

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

24. Jahrgang  
Oktober 2016  
ISSN 1434-3460

19/2016

*Mit Beilage BNotK-Intern*

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2113, 2108 Abs. 2 – Zustimmung des Vorerben zur Übertragung von Grundeigentum nach Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts; Zustimmung von Ersatznacherben

BGB § 1954 – Erbausschlagung für einen Minderjährigen; Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist durch einen der Elternteile

### Gutachten im Abrufdienst

### Rechtsprechung

BGB §§ 899a, 1276; GBO §§ 22, 47 Abs. 2 – Keine Eintragung einer Verpfändung eines GbR-Anteils im Grundbuch

Erbbaurecht §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1; BGB §§ 183, 878 – Widerruflichkeit einer Zustimmung zur Veräußerung eines Erbbaurechts

### Literaturhinweise

### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 2113, 2108 Abs. 2 Zustimmung des Vorerben zur Übertragung von Grundeigentum nach Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts; Zustimmung von Ersatznacherben

#### I. Sachverhalt

Der Erblasser hat S und V als Erben zu je ½ Anteil eingesetzt. Über den Erbteil des V hat er Vor- und Nacherbschaft angeordnet. Nacherbin ist die Tochter des V (T). T hat ihr Nacherbenanwartschaftsrecht auf V übertragen. T ist 30 Jahre alt. Sie hat drei Kinder.

Zum Nachlass gehört ein Grundstück. Im Grundbuch ist ein Nacherbenvermerk eingetragen.

Das Grundstück soll nun auf den Vollerben S zu Alleineigentum übertragen werden.

V ist nicht nach § 2136 BGB befreit.

#### II. Fragen

1. Ist eine solche Verfügung wirksam?
2. Ist die Zustimmung der Ersatznacherben erforderlich? Muss ein Pfleger für etwaige künftige Abkömmlinge der T bestellt werden?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Wirksamkeit des Erwerbs

##### a) Zustimmung der Nacherben

Nach § 2113 Abs. 1 BGB ist die **Verfügung des Vorerben** über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück im Falle des Eintritts der Nacherbfolge **insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde**. Entsprechendes gilt für eine unentgeltliche Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand (§ 2113 Abs. 2 S. 1 BGB). Solche Verfügungen sind zwar zunächst wirksam. Mit dem Eintritt des Nacherbfalls werden sie aber unwirksam (vgl. nur BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand.: 1.5.2016, § 2113 Rn. 22).

Stimmt der Nacherbe der Verfügung des Vorerben jedoch zu, liegt keine Beeinträchtigung des Nacherbenrechts i. S. v. § 2113 Abs. 1 BGB vor (BGHZ 40, 115, 119 = NJW 1963, 2320, 2321). Es müssen **sämtliche Nacherben zustimmen**, auch die bedingt eingesetzten (BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2113 Rn. 28) und die sog. weiteren Nacherben (vgl. OLG Hamm OLGZ 1975, 150, 155).

Nach ganz herrschender Meinung ist eine **Zustimmung der Ersatznacherben entbehrlich** (BGHZ 40, 115, 119 = NJW 1963, 2320, 2321; BayObLGZ 1970, 137, 142; OLG München ZEV 2012, 674, 675; MünchKommBGB/Grunsky, 6. Aufl. 2013, § 2113 Rn. 17; Palandt/Weidlich, BGB, 75. Aufl. 2016, § 2113 Rn. 6; Dumoulin, DNotZ 2003, 571, 574; a. A. Osterloh-Konrad, AcP 215 (2015), 107, 114 ff. [entscheidend sei, ob nach dem Willen des Erblassers der Ersatznacherbe die Zustimmungskompetenz habe]).

## b) Vorliegender Fall

Im vorliegenden Fall geht es um eine Verfügung über Grundbesitz im Zusammenhang mit einer Erbauseinandersetzung innerhalb einer Erbengemeinschaft, bei der ein Erbe einer Nacherbenbindung unterliegt. Eine Beeinträchtigung des Nacherben scheidet auch in diesem Fall aus, wenn sämtliche Nacherben ihre Zustimmung erteilen. Die Verfügung ist dann gem. § 2113 BGB wirksam.

Erfolgt allerdings eine Erbauseinandersetzung dergestalt, dass an V wiederum andere Gegenstände des Nachlasses übergehen, so unterliegen diese im Wege der **dinglichen Surrogation** erworbenen Mittel ebenfalls der Nacherbenbindung gem. § 2111 Abs. 1 S. 1 BGB (vgl. BayObLGZ 1986, 208, 213; OLG München ZEV 2009, 669, 670; R. Kössinger, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 10 Rn. 77). Sollen die der dinglichen Surrogation unterliegenden Mittel aus der Nacherbenbindung herausgelöst werden, wäre ein sog. **Eigenerwerb** des Vorerben erforderlich (vgl. hierzu zuletzt OLG Hamm RNotZ 2016, 476 = DNotI-Report 2016, 123; Keim, in: DAI-Skript 14. Jahresarbeitsstagung des Notariats, 2016, S. 648 ff.).

## 2. Zustimmung des Nacherben nach Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts

Im Ergebnis kommt es für die Wirksamkeit der Grundstücksübertragung von V und S in Erbengemeinschaft auf S zu Alleineigentum also darauf an, dass sämtliche Nacherben ihre Zustimmung erteilen. Die Besonderheit des vorliegenden Falles besteht allerdings darin, dass der Nacherbe sein Nacherbenanwartschaftsrecht auf den Vorerben übertragen hat.

### a) Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts

Fraglich ist, ob eine Zustimmung des Nacherben im vorliegenden Fall überhaupt noch möglich ist. Das **Nacherbenanwartschaftsrecht** (vgl. § 2108 Abs. 2 S. 1 BGB) ist grundsätzlich übertragbar, sofern der Erblasser die **Übertragbarkeit** nicht ausgeschlossen hat. Wir unterstellen daher, dass im vorliegenden Fall eine Übertragung grundsätzlich möglich war. Die Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts erfolgt gem. § 2033 BGB analog nach den Vorschriften über die Erbteilsübertragung. Die Übertragung auf den Vorerben ist somit formbedürftig gem. § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB analog (vgl. Weidlich, ZERB 2014, 325, 326).

### b) Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts und Stellung der Ersatznacherben

Überträgt der Nacherbe sein Nacherbenanwartschaftsrecht auf den Vorerben, wird dieser nur dann Vollerbe, wenn keine Ersatznacherben vorhanden sind. Greift die **Auslegungsregel des § 2069 BGB** ein, gibt es grundsätzlich Ersatznacherben (Hartmann, in: Dorsel, Kölner Formularbuch Erbrecht, 2. Aufl. 2015, Kap. 5 Rn. 215). Hat der Erblasser einen seiner Abkömmlinge bedacht und fällt dieser nach der Errichtung des Testaments weg, so ist im Zweifel anzunehmen, dass dessen Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden. Sollte die Nacherbin T (Tochter des Vorerben V) als Nacherbin wegfallen, wären im vorliegenden Fall ihre Abkömmlinge als Ersatznacherben berufen.

Die Rechtsstellung der Ersatznacherben wird durch die Übertragung einer Nacherbenanwartschaft nicht berührt (Hartmann, Kap. 5 Rn. 214). Nur wenn sämtliche Ersatznacherben zustimmen, wird der Vorerbe endgültig-

ger Vollerbe (vgl. bereits KG JW 1937, 1553, 1554). Die Vollerbschaft des Vorerben steht ansonsten unter der auflösenden Bedingung, dass die Voraussetzungen für den Ersatzfall eintreten. Der Vorerbe verliert seine Rechtsstellung, sobald der Ersatznacherbe an die Stelle des Nacherben tritt (Weidlich, ZERB 2014, 325, 326; Zawar, NJW 2007, 2353, 2356). Solange die auflösende Bedingung nicht eingetreten ist, sind die Rechte und Pflichten der Vorerben und der Nacherben in einer Person vereinigt (BayObLGZ 1970, 137, 141; zum Ganzen Muscheler, ZEV 2012, 289, 291 ff., insbesondere auch zur str. Frage, ob Konsolidation eintritt – vgl. hierzu auch BGH ZEV 1995, 453).

Während die Rspr. davon ausgeht, dass es sich letztendlich um ein Anwartschaftsrecht handelt, das mit Eintritt des Ersatzfalls auf den Ersatznacherben fällt (vgl. OLG Stuttgart BWNotZ 1957, 152), geht die Literatur davon aus, dass insgesamt zwei Anwartschaftsrechte (des Primär- und des Ersatznacherben) vorliegen (Muscheler, ZEV 2012, 289, 291 ff.).

## 3. Verfügungen des Vorerben nach Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts

Ist der Vorerbe zugleich auflösend bedingter Vollerbe, fragt sich, ob die Verfügung auch dann wirksam bleibt, wenn der Ersatznacherbfall eintritt und die Nacherbfolge auf den Ersatznacherben erfolgt. Nach Auffassung des BayObLG ist die Folge der Vereinigung, dass der Vorerbe (oder, wie in dem vom Gericht zu beurteilenden Fall, die Vorerbin)

*„über die Gegenstände der Vorerbschaft frei verfügen kann, dass aber die **auflösend bedingte Vereinigung der beiden Rechtsstellungen mit dem Eintritt des Ersatzfalles aufgehoben** wird und das Anwartschaftsrecht den Ersatznacherben anfällt. In diesem Fall bekleidet sie hinsichtlich der dann noch in ihrem Eigentum befindlichen Gegenstände der Vorerbschaft **nur insoweit die Stellung einer unbeschränkt Verfügungsberechtigten, als nicht bisherige Ersatznacherben zu Nacherben geworden sind** [...]. Die Ersatznacherben bedürfen daher des Schutzes vor den Folgen eines gutgläubigen Erwerbs des zur Vorerbschaft gehörenden Miteigentumsanteils an dem Grundstück durch einen Dritten **unter zwei Voraussetzungen**: erstens, daß der Ersatzfall eintritt, **und** zweitens, daß beim Eintritt des Ersatzfalls der Miteigentumsanteil am Grundstück noch nicht veräußert ist. Da nicht auszuschließen ist, daß diese beiden Voraussetzungen vor dem Eintritt des Nacherbfalls gegeben sind, ist die Eintragung des Nacherben- und Ersatznacherbenvermerks weiterhin erforderlich.“*

(BayObLGZ 1970, 137, 141; Hervorhebung durch das DNotI)

Die Aussage des BayObLG dürfte wohl dahingehend zu verstehen sein, dass der **Vorerbe bis zum Eintritt des Ersatzfalls unbeschränkt Verfügungsberechtig** ist. Geschützt ist der Ersatznacherbe nur, wenn der Ersatzfall eintritt, und dies auch nur dann, wenn das Grundeigentum in diesem Zeitpunkt noch nicht veräußert worden ist. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass vor Eintritt des Ersatzfalls getroffene Verfügungen weiterhin wirksam bleiben. Auch die Literatur geht unter Bezugnahme auf die Rspr. des BayObLG davon aus, dass der Vorerbe mit Wirkung für den Eintritt des Ersatzfalls wirksame Verfügungen treffen kann (Weidlich, ZERB 2014, 325, 326).

Dies ist u. E. auch überzeugend. Denn durch die Übertragung des Anwartschaftsrechts auf den Vorerben soll sich die

Rechtsstellung der Ersatznacherben nicht verschlechtern (KG JW 1937, 1553, 1554), jedoch auch nicht verbessern. Wenn es möglich ist, dass der Primär-Nacherbe einer Verfügung des Vorerben mit Wirksamkeit auch gegenüber dem Ersatznacherben zustimmt, kann nach Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts nichts anderes gelten. In diesem Fall kann der Vorerbe der Verfügung selbst so zustimmen, wie dies auch der Primär-Nacherbe hätte tun können (Weidlich, ZErB 2014, 325, 326). Wenn der Nacherbe sein Anwartschaftsrecht auf den Vorerben überträgt, überträgt er damit zugleich auch die Zustimmungskompetenz auf den Vorerben, soweit es um Verfügungen über den nacherbengebundenen Nachlass geht.

#### 4. Schlussfolgerung

Wir gehen daher davon aus, dass im vorliegenden Fall eine Zustimmung von V ausreichend ist, um S wirksam das Alleineigentum am Grundbesitz zu verschaffen. Eine Zustimmung der Ersatznacherben ist nicht erforderlich.

---

## BGB § 1954

### Erbausschlagung für einen Minderjährigen; Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist durch einen der Elternteile

#### I. Sachverhalt

Der Vater (V) von T ist gestorben. T ist Mutter der minderjährigen Enkelin (E) des Erblassers. T und ihr früherer Lebensgefährte (L) haben das gemeinsame Sorgerecht für E. T schlägt im eigenen Namen die Erbschaft nach V wegen Überschuldung des Nachlasses aus. Gleichzeitig erklärt T auch als gesetzliche Vertreterin für E die Ausschlagung. Der Notar händigt T die Erbausschlagung nach Unterschriftsbeglaubigung in Urschrift zur Weiterleitung an das Nachlassgericht aus. Er weist T darauf hin, dass L noch mitunterschreiben müsse. T führt aus, dass L wahrscheinlich nicht zur Mitwirkung bereit sei und sich generell nicht um seine Tochter kümmere. Nach Eingang der Erbausschlagung der T beim Nachlassgericht, schreibt dieses den L unter Erläuterung der rechtlichen Situation und unter Hinweis auf die mit Eingang der Ausschlagung der T bei Gericht beginnende Frist für die Ausschlagung der E an.

Acht Wochen nach Eingang dieses Schreibens bei L meldet sich dieser dann doch beim Notar und führt aus, dass er das Schreiben des Gerichts nicht wirklich verstanden habe. Er möchte nun doch die Erbschaft als gesetzlicher Vertreter für die E ggf. unter Anfechtung der Fristversäumung wegen Irrtums über die Überschuldung des Nachlasses ausschlagen.

#### II. Fragen

1. Findet eine Wissenszurechnung statt, d. h. genügt die Kenntnis eines Elternteils um die Anfechtung durch den anderen Elternteil auszuschließen?

2. Unterstellt, es liegt ein Anfechtungsgrund bei L vor: Muss T bei der Anfechtung durch L noch einmal mitwirken (weil beide nur gemeinsam vertretungsberechtigt für E sind) oder genügt die Anfechtung und anschließende Ausschlagung allein durch L?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Ausschlagungsfrist

Bei einer Erbausschlagung wird ein Minderjähriger von

seinen beiden sorgeberechtigten Eltern vertreten (§ 1629 Abs. 1 S. 2 BGB). **Beide Elternteile müssen zwingend die Ausschlagung erklären, die bloße Zustimmung des anderen Elternteils oder ähnliches genügt nicht** (Palandt/Weidlich, BGB, 75. Aufl. 2016, § 1945 Rn. 5).

Nach § 1944 Abs. 1 BGB beträgt die **Ausschlagungsfrist sechs Wochen**. Die Frist beginnt nach § 1944 Abs. 2 S. 1 BGB mit dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft und dem Grund der Berufung Kenntnis erlangt. Bei einem Minderjährigen ist dabei nicht seine eigene Kenntnis, sondern diejenige seines gesetzlichen Vertreters maßgeblich (statt aller BeckOGK-BGB/Heinemann, Stand: 15.6.2016, § 1944 Rn. 47 m. w. N.).

Nach überwiegend vertretener Auffassung soll, wenn das Kind – wie hier – gemeinsam vertreten wird, nicht nur die Kenntnis eines Elternteils genügen. **Die Ausschlagungsfrist soll erst zu laufen beginnen, wenn der Letzte der beiden Erziehungsberechtigten Kenntnis erlangt** hat (OLG Frankfurt a. M. RNotZ 2012, 579, 582 f.; LG Freiburg BWNotZ 1993, 44; BeckOGK-BGB/Heinemann, § 1944 Rn. 4; Kölmel, MittBayNot 2013, 153 ff., allerdings zweifelnd, ob die dogmatische Begründung des OLG Frankfurt zutreffend ist).

Die Gegenauffassung sieht darin eine unzulässige Abweichung von den Grundsätzen der Gesamtvertretung, die mit einigen Abweichungen grundsätzlich auch bei der gesetzlichen Vertretung der Eltern nach § 1629 Abs. 1 BGB Anwendung finden (BeckOGK-BGB/Amend-Traut, Stand: 1.8.2016, § 1629 Rn. 14; MünchKommBGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 1944 Rn. 2-14). In Fällen der Gesamtvertretung wird üblicherweise aber angenommen, dass bereits die Kenntnis nur eines der Vertreter schade, es also zu einer Wissenszurechnung zwischen den Gesamtvertretern komme (statt aller Palandt/Ellenberger, § 166 Rn. 2).

Im vorliegenden Fall kommt es auf eine Entscheidung dieses dogmatischen Streits nicht an. Der Vater wurde vom Gericht über den Sachverhalt informiert. Somit ist anzunehmen, dass beide Elternteile Kenntnis im Sinne des § 1944 Abs. 2 S. 1 BGB erlangt haben. Die **Ausschlagungsfrist** dürfte daher wohl **mittlerweile** in jedem Fall **abgelaufen** sein.

##### 2. Anfechtung der Ausschlagung

Folge des Ablaufs der Ausschlagungsfrist ist gem. § 1943 Hs. 2 BGB die Annahme der Erbschaft. Die Erbschaftsannahme kann jedoch binnen der in § 1954 BGB genannten Fristen angefochten werden. Die Anfechtungsgründe ergeben sich auch hier vor allem aus dem Allgemeinen Teil des BGB, namentlich aus den §§ 119 ff. BGB (MünchKommBGB/Leipold, § 1954 Rn. 2). Abweichend von den allgemeinen Regeln der Anfechtung **lässt § 1956 BGB** auch die **Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist zu**, obwohl es sich hierbei nicht um eine Willenserklärung handelt.

Die Anfechtung gem. § 1956 BGB setzt einen **Anfechtungsgrund** voraus. In entsprechender Anwendung des § 119 BGB kann sich ein solcher Anfechtungsgrund daraus ergeben, dass der Ausschlagungsberechtigte über das Bestehen oder den Lauf der Frist in Unkenntnis war oder über die Rechtsfolge des Fristablaufs geirrt hat (MünchKommBGB/Leipold, § 1956 Rn. 8). Der Irrtum muss zudem kausal für die Unterlassung der Ausschlagungserklärung gewesen sein. Dies ist der

## Gutachten im Abrufdienst

Fall, wenn bei vollständiger und zutreffender Kenntnis der Sachlage, der Ausschlagungsberechtigte bei verständiger Würdigung des Falles die Willenserklärung nicht unterlassen, sondern die Ausschlagung erklärt hätte (MünchKommBGB/Leipold, § 1956 Rn. 9). Bei einer Überschuldung des Nachlasses wird üblicherweise vom Vorliegen der Kausalität ausgegangen (vgl. BeckOGK-BGB/Heinemann, § 1954 Rn. 50-52; MünchKommBGB/Leipold, § 1956 Rn. 9).

Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Kenntnis der Mutter von den Wirkungen des Fristablaufs sowie der Überschuldung des Nachlasses einer Anfechtung entgegensteht. Dies wäre der Fall, wenn diese Kenntnis dem Kindsvater zugerechnet werden würde.

Bei der gemeinsamen elterlichen Vertretung nach § 1629 Abs. 1 BGB handelt es sich, wie bereits oben ausgeführt, um einen Fall der Gesamtvertretung, sodass auch die Grundsätze der Gesamtvertretung weitgehend Anwendung finden (vgl. Palandt/Götz, § 1629 Rn. 6). Im Rahmen der Gesamtvertretung ist allgemein anerkannt, dass entsprechend § 166 Abs. 1 BGB der **Willensmangel eines jeden einzelnen Vertreters entscheidend** ist. Der Umstand, dass ein Vertreter die Sachlage richtig einschätzt, ist also unbeachtlich (Palandt/Ellenberger, § 166 Rn. 2, § 167 Rn. 13). Eine Wissenszurechnung zwischen Eltern findet nur im Rahmen der Passivvertretung statt, wenn es um die Entgegennahme einer Erklärung für das Kind geht.

Daher wird in der Literatur – soweit ersichtlich unumstritten – angenommen, dass zugunsten des Kindes auch ein Willensmangel, dem nur ein Elternteil unterliegt, zur Anfechtung eines Rechtsgeschäfts berechtigt (MünchKommBGB/Huber, 6. Aufl. 2012, § 1629 Rn. 12; BeckOGK-BGB/Amend-Traut, § 1629 Rn. 14; Staudinger/Peschel-Gutzeit, BGB, Neubearb. 2015, § 1629 Rn. 39). **Es müssen sich mithin nicht beide Elternteile geirrt haben.**

### 3. Anfechtungserklärung

Fraglich bleibt, ob die Anfechtung von beiden Eltern erklärt werden muss.

Dies hängt in erster Linie davon ab, wer Anfechtungsberechtigter ist. Nach dem Recht der Anfechtung ist dies in der Regel derjenige, von dem die anfechtbare Erklärung herrührt oder dem die Erklärung zugerechnet wird. Bei einem Irrtum des Vertreters muss also nicht der Vertreter selbst, sondern der Vertretene anfechten (Staudinger/Roth, BGB, Neubearb. 2015, § 143 Rn. 14.) Kann der Vertretene – wie hier – nur durch seine gesetzlichen Gesamtvertreter handeln, **müssen beide Elternteile die Anfechtung erklären.**

Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man an die Anfechtungserklärung dieselben Anforderungen stellt, wie an die Ausschlagungserklärung.

### 4. Ergebnis

Vor diesem Hintergrund und im Sinne der Wahl des sichersten Weges sollten beide Elternteile die Anfechtung erklären.

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

**EuErbVO Art. 21; EGBGB Art. 15, 14; BGB § 1931 Abs. 4**

**Österreich: gesetzliche Erbfolge nach deutschem Erbrecht bei Anwendbarkeit österreichischen Güterrechts**

Abruf-Nr.:

**WEG §§ 1, 5, 10, 15; BGB §§ 877, 876**

**Umwandlung von Wohnungs- in Teileigentum und umgekehrt; Begründung von „Wohnungs- und Teileigentum“ zum Zwecke einer gemischten oder alternativen Nutzung einer Sondereigentumseinheit**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB §§ 899a, 1276; GBO §§ 22, 47 Abs. 2**

**Keine Eintragung einer Verpfändung eines GbR-Anteils im Grundbuch**

**Mit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts scheidet die Eintragung der Verpfändung eines Gesellschaftsanteils in das Grundbuch eines im Eigentum der Gesellschaft stehenden Grundstücks aus.**

BGH, Beschl. v. 20.5.2016 – V ZB 142/15

### Problem

A ist Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Die GbR ist als Eigentümerin von Grundbesitz im Grundbuch eingetragen. A hat seinen Anteil an der GbR verpfändet.

Die Beteiligten begehren die Eintragung eines Vermerks über die Verpfändung in das Grundbuch.

### Entscheidung

Nach Auffassung des BGH kann **kein Vermerk über die Verpfändung des GbR-Anteils** in das Grundbuch eingetragen werden. Damit schließt sich der BGH der überwiegend in der Literatur vertretenen Meinung an (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 4292; Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, § 10 GBV Rn. 34; a. A. Palandt/Sprau, BGB, 75. Aufl. 2016, § 719 Rn. 8).

**Nur die GbR ist Rechtsträgerin des Gesellschaftsvermögens** und damit Alleineigentümerin ihrer Grundstücke. Die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils begründet weder ein Recht des Pfandrechtsinhabers an den

im Grundbuch eingetragenen Rechten der GbR noch wird diese als Rechtsinhaberin in ihrer Verfügungsbefugnis beschränkt. Eine Eintragung der Verpfändung zur Vermeidung eines gutgläubigen (lastenfreien) Erwerbs eines Dritten (§ 892 Abs. 1 BGB) kommt unter diesem Aspekt nicht in Betracht.

Die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils ist auch nicht deshalb in das Grundbuch einzutragen, weil gemäß § 899a BGB in Ansehung des eingetragenen Rechts vermutet wird, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Abs. 2 S. 1 GBO im Grundbuch eingetragen sind. § 899a BGB schützt den guten Glauben an die Gesellschafterstellung der Eingetragenen bzw. deren Verfügungsbefugnis. Ob die Vorschrift auch für das schuldrechtliche Kausalgeschäft gilt, lässt der BGH offen. **Durch die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils wird die Stellung des Gesellschafters aber nicht berührt.** Der verpfändende Gesellschafter bleibt in der Regel in der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte und insbesondere auch in der Ausübung des Stimmrechts frei. Das **Pfandrecht gewährt** damit dem Pfandgläubiger grundsätzlich **keinen Einfluss auf die Gesellschafterstellung** des Verpfändenden. Die Vorschrift des **§ 1258 Abs. 1 BGB**, wonach bei einer Verpfändung eines Miteigentumsanteils der Gläubiger die Rechte ausübt, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben, **gilt** grundsätzlich **nicht entsprechend für Gesellschaftsanteile.**

In ihren hier maßgeblichen Wirkungen auf die Gesellschafterstellung unterscheidet sich die Verpfändung eines Anteils an einer GbR nicht von der Pfändung eines solchen Anteils im Wege der Zwangsvollstreckung. Die **Befugnis des Gesellschafters über ein** zum Gesellschaftsvermögen gehörendes **Grundstück zu verfügen, bleibt** trotz einer Pfändung des Gesellschaftsanteils **bestehen**, eine Eintragung der Pfändung im Grundbuch scheidet daher nach nahezu einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur aus.

Auch aus **§ 1276 Abs. 1 und 2 BGB** folgt keine Pflicht zur Eintragung der Verpfändung. Nach dieser Vorschrift sind die **Aufhebung** des verpfändeten Rechts **und** beeinträchtigende **Änderungen nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers** zulässig. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der seinen Anteil verpfändende Gesellschafter nicht mehr gemeinsam mit den übrigen Gesellschaftern über im Eigentum der GbR stehende Grundstücke verfügen kann. **Verpfändetes Recht** i. S. d. § 1276 Abs. 1 und 2 BGB **ist** im vorliegenden Zusammenhang **nur der Gesellschaftsanteil**, nicht aber das Grundstück.

Auch eine entsprechende Anwendung von § 1276 Abs. 1 u. 2 BGB kommt nicht in Betracht. Es entspricht zwar der ganz h. M., dass bei der Verpfändung eines Anteils an einer **Erbengemeinschaft** der verpfändende Miterbe hinsichtlich seiner Befugnis, gemeinsam mit den anderen Miterben über einen Nachlassgegenstand zu verfügen (§ 2040 Abs. 1 BGB), zugunsten des Pfandgläubigers beschränkt und die Verpfändung in das Grundbuch einzutragen ist (RGZ 90, 232, 236; BayObLG NJW 1959, 1780, 1781). Dies wird damit begründet, dass es eine (mittelbare) Beeinträchtigung des Pfandrechts an dem Erbteil i. S. d. § 1276 BGB bedeute, wenn der verpfändende Miterbe ein zum Nachlass gehörendes Grundstück in Gemeinschaft mit den anderen Miterben ohne Berücksichtigung der Verpfändung belastet oder veräußert.

Nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR ist aber eine **entsprechende Anwendung** des **§ 1276 BGB** – bzw. bei einem Nießbrauch an einem GbR-Anteil des § 1071 BGB – **nicht mehr möglich.** Solange die GbR als Gesamthandsgemeinschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit verstanden wurde, waren deren Gesellschafter ebenso wie die Miterben einer Erbengemeinschaft an den Vermögensgegenständen der Gesellschaft bzw. der Erbengemeinschaft jedenfalls insoweit unmittelbar rechtlich beteiligt, als ihnen das Eigentum an Grundstücken zusammen mit den anderen Gesellschaftern bzw. Miterben zur gesamten Hand zustand. Während diese unmittelbare Beteiligung bei der Erbengemeinschaft, die anders als eine GbR nicht rechtsfähig ist, fortbesteht, hat der **Gesellschafter einer GbR an den einzelnen Vermögensgegenständen keine unmittelbaren Rechte** mehr. Rechtsinhaber ist ebenso wie bei einer Kapitalgesellschaft nur die GbR. Die notwendige klare Trennung zwischen der rechtsfähigen Gesellschaft und ihren Gesellschaftern schließt es aus, gemeinschaftliche Verfügungen der Gesellschafter über Vermögen der GbR als das Pfandrecht an einem Gesellschaftsanteil beeinträchtigende Änderungen i. S. d. § 1276 BGB anzusehen.

---

**Erbbaurecht §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1; BGB §§ 183, 878**

**Widerruflichkeit einer Zustimmung zur Veräußerung eines Erbbaurechts**

**Die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts, deren Erforderlichkeit mit dinglicher Wirkung vereinbart ist, ist jedenfalls bis zur Stellung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt widerruflich.**

OLG München, Beschl. v. 29.9.2016 – 34 Wx 191/16

#### **Problem**

Nach § 5 Abs. 1 Erbbaurecht kann als Inhalt eines Erbbaurechts vereinbart werden, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Nach § 6 Abs. 1 Erbbaurecht sind, wenn eine Vereinbarung gem. § 5 Erbbaurecht getroffen worden ist, eine Verfügung des Erbbauberechtigten über das Erbbaurecht und ein Vertrag, durch den er sich zu einer solchen Verfügung verpflichtet, unwirksam, solange die Zustimmung nicht erteilt ist.

Nach § 183 S. 1 BGB ist die vorherige Zustimmung (Einwilligung) bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerruflich, soweit sich nicht aus dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ein anderes ergibt.

Gegenstand der Entscheidung des OLG München ist die Frage, ob der Eigentümer eine bereits erteilte Zustimmung widerrufen kann. In dem zugrunde liegenden Fall veräußerte der Erbbauberechtigte das Erbbaurecht. Dem Notar wurde eine Vollzugsvollmacht erteilt, wonach alle Genehmigungen mit ihrem Eingang beim Notar allen Beteiligten gegenüber als zugegangen gelten. Der Eigentümer genehmigte „die Veräußerung des Grundstücks“ im Februar 2016. Mit Schreiben vom April 2016 widerrief er die Zustimmungserklärung. Der Notar legte dem Grundbuchamt die Zustimmung und den Widerruf vor und beantragte den Vollzug der Umschreibung des Erbbaurechts. Dies wurde vom Grundbuchamt verweigert.

## Entscheidung

Das OLG München ist der Auffassung, dass das Grundbuchamt die Eintragung zu Recht abgelehnt hat.

Zunächst legt es die Zustimmungserklärung des Eigentümers aus. Diese beziehe sich auf das Erbbaurecht. Dies ergebe sich daraus, dass der in Bezug genommene Notarvertrag keine Eigentumsübertragung enthalte, der hätte zugestimmt werden können, sondern nur die Übertragung des Erbbaurechts.

Es ist **umstritten, ob** eine nach §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 ErbbauRG erforderliche **Zustimmung** des Eigentümers zur Übertragung des Erbbaurechts noch **widerrufen werden kann**, nachdem sie durch Zugang beim Erbbauberechtigten oder Erwerber (§§ 130 Abs. 1 S. 1, 182 Abs. 1 BGB) wirksam geworden ist. Als maßgebliches Kriterium wird regelmäßig angesehen, ob der Zustimmungsvorbehalt als gesetzlich ausnahmsweise zugelassene rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung (vgl. § 137 BGB) oder als rechtliche Inhaltsbeschränkung des Erbbaurechts (vgl. § 5 Abs. 1 ErbbauRG) zu verstehen ist.

**Der BGH hat** ein gemäß §§ 5, 6 ErbbauVO vereinbartes **Zustimmungserfordernis als gesetzliche Ausnahme zu § 137 S. 1 BGB aufgefasst** (BGH NJW 1963, 36). Er ging davon aus, dass eine vor Vollendung des Rechtsübergangs, mithin vor Eintragung der Rechtsübertragung im Grundbuch, erteilte **Eigentümerzustimmung** der Bestimmung in § 183 BGB unterfalle und gemäß § 183 S. 2 BGB in zeitlichen Schranken **widerrufflich** sei. Mit der Zustimmung falle die Verfügungsbeschränkung der Erbbauberechtigten fort, sodass eine nach § 873 Abs. 2 BGB bindend gewordene Einigung zwischen dem Erbbauberechtigten und dem Erwerber vollwirksam werde. Zwar bewirke ein Widerruf der Grundstückseigentümerin den Wiedereintritt der Verfügungsbeschränkung. Dies habe allerdings gem. § 878 BGB dann keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der bindend gewordenen Vertragserklärungen, wenn der Eintragungsantrag beim Grundbuchamt im Zeitpunkt des Widerrufs bereits gestellt gewesen sei (BGH NJW 1963, 36, 37). Die h. M. ist dem gefolgt (vgl. OLG Köln Rpfleger 1996, 106 m. w. N.; a. A. Staudinger/Rapp, BGB, Neubearb. 2009, §§ 5-7 ErbbauRG Rn. 1 a. E.; vgl. zur Verwalterzustimmung eingehend Gutachten DNotI-Report 2004, 165, 166).

Das OLG München verweist in diesem Zusammenhang auf die **Parallelproblematik** im Zusammenhang mit der **Verwalterzustimmung** nach § 12 Abs. 1 WEG. Hier ist gesichertes Erkenntnis, dass ein Verwalterwechsel nach der Zustimmung die Wirksamkeit der Zustimmungserklärung unberührt lässt (vgl. BGHZ 195, 120 Rn. 12 = DNotZ 2013, 362 = DNotI-Report 2012, 194). Ob die Zustimmungserklärung widerrufflich ist, hat der BGH offen gelassen (BGH, a. a. O. Rn. 16).

Nach Auffassung des OLG München ist es nicht zwingend, die Diskussion um § 12 Abs. 1 WEG zur Widerruflichkeit einer Verwalterzustimmung auch auf das Erbbaurecht zu übertragen. Das Gericht lässt die dogmatische Rechtsnatur des Zustimmungsvorbehalts offen. Es wendet **§ 183 S. 1 Hs. 1 BGB** an. Hiernach ist die Einwilligung bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerrufflich. **Als mehraktiges Rechtsgeschäft ist die Übertragung des Erbbaurechts erst mit der Eintragung im Grundbuch „vorgenommen“.** Aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ergibt sich für §§ 5, 6 ErbbauRG nichts anderes. Nach ihrem Sinn und

Zweck dient die Einschränkung der freien Übertragbarkeit des Erbbaurechts dem Interesse des Eigentümers.

Den gewollten Gleichlauf zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft bewirkt das Gesetz selbst, indem § 6 Abs. 1 ErbbauRG anordnet, dass die durch den Zustimmungsmangel bedingte Unwirksamkeit beide Geschäfte erfasst (BGH NJW 1960, 2093, 2095).

## Praxishinweis

Der Erbbauberechtigte hat grundsätzlich einen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts, es sei denn, dass der Zweck des Erbbaurechts wesentlich beeinträchtigt wird oder die Person des Erwerbers nicht Gewähr für eine ordnungsmäßige Erfüllung der Verpflichtungen bietet (§ 7 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG). Dennoch wirft die Entscheidung die Frage auf, wie man den Käufer in Anbetracht der Widerruflichkeit der Zustimmung davor schützen kann, dass er den Kaufpreis nach Fälligkeit ungesichert zahlt. Es besteht ferner das Risiko, dass der derzeitige Eigentümer nach Erteilung der Zustimmung, aber vor Umschreibung des Erbbaurechts, veräußert. Nach h. M. muss dann der neue Eigentümer die Zustimmung erteilen, es sei denn, dass der Eigentumswechsel erst nach Stellung des Antrags auf Umschreibung des Erbbaurechts nach § 878 BGB analog beim Grundbuchamt gestellt worden ist. Die vom bisherigen Eigentümer erteilte Zustimmung wird unwirksam (OLG Celle RNotZ 2005, 542 m. Anm. Kessler; a. A. BeckOK-BGB/Maaß, Stand: 1.8.2016, § 5 ErbbauRG Rn. 9 m. w. N.). Die Literatur verweist in diesem Zusammenhang auf die Möglichkeit einer Abwicklung über Notaranderkonto und Auszahlung erst nach Umschreibung oder zumindest erfolgter Antragstellung auf Umschreibung beim Grundbuchamt (Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rn. 3275; vgl. auch Kessler, RNotZ 2005, 543, 545).



## Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg  
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

### Programm:

#### 15:30 Uhr – **Begrüßung und Einführung**

Prof. Dr. Walter Bayer

Direktor des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

#### 15:45 Uhr – **Das Nachlassverzeichnis – der Schrecken des Notars? Notarielle Amtspflichten im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung**

Dr. Johannes Peters

Notarassessor, Erfurt

#### 16:45 Uhr – **Das notarielle Nachlassverzeichnis – Einblick in die Praxis und Ausblick de lege ferenda**

Dr. Matthias Damm

Richter als Notarvertreter, Adelsheim

#### 17:45 Uhr – **Neujahrsempfang**

des Instituts für Notarrecht und des Thüringer Notarvereins

Anmeldungen bis zum **2. Januar 2017** per E-Mail unter [notarinstitut@uni-jena.de](mailto:notarinstitut@uni-jena.de) oder per Fax unter 03641 942512

## Veranstaltungen

Kolloquium und Neujahrsempfang des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

### Nachlassverzeichnis

**Freitag, 20. Januar 2017**

in den Rosensälen der Friedrich-Schiller-Universität  
Fürstengraben 27, 07743 Jena

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter [www.dnoti.de](http://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:** 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