

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

11. Jahrgang  
November 2003  
ISSN 1434-3460

22/2003

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BauGB §§ 28 Abs. 1 S. 3, 24 ff.; BayGO Art. 37, 39; VwVfG Art. 41, 43 – Gemeindliches Vorkaufsrecht: Zuständigkeit zur Entscheidung; Bekanntgabe eines Negativattestes per Telefax; Notar als Kostenschuldner

InsO §§ 35, 36, 80, 83, 295; AnfG §§ 1 ff.; ZPO § 852; BGB §§ 1942, 2346 – Abschluss eines Pflichtteilsverzichtsvertrages durch den Insolvenzschuldner; Anfechtbarkeit; Pflicht bzw. Obliegenheit, den Pflichtteilsanspruch geltend zu machen; Erbschaftsausschlagung durch den Insolvenzschuldner; Restschuldbefreiung

### Gutachten im Fax-Abwurf

### Rechtsprechung

BGB §§ 705, 873, 925, 1629 Abs. 2 Satz 1; GBO § 47 – Anforderungen an Auflassung an Gesellschafter bürgerlichen Rechts

BGB §§ 878, 879, 885; ZPO §§ 922 Abs. 2, 929 Abs. 3; GBO § 22 – Wirksamkeitsvermerk einer Vormerkung gegenüber Veräußerungsverbot

BGB §§ 1030 Abs. 3, 1066 – Bruchteilsnießbrauch auch bei Alleineigentum möglich – Anmerkung zu BGH, Urt. v. 6.6.2003 - V ZR 392/02, DNotI-Report 2003, 134

### Literatur

### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**BauGB §§ 28 Abs. 1 S. 3, 24 ff.; BayGO Art. 37, 39; VwVfG Art. 41, 43**

**Gemeindliches Vorkaufsrecht: Zuständigkeit zur Entscheidung; Bekanntgabe eines Negativattestes per Telefax; Notar als Kostenschuldner**

### I. Sachverhalt

Im Auftrag der Kaufvertragsparteien hat der Notar der Gemeinde die Tatsache des Verkaufes und das verkaufte Grundstück mitgeteilt und um Erteilung eines Negativattestes bzw. einer Verzichtserklärung auf ein allfälliges gemeindliches Vorkaufsrecht gebeten.

### II Fragen

1. Ist der Bürgermeister oder der Gemeinderat für die Entscheidung über die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrecht zuständig?
2. Wer ist für die Erteilung des Negativzeugnisses bzw. des Vorkaufsrechtsverzichts zuständig?
3. Genügt die Bekanntgabe des Negativattestes per Telefax?
4. Kann die Gemeinde vom Notar die Kosten für die Ausstellung des Negativzeugnisses erheben?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Zweistufiges Verfahren zur Mitteilung bei gemeindlichem Vorkaufsrecht

Hier teilte der Notar den Verkauf der Gemeinde im sog. **zweistufigen Verfahren** mit, das auch von der Bundesnotarkammer empfohlen wird (BNotK-Rundschreiben Nr. 16/1997 v. 12.6.1997), da dadurch die Vertraulichkeit und der Datenschutz am Besten gewahrt werden.

Im zweistufigen Verfahren teilt der Notar der Gemeinde **zunächst nur die Tatsache des Verkaufs** mit, ggf. auch den Kaufpreis und die Namen der Vertragsbeteiligten. In den meisten Fällen genügt dies, da entweder kein Vorkaufsrecht für das Grundstück besteht oder die Gemeinde ein Vorkaufsrecht unabhängig von den Bedingungen des Kaufvertrages nicht ausüben will. Nach einer Umfrage der Bundesnotarkammer aus dem Jahr 1985 kam es in lediglich 0,07 % der angezeigten Fälle zur Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechtes nach §§ 24 ff. BauGB (vgl. Schelker, DNotZ 1987, 330, 341).

**Erst auf Anforderung** wird der Gemeinde dann eine **vollständige Vertragsabschrift** übersandt (ggf. samt Ausfertigung der Vollmacht zur Mitteilung – vgl. Amann, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Aufl. 2000, A VIII Rn. 21). Erst dies ist allerdings eine Mitteilung im Sinn des § 469 Abs. 1 BGB (= § 510 Abs. 1 BGB a. F.), die die zweimonatige Ausübungsfrist nach § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB auslöst.

## 2. Zuständigkeit innerhalb der Gemeinde zur Entscheidung über die Vorkaufsrechtsausübung

### a) Vorkaufsrechtsausübung

Die Frage, welches gemeindliche Organ über die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts zu entscheiden hat, beurteilt sich nach dem jeweiligen landesrechtlichen Kommunalrecht. Nach bayerischem Kommunalrecht (und entsprechend nach dem Kommunalrecht aller anderen Bundesländer mit Ausnahme der hessischen Magistratsverfassung) wird die Gemeinde grundsätzlich durch den Gemeinderat verwaltet, soweit nicht der erste Bürgermeister selbstständig entscheidet (Art. 29 BayGO). Kraft Gesetzes ist der erste Bürgermeister zuständig, soweit es sich um eine Angelegenheit der **laufenden Verwaltung** handelt, die für die Gemeinde keine grundsätzliche Bedeutung hat und keine erhebliche Verpflichtung erwarten lässt (Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 BayGO – auch insoweit finden sich im Wesentlichen inhaltsgleiche Regelungen in den Gesetzen der anderen Bundesländer).

Nach der Rechtsprechung des **BGH** gehört die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechtes jedenfalls bei kleineren und mittleren Gemeinden nicht mehr zur laufenden Verwaltung (BGHZ 32, 375, 378 f. = NJW 1960, 1805; ähnlich OLG Frankfurt NVwZ 1982, 580, Krautzberger, in: Batis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 28 BauGB Rn. 3; Stock, in: Ernst/Zienkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand 1.5.2003, § 28 BauGB Rn. 28; Schröder, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 28 BauGB Rn. 10). Denn der käufliche Erwerb eines Grundstücks stelle schon im Hinblick auf seinen Wert für die Gemeinde kein Geschäft der laufenden Verwaltung dar, das für die Gemeindegewirtschaft nicht von erheblicher Bedeutung sei. Hinzu komme, dass die Ausübung des Vorkaufsrechtes eine sorgfältige Abwägung der Interessen des öffentlichen Wohls und der Interessen des Einzelnen im Rahmen der Planung und Bodenpolitik erfordere.

Umgekehrt hielt es der BGH allerdings für möglich, dass bei einer Großstadt mit erheblichen Kriegszerstörungen die Ausübung des Vorkaufsrechtes nach dem damaligen Aufbaugesetz zu den Geschäften der laufenden Verwaltung gehören könne (BGH DVBl. 1962, 62).

Ggf. kann der Bürgermeister das Vorkaufsrecht auch im Wege einer **dringlichen Anordnung** (Art. 37 Abs. 3 BayGO) ausüben (LG München I MittBayNot 1999, 208 = NVwZ-RR 200, 106; vgl. auch DNotI-Gutachten, Fax-Aburuf-Nr. 11304).

Sofern die Entscheidung über die Ausübung des Vorkaufsrechtes in die Zuständigkeit des Gemeinderates fällt, fällt auch die umgekehrte Entscheidung über die Nichtausübung in die Zuständigkeit des Gemeinderates (LG Regensburg DNotZ 1977, 628 = MittBayNot 1977, 123).

### b) Mögliche Zuständigkeitsverlagerung durch die Geschäftsordnung

Auch wenn damit der Gemeinderat je nach Gemeindegröße für die Entscheidung über die Ausübung und daher auch Nichtausübung des Vorkaufsrechtes zuständig ist, kann der Gemeinderat diese Kompetenz an den Bürgermeister delegieren. Denn nach Art. 37 Abs. 2 S. 1 BayGO (und ähnlichen Vorschriften in anderen Gemeindeordnungen) kann der Gemeinderat dem Bürgermeister durch die **Geschäftsordnung** weitere Angelegenheiten zur selbstständigen Erledigung übertragen.

### c) Ausstellung eines Negativzeugnisses

Von der Entscheidung über die Vorkaufsrechtsausübung ist die Entscheidung darüber zu unterscheiden, ob überhaupt ein Vorkaufsrecht für das betreffende Grundstück besteht. Dies ist eine bloße Beurteilung der Rechtslage ohne Ermessensspielraum. Es handelt sich daher um eine Angelegenheit der **laufenden Verwaltung**, für die der Bürgermeister (bzw. der von ihm beauftragte Gemeindebedienstete) zuständig ist (LG Regensburg DNotZ 1977, 628 = MittBayNot 1977, 123; LG Landshut MittBayNot 1977, 205; LG Amberg MittBayNot 1977, 206 m. Anm. Herbolzheimer zu allen drei Entscheidungen; EZBK-Stock, § 28 BauGB Rn. 28).

### d) Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt

Nach ständiger Rechtsprechung des BayObLG wirken die Vorschriften der **Bayerischen Gemeindeordnung** über die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bürgermeister und Gemeinderat sich auch auf die Vertretungsmacht des Bürgermeisters nach außen aus (Art. 38 Abs. 1 BayGO) (BayObLG DNotZ 1953, 94, 96; BayObLGZ 1974, 374 = BayVBl. 1974, 706 = Rpfleger 1975, 95; BayObLGZ 1997, 37 = MittBayNot 1997, 120 = NJW-RR 1998, 161; BayObLGZ 1997, 223 = DNotZ 1998, 478 = MittBayNot 1997, 383; Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht, 9. Aufl. 1996, Rn. 208; ders., Rechtsfragen zur Vertretung von Kommunen bei Rechtsgeschäften, in: NotRV, Notarielle Vertragsgestaltung für Kommunen, Symposium des Instituts für Notarrecht der Universität Würzburg v. 7.6.2003, S. 108 ff.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rn. 3660; Widtmann/Grasser, BayGO, Art. 38 BayGO Rn. 3; Schaub, in: Bauer/v. Oefele, Grundbuchordnung, 1999, AT VII Rn. 317; a. A. Bauer/Böhle/Masson/Samper, Bayerische Kommunalgesetze, Stand Mai 1998, Art. 38 BayGO Rn. 3; Hölzl/Hien, Bayerische Gemeindeordnung, Stand Januar 2000, Art. 38 Anm. 2a).

In den **anderen Bundesländern** ist der Bürgermeister hingegen nach h. M. zur Außenvertretung der Gemeinde auch insoweit befugt, als er im Innenverhältnis eines entsprechenden Beschlusses des Gemeinderates bedarf.

Daher ist nach bayerischem Kommunalrecht die Erklärung des Bürgermeisters über die **Vorkaufsrechtsausübung** nur wirksam, wenn er hierfür entweder selbst zuständig ist oder ein entsprechender Gemeinderatsbeschluss vorliegt (BayObLGZ 1997, 223 = DNotZ 1998, 478 = MittBayNot 1997, 383). Das Grundbuchamt kann daher ggf. für den Nachweis der Vertretungsmacht des Bürgermeisters bei der Auflassung einen Nachweis des entsprechenden Gemeinderatsbeschlusses durch Vorlage einer beglaubigten Abschrift aus dem Sitzungsprotokoll verlangen.

Die Vertretung nach Art. 38 Abs. 1 BayGO und damit auch die Beschränkung der Vertretungsmacht im Außenverhältnis entsprechend der Zuständigkeitsregelung im Innenverhältnis betrifft aber nur Willenserklärungen auf der Ebene einer zweiseitigen Regelung im Gleichordnungsverhältnis und nicht solche in einem Über-Unterordnungs-Verhältnis (Habermehl, DÖV 1987, 144; Knemeyer, in: Notarielle Vertragsgestaltung für Kommunen, S. 108, 110). Daher besteht keine Beschränkung der Vertretungsbefugnis für die durch **Verwaltungsakt** erfolgende Erklärung für das **Nichtbestehen** bzw. den **Verzicht auf ein Vorkaufsrecht**. Daher kann das Grundbuchamt diesbezüglich keinen Nachweis eines allfälligen Gemeinderatsbeschlusses über die Nichtausübung des Vorkaufsrechtes verlangen (LG Amberg Mitt-

BayNot 1977, 206; LG Landshut MittBayNot 1977, 205; LG Regensburg MittBayNot 1977, 123; Herbolzheimer, MittBayNot 1977, 206).

### 3. Bekanntgabe des Negativattestes per Telefax

#### a) Wirksamwerden des Negativattestes

Das Negativattest ist ein Verwaltungsakt i. S. v. Art. 35 VwVfG. Daher ist der Bescheid nach Art. 43, 41 Abs. 1 S. 1 VwVfG den Beteiligten bekannt zu geben.

Der Begriff der **Bekanntgabe** ist im VwVfG selbst nicht definiert. Erforderlich ist nach allg. Auffassung, dass die Behörde den Verwaltungsakt dem Adressaten oder dessen Bevollmächtigtem gezielt bekannt macht (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. Aufl. 2003, § 41 Rn. 7 a). Soweit sich durch Rechtsvorschriften des VwVfG oder aber des besonderen Verwaltungsrechts nicht eine bestimmte Form der Bekanntgabe ergibt oder sich diese nicht aus der Art des Verwaltungsaktes ergibt, ist die Entscheidung über die Form der Bekanntgabe dem Ermessen der Behörde überlassen (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. Aufl. 2003, § 41 Rn. 11). Daher ist grundsätzlich auch die Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes per Telefax zulässig.

Fraglich ist jedoch, ob sich aus **§ 28 Abs. 1 S. 3 BauGB** nicht etwas anderes ergibt. Nach § 28 Abs. 1 S. 3 BauGB hat die Gemeinde ein Zeugnis über die Nichtausübung des Vorkaufsrechts zu erteilen. Ein Zeugnis setzt begriffsnotwendig eine schriftliche Erklärung voraus. Es ist allgemein anerkannt, dass ein schriftlicher Verwaltungsakt auch durch die Verwendung von Telefaxgeräten wirksam bekannt gegeben werden kann (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. Aufl. 2003, § 41 Rn. 15). Dabei muss die Telefaxübermittlung mit Bekanntgabewillen erfolgen, die bloße Übersendung per Telefax im Sinne einer Vorabinformation reicht zur Bekanntgabe des Verwaltungsaktes nicht aus (OVG Hamburg NJW 1997, 2616). Verwaltungsrechtlich ist daher die Bekanntgabe des Negativattestes nach § 28 Abs. 1 S. 3 BauGB per Telefax zulässig und wirksam.

#### b) Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt

Von der verwaltungsverfahrensrechtlichen Zulässigkeit einer Bekanntgabe per Telefax ist jedoch die Frage zu trennen, ob der so übermittelte Bescheid für den Vollzug im Grundbuch geeignet ist.

Wie sich aus **§ 29 Abs. 1 S. 1 GBO** ergibt, sollen die Eintragungsvoraussetzungen stets durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Wie sich ferner aus § 29 Abs. 3 GBO ergibt, sind die Erklärungen von Behörden im Original oder in beglaubigter Abschrift vorzulegen, da nur diese öffentliche Urkunden im Sinne von § 29 GBO sind (Engelken, DNotZ 1977, 579, 582; Schrödter, § 28 BauGB Rn. 21 und 24). Daher reicht für den grundbuchlichen Vollzug ein per Telefax übermitteltes Negativzeugnis nicht aus.

### 4. Notar als Kostenschuldner zur Vorkaufsrechtsanfrage

#### a) Rechtsgrundlage

Die Gemeinden sind befugt, für die Ausstellung von Zeugnissen darüber, dass ein Vorkaufsrecht nach BauGB nicht besteht bzw. nicht ausgeübt wird, Kosten zu erheben (BayVGH BayVBl. 1995, 621). Die Kostenerhebung erfolgt dabei entweder aufgrund einer **Kostensatzung** (so z.B. Art. 22 BayKostG, Art. 2 BayKAG) oder auch auf einer Anwendbarerklärung des **Verwaltungskostengesetzes**

für den eigenen Wirkungskreis (so z.B. § 11 Abs. 5 ThürKAG, § 1 ThürAllVwKostO). Über die Gebührenerhebung entscheidet die Gemeinde im Rahmen ihres Selbstverwaltungsrechts in eigener Verantwortung, wobei bei der Bemessung der Gebührenhöhe neben dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz das Äquivalenzprinzip und das Kostendeckungsprinzip zu beachten sind (EZBK/Stock, § 28 BauGB Rn. 19; Schrödter, § 28 BauGB Rn. 24).

#### b) Nur Kaufvertragsparteien sind Kostenschuldner

Kostenschuldner ist jeweils der Veranlasser der Kosten (§ 5 Abs. 1 S. 1 NVwKostG; vgl. auch Art. 22 Abs. 2, Art. 2 BayKostG; § 6 Abs. 1 Nr. 1 ThürVwKostG). Bei einem Antragsverfahren ist daher der Antragsteller Kostenschuldner.

Wird der Antragsteller durch einen Vertreter vertreten, so ist Kostenschuldner der **Vertretene**, sofern tatsächlich Vertretungsmacht bestand (Gerhard/Schlabach, Verwaltungskostenrecht, § 13 VwKostG Rn. 9 – vgl. VG Chemnitz, Urt. v. 6.7.1994 Az.: 5 K 254/94; VG Hannover, Urt. v. 27.10.1995 Az.: 1 A 76/92 HI; VGH Mannheim, VBIBW 1971, 90). Handelt ein **Vertreter ohne Vertretungsmacht**, so ist der Vertreter selbst Kostenschuldner (vgl. BFH, Urt. v. 17.3.1998, Juris; BFH BFH-NV 1998, 999; OLG Frankfurt NJW-RR 1997, 31).

Soweit der Notar demnach als Vertreter oder Bote der Vertragsteile den Antrag stellt, ist er nicht selbst Kostenschuldner.

---

## InsO §§ 35, 36, 80, 83, 295; AnfG §§ 1 ff.; ZPO § 852; BGB §§ 1942, 2346

### Abschluss eines Pflichtteilsverzichtsvertrages durch den Insolvenzschuldner; Anfechtbarkeit; Pflicht bzw. Obliegenheit, den Pflichtteilsanspruch geltend zu machen; Erbschaftsausschlagung durch den Insolvenzschuldner; Restschuldbefreiung

#### I. Sachverhalt

Der Sohn will gegenüber seinen Eltern einen Pflichtteilsverzicht erklären. Über sein Vermögen ist das Insolvenzverfahren eröffnet. Falls ein Pflichtteilsverzicht nicht möglich ist, beabsichtigt der Sohn, künftig einen allfälligen Erbteil auszuschlagen bzw. Pflichtteilsansprüche nicht geltend zu machen.

#### II. Fragen

1. Kann der Insolvenzschuldner eine ihm anfallende Erbschaft ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters und ohne dass dies der Restschuldbefreiung entgegensteht ausschlagen?
2. Kann der Pflichtteilsverzicht nach den Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes angefochten werden?
3. Kann der Schuldner gezwungen werden, einen Pflichtteilsanspruch gegenüber dem erstversterbenden Elternteil geltend zu machen oder gefährdet der Schuldner damit ggf. die Restschuldbefreiung?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Erbschaftsausschlagung im Insolvenz- bzw. Restschuldbefreiungsverfahren

##### a) Keine Mitwirkung des Insolvenzverwalters zur Erbschaftsausschlagung erforderlich

Das Insolvenzverfahren erfasst gem. § 35 InsO das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt (Insolvenzmasse). Lediglich unpfändbare Gegenstände sind grundsätzlich nicht Teil der Insolvenzmasse (§ 36 InsO). Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und hierüber zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 Abs. 1 InsO).

An sich ist auch das Recht zur Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses ein vermögenswertes Recht, das vom Insolvenzverwalter ausgeübt werden müsste. Mit Rücksicht auf die Entschließungsfreiheit des Erben bei der Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung enthält **§ 83 Abs. 1 Satz 1 InsO** allerdings eine Sonderregelung: Ist dem Schuldner vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Erbschaft oder ein Vermächtnis angefallen oder geschieht dies während des Verfahrens, so steht die **Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft oder des Vermächtnisses nur dem Schuldner** zu. Einer Mitwirkung des **Insolvenzverwalters** bedarf es **nicht** (Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. 2003, § 83 InsO Rn. 3; App, in: Frankfurter Komm. zur InsO, 3. Aufl. 2002, § 83 InsO Rn. 7).

Sobald die Schlussverteilung im Insolvenzverfahren vollzogen ist (s. §§ 196 ff. InsO), beschließt das Insolvenzgericht die Aufhebung des Insolvenzverfahrens (§ 200 Abs. 1 InsO). Damit fällt der Insolvenzbeschluss weg und der Schuldner erhält die Verfügungsbefugnis über noch verbliebene Vermögensgegenstände zurück. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters endet (Uhlenbruck, § 200 InsO Rn. 10; Holzer, in: Kübler/Prütting, InsO, Stand: November 2002, § 200 InsO Rn. 7). Der für das nachfolgende **Restschuldbefreiungsverfahren** zu bestellende **Treuhänder** (§ 291 Abs. 2 InsO) erhält **keine umfassende Verfügungsbefugnis** über das pfändbare Vermögen des Schuldners (Grote, in: Frankfurter Komm. zur InsO, § 292 InsO Rn. 2). Auch im Restschuldbefreiungsverfahren bedarf der Schuldner daher zur Ausschlagung einer Erbschaft nicht der Mitwirkung des Treuhänders (vgl. Römermann, in: Nerlich/Römermann, InsO, Stand: Juli 2002, § 295 InsO Rn. 26).

Der Insolvenzschuldner kann also sowohl während des Insolvenz- als auch während des Restschuldbefreiungsverfahrens eine Erbschaft ausschlagen, ohne dass er hierfür die Mitwirkung des Insolvenzverwalters bzw. des Treuhänders benötigt.

##### b) Keine Insolvenzanfechtung der Erbschaftsausschlagung

Die Ausschlagung einer Erbschaft erfüllt nach nahezu einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur **nicht** die Tatbestandsvoraussetzungen für eine **Anfechtung** nach den **§§ 129 ff. InsO** oder nach den **§§ 1 ff. AnfG** (BGH DNotZ 1998, 827 = NJW 1997, 2384 zur Anfechtung nach der KO; zu §§ 129 ff. InsO s. Uhlenbruck, § 83 InsO Rn. 9; MünchKomm-Schumann, InsO, 2001, § 83 InsO Rn. 12; zu §§ 1 ff. AnfG s. Huber, AnfG, 9. Aufl. 2000, § 1 AnfG Rn. 26; Nerlich/Niehus, AnfG, 2000, § 1 AnfG Rn. 30; a. A. Bartels, KTS 2003, 41, 49 ff.).

Dies ist nach unserer Einschätzung überzeugend. Denn ließe man die Insolvenzanfechtung bzw. die Anfechtung nach den Vorschriften des AnfG zu, widerspräche dies der Regelung des § 83 InsO, wonach das Recht zur Annahme oder Ausschlagung nur dem Insolvenzschuldner zusteht. Außerdem setzt die Anfechtung voraus, dass aus dem Vermögen des Schuldners etwas „veräußert, weggegeben oder aufgegeben“ worden ist (§§ 143 Abs. 1 Satz 1 InsO, § 11 Abs. 1 Satz 1 AnfG). Dies wird man bei der Ausschlagung einer Erbschaft nicht annehmen können (Huber, § 1 AnfG Rn. 26; Nerlich/Niehus, § 1 AnfG Rn. 30). Zwar geht die Erbschaft mit dem Tod des Erblassers ohne Weiteres auf den Erben über (§§ 1922, 1942 Abs. 1 BGB). Als Ausgleich hierfür steht dem Erben jedoch das Recht zu, sich durch Ausschlagung von der Erbschaft wieder zu befreien. Mit der Ausschlagung lehnt der Erbe also im Ergebnis einen ihm angetragenen Erwerb ab (Uhlenbruck, § 83 InsO Rn. 9; App, in: Frankfurter Komm. zur InsO, § 83 InsO Rn. 8). Eine Schenkung zugunsten des Nächstberufenen liegt hierin ohnehin nicht (§ 517 Fall 3 BGB).

##### c) Restschuldbefreiung: Kein Obliegenheitsverstoß durch Erbschaftsausschlagung

Zu überlegen bleibt, ob die Ausschlagung einer (werthaltigen) Erbschaft während des **Restschuldbefreiungsverfahrens** einen Verstoß gegen die **Obliegenheit** aus § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO begründen kann. Rechtsprechung liegt hierzu – soweit ersichtlich – bislang nicht vor.

