

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

21. Jahrgang  
März 2013  
ISSN 1434-3460

6/2013

*Mit Beilage BNotK-Intern*

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 10, 15 Abs. 2, 21 Abs. 3 – Duldung einer Terrasse, die in ein in Teileigentum stehendes Tiefgaragengrundstück hineinragt; Mehrheitsbeschluss über Duldung statt Bestellung einer Grunddienstbarkeit

BGB §§ 1901a, 1902 – Errichtung einer Patientenverfügung durch Eltern für ihr geistig behindertes Kind; Zulässigkeit der Stellvertretung

### Gutachten im Abrufdienst

### Rechtsprechung

BGB § 883 – Bestellung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Verschaffung eines Miteigentumsanteils

HöfeO § 8 Abs. 1 a. F.; BGB §§ 242, 2100 – Vererbung nach dem Sondererbrecht der Höfeordnung trotz Wegfalls der Hofeigenschaft vor Eintritt des Nacherbfalls

### Literaturhinweise

### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### WEG §§ 10, 15 Abs. 2, 21 Abs. 3 Duldung einer Terrasse, die in ein in Teileigentum stehendes Tiefgaragengrundstück hineinragt; Mehrheitsbeschluss über Duldung statt Bestellung einer Grunddienstbarkeit

#### I. Sachverhalt

Ein Mehrfamilienhaus mit acht Wohnungseigentumseinheiten grenzt an ein Tiefgaragengrundstück mit über 50 Teileigentumseinheiten. Ein Wohnungseigentümer im Erdgeschoss des Mehrfamilienhauses hat eine Terrasse, die so errichtet wurde, dass sie sich auch auf das benachbarte Tiefgaragengrundstück erstreckt. Zugunsten des Wohnungseigentümers ist eine Grunddienstbarkeit zulasten des Tiefgaragengrundstücks eingetragen, die inhaltlich jedoch nicht die gesamte Terrasse, sondern nur einen Teil umfasst.

Die Terrassennutzung soll insgesamt rechtlich gesichert werden. Da eine Inhaltsänderung bzw. Erweiterung der Grunddienstbarkeit die Unterschrift aller über 50 Teileigentümer voraussetzen würde, wird erwogen, einen Beschluss der Tiefgarageneigentümer über die Duldung der erweiterten Terrasse herbeizuführen.

#### II. Frage

Kann ein Mehrheitsbeschluss über die Duldung der erweiterten Terrasse die Bestellung einer Grunddienstbarkeit durch alle Teileigentümer ersetzen?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Regelungsbedürfnis bzgl. Terrasse

Ein Regelungsbedürfnis hinsichtlich der erweiterten Terrasse ergibt sich daraus, dass sich ihre Inanspruchnahme als teilweise Vorenthaltung des Besitzes oder sonstige Beeinträchtigung des Eigentums am Tiefgaragengrundstück i. S. d. §§ 985, 1004 Abs. 1 BGB darstellt. Soweit ersichtlich, ist davon allein das Gemeinschaftseigentum, nicht auch das Sondereigentum der Teileigentümer betroffen. Daraus können für die Teileigentümer die allgemeinen **eigentumsrechtlichen Abwehrrsprüche gem. §§ 985, 1004 Abs. 1 BGB** erwachsen. Inhaber dieser Ansprüche sind die einzelnen Teileigentümer, nicht die Gemeinschaft der Teileigentümer als Verband (Schmid, DWE 2009, 78, 80). Inwieweit solche Ansprüche gemeinschaftlich, d. h. von der Teileigentümergeinschaft, geltend zu machen sind, richtet sich nach § 10 Abs. 6 S. 3 WEG und ggf. nach § 1011 BGB. Überwiegend wird angenommen, dass bei Abwehr- und Unterlassungsansprüchen eine sog. gekorene Ausübungsbefugnis der Eigentümergemeinschaft besteht, sie also gemeinschaftlich geltend gemacht werden können, aber nicht müssen (Schmid, DWE 2009, 78, 80; Wenzel, ZWE 2006, 462, 467; Bärmann/Klein, WEG, 11. Aufl. 2010, § 10 Rn. 253 f.; ebenso BGH NJW 2006, 2187, 2188 = DNotZ 2006, 765; BGHZ 116, 392, 395 = NJW 1992, 978).

Zu erwägen ist, ob sich eine **Duldungspflicht** für die Teileigentümer bereits gem. § 912 Abs. 1 BGB daraus ergibt, dass es sich um einen zumindest entschuldigten **Überbau** handelt. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass als Gegenstand des Überbaus ein „Gebäude“ vorliegt. Für die Auslegung dieses Begriffs ist der Zweck der Norm, nämlich die Erhaltung wirtschaftlicher Werte, maßgeblich. Als „Gebäude“ sieht der BGH ein Bauwerk an, das durch räumliche Umfriedung gegen äußere Einflüsse Schutz gewährt und den Eintritt von Menschen gestattet (BGH MDR 1973, 39). Selbst leicht versetzbare Gebäude wie Schuppen oder Gartenhäuser werden im Hinblick auf den Normzweck vom Anwendungsbereich des § 912 BGB ausgenommen (Staudinger/Roth, BGB, Neubearb. 2009, § 912 Rn. 6; Palandt/Bassenge, BGB, 72. Aufl. 2013, § 912 Rn. 4). Die **Terrasse** dürfte sich daher, unabhängig von der baulichen Gestaltung im Einzelnen, **nicht unter § 912 BGB** fassen lassen.

## 2. Zulässigkeit eines Mehrheitsbeschlusses der Teileigentümer

Sind Abwehransprüche grundsätzlich zu bejahen, so stellt sich die Frage, ob die Teileigentümer die Duldung der Terrasse durch Mehrheitsbeschluss regeln können.

a) Nicht weiterführen würde es, wenn die Eigentümergemeinschaft die **Geltendmachung der Abwehransprüche durch Mehrheitsbeschluss an sich zöge**, um ihre Geltendmachung durch einzelne Eigentümer zu steuern bzw. zu unterbinden. Es ist bereits umstritten, ob ein solcher, nach § 10 Abs. 6 S. 3 i. V. m. § 21 Abs. 2 WEG an sich zulässiger Beschluss die Befugnis der einzelnen Wohnungs-/Teileigentümer zur selbständigen Geltendmachung des Anspruchs überhaupt ausschließt (vgl. hierzu nur Schmid, DWE 2009, 78, 79 f.; Bärmann/Klein, § 10 Rn. 256). Selbst wenn sie ausgeschlossen wäre, werden die einzelnen Teileigentümer die Geltendmachung durch die Eigentümergemeinschaft bzw. den Verwalter unter Berufung auf ihren Anspruch auf ordnungsgemäße Verwaltung gem. § 21 Abs. 4 WEG in aller Regel verlangen können.

b) Ob ein Mehrheitsbeschluss über die Duldung der Terrasse gefasst werden kann, hängt zum einen von der Beschlusskompetenz der Teileigentümer ab. Nur soweit diese zu bejahen ist, kommt überhaupt ein wirksamer Beschluss infrage. Ist die Gemeinschaft zu Beschlüssen ermächtigt, etwa gem. § 15 Abs. 2 oder § 21 Abs. 3 WEG, müssen die hierfür geltenden materiellen Anforderungen beachtet sein.

### aa) Beschlusskompetenz

Eine Beschlusskompetenz kann sich aus der **Gemeinschaftsordnung** ergeben, wenn diese eine – nach §§ 10 Abs. 2 S. 2, Abs. 4, 23 Abs. 1 WEG grundsätzlich zulässige – **Öffnungsklausel** enthält. Die Öffnungsklausel hat die Funktion, zukünftige Mehrheitsentscheidungen formell zu legitimieren, wobei sich deren materielle Rechtmäßigkeit nach den allgemeinen Grundsätzen bestimmt (Bärmann/Klein, § 10 Rn. 147). Ganz überwiegend werden auch allgemeine Öffnungsklauseln, wonach alle Regelungen der Gemeinschaftsordnung durch Mehrheitsbeschluss abgeändert werden können, für zulässig erachtet (vgl. nur Bärmann/Merle, § 23 Rn. 15). Gerade im Fall einer allgemeinen Öffnungsklausel kann jedoch die Zustimmung der einzelnen Wohnungseigentümer erforderlich sein, wenn in bestimmte mehrheitsfeste Rechte eingegriffen werden soll. Ein solcher Eingriff wäre insbesondere der Ausschluss des Mitgebrauchs des Gemeinschaftseigentums gem. § 13 Abs. 2 S. 1 WEG (Bärmann/Klein, § 10 Rn. 40). Im vor-

liegenden Sachverhalt ist für eine Öffnungsklausel **nichts ersichtlich**. Sollte sie dennoch existieren, müsste man im Einzelfall ermitteln, ob sich daraus eine Grundlage für Mehrheitsbeschlüsse ergäbe und ob diese auch den allgemeinen Anforderungen genügen.

Etwaige **gesetzliche Beschlusskompetenzen** können sich vor allem aus § 15 Abs. 2 WEG (**Gebrauchsregelung**) oder § 21 Abs. 3 WEG (**Beschlussfassung über ordnungsmäßige Verwaltung**) ergeben. Die Regelung des Gebrauchs gem. § 15 Abs. 2 WEG, die sich auch auf den Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums i. S. d. § 13 Abs. 2 WEG bezieht, stellt sich als Ausschnitt der denkbaren Verwaltungsregelungen dar (Bärmann/Klein, § 15 Rn. 2). **Nicht** in die dadurch eingeräumte Beschlusskompetenz fällt insbesondere die **Einräumung eines Sondernutzungsrechts**, wie der BGH unter teilweiser Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung in der Grundsatzentscheidung vom 20.9.2000 (DNotZ 2000, 854) klargestellt hat. Die Begründung eines Sondernutzungsrechts sei nicht mehr Konkretisierung des Gebrauchs, sondern bedeute den vollständigen Ausschluss der übrigen Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch des Gemeinschaftseigentums samt der damit verbundenen Gebrauchsvorteile, sodass von der gesetzlichen Regelung des § 13 Abs. 2 WEG abgewichen werde (DNotZ 2000, 854, 859). Den durch Begründung eines Sondernutzungsrechts bedingten Entzug des Mitgebrauchs der übrigen Wohnungseigentümer vergleicht das Gericht ausdrücklich mit der Bestellung einer Grunddienstbarkeit (DNotZ 2000, 854, 858). Derartige Abweichungen von der gesetzlichen Regelung bedürften grundsätzlich einer **Vereinbarung aller Wohnungseigentümer** nach § 10 Abs. 2 S. 2 WEG. Ein ohne Beschlusskompetenz gefasster **Mehrheitsbeschluss** über die Begründung eines Sondernutzungsrechts sei nicht nur anfechtbar, sondern **nichtig** (DNotZ 2000, 854, 859).

Im vorliegenden Sachverhalt geht es nicht um die Begründung eines Sondernutzungsrechts, denn ein solches kann nur zugunsten eines anderen Wohnungs-/Teileigentümers derselben Wohnungs-/Teileigentümergeinschaft gewährt werden (allg. M., BGHZ 73, 145, 149 = DNotZ 1979, 168). Dennoch lässt sich aus der angeführten Entscheidung schlussfolgern, dass die Einräumung eines Nutzungsrechts für einen Nachbarn, das die betroffenen **Wohnungs-/Teileigentümer** in gleicher Weise wie ein Sondernutzungsrecht **vom Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums ausschließt**, nicht mehr von den gesetzlichen Beschlusskompetenzen gedeckt ist. In der oben skizzierten Entscheidung stellt der BGH wesentlich auf die negative Komponente des Sondernutzungsrechts ab; insoweit kommt es nicht entscheidend darauf an, wer zu den Nutzungen berechtigt ist, die den (übrigen) Wohnungseigentümern entzogen sind. Jedenfalls eine **dauerhafte unentgeltliche Berechtigung des benachbarten Wohnungseigentümers** zur Nutzung der Terrasse (über den Ausübungsbereich der Grunddienstbarkeit hinaus) dürfte damit **kein zulässiger Beschlussgegenstand** sein.

Soweit ein völliger Entzug des Mitgebrauchs i. S. d. § 13 Abs. 2 WEG vorliegt, **genügt** im Übrigen, wie bereits angedeutet, auch eine etwa in der Gemeinschaftsordnung enthaltene **allgemeine Öffnungsklausel nicht**, um einen entsprechenden Beschluss zu legitimieren. Zusätzlich erforderlich wäre dann die Zustimmung aller Wohnungseigentümer (Bärmann/Klein, § 10 Rn. 40, § 13 Rn. 81). Entbehrlich kann sie je nach Lage des Falles bei **spezifizierten Öff-**

nungsklauseln sein, weil diese ggf. bereits die antizipierte Zustimmung aller Wohnungseigentümer enthalten.

**Anders** als Beschlüsse über den völligen Ausschluss des Mitgebrauchs nach Art eines Sondernutzungsrechts sind **weniger weitgehende Regelungen** hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums zu beurteilen, sofern eine durch Vereinbarung getroffene Gebrauchsregelung nicht entgegensteht (zu Letzterem BGH DNotZ 2004, 617, 623). So kann nach Auffassung des BGH gem. § 15 Abs. 2 WEG mit Mehrheit über die **Vermietung von Räumen des Gemeinschaftseigentums** entschieden werden (DNotZ 2000, 851; Wenzel, ZWE 2001, 226, 230 f.). Dabei handele es sich nicht um eine Entziehung des Mitgebrauchs, sondern nur um eine Regelung von dessen Art und Weise, indem ein solcher Beschluss „die Möglichkeit des unmittelbaren (Eigen-)Gebrauchs durch die des mittelbaren (Fremd-)Gebrauchs ersetzt und an die Stelle des unmittelbaren Gebrauchs den Anteil an den Mieteinnahmen treten lässt“ (DNotZ 2000, 851, 853). In Orientierung daran dürfte ein **möglicher Gegenstand** eines Mehrheitsbeschlusses also darin bestehen, **die überschüssig in Anspruch genommene Terrassenfläche** an den betreffenden Wohnungseigentümer des Nachbargrundstücks **zu vermieten**. Ein solcher Beschluss müsste dann durch entsprechenden Vertragsschluss umgesetzt werden.

Zum Verhältnis der beiden zitierten Entscheidungen des BGH zueinander und damit zur **Abgrenzung des** nicht durch Beschluss umsetzbaren **Entzugs des Mitgebrauchs von einer im Beschlusswege möglichen bloßen Regelung seiner Art und Weise** (die naturgemäß Unsicherheiten mit sich bringt und eine Frage des Einzelfalls ist) hat insbesondere *Wenzel*, seinerzeit Vorsitzender des zuständigen V. Zivilsenats des BGH, Stellung genommen (ZWE 2001, 226, 230 f.) und die **Abgrenzungskriterien Ausschließlichkeit, Bestimmtheit, Dauer, Gegenleistung/Kompensation und Widerruflichkeit** angeführt.

#### **bb) Materielle Anforderungen an den Beschlussinhalt**

Auch ein in den Rahmen der vorstehend erläuterten Beschlusskompetenz fallender Beschluss ist **nur dann rechtmäßig und damit unanfechtbar, wenn die übrigen materiellen Anforderungen des Wohnungseigentumsrechts** einschließlich etwaiger Vereinbarungen in der Gemeinschaftsordnung **beachtet** werden. Eine getroffene Gebrauchsregelung muss insbesondere „**ordnungsmäßig**“ i. S. d. § 15 Abs. 2 WEG sein. Fehlt es daran, ist der Beschluss nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar, sodass er bestandskräftig werden kann (sog. vereinbarungseretzender Beschluss, s. BGH DNotZ 2000, 854, 860). Allgemein ist eine Gebrauchsregelung ordnungsmäßig, die unter Berücksichtigung der Beschaffenheit des Gegenstands und der Verkehrssicherungspflichten dem Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme und billigem Ermessen entspricht, also ein geordnetes und störungsfreies Zusammenleben der Wohnungs-/Teileigentümer fördert und der Wahrung des Rechtsfriedens dient (Bärmann/Klein, § 15 Rn. 18). Hierfür kommt es auf **alle Umstände des Einzelfalls** an. Insbesondere dürfte relevant sein, wie die zu treffende Regelung konkret gefasst ist, inwieweit das Gemeinschaftseigentum beeinträchtigt wird, ob eine angemessene Kompensation vorgesehen ist und wie langfristig die Eigentümergemeinschaft gebunden wird.

### **3. Ergebnis**

Ein Mehrheitsbeschluss, der die Bestellung einer Grunddienstbarkeit durch eine dauerhafte Regelung ohne besondere Kompensation ersetzen würde, dürfte nicht möglich sein. Etwas anderes könnte sich nur aus – wohl eher ungewöhnlichen – individuellen Öffnungsklauseln der Gemeinschaftsordnung ergeben. Gewisser Raum bleibt lediglich für weniger weitgehende Regelungen, die sich an der Vermietung orientieren müssten. Allerdings bleiben derartige Regelungen stets erheblich hinter der Bestellung einer Grunddienstbarkeit zurück.

---

## **BGB §§ 1901a, 1902**

### **Errichtung einer Patientenverfügung durch Eltern für ihr geistig behindertes Kind; Zulässigkeit der Stellvertretung**

#### **I. Sachverhalt**

Eltern sind zu rechtlichen Betreuern (§§ 1896 ff. BGB) ihres geistig behinderten Sohnes bestellt worden. Ihr Aufgabenkreis umfasst u. a. die Gesundheitsfürsorge. Die Eltern haben für sich selbst eine Patientenverfügung errichtet und möchten eine solche nun auch für ihren Sohn (erforderlichenfalls unter dessen Mitwirkung) beurkunden lassen. Der Sohn kann allerdings wegen seiner geistigen Behinderung Ausmaß und Umfang der betroffenen Regelungen nicht nachvollziehen.

#### **II. Frage**

Können die zu (Mit-)Betreuern ihres geistig behinderten Sohnes bestellten Eltern für diesen (ggf. unter dessen Mitwirkung) eine Patientenverfügung errichten, wenn zu ihrem Aufgabenkreis auch die Gesundheitsfürsorge gehört?

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

##### **1. Vorbemerkung**

Sinn und Zweck einer Patientenverfügung ist es, dem Willen des Patienten hinsichtlich einer medizinischen Behandlung oder deren Abbruch für den Fall zur Geltung zu verhelfen, dass der Patient einen Willen aufgrund seiner physischen oder psychischen Situation nicht mehr aktuell äußern kann. Dies gilt in erster Linie mit Blick auf die Ablehnung lebensverlängernder oder -erhaltender Maßnahmen im Vorfeld des Sterbens (Behandlungsverzicht).

Eine gesetzliche Regelung der Patientenverfügung existiert in Deutschland erst seit dem 1.9.2009. Zu diesem Zeitpunkt wurden durch das 3. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts (3. BtÄndG) vom 29.7.2009 (BGBl. I, S. 2286) die Voraussetzungen und die Bindungswirkung der Patientenverfügung in den §§ 1901a, 1901b und 1904 BGB n. F. niedergelegt. Ziel des 3. BtÄndG war es, durch eine gesetzliche Regelung der Patientenverfügung für alle Beteiligten mehr Rechtssicherheit zu schaffen.

**§ 1901a Abs. 1 S. 1 BGB** enthält eine **Legaldefinition der Patientenverfügung**: Sie ist die schriftliche Festlegung eines einwilligungsfähigen Volljährigen für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt. Die Willensbekundung muss also von einem **einwilligungsfähigen Volljährigen** abgegeben worden sein,

in schriftlicher Form vorliegen und eine Entscheidung über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in eine bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahme enthalten (vgl. BeckOK-BGB/G. Müller, Std.: 1.2.2013, § 1901a Rn. 6).

## 2. Stellvertretung bei Errichtung einer Patientenverfügung?

Zur Frage, ob es sich bei der Patientenverfügung um eine höchstpersönliche Erklärung handelt oder die Erklärung auch von einem gesetzlichen oder gewillkürten Vertreter abgegeben werden kann, enthält das 3. BtÄndG nebst Gesetzgebungsunterlagen keine Stellungnahme. Rechtsprechung aus der Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes liegt bisher ebenso wenig vor.

### a) Literatur

Die **neuere Literatur** geht allerdings übereinstimmend davon aus, dass die Patientenverfügung als besondere Form der Einwilligung nicht oder nur eingeschränkt den Regelungen für Willenserklärungen unterworfen ist. Für nicht anwendbar werden in diesem Zusammenhang insbesondere die Stellvertretungsregeln gem. §§ 164 ff. BGB gehalten, denn bei der Patientenverfügung handele es sich um eine **höchstpersönliche Erklärung** (vgl. Beermann, FPR 2010, 252; für Höchstpersönlichkeit auch Spickhoff, Medizinrecht, 2011, § 1901a Rn. 4; E. Albrecht/A. Albrecht, MittBayNot 2009, 426, 431; BeckOK-BGB/G. Müller, § 1901a Rn. 11; NK-BGB/Kemper, 7. Aufl. 2011, § 1901a Rn. 9).

### b) 1. Sterbehilfebeschluss des BGH vom 17.3.2003

Für die Richtigkeit dieser Rechtsansicht sprechen auch die Ausführungen des **XII. Zivilsenats des BGH** in seinem sog. 1. Sterbehilfebeschluss vom 17.3.2003 (NJW 2003, 1588, 1589 f. = DNotZ 2003, 850 m. Anm. Stoffers = RNotZ 2003, 255 m. Anm. Perau). Dort ordnete der BGH die Entscheidung über den Behandlungsabbruch, wie sie in einer Patientenverfügung niedergelegt sein kann, ebenfalls als höchstpersönliche Entscheidung des Betroffenen ein:

*„In der Rechtsprechung und Literatur wird zwar zum Teil die Auffassung vertreten, daß dem Betreuer die Entscheidung gegen eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung des Betroffenen, weil höchstpersönlich, nicht zustehe und deshalb auch einer Überprüfung durch das den Betreuer kontrollierende Vormundschaftsgericht entzogen sei [...]. Diese Ansicht würde es jedoch, recht verstanden, nicht hindern, das Verlangen des Beteiligten nach Abbruch der künstlichen Ernährung einer vormundschaftsgerichtlichen Überprüfung zu unterwerfen. Da der Beteiligte sein Verlangen auf den erklärten und fortgeltenden Willen des Betroffenen stützt, trifft er insoweit keine eigene Entscheidung; er setzt vielmehr nur eine im Voraus getroffene **höchstpersönliche Entscheidung des Betroffenen** um“* [Hervorhebung durch die DNotI-Redaktion].

Diesen Ausführungen lässt sich entnehmen, dass die Entscheidung über den Behandlungsabbruch als höchstpersönliche einer Stellvertretung nicht zugänglich ist.

### c) Entscheidung des Amtsgerichts Lüdinghausen vom 24.11.2003

Dafür spricht auch eine Entscheidung des Amtsgerichts Lüdinghausen vom 24.11.2003 (FamRZ 2004, 835 m. Anm. Bienwald = Rpfleger 2004, 218). Ähnlich wie im vorliegenden Sachverhalt ging es dabei um Eltern eines schwerbehinderten Betroffenen, die für diesen als dessen Betreuer

eine Patientenverfügung angefertigt hatten. Das Amtsgericht lehnte die nachgesuchte Genehmigung der Patientenverfügung gem. § 1904 BGB ab, da hiermit Vorsorge für noch nicht absehbare konkrete Maßnahmen in der Zukunft getroffen worden sei. Die Zulässigkeit der Patientenverfügung selbst erörterte das Gericht hingegen nicht weiter. Laut **Bienwald** jedoch stellt die Patientenverfügung als Bestimmung eines Menschen, in welcher Weise er behandelt oder nicht behandelt werden will, wenn er in der aktuellen Situation außerstande ist, darüber selbst zu entscheiden, eine **höchstpersönliche Entscheidung** dar, die keine Stellvertretung zulässt. Er formuliert in diesem Zusammenhang, dass die Patientenverfügung eine **Erklärung des Patienten** und **nicht eine Erklärung für den Patienten** sei.

## 3. Ergebnis

Vor dem Hintergrund der bislang vorliegenden Äußerungen in Rechtsprechung und Literatur dürfte die Patientenverfügung als höchstpersönliche Erklärung anzusehen sein. Somit können die Eltern für ihr geistig behindertes Kind keine wirksame Patientenverfügung errichten. In Betracht kommt lediglich die Errichtung einer Patientenverfügung durch den Betroffenen selbst, sofern dieser über die dazu erforderliche Einwilligungsfähigkeit (i. S. einer natürlichen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit) verfügt. Letzteres ist nach dem mitgeteilten Sachverhalt aber offenbar nicht der Fall.

## Gutachten im Abrufdienst

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

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

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

**BayGO Art. 75; BGB §§ 134, 463 ff.**

**Maßgeblicher Zeitpunkt für Unterwertveräußerung durch Gemeinde bei Erwerbsoption (Ankaufsrecht/Vorkaufsrecht/Kaufangebot); Unterwertveräußerung und kommunale Wirtschaftsförderung; dynamischer Kaufpreis in Grundstückserwerbsoptionsvertrag von Gemeinde**

Abruf-Nr.: 120721

**HGB §§ 162 Abs. 2, 174, 175, 15**

**Herabsetzung einer Kommandithaftungseinlage bzw. der Haftsumme; Bekanntmachung der Herabsetzung der Haftenlage des Kommanditisten**

Abruf-Nr.: 122410

**EGBGB Art. 3a Abs. 2, 25, 26**

**Frankreich: Wirksamkeit eines gemeinschaftlichen Testaments nach Inkrafttreten der Erbrechtsverordnung**

Abruf-Nr.: 122274

### BGB § 883

#### Bestellung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Verschaffung eines Miteigentumsanteils

**Eine Vormerkung, die einen Anspruch auf Verschaffung eines Miteigentumsanteils an einem im Alleineigentum stehenden Grundstück sichern soll, kann nur an dem Grundstück und nicht an dem erst noch zu schaffenden Miteigentumsanteil bestellt werden.** (amtlicher Leitsatz)

**Ebenso kann ein Anspruch auf Verschaffung eines Bruchteils eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück nur durch eine Vormerkung am gesamten Miteigentumsanteil gesichert werden.** (Leitsatz der DNotf-Redaktion)

BGH, Beschl. v. 15.11.2012 – V ZB 99/12  
Abruf-Nr.: **11077R**

#### Problem

Eheleute übertrugen ihrer Tochter jeweils einen 4/10-Anteil an einer Immobilie und vereinbarten ein Rückforderungsrecht, das beide Elternteile unabhängig voneinander berechnen sollte, die Rückübertragung des jeweiligen Miteigentumsanteils zu verlangen. Zur Sicherung der bedingten Übertragungsansprüche wurde die Eintragung von zwei gleichrangigen Auflassungsvormerkungen bewilligt. In den in der Urkunde enthaltenen Grundbuchanträgen wurde die Eintragung der Vormerkung jeweils „an dem [...] veräußerten Miteigentumsanteil“ bewilligt und beantragt. Hilfsweise richtete der Notar den Antrag auf Vollzug der Urkunde darauf, zunächst nur die Überlassung des einem Elternteil zustehenden Bruchteils an die Tochter mit der Vormerkung für diesen einzutragen und anschließend die Überlassung durch den anderen Elternteil samt einzutragender Vormerkung vorzunehmen.

Das Grundbuchamt verweigerte die Eintragung der Vormerkungen im Grundbuch, was vom OLG München teilweise bestätigt wurde. Im Unterschied zum Grundbuchamt hielt das OLG München jedoch die separate Belastung des ersten 4/10-Miteigentumsanteils mit der Vormerkung nach Eintragung des Eigentumserwerbs im Grundbuch für zulässig. Dies gelte allerdings nicht für den zweiten übertragenen Miteigentumsanteil. Mit Vollzug dieser zweiten Übertragung entstehe in der Person des Erwerbers ein einheitlicher Miteigentumsanteil von 8/10, sodass ab diesem Zeitpunkt kein ideeller Anteil von 4/10 mehr mit einer separaten Vormerkung belastet werden könne.

#### Entscheidung

Laut dem V. Zivilsenat kann den in erster Linie gestellten Eintragungsanträgen trotz ihres missverständlichen Wortlauts im Wege der Auslegung ohne Weiteres entnommen werden, dass die Vormerkungen am neu entstehenden 8/10-Anteil der Tochter bestellt werden sollten.

Aufgrund der Eigentumsübertragungen existierten in der Hand der Tochter nicht zwei Anteile von jeweils 4/10, sondern ein **einheitlicher Eigentumsanteil** von 8/10; der Eigentümer könne den Grundbesitz nämlich nur bei gleichzeitiger Teilveräußerung in ideelle Anteile aufteilen. Eine

„Vorratsteilung“ in der Hand des Alleineigentümers komme nicht in Betracht. Vor diesem Hintergrund stelle sich die Frage, an welchem Gegenstand eine Vormerkung laste, die einen auf Übertragung eines ideellen Bruchteils gerichteten Anspruch sichere.

Insoweit fehle eine gesetzliche Regelung. Ausdrücklich ausgeschlossen sei die Bestellung dinglicher Rechte durch den Alleineigentümer an ideellen Anteilen für das Vorkaufsrecht (§ 1095 BGB), die Reallast (§ 1106 BGB) und die Hypothek bzw. Grundschuld (§§ 1114, 1192 Abs. 1 BGB). Hierdurch sollten „verwickelte Rechtsverhältnisse“ und „Schwierigkeiten bei der Grundbuchführung“ vermieden werden, zumal das praktische Bedürfnis gering sei. Zwar bestünden u. a. im Hinblick auf den sog. Bruchteilnießbrauch Ausnahmen (näher BayObLG NJW-RR 1996, 1041 = DNotZ 1997, 391); jedoch sei der einhelligen Ansicht zu folgen, wonach ein **Alleineigentümer einen ideellen Bruchteil nicht mit einer Vormerkung belasten könne** (weitere Nachweise bei Tz. 8). Auch wenn der gesicherte Anspruch nur auf die Übertragung eines Bruchteils gerichtet sei, könne die Vormerkung nur am gesamten Grundstück lasten.

Ob dieser Grundsatz auch dann gilt, **wenn ein Miteigentümer einen weiteren Anteil hinzuverwirbt** und die Vormerkung einen Anspruch auf Rückübertragung dieses Anteils sichern soll, ist allerdings **umstritten**:

Teilweise wird die Belastung eines ideellen Anteils mit einer Vormerkung jedenfalls dann für zulässig erachtet, wenn er zu einem ebenfalls mit einer Vormerkung belasteten Anteil hinzuverworben wird. Es sei nicht nachvollziehbar, dass die erste Vormerkung am ideellen Bruchteil bestehen bleibe, die zweite Vormerkung dagegen am gesamten Grundstück eingetragen werden müsse, obwohl sie einen inhaltsgleichen Anspruch sichere (BayObLGZ 2004, 285, 287 f. = DNotZ 2005, 292; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1502; Meikel/Morvilius, GBO, 10. Aufl. 2009, Einl. C Rn. 23).

Demgegenüber steht u. a. das OLG München als Vorinstanz auf dem Standpunkt, die Vormerkung müsse stets am gesamten Grundstück bestellt werden. Schließlich dürfe der Alleineigentümer an einem ideellen Anteil (§ 1095 BGB) auch kein Vorkaufsrecht bestellen, das sich wie eine Vormerkung auswirke (§ 1098 Abs. 2 BGB). Folgeprobleme könnten zwar bei der Veräußerung des ebenfalls belasteten weiteren Bruchteils entstehen; diese ließen sich aber durch entsprechende obligatorische Vereinbarungen vermeiden (s. OLG Düsseldorf MittBayNot 1976, 137).

Der **BGH** schließt sich der letztgenannten Auffassung an, wonach auch bei (Hinzu-)Erwerb von Bruchteilen diese nicht mit einer Vormerkung belastet werden können. **Möglich sei nur die Bewilligung und Eintragung einer auf dem gesamten Anteil lastenden Vormerkung**, welche einen Anspruch auf Übertragung eines Bruchteils dieses Anteils sichere. Dem stehe nicht entgegen, dass die Vormerkungen jeweils nur einen auf Übertragung eines ideellen Bruchteils gerichteten Anspruch sicherten. Der Inhalt der Vormerkungen werde nämlich nicht dadurch erweitert, dass diese auf dem gesamten Anteil lasteten. Insoweit gelte nichts anderes als bei einer Parzellierungsvormerkung, die einen Anspruch auf Übertragung einer bestimmten, künftig abzuschreibenden Teilfläche sichere; auch sie laste nicht (nur) auf der Teilfläche, sondern auf dem gesamten Grund-

stück. Dass die Vormerkung einen Anspruch auf Rückübertragung nur eines Bruchteils dieses Anteils sichere, müsse aus der Eintragung oder der dort in Bezug genommenen Urkunde hervorgehen.

Da die Eintragungsbewilligung laut BGH im vorliegenden Fall selbst ohne Weiteres so zu verstehen ist, dass die Eintragung der Vormerkungen am neu geschaffenen Anteil von 8/10 erfolgen soll, und die Anträge dahin auszulegen sind, dass die Vormerkungen jeweils am neu geschaffenen Anteil bestellt werden, konnten die Vormerkungen zugunsten der Eltern nur gleichrangig am neu entstandenen 8/10-Miteigentumsanteil der Tochter bestellt werden. Nicht möglich sei es gewesen, Bruchteile ihres neu entstehenden Eigentumsanteils zu belasten, selbst wenn die Tochter zeitlich nachfolgend Bruchteilseigentum hinzuerwerbe.

---

### **HöfeO § 8 Abs. 1 a. F.; BGB §§ 242, 2100 Vererbung nach dem Sondererbrecht der Höfeordnung trotz Wegfalls der Hofeigenschaft vor Eintritt des Nacherbfalls**

**a) Eine landwirtschaftliche Besitzung, die im Zeitpunkt des Eintritts des Vorerbfalls ein Hof im Sinne der Höfeordnung war, wird auch dann nach dem Sondererbrecht vererbt, wenn die Hofeigenschaft vor dem Eintritt des Nacherbfalls weggefallen ist.**

**b) Die Berufung des Hoferben auf sein Erbrecht stellt nicht schon dann eine missbräuchliche Rechtsausübung dar, wenn dieser zuvor irrtümlich (unter Einbeziehung des Werts des Hofes) den Pflichtteil verlangt und von dem Erben eine entsprechende Zahlung erhalten hat.**

**c) Sind alle Erbprätendenten bereits bei dem Vorerbfall davon ausgegangen, dass das allgemeine Erbrecht anzuwenden ist und haben sie sich auch entsprechend verhalten, ist dem Hofnacherben die Berufung auf das Sondererbrecht nach Treu und Glauben versagt, wenn eine früher landwirtschaftliche Besitzung jedenfalls bei Eintritt des Nacherbfalls auf Dauer ihre Hofeigenschaft verloren hat.**

BGH, Beschl. v. 23.11.2012 – BLw 12/11  
Abruf-Nr.: **11078R**

#### **Problem**

Die Eltern des Antragstellers waren zu einer bestimmten Quote Miteigentümer eines landwirtschaftlichen Betriebs in Nordrhein-Westfalen. Im Grundbuch war kein Hofvermerk eingetragen. Nach dem Tod der Mutter des Antragstellers im August 1971 stellte das Amtsgericht einen gemeinschaftlichen Erbschein aus, der den Vater des Antragstellers und Letzteren zu bestimmten Anteilen als Erben auswies. Der Vater heiratete erneut und errichtete mit seiner zweiten Ehefrau im Jahre 1989 ein gemeinschaftliches Testament, in dem sich die Ehegatten gegenseitig als Erben einsetzten, ohne einen Schlusserben zu bestimmen.

Nach dem Tod seines Vaters im Mai 1992 machte der Antragsteller gegenüber seiner Stiefmutter unter Hinweis auf das gemeinschaftliche Testament Pflichtteilsansprüche geltend und erhielt eine größere Summe ausbezahlt. Im Grundbuch für die zur Besitzung gehörenden Grundstücke waren nach dem Tod des Vaters zu einem bestimmten Mit-

eigentumsanteil der Antragsteller und seine Stiefmutter in Erbengemeinschaft sowie mit einem weiteren bestimmten Miteigentumsanteil die Stiefmutter allein eingetragen. Die im März 2008 verstorbene Stiefmutter wurde von ihren Neffen beerbt.

Die Beteiligten streiten darum, wer Eigentümer des zur Hofstelle gehörenden Grundbesitzes ist. Der Antragsteller hat im Verfahren nach § 11 HöfeVfO die richterliche Feststellung beantragt, dass im Zeitpunkt des Todes seiner Mutter im Jahre 1971 die Hofstelle (kraft Gesetzes, trotz fehlender Eintragung eines Hofvermerks) ein Ehegattenhof i. S. d. HöfeO gewesen und dass er demzufolge **gem. § 8 HöfeO a. F. nach dem Tode seines Vaters Hofnacherbe geworden** und weiterhin Hofeigentümer sei.

#### **Entscheidung**

Zunächst stellt der BGH fest, dass der Antrag zulässig ist: Der Antragsteller habe ein rechtliches Interesse an einer Entscheidung des Landwirtschaftsgerichts gem. § 11 Abs. 1 lit. b und g HöfeVfO, dass der Hof beim Tod seiner Mutter ein Ehegattenhof gewesen und der Antragsteller nach dem Tod seines Vaters Hoferbe geworden und geblieben sei.

Im Übrigen verweist der BGH die Sache an das Beschwerdegerecht zur erneuten Entscheidung zurück. Die Sache sei noch nicht zur Endentscheidung reif, weil das Beschwerdegerecht keine Feststellungen dazu getroffen habe, ob der Grundbesitz im Zeitpunkt des Todes der Mutter des Antragstellers im Jahr 1971 ein Ehegattenhof gem. § 1 Abs. 1, § 8 Abs. 1 HöfeO a. F. gewesen sei. Einer solchen Feststellung bedürfe es allerdings, weil nur unter dieser Voraussetzung der Vater des Antragstellers nach dem Tod der Mutter **kraft Gesetzes Hofvorerbe** und der Antragsteller nach dem Tod des Vaters **Hofnacherbe** geworden wäre.

Der BGH führt aus, dass der vorliegende Fall rechtlich nach der bis zum 1.7.1976 geltenden HöfeO zu beurteilen sei, da nach Art. 3 § 3 des Zweiten Gesetzes zur Änderung der HöfeO vom 29.3.1976 (BGBl. I, S. 881, 889) für die erbrechtlichen Verhältnisse die Bestimmungen der bisher geltenden Vorschriften maßgebend blieben, wenn der Erblasser – wie vorliegend die Mutter des Antragstellers – vor Inkrafttreten der Neuregelung zum 1.7.1976 gestorben sei. Dann wäre der den Eltern des Antragstellers gemeinsam gehörende Ehegattenhof – unterstellt, es handelte sich noch um einen Hof i. S. d. Höferechts – nach § 8 Abs. 1 HöfeO a. F. mit dem Tod der Mutter des Antragstellers seinem Vater kraft Gesetzes als Hofvorerben zugefallen. Der Umstand, dass der Vater erst unter der Geltung des novellierten Höferechts verstorben ist, ändert aus Sicht des BGH daran nichts, denn der Nacherbe beerbt nicht den Vorerben, sondern den Erblasser, sodass sich auch die Rechtsstellung des Nacherben nach dem im Zeitpunkt des Todes des Vorerben anzuwendenden Recht bestimmt.

Die bislang **sehr umstrittene (und äußerst praxisrelevante) Frage, wie sich ein zwischenzeitlicher Wegfall der Hofeigenschaft bis zum Eintritt des Nacherbfalls auf die angeordnete Nacherbfolge** bzw. Nacherbenanwartschaft **auswirkt**, entscheidet der BGH im Anschluss an die überwiegend vertretene Ansicht: Eine Besitzung, die im Zeitpunkt des Eintritts des Vorerbfalls ein Hof i. S. d. HöfeO war, vererbt sich auch dann nach dem Sondererbrecht, wenn die Hofeigenschaft vor Eintritt des Nacherbfalls weggefallen ist. Insoweit werde die **Hofeigenschaft**

**bis zum Eintritt des Nacherbfalls als fortbestehend angesehen** (vgl. OLG Celle AgrarR 1979, 320, 321; OLG Hamm AgrarR 1991, 132, 133; OLG Köln DNotZ 1978, 308, 309; OLG Oldenburg AgrarR 1978, 288, 289; Dressler, AgrarR 2001, 265, 272; a. A. OLG Hamm RdL 1981, 126, 128; AG Aachen AgrarR 1987, 166; Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, 10. Aufl. 2012, § 7 HöfeO Rn. 22). Dies widerspricht aus Sicht des BGH zwar dem Gleichheitssatz, der eine Sondererfolge in eine nicht mehr bewirtschaftete und zu bewirtschaftende oder in eine verstümmelte ehemalige landwirtschaftliche Besitzung verbietet. Die Gegenansicht, die von einem Wegfall der Nacherbenanwartschaft in Bezug auf den (ehemaligen) Hof ausgeht, widerspricht aber nicht nur den erbrechtlichen Prinzipien, dass Vor- und Nacherben Erben desselben Erblassers und ein und derselben Erbschaft seien und sich Vor- und Nacherbschaft grundsätzlich nach dem Recht richteten, das für den Erbfall gegolten habe, sondern auch den an den Vorerbfall anknüpfenden Vorschriften des Höferechts über die Abfindungs- (§ 12 HöfeO) und Nachabfindungsansprüche (§ 13 HöfeO) (vgl. Dressler, AgrarR 2001, 265, 280 f.). Außerdem weist der BGH darauf hin, dass mit dem Wegfall der Hofeigenschaft vor dem Anfall der Nacherbschaft ein **Wechsel des Erbstatuts** verbunden wäre, was auch eine **Änderung der Eigentumsverhältnisse** an den zur landwirtschaftlichen Besitzung gehörenden Grundstücken und der Grundlagen für die Berechnung der Abfindungs- und Pflichtteilsansprüche zur Folge hätte.

---

Im Einzelfall kann der Hofnacherbe laut BGH allerdings an der Geltendmachung seiner Ansprüche gem. § 242 BGB gehindert sein, und zwar, wenn die Besitzung bereits im Zeitpunkt des Vorerbfalls jedenfalls nicht als ein Hof i. S. d. HöfeO behandelt wurde und die Hofeigenschaft im Zeitpunkt des Nacherbfalls tatsächlich verloren hatte. Der BGH geht folglich davon aus, dass einem Hofnacherben bei zwischenzeitlichem Wegfall der Hofeigenschaft bis zum Eintritt des Nacherbfalls die **Berufung auf das Sondererbrecht versagt** ist, wenn alle Erbprätendenten (sei es auch zu Unrecht) bereits beim Vorerbfall das allgemeine Erbrecht für anwendbar hielten. In diesem Fall fehle ein schutzwürdiges Eigeninteresse, da es nicht mehr um den Erhalt eines landwirtschaftlichen Betriebs, sondern nur noch um die Erlangung eines den Zwecken des Sondererbrechts nicht entsprechenden Vorteils bei der Auseinandersetzung des Nachlasses gehe.

## Literaturhinweise

## Veranstaltungen

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **[www.dnoti.de](http://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](mailto:dnoti@dnoti.de) Internet: [www.dnoti.de](http://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

**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