

# DNotI - Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

25. Jahrgang  
März 2017  
ISSN 1434-3460

5/2017

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 249, 251; BBergG § 114 – Auswirkung der Veräußerung eines Grundstücks auf Schadensersatzanspruch wegen Eigentumsverletzung

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB §§ 138, 2303 – Zur Wirksamkeit eines Behinderten- testaments bei größerem Vermögen

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### BGB §§ 249, 251; BBergG § 114 Auswirkung der Veräußerung eines Grundstücks auf Schadensersatzanspruch wegen Eigentumsverletzung

##### I. Sachverhalt

Ein Grundstück wurde übertragen gegen einen Nießbrauchsvorbehalt (Variante: gegen den Vorbehalt eines Wohnungsrechts). Nunmehr zeigen sich an Grundstück und Gebäude diverse Schäden. Die Schäden resultieren aus dem Betrieb eines Bergbauunternehmens. Im Übertragungsvertrag ist keine Abtretung von Schadensersatzansprüchen an den Übernehmer vorgesehen.

Das Bergbauunternehmen verweigert nunmehr Regulierungen unter Hinweis darauf, dass der Anspruch mit der Veräußerung des Grundstücks untergegangen sei und eine Abtretung nicht mehr in Betracht komme.

##### II. Fragen

1. Ist eine Abtretung des Schadensersatzanspruchs noch möglich?
2. Falls eine Abtretung nicht möglich ist: Gehen die Schadensersatzansprüche auch unter bei einem Nettonießbrauch oder bei einem Wohnungsrechtsvorbehalt?
3. Wie ist die Rechtslage, wenn Veräußerer und Erwerber bereits Miteigentümer waren?

4. Falls der Anspruch wegen Unmöglichkeit untergegangen ist: Wem steht der Entschädigungsanspruch nach § 251 Abs. 1 BGB? Ist der Schädiger begünstigt, weil der Erwerber keinen Schaden hat?

5. Wie ist zu beurteilen, wann ein Schaden entsteht (z. B. bei einem Riss im Haus)?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Bergschadenshaftung

Nach § 114 Abs. 1 BBergG besteht ein Schadensersatzanspruch, wenn es infolge der Ausübung eines Bergbaubetriebs zu einem Sachschaden kommt (Bergschaden). Ersatzfähig sind insbesondere auch Grundstücksschäden (Weller/Kullmann, BBergG, 2012, § 114 Rn. 1; BeckOGK-BGB/Neupert, Stand: 1.11.2016, § 114 BBergG Rn. 10). **Ersatzpflichtig** ist grundsätzlich der **Unternehmer**, der den Bergbaubetrieb zur Zeit der Verursachung des Bergschadens betrieben hat oder für eigene Rechnung hat betreiben lassen (§ 115 Abs. 1 BBergG). Gesamtschuldnerisch haftet außerdem der Inhaber der Bergbauberechtigung (§ 116 Abs. 1 BBergG). Der **Umfang der Ersatzpflicht** richtet sich **nach den Vorschriften des BGB** (§ 117 Abs. 1 BBergG) und damit nach den §§ 823 ff. sowie den §§ 249 ff. BGB (BeckOGK-BGB/Neupert, § 114 BBergG Rn. 10).

##### 2. Aktivlegitimation

Ein Eigentümer eines Grundstücks ist nur hinsichtlich solcher Bergschäden aktivlegitiniert, die **in** seiner **Berechtigungszeit entstehen** (BeckOGK-BGB/Neupert, § 114 BBergG Rn. 33). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass **bereits entstandene** Schadensersatzansprüche

weiterhin dem **Übergeber des Grundstücks** zustehen, sofern sie nicht abgetreten wurden.

Die **Aktivlegitimation** hängt also davon ab, ob die Rechtsgutsverletzung und der Schadenseintritt vor oder nach der Eigentumsübertragung erfolgt sind. Maßgeblich ist die **sachenrechtliche Rechtslage zum Zeitpunkt der Rechtsgutsverletzung**, nicht diejenige im Zeitpunkt der Handlung (vgl. BGH NJW 1993, 655, 656 f.; OLG Koblenz NJW-RR 1995, 90; BeckOGK-BGB/Spindler, Stand: 15.10.2016, § 823 Rn. 118; Staudinger/J. Hager, BGB, 2017, § 823 B Rn. 79). Es kommt somit darauf an, wann die Rechtsgutsverletzung und der Schaden eingetreten sind.

Dies wird man in Parallele zur in der Rechtsprechung breit diskutierten Problematik des **Weiterfresserschadens** beantworten müssen (so BGH NJW 2001, 1346, 1347; Staudinger/J. Hager, § 823 B Rn. 79). Entscheidend ist, ob der Schaden mit dem **bisherigen Defekt stoffgleich** ist (dann keine Eigentumsverletzung) oder ob er sich auf einen begrenzten Teil der Sache beschränkte und es nach der Eigentumsübertragung zu einem neuen Schaden gekommen ist (dann Eigentumsverletzung denkbar, vgl. nur BGH NJW 1983, 810; NJW 2001, 1346, 1347; NJW 2005, 1423, 1425; BeckOK-BGB/Förster, Stand: 1.11.2016, § 823 Rn. 134 m. w. N.). Dass an einem Gebäude nach dem Eigentumswechsel Risse eintreten, genügt für sich genommen nicht, um von einem stoffgleichen selbstständigen Schaden auszugehen. War ein Grundstück im Zeitpunkt des Eigentumserwerbs etwa bereits mit einer schadensträchtigen Schlacke aufgefüllt und war das Grundstück für eine Bebauung nicht geeignet, liegt in einem späteren Defekt des Gebäudes keine Eigentumsverletzung (BGH NJW 2001, 1346, 1347; ähnlich auch BGH NJW 1985, 194: Anspruch gegen Hersteller einer Dachabdeckfolie nur denkbar, wenn die unteren Schichten des Dachaufbaus vor Aufbringung der Folie schadensfrei waren).

War der Schaden bereits im Gebäude eingetreten und liegt insoweit nur ein Weiterfresserschaden vor, scheidet ein Schadensersatzanspruch des neuen Eigentümers aus. Breitet sich etwa Hausschwamm im ganzen Gebäude aus, wird man darin keinen selbstständigen Schaden sehen können. War die Bausubstanz bereits porös und entstehen nach dem Eigentumswechsel Risse und kommt es zum Einsturz des Gebäudes, wird man dem neuen Eigentümer ebenfalls keinen eigenen Schadensersatzanspruch zubilligen können.

### 3. Umfang des Schadensersatzanspruchs

Nach § 117 Abs. 1 BBG i. V. m. § 249 Abs. 1 BGB kann der Eigentümer grundsätzlich vom Schädiger die **Wiederherstellung** des Zustands vor dem Schaden verlangen. Alternativ kann er vom Schädiger auch den **zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag** verlangen (§ 117 Abs. 1 BBG i. V. m. § 249 Abs. 2 BGB; sog. Integritätsinteresse).

Soweit die Herstellung nicht möglich ist, kann der Ersatzberechtigte eine **Geldentschädigung** verlangen (§ 251 Abs. 1 BGB; sog. Wertinteresse). Hierbei kommt es entscheidend auf die durch die Schädigung eingetretene **Einbuße im Vermögen** des Geschädigten an. Ein entsprechender Wertverlust wird sich bei geordneten Marktverhältnissen regelmäßig in einem **schadensbedingt entstehenden Mindererlös** als Wertminderungsschaden niederschlagen (BGH NJW-RR 2002, 736, 737; OLG Koblenz VersR 2005, 1446). Vor diesem Hintergrund wer-

den die **Schadensberechnungen nach § 249 Abs. 2 S. 1 und § 251 BGB** regelmäßig zu **ähnlichen Ergebnissen** führen (Hertel, NotBZ 2002, 139). Zwingend ist dies jedoch nicht (vgl. BGH NJW 1993, 1793, 1794).

#### 4. Auswirkung der Veräußerung der beschädigten Sache auf Schadensersatzansprüche nach § 249 BGB

##### a) Schadensersatzanspruch bei Veräußerung des Grundstücks ohne Abtretung der Schadensersatzansprüche

Der auf Naturalrestitution gerichtete Schadensersatzanspruch nach § 249 BGB geht nach der Rechtsprechung des BGH unter, wenn der Eigentümer den Gegenstand veräußert. Denn in diesem Fall ist eine **Wiederherstellung des Eigentums nicht mehr möglich**. Die Ersatzleistung kann nicht mehr dem Herstellungsinteresse des Eigentümers dienen, sondern nur dem Ausgleich des rechnerischen Schadens (BGH NJW 1982, 98, 99; NJW 1993, 1793, 1794; NJW 2001, 2250 f.; RG JW 1937, 3223; anders die Rspr. zur Veräußerung eines Kfz, vgl. BGH NJW 1976, 1396; r+s 2005, 393, 394; sowie die Rechtsprechung zu vertraglichen Schadensersatzansprüchen BGH NJW 2012, 2793 Rn. 31; ZfBR 2016, 351 Rn. 21; zur Entwicklung der Rechtsprechung eingehend Schnell, Die nachträgliche Unmöglichkeit der Naturalrestitution im allgemeinen Sachschadensrecht, 2006, S. 20 ff.). **Mit dem Übergang des Eigentums** an der beschädigten Sache auf den Erwerber **erlischt der Anspruch** (BGH NJW 1982, 98, 99).

Begründet hat der BGH seine Rechtsprechung mit folgender Erwägung (BGH NJW 1982, 98, 99; Hervorhebung durch die DNotI-Redaktion):

*„Beendet der Eigentümer seine Rechtszuständigkeit, indem er die beschädigte Sache veräußert, so kann der durch § 249 S. 1, 2 BGB bezeichnete Rechtsgüterschutz nicht mehr erreicht werden. Für die Aufrechterhaltung des Herstellungsanspruchs in einer seiner beiden Erscheinungsformen ist dann kein Raum mehr.“*

Die Rechtsprechung stützt sich vorwiegend auf den **Hilfscharakter** des Anspruchs aus § 249 Abs. 2 BGB. Nur solange eine Herstellung noch möglich ist, besteht auch der Anspruch aus § 249 Abs. 2 BGB. Ergänzend argumentiert sie auch mit dem **Bereicherungsverbot**: Wenn der Geschädigte den Gegenstand bereits veräußert hat, ist ihm nur der Minderwert zu ersetzen (RG HRR 1933, Nr. 1405).

Anderes gilt jedoch, wenn der **Schadensersatzanspruch** mit der Veräußerung der Sache an den Erwerber **abgetreten** und die Abtretung nicht zu einem späteren Zeitpunkt wirksam wird (vgl. BGH NJW 2001, 2250, 2251; NJW-RR 2002, 736; ZfBR 2016, 351 Rn. 20; a. A. noch BGH NJW 1982, 98, 99). In diesem Fall lässt sich das Herstellungsinteresse unmittelbar beim Rechtsnachfolger verwirklichen.

Ob die Rechtslage anders ist, wenn die **Forderungsabtretung** erst **nach Eigentumsübertragung** erfolgt, hat der BGH **offen gelassen** (BGH NJW 2001, 2250, 2251).

Die **h. L.** steht der BGH-Rechtsprechung **ablehnend** gegenüber und meint, dass der bisherige Eigentümer auch nach der Veräußerung der Sache einen Anspruch auf Naturalrestitution nach § 249 BGB hat (BeckOK-BGB/J. Flume, Stand: 1.11.2016, § 249 Rn. 216; MünchKommBGB/Oetker, 7. Aufl. 2016, § 251 Rn. 15;

Soergel/Ekkenga/Kuntz, BGB, 13. Aufl. 2014, § 249 Rn. 81; Schnell, S. 77 ff.; ablehnend mit Blick auf Erhaltung des Anspruchs bei gleichzeitiger Eigentumübertragung und Abtretung Staudinger/Schiemann, BGB, 2017, § 249 Rn. 222).

Die Argumentation der h. L. ist überzeugend. Wenn es dem Eigentümer nach allg. schadensersatzrechtlichen Grundsätzen freisteht, ob er die Reparatur vornehmen lässt oder nicht (sog. **Dispositionsfreiheit**), kann es keinen Unterschied machen, ob er die Sache vor oder nach der Liquidation des Schadens veräußert. Für die Praxis ist freilich die Rechtsprechung des BGH maßgeblich.

### b) Nachträgliche Abtretung

Ob auf der Grundlage der vom BGH angestellten Erwägungen noch nach Eigentumsübertragung eine Abrechnung auf Reparaturkostenbasis möglich ist, wenn der vormalige Eigentümer den Anspruch an den Erwerber **nachträglich abtritt**, ist – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung nicht weiter vertieft worden. U. E. ist die Frage zu bejahen. Dies lässt sich damit begründen, dass zwar die Herstellung beim jetzigen Eigentümer nicht möglich ist, um dessen Integritätsinteresse Rechnung zu tragen. Wenn der Anspruch aber nachträglich abgetreten wird, **lebt das Integritätsinteresse wieder auf**, da sich Anspruch und Eigentümer wieder in einer Person vereinigen. Man wird daher nicht von einer dauerhaften Unmöglichkeit der Naturalrestitution ausgehen können, sondern allenfalls von einer **vorübergehenden Unmöglichkeit**: Solange Anspruch und Eigentum nicht in einer Person vereinigt sind, kann der Schädiger die Erfüllung verweigern (vgl. allg. zur vorübergehenden Unmöglichkeit als Leistungshindernis Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl. 2017, § 275 Rn. 10). Ändert sich dies durch eine nachträgliche Abtretung des Anspruchs, ist eine Schadensberechnung nach § 249 BGB wieder möglich. Es darf dem Schädiger nicht zum Vorteil gereichen, dass die entstandenen Ansprüche versehentlich nicht abgetreten wurden, weil sie den Parteien noch gar nicht bekannt waren.

### c) Vorbehaltensniesbrauch und Vorbehalt eines Wohnungsrechts

Behält sich der Eigentümer am veräußerten Grundbesitz einen Nießbrauch oder ein Wohnungsrecht vor, wirft dies die Frage auf, ob sich der vormalige Eigentümer für sein Integritätsinteresse auf das beschränkte dingliche Recht befreien und daher den Schaden weiterhin nach § 249 BGB liquidieren kann. Die Rechtslage ist insoweit ungeklärt.

Nach der Logik der Rechtsprechung spricht gegen eine Aufrechterhaltung des Schadensersatzanspruchs aus § 249 BGB der Umstand, dass sich der Geschädigte des **geschädigten Rechtsguts (Eigentum) begeben** hat (vgl. insbesondere BGH NJW 1982, 98, 99). U. E. wird man aber auch auf der Grundlage der Argumentation des BGH einen auf Naturalrestitution nach § 249 BGB gerichteten Schadensersatzanspruch gleichwohl bejahen können, wenn der **Eigentümer als hypothetischer Inhaber des vorbehalteten Rechts** im Zeitpunkt der Schädigung Schadensersatz hätte verlangen können. Das beschränkte dingliche Recht ist Minus des Eigentums. Wenn sich der Berechtigte nur des Eigentums begibt, kann er Naturalrestitution verlangen, soweit er dies als Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts gekonnt hätte. Der Eigentümer kann nicht schlechter stehen, als wenn er von vornherein nur Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts gewesen wäre.

Maßgeblich wird man insoweit darauf abstellen müssen, ob dem Eigentümer **als Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts** ein entsprechender Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB bzw. § 114 Abs. 1 BBergG zugesanden hätte.

Grundsätzlich ist ein beschränktes dingliches Recht wie ein Nießbrauch (§§ 1030 ff. BGB) als sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB geschützt (Staudinger/C. Heinze, BGB, 2017, § 1065 Rn. 4; MünchKommBGB/Pohlmann, 7. Aufl. 2016, § 1065 Rn. 6; Palandt/Herrler, BGB, 76. Aufl. 2017, § 1065 Rn. 1). Dies gilt auch für das Wohnungsrecht (§ 1093 BGB) als beschränkte persönliche Dienstbarkeit (vgl. BGH NJW 2012, 1048 Rn. 8; Staudinger/J. Hager, § 823 B Rn. 126). Dass **beschränkte dingliche Rechte deliktischen Schutz** genießen, wird man auch für § 114 BBergG annehmen müssen (so ausdrücklich auch Staudinger/Kohler, BGB, 2010, § 114 BBergG Rn. 17). Denn die Vorschrift bezieht sich allgemein auf Sachschäden und verweist für weitere Einzelheiten auf §§ 823 ff. BGB.

Ein Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung eines beschränkten dinglichen Rechts setzt einen sog. **grundstücksbezogenen Eingriff** voraus (BGH NJW 2001, 971, 973; NJW 2012, 1048 Rn. 10). So kann etwa die Verschlechterung des Grundstücks wegen einer baulichen Maßnahme eine Verletzung der Grundschuld darstellen (BGH NJW 1976, 189; zum Konkurrenzverhältnis zu Ansprüchen des Eigentümers vgl. MünchKommBGB/Pohlmann, § 1065 Rn. 7; BeckOK-BGB/Förster, § 823 Rn. 145; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2015, § 1134 Rn. 31; Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 12. Aufl. 2014, § 140 Rn. 806 [Mitgläubiger nach § 432 i. V. m. § 1281 BGB analog]; a. A. MünchKommBGB/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 213; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 98 Rn. 3; Soergel/Konzen, § 1134 Rn. 4; MünchKommBGB/Lieder, 7. Aufl. 2016, § 1134 Rn. 17 [Gesamtgläubiger nach § 428 BGB]).

Fraglich ist allerdings, ob der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts **auch den Substanzschaden** des Eigentümers liquidieren **und Naturalrestitution** nach § 249 Abs. 1 BGB verlangen kann.

#### aa) Wohnungsrecht

Wenn dem Inhaber des Wohnungsrechts (§ 1093 BGB) ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB zusteht, könnte sich der Anspruch auch auf den Substanzschaden beziehen: Denn damit der Berechtigte sein Wohnungsrecht wieder ausüben kann, ist er darauf angewiesen, dass das Gebäude wiederhergestellt wird. Dementsprechend entspricht es der überwiegenden Auffassung, dass auch **beschränkte dingliche Rechte vor Beeinträchtigungen der Substanz schützen** und dem Berechtigten insoweit ein **eigener Schadensersatzanspruch** zusteht (Medicus, § 140 Rn. 806; Staudinger/J. Hager, § 823 B Rn. 129; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 76 II 4; so auch zur Grundschuld MünchKommBGB/Lieder, § 1134 Rn. 7; Westermann/Gursky/Eickmann, § 98 Rn. 3; Soergel/Konzen, § 1134 Rn. 4; anders nur beim schuldrechtlichen Besitzrecht OLG Köln NZM 2002, 926, 927; BeckOGK-BGB/Seibl, Stand: 1.9.2016 § 1 ProdHaftG, Rn. 31).

Andere Stimmen gehen davon aus, dass nur dem Eigentümer ein Schadensersatzanspruch zusteht und

der Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts **lediglich ein Pfandrecht an dem Schadensersatzanspruch** hat (Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl. 1966, § 100 I 1; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2015, § 1134 Rn. 32 [jeweils zur Hypothek]).

Vorzugswürdig ist die überwiegende Auffassung, die von einem eigenen Schadensersatzanspruch des Inhabers des beschränkten dinglichen Rechts auch hinsichtlich der Substanz ausgeht, soweit der Substanzschaden die Ausübung des Rechts berührt. Dies zeigt sich nicht zuletzt in der Wertung der §§ 1090 Abs. 2, 1027, 1065 BGB, die dem Inhaber des dinglichen Rechts die Abwehransprüche des § 1004 BGB einräumen. Dann liegt es auch nahe, dass dem Berechtigten ein Anspruch auf Naturalrestitution bei einer Verletzung der Substanz nach § 823 Abs. 1 BGB zusteht.

### bb) Nettonießbrauch

Der Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts kann den Substanzschaden jedenfalls dann liquidieren, wenn er **für die Erhaltung der Sachsubstanz verantwortlich** und verpflichtet ist, die Sache instand zu setzen (vgl. OLG Köln NZM 2002, 926, 927; BeckOGK-BGB/Seibl, § 1 ProdHaftG, Rn. 31). Dies wird auch und gerade im Falle eines Nießbrauchs gelten müssen. Nach § 1041 BGB hat der Nießbraucher die Sache in ihrem Bestand zu erhalten. Ausbesserungen und Erneuerungen obliegen ihm nur insoweit, als sie zu der gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören. Zum Wiederaufbau eines zerstörten Hauses ist der Nießbraucher nicht verpflichtet (vgl. Staudinger/Heinze, BGB, 2017, § 1041 Rn. 11).

Anderes gilt aber im in der Praxis üblichen Fall des **Nettonießbrauchs**, wonach der Nießbraucher für sämtliche Ausbesserungen und Erneuerungen auf eigene Kosten zu sorgen hat, und zwar auch insoweit, als sie über die gewöhnliche Unterhaltung der Sache hinausgehen (vgl. Baltzer, in: Schulze/Grziwotz/Lauda, BGB, Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch, 3. Aufl. 2017, § 1041 Rn. 1 f.). Im Fall eines Nettonießbrauchs steht dem Nießbraucher somit ein **eigener Schadensersatzanspruch** zu.