Nach der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur ist ein **Obliegenheitsverstoß** im Fall der Erbschaftsausschlagung durch den Insolvenzschuldner **zu verneinen** (Römermann, in: Nerlich/Römermann, § 295 InsO Rn. 27; Ahrens, in: Frankfurter Komm. zur InsO, § 295 InsO Rn. 42; Uhlenbruck/Vallender, § 295 InsO Rn. 34; MünchKomm-Ehrlicke, InsO, 2003, § 295 InsO Rn. 49; Döbereiner, Die Restschuldbefreiung nach der InsO, 1997, 167; Ivo, ZErB 2003, 250, 252 f.). Zur Begründung wird zum einen wiederum auf die Wertung des § 83 Abs. 1 InsO verwiesen: Die **Entschließungsfreiheit** des Erben genieße auch in der Insolvenz einschließlich des Restschuldbefreiungsverfahrens Vorrang vor den Gläubigerinteressen. Zum Anderen wird auf den Wortlaut des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO („erwirbt“) abgestellt, der gegen die Einbeziehung der Erbschaftsausschlagung spreche, da diese schon den **Erwerb der Erbschaft verhindert**. Schließlich wird auf die **höchstpersönliche** Natur des Ausschlagungsrechts hingewiesen.

Gegen diese Argumentation wenden sich einige Stimmen in der Literatur (Thora, ZInsO 2002, 176; Bruckmann, Verbraucherinsolvenz in der Praxis, 1999, § 4 Rn. 59; Bartels, KTS 2003, 41, 64 ff., der [auch] § 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO anwenden will). Weder die „Höchstpersönlichkeit“ noch § 83 Abs. 1 InsO, der nur für das Insolvenzverfahren selbst, nicht aber für das Restschuldbefreiungsverfahren gelte, seien zur Begründung der h.M. geeignet.

Nach unserer Einschätzung sind die Argumente der herrschenden Meinung überzeugend. Der **Gesetzgeber** selbst hielt es für fraglich, ob man in der Ausschlagung einer Erbschaft eine Obliegenheitsverletzung sehen könne (s. Kübler/Prütting, Das neue Insolvenzrecht, 1994, 548). Es wurde sodann der in § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO normierte **„Halbteilungsgrundsatz“** anstelle einer Obliegenheit zur vollständigen Ablieferung des ererbten Vermögens eingeführt, wonach der Schuldner (nur) die Hälfte des Wertes der er-

haltenen Erbschaft an den Treuhänder für die Gläubiger herausgeben muss, weil man den Insolvenzschuldner von einer Ausschlagung der Erbschaft abhalten wollte. Diese "Anreizlösung" verträgt sich nicht mit der Annahme, dass ohnehin eine Annahmepflicht besteht (Wenzel, in: Kübler/Prütting, a. a. O., § 295 InsO Rn. 19 b). Darüber hinaus wäre es widersprüchlich, dem Insolvenzschuldner während des laufenden Insolvenzverfahrens die Ausschlagung zu gestatten (§ 83 Abs. 1 Satz 1 InsO), ihn nach seinem Abschluss und während der "Wohlverhaltensperiode" aber mit dem Druckmittel der sonst nicht zu gewährenden Restschuldbefreiung zur Überlassung der Hälfte des ererbten Vermögens an den Treuhänder und damit an die Gläubiger zu veranlassen (Uhlenbruck/Vallender, § 295 InsO Rn. 34).

Im Ergebnis sprechen somit u. E. die besseren Gründe für die herrschende Auffassung, wonach die Erbschaftsausschlagung **im Restschuldbefreiungsverfahren** keinen Verstoß gegen die Obliegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO darstellt. Dies zugrundegelegt wird man davon ausgehen können, dass eine Ausschlagung auch nicht die anfängliche Versagung der Restschuldbefreiung gem. § 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO rechtfertigt.

## 2. Pflichtteilsverzichtsvertrag

### a) Keine Mitwirkung des Insolvenzverwalters erforderlich

Der Übergang des Verwaltungs- und Verfügungsrechts bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens gem. § 80 Abs. 1 InsO betrifft nur das **zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen**. Da sich ein Pflichtteilsverzicht lediglich auf einen **etwaigen künftigen Vermögenserwerb** bezieht, ist es – soweit ersichtlich – unbestritten, dass der Verzichtende im Rahmen des § 2346 BGB nicht der Zustimmung des Insolvenzverwalters bedarf und die Verfahrenseröffnung ihn nicht daran hindert, einen solchen Vertrag abzuschließen (Staudinger/Schotten, BGB, 13. Bearb. 1997, § 2346 BGB Rn. 8; MünchKomm-Strobel, BGB, 3. Aufl. 1997, § 2346 BGB Rn. 5; Reul, MittRhNotK 1997, 373, 374).

### b) Keine Anfechtbarkeit

Da der Abschluss eines Pflichtteilsverzichtsvertrages nicht dazu führt, dass ein Gegenstand aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden wird, der Verzicht vielmehr lediglich eine **bloße (potenzielle) Nichtvermehrung** des Vermögens bewirkt, unterliegt ein Pflichtteilsverzicht selbst dann, wenn er unentgeltlich erklärt wird, anerkanntermaßen **weder der Insolvenzanfechtung** (BGH NJW 1997, 2384; Reul, 374; Uhlenbruck, § 83 InsO Rn. 9) **noch der Anfechtung nach den Vorschriften des AnfG** (vgl. hierzu Huber, § 1 AnfG Rn. 26).

### c) Kein Obliegenheitsverstoß

Geht man mit der herrschenden Auffassung in der Literatur davon aus, dass die Erbschaftsausschlagung durch den Insolvenzschuldner keinen Verstoß gegen die aus § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO folgende Obliegenheit begründet, muss man nach unserer Auffassung konsequenterweise einen Obliegenheitsverstoß erst Recht im Falle des Pflichtteilsverzichts verneinen. Dafür spricht auch der Wortlaut des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO, nach dem es nur auf tatsächlich erworbenes Vermögen, nicht aber auf die **bloße Möglichkeit** eines Erwerbs ankommt (so auch Döbereiner, 167; Uhlenbruck/Vallender, § 295 InsO Rn. 35; Römermann, in: Nerlich/Römermann, § 295 InsO Rn. 27).

## 3. Zur Geltendmachung eines bereits entstandenen Pflichtteilsanspruchs

### a) Pflichtteilsanspruch als Bestandteil der Insolvenzmasse

Gem. § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO gehören unpfändbare Gegenstände grundsätzlich nicht zur Insolvenzmasse. Der **Pflichtteilsanspruch** ist nach **§ 852 Abs. 1 ZPO** der Pfändung nur unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Zweck dieser Vorschrift ist es, die Durchsetzung des Pflichtteilsanspruchs gegen den Willen des Anspruchsinhabers zu verhindern (vgl. Brehm, in: Stein/Jonas, ZPO, 21. Aufl. 1995, § 852 ZPO Rn. 1). Dem Pflichtteilsberechtigten soll mit Rücksicht auf seine familiäre Verbundenheit mit dem Erblasser allein die Entscheidung überlassen bleiben, ob der Anspruch gegen den Erben durchgesetzt wird (BGHZ 123, 183 = DNotZ 1994, 780 = NJW 1993, 2876).

Die neuere Rechtsprechung des BGH hält allerdings die Pfändung eines Anspruchs i. S. d. § 852 ZPO auch vor Rechtshängigkeit bzw. vertraglicher Anerkennung grundsätzlich mit dem Normzweck für vereinbar. Es soll sich dabei um die Pfändung eines in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Anspruchs handeln. Dem Zweck des § 852 ZPO trägt der BGH also dadurch Rechnung, dass die Wirkungen der Pfändung eingeschränkt werden, indem dem Pfändungsgläubiger lediglich **eine aufschiebend bedingte Verwertbarkeit** zugestanden wird (BGHZ 123, 183 = DNotZ 1994, 780 = NJW 1993, 2876; BGH DNotZ 1998, 827 = NJW 1997, 2384; vgl. dazu Keim, ZEV 1998, 127, 128). Letztlich liegt die Bedeutung derartiger Pfändungen vor Anerkennung bzw. Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs in ihrer **rangwahrenden Wirkung** (vgl. Staudinger/Haas, BGB, 13. Bearb. 1998, § 2317 BGB Rn. 52).

Trotz der vorgenannten Rechtsprechung des BGH wird in **der insolvenzrechtlichen Literatur** nahezu einhellig vertreten, dass der Pflichtteilsanspruch nur dann zur Insolvenzmasse gehört, wenn er anerkannt oder rechtshängig geworden ist (Uhlenbruck, § 35 InsO Rn. 80; MünchKomm-Schumann, § 83 InsO Rn. 13; Andres, in: Nerlich/Römermann, § 35 InsO Rn. 62). Nach unserer Einschätzung dürfte dies allerdings mit Blick auf die durch den BGH anerkannte zeitlich erweiterte Pfändungsmöglichkeit nicht mehr zutreffen, der Pflichtteilsanspruch vielmehr von Anfang an zur Insolvenzmasse gehören (so auch J. Mayer, in: Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 2317 BGB Rn. 10; Soergel/Dieckmann, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2317 BGB Rn. 17; Klumpp, ZEV 1998, 123, 126; Keim, ZEV 1998, 127, 128; Ivo, ZErB 2003, 250, 254).

### b) Keine Pflicht des Insolvenzschuldners zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs

Die gläubigerfreundliche Auslegung des § 852 Abs. 1 ZPO durch den BGH ändert nichts daran, dass die durch diese Vorschrift gesicherte Entschließungsfreiheit des Pflichtteilsberechtigten erhalten bleibt. Er ist daher **nicht verpflichtet**, einen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen und dessen Rechtshängigkeit oder vertragliche Anerkennung herbeizuführen, und kann hierzu auch **weder von einem Pfändungsgläubiger noch von einem Insolvenzverwalter gezwungen werden** (Klumpp, ZEV 1998, 123, 127; Keim, ZEV 1998, 127).

In diesem Sinne entschied der BGH ausdrücklich (DNotZ 1998, 827 = NJW 1997, 2384): „Auch wenn die Pflichtteilsentziehung unwirksam gewesen sein sollte, genüge

schlichtes Untätigbleiben des Schuldners, um den Pflichtteilsanspruch für seine Gläubiger letztlich unerreichbar zu machen.“

Selbst wenn man mit den vorstehenden Überlegungen daher die Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse auch vor seiner Anerkennung oder Rechtshängigkeit bejaht, sind dem Insolvenzverwalter die Hände gebunden, soweit der Schuldner untätig bleibt. Er kann die Forderung nicht einziehen, solange die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht eingetreten sind (J. Mayer, in: Bamberger/Roth, § 2317 BGB Rn. 10).

#### c) Keine Anfechtungsmöglichkeit

Die bloße **Nichtgeltendmachung** des Pflichtteilsanspruchs durch den Berechtigten ist **nicht anfechtbar** (BGH DNotZ 1998, 827 = NJW 1997, 2384; Staudinger/Haas, § 2317 BGB Rn. 57; Klumpp, ZEV 1998, 123, 126). Das durch § 852 Abs. 1 ZPO geschützte Entscheidungsrecht des Pflichtteilberechtigten darf auch nicht durch die Anwendung der Anfechtungsvorschriften umgangen werden (BGH DNotZ 1998, 827).

#### d) Herausgabeobligiertheit bei Restschuldbefreiung

Der bereits **entstandene Pflichtteilsanspruch** wird in der Literatur überwiegend als von Todes wegen erworbenes Vermögen i. S. d. § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO verstanden, weswegen insoweit eine hälftige **Herausgabeobligiertheit** bestehe (Wenzel, in: Kübler/Prütting, § 295 InsO Rn. 19a; MünchKomm-Ehricke, § 295 InsO Rn. 57; Uhlenbruck/Vallender, § 295 InsO Rn. 32; Döbereiner, S. 165 f.). Dagegen soll nach Auffassung von *Römermann* (in: Nerlich/Römermann, § 295 InsO Rn. 24) § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO Pflichtteilsansprüche nur dann erfassen, wenn sie von dem Schuldner bereits geltend gemacht worden sind.

Für die einschränkende Ansicht von *Römermann* spricht, dass die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs wegen der familiären Verbundenheit der Beteiligten der alleinigen Entscheidung des Berechtigten unterliegt. Andererseits ist der Schuldner auch bei Bejahung der Herausgabeobligiertheit **rechtlich** nach wie vor ohne Weiteres in der Lage, über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs zu entscheiden. Ein unmittelbarer Gläubigerzugriff auf den Pflichtteilsanspruch droht im Falle des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO auch dann nicht, wenn man in der Nichtgeltendmachung des Pflichtteilsanspruchs eine Obliegenheitsverletzung des Schuldners sieht. Seine Entschließungsfreiheit wird also „lediglich“ in **wirtschaftlicher Hinsicht** beeinträchtigt, da ihm der Verlust seiner Restschuldbefreiung droht. Die Argumente, die im Falle der Erbschaftsausschlagung zu einem anderen Ergebnis führen dürften, lassen sich nach unserer Auffassung auf den entstandenen Pflichtteilsanspruch nicht übertragen. Insbesondere begründet er lediglich einen **schuldrechtlichen Anspruch** gegen den Erben und vermittelt keine Erbenstellung. Im Unterschied zum Pflichtteilsverzicht gem. § 2346 Abs. 2 BGB, der ja nur den potenziellen künftigen Erwerb ausschließt, geht es bei der Nichtgeltendmachung eines **Pflichtteilsanspruchs** um eine mit dem Erbteil bereits entstandene Vermögensposition (§ 2317 Abs. 1 BGB). Nach h. M. kann daher der Pflichtteilsberechtigte zwar einen Tag vor dem Tod des Erblassers durch Vertrag auf den Pflichtteil verzichten, ohne damit einen Obliegenheitsverstoß zu begehen – nicht aber einen Tag nach dem Tod des Erblassers.

Im Ergebnis bejaht daher die h. M. eine Herausgabeobligiertheit hinsichtlich des entstandenen Pflichtteilsanspruchs gem. § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO unabhängig von seiner Geltendmachung durch den Schuldner.

#### 4. Ergebnis

a) Nach dem Erbfall kann der Insolvenzschuldner eine ihm anfallende **Erbschaft** ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters oder eines für das Restschuldbefreiungsverfahren bestellten Treuhänders **ausschlagen**. Die Ausschlagung ist auch nicht anfechtbar und verletzt auch keine Obliegenheiten des Insolvenzschuldners im Restschuldbefreiungsverfahren.

b) Auch einen **Pflichtteilsverzicht** kann der Insolvenzschuldner vor dem Erbfall ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters vereinbaren. Insoweit besteht keine Anfechtungsmöglichkeit und liegt kein Obliegenheitsverstoß für ein späteres Restschuldbefreiungsverfahren vor.

c) Ist der Erbfall bereits eingetreten und der **Pflichtteilsanspruch entstanden**, so ist der Insolvenzschuldner zwar nicht zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs verpflichtet, im Restschuldbefreiungsverfahren trifft ihn aber nach h. M. die **Obliegenheit**, die Hälfte des aufgrund des Pflichtteils erlangten Wertes an den Treuhänder herauszugeben (§ 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Macht er einen entstandenen Pflichtteilsanspruch nicht geltend, so gefährdet er damit nach h. M. die Restschuldbefreiung.

## Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8). Ein Inhaltsverzeichnis befindet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

**Bitte beachten Sie:** Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb nicht die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung.

**BGB §§ 883, 878; InsO §§ 21 Abs. 2 Nr. 2, 23 Abs. 3, 32 Abs. 3, 81, 91 Abs. 2**

**Löschung eines Insolvenzvermerks im Grundbuch aufgrund Bewilligung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter bei vorrangig eingetragener Auflassungsvormerkung**

Fax-Abruf-Nr.: **11324**

**InsO §§ 103, 43, 44; BGB §§ 765, 773**

**Bürgerschaft in der Insolvenz des Schuldners; Haftung des Bürgen und Zustimmung des Insolvenzverwalters**

Fax-Abruf-Nr.: **11325**

**EGBGB Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2**

**(ehem.) Jugoslawien: Güterstatut; Verfassungskonforme Auslegung der deutschen Übergangsvorschrift zum Ehegüterrecht**

Fax-Abruf-Nr.: **14141**

**EGBGB Art. 24; BGB § 1821 Abs. 1 Nr. 1**

**Schweiz: Beistandschaft (Betreuung), Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für Grundstücksveräußerungen durch deutsches Gericht**

Fax-Abruf-Nr.: **14142**

## Rechtsprechung

### **BGB §§ 705, 873, 925, 1629 Abs. 2 S. 1; GBO § 47 Anforderungen an Auflassung an Gesellschafter bürgerlichen Rechts**

1. Die Auflassung an eine "BGB-Gesellschaft ... , bestehend aus A, B, C, D" kann nicht zu einer Eintragung von "A, B, C, D als Gesellschafter der BGB-Gesellschaft..." führen.

2. Die Schenkung einer Eigentumswohnung an eine BGB-Gesellschaft, an der Minderjährige beteiligt sind, begründet nicht lediglich rechtliche Vorteile für die Minderjährigen.

BayObLG, Beschl. v. 4.9.2003 – ZZ BR 162/03  
Kz.: L II 3 – § 47 GBO  
Fax-Abruf-Nr.: 10348

#### **Problem**

Eine Auflassung wurde "auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus den Beteiligten zu 1 – 4" erklärt.

#### **Entscheidung**

Nach der Entscheidung des BayObLG kann eine Grundbucheintragung nur erfolgen, wenn die Auflassung dahin geändert werde, dass das Eigentum auf die Beteiligten zu 1 – 4 als Gesellschafter der BGB-Gesellschaft übergehe.

Das BayObLG bekräftigte seine Rechtsprechung, wonach eine **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** (GbR) trotz Rechtsfähigkeit nicht **grundbuchfähig** sei (BayObLGZ 2002, 330 = DNotZ 2003, 52 = NJW 2003, 70 = FGPrax 2003, 7 = Rpfleger 2003, 78). Die erklärte Auflassung könne auch nicht dahingehend ausgelegt oder klargestellt werden, dass nicht an die BGB-Gesellschaft, sondern an deren Gesellschafter aufgelassen werde. Es bedürfe vielmehr einer **neuen Auflassung**.

---

### **BGB §§ 878, 879, 885; ZPO §§ 922 Abs. 2, 929 Abs. 3; GBO § 22 Wirksamkeitsvermerk einer Vormerkung gegenüber Veräußerungsverbot**

1. Die Bestimmung des § 878 BGB ist auf die Vormerkung entsprechend anwendbar; sie verhilft zur Wirksamkeit der Vormerkung, wenn diese rechtzeitig im Sinn von § 878 BGB beantragt war und der Betroffene vor Eintragung in der Verfügung beschränkt worden ist.

2. Eine einstweilige Verfügung mit dem Inhalt eines Veräußerungsverbots wird, wenn dieses durch Beschluss angeordnet wird, mit der Zustellung des Beschlusses im Parteibetrieb gemäß § 922 Abs. 2 ZPO an den Antragsgegner wirksam; erst damit entsteht die Verfügungsbeschränkung.

3. Bei der Grundbucheintragung eines Veräußerungsverbots handelt es sich nicht um die Vollziehung der einstweiligen Verfügung im eigentlichen Sinn des § 929 Abs. 3 ZPO.

4. Bei der Eintragung eines Veräußerungsverbots kommt eine entsprechende Anwendung des § 929 Abs. 3 ZPO in Betracht; damit wird aber nur sichergestellt, dass die Zustellung, wenn die Grundbucheintragung ohne deren Nachweis vorgenommen wird und die Vollziehungsfrist wahrt, jedenfalls innerhalb bestimmter Fristen nachgeholt werden muss. Der Antrag auf Grundbucheintragung des Veräußerungsverbots ersetzt aber nicht die für dessen Wirksamwerden erforderliche Zustellung.

5. Statthaft ist die Eintragung eines Vermerks in das Grundbuch, aus dem sich ergibt, dass eine eingetragene Eigentumsvormerkung gegenüber einem eingetragenen Veräußerungsverbot wirksam ist.

BayObLG, Beschl. v. 4.9.2003 – ZZ BR 171/03  
Kz.: L I 1 – § 878 BGB  
Fax-Abruf-Nr.: 10349

#### **Problem**

Am 23.6. wurde der Grundstückskaufvertrag beurkundet. Am 25.6. erging eine einstweilige Verfügung, durch die der Verkäuferin untersagt wurde, das Grundstück zu veräußern. Noch am gleichen Tag wurde Antrag auf Eintragung des Veräußerungsverbot beim Grundbuchamt gestellt. Am 26.6. ging der Antrag der Käufer auf Eintragung der Eigentumsvormerkung beim Grundbuchamt ein. Am 27.6. wurde der Verkäuferin die einstweilige Verfügung zugestellt. Das Grundbuchamt trug am 11.7. das Veräußerungsverbot, am 14.7. die Eigentumsvormerkung in das Grundbuch ein. Die Verkäuferin beantragte die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks, wonach die Auflassungsvormerkung gegenüber dem Veräußerungsverbot wirksam war.

#### **Entscheidung**

Nach der Entscheidung des BayObLG ist der Wirksamkeitsvermerk einzutragen. Das BayObLG bestätigte zunächst die ständige Rechtsprechung, wonach der Schutz des § 878 BGB gegen nachträgliche Verfügungsbeschränkungen auch auf die Bewilligung einer Vormerkung entsprechend anzuwenden ist (BGHZ 28, 182, 185; BGHZ 131, 189, 197 = NJW 1996, 461; BGHZ 138, 179, 186 = DNotZ 1999, 126 = NJW 1998, 2134).

Die **einstweilige Verfügung** mit dem Inhalt eines Veräußerungsverbot wurde **erst mit ihrer Zustellung an den Antragsgegner wirksam** (§ 922 Abs. 2 ZPO); auf den Eingang des Eintragungsantrags für das Verfügungsverbot beim Grundbuchamt kam es nicht an. Damit war die durch am 26.6. beim Grundbuchamt eingegangene Bewilligung bestellte Vormerkung der erst mit Zustellung am 27.6. wirksam gewordenen einstweiligen Verfügung gegenüber wirksam.

**BGB §§ 1030 Abs. 3, 1066**

**Bruchteilsnießbrauch auch bei Alleineigentum möglich**

**Anmerkung zu BGH, Urt. v. 6.6.2003 – V ZR 392/02, DNotI-Report 2003, 134**

In unsere Darstellung des genannten Urteils hatte sich fälschlich der Halbsatz eingeschlichen, Bruchteilsnießbrauch sei bei Alleineigentum am Grundstück nicht möglich. Richtig ist, dass **auch bei Alleineigentum nach ganz herrschender Meinung ein Bruchteilsnießbrauch möglich** ist (vgl. Gutachten DNotI-Report 2001, 98; KG DNotZ 1936, 817; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rn. 1366). Das besprochene BGH-Urteil hatte lediglich Quotennießbrauch und Bruchteilsnießbrauch tatbestandsmäßig voneinander abgegrenzt, aber keine Aussage zur (Un-)Zulässigkeit des Bruchteilsnießbrauchs bei Alleineigentum getroffen.

**Literaturhinweise**

**K. H. Johannsen/D. Henrich (Hrsg.), Eherecht, Verlag C. H. Beck, 4. Aufl. 2003, 2464 Seiten, € 148,-**

Der bewährte **Praktikerkommentar zum Trennungs- und Scheidungsrecht** liegt in überarbeiteter und erweiterter Neuauflage vor. Die weitreichenden Änderungen, die das Familienrecht auch in diesem Teilbereich in den letzten fünf Jahren erfahren hat (genannt seien hier nur das Gewaltschutzgesetz, die neue Barwert-VO sowie die geänderte höchstrichterliche Rechtsprechung zum Ehegattenunter-

halt) haben Neukomentierungen erforderlich werden lassen, die sich auch in einem erheblichen Zuwachs der Seitenzahl des Werkes (über 450 Seiten) niederschlagen. Damit steht der Kommentar glücklicherweise auch in den nächsten Jahren als aktueller und zuverlässiger Ratgeber für alle Sach- und Verfahrensfragen in Sachen "Rosenkrieg" zur Verfügung.

**Dr. Gabriele Müller**

**Veranstaltungen**

Termine für **Januar 2004** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 ([www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)).

**Grundkurs für angehende Anwaltsnotare, Teil 1** (Görk/Reibold/Sandkühler/Tönnies), 8.1. – 10.1.2004 Bochum

**Grundkurs für angehende Anwaltsnotare, Teil 2** (Hertel/Krause/Krauß/Wolfsteiner), 22.1. – 24.1.2004 Bochum

**Der Grundstückskaufvertrag nach der Schuldrechtsmodernisierung** (Krauß), 17.1.2004 Kassel

**Praktikertagung zum Bauträgervertrag** (Basty), 9.1.2004 Osnabrück, 10.1.2004 Berlin

**Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis** (Heckschen/Reul/Wienberg), 23.1.2004 Essen, 24.1.2004 Würzburg

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 3 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter <http://www.dnoti.de>.

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**  
- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19  
Telefon: 09 31/3 55 76-0 Telefax: 09 31/3 55 76-2 25  
e-mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de) internet: <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. Christian Hertel, 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 155,00 €, Einzelheft 6,50 €, 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