

**Kurzgutachten  
im Auftrag der  
Rechtsanwaltskammer für den  
Oberlandesgerichtsbezirk  
München**

**erstattet von  
Dr. iur. Knut Werner Lange  
Universitätsprofessor an der Universität Bayreuth  
und Gastprofessor an der Universität Witten/Herdecke**

## Gliederung

A. Der Sachverhalt	3
B. Die zu begutachtende Fragestellung	4
C. Die zur Verfügung gestellten Unterlagen	4
D. Die rechtliche Würdigung	4
I. Der Beurteilungszeitpunkt	4
II. Die testamentarischen Anordnungen	5
1. Die Erbeinsetzung	5
2. Die sog. Auflage	6
a) Begriff und Indizien	6
b) Abgrenzung	7
aa) Auflage oder Wunsch?	7
bb) Auflage oder Bedingung?	9
c) Begünstigte Personen	9
d) Vollziehungsberechtigte Personen	10
aa) Bestimmung durch Erblasserin und vollzugsberechtigter Begünstigter	10
bb) Wegfallbegünstigte	10
cc) Öffentliches Interesse am Vollzug	11
e) Zwischenergebnis	13
III. Folgen für eine mögliche Nutzungsänderung	13
1. Bade- und Erholungsort für Kammermitglieder	13
2. Seniorenresidenz für Kammermitglieder	14
3. Seminar- und Veranstaltungszentrum der Rechtsanwaltskammer	15
4. Vermietung zu Wohnzwecken	16
IV. Verkauf des Anwesens	18
1. Zulässigkeit	18
2. Folgen	19
3. Zeitliche Grenzen	20
a) Grundsatz	20
b) Ausnahme	20
4. Zwischenergebnis	21
V. Das sog. Hausmeistergrundstück	21
VI. Ergebnisse	23
E. Literaturverzeichnis	24

## A. Der Sachverhalt

Am 07.10.1960 errichtete Frau Elsa Gaenssler in Seeshaupt ein Testament. Darin setzte sie u.a. Vor- und Nacherben ein und verteilte zahlreiche Vermögenswerte an einzelne Personen und an die Gemeinde Seeshaupt. So heißt es dort auszugsweise:

*„Es ist vor allem mein Wunsch, daß der ehemals v. Pettenkofer'sche Grundbesitz in Seeshaupt erhalten bleibt, daß dortselbst das Andenken an Pettenkofer und meinen Mann Justizrat Dr. Max Gaenssler, gepflegt wird und daß der genannte Grundbesitz der Spekulation entzogen wird und einem edlen Zweck zugeführt wird.*

*Ausgehend von diesem Gedanken bestimme ich:*

*1. (...) Als Nacherben setze ich in Gedenken an meinen Mann ein die Rechtsanwaltskammer für den Oberlandesgerichtsbezirk München – der Nacherbfall soll eintreten mit dem Ableben der Vorerbin, die auf Lebensdauer den Grundbesitz in der gewohnten Weise weiter nutzen und betreuen soll.*

*Dem Nacherben mache ich zur Auflage, meinen Grundbesitz in Seeshaupt zu einem Heim zu gestalten, welches vorwiegend Angehörigen der Anwaltsberufe zur Erholung, Alterssicherung und ähnlichen Zwecken dienen soll.*

*Sollte der Nacherbe die Erbschaft ausschlagen, soll die Universität München Ersatzerbe sein mit der Auflage, den genannten Grundbesitz in natura, gegebenenfalls den bei einem Verkauf sich ergebenden Erlös für wissenschaftliche Zwecke des hygienischen Instituts zu verwenden. Sollte die Rechtsanwaltskammer für den Oberlandesgerichtsbezirk München Nacherbe werden und in der Folge den Grundbesitz veräußern, soll sie verpflichtet sein 2/3 des aus einem Verkauf sich ergebenden Reinerlöses an die Universität München für wissenschaftliche Zwecke ihres hygienischen Institutes zur Auszahlung zu bringen“. (...).*

Die Erblasserin hatte später einige Nachträge und Ergänzungen zu ihrer letztwilligen Verfügung verfasst, die an dieser Anordnung aber nichts änderten.

Der Nacherbfall trat am 04.06.1964 ein; die Auftraggeberin ist seither Eigentümerin der Immobilie in Seeshaupt.

Der gegenwärtigen Nutzung der Immobilie durch die Auftraggeberin liegt ein gemischtes Konzept zugrunde. Das Objekt findet einerseits als Konferenz-, Seminar- und Tagungsstätte sowie für Gremiensitzungen Verwendung. Andererseits werden Appartements an Übernachtungsgäste vermietet. Neben dem Parkplatz befindet sich ein weiteres Gebäude, das vom Hausmeister bewohnt wird. Schließlich wird der Strand im Sommer tagsüber durch Tagesgäste genutzt.

Die so skizzierte Verwendung lässt keinen kostendeckenden Betrieb der Immobilie zu. Zudem ist über die Jahrzehnte der Nutzung und durch gesteigerte Anforderungen an das energieeffiziente und klimaschonende Wohnen ein erheblicher Renovierungsbedarf entstanden, der nur durch erhebliche Investitionen beseitigt werden kann. Die Auftraggeberin denkt daher gegenwärtig über ein geändertes Nutzungskonzept nach. Dabei ist die Frage aufgetreten, welche Grenzen die letztwilligen Anordnungen im Testament vom 07.10.1960 der Auftraggeberin bei einer möglichen Nutzungsänderung ziehen.

## **B. Die zu begutachtende Fragestellung**

Ausgehend von diesem Sachverhalt wirft die Auftraggeberin folgende Fragen auf, die in einem Kurzgutachten zu beantworten ist:

- Wie ist das Testament hinsichtlich der Erbeinsetzung unter Berücksichtigung der genannten Auflage und der Vorgaben für den Fall einer Veräußerung zu verstehen?
- Welche Nutzungsmöglichkeiten der Immobilie wären durch die letztwilligen Anordnungen untersagt?
- Welche Änderungen bei der Grundstücknutzung wären mit Blick auf die testamentarischen Anordnungen zulässig?

## **C. Die zur Verfügung gestellten Unterlagen**

Die Sachverhaltsdarstellung und das Kurzgutachten stützen sich im Wesentlichen auf folgende Unterlagen:

- Abschrift der letztwilligen Verfügungen der Elsa Gaenssler;
- Präsentation der Rechtsanwaltskammer München für den Oberlandesgerichtsbezirk München über die Villa und das Grundstück in Seeshaupt sowie
- Auskunft der Auftraggeberin hinsichtlich des Eintritts der Nacherbschaft per Email vom 19.04.2017.

Von der Einhaltung der Formvorschriften bei der Errichtung des Testaments durch die Erblasserin wird ausgegangen.

## **D. Die rechtliche Würdigung**

### **I. DER BEURTEILUNGSZEITPUNKT**

Der Erbfall und der Nacherbfall sind in den 1960er Jahren eingetreten. Daher ist das seinerzeit geltende (Erb-)Recht auf das Testament und seine Auslegung anzuwenden. Für die Feststellung des tatsächlichen Willens des Erblassers ist stets der Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung maßgeblich.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> BGHZ 112, 229, 233 = NJW 1991, 169; BayObLG FamRZ 1995, 1446 = NJW-RR 1996, 1351; Damrau/Tanck/Seiler-Schopp/Rudolf, § 2084 Rn. 12.

Allerdings ist § 133 BGB über die Jahrzehnte unverändert geblieben. Heute wie vor über fünfzig Jahren gilt, dass bei der Interpretation von Willenserklärungen der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen ist, ohne am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Es ist zu ermitteln, was der Erklärende mit seinen Worten sagen wollte, als er seine Erklärung abgegeben hat. Damit sind Aufgabe und Ziel jeder Testamentsauslegung abgesteckt: Es gilt, den wahren Willen des Erblassers zu ermitteln und ihm soweit möglich zum Erfolg zu verhelfen. Ziel der Auslegung im Erbrecht ist es aber nicht, denjenigen Willen des Erblassers zu ermitteln, der innerlich unerklärt geblieben ist. Es geht vielmehr um die Ermittlung des erklärten Willens des Erblassers.<sup>2</sup>

## II. DIE TESTAMENTARISCHEN ANORDNUNGEN

### 1. Die Erbeinsetzung

Zunächst ist zu klären, ob die Rechtsanwaltskammer für den Oberlandesgerichtsbezirk München zur Erbin berufen worden ist und sie das Erbe angenommen hat, mithin tatsächlich Erbin der in Rede stehenden Immobilie geworden ist. Im Testament ist eine gestaffelte Erbeinsetzung vorgenommen worden. Zur „Alleinerbin“ ist Frau Karin von Dehn eingesetzt worden, aber nur als „Vorerbin“. Der Nacherbfall soll mit ihrem Tod eintreten.

Die Vor- und die Nacherbschaft werden als Erbeinsetzung in der Weise definiert, dass jemand erst Erbe wird, „nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist“ (§ 2100 BGB). Es sind somit zwei Erbgänge zu unterscheiden: Mit dem Eintritt des Erbfalls (= Vorerbfall) fällt die Erbschaft zunächst an den Vorerben, von dem sie nach dem Eintritt eines vom Erblasser vorgesehenen Ereignisses oder Zeitpunktes (= Nacherbfall) an den Nacherben übergeht, § 2139 BGB. Der Nacherbe wird also weder bereits mit dem Erbfall Erbe, noch beerbt er den Vorerben. Vielmehr sind sowohl Vor- als auch Nacherbe Erben des Erblassers, der nacheinander beerbt wird.

Es stellt sich die Frage, ob die Erblasserin in ihrem Testament tatsächlich Vor- und Nacherbschaft anordnen, oder Frau von Dehn lediglich ein Nießbrauchsvermächtnis (§ 1089 BGB) zuwenden wollte, zumal beide Rechtsstellungen von ihrem wirtschaftlichen Ergebnis her Ähnlichkeiten aufweisen.<sup>3</sup>

Das maßgebliche Abgrenzungskriterium besteht in dem Umfang des Rechts des Bedachten zur Verfügung über die Substanz des Nachlasses.<sup>4</sup> Für die Vorerbschaft spricht es, wenn der Erblasser dem

<sup>2</sup> BGH NJW 1993, 256; BayObLG ZEV 1994, 377, 378; *Lange*, Kap. 9 Rn. 1 ff.

<sup>3</sup> Dazu *Horn* in *Horn/Kroiß*, § 8 Rn. 24.

<sup>4</sup> BGH BeckRS 1951, 31397621; *Bamberger/Roth/Litzenburger*, § 2100 Rn. 31.

Bedachten „über die Nutzung hinaus eine dem Eigentümer gleichkommende Stellung hat zuwenden wollen“ und dieser „für einen bestimmten Zeitraum, wenn auch unter gewissen Einschränkungen, eigenverantwortlich Herr des Nachlasses“ sein soll.<sup>5</sup> Da einem Nießbrauchsberechtigten die Veräußerung von Nachlassgegenständen nicht gestattet ist, weist namentlich eine im Testament eingeräumte Veräußerungsbefugnis auf die (befreite) Vorerbschaft hin.<sup>6</sup>

Hier ist unklar, welche Befugnisse Frau von Dehn konkret haben sollte. Einerseits wurde sie als „Erbin“ bezeichnet, was für eine umfassende Rechtsstellung spricht. Andererseits sollte sie „auf Lebensdauer den Grundbesitz in der gewohnten Weise weiter nutzen und betreuen“. Damit ist wohl nur ein für den Nießbrauch typisches Nutzungsrecht (vgl. § 1030 Abs. 1 BGB) gemeint und nicht etwa auch das Recht zur Veräußerung, was auch dem weiter oben im Testament geäußerten „Wunsch“ der Erblasserin widersprochen hätte.

Im Ergebnis kann die Frage aber offen bleiben, da spätestens mit dem Tod Frau von Dehns die Erbschaft der Rechtsanwaltskammer angefallen war, sie die Erbschaft sodann angenommen hatte und die Rechtsanwaltskammer spätestens zu diesem Zeitpunkt Alleinerbin geworden war.

## **2. Die sog. Auflage**

### **a) Begriff und Indizien**

Die Erblasserin hat es der Rechtsanwaltskammer für den Oberlandesgerichtsbezirk München als Erbin „zur Auflage (gemacht d. V.), meinen Grundbesitz in Seeshaupt zu einem Heim zu gestalten, welches vorwiegend Angehörigen der Anwaltsberufe zur Erholung, Alterssicherung und ähnlichen Zwecken dienen soll.“ Es stellt sich die Frage, ob damit tatsächlich eine Auflage iSv. §§ 1940, 2192 ff. BGB gemeint ist, denn häufig wird der Begriff der Auflage in letztwilligen Verfügungen in einem nichtjuristischen Sinne verstanden.

Mittels einer Auflage kann der Erblasser Erben oder Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne dabei einem anderen ein Recht auf diese Leistung zuwenden zu müssen (§§ 1940, 2194 BGB). Die Auflage begründet kein Forderungsrecht des Begünstigten gegen den Beschwerten und setzt nicht einmal die Existenz eines Begünstigten oder das Vorliegen einer Zuwendung voraus. Bei ihr steht nicht die Zuwendung, sondern die Verpflichtung des Beschwerten im

<sup>5</sup> BayObLG Rpfleger 1981, 64.

<sup>6</sup> BGH BeckRS 1951, 31397621.

Vordergrund. Die Rechtsstellung, die der Begünstigte erlangt, ist daher nicht vererblich.<sup>7</sup>

Hier könnte die Erblasserin die Rechtsanwaltskammer als Erbin mit der Auflage beschwert haben, den Nachlass zweckgebunden einzusetzen. Allerdings könnte es sich auch lediglich um einen unverbindlichen Wunsch oder eine Bitte handeln. Zu denken wäre auch an eine Bedingung, von der die testamentarische Begünstigung abhängig ist.

Ein Indiz zugunsten einer Auflage ist es, wenn der Erblasser den Zugriff Dritter verhindern wollte. Soll der Begünstigte nicht selbst berechtigt sein, damit andere nicht mittels Pfändung an die Leistung herankommen können, so spricht dies für das Vorliegen einer Auflage. Hierfür streitet allenfalls der Hinweis im Testament, wonach der „genannte Grundbesitz der Spekulation entzogen“ werden solle. Ebenfalls deutet es auf eine Auflage hin, wenn der Erblasser mit der Anordnung die Verwirklichung eines bestimmten Zwecks anstrebt.<sup>8</sup> Dies wäre mit Blick auf den geäußerten „Wunsch“ hier möglicherweise der Fall. Hat der Erblasser die begünstigte Person nicht genau bezeichnet, liegt hierin ebenfalls ein Indiz für eine Auflagenbegünstigung, denn nicht die Zuwendung, sondern die Verpflichtung des Beschwerten steht im Vordergrund.<sup>9</sup> Hier ist ein nicht genau abgrenzbarer Kreis begünstigter Personen testamentarisch in Form der „Angehörigen der Anwaltsberufe“ bezeichnet worden.

Damit sind im Ergebnis zwar einige Indizien vorhanden, die die Anordnung einer Auflage iSv. §§ 1940, 2192 BGB nahelegen; allerdings kommt man um eine genauere Untersuchung und Abgrenzung nicht umhin.

## **b) Abgrenzung**

### *aa) Auflage oder Wunsch?*

Gegenstand der Auflage ist eine Verpflichtung zur Leistung, die von einem bloßen Wunsch oder einer Bitte des Erblassers abzugrenzen ist. Einerseits spricht die Erblasserin zunächst lediglich davon, dass es „vor allem mein Wunsch (ist, d.V.), daß der ehemals v. Pettenkofer'sche Grundbesitz in Seeshaupt erhalten bleibt, daß dortselbst das Andenken an Pettenkofer und meinen Mann Justizrat Dr. Max Gaenssler, gepflegt wird und daß der genannte Grundbesitz der Spekulation entzogen wird und einem edlen Zweck zugeführt wird.“

<sup>7</sup> KG ZEV 1998, 306; *Lange*, Kap. 7 Rn. 20; *Muscheler*, Kap. 10 Rn. 2683.

<sup>8</sup> *Kipp/Coing*, § 64 I 2; *Lange/Kuchinke*, § 30 I 3; *Muscheler*, Kap. 10 Rn. 2666 f.

<sup>9</sup> *R. Kössinger* in *Nieder/Kössinger*, § 9 Rn. 103; *Damrau/Seiler-Schopp*, § 1940 Rn. 2; *Vorwerk*, ZEV 1998, 297.

Andererseits wird sie an anderer Stelle deutlich konkreter, wenn es um die testamentarischen Vorgaben für die Rechtsanwaltskammer als Nacherbin geht. Dort heißt es: „Dem Nacherben mache ich zur Auflage, meinen Grundbesitz in Seeshaupt zu einem Heim zu gestalten, welches vorwiegend Angehörigen der Anwaltsberufe zur Erholung, Alterssicherung und ähnlichen Zwecken dienen soll.“

Diese doch recht strikten Vorgaben sprechen tendenziell gegen einen unverbindlichen Wunsch oder einen bloßen Appell der Erblasserin und für die Anordnung einer Auflage.<sup>10</sup> Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass § 2192 BGB nicht auf §§ 2162 u. 2163 BGB verweist. Die Bestimmungen über die zeitlichen Grenzen gelten für die Auflage gerade nicht, da der Gesetzgeber eine der Stiftung ähnliche Dauerwirkung ermöglichen wollte.<sup>11</sup> Dies entspricht durchaus den letztwillig geäußerten Zielen der Erblasserin, die Immobilie dauerhaft zu erhalten und dort das Andenken pflegen zu lassen.

Fraglich ist aber, wie der Umstand, dass sowohl die Nacherbin als auch die Ersatznacherbin die Immobilie jederzeit verkaufen dürfen mit der Annahme in Einklang zu bringen ist, es liege eine Auflage und nicht nur eine Bitte vor. Denn durch den Verkauf würde die angestrebte Zweckverfolgung, jedenfalls was den Entzug der Spekulation und die Pflege des Andenkens betrifft, vereitelt. Allerdings legt die Erblasserin für diesen Fall der Veräußerung einen Verwendungszweck des Verkaufserlöses fest, der im Wesentlichen für wissenschaftliche Zwecke Verwendung finden soll.

Für eine Auflage als einer Verpflichtung ohne Rechtszuwendung spricht hier somit, dass es der Erblasserin darauf ankam, dass nach ihrem Tod mit der Immobilie tatsächlich in ihrem Sinne verfahren wird, dass sie einen bestimmten Nutzungszweck verfolgt wissen wollte und dass diesem dauerhaft nachgekommen werden sollte. Ggf. sollte der Verkaufserlös entsprechend verwendet werden.

Es ging der Erblasserin somit wohl um eine rechtliche Verpflichtung. Die Nutzung sollte nicht im freien Belieben der Erbin stehen; selbst die Universität München sollte den Verkaufserlös zweckgebunden verwenden. Zusammen mit dem Wortlaut, der von „Auflage“ spricht, liegen somit einige gewichtige Indizien vor, die für die Anordnung einer Auflage iSv. §§ 1940, 2192 ff. BGB streiten. Die Erblasserin gibt etwas und will, dass etwas geschieht.

---

<sup>10</sup> Vgl. *Edenfeld*, ZEV 2004, 141.

<sup>11</sup> Prot. V S. 243, 308; *Bamberger/Roth/Müller-Christmann*, § 2192 Rn. 8; weiterführend *Damrau/Tanck/Daragan*, § 2194 Rn. 6 ff.



### *bb) Auflage oder Bedingung?*

Die Auflage ist ferner von einer bedingten Zuwendung abzugrenzen. Der Unterschied liegt darin, dass zwar dem Begünstigten in beiden Fällen kein Erfüllungsanspruch zusteht, dass aber erst die Erfüllung der Leistungsverpflichtung die dadurch bedingte Zuwendung beim Beschwerten entstehen lässt. Demgegenüber entsteht bei der Auflage die Verpflichtung sofort und unbedingt, sofern der Beschwerte die ihm zugedachte Zuwendung nicht ausschlägt.<sup>12</sup>

Hier spricht nur wenig dafür, dass die Erbeinsetzung der Rechtsanwaltskammer unter einer (auflösenden) Bedingung erfolgt sein soll. So ist schon fraglich, ob eine so bedingte Erbeinsetzung überhaupt möglich ist. Ferner spricht nichts für eine bloße Vorläufigkeit der Erbeinsetzung, zumal nur der Fall der Ausschlagung durch die Ersatzerbenberufung geregelt ist, nicht jedoch derjenige der Vereitelung einer möglichen Bedingung. Das Auslegungsergebnis wird mittelbar durch die Anweisung gestärkt, wonach das nach Erfüllung der Verbindlichkeiten und der Vermächtnisse vorhandene Nachlassvermögen „zur Hälfte bei Eintritt des Nacherbfalls auf den Nacherben übergehen soll“ und sodann bei ihm verbleibt.

### **c) Begünstigte Personen**

Ab dem Erbfall begründet eine Auflage ein erbrechtliches Dreipersonenverhältnis zwischen dem Beschwerten als Verpflichtetem aus der Auflage, dem Begünstigten, der die Leistung vom Beschwerten aber nicht fordern kann, und einem Dritten, der die Vollziehung der Auflage verlangen kann, nicht an sich, sondern an den Begünstigten.<sup>13</sup>

Der Kreis der auflagebegünstigten Personen ist hier nur vage mit „vorwiegend Angehörige der Anwaltsberufe“ umschrieben, denen das Heim zugutekommen soll. Weshalb ist von mehreren Anwaltsberufen die Rede; findet eine örtliche Beschränkung des Personenkreises statt oder nicht; was ist mit der einschränkenden Formulierung „überwiegend“ gemeint?

Mit Blick auf § 2193 BGB steht dies einer testamentarischen Auflagenbestimmung nicht grundsätzlich entgegen, da bei der Auflage kein Anspruch des Begünstigten begründet wird und damit das Bedürfnis nach Festlegung von Person und Gegenstand durch den Erblasser gering ist.<sup>14</sup> Die Bestimmung der Begünstigten kann sogar dem

<sup>12</sup> R. Kössinger in Nieder/Kössinger, § 9 Rn. 104.

<sup>13</sup> Ebenroth, Rn. 501–506; Lange, Kap. 7 Rn. 28; NK-BGB/J. Mayer, Vor §§ 2192–2196 Rn. 4.

<sup>14</sup> Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 2193 Rn. 1; jüngst OLG München ZErB 2017, 115, 117.

Beschwerten selbst überlassen werden (§ 2193 Abs. 1 Var. 1 BGB). Hier wird man wohl annehmen können, dass der Rechtsanwaltskammer für den Oberlandesgerichtsbezirk München als der durch die Auflage beschwerten Erbin das Recht eingeräumt worden ist, diejenigen Personen aus dem Kreis der „Angehörigen der Anwaltsberufe“ selbst auswählen zu dürfen, die in den Genuss der Nutzung der Immobilie gelangen sollen. Eine solche Auslegung erscheint lebensnah und praxistauglich zu sein. Die Rechtsanwaltskammer trifft sodann ihre Bestimmung aus dem Kreis der „Angehörigen der Anwaltsberufe“ durch die tatsächliche Auflagenerfüllung selbst, wobei im Einzelfall sogar andere Personen berücksichtigt werden dürfen („vorwiegend“).

#### **d) Vollziehungsberechtigte Personen**

##### *aa) Bestimmung durch Erblasserin und vollzugsberechtigter Begünstigter*

Zu klären ist ferner, wer den Anspruch auf Vollziehung der Auflage besitzt. Der Personenkreis ist in § 2194 BGB geregelt, wobei dem Erblasser das Recht zusteht, den Kreis der Vollziehungsberechtigten zu erweitern, etwa um einen vor ihm eingesetzten Testamentsvollstrecker.<sup>15</sup> Hiervon hat die Erblasserin keinen Gebrauch gemacht; einen Vollziehungsberechtigten hat sich nicht bestimmt.

Umstritten ist, ob der von der Auflage Begünstigte selbst vollzugsberechtigt sein kann. Richtigerweise hat er nach § 1940 BGB keinen Anspruch auf die Vollziehung der Auflage und kann sich diesen auch nicht auf dem Umweg über das Klagerecht des § 2194 BGB verschaffen.<sup>16</sup> Folgt man dieser Auffassung nicht, muss gleichwohl beachtet werden, dass nach dem obigen Auslegungsergebnis die begünstigten Personen aus dem Kreis der „Angehörigen der Anwaltsberufe“ von der Beschwerten Rechtsanwaltskammer ausgewählt werden sollen.<sup>17</sup> Nach diesem Verständnis der testamentarischen Anordnung kann also nicht jeder Rechtsanwalt von der Rechtsanwaltskammer Auflagenerfüllung verlangen.

##### *bb) Wegfallbegünstigte*

Damit sind die sog. Wegfallbegünstigten zu überprüfen, die ebenfalls zum Kreis der vollziehungsberechtigten Personen zählen. Allerdings ist

<sup>15</sup> Kipp/Coing, § 64 IV. 4; Soergel/Dieckmann § 2194 Rn. 6.

<sup>16</sup> Str.; wie hier u.a. Damrau/Tanck/Daragan, § 2194 Rn. 19; Soergel/Dieckmann, § 2194 Rn. 7; Ebenroth, Rn. 508 a.E.; Lange, Kap. 7 Rn. 29; Vorwerk, ZEV 1998, 297 f.; wohl auch Palandt/Weidlich, § 2194 Rn. 2. A.A. OLG Karlsruhe ZEV 2004, 331 mit Anm. J. Mayer; Muscheler, Kap. 10 Rn. 2681; MünchKomm-BGB/Rudy, § 2194 Rn. 3.

<sup>17</sup> Siehe oben D. II. 2 c).

hier nicht ohne weiteres erkennbar, wem der Wegfall der mit der Auflage zunächst beschwerten Nacherbin (Rechtsanwaltskammer für den Oberlandesgerichtsbezirk München) unmittelbar zustattenkommen würde iSv. § 2194 S. 1 BGB.

Die Universität München ist von der Erblasserin als Ersatz(nach)erbin (§ 2096 BGB) berufen worden und zählt in dieser Eigenschaft grundsätzlich zum Kreis der in § 2194 S. 1 BGB genannten Vollziehungsberechtigten.<sup>18</sup> Ausdrücklich ist ihre Ersatzerbenberufung nur für den Fall angeordnet worden, dass die Nacherbin die ihr angefallene Erbschaft ausschlägt, was nicht geschehen ist. Es stellt sich daher die Folgefrage, ob die Einsetzung als Ersatz(nach)erbin in ergänzender Auslegung für jeden Fall des Wegfalls angeordnet sein soll. Hierfür spricht, dass eine Rechtsanwaltskammer als Körperschaft nicht versterben oder für erbunwürdig erklärt werden kann, weshalb die Erblasserin kein weiteres Regelungsbedürfnis gesehen haben könnte. Versteht man die Einsetzung daher als für jede mögliche Art des Wegfalls angeordnet, so wäre die Universität München als Wegfallbegünstigte vollziehungsberechtigt iSv. § 2194 S. 1 BGB.

Eine solche Interpretation führte aber zu dem Ergebnis, dass eine Institution mit einem Anspruch auf Vollziehung betraut worden wäre, die keinerlei Interesse am Vollzug hätte, denn die (Nach)Erbin kann nicht wegfallen und die Ersatz(nach)erbin folglich nicht aufrücken. Selbst wenn die auflagenbeschwerte Rechtsanwaltskammer ihrer Verpflichtung zur Erfüllung der Auflage einmal schuldhaft nicht nachkommen sollte, so hat die vollziehungsberechtigte Universität zudem keinen Anspruch auf Schadenersatz.<sup>19</sup> Mit der Entscheidung für die Auflage hat die Erblasserin zum Ausdruck gebracht, dass ihr die Einklagbarkeit durch den Begünstigten unwichtig war, denn sonst hätte sie ein Vermächtnis angeordnet.

Im Übrigen wäre bei den möglichen Vollziehungsberechtigten grundsätzlich an Miterben oder weitere testamentarische (Ersatz-)Erben zu denken, die hier aber allesamt nicht berufen bzw. bestimmt worden sind. Dann kommen als Wegfallbegünstigte gem. § 2194 S. 1 BGB nur noch die gesetzlichen Erben Elsa Gaenssler in Betracht, einschließlich des Fiskus nach § 1936 BGB.

#### *cc) Öffentliches Interesse am Vollzug*

Ferner könnte ein Fall des § 2194 S. 2 BGB vorliegen, sollte die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse liegen. Dies ist

<sup>18</sup> NK-BGB/J. Mayer, § 2194 Rn. 3; Palandt/Weidlich, § 2194 Rn. 2.

<sup>19</sup> Mot. V S. 215; Soergel/Dieckmann, § 2194 Rn. 9; Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 2195 Rn. 4; Palandt/Weidlich, § 2194 Rn. 1.

regelmäßig dann der Fall, wenn die Auflage einem gemeinnützigen Zweck dient, was hier nicht zutrifft.<sup>20</sup>

Ein öffentliches Interesse besteht ferner, wenn die Auflagenvollziehung einem Zweck dienen soll, den zu fördern eine staatliche Aufgabe ist oder eine Aufgabe einer sonstigen juristischen Person des öffentlichen Rechts darstellt.<sup>21</sup> Ob dies der Fall ist, hat die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen. Die Zuständigkeit ergibt sich aus Landesrecht; hier grundsätzlich aus Art. 69 BayAGBGB. Fälle der Vollziehung durch eine Behörde spielen in der Praxis kaum eine Rolle.

Ein öffentliches Interesse an der Aufлагerefüllung leuchtet hier nicht recht ein. Zum einen geht es der Erblasserin darum, den Grundbesitz der Spekulation zu entziehen und ihn zum anderen einem „edlen Zweck“ zuzuführen. Der Entzug der Spekulation dient für sich genommen keinem öffentlichen Zweck. Der „edle Zweck“ wird im Testament umschrieben als ein Heim, welches „zur Erholung, Alterssicherung und ähnlichen Zwecken dienen soll“.

Vertritt man nun die Auffassung, zu den Aufgaben einer Rechtsanwaltskammer gehöre die Nothilfe für ihre notleidenden Mitglieder, obwohl es sich dabei nicht um eine in § 73 Abs. 2 BRAO genannte Aufgabe des Vorstands handelt, müsste man weiter darlegen, dass darin ein mit „Erholung“ und „Alterssicherung“ vergleichbarer Zweck liege, was sich vielleicht noch begründen ließe. Sodann müsste man weiter den Standpunkt vertreten, es handele sich dabei zugleich um einen öffentlichen Zweck, etwa weil die Rechtsanwaltskammer eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist (§ 62 Abs. 1 BRAO). Bejahte man auch dies, so wäre die staatliche Aufsicht (§ 62 Abs. 2 S. 1 BRAO) durch den Präsidenten des OLG München aufgerufen,<sup>22</sup> die sich auf eine Rechtsaufsicht beschränkt. Dazu heißt es in § 62 Abs. 2 S. 2 BRAO: „Die Aufsicht beschränkt sich darauf, dass Gesetz und Satzung beachtet, insbesondere die der Rechtsanwaltskammer übertragenen Aufgaben erfüllt werden.“ Ob die Aufgabenerfüllung der Nothilfe aber gerade durch die Aufлагenerfüllung zu erfolgen hat, wäre dann noch weiter zu untersuchen.

Man müsste also schon sehr weit gehen, um überzeugend darlegen zu können, dass im zu begutachtenden Fall die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse liegt. Man könnte dabei jedenfalls nicht argumentieren, die Auflagenvollziehung liege deshalb im öffentlichen

---

20 Damrau/Tanck/*Daragan*, § 2194 Rn. 16.

21 BGHZ 121, 357 = MittRhNotK 1993, 229; NK-BGB/*J. Mayer*, § 2194 Rn. 11; Staudinger/*Otte*, § 2194 Rn. 10.

22 Verordnung zur Übertragung von Befugnissen der Landesjustizverwaltung nach § 224 BRAO vom 12.09.2007, GVBl 2007, S. 654.