

**Dokumentnummer:** 1w167\_10  
**letzte Aktualisierung:** 11.1.2011

**KG Berlin**, 31.8.2010 - 1 W 167/10

BGB §§ 158, 516, 1821, 1643

**Genehmigungspflichtigkeit eines Schenkungsvertrages, durch den Minderjähriger mit Erreichen der Volljährigkeit ein Grundstück erhält und in bestehende Mietverhältnisse eintreten soll**

1. Verpflichten sich Eltern in einem Schenkungsvertrag unter der aufschiebenden Bedingung, dass ihr Kind das 18. Lebensjahr vollendet hat, zur Übertragung von Grundstückseigentum, ohne bereits die Auflassung zu erklären, so ist die Frage, ob die Schenkung lediglich rechtlich vorteilhaft ist, allein nach dem schuldrechtlichen Grundgeschäft und nicht aus einer Gesamtbetrachtung mit der später zu erklärenden Auflassung zu beurteilen (Abgrenzung zu BGHZ 78, 28). Der Umstand, dass das zu übertragende Grundstück vermietet ist, begründet in diesem Fall noch keinen rechtlichen Nachteil.

2. Soll das Kind im Innenverhältnis zum übertragenden Elternteil mit dem Erreichen der Volljährigkeit und nicht erst mit dem Eigentumserwerb in das für das Grundstück bestehende Mietverhältnis eintreten, so ist der Erwerb nicht unentgeltlich, der Vertrag deshalb gemäß § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB genehmigungspflichtig.

## **Tenor**

Die Zwischenverfügung wird aufgehoben.

## **Gründe**

### **A)**

Die Beteiligte zu 1) übertrug mit notariellem Vertrag vom 27. Januar 2010 an die Beteiligte zu 2), ihre minderjährige Tochter, das im Grundbuch von H. des Amtsgerichts L., Bl. 1..., verzeichnete Grundstück, das mit einem Einfamilienhaus bebaut ist, zu Alleineigentum. Bei Vertragsschluss wurde die Beteiligte zu 2) von ihren gemeinsam sorgeberechtigten Eltern vertreten.

In § 2 des Übertragungsvertrags ist geregelt, dass die Übertragung schenkweise erfolge und die Schenkung unter der aufschiebenden Bedingung der Vollendung des 18. Lebensjahres des Erwerbers stehe.

Weiter ist vereinbart:

#### „§ 4 Besitzübergang

Der Besitzübergang mit Nutzen, Lasten und Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung erfolgt vorbehaltlich etwaiger im Folgenden vereinbarter Rechte des Veräußerers am 18. Geburtstag der von den Erschienenen zu 1. und 2. Vertretenen.

Das Vertragsobjekt ist derzeit vermietet an Frau K. F.. Der Erwerber tritt im Verhältnis zum Veräußerer ab dem Zeitpunkt der Übergabe mit sämtlichen Rechten und Pflichten in das ihm bekannte Mietverhältnis ein, sofern dieses im Zeitpunkt der Übergabe noch bestehen sollte.

#### § 5 Eigentumsübertragungsvormerkung

Veräußerer und Erwerber bewilligen und beantragen zur Sicherung des Anspruchs des Erwerbers auf Eigentumsübertragung die Eintragung einer Eigentumsübertragungsvormerkung.

(...)

#### § 12 Auflassung

Die Erschienenen sind sich darüber einig, dass die Auflassung in einer besonderen Urkunde, und zwar nach Eintritt der Bedingung erklärt werden soll. Veräußerer erteilt dem Erwerber hiermit unwiderruflich und über seinen Tod hinaus sowie unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB Vollmacht, die Auflassung in seinem Namen zu erklären.“

Mit Antragsschrift vom 9. Februar 2010 hat der beurkundende Notar unter Bezugnahme auf § 15 GBO die Eintragung einer Eigentumsübertragungsvormerkung zugunsten der Erwerberin gemäß § 5 des Vertrages beantragt.

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 23. Februar 2010 aufgegeben, einen Ergänzungspfleger zu bestellen sowie eine familienrechtliche Genehmigung gemäß § 1643 Abs.

1 BGB einzuholen und gemäß § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB den Zugang an den Ergänzungspfleger und die Zustellung der Genehmigung vom Ergänzungspfleger an die Beteiligte zu 1) nachzuweisen.

Mit der hiergegen gerichteten Beschwerde vom 16. März 2010 machen die Beteiligten geltend, für die beantragte Eigentumsübertragungsvormerkung sei eine familiengerichtliche Genehmigung nicht erforderlich. Wegen der aufschiebenden Bedingung sei das Rechtsgeschäft mit keinerlei rechtlichem Nachteil für die derzeit noch minderjährige Beschenkte verbunden, da Rechtswirksamkeit erst mit Volljährigkeit derselben eintrete. Im Übrigen sei die beantragte Vormerkung unabhängig von einer familiengerichtlichen Genehmigung bereits eintragungsfähig.

## **B)**

Die Beschwerde ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Die Zwischenverfügung ist aufzuheben, weil die beanstandeten Hindernisse der beantragten Eintragung einer Eigentumsverschaffungsvormerkung nicht entgegenstehen.

### **I.**

Das Grundbuchamt hat allerdings im Ergebnis zutreffend ausgeführt, dass für den Schenkungsvertrag vom 27. Januar 2010 die Bestellung eines Ergänzungspflegers gemäß § 1909 BGB und eine familiengerichtliche Genehmigung gemäß § 1643 Abs. 1 BGB erforderlich sind.

#### **1.**

Die Beteiligte zu 1) war bei Abschluss des Vertrages gemäß § 1629 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 1795 Abs. 2, 181 BGB von der gesetzlichen Vertretung der Beteiligten zu 2) ausgeschlossen, der Vater der Beteiligten zu 2) gemäß § 1629 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 1795 Abs. 1 Nr. 1. Gemäß § 1629 Abs. 2 S. 1 BGB können Vater und Mutter das Kind insoweit nicht vertreten, als nach § 1795 BGB ein Vormund von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen ist. Nach § 181 BGB i.V.m. § 1795 Abs. 2 BGB kann der Vormund im Namen des Mündels mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen. Gemäß § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB kann der Vormund den Mündel bei einem Rechtsgeschäft zwischen seinem Ehegatten einerseits und dem Mündel andererseits nicht vertreten. Ausnahme ist jeweils, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Des Weiteren werden sowohl § 181 BGB als auch § 1795 BGB nach ihrem Sinn und Zweck dahin einschränkend ausgelegt, dass sie keine Anwendung finden, wenn das Geschäft für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft ist. § 181 BGB und § 1795 BGB beruhen – auch wenn sie gegenüber diesem Normzweck tatbestandlich verselbständigt sind (BGHZ 50, 8; Ellenberger in Palandt, BGB, 69. Aufl., § 181 Rdn. 2) – auf dem Gedanken, dass die Mitwirkung derselben Person auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts die Gefahr eines Interessenkonflikts und damit die Schädigung eines Teils in sich birgt (BGHZ 56, 97; 59, 236). Bringt das Inschlaggeschäft dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil, ist ein Interessenwiderstreit ausgeschlossen und Belange Dritter stehen nicht entgegen (BGHZ 59, 236). Für das Vorliegen eines rechtlichen Vorteils ist es entscheidend, dass der Vertretene aus seinem Vermögen, welches er bei Abschluss des Vertrages besitzt, nichts aufgeben und keine neuen Belastungen auf sich nehmen muss, damit der Vertrag zustande kommt (BayObLGZ 1979, 49; OLG Köln, ZMR 2004, 189).

a) Der Vertrag vom 27. Januar 2010 ist für die Beteiligte zu 2) nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Dies ergibt sich allerdings entgegen der Ansicht des Grundbuchamts nicht bereits daraus, dass das Grundstück zur Zeit vermietet ist. Zwar ist der Erwerb des Eigentums an einem vermieteten Grundstück nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, weil der Erwerber mit Eigentumsübergang gemäß § 566 BGB in sämtlich Rechte und Pflichten aus bestehenden Miet-

und Pachtverhältnissen eintritt und für die ihn dann treffenden Vermieterpflichten persönlich auch mit seinem sonstigen Vermögen haftet (BGHZ 162, 137; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdn. 3610k). Der Eintritt in den Mietvertrag gemäß § 566 BGB ist jedoch eine gesetzliche Folge allein des dinglichen Übertragungsvertrages, den die Parteien hier noch nicht abgeschlossen haben und gemäß § 12 des Vertrages erst nach Eintritt der Volljährigkeit der Beteiligten zu 2) in gesonderter Urkunde vereinbaren wollen. Ob die Beteiligte zu 2) an der Auflassung trotz der daraus gegebenenfalls folgenden rechtlichen Nachteile mitwirken wird, bleibt ihrer eigenverantwortlichen Entscheidung als Volljährige überlassen. Der gegebenenfalls durch die Auflassung entstehende rechtliche Nachteil kann deshalb für die Wirksamkeit des Grundgeschäfts hier außer Betracht bleiben.

Der Bundesgerichtshof hat zwar in einer Entscheidung, in der die Wirksamkeit einer Auflassung zu prüfen war, ausgeführt, dass die Frage, ob ein Minderjähriger durch eine Schenkung seines gesetzlichen Vertreters lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, aus einer Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und des dinglichen Vertrages heraus zu beurteilen sei (BGHZ 78, 28). Mit dieser Rechtsprechung sollte jedoch allein verhindert werden, dass bei lukrativem Charakter des Grundgeschäfts unbeschadet rechtlicher Nachteile, die mit der Übertragung des dinglichen Rechts verbunden sind, der gesetzliche Vertreter im Hinblick auf § 181 letzter Halbsatz BGB befugt ist, den Minderjährigen bei der Annahme der Auflassung zu vertreten oder die von dem Minderjährigen selbst erklärte Auflassung zu genehmigen (klarstellend BGHZ 161, 170). Die Rechtsprechung kann deshalb keine Anwendung finden, wenn zum einen das dingliche Erfüllungsgeschäft noch nicht abgeschlossen ist (so dass die aus einem zukünftigen Abschluss etwa entstehenden rechtlichen Nachteile ohnehin nur schwerlich beurteilt werden könnten) und zum anderen aus dem Grundgeschäft eine Verbindlichkeit, auf deren Erfüllung sich der gesetzliche Vertreter gemäß § 181 letzter Halbsatz BGB berufen könnte, während der Minderjährigkeit des Empfängers nicht entsteht. Die Vertragsbeteiligten haben die Schenkung unter die aufschiebende Bedingung bzw. Befristung gestellt, dass die Beteiligte zu 2) das 18. Lebensjahr vollendet. Ein bedingtes Rechtsgeschäft ist zwar tatbestandlich beendet und voll gültig, jedoch bleiben seine Rechtswirkungen bis zum Eintritt oder Ausfall der Bedingung in der Schwebe (BGH, NJW 1994, 3228, Ellenberger a.a.O. Einf. vor § 158 Rdn. 8). Bis zum Erreichen der Volljährigkeit erlangt die Beteiligte zu 2) demnach aus dem Schenkungsvertrag keinen Anspruch auf Eigentumsübertragung. Ein Anlass, sie vor der Anwendung des § 181 letzter Halbsatz zu schützen, besteht deshalb nicht.

b) Ein rechtlicher Nachteil bereits aus dem Übertragungsvertrag vom 27. Januar 2010 ergibt sich für die Beteiligte zu 2) jedoch daraus, dass sie gemäß § 4 Abs. 2 des Vertrages im Innenverhältnis zu der Beteiligten zu 1) vom Tage ihres 18. Geburtstags an (Zeitpunkt der Übergabe) mit sämtlichen Rechten und Pflichten in das Mietverhältnis eintreten soll. Dies begründet zwar nicht eine Auswechslung der Vertragspartei mit Wirkung gegenüber der Mieterin, aber jedenfalls einen Freistellungsanspruch der Beteiligten zu 1) wegen sämtlicher aus dem Mietverhältnis entstehenden Pflichten. Diese Verpflichtung entsteht unabhängig von dem dinglichen Rechtserwerb der Beteiligten zu 2) und ist auch im Übrigen nicht auf den Umfang des zu erwerbenden Vermögensgegenstands beschränkt.

Der Umstand, dass die Schenkung und die Verpflichtung aus § 4 Abs. 2 des Übertragungsvertrags unter der aufschiebenden Bedingung der Volljährigkeit der Beteiligten zu 2) vereinbart sind, ändert nichts an der Qualifizierung des § 4 Abs. 2 als rechtlich nachteilig und an der daraus folgenden fehlenden Vertretungsberechtigung der Beteiligten zu 1) und des Vaters der Beteiligten zu 2). Die teleologische Reduktion der §§ 181, 1795 BGB auf Geschäfte, die dem Vertretenen nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erbringen, geht nicht so weit, dass der Minderjährige nur vor solchen Rechtsgeschäften zu schützen wäre, die ihm einen rechtlichen Nachteil noch während seiner Minderjährigkeit bringen. Der zu verhindernde Interessenkonflikt

besteht in gleicher Weise, wenn die Folgen des Rechtsgeschäfts – die ohne sein weiteres Zutun und insbesondere ohne seine Genehmigung eintreten - den vertretenen Minderjährigen erst später, nach Erreichen der Volljährigkeit treffen sollen.

2.

Der Notarvertrag vom 27. Januar 2010 bedarf auch der familiengerichtlichen Genehmigung gemäß § 1643 Abs. 1 BGB. Dieser begründet ein Genehmigungserfordernis zu Rechtsgeschäften der Eltern für das Kind in den Fällen, in denen nach § 1821 BGB und nach § 1822 Nr. 1, 3, 5, 8 bis 11 ein Vormund der Genehmigung bedarf.

a) Eine Genehmigungspflicht ergibt sich hier entgegen der Ansicht des Grundbuchamts nicht bereits aus § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Nach dieser Vorschrift bedarf der Vormund zur Verfügung über ein Grundstück der Genehmigung des Familiengerichts. Eine Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, durch das der Verfügende unmittelbar auf ein subjektives Recht einwirkt, durch das also ein subjektives Recht entweder auf einen Dritten übertragen oder mit einem Recht belastet oder sonst in seinem Inhalt verändert wird (vgl. statt aller Engler in Staudinger, BGB, § 1821 Rdn. 39). Ungeachtet des Wortlauts in § 2 des Notarvertrages („überträgt“) enthält dieser nicht eine Verfügung über das Grundstückseigentum, sondern allein das schuldrechtliche Grundgeschäft. Die dingliche Übertragung und damit die Verfügung haben die Vertragsparteien, wie sich aus § 12 ergibt, sich für eine gesonderte Urkunde nach Erlangung der Volljährigkeit der Beteiligten zu 2) vorbehalten.

Auch die einzutragende Vormerkung selbst bedarf nicht der Genehmigung nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei der Vormerkung bereits um eine Grundstücksbelastung im weiteren Sinne handelt, die einer Verfügung über das Grundstück gleichzusetzen ist. Nach h.M. bedarf der Vormund zur Bewilligung der Eintragung einer Eigentumsverschaffungsvormerkung der Genehmigung des Familiengerichts (OLG Oldenburg, DNotZ 1971, 484, OLG Celle, RPfleger 1980, 187; OLG Frankfurt, FGPrax 1997, 84; Demharter, GBO, 27. Aufl., Anhang zu § 44 Rdn. 92). Dies gilt jedoch nur für Vormerkungen, die zu Lasten des Mündels bei dessen Grundstück eingetragen werden sollen, nicht hingegen für eine Vormerkung zu dessen Gunsten. Denn § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB dient dem Schutz des als besonders sicher und wertbeständig angesehenen Grundvermögens des Mündels (Diederichsen in Palandt a.a.O. § 1821 Rdn. 6, Engler a.a.O. § 1821 Rdn. 81). Die Vormerkung soll hier nicht an dem Eigentum der Beteiligten zu 2), sondern zu ihren Gunsten an dem Eigentum der Beteiligten zu 1) eingetragen werden.

b) Allerdings ist der Vertrag gemäß § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB genehmigungspflichtig. Danach bedarf der Vormund zu einem Vertrag, der auf den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks gerichtet ist, der Genehmigung des Familiengerichts. Trotz der von den Vertragsparteien gemäß § 2 des Notarvertrages intendierten Schenkung ist die versprochene Eigentumsübertragung nicht als unentgeltlich anzusehen. Entgelt im Sinne des § 1821 Nr. 5 BGB ist jede Gegenleistung, die der Erwerber zu erbringen hat; auf die Art der Gegenleistung kommt es nicht an. Da die Beteiligte zu 2) in § 4 Abs. 2 des Vertrages die Verpflichtung übernommen hat, die Beteiligte zu 1) im Innenverhältnis unabhängig von dem Zeitpunkt ihres Eigentumserwerbs und des gesetzlichen Vertragseintritts nach § 566 BGB von sämtlichen Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis freizustellen, hat sie der Beteiligten zu 1) eine geldwerte Leistung versprochen, die sich nicht nur als eine Beschränkung des Vermögenserwerbs darstellt. Auch wenn diese Gegenleistung voraussichtlich hinter dem Wert des zu erwerbenden Grundstücks zurückbleiben dürfte, handelt es sich allenfalls um eine gemischte Schenkung, die als entgeltlich ebenfalls genehmigungsbedürftig ist (vgl. Diederichsen a.a.O. § 1821 Rdn. 15; Engler a.a.O. § 1821 Rdn. 88).

## II.

Da der Beteiligten zu 1) und dem Vater der Beteiligten zu 2) nach den Ausführungen zu I. die Vertretungsmacht für den Abschluss des Schenkungsvertrages im Namen der Beteiligten zu 2) fehlte, ist der Vertrag bis zu einer Genehmigung entweder durch die Beteiligte zu 2) nach Erlangung der Volljährigkeit oder durch einen noch zu bestellenden Ergänzungspfleger in Verbindung mit der einzuholenden familiengerichtlichen Genehmigung oder aber bis zu einer Verweigerung der Genehmigung schwebend unwirksam. Dies steht allerdings einer Eintragung der beantragten Eigentumsverschaffungsvormerkung ebenso wenig entgegen wie der Umstand, dass die Rechtswirkungen des Schenkungsversprechens erst mit der Volljährigkeit der Beteiligten zu 2) eintreten sollen.

Gemäß § 883 Abs. 1 S. 2 BGB ist die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig. Allerdings genießen solche Ansprüche nur dann Vormerkungsschutz, wenn für die künftige Gestaltung des Anspruchs nicht lediglich eine bloße mehr oder weniger aussichtsreiche tatsächliche Möglichkeit besteht, sondern bereits eine feste, die Gestaltung des Anspruchs bestimmende Grundlage (Rechtsboden) vorhanden ist (BGH, NJW 2002, 2461; Senat RPfleger 1992, 243). Schwebend unwirksame Ansprüche werden hinsichtlich der Vormerkungsfähigkeit wie künftige Ansprüche behandelt (BayObLG, DNotZ 1990, 297; Senat, RPfleger 1992, 243; Schöner/Stöber, a.a.O., Rdn. 1490). Für diese gilt zusätzlich, dass eine vorläufige Bindung des Verpflichteten bestehen muss, die dieser nicht einseitig beseitigen kann (BayObLG, RPfleger 1977, 361 ; Demharter a.a.O., Anh. §44 Rdn. 95; Ertl, RPfleger 1977, 349; Bassenge in Palandt a.a.O. § 883 Rdn.15, Schöner/Stöber a.a.O. Rdn. 1489). Dafür ist ausreichend – wenn auch nicht erforderlich -, dass die Entstehung des vorzumerkenden Anspruchs nur noch von dem Willen des künftigen Berechtigten abhängt (BGH, NJW 2002, 213, BayObLG, DNotZ 1990, 297), wobei nach dem Sinn und Zweck bei einem minderjährigen Berechtigten auf den Willen der Vertretungsberechtigten abzustellen ist.

Danach ist die für die Beteiligte zu 2) beantragte Eigentumsverschaffungsvormerkung bereits eintragungsfähig. Der Übertragungsvertrag bietet eine hinreichend bestimmte Grundlage für den vorzumerkenden Anspruch. Die Entstehung eines Erwerbsanspruchs der Beteiligten zu 2) hängt außer von dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung (Volljährigkeit) nur noch davon ab, ob der zu bestellende Pfleger und das Familiengericht den schuldrechtlichen Vertrag vom 27. Januar 2010 genehmigen. Für die Beteiligte zu 1) besteht bereits eine rechtliche Bindung, denn sie hat sich keine Lösungsmöglichkeiten vom Vertrag vorbehalten, sondern im Gegenteil sogar bereits eine unwiderrufliche Vollmacht zur Erklärung der Auflassung erteilt. Auch Sinn und Zweck der Genehmigungserfordernisse nach §§ 1643, 1821 BGB stehen einer rechtlichen Bindung der Beteiligten zu 1) nicht entgegen, denn diese Genehmigungserfordernisse dienen allein dem Schutz der Beteiligten zu 2).