Aber auch anderenfalls wird man einen Schadensersatzanspruch des Nießbrauchers in Parallele zu den Ausführungen bezüglich des Wohnungsrechts (vgl. hierzu unter aa)) bejahen müssen.

### cc) Schlussfolgerung

Sowohl der Inhaber des Nießbrauchs als auch der Inhaber des Wohnungsrechts dürften daher einen Anspruch auf die Wiederherstellung der Gebäudesubstanz haben, sofern die Beeinträchtigung der Substanz zugleich die Ausübung des jeweiligen beschränkten dinglichen Rechts betrifft.

Veräußert der Eigentümer das Grundstück unter Vorbehalt eines solchen Rechts, dürfte er somit nicht den auf Wiederherstellung gerichteten Schadensersatzanspruch nach § 249 BGB verlieren.

### d) Veräußerung eines Miteigentumsanteils an den anderen Miteigentümer

War der Geschädigte lediglich Miteigentümer und veräußert er seinen Miteigentumsanteil nach Eintritt des schädigenden Ereignisses an den anderen Miteigentümer, fragt sich, welche Auswirkungen dies auf den Schadensersatzanspruch des veräußernden Miteigentümers hat.

Kommt es zur Beschädigung einer im Bruchteileigentum mehrerer Personen stehenden Sache, steht der Schadensersatzanspruch den Berechtigten als **Bruchteilsforderung** zu (Staudinger/Gursky, BGB, 2012, § 1011 Rn. 2). Diese Forderung ist nach ihrer Natur rechtlich unteilbar (vgl. BGH NJW 1958, 1723; NJW 1992, 182, 183; Staudinger/v. Proff, BGB, 2015, § 741 Rn. 122). Ein Fall der Teilgläubigerschaft i. S. v. § 420 BGB liegt nicht vor. Nach § 1011 BGB kann jeder Miteigentümer die sich aus dem Eigentum ergebenden Ansprüche in Ansehung der ganzen Sachen geltend machen. Dies gilt entsprechend für Ansprüche aus § 823 BGB (BGH NJW 1992, 1095, 1096; BeckOGK-BGB/Ph. Müller, Stand: 1.11.2016, § 1011 Rn. 12; Staudinger/Gursky, § 1011 Rn. 2; MünchKommBGB/K. Schmidt, 7. Aufl. 2016, § 1011 Rn. 2). Veräußert ein Miteigentümer seinen Miteigentumsanteil an den anderen Miteigentümer, dürfte demzufolge der Anspruch auf Naturalrestitution nach § 249 BGB nicht wegen Unmöglichkeit untergehen. Der **erwerbende Miteigentümer** muss weiterhin zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs mit Blick auf die gesamte Sache ermächtigt bleiben. Es kann ihm nicht zum Nachteil gereichen, dass er den Miteigentumsanteil erworben hat.

### 5. Anspruch aus § 251 BGB

Veräußert der geschädigte Eigentümer sein Eigentum ohne Abtretung der Schadensersatzansprüche und verliert der bisherige Eigentümer den Schadensersatzanspruch aus § 249 BGB wegen Unmöglichkeit (s. o. unter 4. a), kann er lediglich den Schaden nach § 251 Abs. 1 BGB geltend machen. Dass die Veräußerung den Anspruch aus § 251 BGB **unberührt** lässt, dürfte unstrittig sein (vgl. BGH NJW 1982, 98, 99; NJW 2001, 2250; ZfBR 2016, 351 Rn. 20; OLG Koblenz VersR 2005, 1446; Hertel, NotBZ 2002, 139). Denn mit der Veräußerung ist **nur die Naturalrestitution unmöglich** geworden, **nicht** aber die **Kompensation des Vermögensverlustes**. Dass der Geschädigte den Gegenstand verschenkt hat, ändert am Vorliegen einer Wertminderung im Vermögen des Veräußerers nichts. Der Schaden ist durch die Veräußerung ohne Gegenleistung nicht entfallen. Denn der Geschädigte hat nur eine geringwertigere Sache übertragen; der Vermögensverlust wurde nicht kompensiert.

### 6. Ergebnisse

Ob der jetzige Eigentümer oder sein Rechtsvorgänger zur Geltendmachung eines Schadens berechtigt ist, hängt davon ab, wann der Schaden eingetreten ist. Es ist zu fragen, ob es sich um einen **selbstständigen Schaden oder** um einen bloßen stoffgleichen **Weiterfresserschaden** handelt.

Veräußert der Eigentümer die beschädigte Sache ohne gleichzeitige Abtretung der Schadensersatzansprüche, erlischt nach Auffassung des BGH der Anspruch auf Naturalrestitution (§ 249 BGB) wegen Unmöglichkeit. Ob eine nachträgliche Abtretung des Anspruchs an den jetzigen Eigentümer zum Wiederaufleben des Anspruchs führt, hat der BGH bislang offen gelassen. U. E. wird man dies bejahen müssen.

Behält sich der Eigentümer den Nießbrauch oder ein Wohnungsrecht vor, kann er weiterhin Naturalrestitution verlangen, sofern die Beschädigung eine **Beeinträchtigung der Ausübung des Rechts** darstellt. Ein bisheriger Miteigentümer bleibt nach § 1011 BGB weiterhin zur Liquidation des Schadens befugt.

Erlischt der Schadensersatzanspruch nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB wegen Unmöglichkeit, kann der vormalige Eigentümer den Wertminderungsschaden nach § 251 Abs. 1 BGB ersetzt 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 Titel-schlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

### BGB §§ 2142 Abs. 2, 2126

#### Folgen der Ausschlagung durch den Nacherben

Abruf-Nr.: 134819

### BGB § 112; HGB § 48; GmbHG §§ 5a, 35

#### Minderjähriger als Geschäftsführer einer UG; Minderjähriger als Prokurst

Abruf-Nr.: 152905

## Rechtsprechung

### BGB §§ 138, 2303

#### Zur Wirksamkeit eines Behindertentestaments bei größerem Vermögen

Für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines sog. Behindertentestaments ist nicht danach zu differenzieren, wie groß das dem behinderten Kind hinterlassene Vermögen ist. Es ist weder eine klar umrissene Wertung des Gesetzgebers noch eine allgemeine Rechtsauffassung festzustellen, dass Eltern einem behinderten Kind ab einer gewissen Größe ihres Vermögens einen über den Pflichtteil hinausgehenden Erbteil hinterlassen müssen, damit es nicht ausschließlich der Allgemeinheit zur Last fällt.

OLG Hamm, Urt. v. 27.10.2016 – 10 U 13/16

#### Problem

Die Zulässigkeit des Behindertentestaments ist dem Grunde nach höchstrichterlich gesichert (vgl. BGHZ 111, 36 = DNotZ 1992, 241; BGHZ 123, 368 = DNotZ 1994, 380; BGH DNotZ 2011, 381 ff. m. Anm. Ivo; zum Ganzen G. Müller, in: Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 4 Kap. 1 Rn. 396 ff.). Es ist insbesondere nicht sittenwidrig.

Das OLG Hamm beschäftigt sich in der vorliegenden Entscheidung mit der bislang noch nicht abschließend geklärten Frage, ob das Behindertentestament auch bei einem größeren Vermögen des Erblassers zulässig ist. Der BGH hat die Frage nach einer „Obergrenze“ des Vermögens bzw. Pflichtteils betreffend der Sittenwidrigkeit bislang offen gelassen (BGHZ 111, 36, 41).

Der Entscheidung des OLG Hamm lag ein klassisches Behindertentestament zugrunde: Die Erblasserin war in Gütergemeinschaft verheiratet. Sie hatte drei Kinder, dar-

unter auch ein geistig behindertes. Die Erblasserin und ihr Ehemann errichteten ein gemeinschaftliches Testament. Nach dem erstversterbenden Ehegatten sollten Erben werden: Der überlebende Ehegatte zu 1/4, das behinderte Kind mit einem Erbanteil in Höhe des 1,1-fachen seines Pflichtteils, im Übrigen die anderen beiden Kinder zu gleichen Teilen. Das behinderte Kind wurde nur **nicht befreiter Vorerbe**, sein Nacherbe der überlebende Ehegatte, ersatzweise die beiden Kinder. Außerdem ordneten die Eheleute über den Erbteil des behinderten Kindes eine **Dauertestamentsvollstreckung** bis zum Eintritt des Nacherbfalls an und trafen einschränkende Verwaltungsanordnungen nach § 2216 Abs. 2 BGB.

Die Erblasserin ist verstorben. Der Nachlass hat einen Wert von über **7 Mio. EUR**. Der Erbanteil des behinderten Kindes beträgt 13,75 Prozent (1,1 x 12,5 Prozent), rechnerisch also über 960.000 EUR.

Der Sozialhilfeträger hat nunmehr etwaige Pflichtteilsansprüche und Pflichtteilsergänzungsansprüche auf sich übergeleitet (§ 93 Abs. 1 S. 4 SGB XII), um die Kosten für die stationäre Eingliederungshilfe des behinderten Kindes zu decken. Er meint, das Testament sei sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB) und unwirksam.

#### Entscheidung

Das OLG Hamm hält das Testament **nicht für sittenwidrig**.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sei es **zulässig, wenn ein Erblasser im Rahmen seiner garantierten Testierfreiheit (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) ein behindertes Kind bei der Erbfolge benachteilige** (BGHZ 111, 36 = DNotZ 1992, 241; BGHZ 123, 368 = DNotZ 1994, 380). Die im Rahmen der Erbrechtsgarantie gewährleistete Privatautonomie finde ihre **Grenze** lediglich im sozialstaatlich und durch Art. 6 Abs. 1 GG legitimierten **Pflichtteilsrecht**. Die Erblasserin habe ihrem behinderten Kind ein Erbteil hinterlassen, der um 0,1 über seinem Pflichtteil liege. Die Erblasserin habe damit sicherstellen wollen, dass ihr behindertes Kind sich auch künftig Annehmlichkeiten und Therapien leisten könne, die vom Kläger als Sozialhilfeträger nicht oder nur zum Teil bezahlt werden. Eine solche **Zielsetzung** sei **nicht sittenwidrig** i.S.v. § 138 Abs. 1 BGB.

Die Anordnung der Vor- und Nacherbfolge verstöße nicht gegen § 138 Abs. 1 BGB. Dem stehe auch nicht entgegen, dass sich der Erbteil auf insgesamt 960.000 EUR belaufe und selbst der um 1,25 Prozent geringere Pflichtteil einen **erheblichen Vermögenswert** habe. Das OLG Hamm bezieht sich dabei auf die Erwägungen der **Rechtsprechung des BGH** (BGHZ 123, 368 = DNotZ 1994, 380): Dem Sozialhilferecht lasse sich **weder ein gesetzliches Verbot** der Anordnung der **Nacherbfolge noch ein Gebot** entnehmen, dass dem **Sozialhilfeträger** der **Zugriff** auf das **Vermögen** der Eltern eines Hilfeempfängers spätestens bei dessen Tod zustehen müsse. Das Sozialrecht biete keinerlei Grundlage dafür, dass ein Erblasser aus Rücksicht auf die Belange der Allgemeinheit seinem unterhaltsberechtigten, behinderten Kind entweder einen über den Pflichtteil hinaus gehenden Erbteil hinterlassen oder zumindest eine staatlich anerkannte und geförderte Behindertenorganisation als Nacherben einsetzen müsse.

Eine Sittenwidrigkeit lässt sich nach Ansicht des OLG Hamm auch nicht mit dem Grundsatz des **Nachrangs** der **Sozialhilfe** begründen. Das sozialhilferechtliche Nachrangprinzip sei selbst in erheblichem Maße durchbrochen und unterschiedlich ausgestaltet und betreffe zudem lediglich das **Verhältnis des Sozialhilfeempfängers zum Sozialhilfeträger**. So stellten die Vorschriften der §§ 2 SGB XII und 9 SGB I allein darauf ab, ob der Sozialhilfeberechtigte zum Bestreiten seines Lebensunterhalts Geld- oder Sachmittel von Dritten erhalte. Nur **tatsächlich** dem Sozialhilfeberechtigten **zugewandte Mittel seien** nach den Wertungen des Gesetzgebers **vorrangig** vor der gewährten staatlichen Hilfe einzusetzen. Es bestehe weder eine Verpflichtung des zuwendenden Dritten zur weiteren Unterstützung des Sozialhilfeberechtigten noch eine Beschränkung seiner **verfassungsrechtlich garantierten Testierfreiheit**.

Außerdem sei zu berücksichtigen, dass das sozialhilfeberechtigte Kind seinen Pflichtteilsanspruch durch **Ausschlagung** ohne Weiteres hätte erhalten können. Eine solche Erbausschlagung nach §§ 1943 ff. BGB habe aber weder das Kind noch sein für Erbangelegenheiten bestellter Ergänzungsbetreuer erklärt. Maßgeblich sei das **berechtigte Interesse des behinderten Kindes**: Danach war die Annahme der Erbschaft einer Erbausschlagung vorzuziehen, weil dem Behinderten bei Annahme der Erbschaft neben der Inanspruchnahme staatlicher Leistungen weitere von seinem Einkommen nicht bezahlbare Annehmlichkeiten, wie Therapien und Urlaube, auch in Zukunft ermöglicht werden könnten. Dies sei auch nicht zu beanstanden. Es gebe **keine rechtliche Verpflichtung, eine Erbausschlagung zu Gunsten des Sozialhilfeträgers zu erklären**.

Auch sei es nicht sittenwidrig, wenn ein Sozialhilfeempfänger eine ihm zufallende werthaltige Erbschaft ausschlage und deswegen seine Sozialhilfebedürftigkeit weiter fortbestehe. Es sei die privatautonome, durch Art. 14 GG geschützte Entscheidung eines jedes Einzelnen, ob er Erbe werden wolle oder nicht (sog. **negative Erbfreiheit**, s. bereits BGH DNotZ 2011, 381 Tz. 27).

Weiter sei allgemein anerkannt, dass die dem gesetzlichen Vertreter obliegende Entscheidung über eine **Erbausschlagung** als **höchstpersönliches Recht** des Pflichtteilsberechtigten **nicht** gem. § 93 SGB XII auf den Sozialhilfeträger **übergeleitet** werden könne. Etwaige staatliche Sanktionen im Falle der Erbschaftsannahme und der damit verbundenen Nicht-Geltendmachung des Pflichtteils, wie etwa Kürzungen von zu gewährenden staatlichen Leistungen, wirkten sich bei einer stationären Heimpflege allenfalls geringfügig aus.

Hinsichtlich der geltend gemachten Pflichtteils-ergänzungsansprüche bezüglich der lebzeitigen Schenkungen der Erblasserin war die Klage im Ergebnis jedoch z. T. erfolgreich, da solche auch bestehen können (vgl. §§ 2325, 2326 BGB), wenn der Pflichtteilsberechtigte – wie hier – Miterbe geworden ist. Insoweit sah das Behindertentesament im vorliegenden Fall keine Lösung vor, wie z.B. ein **Geldvermächtnis i. H. d. ergänzungspflichtigen Schenkungen** (vgl. dazu Weidlich, ZEV 2001, 94, 95; Kornexl, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rn. 3855 ff.; G. Müller, a. a. O., Rn. 415 f.).

## Literaturhinweise

**F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 7, Sachenrecht §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG, 7. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2017, 2727 Seiten, 279.– €, 3.350 €– (Gesamtwerk)**

Ein kurzer Hinweis auf die Neuauflage des Münchener Kommentars zum Sachenrecht des BGB sollte eigentlich genügen, um sie für die notarielle Praxis interessant zu machen. Gerade die Kommentierung des Sachenrechts genießt einen echten Referenzstatus.

Im Bearbeiterkreis der Neuauflage haben sich einige Änderungen ergeben. Zu den neuen Kommentatoren gehören u.a. Frau Richterin am Bundesgerichtshof *Bettina Brückner* (V. Zivilsenat) sowie Professor *Jan Lieder* von der Universität Freiburg.

Inhaltlich steht die Neuauflage überwiegend im Zeichen der Kontinuität. Dennoch versäumen es die Kommentatoren nicht, aktuelle Fragestellung einzubeziehen und innovative Lösungsansätze zu entwickeln.

Die Kommentierung von *Commichau* zu § 10 WEG vertritt die interessante und überzeugende These, dass die Rechtsfähigkeit der WEG von der Verwirklichung eines gemeinschaftlichen Zwecks abhängt und die Wohnungseigentümer diesen Zweck in der Gemeinschaftsordnung oder in der Teilungserklärung selbst festlegen können (§ 10 WEG Rn. 97 f.). Ob der BGH dieser Auffassung folgen würde (vgl. BGH DNotI-Report 2016, 73), erscheint freilich ungewiss.

Die Ausführungen zu den Grundpfandrechten nehmen u. a. zu der Frage der Zulässigkeit des Nachweisverzichts Stellung. *Lieder* ist der Ansicht, dass die materielle Beschränkung des § 1193 BGB keine Schlussfolgerungen auf die prozessuale Dispositionsbefugnis erlaubt. Er verweist auf die grundlegende Trennung zwischen materieller Rechtslage und Prozessrechtsverhältnis (§ 1193 Rn. 10).

Fazit: Wer sich für den Münchener Kommentar entscheidet, hat einen argumentativ äußerst fundierten und zugleich sehr praxisnahen Kommentar zur Hand.

**Notarssessor Dr. Johannes Weber**

**S. Bohlsen**, Pfändung und Verpfändung der Rechte des Grundstückserwerbers und Auflassungsempfängers, ZfIR 2017, 130

**R. Burbulla**, Mieterverkaufsrecht: Entstehung, Vorkaufsfall, Ausübung und Vereitelung, ZersfIR 2017, 121

**M. Zimmer**, Störungen beim Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag, NJW 2017, 513

An das  
Deutsche Notarinstitut  
Gerberstraße 19  
97070 Würzburg

Fax-Nr. (0931) 35576225

## Einbanddecke für den DNotI-Report 2015/2016 (in weißem Offsetgewebe (Leinen) mit blauem Siebdruck)

Sie erhalten die Einbanddecke zum  
Preis von 15.– € (brutto\*).

Die Einbanddecken sind ab April 2017 verfügbar.

Das dazugehörige **Inhaltsverzeichnis** erscheint voraussichtlich in der  
sechsten Ausgabe des **DNotI-Report 2017**.

Sie haben die Möglichkeit, Ihre schriftliche Bestellung bereits heute mit diesem Formblatt zu erledigen.

---

Hiermit bestelle/n ich/wir ..... Stck. Einbanddecken zum Preis von je 15.– € (brutto\*).

---

Name, Vorname

---

Straße/Postfach

---

PLZ, Ort

---

Ort, Datum

---

Unterschrift/Stempel

\*Der ausgewiesene Brutto-Rechnungsbetrag enthält keine Umsatzsteuer, da die oben aufgeführten Leistungen im Rahmen der nicht unternehmerischen Tätigkeit des Deutschen Notarinstituts als Körperschaft des öffentlichen Rechts erbracht wurden.

**Postvertriebsstück: B 08129**

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

**An alle Mitglieder  
der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.**

**Einladung  
zur 20. Mitgliederversammlung in Würzburg 2017**

Sehr geehrtes Mitglied,

der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung lädt alle Mitglieder herzlich zur  
20. ordentlichen Mitgliederversammlung am **Freitag, dem 19. Mai 2017**,  
in die **Julius-Maximilians-Universität Würzburg – Neubaukirche**,  
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg, ein.

Die Veranstaltung beginnt im Anschluss an das 17. Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht an der  
Universität Würzburg um **17.15 Uhr** mit folgender **Tagesordnung**:

1. Begrüßung
2. Bericht Präsident (Satzungsänderung vom 3.6.2016)
3. Bericht Schatzmeister
4. Bericht Rechnungsprüfer
5. Aussprache
6. Entlastung Gesamtvorstand
7. Neuwahl Mitglieder Gesamtvorstand
8. Beschlussfassung Ernennung von Ehrenpräsidenten
9. Verschiedenes

Wir freuen uns über ein zahlreiches Erscheinen unserer Mitglieder!

Notar Prof. Dr. Peter Limmer  
Präsident

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

<b>Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)</b> – eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin – 97070 Würzburg, Gerberstraße 19 Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225 E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: <a href="http://www.dnoti.de">www.dnoti.de</a> <b>Hinweis:</b> Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder. <b>Verantwortlicher Schriftleiter:</b> Notarassessor Dr. Johannes Weber <b>Redaktion:</b> Notarassessorin Karin Raude <b>Bezugsbedingungen:</b> 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.	<b>Bezugspreis:</b> 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. <b>Verlag:</b> Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg <b>Druck:</b> Druckerei Franz Scheiner Haugerpargasse 9, 97070 Würzburg
---	--