

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

25. Jahrgang
Oktober 2017
ISSN 1434-3460

20/2017

mit Bundesnotarkammer intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1597a – Verbot der missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft

BGB §§ 164, 1922, 925, 2042 – Erbauseinandersetzung aufgrund transmortaler Vollmacht

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 418 Abs. 1 S. 3 – Einwilligung des künftigen Eigentümers in Schuldübernahme nicht ausreichend

Erbbaurecht §§ 5 Abs. 1, 7 Abs. 1 u. 3 – Zwangsversteigerung eines Erbbaurechts: verweigerte Zustimmung des Grundstückseigentümers zum Zuschlag an einen Meistbietenden, der schuldrechtliche Verpflichtung zur Anpassung des Erbbauzinses nicht übernehmen will

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1597a

Verbot der missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft

I. Sachverhalt

Das am 29.7.2017 in Kraft getretene Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht (BGBl. 2017 I, S. 2780) sieht in § 1597a BGB bei Vaterschaftsanerkennungen eine präventive Kontrolle durch die beurkundende Behörde bzw. die Urkundsperson vor, um missbräuchliche Vaterschaftsanerkennungen zu verhindern.

II. Fragen

1. Unter welchen konkreten Voraussetzungen (einzeln und/oder kumulativ) muss ein Notar demnach das Beurkundungsverfahren aussetzen?
2. Wie kann und muss der Notar diese Voraussetzungen feststellen bzw. ausschließen, wenn er seinen notariellen Pflichten gerecht werden will?
3. Eine Vaterschaftsanerkennung kann nicht missbräuchlich sein, wenn der Anerkennende der leibliche Vater ist (§ 1597a Abs. 5 BGB). Unter welchen Voraussetzungen darf ein Notar von einer leiblichen Vaterschaft ausgehen?

III. Zur Rechtslage

1. Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht

Das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht (BGBl. 2017 I, S. 2780) will die Möglichkeit erschweren, durch eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung die Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt eines Kindes, des Anerkennenden oder der Mutter zu schaffen (vgl. BT-Drucks. 18/12415, S. 20; Knittel, JAmt 2017, 339, 340).

a) Bisherige Rechtslage

Vater eines Kindes ist der Mann, der die Vaterschaft anerkannt hat (§ 1592 Nr. 2 BGB). Die **Anerkennung** der Vaterschaft ist eine **Willenserklärung**, die darauf gerichtet ist, ein rechtlich **wirksames Vater-Kind-Verhältnis** zwischen dem Anerkennenden und dem Kind herbeizuführen (vgl. BGH NJW 1975, 1069, 1070; BeckOGK-BGB/Balzer, Std.: 1.8.2017, § 1594 Rn. 14; MünchKommBGB/Wellenhofer, 7. Aufl. 2017, § 1594 Rn. 4).

Die „Anerkennung der Vaterschaft“ reicht jedenfalls für eine Anerkennung i. S. v. § 1594 Abs. 1 BGB aus. Der Anerkennende muss nicht ausdrücklich erklären, der leibliche Vater des Kindes zu sein (vgl. Bernauer, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2016, V. 28, Anm. 2). Erklärt der Anerkennende die Anerkennung der Vaterschaft bewusst wahrheitswidrig, obwohl ihm bekannt ist, dass er nicht der Vater des Kindes sein kann, bleibt

die Wirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung unberührt. Das liegt in der Konsequenz des auf Statusklarheit und Beständigkeit angelegten Rechtssystems. Insbesondere sind nach bisheriger Rechtslage auch **missbräuchliche Vaterschaftsanerkennungen nicht unwirksam** (OLG Köln NJW 2002, 901; BeckOGK-BGB/Balzer, § 1594 Rn. 21; MünchKommBGB/Wellenhofer, § 1597 Rn. 29).

Eine wirksame Vaterschaftsanerkennung kann zum **Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit und eines Aufenthaltsrechts** führen. Ist etwa eine Ausländerin zur Ausreise verpflichtet und erkennt ein deutscher Mann die Vaterschaft für das Kind an, so erwirbt das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit (§ 4 Abs. 1 StAG). Entsprechendes gilt, wenn beim Vater die Aufenthaltsvoraussetzungen des § 4 Abs. 3 StAG vorliegen. Die Mutter erhält daraufhin eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG und ist nicht mehr zur Ausreise verpflichtet. Außerdem kann z. B. ein ausländischer Mann die Vaterschaft eines Kindes anerkennen, um ein Aufenthaltsrecht zu erlangen (vgl. BT-Drucks. 18/12415, S. 20).

b) Neuer Tatbestand der missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung

Um missbräuchliche Vaterschaftsanerkennungen zu erschweren, die der Erlangung eines Aufenthaltsrechts dienen, hat der Gesetzgeber einen neuen § 1597a BGB geschaffen.

§ 1597a Abs. 1 BGB definiert den **Tatbestand** der missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung (Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„Die Vaterschaft darf nicht gezielt gerade zu dem Zweck anerkannt werden, die rechtlichen Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes, des Anerkennenden oder der Mutter zu schaffen, auch nicht, um die rechtlichen Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes durch den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit des Kindes nach § 4 Absatz 1 oder Absatz 3 Satz 1 des Staatsangehörigkeitsgesetzes zu schaffen (missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft).“

Ob die Beurkundung der Vaterschaftsanerkennung in einem Missbrauchsfall nichtig ist, erscheint **noch nicht geklärt**. Die Gesetzesbegründung nennt § 1597a Abs. 1 BGB eine **Verbotnorm** (BT-Drucks. 18/12415, S. 19). Nach ersten Stimmen aus der Literatur ist § 1597a Abs. 1 BGB jedoch keine Verbotnorm i. S. d. § 134 BGB und § 1597a Abs. 2 BGB, der die Unwirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung anordnet, insoweit abschließend (Knittel, JAmt 2017, 339, 340).

2. Zweistufiges Prüfungsverfahren

Da die Beurkundung der Vaterschaftsanerkennung grundsätzlich auch dann wirksam ist, wenn der Anerkennende nicht der leibliche Vater ist, muss in **Verdachtsfällen** zunächst eine Beurkundung unterbleiben. Das Prüfungsverfahren ist zweistufig:

Zunächst muss die **Urkundsperson** prüfen, ob **konkrete Anhaltspunkte** für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft bestehen. Ist dies der Fall, muss sie gem. § 1597a Abs. 2 BGB das **Verfahren aussetzen** und dies der nach § 85a AufenthG **zuständigen Ausländerbehörde mitteilen**.

Die zuständige **Ausländerbehörde entscheidet** sodann **durch Verwaltungsakt**, ob eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung vorliegt (§ 85a Abs. 1 AufenthG). Hat die Behörde eine missbräuchliche Anerkennung festgestellt und ist diese Entscheidung unanfechtbar, so muss die Beurkundung unterbleiben (§ 1597a Abs. 2 S. 4 BGB).

Solange das Verfahren ausgesetzt ist, kann die Anerkennung auch **nicht wirksam von einer anderen Urkundsperson** beurkundet werden (§ 1597a Abs. 3 BGB). Nicht geregelt hat der Gesetzgeber den Fall, dass die Beteiligten den Beurkundungsauftrag zurücknehmen und von der Anerkennung der Vaterschaft bei der Urkundsperson Abstand nehmen. Eine erste Stellungnahme in der Literatur hält in diesem Fall eine Aussetzung des Verfahrens und eine Mitteilung der Anerkennung an die Ausländerbehörde nicht für möglich (Knittel, JAmt 2017, 339, 343). Dagegen spricht freilich der Umstand, dass die Beteiligten den Schutz des § 1597a Abs. 2 BGB auf diese Weise sehr einfach ausschalten könnten.

3. Verdachtsmomente

Eine Pflicht zur Aussetzung des Beurkundungsverfahrens trifft den Notar, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung bestehen (§ 1597a Abs. 2 S. 1 BGB). Dabei stellt das Gesetz einen **Katalog mit Regelbeispielen** auf, die **Anzeichen für das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte** liefern (zum Katalog im Einzelnen vgl. BNotK-RS Nr. 8/2017, S. 3 f. sowie BT-Drucks. 18/12415, S. 20 f.).

§ 1597 Abs. 2 S. 1 u. 2 BGB hat folgenden Wortlaut (Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„1. Bestehen konkrete Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft, hat die beurkundende Behörde oder die Urkundsperson dies der nach § 85 a des Aufenthaltsgesetzes zuständigen Behörde nach Anhörung des Anerkennenden und der Mutter mitzuteilen und die Beurkundung auszusetzen. 2. Ein Anzeichen für das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte ist insbesondere:

1. das Bestehen einer vollziehbaren Ausreisepflicht des Anerkennenden oder der Mutter oder des Kindes,

2. wenn der Anerkennende oder die Mutter oder das Kind einen Asylantrag gestellt hat und die Staatsangehörigkeit eines sicheren Herkunftsstaates nach § 29a des Asylgesetzes besitzt,

3. das Fehlen von persönlichen Beziehungen zwischen dem Anerkennenden und der Mutter oder dem Kind,

4. der Verdacht, dass der Anerkennende bereits mehrfach die Vaterschaft von Kindern verschiedener ausländischer Mütter anerkannt hat und jeweils die rechtlichen Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes oder der Mutter durch die Anerkennung geschaffen hat, auch wenn das Kind durch die Anerkennung die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat,

oder

5. der Verdacht, dass dem Anerkennenden oder der Mutter ein Vermögensvorteil für die Anerkennung der

Vaterschaft oder die Zustimmung hierzu gewährt oder versprochen worden ist.“

Der Regelbeispielkatalog benennt **nur Anzeichen**. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu (BT-Drucks. 18/12415, S. 20; Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„Hieraus folgt, dass das Vorliegen eines der im § 1597a Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 bis 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs genannten Anzeichen für sich genommen noch nicht mit der Annahme konkreter Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung gleichzusetzen ist. Sie legen das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte jedoch nahe.“

Ist einer der Tatbestände des Regelbeispielkatalogs erfüllt, begründet dies also ein Anzeichen für eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung. Der Notar ist zu weiteren Prüfungen gehalten, um herauszufinden, ob sich die Verdachtsgründe zu einem konkreten Anhaltspunkt verdichten (vgl. BNotK-RS Nr. 8/2017, S. 2). Auch wenn „Anzeichen“ und „konkreter Anhaltspunkt“ nicht gleichgesetzt werden können, so unterstreicht die Gesetzesbegründung dennoch, dass das Anzeichen einen konkreten Anhaltspunkt nahelegt und weitere Nachforschungen indiziert.

Dabei wird zunächst insbesondere von Bedeutung sein, **ob die Vaterschaftsanerkennung** nach dem Sachverhalt möglicherweise **der Einreise oder dem erlaubten Aufenthalt des Kindes, des Anerkennenden oder der Mutter dient**. Fehlt etwa eine persönliche Beziehung zwischen dem Vater und der Mutter oder dem Kind (§ 1597a Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BGB), sind aber alle Beteiligten deutsche Staatsangehörige und stellen sich keine aufenthaltsrechtlichen Fragen, so wird das Anzeichen des § 1597a Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BGB nicht den Verdacht einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung i. S. v. § 1597a Abs. 1 BGB begründen.

Genau umgekehrt liegt der Fall, wenn einer der Beteiligten über keinen gesicherten Aufenthaltsstatus verfügt und **nach den ausländerrechtlichen Bestimmungen** die Möglichkeit besteht, dass einer der Beteiligten **ohne die Vaterschaftsanerkennung die Bundesrepublik Deutschland verlassen muss oder nicht einreisen darf**. Ist einer der Beteiligten z. B. lediglich im Besitz einer Duldung, so ist er grundsätzlich ausreisepflichtig (§ 60a AufenthG). Dies kann ein Anzeichen für eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung begründen (vgl. § 1597a Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB). Kann der Beteiligte nur eine Aufenthaltsgestattung (§ 55 AsylG) vorlegen, so deutet dies auf ein laufendes Asylverfahren hin, das bei sicheren Herkunftsstaaten nach § 1597a Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB ein Anzeichen für einen konkreten Anhaltspunkt liefert. Sichere Herkunftsstaaten sind (derzeit) die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ferner Albanien, Bosnien und Herzegowina, Ghana, Kosovo, Mazedonien, Montenegro, Senegal und Serbien.

Das Anzeichen eines konkreten Anhaltspunkts für eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung dürfte bereits dann gegeben sein, wenn **eines der in § 1597a Abs. 2 BGB genannten Regelbeispiele verwirklicht** ist. Dass mehrere Regelbeispiele erfüllt sind, ist nicht erforder-

lich, macht aber das Vorliegen eines konkreten Anhaltspunkts umso wahrscheinlicher.

In der Würdigung des Sachverhalts ist der Notar grundsätzlich frei und nur an allgemeine Erfahrungssätze gebunden. Auf die bloßen Versicherungen und Beteuerungen der Beteiligten kann sich der Notar bei einem Anzeichen für eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung jedoch nur in eingeschränktem Umfang verlassen.

Auch die **Erklärung oder eidesstattliche Versicherung**, dass der Vater der **leibliche Vater** sei, **wird für sich genommen nicht genügen**, um bei einer bestehenden Ausreisepflicht den konkreten Anhaltspunkt einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung auszuschließen. **§ 1597a Abs. 5 BGB** schließt die Missbräuchlichkeit der Anerkennung zwar aus, wenn der Anerkennende tatsächlich der leibliche Vater ist. Aus der Vorschrift lässt sich jedoch nicht folgern, dass bereits eine Erklärung über die leibliche Vaterschaft den Tatbestand des § 1597a Abs. 2 BGB auszuschließen vermag. Dies liefe dem Gesetzeszweck zuwider: Wer bereit ist, missbräuchlich seine Vaterschaft anzuerkennen, wird auch bereit sein, seine leibliche Vaterschaft zu erklären. Es ist nicht anzunehmen, dass der Anerkennende durch eine pauschale Erklärung über die leibliche Vaterschaft das Aussetzungsverfahren aushebeln kann. Der Erklärung über die leibliche Vaterschaft wird man allenfalls eine sehr geringe Bedeutung zuerkennen können.

Je konkreter und glaubhafter die von den Parteien vorgetragenen Tatsachen sind, umso eher sind sie geeignet, einen konkreten Anhaltspunkt auszuräumen. Ergänzend können die Beteiligten dem Notar auch sonstige Beweismittel beibringen. Dies gilt insbesondere für ein Abstammungsgutachten aufgrund einer DNA-Analyse. Ein solches Abstammungsgutachten wird regelmäßig dazu führen, dass sich die Anzeichen nicht zu einem konkreten Verdacht erhärten. Allerdings gilt dies nicht, wenn der Notar wiederum Anhaltspunkte dafür hat, dass das Abstammungsgutachten gefälscht wurde. Außerdem muss sichergestellt sein, dass das die Abstammung feststellende Institut dem Gutachten gerade die DNA-Probe des Anerkennenden zugrunde gelegt hat und die Beteiligten nicht die Möglichkeit haben, die DNA-Probe eines Dritten abzuliefern.

Im Zweifel kann es sich empfehlen, nach Anweisung der Beteiligten Rücksprache mit der Einrichtung zu halten, die das Abstammungsgutachten ausgestellt hat.

4. Feststellungen des Notars

Der Notar ist auch nach Einführung des § 1597a Abs. 1 BGB nicht zur Prüfung der Frage verpflichtet, ob der Anerkennende der leibliche Vater ist (Knittel, JAmt 2017, 339, 341). Soweit eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung entfernt möglich erscheint, könnte es sich praktisch empfehlen, in die Niederschrift über die Vaterschaftsanerkennung eine **Negativerklärung** des Vaters, vergleichbar der Geschäftsführerverversicherung (§ 8 Abs. 3 GmbHG), aufzunehmen, die sich auf die einzelnen Verdachtsgründe des § 1597a Abs. 2 BGB und die Sperrwirkungsvorschrift des § 1597a Abs. 3 BGB bezieht. Der Anerkennende könnte ausdrücklich erklären, dass keines der aufgeführten Regelbeispiele vorliegt. Der Notar könnte auf diese Weise dokumentieren, dass er die erforderliche Prü-

fung vorgenommen hat. Fehlt es an Anzeichen für eine missbräuchliche Anerkennung, wird sich der Notar auf die Angaben der Beteiligten verlassen können, sofern er aus der Beurkundungsverhandlung nicht Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Angaben gewonnen hat (vgl. Armbrüster, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 7. Aufl. 2015, § 17 BeurkG Rn. 19).

Die Aufnahme einer Negativerklärung wird sich freilich **nur anbieten, wenn es überhaupt möglich erscheint**, dass die Vaterschaftsanerkennung der Einreise oder dem erlaubten Aufenthalt des Kindes, des Anerkennenden oder der Mutter dient. Haben alle Beteiligten die **deutsche Staatsangehörigkeit**, sollte daher die Aufnahme einer Negativerklärung in die Urkunde nicht veranlasst sein.

Ergibt die Prüfung des Notars Anzeichen für eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung, so könnte sich in der notariellen Urkunde oder in der Nebenakte eine Darlegung empfehlen, warum der Notar nach Prüfung der Sachlage keinen konkreten Anhaltspunkt für eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung sieht. Insoweit kann sich insbesondere eine Darstellung der Sach- und Rechtslage unter Berücksichtigung ausländerrechtlicher Gesichtspunkte anbieten. Weisen die Beteiligten nach, dass sie über einen aufenthaltsrechtlich gesicherten Status verfügen, wird man die Erklärungen und die beigebrachten Nachweise in der Niederschrift erwähnen können. Die Nachweise in Kopie zur Urkunde zu nehmen, dürfte nicht erforderlich, wohl aber möglich sein.

BGB §§ 164, 1922, 1925, 2042 Erbauseinandersetzung aufgrund trans- mortaler Vollmacht

I. Sachverhalt

Die Erblasserin war Eigentümerin von Wohnungseigentum und ist von ihren drei Töchtern kraft gesetzlicher Erbfolge zu gleichen Anteilen beerbt worden. Eine Grundbuchberichtigung ist nicht beantragt worden. Die Erblasserin hatte einer ihrer Töchter eine postmortale Generalvollmacht erteilt.

Die drei Miterbinnen haben hinsichtlich des Wohnungseigentums einen Vertrag zur teilweisen Erbauseinandersetzung geschlossen. Darin haben sie dieses Wohnungseigentum einer (nicht bevollmächtigten) Miterbin zugewiesen und die Auflassung in der Urkunde erklärt.

Das Grundbuchamt verlangt nun die Vorlage eines Erbnachweises nach der eingetragenen Eigentümerin, und zwar mit folgender Begründung:

„Dieser ist zwingend erforderlich, da die postmortale Vollmacht zu der Erbauseinandersetzung nicht ausreicht. Zur Berichtigung des Grundbuchs aufgrund Erbauseinandersetzung ist stets ein Nachweis der Erben durch Erbschein oder notarielles Testament oder Erbvertrag erforderlich. Es wird der Erbteil tangiert, der sich im Eigenvermögen des Erben befindet. Auf dieses Eigenvermögen erstreckt sich die Vollmacht des Erblassers gerade nicht. Eine Erbteilung ist daher aufgrund einer Vollmacht nicht möglich ...“

II. Frage

Hat das Grundbuchamt Recht?

III. Zur Rechtslage

1. Grundsätzliches zum Handeln aufgrund trans- mortaler Vollmacht

Grundsätzlich kann der Bevollmächtigte auch nach dem Tod des Vollmachtgebers Rechtsgeschäfte tätigen, weil die Vollmacht im Zweifel über den Tod hinaus besteht. Ergibt sich dazu nichts aus der Vollmacht, so ist allerdings die Vollmacht im Verkehr mit dem Grundbuchamt nur brauchbar, wenn in öffentlich-beglaubigter Form nachgewiesen wird, dass ihr ein über den Tod des Vollmachtgebers hinaus fortdauerndes Rechtsverhältnis zugrunde liegt (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3570).

Die konkret gegebene Vorsorgevollmacht gilt als transmortale Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers, die Fortgeltung ist also unproblematisch. Da der Erblasser als Rechtssubjekt weggefallen ist, kann der Bevollmächtigte nur noch die Erben vertreten. Die **Willenserklärungen des Bevollmächtigten** wirken mithin nach § 164 BGB für und gegen die Erben des Vollmachtgebers.

2. Reichweite der Vertretungsmacht

Der Bevollmächtigte vertritt nicht mehr den Erblasser, sondern den oder die Erben des ursprünglichen Vollmachtgebers. Er kann nach allgemeiner Ansicht im Rahmen seiner Vertretungsmacht mit Wirkung für und gegen die Erben und ohne deren Zustimmung alle Rechtsgeschäfte tätigen, die auch der Erblasser selbst hätte tätigen können. Allerdings bezieht sich die Wirkung der Vollmacht für und gegen die Erben immer **nur auf den Nachlass**, nicht etwa auf die sonstigen Angelegenheiten der Erben (insbesondere deren Privatvermögen), denn insofern können nur die Erben selbst wirksam Vollmacht erteilen (MünchKommBGB/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 168 Rn. 39; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 168 Rn. 32; Staudinger/Schilken, BGB, Neubearb. 2014, § 168 Rn. 31; Palandt/Weidlich, BGB, 76. Aufl. 2017, Vor § 2197 Rn. 10).

3. Vollmacht und Erbauseinandersetzung

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass eine Erbauseinandersetzung hinsichtlich des Nachlasses des Vollmachtgebers grundsätzlich nicht aufgrund einer transmortalen Vollmacht erfolgen kann, weil die **Erbauseinandersetzung** ein Rechtsgeschäft der Miterben darstellt, das die **Erbteile** als solche betrifft, also das **Eigenvermögen der Miterben** (Kroiß/Horn, NJW 2013, 516, 517; NK-NachfolgeR/Horn, 2015, Kap. 22 Rn. 54; Krug, in: Krug/Daragan, Die Immobilie im Erbrecht, 2010, § 4 Rn. 90; a. A. offensichtlich Roth, NJW-Spezial 2016, 679). Die Erbauseinandersetzung ist **kein rein nachlassbezogenes Geschäft**, weil sie die Erbengemeinschaft beendet und den Erbteil als gesonderetes Nachlassvermögen beseitigt. Es handelt sich um ein Rechtsgeschäft, das der Erblasser selbst nicht hätte abschließen können. In einem Fall des LG Stuttgart (ZEV 2008, 198 = BWNotZ 2007, 119) „korrigierte“ der Notar daher einen aufgrund transmortaler Vollmacht vorgenommenen „Erbteilungsvertrag“ in einen „Grundbesitzübertragungsvertrag“.

Auch wenn sich die Vollmacht nicht auf den Erbauseinandersetzungsvertrag erstreckt, muss man die

Frage des **Vollzugs der Erbaueinandersetzung** u. E. differenziert beantworten. Denn insoweit geht es lediglich um die **Erklärung der Auflassung** (§ 925 Abs. 1 BGB, § 20 GBO). Diese Erklärung **bezieht sich nur auf das zum Nachlass gehörende Grundstück**. Die Vollmacht deckt daher u. E. eine Auflassungserklärung des transmortale Bevollmächtigten über ein Nachlassgrundstück ab – und zwar selbst bei der Auflassung zugunsten eines Miterben. Es gilt nichts anderes, als wenn das Grundstück an einen Dritten aufgelassen würde.

Mit dem **Abstraktionsprinzip** ließe es sich nicht vereinbaren, wenn man aus der Beschränkung der Vollmacht hinsichtlich der schuldrechtlichen Causa eine Beschränkung hinsichtlich der Auflassung herleiten würde. Die Erben können den Erbaueinandersetzungsvertrag ohne Vollmacht schließen. Der transmortale Bevollmächtigte kann u. E. aber das Vollzugsgeschäft abschließen, weil es lediglich das Nachlassvermögen betrifft. Das Grundbuchamt hat die Vollmacht nur mit Blick auf die Auflassung zu prüfen (§ 20 GBO), nicht jedoch mit Blick auf das Kausalgeschäft.

4. Ergebnis

Wir halten die Bedenken des Grundbuchamts daher im Ergebnis für unbegründet.

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 Faxabruf-Gutachten.

EuErbVO Art. 34

Thailand: Beerbung eines mit letztem Lebensmittelpunkt in Bangkok verstorbenen deutschen Staatsangehörigen mit Nachlass in Thailand, Deutschland und auf den Philippinen

Abruf-Nr.:

BGB §§ 878, 883, 885, 2205

Wechsel des Testamentsvollstreckers; Auswirkung auf bewilligte Vormerkung

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 418 Abs. 1 S. 3

Einwilligung des künftigen Eigentümers in Schuldübernahme nicht ausreichend

Für die Einwilligung nach § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB in die Schuldübernahme kommt es auf diejenige des im Grundbuch eingetragenen Eigentümers an und nicht auf die eines künftigen bzw. wirtschaftlichen Eigentümers.

BGH, Urt. v. 23.6.2017 – V ZR 39/16

Problem

Nach § 418 Abs. 1 S. 1 BGB erlöschen bei einer Schuldübernahme die für die Forderung bestellten Pfandrechte. Bei einer Hypothek tritt das Gleiche ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (§ 418 Abs. 1 S. 2 BGB). Dies gilt gem. § 418 Abs. 1 S. 3 BGB jedoch nicht, wenn derjenige, dem der Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in die Schuldübernahme einwilligt. Die genannten Vorschriften gelten nach Auffassung des BGH auch für die Sicherungsgrundschuld (§ 1192 BGB). Fehlt es an der Einwilligung des Eigentümers zur Schuldübernahme, so entsteht gem. § 1168 BGB eine Eigentümergrundschuld (BGH DNotZ 2015, 673, 674 Tz. 7, 675 Tz. 14 = NJW 2015, 2872).

Der Sachverhalt der Entscheidung lässt sich vereinfacht wie folgt zusammenfassen: Der Verkäufer (V) verkaufte ein Grundstück an K1. Im Kaufvertrag war u. a. eine Finanzierungsvollmacht enthalten. Zugunsten von K1 wurde eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen. Zur Absicherung eines Darlehens der B-Bank an K1 bestellte dieser aufgrund der Finanzierungsvollmacht eine Grundschuld für die B-Bank. Noch bevor K1 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wurde, hatte er das Grundstück an K2 verkauft und an ihn den vormerkungsgesicherten Anspruch abgetreten. Es wurde außerdem vereinbart, dass K2 das Darlehen von K1 im Wege der Schuldübernahme übernehme und die Grundschuld nunmehr Verbindlichkeiten gegen K2 sichere. Hierzu erteilten sowohl K1 und K2 als auch die B-Bank ihre Zustimmung. Der noch im Grundbuch eingetragene Eigentümer V war an dieser Vereinbarung nicht beteiligt. Erst später wurde K1 und sodann K2 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Im Rahmen einer Vollstreckungsabwehrklage stellt sich die Frage, wie sich die Schuldübernahme auf die Grundschuld ausgewirkt hat, wenn der Eigentümer daran nicht beteiligt war.

Entscheidung

Nach Auffassung des BGH ist die Grundschuld zu einer **Eigentümergrundschuld** geworden, weil der **Eigentümer im Zeitpunkt der Schuldübernahme (V) der Schuldübernahme nicht zugestimmt** hat.

Nach einer Schuldübernahme gehe eine für die übernommene Schuld bestehende Grundschuld gem. § 418 Abs. 1 S. 2 und §§ 1192, 1168 Abs. 1 BGB auf den Grundstückseigentümer über. Dies gelte auch bei einer Sicherungsgrundschuld (BGH DNotZ 2015, 673, 674 Tz. 7, 675 Tz. 14). Dagegen bleibe die Grundschuld als Fremdgrundschuld bestehen, wenn derjenige Eigentümer, dem der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehöre, in die Schuldübernahme einwillige (§ 418 Abs. 1 S. 3 BGB).

Für die Einwilligung gem. § 418 Abs. 1 S. 3 BGB kommt es nach Auffassung des BGH **nicht** auf die Einwilligung des K1 als „wirtschaftlicher“ oder „künftiger“ **Eigentümer** des Grundstücks an, sondern auf diejenige des V. Dieser war nämlich im Zeitpunkt der Schuldübernahme **im Grundbuch eingetragen**.

Der BGH stützt sich zur Begründung auf die Entstehungsgeschichte und auf den **Sinn und Zweck** der

Vorschrift. § 418 Abs. 1 BGB diene dem **Schutz des Eigentümers**, der im Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit und -bereitschaft eines bestimmten Schuldners eine Hypothek oder Grundschuld bestelle. Er habe ein schutzwürdiges Interesse daran, nicht ohne seinen Willen für einen anderen, **möglicherweise unsicheren Schuldner** mit seinem Grundstück eintreten zu müssen.

Auf die Zustimmung des künftigen bzw. wirtschaftlichen Eigentümers komme es auch dann nicht an, wenn zu dessen Gunsten eine **Auflassungsvormerkung** in das Grundbuch eingetragen, der Kaufpreis entrichtet und dem künftigen Eigentümer durch den Grundstückseigentümer eine Belastungsvollmacht erteilt worden sei. Der Gesetzgeber habe mit § 418 Abs. 1 BGB „**klare und bestimmte Verhältnisse**“ schaffen wollen. Dem widerspreche es, die für die Zustimmung gem. § 418 Abs. 1 S. 3 BGB maßgebliche Person nach wirtschaftlichen Kriterien entsprechend den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen. Im Übrigen bleibe es dem Erwerber eines Grundstücks, den der Verkäufer durch Erteilung einer Belastungsvollmacht zur Bestellung von Grundschulden ermächtigt habe, unbenommen, dem Interesse an einer künftigen Schuldübernahme durch einen Dritten mithilfe entsprechender Vereinbarungen bereits bei Vertragsschluss mit dem Verkäufer Rechnung zu tragen.

Die nach § 418 Abs. 1 S. 3 BGB für die Zustimmung maßgebliche Person lässt sich auch nicht über die **Sicherungsvereinbarung** zwischen KI und der B-Bank feststellen. Die Rechtsprechung des BGH, wonach die Person des Sicherungsgebers – auch wenn die Grundschuld auf dem Grundstück eines Dritten laste – nicht nach sachenrechtlichen Gesichtspunkten, sondern durch Auslegung der Sicherungsvereinbarung zu ermitteln sei (BGH DNotZ 2010, 375, 377 f. Tz. 14; NJW 2013, 2894, 2896 Tz. 22), lasse sich nicht auf § 418 Abs. 1 S. 3 BGB übertragen. Erforderlich sei die Einwilligung desjenigen, der durch § 418 Abs. 1 BGB geschützt werden solle. Das sei nicht derjenige, der dem Gläubiger das Grundpfandrecht beschaffe und mit diesem den Sicherungsvertrag geschlossen habe. Vielmehr solle der Eigentümer, für den die **Person des Schuldners zentrale Bedeutung** habe und der mit diesem die Bedingungen der Zurverfügungstellung des Grundstücks vereinbart und dabei regelmäßig auch schuldrechtliche Absprachen zur Begrenzung seiner Haftung getroffen habe, vor der **Änderung seines Haftungsrisikos** infolge des Schuldneraustauschs geschützt werden.

**Erbbaurecht §§ 5 Abs. 1, 7 Abs. 1 u. 3
Zwangsversteigerung eines Erbbaurechts: verweigerte Zustimmung des Grundstückseigentümers zum Zuschlag an einen Meistbietenden, der schuldrechtliche Verpflichtung zur Anpassung des Erbbauzinses nicht übernehmen will**

a) Ein mit der Bestellung eines Erbbaurechts verfolgter Zweck im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 Erbbaurechtsgesetz kann auch die Erzielung eines wertgesicherten Erbbauzinses sein.

b) Ist bei der Zwangsversteigerung eines Erbbaurechts der Meistbietende nicht bereit, die im Erb-

baurechtsvertrag enthaltene schuldrechtliche Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Anpassung des Erbbauzinses zu übernehmen, kann der Grundstückseigentümer seine Zustimmung zur Erteilung des Zuschlags verweigern, wenn die Zwangsversteigerung nicht zum Erlöschen einer Erbbauzinsreallast geführt hat (Abgrenzung zu Senat, Beschluss vom 26. Februar 1987 – V ZB 10/86, BGHZ 100, 107).

BGH, Beschl. v. 13.7.2017 – V ZB 186/15

Problem

Wegen der typischerweise langen Dauer eines Erbbaurechts ist ein fixer Erbbauzins regelmäßig nicht interessengerecht. Vielmehr wird in den meisten Fällen eine Anpassung an die sich ändernden wirtschaftlichen Verhältnisse gewünscht. Nach der Rechtslage bis zum 30.9.1994 musste der Erbbauzins „nach Zeit und Höhe für die ganze Erbbaurechtszeit im voraus bestimmt sein“ (§ 9 Abs. 2 S. 1 Erbbaurechtsverordnung a. F.). Eine daneben mögliche schuldrechtliche Verpflichtung zur Anpassung des Erbbauzinses an die wirtschaftlichen Verhältnisse musste vom Erbbauzins rechtlich klar getrennt werden (s. dazu v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl. 2016, § 6 Rn. 93). Der schuldrechtliche Anspruch auf Eintragung einer angepassten Reallast konnte durch eine Vormerkung gesichert werden. Ab dem 1.10.1994 war es daneben möglich, die Anpassungsklausel auch als Inhalt des Erbbauzinses zu vereinbaren (§ 9 Abs. 2 S. 2 Erbbaurechtsverordnung a. F.). Diese Regelung mündete wegen der damit praktisch einhergehenden Unsicherheiten ab dem 16.6.1998 in eine ausdrückliche Regelung über die Zulässigkeit von Anpassungsklauseln bei Reallasten (§ 1105 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Vereinbarung einer ggf. durch Vormerkung gesicherten schuldrechtlichen Anpassungsklausel ist nach heutiger Rechtslage weiterhin neben einer Erbbauzinsreallast möglich, die automatisch oder etwa auf Verlangen des Berechtigten angepasst wird.

Nach § 5 Abs. 1 Erbbaurechtsgesetz kann als Inhalt des Erbbaurechts auch vereinbart werden, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Wenn anzunehmen ist, dass durch die Veräußerung der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird und dass die Persönlichkeit des Erwerbers Gewähr für eine ordnungsgemäße Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsinhalt bietet, so kann der Erbbauberechtigte nach § 7 Abs. 1 S. 1 Erbbaurechtsgesetz die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung verlangen. Nach § 7 Abs. 3 S. 1 Erbbaurechtsgesetz kann die Zustimmung des Grundstückseigentümers auf Antrag des Erbbauberechtigten gerichtlich ersetzt werden, wenn sie ohne ausreichenden Grund verweigert wird.

Im zugrunde liegenden Fall sah der Erbbaurechtsvertrag von 1949 einen fixen dinglichen Erbbauzins und eine schuldrechtliche Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Anpassung des Erbbauzinses (Wertsicherungsklausel) vor. Eine dingliche Sicherung durch Vormerkung war nicht vorgesehen. Der Erbbauberechtigte verpflichtete sich beim Erwerb des Erbbaurechts im Jahr 1999 zur Zahlung des jeweils fälligen Erbbauzinses und erkannte den Erbbaurechtsvertrag mit Weitergabeverpflichtung gegenüber seinen Rechtsnach-

folgern als für sich verbindlich an. Im Erbbaugrundbuch waren drei Erbbauzinsreallasten eingetragen und im Nachrang hinter diesen eine Grundschuld. Die Gläubigerin der Grundschuld hat daraus die Zwangsvollstreckung betrieben. Der Meistbietende ist nicht bereit gewesen, in die schuldrechtliche Verpflichtung aus dem Erbbaurechtsvertrag bzgl. des Erbbauzinseszinses einzutreten. Der Grundstückseigentümer hat seine Zustimmung zur Erteilung des Zuschlags daraufhin verweigert.

Entscheidung

Der BGH hat ebenso wie die Vorinstanz entschieden, dass der Eigentümer seine Zustimmung verweigern darf, wenn der Meistbietende nicht bereit ist, in die schuldrechtliche Verpflichtung aus dem Erbbaurechtsvertrag hinsichtlich des Erbbauzinseszinses einzutreten. Laut BGH kann die **Erzielung eines wertgesicherten Erbbauzinseszinses einen Zweck der Bestellung des Erbbaurechts i. S. d. § 7 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG** darstellen. Das sei (mit der bislang h. M.) nicht nur dann anzunehmen, wenn die Anpassung des Erbbauzinseszinses dinglich durch Eintragung einer sich ohne Weiteres an verändernde Verhältnisse anpassenden Reallast nach § 1105 Abs. 1 S. 2 BGB gesichert sei oder der schuldrechtliche Anspruch auf Eintragung einer angepassten Reallast durch eine Vormerkung, sondern **auch dann, wenn die Anpassung nur schuldrechtlich vereinbart** sei wie im vorliegenden Fall.

Bei einem entgeltlich bestellten Erbbaurecht verfolge der Grundstückseigentümer für den Erbbauberechtigten erkennbar den Zweck, für die gesamte Laufzeit des Erbbaurechts eine angemessene Rendite zu erzielen. Der Bundesgesetzgeber habe die Erzielung eines rentierlichen Erbbauzinseszinses als einen vom Grundstückseigentümer mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zweck anerkannt und diesen Zweck durch die oben dargestellten Änderungen des § 9 ErbbauVO a. F. sowie die Einführung des § 1105 Abs. 1 S. 2 BGB aufgewertet. Die Bedeutung des wertgesicherten Erbbauzinseszinses für den Grundstückseigentümer zeige sich auch in der Möglichkeit, im Erbbaurechtsvertrag einen Heimfall für den Fall zu vereinbaren, dass der Erwerber eines Erbbaurechts nicht in die schuldrechtlichen Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag eintrete.

Aus der Anerkennung als „mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zweck“ gehe hervor, dass der Erwerber bereit und in der Lage sein müsse, die schuldrechtliche Verpflichtung aus dem Erbbaurechtsvertrag zur Zahlung und Anpassung des Erbbauzinseszinses zu erfüllen. Dies gelte unabhängig davon, ob der Erbbaurechtsvertrag eine Verpflichtung zur Weitergabe der schuldrechtlichen Vereinbarungen zum Erbbauzins an den Erwerber enthalte.

Die Erteilung des Zuschlags an den Meistbietenden beeinträchtigt den mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zweck wesentlich, wenn der Meistbietende nicht bereit sei, in die schuldrechtliche Verpflichtung aus dem Erbbaurechtsvertrag einzutreten. Denn die Rechte und Pflichten aus einer schuldrechtlichen Erbbauzinsanpassungsklausel gingen im Fall der Einzelrechtsnachfolge und auch in der Zwangsvollstreckung nicht auf den Erwerber des Erbbaurechts über.

Der **Zustimmungsvorbehalt gem. § 5 Abs. 1 ErbbauRG** gebe dem Grundstückseigentümer eine Handhabe, den Eintritt des Erwerbers in die schuldrechtliche Verpflichtung

zur Zahlung und Anpassung des Erbbauzinseszinses zu erzwingen. Von der Übernahme zusätzlicher Verpflichtungen könne er seine Zustimmung hingegen nicht abhängig machen. Diese Grundsätze gälten auch in der Zwangsvollstreckung des Erbbaurechts. Eine unterschiedliche Behandlung des Zustimmungsvorbehalts bei rechtsgeschäftlichem Erwerb einerseits und beim Erwerb in der Zwangsvollstreckung andererseits sei nicht gerechtfertigt (vgl. § 8 ErbbauRG).

Aus dem Beschluss des Senats vom 26.2.1987 (BGHZ 100, 107 = NJW 1987, 1942 = MittBayNot 1987, 194) folge nichts anderes. Danach könne der Grundstückseigentümer, der der Belastung des Erbbaurechts mit einem gegenüber der Erbbauzinsreallast **vorrangigen Grundpfandrecht** zugestimmt habe, in einer vom Grundpfandgläubiger betriebenen Zwangsvollstreckung des Erbbaurechts seine Zustimmung zum Zuschlag nicht mit der Begründung verweigern, der Meistbietende sei nicht zum Eintritt in die schuldrechtlichen Verpflichtungen des Erbbauberechtigten hinsichtlich des Erbbauzinseszinses bereit. Der Senat habe zur Begründung maßgeblich darauf abgestellt, dass die **Zustimmung zur vorrangigen Belastung des Erbbaurechts ohne Sinn** wäre, wenn die sich daraus ergebenden gesetzlichen Folgen vom Grundstückseigentümer nicht hingenommen werden müssten.

Diese Erwägungen lassen sich laut BGH aber nicht auf Sachverhalte übertragen, in denen die **Zwangsvollstreckung** des Erbbaurechts – wie im vorliegenden Fall – **nicht zum Erlöschen einer eingetragenen Erbbauzinsreallast geführt** hat (§§ 44 Abs. 1, 52 Abs. 1 S. 2, 91 Abs. 1 ZVG). Auch sei einem Grundstückseigentümer, der die dingliche Sicherung seines Anspruchs auf Anpassung des Erbbauzinseszinses unterlassen habe, nicht vorzuwerfen, den mit der Erbbaurechtsbestellung verfolgten Zweck selbst eingeschränkt zu haben. Das **Zustimmungserfordernis** des § 5 Abs. 1 ErbbauRG diene gerade dem Schutz der mit der Erbbaurechtsbestellung verfolgten Zwecke; es **komme dort zum Tragen, wo es an einer dinglichen Sicherung von Verpflichtungen des Erbbauberechtigten fehle**. Das Recht des Grundstückseigentümers könne daher nicht mit der Begründung beschränkt werden, er habe die mögliche (quasi-)dingliche Sicherung seiner Ansprüche unterlassen. Vielmehr bleibe es bei dem Grundsatz, dass der Grundstückseigentümer die Zustimmung zur Erteilung des Zuschlags verweigern dürfe, wenn der Meistbietende den Eintritt in solche schuldrechtlichen Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag verweigere, deren Einhaltung für den mit der Erbbaurechtsbestellung verfolgten Zweck wesentlich sei. Es bestehe **kein Widerspruch zu den gesetzlichen Folgen der Zwangsvollstreckung**.

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: Notarassessor Dr. Johannes Weber

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