

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 8 Abs. 3, 9a Abs. 1; BGB §§ 307, 309 Nr. 2, 650u; MaBV § 3 – Ausschluss der Rechte als „werdender Wohnungseigentümer“ im Bauträgervertrag; Allgemeine Geschäftsbedingungen

BGB § 1767 – Volljährigenadoption eines Geschäftsunfähigen; Vertretung bei Antragstellung; Bestellung eines Ergänzungsbetreuers; Genehmigungserfordernis

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB § 1821 Abs. 1 Nr. 1; GBO § 19 – Überlassung eines Grundstücks unter Nießbrauchvorbehalt; (kein) Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung

BrBG § 6 Abs. 2 S. 1; GBO § 29; BGB § 129 – Beglaubigung von Unterschriften durch die Betreuungsbehörde; transmortale Vollmacht

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### WEG §§ 8 Abs. 3, 9a Abs. 1; BGB §§ 307, 309 Nr. 2, 650u; MaBV § 3

#### Ausschluss der Rechte als „werdender Wohnungseigentümer“ im Bauträgervertrag; Allgemeine Geschäftsbedingungen

##### I. Sachverhalt

Ein Bauträger wünscht in den für eine Wohnungseigentumsanlage abzuschließenden Bauträgerverträgen die Aufnahme einer Regelung dahingehend, dass die jeweiligen Erwerber ihre Rechte, die ihnen als „werdende Wohnungseigentümer“ gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft zustehen – insbesondere das Stimmrecht in der Eigentümerversammlung – erst ausüben können, wenn der Kaufpreis vollständig gezahlt ist.

##### II. Frage

Verstößt eine solche Regelung gegen die Bestimmungen des § 9a Abs. 1 S. 2 WEG i. V. m. § 8 Abs. 3 WEG oder gegen AGB-Recht?

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Hintergrund der Regelung

Nach der bis zum 30.11.2020 geltenden Rechtslage entstand die Wohnungseigentümergeinschaft bei einer Teilung gem. § 8 WEG grundsätzlich erst mit der Umschreibung mindestens einer Wohnungseigentumseinheit auf einen neuen Eigentümer und damit – insbesondere bei Bauträgerprojekten – in der Regel zu einem sehr späten Zeitpunkt. Nach der Neuregelung in § 9a Abs. 1 S. 2 WEG durch das WEMoG (BGBl. Teil I v. 22.10.2020, S. 2187) und der damit verbundenen Anerkennung der Ein-Personen-Gemeinschaft ist das Konstrukt der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft obsolet geworden (Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rn. 286; Dötsch/Schultzky/Zscheschack, WEG-Recht 2021, Kap. 2 Rn. 1; MünchKommBGB/Burgmair, 8. Aufl. 2021, § 9a WEG Rn. 26; BeckOGK/

Falkner, Std.: 1.12.2020, § 9a WEG Rn. 72; BeckOK-WEG/Müller, Std.: 2.4.2021, § 9a Rn. 61). Der Zeitpunkt der Entstehung der Gemeinschaft ist damit auf den Zeitpunkt der Anlegung der Wohnungsgrundbücher (im Vergleich zum alten Recht) nach vorne verlagert worden. § 9a Abs. 1 S. 2 WEG sagt jedoch nichts darüber aus, ob und gegebenenfalls ab welchem Zeitpunkt einen Erwerber, auf den das Wohnungseigentum im Grundbuch noch nicht umgeschrieben wurde, Rechte und Pflichten nach dem WEG treffen (Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 73). Diese Frage hat der Gesetzgeber nunmehr in § 8 Abs. 3 WEG geregelt. Danach gilt ein Erwerber, der einen vormerkungsgesicherten Anspruch auf Übertragung von Wohnungseigentum gegen den teilenden Eigentümer hat, **im Innenverhältnis als Wohnungseigentümer**, sobald ihm der **Besitz** an den zum Sondereigentum gehörenden Räumen **übergeben** wurde. Die Rechtsverhältnisse der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu Dritten wird durch diese Rechtsfigur nicht berührt (Dötsch/Schultzky/Zscheschack, Kap. 2 Rn. 39).

Der BGH hatte das Institut der „werdenden Wohnungseigentümergeinschaft“ vor der WEG-Reform entwickelt, um dem „Demokratisierungsinteresse“ der Erwerber Rechnung zu tragen (BGH DNotZ 2008, 649; NJW 2012, 2650; DNotZ 2016, 522, zuletzt auch DNotZ 2020, 842 zum „Nachzüglerfall“). Die neu errichtete Wohnanlage muss üblicherweise bereits ab dem Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit bzw. der Übergabe der verkauften Wohnungen bewirtschaftet und verwaltet werden. Nach Auffassung der Rechtsprechung sollte dies sinnvollerweise nicht allein dem Veräußerer überlassen bleiben, sondern unter Mitwirkung der künftigen Eigentümer erfolgen (BGH DNotZ 2020, 842 Rn. 15). Bei der Regelung des § 8 Abs. 3 WEG handelt es sich insofern um eine Kodifizierung von Richterrecht (Wicke, ZWE 2021, 21, 25; Palandt/Wicke, BGB, 80. Aufl. 2021, § 8 WEG Rn. 8; zur rechtspolitischen Rechtfertigung der Kodifizierung vgl. Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 290).

Auch wenn die systematische Stellung der Vorschrift (§ 8 WEG – Teilung durch den Eigentümer – sachenrechtliche Ebene) etwas anderes suggeriert, ändert sich für den werdenden Wohnungseigentümer die sachenrechtliche Zuordnung nicht. Vielmehr wird der üblicherweise mit der sachenrechtlichen Zuordnung verbundene Status als Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft zeitlich nach vorne verlagert (vgl. Hügel/Elzer, § 8 Rn. 83).

## 2. Rechte und Pflichten als werdender Wohnungseigentümer

Mit der Stellung als „werdender“ Wohnungseigen-

tümer gehen sowohl Rechte als auch Pflichten einher. Der werdende Wohnungseigentümer hat ab dem in § 8 Abs. 3 WEG bestimmten Zeitpunkt die **Lasten und Kosten** gem. § 16 Abs. 2 WEG zu tragen und die Pflichten nach § 14 WEG zu erfüllen. Im Gegenzug kann er die Verwaltungsrechte nach §§ 18 ff. WEG ausüben, namentlich insbesondere auch das **Stimmrecht** in der Versammlung der Wohnungseigentümer (vgl. zu den weiteren Rechtsfolgen im Einzelnen: Dötsch/Schultzky/Zscheschack, Kap. 2 Rn. 36). Die Rechtsfolge entspricht der gesetzlichen Regelung im Kaufrecht zum Besitz-Nutzen-Lasten-Übergang in § 446 S. 2 BGB (Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 287). § 8 Abs. 3 WEG verlagert diese Rechtsfolge auf die Ebene der Mitgliedschaft. Der Erwerber wird so behandelt, als ob er bereits als Wohnungseigentümer im Grundbuch eingetragen und damit Mitglied der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer geworden sei.

## 3. (Teilweiser) Ausschluss der Rechte

### a) Abdingbarkeit des § 8 Abs. 3 WEG

Teilweise wird vertreten, dass § 8 Abs. 3 WEG gänzlich **unabdingbar** sei (v. Türckheim, notar 2021, 1, 8; wohl auch LG Frankfurt a.M. NJW-RR 2021, 206). Dies scheint trotz des in § 10 Abs. 1 S. 2 WEG niedergelegten Grundsatzes der Abdingbarkeit überzeugend, da es sich bei der Regelung letztlich um eine gesetzliche Fiktion bzgl. der Wirkungen der Mitgliedschaft handelt, die vor allem dem Schutz des Erwerbers dient und damit zwingenden Charakter haben dürfte.

### b) Unwirksamkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Vorliegend dürfte sich die Unwirksamkeit ohnehin jedenfalls aus § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben. Im vorliegenden Fall handelt es sich – wie regelmäßig beim Bauträgervertrag – um Allgemeine Geschäftsbedingungen (vgl. zum Beweis des ersten Anscheins für Allgemeine Geschäftsbedingungen beim Bauträgervertrag jüngst OLG Schleswig DNotZ 2021, 179, bereits in diese Richtung auch BGH DNotZ 1993, 235). Durch die Regelung sollen lediglich die Rechte, die dem werdenden Wohnungseigentümer zustehen (insbesondere das Stimmrecht), beim veräußernden Bauträger verbleiben. Die Pflichten des werdenden Wohnungseigentümers möchte dieser hingegen nicht übernehmen. Denn der Bauträger wird in der Praxis regelmäßig an Letzterem kein Interesse haben, da dies mit einer Kostentragungspflicht auch nach Übergabe des Sondereigentums gem. § 16 Abs. 2 WEG einhergehen würde.

Auch wenn wir zur AGB-rechtlichen Zulässigkeit keine ausdrücklichen Stellungnahmen in der Literatur oder Rechtsprechung finden konnten, halten wir es für

überwiegend wahrscheinlich, dass ein Gericht eine entsprechende Regelung als **unangemessene Benachteiligung** i. S. d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ansehen würde. Denn diese ist gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Welche Vorschriften insofern Leitbildcharakter haben, was also zum wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung gehört, hängt vom Zweck der Regelung und der durch sie getroffenen Wertentscheidung ab (Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, § 307 Rn. 114).

Der Grundgedanke der Rechtsprechung zum werdenden Wohnungseigentümer (und damit auch der Kodifizierung in § 8 Abs. 3 WEG) liegt – wie oben dargestellt – darin, dem künftigen Wohnungseigentümer die Möglichkeit zu geben, seine Rechte als Wohnungseigentümer bereits auszuüben, bevor er als solcher im Grundbuch eingetragen ist. Im Sinne einer „Demokratisierung“ soll gewährleistet werden, dass nicht der aufteilende Eigentümer alleine über das weitere Schicksal der Gemeinschaft bestimmen kann, obwohl die Rechtsfolgen alleine die künftigen Wohnungseigentümer treffen.

Wird im Bauträgervertrag keine Regelung getroffen, so gehen mit der Übergabe auch die Nutzungen auf den Käufer über und er trägt die Lasten der Sache (Esbjörnsson, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 2 Rn. 224). Zu den Nutzungen gem. § 100 BGB gehört unter anderem auch das Stimmrecht des Wohnungseigentümers (KG OLGZ 1979, 290; Palandt/Ellenberger, § 100 Rn. 1; BeckOK-BGB/Fritzsche, Std.: 1.11.2020, § 100 Rn. 8; MünchKommBGB/Stressemann, 8. Aufl. 2018, § 100 Rn. 3; Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 287). Eine Regelung dahingehend, dass der werdende Wohnungseigentümer zwar die Kosten und Lasten des Wohnungseigentums tragen soll, hieraus aber keine Rechte ausüben kann, stellt dementsprechend eine **einseitige Modifikation des § 446 S. 2 BGB** zu Lasten des Verbrauchers dar. § 446 S. 2 BGB findet zwar im Werkvertragsrecht keine unmittelbare Anwendung, § 644 BGB enthält jedoch nur eine abweichende Regelung von § 446 S. 1 BGB zur Gefahrtragung, sodass der in § 446 S. 2 BGB niedergelegte Rechtsgedanke des Kaufrechts auch im Bauträgervertragsrecht Anwendung findet (Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 3 Rn. 121; Esbjörnsson, in: Beck'sches Notar-Handbuch, § 2 Rn. 224), zumal es sich beim Bauträgervertrag ohnehin um einen gemischttypischen Vertrag handelt, der sowohl kauf- als auch werkvertragliche Elemente enthält (BeckOGK-BGB/Matkovic, Std.: 1.4.2020, § 650u Rn. 1).

Gleichzeitig vermögen wir ein **berechtigtes Interesse des Bauträgers** an einer solchen Regelung, das man zu seinen Gunsten für eine Angemessenheit i. S. d. § 307 Abs. 1 BGB anführen könnte, **nicht zu erkennen**. Man muss sich vielmehr vor Augen führen, dass es dem Bauträger aller Wahrscheinlichkeit nach darum geht, ein „Druckmittel“ in die Hand zu bekommen, dass der Käufer den Kaufpreis vollständig zahlt. Ausgangspunkt der Problematik ist § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 MaBV, wonach der Bauträger im Rahmen eines Bauträgervertrags die Schlussrate erst nach vollständiger Fertigstellung entgegennehmen darf. Eine vollständige Fertigstellung liegt erst dann vor, wenn sämtliche Protokollmängel beseitigt sind (KG DNotZ 2019, 634). Diese Fälligkeitsregelung der MaBV soll dem Erwerber ermöglichen, sich gegenüber dem Bauträger auf Minderungs- bzw. Leistungsverweigerungsrechte berufen zu können (OLG Hamburg BeckRS 2020, 29306 Rn. 70) und nicht den beschwerlichen Rechtsweg eines Rechtsstreits auf Rückzahlung des Kaufpreises oder eines Kaufpreisanteils gehen zu müssen. In jüngster Vergangenheit hat die Rechtsprechung deshalb insbesondere Regelungen für unwirksam gehalten, wonach der Erwerber verpflichtet wird, die Schlussrate unabhängig vom Vorliegen von Mängeln auf ein Notaranderkonto zu bezahlen (OLG Schleswig NZBau 2020, 371; OLG Hamburg BeckRS 2020, 29306; KG DNotZ 2019, 634; RNotZ 2020, 178). Diese Fälle sind mit dem vorliegenden Fall zwar nur begrenzt vergleichbar, sie zeigen aber, dass die Rechtsprechung Regelungen grundsätzlich kritisch sieht, die dem Erwerber faktisch die Möglichkeit nehmen, sein Leistungsverweigerungsrecht gem. § 320 BGB geltend zu machen. Dann steht nicht nur ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 BGB, sondern auch gegen § 309 Nr. 2 lit. a) BGB im Raum.

Einen Verstoß gegen § 309 Nr. 2 lit. a) BGB wird man vorliegend zwar nicht bejahen können, da dem Erwerber die (rechtliche) Möglichkeit, sich auf das Leistungsverweigerungsrecht gem. § 320 BGB zu berufen, nicht genommen oder eingeschränkt wird. Dem Bauträger wird aber ein Druckmittel in die Hand gegeben, dass der Erwerber von diesem Leistungsverweigerungsrecht keinen Gebrauch macht. Ob man dies für einen Verstoß gegen § 309 Nr. 2 lit. a) BGB genügen lässt, kann vorliegend dahinstehen. Der Erwerber wäre nämlich bis zur Zahlung der Schlussrate „stimmrechtslos“ gestellt, was mit dem Grundgedanken des § 8 Abs. 3 WEG nicht zu vereinbaren wäre, sodass jedenfalls ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vorliegen dürfte. Demzufolge wird eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 Abs. 1 BGB indiziert (vgl. BGH NJW 2009, 2051; Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 Rn. 104).

### c) Ergebnis

Wir gehen davon aus, dass § 8 Abs. 3 WEG nicht abdingbar ist. Ein (einseitiger) Ausschluss zulasten des Erwerbers im Bauträgervertrag hält jedenfalls einer AGB-Inhaltskontrolle nicht stand.

---

## BGB § 1767

### Volljährigenadoption eines Geschäftsunfähigen; Vertretung bei Antragstellung; Bestellung eines Ergänzungsbetreuers; Genehmigungserfordernis

---

#### I. Sachverhalt

Das leibliche Kind der Ehefrau soll von deren Ehemann adoptiert werden (Stiefkindadoption). Das anzunehmende Kind ist volljährig, aber geschäftsunfähig. Die leibliche Mutter des Kindes ist dessen gerichtlich bestellte Betreuerin. Ersatzbetreuer ist der Stiefvater, der das Kind adoptieren möchte.

#### II. Fragen

1. Kann der gerichtlich bestellte Betreuer eines volljährigen Geschäftsunfähigen für den Betreuten wirksam die Einwilligung in dessen Adoption (mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption) durch den Stiefvater erteilen?
2. Bedarf der Adoptionsantrag der Genehmigung durch das Betreuungsgericht?
3. Kann die Mutter des Anzunehmenden, die auch dessen gerichtlich bestellte Betreuerin ist, diesen bei der Abgabe der Einwilligungserklärung wirksam vertreten, ohne dass es der Bestellung eines Ergänzungsbetreuers bedarf?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Vorbemerkung

Zunächst bleibt kurz darauf hinzuweisen, dass es im Rahmen der Volljährigenadoption zwei Formen gibt, die unterschieden werden müssen: die „normale“ **Volljährigenadoption** i. S. d. §§ 1767 ff. BGB mit **schwachen Wirkungen** sowie die Volljährigenadoption **mit den Wirkungen der Minderjährigennahme** (§ 1772 BGB). Letztere ist nur unter den in § 1772 BGB geregelten, besonderen Voraussetzungen zulässig und hätte zur Folge, dass der Anzunehmende – wie im Falle der Minderjährigenadoption – vollständig in die Familie des Stiefvaters integriert würde, während das Verwandtschaftsverhältnis zum leiblichen Vater und dessen Verwandten erlöschen würde (vgl. § 1772 BGB i. V. m. §§ 1754 Abs. 1, 1755 Abs. 1, 2 BGB; als Stiefkindadoption blieben die Verwandtschaftsbeziehungen

zur leiblichen Mutter und deren Verwandten bestehen). Da folglich die Verwandtschaftsbeziehungen zu den leiblichen Verwandten – vorliegend nur zu dem leiblichen Vater – betroffen sind, ist nach § 1772 Abs. 1 S. 2 BGB der Ausspruch einer Volljährigenadoption mit den Wirkungen der Minderjährigenadoption nur zulässig, wenn der Adoption nicht die überwiegenden Interessen der Eltern – vorliegend nur des leiblichen Vaters – des Anzunehmenden entgegenstehen. Im Adoptionsverfahren sind daher zwingend die Interessen des leiblichen Vaters zu berücksichtigen und dieser zudem am Verfahren zu beteiligen (§ 188 Abs. 1 Nr. 1b FamFG).

Soll lediglich ein Verwandtschaftsverhältnis zum Stiefvater hergestellt werden, ohne dass eine Verwandtschaftsbeziehung auch zu dessen Verwandten entstehen soll und ohne dass die Verwandtschaftsbeziehung zum leiblichen Vater beendet werden soll, wäre demgegenüber eine „normale“ Volljährigenadoption i. S. v. § 1767 BGB ausreichend. Voraussetzung wäre dann nur, dass die Annahme sittlich gerechtfertigt ist. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist (vgl. § 1767 Abs. 1 BGB).

Vor Antragstellung muss daher ggf. mit den Beteiligten geklärt werden, ob wirklich eine Volljährigenadoption mit den Wirkungen der Minderjährigenadoption durchgeführt werden soll oder eine „normale“ Volljährigenadoption genügen würde.

##### 2. Vertretung bei Antragstellung

Die Volljährigenadoption erfolgt in jedem Fall gem. § 1768 Abs. 1 S. 1 BGB durch Beschluss des Familiengerichts. Erforderlich sind hierfür Anträge des Annehmenden und des Anzunehmenden, die notariell beurkundet werden müssen (vgl. § 1767 Abs. 2 i. V. m. § 1752 Abs. 2 S. 2 BGB).

Ist der Anzunehmende – wie im vorliegenden Fall – **geschäftsunfähig** i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB, muss für diesen der **Antrag** gem. § 1768 Abs. 2 BGB durch seinen **gesetzlichen Vertreter gestellt** werden. Gesetzlicher Vertreter des Volljährigen ist sein Betreuer (§§ 1896, 1902 BGB) im Rahmen des ihm übertragenen Aufgabenkreises. Ob der Aufgabenkreis des Betreuers im vorliegenden Fall den Antrag umfasst, ist Tatfrage.

Möchte der gesetzliche Vertreter den von ihm vertretenen selbst annehmen, muss nach überwiegender Ansicht der Kommentarliteratur ein Ergänzungspfleger i. S. v. § 1909 BGB bestellt werden, da sie dies als unzulässiges In-sich-Geschäft i. S. d. §§ 1795

Abs. 2, 181 BGB einordnet (so Staudinger/Helms, BGB, 2019, § 1768 Rn. 4; NK-BGB/Dahm, 4. Aufl. 2021, § 1768 Rn. 2; Palandt/Götz, BGB, 80. Aufl. 2021, § 1768 Rn. 2). Für den Betreuer, auf den die Vertretungsverbote der §§ 1795 Abs. 2, 181 BGB über § 1908i Abs. 1 S. 1 entsprechend Anwendung finden, dürfte dies ebenfalls gelten. Möchte der **Betreuer** selbst den **Betreuten annehmen**, bedürfte es somit der **Bestellung eines Ergänzungsbetreuers** i. S. v. § 1899 Abs. 4 BGB.

Im vorliegenden Fall besteht jedoch die Besonderheit, dass der Stiefvater, der die Adoption vornehmen will, nicht primärer gesetzlicher Vertreter (Hauptbetreuer) des Geschäftsunfähigen ist, sondern lediglich Ergänzungsbetreuer. Daher könnte die Mutter, die Hauptbetreuerin ist, möglicherweise den Geschäftsunfähigen bei der Antragstellung vertreten. Wenn die h. M. in der Literatur aber in Bezug auf den Annehmenden ein Vertretungsverbot i. S. d. §§ 1795 Abs. 2, 181 BGB bejaht, dürfte für dessen **Ehegatten** (hier: Kindesmutter) das **Vertretungsverbot des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB** eingreifen, das über § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB entsprechende Anwendung findet. Aus Sicht der Betreuerin (Kindesmutter) läge bei dem Antrag ein Rechtsgeschäft mit ihrem Ehegatten vor, bei dem sie den Betreuten (ihr Kind) vertreten will (§ 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

Nach unserer Auffassung ist daher davon auszugehen, dass für die Antragstellung die Bestellung eines (weiteren) Ergänzungsbetreuers für das volljährige Kind erforderlich ist, da sowohl die Mutter als auch der Stiefvater von der Vertretung des Anzunehmenden ausgeschlossen sind.

### 3. Erfordernis einer Genehmigung?

Ein Genehmigungserfordernis für die Antragstellung durch den gesetzlichen Vertreter sieht § 1768 Abs. 2 BGB nicht vor. Auch ansonsten ist **kein Genehmigungserfordernis** hierfür ersichtlich.

Dies erscheint aus unserer Sicht auch überzeugend, da die beantragte Adoption ohnehin umfassend durch das Familiengericht zu prüfen ist. Sie wird nur dann durch Beschluss ausgesprochen, wenn die gesetzlich geregelten materiellen und formellen Voraussetzungen der Adoption vorliegen, das Gericht also insbesondere davon überzeugt ist, dass die Adoption dem Wohl des Anzunehmenden entspricht und diese auch sittlich gerechtfertigt ist (vgl. § 1767 Abs. 1 BGB). Im Falle einer Volljährigenadoption mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption müssen – wie unter 1. ausgeführt – zusätzlich die besonderen Voraussetzungen des § 1772 BGB erfüllt sein.

## 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.

**WEG §§ 12, 26 Abs. 3, 23 Abs. 3; MaßnG-GesR § 6 Abs. 1**

**Verwalternachweis bei der Verwalterbestellung mittels Umlaufbeschluss; Wiederaufleben der Verwalterbestellung; Covid-19-Gesetz**

Abruf-Nr.:

**BGB § 1602**

**Obliegenheit zur Vermögensverwertung betreffs einer vom erstverstorbenen Elternteil erlangten Erbschaft vor Inanspruchnahme des überlebenden Elternteils auf Kindesunterhalt**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB § 1821 Abs. 1 Nr. 1; GBO § 19**

**Überlassung eines Grundstücks unter Nießbrauchvorbehalt; (kein) Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung**

**Die Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Grundpfandrechts im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb eines Minderjährigen ist jedenfalls dann nicht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungsbedürftig, wenn sich die Belastung bei wirtschaftlicher Betrachtung als Teil des Erwerbsvorgangs darstellt und die Auflassung und die dingliche Einigung über die Belastung gleichzeitig erfolgen; die Belastung bedarf nicht deshalb der familiengerichtlichen Genehmigung, weil ihre Eintragung in das Grundbuch erst nach Umschreibung des Eigentums an dem Grundstück bewilligt und beantragt wird.**

BGH, Beschl. v. 11.3.2021 – V ZB 127/19

### Problem

In einem notariell beurkundeten Vertrag wurde die Auflassung eines Miteigentumsanteils an einem in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstück an einen Minderjährigen erklärt. Die Übertragende behielt sich dabei

sowohl den Nießbrauch als auch das Recht vor, unter bestimmten Voraussetzungen die Rückübertragung zu verlangen. Die Eintragungsanträge durften auch getrennt gestellt werden. Die Beteiligten beantragten zunächst ausschließlich die Umschreibung des Eigentums, während der Antrag auf Eintragung des Nießbrauchs aufgrund eines Versehens unterblieb und erst knapp sechs Monate nach Eigentumsumschreibung gestellt wurde. Das Grundbuchamt kam den Antrag nicht nach, sondern machte die Eintragung des Nießbrauchs von der Vorlage einer familiengerichtlichen Genehmigung abhängig. Dagegen richteten sich die Beteiligten mit einer Beschwerde und beantragten im Beschwerdeverfahren darüber hinaus die Eintragung der Rückauflassungsvormerkung. Das Kammergericht wies die Beschwerde ab und ließ die Rechtsbeschwerde zu, so dass der BGH über den Fall zu entscheiden hatte.

### Entscheidung

Der BGH hält die Rechtsbeschwerde für zulässig und begründet. In Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung führt der BGH hierzu aus, dass die Bestellung eines Nießbrauchs der **familiengerichtlichen Genehmigung nicht bedürfe**, wenn sie im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Grundstücks – bzw. eines Miteigentumsanteil an einem Grundstück – stehe und bei wirtschaftlicher Betrachtung als **Teil des Erwerbsvorgangs** einzuordnen sei. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB greife dann nach seinem Sinn und Zweck, dem Minderjährigen vorhandenen Grundbesitz als eine besonders wertvolle Art seines Vermögens zu erhalten, nicht ein. Denn der Minderjährige erwerbe von vornherein nur belastetes Eigentum.

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall wurde die Auflassung mit der dinglichen Einigung über die Belastung verknüpft, es bestanden jedoch zwei Besonderheiten: Erstens durften die Eintragungsanträge auch getrennt gestellt werden und zweitens erfolgte der Antrag auf Eintragung des Nießbrauchs erst mehrere Monate nach Eigentumsumschreibung, so dass der Minderjährige das Eigentum zunächst unbelastet erwarb. Das Beschwerdegericht lehnte deshalb einen hinreichenden Zusammenhang zwischen Eigentumserwerb und Belastung ab.

Der BGH folgt dieser Einschätzung nicht. Genehmigungsbedürftig könne stets allein das dingliche Rechtsgeschäft sein, nicht aber die verfahrensrechtlichen Erklärungen. **Maßgeblicher Zeitpunkt** für die Beurteilung der Genehmigungsbedürftigkeit und somit für das Vorliegen eines hinreichenden Zusammenhangs zwischen Eigentumserwerb und Belastung könne daher nur der **Zeitpunkt der dinglichen Einigung** sein. Sei

zu diesem Zeitpunkt die dingliche Einigung über die Belastung nicht genehmigungsbedürftig, etwa aufgrund ihrer Verknüpfung mit dem Erwerb eines Grundstücks, so könne der Ablauf des Grundbuchverfahrens eine Genehmigungsbedürftigkeit nicht begründen. Es sei daher weder das gemeinsame Stellen der Grundbuchanträge noch ein zeitnahe Vollzug der Anträge noch die Eintragung des Nießbrauchs vor Eigentumsumschreibung erforderlich.

Diese Grundsätze sind nach dem BGH auch hinsichtlich des vorbehaltenen Rückforderungsrechts anzuwenden. Die Verpflichtung zur Rückübertragung sei daher ebenfalls Teil des Erwerbsvorgangs und bedürfe somit nicht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB der Genehmigung. Ausdrücklich offen ließ der BGH hingegen, ob ein die Genehmigungsbedürftigkeit ausschließender Zusammenhang zwischen Eigentumserwerb und Belastung auch dann zu bejahen gewesen wäre, wenn sich der Veräußerer den Nießbrauch lediglich schuldrechtlich vorbehalten hätte.

---

### BtBG § 6 Abs. 2 S. 1; GBO § 29; BGB § 129

#### Beglaubigung von Unterschriften durch die Betreuungsbehörde; transmortale Vollmacht

**1. Die Beglaubigung von Unterschriften auf Vorsorgevollmachten durch die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG genügt den Anforderungen des § 29 GBO.**

**2. Eine Vorsorgevollmacht im Sinne des § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG liegt auch dann vor, wenn sie im Außenverhältnis unbedingt erteilt worden ist und lediglich im Innenverhältnis nur für den Fall gelten soll, dass der Vollmachtgeber betreuungsbedürftig geworden ist.**

**3. Die Beglaubigungsbefugnis der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde nach § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG erstreckt sich auch auf Vorsorgevollmachten, die über den Tod hinaus gültig sein sollen.**

BGH, Beschl. v. 12.11.2020 – V ZB 148/19

### Problem

Eine Eintragung im Grundbuch erfordert gem. § 29 Abs. 1 S. 1 GBO, dass die Eintragungsbewilligung und alle sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Die Vollmachtserteilung zählt zu den sonstigen zu der Eintragung erforderlichen

Erklärungen (Demharter, GBO, 32. Aufl. 2021, § 29 Rn. 9 m. w. N.), sodass auch jede materiell-rechtlich formlos erteilbare Vollmacht für den Grundbuchverkehr mindestens der öffentlichen Beglaubigung bedarf.

Der BGH musste sich in seinem Beschluss v. 12.11.2020 mit der Frage befassen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine von einer Urkundsperson der Betreuungsbehörde beglaubigte Vorsorgevollmacht gem. § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG den Anforderungen von § 29 Abs. 1 S. 1 GBO genügt. § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG lautet: „Die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde ist befugt, Unterschriften oder Handzeichen auf Vorsorgevollmachten oder Betreuungsverfügungen öffentlich zu beglaubigen.“ Die verfahrensgegenständliche Vollmacht war – wie auch bei notariellen Vorsorgevollmachten üblich – im Außenverhältnis unbedingt und nur im Innenverhältnis auf den Vorsorgefall beschränkt. Zudem sollte sie auch über den Tod des Vollmachtgebers hinaus gelten.

Das OLG Köln verneinte in der Vorinstanz die Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörde für eine transmortale Vollmacht (FGPrax 2019, 255, 256). Es folgte kritischen Literaturstimmen zu einer Entscheidung des OLG Karlsruhe (FGPrax 2016, 10 m. Anm. Heine mann) und ging davon aus, dass eine amtliche Beglaubigung der Urkundsperson der Betreuungsbehörde keine öffentliche Beglaubigung i. S. v. § 29 Abs. 1 S. 1 GBO und § 129 BGB sei (a. A. wiederum OLG Karlsruhe FGPrax 2016, 10).

### Entscheidung

Der BGH schließt sich der Rechtsauffassung des OLG Karlsruhe an und hebt die Entscheidung des OLG Köln auf. Die Einfügung des Wortes „öffentlich“ in § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG stelle ausdrücklich klar, dass es sich bei der Norm um einen Beglaubigungstatbestand handele, der mit den Rechtswirkungen einer öffentlichen Beglaubigung ausgestattet und als Eintragungsgrundlage im Grundbuchverfahren geeignet sei. Die **Beglaubigungskompetenz** der Urkundsperson der **Betreuungsbehörde** erfasse allerdings **nur Vorsorgevollmachten**. Denn eine allgemeine Zuständigkeit zur Beglaubigung sei nicht begründet worden. Eine Kompetenz der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde, Unterschriften auf beliebigen Vollmachten – z. B. Generalvollmachten – zu beglaubigen, bestehe deshalb nicht.

Das Vorliegen einer Vorsorgevollmacht i. S. v. § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG – und damit die Beglaubigungskompetenz des beglaubigenden Organs – schließe allerdings nicht aus, dass eine Vollmacht **im Außenverhältnis un-**

**beschränkt** und **über den Tod des Vollmachtgebers hinaus** erteilt worden sei. Beide Ausgestaltungen seien im Hinblick auf den Sinn und Zweck **§ 6 Abs. 2 S. 1 BtBG** zulässig und von der Norm **erfasst**. Denn bei einer Vorsorgevollmacht, die auch im Außenverhältnis auf den Eintritt des Vorsorgefalls aufschiebend bedingt und nicht transmortal erteilt sei, müsste der Eintritt der Bedingung bzw. das Nichtversterben des Vollmachtgebers in grundbuchtauglicher Form nachgewiesen werden. Dies sei praktisch kaum umzusetzen, sodass der gesetzgeberische Zweck eine im Außenverhältnis unbeschränkte und über den Tod hinaus erteilte Vollmacht erfordere. Aus diesem Grunde sei § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG dahingehend auszulegen, dass die Beglaubigungskompetenz der Urkundsperson der Betreuungsbehörde auch solche Vollmachten erfasse.

Zwingend **erforderlich** sei jedoch, dass sich die **Beschränkung auf den Vorsorgefall im Innenverhältnis** aus der Vollmachtsurkunde selbst ergebe. Dieses Erfordernis sei erfüllt, wenn die Vollmacht erkennbar zur Vermeidung einer Betreuung erteilt werde. Indiz hierfür sei die Bezeichnung als „Vorsorgevollmacht“ oder die Erstreckung der Vertretungsmacht auf für den Vorsorgefall charakteristische Befugnisse wie die Einwilligung in ärztliche Behandlungen.

Der BGH legt § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG im Ergebnis also weit aus und lässt auch eine im Außenverhältnis unbeschränkte, transmortale Vorsorgevollmacht eines Urkundsbeamten der Betreuungsbehörde für das Grundbuchverfahren genügen. Mit Inkrafttreten der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zum 1.1.2023 (vgl. BGBl. I v. 12.5.2021, S. 882), die in § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG die betreuungsbehördliche Beglaubigungswirkung für Vollmachten auf die Lebzeiten des Vollmachtgebers begrenzt (vgl. dazu Müller-Engels, DNotZ 2021, 84, 91; Horn, ZEV 2020, 748, 751; Bosch/Siegel, notar 2021, Heft 6, im Erscheinen), wird sich die vorliegende Entscheidung bzgl. der Beglaubigungswirkung bei transmortalen Vollmachten aber erledigen.

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:** Notarassessorin Ricarda Lotte

**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