Verfahrens (vor Erteilung der Restschuldbefreiung) das Erlangte nicht nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO zur Hälfte an den Treuhänder herauszugeben ist, wird erwogen

- die zu ihren Gunsten ausgesetzten Vermächtnisse aufschiebend auf den Zeitpunkt der Erteilung der Restschuldbefreiung zu bedingen.

Auch die Mutter der künftigen Ehefrau möchte in ihrem Testament entsprechende Regelungen treffen. Insoweit wird erwogen,

- entweder die Tochter (künftige Ehefrau) als Vorerbin und deren Tochter (Enkelin der Erblasserin) als Nacherbin auf den Tod der Tochter einzusetzen, wobei die Nacherbeneinsetzung durch die vorherige Erteilung der Restschuldbefreiung auflösend bedingt sein soll,

- oder die Enkelin der Erblasserin als Vorerbin und die Tochter als Nacherbin einzusetzen, wobei die Nacherbfolge mit Erteilung der Restschuldbefreiung eintreten soll.

Evtl. soll für die Tochter zusätzlich Testamentsvollstreckung bis zur Beendigung des Insolvenzverfahrens angeordnet werden.

### II. Frage

Inwieweit können die Gläubiger auf das von der Tochter als Erbin oder Vermächtnisnehmerin während der Privatinsolvenz Erworbene zugreifen, insbesondere aufgrund der hälftigen Herausgabeobliegenheit?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Insolvenzverfahren und Restschuldbefreiungsverfahren

Bei dem (Verbraucher-)Insolvenzverfahren einerseits und

dem Restschuldbefreiungsverfahren andererseits handelt es sich um **zwei zu unterscheidende Verfahren**.

Die **Änderungen der InsO** ab dem 1.7.2014 **durch** das Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte (**GIRStG**) **gelten** nach Art. 103h EGIInsO (mit Ausnahme insbesondere der §§ 217 bis 269 InsO) **nicht** für Insolvenzverfahren, die vor dem 1.7.2014 beantragt worden sind, und damit nicht für das vorliegende Insolvenzverfahren.

**Nach der bisherigen gesetzlichen Regelung** beginnt die Wohlverhaltensperiode (vom Gesetz als „Laufzeit der Abtretungserklärung“ bezeichnet) bereits mit dem Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§§ 287 Abs. 2 S. 1, 295 Abs. 1 Hs. 1 InsO), wengleich die Obliegenheiten des Schuldners gem. § 295 InsO während des laufenden Insolvenzverfahrens „suspendiert“ sind (vgl. nur BGH NZI 2009, 191 f. = NJW-RR 2009, 632; Uhlenbruck/Vallender, InsO, 13. Aufl. 2010, § 287 Rn. 44 f.). Ungeachtet der Suspendierung endet die Wohlverhaltensperiode grundsätzlich sechs Jahre nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der Antrag auf Restschuldbefreiung soll mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbunden werden (§ 287 Abs. 1 InsO). Über diesen Antrag wird zweistufig entschieden: Liegen die Voraussetzungen vor, erfolgt zunächst die „Ankündigung“ der Restschuldbefreiung (§ 291 InsO). Nach Rechtskraft dieses Beschlusses darf das Insolvenzverfahren gem. § 289 Abs. 2 S. 2 InsO aufgehoben werden – wobei sich die Aufhebung, die den Vollzug der Schlussverteilung voraussetzt (§ 200 Abs. 1 InsO), verzögern mag. Die **Wohlverhaltensperiode läuft unabhängig von der Aufhebung des Insolvenzverfahrens**; ist sie beendet, so entscheidet das Gericht über die Erteilung der Restschuldbefreiung (§ 300 Abs. 1 InsO). Im Einzelfall kann das Insolvenzverfahren sogar erst nach dem Ende der Wohlverhaltensperiode aufgehoben werden, sodass dann die Obliegenheiten gem. § 295 InsO dauernd suspendiert sind (Uhlenbruck/Vallender, § 287 Rn. 48, 49 f.).

Vorliegend endet die Wohlverhaltensperiode in vier Jahren. Da das Insolvenzverfahren bereits aufgehoben und beendet ist (§ 200 Abs. 1 InsO), kann der Erbfall nur noch während der Wohlverhaltensperiode eintreten, nicht jedoch während des laufenden Insolvenzverfahrens. Daraus ergeben sich beträchtliche Unterschiede.

**2. Exkurs: Erbfall während des Insolvenzverfahrens**  
Tritt der Erbfall während des noch laufenden Insolvenzverfahrens ein, ist das von Todes wegen Erlangte **dem Grunde nach** als Neuerwerb gem. § 35 Abs. 1 InsO Teil der **Insolvenzmasse, vorbehaltlich der Annahme** der Erbschaft oder des Vermächtnisses durch den Schuldner (§ 83 Abs. 1 S. 1 InsO). Dies gilt nach der Rechtsprechung auch dann, wenn das Erworbene aufgrund Nacherbeneinsetzung oder Testamentsvollstreckung einstweilen dem Zugriff des Insolvenzverwalters entzogen ist (vgl. zum Pflichtteilsanspruch BGH DNotZ 2009, 862, 863 Tz. 8; NJW 2011, 1448 Tz. 8 = DNotI-Report 2011, 12; zur Testamentsvollstreckung BGH DNotZ 2006, 865, 866 f.).

**Unter Umständen besteht nicht einmal ein Verwertungshindernis**, da die Übertragung des Erbteils gem. § 2033 Abs. 1 BGB unabhängig von Testamentsvollstreckung und Nacherbeneinsetzung – die gegen den Erbteilserwerber fortwirken – möglich ist. Sonstige Anwartschaftsrechte aus bedingten Zuwendungen könnten ggf. ebenso der Verwertung durch den Insolvenzverwalter unterliegen. Die

Übertragbarkeit der Nacherbenanwartschaft lässt sich aber wohl mit Wirkung auch gegen den Insolvenzverwalter ausschließen (anders wohl in der Einzelzwangsvollstreckung, vgl. § 851 Abs. 2 ZPO, dazu J. Mayer, MittBayNot 2012, 18, 20 m. w. N.).

Kommt es später, nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, zum **Wegfall des Verwertungshindernisses** durch Beendigung der Nacherbeneinsetzung oder Testamentsvollstreckung kraft auflösender Bedingung, so ist eine **Nachtragsverteilung gem. § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO** möglich (so zum nachträglich geltend gemachten Pflichtteilsanspruch BGH NJW 2011, 1448; Reul, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2012, Kap. P Rn. 167 ff.; J. Mayer, MittBayNot 2012, 18, 22 f.). Der BGH (NJW 2011, 1448, 1449 Tz. 11) befürwortet dabei eine außerordentlich **weite Auslegung** des § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO, der an sich erfordert, dass Gegenstände der Masse nach dem Schlusstermin „ermittelt“ werden (Hervorhebungen im Folgenden durch die DNotI-Redaktion):

*„Der Begriff der Ermittlung in dieser Norm ist weit auszulegen. Er setzt nicht voraus, dass die Existenz oder der Aufenthaltsort eines Massegegenstands dem Verwalter während der Dauer des Insolvenzverfahrens unbekannt war. Die Vorschrift erfasst vielmehr auch Gegenstände, von deren Existenz der Verwalter wusste, die er aber irrtümlich für nicht verwertbar hielt und deswegen nicht zur Masse zog [...]. Gleiches muss gelten, wenn Gegenstände während der Verfahrensdauer tatsächlich (noch) nicht verwertbar waren. Für solche Gegenstände kann die Nachtragsverteilung bereits im Schlusstermin vorbehalten werden [...]. Aber auch ohne einen Vorbehalt kann die Nachtragsverteilung angeordnet werden.“*

Der automatische, an den formalen Abschluss des Insolvenzverfahrens anknüpfende Wegfall vollstreckungsbeschränkender Anordnungen dürfte daher **i. d. R. keine rechtssichere und zweckmäßige Gestaltung** sein (so auch Reul, Kap. P Rn. 167 ff., und J. Mayer, MittBayNot 2012, 18, 22 f.).

Eine Nachtragsverteilung droht indessen nicht, wenn – wie vorliegend – der Erwerb von Todes wegen, d. h. der **Erbfall, erst nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens** eintritt, denn es zählt nur das vor und während des Verfahrens Erworbene zur Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO).

**3. Erbfall während des Restschuldbefreiungsverfahrens**

Ein Erwerb von Todes wegen nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, aber **vor dem Ende der Laufzeit der Abtretungserklärung (Wohlverhaltensperiode)** unterliegt grundsätzlich der hälftigen **Herausgabeobligenheit gem. § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO**.

Ob die konkret vorgesehene Aufhebung des Insolvenzverfahrens *und* Abschluss des Restschuldbefreiungsverfahrens durch Erteilung der Restschuldbefreiung oder zusätzlich Ablauf der Widerrufsfrist gem. § 303 Abs. 2 InsO **als auflösende Bedingung für die Nacherbeneinsetzung** der Enkelin (damit aufschiebend bedingte Vollerbeneinsetzung der Tochter) bzw. **als aufschiebende Bedingung der (somit: Nach-)Erbeneinsetzung der Tochter** oder **als aufschiebende Bedingung bzgl. der Vermächtnisse** an die Ehefrau (oder als entsprechende Befristung, ggf. i. V. m. Testamentsvollstreckung) das Eingreifen der Herausgabeobligenheit verhindern kann, ist differenziert nach der Gestaltung im Einzelfall zu beurteilen.

### a) Voraussetzung der Herausgabeobliegenheit: Annahme der Erbschaft

Zunächst ist festzuhalten, dass die Herausgabeobliegenheit neben dem Anfall von Erbschaft, Erbteil oder Vermächtnis nach der Rechtsprechung des BGH auch deren bzw. dessen Annahme durch den Schuldner als Zuwendungsempfänger i. S. d. §§ 1943, 2180 BGB voraussetzt (DNotZ 2009, 862, 864 Tz. 14; speziell zum Vermächtnis: BGH NJW 2011, 2291 f. Tz. 6 f. = MittBayNot 2011, 421). Die **Nichtannahme stellt keine Obliegenheitsverletzung** dar (BGH NJW 2011, 2291 Tz. 6).

Anderes könnte für das **Nacherbenanwartschaftsrecht** gem. § 2108 Abs. 2 S. 1 BGB gelten. Dieses erwirbt der künftige Nacherbe ggf. schon vor dem Anfall unabhängig von der Annahme der Nacherbschaft (vgl. §§ 2139, 2142 BGB); eine gesonderte Annahme findet insoweit nicht statt.

### b) Inhalt der Herausgabeobliegenheit

Der BGH hat entschieden, dass sich die Herausgabeobliegenheit gem. § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO stets auf eine **Geldzahlung an den Treuhänder** richtet, nicht auf Übertragung sonstiger Gegenstände oder Rechte. Soweit das Erworbene nicht in Geld besteht, **hat der Schuldner es zu versilbern**, wenn er den Geldbetrag nicht anders aufbringen kann (BGH DNotZ 2013, 614, 616 Tz. 7, 617 Tz. 10). Eine hälftige Abtretung von Rechten an den Treuhänder kommt entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung nicht in Betracht.

Lässt sich die Versilberung nicht bis zum Ablauf der Wohlverhaltensperiode abschließen, endet die Herausgabeobliegenheit nicht (BGH DNotZ 2013, 614, 619 Tz. 16). Vielmehr hat das **Insolvenzgericht**, wie der BGH rechtsfortbildend annimmt, die **Entscheidung über den Antrag auf Restschuldbefreiung** und über etwa gestellte Versagungsanträge **aufzuschieben**, wenn und solange der Schuldner nachvollziehbar darlegt und in geeigneter Weise nachweist, dass er die Verwertung des Nachlasses betreibt, aber noch nicht zu Ende gebracht hat. So wird einerseits die dem Schuldner nachteilige Versagung der Restschuldbefreiung wegen Nichtherausgabe vermieden und andererseits, dass der Schuldner aus übermäßigem Zeitdruck zu einer Verschleuderung der Vermögenswerte gezwungen ist (BGH DNotZ 2013, 614, 619 f. Tz. 19). Sollte sich die **Verwertung dennoch als undurchführbar** erweisen – was der Schuldner darzulegen und zu beweisen hat – **kann die Restschuldbefreiung nicht** wegen einer schuldhaften Obliegenheitsverletzung **versagt werden** (BGH DNotZ 2013, 614, 620 Tz. 19).

### aa) Unterschiedliche Erwerbe von Todes wegen

Die verschiedenen Rechtsstellungen des Schuldners, die er von Todes wegen erwirbt, sind differenziert zu betrachten:

#### (1) Schuldner als Miterbe

**Bzgl. eines Erbteils** hält der **BGH** in der genannten Entscheidung eine **Verwertung durch Veräußerung an Dritte gem. § 2033 Abs. 1 BGB grundsätzlich für möglich und zumutbar** (DNotZ 2013, 614, 617 f. Tz. 13 f.). Prinzipiell könne der Miterbe bzw. Erbteilsinhaber gem. § 2042 Abs. 1 BGB Auseinandersetzung des Nachlasses verlangen und erzwingen; selbst ein Auseinandersetzungsausschluss gem. § 2044 BGB stehe nicht entgegen, denn die Herausgabeobliegenheit gem. § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO stelle einen wichtigen Grund i. S. d. §§ 749 Abs. 2 S. 2, 2044 Abs. 1 S. 1 BGB dar (DNotZ 2013, 614, 617 f. Tz. 13).

Rechtlich **hindern Testamentsvollstreckung und Nacherbeneinsetzung die Erbteilsveräußerung nicht**, da sie die Verfügung über den Erbteil nicht beschränken (vgl. RG WarnR 1915, Nr. 292 = JW 1915, 245, 246; Staudinger/Reimann, BGB, Neubearb. 2012, § 2208 Rn. 22; Soergel/Damrau, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2203 Rn. 8). Vielmehr bestehen Testamentsvollstreckung und Nacherbeneinsetzung grundsätzlich gegenüber dem Erbteilserber fort. Damit machen sie allerdings den **Erbteil** für ihn evtl. **wirtschaftlich weitgehend wertlos** und die **Versilberung tatsächlich unmöglich** (zumindest bei nicht befreiter Vorerbschaft und restriktiv gestalteter Verwaltungstestamentsvollstreckung gem. § 2216 Abs. 2 BGB). Auch eine Auseinandersetzung kann der Erwerber nicht erreichen, wenn sie gem. § 2204 BGB dem Testamentsvollstrecker vorbehalten oder durch dessen fortdauernde Verwaltung ausgeschlossen ist. Insbesondere wenn sich Testamentsvollstreckung und Nacherbenbindung nur auf einen Erbteil beziehen, können sie sich an auseinandergesetztem Vermögen fortsetzen (§ 2209 S. 1 Hs. 2 BGB). Dem Miterben oder Erbteilserber stehen dann **u. U. nur die Erträge oder** gem. § 2216 Abs. 1 BGB ein angemessener **Unterhalt** seitens des Testamentsvollstreckers zu (RG LZ 1918, Sp. 1268, 1269 f.; Recht 1922, Nr. 615; Staudinger/Reimann, § 2216 Rn. 11; ders., ZEV 2010, 8, 10 ff.), soweit der Erblasser keine anderen Verwaltungsanordnungen nach § 2216 Abs. 2 BGB trifft; ein daraus folgender beschränkter Erwerb dürfte allerdings zur Hälfte herauszugeben sein (so J. Mayer, MittBayNot 2011, 445, 449).

Das zumindest tatsächliche **Verwertungshindernis** wird jedoch **entscheidend abgeschwächt, wenn Testamentsvollstreckung und Nacherbeneinsetzung** durch Erteilung der Restschuldbefreiung oder – sinngemäß entsprechend – durch Erbteilsveräußerung an einen Dritten **kraft auflösender Bedingung entfallen**. Dann ist nämlich für einen möglichen Erbteilserber absehbar, dass er wirtschaftlich in den vollen Genuss des Erbteils kommen wird, was wiederum die Bereitschaft zu einer Gegenleistung in Geld (u. U. zumindest den hälftigen Wert) nahelegt. Evtl. kann der Miterbe den Erbteil dann auch als Kreditunterlage verwenden, um zunächst durch Darlehensaufnahme Geldmittel zu erlangen (vgl. Wollmann, ZEV 2013, 271 f.). Bestehen im Einzelfall **derartige Verwertungsmöglichkeiten**, so obliegt es dem Miterben nach Annahme des Erbteils wohl, sie **zu nutzen**.

#### (2) Schuldner als alleiniger (nicht befreiter) Vorerbe

Ist der Schuldner Alleinerbe, steht die Einsetzung eines Nacherben zumindest bei **nicht befreiter Vorerbschaft** (der befreite Vorerbe könnte und dürfte eigene Verbindlichkeiten aus der Vorerbschaft tilgen) schon für sich genommen, jedenfalls aber die sie überlagernde **andauernde Testamentsvollstreckung**, einem Zugriff des Schuldners auf die Substanz des Vermögens entgegen. Eine **Herausgabeobliegenheit** bzgl. des hälftigen Werts in Geld wird **zu verneinen** sein (vgl. J. Mayer, MittBayNot 2011, 445, 450; Damrau, MDR 2000, 255, 256; Everts, ZErB 2005, 353, 356), soweit der Schuldner über keine anderweitigen Geldmittel verfügt. Die Herausgabe kommt daher nur in Frage, wenn ihm Nutzungen oder Ansprüche gegen den Testamentsvollstrecker zukommen, die in Geld bestehen oder sich versilbern lassen.

Wurde die **Nacherbeneinsetzung** allerdings **auflösend bedingt** ausgestaltet, sodass der Schuldner **aufschiebend bedingt Vollerbe** ist, verfügt er bereits über eine **Anwartschaft** (vgl. Limmer, ZEV 2004, 133, 140; J. Mayer, MittBayNot 2012, 18, 20). Diese ist grundsätzlich **übertragbar** und kann somit tatsächlich verwertbar sein (vor allem wenn auch die



Testamentsvollstreckung entfällt). Dabei steht der Herausgabeobligenheit möglicherweise entgegen, dass die **Übertragbarkeit** des Anwartschaftsrechts vom **Erblasser ausgeschlossen** wurde (wie bei einer Nacherbenanwartschaft, so Limmer, ZEV 2004, 133, 140, und J. Mayer, MittBayNot 2012, 18, 20, vgl. unter [3]), denn dies hinderte eine Versilberung durch den Schuldner. Der Ausschluss der Übertragbarkeit stünde nach dem Rechtsgedanken des § 851 Abs. 2 ZPO evtl. zwar der Einzelzwangsvollstreckung nicht entgegen, durchaus jedoch einer Veräußerung im Rahmen des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO durch den Schuldner selbst. Allerdings bleibt es **zweifelhaft und ungeklärt**, ob die Übertragbarkeit der Anwartschaft des aufschiebend bedingten Vollerben überhaupt ausgeschlossen werden kann, denn dies ist zwar für die Nacherbenanwartschaft anerkannt (vgl. unter [3]), nicht aber in Bezug auf einen Erbteil oder die Alleinerbenstellung (die bereits kein einheitliches Recht bildet).

### (3) Schuldner als Nacherbe

Ist der Schuldner nur als Nacherbe eingesetzt, dann steht ihm ggf. ein **Nacherbenanwartschaftsrecht** zu (vgl. § 2108 Abs. 2 BGB). Dieses ist zwar grundsätzlich auch dann übertragbar und damit veräußerlich, wenn Nacherbenvollstreckung gem. § 2222 BGB angeordnet ist (Staudinger/Reimann, § 2222 Rn. 13). Jedoch **kann der Erblasser die Übertragbarkeit** nach h. M. **ausschließen** (RGZ 170, 163, 168; MünchKommBGB/Grunsky, 6. Aufl. 2013, § 2100 Rn. 34 m. w. N.; a. A. Staudinger/Avenarius, Neubearb. 2013, § 2100 Rn. 76 – dann könnte die Übertragung auflösende Bedingung der Erbeinsetzung sein, vgl. auch unter [4]). Ist dies geschehen und hat der Schuldner keine anderweitigen Geldmittel (etwa aus den Nutzungen der Erbschaft), dann **steht die Unmöglichkeit einer Umsetzung in Geld der Obliegenheitsverletzung entgegen** (vgl. J. Mayer, MittBayNot 2012, 18, 21; Limmer, ZEV 2004, 133, 140; Hartmann, ZNotP 2005, 82, 88).

Selbst wenn die Übertragbarkeit des Nacherbenanwartschaftsrechts nicht ausgeschlossen ist, lässt sich seine tatsächliche Verwertbarkeit bezweifeln, solange der künftige Nacherbe noch nicht die Annahme der Nacherbschaft erklärt hat – was ihm gem. § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht obliegt (vgl. oben unter a); Reul, Kap. P Rn. 112). Die bis zum Eintritt der Nacherbfolge (vgl. § 2142 BGB) und zeitlich befristet darüber hinaus mögliche **Ausschlagung** der Nacherbschaft **würde die Nacherbenanwartschaft zerstören**.

### (4) Schuldner als Vermächtnisnehmer

Bei Vermächtnissen ist zu berücksichtigen, dass eine **Abtretung** des Vermächtnisanspruchs gem. § 398 BGB an sich **möglich** ist. Nach h. M. kann der Erblasser die Übertragbarkeit nicht gem. § 399 Var. 2 BGB ausschließen, zumal dies nach dem Wortlaut der Norm eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner erforderte (Staudinger/Otte, § 2174 Rn. 22; a. A. MünchKommBGB/Rudy, § 2174 Rn. 14). Ob die Vermächtnistestamentsvollstreckung der Abtretung des Vermächtnisanspruchs durch den Vermächtnisnehmer evtl. entgegensteht, ist nicht abschließend geklärt (BGH NJW 1954, 1036, 1037: „die Vfg. über [den Vermächtnisanspruch] wird dem Vermächtnisnehmer in der Regel nicht durch die Anordnung einer Verwaltung des Vermächtnisgegenstandes genommen“; vgl. auch OLG Hamm ZEV 2011, 198, 199 = DNotZ 2011, 221; OLG München ZEV 2013, 620 = DNotZ 2013, 695; dagegen Soergel/Damrau, § 2223 Rn. 3; Muscheler, ZEV 2011, 230, 232).

Daher könnte auch ein aufschiebend auf die Erteilung der Restschuldbefreiung bedingter Vermächtnisanspruch

u. U. veräußert und als Anwartschaft mit gegenwärtigem Vermögenswert in Geld umgesetzt werden. Allerdings ließe sich das **Vermächtnis unter die auflösende Bedingung der Übertragung des Vermächtnisanspruchs** stellen (MünchKommBGB/Rudy, § 2174 Rn. 14). Dies würde eine Versilberung verhindern.

Hinzu kommt, dass Annahme und Ausschlagung des Vermächtnisses gem. § 2180 BGB nicht befristet sind, sodass man das **Entstehen der Herausgabeobligenheit durch ein Aufschieben der Annahme** des Vermächtnisses über die Erteilung der Restschuldbefreiung hinaus **verhindern** kann (vgl. oben a); ggf. ist die drohende Verjährung des Vermächtnisanspruchs zu beachten). Dass sich die Herausgabeobligenheit auf diese Weise vermeiden lässt, erkennt der BGH ausdrücklich an (NJW 2011, 2291, 2292 Tz. 7):

*„Die dadurch für den Schuldner bestehende Möglichkeit, den Halbteilungsgrundsatz zu umgehen, indem er das Vermächtnis erst nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode annimmt, muss in Kauf genommen werden.“*

### bb) Bedeutung der Versilberungsmöglichkeit

Hervorgehoben sei nochmals: Die etwaige **Unmöglichkeit**, das von Todes wegen Erworbene **zu versilbern**, **steht** nach der Entscheidung des BGH von 2013 (DNotZ 2013, 614) der auf Geldzahlung gerichteten hälftigen **Herausgabeobligenheit nur dann sicher entgegen**, **wenn der Schuldner nicht über anderweitige Geldmittel verfügt** und damit auf die Versilberung (zumindest Verwendung als Kreditsicherheit) angewiesen ist.

**Hat der Schuldner anderweitige Geldmittel**, die er herausgeben kann (was im Rahmen des Restschuldbefreiungsverfahrens nicht fernliegt, da die Insolvenzgläubiger nur die vom Treuhänder erlangten Mittel erhalten, §§ 292 Abs. 1, 294 Abs. 1 InsO), stellt sich lediglich die **Frage nach der Bewertung der erworbenen illiquiden Position**. Diese Frage hat die Rechtsprechung **noch nicht geklärt**.

(1) Die **Werthaltigkeit** von einstweilen nicht veräußerlichen Positionen (etwa ein aufschiebend bedingter Erwerb oder eine sonstige erbrechtliche Anwartschaft) könnte sich **für den Schuldner** – ungeachtet der mangelnden Verwertungsmöglichkeit während des Restschuldbefreiungsverfahrens – **möglicherweise bereits aus der gesicherten Aussicht** ergeben, dass die ihn belastenden Beschränkungen (Testamentsvollstreckung, Nacherbeneinsetzung) kraft auflösender Bedingung mit Erteilung der Restschuldbefreiung automatisch wegfallen werden. Insofern ließe sich durch Schätzung ein diskontierter Zeitwert ermitteln. **Entsprechend** verfährt die Rechtsprechung mit Blick auf aufschiebend bedingte Positionen, Anwartschaftsrechte oder ungewisse und unsichere Rechte des Anfangs- oder Endvermögens bei der **Berechnung des Zugewinns** gem. § 1376 BGB (BGH NJW 1983, 2244, 2246 f. = DNotZ 1984, 394; NJW 1992, 2154, 2156 f.).

(2) In der Literatur wird in Bezug auf § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO ein anderer Ansatz vertreten: Bei **aufschiebend bedingten, ungewissen oder unsicheren Rechten** soll **§ 2313 BGB analog** gelten (MünchKommInsO/Ehrlicke, 3. Aufl. 2014, § 295 Rn. 65; Römermann, in: Nerlich/Römermann, InsO, 26. EL 2014, § 295 Rn. 26; wohl auch Reul, Kap. P Rn. 112 f.). Danach kommen solche Rechte als an den Treuhänder abzuführende Werte **erst** in Ansatz, **wenn die aufschiebende Bedingung eingetreten ist** bzw. das Recht feststeht.

Voraussetzung für eine Herausgabeobliegenheit ist bei derartigen Rechten dann, dass die **aufschiebende Bedingung vor Beendigung des Restschuldbefreiungsverfahrens eintritt** bzw. das Recht bis dahin feststeht. Dies ist ausgeschlossen, wenn die aufschiebende Bedingung gerade in der Erteilung der Restschuldbefreiung besteht. Auch ein denkbare Aufschieben der Entscheidung über den Antrag auf Restschuldbefreiung und über etwa gestellte Versagungsanträge (vgl. BGH DNotZ 2013, 614, 619 Tz. 19) hilft hier nicht weiter.

Folgt man dieser Ansicht, so wäre ein (auch: angenommenes) **aufschiebend bedingtes Vermächtnis** an den Schuldner oder dessen **Einsetzung als Nacherbe oder aufschiebend bedingter Vollerbe**, jeweils **anknüpfend an die Erteilung der Restschuldbefreiung**, auf der Bewertungsebene **einstweilen außer Ansatz** zu lassen. Eine Herausgabeobliegenheit bzgl. des hälftigen Werts könnte dann nicht – angesichts der Bedingung letztlich auch später nicht – entstehen.

## **BGB §§ 873, 925; GBO §§ 13, 19, 20, 39, 40, 44**

### **Eintragung nach Auflassung; Auflassung durch wahren Erben an buchberechtigten Scheinerben; Klarstellungsvermerk**

#### **I. Sachverhalt**

F war Alleineigentümerin eines Grundstücks. Zusammen mit ihrem Ehemann M errichtete sie einen Erbvertrag ohne Rücktrittsvorbehalt, in dem sich die Eheleute gegenseitig zu Alleinerben einsetzten. Später errichtete F – ohne Wissen des Ehemanns – ein einseitiges notarielles Testament, in dem sie die gemeinsame Tochter T zur Alleinerbin einsetzte.

Nach dem Tod der F wurde T aufgrund des Einzeltestaments im Wege der Grundbuchberichtigung als Alleineigentümerin im Grundbuch eingetragen. M meinte, dass das Testament unwirksam und er Alleinerbe geworden sei. M und T einigten sich dahingehend, dass T Eigentümerin der Eigentumswohnung „bleibt“ und an M einen Betrag zahlt. T erkannte gegenüber M an, dass dieser alleiniger Erbe geworden ist. Dies alles soll in notarieller Urkunde festgehalten werden.

#### **II. Fragen**

Kann T ohne Weiteres Eigentümerin der Eigentumswohnung „bleiben“? Welche Eintragungen sind erforderlich?

#### **III. Zur Rechtslage**

##### **1. Eigentumslage**

Ursprünglich war F Eigentümerin des Grundstücks. Wer nach dem Tod der F Eigentümer geworden ist, hängt von der Erbfolge ab (§ 1922 Abs. 1 BGB).

M und F haben einen **bindenden Erbvertrag** errichtet, in dem F ihren Ehemann M mit erbvertragsmäßiger Bindung zum Alleinerben ohne Rücktrittsvorbehalt eingesetzt hat (§§ 2274 ff., 2278 BGB). Daher ist das später errichtete einseitige **Testament der F gem. § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam**. M ist Alleinerbe der F und Eigentümer des Grundstücks geworden, nicht hingegen T.

Da das **Grundbuch** T als Eigentümerin ausweist, ist es **unrichtig** (vgl. § 894 BGB). T kann das Eigentum nur wirksam durch eine Übereignung vom Berechtigten – M – erlangen (§§ 873, 925 Abs. 1 BGB).

##### **2. Eintragung der Auflassung im Grundbuch**

Da T bereits im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen ist, fragt sich, ob es einer erneuten Eintragung der T nach Erklärung der Auflassung gem. § 873 Abs. 1 BGB bedarf.

Wie die §§ 879 Abs. 2 u. 892 Abs. 2 BGB zum Ausdruck bringen, kann die dingliche Erklärung über die Rechtsänderung der Eintragung im Grundbuch nachfolgen. Nach Ansicht der Rechtsprechung und herrschenden Literatur ist **bei einer nachfolgenden Einigung eine Neueintragung nicht notwendig**, wenn die Einigung auf Grundlage einer neuen Auflassung erfolgt, aber **dieselbe Rechtsänderung betrifft** (BGHZ 143, 175, 180 = DNotZ 2000, 639 = DNotI-Report 2000, 40; BayObLG DNotZ 2002, 731 = DNotI-Report 2002, 53; Palandt/Bassenge, BGB, 74. Aufl. 2015, § 873 Rn. 2). Ist etwa die Auflassung unwirksam, die Eintragung im Grundbuch aber gleichwohl erfolgt, bedarf es keiner erneuten Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch. In diesem Fall kann lediglich ein Klarstellungsvermerk eingetragen werden, wenn die Unwirksamkeit der Auflassung feststeht; bloße Zweifel reichen jedoch nicht (vgl. BayObLG DNotZ 2002, 731).

Vorliegend ist T als Eigentümerin aufgrund vermeintlicher Gesamtrechtsnachfolge nach F in das Grundbuch eingetragen worden. Soll T das Eigentum am Grundstück nunmehr auf rechtsgeschäftlichem Wege durch Auflassung von M erwerben, bezieht sich diese Erklärung **nicht** auf die **dieselbe Rechtsänderung**. Im einen Fall beruht die Rechtsänderung auf einer gesetzlich angeordneten **Gesamtrechtsnachfolge** (§ 1922 Abs. 1 BGB), im anderen auf einem **rechtsgeschäftlichen dinglichen Vertrag** bzgl. eines Einzelrechts. Daher muss T erneut als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen werden, um wirksam das Eigentum erwerben zu können (so in einem entsprechenden Fall BGH NJW 1952, 622 = BeckRS 1952, 31374893; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2012, § 873 Rn. 214; i. E. auch KGJ 51, A 187, 190; a. A. Streuer, Rpfleger 1988, 513, 516).

##### **3. Voreintragung des M erforderlich?**

Zweifelhaft ist, ob vor der Eintragung der Verfügende – M – als Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden muss.

Nach Auffassung des **BGH** ist eine **Voreintragung des wahren Erben nach § 39 GBO erforderlich, wenn der buchberechtigte Scheinerbe** das Eigentum **vom wahren Erben erwerben soll** (BeckRS 1952, 31374893). Die Voreintragung soll nicht gem. § 40 Abs. 1 GBO entbehrlich sein, da § 40 Abs. 1 GBO nur bei der Voreintragung des Erblassers zum Zuge kommt, nicht aber bei der eines Scheinerben.

Für diese Ansicht lässt sich anführen: Betroffener in materiell-rechtlicher Hinsicht ist der wahre Eigentümer. Er muss nach § 39 Abs. 1 GBO im Grundbuch eingetragen sein (vgl. Bauer, in: Bauer/v. Oefele, GBO, 3. Aufl. 2013, § 39 Rn. 43). Die Voreintragung ist u. E. auch dann nicht formalistisch, wenn es um eine Zwischeneintragung geht und diese sogleich wieder rückgängig zu machen ist (vgl. zur Parzellenverwechslung Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, § 39 Rn. 11; a. A. Bauer, § 39 Rn. 47). Dabei ist der **Normzweck** des § 39 Abs. 1 GBO zu berücksichtigen: Die Voreintragung soll die **Entwicklung der Rechtsverhältnisse am Grundstück** zuverlässig und **nachvollziehbar** darstellen (vgl. BGH DNotZ 2011, 199, 200 Tz. 21; Bauer, § 39 Rn. 3). Die Reihenfolge der Eigentumsverhältnisse erschiene aber nicht plausibel, wenn aus dem Grundbuch nicht hervorginge, dass M Eigentümer war und das Eigentum auf T übertragen hat. Es wäre nicht ersichtlich, dass T das Eigentum auf

rechtsgeschäftlicher Basis vom Erben der M erworben hat und nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge.

Folgt man der Auffassung des BGH, müsste im Grundbuch zunächst **aufgrund Berichtigungsbewilligung** eingetragen werden, dass M Eigentümer des Grundstücks ist (§ 894 BGB, §§ 19, 29 GBO; vgl. hierzu BGH-Report 2006, 147). Einen Erbschein darf das Grundbuchamt wohl nicht verlangen, denn es geht nicht um eine Berichtigung von Amts wegen auf Basis eines Erbschein, sondern um eine solche auf Basis der Bewilligung des Buchberechtigten.

#### 4. Ergebnis

Unseres Erachtens ist daher eine **Auflassung von M an T** sowie eine **Neueintragung der T** erforderlich. Nach Auffassung des BGH muss M in das Grundbuch als Voreigentümer eingetragen werden. Dies kann aufgrund einer Berichtigungsbewilligung der T geschehen. Evtl. empfiehlt es sich, die entsprechenden Anträge auf Zwischeneintragung nur vorsorglich zu stellen, falls das Grundbuchamt (entgegen der Ansicht des BGH) eine Zwischeneintragung im Einzelfall für entbehrlich halten sollte.

### 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.

#### MaBV § 3

**Sicherung einer Grunddienstbarkeit als Fälligkeitssvoraussetzung i. S. d. § 3 MaBV; Teilfläche; Möglichkeit der Bestellung einer einheitlichen Vormerkung**  
Abruf-Nr.:

#### EGBGB Art. 25

**Polen: Gesetzliche Erbfolge nach einem unverheirateten polnischen Staatsangehörigen; Fiskuserbrecht**  
Abruf-Nr.:

### Rechtsprechung

#### BGB §§ 164 Abs. 1, 873 Abs. 1; GBO §§ 19, 29, 35

**Transmortale Vorsorgevollmacht: Kein Erbschein vorzulegen, wenn Bevollmächtigter Miterbe ist**

**Der grundbuchliche Vollzug eines Rechtsgeschäftes, das ein Bevollmächtigter aufgrund einer trans- oder postmortal wirkenden Vollmacht des verstorbenen eingetragenen Berechtigten vornimmt, ist auch dann nicht von einem Erbnachweis nach § 35 GBO abhängig, wenn der Bevollmächtigte Miterbe ist.**

OLG Schleswig, Beschl. v. 15.7.2014 – 2 W 48/14

#### Problem

Grundbuchämter weisen transmortale Vollmachten mitunter zurück, wenn der Bevollmächtigte Erbe des Erblassers geworden ist. Nach Auffassung des **OLG Hamm** erlischt eine transmortale Vollmacht, wenn der **Bevollmächtigte** den Erblasser **allein beerbt** (DNotZ 2013, 689 = DNotI-Report 2013, 70). Das **OLG Schleswig** musste nun klären, ob dies auch dann gilt, wenn der **Bevollmächtigte Miterbe** geworden ist.

Die Ehefrau F hatte ihrem Ehemann M eine General- und Vorsorgevollmacht erteilt, die über den Tod hinaus mit Wirkung gegen die Erben wirksam sein sollte. F war Miteigentümerin eines Grundstücks. Sie verstarb und wurde nach Angabe von M sowohl von ihm als auch einer gemeinsamen Tochter beerbt. Aufgrund der Vollmacht veräußerte M den Miteigentumsanteil am Grundbesitz. Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung der Auflassung ab, weil M nicht gleichzeitig Erbe und Bevollmächtigter sein könne. Es sei ein Erbschein vorzulegen.

#### Entscheidung

Die hiergegen gerichtete Beschwerde hatte Erfolg. Laut OLG Schleswig kann der Veräußerer durch Vorlage der notariell beurkundeten Vollmacht (§ 29 GBO) seine Vertretungsmacht für die Erben belegen.

Die Generalvollmacht gelte ausdrücklich über den Tod des Vollmachtgebers hinaus, sei also als **transmortale Vollmacht** ausgestaltet. In dieser Konstellation müsse man im Grundbuchverfahren **keinen Erbnachweis in der Form des § 35 GBO** führen, denn der bzw. die Erben seien durch eine trans- oder postmortale Vollmacht des Erblassers gebunden, solange sie nicht widerrufen werde (vgl. bereits OLG Frankfurt DNotZ 2012, 140 f.; OLG München DNotZ 2012, 303). Anders läge es nur, wenn die **Voreintragung** der Erben erforderlich wäre, weil für eine Grundbuchberichtigung der **Erbnachweis unverzichtbar** sei. Im Falle der Übertragung oder Aufhebung eines zum Nachlass gehörenden Rechts durch die Erben des eingetragenen Berechtigten bedürfe es aber keiner vorherigen Grundbuchberichtigung nach § 40 GBO.

Für einen **Widerruf** der Vollmacht seitens F oder ihrer Rechtsnachfolger bestünden **keine Anhaltspunkte**. Sei der **Bevollmächtigte im Besitz der Vollmachtsurkunde**, müsse das Grundbuchamt regelmäßig vom Fortbestand der Vollmacht ausgehen. Die Ausfertigung vertrete gem. § 47 BeurkG im Rechtsverkehr die Urschrift. Es genüge, dass der Notar in der Urkunde die Vorlage der Ausfertigung bescheinige und eine beglaubigte Kopie der Ausfertigung zur Urkunde genommen habe.

Das Grundbuchamt hatte vorliegend Bedenken, da der Bevollmächtigte Erbe der Vollmachtgeberin geworden sei. Das OLG Schleswig geht auf diese Bedenken ein und setzt sich dabei mit der oben erwähnten Entscheidung des **OLG Hamm** auseinander (DNotZ 2013, 689): Das OLG Hamm habe ausgeführt, dass eine **Vollmacht durch Konfusion** erlösche, **wenn der Bevollmächtigte den Vollmachtgeber allein beerbe**; § 164 BGB setze nämlich eine Personenverschiedenheit zwischen Vertreter und Vertretenem voraus.

Diese Auffassung sei schon für den Fall, dass der Bevollmächtigte zur positiven Kenntnis des Grundbuchamts Alleinerbe geworden sei, **nicht unumstritten** (anders LG Bremen Rpfleger 1993, 235 mit zust. Anm. Meyer-



Stolte; BeckOK-GBO/Wilsch, Std.: 1.10.2014, § 35 Rn. 69; Palandt/Ellenberger, BGB, 74. Aufl. 2015, § 168 Rn. 4). Ob die Entscheidung dogmatisch überzeuge, könne aber offenbleiben, denn der Veräußerer (Bevollmächtigter) sei nach seinen Angaben **nicht** etwa **Alleinerbe** geworden, **sondern Miterbe**.

Die für die Erben der eingetragenen Erblasserin abgegebenen Erklärungen seien auch **nicht** insoweit **teilweise unwirksam**, als der Veräußerer selbst Mitglied der Erbengemeinschaft sei (vgl. hierzu Bestelmeyer, notar 2013, 147). Es müsse die **gesamthänderische Bindung** des Nachlasses berücksichtigt werden. Der Nachlass und das übrige Vermögen eines der Miterben seien gerade nicht zu einer Einheit verschmolzen. Selbst wenn der Bevollmächtigte Miterbe sei, handele er nicht für sich selbst, sondern für die Miterben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit (unter Hinweis auf DNotI-Abrufgutachten Nr. 112811).

Jedenfalls dann, wenn die Vollmacht nicht erlösche, träten die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs in Bezug auf die Legitimationswirkung der transmortalen Vollmacht in den Vordergrund. Materiell-rechtlich bestünden ohnehin keine Unterschiede, wenn die Erklärungen des Bevollmächtigten aus eigenem Recht als Miterbe oder aufgrund wirksamer Stellvertretung wirksam seien. Im Grundbuchverfahren herrsche zwar eine besondere Formstrenge, um die Richtigkeit des Grundbuchs zu gewährleisten. Dies rechtfertige es aber nicht, das Erfordernis eines Erbnachweises unter dem Gesichtspunkt zu beurteilen, ob der Bevollmächtigte sich bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung eines Nachlassgegenstands streng genommen „selbst“ vertrete. Wenn diese dogmatische Betrachtung schon **materiell-rechtlich ohne Bedeutung** sei, könne sie **nicht im Grundbuchrecht zum Selbstzweck erhoben** werden.

Es bestehe schließlich nicht die Gefahr, dass der Bevollmächtigte die transmortale Vollmacht nur scheinbar nutze, um die mit der Erteilung eines Erbscheins verbundenen Kosten zu vermeiden.

#### Praxishinweis

Ist der **Bevollmächtigte Miterbe** geworden, kann er nach der Entscheidung des OLG Schleswig Grundbesitz aufgrund einer transmortalen Vorsorgevollmacht **ohne Voreintragung** und ohne **Vorlage eines Erbscheins** veräußern. Vorsicht ist geboten, wenn eine Voreintragung nicht nach § 40 GBO entbehrlich sein sollte. Dies gilt etwa dann, wenn zugunsten des Erwerbers vor Eigentumsumschreibung eine **Finanzierungsgrundschuld** in das Grundbuch einzutragen ist. Die Grundschuld kann nur eingetragen werden, wenn die Erben als Eigentümer im Grundbuch stehen (§ 39 GBO). Dafür ist grundsätzlich die Vorlage eines Erbscheins erforderlich und die Vollmacht nicht ausreichend. Ein Ausnahmetatbestand nach § 40 Abs. 1 GBO greift nach Ansicht der h. M. nicht ein (KG FGPrax 2011, 270 = FamRZ 2012, 742; Kurze, ZErB 2008, 399, 401; Ivo, ZErB 2006, 7, 10; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 142; a. A. Milzer, DNotZ 2009, 325, 326 ff.).

#### WEG § 23 Abs. 1

#### Öffnungsklausel einer WEG keine Grundlage für Aufbüdung neuer Leistungspflichten

a) Die durch eine Öffnungsklausel legitimierte Mehrheitsmacht wird materiellrechtlich u. a. durch unentziehbare, aber verzichtbare Mitgliedschaftsrechte begrenzt; ein in solche Rechte ohne Zustimmung der nachteilig betroffenen Wohnungseigentümer eingreifender Beschluss ist schwebend unwirksam.

b) Zu den unentziehbaren, aber verzichtbaren Mitgliedschaftsrechten gehört das sog. Belastungsverbot, das jeden Wohnungseigentümer vor der Aufbüdung neuer (originärer) – sich weder aus dem Gesetz noch aus der bisherigen Gemeinschaftsordnung ergebender – Leistungspflichten schützt.

BGH, Urt. v. 10.10.2014 – V ZR 315/13

#### Problem

Die Klägerin ist Eigentümerin einer im Erdgeschoss gelegenen Wohnung einer WEG. Zu ihrem Sondereigentum gehört das Sondernutzungsrecht an der die Wohnung umgebenden Gartenfläche. Gem. § 6 Nr. 1 der Teilungserklärung (TE) obliegt die **Instandhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums** der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und ist vom Verwalter durchzuführen. § 4 TE enthält eine sog. Öffnungsklausel und bestimmt, dass eine Änderung der §§ 3-20 TE durch Beschluss mit 2/3-Mehrheit möglich ist.

Die Eigentümerversammlung hat mit 2/3-Mehrheit einen **Beschluss** gefasst, dass „*hinsichtlich der Sondernutzungsflächen der Erdgeschosswohnungen [...] ab dem [...] die ordnungsgemäße Instandhaltung in Gestalt von Gartenpflege- und Reinigungsarbeiten den jeweiligen Sondernutzungsberechtigten obliegt und diese auch die dadurch entstehenden Kosten zu tragen haben. Dies schließt die notwendige Bewässerung mit ein.*“

Mit ihrer Beschlussmängelklage begehrt die Klägerin, den Beschluss vollumfänglich für ungültig zu erklären. Klage und Berufung sind insoweit ohne Erfolg geblieben.

#### Entscheidung

Die Revision vor dem BGH hat Erfolg. Nach Ansicht des BGH ist der angegriffene **Beschluss unwirksam**.

Der Beschluss sei zwar **hinreichend bestimmt**, da er durchführbare Regelungen enthalte und keine inneren Widersprüche aufweise. Es werde hinreichend deutlich, dass es um Maßnahmen der üblichen Gartenpflege gehe.

Der Beschluss sei auch auf Grundlage einer hinreichenden **formellen Kompetenzgrundlage** getroffen worden (§ 23 Abs. 1 WEG). Die Kompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft ergebe sich aus der Öffnungsklausel des § 4 TE (vgl. § 10 Abs. 2 S. 2 WEG). Dass der Gegenstand der Beschlussfassung hierunter falle, unterliege keinem Zweifel.

Der Beschluss sei jedoch aus materiellen Gründen unwirksam. Die **Öffnungsklausel legitimiere** zukünftige Mehrheitsentscheidungen **lediglich formell**, rechtfertige sie aber **nicht materiell**.

Zum Schutz der Minderheit seien inhaltliche Schranken zu beachten. Erst bei der Frage, ob die beschlossene Änderung den Grundsätzen **ordnungsmäßiger Verwaltung** entspreche, sei den Wohnungseigentümern aufgrund ihres Selbstorganisationsrechts ein weiter, durch das Willkürverbot beschränkter **Gestaltungsspielraum** eingeräumt.

**Schranken** ergäben sich zunächst aus den **gesetzlichen Bestimmungen** der §§ 134, 138, 242 BGB und den zum **Kernbereich** des Wohnungseigentumsrechts zählenden Vorschriften, wozu u. a. **unentziehbare und unverzichtbare Individualrechte** gehörten. Ein Beschluss, der in den Kernbereich eingreife, sei nichtig.

Darüber hinaus werde die Öffnungsklausel durch **Individualrechte** begrenzt, die **verzichtbar** seien, **aber** einer **Zustimmung** der nachteilig betroffenen Wohnungseigentümer bedürften. Ein Beschluss, der in solche Rechte eingreife, sei **schwebend unwirksam**. Zu den mehrheitsfesten Rechten gehöre das **Belastungsverbot** (vgl. § 53 Abs. 3 GmbHG, §§ 179 Abs. 3, 180 Abs. 1 AktG); dieses schütze jeden Wohnungseigentümer vor der Aufbürdung neuer Leistungspflichten, die sich weder aus dem Gesetz noch aus der bisherigen Gemeinschaftsordnung ergäben.

Die Leistungspflichten im vorliegenden Beschluss hätten im Gesetz keine Grundlage. Die ordnungsmäßige **Instandhaltung** und Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums **obliege den Wohnungseigentümern** gem. § 21 Abs. 1 u. 5 Nr. 2 WEG **gemeinschaftlich**. Die Wohnungseigentümer seien nicht verpflichtet, Instandhaltungsmaßnahmen selbst vorzunehmen oder vornehmen zu lassen. Vielmehr seien Beschlüsse, die Instandhaltungsmaßnahmen betreffen, vom Verwalter umzusetzen (§ 27 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 WEG). Die Wohnungseigentümer hätten **lediglich die Kosten** dafür aufzubringen. Nichts anderes folge aus **§ 16 Abs. 4 WEG**.

Denn auch nach dieser Vorschrift könnten die Wohnungseigentümer lediglich die **Verteilung** der u. a. für Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen angefallenen Kosten

abweichend von § 16 Abs. 2 WEG mit qualifizierter Mehrheit regeln, und dies ohnehin nur im Einzelfall.

§ 6 TE enthalte keine davon abweichende Regelung, denn er bestimme nur im Einklang mit dem Gesetz, dass die Instandhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums der Gemeinschaft obliege. Hierzu gehöre auch die Instandhaltung der vom **Sondernutzungsrecht** der Klägerin erfassten Gartenflächen, weil das Sondernutzungsrecht die **sachenrechtliche Zuordnung** des Nutzungsgegenstands **zum Gemeinschaftseigentum unverändert** lasse.

Zwar sei es bei Sondernutzungsrechten üblich, dem Sondernutzungsberechtigten die **Pflicht zur Instandhaltung** auf eigene Kosten aufzuerlegen, da ein Auseinanderfallen von Nutzungsrecht und Instandhaltungslast als unbefriedigend empfunden werde. Das ändere aber nichts daran, dass eine abweichende Regelung bereits in der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung selbst oder im Wege einer späteren Vereinbarung der Wohnungseigentümer hätte getroffen werden müssen. Sei dies nicht geschehen, bleibe die **Gemeinschaft zuständig**; eine nachträgliche Übertragung der Pflichten sei nur noch mit Zustimmung des Betroffenen möglich.

Der Beschluss sei daher zunächst schwebend unwirksam gewesen. Da die Klägerin ihre Zustimmung verweigert habe, sei er endgültig unwirksam geworden.

Eine teilweise Aufrechterhaltung des Beschlusses gem. § 139 oder § 140 BGB als isolierte Kostentragungsregelung gem. **§ 16 Abs. 3 WEG** scheidet aus, da sich ein entsprechender hypothetischer Wille der Wohnungseigentümer vorliegend nicht feststellen lasse.

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  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg