

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG § 3 Abs. 1 S. 2 – Sondereigentumsfähigkeit von Parksystemen mit horizontal und vertikal verschiebbaren Parkblechen; Mehrfachparker

BGB § 1638 – Ausschluss der elterlichen Vermögensverwaltung; Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

BGB §§ 749 Abs. 2, 1010, 1795, 181; GBO §§ 16, 19 – Vereinbarung des Ausschlusses der Aufhebung der Miteigentümergeinschaft ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft oder neutral

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### WEG § 3 Abs. 1 S. 2

#### Sondereigentumsfähigkeit von Parksystemen mit horizontal und vertikal verschiebbaren Parkblechen; Mehrfachparker

##### I. Sachverhalt

Ein Mandant beabsichtigt die Errichtung einer Wohnanlage nebst zugehörigen Parkmöglichkeiten. Es soll eine Aufteilung in Wohnungseigentum erfolgen. Das geplante ParksysteM für eine Vielzahl von Autos wird wie ein automatisiertes Hochregalsystem funktionieren: Es gibt nur eine Einfahrt, in der im Ausgangszustand ein freies (bewegliches) Parkblech bereitsteht. Ein einfahrendes Auto wird auf diesem Parkblech abgestellt. Das System sucht dann automatisch einen freien Platz in einem Regalsystem, das mehrere Ebenen hat. Dorthin wird das Auto verbracht, wobei das Auto auf dem anfänglich bereitgestellten Parkblech verbleibt und das Parkblech mitsamt dem Auto über ein Schienensystem

zum freien Platz gefahren wird. In der Einfahrt wird ein anderes Parkblech bereitgestellt; ein einfahrendes Auto fährt also immer auf das jeweils in diesem Moment freie Parkblech und erhält kein festes, eigenes Parkblech und keinen fest zugewiesenen Stellplatz im Regal.

##### II. Fragen

1. Besteht die Möglichkeit, in dieser Konstellation Sondereigentum an einem Stellplatz zu bilden – sei es als eigene Sondereigentumseinheit bzw. zugeordnet zu einer anderen (z. B. Wohnungseigentums-)Einheit?
2. Kann das ParksysteM insgesamt eine Sondereigentumseinheit sein?
3. Ändert sich etwas an der Beurteilung der Fragen 1 und 2, wenn für jede Parkebene eine eigene Zwischendecke aus Beton eingezogen wird, sodass jedes einfahrende Auto immer auf derselben Parkebene untergebracht wird?
4. Sind die technischen Vorrichtungen der Parkanlage (insbes. die Parkbleche) stets gemeinschaftliches Eigentum aller Sondereigentümer, also auch der Sondereigentümer, die keinen Stellplatz erhalten sollen?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Sondereigentum an den einzelnen Stellplätzen

##### a) Ausgangspunkt: Sondereigentumsfähigkeit von Stellplätzen nach dem WEMoG

Nach der Reform des WEG durch das WEMoG (vgl. BGBl. I 2020, 2187; s. nun auch die vollständige Bekanntmachung der Neufassung des WEG vom 12.1.2021, BGBl. I 2021, 34) gelten gem. § 3 Abs. 1 S. 2 WEG n. F. auch Stellplätze als Räume, an denen gem. § 3 Abs. 1 S. 1 WEG Sondereigentum begründet werden kann. „**Stellplatz**“ ist dabei vom Gesetzgeber **bewusst weit gefasst worden**. Dazu zählen neben Stellplätzen im Freien auch solche in Tiefgaragen, aber auch in Mehrfachparkanlagen, etwa in den technisch bereits länger üblichen Doppel- und Mehrfachparker, bei denen dann die einzelnen Stellplätze dem jeweiligen Sondereigentum zugeordnet werden können (so ausdrücklich die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 19/18791, S. 39; BeckOGK-WEG/Monreal, Std.: 1.9.2021, § 5 Rn. 120; Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, 2020, Rn. 1668; BeckOGK-WEG/M. Müller, Std.: 1.6.2021, § 3 Rn. 125; Dötsch/Schultzy/Zschieschack, WEG-Recht 2021, 2021, Kap. 1 Rn. 6; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 64). Nach neuem Recht können die Stellplätze eigene Teileigentumseinheiten bilden (die dann separat veräußert werden könnten) oder unselbständiger Teil einer anderen Sondereigentumseinheit werden (etwa in der Weise, dass ein Miteigentumsanteil mit dem Sondereigentum an einer Wohnung und einem Stellplatz auf einem festen Parkblech verbunden wird).

##### b) Grundsätzliche Anwendbarkeit auf Palettensysteme

Von den bereits bekannten Doppel- und Mehrfachparkern unterscheidet sich die beschriebene Konstellation dahingehend, dass die Stellplätze auf den Parkblechen nicht stets dem gleichen Auto zugeordnet werden, sondern dass es von der Reihenfolge der ein- und ausfahrenden Autos abhängt, auf welchem Parkblech ein Auto geparkt wird. Ein Wahlrecht des jeweiligen Nutzers besteht dabei nicht.

Aus **streng rechtlicher Sicht spricht dies nicht dagegen**, dass den Stellplätzen in der Parkgarage jeweils ein eigenes Sondereigentum zugeordnet werden kann. Auch hier wird der Stellplatz über den jeweiligen Parkblechen als „Raum“ i. S. d. § 3 Abs. 1 S. 1 WEG fingiert, sodass an diesen Stellplätzen – dem „Raum“ über dem jeweiligen Parkblech – Sondereigentum mit den oben beschriebenen Gestaltungsmöglichkeiten (eigenständiges Teileigentum, Teil einer Sondereigentumseinheit, z. B. gemeinsam mit einer Wohnung) begründet werden kann. Eine Beschränkung auf bestimmte Arten von Stellplätzen war gerade nicht gewollt, sodass auch bei Stellplätzen auf verschiebbaren Parkblechen

Sondereigentum begründet werden kann (BeckOGK-WEG/M. Müller, § 3 Rn. 129; BeckOGK-WEG/Monreal, § 5 Rn. 120; Dötsch/Schultzy/Zschieschack, Kap. 1 Rn. 7; Forschner, ZNotP 2021, 202, 202; dagegen ohne Begründung Elzer, ZNotP 2021, 97, 99). Insbesondere wäre also eine Gestaltung dahingehend möglich, dass jedes Parkblech im Parksystem als Sondereigentum einem eigenen Miteigentumsanteil zugewiesen wird. Auch die vertikale Beweglichkeit spricht nicht per se gegen die Möglichkeit, dem Stellplatz über einem Parkblech Sondereigentum zuzuordnen (so explizit auch BeckOGK-WEG/M. Müller, § 3 Rn. 125; Forschner, ZNotP 2021, 202, 202 f.).

##### c) Praktische Bedenken

Es stellt sich allerdings die Frage, ob das Gebrauchmachen von dieser rechtlich ohne Zweifel bestehenden Möglichkeit auch tatsächlich umsetzbar und zweckmäßig ist. Bedenken könnte man deshalb vorbringen, weil die Schaffung eines Sondereigentums *prima facie* dann zweckmäßig scheint, wenn jedenfalls die Möglichkeit der ausschließlichen Nutzung durch den Sondereigentümer besteht. Darüber hinaus stellt sich die Frage, wie bei beweglichen Teilen eine Darstellung im Aufteilungsplan gelingen kann.

##### aa) Maßangaben nach § 3 Abs. 3 WEG

Einerseits müssen die jeweiligen Parkbleche für Zwecke des Grundbuchs eindeutig bezeichnet werden. Bei Stellplätzen im Freien ist dies durch die vom Gesetz vorgesehenen Maßangaben (§ 3 Abs. 3 WEG) unproblematisch, allerdings ist dies auch für Parksysteme mit mehreren Parkblechen aufgrund des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes zwingend erforderlich. Dies ist im vorliegenden Fall jedenfalls dann nicht ganz trivial, wenn man – wie u. E. zutreffend – davon ausgeht, dass nicht nur das Parkblech in tatsächlicher Hinsicht beweglich ausgestaltet ist, sondern dass auch der Inhalt des Sondereigentums derart ausgestaltet werden kann, dass sich der Gegenstand des Sondereigentums mit dem Parkblech bewegt (anders etwa BeckOGK-WEG/Monreal, § 5 Rn. 120, der davon ausgeht, dass auch bei tatsächlicher Verschiebbarkeit der Stellplätze diese rechtlich immer dort liegen, wo sie im Aufteilungsplan eingezeichnet sind). Zwar sieht die erst kürzlich an das WEMoG angepasste Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz vom 6. Juli 2021 (AVA, veröffentlicht am 12. Juli 2021, BAnz AT 2021, 12.7.2021, B2) Regelungen u. a. zur Bestimmung von Stellplätzen i. S. d. § 3 Abs. 3 WEG vor, die auf Mehrfachparkanlagen im herkömmlichen Sinn passen. Sie lassen sich aber nicht ohne Weiteres auch auf Parksysteme wie beschrieben übertragen. § 7 Abs. 2 S. 2 AVA n. F. hält (klarstellend) fest, dass auch in Mehrfachparkanlagen

jeder Stellplatz eindeutig bezeichnet werden muss. Dies kann in der Bauzeichnung durch Bezeichnungen wie „Nr. 5 (oben)“ und „Nr. 6 (unten)“ erfolgen, aber auch, indem man die oberen Stellplätze und die unteren Stellplätze als verschiedene Stockwerke darstellt. Fraglich ist, ob diese Möglichkeiten auch bei auf Schienen beweglichen Parkblechen verwendet werden können. Nach unserem Verständnis werden die Parkbleche allesamt gleichartig und austauschbar sein, um eine komplette Rotation innerhalb des Parksystems zu ermöglichen. Die in der AVA genannten Mechanismen dürften daher u. E. nicht ausreichen, um eine Kennzeichnung der Stellplätze zu ermöglichen. Freilich kann die nach dem Gesetz gewährte Sondereigentumsfähigkeit von Stellplätzen nicht von einer rein verwaltungsintern wirkenden Bestimmung (Verwaltungsvorschrift) abhängen. Die in der AVA genannten Kennzeichnungen sind daher **nicht als abschließend** zu verstehen. Andere geeignete Möglichkeiten, die dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen, müssen daher ebenfalls als ausreichend angesehen werden (ähnlich jedenfalls für die Zeit vor Anpassung der AVA an die neue Rechtslage auch Wobst, MittBayNot 2021, 1, 2). Es stellt sich daher die Frage, ob die einzelnen Parkbleche überhaupt in irgendeiner Weise identifiziert werden können. Letztlich handelt es sich hierbei um eine – von uns nicht beurteilbare – Tatfrage. Wir gehen davon aus, dass die Teile zwar technisch identisch sind, um einen reibungslosen Rundlauf der Parkbleche zu gewährleisten, die Identifizierbarkeit aber schon für Zwecke der automatischen Steuerung der Anlage gegeben sein wird.

Möglicherweise gibt es aus technischen Gründen eine „Ausgangsposition“, in der die Parkbleche vor der Benutzung stehen und die später – z. B. für Zwecke der Wartung oder Reinigung – wieder hergestellt werden kann. In diesem Fall wäre für uns vorstellbar, dass die Ausgangsposition – ggf. als mehrere Stockwerke – in der Bauzeichnung dargestellt wird, um eine Identifikation der einzelnen Parkbleche zu gewährleisten (so auch schon Forschner, ZNotP 2021, 202, 203). Allerdings würde sich dann die Frage anschließen, ob eine *lediglich* über den Computer auslesbare Identifizierung für Zwecke des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes genügen würde. Aus unserer Sicht könnte man dies ausreichen lassen, da im Streitfall jedenfalls eine entsprechende Identifizierung erfolgen könnte; auch bleibt es – wengleich eine Markierungspflicht wie früher (§ 3 Abs. 2 S. 2 WEG a. F.) nicht mehr vorgesehen ist – den Wohnungseigentümern unbenommen, die Sondereigentumsbereiche zu markieren (freilich ohne, dass sich dies auf den Umfang des Sondereigentums auswirken würde; BT-Drucks. 19/18791, S. 39; s. a. Dötsch/Schultzky/Zscheschak, Kap. 1 Rn. 11 f.).

## bb) Notwendigkeit flankierender Regelungen

Überwindet man die – von uns aus tatsächlichen Gründen nicht abschließend beantwortbare – Frage der Identifizierbarkeit der einzelnen Parkbleche/Stellplätze, stellt sich freilich das in praktischer Hinsicht wohl schwerer wiegende Problem, dass bei der konkreten Anlage nicht gewährleistet ist, dass jedes Auto auf dasselbe Parkblech zurückkehrt. Ein Autofahrer, der Sondereigentum an dem Stellplatz über einem (bestimmten) Parkblech erworben hat, könnte nicht sichergehen, dass er nach dem Verlassen des Parksystems sein Auto bei seiner Rückkehr dort wieder abstellen kann. Zudem wäre „sein“ Parkblech/Stellplatz ggf. während seiner Abwesenheit bereits an einen anderen Sondereigentümer vergeben worden. Aus technischen Gründen ließe sich also nicht gewährleisten, dass der (Sonder-)Eigentümer Dritte von der Einwirkung auf sein Eigentum i. S. d. § 903 BGB ausschließen kann. Die Umsetzbarkeit müsste durch eine **Reihe von flankierenden Regelungen** gewährleistet werden, die **die gemeinschaftliche Nutzbarkeit aller Sondereigentumseinheiten durch sämtliche Sondereigentümer sicherstellen würden** (was die ausdifferenzierte Einräumung des Sondereigentums wieder zunichtemachen würde). Dabei müsste auch abgesichert werden, dass ein Sondereigentümer eines Parkblechs nur ein (beliebiges) Parkblech zur gleichen Zeit belegen darf. Zudem wäre nicht sachgerecht, die Kosten der Instandhaltung eines Parkblechs dem jeweiligen Sondereigentümer aufzuerlegen, der dieses ggf. während der fraglichen Zeit gar nie genutzt hat, weil das fragliche Parkblech ständig von anderen Sondereigentümern belegt war; auch hier müsste sinnvollerweise eine gemeinschaftliche Kostentragung aller Sondereigentümer an den Stellplätzen sichergestellt werden.

## cc) Zwischenergebnis

Die vorgenannten Probleme dürften letztlich dazu führen, dass die – theoretisch rechtlich aus unserer Sicht gestaltbare – Variante, Sondereigentum separat für jedes Parkblech zu begründen, wenig praktikabel erscheint.

## d) Keine Zuordnung von „Parkrechten“ als Sondereigentum

Rechtlich **nicht möglich** ist dagegen eine Lösung, die von den Parkblechen absieht und ein **abstraktes „Recht zum Einstellen eines Autos in das Parksysteem“** als Sondereigentum zuordnet, sodass ein Pool solcher Rechte mit dinglicher Wirkung an verschiedene Sondereigentümer vergeben werden könnte. Das WEG spricht von „Stellplatz“, wobei der Wortteil „Platz“ auf eine physisch greifbare Grundlage hindeutet. Dies ist auch wegen der Systematik des Sachenrechts, die (Sonder-)Eigentum nur an Sachen, d. h. körperlichen Gegenständen, zulässt (§§ 903, 90 BGB), nicht anders möglich. Dass der

„Raum über dem sich durch das Parksystem bewegenden Parkblech“ (wie oben diskutiert) sich von dem Konzept der „Sache“, das den Verfassern des BGB beim Erlass der Vorschriften vorgeschwebt haben mag, bereits weit entfernt hat, ist zugegeben. Eine Loslösung von der sachenrechtlichen Unterlage sieht das WEG aber nicht vor. Es kann daher keine Lösung über abstrakte „Parkrechte“ (z. B. „das Recht, auf dem nächsten freien Parkblech zu parken“) als Sondereigentum erreicht werden.

## 2. (Gesamtes) Parksystem als eine Sondereigentums-einheit

Möglich ist es dagegen aus unserer Sicht, das Parksystem insgesamt als eine Sondereigentums-einheit auszugestalten. Insbesondere kann **eine Sondereigentums-einheit** aus mehreren Stellplätzen i. S. d. § 3 Abs. 1 S. 2 WEG bestehen, da diese als „Räume“ anzusehen sind und eine Sondereigentums-einheit **ohne Weiteres aus mehreren Räumen zusammengesetzt sein** kann. Die Sondereigentums-einheit kann dann – vergleichbar mit den Gestaltungsmöglichkeiten, die bereits vor der WEG-Reform für Mehrfachparker verwendet wurden – den verschiedenen Nutzern der Parkeinheit zu anteiligem Miteigentum übertragen werden. In der Literatur werden für entsprechende Bruchteilsgemeinschaften Regelungen nach § 1010 BGB bzw. interne Benutzungsregelungen nach § 10 Abs. 1 S. 2 WEG empfohlen (vgl. Langhein/Naumann, NotarFormulare Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2018, § 4 Rn. 30 f.; s. zur Zulässigkeit auch BGH DNotZ 2014, 448; s. auch Hügel/Elzer, DNotZ 2014, 403, 411 ff.). Bei der Ausgestaltung ist dann freilich darauf zu achten, dass gerade nicht – wie sonst etwa bei Doppelparkern üblich – jedem Miteigentümer ein festes Parkblech zur Benutzung vorbehalten werden kann, sondern die Parkbleche vom System zugewiesen werden. Eine Benutzungsregelung im Sinne des § 1010 BGB dahingehend, dass jedem Miteigentümer das abstrakte Recht zusteht, seinen PKW dort zu parken, aber kein Anrecht auf einen bestimmten Platz besteht, scheint uns grundsätzlich unbedenklich. Gegenstand der Benutzungsregelung wäre dann weiter, dass der konkrete Parkplatz mittels eines Algorithmus zugewiesen wird und jeder Miteigentümer dies zu dulden hat.

## 3. Einziehung von Beton-Zwischendecken

Das Einziehen von Beton-Zwischendecken würde nach unserem Verständnis nur dazu führen, dass die Autos im Parksystem nicht mehr in drei, sondern lediglich in zwei Dimensionen verschoben werden. Sofern dies die anderen technischen Voraussetzungen nicht tangiert (insbes.: Fahrzeuge stehen auf Parkblechen, keine feste Zuordnung eines Fahrzeugs zu einem Parkblech), **berührt dies die oben zu Ziff. 1 und Ziff. 2 gefundenen Ergebnisse nicht**, da diese nicht entscheidend auf die auch vertikale Verschiebbarkeit der Fahrzeuge abstellen.

## 4. Technische Vorrichtungen der Parkanlage

Nach allgemeinen (auch durch das WEMoG nicht geänderten) Regeln sind Gegenstände, die mehreren Sondereigentums-einheiten dienen, zwingend Gemeinschaftseigentum (s. Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1670). Gemeinschaftseigentum bedeutet dabei stets, dass die Vorrichtungen im gemeinschaftlichen Eigentum aller Wohnungseigentümer stehen (Hügel/Elzer, § 3 Rn. 64). Es gibt **kein „Unter-Gemeinschaftseigentum“** nur der Sondereigentümer, die Sondereigentum haben, das von einer technischen Einrichtung abhängt (BGH NJW 1995, 2851, 2853; zum neuen Recht Dötsch/Schultzky/Zscheschak, Kap. 1 Rn. 14). Die hieraus zu ziehenden Konsequenzen unterscheiden sich, je nachdem welche der oben genannten Gestaltungsmöglichkeiten (Ziff. 1, Ziff. 2, Ziff. 3) gewählt wird.

### a) Einzelne Stellplätze gehören unterschiedlichen Sondereigentums-einheiten an

Sofern die einzelnen Stellplätze über den Parkblechen – wie oben unter Ziff. 1 erläutert – verschiedenen Sondereigentums-einheiten zugeordnet werden, sind die technischen Vorrichtungen, die für mehrere Stellplätze relevant werden – etwa die Hebeanlage, die die verschiedenen Parkbleche an ihren Platz befördert, die Schienen, auf denen die verschiedenen Parkbleche laufen – **zwingend Gemeinschaftseigentum aller Wohnungseigentümer** (Forschner, ZNotP 2021, 202, 203, Wobst, MittBayNot 2021, 1, 2; so wohl auch Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1670), auch solcher, die keinen Stellplatz erworben haben. Diese treffen daher nach dem Gesetz auch die Instandhaltungskosten, was regelmäßig unbefriedigend sein dürfte; insofern ist dann eine entsprechende Zuweisung von Kosten und Verwaltung in der Gemeinschaftsordnung vorzusehen (Dötsch/Schultzky/Zscheschak, Kap. 1 Rn. 15 f.; Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1670 ff.; Hügel/Elzer, § 3 Rn. 64; Münch-KommBGB/Krafka, 8. Aufl. 2021, § 3 WEG Rn. 49; Wobst, MittBayNot 2021, 1, 2). Die Parkbleche selbst können hingegen grundsätzlich dem Sondereigentum zugeordnet werden (LG München I RNotZ 2013, 177; Dötsch/Schultzky/Zscheschak, Kap. 1 Rn. 15), sofern sie nicht gem. § 5 Abs. 2 WEG im konkreten Fall für die Sicherheit oder den Bestand des Gebäudes erforderlich sind (so etwa mit dem Argument, das Durchrostern eines Fahrblechs betreffe auch die Sicherheit der anderen Fahrbleche, LG Stuttgart ZWE 2016, 44).

### b) Gesamtes Parksystem ist eine Sondereigentums-einheit

Anders ist die Lage, wenn – wie oben unter Ziff. 2 angesprochen – die gesamte Parkanlage eine Sondereigentums-einheit bildet. In diesem Fall dienen die Hebeanlage und die sonstigen auf das Parksystem beschränkten technischen Einrichtungen gerade nicht mehreren Sonder-

eigentumseinheiten, sondern nur einer – mag diese auch im Miteigentum vieler Wohnungseigentümer stehen. Die technischen Vorrichtungen können daher **durch die Teilungserklärung dem Sondereigentum zugewiesen** werden. Gesonderte Regelungen für Kosten und Verwaltung wären dann nicht erforderlich bzw. allenfalls klarstellend. (Anders wäre dies bei technischen Einrichtungen, die dem gesamten Parksystem und auch anderen Sondereigentumseinheiten oder dem Gemeinschaftseigentum dienen – etwa Lüftungsanlagen, die zentral für die Garage und weitere Räume eingerichtet sind.)

### c) Einziehen von Zwischenböden

Werden Zwischenböden eingezogen (oben unter Ziff. 3), besteht die Option, eine Sondereigentumseinheit pro Zwischenboden zu bilden, wobei es dann von den technischen Voraussetzungen abhängt, ob sämtliche technischen Einrichtungen nur einem Zwischenboden dienen – dann könnten sie der entsprechenden Sondereigentumseinheit zugewiesen werden, vgl. oben lit. b – oder ob auch zwischenbodenübergreifende Einrichtungen (etwa ein Aufzug, der für mehrere Zwischenböden zuständig ist) bestehen (diese wären zwingend Gemeinschaftseigentum aller Eigentümer, die Lage entspräche der bei lit. a).

---

## BGB § 1638

### Ausschluss der elterlichen Vermögensverwaltung; Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

---

#### I. Sachverhalt

Die Beteiligten (Ehegatten) wünschen die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments. In diesem Testament soll ein minderjähriges Kind (aus einer anderen Familie) bedacht werden. Es soll vermieden werden, dass die Eltern des minderjährigen Kindes „Zugriff“ auf das ererbte Vermögen erhalten. Die Beteiligten möchten deshalb die Vermögenssorge der Eltern für das ererbte Vermögen gem. § 1638 BGB ausschließen. Der stattdessen zu bestellende Pfleger soll keinerlei Beschränkungen unterliegen.

Auch nach ab dem 1.1.2023 geltender Rechtslage kann gem. § 1638 BGB n. F. angeordnet werden, dass Eltern das Vermögen nicht verwalten können, also insoweit ein Pfleger zu bestellen ist. Allerdings regelt die künftige Fassung des § 1859 BGB n. F. hinsichtlich der Befreiung nur, dass von bestimmten Pflichten (Sperrvermerk, Rechnungslegung etc.) befreit werden kann, wenn „der Betreute“ dies vor der Betreuung verfügt hat. Im vorliegenden Fall möchten allerdings die Erblasser die Befreiung anordnen.

#### II. Fragen

1. Kann § 1859 BGB n. F. analog angewandt werden, wenn der Erblasser/Schenker die Befreiung anordnet, oder sieht das künftige Recht anderweitig eine Befreiungsmöglichkeit vor?

2. Gilt für Pflögschaften, die ab dem 1.1.2023 angeordnet werden, neues Recht, auch wenn das Testament, in welchem die Pflögerbestellung angeordnet wird, bereits vor Inkrafttreten der Reform errichtet wird?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Anwendbares Recht

Die unlängst verabschiedete umfassende Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts wird **am 1.1.2023 in Kraft treten** (Art. 16 Abs. 1 des Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts v. 4.5.2021, BGBl. I, 882 ff.).

Einschränkungen für bestimmte Teile des Gesetzes sieht die maßgebliche Bestimmung über das Inkrafttreten des Gesetzes nicht vor. Auch in den Erläuterungen in der Gesetzesbegründung gibt es mit Ausnahme der **Übergangsvorschrift in Art. 229 § 54 EGBGB**, die lediglich spezielle Fragen regelt, keine näheren Ausführungen zur Anwendbarkeit der neuen bzw. alten Bestimmungen. Wir gehen daher im Ergebnis davon aus, dass das **neue Recht ab dem 1.1.2023 Anwendung findet**, unabhängig davon, ob an Vorgänge angeknüpft wird, die vor Inkrafttreten stattgefunden haben (wie hier z. B. die Errichtung des Testaments). Damit wird auch für neue Sachverhalte unabhängig von der Errichtung der Verfügung auf das Recht im Zeitpunkt der Bestellung des Pflögers/Vormunds abzustellen sein.

Demzufolge dürfte es sich empfehlen, bereits bei Beurkundungsvorgängen, die sich möglicherweise erst nach dem Inkrafttreten der Reform auswirken (wie hier z. B. der Todesfall), die neuen Bestimmungen zu berücksichtigen.

##### 2. Vorschriften über die Befreiung des Pflögers

###### a) Bisherige Rechtslage

Nach § 1638 Abs. 1 BGB kann der Erblasser für einen Erwerb von Todes wegen bzw. der Zuwendende bei einer unentgeltlichen Zuwendung anordnen, dass die Eltern oder ein Elternteil das ererbte bzw. zugewendete Vermögen nicht verwalten sollen. Werden durch eine derartige Verwaltungsanordnung beide Elternteile von der Verwaltung ausgeschlossen, hat dies zur Folge, dass ein Ergänzungspflöger bestellt werden muss (vgl. § 1909 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Person des Ergänzungspflögers kann nach § 1917 Abs. 1 BGB durch den Erblasser bzw. Zuwendenden bestimmt werden. Dieser Pflöger unterliegt (grundsätzlich) der Kontrolle des Familiengerichts.

§ 1917 Abs. 2 BGB sieht vor, dass für den benannten Pfleger durch letztwillige Verfügung oder bei der Zuwendung die in den §§ 1852 bis 1854 BGB bezeichneten Befreiungen angeordnet werden können. Dies betrifft bspw. die Befreiung von der Hinterlegung und Sperrung nach § 1853 BGB, aber auch die Befreiung von der Rechnungslegungspflicht nach § 1854 BGB. Die möglichen Befreiungen entsprechen letztlich denen, die Eltern für einen von ihnen benannten Vormund anordnen können (BeckOGK-BGB/Schöpflin, Std.: 1.9.2021, § 1917 Rn. 18).

Eine große praktische Bedeutung sollen die Vorschriften nach Ansicht der Kommentarliteratur (vgl. nur Münch-KommBGB/Schneider, 8. Aufl. 2020, § 1917 Rn. 11) bislang nicht erlangt haben.

### b) Neue Rechtslage

Durch die umfassende Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts werden die betroffenen Rechtsgebiete neu strukturiert und viele Gesetzesbestimmungen nicht nur verschoben, sondern auch inhaltlich neu gefasst. Was die Beschränkung der Vermögenssorge in § 1638 BGB angeht, so wird die Vorschrift grundsätzlich beibehalten, Abs. 1 der Vorschrift aber neu gefasst wie folgt:

*„(1) Die Vermögenssorge erstreckt sich nicht auf das Vermögen, welches das Kind von Todes wegen, durch unentgeltliche Zuwendung auf den Todesfall oder unter Lebenden erwirbt, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Zuwendende bei der Zuwendung bestimmt hat, dass die Eltern das Vermögen nicht verwalten sollen.“*

Durch diese Anpassung des Wortlauts wird der Änderung des § 1639 BGB Rechnung getragen, wo künftig zusätzlich der Vermögenserwerb durch unentgeltliche Zuwendung auf den Todesfall mitumfasst wird (vgl. BT-Drucks. 19/24445, 185).

Im Rahmen der Vormundschaftsrechtsreform werden die Bestimmungen über die Aufsicht über Pfleger und Vormünder neu gefasst. Was den **Vormund** angeht, so enthält § 1801 BGB n. F. in Abs. 3 eine Möglichkeit der Eltern, durch letztwillige Verfügung einen von ihnen benannten Vormund von bestimmten Beschränkungen, u. a. von der Verpflichtung zur Rechnungslegung nach § 1865 Abs. 1 BGB n. F., zu befreien.

Nach den Regelungen über die Pflegschaft für Minderjährige (§§ 1809 ff. BGB), die nunmehr den Vormundschaftsregelungen nachfolgen, ist in § 1811 BGB n. F. eine Bestimmung zur sog. „**Zuwendungspflegschaft**“ enthalten.

Nach § 1811 Abs. 2 BGB n. F. ist vorgesehen, dass der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Zuwendende bei der Zuwendung einen **Zuwendungspfleger benennen** kann (Nr. 1 der Vorschrift) bzw. den Zuwendungspfleger von den **Beschränkungen** gem. den §§ 1843, 1845, 1846, 1848, 1849 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 und S. 2 sowie § 1865 BGB **befreien** kann (vgl. dazu auch BT-Drucks. 19/24445, S. 29, 226-228).

## 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 Abruf-Gutachten.

### GmbHG § 58, UmwG § 20

**Kapitalherabsetzung und Wegverschmelzung; Verschmelzung während des Sperrjahrs; Kapitalherabsetzungsbeschluss vor Verschmelzung**

Abruf-Nr.:

### WEG §§ 5, 10

**Nutzung von Stellplatzflächen; Benutzungsbeschluss und Begründung von Sondernutzungsrechten**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB §§ 749 Abs. 2, 1010, 1795, 181; GBO §§ 16, 19 Vereinbarung des Ausschlusses der Aufhebung der Miteigentümergeinschaft ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft oder neutral**

**1. Die Erklärung des Ausschlusses der Aufhebung der Miteigentümergeinschaft ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft oder zumindest neutral.**

**2. Wird in einem Grundstücksüberlassungsvertrag die Eintragung eines solchen Ausschlusses für einen geschäftsunfähigen Minderjährigen durch einen sorgeberechtigten Elternteil bewilligt, der wie der Minderjährige einen Miteigentumsanteil an dem Grundstück erhält, ist die Bewilligung wegen des Vorliegens eines unerlaubten Insihgeschäfts unwirksam.**

### **3. Dies hindert, wenn ein innerer Zusammenhang mit der Grundstücksüberlassung besteht, auch die Eintragung der Auflassung.**

OLG München, Beschl. v. 27.9.2021 – 34 Wx 253/21

#### **Problem**

Die Veräußerin ist als Miteigentümerin von Grundbesitz im Grundbuch eingetragen. Mit notariellem Vertrag veräußerte sie Miteigentumsanteile an dem Grundstück an ihre Enkeltochter und deren Mutter, den anderen Miteigentümer sowie weitere Beteiligte. Die Enkeltochter ist minderjährig und wurde bei Vertragsschluss durch die allein sorgeberechtigte Mutter vertreten. Die Urkunde sah insbesondere vor, dass das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer ausgeschlossen wird (§§ 749 Abs. 2, 1010 BGB) und die Vertragsteile die Eintragung dieses Ausschlusses an ihrem jeweiligen Miteigentumsanteil im Grundbuch bewilligen und beantragen.

Auf den Eintragungsantrag des Urkundsnotars hin erging eine Zwischenverfügung des Grundbuchamtes, wonach die Bestellung eines Ergänzungspflegers für die Enkeltochter erforderlich sei. Gemäß §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB sei die Mutter von der Vertretung ausgeschlossen, wenn sie als Vertreter auf beiden Seiten des Vertrags stehe. Die Minderjährige könne nicht durch einen Elternteil vertreten werden, der selbst einen Miteigentumsanteil erhalten solle, wenn im Vertrag ein Ausschluss der Auseinandersetzung vereinbart sei. Hiergegen richtet sich die Beschwerde.

#### **Entscheidung**

Das OLG wies die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung zurück. Die Eintragung der Auflassung sowie weiterer Rechte und Belastungen setze u.a. voraus, dass auch diese weiteren Rechte und Belastungen eingetragen werden könnten. Zwar bestünden gegen die Wirksamkeit der Auflassung als solcher keine durchgreifenden Bedenken, die begehrte Eintragung könne gleichwohl nicht erfolgen, weil derzeit nicht bewilligt sei (§ 19 GBO), den Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft einzutragen. Dieser Mangel stehe der Eintragung insgesamt entgegen.

Zunächst führte das OLG aus, dass jedenfalls dort, wo – wie beim Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft – der materielle Rechtserfolg die Grundbucheintragung voraussetze, eine Einschränkung der materiell-rechtlichen Vertretungsbefugnis auch die verfahrensrechtliche Bewilligungsbefugnis erfasse und deshalb vom Grundbuchamt von Amts wegen zu beachten sei (vgl. BGH DNotI-Report 2021, 77, 78 zu § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Außerdem sei das Grundbuchamt zur Wahrung

der Richtigkeit des Grundbuchs verpflichtet und dürfe deshalb keine Eintragung vornehmen, deren materiell-rechtlich begründete Unrichtigkeit ihm bekannt sei. Insofern könne auch offenbleiben, welche Konsequenzen sich aus einem Verstoß gegen § 181 BGB im Hinblick auf Verfahrenshandlungen sonst ergeben würden.

Gemäß § 181 BGB könne ein Vertreter grds. im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen kein Rechtsgeschäft vornehmen. Hiervon ausgenommen seien insb. Willenserklärungen, die für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft oder zumindest neutral seien, da ein Interessenwiderstreit ausgeschlossen sei und Belange Dritter nicht entgegenstünden; dies bestimme sich nach den rechtlichen Folgen des Geschäfts, ohne dass eine wirtschaftliche Betrachtung anzustellen sei. Stehe einem Vorteil die Aufgabe eines Rechts gegenüber, sei das Geschäft auch dann nicht rechtlich vorteilhaft oder neutral, wenn die Vorteile die Nachteile erheblich überwögen. Die Übereignung einer belasteten Sache sei jedoch abweichend zu beurteilen, da die Belastung den Vorteil nur von vornherein einschränke. Dies gelte auch, wenn das Grundstück bei der Übertragung zugleich mit einem Vorbehaltsnießbrauch belastet werde (BGH DNotI-Report 2021, 77) oder sich der Veräußerer eine Belastung des Grundstücks vorbehalte (Palandt/Ellenberger, BGB, 80. Aufl. 2021, § 107 Rn. 4).

Werde mit der Auflassung des Grundstücks der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft gemäß § 749 Abs. 2 BGB erklärt, so sei das Grundstück – anders als bei Übertragung eines mit einem gleichzeitig vom Veräußerer sich selbst eingeräumten Vorbehaltsnießbrauch – bei Übereignung noch nicht mit dem Recht belastet. Auch stelle dies keinen bloßen Vorbehalt des Veräußerers dar, die Immobilie belasten zu dürfen. Der Erwerber erhalte vielmehr ein Grundstück, dessen Belastung er selbst – jedenfalls gegenüber den weiteren Erwerbern – bewilligen müsse. Allein die Erklärung des Ausschlusses der Aufhebung der Gemeinschaft sei bereits rechtlich nachteilig, da der Erklärende damit einem Dritten ein Recht an seinem Eigentum einräume. Hieran ändere auch der vorgetragene Umstand nichts, dass die Vereinbarung des Auseinandersetzungsausschlusses und die Übertragung lediglich aus Kostengründen in einer Urkunde zusammengefasst worden seien; das Einverständnis mit der Belastung erweise sich als rechtlich nachteilhaft, da die Enkeltochter ein Recht aufgabe. Auf wirtschaftliche Aspekte dürfe gerade nicht abgestellt werden.

Grundbuchverfahrensrechtlich hindere schließlich das Fehlen einer wirksamen Bewilligung auch die Eintragung der Auflassung. Selbst wenn man insoweit nicht von einem einheitlichen Antrag, sondern von formal selbstständigen Anträgen ausgehen wolle, liege eine

jedenfalls stillschweigende Bestimmung nach § 16 Abs. 2 GBO vor; der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft diene hier offensichtlich dem Zweck, den von der Eigentümerin ihren Nachkommen überlassenen Grundbesitz ungeschmälert im Familienverband zu erhalten, sodass von einem inneren Zusammenhang dieser Maßnahme mit der Auffassung und insofern von einer Bestimmung nach § 16 Abs. 2 GBO auszugehen sei.

#### **Praxishinweis**

Die Übertragung ideeller Miteigentumsanteile an Grundbesitz an ein minderjähriges Kind ist nach der Entscheidung des OLG München jedenfalls dann

nicht lediglich rechtlich vorteilhaft bzw. neutral, wenn mit derselben Urkunde der Ausschluss der Auseinandersetzung der Gemeinschaft bzgl. des übertragenen Grundbesitzes vereinbart wird. Auch wenn dies teilweise anders beurteilt wird (vgl. LG Münster FamRZ 1999, 739; ebenso wohl Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3610I), dürfte die Entscheidung im Rahmen der vorsorgenden Vertragsgestaltung zu berücksichtigen sein. Das minderjährige Kind sollte – jedenfalls vorsorglich – durch einen Ergänzungspfleger (§ 1909 BGB) vertreten werden, solange noch keine abschließende Klärung durch den BGH erfolgt ist.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei 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. Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

#### **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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit