

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

20. Jahrgang
Oktober 2012
ISSN 1434-3460

19/2012

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG §§ 139, 140 – Ausgabe von stimmrechtslosen Vorzugsaktien; Wiederaufleben des Stimmrechts bei Nichtzahlung der Dividende?

BGB §§ 1896, 1906 – Vorsorgevollmacht; ausdrückliche Erwähnung von Unterbringungsmaßnahmen des Bevollmächtigten

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 1092, 1093, 812 Abs. 1 S. 1 – Kein Anspruch des Wohnungsberechtigten auf Auskehrung des Mietzinses bei unberechtigter Vermietung der dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume

BGB § 168; GBO §§ 18, 19 – Wirksamkeit postmortaler Vollmacht trotz angeordneter Testamentsvollstreckung

BGB §§ 2269, 2270, 2271, 133; BeurkG § 17 – Bindende Schlusserbeneinsetzung bei Pflichtteilsstraf- und Wiederverheiratungsklausel; Auslegung eines notariellen gemeinschaftlichen Testaments

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG §§ 139, 140

Ausgabe von stimmrechtslosen Vorzugsaktien; Wiederaufleben des Stimmrechts bei Nichtzahlung der Dividende?

I. Sachverhalt

Die A-AG will mit einem Gewinnvorzug ausgestattete Vorzugsaktien ohne Stimmrecht ausgeben. Die Aktien sollen auch dann stimmrechtslos bleiben, wenn die Dividende nicht gezahlt werden kann.

II. Frage

Ist dies aktienrechtlich zulässig?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines

Ein **Ausschluss** des der Mitgliedschaft grundsätzlich innewohnenden **Stimmrechts** setzt gem. § 139 Abs. 1 AktG als Kompensation und Rechtfertigung **zwingend** die Ausstattung der betreffenden Aktien mit einem **Vorzugsrecht** bei der Verteilung des Bilanzgewinns **und** einem **Recht auf Nachzahlung** der in den Vorjahren ausgefallenen Vorzugsdividende voraus. Die Vorzugsdividende und das Recht auf Nachzahlung sind somit wesensimmanente Bestandteile der Vorzugsaktie, auf die nicht verzichtet werden kann. Mangels gesetzlicher Vorgaben genügt allerdings nach

h. M. auch ein **ganz geringfügiger Vorzug** für den Stimmrechtsausschluss (Spindler/Stilz/Bormann, AktG, 2. Aufl. 2010, § 139 Rn. 11; K. Schmidt/Lutter/Spindler, AktG, 2. Aufl. 2010, § 139 Rn. 13 – jew. m. w. N.; a. A. nur Wälzholz, DStR 2004, 819, 821). Dies erscheint u. E. überzeugend, da sich dem Wortlaut des § 139 Abs. 1 AktG keine darüber hinausgehenden Anforderungen entnehmen lassen und der Markt ein ausreichendes Korrektiv darstellt (vgl. auch RegBegr. zur Aktienrechtsnovelle 2012, BT-Drucks. 17/8989, S. 17 reSp. unten zu § 139 Abs. 1 AktG-RegE: künftig nurmehr fakultatives Nachzahlungsrecht geplant).

Im Hinblick auf die **Ausgestaltung des notwendigen Gewinnvorzugs** genießt die AG **weitreichende Satzungsautonomie**. Zwar ist der Bilanzgewinn in Höhe des statutarisch festgelegten Vorzugs vorab an die Vorzugsaktionäre auszuschütten. Damit ist allerdings nicht notwendig eine höhere Gewinnbeteiligung dieser Aktionärsgruppe verbunden. Der verbleibende ausschüttungsfähige Bilanzgewinn kann z. B. auch ausschließlich unter den Stammaktionären verteilt werden (sog. **limitierte Vorzugsaktie**). Ist neben der Festsetzung des Gewinnvorzugs keine weitere statutarische Bestimmung vorhanden, erhalten die Stammaktionäre nach Ausschüttung der Vorzugsdividende eine entsprechende Dividendenzahlung im Verhältnis ihrer kapitalmäßigen Beteiligung (vgl. § 60 Abs. 1 AktG). Sodann wird der verbleibende ausschüttungsfähige Bilanzgewinn gleichmäßig nach Maßgabe von § 60 Abs. 1 AktG zwischen den Vorzugs- und Stammaktionären verteilt (sog. **partizipierende Vorzugsaktie**). Häufig wird den Vorzugsaktionären allerdings neben dem Gewinnvorzug auch ein im Ergebnis

höherer Gewinnanteil zugewiesen (z. B. gleichmäßige Verteilung des nach Begleichung des Vorzugs verbleibenden verteilungsfähigen Bilanzgewinns). Letzteres ist allerdings für den Stimmrechtsausschluss gem. § 139 Abs. 1 AktG weder hinreichend noch notwendig (vgl. Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 139 Rn. 8; Bürgers/Körber/Holzborn, AktG, 2. Aufl. 2011, § 139 Rn. 6).

2. Wiederaufleben des Stimmrechts (§ 140 Abs. 2 AktG)

Wird der Vorzugsbetrag in einem Jahr nicht oder nicht vollständig gezahlt und der Rückstand im nächsten Jahr nicht neben dem vollen Vorzug dieses Jahres nachgezahlt oder wird der Vorzugsbetrag in zwei aufeinanderfolgenden Jahren (ggf. auch nur teilweise) nicht bezahlt, so steht den Vorzugsaktionären gem. § 140 Abs. 2 S. 1 AktG das **Stimmrecht automatisch** so lange wieder zu, **bis die Rückstände nachgezahlt** sind. Ausweislich des Wortlauts führt **nur die Nichtbedienung** des Vorzugsbetrags, d. h. **des prioritären Gewinnvorzugs i. S. v. § 139 Abs. 1 AktG**, zum Wiederaufleben des Stimmrechts. Dagegen spielt es keine Rolle, ob eine etwa neben dem Vorzug geschuldete Mehrdividende gezahlt oder nicht gezahlt wird. Wird der Vorzugsbetrag bezahlt und fällt lediglich die darüber hinausgehende Mehrdividende aus, hat dies nicht das Aufleben des Stimmrechts zur Folge (Spindler/Stilz/Bormann, § 140 Rn. 17 m. w. N.; Hüffer, § 140 Rn. 4).

3. Vorliegender Sachverhalt

Da das in § 140 Abs. 2 S. 1 AktG normierte Wiederaufleben des Stimmrechts nicht der Disposition des Satzungsgebers unterliegt (allgemeine Meinung, vgl. Spindler/Stilz/Bormann, § 140 Rn. 16), führt die **wiederholte** (ggf. auch nur teilweise) **Nichtbedienung des Gewinnvorzugs** i. S. v. § 139 Abs. 1 AktG **notwendigerweise zum Wiederaufleben des Stimmrechts** der Vorzugsaktionäre. Will die AG dies vermeiden, muss sie sicherstellen, dass zumindest der versprochene Gewinnvortrag nach einmaligem Ausfall im Folgejahr nachgezahlt wird bzw. nicht zweimal in Folge ausfällt. Um dieses Risiko zu minimieren, könnte es sich empfehlen, einen nur ganz geringfügigen Gewinnvortrag i. S. v. § 139 Abs. 1 AktG und darüber hinaus eine großzügige, nicht prioritäre Mehrdividende festzulegen. Ob derartige Vorzugsaktien marktfähig sind, ist freilich ungewiss.

4. Ergebnis

Die Frage, ob Vorzugsaktien auch bei Nichtzahlung der Dividende stimmrechtslos bleiben können, ist in Abhängigkeit vom betroffenen „Gewinn“ zu beantworten: Bei Nichtbedienung des Gewinnvorzugs gem. § 139 Abs. 1 AktG lebt das Stimmrecht nach Maßgabe des § 140 Abs. 2 S. 1 AktG wieder auf. Die bloße Nichtbedienung der nicht prioritären Mehrdividende hat hingegen keine Folgen für das Stimmrecht der Vorzugsaktionäre.

BGB §§ 1896, 1906

Vorsorgevollmacht; ausdrückliche Erwähnung von Unterbringungsmaßnahmen des Bevollmächtigten

I. Sachverhalt

Eine notariell beurkundete Vorsorgevollmacht lautet auszugsweise wie folgt:

„Generalvollmacht

§ 1

Hauptbevollmächtigte

Ich erteile hiermit meiner Ehefrau, ..., Generalvollmacht. Die Bevollmächtigte darf jede Rechtshandlung, die ich selbst vornehmen könnte und bei der Stellvertretung gesetzlich zugelassen ist, für mich und in meinem Namen vornehmen. Die Vollmacht umfasst insbesondere Maßnahmen

- *im Bereich der Vermögensangelegenheiten;*
- *im Bereich der persönlichen Angelegenheiten;*
- *im gesundheitsfürsorglichen Bereich;*
- *im Bereich der Aufenthaltsbestimmung.“*

Teil der Belehrungen ist der Passus:

„Er [der Notar] hat mich schließlich darüber belehrt, dass für freiheitsentziehende Maßnahmen unter Umständen eine betreuungsgerichtliche Genehmigung gem. § 1906 BGB notwendig ist.“

Laut Amtsgericht können aufgrund der Vollmacht keine Unterbringungsmaßnahmen veranlasst werden. Es gebe keinen Hinweis auf Entscheidungen über freiheitsentziehende Maßnahmen. Der zuständige Richter hat daher ein Betreuungsverfahren eingeleitet und die Söhne des Betroffenen zu Betreuern bzgl. der Entscheidung über freiheitsentziehende Maßnahmen bestellt.

Der beurkundende Notar hält dieses Vorgehen für nicht rechtens. Die Vollmacht sei eine Generalvollmacht, was an mehreren Stellen zum Ausdruck gebracht werde. Es heiße ausdrücklich, dass die Vollmacht auch dazu diene, eine Betreuerbestellung zu vermeiden. Am Ende von § 1 sei exemplarisch aufgeführt, in welchen Bereichen die Vollmacht wirke. Das Wort „insbesondere“ mache deutlich, dass es sich nur um eine beispielhafte Auflistung handele. Die Unterbringung einer Person könne sowohl zum „Bereich der persönlichen Angelegenheiten“ als auch zum „Bereich der Aufenthaltsbestimmung“ gezählt werden. Man hätte die aufgelisteten Bereiche ganz weglassen können, ohne den Umfang der Generalvollmacht dadurch zu verändern. Dass freiheitsentziehende Maßnahmen ebenfalls erfasst sein sollten, ergebe sich aus der Belehrung, wonach für solche Maßnahmen eine gerichtliche Entscheidung notwendig werden könne. Dies sei aber nicht gleichzusetzen mit der Einleitung eines Betreuungsverfahrens.

II. Frage

Hat das Amtsgericht – Betreuungsgericht – das Betreuungsverfahren zu Recht eingeleitet?

III. Zur Rechtslage

1. Subsidiarität der Betreuung

Nach § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB ist eine Betreuung nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten, der nicht zu den in § 1897 Abs. 3 BGB bezeichneten Personen gehört, oder durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB bringt damit die **Subsidiarität der Betreuung gegenüber der Vollmacht** zum Ausdruck (vgl. nur Palandt/Diederichsen, BGB, 71. Aufl. 2012, § 1896 Rn. 12). Unter „Vollmacht“ ist **insbesondere** die sog. **Vorsorgevollmacht** zu verstehen, die für den Fall der eigenen Geschäftsunfähigkeit bzw. sonstigen Betreu-

ungsbedürftigkeit erteilt wird (Palandt/Diederichsen, Vor § 1896 Rn. 4 ff.).

2. Anforderungen an eine Vorsorgevollmacht im Bereich der Personensorge

Lange Zeit war in Rechtsprechung und Literatur äußerst umstritten, ob eine Vollmacht zulässigerweise auch die Angelegenheiten der Personensorge im engeren Sinne (d. h. Vertretung in Gesundheits- bzw. Unterbringungsangelegenheiten) erfassen kann (vgl. OLG Stuttgart DNotZ 1995, 587; LG Frankfurt a. M. FamRZ 1994, 125; umfassende Nachweise zum Streitstand bei G. Müller, DNotZ 1999, 107, 119).

Das (erste) Betreuungsrechtsänderungsgesetz (BtÄndG), welches am 1.1.1999 in Kraft getreten ist, hat hier Klarheit gebracht: Dem bisherigen § 1904 BGB wurde ein neuer Absatz 2 und § 1906 BGB ein neuer Absatz 5 angefügt. Der hier interessierende **§ 1906 Abs. 5 BGB** regelt nunmehr ausdrücklich die **Zulässigkeit einer Vollmacht hinsichtlich einer freiheitsentziehenden Unterbringung** i. S. v. § 1906 Abs. 1 BGB bzw. in Bezug auf unterbringungsähnliche Maßnahmen gem. § 1906 Abs. 4 BGB. Nach § 1906 Abs. 5 S. 1 BGB setzt eine Unterbringung durch den Bevollmächtigten bzw. dessen Einwilligung in unterbringungsähnliche Maßnahmen am Vollmachtgeber aber voraus, dass die **Vollmacht schriftlich erteilt** ist (vgl. § 126 BGB) und dass sie die **Maßnahmen des § 1906 Abs. 1 BGB und/oder des § 1906 Abs. 4 BGB, auf die sich die Befugnisse des Bevollmächtigten erstrecken sollen, ausdrücklich umfasst** (s. auch LG Düsseldorf NJW-RR 2001, 723; Palandt/Diederichsen, § 1906 Rn. 2; Renner, in: G. Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 3. Aufl. 2011, Rn. 376 ff.; kritisch Langenfeld, DNotZ 2000, 222; Walter, FamRZ 1999, 685, 691, 693). Auch das **Bundesverfassungsgericht** hat mittlerweile klargestellt, dass die einem Bevollmächtigten erteilte Vollmacht die Einwilligung in freiheitsentziehende Maßnahmen ausdrücklich umfassen und der Umfang der Bevollmächtigung unmissverständlich benannt werden muss (NJW 2009, 1803, 1804).

Damit dürfte feststehen, dass eine lediglich **abstrakt formulierte Generalvollmacht** im Hinblick auf eine freiheitsentziehende Unterbringung oder die Einwilligung in unterbringungsähnliche Maßnahmen **nicht genügt**. Unzureichend dürfte auch der reine Verweis auf § 1904 und § 1906 BGB sowie die Ermächtigung zu allen Handlungen, „die einem Betreuer im Sinne der §§ 1896 ff. BGB obliegen“, sein (OLG Zweibrücken MittBayNot 2003, 45 = RNotZ 2002, 455 = NJW-RR 2002, 1156; G. Müller, DNotZ 1999, 107, 113; Renner, in: G. Müller/Renner, Rn. 378; Keilbach, FamRZ 2003, 969, 980). Eine wörtliche Übernahme des Gesetzestextes sollte dabei stets ausreichend, wengleich nicht zwingend erforderlich sein (Palandt/Diederichsen, § 1906 Rn. 2).

Mit dem Erfordernis einer ausdrücklichen Benennung soll sichergestellt werden, dass Vorsorgevollmachten in höchstpersönlichen Angelegenheiten nicht voreilig erteilt werden und sich der **Vollmachtgeber über die Tragweite der dem Bevollmächtigten eingeräumten Befugnis im Klaren** ist (vgl. G. Müller, DNotZ 1999, 107, 110). Daher genügt es für eine Unterbringungs Vollmacht i. S. v. § 1906 Abs. 1 BGB nicht, wenn lediglich freiheitsbeschränkende Maßnahmen i. S. v. § 1906 Abs. 4 BGB, nicht aber freiheitsentziehende Maßnahmen ausdrücklich in der Vollmacht benannt sind (vgl. LG Düsseldorf NJW-RR 2001, 723).

3. Vorliegender Fall

Die Befugnis zur Entscheidung über freiheitsentziehende Maßnahmen zulasten des Vollmachtgebers muss gem. § 1906 Abs. 5 S. 1 BGB von der Vollmacht **ausdrücklich umfasst** sein. Dies ist **vorliegend nicht** der Fall, da der Bevollmächtigte nicht unmissverständlich zu freiheitsentziehenden Maßnahmen ermächtigt wurde. Ein (versteckter) Hinweis auf solche Maßnahmen im Rahmen der notariellen Belehrungen erfüllt das Ausdrücklichkeitsgebot nicht. **Gleiches gilt im Übrigen für den „gesundheitsfürsorglichen Bereich“** (§ 1904 Abs. 1 und 5 BGB). Auch insoweit bedarf es einer ausdrücklichen Klarstellung, dass Einwilligungen in ärztliche Heileingriffe, die Verweigerung der Zustimmung zu ärztlichen Heileingriffen etc. von der (Vorsorge-)Vollmacht umfasst sein sollen.

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.

**BGB § 890; GBO §§ 5, 6; WEG §§ 3, 8
Vereinigung von Wohnungs- und Teileigentum; Nutzungsänderung; Zustimmungserfordernisse; Erfordernis einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung**
Abruf-Nr.: 120529

**GmbHG §§ 19 Abs. 5, 30
Einlagenrückzahlung (sog. Hin- und Herzahlen); maßgeblicher Zeitpunkt für entsprechende Abrede**
Abruf-Nr.: 120230

**EGBGB Art. 26
USA: Errichtung eines auf das bewegliche Inlandsvermögen beschränkten Testaments durch eine US-amerikanische Erblasserin**
Abruf-Nr.: 120062

**BayBO Art. 4; BGB § 1018
Rechtliche Sicherung der allgemeinen Benutzung und sachgerechten Unterhaltung eines Wohnweges gegenüber dem Rechtsträger der Bauaufsichtsbehörde; Begriff des Wohnweges**
Abruf-Nr.: 119526

Rechtsprechung

**BGB §§ 1092, 1093, 812 Abs. 1 S. 1
Kein Anspruch des Wohnungsberechtigten auf Auskehrung des Mietzinses bei unberechtigter Vermietung der dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume**

Besteht keine vertragliche Bindung zwischen dem Eigentümer und dem Wohnungsberechtigten, der einer

außerhäuslichen Pflege bedarf, so wird der Eigentümer, der die Wohnung eigenmächtig vermietet, durch die Einnahme der Mietzinsen nicht auf Kosten des Wohnungsberechtigten bereichert.

BGH, Urt. v. 13.7.2012 – V ZR 206/11
Abruf-Nr.: 11054R

Problem

Die Beklagte und ihr im Jahr 2007 verstorbener Ehemann lebten seit 1992 bei der kinderlosen Klägerin und renovierten deren Haus. Die damals 73-jährige Klägerin setzte den Ehemann der Beklagten im Jahre 1995 zum Alleinerben ein und übertrug ihm ihr Hausgrundstück unter Vorbehalt eines Wohnungsrechts an den Räumen im Erdgeschoss gegen Zahlung einer monatlichen Rente sowie Wart- und Pflegeleistungen. Das Wohnungsrecht und die Reallast wurden in das Grundbuch eingetragen. Im Jahr 2002 übertrug der Ehemann der Beklagten das Grundstück unentgeltlich auf die Beklagte.

Seit 2006 lebt die Klägerin in einem Pflegeheim (derzeit Pflegestufe 3). Die Beklagte hat die vom Wohnungsrecht umfassten Räume seit Februar 2008 zum monatlichen Nettomietzins von 250 € an einen Dritten vermietet. Die Klägerin, die über monatliche Renten- und Pachteinkünfte sowie Sparguthaben verfügt, muss neben ihren laufenden Einkünften auch ihr Vermögen zur Deckung der Pflegekosten einsetzen. Ihre Klage auf Auskehrung der von der Beklagten vereinnahmten Nettomiete ist vor dem Landgericht ohne Erfolg geblieben. Das Oberlandesgericht hat das erstinstanzliche Urteil geändert und i. S. einer hälftigen Teilung der Mieteinnahmen zwischen der Klägerin und der Beklagten entschieden. Während die Beklagte mit der Revision die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen will, verfolgt die Klägerin mit der Anschlussrevision ihren zuletzt gestellten Antrag weiter, d. h., sie begehrt Auskehrung der gesamten Nettomieteinnahmen.

Entscheidung

Nach Ansicht des BGH steht der Klägerin **kein Anspruch auf Auskehrung der Mieteinnahmen** gegen die Beklagte zu.

Zunächst stellt der V. Zivilsenat fest, dass das **Wohnungsrecht** vorliegend **nicht erloschen** sei, obwohl die Klägerin es wegen ihres Gesundheitszustands nicht mehr ausüben könne. Zwar erlösche eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, wenn das Recht niemandem mehr einen Vorteil biete. Für das Wohnungsrecht trifft dies laut BGH aber selbst dann nicht zu, wenn der Berechtigte aus subjektiven Gründen gänzlich an der Ausübung gehindert ist, da dieser die Räume mit Gestattung des Eigentümers vermieten kann (vgl. § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB, BGH DNotZ 2008, 703). **Entscheidend** sei insoweit die **abstrakte Möglichkeit der Gestattung der Drittvermietung**. Dass die Beklagte vorliegend einer Vermietung durch die Klägerin nicht zustimmen würde, ändere daran schon deshalb nichts, weil die Versagung der Gestattung den Rechtsnachfolger des Eigentümers nicht binde und damit die wirtschaftliche Nutzung nicht dauerhaft und zweifelsfrei ausgeschlossen sei.

Vorliegend scheide ein **Zahlungsanspruch aus dem Bestellungenvertrag** des Wohnungsrechts (ggf. im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung) schon deshalb aus, weil die **Beklagte nicht Vertragspartei** gewesen sei. Auch auf **§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB** könne der Anspruch nicht gestützt

werden, da die Beklagte die **Mietzinsen nicht auf Kosten der Klägerin erlangt** habe. Dies würde nämlich einen Eingriff in eine Position voraussetzen, die nach der Rechtsordnung der Klägerin zu deren ausschließlicher Verfügung und Verwertung zugewiesen sei. Demgegenüber sei nicht relevant, ob der Bereicherungsschuldner bei redlichem Vorgehen etwas für die erlangte Position hätte zahlen müssen (a. A. OLG Karlsruhe NJW-RR 2000, 1005, 1006). Vielmehr komme es allein darauf an, **ob der Bereicherungsgläubiger nur die Unterlassung der unerlaubten Nutzung verlangen könne oder** ob er darüber hinaus **berechtigt wäre, selbst die Nutzungen zu ziehen**.

Im vorliegenden Fall habe die Beklagte die Mietzinsen nicht allein deshalb auf Kosten der Klägerin erlangt, weil sich die Beklagte den Nutzungswert (unberechtigterweise) angeeignet habe. Auch könne die rechtliche Zuweisung der Mieten nicht durch eine fiktive Vermietungsvereinbarung geändert werden (anders noch die Vorinstanz). Entscheidend sei vielmehr, ob die Nutzungen der Klägerin deshalb zugewiesen gewesen seien, weil sie ihrerseits einen **Anspruch** gegen die Beklagte **auf Gestattung der Vermietung** gehabt hätte. Dies sei jedoch **nicht** der Fall. Das Wohnungsrecht berechtige gem. § 1093 Abs. 1 S. 1 BGB nur zu einer eingeschränkten, nämlich persönlichen Nutzung der betroffenen Räume durch den Wohnungsberechtigten unter Ausschluss des Eigentümers. Es umfasse nicht das Recht zur Überlassung der Räume an Dritte und unterscheide sich dadurch von einem Nießbrauch (vgl. §§ 1030 Abs. 1, 1059 S. 2 BGB). In diesem Zusammenhang stellt der V. Zivilsenat klar, dass auch die ergänzende Auslegung des Bestellungenvertrags im Regelfall nicht zu einer Pflicht des Eigentümers zur Gestattung der Vermietung durch den Wohnungsberechtigten führt, da sich die Parteien mit der Bestellung des Wohnungsrechts **bewusst auf ein höchstpersönliches Nutzungsrecht** beschränkt haben (vgl. BGH DNotZ 2009, 431, 433 f. Tz. 18 ff.). Schließlich verneint der BGH eine Pflicht der Beklagten aus § 242 BGB, eine Vermietung durch die Klägerin zu gestatten. Dass die Beklagte ihrerseits eine Vermietung vorgenommen habe, genüge für sich genommen nicht. Zudem verfüge die Klägerin den Tatsachenfeststellungen zufolge über ausreichendes Einkommen und Vermögen zur Deckung der Pflegekosten. Unabhängig davon **könne der Grundsatz von Treu und Glauben stets nur die Rechtsausübung im Einzelfall beeinflussen, nicht aber die Befugnisse** des Berechtigten **über den Inhalt des dinglichen Rechts hinaus erweitern**, da man anderenfalls das dingliche Wohnungsrecht in unzulässiger Weise um Elemente eines Nießbrauchs an der Wohnung erweitern würde (vgl. bereits BGH DNotZ 2009, 431, 434 Tz. 20).

Andere Rechtsgrundlagen für den geltend gemachten Anspruch auf Auskehrung der Mieten sind laut BGH nicht ersichtlich (u. a. keine unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB, kein Anspruch gem. § 816 Abs. 2 BGB oder § 990 i. V. m. §§ 987, 99 Abs. 3 BGB).

Wie der V. Zivilsenat abschließend feststellt, hat ein subjektives Ausübungshindernis mangels vertraglicher Regelung bzw. späterer Absprachen über die Nutzung der **Wohnung** allerdings zur Folge, dass diese **weder vom Wohnungsberechtigten noch vom Eigentümer genutzt werden kann**. Dieses Ergebnis erscheine zwar wirtschaftlich unbefriedigend, sei aber Konsequenz der Bestellung eines auf die persönliche Ausübung beschränkten lebens-

länglichen Wohnungsrechts. Bei dieser Sachlage könne das Betreuungsgericht im Einzelfall sogar eine Aufgabe des Wohnungsrechts durch den Betreuer genehmigen (vgl. BGH NJW 2012, 1956).

BGB § 168; GBO §§ 18, 19 Wirksamkeit postmortaler Vollmacht trotz angeordneter Testamentsvollstreckung

Wirksamkeit einer postmortalen Vollmacht zur Löschung einer zugunsten des Erblassers eingetragenen Rückauffassungsvormerkung trotz angeordneter Testamentsvollstreckung.

OLG München, Beschl. v. 26.7.2012 – 34 Wx 248/12
Abruf-Nr.: **11055R**

Problem

Im Jahr 2002 überließ der Erblasser seinem Sohn Wohnungs- und Teileigentum. Dabei wurde eine Vormerkung bzgl. eines aufschiebend bedingten Rückerwerbsanspruchs des Veräußerers bewilligt. Diese wurde mit der Eigentumsübertragung im Grundbuch eingetragen. Für den Fall seines Todes bevollmächtigte der Übergeber den Erwerber im Übergabevertrag, die Löschung der Vormerkung unter Vorlage einer Sterbeurkunde zu bewilligen. Der Übergeber verstarb im Jahr 2010. In seinem notariellen Testament hatte er den Erwerber zum Erben eingesetzt und ihn mit Vermächtnissen belastet. Im Hinblick auf deren Erfüllung und die Durchführung der Auseinandersetzung wurde Testamentsvollstreckung angeordnet. Die Sterbeurkunde befindet sich in beglaubigter Abschrift beim Grundbuchamt.

Der Notar beantragte gem. § 15 GBO die Löschung der eingetragenen Vormerkung unter Vorlage einer Bewilligung des postmortal Bevollmächtigten. Das Grundbuchamt erließ eine Zwischenverfügung und verlangte zur Löschung der Vormerkung die Vorlage einer Bewilligung der Testamentsvollstrecker nebst Testamentsvollstreckerzeugnis in grundbuchtauglicher Form. Zur Begründung führte das Grundbuchamt aus, dass die dem Sohn im Übergabevertrag erteilte Vollmacht zur Löschung der Vormerkung mit Eintritt des Erbfalls und Wirksamwerden der Testamentsvollstreckung erloschen sei.

Entscheidung

Aus Sicht des OLG München hat die zulässige Beschwerde gegen die Zwischenverfügung zumindest vorläufig Erfolg. Laut OLG ist die Zwischenverfügung auf jeden Fall deswegen aufzuheben, weil mangels Löschungsbewilligung des Testamentsvollstreckers ein **nicht behebbares Eintragungshindernis** vorliegt.

Für das weitere Verfahren weist das OLG darauf hin, dass auch die **postmortale Vollmacht** (vgl. zur transmortalen Vollmacht bereits OLG München DNotZ 2012, 303) selbständig neben der Testamentsvollstreckung stehen und dem Vollmachtnehmer **eigenständige**, vom Erblasser und nicht vom Testamentsvollstrecker abgeleitete **Befugnisse** verleihen kann. Gerade bei der postmortalen Vollmacht, die erst ab dem Tod des Vollmachtgebers Geltung beansprucht, sei anzunehmen, dass diese nach dem Willen des Erblassers **neben den Befugnissen des Testamentsvollstreckers** bestehen solle. Nach Ansicht des OLG ergibt die Auslegung

der Vollmacht, dass der postmortal Bevollmächtigte die **Verfügbarmacht** besessen hat, die Löschung der Vormerkung zu bewilligen, und zwar **unabhängig von seiner erbrechtlichen Stellung**.

Ein **Erlöschen** der Vollmacht infolge Konfusion **verneint** das OLG, da die Vollmacht gegenüber Dritten und auch gegenüber dem Grundbuchamt ihre Legitimationswirkung behalte. Im Übrigen lasse sich die Klausel ggf. auch so auslegen, dass der zum Alleinerben eingesetzte Beteiligte unabhängig von der Testamentsvollstreckerbestellung insoweit über den Nachlass verfügen könne.

BGB §§ 2269, 2270, 2271, 133; BeurkG § 17 Bindende Schlusserbeneinsetzung bei Pflichtteilsstraf- und Wiederverheirathungsklausel; Auslegung eines notariellen gemeinschaftlichen Testaments

1. Auch ein notarielles Testament kann im Hinblick auf eine Schlusserbeneinsetzung auslegungsfähig sein.

2. Eine Kombination von Pflichtteils- und Wiederverheirathungsklausel kann für eine Einsetzung der gemeinsamen Kinder als Schlusserben sprechen.

OLG München, Beschl. v. 16.7.2012 – 31 Wx 290/11
Abruf-Nr.: **11056R**

Problem

In Rechtsprechung und Literatur wird streitig diskutiert, unter welchen Voraussetzungen eine gemeinschaftliche letztwillige Verfügung, die dem Wortlaut nach nur eine gegenseitige Alleinerbeneinsetzung und eine Pflichtteilsstrafklausel enthält, dahingehend auszulegen ist, dass sie auch eine **Schlusserbeneinsetzung der von der Pflichtteilsstrafklausel betroffenen Abkömmlinge** vorsieht. Vielfach wird zumindest die Möglichkeit einer solchen Auslegung bejaht (OLG Frankfurt ZEV 2002, 109 = FamRZ 2002, 352; OLG Saarbrücken NJW-RR 1994, 844). Andererseits wird aber auch zu bedenken gegeben, dass aus einer Strafklausele nicht zwingend auf eine Schlusserbeneinsetzung geschlossen werden kann (OLGR Celle 2003, 123 = MDR 2003, 813; OLG Karlsruhe BWNZ 1995, 168; OLG Bremen ZEV 1994, 365). Denn der **Sinn und Zweck** einer solchen Klausel besteht aus Sicht der Eheleute lediglich darin, den **überlebenden Ehegatten zu entlasten und davor zu schützen**, dass ein Kind nach dem Tod des Erstversterbenden den Pflichtteil verlangt (OLG Karlsruhe ZEV 2006, 409 = FamRZ 2006, 1303).

Der BGH hat zu dieser Auslegungsfrage bisher nicht abschließend Stellung genommen. In einem Nichtannahmebeschluss (v. 20.2.1991 – IV ZR 196/90, BeckRS 1991, 30932402) hielt der IV. Zivilsenat u. U. aber die Auslegung einer Pflichtteilsstrafklausel dahingehend für möglich, „*daß sich in ihr zugleich auch eine Erbeinsetzung der Kinder verberge*“. Eine Auslegungsregel dergestalt, dass eine Schlusserbeneinsetzung in diesen Fällen im Zweifel anzunehmen sei, verneinte der BGH aber. Die besondere Brisanz der sich aus einer Pflichtteilsstrafklausel ergebenden Schlusserbeneinsetzung besteht letztlich in der **womöglich aus § 2270 BGB folgenden Bindungswirkung bzgl. dieser Erbeinsetzung** (Gutachten DNotI-Report 2002, 97, 98;

OLG Frankfurt ZEV 2002, 109; OLG Saarbrücken NJW-RR 1994, 844).

In dem vom **OLG München** entschiedenen Fall **hatten sich Ehegatten in einem notariell errichteten gemeinschaftlichen Testament** aus dem Jahre 1992 gegenseitig **zu alleinigen Vollerben eingesetzt, ohne** die gemeinschaftlichen **Abkömmlinge ausdrücklich zu Schluss- bzw. Ersatzerben** des überlebenden Ehegatten **zu bestimmen**. Das Testament enthielt eine **Pflichtteilsstrafklausel** in Gestalt einer automatischen Ausschlussklausel. Außerdem wies es eine **Wiederverheiratungsklausel** auf, derzufolge der überlebende Ehegatte im Falle der Wiederheirat nur als Vorerbe zum Zuge kommen sollte, wobei der Nacherbfall gleich mit der Wiederheirat eintrat. Für den Fall der Wiederheirat setzten die Ehegatten ihre Abkömmlinge als Nacherben ein. Die Ehefrau starb im Jahre 2000. Der Ehemann testierte 2007 erneut und bedachte unter Widerruf sämtlicher früherer Verfügungen seine Lebensgefährtin als alleinige Erbin. Nach dem Tod des Ehemanns beantragte die Lebensgefährtin die Erteilung eines Erbscheins, der sie als Alleinerbin auswies. Hiergegen wandten sich die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder mit der Begründung, dass sie bereits 1992 in dem gemeinschaftlichen Testament zu Schlusserben eingesetzt worden waren. Auch sie beantragten einen entsprechenden Erbschein.

Entscheidung

Ausgehend davon, dass eine letztwillige Verfügung bzgl. eines wesentlichen Punkts stillschweigend erfolgen kann, hält es das OLG München **grundsätzlich für möglich**, dass sich hinter einer Pflichtteilsstrafklausel eine **Schlusserbeneinsetzung der Abkömmlinge** verbirgt. Mit dem Ausschluss der den Pflichtteil fordernden Kinder von der Erbfolge nach dem überlebenden Ehegatten müsse nicht notwendig dessen freies Belieben zur Erbinsetzung der loyalen Kinder korrespondieren, sondern es könne dem Willen der testierenden Ehegatten entsprechen, den loyalen Kindern sogleich eine erbrechtliche Stellung einzuräumen. Auch wenn das OLG München im Ergebnis die Auslegung einer isolierten Pflichtteilsstrafklausel offenlässt, äußert es sich eindeutig zu der Konstellation, dass eine **Pflichtteilsstraf- mit einer Wiederverheiratungsklausel kombiniert** wird. In diesem Fall zumindest liege der Schluss nahe, dass die Ehegatten auch den zweiten Erbfall regeln wollten, sie also nicht nur die illoyalen Kinder bestrafen und den überlebenden Ehegatten schützen, sondern zugleich die loyalen Kinder nach dem Zweiterbfall mit dem gemeinsamen Vermögen bedenken wollten. Die Einsetzung der Kinder zu gleichen Teilen könne in einem solchen Fall der zu gleichen Teilen erfolgten bedingten Nacherbeneinsetzung im Rahmen der Wiederverheiratungsklausel entnommen werden.

Kritisch äußert sich das OLG München zu der in Rechtsprechung und Literatur vielfach vertretenen Ansicht, dass einer Strafklausele gerade **bei notariellen bzw. unter juristischem Beistand verfügten Testamenten** nicht ohne Weiteres eine Schlusserbeneinsetzung entnommen werden kann (OLG Saarbrücken NJW-RR 1992, 841; Gutachten DNotI-Report 2000, 149, 150 f.; Fischer, ZEV 2005, 189, 190 f.; J. Mayer, MittBayNot 2007, 19 f.; ders., in: Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2269 BGB Rn. 12; jurisPK/Reymann, BGB, 5. Aufl. 2010, § 2269 Rn. 90). Für diese Ansicht spricht die bei notariell beurkundeten Testamenten aufgrund der sich aus § 17 BeurkG ergebenden Aufklärungs- und Dokumentationspflicht gerechtfertigte Annahme, dass der **Notar**

eine klare Formulierung der Schlusserbeneinsetzung vorgenommen hätte, wenn die Ehegatten einen über den Wortlaut der Strafklausele hinausgehenden Willen verfolgt hätten. Dieses Argument lässt das OLG München wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls allerdings nicht gelten. Aus der **teilweise „untechnischen“ Formulierung** des Testaments zieht es vielmehr den Schluss, dass eine **wortlautergänzende Auslegung möglich** sei. Vor allem insoweit steht die Entscheidung des OLG München im **Widerspruch zu einem Urteil des OLG Saarbrücken** aus dem Jahre 1992 (NJW-RR 1992, 841). Im Fall des OLG Saarbrücken hatten sich Ehegatten in einem notariellen Erbvertrag ebenfalls gegenseitig zu Erben eingesetzt und eine Pflichtteilsstrafklausel sowie eine Wiederverheiratungsklausel angeordnet. Das OLG Saarbrücken verneinte eine implizite Schlusserbeneinsetzung und begründete dies damit, dass bei notarieller Beurkundung Schlusserben nur eingesetzt seien, wenn die Testierenden dies ausdrücklich vorsähen. Angesichts der sich aus § 17 BeurkG ergebenden Aufklärungs- und Dokumentationspflicht des Notars gehe mit isolierten Strafklauseleln nicht einmal der Erfahrungssatz einer Schlusserbeneinsetzung einher. Das **OLG München** sieht dies – wie dargestellt – anders und gelangt damit auch zwangsläufig zur Frage der **wechselbezüglichen Bindung an die Schlusserbeneinsetzung**. Letztere hält das Gericht schon im Wege einer individuellen Testamentsauslegung für **naheliegend** (§ 2270 Abs. 1 BGB), leitet sie hilfsweise aber aus der gesetzlichen Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 Alt. 2 BGB her.

Literaturhinweise

Postvertriebsstück: B 08129

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

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Sebastian Herrler

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
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg