

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ErbbauRG § 2 Nr. 5; BGB §§ 1113 Abs. 2, 1153, 1163, 1184; GBO § 22 – Übergang einer verstrafesichernden Hypothek bei Übertragung des Erbbaugrundstücks

BGB § 2287 – Zustimmung des Vertragserben zur beinträchtigenden Schenkung; Vertretung des Vertragserben aufgrund privatschriftlicher Vollmacht

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

EuErbVO Art. 21 – Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts i. S. v. Art. 21 EuErbVO bei *Expats*; Substitution der Zugewinnngemeinschaft nach § 1371 BGB durch die Errungenschaftsgemeinschaft chinesischen Rechts

#### Stellenanzeige

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**ErbbauRG § 2 Nr. 5; BGB §§ 1113 Abs. 2, 1153, 1163, 1184; GBO § 22**

### Übergang einer verstrafesichernden Hypothek bei Übertragung des Erbbaugrundstücks

#### I. Sachverhalt

Bei der Bestellung eines Erbbaurechts wurde als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts ein Verstrafesversprechen gem. § 2 Nr. 5 ErbbauRG vereinbart. Zur Absicherung dieses Versprechens wurde im Grundbuch eine Sicherungshypothek bis zum Höchstbetrag von 5.000 € für Herrn X, den ursprünglichen Eigentümer des Erbbaugrundstücks, eingetragen. Herr X übergab das Erbbaugrundstück an seine Tochter. Dabei trat sie in alle dinglichen und schuldrechtlichen Rechte und Pflichten aus dem Erbbaurechtsvertrag ein.

Zur Sicherungshypothek wurde im Übergabevertrag nichts geregelt. Nunmehr ist die Tochter als Eigentümerin des Erbbaugrundstücks im Grundbuch eingetragen. In Abt. III des Erbbaugrundbuchs steht noch die Sicherungshypothek zugunsten des ursprünglichen Eigentümers, Herrn X.

#### II. Fragen

1. Ist mit dem dinglichen Anspruch auf das Verstrafesversprechen akzessorisch auch die Sicherungshypothek auf die neue Grundstückseigentümerin übergegangen?

2. Kann das Grundbuch ggf. von Amts wegen berichtigt werden?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Allgemeines

##### a) Dingliche Wirkung des Verstrafesversprechens nach § 2 Nr. 5 ErbbauRG

Zwischen dem jeweiligen Eigentümer und dem jeweiligen Erbbauberechtigten wirkt die als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts vereinbarte Verpflichtung zur

Zahlung einer Vertragsstrafe (Winkler/Schlögel, in: v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbbaurechts, 6. Aufl. 2016, § 4 Rn 139; Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 9. Aufl. 2020, Rn. 250) nur dann, wenn auch die **strafbewehrte Hauptverpflichtung zulässiger Erbbaurechtsinhalt** ist (BGH NJW 1990, 832 = DNotZ 1991, 391). Wirkung und Übergang des Vertragsstrafversprechens hängen also maßgeblich davon ab, welche Hauptverpflichtung durch das Vertragsstrafversprechen gesichert werden soll; die Vertragsstrafe ist nämlich **akzessorisch** zur Hauptverpflichtung (Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Aufl. 2021, § 339 Rn. 13; BeckOK-BGB/Janoschek, Std.: 1.11.2020 § 339 Rn. 3; jurisPK-BGB/Beater, 9. Aufl. 2020, § 339 Rn. 32). Die gesicherte Hauptverpflichtung lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Für die nachfolgende Bearbeitung unterstellen wir, dass die Hauptverpflichtung ebenfalls Inhalt des Erbbaurechts ist.

#### b) Strafreinbarung und Strafanspruch

Für die dogmatische Einordnung der Vertragsstrafe ist zu unterscheiden zwischen der Vereinbarung nach § 2 Nr. 5 ErbbauRG („Strafreinbarung“), die durch die Eintragung im Grundbuch dingliche Wirkung erlangt und damit für und gegen die Rechtsnachfolger der Beteiligten wirkt, und dem mit der Verwirkung der Vertragsstrafe entstehenden, losgelösten Einzelanspruch („Strafanspruch“; MünchKommBGB/Heinemann, 8. Aufl. 2020, § 2 ErbbauRG Rn. 6 f.; vgl. zur Terminologie im Schuldrecht Staudinger/Rieble, BGB, 2020, § 339 Rn. 2). Der letztgenannte Anspruch wirkt nur zwischen dem zum Zeitpunkt der Verwirkung eingetragenen Grundstückseigentümer und dem zum Zeitpunkt der Verwirkung eingetragenen Erbbauberechtigten. **Bis zur Anspruchsentstehung durch Verwirkung** sind die Rechte und Pflichten aus der dinglichen Vereinbarung **sonderrechtsunfähiger Bestandteil des Erbbaurechts** und können daher nicht getrennt abgetreten werden (MünchKommBGB/Heinemann, § 2 ErbbauRG Rn. 6). Da der Sachverhalt keine Anhaltspunkte für eine bereits erfolgte Verwirkung der Vertragsstrafe liefert, gehen wir davon aus, dass ein Strafanspruch noch nicht entstanden ist. Weil dann aber die gem. § 2 Nr. 5 ErbbauRG verdinglichte Strafreinbarung nicht vom Erbbaurecht gelöst werden kann, dürfte sie auf T als neue Eigentümerin des erbbaurechtsbelasteten Grundstücks übergegangen sein (womit noch nicht das Schicksal der Hypothek beantwortet ist). Auf die umstrittene Frage, ob das Strafvorsprechen analog § 401 BGB mit Übertragung der Hauptforderung übergeht, dürfte es deshalb bei einer Strafreinbarung, die dinglicher Inhalt des Erbbaurechts ist, nicht ankommen (vgl. zum Streitstand einerseits MünchKommBGB/Roth/Kieninger, 8. Aufl. 2019, § 401 Rn. 9 und andererseits

BeckOGK-BGB/Lieder, Std.: 1.3.2020, § 401 Rn. 55 – jew. m. w. N.)

#### c) Keine Haftung des Erbbaurechts für die Vertragsstrafe; Erfordernis der Grundpfandrechtsbestellung

Da der jeweilige Erbbauberechtigte für eine von ihm verwirkte Vertragsstrafe nur persönlich haftet, wird zur dinglichen Absicherung des Grundstückseigentümers regelmäßig ein Grundpfandrecht am Erbbaurecht bestellt (Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 141; Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 11. Aufl. 2018, § 2 Rn. 90 f.; Staudinger/Rapp, 2017, § 2 ErbbauRG Rn. 29). Hypotheken können nach § 1113 Abs. 2 BGB grundsätzlich auch für künftige Forderungen (den Strafanspruch) bestellt werden, sofern der **Rechtsboden** für diese Forderung gelegt ist (BeckOGK-BGB/Kern, Std.: 1.11.2020, § 1113 Rn. 93 m. w. N.). Dies ist bei einer Vertragsstrafenvereinbarung nach § 2 Nr. 5 ErbbauRG der Fall, da bereits eine vertragliche Vereinbarung (in Form der Strafabrede) zwischen den Parteien besteht.

#### 2. Die hypothekengesicherte Forderung

Um das Schicksal der Hypothek bei Übereignung des Grundstücks zu klären, ist zunächst die hypothekarisch gesicherte Forderung zu bestimmen: Ist es die (unbedingte) „Forderung“ in Form der Strafabrede oder der aufschiebend bedingte Strafanspruch? Wie oben dargelegt, dürfte die Strafabrede mit Übereignung des Grundstücks als Inhalt des Erbbaurechts ohne Weiteres auf die neue Eigentümerin übergegangen sein. Denn mit Erwerb des Eigentums am Erbbaugrundstück übernahm sie das eingetragene Erbbaurecht mit seinem gesamten dinglichen Inhalt (Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 104).

#### a) Strafanspruch als gesicherte Forderung

Da das Vertragsstrafversprechen bis zur Entstehung des Strafanspruchs durch Verwirkung nur ein sonderrechtsunfähiger Bestandteil des Erbbaurechts ist (MünchKommBGB/Heinemann, § 2 ErbbauRG Rn. 6), könnte man annehmen, mit der Übertragung des dinglichen Stammrechts gehe gem. § 1153 Abs. 1 BGB auch die das Vertragsstrafversprechen sichernde Hypothek über. Bis zur Entstehung des persönlichen Anspruchs würde die Hypothek damit direkt die dingliche Vereinbarung nach § 2 Nr. 5 ErbbauRG sichern.

Dagegen lässt sich allerdings einwenden, dass die Hypothek gem. § 1113 Abs. 1 BGB nur eine „Forderung“, nicht aber ein dingliches Recht sichern kann. Mehr noch: Die Hypothek kann nach h. M. nur eine Geldforderung sichern (MünchKommBGB/Lieder, § 1113 Rn. 48 m. w. N.). Eine Geldforderung ist aber nicht die dingliche Strafabrede, sondern erst der daraus er-

wachsende Strafanspruch. Naheliegend ist also, dass die Hypothek den **aufschiebend bedingten Strafanspruch** sichert.

#### **b) Entstehung der Hypothek bei aufschiebend bedingter Forderung**

Da dieser Anspruch bisher wohl nicht existiert, stellt sich die Frage, ob die Hypothek überhaupt bereits als Fremdhypothek entstehen konnte oder ob sie gem. §§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB dem Erbbauberechtigten als „Eigentümergrundschuld“ (präzise wäre wohl der Begriff „Erbbauberechtigtengrundschuld“) zusteht und dem Eigentümer des Grundstücks lediglich ein korrespondierendes Anwartschaftsrecht. Ähnlich verhält es sich bei einem bereits abgeschlossenen Darlehensvertrag, dessen Rückzahlungsanspruch mangels Valutierung des Darlehens noch nicht entstanden ist. Nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ist § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB auch auf solche künftigen Forderungen anwendbar, nicht nur auf solche, die endgültig und planwidrig nicht entstehen (RGZ 153, 167, 170; BayObLG MDR 1970, 233; Staudinger/Wolfsteiner, 2019, § 1163 Rn 31; MünchKommBGB/Lieder, § 1163 Rn. 9 m. w. N.; a. A. Wilhelm, Sachenrecht, 5. Aufl. 2016, Rn. 1448 ff.). Bis zur Entstehung der Forderung hätte der Erbbaugrundstückseigentümer dann lediglich ein **Anwartschaftsrecht** (Staudinger/Wolfsteiner, § 1163 Rn. 32; BeckOGK-BGB/Wohlrab, Std.: 1.4.2017, § 1163 Rn. 64 ff.), das mit Entstehung der Forderung zum Vollrecht erstarkte. Über das Anwartschaftsrecht kann der Inhaber ebenso verfügen wie über die Hypothek – also durch Übertragung der (künftigen) Forderung (BeckOGK-BGB/Wohlrab, § 1163 Rn. 67).

Ob die Hypothek vorliegend eine gegenwärtige Forderung sichert (mit der Folge, dass sie unmittelbar als Fremdrecht entstanden ist) oder eine aufschiebend bedingte Forderung (mit der Folge, dass zunächst eine Eigentümergrundschuld entstanden ist und zugunsten des Grundstückseigentümers lediglich ein Anwartschaftsrecht), hängt maßgeblich von der dogmatischen Einordnung des Strafanspruchs und des Strafanspruchs ab. Nach überwiegender Auffassung ist der aus der Strafabrede entstehende Strafanspruch aufschiebend bedingt auf die Verwirkung (Staudinger/Rieble, § 339 Rn. 2 m. w. N; Ostendorf, JuS 2015, 977, 978). Das Gesetz lässt die genaue dogmatische Einordnung offen, indem es in § 339 Abs. 1 BGB nur davon spricht, dass die Vertragsstrafe „verwirkt ist“. In Anlehnung daran wird in der Literatur teilweise formuliert, dass der Strafanspruch mit der Verwirkung „entsteht“ (BeckOK-BGB/Janoschek, § 339 Rn. 8). Eine präzise Einordnung gestaltet sich schwierig, kann u. E. aber offenbleiben.

#### **c) Anwendung des § 1163 Abs. 1 BGB bei der verdinglichten Vertragsstrafe**

Unabhängig von der genauen dogmatischen Einordnung passt nämlich § 1163 Abs. 1 BGB auf die hypothekarisch gesicherte verdinglichte Vertragsstrafe nicht. Mit der – hier verdinglichten – Strafabrede zwischen Schuldner und Gläubiger liegt u. E. eine **ausreichend begründete Forderung** vor, die als Grundlage für die akzessorische Hypothek genügt. Anders als bspw. bei einem Darlehensvertrag, bei dem der Rückzahlungsanspruch erst mit Auszahlung der Darlehenssumme entsteht (MünchKommBGB/Lieder, § 1163 Rn. 10) und vorher nicht als Forderung existieren kann, existiert der Strafanspruch dem Grunde nach bereits mit Abschluss der Strafabrede. Die Verwirkung führt lediglich neben der dinglichen Strafabrede dazu, dass aus der Strafabrede ein Einzelanspruch erwächst. Wir würden deshalb davon ausgehen, dass die Hypothek **bereits zum Zeitpunkt der Eintragung als Fremdrecht** und nicht lediglich als Anwartschaftsrecht **entstanden** ist. Gerade in Fällen, in denen die Forderung bereits eine ausreichende Grundlage hat, scheint deshalb die von *Wilhelm* vertretene Auffassung, dass in diesen Fällen unmittelbar ein Fremdrecht entstehe (Rn. 1450), zuzutreffen. Die Auffassung, dass in diesen Fällen zwar gem. § 1113 BGB eine Hypothek für bedingte Forderungen „bestellt“ werden könne, diese aber eigentlich eine Eigentümergrundschuld sei, mag nicht so recht überzeugen, insbesondere weil dies dazu führte, dass das Grundbuch im vorliegenden Fall dauerhaft unrichtig bliebe – denn einen Berichtigungsanspruch dahingehend, dass die Eigentümergrundschuld als solche eingetragen werden könne, erkennt auch die h. M. nicht an. Nach h. M. bleibt im Grundbuch dauerhaft eine Fremdhypothek eingetragen, obwohl eigentlich eine Eigentümergrundschuld bestehen soll (dazu sogleich).

Besonders deutlich wird die Inkonsequenz der **h. M.** bei der hier gegebenen Höchstbetragshypothek. Dabei soll es zu einem „**ständigen Wechsel**“ **zwischen Eigentümergrundschuld und Fremdhypothek** kommen, je nachdem ob gerade eine Forderung existiert oder nicht (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17.6.2005 – 14 Wx 35/04 [juris], Rn. 16; MünchKommBGB/Lieder, § 1190 Rn. 8; Staudinger/Wolfsteiner, § 1190 Rn. 11). Konsequenter erscheint es, in diesen Fällen bis zum endgültigen Erlöschen der Forderung von einem Fremdrecht auszugehen (mit überzeugendem Verweis auf die Motive *Wilhelm*, Rn. 1452). Dass der Gesetzgeber davon ausging, der Höchstbetragshypothek sei eine dauerhafte Unrichtigkeit des Grundbuchs geradezu immanent, ist ausgesprochen unwahrscheinlich und im Ergebnis wenig überzeugend.

### 3. Ergebnis

Im Ergebnis dürfte die Hypothek mit Übertragung des Erbbaugrundstücks und damit auch der Rechtsposition aus der Strafabrede gem. § 1153 Abs. 1 BGB auf die T übergegangen sein. Das Grundbuch ist folglich gem. § 22 GBO zu berichtigen. Nach unserem Dafürhalten wird auf grundbuchverfahrensrechtlicher Ebene allerdings eine Berichtigungsbewilligung des X gem. § 19 GBO erforderlich sein. Dies deshalb, weil aus Sicht des Grundbuchamts nicht auszuschließen ist, dass die Vertragsstrafe bereits in der Eigentümerzeit von Herrn X verwirkt wurde und demzufolge zu seinen Gunsten ein hypothekarisch gesicherter Strafanspruch entstanden ist. Die (etwaige) Verwirkung bzw. Nichtverwirkung der Vertragsstrafe ist ein *tatsächlicher* Umstand, der einem Beweis durch öffentliche Urkunde (hier: der Übergabevertrag) nicht zugänglich ist. Ein urkundlicher Unrichtigkeitsnachweis lässt sich nicht führen, sodass es der Bewilligung des Betroffenen (hier: des X) bedarf.

Hielte man entgegen der vorliegend vertretenen Ansicht § 1163 Abs. 1 BGB für anwendbar, mit der Konsequenz, dass der Strafanspruch erst durch Verwirkung der Vertragsstrafe entstehen würde, wäre nicht die Hypothek übergegangen, sondern analog § 1153 Abs. 1 BGB das Anwartschaftsrecht. Auch in diesem Fall käme eine Grundbuchberichtigung zugunsten der T und nicht zugunsten des Erbbauberechtigten in Betracht, da die T dem Erbbauberechtigten ihren Anspruch auf Erwerb der Hypothek entgegenhalten könnte (MünchKommBGB/Lieder, § 1163 Rn. 15; Staudinger/Wolfsteiner, § 1163 Rn. 35). Eine Grundbuchberichtigung auf T muss in diesem Fall trotz der bestehenden Eigentümergrundschild möglich sein, denn ansonsten wäre die fortbestehende „Belastung“ des Eigentümerrechts mit der auflösenden Bedingung der Entstehung der Forderung nicht mehr aus dem Grundbuch ersichtlich, was die Gefahr des gutgläubigen Erwerbs nach sich zöge (Staudinger/Wolfsteiner, § 1163 Rn. 35). Selbst nach der Auffassung, die eine Eigentümergrundschild entstehen lassen möchte, ist diese im Grundbuch als Fremdhypothek für eine künftige Forderung einzutragen und im vorliegenden Fall entsprechend zu berichtigen.

---

## BGB § 2287

### Zustimmung des Vertragserben zur beeinträchtigenden Schenkung; Vertretung des Vertragserben aufgrund privatschriftlicher Vollmacht

---

#### I. Sachverhalt

Die Erblasserin und ihr zwischenzeitlich verstorbener Ehemann haben 1961 mit notarieller Urkunde einen Erbvertrag errichtet. Darin haben sich die Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben und in vertraglich bindender Form die gemeinsamen Kinder zu gleichen Teilen als Erben des zuletzt Versterbenden eingesetzt. Als Kinder sind aus der Ehe eine Tochter und ein Sohn hervorgegangen. Der Sohn ist an Demenz erkrankt und nicht mehr geschäftsfähig.

Die Erblasserin beabsichtigt nunmehr, eines ihrer beiden Häuser im Wege des Überlassungsvertrags zur Hälfte an die Tochter zu übertragen und zu je ¼ an die beiden Kinder des Sohnes.

Der Sohn hat 2018 – als er (wohl) noch geschäftsfähig war – eine privatschriftliche Vorsorgevollmacht zugunsten seiner Schwester und eines seiner beiden Söhne erteilt. Die Vollmacht sieht vor, dass Schenkungen (nur) insoweit vorgenommen werden können, als es einem Betreuer rechtlich gestattet ist.

Die Beteiligten erwägen, dass der Sohn, vertreten durch die beiden Bevollmächtigten, der beabsichtigten Überlassung zustimmt. Dadurch wollen sie eine spätere „Anfechtbarkeit“ des Überlassungsvertrags nach § 2287 BGB ausschließen.

#### II. Fragen

1. Kann die Zustimmung eines Vertragserben zu einer ihn beeinträchtigenden Zuwendung durch einen Bevollmächtigten erklärt werden?
2. Falls ja: Genügt dafür eine privatschriftliche Vollmacht?
3. Wäre eine Zustimmung des Sohnes, vertreten durch die beiden Bevollmächtigten, zu der ihn beeinträchtigenden Schenkung (die der Wirkung nach einem gegenständlich beschränkten Zuwendungsverzicht gleichkommt) als Schenkung zu betrachten?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Ausschluss der Beeinträchtigung bei Zustimmung zur Schenkung

Ein Erbvertrag hindert den Erblasser nicht, über sein Vermögen unter Lebenden wirksam zu verfügen

(§ 2286 BGB). Darin liegt, was die Rechtsfolgen angeht, der maßgebliche Unterschied zur erbvertragswidrigen letztwilligen Verfügung, die gem. § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam wäre. Hat der Erblasser jedoch in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Vertragserbe – nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist – gem. § 2287 Abs. 1 BGB die Herausgabe des Geschenks nach Bereicherungsrecht verlangen.

Es ist allgemein anerkannt, dass der Vertragserbe auf den zu seinen Gunsten bestehenden Schutz verzichten kann, vor allem dadurch, dass er einer beeinträchtigenden Schenkung des Erblassers zustimmt. Eine solche **Zustimmung schließt** nach h. M. die objektive Beeinträchtigung des Vertragserben und damit bereits den **Tatbestand des § 2287 BGB aus** (vgl. nur BeckOGK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.10.2020, § 2287 Rn. 117 m. w. N.).

## 2. Zustimmung als höchstpersönliche Erklärung?

Die Frage, ob der Vertragserbe bei der Zustimmung im Rahmen des § 2287 BGB vertreten werden kann oder ob es sich dabei um eine höchstpersönliche Erklärung handelt, ist nach unserer Kenntnis bisher **gerichtlich nicht entschieden** und in der einschlägigen Literatur auch nicht explizit erörtert worden.

Für die Zulässigkeit der Vertretung spricht, dass Rechtsgeschäfte grundsätzlich nicht vertretungsfeindlich sind. Sofern das Gesetz kein Stellvertretungsverbot normiert, kann man daher von der Zulässigkeit einer gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertretung ausgehen (vgl. nur MünchKommBGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 164 Rn. 100).

Etwas anderes könnte sich dogmatisch möglicherweise aus der **Nähe der Zustimmung zum Zuwendungsverzichtsvertrag (§ 2352 BGB)** ergeben. Wegen dieser Nähe hat der BGH etwa entschieden, dass die Zustimmung im Rahmen des § 2287 BGB der notariellen Beurkundung entsprechend § 2348 BGB bedarf (DNotZ 1990, 803, 804 f.; vgl. dazu auch Gutachten DNotI-Report 2009, 173, 174). Des Weiteren verlangt der BGH zur entsprechenden Verzichtserklärung eines Minderjährigen die Genehmigung des Familiengerichts analog § 2347 Abs. 1 S. 1 BGB (NJW 1982, 1100, 1102). Betrachtete man die Zustimmung als zweiseitiges Rechtsgeschäft (auch diese Rechtsfrage ist noch nicht abschließend geklärt), so könnte man aus der vorstehenden Rechtsprechung herleiten, dass gemäß der – vom BGH mehrfach zum Vergleich herangezogenen – Rechtslage beim Zuwendungsverzicht (vgl. §§ 2352 S. 3, 2347 BGB) die Willenserklärung zumindest **aufseiten des Erblassers persönlich** abgege-

ben werden muss und dass eine Vertretung allenfalls des geschäftsunfähigen Erblassers durch seinen gesetzlichen Vertreter möglich ist (vgl. §§ 2352 S. 3, 2347 Abs. 2 BGB).

Im Gegensatz zum Erblasser **kann sich indes der Verzichtende** bei einem Erbverzichtsvertrag (Zuwendungsverzichtsvertrag) durch seinen rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Vertreter **vertreten lassen** (vgl. § 2347 Abs. 1 BGB).

Selbst wenn man also – entsprechend der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung – die Bestimmungen für den Zuwendungsverzichtsvertrag auf die Zustimmung im Rahmen des § 2287 BGB überträgt, lässt sich daraus u. E. nicht die Höchstpersönlichkeit der Zustimmungserklärung des Verzichtenden herleiten. Wenn schon beim Zuwendungsverzicht (der unmittelbar zur Beseitigung des Anfalls der Zuwendung beim Verzichtenden führt) eine Stellvertretung zulässig ist, muss dies vielmehr *erst recht* für ein lebzeitiges Rechtsgeschäft in Bezug auf den Gegenstand gelten.

Aus unserer Sicht kann daher bei der Zustimmung im Rahmen des § 2287 BGB – wie bei einem Zuwendungsverzichtsvertrag – aufseiten des Verzichtenden ein Bevollmächtigter (oder gesetzlicher Vertreter) handeln.

## 3. Formfrage

Bejaht man aufgrund der obigen Ausführungen die Zulässigkeit der rechtsgeschäftlichen Vertretung, dann stellt sich die Formfrage. Wie bereits dargelegt hält der BGH die Zustimmung zu einer beeinträchtigenden Schenkung entsprechend § 2348 BGB für beurkundungsbedürftig.

Daraus lässt sich indes nicht ableiten, dass bei einer rechtsgeschäftlichen Vertretung auch die Vollmacht formpflichtig wäre. Denn nach **§ 167 Abs. 2 BGB** ist die Vollmacht grundsätzlich auch dann formfrei, wenn das Vertretergeschäft, das aufgrund der Vollmacht vorgenommen werden soll, einer bestimmten Form bedarf. Hinsichtlich der Form ist im Ausgangspunkt also zwischen dem Vertretergeschäft und der Vollmacht strikt zu trennen. Eine Ausnahme gilt allenfalls dort, wo der Vertretene bereits bei der Bevollmächtigung so gebunden ist, als sei das formbedürftige Vertretergeschäft zustande gekommen (vgl. MünchKommBGB/Schubert, § 167 Rn. 20 m. w. N.). Die Kriterien, die in den anerkannten Ausnahmefällen herangezogen werden (Bindung des Vertretenen, Vollmacht im Interesse des Vertreters, unwiderrufliche Vollmacht; vgl. MünchKommBGB/Schubert, § 167 Rn. 20 ff.), sind vorliegend jedoch alle nicht erfüllt.

Aus unserer Sicht kann daher die Zustimmung zu einer beeinträchtigenden Schenkung – sofern man die Vertretung nach den Ausführungen unter Ziff. 2 für zulässig erachtet – aufgrund einer privatschriftlichen Vollmacht abgegeben werden.

#### 4. Schenkungscharakter der Zustimmung?

Die Zustimmung zu einer Schenkung, die der Erblasser zu seinen Lebzeiten tätigt (§ 2287 BGB), soll einen bereicherungsrechtlichen Anspruch des Vertragserben, der erst mit dem Erbfall entsteht, ausschließen. Der Zustimmungsvorgang verzichtet folglich nicht auf einen aktuellen oder bedingten, sondern auf einen künftigen Anspruch oder es wird – anders gesagt – der Tatbestand ausgeschlossen, der einen solchen Anspruch begründet. Damit wird aus Sicht des Zustimmungsvorgangs kein aktueller Wert aus seinem Vermögen ausgegliedert, sondern nur vermieden, dass ihm zu einem späteren Zeitpunkt (Erbfall) ein schuldrechtlicher Anspruch aus der Schenkung erwächst. Hierin liegt u. E. keine Schenkung i. S. d. § 516 BGB. Die Erklärung entspricht vielmehr dem **Verzicht auf ein künftiges Recht**; diesem kommt aber nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 517 BGB kein Schenkungscharakter zu.

#### 5. Ergebnis

Die Zustimmung im Rahmen des § 2287 BGB ist u. E. durch die Vertretungsmacht der Bevollmächtigten (die im konkreten Fall bei Schenkungen auf die rechtsgeschäftlichen Handlungsbefugnisse eines Betreuers beschränkt ist) gedeckt.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

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

#### EuGüVO Art. 22

**Polen: Gesetzlicher Güterstand; Grundstückserwerb durch einen einzelnen, verheirateten, polnischen Staatsangehörigen**

Abruf-Nr.:

#### BGB §§ 2305, 2306, 2307

**Zuwendung eines gem. § 2306 BGB belasteten Erbteils und eines Vermächtnisses an Pflichtteils-**

**berechtigten; Handlungsmöglichkeiten**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

#### EuErbVO Art. 21

**Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts i. S. v. Art. 21 EuErbVO bei Expats; Substitution der Zugewinnngemeinschaft nach § 1371 BGB durch die Errungenschaftsgemeinschaft chinesischen Rechts**

**1. Sind langjährige berufliche und soziale Bindungen des Erblassers an seinen neuen tatsächlichen Aufenthaltsort vorhanden, muss der Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts nach Art. 21 EuErbVO am Ort des tatsächlichen Aufenthalts nicht zwingend entgegenstehen, dass von dem Erblasser eine Rückkehr in sein früheres Heimatland beabsichtigt und ins Werk gesetzt worden war.**

**2. Umfasst der Nachlass eines Erblassers mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in der Volksrepublik China auch inländisches Grundvermögen, ist die von dem IPR der Volksrepublik China hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens angeordnete Anwendung des Erbrechts am inländischen Belegenheitsort zugleich gemäß Art. 34 Abs. 1 EuErbVO als Nachlassspaltung beachtlich.**

**3. Haben die Eheleute in dem gesetzlichen Güterstand einer Errungenschaftsgemeinschaft nach dem Ehegüterrecht der Volksrepublik China gelebt, kann der überlebende Ehegatte bei Anwendung deutschen Erbstatus einen nach § 1371 Abs. 1 BGB erhöhten Erbteil weder aufgrund einer international-privatrechtlichen Substitution des ausländischen Güterstands zur inländischen Zugewinnngemeinschaft noch aufgrund einer international-privatrechtlichen Anpassung beanspruchen, sondern bleibt grundsätzlich auf den gemäß § 1931 Abs. 1 BGB nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil beschränkt.**

OLG Frankfurt, Beschl. v. 14.9.2020 – 21 W 59/20

#### Problem

Es geht um die Ausstellung eines Erbscheins nach einem 2017 verstorbenen deutschen Staatsangehörigen. Der Erblasser lebte seit 2004 berufsbedingt in der Volksrepublik China. Im Jahre 2014 heiratete er in Deutschland eine chinesische Staatsangehörige, die er in China kennengelernt hatte. Der Erblasser hat kein Testament errichtet. Das wesentliche Vermögen des Erblassers besteht aus einem in Deutschland belegenen Haus, das der

Erblasser 2007 erworben hatte und in dem er stets seinen Urlaub verbrachte. Die Tochter behauptet, dass der Erblasser im Fall seiner Verrentung – vorgesehen für das Jahr 2018 – beabsichtigt habe, nach Deutschland dauerhaft zurückzukehren und im dortigen Haus dauerhaft zu wohnen. Sie hat daher beantragt, einen Erbschein auf der Basis deutschen Erbrechts auszustellen.

### Entscheidung

Umstritten ist im vorliegenden Fall zunächst die Frage gewesen, ob der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt i. S. v. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO in Deutschland oder in der Volksrepublik China gehabt hatte. Das OLG Frankfurt verweist zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts auf die Entscheidungsbegründung des EuGH in der Rechtssache E. E. (Urteil vom 16.7.2020, DNotI-Report 2020, 166 f.). Im Rahmen einer Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls stellt das Gericht zwar fest, dass mit der Belegenheit des Vermögens, der Staatsangehörigkeit, den fortbestehenden persönlichen und familiären Beziehungen und der (im Ergebnis nicht bewiesenen) Rückkehrabsicht erhebliche Beziehungen nach Deutschland bestanden hätten. Die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts verlange allerdings keinen Bleibewillen, sondern könne auch bei Rückkehrabsicht gegeben sein. Ausschlaggebend sei, dass *„der Erblasser seinerseits durch Aufnahme einer Beziehung mit einer chinesischen Staatsangehörigen, Eheschließung und Begründung eines gemeinsamen Hausstands seinen Lebensmittelpunkt im Zeitpunkt seines Todes ... auch in sozialer Hinsicht seit mehr als 10 Jahren nach China verlagert“* habe. Auch liege keine engere Verbindung zum deutschen Recht nach Art. 21 Abs. 2 EuErbVO vor.

Allerdings wird über Art. 34 Abs. 1 EuErbVO die Rückverweisung des chinesischen Internationalen Privatrechts für die Erbfolge in das in Deutschland belegene Immobilienvermögen auf das deutsche Belegenheitsrecht beachtet. Hinsichtlich des beweglichen Nachlasses nimmt das chinesische Recht die Verweisung dagegen wegen des letzten Wohnsitzes des Erblassers in China an. Insoweit trat im vorliegenden Fall eine Nachlassspaltung ein.

Da das BGB die Erbquoten güterstandsabhängig bestimmt, bestimmt das OLG das Güterstatut gem. Art. 5 EGBGB a. F. und gelangt so – weil die Eheleute zum Zeitpunkt der Eheschließung beide ihren gewöhnlichen Aufenthalt i. S. v. Art. 14 EGBGB in China hatten – zum gesetzlichen Güterstand des chinesischen Rechts, der sog. Errungenschaftsgemeinschaft. Eine Substitution mit der Zugewinnngemeinschaft lehnt das Gericht ab, da nach chinesischem Recht auch im Erbfall eine

güterrechtliche Auseinandersetzung des Gesamtguts erfolge und damit dieser Güterstand allenfalls mit der Errungenschaftsgemeinschaft gem. §§ 1519 ff. BGB in der bis 1957 geltenden Fassung vergleichbar sei. Daher erhält die Tochter an dem in Deutschland belegenen Immobilienvermögen eine Erbquote von  $\frac{3}{4}$  und ist hinsichtlich des beweglichen Nachlasses entsprechend den Vorschriften des chinesischen Erbgesetzes von 1985 Miterbin zu  $\frac{1}{2}$ .

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](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notar a. D. Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** 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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit