

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

23. Jahrgang
Mai 2015
ISSN 1434-3460

9/2015

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1896 Abs. 2, 168, 2365 – Vertretung aufgrund transmortaler Vorsorgevollmacht ggü. Bank; Nachweis des Erbrechts; Einfluss der neueren BGH-Rechtsprechung zum Erbnachweis ggü. Banken; Konfusion

WEG § 25 Abs. 2 – Stimmrecht nach Kopfprinzip; Stimmrechtsvermehrung, wenn Eigentümer mehrerer Wohnungseinheiten Wohnung auf GbR überträgt; Gestaltungsmissbrauch

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 13, 14; WEG § 10 Abs. 6 – Zur Verbrauchereigenschaft einer WEG

BGB §§ 1911, 1915, 1833 – Haftung des Abwesenheitspflegers bei Grundstücksveräußerung

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**BGB §§ 1896 Abs. 2, 168, 2365
Vertretung aufgrund transmortaler Vorsorgevollmacht ggü. Bank; Nachweis des Erbrechts; Einfluss der neueren BGH-Rechtsprechung zum Erbnachweis ggü. Banken; Konfusion**

I. Sachverhalt

Der Erblasser hatte eine notariell beurkundete Vorsorgevollmacht errichtet. Sie ist als Generalvollmacht ausgestaltet und erfasst sämtliche Vermögensangelegenheiten. Die Vollmacht gilt ausdrücklich über den Tod des Erblassers hinaus (sog. transmortale Vollmacht). Der Erblasser verfügte u. a. über ein Konto bei einer Sparkasse.

Der Bevollmächtigte hat den Erblasser nach eigenen Angaben zusammen mit anderen Miterben beerbt. Er legt die Ausfertigung der Vollmacht vor und begehrt von der Sparkasse die Auszahlung des Geldes des Erblassers auf ein Konto der Erbengemeinschaft.

Die Sparkasse verweigert die Auszahlung. Die Vorlage einer Vollmacht sei nicht ausreichend. Wie der BGH kürzlich entschieden habe (Urt. v. 8.10.2013 – XI ZR 401/12), könne die Bank einen Erbschein oder ein notariell beurkundetes Testament nebst Eröffnungsniederschrift verlangen.

Sie könne zumindest darauf bestehen, dass man ihr eine spezielle Bankvollmacht vorlege. Davon abgesehen sei die notariell beurkundete Vollmacht durch Konfusion erloschen.

II. Frage

Ist die Weigerung der Bank berechtigt?

III. Zur Rechtslage

1. Nachweis des Erbrechts ggü. Banken

Aus dem Gesetz ist **keine Regelung** ersichtlich, wonach ein Schuldner vom Erben zu dessen Legitimation die **Vorlage eines Erbscheins** verlangen kann. Aus § 35 GBO, der für Grundbuchberichtigungen einen Erbschein oder eine notarielle Verfügung von Todes wegen nebst Eröffnung fordert, lassen sich keine verallgemeinerungsfähigen Aussagen ableiten (Gutachten DNotI-Report 2005, 83, 85). Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist der Erbe nicht verpflichtet, sein Erbrecht gegenüber dem Schuldner durch einen Erbschein nachzuweisen. Er hat die Möglichkeit, den Erbnachweis in anderer geeigneter Form zu erbringen (vgl. DNotZ 2006, 300, 301 = DNotI-Report 2005, 126; DNotZ 2014, 53, 54 Tz. 24 = DNotI-Report 2013, 174). Ein Leistungsverweigerungsrecht der Bank folgt insbesondere nicht daraus, dass die Bank nur bei Vorlage des Erbscheins gem. § 2367 BGB befreiend an den Erbscheinserben leisten kann (BGH WM 1961, 479, 481; DNotZ 2006, 300, 301).

Verweigert die Bank die Leistung trotz geeigneten Erbnachweises, verletzt sie ihre **allgemeine Leistungstreuepflicht** (vgl. BGH NJW 2005, 2779, 2780 [nicht abgedr. in DNotZ

2006, 300]). Aus dieser Pflicht lässt sich der allgemeine Rechtsgedanke herleiten, dass der Vertragspartner verpflichtet ist, im gemeinsamen Interesse der Herbeiführung des Leistungserfolgs Risiken einzugehen, sofern ihm diese zumutbar sind (vgl. dazu Starke, NJW 2005, 3184, 3186). Hieraus kann man schließen, dass auch die **Legitimationsanforderungen**, die vom Vertragspartner zu erfüllen sind, **zumutbar** sein müssen. Der BGH führt dabei ausdrücklich das **berechtigte Interesse des Erben an einer möglichst raschen und kostengünstigen Abwicklung des Nachlasses** an und hält die Einforderung eines **Erbscheins allenfalls in unklaren Fällen** für berechtigt (DNotZ 2006, 300, 301; zust. Starke, NJW 2005, 3184, 3186; Keim, WM 2006, 753; Ivo, ZErB 2006, 7; kritisch Schröder/Meyer, NJW 2006, 3252).

Mit **Urt. v. 8.10.2013** (XI ZR 401/12, DNotZ 2014, 53 = DNotI-Report 2013, 174) hat der **BGH** entschieden, dass die dem **Muster von Nr. 5 Abs. 1 AGB-Sparkassen nachgebildete Klausel einer Sparkasse im Verkehr mit Verbrauchern nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam** sei. Laut dieser Klausel kann die Sparkasse nach dem Tode des Kunden zur Klärung der rechtsgeschäftlichen Berechtigung die Vorlage eines Erbscheins, eines Testamentsvollstreckerzeugnisses oder ähnlicher gerichtlicher Zeugnisse verlangen und auf die Vorlage des Erbscheins oder Testamentsvollstreckerzeugnisses verzichten, wenn ihr eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift vom Testament oder Erbvertrag des Kunden sowie der Niederschrift über die zugehörige Eröffnungsverhandlung vorgelegt wird. Der BGH betont dabei erneut, dass der **Erbe von Rechts wegen nicht verpflichtet** sei, **sein Erbrecht durch einen Erbschein nachzuweisen**, sondern dass er diesen **Nachweis auch in anderer Form** führen könne. Von dieser gesetzlichen Grundregel weiche die beanstandete AGB-Klausel ab, indem die Vorlage eines Erbscheins als Erbnachweis unabhängig davon verlangt werden könne, ob im konkreten Einzelfall das Erbrecht überhaupt zweifelhaft sei oder ob andere – einfachere und/oder kostengünstigere – Nachweise möglich seien. Im Ergebnis erkennt der BGH zwar das berechtigte Interesse der Bank oder Sparkasse an, nach dem Tod eines Kunden in den Genuss der Rechtswirkungen der §§ 2366, 2367 BGB zu kommen und so der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme zu entgehen; er hält aber das **berechtigte Interesse des Erben** an einem unproblematischen und kostengünstigen Nachweis seines Erbrechts – im Anschluss an die bisherige Rechtsprechung – für **vorrangig** (zust. Werkmüller, ZEV 2014, 45; Tersteegen, RNotZ 2014, 98; Bonefeld, ZErB 2014, 157).

2. Handeln aufgrund transmortaler Vollmacht und Nachweisproblem

Es stellt sich die Frage, ob bzgl. des Nachweises etwas anderes gilt, wenn ein Bevollmächtigter aufgrund trans- oder postmortaler Vollmacht handelt.

Im vorliegenden Fall hat der Erblasser dem Bevollmächtigten eine **transmortale Vollmacht** erteilt. Diese **behält** über den Tod des Vollmachtgebers hinaus ihre **Wirksamkeit**. Aufgrund einer solchen Vollmacht wird nicht mehr der verstorbene Vollmachtgeber vertreten, da der Vollmachtgeber mit seinem Ableben als Rechtssubjekt aus dem Rechtsverkehr ausgeschieden ist. So wie die postmortale Vollmacht wirkt die transmortalere Vollmacht **vielmehr für und gegen die Erben** (BGH NJW 1983, 1487, 1489; OLG Frankfurt DNotZ 2012, 140, 141; OLG Stuttgart

DNotZ 2012, 370, 371; MünchKommBGB/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 168 Rn. 30; Staudinger/Schilken, BGB, Neubearb. 2014, § 168 Rn. 31).

Der Bevollmächtigte vertritt folglich nicht mehr den Erblasser, sondern den oder die Erben des Erblassers und Vollmachtgebers, und kann nach allgemeiner Ansicht im Rahmen der ihm eingeräumten Vertretungsmacht alle Rechtsgeschäfte mit Wirkung für und gegen die Erben vornehmen. Dabei bezieht sich die Wirkung immer **nur auf den Nachlass**, nicht etwa auf die sonstigen Angelegenheiten der Erben (Staudinger/Schilken, § 168 Rn. 31).

Da der Bevollmächtigte seine Befugnis vom Erblasser herleitet, kann er **alle Rechtsgeschäfte** so vornehmen, **wie dies auch der Erblasser hätte tun können** (OLG Hamburg DNotZ 1967, 31; Staudinger/Schilken, § 168 Rn. 33). Der Bevollmächtigte bedarf daher bspw. nicht der gerichtlichen Genehmigung für ein Rechtsgeschäft, das wegen der Minderjährigkeit des Erben an sich der gerichtlichen Genehmigung bedürfte (RGZ 106, 185, 186).

Außerdem kann der Bevollmächtigte – sofern die Vollmacht die Form des § 29 GBO wahrt – Umschreibungen im Grundbuch und Anmeldungen zum Handelsregister veranlassen, **ohne den Erben namhaft zu machen** (OLG Hamburg DNotZ 1967, 31; OLG Dresden ZEV 2012, 339, 340 = BWNNotZ 2011, 194; OLG Frankfurt DNotZ 2012, 140, 141; Staudinger/Schilken, § 168 Rn. 33). Damit **entfällt** auch das **Erfordernis eines Erbrechtsnachweises** (vgl. Ivo, ZErB 2006, 7, 9; Keim, WM 2006, 753, 755; Bonefeld, ZErB 2014, 157, 161; Tersteegen, RNotZ 2014, 98, 101). Die Literatur hebt das praktische Bedürfnis für trans- und postmortale Vollmachten insbesondere deshalb hervor, weil sie Verfügungen über Bankguthaben nach dem Erbfall ermöglichen (MünchKommBGB/Schramm, § 168 Rn. 30).

Mit **Urt. v. 25.10.1994** hat der **BGH** entschieden (XI ZR 239/93, DNotZ 1995, 388), **dass eine Bank die ihr von einem postmortal Bevollmächtigten erteilten Weisungen unverzüglich und vorbehaltlos auszuführen habe**, es sei denn, die Vollmacht sei zwischenzeitlich (bekanntermaßen) widerrufen oder der Bevollmächtigte handle in ersichtlich verdächtiger Weise, sodass begründete Anhaltspunkte für einen Missbrauch der Vertretungsmacht bestünden.

In dieser Entscheidung hat der BGH ausgeführt, dass sich die Frage nach der Legitimation der Erben nicht stelle, wenn der postmortal Bevollmächtigte der Bank eine Vollmachtsurkunde vorlege und aufgrund der Vollmacht über das Bankguthaben verfüge (DNotZ 1995, 388, 390). Die Bank sei verpflichtet, den Weisungen des Bevollmächtigten unverzüglich nachzukommen, so wie sie dies im Verhältnis zum Erblasser hätte tun müssen. Die Bank dürfe die **Auszahlung nicht bis zur Klärung der erbrechtlichen Rechtsnachfolge zurückstellen**. Der BGH formuliert (DNotZ 1995, 388, 390):

„Wie der Erblasser ist er [der Erbe] nur durch die für den Mißbrauch der Vollmacht geltenden Grundsätze und die Möglichkeit des Widerrufs der Vollmacht geschützt. Ihm gegenüber kann der Bank daher nur dann eine Rückfrage- oder Wartepflicht obliegen, wenn die Voraussetzungen des Vollmachtsmißbrauchs vorliegen oder Anhaltspunkte für einen wirksamen Widerruf der Vollmacht bestehen. Fehlt es wie hier an beidem, setzt sich die Bank der Gefahr von

Ersatzansprüchen aus, wenn sie gleichwohl eine Weisung des Bevollmächtigten nicht unverzüglich befolgt.“

Beim Handeln eines trans- oder postmortal Bevollmächtigten geht es also **nicht um den Nachweis des Erbrechts** (der von ihm vertretenen Erben), **sondern um den Nachweis seiner Verfügungsberechtigung**, die er nicht von den Erben, sondern vom Erblasser ableitet.

3. Pflicht zur Akzeptanz einer notariellen Vorsorgevollmacht

Kreditinstitute sind grundsätzlich verpflichtet, notariell beurkundete Vorsorgevollmachten als Berechtigungsnachweis zu akzeptieren, sofern Bankgeschäfte von ihrem Umfang gedeckt sind und keine Hinweise auf einen Widerruf der Vollmacht oder Missbrauch der Vertretungsmacht bestehen. Die Bank kann die Auszahlung des Bankguthabens nicht von der Vorlage einer speziellen Bankvollmacht abhängig machen (Tersteegen, NJW 2007, 1717, 1721; so nun auch allg. zur Vorsorgevollmacht LG Detmold, Urt. v. 14.1.2015 – 10 S 110/14, BeckRS 2015, 03780; zust. Lauck/Schmalenberger, NZFam 2015, 335). Ein **berechtigtes Interesse der Bank, die Leistung bei Vorlage einer beurkundeten Vollmacht verweigern zu dürfen, ist nicht erkennbar**. Die notarielle Urkunde erbringt als **öffentliche Urkunde** Beweis darüber, dass der Vollmachtgeber die in der Urkunde enthaltene Bevollmächtigungserklärung abgegeben hat (§ 415 Abs. 1 ZPO). Lässt sich die Bank die Urschrift bzw. Ausfertigung der Vollmacht vorlegen, gilt der Bevollmächtigte außerdem auch bei Widerruf der Vollmacht seitens der Erben gem. den §§ 172 f. BGB als bevollmächtigt, es sei denn, die Vollmacht wurde für kraftlos erklärt oder die Bank war in fahrlässiger Unkenntnis über das Erlöschen der Vertretungsmacht (vgl. Keim, WM 2006, 753, 755; Tersteegen NJW 2007, 1717, 1721). Die Bank ist daher ausreichend geschützt, wenn ihr die Vollmachtsurkunde vorliegt.

Zusammenfassend betrachtet folgt daraus: Der trans- oder postmortal Bevollmächtigte muss sich mit seiner Vollmacht gegenüber der Bank legitimieren, wenn er über dort vorhandene Wertpapiere oder Kontoguthaben des Erblassers verfügen will; einer **Legitimierung der von ihm vertretenen Erben** – durch Erbschein oder andere Erbnachweise – **bedarf es dagegen nicht**.

4. Besonderheiten bei Konfusion bzgl. der Vollmacht

Fraglich ist, ob die Bank berechnigte Zweifel am Fortbestand der Vollmacht anmelden kann, weil der Bevollmächtigte den Erblasser beerbt hat.

Ob Vollmachten durch Konfusion erlöschen, wenn der Bevollmächtigte den Erben beerbt, ist umstritten. Ist der Bevollmächtigte **Miterbe** geworden, soll dies nach Auffassung des **OLG Schleswig** nicht der Fall sein (Beschl. v. 15.7.2014 – 2 W 48/14, MittBayNot 2015, 132, 134 = RNotZ 2015, 85, 88 = DNotI-Report 2014, 182 [unter Bezug auf DNotI-Abrufgutachten Nr. 112811]; a. A. Bestelmeyer, Rpfleger 2015, 11). Für den Bevollmächtigten als **Alleinerben** hat das **OLG Hamm** in einer stark kritisierten Entscheidung das Erlöschen der Vollmacht angenommen (Beschl. v. 10.1.2013 – I-15 W 79/12, DNotZ 2013, 689, 691 = DNotI-Report 2013, 70; a. A. LG Bremen Rpfleger 1993, 235; Bengel/Dietz, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Aufl. 2015, C VI Rn. 357; BeckOK-GBO/Reetz, Std.: 1.4.2015, Vertretungsmacht Rn. 47i; Dutta, FamRZ 2013, 1514, 1515; Herrler, NotBZ 2013, 454, 458; Lange, ZEV 2013, 343).

Vorliegend dürfte die Frage jedoch **dahinstehen** können. Ist der Bevollmächtigte nicht Erbe, kann die Bank an ihn aufgrund der Vollmacht auszahlen. Hat der Bevollmächtigte den Erblasser beerbt, hätte die Konfusion folgende Konsequenz: Die Vollmacht würde insoweit erlöschen, als der Bevollmächtigte Miterbe geworden wäre. Er wäre damit (nur) noch zur Vertretung der anderen Miterben berechtigt (vgl. Bestelmeyer, Rpfleger 2015, 11). In diesem Fall wäre der Bevollmächtigte aber als Erbe selbst berechtigt. Der Erbe ist daher **entweder aufgrund der Vollmacht oder als Miterbe verfügungsbefugt** (Amann, MittBayNot 2013, 367, 370 f.; Bengel/Dietz, C VI Rn. 357; Herrler, NotBZ 2013, 454, 460 f.; Keim DNotZ 2013, 692, 694; BeckOK-GBO/Reetz, Std.: 1.4.2015, Vertretungsmacht Rn. 47i).

Auch bei unterstellter Konfusion könnte die Bank daher nicht die Auszahlung des Kontoguthabens verweigern.

5. Handeln aufgrund transmortaler Vollmacht und Nachweisproblem im Grundbuchverfahren

Bzgl. bestimmter Verfügungen über Grundbesitz hält die Rechtsprechung im **Grundbuchberichtigungsverfahren** beim Handeln eines trans- oder postmortal Bevollmächtigten vereinzelt den Nachweis des Erbrechts für erforderlich (vgl. OLG Stuttgart DNotZ 2012, 371). Des Erbnachweises bedarf es in diesen Fällen aber nicht zur Klärung der Verfügungsberechtigung des Bevollmächtigten, sondern im Hinblick auf den im Grundbuchverfahrensrecht geltenden **Voreintragungsgrundsatz des § 39 GBO**, der gem. § 40 GBO nur in wenigen Ausnahmefällen durchbrochen wird, z. B. bei Übertragung des Rechts (vgl. dazu auch Ivo, ZErB 2006, 7, 10).

Liegt also etwa ein Fall vor, in dem der Bevollmächtigte unter Verzicht auf die Voreintragung das Eigentum sogleich weiterübertragen will, bedarf es keines Erbnachweises (vgl. OLG Frankfurt DNotZ 2012, 140). Greift dagegen § 40 GBO nicht ein, z. B. bei der Finanzierungsgrundschuldbestellung, wäre eine Voreintragung der Erben – und damit auch ein Nachweis des Erbrechts – im Grundbuchverfahren erforderlich. Hierbei handelt es sich aber um eine spezielle grundbuchverfahrensrechtliche Besonderheit, die **für den Nachweis gegenüber Banken ohne Bedeutung** ist.

6. Ergebnis

Legt der Bevollmächtigte der Bank die notariell beurkundete Vorsorgevollmacht in Urschrift bzw. Ausfertigung vor, **kann die Sparkasse u. E. die Auszahlung nicht verweigern**, sofern keine besonderen Anhaltspunkte für einen Widerruf oder Missbrauch der Vertretungsmacht bestehen. Bei unberechtigter Verweigerung der Auszahlung kommen Schadensersatzansprüche nach den §§ 280 ff. BGB in Betracht.

WEG § 25 Abs. 2

Stimmrecht nach Kopfprinzip; Stimmrechtsvermehrung, wenn Eigentümer mehrerer Wohnungseinheiten Wohnung auf GbR überträgt; Gestaltungsmissbrauch

I. Sachverhalt

A ist Eigentümer von drei Wohnungen einer WEG. Weitere Wohnungen in der Wohnanlage gehören F, der Ehefrau des

A, sowie B und C. Für die Beschlussfassung in der WEG gilt das Kopfprinzip. A überträgt nunmehr zwei Wohnungen auf zwei Gesellschaften bürgerlichen Rechts. An diesen Gesellschaften sind ausschließlich A und F beteiligt.

II. Fragen

1. Zählt jede GbR als weiterer „Kopf“ i. S. d. Kopfprinzips, sodass den Gesellschaften zwei Stimmen zustehen, daneben aber auch A und F?
2. Zählt jede GbR auch dann als weiterer Kopf, wenn A und F die einzigen Gesellschafter der jeweiligen Gesellschaft und jeweils noch als natürliche Person Eigentümer einer Wohnung sind?
3. Bestehen Bedenken wegen eines etwaigen Gestaltungsmissbrauchs?

III. Zur Rechtslage

1. Kopfprinzip

Ist nichts anderes vereinbart, gilt gem. § 25 Abs. 2 S. 1 WEG hinsichtlich des Stimmrechts das Kopfprinzip, d. h., jeder „Kopf“ hat eine Stimme. Dabei spielen weder die Größe der Wohnung und die Höhe des Miteigentumsanteils noch die Anzahl der Wohnungen eines Wohnungseigentümers eine Rolle. Dies bedeutet, dass auch dem Eigentümer mehrerer selbständiger Wohnungseinheiten in der Versammlung der Wohnungseigentümer lediglich eine Stimme zusteht. **Sinn dieser Regelung** ist es, keinem Wohnungseigentümer von vornherein ein Stimmenübergewicht zu geben, vielmehr soll ein **Stimmgleichgewicht gewährleistet** sein (vgl. Bärmann/Merle, WEG, 12. Aufl. 2013, § 25 Rn. 29; Bärmann/Seuß/Rüscher, Praxis des Wohnungseigentums, 6. Aufl. 2013, Teil C Rn. 732 – jew. m. w. N.).

2. Stimmrechtsvermehrung bei Eigentumsübertragung

Gilt bei einer Wohnungseigentümergeinschaft das Kopfprinzip und ist ein Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft Eigentümer von mehreren Einheiten, so steht ihm gem. § 25 Abs. 2 S. 1 WEG nur eine Stimme zu. Veräußert er nun jedoch eine Einheit an eine Person, die bisher nicht Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft war, so kommt es zu einer Stimmrechtsvermehrung. Dies folgt daraus, dass dem Veräußerer als Eigentümer zumindest einer weiteren Einheit nach wie vor eine Stimme und dem Erwerber für die von ihm erworbene Einheit nun ebenfalls eine Stimme zusteht (vgl. BGH NJW 2012, 2434, 2435 Tz. 11; BayObLG NJOZ 2002, 1056, 1058 = ZMR 2002, 527; Bärmann/Seuß/Rüscher, Teil C Rn. 733; Staudinger/Bub, BGB, Neubearb. 2005, § 25 WEG Rn. 156; Palandt/Bassenge, BGB, 74. Aufl. 2015, § 25 WEG Rn. 6 – jew. m. w. N.).

Eine derartige Vermehrung der Stimmrechte ist **von den anderen Wohnungseigentümern**, deren Stimmkraft in der Wohnungseigentümersammlung dadurch geschmälert wird, **hinzunehmen**, da diese Vermehrung dem Kopfprinzip immanent ist (vgl. BGH NJW 2012, 2434, 2435 Tz. 11; BayObLG NJOZ 2002, 1056, 1058; Bärmann/Seuß/Rüscher, Teil C Rn. 733; Staudinger/Bub, § 25 WEG Rn. 156). Dies gilt **auch dann, wenn an einen Angehörigen oder Ehegatten veräußert wird** und einziges **Ziel** der Veräußerung die **Vermehrung der Stimmkraft** in der Eigentümersammlung ist. Man kann in diesen Fällen grundsätzlich nicht von einem Scheingeschäft (§ 117 BGB) ausgehen, da der erstrebte

Rechtserfolg die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts voraussetzt. Auch ist ein solches Verhalten **nicht** aus sich selbst heraus als **rechtsmissbräuchlich** anzusehen, sodass es für sich genommen keinen Stimmrechtsausschluss rechtfertigt (vgl. OLG München NZM 2007, 45 = NJW-RR 2007, 302; OLG Düsseldorf NZM 2004, 234, 235 = DNotI-Report 2004, 130; BayObLG NJOZ 2002, 1056, 1058; OLG Frankfurt ZMR 1997, 156 = BeckRS 1996, 09546; Bärmann/Seuß/Rüscher, Teil C Rn. 733). Daran ändert sich auch dann nichts, wenn der Erwerber in den Eigentumsüberlassungsverträgen (nur schuldrechtlich wirksamen, § 137 BGB) **Beschränkungen seiner Verfügungsbefugnis** unterworfen ist, er etwa nicht berechtigt ist, das Eigentum zu belasten. Derartige Vereinbarungen **berühren** nämlich **nicht die Eigentümerstellung** und die daraus folgende Berechtigung, in der Eigentümersammlung abzustimmen (vgl. OLG München NZM 2007, 45).

3. Stimmrecht bei Mehrfachbeteiligung

Fraglich und teilweise **umstritten** ist die **Stimmrechtsverteilung, wenn der Eigentümer einer Wohnungseinheit zugleich an einer anderen Wohnungseinheit beteiligt** ist, ohne freilich Alleineigentümer der anderen Wohnungseinheit zu sein (vgl. zum Ganzen Mediger, NZM 2011, 137, 141 m. w. N.). Eine derartige Situation liegt bspw. vor, wenn der Alleineigentümer einer Wohnungseinheit an einer anderen Wohnungseinheit mitberechtigt ist, etwa als Eigentümer eines Miteigentumsanteils. Das Kopfprinzip führt dazu, dass **jeder Rechtsgemeinschaft**, die nicht personenidentisch mit der anderen ist, ein **eigenes Stimmrecht** zusteht (KG OLGZ 1988, 434, 436 [Alleineigentum der Ehefrau an der einen, Miteigentum zu gleichen Teilen mit ihrem Ehemann an der anderen Wohnung; zwei Stimmrechte]; Kümmel, in: Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 11. Aufl. 2015, § 25 Rn. 11; Weitnauer/Lüke, WEG, 9. Aufl. 2004, § 25 Rn. 9). Nach bislang überwiegender **Rechtsprechung** gilt dies auch dann, wenn ein Wohnungseigentümer Alleineigentümer einer Wohnung und mehrheitlich beteiligt hinsichtlich einer anderen Wohnung ist und damit nach den Regeln der Gemeinschaft seinen Willen durchsetzen kann (OLG Dresden OLGZ 2006, 249; OLG Düsseldorf NZM 2004, 234, 235; offenlassend KG OLGZ 1988, 434, 436; a. A. LG Hamburg ZMR 2008, 827 = BeckRS 2008, 21632) oder wenn er mit dem anderen Miteigentümer persönlich eng verbunden ist (BayObLG NJOZ 2002, 1056, 1058; OLG Frankfurt ZMR 1997, 156). Die anderen Wohnungseigentümer sind ausreichend dadurch geschützt, dass der **Beschluss** einer **inhaltlichen Kontrolle** nach dem Maßstab von § 21 Abs. 4 WEG und § 242 BGB zu unterziehen ist (BayObLG NJOZ 2002, 1056, 1058; OLG Düsseldorf NZM 2004, 234, 235; OLG München NZM 2007, 45).

Eine **juristische Person ist selbst unmittelbar Eigentümer** der Wohnung, sodass das Stimmrecht aus dem Wohnungseigentum unmittelbar der juristischen Person zusteht. Hieran dürfte sich nichts ändern, wenn etwa der alleinige Gesellschafter und einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführer einer GmbH zugleich Alleineigentümer einer anderen Wohnung in derselben Wohnanlage ist. Die betroffene Person kann dann zum einen das Stimmrecht aufgrund ihres eigenen originären Eigentums an einer Wohnungseinheit ausüben und zum anderen das Stimmrecht für die GmbH als deren Geschäftsführer wahrnehmen. Dass es hierbei zu einer faktischen Verdoppelung des Stimmrechts kommt, ist aufgrund der Rechtspersönlichkeit der juristischen Person hinzunehmen (vgl. Bornheimer,

Das Stimmrecht im Wohnungseigentumsrecht, 1993, S. 56; Mediger, NZM 2011, 137, 139; vgl. auch Sauren, WEG, 6. Aufl. 2014, § 25 Rn. 16 Fn. 70).

Gleiches muss konsequenterweise **bei rechtsfähigen Gesamthandsgemeinschaften gelten**, wenn diese im Rechtsverkehr einer juristischen Person dadurch angenähert sind, dass sie selbständig Rechte und Pflichten erwerben können. Es ist daher weitgehend anerkannt, dass § 25 Abs. 2 S. 2 WEG auf Personenhandelsgesellschaften (die gem. § 124 Abs. 1 HGB selbständig Eigentümer werden können) und die **rechtsfähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts** keine Anwendung findet (so ausdrücklich für die GbR Mediger, NZM 2011, 137, 141; Staudinger/Bub, § 25 WEG Rn. 164; BeckOK-WEG/Steinmeyer, Std.: 1.3.2015, § 25 Rn. 68; Bärman/Merle, § 25 Rn. 48; ebenso für den – inzwischen eingetretenen – Fall, dass die Teilrechtsfähigkeit der GbR anerkannt wird: Bornheimer, S. 56 f.). Im Ergebnis sind die rechtsfähigen Gesamthandsgemeinschaften mithin hinsichtlich der Trägerschaft des Stimmrechts wie die juristischen Personen zu behandeln. Es schadet daher nicht, dass beide Gesellschaften denselben Gesellschafterbestand haben oder von einem Gesellschafter beherrscht werden (so ausdrücklich für die GbR Riecke, in: Riecke/Schmid, WEG, 4. Aufl. 2014, § 25 Rn. 19). Hält der Eigentümer mehrere Einheiten, ist damit zu rechnen, dass bei einer Veräußerung an Dritte neue Stimmrechte entstehen können (BGH NJW 2012, 2434, 2435 Tz. 11). Dies dürfte auch bei einer Veräußerung an Gesellschaften gelten, an denen der bisherige Miteigentümer mehrheitlich beteiligt ist.

4. Ergebnis

Im Ergebnis zählt jede GbR auch dann als weiterer „Kopf“ i. S. d. Kopfprinzips, wenn A und F die einzigen Gesellschafter der beiden Gesellschaften sind und jeweils noch als natürliche Person eine Wohnung innehaben. Ein Gestaltungsmissbrauch liegt darin u. E. nicht. Rechtsprechung liegt zu dieser Frage allerdings noch nicht vor.

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

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

GBO §§ 28, 29 Abs. 3

Erklärungen einer Behörde als Bevollmächtigte einer Privatperson; grundbuchverfahrensrechtliche Form
Abruf-Nr.:

EGBGB Artt. 15, 25; EU ErbVO Art. 25 Abs. 1

Portugal/Belgien: Vereinbarung eines Erb- und Pflichtteilsverzichts mit einem ausländischen Ehegatten
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 13, 14; WEG § 10 Abs. 6

Zur Verbrauchereigenschaft einer WEG

a) Die **Wohnungseigentümergeinschaft ist im Interesse des Verbraucherschutzes der in ihr zusammengeschlossenen, nicht gewerblich handelnden natürlichen Personen dann einem Verbraucher gemäß § 13 BGB gleichzustellen, wenn ihr wenigstens ein Verbraucher angehört und sie ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder einer gewerblichen noch einer selbständigen beruflichen Tätigkeit dient.**

b) **Beim Abschluss von Rechtsgeschäften mit Dritten – wie etwa einem Energielieferungsvertrag zur Deckung des eigenen Bedarfs – handelt die Wohnungseigentümergeinschaft in der Regel zum Zwecke der privaten Vermögensverwaltung ihrer Mitglieder und damit nicht zu gewerblichen Zwecken.**

BGH, Urt. v. 25.3.2015 – VIII ZR 243/13

Problem

Eine WEG hatte mit einem Unternehmer einen Energieversorgungsvertrag abgeschlossen. Der Vertrag enthielt eine sog. Spannungsklausel, über deren AGB-rechtliche Zulässigkeit der BGH entscheiden musste. Ausgangspunkt war dabei die Frage, ob die **WEG als Verbraucher** i. S. v. § 13 BGB anzusehen ist. Gem. **§ 10 Abs. 6 S. 1 WEG** ist die **WEG teilrechtsfähig**.

Die Verbraucherdefinition in **§ 13 BGB** erwähnt **nur natürliche Personen**. Vor diesem Hintergrund war bislang **umstritten, wie die teilrechtsfähige WEG einzuordnen** ist. Bisweilen wurde sie weder als Verbraucher noch als Unternehmer eingestuft (Kreuzer, ZWE 2010, 163, 165). Nach anderer Meinung sollte die Anwendung verbraucherschützender Vorschriften auf die WEG grundsätzlich ausscheiden (LG Rostock NotBZ 2007, 304; Hügel/Elzer, NZM 2009, 457, 458 f.). Nach bisher herrschender Ansicht konnte auch eine WEG Verbraucher i. S. v. § 13 BGB sein (OLG München DNotZ 2009, 221; Erman/Saenger, BGB, 14. Aufl. 2014, § 13 Rn. 6 f.). Innerhalb dieser Auffassung war wiederum umstritten, ob die WEG Unternehmerin (§ 14 BGB) ist, wenn an ihr sowohl Verbraucher als auch Unternehmer beteiligt sind. **Überwiegend** nahm man an, dass die **Anwendung verbraucherschützender Normen nur dann ausscheidet, wenn an ihr ausschließlich Unternehmer beteiligt** sind (OLG München DNotZ 2009, 221).

Entscheidung

Der VIII. Zivilsenat des BGH folgt der letztgenannten Auffassung. Die **WEG sei einem Verbraucher „gleichzustellen“, wenn ihr bei Abschluss des Vertrags wenigstens ein Verbraucher angehöre** und sie ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließen, das weder einer gewerblichen noch selbständigen beruflichen Tätigkeit diene.

Die WEG sei ein „rechtsfähiger Verband sui generis“. Sie falle unter keine der in den §§ 13 f. BGB enthaltenen Definitionen. Ihre Einordnung müsse parallel zur Einordnung der **rechtsfähigen GbR als Verbraucher** erfolgen (dazu BGH DNotZ 2002, 528, 529 f. = DNotI-Report

2002, 5). Bei der GbR komme es auf deren Rechtsfähigkeit nicht an. Maßgeblich sei der **Schutzzweck der Verbraucherschützenden Regelung**. Dies müsse für die WEG erst recht gelten. Bei den Wohnungseigentümern stehe der **individuelle Zweck der Wohnungsnutzung** im Vordergrund, die Einbindung in den Verband sei ein „notwendiges Übel“. Der Verbraucher verliere sein Schutzbedürfnis nicht, wenn er Mitglied einer WEG sei. Dies gelte insbesondere wegen der ihn nach § 10 Abs. 8 WEG treffenden **Außenhaftung**. Für das Schutzniveau des Verbrauchers sei es ohne Belang, ob die WEG auch oder überwiegend aus Unternehmern bestehe. Aus Sicht des Rechtsverkehrs sei es nicht sachgerecht, auf die nicht nach außen erkennbare Zusammensetzung der WEG abzustellen. Dass die WEG **teilrechtsfähig** sei, **spiele keine Rolle**. Die Teilrechtsfähigkeit diene nur dazu, das WEG-Recht praktikabler zu gestalten.

Die WEG handele grundsätzlich auch nicht in Ausübung einer wirtschaftlich selbständigen Tätigkeit. Zur gewerblichen Betätigung gehöre nicht die Verwaltung eigenen Vermögens. Somit sei die **Verwaltung des Gemeinschaftseigentums und Verwaltungsvermögens dem Verbraucherbereich** zuzurechnen. Der Abschluss eines Energielieferungsvertrags diene aber der Vermögensverwaltung. Eine **andere Betrachtung** sei allenfalls dann gerechtfertigt, wenn die WEG – wie etwa bei Verwaltung einer Hotelanlage – **selbst gewerblich tätig** werde.

Nicht ausschlaggebend sei, dass die **WEG durch eine gewerblich handelnde Verwaltungsgesellschaft vertreten** gewesen sei. Für die Abgrenzung von unternehmerischem und privatem Handeln i. S. d. §§ 13 f. BGB komme es auf die Person des Vertretenen an. Etwas anderes gelte nur dann, wenn eine verbraucherschützende Norm an die Umstände des Vertragsschlusses anknüpfe und einen situativen Übereilungsschutz gewährleiste, den der Gesetzgeber wegen der Gefahr einer unzulässigen oder unangemessenen Beeinflussung für erforderlich halte, die mit der Verhandlungssituation verbunden sei.

BGB §§ 1911, 1915, 1833 Haftung des Abwesenheitspflegers bei Grundstücksveräußerung

Die Erteilung einer betreuungsgerichtlichen (vormals: vormundschaftsgerichtlichen) Genehmigung entbindet den zum Abwesenheitspfleger bestellten Rechtsanwalt nicht von seiner Pflicht, das abgeschlossene Rechtsgeschäft selbst auf solche Vor- und Nachteile hin gewissenhaft zu prüfen, die es dem Abwesenden bringt oder nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bringen kann. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Brandenburg, Urt. v. 4.11.2014 – 3 U 156/11

Problem

Der Kläger verlangt vom Beklagten als Mitglied der ungeteilten Erbengemeinschaft nach dem 1947 verstorbenen Erblasser Zahlung von Schadensersatz an die Erbengemeinschaft wegen des Verkaufs eines Nachlassgrundstücks. Der Beklagte hat das Grundstück 2001 in seiner Eigenschaft als Abwesenheitspfleger mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu einem Preis von 152.000 DM (etwa 77.000 €) veräußert.

Der Kläger wirft dem Beklagten vor, durch den Verkauf seine Pflichten als Abwesenheitspfleger verletzt zu haben und daher der Erbengemeinschaft zum Schadensersatz verpflichtet zu sein. Dabei beziffert der Kläger die Höhe des Schadensersatzes entsprechend der zwischenzeitlichen Wertsteigerung des Grundstücks (aktueller Grundstückswert etwa 300.000 €).

Der Beklagte bestreitet eine Pflichtverletzung. Aus seiner Sicht fehlt es ferner an einem ersatzfähigen Schaden, da das Grundstück zu einem nach damaligen Verhältnissen angemessenen Preis verkauft worden sei.

Entscheidung

Das OLG Brandenburg verurteilt den Beklagten zur Leistung von Schadensersatz i. H. v. ca. 210.000 € an die Erbengemeinschaft (entspricht dem aktuellen Verkehrswert abzgl. des damaligen Veräußerungserlöses und der aufgelaufenen Zinsen). Das Gericht geht davon aus, dass der Beklagte durch den Verkauf des Grundstücks seine Pflichten als Abwesenheitspfleger verletzt hat. Insoweit führt es aus, dass der Abwesenheitspfleger wie der Nachlasspfleger – sofern keine besonderen Umstände vorliegen – das **Vermögen** regelmäßig in seinem ursprünglichen Zustand **zu erhalten und für den Abwesenden zu sichern und treuhänderisch zu verwalten habe**. Die **Veräußerung**, die allein auf Betreiben der erwerbsbereiten Pächterin des Grundstücks erfolgt sei, sei daher **pflichtwidrig** gewesen.

Wie das OLG Brandenburg meint, **entfällt das Verschulden** des Abwesenheitspflegers **nicht dadurch, dass das Vormundschaftsgericht** die Pflugschaft speziell mit dem Wirkungskreis „Verkauf“ angeordnet und den Verkauf anschließend auch **genehmigt** habe. Der Abwesenheitspfleger hätte im vorliegenden Fall aufgrund seiner Kenntnisse und Fähigkeiten als Rechtsanwalt vielmehr **selbst prüfen** müssen und können, ob ein Fürsorgebedürfnis für einen Verkauf vorliege und dem Abwesenden ohne Verkauf Nachteile drohten, die einen Eigentumsverlust rechtfertigten; insoweit sei ihm jedenfalls **leichte Fahrlässigkeit** vorzuwerfen.

Schließlich geht das OLG Brandenburg davon aus, dass der Erbengemeinschaft infolge der pflichtwidrigen Veräußerung ein ersatzfähiger Schaden in Höhe von ca. 200.000 € entstanden sei. Dabei argumentiert das Gericht damit, dass sich der Umfang der Ersatzpflicht des Abwesenheitspflegers nach den §§ 249 ff. BGB richte. Hätte der Abwesenheitspfleger das Grundstück nicht verkauft, wäre der Wertzuwachs beim Grundstück der Erbengemeinschaft ungeschmälert zugeflossen. Insoweit handele es sich nicht um einen Anspruch auf entgangenen Gewinn nach § 252 BGB, sondern um einen Anspruch aus **§ 251 Abs. 1 BGB**, da die Wiederherstellung (d. h. Rückübertragung des Grundstücks) wegen des wirksamen Verkaufs nicht möglich sei.

Hinweis

Der Entscheidung dürfte größere praktische Bedeutung zukommen, da es nach der Wiedervereinigung in den neuen Ländern in zahlreichen Fällen zur Pflegerbestellung nebst anschließender Veräußerung des Grundbesitzes (mit Genehmigung des Gerichts) kam. Dabei wird – zumindest aus Sicht der nicht anwesenden oder unbekanntem Eigentümer – nicht immer ein besonderes Bedürfnis für die Veräußerung bestanden haben.

An alle Mitglieder
der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.

NOTRV

Deutsche
Notarrechtliche
Vereinigung e.V.

**Einladung
zur 18. Mitgliederversammlung in Würzburg 2015**

Sehr geehrtes Mitglied,

der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung lädt alle Mitglieder herzlich zur
18. ordentlichen Mitgliederversammlung am **Freitag, dem 3. Juli 2015**,
in die **Julius-Maximilians-Universität Würzburg – Neubaukirche**,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg, ein.

Die Veranstaltung beginnt im Anschluss an das 15. Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht
an der Universität Würzburg um **17.00 Uhr** mit folgender **Tagesordnung**:

1. Begrüßung
2. Bericht des Vorsitzenden
3. Bericht des Schatzmeisters
4. Bericht der Rechnungsprüfer
5. Aussprache
6. Entlastung des Gesamtvorstandes
7. Neuwahlen des Vorstandes und der Rechnungsprüfer
8. Beitragsfreiheit für Notarassessoren und Rechtsanwälte, die noch nicht zum Notar ernannt sind
9. Verschiedenes

Wir freuen uns über ein zahlreiches Erscheinen unserer Mitglieder!

gez.
Notar a. D. Prof. Dr. Rainer Kanzleiter
(Vorsitzender)

gez.
Rechtsanwalt und Notar a. D. Burkhard Scherrer
(stellv. Vorsitzender)

15. Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg zum Thema
„**Aktuelle gesellschaftsrechtliche Herausforderungen**“, Freitag, 3. Juli 2015, Julius-Maximilians-
Universität Würzburg, Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

Themen:

Registergericht und Notar

Dr. Ulrich Kühn, Leiter des Registergerichts München

Probleme der GmbH – Gesellschafterliste (Arbeitstitel)

Dr. Marc Löbbe, Rechtsanwalt, SZA – Schilling, Zutt & Anschütz, Frankfurt

Öffentliches Recht und Gesellschaftsrecht im Spannungsfeld

Prof. Dr. Martin Burgi, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und
Sozialrecht, LMU München

Besonderheiten der Gründung, Satzungsgestaltung und Auflösung einer gemeinnützigen GmbH

Dr. Jörg Ihle, Notar, Bergisch Gladbach-Bensberg

Aktuelle Entwicklungen bei der grenzüberschreitenden Umwandlung

Prof. Dr. Christoph Teichmann, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und
Gesellschaftsrecht, Universität Würzburg

Im Anschluss an die Vorträge ist jeweils eine Diskussion vorgesehen. Zudem besteht bei dem gemeinsamen
Mittagessen die Möglichkeit zum Gedankenaustausch.

Tagungsleitung:

Sebastian Herrler, Notar, München

Anmeldungen zum **Symposium** sind jederzeit **online** möglich: www.notarinstitut.de bzw. www.notrv.de

Literaturhinweise

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei 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: Notarassessor Dr. Johannes Weber

Redaktion: Dr. Simon Blath

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

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

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

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

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

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg