

### **Gutachten des Deutschen Notarinstituts**

**Abruf-Nr.: 157290**

**letzte Aktualisierung: 30. August 2017**

### **BGB § 1795**

**Verkauf eines Grundstücks durch nicht befreite Vorerbin; Zustimmung der Nacherben; In-sich-Geschäft bei Abgabe der Zustimmungserklärung durch gesetzlichen Vertreter; Genehmigungserfordernis**

### **I. Sachverhalt**

Eine ist die Grundstückseigentümerin ist nicht befreite Vorerbin. Nacherben sind deren Tochter (T) und der noch minderjährige Sohn der Tochter (Enkel E).

Das Grundstück soll nun an einen Fremdkäufer (K) verkauft werden. Zum Verkauf ist die Zustimmung der Nacherben erforderlich.

### **II. Fragen**

1. Kann die Tochter die zum Verkauf erforderliche Nacherbenzustimmung auch als gesetzliche Vertreterin ihres minderjährigen Sohnes gegenüber ihrer eigenen Mutter als Vorerbin abgeben, oder handelt es sich bei der Abgabe dieser Zustimmungserklärung um ein „Rechtsgeschäft“ i. S. d. § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB, sodass die Tochter hierbei an der Vertretung des Kindes gehindert ist, da diese Zustimmung ihrer eigenen Mutter gegenüber abzugeben ist mit der Folge, dass die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich wäre?
2. Ist für die Zustimmung, die namens des minderjährigen Nacherben abzugeben ist, die Genehmigung des Familiengerichts nach § 1821 BGB erforderlich, obwohl das betreffende Grundstück im Zeitpunkt der Veräußerung nicht Eigentum des Kindes, sondern Eigentum der Vorerbin ist?

### **III. Zur Rechtslage**

#### **1. Verfügungsbefugnis des nicht befreiten Vorerben**

Verfügungen des nicht befreiten Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück sind gemäß § 2113 Abs. 1 BGB im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden. Eine Verfügung, die vom Vorerben entgegen § 2113 BGB vorgenommen wird, ist daher nicht sofort, wohl aber mit Eintritt des Nacherbfalls (automatisch) unwirksam, sofern hierdurch der Nacherbe beeinträchtigt wird.

Eine Beeinträchtigung des Nacherben i. S. v. § 2113 BGB wird jedoch anerkanntermaßen durch seine Zustimmung zur Verfügung ausgeschlossen. Insoweit ist die Zustimmung sämtlicher, auch nur bedingt eingesetzter Nacherben erforderlich, nach ganz h. M. aber nicht die Zustimmung etwaiger Ersatznacherben (vgl. BGHZ 40, 115 ff.). Die Zustimmung des Nacherben führt in entsprechender Anwendung des § 185 BGB dazu, dass die Verfügung von Anfang an voll wirksam ist.

## 2. Ausschluss der Tochter von Vertretung des minderjährigen Nacherben

Da ausweislich des mitgeteilten Sachverhalts im vorliegenden Fall sowohl die Tochter als auch das Enkelkind zu Nacherben eingesetzt wurden, bedarf es zur Herbeiführung der Wirksamkeit der Verfügung folglich der **Zustimmung beider Nacherben**. Dabei kann die Zustimmung sowohl gegenüber dem Vorerben als auch gegenüber dem Vertragspartner (hier K) erklärt werden.

Allerdings sind ggf. die Vertretungsverbote nach den §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1795 Abs. 2, 181, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu berücksichtigen. § 181 BGB umfasst dabei grundsätzlich alle Arten von Rechtsgeschäften, nicht nur Verträge, sondern auch einseitige Rechtsgeschäfte, wie Kündigung, Rücktritt, Bevollmächtigung, Anfechtung oder Zustimmung (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 76. Aufl. 2017, § 181 Rn. 6).

Soweit die Zustimmung nicht gegenüber dem Vorerben, sondern **gegenüber dem Vertragspartner** abgegeben wird, sollen die Vertretungsverbote nach einer verbreiteten Ansicht zwar nicht eingreifen (vgl. OLG Hamm DNotZ 2003, 635; DNotZ 1966, 102; Soergel/Wegmann, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2113 Rn. 11). Die vorstehende Ansicht ist allerdings in der Literatur verbreitet auf Kritik gestoßen. Dort wird vielmehr überwiegend vertreten, dass ein etwaiger Interessenwiderstreit (und damit auch das Vertretungsverbot) unabhängig davon bestehe, wem gegenüber die Zustimmung erklärt werde (so z. B. MünchKommBGB/Grunsky, 7. Aufl. 2017, § 2113 Rn. 16; BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 1.2.2017, § 2113 Rn. 30; Palandt/Weidlich, § 2113 Rn. 6; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 3484). Dem ist u. E. zuzustimmen.

Allerdings wäre dies nur dann problematisch, wenn auch tatsächlich ein Insichgeschäft i. S. v. § 181 BGB vorliegen würde. Dies wäre dann der Fall, wenn die Tochter auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts handeln würde, zum einen auf der Nacherbenseite als Erklärende bzw. gesetzliche Vertreterin ihres minderjährigen Sohnes, zum anderen auf der Seite der Vorerbin als deren Vertreterin (wie dies beispielsweise der Fall wäre, wenn die Tochter zur Betreuerin der Mutter i. S. d. §§ 1896 ff. BGB bestellt wäre). Dem Sachverhalt lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass auf Seiten der Vorerbin eine Betreuung eingerichtet ist bzw. die Tochter zur Betreuerin bestellt wurde. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Vorerbin selbst handelt. Selbst wenn die Tochter daher die im Rahmen der Grundstücksverfügung erforderliche Zustimmung nicht gegenüber der Käuferin, sondern gegenüber der Vorerbin abgeben würde, würde sie **nicht** auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts tätig werden; vielmehr lägen sog. **parallele Willenserklärungen** durch sie im eigenen Namen und zum anderen im Namen ihres minderjährigen Kindes, jeweils gegenüber der Vorerbin, vor, bei denen § 181 BGB nicht eingreift (vgl. nur Palandt/Ellenberger, § 181 Rn. 7).

Allerdings sind auch die übrigen, sich aus § 1795 BGB ergebenden, Verfügungsbeschränkungen zu berücksichtigen. Wird die Zustimmung als Nacherben gegenüber dem Vorerben (Großmutter) abgegeben, dann greift u. E. das Vertretungsverbot aus **§§ 1629 Abs. 2 S. 1 i. V. m. 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB** ein. Denn gibt die Mutter die Zustimmung für ihr minder-

jähriges Kind gegenüber dem Großelternteil ab, handelt es sich für die Mutter um ein Rechtsgeschäft zwischen ihr als Vertreterin des Minderjährigen und der Vorerbin als Verwandter in gerader Linie. Dieses Rechtsgeschäft ist aus Sicht des Minderjährigen auch nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, da er hierdurch einen Rechtsverlust erleidet (das Grundstück scheidet mit Zustimmung aus der Nacherbenbindung aus). Daher bedarf es insoweit der Bestellung eines Ergänzungspflegers (vgl. BeckOK-GBO/Zeiser, Stand: 1.5.2017, § 51 Rn. 98; Palandt/Weidlich, § 2113 Rn. 6; Schöner/Stöber, Rn. 3484).

Zusätzlich bedarf die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nach h. A. der **familiengerichtlichen Genehmigung** nach den §§ 1821 Abs. 1 Nr. 1, 1915 BGB (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3484; MünchKommBGB/Grunsky, § 2113 Rn. 16 m. w. N.), die gem. § 1831 BGB zuvor eingeholt werden sollte (vgl. Palandt/Weidlich, § 2113 Rn. 6).

### 3. Ergebnis

**Zusammenfassend betrachtet** kann die erforderliche Zustimmung der Nacherben für das Kind vertreten durch seine Mutter nicht gegenüber der Vorerbin, aber u. U. gegenüber dem Erwerber abgegeben werden. Angesichts des bestehenden Interessenwiderstreits und der nicht wenigen kritischen Stimmen in der Literatur dürfte es sich aber aus Gründen der Vorsicht empfehlen, bei Abgabe der Zustimmung einen **Ergänzungspfleger** handeln zu lassen und hierfür gemäß § 1831 BGB zuvor die **Genehmigung des Familiengerichts** einzuholen.