

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

21. Jahrgang
April 2013
ISSN 1434-3460

8/2013

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1772, 1760; FamFG §§ 42, 197 Abs. 3 – Abänderung bzw. Aufhebung einer versehentlich ausgesprochenen Volljährigenadoption mit starken Wirkungen; Berichtigung des Adoptionsbeschlusses wegen offener Unrichtigkeit

BGB §§ 2325, 2328, 2329 – Auswirkungen eines Pflichtteilsverzichts auf die Einrede des § 2328 BGB; subsidiäre Haftung des Beschenkten nach § 2329 BGB; Anwendbarkeit der Abschmelzungsregel des § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 164, 168, 172; GBO §§ 20, 29, 35 – Vollmachtserteilung des Erblassers an seinen Alleinerben; transmortale Vollmacht im Grundbuchverfahren; Erlöschen der Vollmacht durch Konfusion

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1772, 1760; FamFG §§ 42, 197 Abs. 3

Abänderung bzw. Aufhebung einer versehentlich ausgesprochenen Volljährigenadoption mit starken Wirkungen; Berichtigung des Adoptionsbeschlusses wegen offener Unrichtigkeit

I. Sachverhalt

Es wurde eine Volljährigenadoption beantragt. Im notariell beurkundeten Antrag ist ausdrücklich festgehalten, dass *kein* Antrag nach § 1772 Abs. 1 BGB gestellt wird. Wegen eines gerichtlichen Versehens bei der Erstellung des Beschlusses (falscher Textbaustein) lautet der Adoptionsbeschluss jedoch darauf, dass sich die Wirkungen nach den Vorschriften über die Annahme eines Minderjährigen richten.

II. Fragen

1. Kann ein Adoptionsbeschluss, in dem das Gericht trotz fehlenden Antrags nach § 1772 Abs. 1 BGB versehentlich eine Volljährigenadoption mit den Wirkungen der Minderjährigenannahme ausgesprochen hat, noch nachträglich gem. § 42 FamFG in der Weise geändert werden, dass die Wirkungen der Adoption sich nicht nach den Vorschriften über die Annahme eines Minderjährigen richten?

2. Kann ein solcher Adoptionsbeschluss gem. § 1772 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1760 Abs. 1 BGB aufgehoben werden?

III. Zur Rechtslage

1. Wirksamkeit und Berichtigung des Adoptionsbeschlusses

a) Unanfechtbarkeit

Grundsätzlich ist gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Endentscheidungen der Amtsgerichte und Landgerichte in Angelegenheiten des FamFG gem. § 58 Abs. 1 FamFG die Beschwerde statthaft. Dies gilt nach dem Wortlaut der Vorschrift aber nur, sofern durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.

Eine andere Bestimmung in diesem Sinne enthält § 197 Abs. 3 FamFG. Hiernach ist ein **Adoptionsbeschluss unanfechtbar** und **unanänderlich**. Gegen einen Beschluss, durch den die Annahme als Kind ausgesprochen wird, ist folglich **kein Rechtsmittel** gegeben (anders ist dies hinsichtlich eines die Annahme als Kind ablehnenden Beschlusses). Hierdurch soll dem Adoptionsbeschluss erhöhte Bestandskraft gewährt werden, zum einen zur Sicherung der Rechtsstellung des Kindes, zum anderen, um zu vermeiden, dass die Wirksamkeit einer vom Annehmenden und vom Kind gleichermaßen angestrebten Annahme unnötig verzögert wird (BeckOK-FamFG/Nickel, Std.: 1.1.2013, § 197 Rn. 25).

b) Abgrenzung zwischen Wirksamkeit und Nichtigkeit

Von der Unanfechtbarkeit bzw. Unabänderlichkeit des Adoptionsbeschlusses ist die Nichtigkeit des Adoptionsbeschlusses zu unterscheiden. Die bloße Fehlerhaftigkeit des

Adoptionsbeschlusses genügt insoweit nicht. Vielmehr muss der Beschluss **derart schwerwiegende Mängel aufweisen, dass er ausnahmsweise als nichtig anzusehen** ist. Eine Regelung der seltenen Fälle, in denen eine Annahme als Kind nichtig sein kann, erschien dem Gesetzgeber nicht geboten (BT-Drucks. 7/3061, S. 46). Es ist daher nicht ganz zweifelsfrei, wann von einem Nichtigkeitsbegründenden schwerwiegenden Mangel auszugehen ist.

Das BayObLG (NJW-RR 1996, 1093) hat etwa die Nichtigkeit des Annahmebeschlusses in einem Fall verneint, in dem ein Volljähriger nach den Vorschriften über die Minderjährigenadoption angenommen worden war. Zieht man hieraus einen Erst-recht-Schluss, dürfte ein Adoptionsbeschluss, der eine Volljährigenadoption mit starken Wirkungen nach § 1772 BGB ausspricht, obwohl nur eine „normale“ Volljährigenadoption i. S. d. §§ 1767 ff. BGB beantragt worden ist, ebenfalls **nicht nichtig** sein. In diese Richtung weist auch ein Beschluss des **LG Bremen** vom 28.12.2010 (FamRZ 2011, 1413). Hiernach führt die irrtümliche Aussprechung einer Volljährigenadoption gem. § 1772 BGB bei Beantragung einer einfachen Volljährigenadoption nach den §§ 1767 ff. BGB nicht zur Nichtigkeit des Adoptionsbeschlusses.

c) Berichtigung wegen offenkundiger Unrichtigkeit

Gem. § 42 Abs. 1 FamFG kann das Gericht Schreibfehler, Rechenfehler und ähnliche offenkundige Unrichtigkeiten im Beschluss jederzeit auch von Amts wegen berichtigen. Die Norm übernimmt damit im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Funktion des § 319 ZPO, der früher unter der Geltung des FGG entsprechend angewandt wurde.

aa) Unrichtigkeit i. S. d. § 42 Abs. 1 FamFG

Eine Unrichtigkeit i. S. d. § 42 Abs. 1 FamFG ist gegeben, wenn und soweit die im Beschluss verlautbarte Entschließung des Gerichts durch technische oder andere im Justizalltag unvermeidliche Fehlleistungen und Irrtümer verfälscht wird (BVerfG NJW 1992, 1496). Erforderlich ist, dass der **Wille des Gerichts versehentlich unrichtig wiedergegeben** wurde, d. h., eine Abweichung des Erklärten vom ersichtlich Gewollten vorliegt (BGH NJW 1985, 742; Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 42 Rn. 3). Abzugrenzen hiervon ist der Fall einer fehlerhaften Willensbildung des Gerichts. Eine solche kann nur durch ein statthaftes Rechtsmittel korrigiert werden; die Berichtigung darf nämlich **keine Korrektur der Rechtsanwendung** bewirken (Keidel/Meyer-Holz, § 42 Rn. 4 m. w. N.).

Die Abgrenzung zwischen einem Fehler bei der Willensbildung und einem unter § 42 FamFG fallenden Verlautbarungsmangel ist im Einzelfall vorzunehmen und häufig schwierig (Keidel/Meyer-Holz, § 42 Rn. 5). Als Beispiele für Unrichtigkeiten, die einer Berichtigung zugänglich sind, erwähnt § 42 Abs. 1 FamFG **Schreibfehler** und **Rechenfehler**. Eine korrigierbare Unrichtigkeit muss daher nach ihrer Bedeutung und ihrem Zustandekommen einem der genannten Fehler **vergleichbar** sein. Dies ist nach *Meyer-Holz* (in: Keidel, § 42 Rn. 6) der Fall, wenn sie als Versehen, mithin als banale, auf Unachtsamkeit beruhende Fehlleistung zu qualifizieren ist, die in keinem inneren Zusammenhang mit der Willensbildung des Gerichts, d. h. mit dem der Entscheidungsfindung zugrunde liegenden Denkprozess, steht. Vor diesem Hintergrund ließe sich argumentieren, dass auch das versehentliche Verwenden eines falschen Textbausteins bei Erstellung des Adoptionsbeschlusses als „Unrichtigkeit“ i. S. d. § 42 Abs. 1 FamFG zu bewerten ist.

bb) „Offenbare“ Unrichtigkeit

„Offenbar“ ist eine Unrichtigkeit gem. § 42 Abs. 1 FamFG nur dann, wenn sie sich unmittelbar aus dem Zusammenhang des Beschlusses oder wenigstens aus den Vorgängen bei seinem Erlass bzw. seiner Bekanntgabe ergibt und ohne Weiteres erkennbar ist, selbst für Dritte (Keidel/Meyer-Holz, § 42 Rn. 8 m. w. N.; vgl. auch Bumiller/Harders, FamFG, 10. Aufl. 2011, § 42 Rn. 3). Demzufolge muss das Versehen **nach außen hervorgetreten** sein und darf nicht gerichtsintern geblieben sein (BGH NJW 1980, 2813). Für ausreichend wird in diesem Zusammenhang gehalten, wenn sich die Unrichtigkeit für die Beteiligten **unter Heranziehung der Akten** ergibt (Keidel/Meyer-Holz, § 42 Rn. 8). So soll etwa eine Beschlussformel offenbar unrichtig sein, wenn die Unrichtigkeit **aus dem Gesamtzusammenhang mit den Gründen ersichtlich** ist (Haußleiter/Gomille, FamFG, 2011, § 42 Rn. 7 m. w. N.; näher zur Offenkundigkeit auch: Prütting/Helms/Abramenko, FamFG, 2. Aufl. 2011, § 42 Rn. 13).

Vorliegend lässt sich daher evtl. eine offenbare Unrichtigkeit bejahen, wenn in den Gründen des Adoptionsbeschlusses ausgeführt wird, dass ein Antrag auf Durchführung einer normalen Volljährigenadoption i. S. d. §§ 1767 ff. BGB gestellt worden ist. Ob die Gründe dies hergeben, bleibt allerdings Tatfrage.

cc) Bestand und Inhalt des Beschlusses

Bei der Auslegung ist jedoch des Weiteren zu berücksichtigen, dass ein Adoptionsbeschluss gem. § 197 Abs. 3 FamFG weder anfechtbar noch abänderbar ist. Systematisch wirkt sich dies auf die Auslegung der §§ 42, 43 FamFG dergestalt aus, dass solche Berichtigungen und Ergänzungen des Annahmebeschlusses ausgeschlossen sind, die über offenkundige Schreibfehler hinausgehen (BeckOK-FamFG/Nickel, § 197 Rn. 32). Laut *Meyer-Holz* soll ein Adoptionsbeschluss aufgrund der fehlenden Anfechtbarkeit und Abänderbarkeit einer **Berichtigung nur zugänglich** sein, „*soweit dadurch Bestand und Inhalt seiner Gestaltungswirkung, d. h. der Ausspruch der Annahme nicht berührt wird [Hervorhebung durch die Redaktion]*“ (in: Keidel, § 42 Rn. 12). Als Beispiel einer offenkundigen Unrichtigkeit in Adoptionssachen wird etwa die Berichtigung einer falschen Schreibweise beim Geburtsnamen des angenommenen Kindes genannt (OLG Karlsruhe NJWE-FER 1997, 283 = FamRZ 1999, 252; Keidel/Meyer-Holz, § 42 Rn. 12).

Wenngleich weitere Literaturstimmen und insbesondere ober- und höchstrichterliche Rechtsprechung nicht ersichtlich sind, erscheint es im Lichte des § 197 Abs. 3 FamFG sehr zweifelhaft, dass der Adoptionsbeschluss vorliegend nach § 42 Abs. 1 FamFG in Bezug auf dessen Wirkungen berichtigt werden kann.

d) Zwischenergebnis

Eine Nichtigkeit des Adoptionsbeschlusses dürfte vorliegend ausscheiden, die Möglichkeit einer Beschlussberichtigung gem. § 42 Abs. 1 FamFG erscheint äußerst zweifelhaft.

2. Aufhebung der Adoption

Eine Volljährigenadoption mit starken Wirkungen i. S. v. § 1772 BGB kann nach § 1772 Abs. 2 S. 1 BGB nur in sinngemäßer Anwendung des § 1760 Abs. 1 bis 5 BGB aufgehoben werden.

**Einladung
zur 16. Mitgliederversammlung in Würzburg 2013**

Sehr geehrtes Mitglied,

der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung lädt alle Mitglieder herzlich zur
16. ordentlichen Mitgliederversammlung am **Freitag, dem 14. Juni 2013**,
in die **Julius-Maximilians-Universität Würzburg – Neubaukirche**,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg, ein.

Die Veranstaltung beginnt im Anschluss an das 13. Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht
an der Universität Würzburg um **16.30 Uhr** mit folgender **Tagesordnung**:

1. Begrüßung
2. Bericht des Vorsitzenden
3. Bericht des Schatzmeisters
4. Bericht der Rechnungsprüfer
5. Aussprache
6. Entlastung des Gesamtvorstandes
7. Neuwahl von drei Gesamtvorstandsmitgliedern (§ 8 Abs. 3 der Satzung)
8. Wahl der Rechnungsprüfer (§ 7 Abs. 6 der Satzung)
9. Beitragsanhebung
10. Verschiedenes

Wir freuen uns über ein zahlreiches Erscheinen unserer Mitglieder!

gez.
Notar a. D. Prof. Dr. Rainer Kanzleiter
(Vorsitzender)

gez.
Rechtsanwalt und Notar Burkard Scherrer
(stellv. Vorsitzender)

**13. Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg zum Thema
„Gestaltungspraxis und Inhaltskontrolle“, Freitag, 14. Juni 2013, Julius-Maximilians-Universität Würzburg,
Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg**

Themen:

Problemfelder der Inhaltskontrolle in der notariellen Gestaltungspraxis

Sebastian Herrler, Notar a. D., Geschäftsführer des DNotI Würzburg

Inhaltskontrolle im Erbrecht

Prof. Dr. Anne Röthel, Bucerius Law School, Hamburg, Direktorin des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen

AGB-Kontrolle bei M&A-Verträgen

Dr. Nikolaus Schrader, Partner, Freshfields Bruckhaus Deringer, Hamburg

Unwirksame Klauseln im Bauträgervertrag

Dr. Hans-Egon Pause, Rechtsanwalt, RAe Pause & Weiss, München

Inhaltskontrolle im Gesellschaftsrecht

Prof. Dr. Christoph Teichmann, Universität Würzburg, Vorstand INotR Würzburg

Gem. § 1760 Abs. 1 BGB kommt eine Aufhebung des Annahmeverhältnisses in Betracht, wenn es ohne Antrag des Annehmenden, ohne die Einwilligung des Kindes oder ohne die erforderliche Einwilligung eines Elternteils begründet worden ist. Übertragen auf die Volljährigenadoption bedeutet dies u. a., dass eine Aufhebung bei fehlendem Antrag des Annehmenden oder des Anzunehmenden möglich ist. Vom „Fehlen“ einer Erklärung ist dabei zunächst auszugehen, wenn diese überhaupt nicht oder jedenfalls nicht von dem Betroffenen – etwa durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht – abgegeben wurde. Darüber hinaus ist ein Fehlen zu bejahen, wenn der Annahmeantrag vor Zustimmung des Annahmebeschlusses zurückgenommen wurde oder erforderliche Einwilligungen oder Zustimmungen widerrufen wurden (MünchKommBGB/Maurer, 6. Aufl. 2012, § 1760 Rn. 3).

Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage, ob **bereits das Fehlen eines Antrags nach § 1772 Abs. 1 BGB ausreicht** oder ob ein Antrag auf Volljährigenadoption überhaupt fehlen muss. Letzteres wäre in Erwägung zu ziehen, wenn man nicht auf die Art der Wirkungen, sondern auf die Adoption an sich abstellen wollte. Wenngleich es insoweit an Rechtsprechung und Literatur mangelt, erscheint ein solcher Ansatz u. E. nicht überzeugend. Vielmehr dürfte es genügen, dass der besondere Antrag gem. § 1772 Abs. 1 BGB fehlt, der auf Ausspruch einer Volljährigenadoption mit starken Wirkungen gerichtet ist. Dafür spricht, dass es sich bei dem Antrag nach den §§ 1767, 1770 BGB (normale Volljährigenadoption) im Verhältnis zum Antrag nach § 1772 BGB (Volljährigenadoption mit den Wirkungen der Minderjährigenadoption) nach allgemeiner Ansicht **nicht um ein Minus, sondern um ein Aliud handelt** (OLG München FGPrax 2010, 190, 191 = BWNotZ 2010, 209; BeckOK-BGB/Enders, Std.: 1.2.2013, § 1772 Rn. 2.1). Dies wird auch dadurch deutlich, dass der Antrag auf Adoption mit schwachen Wirkungen nicht im Antrag auf Volladoption nach § 1772 BGB enthalten ist, sondern dass die beiden Anträge ggf. im Verhältnis von Haupt- und Hilfsantrag gestellt werden müssen (vgl. Staudinger/Frank, BGB, Neubearb. 2007, § 1768 Rn. 11).

Legt man dies zugrunde, erscheint eine **Aufhebung der Adoption nach den §§ 1772, 1760 BGB** vorliegend **denkbar**. Hiervon geht im Übrigen auch das **LG Bremen** (FamRZ 2011, 1413) aus, dessen Beschluss ein vergleichbarer Sachverhalt zugrunde lag. Dort waren allerdings die für die Aufhebung nach § 1762 Abs. 2 BGB geltenden Fristen zwischenzeitlich abgelaufen, sodass eine Aufhebung des Adoptionsbeschlusses nicht mehr möglich war.

3. Ergebnis

Eine Berichtigung des – nach seinem Wirksamwerden grundsätzlich unanfechtbaren und unabänderlichen – Adoptionsbeschlusses wegen einer „offenbaren Unrichtigkeit“ i. S. d. § 42 Abs. 1 FamFG dürfte ausscheiden, weil hierdurch der Ausspruch der Annahme betroffen würde. In Betracht kommt aber die Aufhebung des Annahmeverhältnisses gem. §§ 1772 Abs. 2, 1760 BGB, da ein auf Volladoption gerichteter Antrag der Beteiligten fehlt.

BGB §§ 2325, 2328, 2329

Auswirkungen eines Pflichtteilsverzichts auf die Einrede des § 2328 BGB; subsidiäre Haftung des Beschenkten nach § 2329 BGB; Anwendbarkeit der Abschmelzungsregel des § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB

I. Sachverhalt

Das Ehepaar A (85 Jahre) und B (74 Jahre) ist im gesetzlichen Güterstand verheiratet und hat vier Kinder. A ist Alleineigentümer eines Einfamilienhauses (Wert ca. 190.000 €). A und B wohnen in einem anderen Wohnhaus, das im Alleineigentum der B steht.

Jetzt soll das Einfamilienhaus dem Kind K1 unter Mitwirkung der B ohne jegliche Vorbehalte oder Gegenleistungen überlassen werden. K1 verzichtet auf seinen Pflichtteil nach A und B. B stimmt der Übertragung gem. § 1365 BGB zu. A und B sind sich einig, dass das Einfamilienhaus nicht mehr der Bindungswirkung ihres Erbvertrags (gegenseitige Erbeinsetzung, Schlusserbeinsetzung der Kinder) unterliegt und somit Ansprüche nach §§ 2287 f. BGB ausgeschlossen sind. Weiter verzichtet B – gegenständlich beschränkt auf das K 1 von A zugewendete Einfamilienhaus – auf ihren Ehegattenpflichtteil. Ein Pflichtteilsverzicht der anderen drei Kinder (evtl. ebenfalls gegenständlich beschränkt auf das Einfamilienhaus) ist nicht erreichbar.

Es soll sichergestellt werden, dass – wenn A innerhalb von 10 Jahren versterben sollte – nicht B als dessen voraussichtliche Alleinerbin nach § 2325 BGB haftet, sondern allenfalls der Erwerber K1.

II. Fragen

1. Schließt ein (ggf. gegenständlich beschränkter) Pflichtteilsverzicht des künftigen Erben bei einer Übergabe die Anwendung des § 2328 BGB aus, sodass der Erbe nach § 2325 BGB vollumfänglich zur Pflichtteilsergänzung verpflichtet wäre?

2. Ist die Vorschrift des § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB (Abschmelzungsregelung) auch im Rahmen des § 2329 BGB anwendbar?

III. Zur Rechtslage

1. Verpflichtung der B zur Pflichtteilsergänzung

a) Allgemeines

Der Erblasser soll durch Schenkungen zu seinen Lebzeiten möglichst nicht die pflichtteilsrechtlich garantierte Mindestbeteiligung naher Angehöriger am Nachlass (§ 2303 BGB) verringern oder vereiteln können (vgl. BGH DNotZ 2004, 475). Beeinträchtigungen des Anspruchs des Pflichtteilsberechtigten auf den ordentlichen Pflichtteil (§ 2317 BGB) infolge der **durch Erblasserschenkungen verursachten Vermögensminderung** gleicht das Gesetz daher dergestalt aus, dass im Erbfall die Erblasserschenke der letzten zehn Jahre dem vorhandenen Nachlass zumindest anteilig (§ 2325 Abs. 3 BGB) hinzugerechnet werden und der jeweilige Pflichtteil aus dem so erhöhten (fiktiven) Nachlasswert zu errechnen ist. Ergibt sich dabei eine Differenz zum Pflichtteilsbetrag, hat der Pflichtteilsberechtigte insoweit **Anspruch auf Ergänzung gegen den oder die Erben** (Palandt/Weidlich, BGB, 72. Aufl. 2013, § 2325 Rn. 1).

b) Position des pflichtteilsberechtigten Erben

Einerseits richtet sich der Pflichtteilergänzungsanspruch in erster Linie gegen den Erben, andererseits soll diesem Erben jedoch wenigstens sein eigener ordentlicher Pflichtteil verbleiben. Aus diesem Grund gewährt das Gesetz dem pflichtteilsberechtigten Erben Schutz vor übermäßigen Beschwerden. Neben §§ 2306, 2319 BGB gibt vor allem **§ 2328 BGB** dem selbst pflichtteilsberechtigten Erben ein **Leistungsverweigerungsrecht gegenüber Ergänzungsansprüchen anderer Pflichtteilsberechtigter**. Das Leistungsverweigerungsrecht geht so weit, dass dem Erben der eigene Pflichtteil, einschließlich einer ihm selbst gebührenden Pflichtteilergänzung, verbleiben muss (BGH NJW 1983, 1485 = DNotZ 1983, 374; OLG Koblenz FamRZ 2006, 1789, 1791 f. = MittBayNot 2007, 135; Pawlytta, in: Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2010, § 7 Rn. 226). Auf diese Weise bewirkt § 2328 BGB letztlich sogar eine **Bevorzugung des pflichtteilsberechtigten Erben** gegenüber den anderen Pflichtteilsberechtigten. Denn der Erbe erhält den Pflichtteil einschließlich seiner Ergänzung im Voraus aus dem Nachlass und muss seinen Ergänzungsanspruch nicht gegen den Beschenkten gem. § 2329 BGB durchsetzen.

B könnte daher als Alleinerbin ihres Ehemanns A die Pflichtteilergänzungsansprüche der weichenenden Geschwister des K1 grundsätzlich insoweit über § 2328 BGB abwehren, als hierdurch ihr eigener Pflichtteil (einschließlich Pflichtteilergänzung) gefährdet würde.

c) Auswirkungen eines (gegenständlich beschränkten) Pflichtteilsverzichts

Es stellt sich jedoch die Frage, welche Auswirkungen der (gegenständlich beschränkte) Pflichtteilsverzicht der B auf ihr Leistungsverweigerungsrecht nach § 2328 BGB hat, insbesondere ob der Pflichtteilsverzicht eines Erben zum **Ausschluss bzw. zur Einschränkung des Leistungsverweigerungsrechts nach § 2328 BGB** führt.

aa) Tatsächliche Pflichtteilsberechtigung maßgeblich

Mangels Rechtsprechung bieten derzeit nur vereinzelte Stellungnahmen aus der Literatur Anhaltspunkte, wie sich der Pflichtteilsverzicht auf die Anwendbarkeit des § 2328 BGB auswirkt. Erstmals hat *Tanck* (ZErB 2001, 194, 196) die Auffassung vertreten, die **Einrede** nach § 2328 BGB stehe dem Erben **nur in der Höhe zu, in der er selbst tatsächlich pflichtteilsberechtigt wäre**, wenn er nicht zum Erben berufen wäre. Dem hat sich die herrschende Lehre (wenngleich nicht immer ausdrücklich) in der Folge angeschlossen (J. Mayer, ZEV 2007, 556, 557 f.; Staudinger/Olshausen, BGB, Neubearb. 2006, § 2328 Rn. 9; Schlitt/Müller/Kasper, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2010, § 8 Rn. 27 ff.).

Legt man diese Auffassung zugrunde, könnte sich B bei einem vollumfänglichen Pflichtteilsverzicht überhaupt nicht mehr und bei einem gegenständlich beschränkten Verzicht nur noch beschränkt auf ihren ordentlichen Pflichtteil auf das Leistungsverweigerungsrecht gem. § 2328 BGB berufen.

bb) Gestaltungsvorschläge

Um diese für den künftigen Alleinerben missliche Situation zu entschärfen, hat *Tanck* vorgeschlagen, der Verzichtende solle im Rahmen des Übergabevertrags einen **ausdrücklichen Vorbehalt der Einrede** erklären (ZErB 2001, 194, 196 mit Formulierungsbeispiel). Dem ist allerdings *J. Mayer* (ZEV 2007, 556, 558) mit dem Argument entgegnetreten, dass ein Vorbehalt des Leistungsverweigerungsrechts ohne

materiellen Anspruch nicht möglich sei. Daher wird nun erwogen, statt eines Einredevorbehalts einen **auflösend bedingten Pflichtteilsverzicht für den Fall der Inanspruchnahme des verzichtenden Erben** zu erklären (Pawlytta, § 7 Rn. 229). Auch bei diesem Gestaltungsvorschlag ist freilich zu bedenken, dass die **Rechtslage** mangels (höchstrichterlicher) Rechtsprechung zum Problem des Pflichtteilsverzichts im Rahmen des § 2328 BGB noch **unsicher** ist.

2. Umfang des Anspruchs gegen den Beschenkten

Soweit der Erbe zur Ergänzung des Pflichtteils nicht verpflichtet ist, kann der Pflichtteilsberechtigte gem. **§ 2329 Abs. 1 BGB** vom Beschenkten die Herausgabe des Geschenks zum Zwecke der Befriedigung wegen des fehlenden Betrags nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Daher stellt sich für K1 – falls die Voraussetzungen des § 2329 Abs. 1 BGB erfüllt sind – die Frage, ob in diesem Zusammenhang die Abschmelzungsregelung des § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB greift.

a) Haftung des Beschenkten gem. § 2329 BGB

Grundsätzlich beginnt die Haftung des Beschenkten gem. § 2329 Abs. 1 BGB dort, wo die des Erben gem. § 2328 BGB endet. Eine Verlagerung des Anspruchs auf den Beschenkten ist nach h. M. **auch dann** gegeben, **wenn die Voraussetzungen des § 2328 BGB vorliegen** (vgl. Pentz, MDR 1998, 132). Nicht abschließend geklärt ist insoweit, ob der Erbe von dem ihm zur Erhaltung seines eigenen Pflichtteils (nebst etwaigen Ergänzungen) gegebenen Leistungsverweigerungsrecht durch Erhebung der Einrede tatsächlich Gebrauch gemacht haben muss (dies bejahend: Staudinger/Olshausen, § 2329 Rn. 9; Erman/Schlüter, BGB, 13. Aufl. 2011, § 2329 Rn. 1; MünchKommBGB/Lange, 5. Aufl. 2010, § 2329 Rn. 9; zur Gegenmeinung: Soergel/Dieckmann, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2329 Rn. 7; RGRK-BGB/Johannsen, 12. Aufl. 1975, § 2329 Rn. 1; davon ausgehend, dass die Einrede regelmäßig geltend gemacht wird: BGHZ 80, 205, 209 = NJW 1981, 1446). Haftet der Beschenkte nach § 2329 BGB, kann er nach Abs. 2 der Vorschrift die Herausgabe des Gegenstands durch Zahlung des fehlenden Betrags abwenden.

Den Beschenkten trifft somit eine **subsidiäre Ausfallhaftung**. Dabei findet die Bestimmung des § 2328 BGB auch auf Ansprüche nach § 2329 BGB gegen den beschenkten Pflichtteilsberechtigten Anwendung (BGH NJW 1983, 1485).

b) Anwendbarkeit des § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB

Die Anknüpfung des § 2329 BGB an die Regelung des § 2328 BGB führt dazu, dass sich nicht nur Entstehung, Vererblichkeit, Übertragbarkeit und Pfändbarkeit des Anspruchs nach allgemeinem Pflichtteilsrecht bestimmen, **sondern dass auch die 10-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB gilt** (MünchKommBGB/Lange, § 2329 Rn. 13; Staudinger/Olshausen, § 2329 Rn. 42; Pawlytta, § 7 Rn. 264). Selbst wenn dies durch die Rechtsprechung noch nicht bestätigt wurde, dürfte daher im Rahmen des § 2329 BGB gleichermaßen die seit dem 1.1.2010 gesetzlich normierte **Abschmelzungsregelung des § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB zu beachten** sein (so ausdrücklich etwa Lange/Honzen, ZErB 2011, 289, 292 ff.; van Eymeren, ZEV 2011, 343, 344 ff.; Pawlytta, § 7 Rn. 285; Schlitt/Müller/Kasper, § 9 Rn. 96).

Umstritten ist die **Anwendbarkeit** des § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB dagegen **mit Blick auf § 2329 Abs. 3 BGB**. Dieser gibt bei Vorhandensein mehrerer Beschenkter vor, dass der früher Beschenkte nur insoweit haftet, als der später Be-

schenke „nicht verpflichtet“ ist, wobei maßgeblicher Zeitpunkt für die Reihenfolge der Schenkungen der Vollzug der Schenkungen ist (vgl. BGH NJW 1983, 1485, 1486). Ein **Teil der Literatur** will § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB in Bezug auf den Haftungsumfang des Letztbeschenkten nicht anwenden: Die Vorschrift sei bei der Reform des § 2325 Abs. 3 BGB nicht angetastet worden und der Letztbeschenkte werde allein durch den Einwand der Entreichung (§ 818 Abs. 3 BGB) geschützt (so etwa: Trappe, ZEV 2010, 388, 391 f.; HK-Pflichtteilsrecht/Gietl, 2010, § 2329 BGB Rn. 13; Schindler, ErbR 2011, 130, 131 ff.). Andere lehnen dagegen eine einschränkende Anwendung des § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB im Rahmen des § 2329 BGB ab; sie begründen dies damit, dass nicht nur die Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs bei mehreren Beschenkten, sondern **auch die Bestimmung des Haftungsumfangs des Letztbeschenkten durch die Anwendung der Abschmelzungsregelung zu bestimmen** sei (Lange/Honzen, ZErB 2011, 289, 292; so wohl auch: Schlitt/Müller/Kasper, § 9 Rn. 96).

Die Frage nach der Anwendung von § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB auf den Haftungsumfang des Letztbeschenkten im Rahmen des § 2329 Abs. 3 BGB kann z. B. dann praktisch relevant werden, wenn die Ehe zu dem Erstbeschenkten erst nach Vollzug der Schenkung an den Letztbeschenkten aufgelöst wird. Dies rührt daher, dass für die Bestimmung des Schenkungszeitpunkts i. S. d. § 2329 Abs. 3 BGB der Zeitpunkt der Auflösung der Ehe zu einem der Beschenkten (vgl. § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB) keine Bedeutung hat (im Überblick: Lange/Honzen, ZErB 2011, 289, 292 ff.; Schindler, ErbR 2011, 130). Im **vorliegenden Fall**, in dem eindeutig nur ein Beschenkter in Frage steht (K1), **kommt es auf den Meinungsstreit** dagegen **nicht an**. Es dürfte daher bei dem im Rahmen des § 2329 Abs. 1 BGB unbestrittenen Grundsatz verbleiben, dass die **Abschmelzungsregelung des § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB** bei der Berechnung der Höhe des Pflichtteilsergänzungsanspruchs **zu berücksichtigen** ist.

3. Fazit

Der Pflichtteilsergänzungsanspruch der weichenden Geschwister des Beschenkten K1 ist nach dem Tod des Schenkers A gem. § 2325 Abs. 1 und 3 BGB unter Berücksichtigung des seit der Schenkung vergangenen Zeitraums zu berechnen. Soweit die Alleinerbin B wegen des ihr zustehenden Leistungsverweigerungsrechts nach § 2328 BGB (oder wegen §§ 1975 ff., 1990, 1991 Abs. 4, 2060 BGB, § 327 InsO) nicht in Anspruch genommen werden kann, haftete der Beschenkte K1 gem. § 2329 Abs. 1 BGB seinen Geschwistern gegenüber nach den Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Der in der Literatur bei Vorhandensein mehrerer Beschenkten (§ 2329 Abs. 3 BGB) geführte Streit, ob die Abschmelzungsregelung des § 2325 Abs. 3 BGB auf den Haftungsumfang des Letztbeschenkten nach § 2329 Abs. 1 BGB Anwendung findet, hat vorliegend keine Relevanz.

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.

BGB § 1066; WEG § 25 Abs. 2

Stimmrecht des Nießbrauchers eines Bruchteils am Wohnungseigentum; Kollision von Nießbrauch und Vertreterklausel

Abruf-Nr.:

ErbbauRG §§ 1, 4; BGB §§ 194, 195

Verjährung des Anspruchs auf Heimfall eines Erbbaurechts; Unterscheidung zwischen dem Anspruch auf Heimfall und dem Anspruch aus Heimfall; Anforderungen an die Erbbaurechtsbestellung im Falle eines Golfplatzes als Gegenstand des Erbbaurechts

Abruf-Nr.:

ErbbauRG § 5

Umfang des Zustimmungserfordernisses des Grundstückseigentümers bei Belastung eines Erbbaurechts mit einer Grundschuld; kein Zustimmungserfordernis bei Abtretung einer bereits mit Zustimmung bestellten Grundschuld

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 164, 168, 172; GBO §§ 20, 29, 35

Vollmachtserteilung des Erblassers an seinen Alleinerben; transmortale Vollmacht im Grundbuchverfahren; Erlöschen der Vollmacht durch Konfusion

Erteilt der Erblasser eine Vollmacht, die nach seinem Tode weiter gelten soll, erlischt diese, wenn der Bevollmächtigte den Erblasser allein beerbt.

OLG Hamm, Beschl. v. 10.1.2013 – 15 W 79/12

Abruf-Nr.: **11080R**

Problem

Durch eine **transmortale Vollmacht** wird nicht mehr der verstorbene Vollmachtgeber, sondern es werden die Erben vertreten (vgl. MünchKommBGB/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 168 Rn. 17; Staudinger/Schilken, BGB, Neubearb. 2009, § 168 Rn. 31; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3569 f.). Ungeachtet der generellen grundbuchverfahrensrechtlichen Nachweisfragen, die bei einer solchen Vollmacht regelmäßig zu prüfen sind, ist nach wie vor nicht abschließend geklärt, ob auch ein **Bevollmächtigter, der Alleinerbe ist**, seine Vertretungsmacht im Grundbuchverfahren durch Einreichung einer in der Form des § 29 GBO vorliegenden transmortalen Vollmacht des Erblassers nachweisen kann. Das OLG Hamm lehnt dies in seinem Beschluss vom 10.1.2013 ab.

Entscheidung

Der Entscheidung des OLG Hamm lag als Sachverhalt zugrunde, dass der Ehemann und Alleinerbe der im Grundbuch eingetragenen Grundstückseigentümerin das Grundstück einem Cousin der Verstorbenen übertrug. Die Erblasserin hatte ein privatschriftliches Testament hinterlassen, in dem sie ihren Ehemann als Alleinerben eingesetzt und bzgl. des Grundstücks ein Vermächtnis zugunsten ihres

Cousins angeordnet hatte. Bei der Grundstücksübertragung handelte der Ehemann jedoch nicht auf der Grundlage eines Erbscheins, sondern auf der Grundlage einer Generalvollmacht, welche die Erblasserin ihm kurz vor ihrem Tod erteilt hatte. Das Grundbuchamt verweigerte die Eigentumsumschreibung. Hiergegen legten die Beteiligten Beschwerde ein, welche das OLG Hamm als unbegründet zurückgewiesen hat.

Das OLG Hamm führt zunächst aus, dass das Grundbuchamt gem. **§ 20 GBO** die Wirksamkeit der erklärten Auflassung und damit die materielle Befugnis desjenigen zu prüfen hat, der über das eingetragene Recht verfügt. Der Ehemann hatte vorliegend die Auflassungserklärung in Ausübung der Vollmacht für die verstorbene Eigentümerin abgegeben. Somit **musste das Grundbuchamt** auch die transmortale **Fortgeltung der Vollmacht und deren Nachweis** in grundbuchtauglicher Form **prüfen**.

Im zu entscheidenden Fall berief sich der Ehemann in der notariellen Urkunde, welche die Grundstücksübertragung an den Cousin der Erblasserin enthielt, u. a. darauf, dass seine Ehefrau ihn zum Alleinerben eingesetzt hatte. Legt man dies zugrunde, konnte die Vollmacht nach Ansicht des OLG Hamm im Grundbuchverfahren nicht mehr verwendet werden. Hinsichtlich der transmortalen Vollmacht zugunsten eines Alleinerben wird nämlich der Standpunkt vertreten, der **Alleinerbe könne nach dem Tod des Vollmachtgebers diesen bzw. sich selbst nicht mehr wirksam vertreten**, weil dies bereits begrifflich unmöglich sei (OLG Stuttgart NJW 1948/1949, 627). Dieser Auffassung schließt sich das OLG Hamm an. Nach der vom OLG nicht gebilligten abweichenden Ansicht ist es dem Bevollmächtigten – auch als Alleinerbe des Vollmachtgebers – hingegen möglich, aufgrund der Vollmacht ohne Nachweis seines Erbenrechts Rechtsgeschäfte über den Nachlass abzuschließen (LG Bremen Rpfleger 1993, 235; Palandt/Ellenberger, BGB, 72. Aufl. 2013, § 168 Rn. 4; ebenfalls gegen ein Erlöschen durch Konfusion in einem Fall, in dem der Alleinerbe durch Testamentsvollstreckung beschwert war: OLG München DNotI-Report 2012, 161).

Das OLG Hamm begründet seine Ablehnung der Fortgeltung im Wesentlichen wie folgt: Mit dem Erbfall verschmelze der Nachlass mit dem Eigenvermögen des Erben zu einer rechtlichen Einheit, sodass die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Erblasser und Alleinerbe zum Erlöschen kämen. Ein Abweichen vom Grundsatz des **Erlöschens durch Konfusion** sei im konkreten Fall nicht veranlasst, weil insbesondere keine der gesetzlichen Ausnahmen eingreife (vgl. §§ 1976, 1990, 1991 Abs. 2, 2143, 2175, 2377 BGB). Gehe man dennoch von einem Fortbestehen aus – so die weitere Argumentation –, laufe dies für den Alleinerben auf eine **Fiktion** hinaus, die **im Gesetz keine Grundlage** finde. Für die Annahme einer derartigen Fiktion sieht das OLG auch aus Verkehrsschutzgesichtspunkten kein Bedürfnis: Denn entweder sei der Bevollmächtigte Alleinerbe, sodass das Rechtsgeschäft als eigenes ohne Weiteres wirksam sei, oder er sei nicht Alleinerbe, mit der Folge, dass die Vollmacht weiterhin Wirkung entfalte. Auf dieser Grundlage sei die Auflassungserklärung wirksam und mache der Grundbuchvollzug das Grundbuch nicht unrichtig. Dies ändere aber im Rahmen des § 20 GBO nichts daran, **dass der Ehemann seine Alleinerbenstellung durch Erbschein gem. § 29 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 35 GBO nachweisen müsse**.

Mit einer höchstrichterlichen Klärung der dargestellten Streitfrage ist kurzfristig wohl nicht zu rechnen. Zwar ließ das OLG Hamm gegen den Beschluss die Rechtsbeschwerde zum BGH zu. Von dieser Möglichkeit wurde jedoch anscheinend kein Gebrauch gemacht.

Veranstaltungen

* Ankündigung *

DNotI-Symposium

„Die Europäische Erbrechtsverordnung“

im Fürstensaal der Residenz in Würzburg
am Freitag, 11. Oktober 2013, 9⁰⁰ – 17³⁰ Uhr

Einführung

Notar a. D. Kurt **Lechner**, ehem. Mitglied des Europäischen Parlaments, Kaiserslautern

Block I: „Grundlagen des Neuen Erbkollisionsrechts“

Prof. Dr. Dennis **Solomon**, Universität Passau
Prof. Dr. Andrea **Bonomi**, Universität Lausanne

Block II: „Ausgewählte Probleme des neuen Erbkollisionsrechts“

Prof. Dr. Heinrich **Dörner**, Universität Münster
Notar Christian **Hertel**, Weilheim
Prof. Dr. Michael **Hellner**, Universität Stockholm
Prof. Dr. Stephan **Lorenz**, Ludwig-Maximilians-Universität München, Mitglied des BayVerfGH

Block III: „Das neue Erbverfahrensrecht“

Prof. Dr. Burkhard **Hess**, Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law
Notar a. D. Prof. Dr. Dr. h.c. Aristoteles Universität zu Thessaloniki Reinhold **Geimer**, München
Prof. Dr. Knut Werner **Lange**, Universität Bayreuth

Block IV: „Das Verhältnis zu Drittstaaten“

Dr. Rembert **Süß**, Deutsches Notarinstitut Würzburg
Dr. Eva **Lein**, British Institute of International and Comparative Law, London

– Veröffentlichung der Themen in Kürze –

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
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg