

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

20. Jahrgang  
Januar 2012  
ISSN 1434-3460

2/2012

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BNotO § 22 – Eidesstattliche Versicherung zur Vorlage im Ausland

BGB § 1093 – Nutzung von Anlagen und Einrichtungen außerhalb des Gebäudes als Bestandteil des Wohnungsrechts; Ausschluss des Eigentümers von der Mitbenutzung; Wahlrecht des Wohnungsberechtigten hinsichtlich des zu nutzenden Stellplatzes

### Gutachten im Abruf-Dienst

### Rechtsprechung

BGB § 134; HeimG § 14 Abs. 1 – Keine Unwirksamkeit der Erbeinsetzung des Heimträgers bei fehlender Kenntnisnahme zu Lebzeiten des Erblassers

InsO § 313 – Verfügungsbefugnis des Treuhänders im Verbraucherinsolvenzverfahren bei Vorhandensein absonderungsberechtigter Gläubiger

### Literatur

### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BNotO § 22 Eidesstattliche Versicherung zur Vorlage im Ausland

#### I. Sachverhalt

Das *Ministère des Classes Moyennes* in Belgien (Mittelstandsministerium) fordert von Herrn A die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung. Herr A möchte diese Versicherung vor einem deutschen Notar leisten.

#### II. Frage

Ist der Notar zur Aufnahme einer eidesstattlichen Versicherung zur Vorlage bei einer ausländischen Behörde berechtigt?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Systematik von § 22 BNotO

##### a) Notwendiger Auslandsbezug bei Abnahme von Eiden und eidlichen Vernehmungen i. S. v. § 22 Abs. 1 BNotO

Nach § 22 Abs. 1 BNotO sind die Notare zur Abnahme von Eiden sowie zu eidlichen Vernehmungen nur zuständig, wenn der Eid oder die eidliche Vernehmung nach dem Recht eines ausländischen Staates oder nach den Bestimmungen einer ausländischen Behörde oder sonst zur Wahrnehmung von Rechten im Ausland erforderlich ist.

##### b) Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung zwecks Glaubhaftmachung gegenüber Behörde (§ 22 Abs. 2 BNotO)

Nach § 22 Abs. 2 BNotO steht den Notaren die Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen in allen Fällen zu, in denen einer Behörde i. S. v. § 1 Abs. 4 VwVfG oder sonstigen Dienststelle (näher Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO, 3. Aufl. 2011, § 22 Rn. 6 f.; Sandkühler, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 6. Aufl. 2008, § 22 Rn. 20 ff.) eine tatsächliche Behauptung oder Aussage glaubhaft gemacht werden soll (z. B. § 2356 Abs. 2 S. 1, § 2368 BGB).

##### 2. Eidesstattliche Versicherung zur Vorlage bei ausländischer Behörde?

Vorliegend soll eine eidesstattliche Versicherung zur Vorlage bei einer ausländischen Behörde aufgenommen werden. Im Hinblick auf den **Beurkundungsgegenstand** ist dieses Begehren nicht unmittelbar vom Wortlaut des § 22 Abs. 1 BNotO erfasst. Im Hinblick auf den **Verwendungsadressaten** stellt sich die Frage, ob „Behörde“ oder „sonstige Dienststelle“ i. S. v. § 22 Abs. 2 BNotO auch eine ausländische sein kann.

##### a) Wortlaut und Systematik

Bei einem rein wörtlichen Verständnis **scheidet** im konkreten Fall eine Zuständigkeit nach § 22 Abs. 1 BNotO aus, da es sich um eine eidesstattliche Versicherung und nicht um die Abnahme eines Eides oder eine eidliche Vernehmung handelt.

Versteht man die Regelung des § 22 Abs. 2 BNotO in Abgrenzung zu § 22 Abs. 1 BNotO, könnte man eine Zuständigkeit nach § 22 Abs. 2 BNotO mit der Begründung verneinen, dass unter „Behörde“ **lediglich eine deutsche Behörde** zu verstehen ist.

