

Fachhochschule für
Verwaltung und Rechtspflege Berlin

- University of Applied Sciences -



Fachbereich 2 (Rechtspflege)

Heft 63

2007

Janine Wischalla

Immobilienschenkungen an
Minderjährige

Beiträge aus dem Fachbereich 2

Janine Wischalla

Immobilienschenkungen an Minderjährige

Beiträge aus dem Fachbereich 2
der Fachhochschule für Verwaltung und Rechtspflege Berlin

| | |
|-------------|---|
| Herausgeber | Dekan des Fachbereichs 2 Alt-Friedrichsfelde 60, 10315 Berlin Telefon: (0 30) 90 21 44 21, Fax: (0 30) 90 21 44 25 E-Mail: c.seim@fhvr-berlin.de |
| © copyright | Bei den jeweiligen Autorinnen und Autoren. |
| Nachdruck | Mit Quellenhinweis gestattet. Belegexemplar erwünscht. |
| ISBN | 978-3-940056-15-3 |

Inhaltsverzeichnis

| | <u>Seite:</u> |
|--|--------------------|
| Inhaltsverzeichnis | I – IV |
| Abkürzungsverzeichnis | V – VI |
| Literaturverzeichnis Kommentare | VII - VIII |
| Literaturverzeichnis Lehrbücher/Sachbücher | VIII |
| Literaturverzeichnis Beiträge | VIII - XIII |
| Vorwort | 1 |
| A. Schenkung von Immobilien | 3 |
| I. Schenkung als Verpflichtungsgeschäft | 3 |
| II. Zuwendung | 3 |
| III. Auflassung | 4 |
| B. Vertretung | 5 |
| I. Grundsatz | 5 |
| 1. Erforderlichkeit der Vertretung | 5 |
| 2. Arten der gesetzlichen Vertreter | 5 |
| II. Vertretungsausschlüsse | 6 |
| 1. § 181 BGB | 6 |
| 2. § 1795 BGB | 7 |
| 3. Grundsatz der Gesamtvertretung | 8 |
| 4. Rechtsfolgen | 8 |
| III. Ausnahmen von Vertretungsausschlüssen | 9 |
| 1. Gestattung | 9 |
| 2. Lediglich rechtlicher Vorteil des Rechtsgeschäfts | 10 |
| 3. Erfüllung einer Verbindlichkeit | 13 |
| a) Grundsatz des Abstraktionsprinzips | 14 |
| b) Durchbrechung des Abstraktionsprinzips .. | 15 |

II

| | |
|--|-----------|
| c) Eingeschränkte Durchbrechung des Abstraktionsprinzips | 16 |
| d) Teleologische Reduktion des § 181 BGB ... | 18 |
| e) Beschränkung von § 181 BGB auf Verbind- lichkeiten des Vertretenen | 21 |
| C. Handlung eines beschränkt Geschäftsfähigen | 22 |
| D. Prüfungspflicht des Grundbuchamtes | 23 |
| I. gesetzlicher Vertreter | 23 |
| II. gesetzliche Vertretungsmacht | 24 |
| III. gerichtliche Genehmigung | 24 |
| E. Der lediglich rechtliche Vorteil bei Immobilienschenkungen | 27 |
| I. Begriff | 27 |
| II. unbelastetes Grundstück | 28 |
| 1. öffentliche Grundstückslasten | 28 |
| a) gewöhnliche öffentliche Grundstückslasten | 28 |
| aa) öffentliche Lasten als Folge des öffentlichen Rechts | 28 |
| bb) öffentliche Lasten als Inhalt des Eigentums | 29 |
| cc) öffentliche Lasten als unerhebliches Gefährdungspotential | 30 |
| dd) Positionierung | 31 |
| b) außergewöhnliche öffentliche Grund- stückslasten | 32 |
| 2. unbelasteter Grundstücksbruchteil | 34 |
| 3. Überbbau- und Notwegrenten | 34 |
| III. unbelastetes Wohnungseigentum | 35 |
| 1. Eintritt in die Gemeinschaftsordnung | 35 |
| 2. Eintritt in den Verwaltervertrag | 37 |
| 3. Ergebnis | 39 |
| IV. unbelastetes Erbbaurecht | 40 |
| V. Belastete Immobilien | 41 |
| 1. Abteilung III des Grundbuches | 41 |
| a) Grundpfandrechte | 41 |
| aa) Grundsatz | 41 |

III

| | |
|--|-----------|
| bb) abweichende Ansichten | 42 |
| cc) Kosten der Zwangsvollstreckung | 43 |
| dd) Zwangsverwaltung | 44 |
| b) Vormerkung | 44 |
| 2. Abteilung II des Grundbuches | 44 |
| a) Erbbaurecht | 44 |
| b) Nießbrauch | 45 |
| c) beschränkte persönliche Dienstbarkeit | 47 |
| aa) Grundfall | 47 |
| bb) Wohnungsrecht | 47 |
| d) Grunddienstbarkeit | 48 |
| e) beim Wohnungseigentum: | |
| Dauerwohn- und Dauernutzungsrechte | 48 |
| f) Reallast | 48 |
| aa) bei Grundstück, Wohnungseigentum | 48 |
| bb) Erbbauzinsreallast | 49 |
| g) Vorkaufsrecht | 50 |
| h) Vormerkung für Rechte der Abt. II | 51 |
| i) Auflassungsvormerkung | 51 |
| VI. Miet- und Pachtverhältnisse | 51 |
| 1. Grundsatz | 51 |
| 2. Vermietung im Zusammenhang mit einem Nießbrauch | 53 |
| VII. Belastung im Zusammenhang mit dem Erwerb | 55 |
| 1. Erwerb mit gleichzeitigem Vollzug der dinglichen Belastung | 55 |
| 2. Vollzug der dinglichen Belastung erst nach dem Erwerb | 57 |
| 3. Vollmachtserteilung zur Belastung | 57 |
| VIII. Übernahme persönlicher Verbindlichkeiten | 58 |
| IX. Schenkung unter dem Vorbehalt der Rückforderung | 59 |
| 1. gesetzlich | 59 |
| 2. vertraglich | 59 |
| X. Schenkung mit Ausgleichs- und Pflichtteilsbeschränkungen | 61 |
| 1. Ausgleichsbestimmungen | 61 |
| 2. Pflichtteilsanrechnung | 61 |

| | |
|---|------------|
| F. Folgen des rechtlichen Nachteils | 63 |
| I. Kind handelte selbst | 63 |
| II. Eltern handelten | 63 |
| | |
| G. Familien- oder vormundschaftsgerichtliche Genehmigungen | 64 |
| I. Verpflichtungsgeschäft | 64 |
| 1. Grundsatz bei Immobilienschenkungen | 64 |
| 2. Besonderheiten | 65 |
| a) Übernahme persönlicher Verbindlichkeiten | 65 |
| b) vertragliches Rückforderungsrecht | 65 |
| c) Reallast | 66 |
| II. Erfüllungsgeschäft | 66 |
| III. Belastung der Immobilie | 67 |
| IV. Vollmacht für Belastung | 67 |
| V. Absehen von einer gerichtlichen Genehmigung | 68 |
| | |
| Schlusswort | 70 |
| | |
| Erklärung | XIV |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|----------|--|
| a.A. | andere Ansicht |
| a.a.O. | am angegebenen Ort |
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| a.E. | am Ende |
| Alt. | Alternative |
| Anm. | Anmerkung |
| Az. | Aktenzeichen |
| BayObLG | Bayerisches Oberstes Landesgericht |
| BayObLGZ | Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI. I | Bundesgesetzblatt Teil I |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen |
| BWNotZ | Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg |
| bzw. | beziehungsweise |
| DNotZ | Deutsche Notar-Zeitschrift |
| ErbbauVO | Erbbauverordnung |
| FamRZ | Zeitschrift für das gesamte Familienrecht |
| f(f). | folgend(e) |
| Fußn. | Fußnote |
| GBO | Grundbuchordnung |
| gem. | gemäß |
| Halbs. | Halbsatz |
| i.S.v. | im Sinne von |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| JA | Juristische Arbeitsblätter |
| JR | Juristische Rundschau |
| Jura | Jura (Zeitschrift) |
| jurisPK | Juris Praxiskommentar |
| JuS | Juristische Schulung |
| JZ | Juristenzeitung |
| LG | Landgericht |
| LMK | Lindenmaier-Möhring, Kommentierte Rechtsprechung |

VI

| | |
|------------|--|
| LPartG | Lebenspartnerschaftsgesetz |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht |
| MittBayNot | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins |
| MittRhNotK | Mitteilungen der Rheinischen Notar-Kammer |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-RR | NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht |
| NotBZ | Zeitschrift für die notarielle Beurkundungspraxis |
| Nr. | Nummer |
| OLG | Oberlandesgericht |
| OLGR | OLG-Report: Zivilrechtsprechung der Oberlandesgerichte |
| RG | Reichsgericht |
| RGZ | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| Rn. | Randnummer |
| RNotZ | Rheinische Notarzeitschrift |
| Rpfleger | Der Deutsche Rechtspfleger |
| RPfJJB | Rechtspfleger-Jahrbuch |
| RpflStud. | Rechtspfleger-Studienhefte |
| S. | Satz |
| u.a. | unter anderem |
| vgl. | vergleiche |
| WEG | Wohnungseigentumsgesetz |
| WPM | Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZEV | Zeitschrift für Erbrecht u. Vermögensnachfolge |
| ZfIR | Zeitschrift für Immobilienrecht |
| ZMR | Zeitschrift für Miet- und Raumrecht |
| ZNotP | Zeitschrift für die NotarPraxis |
| ZPO | Zivilprozessordnung |

Literaturverzeichnis

Kommentare:

Bärman/Pick/Merle, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz, 9. neubearbeitete Auflage, 2003

zitiert als: Bärman/Pick/Merle – Bearbeiter, § ... Rn.

Bauer/von Oefele, Kommentar zur Grundbuchordnung, 2. Auflage, 2006

zitiert als: Bauer/von Oefele – Bearbeiter, AT ... Rn.

Demharter, Grundbuchordnung, 25. Auflage, 2005

zitiert als: Demharter, § ... Rn.

Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage, 2004

zitiert als: Erman - Bearbeiter § ... Rn.

Jauernig, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage, 2004

zitiert als: Jauernig BGB, Bearbeiter, § ... Rn.

juris Praxiskommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1, 3. Auflage, 2006

zitiert als: jurisPK – Bearbeiter, § ... Rn.

Meikel, Kommentar zum Grundbuchrecht, 9. Auflage, 2003

zitiert als: Meikel - Bearbeiter, § ... Rn.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,

Band 1 / Teilband 1: 5. Auflage, 2007; im Übrigen: 4. Auflage, 2004

zitiert als: MünchKomm/Bearbeiter, § ... Rn.

Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 66. Auflage, 2007

zitiert als: Palandt/Bearbeiter § ... Rn.

RGRK, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 12. Auflage, 1975 - 1999

zitiert als: RGRK - Bearbeiter, § ... Rn.

VIII

Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Auflage, 2004

zitiert als: Schöner/Stöber Rn.

Soergel/Siebert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Auflage, 2000

zitiert als: Soergel/Bearbeiter, § ... Rn.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (J. von Staudingers), 13. Auflage, 1993 ff.

zitiert als: Staudinger/Bearbeiter, § ... Rn.

Lehrbücher / Sachbücher:

Creifelds, Rechtswörterbuch, 18. Auflage, 2004

zitiert als: Creifelds, Stichwort „.....“.

Eickmann, Grundbuchverfahrensrecht, 3. Auflage, 1994

zitiert als: Eickmann, GBVerfR, Rn.

Musielak, Grundkurs BGB, 9. Auflage, 2005

zitiert als: Musielak, Grundkurs BGB, Rn.

Schellhammer, Familienrecht nach Anspruchsgrundlagen, 4. Auflage, 2006

zitiert als: Schellhammer, Familienrecht nach Anspruchsgrundlagen, Rn.

Beiträge:

Böttcher, „Vormundschaftsgerichtliche Genehmigungen im Grundstücksverkehr“

in:

RpflJB 1990, 193 - 219.

Böttcher, „Nachweis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung im Grundbuchverfahren“ in:

RpflStud. 1991, 73 - 77.

Böttcher, „Vertretungshindernisse im Grundstücksrecht“ in:
RpfIStud. 2003, 73 - 83.

Böttcher, „Abschied von der ‘Gesamtbetrachtung’ - Sieg des
Abstraktionsprinzips!“ in:
Rpfleger 2006, 293 – 299.

Bracker, Anmerkung zum Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 25.11.2004
in:
MittBayNot 2005, 412 – 413.

Buchholz, „Insichgeschäft und Erbausschlagung – Überlegungen zu einem
Problem des § 1643 II BGB“ in:
NJW 1993, 1161 – 1166.

Emmerich, Anmerkung zum Beschluss des Bundesgerichtshofes vom
25.11.2004 in:
JuS 2005, 457 – 460.

Ertels, „Entwicklungsstand und Entwicklungstendenzen des Grundbuchrechts
nach 80 Jahren Grundbuchordnung“ in:
Rpfleger 1980, 1 – 10.

Everts, Anmerkung zum Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 25.11.2004 in:
ZEV 2005, 69 – 70.

Everts, „Pflichtteilklauseln in Überlassungsverträgen mit minderjährigen
Erwerberrn“ in:
Rpfleger 2005, 180 – 181.

Feller, „Teleologische Reduktion des § 181 letzter Halbsatz BGB bei nicht
lediglich vorteilhaften Erfüllungsgeschäften“ in:
DNotZ 1989, 66 – 83.

Feller, „Zur Genehmigungsbedürftigkeit der Auflassung durch einen Minderjährigen“ in:

MittBayNot 2005, 413 - 414.

Feller, „Zur Genehmigungsbedürftigkeit des Erwerbs eines vermieteten und verpachteten Grundstücks durch einen Minderjährigen beim Bestehen eines Vorbehaltsnießbrauchs“ in:

MittBayNot 2005, 415 – 416.

Fembacher, „Grundstücksübergang an Minderjährige und Pflichtteilsanrechnung“ in:

MittBayNot 2004, 24 – 26.

Fembacher, Anmerkung zum Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 03.02.2005 in:

DNotZ 2005, 627 – 630.

Führ/Menzel, „Grundstücksschenkung des gesetzlichen Vertreters an Minderjährige“ in:

FamRZ 2005, 1729 f..

Gitter, Anmerkung zum Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 09.07.1980 in:

JR 1991, 283 – 285.

Gitter/Schmitt, „Die geschenkte Eigentumswohnung – BGHZ 78, 29“ in:

JuS 1982, 253 – 256.

Jahnke, Anmerkung zum Beschluss des OLG Celle vom 29.07.1976 (4 Wx 9/76) in:

NJW 1977, 960 – 961.

Jauernig, „Noch einmal: Die geschenkte Eigentumswohnung – BGHZ 78, 28“ in:

JuS 1982, 576 - 577.

Jerschke, „Ist die Schenkung eines vermieteten Grundstücks rechtlich vorteilhaft?“ in:

DNotZ 1982, 459 – 475.

Joswig, Anmerkung zum Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 25.11.2004 in:

ZfIR 2005, 292 – 293.

Kern, „Wesen und Anwendungsbereich des § 181 BGB – eine Problemdarstellung an Hand von Fällen -“ in:

JA 1990, 281- 285.

Klüsener, „Grundstücksschenkung durch die Eltern“ in:

Rpfleger 1981, 258 - 265.

Klüsener, „Vormundschaftsgerichtliche Genehmigungen im Liegenschaftsrecht“ in:

Rpfleger 1981, 461 - 469.

Köhler, „Grundstücksschenkung an Minderjährige – ein „lediglich rechtlicher Vorteil“? in:

JZ 1983, 225 – 230.

Krüger, „Grundstücksschenkungen an Minderjährige“ in:

ZNotP 2006, 202 – 207.

Lange, „Schenkungen an beschränkt Geschäftsfähige und § 107 BGB“ in:

NJW 1955, 1339 – 1343.

Lorenz, Anmerkung zum Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 25.11.2004 in:

LMK 2005, 25 – 26.

Otto, „Zu erwartende Entscheidungen des Bundesgerichtshofes auf Vorlagen nach § 28 Abs. 2 FGG und § 79 Abs. 2 GBO“ in:

Rpfleger 1979, 403 – 406.

Petersen, „Der Minderjährige im Schuld- und Sachenrecht“ in:
Jura 2003, 399 – 402.

Preuß, „Das für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäft“ in:
JuS 2006, 305 – 309.

Rastätter, „Grundstücksschenkungen an Minderjährige“ in:
BWNotZ 2006, 1 – 8.

Reiß, „Kann der Immobilienerwerb Minderjähriger sofort im Grundbuch vollzogen werden?“ in:
RNotZ 2005, 224 – 226.

Schmitt, „Der Begriff der lediglich rechtlich vorteilhaften Willenserklärung i.S. des § 107 BGB“ in:
NJW 2005, 1090 – 1093.

Schreiber, „Geschäftsfähigkeit“ in:
Jura 1991, 24 – 30.

Schreiber, „Zur Vollmachterteilung zum Abschluss von Grundstücksgeschäften mit Beteiligung Minderjähriger“ in:
NotBZ 2002, 128 – 133.

Sonnenfeld, Anmerkung zum Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 25.11.2004 in:
NotBZ 2005, 154 - 156.

Stürner, „Der lediglich rechtliche Vorteil“ in:
AcP 173 (1973), 402 – 449.

Stutz, „Der Minderjährige im Grundstücksverkehr“ in:
MittRhNotK 1993, 205 – 217.

XIII

Ultsch, „Gesamtbetrachtung oder konsequente Einhaltung des Trennungsprinzips?“ in:

Jura 1998, 524 – 528.

Westermann, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 10.11.1954 in:

JZ 1955, 244 – 245.

Wojcik, „Abschied von der Gesamtbetrachtung bei Schenkung an Minderjährige?“ in:

DNotZ 2005, 655 – 660.

Zorn, „Ein großzügiges Geschenk“ in:

RpflStud. 2000, 142 - 147.

Erklärung:

Ich erkläre hiermit, dass ich die vorstehende Arbeit selbständig und ohne Mithilfe anderer angefertigt habe. Die aus fremden Werken wörtlich oder sinngemäß übernommenen Gedanken sind unter Angabe der Quellen gekennzeichnet.

Helbra, den 12.03.2007

.....

Wischalla

Vorwort

Schenkungen sind als Causa der Übereignung eine beliebte Form der Grundstücksübertragung bei sich nahe stehenden Personen. Eine Schenkung ist ein Vertrag, durch den jemand aus seinem Vermögen einen anderen unentgeltlich bereichert (§ 516 BGB).¹ Bei der Immobilienschenkungen handelt es sich also um die unentgeltliche Übereignung von Grundstücken und deren wesentlichen Bestandteilen, von Erbbaurechten oder von Wohnungs- oder Teileigentum.

Fälle, bei denen nicht der Familie angehörenden Personen Grundbesitz unentgeltlich überlassen wird, sind wohl denkbar selten. Im Gegensatz dazu kommt es aber vor allem in Familien zur Schenkung von Grundstücken, Wohnungseigentum oder auch Erbbaurechten. Die unentgeltliche Überlassung von Grundbesitz innerhalb der Familie ist in der notariellen Praxis eine der häufigsten Fallgestaltungen im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge. Eine Eigentumsänderung ohne Änderung der wirtschaftlichen Zuordnung des überlassenen Objektes stellt hier oftmals das Ziel der schenkenden Personen dar. Sind bei so genannten Eltern- und Großelternschenken Minderjährige als Erwerber beteiligt, müssen die gesetzlichen Vertreter das Kind oder das Mündel vertreten. Ist aber der gesetzliche Vertreter selbst oder andere durch den Gesetzgeber bestimmte Personen am Rechtsgeschäft beteiligt, können Vertretungsausschlüsse bestehen. Ausnahmsweise kann die Frage der Vertretung dann ungeprüft bleiben, wenn ein beschränkt geschäftsfähiges Kind selbst handeln kann und das Rechtsgeschäft auch tatsächlich selbst vornimmt. Das ist gem. § 107 BGB dann möglich, wenn das Rechtsgeschäft lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Neben der Mitwirkungspflicht eines zur Vertretung Berechtigten bei einem nicht lediglich rechtlichen Vorteil, können Genehmigungserfordernisse als Voraussetzung eines wirksamen Rechtsgeschäfts hinzukommen.

Das Grundbuchamt hat bei einer Eigentumsumschreibung gem. § 20 GBO die Auflassung zu prüfen. In diesem Zusammenhang sind auch die Vertretung und das Vorliegen von Genehmigungstatbeständen zu prüfen. Das Verpflichtungs-

¹ Creifelds, Stichwort „Schenkungen“.

geschäft wird ausnahmsweise nur dann geprüft, wenn dem Grundbuchrechtspfleger offensichtliche Mängel auffallen (Legalitätsprinzip) oder die Eintragung einer Auflassungsvormerkung erfolgen soll. Aus diesem Grunde sind die hier folgenden, wissenschaftlich zu begutachtenden Fallkonstellationen nicht nur für das Familien- und Vormundschaftsgericht, sondern auch für das Grundbuchamt von entscheidender praktischer Bedeutung.

Im Folgenden steht aus Erleichterungsgründen bei Personenbezeichnungen die maskuline Bezeichnung auch für die feminine Form.

A Schenkung von Immobilien

I Schenkung als Verpflichtungsgeschäft

Die Schenkung ist ein zweiseitiger Vertrag, bei dem die Vermögensmehrung auf der einen Seite der Vermögensminderung auf der anderen Seite entsprechen muss. Die Abgrenzung zu anderen Verpflichtungsgeschäften (z.B. Kauf) kann schwierig sein, wenn Merkmale einer gemischten Schenkung (negotium mixtum cum donatione) vorliegen. Hierbei ist das Rechtsgeschäft in einen entgeltlichen Teil und einen unentgeltlichen Teil hinsichtlich des Mehrwertes aufzuteilen. Ist die Schenkung dagegen mit einer Auflage verbunden, kann der Schenker nach der Erbringung seiner Leistung die Vollziehung der Auflage verlangen (§ 525 I BGB). Eine Zuwendung ist dann unentgeltlich, wenn sie unabhängig von einer Gegenleistung geschieht.² Die Formbedürftigkeit liegt grundsätzlich nur bei einem Schenkungsversprechen vor. Nur bei derartigen Verträgen, bei denen die Leistung für die Zukunft schenkweise versprochen wird, ist also die Form der notariellen Beurkundung zu wahren. Da die Zuwendung bei der Übertragung von Immobilien wegen der erforderlichen Grundbucheintragung nicht gleichzeitig mit dem Verpflichtungsgeschäft vollzogen werden kann, ist der schuldrechtliche Vertrag stets einseitig verpflichtend und gem. §§ 518, 516 BGB als Schenkungsversprechen einzuordnen.³ Das Verpflichtungsgeschäft bezüglich einer Grundstücksübertragung bedarf auch gem. § 311 b I S. 1 BGB der notariellen Beurkundung. Im Übrigen ist bei einer Schenkung grundsätzlich keine Form zu wahren.

II Zuwendung

Ein Grundstück ist jeder abgegrenzte Teil der Erdoberfläche, der im Bestandsverzeichnis des Grundbuchblattes unter einer eigenen Nummer gebucht ist. Neben dem Grundstück können auch Erbbaurechte, die als grundstücksgleiches Recht rechtlich wie ein Grundstück behandelt werden,⁴ Gegenstand einer Schenkung sein. Nach dem Gesetz über das

² BGH, Urteil vom 11.11.1981 (IVa ZR 182/80) in: NJW 1982, 436.

³ Klüsener Rpfleger 1981, 258.

⁴ Creifelds, Stichwort „Grundstücksgleiches Recht“.

Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht vom 15.03.1951⁵ besteht auch die Möglichkeit eines beschränkten Sondereigentums an Teilen eines Hauses.⁶ Dabei ist das Sondereigentum an einer Wohnung oder einem nicht zu Wohnzwecken dienenden Teil eines Gebäudes mit dem Miteigentumsanteil an dem Grundstück verbunden. Auch das so genannte Wohnungs- und Teileigentum kann also Gegenstand einer Schenkung sein.

III Auflassung

Die Auflassung ist das Erfüllungsgeschäft bei der Grundstücksübertragung. Sie hat gem. § 925 I S. 1 BGB unter gleichzeitiger Anwesenheit beider Vertragsteile vor der zuständigen Stelle zu erfolgen. Eine Auflassung kann vor einem Notar, in einem gerichtlichen Vergleich oder einem rechtskräftig bestätigten Insolvenzplan erfolgen (§ 925 I S. 2 und 3 BGB). Eine wirksame Auflassung begründet jedoch noch keinen Eigentumsübergang. Hierfür ist zudem die Grundbucheintragung erforderlich (vgl. § 873 I BGB). Nach dem im deutschen Recht geltenden Grundsatz des Abstraktionsprinzips ist die Wirksamkeit der Auflassung grundsätzlich unabhängig von der des Verpflichtungsgeschäftes zu beurteilen. Das hat zur Folge, dass bei Vorliegen einer wirksamen Auflassung grundsätzlich das Eigentum an einem Grundstück mit der Grundbucheintragung auf den Eingetragenen übergeht – unabhängig davon, ob das Verpflichtungsgeschäft wirksam besteht oder nicht.

⁵ BGBI. I 175.

⁶ Creifelds, Stichwort „Wohnungseigentum“.

B Vertretung

I Grundsatz

1. Erforderlichkeit der Vertretung:

Ein minderjähriges Kind muss grundsätzlich von seinem gesetzlichen Vertreter vertreten werden. Den Kindern unter sieben Jahren fehlen Willenskraft und Beurteilungsvermögen, weshalb sie geschäftsunfähig sind, vgl. § 104 Nr. 1 BGB. Willenserklärungen von unter sieben Jahre alten Kindern sind gem. § 105 I BGB nichtig. Sie müssen deshalb immer von ihrem gesetzlichen Vertreter vertreten werden. Etwas anderes gilt bei Minderjährigen, die das siebente Lebensjahr vollendet haben. Diesen spricht der Gesetzgeber Willenskraft zu,⁷ weshalb sie in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt sind. Wenn das Rechtsgeschäft für das Kind lediglich rechtlich vorteilhaft ist, besteht für einen beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen die Möglichkeit, selbst - ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters - zu handeln (§ 107 BGB). Liegt ein rechtlicher Nachteil vor, kann ein beschränkt Geschäftsfähiger bei zweiseitigen Rechtsgeschäften zunächst auch handeln, bedarf aber zur Wirksamkeit der Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters.

2. Arten gesetzlicher Vertreter:

Steht ein Kind unter elterlicher Sorge gem. §§ 1626 ff. BGB wird es von seinen Eltern vertreten, § 1629 I S. 1 BGB. Sind beide Elternteile Inhaber der elterlichen Sorge, vertreten beide das Kind gemeinsam, § 1629 I S. 2 BGB. Ein Elternteil vertritt das Kind allein, soweit er die elterliche Sorge allein ausüben darf (§ 1629 I S. 3 BGB) oder ihm die Entscheidung gem. § 1628 I BGB übertragen worden ist.

Steht ein Kind nicht unter elterlicher Sorge oder sind die Elternteile nicht zur Vertretung berechtigt, wird nach § 1773 I BGB eine Vormundschaft angeordnet. Der ausgewählte Vormund (vgl. § 1779 BGB) hat nach der Bestellung gem. § 1789 BGB das Recht und die Pflicht, den Minderjährigen zu vertreten, § 1793 I S. 1 BGB.

⁷ Schreiber Jura 1991, 24, 25.

Ein Kind kann nach §§ 1909, 1915 I S. 1 i.V.m. 1793 I S. 1 BGB auch von einem Ergänzungspfleger (alternativ von einem Pfleger für unbekannte Beteiligte gem. § 1913 BGB) vertreten werden. Das ist dann der Fall, wenn die die elterliche Sorge innehabenden Eltern oder der bestellte Vormund tatsächlich oder rechtlich partiell verhindert sind. Die Vertretungsmacht ist dem Grundbuchamt sowohl bei dem Ergänzungspfleger als auch bei dem Vormund durch die Bestallungsurkunde nachzuweisen (§ 1791 BGB).

II Vertretungsausschlüsse:

1. § 181 BGB:

Eine gesetzliche Einschränkung der Vertretungsmacht eines rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Vertreters kann durch § 181 BGB gegeben sein. Nach der 1. Alternative liegt ein Ausschluss der Vertretungsbefugnis dann vor, wenn der gesetzliche Vertreter ein Rechtsgeschäft mit sich selbst abschließt (Insichgeschäft). Vertritt der gesetzliche Vertreter nicht nur das Kind auf der einen Seite des Rechtsgeschäftes, sondern auch den Vertragspartner, liegt nach der 2. Alternative ebenfalls ein Ausschluss vor (Mehrvertretung). Dass § 181 BGB auch für gesetzliche Vertreter gilt, ergibt sich aus den Verweisvorschriften §§ 1629 II S. 1 i.V.m. 1795 II BGB (für Eltern), § 1795 II BGB (für den Vormund) und §§ 1915 I S. 1 i.V.m. 1795 II BGB (für den Pfleger). In der Literatur⁸ wird der Sinn und Zweck der Norm oftmals in Vermeidung von Interessenkonflikten gesehen. Dagegen argumentiert Feller⁹ zu Recht, dass § 181 BGB nicht vor Interessenkollisionen sondern vor möglichen Vermögensschäden schützen soll. Ein solcher Vermögensschaden kann aber oftmals auf einem Interessenkonflikt beruhen. Die Norm schließt Insichgeschäfte nicht aus, sondern verwehrt solchen Rechtsgeschäften im Regelfall nur die Wirksamkeit. Ob ein Konflikt im konkreten Fall vorliegt, braucht nicht festgestellt zu werden,¹⁰ weil der Gesetzgeber die Prüfung der tatsächlichen Gegebenheiten bei der Beurteilung eines Vertretungsausschlusses nicht in den Tatbestand der Vorschrift aufgenommen

⁸ Musielak, Grundkurs BGB, Rn. 845.

⁹ DNotZ 1989, 66, 79; so auch MünchKomm/Schramm § 181 Rn. 2.

¹⁰ RG, Beschluss vom 27.01.1938 (V B 13/37) in: RGZ 157, 24, 31; MünchKomm/Schramm § 181 Rn. 3.

hat. Dilcher¹¹ will § 181 BGB dann nicht anwenden, wenn zwar ein Insichgeschäft vorliegt, tatsächlich aber kein Interessenkonflikt besteht. Dem kann nicht gefolgt werden, da diese Feststellung nur schwer möglich ist und der Gesetzgeber aus diesem Grund das Vorliegen eines Konfliktes nicht zu einer Tatbestandsvoraussetzung von § 181 BGB gemacht hat. Zu beachten ist, dass der Vertretungsausschluss dann nicht besteht, wenn eine Person auf einer Seite eines Rechtsgeschäfts mehrfach auftritt.¹² Dann liegen so genannte Parallelerklärungen vor.

2. § 1795 BGB:

Während § 181 BGB sowohl für rechtsgeschäftliche als auch für gesetzliche Vertreter gilt, sind die Beschränkungen der im Vormundschaftsrecht stehenden Norm nur für gesetzliche Vertreter anwendbar. Für Eltern findet § 1795 BGB durch den Verweis in § 1629 II S. 1 BGB Anwendung und für Pfleger durch die Verweisvorschrift des § 1915 I S. 1 BGB. Die Norm wird als Ergänzung zu § 181 BGB angesehen.¹³ Ob eine konkrete Gefährdung der Kindesinteressen vorliegt, ist auch im Fall von § 1795 BGB unerheblich.

Ist der Vertragspartner der Ehegatte bzw. Lebenspartner i.S.v. § 1 I S. 1 LPartG oder ein Verwandter in gerader Linie des gesetzlichen Vertreters, liegt der Vertretungsausschluss des § 1795 I Nr. 1 BGB vor. Eltern unterliegen diesem Vertretungsausschluss beispielsweise bei der Großelternschenkung, da die Großeltern des Kindes mit einem Elternteil in gerader Linie verwandt sind. Stehen die im 1. Absatz unter Nummer 1 aufgeführten Personen auf der selben Seite des Rechtsgeschäfts wie das schutzbefohlene Kind, kommt § 1795 BGB nicht zur Anwendung.¹⁴ Die Aufzählung der Personen ist abschließend und kann auch nicht in analoger Anwendung auf Verschwägerter oder Verwandte in der Seitenlinie ausgeweitet werden.¹⁵ Die Vorschrift bezieht sich auch nicht auf einen früheren Ehegatten. Liegt bei anderen Personen tatsächlich ein Interessenkonflikt vor, besteht die Möglichkeit, nach § 1796 BGB die

¹¹ Staudinger/Dilcher § 181 Rn. 5.

¹² Palandt/Heinrichs § 181 Rn. 7; Schöner/Stöber Rn. 3562; MünchKomm/Schramm § 181 Rn. 12; BGH, Urteil vom 23.02.1968 (V ZR 188/64) in: BGHZ 50, 8, 10; OLG Jena Beschluss vom 27.06.1995 (6 W 219/95) in: NJW 1995, 3126.

¹³ Palandt/Diederichsen § 1795 Rn. 1.

¹⁴ Erman-Holzhauer § 1795 Rn. 8.

¹⁵ Bauer/von Oefele – Schaub, AT VII Rn. 238; BayObLG, Beschluss vom 01.10.1997 (3Z BR 352/97) in: FamRZ 1998, 512; Erman-Holzhauer § 1795 Rn. 16.

Vertretungsmacht für das einzelne Rechtsgeschäft zu entziehen. Diese Möglichkeit ist aber nicht vom Grundbuchamt in Betracht zu ziehen, sondern Aufgabe des Familien- / bzw. Vormundschaftsgerichtes.

Die Vertretungsausschlüsse von § 1795 I Nr. 2 und 3 BGB können ebenso wie Nr. 1 den Vormund, die Eltern oder den Pfleger betreffen. Die Voraussetzungen werden an dieser Stelle nicht näher erörtert, da sie für die Problematik der Immobilienschenkungen nicht von Bedeutung sind.

3. Grundsatz der Gesamtvertretung:

Auch wenn ein Vertretungsausschluss nur einen Elternteil betrifft, ist der andere von der Vertretung nach dem Grundsatz der Gesamtvertretung ausgeschlossen, § 1629 I S. 2 BGB.¹⁶ Gem. § 1678 I BGB kann zwar auch bei gemeinsamer elterlicher Sorge ein Elternteil die Sorge allein ausüben, jedoch nur bei tatsächlicher Verhinderung und nicht bei rechtlicher Verhinderung des anderen Elternteils.

4. Rechtsfolgen:

Liegt ein Vertretungsausschluss bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäft vor, ist dieses nicht nichtig, sondern nur schwebend unwirksam und kann nach §§ 179, 180 BGB genehmigt werden.¹⁷ Die Genehmigung erfolgt durch den zu bestellenden Ergänzungspfleger oder durch das mit Erreichen des erforderlichen Alters geschäftsfähig gewordene Kind¹⁸ mit regelmäßiger Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, § 184 I BGB. Einseitige Rechtsgeschäfte wären unheilbar nichtig (§ 111 BGB), so dass nur eine Neuvernahme erfolgen kann. Sind an einem Rechtsgeschäft mehrere Kinder mit gegenläufigen Interessen beteiligt, so ist für jedes Kind ein Ergänzungspfleger zu bestellen. Ist die Interessenlage dagegen gleich und werden gleichlautende Parallelklärungen abgegeben, reicht die Bestellung eines Ergänzungspflegers für alle beteiligten Minderjährigen.

¹⁶ BGH, Urteil vom 14.06.1972 (IV ZR 53/71) in: NJW 1972, 1708; MünchKomm/Schramm § 181 Rn. 36; MünchKomm/Schwab § 1909 Rn. 20; vgl. auch Wortlaut des § 1629 II BGB: „Der Vater und die Mutter können... nicht vertreten“.

¹⁷ Kern JA 1990, 281, 282.

¹⁸ Erman-Holzhauser § 1795 Rn. 23; MünchKomm/Schramm § 181 Rn. 42.

III Ausnahmen von Vertretungsausschlüssen

Soweit eine Ausnahme eines Vertretungsausschlusses vorliegt, kann im Fall einer Elternschenkung der Elternteil zugleich für sich und das Kind agieren und der andere Elternteil als gesetzlicher Mitvertreter des Kindes mithandeln.

1. Gestattung:

Bei § 181 BGB kann grundsätzlich eine Gestattung durch den Vertretenen erfolgen. Die Norm gilt dann nicht, wenn es dem Vertreter ausdrücklich oder durch schlüssiges Handeln¹⁹ gestattet ist, das Rechtsgeschäft mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter Dritter abzuschließen. Bei der letzteren Variante muss eine Gestattung von beiden Vertretenen erfolgen. Die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB ist ein einseitig empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, wodurch der Vertretene auf den Schutz dieser Vorschrift verzichtet.²⁰ Bei der gesetzlichen Vertretung kommt eine Gestattung, die die Bestellung eines Ergänzungspflegers obsolet machen würde, nicht in Betracht.²¹ Ein Vormund oder Pfleger kann nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit werden.²²

Von den Vertretungshindernissen des § 1795 BGB kann keine Befreiung erteilt werden,²³ da hierzu weder das Kind noch der an der Vertretung gehinderte gesetzliche Vertreter ermächtigt ist. Ob eine Befreiung durch das Familien- oder Vormundschaftsgericht erfolgen kann, ist umstritten. Nach einer Mindermeinung²⁴ soll dies mit der Begründung zulässig sein, dass dem Gericht mit einer solchen Gestattungsbefugnis ermöglicht wird, seiner Fürsorgepflicht gegenüber dem Kind nachzukommen. Dem wird jedoch zu Recht im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes von der herrschenden Meinung widersprochen.²⁵ Das Gericht kann danach im ausreichenden Maße mit den vom

¹⁹ Palandt/Heinrichs § 181 Rn. 17.

²⁰ MünchKomm/Schramm, § 181 Rn. 45.

²¹ Schellhammer, Familienrecht nach Anspruchsgrundlagen, Rn. 1135; Preuß JuS 2006, 305, 306; Klüsener Rpfleger 1981, 258, 259; Erman-Palm § 181 Rn. 25.

²² OLG Hamm, Beschluss vom 27.12.1974 (15 W 75/73) in: Rpfleger 1975, 127; Schöner/Stöber Rn. 3558.

²³ BGH, Beschluss vom 09.07.1956 (V BLw 11/56) in: NJW 1956, 1433; Erman-Holzhauer § 1795 Rn. 10; Preuß JuS 2006, 305, 306.

²⁴ Erman-Holzhauer, § 1795 Rn. 10; Palandt/Diederichsen § 1795 Rn. 8.

²⁵ u.a.: RG, Beschluss vom 13.05.1909 (IV 248/08) in: RGZ 71, 162; Jauernig BGB, Jauernig § 181 Rn. 9; Buchholz NJW 1993, 1161.

Gesetz vorgesehenen Beschränkungen der Vertretungsmacht seiner Aufsichts- und Fürsorgepflicht nachkommen. Die erforderliche Maßnahme liegt in der Bestellung eines vertretungsberechtigten Ergänzungspflegers.

2. Der lediglich rechtliche Vorteil des Rechtsgeschäfts:

Neben den gesetzlichen Ausnahmen eines Vertretungsausschlusses kann auch die von der Rechtsprechung²⁶ entwickelte und in der Literatur anerkannte Ausnahme eines lediglich rechtlich vorteilhaften Rechtsgeschäftes vorliegen. Bezüglich der Auslegung des Begriffs des lediglich rechtlichen Vorteils hat die Rechtsprechung eine bemerkenswerte Entwicklung vollzogen. Die Ausnahme des lediglich rechtlichen Vorteils von einem grundsätzlich bestehenden Vertretungsausschluss ist eine teleologische Reduktion der Normen §§ 181, 1795 I Nr. 1 BGB in Anlehnung an § 107 BGB. Mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 16.04.1975²⁷ wurde die Vertretungsmacht der gesetzlichen Vertreter bejaht, weil die Schenkung lediglich rechtlich vorteilhaft war. Die Begründung der extensiven Auslegung der Normen wird aus dem Schutzzweck hergeleitet, denn das Kind ist nicht gefährdet, wenn ein Rechtsgeschäft nur rechtliche Vorteile mit sich bringt, vgl. § 107 BGB. Ein Interessenwiderstreit ist dann ausgeschlossen.²⁸ Kann in einem solchen Fall ein sieben Jahre altes minderjähriges Kind ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters handeln, muss das auch dann gelten, wenn der gesetzliche Vertreter für das Kind handelt. Die Beschränkung in § 107 BGB auf Minderjährige, die das 7. Lebensjahr vollendet haben, kann bei der Beurteilung der tatsächlichen Vertretungsmacht im Rahmen von §§ 181, 1795 BGB keine Bedeutung haben, da die Altersbeschränkung ein sinnvolles rechtsgeschäftliches Handeln des Kindes sicherstellen soll.²⁹ Die Vorschriften der §§ 181, 1795 I Nr. 1 BGB sind einschränkend dahingehend auszulegen, dass das Verbot dann nicht eingreift, wenn der Schutz des Minderjährigen dies nicht erfordert und ein Interessenkonflikt in der Person des Vertreters ausscheidet.³⁰ Ist das

²⁶ BGH, Urteil vom 10.11.1954 (II ZR 165/53) in: JZ 1955, 243; BGH, Beschluss vom 16.04.1975 (V ZB 15/74) in: NJW 1975, 1885; OLG Hamm, Beschluss vom 03.02.1983 (15 W 323/82) in: Rpfleger 1983, 251 = DNotZ 1983, 371; BGH, Urteil vom 25.04.1985 (IX ZR 141/84) in: Rpfleger 1985, 293; OLG Hamm, Beschluss vom 23.05.2000 (15 W 119/00) in: Rpfleger 2000, 449; zuletzt BGH, Beschluss vom 03.02.2005 (V ZB 44/04) in: NJW 2005, 415.

²⁷ Az.: V ZB 15/74 in: NJW 1975, 1885.

²⁸ Palandt/Heinrichs § 181 Rn. 9.

²⁹ Erman-Holzhauer § 1795 Rn. 12.

³⁰ BayObLG, Beschluss vom 29.05.1998 (2Z BR 85/98) in: BayObLGZ 1998, 139, 143; Böttcher RpfStud. 2003, 73, 79.

Rechtsgeschäft lediglich rechtlich vorteilhaft, ist ein Interessenkonflikt nicht nur im konkreten Fall, sondern „abstrakt generell“ ausgeschlossen.³¹

Bei rechtlich vorteilhaften Rechtsgeschäften handelt es sich um eine objektive und abstrakt zu bestimmende Fallgruppe, bei der das Fehlen einer Benachteiligungsgefahr offenkundig ist.³² Ein Rechtsgeschäft ist dann nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn es den Bestand der Rechte und sonstigen Aktivpositionen des Minderjährigen verringert oder ihm Verbindlichkeiten oder Belastungen auferlegt.³³

Zu berücksichtigen sind auch so genannte neutrale Geschäfte, deren Wirkungen Dritte treffen, so dass sie für den Minderjährigen weder rechtlich vorteilhaft noch nachteilig sind. Der rechtliche Vorteil ist so lange gegeben, wie ein rechtlicher Nachteil nicht festgestellt werden kann. Lange³⁴ kritisiert diese Ausdehnung, weil der Wortlaut des Gesetzes eindeutig auf den rechtlichen Vorteil verweist. Dem kann nicht gefolgt werden, weil dann letztlich nur ganz einfache und wirtschaftlich unerhebliche Geschäfte zustimmungsfrei wären. Das Bürgerliche Gesetzbuch steht einer über den Wortlaut hinausgehenden Anschauung nicht entgegen und der Sinn und Zweck dieser Norm dient dem Schutz vor einer Vermögensgefährdung. Diese tritt bei rechtlich neutralen Geschäften nicht ein. Daraus folgt, dass auch bei rechtlich neutralen Rechtsgeschäften eine Ausnahme eines gesetzlich normierten Vertretungsausschlusses vorliegt. Da sich bei einer Schenkung nur der Veräußerer verpflichtet, sind solche Verpflichtungsgeschäfte grundsätzlich lediglich rechtlich vorteilhaft.

In Fällen, in denen nicht sicher feststeht, ob ein Rechtsgeschäft für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft ist, sollte der sichere Weg der Mitwirkung eines Pflegers nach § 1909 BGB – trotz des dadurch entstehenden Zeitaufwandes - beschritten werden.³⁵ Köhler³⁶ gibt hier zu bedenken, dass ein nachträglicher Rechtsstreit wegen der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes durch die fehlende Zustimmung eines Pflegers für alle Beteiligten noch lästiger ist.

³¹ BGH, Beschluss vom 16.04.1975 (V ZB 15/74) in: NJW 1975, 1885, 1886.

³² MünchKomm/Schramm § 181 Rn. 15.

³³ Staudinger/Knothe, § 107 Rn. 2 a.E..

³⁴ NJW 1955, 1339.

³⁵ Schöner/Stöber Rn. 3603.

³⁶ JZ 1983 225, 228.

Bei einer Immobilienschenkung müssen zur Wahrung des Kindesschutzes die den Minderjährigen belastenden Aspekte berücksichtigt werden. Der Erwerb kann mit Umständen verbunden sein, die der Überlassung den lediglich rechtlichen Vorteil nehmen. Die Frage nach dem lediglich rechtlichen Vorteil ist nach abstrakt rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Wirtschaftliche Vor- oder gar Nachteile bleiben außer Acht.³⁷ Der Beachtung des wirtschaftlichen Vorteils steht schon die Bindung an das Gesetz entgegen. Eine einzige rechtliche Belastung, die das beschenkte Kind trifft, kann dem an sich wirtschaftlich vorteilhaften Geschäft das Gepräge der rechtlichen Nachteiligkeit geben. Ein eventuell vorliegender rechtlicher Nachteil ist zwar ein formales Kriterium, das im Regelfall aber eine Vermögensgefährdung indiziert. Jedoch kann nicht jeder, auch noch so fern liegende Rechtsnachteil dazu führen, dass der gesetzliche Vertreter von der Vertretung ausgeschlossen ist. Der Schutzzweck von § 107 BGB bildet ein Korrektiv gegenüber einer übertriebenen formalen Handhabung des § 107 BGB³⁸, weshalb der Kreis der nach § 107 bewilligungsbedürftigen Rechtsgeschäfte in einer mit dem Zweck der Norm zu vereinbarenden Weise einzuschränken ist.

Nach der von Köhler³⁹ entwickelten sorgerechtlichen Betrachtungsweise liegt der Lösungsansatz darin, dass die Eltern dazu berufen seien, die Ungefährlichkeit oder Nützlichkeit eines Rechtsgeschäftes zu beurteilen. Nach dieser Theorie ist ein Rechtsgeschäft dann zustimmungsbedürftig, „wenn nach Art und Umfang der damit verbundenen Nachteile eine Kontrolle durch den gesetzlichen Vertreter geboten ist“ und dann zustimmungsfrei, „wenn die damit verbundenen Nachteile so geringfügig oder fern liegend sind, dass eine Kontrolle durch den gesetzlichen Vertreter entbehrlich erscheint“. Eine Grundstücksschenkung ist nach dieser Mindermeinung auf Grund des Umfanges stets als zustimmungsbedürftig anzusehen. Diese pauschale und undifferenzierte Abgrenzungsformel erscheint sehr fraglich, da es zum einen nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu vereinbaren ist, jegliche Immobilienschenkung als zustimmungsbedürftig anzusehen und zum anderen eine subjektive und eigenmächtige Handhabung des § 107 BGB nicht verhindert werden kann. Jerschke⁴⁰ führt hierzu

³⁷ Soergel/Hefermehl § 107 Rz. 1; Schönert/Stöber Rn. 3606.

³⁸ BayObLG, Beschluss vom 12.01.1968 (2 Z 94/67) in: NJW 1968, 941.

³⁹ JZ 1983, 225, 228 ff..

⁴⁰ DNotZ 1982, 459, 466.

richtigerweise aus, dass der rechtlich relevante Nachteil im Einzelfall auf das dem Normzweck adäquate Maß reduziert werden muss.

Die nachfolgenden Ausführungen gelten sowohl für das von seinen Eltern oder einem Elternteil vertretene Kind als auch für das von einem Pfleger oder Vormund vertretene Mündel.

3. Erfüllung einer Verbindlichkeit:

Ein grundsätzlich an der Vertretung Gehinderter ist durch die in §§ 181, 1795 I Nr. 1 BGB gesetzlich normierte Ausnahme dann nicht ausgeschlossen, wenn das Rechtsgeschäft in Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgt. Als Verbindlichkeit wird die Verpflichtung (Schuld) des Schuldners aus einem Rechtsgeschäft gegenüber dem Gläubiger bezeichnet. Der Grundgedanke dieser Ausnahme liegt darin, dass eine rechtswirksame Verbindlichkeit auch von dem Vertretenen selbst oder einem anderen Vertreter erfüllt werden müsste. Des Weiteren muss es sich nach allgemeiner Meinung⁴¹ um eine „glatte“ Erfüllung ohne Abweichung von der geschuldeten Leistung – das heißt, keine Leistung an Erfüllung statt oder erfüllungshalber – handeln. Weiterhin darf der Forderung keine Einrede entgegenstehen; sie muss fällig, voll wirksam und nicht einredebehaftet sein.

Erwirbt der Minderjährige eine Immobilie unentgeltlich durch Erbauseinandersetzung, an der sein gesetzlicher Vertreter beteiligt ist, so ist zu beachten, dass ein Erbauseinandersetzungsvertrag nur dann die Erfüllung einer Verbindlichkeit ist, wenn die Auseinandersetzung völlig unter Beachtung der gesetzlichen Regeln gem. §§ 2042 II, 750-758 BGB erfolgt. Bei Grundstücken sieht das Bürgerliche Gesetzbuch nur die Zwangsversteigerung mit Teilung des Erlöses als Form der gesetzlichen Auseinandersetzung an (§ 753 I S. 1 BGB).

Ist das Verpflichtungsgeschäft lediglich rechtlich vorteilhaft und bedarf es keiner gerichtlichen Genehmigung, ist dieses eine wirksam entstandene Verbindlichkeit. Das hätte nach dem Wortlaut des Gesetzes zur Folge, dass auch eine rechtlich nachteilige Auflassung wirksam in Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit durch die Eltern erfolgen könnte.⁴² Solche, für den Minderjährigen nachteilige

⁴¹ Palandt/Heinrichs § 181 Rn. 22.

⁴² Erman-Holzhauer § 1795 Rn. 14.

Ergebnisse wollte der Gesetzgeber mit § 107 BGB vermeiden. In Literatur und Rechtsprechung wurden hierzu nachfolgende Lösungsansätze entwickelt:

a) Grundsatz des Abstraktionsprinzips:

Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft sind nach deutschem Recht voneinander getrennte, selbständige Rechtsgeschäfte. Demzufolge müssen auch bei hiesiger Beurteilung beide Teilgeschäfte getrennt voneinander betrachtet werden. Wenn die Verpflichtung wirksam ist, hat das zwangsläufig zur Folge, dass der gesetzliche Vertreter bei der Erfüllung immer vertreten kann, weil das Erfüllungsgeschäft in Erfüllung einer wirksam begründeten Verbindlichkeit erfolgt. An dieser Auffassung hielt der Bundesgerichtshof⁴³ sowohl mit dem Urteil vom 10.11.1954 als auch mit der Entscheidung vom 16.04.1975 fest. Hier konnte der beschränkt Geschäftsfähige im Rahmen von § 107 BGB das Schenkungsversprechen als lediglich rechtlich vorteilhaftes Verpflichtungsgeschäft selbst annehmen. In dem dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Fall war die Auflassung allerdings auch tatsächlich nicht mit rechtlichen Nachteilen verbunden. Der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen konnte diesen bei dem Erfüllungsgeschäft trotz bestehender Vertretungshindernisse vertreten, da dieses in Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgte. Die Entscheidung aus dem Jahr 1954 ging zwar mit der damaligen herrschenden Meinung in der Rechtsprechung konform,⁴⁴ wurde jedoch auch kritisiert. So stellte Lange⁴⁵ hierzu dar: „Die Kombination von § 107 BGB und § 181 BGB führt dazu, dass dem beschränkt Geschäftsfähigen niemand zur Seite steht, der ihn von der Annahme der Schenkung abhalten kann, die mit aller juristischen Kunst als rechtlich vorteilhaft erscheint, in Wirklichkeit aber wirtschaftlich nachteilig ist.“ Er unterstellt der Rechtsprechung und Literatur, dass sich diese von dem Ziel leiten lassen, eine Grundstücksschenkung nach Möglichkeiten weder an den Anforderungen des § 107 BGB noch an denen des § 181 BGB scheitern zu lassen und kritisiert die Anwendung des Abstraktionsprinzips bei Immobilienschenkungen.

⁴³ Urteil vom 10.11.1954 in: BGHZ 15, 168; Beschluss vom 16.04.1975 (V ZB 15/74) in: NJW 1975, 1885, 1886.

⁴⁴ so Westermann JZ 1955, 244.

⁴⁵ NJW 1955, 1339, 1343 mit der Anmerkung, dass auch die Schenkung von Gift an einen Achtjährigen diesem einen lediglich rechtlichen Vorteil bringt.

b) Durchbrechung des Abstraktionsprinzips:

Um rechtliche Nachteile eines Erfüllungsgeschäftes beachten zu können, hat sich der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 09.07.1980⁴⁶ von der Anwendung des Abstraktionsprinzips gelöst. Dieser Entscheidung lag die Schenkung von Wohnungseigentum zu Grunde, bei welcher der Minderjährige durch Einigung und Eintragung als Wohnungseigentümer in eine Wohnungseigentümergeinschaft eintritt, deren Regelungen weit über die gesetzlichen Regelungen hinausgehen. Deshalb ist der rechtliche Vorteil nicht bei dem Verpflichtungsgeschäft allein zu begutachten. Vielmehr sind beide Teilrechtsgeschäfte in Durchbrechung des Abstraktionsprinzips einer Gesamtbetrachtung zu unterziehen. Rechtliche Nachteile des dinglichen Geschäfts sollen schon auf der Ebene des Verpflichtungsgeschäfts berücksichtigt werden, was zur Folge hat, dass die Nachteile des Verpflichtungsgeschäftes auch bei einem isoliert betrachteten vorteilhaften Erfüllungsgeschäft zu berücksichtigen sind. Der Anwendungsbereich von § 181 2. Halbs. BGB sollte so eingeschränkt werden, dass er mit dem Schutzzweck des § 107 BGB zu vereinbaren ist. Der Bundesgerichtshof wendet sich mit dieser Entscheidung gegen das von Lange⁴⁷ so genannte „elegante Jonglierspiel mit den Bällen des § 107 und § 181“, da es zu einer Umgehung des Minderjährigenschutzes führe. Diese dogmatisch unsaubere Lösung wurde zwar von vielen Obergerichten – unter anderem von dem OLG Oldenburg⁴⁸ - übernommen und hinsichtlich des gewährleisteten Minderjährigenschutzes befürwortet⁴⁹, aber auch zu Recht kritisiert.

Die Praxis hat aus dieser Entscheidung die Konsequenz gezogen, dass ein Rechtsgeschäft mit Beteiligung Minderjähriger im schuldrechtlichen und dinglichen Teil stets einheitlich genehmigt und vollzogen wird.⁵⁰ Joswig⁵¹ schließt sich dieser Auffassung an, weil die Wahrung des Abstraktionsprinzips unter Umständen die Rückabwicklung eines Erfüllungsgeschäfts zur Folge haben kann. Die Gefahr einer Rückabwicklung ist seiner Ansicht nach nicht mit dem Schutzzweck des § 107 BGB vereinbar, da die Rechtsstellung des

⁴⁶ Beschluss vom 09.07.1980 (V ZB 16/79) in: BGHZ 78, 28, 30 = NJW 1981, 109.

⁴⁷ NJW 1955, 1339.

⁴⁸ Beschluss vom 01.10.1987 (5 W 46/87) in: DNotZ 1989, 92.

⁴⁹ Gitter JR 1981, 283; Stutz MittRhNotK 1993, 205 ff.; Staudinger/Knothe, § 107 Rn. 31.

⁵⁰ so Rastätter BWNotZ 2006, 1, 3.

⁵¹ ZfIR 2005, 292.

Minderjährigen dadurch nicht ausschließlich verbessert wird. Das OLG Köln⁵² wendet die Theorie der Gesamtbetrachtung von dem schuldrechtlichen und dem dinglichen Vertrag sogar dann Bezug nehmend auf diese Entscheidung des Bundesgerichtshofes an, wenn das Verpflichtungsgeschäft rechtlich nachteilig ist. Da hier aber die Gefahr, dass das Erfüllungsgeschäft in Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgen kann, gar nicht besteht (die Verbindlichkeit ist nicht wirksam), besteht für eine Gesamtbetrachtung in diesem Fall kein Anlass.

Die Kritiker⁵³ dieser Lösungsvariante diskutierten hingegen schon zum damaligen Zeitpunkt die Möglichkeit einer teleologischen Reduktion von § 181 2. Halbs. BGB dahingehend, dass die Vorschrift dann nicht anzuwenden ist, wenn das Erfüllungsgeschäft für den Minderjährigen rechtlich nachteilig ist. So bezeichnet Jauernig⁵⁴ die Gesamtbetrachtung als unvereinbar mit dem Gesetz und als überflüssig, da die Lösung über die teleologische Auslegung von § 181 BGB den Minderjährigenschutz ausreichend gewährleistet.

c) Eingeschränkte Durchbrechung des Abstraktionsprinzips:

Obwohl der Bundesgerichtshof⁵⁵ im Jahr 1980 die Anwendung der Gesamtbetrachtung nicht direkt eingeschränkt hatte, legten vereinzelt Rechtsanwender⁵⁶ diese Entscheidung nach dem Sinn dahingehend aus, dass eine Gesamtbetrachtung nur dann zu erfolgen hat, wenn der schuldrechtliche Vertrag lediglich rechtlich vorteilhaft ist, weil sonst durch das gem. §§ 107, 108 I BGB schwebend unwirksame Grundgeschäft keine wirksam begründete Verbindlichkeit vorliegen und damit auch keine rechtlich nachteilige Auflassung in Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgen kann. So stellten Juristen schon unmittelbar nach der Entscheidung vom 09.07.1980 über die Gesamtbetrachtung fest, dass die Argumentation des Bundesgerichtshofes aus diesem Grund heraus in sich widersprüchlich ist.⁵⁷

Mit Beschluss vom 25.11.2004 schränkte nun auch der Bundesgerichtshof⁵⁸ seine eigene Lösung ausdrücklich ein: Ist das schuldrechtliche Teilgeschäft

⁵² Beschluss vom 11.06.2003 (2 Wx 18/03) in: ZMR 2004, 189, 190 = Rpfleger 2003, 570, 572.

⁵³ Jerschke DNotZ 1982, 459, 464; Erman-Palm § 107 Rn. 5; Jauernig JuS 1982, 576.

⁵⁴ JuS 1982, 576, 577; tiefgründige Darstellung seines Lösungsansatzes unter B, III, 3., d.

⁵⁵ Beschluss vom 09.07.1980 (V ZB 16/79) in: NJW 1981, 109.

⁵⁶ u.a.: Zorn RpfStud. 2000, 142, 145.

⁵⁷ So Jauernig JuS 1982, 576, 577.

schon mit rechtlichen Nachteilen verbunden, scheidet eine Gesamtbetrachtung beider Teilrechtsgeschäfte aus, weil das Erfüllungsgeschäft dann ohnehin nicht in Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgen kann. Eine Gesamtbetrachtung darf also nur erfolgen, wenn das Verpflichtungsgeschäft isoliert betrachtet lediglich rechtlich vorteilhaft ist und der rechtliche Nachteil erst durch das dingliche Rechtsgeschäft geschaffen wird. Nur dann kann nämlich die für das Minderjährigenvermögen gefährliche Rechtsfolge eintreten, dass die Auflassung von einem grundsätzlich von der Vertretung ausgeschlossenen Elternteil in Erfüllung einer wirksam begründeten Verbindlichkeit erfolgt. Die Gesamtbetrachtung ist in diesem Fall weder mit dem Trennungsprinzip vereinbar, noch teleologisch veranlasst.⁵⁹ In der Rechtsprechung wurde das jedoch größten Teils nicht so gesehen. Der Bundesgerichtshof versäumte es im Beschluss vom 09.07.1980, den Ausnahmecharakter der Gesamtbetrachtungslehre hinreichend genug deutlich zu machen.⁶⁰ Durch den knappen Leitsatz wurde die Gesamtbetrachtung oftmals ohne hinreichendes Bedürfnis angestellt. So erfolgt auch in der oben zitierten Entscheidung des OLG Köln⁶¹ generell eine Gesamtbetrachtung.

Meines Erachtens ergänzt der Senat hiermit aber nur seine Entscheidung aus dem Jahr 1980. Denn damals lag – anders als in dem Fall, der zu dem Beschluss vom 25.11.2004 führte – ein rechtlich vorteilhaftes Verpflichtungsgeschäft und somit eine spiegelbildliche Konstellation vor. Dass die Gesamtbetrachtung auch bei einem rechtlich nachteiligen Verpflichtungsgeschäft erfolgen sollte, lässt sich aus der Entscheidung vom 09.07.1980 nicht entnehmen. Der Bundesgerichtshof gibt mit dem klarstellenden Beschluss aus dem Jahr 2004 seine bisherige Rechtsprechung also gerade nicht auf.

Ist also das schuldrechtliche Teilrechtsgeschäft rechtlich nachteilig, aber das dingliche Teilrechtsgeschäft rechtlich vorteilhaft, greift das Abstraktionsprinzip, weil die Gefahr eines ausgehebelten Minderjährigenschutzes nicht besteht. Es fehlt in diesem Fall an einem Anlass, von dem durch den deutschen Gesetzgeber festgelegtem Abstraktionsprinzip abzuweichen. Folge dessen ist,

⁵⁸ Beschluss vom 25.11.2004 (V ZB 13/04) in: Rpfleger 2005, 189 = NJW 2005, 415.

⁵⁹ Lorenz LMK 2005, 25, 26.

⁶⁰ Wojcik DNotZ 2005, 655, 657.

⁶¹ Beschluss vom 11.06.2003 (2 Wx 18/03) in: ZMR 2004, 189, 190.

dass die wirksame Auflassung vom Grundbuchamt vollzogen werden muss. Genehmigt der für das Verpflichtungsgeschäft nach § 1909 BGB zu bestellende Ergänzungspfleger dieses nicht oder wird hierfür die gerichtliche Genehmigung versagt, ist der Eigentumserwerb des Minderjährigen mit dem Kondiktionsanspruch aus § 812 BGB belastet.⁶² Das stellt jedoch keinen rechtlichen Nachteil dar, weil das Grundstück nur nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften (vgl. § 818 III BGB) herausgegeben werden muss. Durch die Beschränkung auf den noch vorhandenen Wert der rechtsgrundlosen Leistung wird das übrige persönliche Vermögen des Kindes nicht berührt. Der von Joswig⁶³ argumentativ hervor gebrachte Nachteil einer Rückabwicklung geht damit ins Leere. Auch Everts⁶⁴ bezweifelt trotz Erkennens der ‚wirtschaftlichen‘ Gefahr eines Kondiktionsanspruches die lediglich ‚rechtliche‘ Vorteilhaftigkeit nicht.

d) Teleologische Reduktion des § 181 2. Halbs. BGB:

Schon nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 09.07.1980⁶⁵ wurde die Gesamtbetrachtungstheorie vor allem in der Literatur stark kritisiert und als überflüssig sowie unnötig dargestellt. Die Gegner der Durchbrechung des Abstraktionsprinzips und demzufolge Befürworter der Wahrung dieses entwickelten, einen den Minderjährigen in gleicher Weise schützenden, aber auch dogmatisch mit dem Gesetz zu vereinbarenden Lösungsweg: Die gesetzlich vorgesehene Ausnahme von dem Vertretungsausschluss durch die Erfüllung einer Verbindlichkeit wird zweckentsprechend reduziert dahingehend ausgelegt, dass diese Ausnahme nur dann zu bejahen ist, wenn das in Erfüllung der Verbindlichkeit basierende Geschäft lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Feller⁶⁶ stellt diese Lösung 1989 sehr ausführlich vor. Die Berechtigung zur teleologischen Auslegung einer Norm besteht dann, wenn bei einer Auslegung nach dem Wortlaut die ratio legis nicht erreicht wird. Der Ausnahmefall von § 181 letzter Halbs. BGB wird hier also auf den Schutzzweck reduziert angewandt. Diese Form der Auslegung wird deshalb als teleologische Reduktion oder teleologische Restriktion bezeichnet. Eine derartige Auslegung hat auch keine

⁶² Sonnenfeld BNotZ 2005, 154, 155.

⁶³ ZfR 2005, 292.

⁶⁴ ZEV 2005, 69, 70.

⁶⁵ Az: V ZB 16/79 in: BGHZ 78, 30.

⁶⁶ DNotZ 1989, 66, 75 ff.; so auch: Jauernig BGB, Jauernig § 181 Rn. 10; Soergel/Hefermehl § 107 Rn. 5.

negativen Auswirkungen auf die Rechtssicherheit. Nach dem heutigen Normverständnis greift § 181 BGB dann nicht, wenn die Rechtsgeschäfte für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft sind oder in Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen. Es kann demnach keinen Sinn machen, einen rechtlichen Nachteil bei der Begutachtung des rechtlichen Vorteils zu beachten, bei der Begutachtung der anderen Ausnahme diesen Nachteil aber unberücksichtigt zu lassen. Der 5. Senat des Bundesgerichtshofes stellt 2004 auch diese Lösungsmöglichkeit vor, positionierte sich dazu jedoch nicht.⁶⁷

Erst in einem Beschluss vom 03.02.2005⁶⁸ wird - wie selbstverständlich - § 181 2. Halbs. BGB teleologisch reduziert ausgelegt. Grundlage der Entscheidung war ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Verpflichtungsgeschäft (so dass nach der Entscheidung vom 25.11.2004 eine Gesamtbetrachtung zu erfolgen hätte) und ein rechtlich nachteiliges Erfüllungsgeschäft. Eine Gesamtbetrachtung wurde gar nicht mehr angestellt. Von der Gesamtbetrachtungslehre distanziert sich der 5. Senat zwar nicht ausdrücklich, stellt aber klar, dass es in der Entscheidung von 1980⁶⁹ allein um den Schutzzweck für das Vermögen des minderjährigen Kindes ging. Da dieser Zweck auch anders erreicht werden kann, wird die Durchbrechung des Abstraktionsprinzips nicht mehr für notwendig erachtet. Damit wird deutlich gemacht, dass das Verfügungsgeschäft zu dem zu Grunde liegenden Kausalgeschäft abstrakt zu beurteilen ist. Nach dieser jüngsten, mit der Problematik des Minderjährigenschutzes bei Grundstücksschenkungen befassenden, Entscheidung des Bundesgerichtshofes kann durchaus festgestellt werden, dass der Senat die bisherige Rechtsprechung (auch die vom 25.11.2004) „still und heimlich“ aufgegeben hat.⁷⁰ Es wird dargestellt, dass die Auflassung hier keine Erfüllung einer Verbindlichkeit sei, weil die Eltern bei der Vertretung einer isoliert betrachteten Auflassung ausgeschlossen seien. Damit ist gemeint, dass der rechtliche Vorteil bei dem Erfüllungsgeschäft nicht bejaht werden kann und die zweite Ausnahme von § 181 BGB deshalb nicht zur Anwendung kommt. Somit hat sich nun auch der Bundesgerichtshof der jahrelangen, ablehnenden Ansicht zur Gesamtbetrachtung indirekt

⁶⁷ Beschluss vom 25.11.2004 (V ZB 13/04) in: NJW 2005, 415, 416, Begründung III. 1. a) 2. Absatz.

⁶⁸ Az: V ZB 44/04 in: DNotZ 2005, 625, 627.

⁶⁹ Az.: V ZB 16/79 in: BGHZ 78, 28, 30 = NJW 1981, 109.

⁷⁰ so Führ/Menzel FamRZ 2005, 1729.

angeschlossen. Ausdrücklich wurde die Gesamtbetrachtung aber nicht revidiert. In der Literatur⁷¹ wird dieser Beschluss nahezu einhellig begrüßt.

Lediglich Führ und Menzel⁷² sehen mit dieser Lösung keine ausreichende Gewährleistung des Minderjährigenschutzes. Wird die Ausnahme der Erfüllung einer Verbindlichkeit nicht angewandt, obwohl das Verpflichtungsgeschäft wirksam ist, muss für die Auflassung ein Ergänzungspfleger bestellt werden. Handelt der Pfleger für den Minderjährigen, soll die Gefahr eines Annahmeverzuges und die damit verbundene, für das Kind rechtlich nachteilige, Kostenfolge des § 304 BGB eintreten können. Diese Begründung kann meiner Meinung nach nicht überzeugen. Zum einen dürfte die praktische Wahrscheinlichkeit, dass die schenkenden Eltern oder Großeltern das Kind in Annahmeverzug setzen, sehr gering sein. Zum anderen aber ist das die Folge des im deutschen Recht geltenden Abstraktionsprinzips, weshalb dieser Einwand bei jedem relativ unwirksamen Verpflichtungsgeschäft hervorgebracht werden müsste.

Ein weiterer Vorteil dieses Lösungsansatzes ist der Gleichlauf hinsichtlich der Wirksamkeit der Schenkung mit einer Handlung durch einen beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen. Wenn dieser selbst handelt, ist eine lediglich rechtlich vorteilhafte Auflassung bei allen Lösungsansätzen wirksam; die Handlung des Minderjährigen kann keiner Gesamtbetrachtung unterworfen werden. Es stellt sich deshalb die Frage, warum ein Kind besser geschützt sein sollte, wenn es durch den gesetzlichen Vertreter vertreten wird, als wenn es selbst handeln würde. Eine nachvollziehbare Antwort findet sich hier nicht.

Da bei dem Vorliegen eines rechtlich vorteilhaften Kausalgeschäftes und eines rechtlich nachteiligen Erfüllungsgeschäftes die Nachteile des Letzteren nicht auf das Kausalgeschäft zurückschlagen, kann für den minderjährigen Erwerber eine Auflassungsvormerkung zur Sicherung seines Anspruches aus dem Schenkungsvertrag eingetragen werden. Diese Möglichkeit bestand mit der nunmehr veralteten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht, da das Verpflichtungsgeschäft durch die Gesamtbetrachtung ebenfalls als unwirksam betrachtet wurde.

⁷¹ u.a. Böttcher Rpfleger 2006, 293, 299.

⁷² FamRZ 2005, 1729, 1730.

Die teleologische Reduktion des § 181 2. Halbs. BGB ist folglich eine dogmatisch richtige und dem Kindesschutz gerecht werdende Lösung des Problems bei Immobilienschenkungen an Minderjährige.

e) Beschränkung von § 181 2. Halbs. BGB auf Verbindlichkeiten des Vertretenen:

Eine weitere Lösungsmöglichkeit schlägt Krüger⁷³ in einer juristischen Abhandlung der Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes vor. Danach ist § 181 2. Halbs. BGB nur dann anzuwenden, wenn die Erfüllungsverpflichtung den Vertretenen trifft. Im Fall der Immobilienschenkung an einen Minderjährigen ist das nicht gegeben. Hier ist der Schenker verpflichtet, den Schenkungsvertrag zu erfüllen. Fraglich ist, ob dieser Lösungsansatz vertretbar ist. In der Literatur wird nahezu ausschließlich die Auffassung vertreten, dass es sich nur um eine Verbindlichkeit handeln muss.⁷⁴ Eine Differenzierung nach dem Verpflichteten findet dagegen nicht statt. Krüger⁷⁵ setzt bei der Begründung seiner Auffassung am Sinn und Zweck der Norm an. Hierzu legt er dar, dass eine Interessenkollision dann keine Bedeutung haben soll, wenn der Vertretene ohnehin verpflichtet ist, das Rechtsgeschäft zu tätigen. In diesem Fall hat der Minderjährige rechtlich überhaupt keine andere Handlungsmöglichkeit. Handelt es sich jedoch um die Verpflichtung eines Vertreters, ist das Kind nicht verpflichtet, diese anzunehmen. Die Argumente sind zwar nicht von der Hand zu weisen, jedoch weisen weder die Rechtspraxis noch die übrige Literatur Überlegungen in diese Richtung auf. Folglich lässt sich die Frage der Vertretbarkeit dieser Lösung für die Praxis des Grundbuchamts damit nur negativ beantworten.

⁷³ ZNotP 2006, 202, 203.

⁷⁴ Erman-Palm § 181 Rn. 27; Staudinger/Schilken § 181 Rn. 61; Soergel/Hefermehl § 181 Rn. 43; MünchKomm/Schramm § 181 Rn. 56; Palandt/Heinrichs § 181 Rn. 22.

⁷⁵ a.a.O. (Fußn. 73).

C Handlung eines beschränkt Geschäftsfähigen

Die Geschäftsfähigkeit ist die Fähigkeit, durch eigenes Handeln wirksam Rechtsgeschäfte abzuschließen.⁷⁶ Aus dem Umkehrschluss von § 104 BGB ergibt sich, dass die volle Geschäftsfähigkeit mit Eintritt der Volljährigkeit beginnt. Geschäftsunfähig ist nur, wer das 7. Lebensjahr noch nicht vollendet hat und wer sich nicht nur vorübergehend in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet. Beschränkt geschäftsfähig sind Minderjährige ab vollendetem 7. Lebensjahr bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres. Ein beschränkt Geschäftsfähiger kann Rechtsgeschäfte vornehmen, die ihm lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen, § 107 BGB. Ist das Rechtsgeschäft für das Kind nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft (Schenkung) schwebend unwirksam und ein einseitiges Rechtsgeschäft nichtig. Daraus folgt, dass für rechtlich nachteilige Verträge die nachträgliche Genehmigung des gesetzlichen Vertreters das Rechtsgeschäft wirksam werden lassen. Einseitige rechtlich nachteilige Rechtsgeschäfte können jedoch nur dann Wirksamkeit erlangen, wenn der gesetzliche Vertreter (vorher) einwilligt.

⁷⁶ Creifelds, Stichwort „Geschäftsfähigkeit“.

D Prüfungspflicht des Grundbuchamtes

I gesetzlicher Vertreter

Das Grundbuchamt hat die Handlungsmacht des gesetzlichen Vertreters ohne Einschränkungen zu prüfen. Dem Grundbuchrechtspfleger obliegt die sachliche Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen (Legalitätsprinzip), innerhalb derer er die Legitimationsbefugnis des gesetzlichen Vertreters feststellen muss, was sich wiederum nach materiellem Recht beantwortet.⁷⁷

Fraglich ist, inwieweit sich das Grundbuchamt das Bestehen der elterlichen Sorge nachweisen lassen muss. Hierbei ist zu überlegen, ob die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich Vorrang vor der Alleinsorge eines Elternteils hat⁷⁸ oder ob beide Sorgerechtsmodelle gleichberechtigt nebeneinander stehen.⁷⁹ Meiner Meinung nach hat der Gesetzgeber im Rahmen des Kindschaftsrechtsreformgesetzes kein Regel-Ausnahme-Verhältnis bezüglich der elterlichen Sorge regeln wollen. Folglich ist bei Zweifeln sowohl der Nachweis der Alleinsorge (z.B. schriftliche Auskunft des Jugendamtes gem. §§ 58 a, 87 c VI S. 1, I SGB VIII, Ausfertigung einer Entscheidung des Familiengerichts, Nachweis des Todes des anderen Elternteils) als auch der Nachweis der gemeinsamen elterlichen Sorge (zum Beispiel durch das Einreichen einer Ausfertigung der Sorgeerklärungen) zu führen. Hervorzuheben ist, dass es eines solchen Nachweises nur dann bedarf, wenn hinreichend Zweifel bezüglich der Vertretung bestehen. Derartige Zweifel sind wohl dann ausgeschlossen, wenn die Eltern übereinstimmende Erklärungen bezüglich der elterlichen Sorge ihrer minderjährigen Kinder treffen.

Wird das Kind durch einen Vormund oder Ergänzungspfleger vertreten, muss sich dieser mit der Bestallungsurkunde ausweisen (§§ 1897, 1915 I BGB). Ist das Jugendamt Amtsvormund, weist es sich gem. §§ 1791, 1791 c BGB durch Vorlage einer Amtsbescheinigung aus.

⁷⁷ Ertl Rpfleger 1980, 1, 7.

⁷⁸ so Zorn RpfStud. 2000, 142, 144.

⁷⁹ BGH, Beschluss vom 29.09.1999 (XII ZB 3/99) in: Rpfleger 2000, 111.

II gesetzliche Vertretungsmacht

Nach § 20 GBO muss das Grundbuchamt vor der Eintragung einer Eigentumsänderung die Wirksamkeit der erklärten Auflassung prüfen. Damit muss auch die Wirksamkeit der Vertretung eines minderjährigen Kindes von Amts wegen geprüft werden.⁸⁰ Die Prüfungspflicht erstreckt sich damit ebenfalls auf das Vorliegen von Vertretungshindernissen (§§ 181, 1795 BGB) und auf eine eventuelle Befreiung von § 181 BGB.⁸¹

Nach der Entscheidung vom 25.11.2004⁸² muss der Grundbuchrechtspfleger bei der Erkenntnis eines isoliert betrachtet lediglich rechtlich vorteilhaften Erfüllungsgeschäftes die weitergehende Prüfung des schuldrechtlichen Geschäftes abbrechen und dieses selbst dann ignorieren, wenn er es für schwebend unwirksam hält. Die Eigentumsänderung ist in diesem Fall vorzunehmen.

Auf einseitige, formelle Bewilligungserklärungen des § 19 GBO ist § 181 BGB nach herrschender Meinung⁸³ nicht anwendbar, weil der Empfänger lediglich das Grundbuchamt ist und nicht das vertretene Kind. Das Gleiche gilt für § 1795 BGB. Dennoch gilt im Grundbuchverfahren das Legalitätsprinzip. Danach darf das Grundbuchamt eine Eintragung nicht vornehmen, wenn eindeutig feststeht oder begründete Zweifel bestehen, dass das Grundbuch dadurch unrichtig wird.⁸⁴ Deshalb hat das Grundbuchamt auch bei einer Bewilligung nach § 19 GBO die gesetzliche Vertretung beim materiellen Rechtsgeschäft zu prüfen.

III gerichtliche Genehmigung

Die Prüfungspflicht des Grundbuchamtes verlangt auch das Erkennen eines Rechtsgeschäftes, das einer familien- oder vormundschaftsgerichtlichen

⁸⁰ Demharter, § 20 Rn. 21, 22; OLG Köln, Beschluss vom 11.06.2003 (2 Wx 18/03) in: ZMR 2004, 189; BayObLG, Beschluss vom 29.05.1998 (2Z BR 85/98) in: BayObLGZ 1998, 139, 142.

⁸¹ BayObLG, Beschluss vom 26.02.1993 (2 Z BR 6/93) in: Rpfleger 1993, 441.

⁸² BGH (V ZB 13/04) in: NJW 2005, 415.

⁸³ Böttcher RpfStud. 2003, 73, 75; Schöner/Stöber Rn. 3562; a.A. Eickmann, GBVerfR, Rn. 195.

⁸⁴ Meikel-Böttcher, Einleitung H Rn. 25 ff..

Genehmigung bedarf, da eine fehlende oder fehlerhafte gerichtliche Genehmigung den Anschein eines wirksamen Rechtsgeschäftes hervorrufen kann. Eine Bescheinigung des Familien- oder Vormundschaftsgerichtes, wonach eine gerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist, bindet den Rechtspfleger des Grundbuchamtes nicht. Vielmehr hat dieser selbständig zu prüfen. Sich widersprechende Auffassungen sind im Instanzenweg zu lösen.⁸⁵

Genehmigungsgegenstand ist nicht die nach § 19 GBO erforderliche Bewilligungserklärung, sondern das materielle Rechtsgeschäft. Des Weiteren ist die Wirksamkeit der gerichtlichen Genehmigung selbständig zu prüfen. Die Prüfung richtet sich nach den Verfahrensregeln des Grundbuchverfahrens. Insoweit bedarf es der Unterscheidung zwischen der Einigung nach § 20 GBO und der formellen Bewilligung nach § 19 GBO.⁸⁶ Im Rahmen der materiellen Einigung ist die Erteilung der gerichtlichen Genehmigung, der Zugang dieser Genehmigung an den gesetzlichen Vertreter und die Mitteilung der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter an den Vertragspartner sowie dessen Entgegennahme dieser Mitteilung zu prüfen (§§ 1828, 1829 BGB). Die Genehmigung ist dem Grundbuchamt in Urschrift, Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift nachzuweisen.⁸⁷ Sofern das Familien- bzw. Vormundschaftsgericht des selben Amtsgerichts zuständig ist, genügt meines Erachtens auch die Bezugnahme zu den dortigen Akten. Reicht der Vertragspartner die Genehmigung beim Grundbuchamt ein, ist nach dem allgemeinen Erfahrungsgrundsatz davon auszugehen, dass dieser die Genehmigung von dem gesetzlichen Vertreter erhalten hat. Anderenfalls ist die Mitteilung der Genehmigung gem. § 29 I S. 1 GBO in öffentlicher Beglaubigung und der Zugang an den Vertragspartner mit öffentlicher Urkunde nach § 29 I S.1 GBO nachzuweisen.⁸⁸ Bei der in der Praxis gängigen nachträglichen Genehmigung bei zweiseitigen Rechtsgeschäften wird in den meisten Fällen der Notar von beiden Seiten unter Befreiung des § 181 BGB zur Annahme und Mitteilung der Genehmigung bevollmächtigt. Die Befreiung von § 181 BGB muss nicht ausdrücklich erfolgen; in der Doppelermächtigung liegt bereits eine konkludente Befreiung. Fraglich ist, ob der Notar in diesem Fall beim Einreichen der Genehmigung ausdrücklich erklären muss, dass er diese als Vertreter des

⁸⁵ Böttcher Rpfleger 1991, 73; OLG Köln, Beschluss vom 11.06.2003 (2 Wx 18/03) in: ZMR 2004, 189, 190 = Rpfleger 2003, 570, 572.

⁸⁶ Böttcher RpfIJB 1990, 193, 195.

⁸⁷ a.a.O. (Fußn. 86).

⁸⁸ a.a.O. (Fußn. 86).

Erwerbers erhalten, mitgeteilt und als Vertreter des Veräußerers in Empfang genommen hat. Diese Ansicht wird durchaus vertreten.⁸⁹ Meiner Meinung nach genügt bei dem Bekanntsein der Bevollmächtigung die Antragstellung des Notars mit Vorlage der Genehmigung, da der Notar hiermit seine Absicht (Wirksamwerden des Rechtsgeschäftes) ausreichend zum Ausdruck bringt.

⁸⁹ Eickmann, GBVerfR, Rn. 204; Klüsener Rpfleger 1981, 461.

E Der lediglich rechtliche Vorteil bei Immobilienschenkungen

I Begriff

Ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft ist für den Minderjährigen dann nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet.⁹⁰ Der lediglich rechtliche Vorteil ist ein formales Kriterium, wobei auf die Rechtsfolgen und nicht auf den wirtschaftlichen Vorteil abzustellen ist.⁹¹ Rechtliche Nachteile können auch durch noch so große wirtschaftliche Vorteile nicht ausgeglichen werden.⁹² Bei der Beurteilung des rechtlichen Vor- oder Nachteils ist die entscheidende Frage, ob der Erwerber mit seinem ganzen Vermögen haftet, mit dem übernommenen Gegenstand oder mit dem, was ihm noch von dem Gegenstand verblieben ist.⁹³ Für den Erwerb von Immobilien sind die Grundsätze des lediglich rechtlichen Vorteils grundsätzlich anerkannt, da das Kind nichts von seinem bereits vorhandenen Vermögen aufzugeben gezwungen ist, sondern lediglich etwas hinzugewinnt.

Die erforderliche einschränkende Auslegung des formal gehaltenen § 107 BGB⁹⁴ führt im praktischen Ergebnis dazu, dass die in der Rechtsprechung und Literatur vertretenen Einzelergebnisse unverbunden nebeneinander stehen, so dass in vielen Fällen kein gemeinsames, hinter den Einzelergebnissen stehendes, Grundprinzip erkennbar ist. Ob ein Rechtsgeschäft, welches auf den Erwerb von Grundeigentum gerichtet ist, im Einzelfall lediglich rechtlich vorteilhaft ist, soll im Folgenden durch eine Falltypenbildung untersucht werden.

⁹⁰ zuletzt BGH, Beschluss vom 25.11.2004 (V ZB 13/04) in: NJW 2005, 415.

⁹¹ Klüsener Rpfleger 1981, 258; Feller DNotZ 1989, 66, 69.

⁹² BGH, Beschluss vom 09.07.1980 (V ZB 16/79) in: BGHZ 78, 28, 35.

⁹³ Klüsener Rpfleger 1981, 258, 260.

⁹⁴ vgl. oben unter B, III, 2.

II unbelastetes Grundstück

Es ist zu prüfen, ob ein dem Minderjährigen geschenktes, unbelastetes Grundstück tatsächlich nur rechtliche Vorteile mit sich bringt. Hierbei sind insbesondere die Auswirkungen der Auflassung zu prüfen.

1. öffentliche Grundstückslasten:

Jeder Eigentümer einer Immobilie muss für die auf öffentlichem Recht beruhenden Abgaben persönlich haften.⁹⁵ Öffentliche Grundstückslasten sind nicht gesetzlich definiert. Nach allgemeiner Ansicht⁹⁶ muss es sich bei einer öffentlichen Last um eine Abgabeverpflichtung handeln, welche auf öffentlichem Recht beruht, durch wiederkehrende oder einmalige Geldleistung zu erfüllen ist und nicht nur die persönliche Haftung des Schuldners, sondern auch die dingliche Haftung des Grundstücks voraussetzt. Damit ist die Haftung des schutzbedürftigen Kindes nicht auf die erworbene Sache beschränkt. Würde man streng am rechtlichen Nachteil der persönlichen Haftung festhalten, hieße das, dass jede Immobilienschenkung rechtlich nachteilig wäre. Bei der Frage, ob man dennoch den rechtlichen Vorteil bejahen kann, ist zunächst zwischen gewöhnlichen, wiederkehrenden öffentlichen Lasten und außergewöhnlichen öffentlichen Lasten zu unterscheiden.

a) gewöhnliche öffentliche Grundstückslasten:

Gewöhnliche öffentliche Grundstückslasten treffen jeden Eigentümer. Würde man sie für einen minderjährigen Erwerber für rechtlich nachteilig im Sinne des § 107 BGB ansehen, müsste bei jeder Schenkung ein Ergänzungspfleger bestellt werden. Um dieses unerwünschte Ergebnis zu umgehen, sind verschiedene Lösungsansätze entwickelt worden.

aa) Öffentliche Lasten als Folgen des öffentlichen Rechts:

Nach dieser Auffassung treffen die Grundstückslasten den Minderjährigen nicht unmittelbar auf Grund des Rechtsgeschäfts. Vielmehr werden sie als nur

⁹⁵ BGH, Urteil vom 22.05.1981 (V ZR 69/80) in: NJW 1981, 2127.

⁹⁶ a.a.O. (Fußn. 95).

mittelbare Folgen des öffentlichen Rechts qualifiziert. Derartige mittelbare Pflichten, wie Steuern, Abgaben oder Gebühren, sollen keinen beachtlichen Rechtsnachteil darstellen.⁹⁷ In der Literatur⁹⁸ herrscht diese Meinung vor, die zwischen mittelbaren und unmittelbaren Wirkungen des Rechtsgeschäfts unterscheidet. Die Unmittelbarkeit qualifiziert sich dadurch, dass der Rechtsnachteil mit Abschluss des Vertrages eintritt, ohne dass weitere Entstehungsvoraussetzungen vorliegen müssen. Schon mittelbare, durch das Rechtsgeschäft ausgelöste Rechtsnachteile, wie die Verkehrssicherungspflicht, sollen unbeachtlich sein. Öffentliche Grundstückslasten sind nicht Bestandteil der rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen zwischen den Parteien, sondern sie beruhen auf Gesetz oder Satzung. Bezüglich der Rechtsfolgen wird also unterschieden, ob diese kraft Gesetzes oder durch den Willen der Parteien eintreten.⁹⁹ Dem widerspricht Feller¹⁰⁰ mit dem überzeugenden Argument, dass das Kindesvermögen durch eine kraft Gesetzes eintretende nachteilige Folge nicht weniger gefährdet ist, als wenn diese Folge auf dem Parteiwillen basiert.

bb) Öffentliche Lasten als Inhalt des Eigentums:

Für Feller¹⁰¹ und Hefermehl¹⁰² sind öffentliche Lasten Inhalt des Eigentums und mit dem Eigentum immanent verbunden. Mit dieser Betrachtungsweise wird die Qualifizierung der Grundstückslasten in mittelbare oder unmittelbare Rechtsfolgen des dinglichen Vertrages umgangen. Öffentliche Lasten sollen „als nicht lästig“ angesehen werden können, weil sie Inhalt des Eigentums sind.¹⁰³ Diese Argumentation ist meiner Meinung nach in sich nicht schlüssig. Auch aus dem „bloßen“ Inhalt eines Rechts (hier das Eigentum) können sich für das Kind Rechtsnachteile ergeben, die der Schenkung den lediglich rechtlich vorteilhaften Charakter nehmen. Der Bundesgerichtshof¹⁰⁴ hat dieses Argument zu Recht zurückgewiesen.

⁹⁷ BayObLG, Beschluss vom 14.06.1967 (2 Z 26/67) = Rpfleger 1968, 18; BayObLG, Beschluss vom 29.05.1998 (2Z BR 85/98) in: BayObLGZ 1998, 119, 144; Böttcher RpfLStud. 2003, 73, 80.

⁹⁸ Westermann JZ 1955, 244, 245; Feller DNotZ 1989, 66, 69; Erman-Palm § 107 Rn. 6; MünchKomm/Schmitt § 107 Rn. 39; Staudinger/Knothe, § 107 Rn. 6 und 12.

⁹⁹ so z.B. Staudinger/Knothe, § 107 Rn. 6.

¹⁰⁰ DNotZ 1989, 66, 70.

¹⁰¹ a.a.O. (Fußn. 100).

¹⁰² Soergel/Hefermehl § 107 Rn. 1 und 4.

¹⁰³ Lange NJW 1955, 1339, 1341.

¹⁰⁴ Beschluss vom 09.07.1980 (V ZB 16/79) in: Rpfleger 1980, 463, 464.

cc) Öffentliche Lasten als unerhebliches Gefährdungspotential:

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes¹⁰⁵ können Rechtsnachteile wegen ihres typischerweise ganz unerheblichen Gefährdungspotentials als von dem Anwendungsbereich des § 107 BGB nicht erfasst angesehen werden. Insbesondere stellen laufende öffentliche Grundstückslasten, wie die Grundsteuer, keinen Rechtsnachteil im Sinne von § 107 BGB dar. Auch wenn diese Betrachtungsweise doch praxisnah ist und im Ergebnis auch mit der alten Rechtsprechung übereinstimmt, werden vorwiegend wirtschaftliche Interessen berücksichtigt. Als Begründung wird angeführt, dass derartige, den Minderjährigen kraft Gesetzes treffende, persönliche Verpflichtungen dem Umfang nach gering und auch wirtschaftlich völlig unbedeutend sind und in der Regel aus den Erträgen des Grundstücks gedeckt werden können. Aus diesen Gründen soll keine Vermögensgefährdung bestehen. Zudem wird angenommen, dass jeder gesetzliche Vertreter in ein solches Rechtsgeschäft einwilligen würde. Hinter dieser Auffassung steht der Gedanke, dass solche Lasten nach der Verkehrsanschauung nicht als Rechtsnachteile eines Grundstückserwerbs empfunden werden. Die in der Vergangenheit vorherrschend vertretene Begründung¹⁰⁶ zum lediglich rechtlich vorteilhaftem Erwerb einer unbelasteten Immobilie wird vom Bundesgerichtshof¹⁰⁷ mit der Begründung abgelehnt, dass das Vermögen des Minderjährigen nicht weniger gefährdet sei, wenn ein Rechtsnachteil nur vom Gesetz angeordnet und nicht von den Parteien des Rechtsgeschäfts gewollt ist. Diese, am Schutzzweck des § 107 BGB orientierte Auslegung wurde im Ansatz auch schon von Stürner¹⁰⁸ durch die Darstellung der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ diskutiert. Hiernach sollen Gruppen von Rechtsnachteilen ausgesondert werden, die „nach ihrer abstrakten Natur keine Gefährdung des Minderjährigen bedeuten“. Zudem wird dargelegt, dass die mit der Tragung öffentlicher Lasten verbundenen Nachteile typischerweise keine Vermögensgefährdung indizieren und der Schutz des Minderjährigen vor diesen Nachteilen unangebracht ist, „weil jeder billig und vernünftig denkende elterliche Gewaltinhaber dem Erwerb zustimmen müsste“. Diese Ansicht legt zu Recht offen, dass die Problematik ohne eine abwägende Bewertung sowohl des

¹⁰⁵ Beschluss vom 25.11.2004 (V ZB 13/04) in: NJW 2005, 415.

¹⁰⁶ vgl. oben: E, II, 1., a.

¹⁰⁷ a.a.O. (Fußn. 105).

¹⁰⁸ AcP 173 (1973), 402, 420.

Umfanges als auch der Wahrscheinlichkeit des Nachteils nicht befriedigend gelöst werden kann.¹⁰⁹

dd) Positionierung:

Auch wenn die Vermögensgefährdung des Kindes bei allen Lösungsansätzen tatsächlich gleich hoch ist, ist die letztgenannte Ansicht vorzuziehen, weil der Minderjährigenschutz ausreichend gewahrt und der Erwerb lukrativer Immobilien ohne Mitwirkung eines Pflegers nicht verwehrt wird. Fraglich ist hier aber, wie sich diese Ansicht mit dem Grundsatz vereinbaren lässt, dass wirtschaftliche Vorteile bei der Begutachtung des lediglich rechtlichen Vorteils außen vor bleiben müssen, auch wenn der Anreiz noch so groß ist, minimale Nachteile in wirtschaftlichen Vorteilen aufzuwiegen. Hierbei handelt es sich um eine am Schutzzweck des § 107 BGB orientierte einschränkende Auslegung. Bei der Hinterfragung des Schutzzwecks einer Norm, sind die wirtschaftlichen Auswirkungen unumgänglich mit einzubeziehen. Der Bundesgerichtshof orientiert sich bei der Beurteilung des Gefährdungspotentials an dem zu erwartenden Umfang der wirtschaftlichen Belastung und an der Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieser.

Weiterhin ist zu überlegen, ob die Ansicht zu einer Gefährdung der Kindesinteressen führen kann. So lassen sich mit dieser Begründung verschiedene Fälle konstruieren, bei denen der rechtliche Nachteil durch die einschränkende Auslegung von § 107 BGB verneint werden kann. Dem widerspricht Rastätter¹¹⁰ richtigerweise mit dem Argument, dass geschlossene, klar abgegrenzte Fallgruppen von Rechtsnachteilen ausgesondert werden können, die nach ihrer abstrakten Natur typischerweise keine Gefährdung der Rechtssicherheit oder des Minderjährigen mit sich bringen. Mit einer typisierenden Ermittlung der lediglich rechtlichen Vorteilhaftigkeit könnte die Gefahr bestehen, dass atypische Einzelfälle das Kindesvermögen gefährden können (so zum Beispiel der Erwerb einer wirtschaftlich wertlosen Immobilie). Eine als unerträglich zu bewertende Gefährdung des Kindeswohls tritt dennoch nicht ein. Dadurch, dass der Bundesgerichtshof nur wirtschaftlich sehr unbedeutende Verpflichtungen überhaupt als unbeachtlich qualifizieren will, wird

¹⁰⁹ Preuß JuS 2006, 305, 307.

¹¹⁰ BWNotZ 2006, 1, 4.

sichergestellt, dass einem minderjährigen Erwerber auch in atypischen Sonderfällen zwar gewisse Nachteile, aber zumindest keine schlechthin ruinösen Vermögensschäden treffen können.¹¹¹

Wird der hier nicht vertretenen Auffassung gefolgt, dass sich die Gefahr für den Minderjährigen nicht mit dem Schutzzweck vereinbaren lässt, ist zu bedenken, dass auch bei der oben (unter E, II, 1., a, aa) dargestellten Ansicht „mittelbare Nachteile“ zu unüberschaubaren Verpflichtungen führen können. Das gegen die Auffassung des Bundesgerichtshofes hervorgebrachte Argument geht damit ins Leere.

b) außergewöhnliche öffentliche Grundstückslasten:

Die oben angeführte Begründung des Bundesgerichtshofes, dass die das Kind treffenden Lasten eher gering seien, kann bei außergewöhnlichen Grundstückslasten nicht hervorgebracht werden. Straßenausbau- oder Erschließungsbeiträge sowie Polizeipflichten (z.B. wegen grundwassergefährdender Altlasten) können sogar bei nicht werthaltigen Immobilien auf dem Lande den Wert des Grundstücks übersteigen.

Dennoch wird auch in der vom Bundesgerichtshof erwähnten Entscheidung¹¹² angenommen, dass die bloße theoretische Möglichkeit, in Zukunft zu außerordentlichen öffentlichen Lasten herangezogen zu werden, keinen Rechtsnachteil darstellt. Es fehlen insoweit tatsächliche Anhaltspunkte, um einen rechtlichen Nachteil zu sehen.

Ob das auch bei zur Zeit des Eigentumserwerbs fälligen außerordentlichen Lasten gilt, wird offen gelassen. Subsumiert man eine zum Zeitpunkt des Erwerbs bestehende Verkehrssicherungspflicht eines baufälligen Gebäudes unter die neue Abgrenzungsformel des Bundesgerichtshofes, so erscheint eine Nichtberücksichtigung dieser Last doch sehr fraglich. Dass die Entscheidung vom 25.11.2004¹¹³ begründende Argument, dass der objektiv vernünftige gesetzliche Vertreter durch diese Rechtsnachteile nicht die Einwilligung zu diesem Rechtsgeschäft versagen würde, kann hier nicht herangezogen werden.

¹¹¹ Schmitt NJW 2005, 1090, 1092.

¹¹² a.a.O. (Fußn. 105).

¹¹³ BGH (V ZB 13/04) in: Rpfleger 2005, 189 = NJW 2005, 415.

Für konkret anstehende außerordentliche Grundstückslasten dürfte also ein Rechtsnachteil zu bejahen sein, so dass § 107 BGB nicht eingreift.¹¹⁴ Der Erwerb eines Grundstücks mit einem baufälligen Gebäude kann ein einschlägiger Nachteil für das Kind sein, falls baurechtliche Verfügungen zu kostspieligen Baumaßnahmen führen oder eine deliktische Haftung nach § 836 I BGB eintritt. Auch nach Klüsener¹¹⁵ ist die Nichtbeachtung außerordentlicher Grundstückslasten (zum Beispiel erhebliche Erschließungsbeiträge) im Rahmen der Prüfung des rechtlichen Vorteils nicht gerechtfertigt.

Sonnenfeld¹¹⁶ gibt aber zu bedenken, dass das Grundbuchamt beim Bejahen des rechtlichen Nachteils diese Anschauung praktisch nicht umsetzen kann. Der Rechtspfleger des Grundbuchamtes ist nicht berechtigt, bei allen Behörden anzufragen, ob außerordentliche Grundstückslasten zur Zeit des Eigentumserwerbs bestehen. Eine Pflicht zur Erklärung des Bestehens außerordentlicher Grundstückslasten in der Auflassung sieht die Grundbuchordnung nicht vor. Die Möglichkeit der Bestellung eines Gutachters, der im Rahmen der Erstellung des Gutachtens die Behörden um Auskunft hinsichtlich bestehender Forderungen bittet, kommt erst bei der Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit in Betracht. Die Frage nach einem Vertretungsausschluss ist jedoch unabhängig von der Problematik der Genehmigungsbedürftigkeit / Genehmigungsfähigkeit und vorrangig zu entscheiden. Selbst wenn ein Gutachten im Einzelfall vorhanden wäre, würde dieses in der Regel nicht dem Grundbuchamt, sondern dem Familien- bzw. Vormundschaftsgericht vorliegen. Das Bestehen außerordentlicher Grundstückslasten kann also nicht überprüft werden. Wenn die Urkunde des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäftes dem Grundbuchamt nicht mit vorgelegt wird oder die vorgelegte Urkunde keine Angaben über das Bestehen und die Tragung öffentlicher Lasten enthält, muss der Rechtspfleger die Eigentumsumschreibung vollziehen. Stellt sich im Nachhinein tatsächlich heraus, dass das Verfügungsgeschäft durch das Bestehen außerordentlicher Lasten nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und der gesetzliche Vertreter an der Vertretung gehindert war beziehungsweise das Kind selbst nicht im Rahmen von § 107 BGB wirksam handeln konnte, ist das Eigentum materiell nie auf den im Grundbuch Eingetragenen übergegangen. Insoweit würde dann durch das Auseinanderfallen

¹¹⁴ Krüger ZNotP 2006, 202, 206; jurisPK-Lange, § 107 Rn. 26.

¹¹⁵ Rpfleger 1981, 258, 261.

¹¹⁶ in: NotBZ 2005, 154, 156.

von materieller und formeller Rechtslage eine Grundbuchunrichtigkeit vorliegen. Eine solche in der Praxis nicht ungewöhnliche Rechtslage bedeutet für die Rechtssicherheit eine erhebliche Gefährdung.¹¹⁷ Gleichwohl kann diese unerwünschte Folge nicht dazu führen, dass alle öffentlichen Grundstückslasten den lediglich rechtlichen Vorteil unberührt lassen.

2. unbelasteter Grundstücksbruchteil:

Bei einer schenkweisen Überlassung nur eines Bruchteils eines Grundstücks gilt das Gleiche wie das zu der Schenkung eines ganzen Grundstücks Aufgeführte.¹¹⁸ Nach Ansicht des LG Münster¹¹⁹ soll auch ein Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft (§§ 751, 1010 BGB) für eine bestimmte Dauer keinen rechtlichen Nachteil zur Folge haben. Nach einer Entscheidung des OLG Köln¹²⁰ könne dies jedoch nur für so genannte Vorratsteilungen des Alleineigentümers gelten, der dann die Grundstücksbruchteile veräußert. Wird der Ausschluss der Auseinandersetzung dagegen vereinbart, können die Eltern im Fall einer Eltern- oder Großelternschenkung nicht vertreten, weil hier ein rechtlicher Nachteil gegeben ist. Meiner Meinung nach bewirkt aber auch eine derartige Vereinbarung lediglich die Einschränkung der Möglichkeit, den Grundstücksbruchteil zu verwerten. Es kann keinen Unterschied machen, ob das Kind einen in dieser Art beschränkten Bruchteil erwirbt oder der Ausschluss der Gemeinschaft erst im Zusammenhang mit dem Erwerb vereinbart wird.

3. Überbau- und Notwegrenten:

Besteht für den Minderjährigen die Verpflichtung zur Zahlung einer Überbau- oder Notwegrente gem. §§ 912 II, 917 II BGB ist die Grundstücksübertragung dennoch lediglich rechtlich vorteilhaft.¹²¹ Als Begründung wird hier angeführt, dass diese Zahlungsverpflichtung zum Inhalt des Grundstückseigentums gehört und unabhängig von dem Willen der Parteien besteht.

¹¹⁷ Schmitt NJW 2005 1090, 1093.

¹¹⁸ BayObLG, Beschluss vom 29.05.1998 (2 Z BR 85/98) in: Rpfleger 1998, 425 = BayObLGZ 1998, 139, 145.

¹¹⁹ Beschluss vom 30.09.1998 (5 T 757/98) in: Rpfleger 1999, 73; dem folgend: Palandt/Diederichsen § 1795 Rn. 11.

¹²⁰ Beschluss vom 11.06.2003 (2 Wx 18/03) in: ZMR 2004, 189, 190; dem folgend: jurisPK-Lange, § 107 Rn. 27.

¹²¹ Staudinger/Knothe, § 107 Rn. 16 a.E.; Stürmer AcP 173 (1973) 402, 431.

III unbelastetes Wohnungseigentum

Der Erwerb von Wohnungseigentum wird grundsätzlich ebenso behandelt wie die Übertragung von Grundstückseigentum. Die auf dem Wohnungseigentum ruhenden, gewöhnlichen öffentlichen Lasten werden folglich nicht berücksichtigt. Besonderheiten gegenüber dem Grundstückseigentum ergeben sich durch den Eintritt in die Gemeinschaftsordnung und in den Verwaltervertrag.

1. Eintritt in die Gemeinschaftsordnung:

Mit dem Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum tritt das Kind in die Wohnungseigentümergeinschaft ein. Dadurch treffen den Erwerber Verpflichtungen, die aus den gesetzlichen Bestimmungen oder aus weitergehenden Vereinbarungen der Wohnungseigentümer über die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums resultieren (§§ 20 ff. WEG). Für diese Pflichten besteht auch eine persönliche Haftung. In der Entscheidung aus dem Jahr 1980¹²² hatte der Bundesgerichtshof die Schenkung von Wohnungseigentum als rechtlich nachteilig qualifiziert. Grund hierfür war die Ausgestaltung der Gemeinschaftsordnung, in welcher eine gegenüber dem Gesetz verschärfte Wiederaufbauverpflichtung geregelt war. Diesem Ergebnis ist ohne Bedenken zuzustimmen, weil der Minderjährige für die vereinbarte Verpflichtung persönlich haftet.

Jedoch kann aus dieser Entscheidung nicht geschlossen werden, dass jeglicher Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum rechtlich nachteilig ist. Die Konstellation einer Schenkung ohne verschärfte Ausgestaltung der Gemeinschaftsordnung wurde gerade bewusst offen gelassen. Dass ein rechtlich relevanter Nachteil besteht, wird gleichwohl mit der Begründung vertreten, dass die den Beschenkten gem. §§ 10 ff. und 20 ff. WEG treffenden Verpflichtungen und Bestimmungen nicht mit der Schenkung eines belasteten Grundstücks verglichen werden können.¹²³ Richtig ist, dass das Wohnungseigentum auch in seiner gesetzlichen Ausgestaltung Besonderheiten gegenüber dem Grundstückseigentum aufweist. Dennoch bin ich der Ansicht, dass sich ein

¹²² Beschluss vom 09.07.1980 (V ZB 16/79) in: BGHZ 78, 28 ff.; dem folgend: Jauernig BGB, Jauernig, § 107 Rn. 4; Staudinger/Knothe, § 107 Rn. 13; BayObLG, Beschluss vom 18.09.1997 (2 Z BR 85/97) in: Rpfleger 1998, 71.

¹²³ Bärman/Pick/Merle - Pick, § 1 Rn. 45.

rechtlich relevanter Nachteil nicht begründen lässt, wenn die für die Gemeinschaftsordnung geltenden gesetzlichen Regelungen nicht abgeändert werden. Die aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis resultierenden Folgen gehören zum Inhalt des Wohnungseigentumsrechtes. Das OLG Celle¹²⁴ stellte schon 1976 klar, dass die den Wohnungseigentümer betreffenden Pflichten gegenüber den übrigen Mitgliedern der Wohnungseigentümergeinschaft im Sinne von § 107 BGB nicht anders zu bewerten sind, als die sonst mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundenen Pflichten. Das soll sogar dann gelten, wenn über das Gesetz hinausgehende Verpflichtungen begründet werden, die mit den ohnehin bestehenden gesetzlichen Pflichten eng verbunden sind. Letzterem kann nicht zugestimmt werden, da hiernach die Abgrenzung zwischen rechtlich vorteilhaften und rechtlich nachteiligen Ausgestaltungen der Gemeinschaftsordnung nicht eindeutig, in einer für den Rechtsverkehr befriedigenden Art und Weise, definiert werden kann.

Ultsch¹²⁵ und Rastätter¹²⁶ stellen bei der Beurteilung des rechtlichen Nachteils ebenfalls auf eine über die gesetzlichen Verpflichtungen hinausgehende Gemeinschaftsordnung ab; über den in der Praxis wohl selten vorkommenden Fall des Nichtabänderns der gesetzlichen Bestimmungen wird keine Stellung bezogen. Der mit dem Eintritt in die ausschließlich durch gesetzliche Vorschriften geregelte Gemeinschaftsordnung entstehende rechtliche Nachteil findet meiner Ansicht nach im Rahmen von § 107 BGB keine Berücksichtigung. Die Möglichkeit eines Gefahrenintritts ist hierbei so gering, dass sie bei der Frage einer Einwilligung des tatsächlich vertretungsberechtigten Vertreters nicht als entscheidungserhebliches Argument für den Nichtabschluss des Schenkungsvertrages sprechen kann.¹²⁷ Die Leistungspflichten gegenüber der Gemeinschaft werden den Wert des Wohnungseigentums nur in den seltensten Fällen aufzehren können. Böttcher¹²⁸ vergleicht die Gefahr der gesetzlichen Pflichten durch den Eintritt in eine bestehende Gemeinschaftsordnung mit der im Verhältnis zum Wert der Immobilie geringen Gefährdung durch die Tragung öffentlicher Lasten.

¹²⁴ Beschluss vom 29.07.1976 (4 Wx 9/76) in: NJW 1976, 2214; so auch Gitter JR 1981, 283, 284.

¹²⁵ Jura 1998, 524, 526.

¹²⁶ BWNotZ 2006, 1, 7; so auch Schöner/Stöber Rn. 3609.

¹²⁷ so im Ansatz auch Schmitt NJW 2005, 1090, 1092.

¹²⁸ RpfIStud. 2003, 72, 81.

2. Eintritt in einen Verwaltervertrag:

Den Erwerber treffen auch anteilig die Pflichten der Wohnungseigentümer aus der Bestellung eines Verwalters gem. §§ 20, 23, 16 WEG.¹²⁹ Wenn der Erwerb mit dem Eintritt in einen Verwaltervertrag verbunden ist, treffen das Kind persönliche Pflichten und rechtliche Nachteile. Die Verwalterbestellung gehört aber zu der gesetzlichen Ausgestaltung des Wohnungseigentums. Somit ist der Erwerb von Wohnungseigentum durch den Eintritt in einen bestehenden Verwaltervertrag nicht rechtlich vorteilhaft. Fraglich ist hier nur, ob die Nachteile wegen ihres typischerweise geringen Gefährdungspotentials unbeachtet bleiben können. Durch den Verwaltervertrag besteht für alle Wohnungseigentümer eine gesamtschuldnerische, persönliche Haftung für alle Verpflichtungen aus diesem Vertrag.¹³⁰ Ein Verwaltervertrag wirkt unmittelbar gegen den Sonderrechtsnachfolger eines Wohnungseigentümers. Die Bedingungen des Anstellungsvertrages sind entweder in dem Beschluss über die Bestellung enthalten oder von einem durch Beschluss der Wohnungseigentümer Bevollmächtigten festgelegt. In beiden Fällen ist der Erwerber gem. § 10 III WEG an die Verträge gebunden.¹³¹ Inhalt solcher Verträge ist unter anderem die Zahlung des Verwalterhonorars. Durch den Eintritt in den Verwaltervertrag betrachtet die herrschende Meinung¹³² den Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum als rechtlich nachteilig. Das BayObLG hingegen hatte zwar 1979¹³³ den rechtlichen Nachteil bejaht, in einer Entscheidung aus dem Jahr 1997¹³⁴ diese Frage aber ausdrücklich offen gelassen. Nach anderer Ansicht¹³⁵ sollen zwar die sich für den Eigentümer aus dem Verwaltervertrag ergebenden Pflichten im Hinblick auf die gem. § 20 II WEG zwingend vorgeschriebene Verwalterbestellung keinen rechtlichen Nachteil zur Folge haben, jedoch das in dem Vertrag geregelte Auftragsverhältnis zwischen Wohnungseigentümer und Verwalter. Diese, sich im Gesamtzusammenhang widersprechende

¹²⁹ Klüsener Rpfleger 1981, 258, 262.

¹³⁰ BGH, Beschluss vom 09.01.1980 (V ZB 16/79) in: BGHZ 78, 28; Stutz MittRhNotK 1993, 211.

¹³¹ Jahnke NJW 1977, 960, 961.

¹³² Otto Rpfleger 1979, 403, 404; OLG Hamm, Beschluss vom 23.05.2000 (15 W 119/02) in: Rpfleger 2000, 449; BayObLG, Beschluss vom 04.09.2003 (2 Z BR 162/03) in: Rpfleger 2004, 93, 94; Schöner/Stöber Rn. 3609; jurisPK-Lange, § 107 Rn. 27; Soergel/Hefermehl, § 107 Rn. 6; MünchKomm/Schmitt, § 107 Rn. 48; Palandt/Heinrichs, § 107 Rn. 4; Palandt/Diederichsen, § 1795 Rn. 11.

¹³³ Beschluss vom 30.07.1979 (BReg 2 Z 1/79) in: BayObLGZ 1979, 244 ff..

¹³⁴ Beschluss vom 18.09.1997 (2 Z BR 85/97) in: Rpfleger 1998, 71, 72.

¹³⁵ OLG Celle, Beschluss vom 29.07.1976 (4 Wx 9/76) in: NJW 1976, 2214, 2215; Staudinger/Knothe, § 107 Rn. 13.

Argumentation führt aber dazu, dass der Erwerb von Wohnungseigentum insgesamt als rechtlich nachteilig angesehen werden muss. Jahnke¹³⁶ stellt richtigerweise fest, dass nach der Ansicht des OLG Celle¹³⁷ eine schenkweise Übertragung von Wohnungseigentum ohne Pflegerbestellung nicht möglich ist und diese Folge von dem Gericht selbst offenbar nicht gewollt war. Die Begründung ist in sich nicht schlüssig, da die Schenkung von Wohnungseigentum dann nicht als lediglich rechtlich vorteilhaft anzusehen sein soll, wenn mit dem Erwerb der Eintritt in den Verwaltervertrag verbunden ist. Problematisch ist, ob und in welchen Fällen eine Schenkung ohne Pflegerbestellung erfolgen kann. Die Bestellung eines Verwalters (§ 22 II WEG) ist eine zwingende Vorschrift des Wohnungseigentumsgesetzes. Der Erwerb von Wohnungseigentum ist damit regelmäßig mit dem Eintritt in einen Verwaltervertrag und folglich auch mit dem Eintritt in den Anstellungsvertrag verbunden. Ausnahmen könnten lediglich dann bestehen, wenn der Verwalter die Verwaltung unentgeltlich übernimmt und dadurch keine persönliche Verpflichtung zur Tragung des Honorars besteht. Auch in diesen Fällen wäre aber nicht ausgeschlossen, dass in Zukunft ein Verwaltervertrag mit Regelungen über das Anstellungsverhältnis durch einen Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümergeinschaft (§ 25 WEG) geschlossen wird.

Fraglich ist, ob man den Vorteil ohne Bedenken bejahen könnte, wenn bei der Übertragung des Eigentums ein Verwaltervertrag noch nicht besteht. Bei einem späteren Vertragsabschluss dürfte der gesetzliche Vertreter vertreten können, sofern er nicht selbst oder ein von ihm tretender Dritter oder eine mit ihm in gerader Linie verwandte Person Verwalter werden soll. Da die Wohnungseigentümer für die Verpflichtungen gesamtschuldnerisch haften, könnte dieser Vertragsabschluss gem. §§ 1643 I, 1915 I S.1 BGB i.V.m. § 1822 Nr. 10 BGB genehmigungsbedürftig sein. Insoweit könnte man zu dem Ergebnis gelangen, dass das Kindesvermögen hinreichend geschützt werden kann. Zu beachten ist hier jedoch, dass ein Versagen der gerichtlichen Genehmigung zur Folge hat, dass für die Gemeinschaft kein Verwalter bestellt ist. Aus diesem Grund verstößt diese Ansicht gegen § 20 II WEG. Besteht also im Moment der Eigentumsübertragung noch kein Verwaltervertrag, kann der lediglich rechtliche Vorteil hiermit gerade nicht begründet werden.

¹³⁶ a.a.O. (Fußn. 131).

¹³⁷ a.a.O. (Fußn. 135).

Meines Erachtens ist der hier bestehende Nachteil mit dem durch die Tragung öffentlicher Lasten vergleichbar. Die bei dem Erwerb von Wohnungseigentum bestehende persönliche Haftung des Erwerbers ist keine Besonderheit des Wohnungseigentums, wie die öffentlichen Grundstückslasten zeigen. Dass sich die persönliche Haftung hier auf einen privatrechtlichen Vertrag begründet, vermag eine andere Beurteilung nicht rechtfertigen.¹³⁸ Auf Grund des typischerweise geringen Gefährdungspotentiales ist der rechtliche Nachteil der persönlichen Haftung aus dem im Verwaltervertrag geregelten Anstellungsverhältnis als nicht von § 107 BGB erfasst anzusehen. Insoweit ist Gitter und Schmitt dahingehend Recht zu geben, als dass sie die herrschende Meinung bezüglich der Problematik des Eintritts in den Verwaltervertrag für angreifbar halten, da das Wohnungseigentum zwangsläufig das Bestehen eines Verwaltervertrages voraussetzt.¹³⁹ Zu Recht wird hier zu Bedenken gegeben, dass die auf dem Wohnungseigentum ruhenden öffentlichen Lasten nicht als rechtliche Nachteile i.S.v. § 107 BGB angesehen werden, während die Verpflichtungen aus dem Verwaltervertrag ausschlaggebend für die Bestellung eines Pflegers sein sollen. Die wirtschaftliche Bedeutung dieser Verpflichtungen ist im Verhältnis zur dem Wert des Wohnungseigentums gleichbedeutend, wie die öffentlichen Lasten im Verhältnis zum Wert des Grundstückseigentums.

3. Ergebnis:

Da der Eintritt in den Verwaltervertrag nach hier vertretener Auffassung nicht den lediglich rechtlichen Vorteil nimmt, ist der Erwerb von Wohnungseigentum grundsätzlich lediglich rechtlich vorteilhaft. Etwas anderes gilt nur dann, wenn im Rahmen der Gemeinschaftsordnung über das Gesetz hinausgehende Verpflichtungen geregelt sind. Derartige Regelungen, die dem Rechtsgeschäft den lediglich rechtlichen Vorteil nehmen, stellen unter anderem die Vereinbarung einer über § 22 II WEG hinausgehenden Wiederaufbaupflicht, die Einschränkung der Befugnisse zur Aufrechnung, Abtretung und Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes gegenüber dem Verwalter oder der Gemeinschaft sowie die Haftung von etwaigen Wohngeldrückständen des vorhergehenden Eigentümers dar. Meines Erachtens nimmt aber auch eine geringfügige

¹³⁸ so zu Recht Jahnke NJW 1977, 960, 961.

¹³⁹ JuS 1982, 253, 255.

Abweichung von den gesetzlichen Regeln aus den Gründen der Rechtssicherheit den lediglich rechtlichen Vorteil.

IV unbelastetes Erbbaurecht

Das Erbbaurecht ist als Belastung eines Grundstücks das veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder unter der Erdoberfläche ein Bauwerk zu haben, § 1 I ErbbauVO. Da das Erbbaurecht ein grundstücksgleiches Recht ist, ist das auf ihm errichtete Bauwerk wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts und nicht des Grundstücks.¹⁴⁰ Ist das Erbbaurecht unbelastet (insbesondere keine Belastung durch eine Erbbauzinsreallast), gilt hier grundsätzlich das Gleiche wie bei unbelasteten Grundstücken. Der Bundesgerichtshof¹⁴¹ hat die Frage der rechtlichen Vorteilhaftigkeit eines unbelasteten Erbbaurechts offen gelassen. Die oftmals in der Literatur¹⁴² pauschal getroffene Feststellung der rechtlichen Nachteiligkeit wird gedanklich mit der Belastung des Erbbaurechts durch eine Erbbauzinsreallast in Verbindung gebracht. Dass diese Konstellation in der Praxis nahezu immer gegeben ist, wird nicht angezweifelt. Gleichwohl sind auch Fälle denkbar, in denen das Erbbaurecht lastenfrei erworben wird. Hier ist grundsätzlich von einem rechtlichen Vorteil auszugehen. Lange¹⁴³ stellt den rechtlichen Nachteil der Schenkung eines Erbbaurechts fest, sofern ein Erbbauzins ausbedungen ist. Hieraus kann geschlossen werden, dass die Schenkung eines unentgeltlichen Erbbaurechts als lediglich rechtlich vorteilhaft angesehen wird.

Wird jedoch der gesetzliche Inhalt des Erbbaurechts durch vertragliche Vereinbarungen abgeändert, muss die inhaltliche Ausgestaltung des Erbbaurechts bei der Prüfung des lediglich rechtlichen Vorteils mit einbezogen werden.¹⁴⁴ Sich hieraus ergebende, überdurchschnittlich belastende Klauseln – wie zum Beispiel eine Aufbau- und Wiederaufbaupflicht – begründen den rechtlichen Nachteil.

¹⁴⁰ Creifelds, Stichwort „Erbbaurecht“.

¹⁴¹ Urteil vom 20.09.1978 (VIII ZR 142/77) in: NJW 1979, 102, 103.

¹⁴² u.a. Lange NJW 1955, 1339, 1341.

¹⁴³ in jurisPK, § 107 Rn. 27; so auch: Jauernig BGB, Jauernig, § 107 Rn. 4.

¹⁴⁴ Klüsener Rpfleger 1981, 258, 262.

V Belastete Immobilien

1. Abteilung III des Grundbuches:

a) Grundpfandrechte:

aa) Grundsatz:

Der Minderjährige, der eine bereits mit einer Grundschuld belastete Immobilie erwirbt, kann diese zwar wieder verlieren, der Verlust beschränkt sich aber auf die durch die Schenkung zugewendete Sache. Durch die Belastung mit einem Grundpfandrecht verringert sich der Wert der erworbenen Immobilie. Nach herrschender Meinung wird zwar der in der Schenkung liegende rechtliche Vorteil durch die Belastung gemindert, er wird aber nicht beseitigt, da das übrige Kindesvermögen grundsätzlich nicht berührt wird.¹⁴⁵ Durch die Übernahme einer Grundschuld wird dem Kind keine eigenständige schuldrechtliche Zahlungsverpflichtung auferlegt. Der für den Grundpfandrechtsgläubiger aus §§ 1147, 1192 I BGB resultierende Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung ist kein Anspruch gegen den Minderjährigen persönlich, sondern eine Zugriffsmöglichkeit auf das Grundstück. Im Fall einer Zwangsversteigerung aus dem Grundpfandrecht kann das Kind nicht mehr verlieren, als es durch die Grundstücksschenkung erworben hat. Eine persönliche Haftung des Erwerbers kann sich bei einer eintretenden Verschlechterung des Grundstücks in Folge baulicher Maßnahmen ergeben. Hier steht dem Grundpfandrechtsgläubiger gem. § 823 I BGB ein Schadensersatzanspruch zu.¹⁴⁶ Diese Möglichkeit der Haftung ist jedoch keine Folge des Erwerbs der Immobilie, sondern lediglich der zukünftigen Handlungsweise des Vertreters des Kindes geschuldet und hat deshalb keine Auswirkungen auf die Frage der Vertretung bei der Immobilienschenkung.

¹⁴⁵ RG, Urteil vom 10.09.1935 (III 42/35) in: RGZ 148, 321, 324; OLG Dresden, Beschluss vom 02.04.1996 (3 W 336/96) in: MittBayNot 1996, 228, 290; Palandt/Diederichsen § 1795 Rn. 22; Schöner/Stöber Rn. 3606; jurisPK-Lange, § 107 Rn. 26; Erman-Palm § 107 Rn. 6; Böttcher RpfIStud. 2003, 73, 80; Emmerich JuS 2005, 457, 459; Feller MittBayNot 2005, 412, 413.

¹⁴⁶ BGH, Urteil vom 28.10.1975 (VI ZR 24/74) in: BGHZ 65, 211, 212.

bb) abweichende Ansichten:

Vorwiegend in der Literatur wird eine hier nicht befürwortete Mindermeinung vertreten, welche die Vorteilhaftigkeit dann verneint, wenn das Grundstück durch die Rechte überlastet ist.¹⁴⁷ Bleibt der Wert des Grundstücks hinter dem Betrag der Grundschuld zurück, hat das jedoch keinen Einfluss auf die rechtliche Stellung des Kindes als Erwerber. Auf die Frage, inwieweit die auf dem Grundstück lastenden Grundpfandrechte den Verkehrswert des Grundstücks ausschöpfen oder übersteigen, kommt es deshalb nicht an.

Eine von der herrschenden Lehre völlig abweichende Auffassung vertritt Lange¹⁴⁸: Ist die Immobilie mit einem Grundpfandrecht belastet, hat das Kind die Zwangsvollstreckung zu dulden. Durch eine drohende Zwangsversteigerung bestehen die Gefahren der Verwertung, der Ausschöpfung des Wertes und der Verlust des Grundstücks für den Eigentümer. In diesem - das sonstige Kindesvermögen nicht beeinträchtigende - Verwertungsrecht soll der notwendige rechtliche Nachteil liegen. Aus diesem Grund kann nach seiner Auffassung auch dahin gestellt bleiben, ob die Kostenfolgen den rechtlichen Nachteil „vermehrten“. Wie bereits ausgeführt, kann dem nicht gefolgt werden, weil der Minderjährige durch den Verlust der Immobilie nicht mehr verliert, als er durch die Schenkung gewonnen hat.

Tritt eine Verschlechterung des belasteten Grundstücks ein, so ist der Eigentümer, der sich für die Verschlechterung verantworten muss, Schadensersatzansprüchen des Grundpfandrechtsgläubigers nach §§ 823 I, II, 1192 I, 1133 bis 1135 BGB ausgesetzt.¹⁴⁹ Derartige Ansprüche entstehen aber nicht mit der Eigentumsübertragung, sondern durch das schuldhafte Verhalten des Eigentümers und bringen daher keinen mit der Schenkung verbundenen rechtlichen Nachteil mit sich. Eine Überwachung durch das Familien- oder Vormundschaftsgericht ist nicht geeignet, den Minderjährigen vor eigenem deliktischen Verhalten zu schützen.

¹⁴⁷ Klüsener Rpfleger 1981, 258, 261; Köhler JZ 1983, 225; Stutz MittRhNotK 1993, 205, 210; so auch OLG Hamm, Beschluss vom 12.02.1999 (8 WF 32/99) in: NJW-RR 2001, 437; a.A.: BayObLG, Beschluss vom 15.02.1979 (BReg 2 Z 29/78) in: BayObLGZ 1979, 49, 53.

¹⁴⁸ a.a.O. (Fußn. 142).

¹⁴⁹ BGH, Urteil vom 28.10.1975 (VI ZR 24/74) in: BGHZ 65, 211, 212.

cc) Kosten der Zwangsvollstreckung:

Ein rechtlicher Nachteil kann sich aus der Tatsache ergeben, dass der Grundstückseigentümer die Kosten der Zwangsvollstreckung tragen muss. Ist ein Grundstück mit einer Grundschuld oder Hypothek belastet, ist der Eigentümer verpflichtet, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden¹⁵⁰ und dem Gläubiger die Verwertung des Eigentums zu ermöglichen, §§ 1192 I, 1147 BGB. Dazu gehören auch die Kosten der Beschaffung eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels. Der Minderjährige haftet hierfür persönlich. Es fragt sich mithin, ob diese persönliche Haftung bezüglich der Kosten den Minderjährigen so in seinem Vermögen bedroht, dass dadurch die Schenkung nicht mehr lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Hierbei ist danach zu differenzieren, ob der Titel beim Eigentumserwerb schon vorliegt oder nicht. Hat sich der vorherige Grundstückseigentümer nach der in der Praxis gewöhnlich vorkommenden Vorgehensweise gem. §§ 800 I, 794 I Nr. 5 ZPO der Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer unterworfen, liegt der Titel bereits vor, so dass der Minderjährige nicht mehr für diese Kosten aufkommen muss. Die Unterwerfungsklausel muss direkt in das Grundbuch eingetragen werden; eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist nicht ausreichend.¹⁵¹ Kann also der Grundbuchrechtspfleger aus dem Grundbuch eine solche Klausel erkennen, ist davon auszugehen, dass die Grundschuld der Schenkung nicht den lediglich rechtlichen Vorteil nimmt.¹⁵²

Liegt der zur Zwangsvollstreckung geeignete Titel hingegen noch nicht vor, wird die Ansicht vertreten, dass die mit der Titelerlangung verbundenen Kosten der Schenkung den lediglich rechtlichen Vorteil nehmen. Der Bundesgerichtshof¹⁵³ hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen, da in dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall der Titel bereits existierte. Es spricht jedoch vieles dafür, die Titulierungskosten zwar als eine Belastung anzusehen, die aber zu keiner relevanten Vermögensgefährdung führt und folglich keinen rechtlichen Nachteil der Schenkung begründet. Das entfernt liegende Haftungsrisiko und die Tatsache der umfänglichen Begrenzung dieser Kosten lassen meines Erachtens kein anderes Ergebnis zu.

¹⁵⁰ BGH, Urteil vom 14.07.1952 (IV ZR 28/52) in: BGHZ 7, 123, 126.

¹⁵¹ Schöner/Stöber Rn. 2049.

¹⁵² so auch BGH, Beschluss vom 25.11.2004 (V ZB 13/04) in: NJW 2005, 415.

¹⁵³ Beschluss vom 25.11.2004 (V ZB 13/04) in: Rpfleger 2005, 189 = NJW 2005, 415.

dd) Zwangsverwaltung:

Auf eine weitere Gefahr für das Kindesvermögen weist Rastätter¹⁵⁴ hin: Das Betreiben der Zwangsverwaltung aus einem Grundpfandrecht. Dem gerichtlich bestellten Zwangsverwalter obliegt die Befugnis, das Grundstück zu vermieten oder zu verpachten. Folglich kann das Mietverhältnis bei Beendigung der Zwangsverwaltung auf den minderjährigen Erwerber übergehen. Auf diese Weise können für den Minderjährigen persönliche Verpflichtungen entstehen. Da die Gefahr aber zum Zeitpunkt des Erwerbs lediglich eine bloße denkbare Möglichkeit darstellt und ein Rechtsboden hierfür nicht besteht, reicht es nach allgemeiner Meinung¹⁵⁵ nicht aus, die sonst ausschließliche Lukrativität des Überlassungsvertrages auszuschließen.

b) Vormerkung:

Bei der Beurteilung der Frage, ob ein mit einer Vormerkung belastetes Grundstück als rechtlich vorteilhaft einzustufen ist, kommt es auf die Vorteilhaftigkeit des vorgemerkten Anspruchs an.¹⁵⁶ Da die Belastung mit einer Hypothek oder Grundschuld nach der hier vertretenen Auffassung immer als rechtlich unbedenklich anzusehen ist, nimmt auch eine eingetragene Vormerkung für ein solches Recht nicht den rechtlichen Vorteil.

2. Abteilung II des Grundbuches:

a) Erbbaurecht:

Ist das Grundstück als Schenkungsgegenstand mit einem Erbbaurecht belastet, ist fraglich, ob der Minderjährige als zukünftiger Grundstückseigentümer persönlichen Verpflichtungen gegenüber dem Erbbauberechtigten ausgesetzt ist. Erlischt das Erbbaurecht durch Zeitablauf, haftet der Grundstückseigentümer für den an den ehemals Berechtigten des Erbbaurechts zu zahlenden Entschädigungsanspruch gem. § 27 ErbbauVO. Dieser Haftung unterliegt neben dem Grundstück (§ 28 ErbbauVO) auch das persönliche Vermögen des

¹⁵⁴ BWNotZ 2006, 1, 4.

¹⁵⁵ Rastätter BWNotZ 2006, 1, 5; Schönert/Stöber Rn. 3606.

¹⁵⁶ Klüsener Rpfleger 1981, 258, 262.

Eigentümers.¹⁵⁷ Aus diesem Grund muss das Kind bei einer solchen Schenkung von einem gesetzlichen Vertreter vertreten werden. Bei einem Vertretungsausschluss ist mangels der lediglich rechtlichen Vorteilhaftigkeit die Bestellung eines Ergänzungspflegers notwendig.

b) Nießbrauch:

Bei der Schenkung von Immobilien spielt der Nießbrauch als dingliches Recht eine bedeutende Rolle, da hierdurch erreicht werden kann, dass die tatsächliche Nutzungsbefugnis und Herrschaftsmacht bei dem Schenker und künftigen Nießbrauchberechtigten verbleibt. Bei der Frage, ob ein Nießbrauch den rechtlichen Vorteil der Schenkung nimmt, ist entscheidend, welche Pflichten dem Nießbraucher obliegen und welche bei dem Grundstückseigentümer verbleiben. Zwischen dem Nießbraucher und dem Grundstückseigentümer besteht ein gesetzliches Schuldverhältnis gem. §§ 1030 ff. BGB, welches persönliche Verpflichtungen des Grundstückseigentümers zur Folge haben kann. So ist Letzterer zur Duldung der Nutzung durch den Nießbraucher verpflichtet. Den Erwerber können Ersatzpflichten aus Verwendungen des Nießbrauchers gem. § 1049 II BGB treffen. Positive Leistungspflichten können dem Eigentümer jedoch mit dinglicher Wirkung nicht auferlegt werden.¹⁵⁸

Bei der Vorschrift handelt es sich aber um eine dispositive Regelung. So kann vereinbart werden, dass der Berechtigte die über §§ 1042 S. 2, 1047 BGB hinausgehenden Kosten außergewöhnlicher Ausbesserung und Erneuerung sowie Kosten für außergewöhnliche Grundstückslasten zu tragen hat. In diesen Fällen ist es nahezu unstrittige Rechtsmeinung¹⁵⁹, dass der lediglich rechtliche Vorteil erhalten bleibt. Dann nämlich, ist der Eigentümer nicht zu dem in §§ 1049, 677 ff. BGB geregelten Aufwendungs- oder Verwendungsersatz verpflichtet. Der Minderjährige erhält ein bereits in der vollen Nutzung durch das von ihm zu duldende Recht beschränktes Grundstück. Die Belastung schränkt den rechtlichen Vorteil nur ein, hebt ihn aber nicht auf.

¹⁵⁷ Böttcher RpfLStud. 2003, 73, 80.

¹⁵⁸ Schöner/Stöber Rn. 1358.

¹⁵⁹ BGH, Beschluss vom 25.11.2004 (V ZB 13/04) in: NJW 2005, 415; BayObLG, Beschluss vom 15.02.1979 (BReg 2 Z 29/78) in: BayObLGZ 1979, 49, 54; OLG Dresden, Beschluss vom 02.04.1996 (3 W 336/96) in: MittBayNot 1996, 288, 290; OLG Celle, Beschluss vom 16.02.2001 (4 W 324/00) in: MDR 2001, 931 f.; OLG Köln, Beschluss vom 11.06.2003 (2 Wx

Ist das nicht der Fall, haftet der Eigentümer dem Nießbraucher für Verwendungen des Nießbrauchers das Grundstück betreffend. Diese Haftung richtet sich aber nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften, § 683 BGB. Das hat zur Folge, dass der Eigentümer nur für solche Verwendungen aufkommen muss, die ohnehin objektiv gesehen notwendig waren. Eine derartige bereicherungsrechtliche Haftung wird zu Recht als nicht rechtlich nachteilig im Sinne des § 107 BGB angesehen.¹⁶⁰ Auch nach Feller¹⁶¹ und Bracker¹⁶² kommt es nicht darauf an, ob der Nießbraucher die Kosten für außerordentliche Ausbesserungen und außergewöhnliche Lasten übernommen hat – die rechtliche Vorteilhaftigkeit wird unabhängig hiervon bejaht, da er durch die Lastentragung nur eingeschränkt, aber nicht aufgehoben wird. Darüber, ob diese Meinung auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung Bestätigung finden wird, kann nur spekuliert werden. Preuß¹⁶³ hat hierbei Bedenken. Die möglicherweise drohende Haftung sei weder rein theoretischer Natur, noch umfänglich beschränkt, so dass eine Vermögensgefährdung nicht ausgeschlossen werden kann. In dem zu entscheidenden Fall hatte sich der Bundesgerichtshof mit dieser Problematik in der Sache nicht auseinandersetzen müssen, weil der Nießbraucher ohnehin die Verpflichtung übernommen hatte, auch außergewöhnliche Belastungen zu tragen.¹⁶⁴ Die meiner Meinung widersprechende Anschauung sieht in der potentiellen persönlichen Haftung des Grundstückseigentümers einen rechtlichen Nachteil, so dass nach dieser Ansicht die Bestellung eines Ergänzungspflegers notwendig wäre.¹⁶⁵

Der Nießbraucher ist befugt, das Grundstück zu vermieten oder zu verpachten. Bei Beendigung des Nießbrauchs könnte demnach das beschenkte Kind in das Mietverhältnis eintreten, was mit persönlichen Pflichten verbunden ist. Eine solche zukünftige, theoretische Möglichkeit hindert aber ebenfalls nicht den ansonsten lediglich rechtlich vorteilhaften Erwerb einer Immobilie. Hier ist außerdem § 1056 II BGB zu beachten, wonach dem Grundstückseigentümer nach Erlöschen des Nießbrauchrechtes ein außerordentliches Kündigungsrecht

18/03) in: ZMR 2004, 189, 191; Krüger ZNotP 2006, 202, 205.

¹⁶⁰ Rastätter BWNotZ 2006, 1, 5; Böttcher RpflStud. 2003, 73, 80; OLG Dresden, Beschluss vom 02.04.1996 (3 W 336/96) in: MittBayNot 1996, 228, 290; Staudinger/Knothe, § 107 Rn. 16.

¹⁶¹ MittBayNot 2005, 413.

¹⁶² MittBayNot 2005, 412.

¹⁶³ JuS 2006, 305, 308.

¹⁶⁴ NJW 2005, 415, 417.

¹⁶⁵ Petersen Jura 2003, 399, 402; Schreiber Jura 1991, 24, 29; Bedenken hierzu auch von Klüsener Rpfleger 1981, 258, 261.

zusteht. Ist das Grundstück aber bereits zum Zeitpunkt der Schenkung vermietet, kann der hierdurch bestehende Nachteil nicht mit dem Argument unbeachtet bleiben, dass zunächst der Nießbraucher für die Erfüllung des Mietverhältnisses haftet.¹⁶⁶

c) beschränkte persönliche Dienstbarkeit:

aa) Grundfall:

Der Erwerb eines mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit belasteten Grundstücks ist grundsätzlich lediglich rechtlich vorteilhaft.¹⁶⁷ Eine Dienstbarkeit engt den Minderjährigen nur in seinen Nutzungsrechten ein, hat aber keine Auswirkungen auf sein sonstiges Vermögen. Der lediglich rechtliche Vorteil muss aber dann verneint werden, wenn von dem gesetzlichen Inhalt in der Form abgewichen wird, dass dem Eigentümer die Unterhaltung einer Anlage obliegt. Hierfür haftet der Erwerber nach §§ 1090 II, 1021 I, II, BGB auch persönlich. Rastätter¹⁶⁸ sieht jedoch zu Recht dann keine Vertretungsprobleme, wenn die persönliche Haftung des Eigentümers vertraglich durch Vereinbarung ausgeschlossen wird.

bb) Wohnungsrecht:

Lastet auf der Immobilie ein Wohnungsrecht nach § 1093 BGB, muss der Minderjährige das Wohnen des Berechtigten unter Ausschluss seiner eigenen Person dulden. Da mit dieser Duldung keine persönlichen Verpflichtungen verbunden sind, ist eine solche Schenkung lediglich rechtlich vorteilhaft.¹⁶⁹ Das Kind gibt weder aus seinem Vermögen etwas auf, was ihm bereits gehört, noch übernimmt es eine neue Last. Es erhält vielmehr lediglich ein bereits in der vollen Nutzung durch das von ihm zu duldende Wohnungs- und Mitbenützungsrecht beschränktes Grundstück.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Dazu im Einzelnen sogleich unten.

¹⁶⁷ OLG Dresden, Beschluss vom 02.04.1996 (3 W 336/96) in: MittBayNot 1996, 228, 290; Böttcher RpflStud. 2003, 72, 80 m.w.N..

¹⁶⁸ BWNotZ 2006, 1, 6.

¹⁶⁹ Schöner/Stöber Rn. 3607; Gitter/Schmitt JuS 1982, 253, 254; jurisPK-Lange, § 107 Rn. 26; Soergel/Hefermehl § 107 Rn. 4.

¹⁷⁰ BayObLG, Beschluss vom 14.06.1967 (BReg. 2 Z 26/67) in: NJW 1967, 1912, 1913.

Die Schenkung ist ausnahmsweise dann nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn abweichend von den gesetzlichen Regeln eine Unterhaltungs- oder Kostenübernahmeverpflichtung des Eigentümers vereinbart wird (z.B. die Tragung von Heiz- oder Energiekosten).

d) Grunddienstbarkeit:

Hier gilt grundsätzlich das zur beschränkt persönlichen Dienstbarkeit Aufgeführte entsprechend. Zu beachten ist aber, dass hier nicht der von Rastätter¹⁷¹ vorgeschlagenen Lösung gefolgt werden kann, dass bei der Unterhaltungspflicht einer Anlage die persönliche Haftung des Minderjährigen ausgeschlossen werden kann. Ein solcher Ausschluss nimmt hier meines Erachtens nicht den rechtlichen Nachteil, weil der Vertrag nur zwischen dem Kind und dem derzeitigen Grundstückseigentümer des herrschenden Grundstücks gilt. Bei einem Eigentumswechsel des herrschenden Grundstücks kann der Minderjährige nicht der dinglichen Haftung entfliehen.

e) beim Wohnungseigentum: Dauerwohn- und Dauernutzungsrechte:

Da in § 34 I WEG für auf dem Wohnungseigentum lastende Dauerwohn- und Dauernutzungsrechte (§ 31 I, III WEG) auf die für den Nießbrauch geltenden Vorschriften verwiesen wird, gilt hier das bisher zum Nießbrauch Dargelegte. Auf Grund der Beschränkung der durch § 1049 I BGB bestehenden Haftung nach den Vorschriften über die der Geschäftsführung ohne Auftrag, wird die rechtliche Vorteilhaftigkeit nicht beseitigt.

f) Reallast:

aa) bei Grundstück, Wohnungseigentum:

Gem. § 1108 BGB haftet der Eigentümer für die während der Dauer seines Eigentums aus der Reallast resultierenden Ansprüche auf die Einzelleistungen persönlich. Ein Erwerber haftet für diese Leistungen auch dann, wenn er nicht in das zu Grunde liegende Schuldverhältnis eintritt. Durch die persönliche Haftung läuft der Minderjährige Gefahr, mehr als die zugewendete Immobilie zu verlieren.

¹⁷¹ BWNöZ 2006, 1, 6.

Der Gläubiger kann auch in das persönliche Vermögen des Eigentümers vollstrecken. Ein mit einer Reallast belastetes Grundstück wird deshalb zu Recht als rechtlich nachteilig angesehen und erfordert im Fall der Eltern- oder Großelternschenkung die Mitwirkung eines Pflegers.¹⁷²

Möglich ist aber durch Abweichen von den gesetzlichen Regeln der Ausschluss der persönlichen Haftung des Grundstückseigentümers. § 1108 I BGB ist eine dispositive Vorschrift. Dieser Ausschluss entsteht materiell durch Einigung zwischen Reallastberechtigten und Eigentümer und Eintragung in das Grundbuch. Besteht die Reallast schon, ist der Ausschluss der persönlichen Haftung eine Inhaltsänderung und hat formell durch die Bewilligung des Reallastberechtigten zu erfolgen (bei der Bestellung genügt die Bewilligung des Eigentümers nach § 19 GBO). Der Ausschluss kann bei der Grundbucheintragung der Reallast durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gem. § 874 BGB eingetragen werden.¹⁷³ In diesem Fall stellt die Belastung des Grundstücks oder Wohnungs- und Teileigentums mit einer Reallast ausnahmsweise keinen rechtlichen Nachteil dar.¹⁷⁴

Es stellt sich die Frage, ob ein mit dem Schenker im Innenverhältnis vereinbarter Ausschluss der persönlichen Haftung den rechtlichen Nachteil nimmt. Der Reallastberechtigte ist von einer solchen Vereinbarung nicht betroffen. Er kann nach wie vor auch den minderjährigen Eigentümer in Anspruch nehmen. Dieser hat dann zwar gegen den Beschenkten einen Regressanspruch, jedoch ist nicht gewährleistet, dass das Kind die Leistungen tatsächlich von dem Schenker zurückerlangen kann. Aus diesem Grund ist hier von einem rechtlich relevanten Nachteil auszugehen. Der gegenteiligen Meinung, dass eine solche Schenkung nicht rechtlich nachteilig ist,¹⁷⁵ ist nicht zu folgen, weil lediglich der wirtschaftliche Nachteil gering ist, nicht aber der rechtliche Nachteil.

bb) beim Erbbaurecht: Erbbauzinsreallast:

Die rechtlichen Nachteile einer auf der Immobilie lastenden Reallast gelten auch in gleicher Weise bei der Schenkung eines entgeltlichen Erbbaurechts, das mit

¹⁷² jurisPK-Lange § 107 Rn. 27; Soergel/Hefermehl § 107 Rn. 4; Schöner/Stöber Rn. 3608 m.w.N..

¹⁷³ Schöner/Stöber Rn. 1310.

¹⁷⁴ Rastätter BWNotZ 2006, 1, 6; Staudinger/Knothe, § 107 Rn. 27.

¹⁷⁵ so Zorn RpflStud. 2000, 142, 145.

der hier üblichen Erbbauzinsreallast belastet ist. Diese wird gem. §§ 9 I ErbbauVO, 1108 I BGB ebenfalls persönlich geschuldet.¹⁷⁶

g) Vorkaufsrecht:

Das dingliche Vorkaufsrecht gem. §§ 1094, 1095 BGB ist eine Grundstücksbelastung, kraft deren der Eigentümer des belasteten Grundstücks beim Verkauf an einen Dritten und der Ausübung des Vorkaufsrechtes durch den Berechtigten zum Verkauf an den Vorkaufsberechtigten verpflichtet ist. Die Gefahr des Verlustes der durch die Schenkung erworbenen Immobilie besteht für den Minderjährigen nur dann, wenn er selbst (durch seinen gesetzlichen Vertreter) den Verkauf des Grundstücks beabsichtigt. Damit wäre der Verlust keine Folge der Schenkung und bei der Beurteilung des rechtlichen Vorteils nicht relevant. Im Übrigen kann das Kind schlimmstenfalls nur das verlieren, was es mit der Überlassung erworben hat. Bei der Übertragung durch einen Schenkungsvertrag kann das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden,¹⁷⁷ weil kein Kaufvertrag abgeschlossen wird. Ist das Vorkaufsrecht für mehrere Verkaufsfälle bestellt und erlischt mit der Eigentumsübertragung an den Minderjährigen nicht, so ist das erworbene Eigentum von vornherein entsprechend eingeschränkt. Die tatsächliche Erschwernis der Grundstücksverwertung ist kein rechtlicher Nachteil.¹⁷⁸ Erst zu dem Zeitpunkt des Abschlusses eines Kaufvertrages über die Immobilie und der Ausübung des Vorkaufsrechtes durch den Berechtigten entsteht eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers. Von ihm kann die Zustimmung zur Eintragung des Berechtigten als Eigentümer verlangt werden, §§ 1098 II, 888 I BGB. Selbst bei einem Eintritt dieser Umstände geht dem Minderjährigen nur die erworbene Immobilie verloren.¹⁷⁹ Die Belastung mit einem Vorkaufsrecht nimmt der Schenkung also nicht den lediglich rechtlichen Vorteil, weil der Minderjährige nach den §§ 1094 i.V.m. 1097 BGB nicht persönlich verpflichtet, sondern nur dinglich belastet wird.

¹⁷⁶ BGH, Urteil vom 20.09.1978 (VIII ZR 142/77) in: NJW 1979, 102, 103.

¹⁷⁷ Schöner/Stöber Rn. 1411.

¹⁷⁸ Klüsener Rpfleger 1981, 258, 261; Schöner/Stöber Rn. 3606; OLG Celle, Beschluss vom 16.02.2001 (4 W 324/00) in: MDR 2001, 931, 932; jurisPK-Lange, § 107 Rn. 26.

¹⁷⁹ Staudinger/Knothe, § 107 Rn. 16.

h) Vormerkung für Rechte der Abteilung II des Grundbuches:

Ob ein mit einer Vormerkung für Rechte aus der zweiten Abteilung des Grundbuches belastetes Grundstück lediglich rechtlich vorteilhaft ist, hängt von der Vorteilhaftigkeit des vorgemerkten Anspruches ab. Insoweit gilt das bisher zu den Rechten der zweiten Abteilung Aufgeführte. Würde das vorgemerkte Recht bei der Eigentumsänderung schon bestehen und dann als rechtlich vorteilhaft angesehen werden, nimmt auch die Vormerkung für dieses Recht nicht den lediglich rechtlichen Vorteil.

i) Auflassungsvormerkung:

Die Belastung der Immobilie mit einer Auflassungsvormerkung führt nicht zu einer rechtlich nachteiligen Qualifizierung des Überlassungsvertrages. Sie sichert lediglich den dinglichen Anspruch auf Übertragung der Immobilie an den Berechtigten, hat aber kein persönliches Haftungsrisiko des Eigentümers zur Folge. Der Minderjährige kann nicht mehr verlieren, als das, was er durch die Schenkung erworben hat.¹⁸⁰ Demzufolge hat eine solche Belastung auch keinen rechtlichen Nachteil zur Folge.¹⁸¹ Auch die dingliche Absicherung von Rückforderungsvorbehalten durch eine Rückauflassungsvormerkung hat lediglich die dingliche und rechtlich nicht nachteilige Vorbelastung des Grundstückes zur Folge.

VI Miet- und Pachtverhältnisse

1. Grundsatz:

Ist die der Schenkung unterliegende Immobilie vermietet oder verpachtet, tritt der Erwerber kraft Gesetzes in das Vertragsverhältnis ein, § 566 BGB. Der Erwerber wird insoweit aber nicht Rechtsnachfolger des Veräußerers, sondern Vermieter aus eigenem Recht als Ausfluss seiner Eigentümerposition.¹⁸² Die Tatsache, dass die Immobilie vermietet ist, ist nicht als Gegenleistung des Schenkers für

¹⁸⁰ Klüsener Rpfleger 1981, 258, 262.

¹⁸¹ BGH, Beschluss vom 25.11.2004 (V ZB 13/04) in: NJW 2005, 415; Schöner/Stöber Rn. 3608; OLG Dresden, Beschluss vom 02.04.1996 (3 W 336/96) in: MittBayNot 1996, 288, 291.

¹⁸² Jerschke DNotZ 1982, 459, 466.

die Zuwendung zu werten und daher auch nicht als Teilentgeltlichkeit anzusehen. Der Eintritt in den Mietvertrag nimmt aber dem Erfüllungsgeschäft den rechtlichen Vorteil, weil das Kind als Vermieter für die sich aus dem Mietvertrag ergebenden Pflichten persönlich mit seinem gesamten Vermögen haftet. Auf diese Weise wird der Erwerber mit Unterhaltungs-, Aufwendungsersatz- und Schadensersatzpflichten (§§ 535, 536 a, 539 BGB) belastet sowie mit der Pflicht zur Rückgewähr einer von dem Mieter oder Pächter geleisteten Sicherheit, §§ 566 a, 581 II, 593 b BGB. Der Rechtsnachteil beruht in der Regel nicht auf einem Interessenkonflikt, weil sich die Nachteile nicht primär aus dem Verhältnis zum Vertreter, sondern als externe rechtliche Nachteile aus dem neubegründeten Rechtsverhältnis zu einem Dritten ergeben. Der Rechtsnachteil ergibt sich also unmittelbar aus der Auflassung.¹⁸³

Wirtschaftliche Erwägungen rechtfertigen hier kein anderes Ergebnis. Weil die wirtschaftliche Bedeutung der Gefahren, die mit dem Eintritt in ein Miet- oder Pachtverhältnis verbunden sein können, vom jeweiligen Einzelfall abhängt, schließt der Bundesgerichtshof¹⁸⁴ eine abstrakte Beurteilung aus.

Jerschke¹⁸⁵ versucht darzulegen, dass die Auflassung allein noch nicht zu dem Eintritt in den Mietvertrag führt, sondern erst die zeitlich spätere Grundbucheintragung des Minderjährigen als Erwerber. Dabei begutachtet er aber nicht solche Ausnahmefälle, bei denen die Auflassung der Grundbucheintragung nachfolgt. Dass dann etwas anderes gelten soll (das Kind würde dann durch die Auflassung in den Mietvertrag eintreten), kann nicht überzeugen. Hilfsweise führt er an, dass die Haftung des Vermieters für Verwendungs- oder Schadensersatz oder für die Unterhaltungspflicht nicht primär aus dem Erwerbsgeschäft resultiert, sondern eine sekundäre und unbeachtliche Haftungsfolge darstellt und die Einschaltung eines Pflegers die Haftungsgefahr nicht verringern würde. Letzterem kann erst recht nicht gefolgt werden, weil die Bestellung eines Pflegers lediglich die Folge eines bestehenden rechtlichen Nachteils ist und demnach nicht als Argument für den rechtlichen Vorteil herangezogen werden kann.

¹⁸³ Feller DNotZ 1989, 66, 72.

¹⁸⁴ Beschluss vom 03.02.2005 (V ZB 44/04) in: DNotZ 2005, 627.

¹⁸⁵ DNotZ 1982, 459, 466, 472.

2. Vermietung im Zusammenhang mit einem Nießbrauch:

Fraglich ist, ob ein anderes Ergebnis zu befürworten ist, wenn das Grundstück bereits mit einem Nießbrauch belastet ist oder eine solche Belastung im Zusammenhang mit dem Erwerb erfolgt. Das hat zur Folge, dass nunmehr der Nießbraucher Vermieter des Grundstücks wird und der Erwerber nicht mit Vermieterpflichten belastet wird, § 567 BGB.

Wird der Nießbrauch erst im Zusammenhang mit dem Erwerb bestellt, wird das Kind auch hier für eine juristische Sekunde Vermieter, weil das Gesetz einen unmittelbaren Übergang des Mietverhältnisses von einem Eigentümer auf den Nießbrauchberechtigten nicht vorsieht. Mit dieser Begründung kommt das Bayerische Oberste Landesgericht¹⁸⁶ zu dem Ergebnis des rechtlichen Nachteils. Eine logische Sekunde kann aber meines Erachtens nicht als Begründung herangezogen werden. Sie entscheidet nicht darüber, ob der Eigentumserwerb rechtlich vorteilhaft ist, wenn das Grundstück zwar vermietet ist, der Veräußerer sich aber den Nießbrauch vorbehalten hat.¹⁸⁷ Der rechtliche Nachteil ist vielmehr in der Gefahr begründet, dass das Kind beim Erlöschen des Nießbrauchs in das Mietverhältnis eintritt. Anders als im Fall der Schenkung eines mit einem Nießbrauch belasteten, unvermieteten Grundstücks¹⁸⁸ besteht hier die hinreichend konkrete Möglichkeit der Belastung mit Pflichten aus dem Miet- oder Pachtvertrag, so dass die Bestellung eines Pflegers erforderlich ist. Dass dem Eigentümer ein Sonderkündigungsrecht nach § 1056 II BGB zusteht, vermag den rechtlichen Nachteil in diesem Fall nicht zu beseitigen, da die Bindung des Grundstückseigentümers während des Fortdauerns des Mietverhältnisses besteht.¹⁸⁹ Das Bayerische Oberste Landesgericht¹⁹⁰ stellte darüber hinaus fest, dass die Grundstücksschenkung unter diesen Voraussetzungen auch dann nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, wenn der Beschenkte bereits Miteigentümer des Grundstücks ist, da durch die Erhöhung der Miteigentumsanteile auch eine Erhöhung der Haftung im Innenverhältnis erfolgt. Somit ist mit der Eigentumsumschreibung ein weiterer rechtlicher Nachteil für den Minderjährigen verbunden. Im Außenverhältnis haften mehrere Vermieter zwar als

¹⁸⁶ Beschluss vom 27.05.2003 (2Z BR 104/03) in: Rpfleger 2003, 579, 580; dem folgend: Palandt/Diederichsen § 1795 Rn. 11.

¹⁸⁷ Krüger ZNotP 2006, 202, 205, 207.

¹⁸⁸ vgl. oben unter E, V, 2., b.

¹⁸⁹ Böttcher RpfLStud. 2003, 72, 80.

¹⁹⁰ a.a.O. (Fußn. 186).

Gesamtschuldner, im Innenverhältnis bestimmt sich aber die Haftung gem. § 748 BGB nach dem Verhältnis der Anteile.

Nach anderer Ansicht¹⁹¹ kann es keinen Unterschied machen, ob das Grundstück zum Zeitpunkt des Erwerbs vermietet ist oder in Zukunft von einem Nießbrauchberechtigten vermietet wird, weshalb die Tatsache der Vermietung bei einer Belastung mit einem Nießbrauch keinen rechtlichen Nachteil zur Folge haben soll.

Diese umstrittene Problematik war Gegenstand der Entscheidung des Bundesgerichtshofes¹⁹² vom 03.02.2005. Dieser schloss sich der Entscheidung des vorlegenden Gerichts¹⁹³ und der wohl überwiegenden Meinung¹⁹⁴ an, wonach die Schenkung eines vermieteten Grundstücks auch dann als rechtlich nachteilig eingestuft wird, wenn das Grundstück mit einem Nießbrauch belastet ist. Die Vorlage erfolgte gem. § 79 II GBO, da das OLG Celle¹⁹⁵ die Ansicht vertrat, dass die Übertragung eines mit einem Nießbrauch belasteten und vermieteten Grundstücks mit keinem rechtlichen Nachteil für den beschränkt geschäftsfähigen Erwerber verbunden sei und dieser deshalb die Auflassung selbst wirksam erklären konnte. Hiernach wurde der erkennende Nachteil nicht in einer persönlichen Verpflichtung des Erwerbers gesehen, sondern in der Eigentümerstellung. Als ein mit dem Erwerb nicht unmittelbar verbundener und auf ein Minimum reduzierter Nachteil sollte dieser außer Acht gelassen werden. Einer solchen Argumentation kann mit gleicher Begründung wie unter E, II, 1. und 4. nicht gefolgt werden. Der Bundesgerichtshof stellt die mit diesem Eigentumserwerb verbundenen Gefahren nicht als typischerweise ungefährliche Rechtsnachteile dar, die bei der Anwendung von § 107 BGB von vornherein außer Betracht bleiben können. Als Argument zur Abgrenzung der Tragung öffentlicher Grundstückslasten wird angeführt, dass die aus dem Eintritt in ein Miet- oder Pachtverhältnis resultierenden Pflichten ihrem Umfang nach nicht begrenzt sind und die Auflassung deshalb einer entsprechenden einzelfallbezogenen Prüfung durch den gesetzlichen Vertreter erfordert.

¹⁹¹ Schöner/Stöber Rn. 3606 a.E..

¹⁹² a.a.O. (Fußn. 184).

¹⁹³ OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.11.2004 (20 W 279/04).

¹⁹⁴ BayObLG, Beschluss vom 27.05.2003 (2Z BR 104/03) in: Rpfleger 2003, 579; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 03.12.1999 (11 Wx 134/99) in: OLGR Karlsruhe 2000, 259, 260.

¹⁹⁵ Beschluss vom 16.02.2001 (4 W 324/00) in: MDR 2001, 931.

Entgegen dem OLG Celle¹⁹⁶ wird die Ansicht vertreten, dass die aufgeführten Rechtsnachteile Folgen des dinglichen Eigentumserwerbs sind und nicht aus der Eigentümerstellung als mittelbarer Rechtsnachteil resultieren.¹⁹⁷ Für die Anwendung oder Nichtanwendung von § 107 BGB sind diese Rechtsnachteile also von entscheidender Bedeutung. Wenn der Nießbrauch zum Zeitpunkt des Erwerbs schon besteht oder die Immobilie im Zusammenhang mit dem Erwerb belastet wird, ist der hier diskutierte Nachteil nicht nur eine theoretische Möglichkeit, sondern ein hinreichend konkreter Nachteil. Nur der Zeitpunkt des Eintritts ist offen. Diese jetzt wohl herrschende Rechtsauffassung findet verbreitet Zustimmung.¹⁹⁸

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes wird jedoch nicht ausschließlich befürwortet. So widerspricht Fembacher¹⁹⁹ der Lösung in einer Anmerkung zu der zitierten Entscheidung vehement. Er sieht die Möglichkeit des Weiterbestehens des Mietverhältnisses bis zum Erlöschen des Nießbrauchs ebenso als reine Zukunftsprognose. Die Schenkung eines mit einem Nießbrauch belasteten, vermieteten Grundstücks ist seiner Meinung nach rechtlich vorteilhaft, weil im Rahmen von § 107 BGB nur die Betrachtung selbst ausschlaggebend sein kann. Diese Betrachtungsweise hat sich aus den oben dargelegten Gründen zu Recht nicht durchgesetzt.

VII Belastung im Zusammenhang mit dem Erwerb

Bei Verwandtenschenkungen sind die Schenker oftmals bestrebt, sich trotz der Schenkung weiterhin die Nutzung des Eigentums zu ermöglichen. Diese Rechte und Nutzungen sollen durch dingliche Rechte an dem Grundstück abgesichert werden.

1. Erwerb mit gleichzeitigem Vollzug der dinglichen Belastung:

Die Schenkung unter dem Vorbehalt einer Belastung kann auf zweierlei Weise erfolgen: Zum einen kann der Schenker die Eintragung eines Eigentümerrechtes

¹⁹⁶ a.a.O. (Fußn. 195).

¹⁹⁷ BGH, Beschluss vom 03.02.2005 (V ZB 44/04) in: DNotZ 2005, 625, 627.

¹⁹⁸ U.a. Feller MittBayNot 2005, 415, 416.

¹⁹⁹ DNotZ 2005, 627, 629.

bewilligen. Das Kind erwirbt hier schon formellrechtlich ein belastetes Grundstück. Zum anderen besteht die Möglichkeit, dass der Erwerber – als Nichtberechtigter – die Eintragung des Rechtes zu Gunsten des Schenkers bewilligt. Hierbei ist der Frage nachzugehen, ob der lediglich rechtliche Vorteil des Erwerbs weiterhin befürwortet werden kann. Ist das Grundstück bei Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes zwar unbelastet, wird aber im Zusammenhang mit dem Erwerb belastet, ist der Wert des Grundstücks nicht geringer, als wenn dieses schon bei dem Schenkungsvertrag mit dem Recht belastet gewesen wäre. Grundsätzlich ist die Bestellung eines dinglichen Rechts an einem Grundstück rechtlich nachteilig. Belastet der Erwerber gleichzeitig mit dem Erwerb das Grundstück, ist seine rechtliche Stellung aber genauso, wie wenn er von vornherein belastetes Eigentum erworben hätte. Das vertretene Kind gibt nichts von seinem bisherigen Vermögen auf und belastet solches auch nicht. Aus diesem Grunde wird der Erwerb auch dann als lediglich rechtlich vorteilhaft qualifiziert, wenn das Grundstück im Zusammenhang mit dem Erwerb belastet wird.²⁰⁰ Hier ist eine Analogie zum Erwerb eines belasteten Grundstücks anzuerkennen, weil bei einer Eigentumsumschreibung mit gleichzeitiger Nießbrauchbestellung gem. § 16 II GBO die Pflicht zur Bestellung in dem selben Augenblick erlischt, in dem sie entstanden ist. Die Rechtsgeschäfte sind als einheitlicher Vorgang zu bewerten. Zwar wird an dieser Auffassung vereinzelt Kritik geübt, denn es wird behauptet, dass das Kind für eine juristische Sekunde lastenfreies Eigentum erworben hat und die Belastung eine rechtlich nachteilige Verfügung über die Immobilie darstellt.²⁰¹ Diese Argumentation bezeichnet Krüger²⁰² aber zu Recht als Fehlverständnis, da einer logischen Sekunde keine Lösungsansätze für eine juristische Bewertung entnommen werden können. Von solchen rechtstechnischen Erwägungen ist der rechtliche Vorteil einer Schenkung nicht abhängig.²⁰³

²⁰⁰ RG, Urteil vom 10.09.1935 (III 42/35) in: RGZ 148, 321, 323; BayObLG, Beschluss vom 29.05.1998 (ZZ BR 85/98) in BayObLGZ 1998, 139, 144; Feller DNotZ 1989, 66, 71; Palandt/Diederichsen § 1795 Rn. 11; Jauernig BGB, Jauernig § 107 Rn. 5; Staudinger/Knothe, § 107 Rn. 17.

²⁰¹ Reiß RNotZ 2005, 224, 226.

²⁰² ZNotP 2006, 202, 205.

²⁰³ Klüsener Rpfleger 1981, 258, 263.

2. Vollzug der dinglichen Belastung erst nach dem Erwerb:

Wird die vereinbarte Belastung der Immobilie nicht gleichzeitig mit dem Erwerb vollzogen, bleiben Vollzugspflichten für den Minderjährigen auch nach der Überlassung bestehen. Diese nehmen der Schenkung ihren vorteilhaften Charakter, weil das Kind für den Vollzug persönlich haftet. Hier liegen zwischen dem Erwerb und der dinglichen Belastung nicht nur eine logische Sekunde, sondern tatsächliche Zeitabschnitte. Aus diesem Grund kann nicht mehr von einem rechtlich vorteilhaften Erwerb ausgegangen werden. Eine beachtenswerte Mindermeinung vertritt hier Böttcher²⁰⁴. Der Grundstückserwerb soll für den Minderjährigen auch dann lediglich rechtlich vorteilhaft bleiben, wenn die mit dem Erwerb bereits begründete Verpflichtung zur Belastung erst nachträglich erfüllt wird. Begründet wird diese Auffassung mit dem Argument, dass das Kind auch bei dem nachträglichen Vollzug über den Wert des Grundstücks hinaus nichts aufzuwenden braucht. Dieser Aussage kann grundsätzlich nicht widersprochen werden. Jedoch werden hier die den Erwerber persönlich treffenden Vollzugspflichten meines Erachtens unterbewertet. Handelt der gesetzliche Vertreter nach dem Erwerb des Grundstücks nicht in vereinbarter Art und Weise, indem das Recht zu dem festgelegten Zeitpunkt bestellt wird, haftet das Kind nämlich für den hierdurch eintretenden Verzugsschaden. Der rechtliche Vorteil ist daher zu verneinen.

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die vorbehaltenen Belastung zwar nicht vollzogen wird, aber für die Belastung im Zusammenhang mit dem Erwerb eine Vormerkung gem. § 883 I 1 BGB eingetragen wird. Der Erwerb eines Grundstücks, Wohnungseigentums oder Erbbaurechts, das schon mit einer Vormerkung für ein nicht den rechtlichen Vorteil nehmendes Recht (siehe oben) belastet ist, ist ebenfalls nicht rechtlich nachteilig.

3. Vollmachtserteilung zur Belastung:

Erteilt der Minderjährige oder sein gesetzlicher Vertreter Dritten Vollmacht, liegt in der Tatsache der Vollmachtserteilung dann kein rechtlicher Nachteil, wenn die Vollmacht auf die Vornahme eines lediglich rechtlich vorteilhaften

²⁰⁴ RPflStud. 2003, 72, 81.

Rechtsgeschäfts beschränkt ist.²⁰⁵ Regelmäßig ist aber die Vollmachtserteilung ein einseitiges, rechtlich nachteiliges Rechtsgeschäft, da sie dem Bevollmächtigten die Rechtsmacht verleiht, Verpflichtungen zu Lasten des Minderjährigen zu begründen. Dass eine allgemeine Bevollmächtigung zur Belastung des Grundstücks nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sein kann, ist die notwendige Konsequenz aus der Tatsache, dass der gesetzliche Vertreter bei Vorliegen eines Vertretungsausschlusses nach dem vollzogenen Erwerb auch nicht vertreten kann.

VIII Übernahme persönlicher Verbindlichkeiten

Ist das der Schenkung unterliegende Grundstück zum Beispiel mit einem Grundpfandrecht belastet, so hat das für den Minderjährigen im Ergebnis keine rechtlich nachteiligen Konsequenzen (siehe oben). Wird in dem Schenkungsvertrag aber die selbstschuldnerische Übernahme der mit den dinglichen Lasten verbundenen Pflichten (z.B. die Tilgung der Schuld) vereinbart, handelt es sich hierbei um eine Schenkung unter einer Auflage. Da das Kind für die Übernahme der Verbindlichkeit persönlich haftet, nimmt eine derartige Vereinbarung der Schenkung den lediglich rechtlich vorteilhaften Charakter.²⁰⁶

In einem solchen Fall ist also schon das Verpflichtungsgeschäft mit rechtlichen Nachteilen behaftet. Das Erfüllungsgeschäft kann deshalb nicht in Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgen. Die Gefahr, dass das Kind mit aus der Auflassung resultierenden rechtlichen Nachteilen konfrontiert wird, besteht nicht. Ist die Auflassung jedoch lediglich rechtlich vorteilhaft, ist nach der zutreffenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 25.11.2004²⁰⁷ die Eigentumsumschreibung trotz nachteiligen und folglich schwebend unwirksamen Verpflichtungsgeschäfts zu vollziehen.

²⁰⁵ Erman-Palm § 111 Rn. 2; jurisPK-Lange § 107 Rn. 18.

²⁰⁶ Emmerich JuS 2005, 457, 459; Rastätter BWNotZ 2006, 1, 5.

²⁰⁷ Beschluss vom 25.11.2004 (V ZB 13/04) in: Rpfleger 2005, 189 = NJW 2005, 415.

IX Schenkung unter dem Vorbehalt der Rückforderung

1. gesetzlich:

Jede Schenkung steht unter dem gesetzlichen Vorbehalt der Rückforderung bei Verarmung des Schenkers (§ 528 BGB) oder groben Undank des Beschenkten (§ 530 I BGB). Die Verpflichtung zur Herausgabe des Eigentums ist gem. §§ 812 I S. 1 Alt. 1, 818 III BGB auf den Wert der rechtsgrundlosen Leistung beschränkt. Der Erwerber haftet ausschließlich mit dem Erworbenen. Das sonstige Kindesvermögen wird daher nicht beeinträchtigt. Der gesetzliche Vorbehalt der Rückforderung berührt deshalb den lediglich rechtlich vorteilhaften Erwerb nicht.²⁰⁸

2. vertraglich:

Damit dem Schenker des Grundstücks auch nach der Eigentumsübertragung eine Einflussmöglichkeit verbleibt, werden oftmals Rückforderungsrechte, Rücktrittsrechte oder Widerrufsvorbehalte vereinbart oder die Schenkung wird auflösend bedingt gestaltet. Ein rechtlicher Nachteil liegt in diesen Fällen immer dann vor, wenn dem Kind über die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung hinaus zusätzliche Pflichten auferlegt werden.²⁰⁹ Ein typisches Beispiel hierfür ist der Verzicht auf Aufwendungsersatz im Fall der Rückübertragung. Dasselbe gilt für die Verpflichtung des Beschenkten zur selbständigen Rückübertragung in bestimmten, festgelegten Fällen. Beispielsweise findet man in Schenkungsverträgen ein Rücktrittsrecht von dem schuldrechtlichen Teilgeschäft, wenn der Erwerber ganz oder teilweise ohne vorherige Zustimmung des Veräußerers das Grundstück veräußert oder belastet. Bei der Ausübung des Rücktrittsrechts kann dem Minderjährigen neben der Pflicht zur Rückübertragung auch die Zahlung von Wert- oder Schadensersatz treffen, § 346 II bis IV BGB.²¹⁰ Letzteres kann insbesondere bei einer Verschlechterung des Grundstücks eintreten. Wird der Minderjährige verpflichtet, das ihm geschenkte Grundstück jederzeit ohne Angabe eines Grundes an den Schenker oder einen Dritten zu übereignen, ist die Bestellung eines Pflegers erforderlich.²¹¹ Das Kind wäre zwar

²⁰⁸ OLG Celle, Beschluss vom 16.02.2001 (4 W 324/00) in: MDR 2001, 931, 931; OLG Köln, Beschluss vom 11.06.2003 (2 Wx 18/03) in: ZMR 2004, 189, 190; Klüsener 1981, 258, 263.

²⁰⁹ Böttcher RpfLStud. 2003, 72, 81.

²¹⁰ BGH, Beschluss vom 25.11.2004 (V ZB 13/04) in: NJW 2005, 415.

²¹¹ BayObLG, Beschluss vom 22.05.1974 (2 Z 20/74) in: Rpfleger 1974, 309.

formell Eigentümer des Grundstücks, aber auch auf nicht absehbare Zeit Gefahren- und Pflichtenträger gegenüber dem Rückgabeberechtigten.

Die mit der Ausübung des Rücktrittsrechtes verbundenen Rechtsnachteile sind nicht der Auflassung, sondern dem schuldrechtlichen Rechtsgeschäft zuzuordnen. Folglich ist das Verpflichtungsgeschäft bei einer solchen Vereinbarung rechtlich nachteilig. Das Erfüllungsgeschäft wird hiervon aber nicht berührt. Eine Gesamtbetrachtung braucht nicht angestellt zu werden, weil durch das unwirksame Verpflichtungsgeschäft die Auflassung nicht in der Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgen kann. Der Grundbuchrechtspfleger hat bei einer wirksamen Auflassung den Eigentumswechsel zu vollziehen.

Sind jedoch die vertraglich vereinbarten Rücktrittsrechte ebenfalls bereicherungsrechtlich ausgestaltet, muss der rechtliche Vorteil bejaht werden,²¹² weil bei der Ausübung des Rückforderungsrechtes tatsächlich kein Unterschied im Vergleich zu den gesetzlich vorgesehenen Rückforderungsrechten besteht. Dies ist der Fall bei einer auflösend bedingt ausgestalteten Schenkung ohne weitergehende vertragliche Abreden. Ob die Rückabwicklung nach dem Bereicherungsrecht erfolgen soll oder nicht, ist durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln.²¹³ Damit bei bestehenden Zweifeln eine Gefahr für das Kindesvermögen vermieden wird, sollte der rechtliche Vorteil nur dann angenommen werden, wenn in dem Notarvertrag eine ausdrückliche Haftungsbeschränkung vereinbart wurde. Bei der Formulierung „...Rückforderungsanspruch analog § 531 BGB“²¹⁴ sind Zweifel, dass auch die Haftungsbeschränkung in analoger Anwendung beabsichtigt ist, meines Erachtens nicht ausgeschlossen, so dass die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich ist.

²¹² OLG Köln, Beschluss vom 10.11.1997 (14 Wx 10/97) in: Rpfleger 1998, 159.

²¹³ Klüsener Rpfleger 1981, 258, 264.

²¹⁴ OLG Köln, Beschluss vom 10.11.1997 (14 Wx 10/97) in: Rpfleger 1998, 159, 160.

X Schenkung mit Ausgleichs- und Pflichtteilsbestimmungen

1. Ausgleichsbestimmungen:

Gem. § 2050 III BGB ist von Seiten des Schenkers die Anordnung möglich, die Schenkung beim Eintritt des Erbfalls nach Maßgabe der gesetzlichen Ausgleichsbestimmungen (§§ 2051 ff., 2055 f. BGB) auszugleichen. Stellt die Schenkung eine Ausstattung nach § 1624 BGB dar, ist diese automatisch auszugleichen. Trotz der Gefahr eines finanziellen Verlustes bei Eintritt des Erbfalls, nimmt eine solche Anordnung der Schenkung nicht den lediglich rechtlichen Vorteil.²¹⁵ Der Ausgleich hat auch keinen Einfluss auf die Erbquoten, sondern lediglich einen wirtschaftlichen Ausgleich zur Folge. Der Erwerber wird hierdurch nicht persönlich verpflichtet; durch die zitierten Vorschriften wird lediglich die Anrechnung des Vorempfangs bei der Erbaueinandersetzung geregelt. Nach anderer Ansicht²¹⁶ liegt in der Ausgleichspflicht ein rechtlicher Nachteil, weil der Empfänger auf den „vielleicht längst dahingegangenen“ Gegenstand der Zuwendung beschränkt wird und nicht an allen Nachlasswerten beteiligt ist. Diese Argumentation stützt sich jedoch nicht – wie erforderlich – auf die rechtliche Betrachtungsweise, sondern bezieht sich vorrangig auf die wirtschaftlichen Aspekte.

2. Pflichtteilsanrechnung:

Der Schenker kann auch durch einseitige Willenserklärung die Anordnung treffen, dass die Zuwendung gem. § 2315 BGB auf den Pflichtteil des Beschenkten anzurechnen ist. Fembacher²¹⁷ nimmt eine Beeinträchtigung des Kindesvermögens dann an, wenn im Zeitpunkt der Übertragung des Grundstücks ein Wertverlust bis zum Erbfall manifestiert sei. Sollte der Fall so gegeben sein, ließe sich ein rechtlicher Nachteil aber mit der Anordnung umgehen, dass der für die Pflichtteilsanrechnung maßgebende Wert des Grundstücks zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers ermittelt werden soll. Die überwiegende Meinung²¹⁸

²¹⁵ BGH, Urteil vom 10.11.1954 (II ZR 165/53) in: BGHZ 15, 168, 171; OLG Dresden, Beschluss vom 02.04.1996 (3 W 336/96) in: MittBayNot 1996, 228, 291; dem folgend: Schönert/Stöber Rn. 3606; MünchKomm/Schmitt § 107 Rn. 47; RGRK-Krüger-Nieland, § 107 Rn. 17; Palandt/Edenhofer § 2050 Rn. 16; Soergel/Hefermehl § 107 Rn. 3.

²¹⁶ Lange NJW 1955, 1339, 1343.

²¹⁷ MittBayNot 2004, 24, 25.

²¹⁸ Münch/Komm/Lange § 2315 Rn. 9; MünchKomm/Frank, 2. Aufl. 1989, § 2315 Rn. 9; Staudinger/Haas § 2315 Rn. 31; a.A.: OLG Dresden, Beschluss vom 02.04.1996 (3 W 336/96)

bezweifelt die ausschließliche Vorteilhaftigkeit mit der Begründung, dass die Wirkung einen beschränkten Pflichtteilsverzicht herbeiführe und insofern direkte Auswirkungen auf die Pflichtteilshöhe habe. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Minderjährige ist bei Eintritt des Erbfalls nicht verpflichtet, etwas aus seinem Vermögen herauszugeben. In dem in Geld bemessenen verringerten Pflichtteilsanspruch kann kein rechtlicher Nachteil gesehen werden. Denkbar wäre höchstens ein wirtschaftlicher Nachteil, da der Erwerber statt des Geldbetrages Eigentümer einer eventuell für ihn nicht nützlichen Immobilie ist. Zum einen bleiben solche Überlegungen aber bei der Beurteilung der rechtlichen Vor- oder Nachteiligkeit außer Betracht²¹⁹ und zum anderen könnte man auch wirtschaftlich für die Pflichtteilsanrechnung argumentieren, da der Bedachte das Schicksal des geschenkten Gegenstandes durch ordnungsgemäße und geschickte Verwaltung beeinflussen kann.²²⁰ Eine solche Einflussnahme hat er dagegen nicht, wenn die Zuwendung beim späteren Erblasser verbleiben würde.

in: MittBayNot 1996, 228, 291.

²¹⁹ Vgl. oben unter B, III, 2..

²²⁰ Everts Rpfleger 2005, 180, 181.

F Folgen des rechtlichen Nachteils

I Kind handelte selbst

Hat das Kind bei Abschluss des Vertrages das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet, sind die abgegebenen Willenserklärungen gem. § 105 BGB nichtig. Der gesetzliche Vertreter muss das Rechtsgeschäft im Namen des Minderjährigen neu vornehmen. Besteht ein Vertretungsausschluss, muss für den Abschluss des Rechtsgeschäftes ein Ergänzungspfleger bestellt werden.

Schließt ein gem. § 106 BGB beschränkt geschäftsfähiges Kind einen nicht lediglich rechtlich vorteilhaften Vertrag, beurteilt sich die (Un)wirksamkeit danach, ob es sich um ein einseitiges oder zweiseitiges Rechtsgeschäft handelt. Verträge beschränkt Geschäftsfähiger sind bis zur Zustimmung durch den/die zur Vertretung Befugten schwebend unwirksam, einseitige Rechtsgeschäfte sind grundsätzlich völlig unwirksam. Bei Letzteren wird ein Schwebezustand im Interesse des Erklärungsempfängers an Rechtssicherheit nicht akzeptiert (vgl. § 111 BGB), weshalb der zur Vertretung Berechtigte das Geschäft neu vornehmen muss oder seine Zustimmung zeitlich vor der Neuvernahme des Geschäftes durch den Minderjährigen erteilt. Bei einem Vertrag hingegen ist allein der Schutz des beschränkt Geschäftsfähigen entscheidend.

II Eltern handelten

Haben die Eltern oder der Vormund für einen Minderjährigen gehandelt, ist bei einem bestehenden Vertretungsausschluss (§§ 181, 1795 BGB) ein Ergänzungspfleger gem. § 1909 BGB zu bestellen, der dann wiederum einem zweiseitigen Rechtsgeschäft zustimmen kann. Handelte es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft, muss eine Neuvernahme durch den Pfleger erfolgen.

G Familien- oder vormundschaftsgerichtliche Genehmigungen

Handeln die Eltern, ist bei besonders wichtigen, gesetzlich normierten, Rechtsgeschäften die Genehmigung des Familiengerichts erforderlich (§ 1643 I BGB). Wird das Kind durch einen Pfleger oder Vormund vertreten, ist das Vormundschaftsgericht für die Erteilung der Genehmigung zuständig (§§ 1915 I S. 1, 1821, 1822 BGB). Die Beschränkung durch das Genehmigungserfordernis dient der Sicherheit des Kindesvermögens.²²¹ Soweit das Bürgerliche Gesetzbuch eine familien- oder vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für erforderlich hält, ist damit die grundsätzlich gegebene Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters eingeschränkt.²²²

I Verpflichtungsgeschäft

1. Grundsatz bei Immobilienschenkungen:

Das Kausalgeschäft ist gem. § 1821 I Nr. 5 BGB genehmigungsbedürftig, wenn das Grundstück entgeltlich erworben wird oder mit dem Erwerb eine Verpflichtung zur Verfügung über das Grundstück verbunden ist, § 1821 I Nr. 4 BGB. Bei einem unentgeltlichen Erwerb ist § 1821 I Nr. 5 BGB aber nicht anwendbar, so dass hier keine Genehmigungspflicht besteht. Die Entgeltlichkeit ist auch dann zu verneinen, wenn bei einer unentgeltlichen Überlassung eines Grundstücks dafür dingliche Belastungen übernommen werden.²²³ Deren Übernahme stellt keine Gegenleistung des Erwerbers für die Zuwendung dar, sondern nur eine wirtschaftliche Wertminderung des geschenkten Gegenstandes. Letzteres gilt freilich nur insoweit, wie die Belastung nicht den rechtlichen Vorteil des Erwerbs beeinträchtigt. Entscheidend ist, ob der Erwerb nach der Vereinbarung der Parteien von einer Gegenleistung des Minderjährigen abhängig sein soll. Die gemischte Schenkung ist teilweise entgeltlich, so dass § 1821 I Nr. 5 BGB Anwendung findet. Bezüglich der Frage der Abgrenzung zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit hinsichtlich der Erforderlichkeit

²²¹ Rastätter BWNotZ 2006, 1.

²²² Klüsener Rpfleger 1981, 461.

²²³ BGH, Urteil vom 07.04.1989 (V ZR 252/87) in: NJW 1989, 2122.

einer gerichtlichen Genehmigung ist folgender, vom Bundesgerichtshof²²⁴ entwickelter, Grundsatz anzuwenden: Ist das Verpflichtungsgeschäft lediglich rechtlich vorteilhaft, besteht keine Genehmigungspflicht. In einem solchen Fall könnte nämlich das beschränkt geschäftsfähige Kind auch selbst handeln. Das Gericht würde die Handlung des Kindes nicht überwachen. Aus dieser Überlegung heraus wäre es sinnwidrig, wenn man den handelnden Vertreter der gerichtlichen Kontrolle unterwerfen würde.

2. Besonderheiten:

a) Übernahme persönlicher Verbindlichkeiten:

Übernimmt der minderjährige Erwerber auch persönlich Verbindlichkeiten, ist diese Übernahme bei der Beurteilung der Genehmigungsbedürftigkeit nicht als Schenkung unter einer Auflage sondern als Gegenleistung des Beschenkten zu qualifizieren.²²⁵ Damit ist ein solches Kausalgeschäft genehmigungsbedürftig.

b) vertragliches Rückforderungsrecht:

Im Fall einer vertraglich vereinbarten Rückforderungsklausel, nach der die Haftung im Fall der Rückforderung nicht auf das Bereicherungsrecht beschränkt ist, wird eine aufschiebend bedingte Verpflichtung zur Verfügung über das Grundstück im Sinne des § 1821 I Nr. 4 i.V.m. Nr. 1 BGB begründet. Da eine solche Klausel nicht nur eine Beschränkung der unentgeltlichen Zuwendung, sondern auch eine eigenständige Verpflichtung darstellt, ist der Genehmigungstatbestand gegeben. Eine gerichtliche Genehmigung ist ebenfalls dann notwendig, wenn auch nur Zweifel bestehen, ob der Minderjährige nur mit dem geschenkten Gegenstand haftet.²²⁶ Daraus folgt im Umkehrschluss, dass die kraft Gesetzes bestehenden Rechte des Schenkers gem. §§ 528, 530 BGB keine Genehmigungsbedürftigkeit begründen.

²²⁴ Beschluss vom 09.07.1980 (V ZB 16/79) in: Rpfleger 1980, 463.

²²⁵ Böttcher RpfLJB 1990, 193, 208.

²²⁶ OLG Köln, Beschluss vom 10.11.1997 (14 Wx 10/97) in: Rpfleger 1998, 159.

c) Reallast:

Ist die dem Schenkungsvertrag unterliegende Immobilie mit einer Reallast belastet, die aber im Innenverhältnis nicht mit übernommen wird, kann der neue Grundstückseigentümer dennoch in Anspruch genommen werden, § 1108 BGB. Dieser hat dann einen Ausgleichsanspruch gegen den Schenker, § 426 BGB. Damit wird eine fremde Schuld am Grundstück des Mündels gesichert, weshalb meines Erachtens auch die Genehmigung nach § 1822 Nr. 10 BGB erforderlich ist. Die Genehmigung sollte allerdings nur dann verlangt werden, wenn man auch den rechtlichen Vorteil verneint, weil das Kind nämlich nur dann schutzbedürftig ist.²²⁷ Da eine solche Eigentumsübertragung nach hier vertretener Ansicht rechtlich nachteilig ist, ist der Genehmigungstatbestand des § 1822 Nr. 10 BGB erfüllt. Zu beachten ist, dass dieser Genehmigungstatbestand nur bei einem Pfleger (§ 1915 I BGB) oder Vormund einschlägig ist, weil der für Eltern geltende § 1643 I BGB nicht auf § 1822 Nr. 10 BGB verweist.

II Erfüllungsgeschäft

Fraglich ist, ob eine Genehmigung nach § 1643 I i.V.m. § 1821 I Nr. 2 BGB notwendig ist. Von dieser Norm werden Verfügungen erfasst, die das Recht übertragen, inhaltlich ändern, belasten oder aufheben. Mit der Auflassung wird im Namen des Kindes die Leistung angenommen, weshalb eine Verfügung über den Anspruch auf Eigentumsübertragung gegeben ist. Hierbei tritt aber nicht eine Verminderung, sondern eine Vermehrung des vorhandenen Vermögens ein. § 1821 I Nr. 2 BGB muss somit teleologisch reduziert ausgelegt werden. Selbst wenn man die Annahme als Verfügung betrachtet, ist es nicht Sinn und Zweck der Vorschrift, den Rechtserwerb durch das Kind zu behindern.²²⁸ Tritt das Kind als Erwerber auf, ist § 1821 I Nr. 2 BGB teleologisch reduziert dahingehend auszulegen, dass es keiner Genehmigung bedarf.

²²⁷ Zorn RpfIStud. 2000, 142, 145.

²²⁸ Böttcher RpfIJB 1990, 193, 207.

III Belastung der Immobilie

Das der Belastung der Immobilie zu Grunde liegende Verpflichtungsgeschäft ist genehmigungsbedürftig nach § 1821 I Nr. 4 BGB.

Mit der Belastung eines Grundstückes verfügt man über dieses, weshalb das Erfüllungsgeschäft gem. § 1821 I Nr. 1 1. Alt. BGB der gerichtlichen Genehmigung bedarf. Die Genehmigungspflicht besteht auch dann, wenn die Belastung des Grundstückes in Ausübung einer Belastungsvollmacht erfolgt, die bereits im Kaufvertrag (mit)genehmigt wurde.²²⁹

Wird die Immobilie aber im Zusammenhang mit dem Erwerb belastet, greift hier die von der Rechtsprechung²³⁰ entwickelte Ausnahme der genehmigungsfreien Erwerbsmodalität. Zwischen der Belastung und dem Erwerb besteht ein innerer Zusammenhang. Hinsichtlich der Genehmigungsbedürftigkeit ist so zu verfahren, als wenn der Minderjährige ein schon belastetes Grundstück erwerben würde. Nur das dem Minderjährigen schon vor der Schenkung gehörende Grundvermögen bedarf des Schutzes durch § 1821 BGB.²³¹ Die Genehmigung ist also nur dann erforderlich, wenn bereits vorhandenes Kindesvermögen vermindert oder seine bisherige Belastung erweitert wird. Daraus folgt, dass der Nießbrauchsvorbehalt keine Genehmigungsbedürftigkeit begründen kann. Wird die vorbehaltene Belastung aber nicht gleichzeitig mit der Eigentumsumschreibung vollzogen, gilt für die spätere dingliche Belastung des Grundstückes der Grundsatz der Genehmigungsbedürftigkeit.²³²

IV Vollmacht für Belastung

Fraglich ist, ob die Erteilung einer Belastungsvollmacht genehmigungsbedürftig ist. Im Gegensatz zu einem Rechtsgeschäft führt die Erteilung einer Vollmacht nicht unmittelbar zu einer Rechtsänderung, sondern erst die Vornahme der Verfügung. Eine Verfügung ist nur dann gegeben, wenn ein Recht unmittelbar

²²⁹ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 22.12.2004 (3 W 130/04) in: DNotZ 2005, 634, 635.

²³⁰ BGH, Urteil vom 07.10.1997 (XI ZR 129/96) in: NJW 1998, 453 = WPM 1997, 2212; OLG Köln, Beschluss vom 10.11.1997 (14 Wx 10/97) in: Rpfleger 1998, 159.

²³¹ BayObLG, Beschluss vom 15.02.1979 (2 Z 29/78) in: BayObLGZ 1979, 49, 55.

²³² Klüsener Rpfleger 1981, 461, 466.

übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird.²³³ Da die Vollmachtserteilung keine Verfügung ist, besteht für die erweiterte Anwendung von §§ 1812, 1821, 1822 BGB somit kein Anlass.²³⁴ Nicht die Einwilligung, sondern erst die Vornahme der Verfügung berührt das Recht und damit das Vermögen des Minderjährigen. Das Kind ist jedoch ausreichend geschützt, da die Handlungen des Bevollmächtigten der gerichtlichen Genehmigung bedürfen. Wird also von der Vollmacht Gebrauch gemacht und das Grundstück des Minderjährigen belastet, ist diese Verfügung nach §§ 1643 I, 1821 I Nr. 1 1. Alt. BGB genehmigungsbedürftig.

Etwas anderes muss aber bei einer unwiderruflichen Vollmacht gelten, weil der Minderjährige sonst verpflichtet ist, jegliche künftige Handlungen des Bevollmächtigten zu dulden. Da aber auch hier die Bevollmächtigung keine Verfügung über das Grundstück darstellt, kann nicht die Erteilung Genehmigungstatbestand sein, sondern lediglich der vereinbarte Widerrufs-ausschluss. Eine unwiderrufliche Bevollmächtigung wird einer Verfügung über das Grundstück genehmigungstechnisch gleichgestellt. Die daraus resultierende Duldungsverpflichtung ist nach §§ 1643 I, 1821 I Nr. 4 BGB genehmigungspflichtig.²³⁵ Der Ansicht²³⁶, dass sich die widerrufliche Vollmacht im Rahmen der Genehmigungspflicht nicht von der unwiderruflichen Vollmacht unterscheidet, kann nicht gefolgt werden.

V Absehen von einer gerichtlichen Genehmigung

Stellt sich heraus, dass ein Rechtsgeschäft dem Minderjährigen einen lediglich rechtlichen Vorteil bringt, scheidet eine Genehmigungspflicht von vornherein aus. Das gilt durch den Sinn und Zweck der Genehmigungstatbestände auch dann, wenn eine Genehmigung dem Wortlaut der Norm nach erforderlich wäre. Als Begründung wird hier zu Recht angeführt, dass der beschränkt geschäftsfähige Minderjährige ein solches Rechtsgeschäft selbst vornehmen kann. Seine Handlungen können keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Es würde aus diesem Grund nicht nachvollziehbar sein, wenn der handelnde gesetzliche

²³³ Schreiber NotBZ 2002, 128, 130.

²³⁴ Klüsener Rpfleger 1981, 461.

²³⁵ RG, Urteil vom 07.07.1917 (V 66/17) in RGZ 90, 395, 400.

²³⁶ Schreiber NotBZ 2002, 128, 131.

Vertreter bei einem gleichgelagerten Rechtsgeschäft dieser Kontrolle unterliegen würde.

Zu beachten ist hierbei aber, dass nicht jeder rechtliche Nachteil, der gem. §§ 1629 II, 1795, 181, 1909 BGB zu einer Pflegerbestellung führt, das Geschäft genehmigungsbedürftig macht.

Grundsätzlich gilt, dass alle gesetzlichen Vertreter beim unentgeltlichen Erwerb von Grundstücken nicht von der Genehmigungspflicht betroffen sind. Der Erwerb kann aber mit Umständen verbunden sein, welche die Genehmigungsfreiheit in Frage stellen (zum Beispiel bereits vorhandene Belastungen, der Vorbehalt später zu vollziehender Belastungen oder die Übernahme persönlicher Verbindlichkeiten).²³⁷

²³⁷ Klüsener Rpfleger 1981, 461, 466.

Schlusswort

Die vorgehende Darstellung zeigt ein durchaus praxisrelevantes Problem auf, dessen Bedeutung jedoch in der Handhabung der Gerichte (insbesondere der Amtsgerichte) oftmals vernachlässigt wird. Die vielfältigen Ausgestaltungen einer Schenkung von Immobilien lassen keinen Raum für eine pauschale Beurteilungsmöglichkeit. Eine am Minderjährigenschutz orientierte wirtschaftliche Betrachtungsweise ist abzulehnen, weil sie durch die erforderliche Überprüfung jedes einzelnen Rechtsgeschäftes zur Unsicherheit des Rechtsverkehrs führt.

Im Gegensatz hierzu kann aber auch nicht jeder Rechtsnachteil eine konsequente Berücksichtigung finden, da das dazu führen würde, dass es im Ergebnis das lediglich rechtlich vorteilhafte Rechtsgeschäft praktisch nicht gäbe. Aus diesem Grund ist im deutschen Recht an dem vom Gesetzgeber geschaffenen formalen Kriterium des rechtlichen Nachteils festzuhalten, der jedoch im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise reduziert werden muss. Die Reduzierung erfolgt mit von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen, die nach ihrer abstrakten Natur eine Vermögensgefährdung ausschließen.

Es wird zweifellos interessant sein zu beobachten, inwieweit die Gerichte an ihren bisher vertretenen Auffassungen festhalten und welche Bedeutung sie der neuesten Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 03.02.2005 beimessen.

ISBN 978-3-940056-15-3