

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

25. Jahrgang  
Januar 2017  
ISSN 1434-3460

1/2017

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 311b Abs. 4 u. 5, 2352 – Erbschaftsvertrag über Vermächtnis; Zuwendungsverzichtsvertrag mit dem Erblasser

KSÜ Art. 16, 17 – Spanien: Gesetzliche Vertretung eines minderjährigen Kindes mit gewöhnlichem Aufenthalt in Spanien bei Veräußerung einer Eigentumswohnung in Deutschland und anschließender Erbauseinandersetzung

### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BNotO § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 3; GBO § 34 – Nachweis der Bevollmächtigung bei Vollmachtenketten

BauGB § 172 Abs. 1 S. 4; BGB § 878; WEG § 8; GBO § 19 – Anwendbarkeit des § 878 BGB auf die Teilungserklärung des Grundstückseigentümers nach § 8 Abs. 1 WEG

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 311b Abs. 4 u. 5, 2352 Erbschaftsvertrag über Vermächtnis; Zuwendungsverzichtsvertrag mit dem Erblasser

#### I. Sachverhalt

Die Ehegatten M und F haben sich in einem notariellem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu alleinigen Erben eingesetzt. Schlusserbe ist der Sohn S, ersatzweise wiederum dessen Abkömmlinge. Der Erbe hat ein Geldvermächtnis zu erfüllen: Die Tochter A erhält 25 % des Wertes des Reinnachlasses. Die Erbeinsetzung und das Vermächtnis sind wechselbezüglich.

Der Ehemann M ist verstorben. Nunmehr soll ein „Vermächtnisregelungsvertrag“ geschlossen werden. An dem Vertrag wirken die überlebende Ehefrau F, der Sohn S sowie die Tochter A mit. Der Wert des Reinnachlasses wird bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt einvernehmlich festgelegt. Es wird eine Fälligkeit vereinbart. Darüber hinaus verzichtet die Vermächtnisnehmerin auf weitergehende Ansprüche.

#### II. Frage

Ist ein Vermächtnisregelungsvertrag mit dem vorbeschriebenen Inhalt zwischen dem künftigen Erben und der Vermächtnisnehmerin zulässig, wenn die Erblasserin F mitwirkt?

#### III. Zur Rechtslage

Ob die Gestaltung zulässig ist, hängt davon ab, ob die Beteiligten nur einen **Erbschaftsvertrag** (hierzu unter 1.) **oder** einen **Zuwendungsverzichtsvertrag** in möglicher **Kombination mit einem Erbvertrag** abschließen (hierzu unter 2.).

##### 1. Erbschaftsvertrag

Nach § 311b Abs. 4 S. 2 Var. 2 BGB sind Verträge über das Vermächtnis aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten nichtig.

##### a) Vertrag über ein Vermächtnis

Fraglich ist, ob es sich bei dem Vermächtnisregelungsvertrag zwischen den Kindern der F überhaupt um einen „Vertrag über ein Vermächtnis“ handelt.

Nach ganz h. M. ist § 311b Abs. 4 BGB nicht anwendbar, wenn Vertragsgegenstand lediglich ein **Einzelgegenstand des Nachlasses** ist (BGH DNotZ 1960, 382, 383 = BeckRS 1960, 31183357; WM 1977, 689; v. Proff, ZEV 2013, 183, 185; Staudinger/Schumacher, BGB, 2012, § 311b Abs. 4 u. 5 Rn. 11). Anderes gilt nach Auffassung des BGH nur, wenn der **Nachlass** durch den **jeweiligen Einzelgegenstand erschöpft** wird (BGH DNotZ 1960, 382, 383; a. A. Kaufhold, ZEV 1996, 454, 456). Ist Vertragsgegenstand lediglich ein einzelner Nachlassgegenstand, ist § 311b Abs. 4 BGB seiner *ratio* nach nicht einschlägig. Die Norm will verhindern, dass der künftige Erbe leichtsinnig künftiges Vermögen verschleudert (BGH NJW 1958, 705, 706). Bei einem Vertrag über einen Einzelgegenstand weiß der künftige Erbe jedoch, in welchem konkreten Umfang er sich seines künftigen Vermögens begibt.

Die ganz überwiegende Ansicht überträgt diesen Gedanken auch auf Vermächtnisse. § 311b Abs. 4 BGB erfasse nur Verträge über den **Vermächtnisanspruch als solchen**, nicht jedoch über den Vermächtnisgegenstand (Henssler, RNotZ 2010, 221, 228; Damrau, ZErB 2004, 206, 212; Limmer, DNotZ 1998, 927, 935; Soergel/J. Mayer, BGB, 13. Aufl. 2014, § 311b Rn. 264; vgl. allg. auch BGH DNotZ 1960, 382, 383: Vertrag mit Erben über einzelne Gegenstände kein Verstoß gegen § 311b Abs. 4 BGB; a. A. jurisPK-BGB/Ludwig, 7. Aufl. 2014, § 311b Rn. 453).

Dieser Problematik kommt im vorliegenden Fall jedoch keine maßgebliche Bedeutung zu. Denn es sind zumindest solche Verträge vom Verbot des **§ 311b Abs. 4 BGB erfasst**, bei denen es um **Verpflichtungen** geht, **deren Umfang sich nach dem Nachlasswert bestimmt** (BeckOGK-BGB/Schreindorfer, Std.: 1.10.2016, § 311b Rn. 448, 452; Henssler, RNotZ 2010, 221, 228; Staudinger/Schumacher, § 311b Abs. 4 u. 5 Rn. 10, 17; vgl. auch BGH NJW 1962, 1910: Verpflichtung, einen Bruchteil des Nachlasses an den Vertragsgegner abzuführen, unzulässig). Begründet wird dies damit, dass angesichts der **Ungewissheit** über den **Wert der Erbschaft** auch die genaue Höhe des Anspruchs nicht hinreichend vorhersehbar sei.

#### b) Ausnahme für Wertfestsetzungsvereinbarungen?

In welchem Umfang das Verbot des § 311b Abs. 4 BGB auch für Wertfestsetzungs- und Abfindungsvereinbarungen gilt, ist **umstritten**. Teilweise vertritt die Literatur die Auffassung, dass Wertfestsetzungsvereinbarungen generell von § 311b Abs. 4 BGB ausgenommen seien (so wohl Staudinger/Schumacher, § 311b Abs. 4 u. 5 Rn. 14: Vereinbarungen zwischen in Abs. 5 BGB genannten Personen generell zulässig). Nach anderer Ansicht sind Wertfestsetzungsvereinbarungen vom Verbot des § 311b Abs. 4 BGB nur ausgenommen, wenn sie sich auf **einzelne Vermögensgegenstände** beziehen (BeckOGK-BGB/Schreindorfer, § 311b Rn. 226.2.; W. Kössinger, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 19 Rn. 60a; wohl auch Henssler, RNotZ 2010, 221, 227 f.).

Der BGH hat eine Abfindungsvereinbarung über ein Vermächtnis für unzulässig erachtet, wonach der Erbe als Vermächtnis 10 % der jährlichen Reinerträge des Unternehmens abführen musste (BGH NJW 1956, 1151, 1152). Dies deutet darauf hin, dass auch der **BGH eine restriktive Linie** verfolgt.

Demzufolge dürfte davon auszugehen sein, dass **Wertfestsetzungen über den Nachlass im Gesamten** grundsätzlich von § 311b Abs. 4 BGB erfasst sind, wenn sie nicht nur einen Einzelgegenstand betreffen. Hierfür spricht auch der **Schutzzweck** der Bestimmung. Dieser gilt gleichermaßen auch für ein Vermächtnis auf den Bruchteil des Nachlasses. Der Vermächtnisnehmer weiß im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht, welchen Wert der Nachlass haben wird. Der Nachlass setzt sich aus einer Vielzahl von Gegenständen zusammen. Dem Vermächtnisnehmer ist daher nicht bekannt, was er im Ergebnis aufgibt. Vor einer solchen leichtfertigen Verschleuderung soll der Begünstigte aber gerade geschützt werden.

#### c) Zulässigkeit nach § 311b Abs. 5 BGB?

Geht man davon aus, dass der vorliegende Vertrag unter § 311b Abs. 4 S. 2 Var. 2 BGB fällt und demnach dem Grunde nach unzulässig ist, kommt es auf die Ausnahmenvorschrift (und zugleich Formvorschrift) des § 311b Abs. 5

BGB an. Der Vertrag soll im vorliegenden Fall unter künftigen gesetzlichen Erben geschlossen werden.

Problematisch ist allerdings, dass § 311b Abs. 5 S. 1 BGB nach seinem Wortlaut Vereinbarungen über **Vermächtnisse** gerade **nicht erfasst**. Insoweit wird in der Literatur – u. E. überzeugend – vertreten, dass, ebenso wie bei Verträgen über testamentarische Erbteile, vermächtnisbezogene Verträge zwischen künftigen gesetzlichen Erben zumindest insoweit zulässig sein müssen, als sie nicht über den Wert des gesetzlichen Erbteils hinausgehen (vgl. dazu in Bezug auf testamentarische Erbteile BGHZ 104, 279 = DNotZ 1989, 169; so etwa v. Proff, ZEV 2013, 183, 186). In der **Rechtsprechung** ist dies jedoch **bislang nicht anerkannt**; vielmehr hat der BGH in einer älteren Entscheidung (NJW 1956, 1151) das Gegenteil vertreten und bekräftigt, dass § 311b Abs. 5 BGB (= § 312 Abs. 2 BGB a. F.) gerade nicht für Verträge über Vermächtnisse gelte.

#### d) Mitwirkung des Erblassers

An dem Verbot des § 311b Abs. 4 u. 5 BGB ändert sich auch nichts dadurch, dass der Erblasser an der Vereinbarung mitwirkt. Ob der Erblasser dem Vertrag zwischen den Erben zustimmt, ist grundsätzlich **unbeachtlich** (v. Proff, ZEV 2013, 183, 184; Staudinger/Schumacher, § 311b Abs. 4 u. 5 Rn. 2).

#### e) Zwischenergebnis

Ob der angedachte „Vermächtnisregelungsvertrag“ als Erbschaftsvertrag zwischen den Erben zulässig ist, erscheint daher zweifelhaft. Nach der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung bestehen hiergegen **erhebliche Bedenken**.

## 2. Zuwendungsverzicht und letztwillige Verfügung

### a) Zulässigkeit des Zuwendungsverzichts

In Betracht kommt aber der Abschluss eines Zuwendungsverzichtsvertrages gem. § 2352 S. 1 BGB, wenn die Erblasserin F an der Vereinbarung mitwirkt. Nach § 2352 S. 1 BGB kann der durch Testament eingesetzte Vermächtnisnehmer durch Vertrag mit dem Erblasser auf die Zuwendung verzichten. § 2352 BGB erfasst insbesondere den Fall, in dem der Bedachte mit dem überlebenden Ehegatten eines gemeinschaftlichen und bindend gewordenen Testaments einen Verzichtsvertrag abschließt (vgl. Krause, in: Dorsel, Kölner Formularbuch Erbrecht, 2. Aufl. 2015, Kap. 16 Rn. 97; Palandt/Weidlich, BGB, 76. Aufl. 2017, § 2352 Rn. 1; vgl. auch BayObLG MittBayNot 2000, 446, 447).

Im vorliegenden Fall wäre es somit möglich, dass die Kinder unter Beteiligung von F einen Zuwendungsverzichtsvertrag über das Vermächtnis schließen. Der Zuwendungsverzicht bedarf der **notariellen Beurkundung** (§ 2352 S. 3 i. V. m. § 2348 BGB). Der **Erblasser** muss beim Abschluss des Zuwendungsverzichts **persönlich** handeln (§ 2352 S. 3 i. V. m. § 2347 Abs. 2 S. 1 BGB).

### b) Gegenständlich beschränkter Zuwendungsverzicht

Nach h. A. ist ein teilweiser (eingeschränkter) Zuwendungsverzicht bei einem Erben dahingehend möglich, dass Beschränkungen und Beschwerungen des Bedachten, etwa durch Vermächtnisse, Auflagen, die Anordnung der Testamentsvollstreckung oder Vor- und Nacherbfolge zugelassen werden (BGH NJW 1978, 1159 = DNotZ 1978, 300; NJW 1982, 1100, 1102; OLG Köln FamRZ 1983, 837

= BeckRS 2010, 07121; Staudinger/Schotten, BGB, 2016, § 2352 Rn. 13; BeckOGK-BGB/Everts, Std.: 1.10.2016, § 2352 Rn. 18; MünchKommBGB/Wegerhoff, 6. Aufl. 2013, § 2352 Rn. 4; BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.11.2016, § 2352 Rn. 5; a. A. Jackschath, MittRhNotK 1977, 117, 121). Hiervon abzugrenzen ist der Fall, dass der Erbe gegenständlich beschränkt auf **einzelne Gegenstände** des Nachlasses verzichtet. Dies ist unzulässig (vgl. BeckOK-BGB/Litzenburger, a. a. O.; BeckOGK-BGB/Everts, a. a. O.). Der Erbe hat auch nicht die Möglichkeit, das Erbe bezüglich einzelner Gegenstände auszuschlagen.

Bei einem **Vermächtnis** ist der Verzicht nach Auffassung der Literatur jedoch **insoweit begrenzt, als der Inhalt** der durch das Vermächtnis angeordneten **Leistung** dies **zulässt** (BeckOGK-BGB/Everts, a. a. O.). Zulässig ist neben einem quotenmäßigen Verzicht daher auch ein **gegenständlich beschränkter Verzicht** (BeckOGK-BGB/Everts, a. a. O.; MünchKommBGB/Wegerhoff, a. a. O.; Staudinger/Schotten, a. a. O.).

### c) Einordnung des vorliegenden Falls

Der Vermächtnisregelungsvertrag dürfte im vorliegenden Fall indes **über einen gegenständlich beschränkten Zuwendungsverzicht hinausgehen**. Wird der Wert des Nachlasses einvernehmlich festgesetzt, ist es nämlich denkbar, dass dem Vermächtnisnehmer im Ergebnis ein höherer Anspruch als nach der letztwilligen Verfügung zusteht. Der Sache nach dürfte es sich nicht um einen beschränkten Verzicht (*minus*), sondern eher um ein *aliud* handeln. Aus dem **variabel** ausgestalteten **Geldvermächtnis** wird ein Vermächtnis über einen **fixen Geldbetrag**. Ein Zuwendungsverzichtsvertrag als solcher würde daher wohl nicht zum Ziel führen.

Möglich wäre es jedoch, dass die Tochter A mit F einen **Zuwendungsverzicht über das variable Geldvermächtnis** im Gesamten vereinbart. F könnte mit A in derselben Urkunde einen **Erbvertrag** abschließen und ihr erbrechtlich einen fixen Geldbetrag vermachen. Da nach dem Willen der Beteiligten Zuwendungsverzicht und Erbvertrag miteinander stehen und fallen sollen, kann geregelt werden, dass mit einer etwaigen Unwirksamkeit der Verfügung des Erbvertrages der Zuwendungsverzicht unwirksam wird und umgekehrt.

Dieses (neue) Vermächtnis beeinträchtigt möglicherweise wiederum die **erbrechtliche Rechtsstellung des Sohns S als bindend eingesetzter Schlusserbe**. Daher sollte der Sohn ebenfalls einen entsprechenden Zuwendungsverzichtsvertrag mit der Erblasserin schließen (ggf. unter Erstreckung auf dessen Abkömmlinge), in dem die Anordnung des (neuen) Vermächtnisses zugelassen wird.

---

## KSÜ Art. 16, 17

### Spanien: Gesetzliche Vertretung eines minderjährigen Kindes mit gewöhnlichem Aufenthalt in Spanien bei Veräußerung einer Eigentumswohnung in Deutschland und anschließender Erbauseinandersetzung

#### I. Sachverhalt

Die Beteiligten beabsichtigen die Beurkundung eines Kaufvertrages über eine Wohnungseigentumsinheit. Im Grundbuch sind als Eigentümer eingetragen M und ihr im

Jahr 2005 geborener Sohn A in Erbengemeinschaft. M hat die marokkanische und die deutsche Staatsangehörigkeit, ihr Sohn A hat ausschließlich die deutsche Staatsangehörigkeit. M und A haben beide ihren Wohnsitz und ständigen Aufenthalt in Spanien. Der Vater von A und Ehemann von M ist verstorben. Im Kaufvertrag soll gleichzeitig im Wege der Erbauseinandersetzung zwischen M und A die Kaufpreisaufteilung erfolgen.

#### II. Fragen

1. Nach dem Recht welchen Staates richten sich die Vertretung von A und das Erfordernis der Erteilung einer gerichtlichen oder behördlichen Genehmigung sowie die Erteilung einer etwaigen Genehmigung selbst?

2. Sofern ausländisches Recht ganz oder teilweise Anwendung findet: Durch wen wird A im Zusammenhang mit der Beurkundung des beabsichtigten Kaufvertrages gesetzlich vertreten? Ist hierzu eine gerichtliche bzw. behördliche Genehmigung erforderlich?

3. Sofern die Erteilung einer Genehmigung erforderlich ist, besteht die Zuständigkeit eines deutschen Gerichts oder wird diese durch ein ausländisches Gericht erteilt?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Das auf die gesetzliche Vertretung des Minderjährigen und eine möglicherweise erforderliche Genehmigung anwendbare Recht

Am 1.1.2011 ist in Deutschland und in 25 weiteren Staaten das **Haager Kinderschutzübereinkommen von 1996 (KSÜ)** in Kraft getreten und hat damit das bis dahin geltende Haager Minderjährigenschutzübereinkommen von 1961 (MSA) ersetzt. Auch in Spanien gilt seit dem 1.1.2011 das KSÜ ([www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=70](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=70)). Im Vergleich zum MSA hat das KSÜ einen erheblich **weiteren Anwendungsbereich**. Insbesondere ist nunmehr in Art. 3 lit. g KSÜ ausdrücklich festgelegt, dass das Übereinkommen auf „die Verwaltung und Erhaltung des Vermögens des Kindes oder die Verfügung darüber“ Anwendung findet.

In den Regelungsbereich des KSÜ fallen somit sowohl Fragen im Hinblick auf die gesetzliche Vertretung Minderjähriger und den Ausschluss der elterlichen Vertretungsmacht (Art. 3 lit. d KSÜ) als auch die Frage der Notwendigkeit einer gerichtlichen Genehmigung für das Handeln des gesetzlichen Vertreters (Art. 3 lit. f KSÜ; vgl. insoweit auch Art. 1 Abs. 1 lit. c KSÜ). Das KSÜ kommt dabei auch insoweit zur Anwendung, als es um die Frage der **Vertretung im Rahmen einer Erbauseinandersetzung** geht. Welche Regelungen für die Vertretung gelten und ob hierzu eine gerichtliche Genehmigung erforderlich ist, ist insbesondere auch keine Frage des anwendbaren Erbrechts, sondern eine Frage der Ausübung der elterlichen Sorge (für die Anwendbarkeit der Brüssel IIa-VO daher EuGH, Urt. v. 6.10.2015 – C-404/14, NJW 2016, 387 – Matoušková).

Nach Art. 16 Abs. 1 KSÜ wird auf die Fragen der **Zuweisung und des Erlöschens der elterlichen Verantwortung** kraft Gesetzes das **Recht am gewöhnlichen Aufenthalt** des Kindes angewendet. Bei dieser Verweisung handelt es sich um eine Sachnormverweisung (Art. 21 Abs. 1 KSÜ), im vorliegenden Fall auf **das spanische Recht**.

Die **Ausübung der elterlichen Verantwortung** bestimmt sich gem. Art. 17 KSÜ ebenfalls nach dem Recht des Staates

des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes, ist jedoch wandelbar. Wechselt der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes, so bestimmt sich die Ausübung nach dem Recht des Staates des neuen gewöhnlichen Aufenthalts. Ausübungsfragen sind insbesondere die **Erforderlichkeit** einer **familiengerichtlichen Genehmigung** für Rechtsgeschäfte des Kindes sowie die Grenzen der gesetzlichen Vertretung (Staudinger/Pirrung, BGB, 2009, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB Rn. G 112).

**Im Ergebnis** ist somit insgesamt das **spanische Recht** berufen, da das minderjährige Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Spanien hat. Die Verweisung auf das spanische Recht allerdings führt nicht unmittelbar zur Anwendung des gemein-spanischen Sachrechts. Spanien ist ein Mehrrechtsstaat, das gemein-spanische Recht gelangt also nicht in allen Gebieten Spaniens in gleicher Weise zur Anwendung. Vielmehr ist das **Zivilrecht Spaniens interlokal gespalten**, in einigen Regionen gelten besondere Rechte, sog. Foralrechte. Foralrechtsgebiete sind Aragon, die Balearen, das Baskenland, Galizien, Katalonien sowie Navarra (Löber/Huzel, in: Süß, Erbrecht in Europa, 3. Aufl. 2015, Länderbericht Spanien, Rn. 53). Mangels genauerer Angaben gehen wir nachfolgend von der Geltung des **gemein-spanischen Rechts** aus.

## 2. Vertretung des minderjährigen Kindes und Erfordernis einer gerichtlichen/behördlichen Genehmigung nach spanischem Recht

Die gesetzliche Vertretung minderjähriger Kinder ist in den Art. 162 ff. *Código civil*, C.c. geregelt. Art. 162 C.c. hat folgenden Wortlaut:

### Art. 162

*Den Eltern, welche die elterliche Gewalt innehaben, steht die gesetzliche Vertretung ihrer nicht emanzipierten Kinder zu. Ausgenommen sind:*

1. *diejenigen Rechtshandlungen, welche sich auf Persönlichkeitsrechte oder auf andere Rechte beziehen, die das Kind in Übereinstimmung mit den Gesetzen und nach dem Grad seiner Reife in eigener Person vornehmen kann;*

2. *jene Rechtshandlungen, bei denen ein Interessenkonflikt zwischen den Eltern und dem Kind besteht;*

3. *diejenigen Rechtshandlungen, welche sich auf Vermögen beziehen, das von der Verwaltung durch die Eltern ausgeschlossen ist.*

*Zum Abschluss von Verträgen, welche das Kind zu persönlich noch zu erbringenden Leistungen verpflichten, ist unbeschadet der Bestimmungen des Art. 158 seine vorherige Zustimmung erforderlich, wenn es über genügend Urteilsvermögen verfügt.*

(Dt. Übersetzung von Daum, in: Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderbericht Spanien, Std: 9.1.2012, S. 55 f.).

Aus der Sicht des gemein-spanischen Rechts sind die Eltern die natürlichen Vormünder ihrer Kinder (Adam/Perona Feu, in: Rieck, Ausländisches Familienrecht, Rechtsgebiet Spanien, Std: Februar 2014, Rn. 12). Kinder, die noch nicht aus der elterlichen Sorge entlassen sind, stehen grundsätzlich unter der Gewalt des Vaters und der Mutter (Art. 154,

162 C.c.). Die Entlassung aus der elterlichen Sorge erfolgt allgemein durch Erreichung der Volljährigkeit, also mit Vollendung des 18. Lebensjahres. Die elterliche Sorge umfasst zum einen die Pflicht, die Kinder zu hüten, zu beherbergen, für ihren Unterhalt aufzukommen, sie zu erziehen und für ihre umfassende Ausbildung zu sorgen, zum anderen die Rechte, sie zu vertreten und ihr Vermögen zu verwalten (Adam/Perona Feu, Rn. 12). Grundsätzlich wird die elterliche Gewalt gem. Art. 156 Abs. 1 C.c. durch beide Eltern zusammen ausgeübt. Bei Fehlen, Verschollenheit, Geschäftsunfähigkeit oder Handlungsunfähigkeit eines der Elternteile wird die elterliche Gewalt allerdings von dem anderen Elternteil allein ausgeübt (Art. 156 Abs. 6 C.c.). Vorliegend ist die **Mutter also grundsätzlich befugt, ihr Kind allein gesetzlich zu vertreten**.

Fraglich ist allerdings, ob hier nicht die Bestellung eines **Ergänzungspflegers** o. Ä. erforderlich ist. Nach Art. 163 C.c. muss immer dann, wenn der Vater und die Mutter in irgendeiner Angelegenheit ein dem Interesse ihres nicht emanzipierten Kindes entgegenstehendes Interesse haben, für dieses ein Beistand bestellt werden, der es gerichtlich oder außergerichtlich vertritt. Da hier, soweit es die Erbauseinandersetzung betrifft, ein **Interessenkonflikt** zwischen der Mutter und ihrem minderjährigen Sohn besteht, ist nach dem gemein-spanischen Recht ein **Beistand** zu bestellen.

Der vom Gericht bestellte Beistand hat gem. Art. 302 C.c. diejenigen Befugnisse, die ihm der Richter gewährt hat. Er muss dem Richter gegenüber über seine Tätigkeit Rechnung ablegen, sobald sie beendet ist. Anders als für den Vormund, für den in Art. 271 C.c. ausführlich geregelt ist, welche Rechtsgeschäfte einer gerichtlichen Ermächtigung bedürfen, existiert für den Beistand ein solcher „Katalog“ nicht. Wir gehen daher davon aus, dass das Gericht, das den Beistand ernennt, zugleich auch die gerichtliche Ermächtigung erteilt, sofern diese nach Auffassung des Gerichts erforderlich ist. Da jedoch sowohl die Eltern als gesetzliche Vertreter (vgl. Art. 166 Abs. 1 C.c.) als auch der Vormund (Art. 272 Nr. 2 C.c.) für die **Veräußerung von Grundvermögen** eine **gerichtliche Ermächtigung** einholen müssen, wird dies im Fall des Handelns durch einen Beistand ebenso sein.

## 3. Gerichtliche Zuständigkeit

Im Verhältnis zwischen Deutschland und Spanien gilt für die Frage der internationalen Zuständigkeit in Angelegenheiten, die die Sorge der Eltern für ihr minderjähriges Kind betreffen, eine EU-einheitliche Regelung, nämlich die Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (Amtsblatt EG 2003, Nr. L 338, S. 1; auch kurz **Brüssel IIa-Verordnung** bzw. Europäische Eheverordnung [EuEheVO] genannt). Diese Verordnung ist gem. Art. 1 Abs. 1 Buchst. b Brüssel IIa-VO für alle Fragen der „Zuweisung, Ausübung, Übertragung und vollständigen bzw. teilweisen Entziehung der elterlichen Verantwortung“ anwendbar und hat Vorrang vor dem KSÜ (Palandt/Thorn, BGB, 76. Aufl. 2017, Art. 21 EGBGB Rn. 7). Der Anwendungsbereich der Verordnung umfasst nicht nur die gerichtliche Entscheidung über die Ermächtigung zum Abschluss eines Kaufvertrags, sondern auch einer Erbauseinandersetzung (EuGH, Urt. v. 6.10.2015 – C-404/14, NJW 2016, 387 – Matoušková).

Hinsichtlich der Zuständigkeit im Bereich der elterlichen Verantwortung sieht Art. 8 Abs. 1 Brüssel IIa-VO als allgemeine Regel die Zuständigkeit der Gerichte des Mitgliedstaates vor, in dem das Kind zum Zeitpunkt der Antragsstellung seinen **gewöhnlichen Aufenthalt** hat. Diese Zuständigkeit gilt vorbehaltlich der besonderen Zuständigkeiten nach Artt. 9, 10 und 12 (Art. 8 Abs. 2 Brüssel IIa-VO), die vorliegend jedoch nicht einschlägig sind. Damit bleibt es bei der Zuständigkeit der Gerichte des Aufenthaltsstaates des Minderjährigen, hier also **der spanischen Gerichte**.

#### 4. Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt

Zum Nachweis der ordnungsgemäßen Vertretung des minderjährigen Kindes kann dem Grundbuchamt der Beschluss des spanischen Gerichts über die Bestellung des Beistandes und die Ermächtigung zur Erbaueinandersetzung vorgelegt werden. Dieser muss mit der **Apostille** versehen und ins Deutsche **übersetzt** 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 Faxabruf-Gutachten.

**BGB §§ 164 ff., 181; LKrO BW § 37**

**Verkaufsvollmacht von Grundstückseigentümern zugunsten eines Landkreises; Vertragsabschluss durch Mitarbeiter der Kreisverwaltung, die ihrerseits vom Landrat zur Vornahme des Rechtsgeschäfts bevollmächtigt wurden; Vorliegen eines In-sich-Geschäfts**  
Abruf-Nr.:

**BGB § 632a Abs. 3; MaBV §§ 3, 7; GewO § 34c Abs. 5**  
**Bauträgertätigkeit durch ein Kreditinstitut (hier: Volksbank)**  
Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BNotO § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 3; GBO § 34**  
**Nachweis der Bevollmächtigung bei Vollmachtenketten**

a) Eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht, die auf die gesetzlichen Vertreter einer im Handelsregister eingetragenen juristischen Person zurückgeht, kann dem Grundbuchamt durch eine notarielle Vollmachtenbescheinigung nur nachgewiesen werden, wenn der Notar sämtliche Einzelschritte der Vollmachtenkette nach § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bzw. Abs. 3 BNotO bescheinigt.

b) Die Bescheinigung einer Vollmachtenkette kann in einem Vermerk zusammengefasst werden, in dem der

**Notar die von ihm geprüften Einzelschritte aufführt. Eine Kombination von notariellen Bescheinigungen nach § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Abs. 3 BNotO ist zulässig.**

BGH, Beschl. v. 22.9.2016 – V ZB 177/15

#### Problem

Nach § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNotO sind Notare dafür zuständig, **Bescheinigungen** über eine Vertretungsberechtigung auszustellen, wenn sich diese Umstände aus einer Eintragung im **Handelsregister** ergeben. § 21 Abs. 3 S. 1 BNotO erlaubt es Notaren, Bescheinigungen über eine **durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht** auszustellen. Eine Bescheinigung über die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht darf der Notar nur ausstellen, wenn er sich zuvor durch Einsichtnahme in eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtenurkunde über die Begründung der Vertretungsmacht vergewissert hat (§ 21 Abs. 3 S. 2 BNotO). In der Bescheinigung ist anzugeben, in welcher Form und an welchem Tag die Vollmachtenurkunde dem Notar vorgelegen hat (§ 21 Abs. 3 S. 3 BNotO).

Die GBO regelt ausdrücklich, dass diese Bescheinigungen auch im **Grundbuchverfahren** taugliche Vertretungsnachweise sind. § 32 Abs. 1 S. 1 GBO bestimmt, dass die Vertretungsberechtigungen von Gesellschaften durch eine Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 BNotO geführt werden können. Nach § 34 GBO gilt entsprechendes für eine Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO.

Gegenstand der BGH-Entscheidung war nun die Frage, welche Anforderungen eine solche Bestätigung bei **Vollmachtenketten** erfüllen muss. Eine GmbH war Eigentümerin eines Grundstücks. Auf dem Grundstück sollte eine Grundschuld eingetragen werden. Die Bewilligungserklärung gab ein rechtsgeschäftlicher Vertreter (T) der GmbH ab. Der Notar bescheinigte unter dem Beglaubigungsvermerk die Vertretungsmacht des T wie folgt:

*„Des Weiteren bescheinige ich gemäß § 21 Abs. (3) BNotO, dass die vorerwähnte Vollmacht heute bei Unterzeichnung in Ausfertigung vorgelegen hat, dass ich diese eingesehen habe und mir so Gewissheit über die Vertretungsmacht des Herrn T. verschafft habe.“*

Das Grundbuchamt hielt diese **Bescheinigung** für **nicht ausreichend**, da sich diese nicht auf die Vertretungsberechtigung des organschaftlichen Vertreters der GmbH bezog, der dem T die Vollmacht im Namen der GmbH erteilt hatte.

#### Entscheidung

Der BGH bestätigte diese Rechtsauffassung. Die vorgelegte Notarbescheinigung (§ 21 Abs. 3 BNotO) sei nicht geeignet, um gegenüber dem Grundbuchamt den Nachweis der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht von T zu führen (§ 34 GBO).

Da die Antragstellerin eine GmbH sei, müsse die dem T erteilte Vollmacht auf einen **organschaftlichen Vertreter** der Gesellschaft zurückgehen. Der Nachweis von dessen Vertretungsberechtigung fehle jedoch.

Welche **Prüfungskompetenzen das Grundbuchamt** mit Blick auf die inhaltliche Richtigkeit der Vollmachtenbescheinigung des Notars hat, ist **umstritten** (vgl. hierzu KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 34 GBO Rn. 11 f.; Zimmer NJW 2014, 337, 341). Der BGH

konnte diese Frage offen lassen. Ist die **Reichweite** der notariellen Vollmachtsbescheinigung betroffen, ist die Prüfungskompetenz des Grundbuchamts unzweifelhaft eröffnet.

Eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht, die auf die gesetzlichen Vertreter einer im Handelsregister eingetragenen juristischen Person zurückgeht, kann dem Grundbuchamt durch eine **notarielle Vollmachtsbescheinigung** nur nachgewiesen werden, wenn der Notar **sämtliche Einzelschritte der Vollmachtskette** nach § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bzw. Abs. 3 BNotO **bescheinigt**.

Ist der **Bevollmächtigte seinerseits bevollmächtigt** worden, muss dem Grundbuchamt **jede einzelne Vollmacht** in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden. Der Nachweis kann durch die Vorlage der Ausfertigung (§ 47 BeurkG) oder des Originals einer unterschrittsbeglaubigten Vollmacht geführt werden. Die Vorlage einer **beglaubigten Abschrift** der Vollmachtsurkunde **genügt** grundsätzlich **nicht**, weil zum Nachweis der Vertretungsmacht der Besitz der Vollmachtsurkunde erforderlich ist.

Eine notarielle Vollmachtsbescheinigung ist nur auf Basis solcher Vollmachten zulässig, die ihrerseits den Anforderungen des § 29 GBO genügen. Ist der Bevollmächtigte seinerseits durch einen Dritten bevollmächtigt worden (sog. Vollmachts- oder Legitimationskette), darf der **Notar sich nicht auf die Einsichtnahme in die letzte Vollmachtsurkunde** beschränken, sondern er muss sich **alle Glieder der Vollmachtskette**, die zu der Vollmacht führen, **in der Form des § 29 GBO nachweisen** lassen.

Nach Auffassung des BGH habe der Notar daher **nicht nur das Endergebnis** der Prüfung der ihm vorgelegten Nachweise der rechtsgeschäftlichen Vertretungsberechtigung zu bescheinigen. Das folge aus § 21 Abs. 3 S. 3 BNotO; danach hat der Notar in der Bescheinigung anzugeben, in welcher Form und an welchem Tag ihm die Vollmachtsurkunde vorgelegen hat. Hintergrund dieser Vorschrift, so der BGH, sei die in § 172 BGB geregelte Wirkung der Vollmachtsurkunde. Die bisherigen Anforderungen an den Nachweis einer Vollmacht seien nicht verringert worden; es sei nur die Möglichkeit geschaffen worden, den Nachweis gegenüber dem Notar zu erbringen.

Durch die **Notarbescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO** könnten überdies **organschaftliche Vertretungsverhältnisse nicht nachgewiesen** werden. Für sie sei eine notarielle Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNotO erforderlich (§ 32 GBO). Eine solche Bescheinigung werde durch diejenige nach § 21 Abs. 3 BNotO weder ersetzt noch entbehrlich gemacht. Gehe die Vollmacht bzw. die Vollmachtskette auf einen **organschaftlicher Vertreter** zurück, müsse der **Notar** deshalb **zusätzlich dessen Vertretungsmacht nach § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNotO bescheinigen**. Allerdings sei **nicht erforderlich**, dass der Notar für jede einzelne Vollmacht bzw. für die organschaftliche Vertretungsmacht **separate** notarielle Bescheinigungen nach § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 u. Abs. 3 BNotO erstelle. Die Bescheinigung einer **Vollmachtskette** könne **in einem Vermerk** zusammengefasst werden, in dem der Notar die von ihm geprüften Einzelschritte, die die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht ergeben, aufführe. Für jede in einem Vermerk bescheinigte Vertretungsmacht falle allerdings eine Gebühr nach Nr. 25214 KV-GNotKG an.

**BauGB § 172 Abs. 1 S. 4; BGB § 878; WEG § 8; GBO § 19**

**Anwendbarkeit des § 878 BGB auf die Teilungserklärung des Grundstückseigentümers nach § 8 Abs. 1 WEG**

**1. § 878 BGB ist auf die Teilungserklärung des Grundstückseigentümers nach § 8 Abs. 1 WEG entsprechend anwendbar. Nach Eingang des Vollzugsantrags bei dem Grundbuchamt eingetretene Verfügungsbeschränkungen sind deshalb unbeachtlich.**

**2. Dies gilt mangels abweichender Regelung auch für die sich aus dem Genehmigungserfordernis auf Grund einer Rechtsverordnung nach § 172 Abs. 1 S. 4 BauGB ergebende Verfügungsbeschränkung des teilenden Grundstückseigentümers.**

BGH, Beschl. v. 12.10.2016 – V ZB 198/15

### Problem

Anlass für die Entscheidung war die am 3.3.2015 erlassene Umwandlungsverordnung des Berliner Senats. Hiernach bedarf die Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum an Gebäuden auf Grundstücken im Bereich einer Erhaltungsverordnung gem. § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB einer Genehmigung (§ 1 UmwandV). Die Verordnung ist am 14.3.2015 in Kraft getreten und gilt bis zum 13.3.2020. Sie ist nicht anzuwenden auf Anträge, die bereits am 3.3.2015 beim Grundbuchamt gestellt worden sind (§ 3 UmwandV).

Die Eigentümerin eines Grundstücks im Bereich einer Erhaltungsverordnung bewilligte am 10.3.2015 in notarieller Urkunde die Aufteilung des Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentumsrechte. Am 12.3.2015, also zwei Tage vor dem Inkrafttreten der Verordnung, ging der Antrag beim Grundbuchamt ein.

Das KG, dessen Entscheidung v. 8.12.2015 (1 W 518/15) wir im DNotI-Report 2016, 30 zusammengefasst haben, ging davon aus, dass das Umwandlungsverbot zeitlich einschlägig sei, wenn die Grundbucheintragung der Umwandlung erst nach dem Inkrafttreten der Verordnung erfolge. § 878 BGB finde keine analoge Anwendung.

### Entscheidung

Der BGH folgt der Ansicht des KG nicht. Die bewilligte **Aufteilung** des Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentum bedürfe **keiner Genehmigung**. Die Genehmigungspflicht richte sich zwar grundsätzlich nach den Rechtsverhältnissen zum **Zeitpunkt der Grundbucheintragung**. Das Genehmigungserfordernis aus § 1 UmwandV sei aber in **entsprechender Anwendung von § 878 BGB** in diesem Fall nicht einschlägig.

Eine unmittelbare Anwendung von § 878 BGB komme zwar nicht in Betracht. Die Aufteilung von Wohnungseigentum beruhe auf einer nur **einseitigen Erklärung des Eigentümers**. § 878 BGB sei aber auf die Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentum nach § 8 WEG analog anzuwenden. Der Eigentümer sei auch bei einer **Eigenverfügung** davor zu schützen, dass eine Verfügung wegen einer von ihm nicht beeinflussbaren Verzögerung der Eintragung nach Antragstellung unwirksam werde.

**Wissenschaftliches Symposium**

**„Die Europäischen Güterrechtsverordnungen“**

**Freitag, 10. Februar 2017, Würzburg**

Tagungszentrum „Zehntscheune“ im Weingut Juliuspital, Klinikstr. 1, 97070 Würzburg

- 09.00 Uhr Begrüßung und Einleitung**  
(Dr. Johannes Weber, Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts Würzburg)
- 09.05 Uhr Entstehung der Güterrechtsverordnungen**  
(Joanna Serdyska, Europäische Kommission Brüssel)
- 09.30 Uhr Internationale Zuständigkeit in Ehegütersachen**  
(Prof. Dr. Peter Mankowski, Universität Hamburg)
- 10:15 Uhr Die objektive Anknüpfung des Ehegüterstatuts**  
(Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen, Georg-August-Universität Göttingen)
- 11:00 Uhr Kaffeepause**
- 11:30 Uhr Rechtswahlfreiheit im Ehegüterrecht**  
(Dr. Christoph Döbereiner, Notar in München)
- 12:15 Uhr Sonderanknüpfung von Eheverträgen und der Schutz Dritter**  
(Dr. Rembert Süß, Deutsches Notarinstitut Würzburg)
- 13:00 Uhr Mittagessen**
- 13:45 Uhr Besonderheiten der Verordnung für das Güterrecht eingetragener Partner**  
(Prof. Dr. Michael Coester, Ludwig-Maximilians-Universität München)
- 14:30 Uhr Fragen des Allgemeinen Teils: Qualifikation, Vorfrage, Renvoi und ordre public**  
(Prof. Dr. Andrea Bonomi, Université de Lausanne)
- 15:15 Uhr Kaffeepause**
- 15:45 Uhr Der sachliche Anwendungsbereich der Güterrechtsverordnungen und der Umfang des Güterrechtsstatuts**  
(Dr. Andreas Köhler, Universität Passau)
- 16:30 Uhr Drittstaaten und die vorrangigen Staatsverträge der Mitgliedstaaten**  
(Prof. Dr. Christian Kohler, Europa-Institut der Universität des Saarlandes)
- 17:15 Uhr Schlusswort**  
(Prof. Dr. Anatol Dutta, Universität Regensburg)

**Anmeldung per Fax: (0931) 35576-225 oder per E-Mail: [d.schmitt@dnoti.de](mailto:d.schmitt@dnoti.de)**

**Teilnahmegebühr: 100.- €**

Auf Wunsch kann eine Bescheinigung über die Teilnahme und den Inhalt der Veranstaltung erteilt werden.

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Telefon: (0931) 35576-0

§ 878 BGB finde auch auf die **Verfügungsbeschränkung** des **§ 172 Abs. 1 S. 4 BauGB Anwendung**. Das Genehmigungserfordernis des § 172 Abs. 1 S. 4 BauGB gelte nach § 172 Abs. 1 S. 5 BauGB als Verfügungsbeschränkung i. S. v § 135 BGB. § 878 BGB gelte grundsätzlich für alle Verfügungsbeschränkungen, unabhängig davon, woraus sich diese ergäben. Etwas anderes lasse sich insbesondere auch nicht dem BauGB entnehmen.

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:** Notarassessorin Karin Raude

**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