

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

20. Jahrgang  
Februar 2012  
ISSN 1434-3460

3/2012

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 613, 1967 – Höchstpersönlichkeit einer Pflegeverpflichtung aus Übergabevertrag

BGB §§ 2032, 185; InsO §§ 80, 81, 103, 106 – Verfügung über Nachlassgegenstände bei Insolvenz eines Miterben; Insolvenzvermerk; gutgläubiger Erwerb einer Vormerkung; Mitwirkungspflicht des Insolvenzverwalters

### Gutachten im Abruf-Dienst

#### Rechtsprechung

WEG § 13 Abs. 2 – Ermächtigung des teilenden Eigentümers in Teilungserklärung zur Zuweisung und näheren Bestimmung von Sondernutzungsrechten zulässig

WEG § 26 Abs. 1 S. 5 – Objekt- bzw. Wertprinzip keine unzulässige Beschränkung i. S. v. § 26 Abs. 1 S. 5 WEG

#### Literatur

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 613, 1967 Höchstpersönlichkeit einer Pflegeverpflichtung aus Übergabevertrag

#### I. Sachverhalt

Eltern haben im Jahr 1992 an einen ihrer Söhne, S 1, ein Wohnhaus samt Grundstück überlassen. Der zweite Sohn, S 2, hatte bereits 1991 von seinen Großeltern (mütterlicherseits) mit Zustimmung der Mutter ein anderes Wohnhaus samt Grundstück erhalten.

Beide Söhne haben in den jeweiligen Überlassungsverträgen u. a. Folgendes erklärt:

*„Der Erwerber, S 1, und sein Bruder, S 2, verpflichten sich hiermit – als Gesamtschuldner – gegenüber den Eltern zur unentgeltlichen Leistung von Wart und Pflege, Zubereitung der Speisen und Getränke, Reinigung der Wohnung und Kleidung und zu allen sonstigen Besorgungen, soweit die Eltern gesundheitlich dazu nicht in der Lage sind.*

*Nicht eingeschlossen in vorstehende Verpflichtung ist ein Pflegefall, welcher zuhause durch einen Laien nicht behandelt werden kann.*

*Auf dingliche Sicherung vorstehender Verpflichtung wird verzichtet.“*

Nach Angabe der Mutter (der Wart- und Pflegeberechtigten) ging man bei der Besprechung der Vertragsbedingungen bei-

der Überlassungen davon aus, dass die Schwiegertöchter anstelle der Söhne die o. g. Leistungen erfüllen, da die Söhne berufstätig sind. In der Urkunde ist hiervon jedoch nicht die Rede; die Schwiegertöchter haben die Urkunde auch nicht mit unterzeichnet. Ob sie bei der Beurkundung anwesend waren, lässt sich nicht mehr zuverlässig feststellen.

S 2 ist im März 2011 verstorben und von seiner Ehefrau und seinen Kindern beerbt worden.

Die Eltern fordern aufgrund der vorstehend geregelten Wart- und Pflegeverpflichtung Hilfe im Haushalt von der Ehefrau des verstorbenen Sohnes. Die Schwiegertochter verweigert die Leistungen, da sie den Überlassungsvertrag nicht unterschrieben habe. Die Verpflichtung sei zudem höchstpersönlicher Natur und daher nicht auf sie übergegangen.

#### II. Frage

Können die Schwiegereltern im konkreten Fall Pflegeleistungen der Schwiegerkinder einfordern?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Fragestellung

Die vertraglichen Verpflichtungen könnten vorliegend als **Nachlassverbindlichkeiten i. S. d. § 1967 BGB** von S 2 auf dessen Erben übergegangen sein. Dies wäre nicht der Fall, wenn es sich um vom vertragsbeteiligten Übernehmer **höchstpersönlich** zu erbringende Verpflichtungen handelte. Umfang und Inhalt einer in einem Überlassungsvertrag enthaltenen Pflegeverpflichtung richten sich grundsätzlich nach der dort getroffenen vertraglichen Vereinbarung. Fehlt eine ausdrückliche Regelung, ist durch Auslegung des Vertrags unter Berücksichtigung des objektiven Normumfelds

zu ermitteln, ob die Pflegeverpflichtung eine höchstpersönliche Verpflichtung des Schuldners ist (vgl. § 613 BGB).

## 2. Überw. Lit.: kein Übergang der Pflegeverpflichtung auf die Erben

a) Nach der in der Literatur wohl überwiegenden Auffassung ist die im Übergabevertrag übernommene **Pflegeverpflichtung** regelmäßig **höchstpersönlich** i. S. d. § 613 BGB und deswegen im Zweifel **nur vom Übernehmer geschuldet** (vgl. Weyland, MittRhNotK 1997, 55; Wegmann, Grundstücksüberlassung, 2. Aufl. 1999, Rn. 476; Holland, in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl. 2010, Teil 2 Kap. 7 Rn. 87; ebenso wohl Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1345). § 613 BGB enthält eine abdingbare Auslegungsregel, wonach der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste im Zweifel in Person zu leisten hat und der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar ist. Mangels abweichender (ausdrücklicher oder konkludenter) Vereinbarung endet daher die Dienstleistungspflicht mit dem Tode des Dienstverpflichteten und geht **nicht auf die Erben über** (vgl. allgemein Palandt/Weidenkaff, BGB, 71. Aufl. 2012, § 613 Rn. 2; Vor § 620 Rn. 2).

b) *J. Mayer* (Der Übergabevertrag, 2. Aufl. 2001, Rn. 199) vertritt hingegen die Auffassung, dass die dienstvertragserrechtliche Norm des § 613 BGB im Rahmen von Übergabeverträgen nicht anwendbar ist. Da der Übergabevertrag gerade durch das Versorgungsinteresse des Übergebers bestimmt werde, sei nicht von einer Höchstpersönlichkeit der Pflegeverpflichtung auszugehen.

## 3. Rspr.: grds. keine höchstpersönliche Verpflichtung

a) Nach Ansicht des **BGH** sind die in einem Altenteilsvertrag übernommenen Pflegeverpflichtungen grundsätzlich **nicht höchstpersönlicher Natur**, können also im Zweifel jederzeit auch durch Dritte erfüllt werden (BGH ZEV 2005, 261 = NJW-RR 2005, 716; BGHZ 25, 293 = NJW 1957, 1798).

Laut BGH (NJW 1957, 1798, 1799) steht es „*dem Verpflichteten frei, in welcher Weise er der Pflicht zur Hege und Pflege nachkommen will. Er ist nicht gehalten, diese Dienstleistungen selbst zu verrichten, sondern kann sich hierzu anderer Personen bedienen, sofern nur die Betreuung des Berechtigten ordnungsmäßig vorgenommen wird.*“

In seiner Entscheidung vom 21.11.2002 nahm der BGH (NJW 2003, 1126, 1127) dies auch für einen herkömmlichen Übergabevertrag an und führte insoweit wörtlich aus:

„*Beim Abschluss des Übergabevertrags vom 30.7.1970 mögen die Vertragsparteien nicht im Einzelnen erwogen haben, dass die Ast. ihre Tochter überleben werde. Das würde aber nichts daran ändern, dass der in diesem Vertrag ausbedungene Anspruch der Ast. auf Wart und Pflege nunmehr auf den Ag. als Erben seiner zunächst verpflichteten Ehefrau übergegangen ist. Nach der Rechtsprechung des Senats sind solche Pflichten grundsätzlich nicht höchstpersönlicher Natur (BGHZ 25, 293 [299] ...). Dem entspricht auch die Formulierung des Vertrags („hat zu gewähren“), zumal die Ehefrau des Ag. damals schon verheiratet war und kaum anzunehmen ist, dass die Ast. die Erfüllung der Pflegeverpflichtung durch ihren Schwiegersohn oder andere Mitglieder der Familie ihrer Tochter abgelehnt hätte.*“

b) In diesem Sinne hat auch das **OLG Hamm** (DNotZ 1999, 719) entschieden: Die in einem Altenteilsvertrag übernommene Verpflichtung zur persönlichen Hege und Pflege des Berechtigten stelle jedenfalls dann keine mit dem Tode des Verpflichteten erlöschende höchstpersönliche Verpflichtung dar, wenn die Parteien bei Abschluss des Vertrags die übereinstimmende Vorstellung hatten, dass ggf. im Rahmen des Familienverbands auch andere Verwandte des Verpflichteten pflegerisch tätig werden würden. Ebenso ging jüngst das **LG Düsseldorf** (BeckRS 2010, 01859 = FamRZ 2010, 1697) davon aus, dass der Ehemann der verstorbenen Tochter der Übergeberin im Wege der Erbfolge in die Pflegeverpflichtung seiner verstorbenen Ehefrau eingetreten sei.

## 4. Zusammenfassung

Nach Ansicht der **Rechtsprechung** ist die Pflegeverpflichtung grundsätzlich **nicht höchstpersönlich** und entfällt daher nicht ersatzlos mit dem Tod des Verpflichteten. Stets geht es aber um die **Auslegung des individuellen Überlassungsvertrags**, sodass im Einzelfall eine Höchstpersönlichkeit anzunehmen sein kann. Aus Sicht des Vertragsgestalters dürfte es sich empfehlen, die Frage der Höchstpersönlichkeit einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung zuzuführen. Im **vorliegenden Fall** spricht für eine Vererblichkeit der Verpflichtung, dass die Söhne zum Zeitpunkt der Übergabe berufstätig waren und insofern absehbar war, dass sie persönlich zur Leistung der Pflege nicht im Stande sein werden, sondern sich ggf. der Hilfe Dritter (insbesondere der Ehefrauen) bedienen müssen. Eine abschließende Qualifizierung der Pflegeverpflichtung setzt allerdings die Kenntnis sämtlicher, auch außerurkundlicher Begleitumstände voraus.

---

## BGB §§ 2032, 185; InsO §§ 80, 81, 103, 106 Verfügung über Nachlassgegenstände bei Insolvenz eines Miterben; Insolvenzvermerk; gutgläubiger Erwerb einer Vormerkung; Mitwirkungspflicht des Insolvenzverwalters

### I. Sachverhalt

Die Brüder B und F sind in Erbengemeinschaft Eigentümer einer Eigentumswohnung. Am 4.5.2011 wurde ein Kaufvertrag über diese Eigentumswohnung beurkundet. B trat dabei als vollmachtloser Vertreter für seinen Bruder F auf. Am 10.5.2011 genehmigte F den Vertrag. Die nach der Teilungserklärung erforderliche Verwalterzustimmung wurde ebenfalls erteilt. Am 27.5.2011 wurde eine Auflassungsvormerkung zugunsten der Erwerberin in das Grundbuch eingetragen.

Im Nachhinein stellte sich heraus, dass bereits am 4.4.2011 – also noch vor Beurkundung des Kaufvertrags – das Insolvenzverfahren über das Vermögen des F eröffnet worden war. Dementsprechend wurde am 19.6.2011 im Grundbuch ein Insolvenzvermerk eingetragen.

Auf Hinweis des Notars bewilligte der Insolvenzverwalter die Löschung des Insolvenzvermerks in notarieller Form. Die Löschung steht allerdings noch aus. Sodann wurde die vertragsgemäße Eigentumsumschreibung auf die Erwerberin beantragt. Der Rechtspfleger beim Grundbuchamt vertritt die Auffassung, dass bei Abschluss des Kaufver-

trags ein Nichtberechtigter gehandelt habe und deswegen eine Eigentumsumschreibung derzeit nicht möglich sei. Vielmehr müsse der Insolvenzverwalter den Kaufvertrag genehmigen.

## II. Fragen

1. Ist die Zustimmung des Insolvenzverwalters zur Eigentumsumschreibung erforderlich?
2. Wenn ja, ist der Insolvenzverwalter zur Erklärung der Zustimmung verpflichtet?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Verfügung über Nachlassgegenstände bei Insolvenz eines Miterben

#### a) Allgemeines

Nach § 35 InsO erfasst das Insolvenzverfahren das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gehört und das er während des Insolvenzverfahrens erlangt. **Teil der Insolvenzmasse** ist deshalb insbesondere **auch der Anteil des Gemeinschuldners an einer Erbengemeinschaft** (Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl. 2010, § 84 Rn. 1; MünchKommInsO/Stodolkowitz/Bergmann, 2. Aufl. 2007, § 84 Rn. 1, 17).

Die Vorschrift des **§ 84 InsO** stellt in diesem Zusammenhang klar, dass das **Insolvenzverfahren nur die Beteiligung an der Gemeinschaft** wie etwa der Erbengemeinschaft **erfasst**. Nicht zur Insolvenzmasse gehören dagegen die im Gemeinschaftseigentum stehenden Vermögensgegenstände oder die Gemeinschaft selbst (Uhlenbruck/Hirte, § 84 Rn. 1; MünchKommInsO/Stodolkowitz/Bergmann, § 84 Rn. 1). Dementsprechend findet nach § 84 Abs. 1 S. 1 InsO die Auseinandersetzung der Gesellschaft oder Gemeinschaft außerhalb des Insolvenzverfahrens statt. Da jedoch der Anteil des Gemeinschuldners in die Insolvenzmasse fällt, **gehen auch die mit dem Anteil verbundenen Verwaltungs- und Verfügungsrechte des Gemeinschuldners nach § 80 InsO auf den Insolvenzverwalter über**. Der Insolvenzverwalter tritt deshalb an die Stelle, die sonst der Gemeinschuldner in der Auseinandersetzung der Gesellschaft oder Gemeinschaft einnimmt (Uhlenbruck/Hirte, § 84 Rn. 15; FK-InsO/App, 6. Aufl. 2011, § 84 Rn. 3). Der Insolvenzverwalter kann daher die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft betreiben (Jaeger/Eckardt, InsO, 2007, § 84 Rn. 29; FK-InsO/App, § 84 Rn. 11; Nerlich/Römermann/Wittkowski, InsO, Stand: Januar 2011, § 84 Rn. 3). Der auf den Schuldner entfallende Anteil am Erlös der Auseinandersetzung steht sodann für die Insolvenzmasse zur Verfügung (FK-InsO/App, § 84 Rn. 3). Alternativ kann der Insolvenzverwalter auch den Miterbenanteil veräußern (vgl. § 857 Abs. 5 ZPO und Nerlich/Römermann/Wittkowski, § 84 Rn. 17).

#### b) Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis

Da allein die Beteiligung des Gemeinschuldners an der Erbengemeinschaft, nicht aber die zum Nachlass gehörenden Gegenstände selbst Bestandteil der Insolvenzmasse sind, erfolgt die **Auseinandersetzung des Nachlasses nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 2041 ff. BGB** (MünchKommInsO/Stodolkowitz/Bergmann, § 84 Rn. 17; Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 84 Rn. 10). Auch ansonsten gelten für die Beteiligung an der Erbengemeinschaft die allgemeinen Regeln. Die Verwaltung des Nachlasses steht den Erben nach § 2038 Abs. 1 BGB gemeinschaftlich zu;

über einen einzelnen Nachlassgegenstand können sie gem. § 2040 Abs. 1 BGB nur gemeinschaftlich verfügen.

Wird über das Vermögen eines Miterben das Insolvenzverfahren eröffnet und fällt demnach die Beteiligung an der Erbengemeinschaft in die Insolvenzmasse, geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners gem. § 80 InsO auf den Insolvenzverwalter über. Weil der **Insolvenzverwalter** daher bei der Auseinandersetzung die Stelle des Gemeinschuldners einnimmt, ist die **Verfügung** über einen Nachlassgegenstand nach § 2040 Abs. 1 BGB, § 80 InsO grundsätzlich **nur mit seiner Zustimmung** möglich.

#### c) Zwischenergebnis

Nach der Insolvenz eines Miterben ist also grundsätzlich der Insolvenzverwalter an einer Verfügung über Nachlassgegenstände zu beteiligen. Der Insolvenzverwalter muss folglich anstelle des insolventen Erben die Auflassung erklären und die Eintragung der Vormerkung sowie der Eigentumsumschreibung bewilligen.

### 2. Gutgläubiger Erwerb der Vormerkung und Mitwirkungspflicht des Insolvenzverwalters

Unter Umständen ergibt sich jedoch etwas anderes daraus, dass der Insolvenzvermerk zunächst nicht im Grundbuch eingetragen war. Infolgedessen könnte der Käufer die Auflassungsvormerkung gutgläubig erworben haben, was evtl. eine Mitwirkungspflicht des Insolvenzverwalters bei der Erklärung der Auflassung nach sich zöge.

#### a) Eintragungsfähigkeit eines Insolvenzvermerks

Nach § 32 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei Grundstücken des Insolvenzschuldners in das Grundbuch einzutragen. Zwar ist das Mitglied einer ungeteilten Erbengemeinschaft an einem zum Nachlass gehörenden Grundstück nicht unmittelbar dinglich berechtigt (BGHZ 146, 310 = DNotZ 2001, 637; NJW-RR 2011, 1030 = DNotI-Report 2011, 101). Nach ganz h. M. findet aber § 32 Abs. 1 InsO auch dann Anwendung, wenn dem Schuldner das Eigentum an einem Grundstück in Erbengemeinschaft, also gesamthänderisch gebunden, zusteht (OLG München ZIP 2011, 375; OLG Dresden ZInsO 2005, 1220; LG Duisburg NZI 2006, 534 = Rpfleger 2006, 465; LG Dessau ZInsO 2001, 626; MünchKommInsO/Schmahl, § 33 Rn. 19; FK-InsO/Schmerbach, § 32 Rn. 2; Uhlenbruck, in: Uhlenbruck, § 32 Rn. 5; Meikel/Nowak, GBO, 10. Aufl. 2009, § 12c Rn. 12; a. A. Bauer/v. Oefele, GBO, 2. Aufl. 2006, § 38 Rn. 71). Jüngst hat der **BGH** bestätigt, dass ein **Insolvenzvermerk bei Insolvenz nur eines Miterben eingetragen werden kann** (BGH NJW-RR 2011, 1030; Kessler, EWIR 2011, 469).

#### b) Gutgläubiger Erwerb der Vormerkung

Weil der Insolvenzvermerk erst nach der Vormerkung im Grundbuch eingetragen wurde, kommt vorliegend daher ein gutgläubiger Erwerb der Auflassungsvormerkung gem. § 892 Abs. 1 S. 2 BGB i. V. m. § 81 Abs. 1 S. 2, § 91 Abs. 2 InsO in Betracht.

**aa)** So hat der BGH (NJW-RR 2011, 1030) die Eintragungsfähigkeit des Insolvenzvermerks ausdrücklich damit begründet, dass anderenfalls die Gefahr eines gutgläubigen Erwerbs bestehe. **Zweck des § 32 Abs. 1 InsO** sei, die **Insolvenzmasse vor Beeinträchtigungen durch einen gutgläubigen Erwerb zu schützen**, indem die Verfügungsbeschränkungen, denen der Insolvenzschuldner

unterliegt (§ 80 Abs. 1, § 81 Abs. 1 InsO), im Grundbuch verlaublich werden. Da der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch das Fehlen von nicht eingetragenen Verfügungsbeschränkungen über ein im Grundbuch eingetragenes Recht umfasse, könne anderenfalls ein Dritter, dem die Beschränkung unbekannt ist, das Grundstückseigentum oder Rechte am Grundstück vom Insolvenzschuldner erwerben.

Dieselbe Gefahr sei gegeben, wenn der Insolvenzschuldner Mitberechtigter einer Erbengemeinschaft ist, welcher das Eigentum an einem Grundstück zusteht. Da alle Miterben gemeinsam über das Grundstück verfügen können (§ 2040 Abs. 1 BGB), wäre es dem Schuldner ohne Eintragung eines Insolvenzvermerks möglich, an gemeinschaftlichen Verfügungen über das Grundstück unter Umgehung des Insolvenzverwalters mitzuwirken. Um auch für diesen Fall die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs eines Dritten gem. § 892 Abs. 1 S. 2 BGB zu verhindern, bedürfe es der Eintragung eines Insolvenzvermerks.

**bb)** Daraus wird zugleich deutlich, dass der **gutgläubige Erwerb der Auflassungsvormerkung grundsätzlich in Betracht kommt** (so auch Keller, NZI 2011, 651). Ob die Voraussetzungen des § 892 Abs. 1 S. 2 BGB erfüllt sind, ist Tatfrage. Insbesondere dürfte die Erwerberin keine positive Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs gehabt haben. Erhebliche Zweifel an der Richtigkeit stehen der positiven Kenntnis allerdings nicht gleich; ebenso wenig trifft die Erwerberin eine Erkundigungspflicht (vgl. MünchKommBGB/Kohler, 5. Aufl. 2009, § 892 Rn. 47; Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl. 2012, § 892 Rn. 24).

### **c) Mitwirkung des Insolvenzverwalters bei der Auflassung**

#### **aa) Mitwirkungserfordernis**

In Bezug auf die **Erklärung und Eintragung der Auflassung** ist entsprechend dem unter Ziff. 1 Ausgeführten nach der Insolvenz des Miterben die **Mitwirkung des Insolvenzverwalters erforderlich**. Auch ein gutgläubiger Erwerb kommt nicht mehr in Betracht, da der Insolvenzvermerk mittlerweile im Grundbuch eingetragen ist.

#### **bb) Verpflichtung zur Mitwirkung**

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der Insolvenzverwalter unter der Prämisse eines gutgläubigen Vormerkungserwerbs verpflichtet ist, an der Auflassung zur Erfüllung des Kaufvertrags mitzuwirken.

**(1)** Insofern ist zunächst das **Insolvenzverwalterwahlrecht** des § 103 InsO zu beachten. Ist ein gegenseitiger Vertrag zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens weder vom Insolvenzschuldner noch vom anderen Teil vollständig erfüllt, steht es dem Insolvenzverwalter nach § 103 InsO grundsätzlich frei, anstelle des Schuldners den Vertrag zu erfüllen und die Erfüllung vom anderen Teil zu verlangen. Wählt der Insolvenzverwalter Erfüllung, tritt er in den Vertrag ein, den der Schuldner geschlossen hat. Der Verwalter kann dabei nicht mehr und nicht weniger fordern als der Schuldner (BGHZ 169, 43 = NJW 2006, 2919). Verweigert der Insolvenzverwalter dagegen die Erfüllung oder erklärt er sich nicht, führt § 103 InsO lediglich dazu, dass der Vertrag vorläufig seine Durchsetzbarkeit verliert, ohne dass aber bereits die Ansprüche aus diesem Vertrag erlöschen (BGHZ 150, 353 = DNotZ 2002, 648).

**Ob § 103 InsO auch dann Anwendung findet**, wenn ein Vertrag nicht allein vom Insolvenzschuldner, sondern vom

**Insolvenzschuldner als Mitglied einer Erbengemeinschaft** abgeschlossen wird, erörtern Rechtsprechung und Literatur – soweit ersichtlich – nicht. **Dafür** spricht, dass es sich um einen **Vertrag des Schuldners**, wenn auch in seiner Eigenschaft als Mitglied der Erbengemeinschaft, handelt. Die Erbengemeinschaft selbst ist kein teilrechtsfähiges Rechtssubjekt (vgl. BGH NJW 2002, 3389 = MittBayNot 2003, 228 = DNotI-Report 2002, 166; NJW 2006, 3715 = DNotZ 2007, 134; Palandt/Weidlich, Vor § 2032 Rn. 1; MünchKommBGB/Gergen, 5. Aufl. 2010, Vor § 2032 Rn. 5). Eigentümer des Grundbesitzes ist somit nicht die Erbengemeinschaft, sondern der Insolvenzschuldner selbst in gesamthänderischer Verbundenheit mit den übrigen Miterben. Das Insolvenzverwalterwahlrecht des § 103 InsO kann folglich wohl insoweit Anwendung finden, als der Insolvenzschuldner am Vertrag beteiligt ist. Im Ergebnis dürfte aber **nur eine vollständige Erfüllung oder Nichterfüllung des Vertrags** in Betracht kommen, da aus Sicht des Vertragspartners nur **ein einheitlicher Vertrag** geschlossen werden sollte und § 103 InsO an der Einheitlichkeit u. E. nichts zu ändern vermag („Sphärengedanke“). Die Vertragsabwicklung scheitert also insgesamt, wenn der Insolvenzverwalter Nichterfüllung wählt.

**(2)** Das Insolvenzverwalterwahlrecht nach § 103 InsO besteht jedoch nicht bzw. nur eingeschränkt, wenn zugunsten des Vertragspartners des Insolvenzschuldners – wie vorliegend – eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen ist. Soweit der Vormerkungsschutz reicht, ist der vormerkungsgesicherte Anspruch insolvenzfest (§ 106 Abs. 1 S. 2 InsO). Der **durch Auflassungsvormerkung gesicherte Anspruch auf Grundstücksübereignung** ist dementsprechend **insolvenzfest**, ein **Insolvenzverwalterwahlrecht besteht wegen § 106 InsO nicht**. Auch eine gutgläubig erworbene Vormerkung kann den Schutz des § 106 InsO vermitteln (Uhlenbruck/Wegener, § 106 Rn. 2; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 5. Aufl. 2010, Rn. 710).

**(3)** Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob der Vertrag ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters vollzogen werden kann. Dies wäre nur dann der Fall, wenn das Insolvenzverfahren zeitlich erst nach Stellung des Antrags auf Eigentumsumschreibung eröffnet worden wäre (§ 91 Abs. 2 InsO, § 878 BGB). Wird das **Insolvenzverfahren** dagegen nach der Eintragung der Vormerkung, aber **vor Stellung des Antrags auf Eigentumsumschreibung eröffnet**, ist der vormerkungsgesicherte Anspruch zwar insolvenzfest; es ist aber eine **neuerliche Auflassungserklärung** des Insolvenzverwalters oder seine Genehmigung **erforderlich**. **Hierzu ist der Insolvenzverwalter gem. § 106 InsO verpflichtet**. Nach Vollzug der Auflassung endet die Massezugehörigkeit des Grundstücks, sodass das Insolvenzgericht auf Antrag (des Insolvenzverwalters oder des Erwerbers) das Grundbuchamt um Löschung zu ersuchen hat, § 32 Abs. 3 S. 1 InsO. Alternativ kann auch der Insolvenzverwalter eine Löschungsbewilligung (ggf. bereits in der Auflassungsurkunde) erklären (hierzu MünchKommInsO/Schmahl, §§ 32, 33 Rn. 83).

**cc) Löschungsbewilligung als konkludente Freigabe?** Sofern in der Abgabe der Löschungsbewilligung eine **konkludente Freigabe** des Erbteils zu sehen ist, wäre die **Mitwirkung des Insolvenzverwalters** allerdings **entbehrlich**, da die durch den Insolvenzschuldner erklärte Auflassung wieder vollzugsfähig würde. In Fällen **fehlender Verfügungsbefugnis** findet **§ 185 BGB entsprechende Anwendung** (Palandt/Ellenberger, § 185 Rn. 5a; Münch-

KommBGB/Bayreuther, 6. Aufl. 2012, § 185 Rn. 19). Demnach wäre die Verfügung gem. § 185 Abs. 2 S. 1 BGB wirksam, wenn der Verfügungsberechtigte – vorliegend also der Insolvenzverwalter – sie **genehmigt** oder der Verfügungsberechtigte – vorliegend also der Insolvenzschuldner – die **Verfügungsbefugnis wiedererlangt**. Eine echte Freigabe durch den Insolvenzverwalter führt dazu, dass der dem Insolvenzbeschlagnahme unterliegende Gegenstand in das insolvenzfreie Schuldnervermögen fällt (Uhlenbruck/Hirte, § 35 Rn. 71) und der Schuldner die Verfügungsbefugnis über den Gegenstand zurückerhält (BGHZ 163, 32 = NJW 2005, 2015 = NZI 2005, 387; DNotZ 2006, 514 = NJW 2006, 1286 = NZI 2006, 224). Zunächst nach § 81 Abs. 1 S. 1 InsO unwirksame Verfügungen des Schuldners werden **entsprechend § 185 Abs. 2 S. 1 BGB wirksam**, wenn der Schuldner Berechtigter geblieben und das Insolvenzverfahren beendet ist oder der **Insolvenzverwalter den Verfügungsgegenstand freigibt** (vgl. BGH DNotZ 2006, 514; MünchKommInsO/Ott/Vuia, § 81 Rn. 18; Jaeger/Windel, § 81 Rn. 30).

Ob die **Abgabe der Löschungsbewilligung hierfür ausreichend**, ist jedoch sehr **zweifelhaft**. Zunächst müsste der Löschungsbewilligung der Erklärungswert beigemessen werden, dass der Verwalter den Insolvenzbeschlagnahme beenden möchte (§§ 133, 157 BGB). Bestandteil der Insolvenzmasse ist vorliegend aber der Erbanteil, nicht ein ideeller Miteigentumsanteil am veräußerten Grundstück. Folglich kommt nur eine Freigabe des Erbanteils in Betracht. Für einen dahingehenden Willen des Insolvenzverwalters ist nichts ersichtlich, denn auf diese Weise ginge der Masse zugleich der gem. § 2041 Abs. 1 S. 1 BGB in den Nachlass fallende Kaufpreisanspruch verloren. Zudem ist unklar, ob sich im Nachlass noch weitere Vermögenswerte befinden. Hinzu kommt, dass die Freigabe durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Insolvenzverwalters gegenüber dem Schuldner erfolgt (MünchKommInsO/Ott/Vuia, § 80 Rn. 70; FK-InsO/Schumacher, § 36 Rn. 35; Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis, 2006, S. 91). Eine Freigabeerklärung gegenüber dem Insolvenzgericht oder Grundbuchamt genügt dagegen nicht (Reul/Heckschen/Wienberg, a. a. O.). Die Löschungsbewilligung müsste also mit Wissen und Willen des Insolvenzverwalters zur Kenntnis des Schuldners gebracht werden, woran es vorliegend ebenfalls fehlt.

#### d) Ergebnis

Mangels Freigabe ist der **Kaufvertrag ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters derzeit nicht vollzugsfähig**. Etwas anderes könnte allerdings nach erfolgter Löschung des Insolvenzvermerks gelten, da der Käufer dann kaum bösgläubig i. S. v. § 892 Abs. 1 S. 2 BGB i. V. m. § 81 Abs. 1 S. 2 InsO sein dürfte. Allein aus der früheren Existenz eines Insolvenzvermerks wird sich schwerlich eine positive Kenntnis des Käufers hinsichtlich der entgegen dem Grundbuchstand fortbestehenden Verfügungsbeschränkung ergeben. Aus Sicht des Notars erscheint es unter diesen Umständen aber empfehlenswert, die Zustimmung des Insolvenzverwalters als der ggf. vom gutgläubigen Erwerb betroffenen Person einzuholen. Formerfordernisse sind insoweit nicht zu beachten.

## Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

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

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

**BGB §§ 927, 940 Abs. 1, 943**

**Aufgebotsverfahren; Berechtigung nach Aufgabe des Eigenbesitzes; Zurechnung der Zeit des Eigenbesitzes**  
Abruf-Nr.: **111852**

**BGB §§ 1149, 138, 343**

**Sicherung eines Darlehens durch vormerkungsgesicherte Verpflichtung des Darlehensnehmers zur Übertragung eines Grundstücks zu einem vereinbarten Kaufpreis; Verfallabrede**  
Abruf-Nr.: **112095**

**HGB §§ 161 Abs. 2, 108, 143, 107**

**Publikumsgesellschaft; Tod eines Kommanditisten; Beerbung durch mehrere Erben; Testamentsvollstreckung; Anmeldebefugnis des Testamentsvollstreckers (Erbgang, Sonderrechtsnachfolge); Eintragungsfähigkeit eines Testamentsvollstreckervermerks in das Handelsregister; Höchstpersönlichkeit der Abfindungsver-sicherung; Handelsregistervollmacht**  
Abruf-Nr.: **109195**

**GmbHG §§ 60, 70, 73, 74**

**Liquidation einer GmbH bei noch bestehenden Gewährleistungsansprüchen; Verteilung des Vermögens an die Gesellschafter; Ablauf des Sperrjahres; Vollbeendigung und Löschung der Gesellschaft im Handelsregister**  
Abruf-Nr.: **107885**

## Rechtsprechung

**WEG § 13 Abs. 2**

**Ermächtigung des teilenden Eigentümers in Teilungserklärung zur Zuweisung und näheren Bestimmung von Sondernutzungsrechten zulässig**

**Der teilende Eigentümer kann sich in der Teilungserklärung ermächtigen lassen, bei Verkauf der Wohnungseigentumseinheiten dem jeweiligen Erwerber das Sondernutzungsrecht an bestimmten Flächen einzuräumen und dessen Inhalt näher zu bestimmen.**

BGH, Urt. v. 2.12.2011 – V ZR 74/11

Abruf-Nr.: **11015R**

#### Problem

In der Teilungserklärung behielt sich die teilende Eigentümerin vor, „durch Nachtragsurkunde dem jeweiligen Eigentümer einer Sondereigentumseinheit das Sondernutzungs-

recht an den Außenstellplätzen ... einzuräumen.“ Bis zu diesem Zeitpunkt waren die übrigen Sondereigentümer mit Ausnahme der teilenden Eigentümerin von Gebrauch und Nutzen ausgeschlossen. Nach einer Anlage zur Teilungserklärung war die teilende Eigentümerin zudem ermächtigt und bevollmächtigt, die Ausgestaltung der noch nicht verkauften Einheiten sowie auch die Teilungserklärung zu ändern. Im Zuge des Verkaufs einer Eigentumswohnung im Jahr 2009 wies die teilende Eigentümerin dem Käufer in Ausübung der Ermächtigung Sondernutzungsrechte u. a. für einen Stellplatz sowie für einen Garten und eine Terrasse zu. Der Käufer errichtete daraufhin im Ausübungsbereich des ihm zugewiesenen Sondernutzungsrechts eine Terrassenanlage. Ein anderer Wohnungseigentümer verlangt deren Beseitigung und Wiederherstellung des vorherigen Zustands. Die Vorinstanz hat Ansprüche des Klägers nach § 1004 BGB i. V. m. § 15 Abs. 3 WEG verneint. Mit der Revision begehrt der Kläger weiterhin Beseitigung der Terrassenanlage.

### Entscheidung

Auch nach Ansicht des BGH besteht vorliegend kein Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB i. V. m. § 15 Abs. 3 WEG. Zunächst stellt der V. Zivilsenat klar, dass sich die vorgenommene Gestaltung innerhalb des von der Teilungserklärung gesteckten Rahmens hält. Daher **fehle es nicht an der Zustimmung** der übrigen Wohnungseigentümer zu der in Rede stehenden **baulichen Veränderung nach § 22 Abs. 1 WEG**, da diese Zustimmung **bereits in der Zuweisung des Sondernutzungsrechts enthalten** sei, soweit – wie vorliegend – die baulichen Veränderungen Eingang in die Beschreibung des Sondernutzungsrechts gefunden haben bzw. nach dem Inhalt des jeweiligen Sondernutzungsrechts üblicherweise vorgenommen werden und der Wohnungseigentumsanlage dadurch kein anderes Gepräge verliehen wird.

Die vorliegend gewählte Gestaltung, wonach die in der Teilungserklärung als Außenstellplätze bezeichneten Flächen unter Ausschluss der übrigen Wohnungseigentümer allein der teilenden Eigentümerin zugewiesen wurden, begegne keinen Bedenken, solange Letztere Eigentümerin zumindest einer Wohnungs- oder Teileigentumsseinheit ist. Anders als bei der Umwandlung von Gemeinschafts- und Sondereigentum (oder umgekehrt) **könne die Befugnis zur Konkretisierung oder Änderung der positiven Komponente eines Sondernutzungsrechts durch Ermächtigung in der Teilungserklärung erteilt werden**, da diese lediglich den Inhalt, nicht hingegen den Gegenstand des Eigentums betreffe. Auf das Bestehen einer wirksamen Vollmacht zum Handeln im Namen sämtlicher übriger Wohnungseigentümer komme es daher nicht an. Erforderlich sei lediglich, dass die Ermächtigung dem sachen- und grundbuchrechtlichen **Bestimmtheitsgrundsatz** genüge, wenn sie durch Grundbucheintragung gem. § 10 Abs. 3 WEG verdinglicht werden soll. Da sich die Abänderungsbefugnis im vorliegenden Fall auf in einer Anlage gekennzeichnete Flächen beziehe und die Befugnisse klar umrissen sind, sei dem Bestimmtheitsgrundsatz Genüge getan.

Schließlich halte die Ermächtigung einer **Inhaltskontrolle** stand, unabhängig davon, ob man sie **am Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB)** oder an den §§ 305 ff. BGB misst (wobei der Senat dem erstgenannten Prüfungsmaßstab zuzuneigen scheint). Hierfür sind die folgenden Erwägungen maßgebend: Der teilende Eigentümer könne die Bedürfnisse der Erwerber im Zeitpunkt der Aufteilung nach § 8 WEG nicht abschließend beurteilen und habe

daher ein berechtigtes Interesse an einer Änderungsbefugnis. Vertrauensschutzgesichtspunkte seitens der Erwerber seien nicht zu berücksichtigen, da diese von vornherein vom Mitgebrauch der betreffenden Flächen ausgeschlossen waren und ihnen auch die mögliche Nutzungsart der dem Sondernutzungsrecht unterliegenden Flächen erkennbar war. Hinzu komme, dass lediglich die teilende Eigentümerin ermächtigt sei, folglich die Ermächtigung mit Veräußerung der letzten Eigentumsseinheit durch diese ende (zeitliche Beschränkung). Die übrigen Eigentümer müssten auch nicht jedwede inhaltliche Ausgestaltung der teilenden Eigentümerin hinnehmen, da sie nach § 315 BGB vor einem Missbrauch der Gestaltungsmacht geschützt seien. Vorliegend halte sich die Zuteilung der Sondernutzungsrechte mit dem in Rede stehenden Inhalt allerdings im Rahmen des Gestaltungsermessens der teilenden Eigentümerin nach § 315 BGB.

---

### WEG § 26 Abs. 1 S. 5

#### Objekt- bzw. Wertprinzip keine unzulässige Beschränkung i. S. v. § 26 Abs. 1 S. 5 WEG

**Auch nach dem Wohnungseigentumsgesetz in der ab dem 1. Juli 2007 geltenden Fassung stellt es keine unzulässige Beschränkung der Bestellung der Abberufung des Verwalters dar, wenn das Kopfprinzip durch Vereinbarung zugunsten des Objekt- oder des Wertprinzips abbedungen worden ist (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 19. September 2002 – V ZB 30/02, BGHZ 152, 46 ff.).**

BGH, Urt. v. 28.10.2011 – V ZR 253/10  
Abruf-Nr.: **11016R**

### Problem

Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft. Die Klägerin ist Eigentümerin von 27 der insgesamt 45 Wohnungen (Miteigentumsanteil 580/1000). Zum Stimmrecht enthält die Teilungserklärung folgende Regelung: „Jeder Eigentümer einer der 45 Wohnungen hat für jede in seinem Eigentum stehende Wohnung eine Stimme“ (**Objektprinzip**).

In der Versammlung vom 7.8.2009 stimmte die nach Kopffzahlen gemessene Mehrheit der Eigentümer für eine **Wiederbestellung der Verwalterin** vom 1.1.2010 bis zum 31.12.2014. Die Klägerin stimmte dagegen. Da die Verwalterin das in der Teilungserklärung niedergelegte Objektprinzip aufgrund der Regelung in § 26 Abs. 1 S. 5 WEG nicht für maßgeblich hielt, stellte sie das Zustandekommen des Beschlusses fest und verkündete das Beschlussergebnis. Auf die Anfechtungsklage der Klägerin hin erklärte das Amtsgericht den Beschluss für ungültig; das Landgericht wies die Berufung zurück. Mit der zugelassenen Revision begehren die Beklagten die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Abweisung der Klage.

### Entscheidung

Auch nach Auffassung des BGH wurde das in § 25 Abs. 2 S. 1 WEG normierte **Kopfprinzip** durch die Regelung in der Teilungserklärung **wirksam abbedungen**. Folglich fehle es an der erforderlichen Stimmenmehrheit, sodass die Anfechtungsklage begründet sei. Die Regelung in § 26 Abs. 1 S. 5 WEG **steht laut BGH einer vom Kopfprinzip abweichenden Vereinbarung des Objekt- oder Wert-**

**prinzips** weiterhin (vgl. zur Rechtslage vor der am 1.7.2007 in Kraft getretenen Reform des WEG BGHZ 152, 46, 53 f. = DNotZ 2003, 43) **nicht entgegen**. Zwar werde dies teilweise unter Verweis auf §§ 12 Abs. 4 S. 2, 16 Abs. 5, 22 Abs. 2 S. 2 WEG geltend gemacht. Dem schließt sich der V. Zivilsenat in Übereinstimmung mit der herrschenden Literaturansicht allerdings nicht an. § 26 Abs. 1 S. 1 WEG schreibe lediglich das Mehrheitsprinzip als solches fest. Der Regelungsgehalt von § 26 Abs. 1 S. 1 und S. 5 WEG erstrecke sich hingegen nicht auf die Frage, ob die erforderliche Mehrheit nach Köpfen, Objekten oder Miteigentumsanteilen zusammengesetzt sein muss. Hierbei handele es sich **lediglich** um eine **Definition der Stimmenmehrheit**, **nicht** hingegen um eine „**Beschränkung**“ i. S. v. **§ 26 Abs. 1 S. 5 WEG**. Dies folge auch aus der Verweisung in § 26 Abs. 1 S. 1 WEG auf § 25 Abs. 2 S. 1 WEG, welcher das Kopfprinzip nur als gem. § 10 Abs. 2 S. 2 WEG abdingbare Aufangregelung niederlegt.

Entgegen der Mindermeinung seien die §§ 12 Abs. 4 S. 2, 16 Abs. 5, 22 Abs. 2 S. 2 WEG für die Auslegung von § 26 Abs. 1 S. 5 WEG unergiebig. Denn der Gesetzgeber habe damit lediglich eine Hinwendung zum Mehrheitsprinzip in Abkehr vom Einstimmigkeitsprinzip bezweckt. Ob lediglich das Mehrheitsprinzip als solches oder auch die Unabdingbarkeit des Kopfprinzips verankert wurde, sei hingegen heftig umstritten. Unabhängig vom Verständnis der §§ 12 Abs. 4 S. 2, 16 Abs. 5 und 22 Abs. 2 S. 2 WEG lasse sich daraus keinesfalls ableiten, dass das Objektprinzip eine unzulässige Beschränkung i. S. v. § 26 Abs. 1 S. 5 WEG darstellt. Zum einen unterscheide sich bereits der Regelungsgehalt der Vorschriften. Zum anderen sei zu berücksichtigen, dass die Bestimmung des § 26 Abs. 1 S. 5 WEG n. F. gegenüber § 26 Abs. 1 S. 4 WEG a. F. unverändert geblieben ist, was den Schluss darauf zulasse, dass der Gesetzgeber – in Kenntnis der gefestigten Rechtsprechung und Literaturmeinung – das Objekt- sowie das Wertprinzip nicht für unzulässig erklären wollte. Ungeachtet der nicht gänzlich zu verneinenden Gefahr der Majorisierung durch einzelne Eigentümer werde der erforderliche **Minderheitenschutz durch das Prinzip ordnungsmäßiger**, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer entsprechender **Verwaltung** (§ 21 Abs. 5 WEG) und dessen gerichtlicher Kontrolle im Wege der Anfechtungsklage **gewährleistet**.

## Literaturhinweise

**Postvertriebsstück: B 08129**

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

---

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**www.dnoti.de.**

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:**

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

**Bezugsbedingungen:**

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

**Bezugspreis:**

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

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

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt.

Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

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

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg