

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2314 – Notarielles Nachlassverzeichnis: Aufnahme einer Lebensversicherung mit Todesfallleistung

BGB §§ 875, 876 S. 2, 1018; GBO §§ 19, 21 – Erfordernis der Zustimmung des Grunddienstbarkeitsberechtigten (Fahrtrecht) bei Aufhebung von Grunddienstbarkeiten zugunsten des dienenden Grundstücks

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

AktG § 179a; GmbHG § 37 Abs. 1 – Gesamtvermögensgeschäft einer GmbH im Liquidationsstadium; keine analoge Anwendung von § 179a AktG auf die GmbH

BGB §§ 2065 Abs. 1, 138 Abs. 1; GG Art. 14 Abs. 1 S. 1 – Bedingte Erbeinsetzung; Besuchspflicht als aufschiebende Bedingung; Sittenwidrigkeit

WEG § 12; BGB § 183 – Unwiderruflichkeit der Verwaltungszustimmung

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB § 2314

#### Notarielles Nachlassverzeichnis: Aufnahme einer Lebensversicherung mit Todesfallleistung

##### I. Sachverhalt

Der Erblasser hatte eine Todesfallversicherung bei der Versicherungsgesellschaft S. Danach ist Begünstigte für den Todesfall die Ehefrau des Erblassers. Die Versicherung wurde nach dem Todesfall an die Witwe (und Erbin) ausgezahlt.

Die Erbin beauftragt den Notar mit der Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses.

##### II. Frage

Muss der ausgezahlte Betrag der Todesfallversicherung oder die Versicherung als solche mit in das Nachlassverzeichnis aufgenommen werden? Die Erbin wünscht dies nicht.

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Zweck des Nachlassverzeichnisses

Das notarielle Nachlassverzeichnis dient der Erfüllung des Auskunftsanspruchs aus § 2314 Abs. 1 S. 1 BGB. Dieser soll den Pflichtteilsberechtigten in die Lage versetzen, über die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs dem Grunde und der Höhe nach zu entscheiden. Daher sind im Nachlassverzeichnis alle Positionen aufzuführen, die bei der Berechnung des Pflichtteils von Bedeutung sein können. Neben Aktiva und Passiva hat es – falls es der Pflichtteilsberechtigte (wie regelmäßig) fordert (vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 2007, 881, 882 m. w. N.) – auch die fiktiven Nachlassaktiva zu enthalten, einschließlich ergänzungspflichtiger Zuwendungen

und Schenkungen innerhalb der letzten zehn Jahre vor dem Tod des Erblassers. Auf Verlangen muss im Hinblick auf § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB weitere Auskunft erteilt werden, so auch über den Zeitraum von zehn Jahren hinaus über sämtliche Ehegattenschenkungen und unbenannte Zuwendungen, die wie Schenkungen behandelt werden (vgl. Kuhn/Trappe, ZEV 2011, 347, 349 f.). Letztlich sind daher im Nachlassverzeichnis **alle tatsächlichen und fiktiven Nachlassgegenstände, die sich auf etwaige Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche auswirken können**, einzeln und übersichtlich aufzuführen (vgl. G. Müller, in: Schlitt/Müller, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2017, § 10 Rn. 172).

## 2. Pflichtteilsrelevanz von Lebensversicherungsleistungen

Ist im Lebensversicherungsvertrag einem Dritten ein Bezugsrecht eingeräumt, so handelt es sich um einen **Vertrag zugunsten Dritter**. Hieraus folgert die h. M., dass die Versicherungssumme im Todesfall nicht in den Nachlass des Versicherungsnehmers fällt (vgl. BGH NJW 1995, 3113). Bei Eintritt des Versicherungsfalls durch den Tod der versicherten Person erwirbt vielmehr der bezugsberechtigte Dritte einen Leistungsanspruch gegen das Versicherungsunternehmen. Damit der Rechtserwerb im Verhältnis zum Erben des Versprechensempfängers Bestand hat, muss im sog. Valutaverhältnis ein Rechtsgrund zum Behaltendürfen bestehen. Handelt es sich dabei (wie häufig) um eine **Schenkung**, so ist die entsprechende Zuwendung grundsätzlich **auch im Rahmen von Pflichtteilsergänzungsansprüchen gem. § 2325 BGB zu berücksichtigen** (vgl. Münch-KommBGB/Lange, 7. Aufl. 2017, § 2325 Rn. 36; BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.2.2019, § 2325 Rn. 13). Insoweit hat die höchstrichterliche Rechtsprechung mittlerweile geklärt, dass – zumindest bei widerruflichen Bezugsrechten – eine Ergänzung nicht hinsichtlich der ausgezahlten Versicherungssumme (Bereicherung des Beschenkten), sondern hinsichtlich des sog. **Rückkaufswerts** im Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls verlangt werden kann (BGH DNotZ 2011, 129 = DNotI-Report 2010, 116; vgl. dazu auch Palandt/Weidlich, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2325 Rn. 13). Die Pflichtteilsergänzung betrifft daher regelmäßig nicht die geleisteten Prämien oder die ausgezahlte Versicherungssumme, sondern lediglich den Rückkaufswert, der im Allgemeinen erst auf den Todesfall zu ermitteln ist.

## 3. Aufnahme der Lebensversicherung in das Nachlassverzeichnis

Da Zuwendungen aus Lebensversicherungen grundsätzlich **pflichtteilsrelevant sein können**, sind sie u. E. auch **in das notarielle Nachlassverzeichnis aufzu-**

**nehmen**. Dies gilt nicht nur dann, wenn die Lebensversicherungsleistung mangels Benennung eines Bezugsberechtigten in den Nachlass des Erblassers fällt (und dort gem. § 2311 BGB zur Berechnung des ordentlichen Pflichtteils herangezogen werden kann), sondern auch dann, wenn infolge der Benennung eines Bezugsberechtigten ein Vertrag zugunsten Dritter (auf den Todesfall) gegeben ist; insoweit können nämlich – wie oben ausgeführt – Pflichtteilsergänzungsansprüche in Betracht kommen.

Ob die Zuwendung im konkreten Fall tatsächlich Pflichtteilsergänzungsansprüche auslöst, prüft das Prozessgericht. Dies ist nicht Aufgabe des Notars, der das Nachlassverzeichnis erstellt.

Gleiches gilt für die Ermittlung des Werts. Denn nach h. A. ist der Auskunftsanspruch vom Wertermittlungsanspruch nach § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB zu trennen und der Notar (entgegen der womöglich a. A. des OLG Koblenz DNotZ 2014, 780) nur zum Verzeichnis des Nachlassbestands verpflichtet, nicht zur Bewertung der einzelnen Nachlassgegenstände (vgl. Hager, DNotZ 2014, 783; G. Müller, MittBayNot 2015, 151).

---

## BGB §§ 875, 876 S. 2, 1018; GBO §§ 19, 21 Erfordernis der Zustimmung des Grunddienstbarkeitsberechtigten (Fahrrecht) bei Aufhebung von Grunddienstbarkeiten zugunsten des dienenden Grundstücks

---

### I. Sachverhalt

Grundstück 2 ist mit einem Fahrrecht zugunsten des Grundstücks 1 belastet. Grundstück 3 ist mit einem Fahrrecht zugunsten des Grundstücks 2 belastet.

Das an Grundstück 3 lastende Fahrrecht soll nunmehr durch Aufgabeeerklärung des Eigentümers des Grundstücks 2 aufgehoben werden.

### II. Frage

Bedarf der Eigentümer des Grundstücks 2 zur Aufhebung des seinem Grundstück zustehenden Fahrrechts wegen § 876 S. 2 BGB der Zustimmung des Berechtigten des Fahrrechts an Grundstück 2 (Eigentümer des Grundstücks 1)?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Problemaufriss

Ist zugunsten eines herrschenden Grundstücks ein Recht bestellt worden und ist das herrschende Grundstück seinerseits mit einem Recht zugunsten eines Dritten belastet, so bedarf die Aufgabe des zugunsten des

herrschenden Grundstücks bestellten Rechts dann der **Zustimmung des Dritten, wenn** das Recht des Dritten **durch die Aufhebung des Rechts am dienenden Grundstück berührt** wird (§ 876 S. 2 BGB).

Im konkreten Fall wurde ein Fahrrecht für das Grundstück 2 als herrschendes Grundstück bestellt, dienendes Grundstück ist insoweit das Grundstück 3. Das herrschende Grundstück 2 ist seinerseits mit einem Fahrrecht für einen Dritten, den Eigentümer des Grundstücks 1 belastet. Es liegt damit das für § 876 S. 2 BGB erforderliche gestufte Berechtigungsverhältnis vor: Belastung des herrschenden Grundstücks (Grundstück 2) mit dem Recht eines Dritten (hier: Fahrrecht für den Eigentümer des Grundstücks 1). Für die Aufhebung der am Grundstück 3 lastenden Grunddienstbarkeit ist die Aufgäbeerklärung des Eigentümers des herrschenden Grundstücks 2 erforderlich (§ 875 Abs. 1 BGB). Dieser bedürfte nach § 876 S. 2 BGB wiederum der Zustimmung des Eigentümers des Berechtigten an seinem Grundstück (hier: des Eigentümers von Grundstück 1), wenn dessen Fahrrecht durch die Aufhebung des Fahrrechts am Grundstück 3 rechtlich berührt wäre.

## 2. „Berührung“ des Drittrechts i. S. d. § 876 S. 2 BGB

Berührt i. S. d. § 876 S. 2 BGB ist ein Recht am herrschenden Grundstück, wenn es durch die Aufhebung möglicherweise **rechtlich beeinträchtigt** wird (OLG Brandenburg MittBayNot 2013, 482; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 9; Staudinger/C. Heinze, BGB, 2018, § 876 Rn. 20; BeckOGK-BGB/Enders, Std.: 1.4.2019, § 876 Rn. 28). Lastet auf dem herrschenden Grundstück ein Nutzungsrecht wie ein Geh- und Fahrrecht, so ist entscheidend, ob der Fortbestand des Rechts Einfluss auf die Ausübung und Durchführung des Rechts am herrschenden Grundstück hat (Meikel/Böttcher, § 21 Rn. 11). Nach der Literatur beeinträchtigt die Aufhebung der Dienstbarkeit ein dingliches Nutzungsrecht dann, wenn dem Nutzungsrecht der Inhalt der Dienstbarkeit zugutekommt. Als Beispiel wird u. a. ein Wegerecht genannt (Staudinger/C. Heinze, § 876 Rn. 23). Zum Teil lässt es die Literatur genügen, dass sich die aus der Dienstbarkeit fließenden Befugnisse positiv auf das Recht am herrschenden Grundstück auswirken (Bauer/Schaub/Kössinger, GBO, 4. Aufl. 2018, § 21 Rn. 9; MünchKommBGB/Kohler, 7. Aufl. 2017, § 876 Rn. 6; BeckOGK-BGB/Enders, § 876 Rn. 29).

## 3. Vorliegender Fall

Im konkreten Fall kommt u. E. eine rechtliche Beeinträchtigung der Dienstbarkeit am herrschenden Grundstück 2 nur in Betracht, **wenn zum Inhalt der Dienstbarkeit für den Eigentümer des Grundstücks 1 die**

**Befugnis gehört, die zugunsten des Grundstücks 2 bestellte Dienstbarkeit zu nutzen.** Dies wäre nur möglich, wenn dem Berechtigten weitere Nutzungsbefugnisse am herrschenden Grundstück eingeräumt wären (vgl. OLG Hamm DNotZ 2008, 612, 613 f.; MünchKommBGB/Mohr, § 1018 Rn. 73). Vorliegend ist jedoch nichts dafür ersichtlich, dass zum Inhalt des Fahrrechts für den Eigentümer des Grundstücks 1 die Ausübung der Dienstbarkeit am Grundstück 3 gemacht wurde.

Im Übrigen wäre eine rechtliche Beeinträchtigung des Fahrrechts des Grundstückseigentümers 1 nur gegeben, wenn **zum Inhalt der Grunddienstbarkeit zugunsten des Grundstücks 2** das Recht gehörte, das **Fahrrecht einem grundstücksfremden Anlieger zur Ausübung zu überlassen** und zum Inhalt einer Dienstbarkeit zu machen. Dies wird man jedoch nicht annehmen können. Eine Grunddienstbarkeit berechtigt den Berechtigten grundsätzlich nicht, grundstücksfremden Anliegern die Ausübung des Wegerechts zu gestatten (NK-BGB/Otto, 4. Aufl. 2016, § 1018 Rn. 40; Staudinger/Wiegand, 2017, § 1018 Rn. 9). In diesem Sinne hat der BGH ausgeführt, dass ein Wegegrundstück nicht für zum herrschenden Grundstück hinzugepachtete Flächen genutzt werden darf (NJW-RR 2003, 1237). In einer älteren Entscheidung hat der BGH zudem festgehalten, dass ein Wegegrundstück keine Ausübung der Dienstbarkeit derart zulässt, dass man über das herrschende Grundstück auf einen angrenzenden Tennisplatz gelangt (DNotZ 1966, 671 = BeckRS 1966, 31173750). Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass das Recht gerade zum dinglichen Inhalt der am herrschenden Grundstück bestellten Dienstbarkeit würde. Dies würde auf eine erhebliche Beeinträchtigung des belasteten Grundstücks hinauslaufen und dem Dienstbarkeitsberechtigten die Befugnis einräumen, das Recht aufzuspalten und auf einen Dritten zu übertragen. Dass dem Berechtigten eine derart weitreichende Befugnis zustehen sollte, wird man nicht annehmen können. Mangels abweichender Anhaltspunkte dürfte daher nicht davon auszugehen sein, dass das Fahrrecht am Grundstück 3 dazu berechtigt, die Befugnisse aus dem Grundstück zum Inhalt eines am herrschenden Grundstück bestellten Fahrrechts zu machen.

## 4. Ergebnis

Wir gehen mangels abweichender Anhaltspunkte davon aus, dass es an einer **rechtlichen Beeinträchtigung** der Dienstbarkeit am Grundstück 2 **fehlt**, wenn die für das Grundstück 2 bestellte Dienstbarkeit am Grundstück 3 aufgehoben wird.

Im Ergebnis spielt es daher auch keine Rolle, ob ein **Herrschervermerk** im Grundbuch des Grundstücks 1

eingetragen ist. Wäre dies der Fall, so bedürfte es nach § 21 GBO der Bewilligung (§ 19 GBO) des Eigentümers des herrschenden Grundstücks im Grundbuchverfahren lediglich dann, wenn ein Fall des § 876 S. 2 BGB vorläge. Nur wenn sich aus dem Dienstbarkeits-text konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Inhalt des Fahrrechts für den Eigentümer des Grundstücks 1 die Ausübung der für Grundstück 2 bestellten Dienstbarkeit ist, könnte das Grundbuchamt von einer Beeinträchtigung i. S. d. § 876 S. 2 BGB ausgehen und eine Bewilligungserklärung des Eigentümers des Grundstücks 1 verlangen.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

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

**BGB §§ 433, 463, 471; BauGB §§ 24, 28; InsO §§ 270 ff.**

**Verkauf eines Grundstücks während des Insolvenzverfahrens bei angeordneter Eigenverwaltung**  
Abruf-Nr.: 167697

**EuGüVO Artt. 22, 23; HUP Art. 8; EGBGB Art. 17 Abs. 3**

**Rumänien: Ehevertrag deutsch-rumänischer Eheleute**  
Abruf-Nr.: 169423

## Rechtsprechung

**AktG § 179a; GmbHG § 37 Abs. 1**

**Gesamtvermögensgeschäft einer GmbH im Liquidationsstadium; keine analoge Anwendung von § 179a AktG auf die GmbH**

**a) § 179a AktG ist auf die GmbH nicht analog anwendbar.**

**b) Die Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer GmbH ist ein besonders bedeutsames Geschäft, zu dessen Vornahme der Geschäftsführer einen zustimmenden Beschluss der Gesellschafterversammlung herbeiführen muss,**

**selbst wenn der Gesellschaftsvertrag einen entsprechenden Zustimmungsvorbehalt nicht enthält.**

**c) Missachtet der Geschäftsführer bei der Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer GmbH einen im Gesellschaftsvertrag geregelten oder aus der besonderen Bedeutsamkeit des Geschäfts abgeleiteten Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung, kann der Vertragspartner der GmbH aus dem formal durch die Vertretungsmacht des Geschäftsführers gedeckten Geschäft keine vertraglichen Rechte oder Einwendungen herleiten, wenn er den Missbrauch der Vertretungsmacht kennt oder er sich ihm geradezu aufdrängen muss, selbst wenn das Geschäft der Gesellschaft nicht zum Nachteil gereicht.**

BGH, Urt. v. 8.1.2019 – II ZR 364/18

### Problem

Die Entscheidung des BGH befasst sich mit der Frage, ob zum Gesamtvermögensgeschäft einer GmbH ein Gesellschafterbeschluss erforderlich ist und welche Konsequenzen das Fehlen eines Beschlusses für den von der GmbH abgeschlossenen Vertrag hat.

Das Vermögen der betroffenen Zwei-Personen-GmbH bestand im Wesentlichen aus einem Betriebsgrundstück. Die Gesellschafter beschlossen die Auflösung der GmbH. Der Liquidator veräußerte das Betriebsgrundstück an einen Dritten. Der BGH musste klären, ob die Wirksamkeit des Vertrags einen Gesellschafterbeschluss verlangt hätte.

### Entscheidung

Im ersten Teil der Entscheidung erörtert der BGH die Frage, ob der Vertrag über das Betriebsgrundstück gem. § 179a Abs. 1 S. 1 AktG analog unwirksam ist. Nach dieser Vorschrift bedarf ein Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens verpflichtet, eines Beschlusses der Hauptversammlung. Ohne den Gesellschafterbeschluss ist der Vertrag schwebend unwirksam.

Entgegen der bisher ganz überwiegenden Auffassung im Schrifttum **lehnt** der BGH eine **analoge Anwendung** von § 179a AktG auf die GmbH **ab**: Die Interessenlagen der Gesellschafter im Aktien- und GmbH-Recht seien nicht miteinander vergleichbar. In der GmbH hätten die **Gesellschafter größere Einflussmöglichkeiten** im Hinblick auf die Geschäftsführung. Dies zeige sich insbesondere im Weisungsrecht, in der Abberufungskompetenz und den Kontroll- und Informationsrechten (§§ 37 Abs. 1, 46 Nr. 5, 6 u. 8, 51a GmbHG). Mit der



stärkeren Machtposition korrespondiere eine geringere Schutzbedürftigkeit der GmbH-Gesellschafter. Außerdem führe § 179a AktG zu einer systemfremden Beschränkung der Vertretungsmacht im Außenverhältnis und zu einer Beeinträchtigung des redlichen Rechtsverkehrs. Die **Abwägung zwischen den Interessen von Gesellschaftern und redlichen Dritten** falle zugunsten der Interessen des redlichen Dritten aus.

Der Geschäftsführer sei im GmbH-Recht **unabhängig** von einer analogen Anwendung des § 179a AktG verpflichtet, **bei besonders bedeutsamen Geschäften** die **Zustimmung der Gesellschafterversammlung** von sich aus einzuholen (vgl. § 49 Abs. 2 GmbHG). Die Gesellschafter seien zudem über das Rechtsinstitut des **Missbrauchs der Vertretungsmacht** im Außenverhältnis geschützt. Missachte der Geschäftsführer bei der Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einen im Gesellschaftsvertrag geregelten oder aus der besonderen Bedeutsamkeit des Geschäfts abgeleiteten Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung, so könne der Vertragspartner der GmbH aus dem Geschäft wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht u. U. keine vertraglichen Rechte oder Einwendungen herleiten. Die Versagung des Verkehrsschutzes wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht setze nicht zusätzlich voraus, dass Geschäftsführer und Vertragspartner zum Nachteil der Gesellschaft handelten.

Bestehe ein Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Gesellschafterversammlung, so sei zusätzlich erforderlich, dass der **Vertragspartner von der fehlenden Zustimmung Kenntnis** habe oder dass **sich ihm das Fehlen eines Zustimmungsbeschlusses aufdränge**. Bei der Veräußerung eines Einzelgegenstands könne sich der Missbrauch aufdrängen, wenn der Vertragspartner erfahre, dass ein maßgebender Gesellschafter mit dem Geschäft nicht einverstanden sei. Der Gesellschafter könne das Vertrauen des Vertragspartners auf die unbeschränkte Vertretungsmacht des Geschäftsführers zerstören, indem er den vorgesehenen Vertragspartner darüber informiere, dass der für die Übertragung erforderliche Gesellschafterbeschluss fehle.

Im zweiten Teil der Entscheidung setzt sich der BGH mit der Frage auseinander, ob der **Vertragsschluss durch den Liquidator im konkreten Fall** wirksam ist: Die Vertretungsmacht des Liquidators sei unbeschränkt (§§ 71 Abs. 4, 37 Abs. 2 GmbHG). Vor der Durchführung einzelner Verwertungsmaßnahmen könne der Liquidator, ähnlich wie der Geschäftsführer der werbenden GmbH bei Vornahme besonders bedeutsamer Geschäfte, verpflichtet zur Einholung einer Gesellschafterentscheidung sein. Dies sei konkret der Fall gewesen.

Maßgeblich sei damit, ob es sich dem Vertragspartner habe aufdrängen müssen, dass der Liquidator den Widerspruch seines Mitgesellschafters missachtet und ohne vorherige Einholung eines notwendigen Gesellschafterbeschlusses das Betriebsgrundstück an ihn verkauft habe. Für die entsprechenden Feststellungen verweist der BGH den Fall an das Berufungsgericht zurück.

---

**BGB §§ 2065 Abs. 1, 138 Abs. 1; GG Art. 14 Abs. 1 S. 1**

**Bedingte Erbeinsetzung; Besuchspflicht als auf-schiebende Bedingung; Sittenwidrigkeit**

**Die Abhängigmachung einer Erbeinsetzung von einer Besuchspflicht kann im Einzelfall zur Sittenwidrigkeit und damit Unwirksamkeit der entsprechenden Testamentsklausel führen. Sodann kommt eine Aufrechterhaltung der Erbeinsetzung ohne derartige Besuchsbedingung jedenfalls dann in Betracht, wenn der Erblasser in dem Fall, dass er gewusst hätte, dass die von ihm aufgestellte Besuchsbedingung unwirksam ist, zum maßgeblichen Zeitpunkt der Testamenterrichtung gewollt hätte, dass jedenfalls die Erbeinsetzung aufrechterhalten bleibt, er also eher eine unbedingte als gar keine Zuwendung gemacht hätte.**

OLG Frankfurt, Beschl. v. 5.2.2019 – 20 W 98/18

### **Problem**

Die Beteiligten streiten im Rahmen eines Erbscheinserteilungsverfahrens um die Wirksamkeit des zugrunde liegenden privatschriftlichen Testaments des Erblassers. Er hat darin durch Zuwendung von Geldvermögensanteilen seine Ehefrau G und seinen Sohn D zu jeweils einem Viertel zu Erben berufen. Weiter heißt es im Testament u. a.:

*„Die restlichen 50 % des dann noch vorhandenen Geldes bekommen zu gleichen Teilen meine Enkel F und E, aber nur dann, wenn sie mich regelmäßig, d. h. mindestens sechsmal im Jahr besuchen. ... Sollte das nicht der Fall sein, d. h. mich keiner besuchen, werden die restlichen 50 % des Geldes zwischen meiner Frau G und meinem Sohn D aufgeteilt. Mein Sohn B und seine Frau H dürfen über den Erbnachlass nicht verfügen ...“*

Die Enkelkinder hatten den Erblasser vor seinem Tod lediglich einmal besucht. Das Nachlassgericht nahm an, dass der Erblasser mit der Besuchspflicht eine echte Bedingung angeordnet habe, unter der die Berufung bei der Enkelkinder zu Erben stehe. Es handele sich nicht

nur um einen unverbindlichen Wunsch. Die Bedingung sei unbedenklich wirksam und die geforderte Besuchspflicht sei von den Enkeln nicht erfüllt worden. Daher erachtete das Nachlassgericht die Voraussetzungen für die Erteilung eines Erbscheins allein zugunsten der Ehefrau G und des Sohnes D als Erben je zur Hälfte für festgestellt. Gegen diese Entscheidung des Nachlassgerichts haben die übergangenen Enkelkinder Beschwerde zum OLG erhoben.

### Entscheidung

Das OLG hält die Beschwerde der Enkelkinder für begründet. Es nimmt zunächst in Übereinstimmung mit dem Nachlassgericht an, der Erblasser habe eine eindeutige und klare aufschiebende Bedingung für die Erbinsetzung seiner Enkelkinder aufgestellt. Obwohl die Enkelkinder für die verlangten Besuche beim Erblasser auf die **Mitwirkung ihrer Eltern** angewiesen waren, liegt darin nach Ansicht des OLG **keine unzulässige Vertretung des Erblassers im Willen zur eigenen Bestimmung der Erbfolge gem. § 2065 Abs. 1 BGB**. Denn es sei ihm entscheidend auf den Eintritt des von ihm gewollten Ereignisses angekommen (Besuche der Enkel) und nicht auf die dahinterstehende Entscheidung der Eltern.

Die **aufschiebende Bedingung** „Erfüllung der Besuchspflicht seitens der Enkel“ erachtet das OLG allerdings für **sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB)**. Es legt bei dieser Bewertung sehr strenge Maßstäbe an: Grundsätzlich schütze Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG die Testierfreiheit des Erblassers, also die Freiheit, die Erbfolge nach eigenen Vorstellungen zu gestalten. Die Sittenwidrigkeit einer Bedingung könne man daher nur in besonders schwerwiegenden Ausnahmefällen annehmen. Wesentlich sei, ob die Umstände erkennen ließen, dass der Erblasser durch einen wirtschaftlichen Anreiz ein bestimmtes Verhalten zu erkaufen suche und dadurch gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoße. Weiter komme es darauf an, ob die Zuwendung nach ihrem Gewicht geeignet sei, die Entscheidung des Bedachten zu beeinflussen (MünchKommBGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, § 2074 Rn. 21). Hier habe der Erblasser die Enkelkinder dem Druck ausgesetzt, zur Erlangung eines Vermögensvorteils die Besuchsbedingung erfüllen zu müssen. Der testamentarisch in Aussicht gestellte Vorteil sei wegen seiner Höhe geeignet, die Willensentscheidung der Enkel zu beeinflussen. Für die Besuche sei nicht nur die eigene Entscheidung der Enkel, sondern auch die Mitwirkungsbereitschaft ihrer Eltern erforderlich gewesen. Über dieses Druckmittel habe der Erblasser ein Verhalten seiner Enkelkinder erreichen wollen, das regelmäßig deren innere, freie Überzeugung voraussetze. Die der Erbinsetzung beigefügte Bedingung sei mithin unwirksam.

Die **Zuwendung an die Enkel** bleibe aber **als unbedingte aufrechterhalten**; sie entfalle nicht etwa insgesamt. Dabei lässt das OLG offen, ob dieses Ergebnis bereits zwingend aus dem angenommenen unzulässigen Eingriff in die Freiheitsrechte der Enkelkinder folge (dafür MünchKommBGB/Leipold, § 2074 Rn. 28 m. w. N.): Im vorliegenden Fall spreche nämlich auch der hypothetische Erblasserwille dafür. Der Vater der Enkelkinder, B, habe in keinem Fall etwas aus dem Nachlass erhalten oder darüber sollen verfügen können. Umgekehrt habe der Erblasser den Enkelkindern auf jeden Fall etwas zuwenden wollen.

---

### WEG § 12; BGB § 183

#### Unwiderruflichkeit der Verwalterzustimmung

**Ist als Inhalt des Sondereigentums vereinbart, dass der Wohnungseigentümer zur Veräußerung des Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf, wird die erteilte Zustimmung unwiderruflich, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung wirksam geworden ist.**

BGH, Beschl. v. 6.12.2018 – V ZB 134/17

### Problem

Ist eine Veräußerungsbeschränkung nach § 12 Abs. 1 WEG vereinbart worden, so bleiben die Veräußerung des Wohnungseigentums und der Vertrag, durch den sich der Wohnungseigentümer zu einer solchen Veräußerung verpflichtet, unwirksam, solange nicht die erforderliche Zustimmung erteilt ist (§ 12 Abs. 3 WEG).

Im entschiedenen Fall veräußerten die Verkäufer mehrere Wohnungen an den Käufer. Der Verwalter erklärte die nach den konkreten Umständen gem. § 12 WEG erforderliche Verwalterzustimmung. Noch vor dem Vollzug der Eigentumsumschreibung widerrief er seine Zustimmung.

Das Grundbuchamt verweigerte den beantragten Vollzug der Eigentumsumschreibung im Grundbuch unter Hinweis auf die fehlende Verwalterzustimmung.

### Entscheidung

Nach Auffassung des BGH konnte der Verwalter die Zustimmung nicht mehr widerrufen.

Die Zustimmung nach § 12 Abs. 1 WEG sei eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, deren Wirksamkeit sich nach §§ 182 ff. BGB beurteile. Gem. § 183 S. 1 BGB sei die vorherige Zustimmung (Einwilligung)

bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerruflich, soweit nicht aus dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis sich ein anderes ergebe.

Die Übereignung sei erst mit der Eintragung des Eigentumswechsels vorgenommen. Gleichwohl werde die Zustimmung zur Veräußerung **unwiderruflich, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung** über die Veräußerung **wirksam geworden** sei. Dies ergebe sich aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Nach ihrem Sinn und Zweck könne die **Zustimmung** zur Veräußerung des Wohnungseigentums **nur einheitlich** erteilt und nicht mehr widerrufen werden, nachdem das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft wirksam geworden sei.

Mit der Zustimmungspflichtigkeit beider Rechtsgeschäfte in § 12 Abs. 3 WEG solle gewährleistet werden, dass der **Gleichlauf des rechtlichen Schicksals** von schuldrechtlichem Kausalgeschäft und dinglichem Verfügungsgeschäft – trotz Trennung dieser Geschäfte aufgrund des Abstraktionsprinzips – erhalten bleibe.

Mit der Geltung des Zustimmungsvorbehalts auch für das schuldrechtliche Kausalgeschäft solle der veräußernde Wohnungseigentümer ersichtlich davor geschützt werden, seine Verpflichtungen aus diesem Kausalgeschäft erfüllen zu müssen, obwohl er hierzu vor der Erteilung der Zustimmung bzw. nach ihrer Versagung nicht (mehr) in der Lage sei. Diesem Regelungsziel liefe es zuwider, wenn der Widerruf der Zustimmung zum Verfügungsgeschäft gem. § 12 Abs. 1 u. 3 WEG noch zu einem Zeitpunkt möglich wäre, in dem das Verpflichtungsgeschäft bereits wirksam und bindend geworden sei.

Auch wenn dem Verwalter nach Erteilung der Zustimmung Umstände bekannt würden, die ihn zur Versagung der Zustimmung berechtigten, erscheine der zustimmungsberechtigte Wohnungseigentümer oder Dritte hinsichtlich der Widerruflichkeit seiner Erklärung nicht schutzbedürftiger als der veräußernde Wohnungseigentümer, der bei einem möglichen Widerruf der Zustimmung seine wirksam bleibende schuldrechtliche Verpflichtung zur Übertragung des Wohnungseigentums nicht mehr erfüllen könnte.

#### Hinweis

Für das Erbbaurecht und die Eigentümerzustimmung nach § 5 Erbbaurechtsgesetz hat der BGH die Frage bereits früher im gleichen Sinne entschieden. Auch die Eigentümerzustimmung zur Erbbaurechtsveräußerung ist unwiderruflich, sobald die schuldrechtliche Verpflichtung zur Veräußerung wirksam geworden ist (BGH DNotZ 2018, 440 = DNotI-Report 2017, 150).

## Literaturhinweise

**S. Hügel/J. Scheel, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, 4. Aufl., C. H. Beck Verlag, München 2018, 689 Seiten, 99.– €**

Sieben Jahre nach der letzten Edition (3. Aufl. 2011 im ZAP-Verlag) ist 2018 das Rechtshandbuch Wohnungseigentum neu überarbeitet im Beck-Verlag erschienen. Das erfahrene Autorenteam setzt sich nunmehr aus Notar Prof. Dr. *Hügel*, Richter am KG Dr. *Elzer*, Richter am LG Berlin Dr. *Müller* und dem Geschäftsführer der Notarkammer Thüringen, Dr. *Grüner*, zusammen. Die grundlegende Revision des Werks war ob des langen Zeitablaufs geboten und ist den Autoren sehr gut gelungen. Beispielhaft dafür sind die gegenüber der Voraufgabe erweiterten Ausführungen zur Veräußerungszustimmung nach § 12 WEG von *Grüner*, die sich einerseits durch dogmatischen Tiefgang, andererseits durch praxistaugliche Formulierungsbeispiele auszeichnen.

Auch heiße Eisen werden angegriffen: *Müller* dekliniert beim Ersterwerb von Wohnungseigentum die Möglichkeiten zur Vergemeinschaftung einer Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch und nimmt (unter Bezugnahme auf seine Mitautoren *Hügel* und *Elzer*) eine erfrischend liberale Haltung zum Problem ein. Ob dies trotz der die Vergemeinschaftung der Abnahme verneinenden Rechtsprechung des VII. Senats zur Rechtslage vor der WEG-Novelle 2007 (BGH DNotI-Report 2016, 113) rechtssicher vertreten werden kann, ist zwar zweifelhaft. Auf die damit einhergehenden Risiken weist *Müller* aber auch deutlich hin.

In formaler Hinsicht ist positiv zu bemerken, dass die Muster nunmehr gesammelt am Schluss des Buchs und nicht mehr am Ende jedes Kapitels zu finden sind. Kleinere Formulierungsbeispiele ziehen sich nach wie vor durch den laufenden Text. Die Zitiertiefe von Rechtsprechung und Literatur hat sich gegenüber der Voraufgabe erhöht, sodass man nicht nur auf die Aussagen im Handbuch selbst, sondern vielfach auf mehrere Primär- und Sekundärquellen zur weiteren Lektüre zurückgreifen kann.

Insgesamt liefert die Neuauflage Antworten sowohl auf grundsätzliche strukturelle Probleme als auch auf häufig auftretende Einzelfragen des Wohnungseigentumsrechts und ist daher wegen der dynamischen Entwicklung dieses Rechtsgebiets dem Vertragsgestalter zur Anschaffung zu empfehlen.

**Dr. Tobias Leidner**

## Veranstaltungen

**GNotKG – Ermittlung von Beurkundungsgegenständen und deren Geschäftswerte** (Schmidt/Tondorf), 3.6.2019 Freiburg, 4.6.2019 Mannheim, 5.6.2019 Stuttgart

**Modularer Lehrgang für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat: Modul 1 – Immobilienkauf** (Tondorf), 6.-7.6.2019 Stuttgart

**Die Notarprüfung** (Blaeschke), 14.6.2019 Oldenburg

**Urkundenvorbereitung von A bis Z** (Tondorf), 14.6.2019 Heusenstamm, 21.6.2019 Kiel

**Aktuelles Kostenrecht im Notariat** (Sikora), 26.6.2019 Heusenstamm

**Intensivkurs Grundstücksrecht** (Krauß/Wälzholz/Wegerhoff), 27.-29.6.2019 Lübeck

Weitere Termine für **Juni 2019**, Anmeldung und nähere Informationen erfragen Sie bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 ([www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)).

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. 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

Mainleite 5, 97340 Marktbreit