#### b) Stellungnahme

Unseres Erachtens sprechen jedoch die **besseren Gründe dafür**, eine **Zuständigkeit** des Notars auch **zur Aufnahme einer eidesstattlichen Versicherung zur Vorlage bei einer ausländischen Behörde** anzunehmen. Dies lässt sich grundsätzlich sowohl mit § 22 Abs. 1 BNotO als auch mit § 22 Abs. 2 BNotO begründen.

aa) Für eine **Zuständigkeit nach § 22 Abs. 1 BNotO** lässt sich anführen, dass sowohl die eidliche Erklärung als auch die eidesstattliche Versicherung eine strafrechtlich sanktionierte Tatsachenerklärung darstellt. Hierbei ist die **eidesstattliche Versicherung gegenüber der eidlichen Erklärung minderen Ranges** (vgl. Schippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 22 Rn. 7). Wenn der Notar sogar zur Abnahme von Eiden oder zur eidlichen Vernehmung zuständig ist, müsste dies **erst recht** für die eidesstattliche Versicherung gelten.

bb) Eine **Zuständigkeit nach § 22 Abs. 2 BNotO** wäre lediglich dann zu verneinen, wenn man „Behörde“ um das Wort „deutsche“ ergänzt. Für die Notwendigkeit einer solchen Ergänzung bestehen u. E. keine Anhaltspunkte. Umgekehrt erscheint es naheliegend, dass der Notar bei im Übrigen gegebenen Voraussetzungen auch mit Blick auf eine Vorlage bei ausländischen Behörden zuständig ist. § 22 Abs. 2 BNotO dürfte in Abgrenzung zu § 22 Abs. 1 BNotO so zu verstehen sein, dass bei Verwendung in Deutschland die Abnahme von Eiden durch den Notar grundsätzlich unzulässig und die Abnahme eidesstattlicher Versicherungen nur unter Beachtung zusätzlicher Voraussetzungen zulässig sein soll. § 22 Abs. 2 BNotO stellt somit **für die Verwendung in Deutschland strengere Regeln auf als § 22 Abs. 1 BNotO**. Dies spricht dagegen, die Zuständigkeit des Notars zur Aufnahme einer eidesstattlichen Versicherung zur Vorlage bei einer ausländischen Behörde abzulehnen.

cc) Schließlich lässt sich für die Zuständigkeit des Notars die **Behandlung des Affidavits** anführen. Es handelt sich hierbei weder um einen Eid noch um eine eidesstattliche Versicherung i. S. deutschen Rechts, sondern um eine **Bekräftigung eigener Art**. Die **Zuständigkeit des Notars** zur Aufnahme eines Affidavits ist – soweit ersichtlich – **unstrittig**. Unterschiedliche Auffassungen bestehen lediglich hinsichtlich der Frage, ob diese Bekräftigung einem Eid gleichsteht und deshalb das Verfahren des § 38 BeurkG einzuhalten ist. Die Frage der notariellen Zuständigkeit bleibt davon unberührt (vgl. zum Ganzen Brambring, DNotZ 1976, 739; Schippel/Bracker/Reithmann, § 22 Rn. 22 m. w. N.). Wenn der Notar sogar für die Aufnahme einer in § 22 BNotO überhaupt nicht genannten Bekräftigungsform zur Vorlage im Ausland zuständig ist, müsste Gleiches auch bei einer in § 22 BNotO ausdrücklich genannten Bekräftigungsform gelten.

### 3. Ergebnis

Unseres Erachtens ist der **Notar** zur Aufnahme einer eidesstattlichen Versicherung zur Vorlage bei einer ausländischen Behörde **zuständig**. Ob diese Zuständigkeit aus § 22 Abs. 1 BNotO oder aus § 22 Abs. 2 BNotO folgt, kann vorliegend dahinstehen, da nach dem Sachverhalt die (über

die hier diskutierte Fragestellung hinausgehenden) Voraussetzungen beider Normen gegeben sind.

## BGB § 1093

### Nutzung von Anlagen und Einrichtungen außerhalb des Gebäudes als Bestandteil des Wohnungsrechts; Ausschluss des Eigentümers von der Mitbenutzung; Wahlrecht des Wohnungsberechtigten hinsichtlich des zu nutzenden Stellplatzes

#### I. Sachverhalt

Ein Wohnungsrecht wurde mit folgendem Inhalt bestellt:

*„Herr A räumt Frau B auf deren Lebenszeit das unentgeltliche **ausschließliche Wohnungsrecht** in den Räumen des übergebenen Anwesens ein, die in der **Anlage** zu dieser Urkunde **gelb** gekennzeichnet sind. Die Anlage wurde den Beteiligten zur Durchsicht vorgelegt. Die Beteiligten verweisen auf diese Anlage.*

*Mit dem Wohnungsrecht verbunden ist das **Recht**, einen am Anwesen vorhandenen **Stellplatz nach Wahl** der Berechtigten **unter Ausschluss des Eigentümers** zum Abstellen von Fahrzeugen **zu benutzen**, und zwar nicht nur während der Zeit, in welcher die Berechtigte einen zum Straßenverkehr zugelassenen Pkw hält.*

*Mit dem Wohnungsrecht verbunden ist ferner das Recht, alle dem gemeinsamen Gebrauch der Hausbewohner dienenden Räume, Anlagen und Einrichtungen mitzubutzen, insbesondere ...“*

Zur Sicherung des Wohnungs- und Benutzungsrechts wurde – ausschließlich – eine entsprechende beschränkte persönliche Dienstbarkeit gem. § 1093 BGB bestellt.

Das Grundbuchamt moniert, dass die dem Wohnungsrecht unterliegenden „Gebäude und Räume“ bestimmt sein müssten und nicht der Auswahl des Berechtigten unterliegen dürften, zumal keine Mitbenutzung, sondern ein alleiniges Nutzungsrecht unter Ausschluss des Eigentümers vereinbart wurde. Dieser Inhalt könne nur Gegenstand einer schuldrechtlichen Absprache sein; zur Eintragung im Grundbuch hingegen bedürfe es der Konkretisierung gemäß dem Bestimmtheitsgrundsatz.

#### II. Frage

Kann als Inhalt eines Wohnungsrechts nach § 1093 BGB bestimmt werden, dass für den Berechtigten hinsichtlich der Nutzung von Kfz-Stellplätzen ein Auswahlrecht, gleichwohl unter Ausschluss des Eigentümers, besteht?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Nutzung von Außenanlagen als Inhalt eines Wohnungsrechts

Das Wohnungsrecht nach § 1093 BGB ist seinem Wesen nach eine **Dienstbarkeit** mit der besonderen Eigenart, dass sie die **Befugnis zum Wohnen** in dem auf dem belasteten Grundstück befindlichen Gebäude unter Ausschluss des Eigentümers verleiht. Was unter „Wohnen“ zu verstehen ist, muss dabei unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und der gewandelten gesellschaftlichen Verhältnisse ermittelt werden (Staudinger/J. Mayer, BGB, Neubearb. 2009,

§ 1093 Rn. 29). Neben der Hauptbefugnis des Berechtigten, das Gebäude oder einen Teil davon als Wohnung zu nutzen, kann der Begriff des Wohnens als Hauptinhalt des Wohnungsrechts **auch die Nutzung von Anlagen und Einrichtungen außerhalb des Gebäudes** umfassen, wenn dies **zum Wohnen wesensmäßig dazugehört** (BayObLGZ 1985, 31, 34 = DNotZ 1986, 148; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1248; Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl. 2012, § 1093 Rn. 3; Staudinger/J. Mayer, § 1093 Rn. 29). Dabei kann der Eigentümer von der Mitbenutzung dieser außerhalb des Gebäudes liegenden Anlagen und Einrichtungen ausgeschlossen und der Wohnungsberechtigte zur alleinigen Nutzung ermächtigt werden (LG München II MittBayNot 1970, 153; OLG Schleswig SchlHA 1966, 67; Staudinger/J. Mayer, § 1093 Rn. 30; Palandt/Bassenge, § 1093 Rn. 4; Schöner/Stöber, Rn. 1248; zweifelnd NK-BGB/Otto, 2. Aufl. 2008, § 1093 Rn. 20 Fn. 65).

Wenn das Wohnungsrecht auf einen **Teil des Gebäudes** beschränkt ist, so kann der Berechtigte gem. **§ 1093 Abs. 3 BGB** die zum **gemeinschaftlichen Gebrauch** der Bewohner bestimmten Anlagen und **Einrichtungen mitbenutzen**, selbst wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart wurde. Danach kann eine Einzelgarage (LG Osnabrück Rpfleger 1972, 308), aber auch eine Doppelgarage (vgl. Haegele, Rpfleger 1972, 96; Staudinger/J. Mayer, § 1093 Rn. 30) oder ein Garten (OLG Frankfurt OLGZ 1983, 31, 32 = Rpfleger 1983, 465; BayObLG DNotZ 1976, 227, 228) zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmt sein. Aus der gesetzlichen Anordnung in § 1093 Abs. 3 BGB wird mehrheitlich geschlossen, dass derartige Mitbenutzungsrechte ebenso zwischen Eigentümer und Wohnungsberechtigtem vereinbart werden können (vgl. Staudinger/J. Mayer, § 1093 Rn. 30 m. w. N.).

## 2. Bestimmtheitsanforderungen an Nutzungsvereinbarungen über Außenanlagen

Hinsichtlich der Bestimmtheit der auf ein Wohnungsrecht bezogenen Eintragungsbewilligung differenzieren Rechtsprechung und Literatur danach, ob der Eigentümer von der Mitbenutzung der Anlagen und Einrichtungen außerhalb des Gebäudes ausgeschlossen oder eine Mitbenutzung vereinbart werden soll.

### a) Mitbenutzungsrecht

Unbeschadet der Regelung in § 1093 Abs. 3 BGB wird es für zulässig erachtet, ein Mitbenutzungsrecht in der Eintragungsbewilligung besonders anzuführen und im Interesse der Rechtsklarheit Vereinbarungen über Art und Umfang des Mitbenutzungsrechts zu treffen (Schöner/Stöber, Rn. 1248 a. E.). **Zwingende Voraussetzung für die Eintragung** ist eine **nähere Festlegung** jedoch **nicht** (OLG Frankfurt OLGZ 1983, 31; Schöner/Stöber, Rn. 1248a; NK-BGB/Otto, § 1093 Rn. 19).

Zwar dürfen Eintragungen mit Rücksicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs regelmäßig nur aufgrund klarer und eindeutiger Eintragungsunterlagen erfolgen. Bei der Eintragung eines Wohnungsrechts gem. § 1093 BGB ist dieser Anforderung aber nach Ansicht des OLG Frankfurt (OLGZ 1983, 31, 33) Genüge getan, wenn die für die ausschließliche Benutzung in Betracht kommenden Räume bestimmt bezeichnet sind:

*„Dagegen bedeutete es eine Überspannung des Bestimmtheitsgrundsatzes, wenn in der Eintragungsbewilligung auch konkret Art und Umfang der Mitbenutzung der zum gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen, also hier des Hausgartens, angegeben werden müßten. Soweit es in der Rechtsprechung und im Schrifttum für zulässig erachtet worden ist [vgl. RGZ 143, 424, 428; OLG Bremen NJW 1965, 2403], daß in ein dingliches Wohnungsrecht nach § 1093 BGB auch die Mitbenutzung eines vorhandenen Gartens einbezogen werden kann, ist bisher – soweit ersichtlich – nirgends verlangt worden, daß Art und Umfang der Mitbenutzung des Gartens in der Eintragungsbewilligung im einzelnen näher festgelegt werden. Dies ist auch kaum möglich, wenn man bedenkt, wie vielgestaltig Art und Umfang der Mitbenutzung eines Gartens innerhalb des Wohnungsrechts sein können.“*

Zwar erscheine es empfehlenswert, Art und Umfang der Mitbenutzung der zum gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner bestehenden Anlagen und Einrichtungen in der Eintragungsbewilligung besonders anzuführen, damit darüber von Anfang an Klarheit besteht und spätere Streitigkeiten vermieden werden. Eine gesetzliche Verpflichtung hierzu bestehe aber nicht (vgl. § 1093 Abs. 3 BGB), da es angesichts der Vielfalt von Art und Umfang der Mitbenutzungsrechte nahezu unmöglich sein dürfte, diesbezügliche ausdrückliche und erschöpfende Angaben in der Eintragungsbewilligung zu machen. In Ermangelung solcher Angaben richte sich der Umfang des Mitbenutzungsrechts grundsätzlich nach der baulichen Beschaffenheit, Ausstattung und Größe des Gebäudes sowie nach den allgemeinen Lebens- und Wohngewohnheiten (OLG Frankfurt OLGZ 1983, 31, 33 m. w. N.).

**b) Nutzungsrecht unter Ausschluss des Eigentümers** Anders stellt sich die Rechtslage allerdings dann dar, wenn – abweichend von § 1093 Abs. 3 BGB – der **Eigentümer von der Mitbenutzung** der zum gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen (teilweise) **ausgeschlossen** werden soll. In diesem Fall kann § 1093 Abs. 3 BGB nicht – wie bei der Mitbenutzung – als Argument dafür verwendet werden, dass eine nähere Festlegung in der Eintragungsbewilligung entbehrlich ist. Insofern vertreten *Schöner/Stöber* (Rn. 1248 i. V. m. Rn. 1258) – im Rahmen der soweit ersichtlich einzigen Stellungnahme – konsequent die Auffassung, dass die **Eintragungsbewilligung auch Art und Umfang der Alleinbenutzung von Anlagen und Einrichtungen außerhalb des Gebäudes festzulegen hat**. Dem Berechtigten könne die Wahl der Räume, in denen das Wohnungsrecht ausgeübt werden soll, nicht vorbehalten bleiben (unter Verweis auf BayObLGZ 1964, 1 = DNotZ 1965, 166).

Diese **Differenzierung** zwischen den Fällen der Mit- und der Alleinbenutzung **überzeugt** u. E. Stellt die Befugnis, eine Einzelgarage oder einen im Freien angelegten Kfz-Stellplatz unter Ausschluss des Eigentümers zu benutzen, einen unter den Begriff des Wohnens zu fassenden Teil des Hauptinhalts des Wohnungsrechts dar, so erscheint es nur konsequent, hinsichtlich der Bestimmtheit dieser Nutzungsbefugnisse dieselben Maßstäbe anzulegen, wie sie für die dem Wohnungsrecht innerhalb des Gebäudes unterfallenden Räumlichkeiten gelten. Eine Ausnahme vom strengen Bestimmtheitsanforderung lässt sich aus § 1093 Abs. 3 BGB – und damit auch aus der Rechtsprechung des OLG Frankfurt – nicht herleiten, denn hiervon ist ersichtlich nur der Fall der Mitbenutzung betroffen.

### 3. Fazit

Im Ergebnis gehen wir daher davon aus, dass es zwar mit § 1093 BGB vereinbar ist, dem Wohnungsberechtigten einen bestimmten Kfz-Stellplatz im Freien zur alleinigen Nutzung zuzuweisen. Allerdings dürfte ein diesbezügliches Auswahlrecht des Wohnungsberechtigten gegen den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen.

## Gutachten im Abruf-Dienst

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

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

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

**BGB §§ 181, 177; GmbHG § 35**

**Kaufvertrag; In-sich-Geschäft bei Handeln des Erwerbers als vollmachtloser Vertreter für Veräußerer (GmbH oder Gemeinde); Genehmigungsmöglichkeit**  
Abruf-Nr.: 110235

**GBO § 19; BGB §§ 886, 894, 897**

**Kostentragungspflicht hinsichtlich der Löschung einer Vormerkung**  
Abruf-Nr.: 112413

**GmbHG §§ 15 Abs. 1, 16 Abs. 1, 40 Abs. 1, 51**

**„Sondererbfolge“ in GmbH-Geschäftsanteile; Gesellschafterliste; Ladungsadressat bei formeller Gesellschafterlegitimation des Erblassers; Listeneintragung unbekannter Erben und des Nachlasspflegers**  
Abruf-Nr.: 113705

**VwVfG §§ 41, 43; VwGO §§ 70, 80, 80a; BauGB § 212a**  
**Bekanntgabe einer Baugenehmigung**  
Abruf-Nr.: 111822

## Rechtsprechung

**BGB § 134; HeimG § 14 Abs. 1**

**Keine Unwirksamkeit der Erbeinsetzung des Heimträgers bei fehlender Kenntnisnahme zu Lebzeiten des Erblassers**

**Das Testament des Angehörigen eines Heimbewohners, mit dem der Heimträger zum Nacherben eingesetzt wird und von dem dieser erst nach dem Tode des Erblassers erfährt, ist nicht nach § 14 Abs. 1 HeimG i. V. m. § 134 BGB unwirksam.**

BGH, Beschl. v. 26.10.2011 – IV ZB 33/10  
Abruf-Nr.: 11013R

### Problem

Nach § 14 Abs. 1 HeimG ist es dem Heimträger untersagt, sich von oder zugunsten von Heimbewohnern oder Heimbewerbern Geld oder geldwerte Leistungen über das nach

§ 5 HeimG vereinbarte Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen. Die Bundesvorschrift, die zwischenzeitlich z. T. entsprechenden Eingang in die Landesheimgesetze gefunden hat (Landesheimgesetze abrufbar unter [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de) unter Gesetzesänderungen/Erbrecht), stellt nach h. M. ein **Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB** dar, mit der Folge, dass ein diesen Tatbestand erfüllendes Rechtsgeschäft nichtig ist (BGHZ 110, 235, 240 = MittBayNot 1990, 300; BayObLG DNotZ 1992, 258 m. w. N.). Dabei erfasst § 14 HeimG nicht nur **lebzeitige Zuwendungen**, sondern auch **Zuwendungen durch Verfügung von Todes wegen** (z. B. durch einseitiges Testament oder im Rahmen eines Erbvertrags mit dem Verbotsadressaten).

Wegen der Formulierung „gewähren lassen“ sind testamentarische Zuwendungen zugunsten des Heimträgers nach h. M. allerdings nur dann unwirksam, wenn sich der Eintritt des Vermögensvorteils auf ein **Einvernehmen zwischen dem Testierenden und dem Bedachten** gründet (vgl. nur KG NJW-RR 1999, 2 = DNotI-Report 1998, 142). Daher war es lange Zeit in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass eine letztwillige Verfügung zugunsten des Heimträgers **nicht** gegen § 14 Abs. 1 HeimG **verstößt**, wenn dieser von der einseitigen testamentarischen Zuwendung erst **nach dem Tod des Erblassers Kenntnis** erlangt (vgl. BayObLGZ 1991, 251 = NJW 1992, 55 = DNotZ 1992, 258; FamRZ 1992, 975; BayObLGZ 1992, 344 = NJW 1993, 1143 = DNotZ 1993, 453).

Von dem Grundsatz der Kenntniserlangung noch zu Lebzeiten des Erblassers wick das OLG München (NJW 2006, 2642 = DNotZ 2006, 933, m. abl. Anm. Tersteegen, ZErB 2007, 414) für den Fall ab, dass nicht der Heimbewohner selbst, sondern ein Dritter als Erblasser zugunsten des Heimbewohners testiert hatte – eine Konstellation, die grundsätzlich auch von § 14 Abs. 1 HeimG erfasst ist (vgl. den Wortlaut „von oder zugunsten von“).

Im vorliegenden Fall hatte der Erblasser in einem notariellen Testament seinen behinderten Sohn zum nicht befreiten Vorerben und die Einrichtung, in der der behinderte Sohn untergebracht ist, zum Nacherben sowie zum Ersatzerben eingesetzt. Obwohl der Heimträger erst nach dem Tod des Erblassers von der Nacherbeneinsetzung erfuhr, entstand im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des OLG München Streit über die Wirksamkeit des Testaments. Das OLG Karlsruhe (ZEV 2011, 424 = NotBZ 2011, 375) legte dem BGH die Frage zur Entscheidung vor, weil es von der Entscheidung des OLG München abweichen wollte.

### Entscheidung

Der BGH schließt sich der Rechtsansicht des vorliegenden OLG Karlsruhe an und stellt nochmals klar, dass eine **einseitige Willenserklärung** oder -betätigung des Gebers im Rahmen des § 14 Abs. 1 HeimG **nicht genügt**, sondern der Heimträger sich etwas „versprechen oder gewähren lassen“ muss. Dies ist z. B. bei Hinzutreten einer **Annahmeerklärung des Empfängers** oder eines **entsprechenden vorangegangenen Verlangens** der Fall, nicht aber beim sog. „stillen“ Testament eines Heimbewohners, von dem der Heimträger bis zum Eintritt des Erbfalls keine Kenntnis erlangt (vgl. dazu insbesondere BVerfG DNotZ 1999, 56 unter II. 1).

Auch in der Konstellation, dass das den Heimträger begünstigende **Testament** nicht vom Heimbewohner, sondern **von einem** seiner **Angehörigen** stammt und der Heimbewohner

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. kündigt an:  
**12. Wissenschaftliches Symposium  
des Instituts für Notarrecht  
an der Universität Würzburg**

**INotR**  
Institut für  
Notarrecht an  
der Universität  
Würzburg

Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen  
- demographischer Wandel,  
faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien -

**Freitag, 4. Mai 2012**

**in der Neubaukirche der Julius-Maximilians-Universität  
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg**

09.00 Uhr *Kaffee und kalte Getränke*

09.30 Uhr **Begrüßung**, Prof. Dr. Dr. Herbert **Grziwotz**, Notar, Regen  
Vorstandsmitglied des INotR Würzburg

09.45 Uhr **Biologische, soziale und rechtliche Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen und Reproduktionsmedizin**  
Prof. Dr. Nina **Dethloff**, LL.M., Universität Bonn, Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht  
anschließend Diskussion

10.45 Uhr *Kaffee und Gebäck*

11.15 Uhr **Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung**  
Dr. Andreas **Albrecht**, Notar, Regensburg  
anschließend Diskussion

12.15 Uhr **Testamentsgestaltung bei der Patchworkfamilie**  
Prof. Dr. Christopher **Keim**, Notar, Bingen  
anschließend Diskussion

13.15 Uhr *Mittagessen im historischen Innenhof der Alten Universität (im Tagungsbeitrag inbegriffen)*

14.45 Uhr **Vermögensauseinandersetzung bei faktischen Lebensgemeinschaften**  
Prof. Dr. Martin **Löhnig**, Universität Regensburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht sowie Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte  
anschließend Diskussion

15.45 Uhr **Betreutes Wohnen und Wohnungseigentum**  
Dr. Manfred **Rapp**, Notar, Landsberg  
anschließend Diskussion

Tagungsleitung: Prof. Dr. Dr. Herbert **Grziwotz**

ca. 17.00 Uhr **Ende**

**– anschließend Mitgliederversammlung der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung –**

**Organisatorische Hinweise:**

Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend und forensisch tätigen Praktiker und einschlägig interessierten Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.

Sämtliche Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post.

**Tagungsbeitrag** (inklusive Verköstigung, Teilnahmebescheinigung und Tagungsband):

- 130 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. (NotRV)
- 185 € für Nichtmitglieder
- 65 € für Notare a. D., Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung
- frei für Notare a. D. und Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind (bitte bei Anmeldung angeben)

Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck: „Symposium Mai 2012“ bei der Bayerischen HypoVereinsbank AG Würzburg, BLZ 79020076, Konto-Nr. 6671594, zu überweisen. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung.

**Anmeldungen richten Sie bitte an:**

Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel.: 0931/355760, Fax: 0931/35576225, E-Mail: notrv@dnoti.de

nach dem Tod des Erblassers weiterhin im Heim des Heimträgers lebt, **gilt** aus Sicht des BGH – entgegen der o. g. Entscheidung des OLG München – **nichts anderes**. Von den drei anerkannten Schutzzwecken des § 14 HeimG (vgl. dazu BVerfG, a. a. O.) sei dabei weder die Testierfreiheit des Heimbewohners noch der Schutz der Bewohner vor finanzieller Ausnutzung oder Benachteiligung betroffen, sondern allenfalls der Schutz des Heimfriedens. Da das Testament nach dem Tod des Erblassers nicht mehr abänderbar sei, bestehe aber keine Veranlassung zu einer Vorzugsbehandlung des Heimbewohners, sondern allenfalls ein Dankbarkeitsgefühl. Dieser Umstand rechtfertigt jedoch aus Sicht des BGH keine Einschränkung der Testierfreiheit eines außenstehenden Dritten dahingehend, dass ihm verwehrt sei, den Heimträger im Wege des „stillen“ Testierens zum Nacherben zu bestimmen.

---

### **InsO § 313 Verfügungsbefugnis des Treuhänders im Verbraucherinsolvenzverfahren bei Vorhandensein absonderungsberechtigter Gläubiger**

**Die Verfügungsbefugnis des Treuhänders im vereinfachten Insolvenzverfahren zur rechtsgeschäftlichen Veräußerung einer Immobilie des Insolvenzschuldners wird durch § 313 Abs. 3 S. 1 InsO nicht beschränkt.**

OLG Hamm, Beschl. v. 4.11.2011 – I-15 W 698/10  
Abruf-Nr.: **11014R**

#### **Problem**

Die Treuhänderin im Rahmen eines vereinfachten Insolvenzverfahrens verkaufte und veräußerte mit notariellem Vertrag ein dem Schuldner gehörendes Wohnungseigentum an die weiteren Beteiligten, die als Gegenleistung in befreiender Weise die dinglichen Belastungen und die diesen zugrunde liegenden persönlichen Verbindlichkeiten übernahmen. Unter Vorlage einer Ausfertigung der die Auflassung enthaltenden Vertragsurkunde beantragte der beurkundende Notar u.a. die Umschreibung des Eigentums. Das Grundbuchamt beanstandete den Antrag im Wege der Zwischenverfügung und verlangte unter Verweis auf § 313 Abs. 3 S. 1 InsO eine Zustimmungserklärung der eingetragenen Grundschuldgläubigerin in der Form des § 29 GBO.

Gem. § 313 Abs. 3 S. 1 InsO ist der Treuhänder im vereinfachten Insolvenzverfahren nicht zur Verwertung von Gegenständen berechtigt, an denen Pfandrechte oder andere Absonderungsrechte bestehen. Insofern kommt gem. § 313 Abs. 3 S. 2 InsO dem Gläubiger das Verwertungsrecht zu, wobei § 173 Abs. 2 InsO entsprechend zur Anwendung gelangt (§ 313 Abs. 3 S. 3 InsO). In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob wegen § 313 Abs. 3 InsO das Recht des Treuhänders zu einer freihändigen Veräußerung von mit Grundpfandrechten belastetem Grundbesitz des Gemeinschuldners außerhalb des Verfahrens nach § 173 Abs. 2 InsO insgesamt ausgeschlossen ist oder ob eine freihändige Veräußerung etwa durch die Grundpfandrechtsgläubiger oder den Gemeinschuldner selbst möglich ist.

Das LG Hamburg war in einem Beschluss vom 1.10.1999 (Rpfleger 2000, 37 = MittRhNotK 2000, 31) der Auffassung, dass allein die Gläubiger zur freihändigen Veräußerung von Grundbesitz berechtigt seien (dagegen LG Kiel Rpfleger 2004, 730, 732; MünchKommInsO/Ott/

Vuia, 2. Aufl. 2008, § 313 Rn. 17; Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzzrecht in der Kautelarpraxis, 2006, S. 101 f. m. w. N.). Eine stark vertretene Ansicht geht dagegen davon aus, dass bei belasteten Grundstücken weder dem Treuhänder noch den dinglichen Gläubigern ein originäres Verwertungsrecht zusteht. Praktisch hat dies zur Folge, dass grundsätzlich nur die Zwangsversteigerung durch die Gläubiger oder eine Veräußerung durch den Treuhänder nach entsprechender Fristsetzung gem. § 313 Abs. 3 S. 3 i. V. m. § 173 Abs. 2 InsO in Betracht kommt (vgl. LG Kiel Rpfleger 2004, 730, 731; Hintzen, ZInsO 2003, 586, 587; Uhlenbruck/Vallender, InsO, 13. Aufl. 2010, § 313 Rn. 111 m. w. N.). Eine im Vordringen befindliche Meinung hält schließlich den Treuhänder auch im vereinfachten Insolvenzverfahren grundsätzlich für berechtigt, Vermögensgegenstände der Insolvenzmasse zu verwerten (LG Braunschweig RNotZ 2009, 402 m. Anm. Kessler; ders., MittBayNot 2007, 22; Reul/Heckschen/Wienberg, S. 205; HK-InsO/Landfermann, 5. Aufl. 2008, § 313 Rn. 18; so auch **Gutachten DNotI-Report 2008, 129** m. zahlr. w. N. zum Streitstand).

#### **Entscheidung**

Das OLG Hamm schließt sich der letztgenannten Auffassung an und sieht dementsprechend in **§ 313 Abs. 3 S. 1 InsO keine Einschränkung der Befugnis des Treuhänders** zur freihändigen Veräußerung enthalten. Eine Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger in der Form des § 29 GBO muss somit nicht nachgewiesen werden. Zur Begründung stützt sich der Senat zunächst auf den **Gesetzeswortlaut**. Unter dem dort verwandten Begriff der „Verwertung“ sei nach der **Systematik der InsO** nur das Verfahren nach dem ZVG zu verstehen (§ 49 InsO), sodass die freihändige Veräußerung durch den Treuhänder dadurch nicht beeinträchtigt werde (so auch Hintzen, ZInsO 2000, 586, 587; Kessler, MittBayNot 2007, 22). Auch aus der **Gesetzeshistorie** ergäben sich keine durchgreifenden Bedenken gegen die aus dem Leitsatz ersichtliche Auslegung des § 313 Abs. 3 S. 1 InsO. Insbesondere könne dem durch das InsO-Änderungsgesetz 2003 eingefügten § 313 Abs. 3 S. 3 InsO nicht entnommen werden, dass der Gesetzgeber die Handlungsbefugnisse des Treuhänders zwar erweitern, ihn insoweit aber auf das förmliche Verfahren nach § 313 Abs. 3 S. 3 i. V. m. § 173 Abs. 2 InsO beschränken wollte. Den Gesetzesmaterialien sei ein Wille nicht zu entnehmen, die freihändige Veräußerung durch den Treuhänder in dem Sinne auszuschließen, dass dessen grundsätzliche Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse eingeschränkt werde.

Ferner argumentiert das OLG mit dem übergreifenden Ziel des Insolvenzverfahrens, unter Berücksichtigung von Absonderungsrechten eine möglichst gleichmäßige Befriedigung der Insolvenzgläubiger zu erreichen. Dieses Verfahrensziel könne vereitelt werden, wenn dem Treuhänder nur der Weg über § 313 Abs. 3 S. 3 i. V. m. § 173 Abs. 2 InsO zur Verfügung stünde, da dieser nicht nur umständlich sei, sondern vor allem erfahrungsgemäß das **Risiko einer Veräußerung unter Wert** mit sich bringe. Schließlich führe die Gegenauffassung zu dem im Hinblick auf den Verfahrenszweck fragwürdigen Ergebnis, dass niemand mehr zur Verfügung über den Massegegenstand befugt und eine Veräußerung nur noch im Wege der Zwangsversteigerung möglich wäre.

# Literaturhinweise

---

---

---

## Postvertriebsstück: B 08129

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

---

## Veranstaltungen

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)**.

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:**

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

**Bezugsbedingungen:**

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

**Bezugspreis:**

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

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

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt.

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

**Verlag:**

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

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg