

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

24. Jahrgang
August 2016
ISSN 1434-3460

15/2016

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 8, 10, 13, 15 – Zeitlich gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten

BGB §§ 1741, 1767, 1770; AdoptG Art. 12 – Altadoption; Überleitung in Volljährigenadoption; verwandtschaftliche Verhältnisse; gesetzliches Erbrecht der Abkömmlinge des nichtehelichen Vaters bei Geburt vor dem 1.7.1949

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 2325 Abs. 3 – Fristlauf bei Vorbehalt eines Wohnungsrechts

BGB §§ 883, 158; GBO §§ 19, 22, 29; BNotO § 14 – Auflösend bedingte Auflassungsvormerkung: notarieller Löschantrag als auflösende Bedingung zulässig

BGB § 2113; GBO § 51 – Freigabe einzelner Nachlassgegenstände aus der Nacherbenbindung durch Zusammenwirken von Vor- und Nacherben

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 8, 10, 13, 15 Zeitlich gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten

I. Sachverhalt

In einer Teilungserklärung ist folgender Zuweisungsvorbehalt betreffend die Stellplätze in der Tiefgarage enthalten:

„Im 1. Untergeschoss werden 8 Stellplätze in Doppelparkern angelegt, die in dem beigefügten Lageplan des 1. Untergeschosses (Anlage 3) eingezeichnet und mit Nr. Stellplatz 1/2 Doppelparker 15 unten 16 oben; Stellplatz 3/4 Doppelparker 17 unten 18 oben; Stellplatz 5/6 Doppelparker 19 unten 20 oben; Stellplatz 7/8 Doppelparker 21 unten 22 oben bezeichnet sind. Von der Nutzung dieser Stellplätze sind alle Wohnungs- und Teileigentümer mit Ausnahme des derzeitigen Eigentümers ausgeschlossen, und zwar solange dieser noch Eigentümer eines Wohnungs- oder Teileigentums ist. Der derzeitige Eigentümer ist berechtigt, an diesen Stellplätzen Sondernutzungsrechte zugunsten von Wohnungs- und Teileigentümern zu begründen und diesen zuzuweisen. Diese Zuweisung bedarf der notariellen Beurkundung oder Beglaubigung. Soweit nach den vorstehenden Bestimmungen keine Sondernutzungsrechte begründet wurden, dienen die (restlichen) Stellplätze allen Eigentümern als gemeinschaftliche Stellplätze.“

Im ersten Bauträgerkaufvertrag ist eine Zuweisung vorgenommen und vom Grundbuchamt im Grundbuch eingetragen worden. Im zweiten und in den folgenden Bauträgerkaufverträgen findet sich ebenfalls eine Zuweisung. Das Grundbuchamt verlangt nunmehr die Zustimmung der Berechtigten von Erwerbsvormerkungen sowie der Finanzierungsgrundschuldgläubiger betreffend den ersten Bauträgerkaufvertrag.

II. Frage

Sind die Zustimmungen erforderlich?

III. Zur Rechtslage

1. Vorbemerkung

Die Rechtsfrage betrifft im Wesentlichen die Auslegung einer bereits beurkundeten Teilungserklärung. Bei der Auslegung von Teilungserklärungen und Gemeinschaftsordnungen kommt es üblicherweise nicht auf den Willen der Verfasser der Teilungserklärung an, sondern allein auf den Wortlaut und Sinn der betroffenen Regelung, wie er sich für einen unbefangenen Leser als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen oder in Bezug Genommenen ergibt (BGH DNotZ 1984, 556, 557; BayObLG DNotZ 1989, 426; BayObLGZ 1983, 73, 78 f. m. w. N.). Das Deutsche Notarinstitut kann eine gerichtliche Entscheidung in Auslegungsfragen nicht vorwegnehmen, vielmehr lediglich Aspekte aufzeigen, die bei der Auslegung ggf. zu beachten sind. Nur das im Einzelfall zur Entscheidung berufene Gericht kann die Auslegungsfrage nach Ausschöpfung aller Beweismittel beantworten, d. h. für die Parteien ein verbindliches Auslegungsergebnis feststellen. Die nachfolgenden Ausführungen sind unter diesen Einschränkungen zu sehen.

2. Nachträgliche Zuweisung von Sondernutzungsrechten: Gestaltungsvarianten

Wenn der aufteilende Eigentümer noch nicht genau weiß, welches Sondernutzungsrecht welcher Wohnung zugeordnet sein soll, bieten sich ihm drei Möglichkeiten einer nachträglichen Zuweisung an (Überblick bei Rapp, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Aufl. 2015, A III Rn. 60 ff.):

a) Das sog. „Parken“ von Sondernutzungsrechten

Der aufteilende Eigentümer kann in der Gemeinschaftsordnung **alle geplanten Sondernutzungsrechte nach §§ 10 Abs. 2, 15 Abs. 1 WEG begründen und einer Sondereigentumseinheit zuweisen**, wobei es sich im Regelfall um diejenige Einheit handelt, die der teilende Eigentümer gar nicht oder voraussichtlich erst spät verkaufen wird (meist eine Garage, eine Musterwohnung oder ein Keller). Dann kann der Eigentümer diese **Sondernutzungsrechte auf einen anderen Wohnungseigentümer übertragen**, ohne dass es einer Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer bedarf (vgl. BGHZ 73, 145, 149 = NJW 1979, 548 = DNotZ 1979, 168).

Nimmt man den Weg über „geparkte“ Sondernutzungsrechte, so ist der Ausschluss des Gemeingebruchs entgegen § 13 Abs. 2 WEG bereits mit der Teilung genau festzulegen. Insbesondere müssen Umfang und Inhalt der Sondernutzungsrechte zu diesem Zeitpunkt feststehen (vgl. zu den dadurch entstehenden Problemen Hogenschurz, Das Sondernutzungsrecht nach WEG, 2008, Rn. 66 m. w. N.). Schließlich sollte der Verkäufer von vornherein wissen, welche Sondereigentumseinheit er zuletzt veräußern wird. Will der aufteilende Eigentümer die mit dem geparkten Sondernutzungsrecht ausgestattete Wohnung vorzeitig veräußern, ist er gezwungen, sämtliche Sondernutzungsrechte kostspielig auf eine andere Sondereigentumseinheit zu übertragen (vgl. Häublein, Sondernutzungsrechte und ihre Begründung im Wohnungseigentumsrecht, 2003, S. 276). Daher eignet sich das „Parken“ von Sondernutzungsrechten nur bei kleinen und übersichtlichen Sondereigentumsanlagen.

b) Aufschiebend bedingter Ausschluss aller Miteigentümer vom Mitgebrauch

Eine andere Möglichkeit besteht darin, alle Wohnungseigentümer – also auch den aufteilenden Eigentümer – **unter der aufschiebenden Bedingung vom Mitgebrauch auszuschließen, dass ein Dritter oder der aufteilende Eigentümer selbst die ausschließliche Nutzung einem bestimmten Wohnungseigentümer zuordnet**. Die Eintragung dieses Sondernutzungsrechts lässt sich ohne Mitwirkung der anderen Wohnungseigentümer und ohne Bewilligung der an ihren Anteilen dinglich Berechtigten eintragen, wenn dem Grundbuchamt der Bedingungseintritt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wird (OLG Düsseldorf MittRhNotK 1993, 30 = Rpfleger 1993, 193; OLG Frankfurt DNotZ 1998, 392 = MittBayNot 1998, 183 m. Anm. Schmidt; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2913a). Nach allgemeiner Auffassung kann außer dem teilenden Eigentümer auch ein sonstiger Berechtigter die Zuordnungserklärung abgeben (OLG Düsseldorf MittRhNotK 1993, 30, 31; BayObLG DNotZ 1986, 479, 483 m. Anm. Ertl = MittBayNot 1986, 24; Häublein, S. 276 ff.; Schöner/Stöber, Rn. 2913a). Die Gestaltung bewirkt, dass die Wohnungseigentümer ab Eintritt der Bedingung gem. § 158 BGB vom Mitgebrauch der zugewiesenen Fläche des Gemeinschaftseigentums ausgeschlossen sind.

c) Sofortiger Ausschluss aller Miteigentümer mit Ausnahme des teilenden Eigentümers

Schließlich kann der teilende Eigentümer **sämtliche künftigen Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch nach § 13 Abs. 2 S. 2 WEG ausschließen, sich selbst jedoch das Recht zum Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums vorbehalten**, ohne dies einem Miteigentumsanteil zuzuordnen. Dann steht die Nutzung als verbleibender Gemeingebruch weiterhin allen Wohnungen zu, die noch dem teilenden Eigentümer gehören. Da damit die **negative Komponente des Ausschlusses der übrigen Wohnungseigentümer schon in der Teilungserklärung geschaffen** ist, bedarf es **für die positive Komponente** der Begründung des Sondernutzungsrechts – **Zuweisung zu bestimmten Miteigentumsanteilen – lediglich der Zustimmung der Berechtigten an den verbliebenen Einheiten des Eigentümers** (BayObLG MittBayNot 1985, 74, 77; OLG Köln BeckRS 2001, 31047404). Diese Mitwirkung der dinglich Berechtigten an den verbliebenen Einheiten des Eigentümers ist allerdings notwendig: Die Eintragung der Sondernutzungsrechte im Grundbuch bewirkt eine Inhaltsänderung des Sondereigentums des aufteilenden Eigentümers, da ihm bisher zustehende gesetzliche Nutzungsrechte aus § 13 Abs. 2 S. 1 WEG entzogen werden. Die an den Wohnungseigentumsrechten des teilenden Eigentümers dinglich Berechtigten müssen daher der Eintragung der Sondernutzungsrechte im Grundbuch zustimmen (BayObLG Rpfleger 1990, 63 f.).

Da die negative Komponente – Ausschluss der übrigen Wohnungseigentümer – bereits mit dinglichem Vollzug der Teilungserklärung wirksam wird, ist wie gesagt für die positive Komponente des Sondernutzungsrechts – Zuweisung zu bestimmten Miteigentumsanteilen – nur noch die Zustimmung der Berechtigten an den verbliebenen Einheiten des Eigentümers notwendig. Der Zugang der Erklärung des teilenden Eigentümers bei den übrigen Miteigentümern ist nicht erforderlich, weil diese nicht betroffen sind; sie sind ja bereits in der Teilungserklärung von der Nutzung ausgeschlossen. Wird die Zuweisungserklärung wirksam, ist die fehlende Eintragung im Grundbuch insofern unschädlich, als die Eintragung des Sondernutzungsrechts lediglich die Wirkungen des § 10 Abs. 3 WEG zeitigt, das Sondernutzungsrecht jedoch unabhängig von der Eintragung entsteht. Die **Zuweisungsermächtigung** als Grundlage für die Zuweisung des Sondernutzungsrechts und damit für dessen Entstehen außerhalb des Grundbuchs ist **von Anfang an** als Vereinbarung gem. § 10 Abs. 3 WEG im Grundbuch eingetragen und wirkt folglich auch gegenüber Sondernachfolgern.

Wesentlich ist die Feststellung, dass nach wohl einhelliger Auffassung die **Erklärung des teilenden Eigentümers**, mit der das Sondernutzungsrecht entsteht, **zwar die Gemeinschaftsordnung ändert, dass dazu aber nicht die Bewilligung/Zustimmung der von Anfang an vom Mitgebrauch ausgeschlossenen übrigen Miteigentümer oder der Inhaber dinglicher Rechte an den entsprechenden Wohnungseigentumseinheiten erforderlich** ist (OLG Hamm MittRhNotK 1998, 318, 319 f.; BayObLG Rpfleger 1990, 63; LG Köln RNotZ 2001, 393; Schöner/Stöber, Rn. 2913; Häublein, S. 285 ff.; vgl. auch BayObLG RNotZ 2001, 521). Denn die negative Komponente des Sondernutzungsrechts ist bereits dinglicher Inhalt der übrigen Wohnungseigentumsrechte geworden (OLG Hamm MittRhNotK 1998, 318, 319 f.).

3. Vorliegender Fall

Vorliegend ist eine Gestaltung nach Ziff. 2 c) – **sofortiger Ausschluss aller Miteigentümer mit Ausnahme des teilenden Eigentümers** – gewählt worden. In diesem Fall ist nach dem oben Gesagten die Zustimmung der dinglich Berechtigten an den Wohnungen erforderlich, die dem teilenden Eigentümer gehören. Somit ist die Zwischenverfügung begründet. Die vormerkungsgesicherten Erwerber müssten nur dann nicht zustimmen, wenn ihnen das Eigentum an der Wohnung vor Eintragung des Sondernutzungsrechts übertragen würde und sie somit zu bereits ausgeschlossenen Miteigentümern würden. Solange sie jedoch nur Gläubiger eines dinglichen Rechts oder einer Vormerkung an einer Wohnung des teilenden Eigentümers sind, müssen sie zur Begründung des Sondernutzungsrechts ihre Zustimmung erteilen.

BGB §§ 1741, 1767, 1770; AdoptG Art. 12 Altadoption; Überleitung in Volljährigen- adoption; verwandtschaftliche Verhältnisse; gesetzliches Erbrecht der Abkömmlinge des nichtehelichen Vaters bei Geburt vor dem 1.7.1949

I. Sachverhalt

Die Erblasserin verstirbt im Jahre 2015. Sie ist deutsche Staatsangehörige gewesen, unverheiratet, kinderlos und ohne Testament. Aus der Ehe der vorverstorbenen Eltern stammten einschließlich der Erblasserin vier Kinder. Der Vater war Erzeuger eines nichtehelichen Kindes (X), das am 4.4.1944 geboren wurde. X wurde mit Wirkung zum 3.5.1950 an Kindes Statt von einem deutschen Staatsangehörigen angenommen.

II. Frage

Ist das nichteheliche Geschwister in gesetzlicher Erbfolge erbberechtigt und daher Miterbe geworden?

III. Zur Rechtslage

1. Eintritt gesetzlicher Erbfolge

Als **gesetzliche Erben** der kinderlos und unverheiratet verstorbenen Erblasserin kommen die Erben **der zweiten Ordnung gem. § 1925 BGB** in Betracht (§ 1930 BGB). Es sind dies die **Eltern** und deren Abkömmlinge (§ 1925 Abs. 1 BGB). Leben beide Elternteile, erben sie allein und zu gleichen Teilen (§ 1925 Abs. 2 BGB). Lebt zur Zeit des Erbfalls der Vater oder die Mutter nicht mehr, so treten an die Stelle des Verstorbenen dessen **Abkömmlinge** nach den für die Beerbung der ersten Ordnung geltenden Vorschriften (§ 1925 Abs. 3 S. 1 BGB).

Daher sind **an die Stelle der Mutter der Erblasserin** hinsichtlich deren Hälfte gem. §§ 1925 Abs. 3 S. 1, 1924 Abs. 4 BGB die **Abkömmlinge** der Mutter getreten, also die drei (vollbürtigen) Geschwister der Erblasserin zu gleichen Teilen (= jeweils 1/6 Erbquote).

Die **Stelle des vorverstorbenen leiblichen Vaters** der Erblasserin nehmen gem. § 1925 Abs. 3 S. 1 BGB zunächst zweifelsohne die aus der Ehe mit der Mutter der Erblasserin hervorgegangenen Kinder ein. **Fraglich** ist, ob darüber hinaus das am 4.4.1944 geborene **nichteheliche Kind** des Vaters (X) zu berücksichtigen ist, sodass sich die dem Vater gebührende Hälfte auf vier Personen verteilt (= jeweils 1/8).

2. Rechtswirkungen der Altadoption

Bei der Adoption aus dem Jahr 1950 handelt es sich um eine sog. Altadoption, weil sie **vor Inkrafttreten des Adoptionsgesetzes (AdoptG) am 1.1.1977** erfolgt ist.

Vor Inkrafttreten des Adoptionsgesetzes erlangte das Kind aufgrund des gerichtlich bestätigten Annahmevertrags zwar gem. § 1757 BGB a. F. die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des oder der Annehmenden. Für den Annehmenden wurde jedoch gem. § 1759 BGB a. F. gegenüber dem Kind kein Erbrecht begründet; dafür konnte der Annehmende nach § 1767 Abs. 1 BGB a. F. ein Erbrecht (oder Pflichtteilsrecht) des Kindes ihm gegenüber im Annahmevertrag ausschließen. In jedem Fall ließ die Adoption nach altem Recht das Verwandtschaftsverhältnis zu den leiblichen Verwandten bestehen (§ 1764 BGB a. F.). Auch die Minderjährigenadoption war folglich nach altem Recht lediglich mit „schwachen“ Wirkungen ausgestattet (vgl. dazu ausführlich Gutachten DNotI-Report 1999, 11).

Adoptionen aus der Zeit vor Inkrafttreten des Adoptionsgesetzes am 1.1.1977 wurden allerdings **durch Art. 12 §§ 1-7 AdoptG** in Minderjährigen- oder Volljährigenadoptionen nach neuem Recht **übergeleitet**. In eine Minderjährigenadoption übergeleitet wurde das Annahmeverhältnis nur, wenn der Adoptierte am 1.1.1977 noch minderjährig, d. h. unter 18 Jahre alt war (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 75. Aufl. 2016, § 1924 Rn. 15). War der **Angenommene** dagegen – wie im vorliegenden Fall – am 1.1.1977 bereits **volljährig**, dann sind **gem. Art. 12 § 1 Abs. 1 AdoptG** auf dieses Annahmeverhältnis ab dem 1.1.1977 grundsätzlich **die neuen Vorschriften über die Annahme Volljähriger anwendbar**. Für ein solches Annahmeverhältnis gilt daher auch **§ 1770 BGB**, sodass sich die Wirkungen der Annahme nicht auf die Verwandten des Annehmenden erstrecken und die Rechte und Pflichten aus dem Verwandtschaftsverhältnis des Angenommenen und seiner Abkömmlinge zu ihren (leiblichen) Verwandten durch die Annahme nicht berührt werden. Auch im konkreten Fall **blieb** somit das **Verwandtschaftsverhältnis des adoptierten X zu seinen leiblichen Verwandten bestehen mit der Konsequenz der andauernden Erb- und Pflichtteilsberechtigung** und wurde kein Verwandtschaftsverhältnis gegenüber den Verwandten des Annehmenden mit korrespondierenden erbrechtlichen Ansprüchen begründet (s. aber 3. b] aa] zum Verhältnis zum leiblichen Vater).

3. Erbrecht des vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kindes

Wie bereits ausgeführt, war die Adoption des X mit schwachen Wirkungen ausgestattet und wurde in eine Volljährigenadoption neuen Rechts übergeleitet, d. h. wiederum in eine Adoption mit schwachen Wirkungen, die die Verwandtschaftsverhältnisse zu den leiblichen Verwandten nicht tangiert.

a) Dies bedeutet in Bezug auf die **leibliche Mutter**, dass das Verwandtschaftsverhältnis zu ihr und ihren Verwandten von der Adoption unberührt blieb und insoweit (wechselseitige) **gesetzliche Erb- und Pflichtteilsansprüche** gegeben sein können (vgl. Palandt/Weidlich, § 1924 Rn. 8).

b) Ferner ließ die Adoption das Verwandtschaftsverhältnis zum **leiblichen Vater** bestehen, soweit die Vaterschaft im Rechtssinne (z. B. aufgrund Vaterschaftsanerkennung oder gerichtlicher Feststellung) feststand.

aa) Dabei handelte es sich um das Verwandtschaftsverhältnis eines **nichtehelichen Kindes**, das sich mit Inkrafttreten des

Nichtehelichengesetzes verändert haben mochte. Denn durch das **Nichtehelichengesetz zum 1.7.1970 (NEhelG)** wurde für nichteheliche Kinder, die – wie vorliegend X – vor dem Inkrafttreten des Gesetzes geboren worden waren, ein Erbrecht geschaffen (vgl. Art. 12 § 1 NEhelG). Dies galt allerdings nur für Erbfälle nach Inkrafttreten (vgl. Art. 12 § 10 Abs. 1 NEhelG).

Ausgenommen von der gesetzlichen Neuregelung waren zudem **gem. Art. 12 § 10 Abs. 2 NEhelG die vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder** (zu denen X zählt); für diese sollten **die bis dahin geltenden Vorschriften** auch dann **maßgeblich** bleiben, wenn der Vater nach dem Inkrafttreten des Gesetzes versterben würde. Das bedeutete, dass die vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder gem. § 1589 Abs. 2 BGB a. F. weiterhin als nicht verwandt mit ihrem nichtehelichen Vater galten und dass diese Kinder folglich weder nach ihrem nichtehelichen Vater erb- und pflichtteilsberechtigt waren noch umgekehrt dem nichtehelichen Vater Erbansprüche beim Tod des nichtehelichen Kindes zustanden. Gleiches galt für die väterlichen Verwandten (vgl. nur Palandt/Weidlich, Art. 227 EGBGB Rn. 2).

Zu berücksichtigen ist dabei, dass sich die vor Inkrafttreten des NEhelG geborenen nichtehelichen Abkömmlinge gem. Art. 12 § 3 NEhelG auch auf Vaterschaftsanerkennnisse nach altem Recht oder Unterhaltstitel als Legitimationsgrundlage für die Verwandtschaft und damit Erbberechtigung stützen konnten. In **Art. 12 § 3 Abs. 1 NEhelG** ist bestimmt, dass ein Mann (auch) dann als **Vater i. S. d. des Gesetzes** anzusehen ist, wenn er vor Inkrafttreten des Gesetzes in einer **öffentlichen Urkunde seine Vaterschaft anerkannt** oder sich in einem **vollstreckbaren Schuldtitel** zur Erfüllung seines Anspruchs nach § 1708 BGB a. F. verpflichtet hat oder hierzu vor Inkrafttreten des Gesetzes **rechtskräftig verurteilt** worden ist (vgl. Odersky, NEhelG, 2. Aufl. 1971, Art. 12 § 3).

bb) Durch das **Zweite Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder**, zur Änderung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung vom 12.4.2011 (BGBl. I, S. 615), in Kraft getreten am 16.4.2011, sind die vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder nunmehr vollständig gleichgestellt worden (Palandt/Weidlich, Art. 227 EGBGB Rn. 4 f.). Die Änderung der Rechtslage war notwendig geworden, nachdem der EGMR am 28.5.2009 (DNotZ 2010, 136 = ZEV 2009, 510) die Ungleichbehandlung solcher nichtehelicher Kinder als Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention erachtet hatte.

Der Gesetzgeber hat eine **Rückwirkung dieser Gleichstellung auf den Tag nach der Entscheidung des EGMR (29.5.2009)** angeordnet. Die Ungleichbehandlung ist damit rückwirkend für alle Todesfälle ab diesem Zeitpunkt beseitigt worden. Davor liegende Erbfälle sind noch nach Art. 12 § 10 Abs. 2 S. 1 NEhelG a. F. zu beurteilen (was als verfassungsrechtlich unproblematisch angesehen wird: BGH DNotZ 2012, 212; BVerfG NJW 2013, 2103). Im Übrigen sind ab diesem Zeitpunkt **auch die vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder**, die bisher nicht gesetzliche Erben ihres Vaters und seiner Verwandten waren, wie alle anderen nichtehelichen Kinder den ehelichen Kindern **gleichgestellt**. Gleiches gilt für das Verhältnis des nichtehelichen Vaters und der väterlichen Verwandten zum Kind. Bei der Prüfung gesetzlicher Erb- und Pflichtteilsansprüche ist daher nicht immer vom Sterbezeitpunkt des nichtehelichen

Kindes oder nichtehelichen Vaters auszugehen, sondern **vom jeweiligen Erblasser** (vgl. Rebban, MittBayNot 2011, 285, 287 f.). Die Neuregelung hat somit nicht nur dem nichtehelichen Kind und nichtehelichen Vater ein neues gesetzliches Erbrecht gebracht, sondern ggf. auch den väterlichen Verwandten nach dem Kind (vgl. Krug, ZEV 2011, 397, 399; s. auch OLG München FGPrax 2013, 73 = ZErB 2013, 60 = FamRZ 2013, 1333). So führt *Leipold* aus (FPR 2011, 275, 276; Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„Die Sonderregelung für die ‚alten‘ nichtehelichen Kinder im bisherigen Absatz 2 des Art. 12 § 10 NEhelG wurde durch das Reformgesetz aufgehoben. Rechtstechnisch geschah dies dadurch, dass Art. 12 § 10 NEhelG neue Absätze 2 und 3 erhielt, in denen die erbrechtliche Benachteiligung der ‚alten‘ nichtehelichen Kinder nicht mehr enthalten ist. In Zukunft gelten also im Verhältnis des nichtehelichen Kindes zu seinem Vater die allgemeinen erbrechtlichen Vorschriften über das gesetzliche Erbrecht und das Pflichtteilsrecht, auch wenn das Kind vor dem 1.7.1949 geboren wurde. Dies gilt wechselseitig und bezieht auch die Verwandten des nichtehelichen Kindes und die Verwandten des Vaters mit ein. [...] Aufgehoben wurde auch Art. 12 § 10a NEhelG, der es seit 1998 Vater und Kind ermöglichte, durch eine ‚Gleichstellungsvereinbarung‘ den Ausschluss vom Erb- und Pflichtteilsrecht zu beseitigen.“

cc) Da sich der zu beurteilende Erbfall im Jahr 2015 und damit nach dem 28.5.2009 ereignet hat, ist u. E. bei der Ermittlung der gesetzlichen Erben der Erblasserin das vor dem 1.7.1949 geborene **nichteheliche Halbgeschwister (X) zu berücksichtigen**. Wegen der Gleichstellung der vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder für die ab 29.5.2009 eingetretenen Erbfälle ist X auch gegenüber den Verwandten des Vaters voll erbberechtigt.

4. Ergebnis

Die Erblasserin ist u. E. gem. § 1925 Abs. 3 S. 1 BGB zu jeweils 7/24 von ihren drei vollbürtigen Geschwistern (jeweils 1/6 aus der mütterlichen Hälfte und jeweils 1/8 aus der väterlichen Hälfte, die bei jedem vollbürtigen Geschwister einen einheitlichen Erbeil bilden, denn die Voraussetzungen des § 1927 BGB liegen nicht vor, vgl. Palandt/Weidlich, § 1925 Rn. 2 u. § 1927 Rn. 1 ff.) und zu 1/8 vom Halbgeschwister (X) beerbt worden.

Voraussetzung dafür, dass das Halbgeschwister gesetzlicher (Mit-)Erbe nach der Erblasserin geworden ist, bleibt freilich die **förmliche Feststellung der Vaterschaft**, die allerdings auch noch nach dem Tod des Vaters erfolgen kann (vgl. nur Palandt/Weidlich, § 1924 Rn. 8; vgl. zu den tauglichen Nachweisen bereits 3. b] aa)).

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.

InsO § 295 Abs. 1 Nr. 2

Herausgabeobliegenheit in der Wohlverhaltensperiode bei erbrechtlich zugewendetem Nießbrauch; Kapitalisierung des Nießbrauchs

Abruf-Nr.:

HGB § 54; BGB §§ 164 ff.; UmwG § 20 Abs. 1 Nr. 1; BNotO § 21 Abs. 3

Generalhandlungsvollmacht zum Handeln für GmbH (und KG); unzulässige organersetzende Vollmacht; Umdeutung in Vollmacht zulässigen Umfangs; Fortbestand der Vollmacht des übertragenden Rechtsträgers nach Verschmelzung; Vollmachtsbescheinigung gem. § 21 Abs. 3 BNotO

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 2325 Abs. 3

Fristlauf bei Vorbehalt eines Wohnungsrechts

Behält sich der Erblasser bei der Schenkung eines Grundstücks ein Wohnungsrecht an diesem oder Teilen daran vor, so kann hierdurch in Ausnahmefällen (hier verneint) der Beginn des Fristlaufs gem. § 2325 Abs. 3 BGB gehindert sein (Fortführung des Senatsurteils vom 27. April 1994 – IV ZR 132/93, BGHZ 125, 395).

BGH, Urt. v. 29.6.2016 – IV ZR 474/15

Problem

Ein Sohn macht gegen seine zur Alleinerbin eingesetzte Mutter Pflichtteilergänzungsansprüche nach seinem 2012 verstorbenen Vater geltend.

1993 übertrugen die Eltern dem anderen Sohn ein Grundstück, das mit einem Wohnhaus bebaut war. Das Wohnhaus besteht aus drei Etagen (Erd-, Ober- und Dachgeschoss). Die Eltern behielten sich als Gesamtberechtigte ein (dingliches) Wohnungsrecht an den Räumlichkeiten im Erdgeschoss vor, das auch die Mitbenutzung des Gartens, der Nebenräume sowie aller Versorgungsleitungen und -anlagen umfasste. Der übernehmende Sohn sollte das Grundstück zu Lebzeiten der Eltern weder veräußern noch umbauen oder ausbauen dürfen. Eine Veräußerungsbeschränkung in Form einer Rückauffassungsvormerkung wurde nicht vereinbart. Die Eltern gestatteten dem Übernehmer, Grundpfandrechte bis zur Höhe von 200.000 DM nebst Zinsen und Nebenleistungen für beliebige Gläubiger zur Eintragung im Rang vor dem Wohnungsrecht zu bewilligen. Im November 1994 wurde das Eigentum umgeschrieben, sodass die 10-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 S. 2 BGB eigentlich längst verstrichen wäre.

Der klagende Sohn geht wegen der den Eltern vorbehaltenen Nutzungen davon aus, dass es sich bei der Überlassung um eine pflichtteilergänzungsbedürftige Schenkung des Vaters handelt. In den Vorinstanzen ist der Sohn mit seiner Klage nicht erfolgreich gewesen.

Entscheidung

Der BGH weist die dagegen gerichtete Revision zurück: Dem klagenden Sohn stehe wegen der Schenkung

kein Pflichtteilergänzungsanspruch mehr zu, weil die **10-Jahres-Frist abgelaufen** sei. Der BGH knüpft dabei an seine bisherige Rechtsprechung an: Hiernach beginne die 10-Jahres-Frist bei Grundstücksschenkungen nicht stets mit der Eigentumsumschreibung im Grundbuch. Vielmehr sei eine „**Leistung**“ i. S. v. § 2325 Abs. 3 BGB nur anzunehmen, wenn der Erblasser nicht lediglich seine Rechtsstellung als **Eigentümer** endgültig aufgegeben, sondern auch **darauf verzichtet habe, den verschenkten Gegenstand** – sei es aufgrund vorbehaltenner dinglicher Rechte oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche – **im Wesentlichen weiterhin zu nutzen** (BGHZ 125, 395, 398 f. = NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784; vgl. dazu zuletzt Gutachten DNotI-Report 2016, 69). In dem seinerzeit vom BGH entschiedenen Fall sei der Nießbrauch uneingeschränkt vorbehalten gewesen („Totalnießbrauch“); der „Genuss“ des verschenkten Gegenstands sei im Zusammenhang mit dem Eigentumswechsel nicht aufgegeben worden, sodass der BGH den Fristlauf verneint habe.

Der **BGH hält** auch in der aktuellen Entscheidung – nach der Neufassung des § 2325 Abs. 3 BGB zum 1.1.2010 – **an seiner bisherigen Rechtsprechung ausdrücklich fest**. Die bislang von ihm nicht entschiedene und von den Instanzgerichten unterschiedlich beantwortete Frage, ob und **inwieweit vorbehaltene Wohnungsrechte** am übertragenen Grundstück **einem Fristbeginn i. S. v. § 2325 Abs. 3 BGB entgegenstehen**, wird vom BGH nun – zumindest in Ausnahmefällen – bejaht. Maßgeblich seien dafür die **Umstände des Einzelfalls**; anhand dieser Umstände müsse man beurteilen, ob der Erblasser den verschenkten Gegenstand auch nach Vertragsschluss noch im Wesentlichen weiterhin habe nutzen können.

Für den **vorliegenden Fall** verneint dies der BGH, denn der Erblasser und seine Ehefrau hatten sich ein Wohnungsrecht nicht am gesamten Haus mit seinen drei Etagen vorbehalten, sondern durften aufgrund der vertraglichen Vereinbarung lediglich die Räumlichkeiten im Erdgeschoss nutzen. Außerdem sei eine Überlassung der ihnen vertraglich eingeräumten Dienstbarkeit an einen anderen nicht gestattet worden, sodass im Ergebnis durch den Verlust der Eigentümerstellung, durch das nur an Teilen des Grundstücks bestehende Wohnungsrecht und die fehlende Übertragbarkeit auf Dritte die **rechtliche Stellung des Erblassers** einschließlich der wirtschaftlichen Verwertbarkeit des Grundstücks **deutlich eingeschränkt** gewesen sei. Nur ergänzend verweist der BGH noch auf die Möglichkeit des Übernehmers, Grundpfandrechte bis zur Höhe von 200.000 DM bewilligen zu können: Damit habe zudem die Gefahr eines Ausfalls mit dem Wohnungsrecht bei einer Vollstreckung aus einem vorrangigen Grundpfandrecht bestanden.

BGB §§ 883, 158; GBO §§ 19, 22, 29; BNotO § 14
Auflösend bedingte Aufassungsvormerkung: notarieller Löschantrag als auflösende Bedingung zulässig

1. Eine Aufassungsvormerkung kann unter der auflösenden Bedingung bestellt werden, dass der Notar durch Eigenurkunde eine Erklärung über das Vorliegen der Löschantragsvoraussetzungen abgibt bzw. einen Löschantrag stellt.

2. Dies gilt auch dann, wenn der Vertrag keine konkreten Weisungen an den Notar enthält, wie er im Falle der vom Verkäufer angezeigten Nichtzahlung des Kaufpreises vorzugehen hat. Das Fehlen konkreter Weisungen führt insoweit nur zu einem gesteigerten Haftungsrisiko des Notars, ändert aber nichts an der Zulässigkeit der auflösend bedingten Auflassungsvormerkung. (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG Schleswig, Beschl. v. 27.7.2016 – 2 Wx 55/16

Problem

Mit notariellem Kaufvertrag veräußerten die Verkäufer Wohnungseigentum an den Käufer. Ziff. II § 7 des Vertrags enthält folgende Regelung:

„Der Veräußerer kann von diesem Vertrag durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Notar zurücktreten, soweit der Kaufpreis bzw. ein Kaufpreisteil nicht binnen 14 Tagen nach Fälligkeit vertragsgemäß gezahlt bzw. hinterlegt wird. Für den Fall des Rücktritts soll der Notar auf schriftliche Anweisung des Veräußerers eine zugunsten des Erwerbers eingetragene Vormerkung zur Löschung bringen.“

Unter Ziff. IV der Urkunde bewilligte der Veräußerer die Eintragung einer auflösend bedingten Auflassungsvormerkung:

„Auflösende Bedingung ist die Stellung eines gesiegelten Löschantrages durch den Notar. Ferner bewilligt und beantragt der Erwerber, diese Vormerkung nach Eintragung des Eigentumsüberganges zu löschen, sofern nicht vertragswidrige Zwischeneintragungen oder -anträge vorliegen. Der Notar wird angewiesen, den Antrag auf Eintragung der Vormerkung unverzüglich einzureichen.“

Das Grundbuchamt hat die Eintragung der auflösend bedingten Auflassungsvormerkung unter Hinweis auf die nicht ausreichend präzisierten Weisungen an den Notar abgelehnt. Es liege eine unzulässige Wollensbedingung vor. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten.

Entscheidung

Die Beschwerde vor dem OLG Schleswig hat Erfolg. Das OLG hält die Eintragung der auflösend bedingten Auflassungsvormerkung für zulässig.

Zunächst geht das OLG auf die Frage ein, ob die Eintragung einer durch notariellen Löschantrag auflösend bedingten Auflassungsvormerkung **dem Grunde nach zulässig** ist. Die ganz **h. M.** bejaht dies (vgl. Meikel/Hertel, GBO, 11. Aufl. 2015, § 29 Rn. 143; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rn. 1065; Weber, RNotZ 2015, 195, 197; Gutachten DNotI-Report 2016, 61, 62 m. w. N.). Das **OLG Schleswig schließt sich dieser Auffassung an.** Die in jüngerer Zeit vereinzelt vorgetragenen Bedenken (vgl. Jurksch, Rpfleger 2016, 131; hierzu Gutachten DNotI-Report 2016, 61; Weber, Rpfleger 2016, 460) hält das Gericht nicht für tragfähig.

Das OLG führt zunächst aus, dass es mit den Bestimmungen des Grundbuchverfahrensrechts vereinbar ist, den Löschantrag des Notars zur auflösenden Bedingung der Vormerkung zu machen (Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„Es trifft zunächst nicht zu, dass mit dieser Gestaltung in unzulässiger Weise eine Beweiserleichterung für das

Grundbuchverfahren vereinbart würde. Die Vertragsparteien haben es zwar selbstverständlich nicht in der Hand, abweichend von § 29 GBO Nachweiserleichterungen zu vereinbaren und damit das Grundbuchamt zu binden (vgl. nur OLG München, DNotZ 2013, S. 444 f.; Hertel in: Meikel, a. a. O., § 29 Rn. 143). Sie haben aber – wie bereits ausgeführt – die Möglichkeit, die Bedingung so auszugestalten, dass sie in der Abgabe einer bestimmten Erklärung als solcher liegt und der Eintritt damit dem Grundbuchamt nach Maßgabe des § 29 GBO durch Vorlage einer entsprechenden öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde nachgewiesen werden kann (Senat, NJW-RR 2010, S. 1316 ff.; OLG München, DNotZ 2013, S. 44 f.; DNotI-Report 2016, S. 62, m. w. N.).“

Es handelt sich beim notariellen Löschantrag auch um ein **ungewisses Ereignis** und damit um eine zulässige Bedingung (Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

*„Nicht richtig ist ferner die von Jurksch aufgestellte Annahme, die Einreichung eines Löschantrages sei kein ungewisses (sondern ein gewisses) Ereignis und damit als Bedingung im Sinne des § 158 BGB ungeeignet. Zwar kann die Löschung einer Vormerkung nach § 13 GBO nur auf Antrag erfolgen. **Bei der Bestellung des Rechts ist jedoch nicht sicher, ob die Löschung zu einem späteren Zeitpunkt überhaupt betrieben wird, und erst recht nicht, ob dies gerade mit einem gesiegelten Löschantrag des beurkundenden Notars geschieht,** weil der Kaufvertrag nicht abgewickelt werden kann (so auch DNotI-Report 2016, S. 62). Es ist sogar viel wahrscheinlicher, dass der Vertrag wie geplant durchgeführt und die Vormerkung mit der Eigentumsumschreibung auf formlosen Antrag des Notars aufgrund der vom Käufer für diesen Fall vorab erklärten Lösungsbewilligung gelöscht wird.“*

Außerdem ist die Bedingung mit dem Sicherungszweck der Vormerkung vereinbar (Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

*„Der Notar ist nach § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO nicht Vertreter einer Partei, sondern unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten. Er hat nach § 14 Abs. 2 BNotO seine Amtstätigkeit zu versagen, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre, und ist dem Haftungsrisiko nach § 19 BNotO ausgesetzt. Ob der beurkundende Notar den gesiegelten **Löschantrag stellt, ist keine „simple“ Formsache, sondern durch den Notar unter Bindung an seine Amtspflichten zu entscheiden.** Es trifft zwar zu, dass ein dingliches Recht **nicht unter einer reinen Wollensbedingung** bestellt werden kann, die den Bestand des Rechts allein vom Willen einer der an einer sachenrechtlichen Verfügung beteiligten Personen abhängig macht (vgl. nur Gursky in: Staudinger, BGB, 2012, § 873 Rn. 122 f.; Reymann, MittBayNot 2013, S. 456 ff., 460). Eine **Vormerkung kann nicht unter der auflösenden Bedingung** bestellt werden, **dass der Veräußerer selbst einseitig erklärt, das Recht solle gelöscht werden.** Wenn die auflösende **Bedingung** hingegen darin besteht, **dass der beurkundende Notar einen gesiegelten Löschantrag stellt, handelt es sich nicht um eine derartige Wollensbedingung** (so auch DNotI-Report 2016, S. 62). Es stimmt nicht, dass der Satz „die Löschung wird beantragt“ nichts anderes heißt als „der Eigentümer will, dass die Vormerkung gelöscht wird“ (so aber Jurksch, a. a. O., S. 132). [...] Ob der Notar dem aber tatsächlich nachkommt, hängt nicht allein vom Willen des Eigentümers*

ab, sondern ist von dem Notar unter Wahrung seiner Amtspflichten und der ihm wirksam erteilten Weisungen der Urkundsbeteiligten zu entscheiden.“

In einem zweiten Schritt beschäftigt sich das OLG Schleswig mit der Frage, ob die Eintragung der auflösend bedingten Auflassungsvormerkung unzulässig ist, weil der Vertrag der Parteien **keine konkreten Weisungen an den Notar enthält, wie er bei einer vom Verkäufer angezeigten Nichtzahlung des Kaufpreises vorzugehen hat**. Die Vertragsparteien hätten den Notar nur angewiesen, den Antrag auf Eintragung der Vormerkung unverzüglich einzureichen, nicht aber Weisungen in Bezug auf einen etwaigen späteren Löschantrag erteilt. Einzelheiten zum genauen Ablauf und zu der Frage, welche Feststellungen der Notar im Falle einer Rücktrittserklärung zu treffen habe, seien nicht bestimmt worden.

Das Fehlen solcher konkreter Weisungen führe indes nur zu einem gesteigerten Haftungsrisiko des Notars, nicht aber zu einer reinen Wollensbedingung für den Bestand der Vormerkung. Die Beteiligten hätten dem Notar **nicht die Weisung erteilt, dass der Löschantrag allein aufgrund des vom Verkäufer geäußerten Willens zu stellen** sei und der Notar keine Prüfung der Rücktrittsvoraussetzungen vorzunehmen habe. Der Notar habe seine **Amtstätigkeit nach § 14 Abs. 2 BNotO abzulehnen**, wenn er dadurch entgegen § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO zum **Vertreter einer Partei** würde (vgl. BGH DNotZ 2016, 151, 156). Ob der beurkundende Notar den Antrag auf Löschung der Vormerkung stelle, sei dementsprechend auch dann **nicht allein vom Willen des Grundstückseigentümers abhängig**, wenn es an einer konkreten Weisung der Urkundsbeteiligten zum Vorgehen bei einer Rücktrittserklärung fehle.

BGB § 2113; GBO § 51 Freigabe einzelner Nachlassgegenstände aus der Nacherbenbindung durch Zusammenwirken von Vor- und Nacherben

1. Durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen dem Vorerben und dem Nacherben kann ein zum Nachlass gehörendes Grundstück aus der Verfügungsbeschränkung der angeordneten Nacherbfolge entlassen werden.

2. Es bedarf dann nicht der Zustimmung von Ersatznacherben zur Löschung eines eingetragenen Nacherbenvermerks.

3. Ein Nacherbe kann einzelne Nachlassgegenstände freigeben und so die Bindung des Vorerben hinsichtlich dieser Nachlassgegenstände aufheben. Eine solche Freigabe kann jedenfalls durch ein vertragliches Zusammenwirken von Vor- und Nacherbe bewirkt werden.

OLG Hamm, Beschl. v. 13.5.2016 – 15 W 594/15

Problem

Im Grundbuch sind V 1 und V 2 als Miteigentümerinnen eingetragen. Der gem. § 51 GBO eingetragene Nacherbenvermerk weist die beiden als Vorerbinnen aus. Des Weiteren ist vermerkt, dass die Nacherbfolge beim Tod der Vorerben eintritt und zu Nacherben D und B eingesetzt

sind. Ersatznacherben sind deren Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge.

Die beiden Vorerbinnen schließen mit den beiden Nacherben eine notariell beurkundete Vereinbarung. Darin „verzichten“ die beiden Nacherben bzgl. des Grundbesitzes „auf ihr Nacherben- und Ersatznacherbenrecht“, mit dem Ziel, den beiden Vorerbinnen eine uneingeschränkte Verfügungsmöglichkeit bzgl. des Grundbesitzes einzuräumen. Ferner ist ausgeführt, dass die Grundstücke damit aus dem Nachlass ausscheiden und von der Nacherbeneinsetzung nicht mehr erfasst sein sollen.

Im Anschluss an die Vereinbarung wird die Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch beantragt. Das Grundbuchamt weist den Antrag mit dem Hinweis zurück, dass die Zustimmung der Ersatznacherben notwendig sei.

Entscheidung

Das OLG Hamm hält die Beschwerde für begründet und weist das Grundbuchamt zur Löschung des Nacherbenvermerks an. Zwar seien im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine Löschung des Nacherbenvermerks aufgrund Löschantrag allein aufgrund der Zustimmung aller potenziell Betroffenen (§ 19 GBO) nicht erfüllt, da hierfür auch die Löschanträge der im Nacherbenvermerk ebenfalls genannten Ersatznacherben beigebracht werden müssten. Jedoch sei der alternative Weg der **Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises (§ 22 GBO) möglich**.

Das OLG Hamm schließt sich der Ansicht von Rechtsprechung (vgl. BGH DNotZ 2001, 392, 394; BayObLG DNotZ 2005, 790) und Literatur (vgl. nur Palandt/Weidlich, BGB, 75. Aufl. 2016, § 2100 Rn. 18; Burandt/Rojahn/Lang, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2102 BGB Rn. 20; BeckOK-GBO/Zeiser, Std.: 1.6.2016, § 51 Rn. 107 f.; Keim, DNotZ 2003, 822; Hartmann, ZEV 2009, 107; Heskamp, RNotZ 2014, 517) an, dass ein nacherbgebundener Nachlassgegenstand **im Einvernehmen aller Vor- und Nacherben und ohne Mitwirkung der Ersatznacherben** aus der Nacherbfolge ausgeschieden und in das sog. freie (d. h. nicht nacherbgebundene) Eigenvermögen des Vorerben überführt werden kann (vgl. dazu auch Gutachten DNotI-Report 2010, 85). Dies begründet das OLG damit, dass der durch die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben bewirkte Schutz des Nacherben uneingeschränkt dessen rechtsgeschäftlicher Disposition unterliege und der Schutz des Ersatznacherben – im Hinblick auf Verfügungen über Nachlassgegenstände – dahinter zurücktrete (vgl. dazu RGZ 145, 316; BGHZ 40, 115 = NJW 1963, 2320). Auch aus dem Erblasserwillen lässt sich laut OLG Hamm keine Beschränkung der Dispositionsbefugnis des Nacherben herleiten.

Hinsichtlich der dogmatischen Konstruktion will sich das OLG Hamm weder der vom BGH (DNotZ 2001, 392) präferierten „Auseinandersetzungslösung“ (DNotZ 2001, 392) noch der „Verfügungslösung“ des BayObLG (DNotZ 2005, 790) anschließen, zumal der Vorerbe bereits Eigentümer der Nachlassgegenstände sei und es nur um die Beseitigung einer Verfügungsbeschränkung gehe. Dogmatisch neigt das OLG Hamm der von *Keim*, *Hartmann* und *Heskamp* (jew. a. a. O.) präferierten „**Freigabelösung**“ analog den Handlungsmöglichkeiten des Testamentsvollstreckers (§ 2217 BGB) und des Insolvenzverwalters (§ 32 Abs. 3 InsO) zu. Was die Form der Freigabe anbelangt, hält das OLG Hamm allerdings eine Mitwirkung des Vorerben für erforderlich. Diese habe in Gestalt der allseitigen Vereinbarung vor dem Notar unzweifelhaft vorgelegen.

Hinweis

Mit dem OLG Hamm hat sich erfreulicherweise ein weiteres Gericht für die Zulässigkeit des sog. Eigenerwerbs des Vorerben im Einvernehmen zwischen Vor- und Nacherben (und ohne Mitwirkung der Ersatznacherben) ausgesprochen. Für die Praxis bleibt zu beachten, dass der Eigenerwerb – wie eine Verfügung über einen nacherbengebundenen Nachlassgegenstand zugunsten eines Dritten i. S. v. § 2113 BGB – der **Mitwirkung aller Nacherben (auch der nur bedingt eingesetzten oder sog. weiteren Nacherben)** bedarf. Der oben bezeichnete Weg zur Aufhebung der Nacherbenbindung an einzelnen Nachlassgegenständen (der nicht mit der Aufhebung der Nacherbfolge an sich gleichgesetzt werden darf) lässt sich daher regelmäßig nur dann erfolgreich gehen, wenn alle Nacherben bekannt und mitwirkungsbereit sind; er scheidet regelmäßig aus bei noch „offener Nacherbenformulierung“, wie z. B. bei der Einsetzung aller Abkömmlinge einer lebenden Person zum Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalls (da dann die Nacherben bis zum Eintritt des Nacherbfalls unbekannt sind bzw. noch weitere hinzutreten können). Nicht erforderlich ist jedoch die Mitwirkung der Ersatznacherben.

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