

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

21. Jahrgang
Mai 2013
ISSN 1434-3460

9/2013

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1822; FamFG §§ 159, 160 – Anhörungs- bzw. Zustimmungspflichten im Rahmen eines familiengerichtlichen Genehmigungsverfahrens

BGB §§ 2205, 1960; GBO §§ 39, 40, 52 – Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers; Ausnahmen vom Grundsatz der Voreintragung bei Bewilligung des Testamentsvollstreckers

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 2332 a. F., 2313 Abs. 2 – Verjährung des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs; Fristbeginn; Kenntnis von Bestand und Wert des Nachlasses irrelevant

Aktuelles

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1822; FamFG §§ 159, 160 Anhörungs- bzw. Zustimmungspflichten im Rahmen eines familiengerichtlichen Genehmigungsverfahrens

I. Sachverhalt

Die ungeteilte Erbengemeinschaft nach Herrn A, bestehend aus seiner Ehefrau F und seinen minderjährigen Kindern K1 und K2, hat zum Nachlass gehörende GmbH-Geschäftsanteile an Herrn B verkauft und abgetreten. F hat für die minderjährigen Kinder bei Abschluss des Vertrags als alleinige gesetzliche Vertreterin gehandelt. Die familiengerichtliche Genehmigung ist beantragt. Nach Einleitung des Genehmigungsverfahrens haben K1 und K2 das 14. Lebensjahr vollendet.

Das Familiengericht meint, es sei die Zustimmung von K1 und K2 – ersatzweise der Mutter – erforderlich, da es die Kinder jedenfalls schriftlich anhören müsse. Weder K1 noch K2 noch F antworten jedoch auf die Schreiben des Gerichts.

II. Frage

Darf die familiengerichtliche Genehmigung davon abhängig gemacht werden,
– dass K1 und K2 ihre Zustimmung zum Vertrag persönlich (und schriftlich) gegenüber dem Gericht erklären oder

– dass jedenfalls F als gesetzliche Vertreterin von K1 und K2 ihre Zustimmung zu dem Vertrag gegenüber dem Gericht erteilt?

III. Zur Rechtslage

1. Erfordernis der Pflegerbestellung für die Veräußerung von Nachlassgegenständen

a) Vertretungsausschluss nach §§ 1795 Abs. 2, 181 BGB

Gem. § 1629 Abs. 2 S. 1 BGB können die Eltern ein Kind insoweit nicht vertreten, als nach § 1795 BGB ein Vormund von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen ist. Der gesetzliche Vertreter darf also gem. § 1795 Abs. 2 i. V. m. § 181 BGB grundsätzlich keine Rechtsgeschäfte im Namen des Kindes mit sich selbst im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten vornehmen. **Nicht** vom Vertretungsausschluss **erfasst** ist nach allgemeiner Auffassung jedoch der Fall, dass der gesetzliche Vertreter und das minderjährige Kind **auf derselben Seite eines Rechtsgeschäfts** stehen, denn es handelt sich dann nicht um gegenläufige, sondern um **parallele bzw. gleichgerichtete Willenserklärungen und Interessenlagen** (BGHZ 50, 8, 10 = NJW 1968, 936; MünchKommBGB/Wagenitz, 6. Aufl. 2012, § 1795 Rn. 6). Soweit es also die bloße Veräußerung eines Nachlassgegenstands (hier eines GmbH-Geschäftsanteils) durch die Erbengemeinschaft an einen Dritten betrifft, ist der gesetzliche Vertreter, der zugleich Miterbe ist, nach ganz h. M. nicht von der Vertretung des Minderjährigen ausgeschlossen; er steht nämlich mit den vertretenen Kindern auf der Veräußererseite (vgl. auch Gutachten DNotI-Report 2007, 12).

b) Vertretungsausschluss bei (Teil-)Erbauseinandersetzung

Etwas anderes gilt nach h. M. jedoch, wenn – anders als vorliegend – in der Veräußerungsurkunde zugleich die **Erlösverteilung unter den Miterben** geregelt wird. Hierin ist eine (Teil-)Erbauseinandersetzung zu sehen. Der gesetzliche Vertreter, der zugleich Miterbe ist, kann die Kinder im Rahmen einer Erbauseinandersetzung nur vertreten, wenn diese ausschließlich nach Maßgabe der gesetzlichen Regelungen der §§ 2042 ff. BGB vollzogen wird. Allein dann geht es um die Erfüllung einer Verbindlichkeit i. S. d. § 181 BGB, da nur insoweit ein Anspruch auf Erbauseinandersetzung besteht (vgl. nur BGHZ 21, 229, 232 ff. = NJW 1956, 1433; Gutachten DNotI-Report 2002, 107, 108). Wird ein Nachlassgegenstand bei gleichzeitiger Einigung über die Erlösverteilung veräußert, handelt es sich um eine freihändige Veräußerung und damit um eine Art und Weise der Erbauseinandersetzung, auf die nach Maßgabe der §§ 2042 ff. BGB kein Anspruch besteht. Die Bestellung eines Ergänzungspflegers wäre u. E. daher wegen Eingreifens des Vertretungsausschlusses nach § 1795 Abs. 2 i. V. m. § 181 BGB erforderlich. Weil vorliegend die geschuldete Gegenleistung aber (wohl) wiederum an die **Erbengemeinschaft** fließen soll, **steht** jener das aus dem Verkauf erlöste **Surrogat weiterhin ungeteilt zu**. Unter Zugrundelegung der h. M. dürfte folglich die **Mitwirkung eines Ergänzungspflegers** bei der Veräußerung des GmbH-Geschäftsanteils sowohl auf schuldrechtlicher als auch auf dinglicher Ebene **nicht erforderlich** sein (im Einzelnen jedoch umstritten, vgl. etwa Mahlmann, ZEV 2009, 320, 322 f.).

c) Fazit

Vorliegend konnte F ihre minderjährigen Kinder K1 und K2 bei der Veräußerung des GmbH-Anteils durch die Erbengemeinschaft wirksam vertreten.

2. Erfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung

Unabhängig vom Erfordernis einer Pflegerbestellung könnte das Veräußerungsgeschäft der familiengerichtlichen Genehmigung bedürfen, insbesondere nach **§ 1822 Nr. 3 BGB**.

a) Erwerb und Veräußerung von GmbH-Geschäftsanteilen

Nach h. M. in Rechtsprechung und Literatur stehen Veräußerung und Erwerb eines erheblichen Geschäftsanteils an einer nicht lediglich vermögensverwaltenden GmbH der Veräußerung bzw. dem Erwerb eines Erwerbsgeschäfts gleich, wenn sich die **Beteiligung** des Mündels nach den konkreten Umständen, insbesondere nach Struktur und Art der GmbH und dem Grad der Mündelbeteiligung, wirtschaftlich **nicht als reine Kapitalinvestition**, sondern als Beteiligung an dem von der GmbH betriebenen Erwerbsgeschäft darstellt, wenn also den Mündel ein Unternehmerrisiko trifft (KG NJW 1976, 1946; OLG Hamm DNotZ 1985, 165; OLG München FamRZ 2003, 392; MünchKommBGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 17; Staudinger/Engler, BGB, Neubearb. 2004, § 1822 Rn. 49). Der **BGH** (DNotZ 2004, 152, 153) hat diese Auffassung unlängst bestätigt und hierzu ausgeführt (Hervorhebungen durch die DNotI-Redaktion):

*„Zwar ist der Kreis der nach § 1822 BGB genehmigungspflichtigen Geschäfte um der Rechtssicherheit willen **formal und nicht nach den Umständen des Einzelfalls** zu bestimm-*

*men [...] Dies steht der Berücksichtigung wirtschaftlicher Zusammenhänge aber dann nicht entgegen, wenn es um typische Sachverhalte geht. Zweck des § 1822 BGB ist es, den **Minderjährigen vor potenziell nachteiligen Geschäften zu schützen** [...]. Die Veräußerung einer Mehrheitsbeteiligung an einer GmbH kann für einen Minderjährigen ebenso gefährlich sein wie die Veräußerung eines einzelkaufmännisch geführten Geschäfts oder einer Beteiligung an einer OHG. Dem berechtigten Bedürfnis nach Rechtssicherheit ist hinreichend Genüge getan, solange es hinreichend konkrete Abgrenzungsmerkmale gibt. Hierfür bietet sich die Höhe der Beteiligung an. Jedenfalls dann, wenn die **Beteiligung des Minderjährigen 50 % übersteigt**, oder wenn, wie im Streitfall, nur Minderjährige an einer GmbH beteiligt sind und sie alle Anteile und damit das Unternehmen der GmbH insgesamt veräußern, spricht alles dafür, die Veräußerung dem Genehmigungserfordernis des § 1822 Nr. 3 BGB zu unterwerfen.“*

Das OLG Hamm (DNotZ 1985, 165) macht in diesem Sinne die Genehmigungsbedürftigkeit davon abhängig, ob den Minderjährigen über die Kapitalanlage hinaus ein Unternehmerrisiko trifft. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass Anteile, die lediglich als reine Kapitalbeteiligung an einer GmbH zu qualifizieren sind, genehmigungsfrei übertragen werden können. Es kommt also im Ergebnis auf den **Umfang der Beteiligung** des Minderjährigen, die **Zahl der** neben dem Minderjährigen **noch vorhandenen Gesellschafter** und das **persönliche Verhältnis des Minderjährigen zum Geschäftsbetrieb** an.

Nach Auffassung des OLG München (FamRZ 2003, 392) stellt eine Beteiligung am Gesellschaftskapital i. H. v. einem Achtel (12,5 %) bei wirtschaftlicher Betrachtung eine bloße Kapitalbeteiligung, keine unternehmerische Beteiligung dar. Die Veräußerung einer derartigen untergeordneten Kapitalbeteiligung an einer GmbH sei nicht als Veräußerung des Anteils an einem Erwerbsgeschäft anzusehen. Entsprechend hat das AG Ilmenau (MittBayNot 2000, 461) für eine GmbH-Beteiligung i. H. v. 6 % entschieden.

b) Vorliegender Fall

Vorliegend wird entscheidend sein, ob die Erbengemeinschaft mehr als 50 % der Anteile an der GmbH hält. Insbesondere dann, wenn – ungeachtet der gesamthänderischen Gebundenheit – bereits die rechnerische Quote von K1 und K2 50 % übersteigt, dürfte vor dem Hintergrund der oben dargestellten BGH-Rechtsprechung vom Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung auszugehen sein. Ob Gleiches auch dann gilt, wenn dieser Schwellenwert erst unter Hinzurechnung der auf F entfallenden Quote erreicht wird, ist zwar nicht abschließend geklärt, u. E. aber wegen der gesamthänderischen Bindung tendenziell zu bejahen.

3. Verfahrensrechtliche Beteiligung der Minderjährigen ab 14 Jahren

Während des laufenden Genehmigungsverfahrens haben die beiden minderjährigen Kinder K1 und K2 das 14. Lebensjahr vollendet. Folglich gilt es zu klären, ob dieser Umstand Konsequenzen für das weitere Verfahren hat.

a) Grundsatz: persönliche (mündliche) Anhörung

Bei einem auf Grundlage des § 1643 Abs. 1 BGB eingeleiteten familiengerichtlichen Genehmigungsverfahren handelt es sich um ein **Verfahren in Kindschaftssachen gem. § 151 FamFG**. Die Anhörung der Eltern und des Kindes ist in den §§ 159, 160 FamFG geregelt. Nach **§ 159 Abs. 1 S. 1**

FamFG hat das Gericht das **Kind grundsätzlich zwingend persönlich anzuhören, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet** hat. Betrifft das Verfahren jedoch – wie im vorliegenden Fall – ausschließlich das Vermögen des Kindes, so kann von einer persönlichen Anhörung abgesehen werden, wenn eine solche nach Art der Angelegenheit nicht angezeigt ist (§ 159 Abs. 1 S. 2 FamFG). Gleiches gilt nach § 159 Abs. 3 FamFG, wenn schwerwiegende Gründe (insbesondere Gefahr im Verzug) eine Anhörung unzulässig erscheinen lassen. Die grundsätzlich obligatorisch und persönlich, also mündlich durchzuführende Anhörung des Kindes ab 14 Jahren beruht auf folgenden Erwägungen: Zum einen kann sich ein Kind häufig nicht hinreichend schriftlich äußern (abgesehen davon, dass bei dieser Anhörungsform auch die Gefahr der Beeinflussung von dritter Seite besteht, etwa seitens der Eltern), zum anderen ist für die Entscheidung des Familiengerichts der persönliche Eindruck bei der Anhörung von ausschlaggebender Bedeutung (BeckOK-FamFG/Schlünder, Std.: 1.4.2013, § 159 Rn. 1). Die persönliche Anhörung des Kindes ist eine besondere Art der Sachverhaltsaufklärung (BGH NJW 1985, 1702).

b) Regelmäßig zumindest schriftliche Anhörung

Unseres Erachtens ist daher vorliegend eine Anhörung von K1 und K2 im Rahmen des Genehmigungsverfahrens im Grundsatz gesetzlich zwingend. Da jedoch ein **Verfahren betreffend die Vermögenssorge** stattfindet, kann nach § 159 Abs. 1 S. 2 FamFG ausnahmsweise von einer persönlichen Anhörung abgesehen werden, wenn eine solche nach Art der Angelegenheit nicht angezeigt ist. Ob ein solcher **Ausnahmefall** gegeben ist, bleibt Tatfrage. Selbst wenn jedoch eine persönliche Anhörung nicht zwingend erforderlich wäre, kann **jedenfalls eine schriftliche Anhörung** angezeigt sein (Stöber, FamRZ 2009, 656, 659). Für schwerwiegende Gründe i. S. d. § 159 Abs. 3 FamFG ist nichts ersichtlich. Ein solcher Grund liegt noch nicht allein darin, dass die Eltern auf eine Anhörung verzichtet haben oder für das Kind ein Verfahrensbeistand bestellt wurde (Stöber, FamRZ 2009, 656, 660). Ein schwerwiegender Grund i. S. dieser Vorschrift ist vielmehr nur dann zu bejahen, wenn die Anhörung das Kind aus seinem seelischen Gleichgewicht bringen würde und eine Beeinträchtigung seiner Gesundheit zu befürchten ist (OLG Schleswig FamRZ 2008, 1363). Da dies nach dem Sachverhalt fernliegend erscheint, hält das Familiengericht die Anhörung u. E. zu Recht für geboten.

c) Aber: keine Äußerungspflicht

Aus der Anhörungspflicht für das Familiengericht folgt allerdings – insbesondere wenn das schriftliche Verfahren gewählt wird – nicht zugleich eine Äußerungspflicht der anzuhörenden Kinder. § 159 Abs. 4 FamFG regelt die Durchführung der Kindesanhörung. Das Kind soll danach über den Gegenstand, den Ablauf und den möglichen Ausgang des Verfahrens informiert werden. Ihm ist **Gelegenheit zur Äußerung** zu geben (vgl. § 159 Abs. 4 S. 2 FamFG; Stöber, FamRZ 2009, 656, 660). Ob das Kind indes diese Gelegenheit nutzt, bleibt grundsätzlich ihm selbst überlassen. Die wesentlichen Ergebnisse der Anhörung des Kindes sind in einem Vermerk zu dokumentieren (§ 28 Abs. 4 FamFG) und allen Beteiligten bekannt zu machen (BeckOK-FamFG/Schlünder, § 159 Rn. 10).

d) Im Übrigen kein Zustimmungserfordernis

Eine **Zustimmungspflicht der minderjährigen Kinder** dergestalt, dass diese aktiv den durch ihren gesetzlichen Vertreter abgeschlossenen Vertrag genehmigen müssten,

lässt sich u. E. dem Gesetz nicht entnehmen. Erforderlich ist lediglich eine Anhörung der Kinder, wodurch diese Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten. Ein echtes Zustimmungserfordernis würde die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters empfindlich und ohne sachlichen Grund beschneiden. Äußert sich das angehörte Kind ablehnend zum abgeschlossenen Vertrag, so kann (und wird) das Gericht diesen Umstand bei der Entscheidung über die Genehmigungserteilung angemessen berücksichtigen. Das Gericht darf aber nicht die Erteilung der Genehmigung von einer ausdrücklichen Zustimmung der vertretenen minderjährigen Kinder abhängig machen.

Aus den gleichen Gründen ist u. E. auch eine (**ersatzweise**) **Zustimmung des gesetzlichen Vertreters** zum Vertrag **entbehrlich**. Ein derartiges Zustimmungserfordernis ist ebenso wenig gesetzlich verankert (vgl. § 160 FamFG). Überdies hat der gesetzliche Vertreter den Vertrag (auch) im Namen des minderjährigen Kindes abgeschlossen. Bereits hierdurch wird seine Zustimmung zum Rechtsgeschäft ausreichend dokumentiert. Ein darüber hinausreichendes Zustimmungserfordernis im Rahmen des familiengerichtlichen Genehmigungsverfahrens gäbe dem gesetzlichen Vertreter die Gelegenheit, die Durchführung eines von ihm abgeschlossenen Vertrags, dessen Inhalt ihn mittlerweile reut, noch wirksam zu verhindern. Dies ist im Gesetz – anders als im Rahmen des § 1829 BGB – nicht angelegt.

BGB §§ 2205, 1960; GBO §§ 39, 40, 52 Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers; Ausnahmen vom Grundsatz der Voreintragung bei Bewilligung des Testamentsvollstreckers

I. Sachverhalt

Mit notariellem Kaufvertrag verkaufte V an K ein Grundstück. V handelte bei Beurkundung des Vertrags in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker über das Vermögen des verstorbenen E. Das Testamentsvollstreckerzeugnis wurde in Ausfertigung vorgelegt. Im Grundbuch ist noch der Erblasser E eingetragen. V bewilligte als Testamentsvollstrecker die Eintragung einer Auflassungsvormerkung sowie einer Finanzierungsschuld zugunsten des K. Ein Erbschein ist nicht beantragt und es ist auch nicht absehbar, ob ein solcher jemals erteilt werden kann. Das Testament von E enthält nur zahlreiche Vermächtnisse für gemeinnützige Organisationen und die Anordnung der Testamentsvollstreckung; eine konkrete Erbeinsetzung ist ihm hingegen nicht zu entnehmen. Das Grundbuchamt weigert sich, ohne Vorlage eines Erbscheins und Voreintragung der Erben die Auflassungsvormerkung und die Finanzierungsschuld für den K in das Grundbuch einzutragen.

II. Fragen

1. Genügt die Bewilligung des Testamentsvollstreckers zur Eintragung der Auflassungsvormerkung und der Finanzierungsschuld in das Grundbuch, auch wenn die Erben noch nicht bekannt sind?

2. Falls ja: Kann auch der Eigentumswechsel auf K ohne Voreintragung der Erben des E in das Grundbuch eingetragen werden?

3. Ist evtl. die Bestellung eines Nachlasspflegers erforderlich, wenn die gesetzlichen Erben nicht ohne Weiteres zu ermitteln sind und dem Testament keine Erbeinsetzung zu entnehmen ist?

III. Zur Rechtslage

1. Materiell-rechtliche Aspekte

a) Verdrängung der Erben durch Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers

Nach näherer Maßgabe der §§ 2197 ff. BGB kann der Erblasser einen Testamentsvollstrecker bestimmen. Dieser hat gem. § 2203 BGB die Aufgabe, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen. Während der Dauer der Testamentsvollstreckung besteht dabei gem. § 2205 S. 1 BGB ein Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers. Daraus folgt insbesondere, dass er über Nachlassgegenstände verfügen kann (§ 2205 S. 2 BGB), sofern dies nicht unentgeltlich geschieht (vgl. § 2205 S. 3 BGB). Korrelat des Verfügungsrechts des Testamentsvollstreckers ist nach § 2211 Abs. 1 BGB eine Verfügungsbeschränkung des Erben. Dieser kann über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand nicht verfügen; die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers schließt daher die Verfügungsberechtigung des Erben aus. Dementsprechend ist es materiell-rechtlich **möglich, dass allein der Testamentsvollstrecker ohne jede Mitwirkung der Erben entgeltlich** über einen Nachlassgegenstand **verfügt**, sofern dieser Gegenstand dem Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers unterliegt. Auch ein Nachlasspfleger, der zur Sicherung des Nachlasses insbesondere bei unbekanntem Erben bestellt werden kann (vgl. § 1960 Abs. 1 BGB), ist – soweit das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers reicht – nicht verfügungsbefugt, da ihm nicht mehr Rechte als dem Erben selbst zustehen (statt aller: MünchKommBGB/Leipold, 5. Aufl. 2010, § 1960 Rn. 41).

b) Zwischenergebnis

Der Testamentsvollstrecker ist vorliegend also in der Lage, ohne jede Mitwirkung des oder der Erben entgeltlich über den Grundbesitz zu verfügen, wenn der betroffene Nachlassgegenstand seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis unterfällt. Seine Verpflichtungsbefugnis hinsichtlich des Kaufvertrags ergibt sich dabei jedenfalls aus § 2206 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach die Verpflichtungsbefugnis so weit reicht wie die dingliche Verfügungsmacht über Nachlassgegenstände. Die Einschränkung des § 2206 Abs. 1 S. 1 BGB („zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich“) greift bei Verfügungen über Nachlassgegenstände m. a. W. nicht (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 72. Aufl. 2013, § 2206 Rn. 2).

2. Grundbuchverfahrensrechtliche Aspekte

a) Voreintragungsgrundsatz (§ 39 GBO)

Grundbuchverfahrensrechtlich bedarf es zur Eintragung der jeweiligen Rechtsänderung – neben der entsprechenden Bewilligung (§ 19 GBO) bzw. dem Nachweis über die Wirksamkeit der Auflassung (§ 20 GBO) – auch der Voreintragung des Betroffenen (§ 39 GBO). Nach Abs. 1 der letztgenannten Bestimmung soll nämlich eine Eintragung im Grundbuch nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Danach könnte die Verfügung über den Grundbesitz vorliegend daran scheitern, dass ein Erbschein nicht vorliegt und demnach auch eine Grundbuchberichtigung derzeit nicht möglich ist.

b) Ausnahmen vom Voreintragungsgrundsatz (§ 40 GBO)

Indes enthält § 40 GBO Ausnahmen vom Grundsatz der Voreintragung für den Fall, dass die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten ist. Gem. § 40 Abs. 1 GBO ist § 39 Abs. 1 GBO insbesondere dann nicht anzuwenden, wenn die Übertragung oder Aufhebung des Rechts eingetragen werden soll oder der Eintragungsantrag durch die Bewilligung eines Nachlasspflegers begründet wird. Gem. **§ 40 Abs. 2 GBO** gilt das Gleiche für eine **Eintragung aufgrund der Bewilligung eines Testamentsvollstreckers**, sofern diese gegen den Erben wirksam ist.

Die Bewilligung des Testamentsvollstreckers müsste vorliegend also dem Erben gegenüber wirksam sein. Dies ist dann der Fall, wenn der Testamentsvollstrecker sie im Rahmen seiner Befugnisse abgegeben, insbesondere nicht unentgeltlich verfügt hat (§ 2205 S. 3 BGB; so ausdrücklich Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, § 40 Rn. 36; s. auch Demharter, GBO, 28. Aufl. 2012, § 40 Rn. 21; BeckOK-GBO/Zeiser, Std.: 1.2.2013, § 40 Rn. 28). Setzt man konkret die materiell-rechtliche Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers voraus, bedarf es der Voreintragung des Erblassers demnach nicht. Dabei erfasst § 40 Abs. 2 GBO ausweislich seines Wortlauts – anders als § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO – alle Arten von Eintragungen, d. h. nicht nur die Übertragung und Aufhebung des Rechts (Meikel/Böttcher, § 40 Rn. 29). Folglich macht es vorliegend keinen Unterschied, ob es um die Eintragung der Auflassungsvormerkung sowie, ihr nachfolgend, der Eigentumsübertragung oder um die Eintragung der Finanzierungsgrundschuld als bloßer Belastung des Eigentums geht.

c) Nachweis der Verfügungsbefugnis in grundbuchtauglicher Form

Einschränkend ist freilich darauf hinzuweisen, dass der Testamentsvollstrecker die Einhaltung der durch das materielle Recht gezogenen Grenzen seiner Verfügungsbefugnis in gebotener Form nachzuweisen hat. Da der Nachweis der Entgeltlichkeit in der Form des § 29 GBO kaum geführt werden kann, bedient sich die Rechtsprechung hier **bestimmter Erfahrungssätze** (vgl. zum Ganzen eingehend Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3441; Meikel/Hertel, § 29 Rn. 438 ff.). So soll etwa nach OLG München (DNotZ 2012, 459, 461 = MittBayNot 2012, 292 = RNotZ 2012, 175) ein Kaufvertrag mit einem unbeteiligten Dritten regelmäßig ein entgeltlicher Vertrag und keine verschleierte Schenkung sein, wenn die Gegenleistung an den Testamentsvollstrecker (bzw. angesichts der Parallelproblematik des § 2113 BGB an den Vorerben) erbracht wird. Überhaupt soll nach OLG München

„eine entgeltliche Verfügung anzunehmen [sein], wenn die dafür maßgebenden Beweggründe im Einzelnen angegeben werden, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich sind [...]“

Ob insoweit auch eine privatschriftliche Erklärung des Testamentsvollstreckers genügt, die diesen Anforderungen entspricht, ist freilich nicht zweifelsfrei (bejahend etwa OLG München DNotZ 2012, 459; Schöner/Stöber, Rn. 3441; krit. Meikel/Hertel, § 29 Rn. 439). Streitig ist zudem, ob das Grundbuchamt die entsprechenden Nachweise schon bei Eintragung der Auflassungsvormerkung zu prü-

fen hat (verneinend OLG München MittBayNot 2012, 292; OLG Frankfurt ZEV 2011, 534; OLG Zweibrücken RNotZ 2007, 212; Schöner/Stöber, Rn. 3441 a. E.; a. A. Amann MittBayNot 2012, 267 m. w. N.; BeckOK-GBO/Zeiser, § 52 Rn. 77).

3. Ergebnis

Zusammenfassend dürfte vorliegend davon auszugehen sein, dass der Testamentsvollstrecker zur entgeltlichen Veräußerung des Grundstücks ohne Mitwirkung des oder der Erben (vgl. §§ 2205, 2211 BGB) und auch ohne Mitwirkung eines etwa nach allgemeinen Grundsätzen zu bestellenden Nachlasspflegers befugt ist, soweit das Grundstück seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis unterliegt. Verfahrensrechtlich ist dabei gem. § 40 Abs. 2 GBO weder für die Eintragung der Auflassungsvormerkung noch der Finanzierungsgrundschuld noch der Auflassung die Voreintragung der Erben in das Grundbuch erforderlich. Allerdings muss der Nachweis der Entgeltlichkeit der Verfügung dem Grundbuchamt gegenüber in ordnungsgemäßer Weise geführt werden.

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

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

WEG §§ 12, 26

Nachweis der Verwaltereigenschaft bei Verlängerungsklauselbeschluss über die Verwalterbestellung
Abruf-Nr.: 120155

BGB § 2075

Pflichtteilsstrafklausel; Unkenntnis der Pflichtteilsberechtigten; Tatbestandsmerkmal des „Verlangens“
Abruf-Nr.: 123236

Internationales Gesellschaftsrecht

Tschechische Republik/USA/Volksrepublik China: Anerkennung einer Spaltung einer deutschen Konzernmutter (KG)
Abruf-Nr.: 122202

Rechtsprechung

BGB §§ 2332 a. F., 2313 Abs. 2

Verjährung des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs; Fristbeginn; Kenntnis von Bestand und Wert des Nachlasses irrelevant

Für den Beginn der Verjährung des Pflichtteilsanspruchs kommt es nicht auf die Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten von Zusammensetzung und Wert des Nachlasses an. Die Verjährungsfrist beginnt nicht erneut zu laufen, wenn der Pflichtteilsberechtigte erst spä-

ter von der Zugehörigkeit eines weiteren Gegenstandes zum Nachlass erfährt. § 2313 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 3 BGB ist nicht entsprechend anzuwenden.

BGH, Urt. v. 16.1.2013 – IV ZR 232/12
Abruf-Nr.: 11081R

Problem

Die Klägerin macht gegen die Beklagte, ihre Schwester als testamentarische Alleinerbin des am 4.2.2003 verstorbenen Vaters, Pflichtteilsansprüche geltend. Auf Grundlage des von der Beklagten **am 10.3.2004 erstellten notariellen Nachlassverzeichnisses** hatten die Parteien bereits einen Rechtsstreit über die Höhe des Pflichtteils geführt, infolge dessen die Beklagte vom Landgericht am 5.7.2007 zur Zahlung von 1.402,78 € an die Klägerin verurteilt wurde.

Über einen **Erbenermittler** erfuhren die Parteien **im Jahr 2009**, dass sich zumindest noch ein **weiteres Grundstück im Nachlass** befindet, welches dem Erblasser als Vermächtnis der bereits im Jahre 1978 verstorbenen K. zugewandt worden war. Durch die Veräußerung des Grundstücks erhielt die Beklagte einen Betrag von 24.934,44 €

Die Klägerin begehrt von der Beklagten 1/8 des Verkaufserlöses. Die Beklagte beruft sich dagegen u. a. auf Verjährung. Während das Amtsgericht die Klage abgewiesen hatte, verurteilte das Landgericht die Beklagte zur Zahlung von 3.116,81 € nebst Zinsen. Nach Auffassung des **Berufungsgerichts** war der Pflichtteilsanspruch nicht gem. § 2332 Abs. 1 BGB a. F. verjährt. Entständen erst nachträglich Ansprüche, die dem Nachlass nach § 2313 BGB hinzuzurechnen seien, trete die Verjährung nicht vor Eintritt der Gewissheit über das Bestehen des Anspruchs ein. Ein – wie vorliegend – **zunächst unbekanntes Recht stehe einem ungewissen oder unsicheren Recht i. S. d. § 2313 BGB gleich**, da der Pflichtteilsberechtigte seinen Anteil vorher weder der Höhe nach errechnen noch dem Grunde nach gerichtlich feststellen lassen könne. **Entsprechend § 2313 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 S. 1 BGB** sei der Pflichtteilsanspruch der Klägerin daher frühestens mit Bekanntwerden des weiteren Grundstücks im März 2009 **ausgleichspflichtig** geworden bzw. sei die Ungewissheit/ Unsicherheit erst durch die Erteilung der Auskunft beseitigt worden. Nach Treu und Glauben sei es daher gerechtfertigt, den Wert des in unverjährter Zeit geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs gem. § 242 BGB an die nachträglich bekannt gewordenen Umstände anzupassen.

Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

Entscheidung

Der IV. Zivilsenat des BGH stellt das amtsgerichtliche Urteil wieder her, da der von der Klägerin geltend gemachte weitere Pflichtteilsanspruch verjährt sei.

Nach § 2332 BGB a. F. (hier gem. Art. 229 § 23 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 S. 1 EGBGB anwendbar) verjährt der Pflichtteilsanspruch in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Pflichtteilsberechtigte von dem Eintritt des Erbfalls und der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis erlangt. Auf dieser Grundlage sei der „weitere“ **Pflichtteilsanspruch** wegen des Grundstücks **bereits verjährt**. Zwar werde im Schrifttum vereinzelt vertreten, die Verjährungsfrist des Pflichtteilsanspruchs beginne im Hinblick auf später neu aufgetauchte, zum Nachlass

gehörende Gegenstände erst dann zu laufen, wenn der Pflichtteilsberechtigte Kenntnis von deren Zugehörigkeit zum Nachlass habe. Allerdings **komme es** nach ständiger BGH-Rechtsprechung und überwiegender Auffassung in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum **nicht auf die Vorstellung des Pflichtteilsberechtigten über den im Erbfall vorhandenen Nachlass und seinen Wert an** (Tz. 7 m. w. N.).

An dieser Auffassung hält der IV. Zivilsenat fest. Aus dem **Wortlaut** des § 2332 Abs. 1 BGB a. F. ergäben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass für die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs neben der Kenntnis vom Eintritt des Erbfalls und der beeinträchtigenden Verfügung die Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten vom Umfang und Wert des Nachlasses in irgendeiner Weise maßgeblich sein solle. Fehlvorstellungen und Irrtümer über die gegenständliche Zusammensetzung des Nachlasses sowie den Wert einzelner Nachlassgegenstände seien insoweit ohne Bedeutung. Dies entspreche dem **Willen des historischen Gesetzgebers** sowie dem **Sinn und Zweck der Verjährung**, innerhalb einer überschaubaren Frist Rechtsfrieden zu schaffen. Anderenfalls würde die Verjährungsfrist immer wieder von Neuem zu laufen beginnen, wenn weitere Nachlassgegenstände auftauchten, was zum einen einer Abwicklung des Pflichtteilsanspruchs in überschaubarer Zeit entgegenstände und sich zum anderen nicht mit der Natur des **Pflichtteilsanspruchs als einem einheitlichen Anspruch** verträge, für den grundsätzlich nur eine einheitlich laufende Verjährungsfrist gelten könne. Gegen ein Abstellen auf die subjektive Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten vom Umfang des Nachlasses spreche ferner das in § 2311 Abs. 1 BGB enthaltene **Stichtagsprinzip**.

Auf dieser Grundlage komme bei einer erst nach Verjährungseintritt erlangten Kenntnis von Nachlassgegenständen auch eine **direkte oder entsprechende Anwendung von § 2313 Abs. 2 S. 1 i. V. m. Abs. 1 S. 1 und S. 3 BGB nicht in Betracht**. Diese Vorschrift enthalte eine Ausnahme vom Stichtagsprinzip im Hinblick auf ungewisse oder unsichere Rechte sowie auf zweifelhafte Verbindlichkeiten und aufschiebende Bedingungen. Trete die Bedingung ein bzw. werde das Recht gewiss oder sicher, so habe nach § 2313 Abs. 1 S. 3 BGB eine der veränderten Rechtslage entsprechende Ausgleichung zu erfolgen. Die Verjährung trete in diesen Fällen nicht vor Eintritt der Bedingung bzw. der Sicherheit oder Gewissheit ein. Vorliegend sei aber weder ein Recht ungewiss, d. h. sein rechtlicher Bestand zweifelhaft, noch unsicher, d. h. fraglich, ob das Recht verwirklicht werden könne. **Umstände, die weder den rechtlichen Bestand als solchen noch die Rechtsverwirklichung betreffen, berühren nur den Wert** des Rechts, ohne es dadurch zu einem unsicheren oder ungewissen Recht i. S. v. § 2313 Abs. 2 S. 1 BGB zu machen. Für eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift **fehle** daher bereits eine **planwidrige Regelungslücke**. Zudem würde eine analoge Anwendung im Hinblick auf zunächst unbekannte Nachlassgegenstände zu einer beträchtlichen **Rechtsunsicherheit** führen und die endgültige Abwicklung der Pflichtteilsansprüche in überschaubarer Zeit erheblich erschweren.

Die **Senatsrechtsprechung** zur Verjährung von Pflichtteilsansprüchen, die sich auf dem Erben zustehende **Lastenausgleichsansprüche** wegen Schäden beziehen, welche der Erblasser an seinem in der früheren sowjetischen Besatzungszone belegenen Vermögen erlitten hat

(Hemmung des Fristanlaufs ggf. bis zum Inkrafttreten des Lastenausgleichsänderungsgesetzes vom 18.8.1969), lässt sich laut BGH **nicht** auf den vorliegenden Fall **übertragen**. Zwar habe der Senat in einer späteren Entscheidung § 2313 Abs. 2 S. 1 i. V. m. Abs. 1 S. 3 BGB analog angewandt, wenn der Erbe aufgrund des **Vermögensgesetzes** ein vor dem Erbfall in der ehemaligen DDR enteignetes Grundstück des Erblassers zurückerhalte oder für dieses eine Entschädigung bekomme. Dieser Rechtsprechung lägen jedoch Konstellationen zugrunde, bei denen **infolge einer gesetzlichen Neuregelung rückwirkend** nach Eintritt des Erbfalls **erstmalig Ansprüche für den Erblasser geschaffen** worden seien. Der Pflichtteilsberechtigte war hier mangels gesetzlicher Grundlage innerhalb der regulären Verjährungsfrist an der Anspruchsgeltendmachung gehindert. Auch in derartigen Fällen begann die Verjährung jeweils mit dem Inkrafttreten des maßgeblichen Gesetzes (**objektive Anknüpfung**), nicht erst mit der konkreten Kenntnis von der Art und Höhe derartiger Ansprüche zu laufen. Einen vergleichbaren Sachverhalt sieht der BGH vorliegend nicht gegeben, da das betreffende Grundstück bzw. der auf dieses bezogene Vermächtnisanspruch bereits von Anfang an zum Erblasservermögen gehörte und es lediglich an der diesbezüglichen Kenntnis der Parteien mangelte.

Schließlich sei die Beklagte **nicht** unter dem Gesichtspunkt von **Treu und Glauben** (§ 242 BGB) daran **gehindert, sich auf den Eintritt der Verjährung zu berufen**. Zwar könne die Verjährungseinrede ausnahmsweise mit dem Arglisteinwand zurückgewiesen werden, wenn der Schuldner den Gläubiger durch sein Verhalten (auch unabsichtlich) von der rechtzeitigen Erhebung der Klage gegen ihn abgehalten habe. Ein derartiger Fall liege aber nicht vor. Vielmehr war auch der Beklagten während des Laufs der regulären Verjährungsfrist von dem weiteren Vermögensgegenstand nichts bekannt. Unter diesen Umständen dürfe von der der Verjährungsfrist und dem Stichtagsprinzip zugrunde liegenden Risikoverteilung nicht abgewichen werden. Zuletzt lasse sich eine Hemmung der Verjährungsfrist auch nicht darauf stützen, dass die Verjährung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs nach § 2325 BGB erst mit Kenntnis des Berechtigten von der ihn beeinträchtigenden Verfügung unter Lebenden beginne. Dieses Hinausschieben des Beginns der Verjährungsfrist rechtfertige sich allein aus der Besonderheit des Pflichtteilsergänzungsanspruchs, welcher selbständig neben dem regulären Pflichtteilsanspruch stehe und vorliegend ohne Bedeutung sei.

Aktuelles

MietRÄndG in Kraft getreten

Zum **1. Mai 2013** ist das Mietrechtsänderungsgesetz (MietRÄndG) in weiten Teilen in Kraft getreten (BGBl. 2013 I, S. 434; zum Inkrafttreten im Einzelnen siehe Art. 9 MietRÄndG). Die Neuregelungen sollen Anreiz für eine energetische Wohnraumsanierung durch den Vermieter schaffen (§§ 555a ff. BGB), regeln in mietrechtlicher Hinsicht das sog. Contracting (vgl. § 556c BGB) und stellen ein Instrumentarium gegen sog. „Mietnomaden“ zur Verfügung (vgl. §§ 283a, 885a, 940a ZPO). Den Bundesländern wird die Möglichkeit eingeräumt, in Ballungszentren einzelne Gemeinden oder Teile von Gemeinden festzulegen, in denen die Miete bestehender

Mietverhältnisse innerhalb von drei Jahren nur um maximal 15 % erhöht werden darf statt grundsätzlich um 20 % (Anfügung der Sätze 2 und 3 in § 558 Abs. 3 BGB).

Aus notarieller Sicht von besonderem Interesse ist die Erweiterung des **§ 577a BGB**, der die Umwandlung von Wohnraum in Eigentumswohnungen betrifft und bislang zulasten des Mieters Schutzlücken (insbesondere beim sog. Münchener Modell) aufwies. § 577a BGB sieht einen **Schutz vor Eigenbedarfskündigungen** für den Zeitraum von drei Jahren vor, wenn Mietshäuser in Wohneigentum umgewandelt und die Wohnungen sodann veräußert werden. Die Landesregierungen können diese Frist für gefährdete Gebiete (Ballungsräume) auf bis zu zehn Jahre verlängern. Mehrfach vertrat der BGH zu § 577a Abs. 1 BGB a. F. die Ansicht, dass diese Kündigungssperrfrist auch nicht analog zur Anwendung kommt, **wenn eine GbR ein Mietshaus erwirbt**, die Mietverhältnisse dann unter Berufung auf den Eigenbedarf ihrer Gesellschafter kündigt und erst nach Ablauf der Kündigungsfristen in Wohnungseigentum aufteilt und die einzelnen Wohnungen an ihre Gesellschafter überträgt (BGH NJW 2007, 2845; NJW 2009, 2738; NJW-RR 2012, 237). Dieses **sog. „Münchener Modell“** führte in der Vergangenheit dazu, dass der in §§ 577, 577a BGB verankerte Schutzzweck unter Ausnutzung einer gesetzlichen Regelungslücke teilweise ausgehöhlt werden konnte.

Der Gesetzgeber hat die Schutzlücke nunmehr mit der Neufassung des § 577a Abs. 1a BGB geschlossen, indem er den **Anwendungsbereich** der Kündigungssperrfristen **auf Erwerbermodelle** wie das „Münchener Modell“ **erweitert** hat. Die Sperrfrist greift künftig auch dann ein, wenn der vermietete Wohnraum an die Personengesellschaft veräußert wird (Abs. 1a S. 1 Nr. 1) oder zu ihren Gunsten ein Recht (z. B. ein Nießbrauch) bestellt wird (Abs. 1a S. 1 Nr. 2). Die drei bis zehn Jahre betragende Sperrfrist beginnt gem. § 577a Abs. 2a BGB bereits mit Veräußerung des Mietwohngrundstücks an die Personengesellschaft zu laufen. Die Kündigungsbeschränkung ist nach § 577a Abs. 1a S. 2 BGB nicht anwendbar, wenn die Gesellschafter oder Erwerber derselben Familie oder demselben Haushalt angehören oder vor Überlassung des Wohnraums an den Mieter Wohnungseigentum begründet worden ist.

Zur nicht abschließend geklärten Frage, ob ein **Mieterverkaufsrecht gem. bzw. analog § 577 BGB** in der Konstellation der von § 577a Abs. 1a und 2a BGB betroffenen Erwerbermodelle in Betracht kommt, enthält nicht einmal die Regierungsbegründung eine Aussage (BT-Drucks. 17/10485, S. 26). In der Literatur werden insoweit konträre Ansichten vertreten (ein Mieterverkaufsrecht bejahend MünchKommBGB/Häublein, 6. Aufl. 2012, § 577 Rn. 8; verneinend Klühs, RNotZ 2012, 555, 561 f. – jew. m. w. N.).

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter
www.dnoti.de.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Sebastian Herrler

Redaktion: Dr. Simon Blath

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

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

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

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

Verlag:

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

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg