

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BayGO Art. 75; BauGB § 11; BGB § 307 – Gemeindliches Grundstücksgeschäft: Aufgabe der Vormerkungssicherung eines Wiederkaufsrechts und einer Sicherungshypothek gegen Stellung einer Bürgschaft; Form und Höhe einer Nachzahlungsklausel

BGB §§ 164, 1804; GBO § 29 – Nachweis der Entgeltlichkeit bei Verfügung eines Bevollmächtigten, dessen Vollmacht sich nicht auf unentgeltliche Verfügungen erstreckt

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

FamFG § 41 Abs. 3; BGB §§ 1629 Abs. 1, 1643 Abs. 1, 1795, 1796, 1822 Nr. 5 – Bestellung eines Ergänzungspflegers bei Verfahren zur familiengerichtlichen Genehmigungsverfahren von Verträgen grundsätzlich nicht erforderlich

##### Literaturhinweise

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BayGO Art. 75; BauGB § 11; BGB § 307 Gemeindliches Grundstücksgeschäft: Aufgabe der Vormerkungssicherung eines Wiederkaufsrechts und einer Sicherungshypothek gegen Stellung einer Bürgschaft; Form und Höhe einer Nachzahlungsklausel

#### I. Sachverhalt

Eine bayerische Gemeinde will an einen Bauträger ein Grundstück verkaufen. Nach Mitteilung der Gemeinde dürfte sich ein geringer Preisvorteil für den Bauträger beim Grundstücksankauf ergeben, wobei Hintergrund nach Angabe der Gemeinde die kommunale Aufgabe der Wohnraumförderung und nicht die Wirtschaftsförderung des Bauträgers ist. Die Gemeinde will, dass die Grundstücke bebaut werden und dass ihr für den Fall der Zuwiderhandlung ein Wiederkaufsrecht zusteht bzw. eine von dem Preisvorteil losgelöste „Zusatz-

zahlung“ i. H. v. 50 € pro m<sup>2</sup> zu leisten ist. Dabei soll mit der Bebauung innerhalb von zwei Jahren begonnen und die Bebauung innerhalb von fünf Jahren fertiggestellt werden. Da die Gemeinde sowohl das Problem der Bebauungssicherung als auch das der Sicherung des (Letzt-)Käufers im Rahmen eines Bauträgerkaufvertrages sieht, der Bauträger aber gleichzeitig nicht bereit ist, auf den Kaufpreis bis zur Fertigstellung zu warten oder bis dahin dem Käufer eine Bürgschaft nach § 7 MaBV zu stellen, ist die Gemeinde nunmehr bereit, die grundbuchmäßigen Absicherungen für ihre vorstehenden Rechte (Auflassungsvormerkung und Sicherungshypothek) bzgl. des jeweiligen Grundstücks gegen eine Bürgschaft des Bauträgers i. H. d. Aufzahlungssumme zur Löschung zu bringen. Dies soll geschehen, sobald mit den Erdarbeiten begonnen wurde (bzw. die Kellerdecke fertiggestellt wurde). Diese Bürgschaft ist dann bis zur endgültigen Fertigstellung der Doppelhaushälfte aufrechtzuerhalten.

#### II. Fragen

1. Falls eine Unter-Wert-Veräußerung erfolgt und diese mit den Bebauungsvorstellungen der Gemeinde gerechtfertigt wird: Verstößt die frühzeitige Aufgabe der

Sicherung des Wiederkaufsrechts der Gemeinde gegen Art. 75 BayGO oder ist die Frage der Absicherung der gemeindlichen Aufgabenerfüllung zumindest nicht mehr von Art. 75 BayGO erfasst?

2. Ist im Fall der Zulässigkeit auch der frühzeitigen Aufgabe der Grundbuchrechte der Gemeinde die Aufzahlung des Bauträgers auf den Verkehrswert des Grundbesitzes zu begrenzen (zum Zeitpunkt des Verkaufs bzw. zum Zeitpunkt des ergebnislosen Ablaufs der vereinbarten Bebauungsfristen)?

### III. Zur Rechtslage

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt setzen wir, soweit es sich um eine Unter-Wert-Veräußerung nach Art. 75 BayGO handelt, voraus, dass keine nach Art. 107, 108 AEUV notifizierungspflichtige Beihilfe gegeben ist. Dabei ist unter anderem die De-Minimis-Verordnung zu beachten, wonach Beihilfen bis zu einem Betrag von 200.000 € innerhalb von drei Steuerjahren der EU-Kommission nicht angezeigt werden müssen. Stattdessen muss die Beihilfe gewährende öffentliche Stelle lediglich dem Unternehmen vorab die voraussichtliche Höhe der Beihilfe und deren Eigenschaft als „De-minimis-Beihilfe“ mitteilen.

#### 1. Aufgabe von Sicherheiten bei Unter-Wert-Veräußerung

##### a) Erlaubter öffentlich-rechtlicher Zweck

Gemeinden dürfen Vermögensgegenstände in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußern, vgl. Art. 75 Abs. 1 BayGO. Veräußerungen unter Wert sind nur ausnahmsweise zulässig, wenn und soweit sie der **Erfüllung kommunaler Aufgaben** dienen. Da die unmittelbare Wirtschaftsförderung nicht zu den kommunalen Aufgaben gehört, sind Unter-Wert-Verkäufe grundsätzlich keine zulässigen Maßnahmen kommunaler Wirtschaftsförderung (BayVerfGH MittBayNot 2008, 412, 413). Zur bloßen Subventionierung des Bauträgers darf daher keine Unter-Wert-Veräußerung erfolgen. Wir unterstellen vorliegend daher, dass die Gemeinde dem Bauträger Pflichten zur Erfüllung einer zulässigen kommunalen Aufgabe, wie der **Verfügbarmachung von Wohnraum für die ortsansässige, wenig begüterte Bevölkerung** oder der **Wohnraumförderung** im weiteren Sinne, auferlegt und diesen einer Weitergabeverpflichtung an den Letzterwerber unterworfen hat. Insoweit handelt es sich um eine Tatfrage, die im Einzelfall geprüft werden muss; ohne Erfüllung einer kommunalen Aufgabe ist die Unter-Wert-Veräußerung nach Art. 75 Abs. 1 BayGO i. V. m. § 134 BGB **nichtig**.

##### b) Aufgabe der Sicherheiten

In der Bekanntmachung des Bayerischen Innenministeriums über die Veräußerung kommunaler Vermögens-

gegenstände vom 15.5.1992 (AllMBl 1992, S. 535) heißt es unter anderem unter 1.3, dass sich die Kommunen bei Veräußerungen unter Wert um eine **ausreichende Sicherung** bemühen müssen. In dieser Bekanntmachung wird auf 2.6 der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern über Veräußerungen und Vermietungen unter Wert durch Kommunen und kommunale Wohnungsunternehmen vom 15.11.1988 verwiesen (AllMBl. 1988 S. 895), wonach beispielhaft als Sicherungsmittel eine befristete Bauverpflichtung sowie ein dinglich gesichertes Wiederkaufsrecht der Gemeinde zum aufgezinnten Verkaufspreis in Betracht kämen.

Diese Ausführungen werden in der Literatur näher präzisiert, wobei eine **Festlegung auf ein bestimmtes Sicherungsmittel** zur Erfüllung gemeindlicher Zwecke **nicht erfolgt**. So heißt es in der Kommentierung von *Bauer/Böhle/Ecker* (Bayerische Kommunalgesetze, Std.: September 2018, Art. 75 BayGO Rn. 10), dass für die ausreichende Sicherung der Gemeinde „Baugebote, verbunden mit einem Wiederkaufsrecht der Gemeinde zum aufgezinnten Kaufpreis, oder Rückfallvereinbarungen für den Fall, dass der angestrebte Zweck nicht oder nicht mehr verfolgt wird“ in Betracht kommen.

Ähnlich kommentiert *Schulz* zu Art. 75 BayGO, dass die **Zweckerreichung gesichert** sein muss (Schulz, in: Schulz u. a., Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, Std.: September 2018, Art. 75 BayGO, Anm. 2.4.1); hierzu müsse dem Erwerber eine entsprechende Bindung in Form eines Rücktrittsvorbehalts, eines grundbuchrechtlich abgesicherten Rückkaufsrechts, eines Recht zur Nachforderung des Preisvorteils oder in Form ähnlicher Sicherungsmittel auferlegt werden (Schulz, Art. 75 BayGO, Anm. 2.4.1)

Durch die Aufgabe der Vormerkung hinsichtlich des Wiederkaufsrechts und der Sicherungshypothek hinsichtlich der Aufzahlungsverpflichtung begibt sich die Gemeinde zweier Sicherungsmittel. Allerdings behält sie sich durch die Stellung einer Bankbürgschaft durch den Bauträger hinsichtlich der Aufzahlungsverpflichtung auch eine (Personal-)Sicherheit vor.

Zwar sind weder das Wiederkaufsrecht noch die Aufzahlungsverpflichtung bzgl. des Grundstücks gegenüber der Gemeinde für den Fall des Erwerbs durch den vormerkungsberechtigten Letztkäufer dinglich abgesichert. Stellt aber der Bauträger eine Bürgschaft als Personalsicherheit eines Dritten (z. B. eines inländischen Kreditinstituts), ist zumindest die Nachzahlung bei Ausfall des Bauträgers realisierbar.

Für die Zulässigkeit einer solchen Einbuße an Sicherungsmitteln käme es darauf an, ob nach dem Verbot

der Unter-Wert-Veräußerung gem. Art. 75 Abs. 1 BayGO eine bestimmte Art der Absicherung zwingend vorgeschrieben ist. Art. 75 Abs. 1 S. 2 BayGO ordnet an, dass Vermögensgegenstände in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden dürfen. Nach Art. 75 Abs. 3 S. 2 BayGO ist die schenkweise Veräußerung von Gemeindevermögen in Erfüllung von Gemeindeaufgaben nicht verboten.

Aus dem **Wortlaut der zitierten Normtexte** ergibt sich der Zwang zu einer bestimmten Absicherung der öffentlichen Zwecksetzung nicht, weil das Gesetz sich insoweit nicht äußert. Auch bei **systematisch-teleologischer Betrachtung** des Art. 75 BayGO besteht kein Zwang zur Stellung einer konkreten Sicherheit durch den Erwerber. Art. 75 BayGO hat insgesamt zum Ziel, dass gemeindliches Vermögen nicht verschleudert wird und sich keine negativen Auswirkungen auf den kommunalen Haushalt ergeben („Erhaltung des Gemeindevermögens“: Hölzl/Hien/Huber, Bayerische Gemeindeordnung mit VGemO, LkrO, BezO, Std.: Mai 2018, Art. 75 BayGO Rn. 1; Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, Kommunalrecht in Bayern, Std.: Februar 2019, Art. 75 BayGO Rn. 1). Allerdings ist eine Unter-Wert-Veräußerung immer dann zulässig, wenn die Gemeinde mit dieser einen öffentlich-rechtlichen Zweck verfolgt oder im Rahmen der gemeindlichen Aufgabenerfüllung handelt. Dies ist aber vorliegend der Fall, wenn die Kommune mit Blick auf Art. 83 BV durch die Veräußerung von Grundstücken an einen Bauträger mit der Auferlegung von Baupflichten ihrer Aufgabe von Wohnungsbau und Wohnungsaufsicht nachkommt. Dem öffentlich-rechtlichen Zweck ist aber schon durch Absicherung mittels schuldrechtlichen Wiederkaufsrechts und Nachzahlungsklausel genügt. Man wird aus dem Verbot der Unter-Wert-Veräußerung nicht schließen können, dass die Gemeinde den öffentlichen Zweck mit den sichersten (und damit letztlich dinglichen) Instrumentarien verfolgen soll. Für die Frage der Ausgestaltung einer zweckmäßigen Sicherung wird der Gemeinde ein (wie auch immer rechtlich genau zu qualifizierender) Spielraum verbleiben müssen.

Es ergibt sich daher folgendes Bild: Weder die zitierten ministeriellen Bekanntmachungen noch die kommunalrechtlichen Quellen konzentrieren sich auf eine ganz **bestimmte Art der Absicherung**, sodass eine Unter-Wert-Veräußerung auch nur mit schuldrechtlichen Vereinbarungen ohne weitere Sicherheiten rechtmäßig ist. Deshalb dürfte das Risiko einer Nichtigkeit der Veräußerung an den Bauträger nach Art. 75 BayGO i. V. m. § 134 BGB gering sein, wenn die Gemeinde ihre dinglichen Sicherheiten gegen Stellung einer Bürgschaft für die Nachzahlungsklausel und unter Beibehaltung des

nicht vormerkungsgesicherten Wiederkaufsrechts partiell aufgibt.

Allenfalls könnte man erwägen, einen Hinweis auf eine mögliche Unwirksamkeit der Veräußerung bei einem Verstoß gegen das Gebot der Unter-Wert-Veräußerung zu geben (§ 17 Abs. 2 BeurkG, wobei man eine diesbezügliche Amtspflicht eher nicht annehmen können wird).

## 2. Höhe der Nachzahlung bei subventioniertem Kaufvertrag

Bei Nachzahlungsklauseln ist zwischen mehreren Typen zu unterscheiden: Einerseits gibt es **Mehrerlösklauseln**, bei denen im Falle eines Verstoßes die Differenz zwischen dem seinerzeitigen Ankaufspreis und dem zum Zeitpunkt der Weiterveräußerung erzielten Verkaufspreis (bzw. bei Bebauung zwischen Ankaufspreis und zum Zeitpunkt der Weiterveräußerung aktuellen Verkehrswert des Grundstücks) zu zahlen ist (Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 6 Rn. 203). Andererseits existieren echte **Aufzahlungsklauseln**, aufgrund derer der Erwerber bei einem Verstoß die Differenz zwischen seinerzeitigem Verkehrswert und seinerzeitigem Kaufpreis nachzuzahlen hat (Hertel, Teil 6 Rn. 203).

Grundsätzlich ist die Vereinbarung von Nachzahlungsklauseln bei einem Verstoß gegen eine Bauverpflichtung möglich. Geht man von einem Kaufvertrag mit Preisvorteil für den Erwerber aus, so dürfte die Vereinbarung einer echten Aufzahlungsklausel im letztgenannten Sinne zulässig sein, da ihr einziger Zweck in der **Abschöpfung der gewährten Subvention** besteht (Hertel, Teil 6 Rn. 205).

Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass eine Nachzahlungsklausel auch auf einen fixen Betrag festgelegt werden kann (Hertel, Teil 6 Rn. 207). Richtig ist dies nur bei der Aufzahlungsklausel, bei der der pauschale Betrag deckungsgleich mit der gewährten Subvention ist. Denn dann wird nur der gewährte Vorteil abgeschöpft.

Darüber hinaus dürfte die Festlegung eines Pauschalbetrags aber einerseits nicht zweckmäßig sein, weil bei einem erheblichen Anstieg der Bodenpreise nur ein Teil des gewährten Vorteils abgeschöpft wird (Hertel, Teil 6 Rn. 207). Andererseits ist zweifelhaft, ob ein **pauschaler Zuzahlungsbetrag**, der höher ist als eine gewährte Subvention, mit der jüngeren BGH-Rechtsprechung in Einklang zu bringen ist. Denn der BGH lehnt die Angemessenheit einer **vorteilsunabhängigen Nachzahlungsklausel** ab (BGH MittBayNot 2019, 81, 82 Rn. 13 m. Anm. Grziwotz). Zur Vermeidung von

Grundstücksspekulationen dürfe sich der Zuzahlungsbetrag nur nach der **tatsächlichen Bodenwertsteigerung** bemessen (BGH MittBayNot 2019, 81, 82 Rn. 13).

Anders als im vorliegenden Fall (hier: wohl subventioniertes Rechtsgeschäft) ging es in der BGH-Entscheidung um einen nicht subventionierten Kaufvertrag zwischen Gemeinde und Erwerber. Zieht man allerdings das Argument heran, eine vorteilsunabhängige Einforderung von Nachzahlungen sei nicht zulässig (BGH MittBayNot 2019, 81, 82 Rn. 13), könnte man darauf schließen, dass Nachzahlungsklauseln generell nur vom Erwerber erlangte Vorteile abschöpfen dürfen. Dann aber wäre **jede pauschale Nachzahlungsklausel unzulässig**, die über den gewährten Preisvorteil hinausgeht.

Noch ist nicht klar, ob die Ausführungen des BGH auf subventionierte Kaufverträge übertragen werden können. Nach unserem Dafürhalten dürfte es jedoch keinen Unterschied machen, ob ein subventionierter oder ein nicht subventionierter Kaufvertrag in Rede steht. Eine Nachzahlungsklausel, die unabhängig von einem konkreten Vermögensvorteil beim Erwerber durchgreifen soll, ist nicht angemessen i. S. d. § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB bzw. gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB und hat eher Vertragsstrafen- als Gegenleistungscharakter (zu dieser Abgrenzung von Nachzahlungsklausel zur Vertragsstrafe: Hertel, Teil 6 Rn. 205).

Dies ändert freilich nichts daran, dass im Rahmen einer Nachzahlungsklausel auch künftige Bodenwertsteigerungen einbezogen werden können (BGH MittBayNot 2019, 81, 82 Rn. 13; Grziwotz, MittBayNot 2019, 83, 84). Die Verwendung eines den ggf. gewährten Preisvorteil überschießenden Pauschalbetrags dürfte dagegen nicht möglich sein (so letztlich auch Leidner, DNotZ 2019, 83, 90).

### 3. Ergebnis

Soweit der gemeindliche Zweck (Erfüllung einer kommunalen Aufgabe) durch ein nicht vormerkungsgesichertes Wiederkaufsrecht und eine durch Bürgschaft gesicherte Nachzahlungsklausel gesichert ist, dürfte trotz vorheriger Aufgabe dinglicher Sicherungen (Vormerkung, Sicherungshypothek) nach unserem Dafürhalten keine nichtige Unter-Wert-Veräußerung i. S. d. Art. 75 BayGO gegeben sein. Die **Art und Weise der Sicherung öffentlich-rechtlicher Zwecke** wird nämlich nicht zwingend vorgeschrieben.

Bei einer Nachzahlungsklausel in Form einer Aufzahlungsverpflichtung kann der gewährte „Rabatt“ zurückverlangt werden, im Übrigen kann sich eine Nachzahlungsklausel an der **tatsächlich eingetretenen Bodenwertsteigerung** orientieren.

---

## BGB §§ 164, 1804; GBO § 29

### Nachweis der Entgeltlichkeit bei Verfügung eines Bevollmächtigten, dessen Vollmacht sich nicht auf unentgeltliche Verfügungen erstreckt

---

#### I. Sachverhalt

Eine Tochter ist von ihrer Mutter mittels General- und Vorsorgevollmacht bevollmächtigt worden; die Vollmacht bezieht sich ausdrücklich auch auf Grundstücksgeschäfte. In ihr findet sich folgender Passus: „Meine Tochter ist nicht zu unentgeltlichen Verfügungen bevollmächtigt.“ In der Folge wird ein Grundstück der Mutter an einen Dritten veräußert, wobei die Tochter in Vertretung ihrer Mutter auf Grundlage der General- und Vorsorgevollmacht handelt. Der Kaufpreis beträgt 200.000 €, was im Lichte der Größe und Lage des Grundstücks marktüblich ist. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung aufgegeben, die Entgeltlichkeit in der Form des § 29 GBO nachzuweisen oder die Mutter den Vertrag genehmigen zu lassen.

#### II. Frage

Darf das Grundbuchamt an der Entgeltlichkeit zweifeln, wenn ein Dritter zu einem marktüblichen Kaufpreis erwirbt?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Nachweis der Entgeltlichkeit

Im Ausgangspunkt gilt: Die Eintragung des Eigentumswechsels an einem Grundstück darf gem. § 20 GBO nur erfolgen, wenn die dingliche Einigung (Auflassung, § 925 BGB) wirksam erklärt und dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen ist. Im Fall der Stellvertretung bei der Erklärung der dinglichen Einigung ist dem Grundbuchamt auch die Vertretungsmacht des Vertreters nachzuweisen. Das Grundbuchamt muss den Umfang einer Vollmacht selbstständig prüfen, auch dann, wenn der beurkundende Notar diesen für das beurkundete Rechtsgeschäft für ausreichend erachtet hat (s. etwa OLG München IBBRS 2017, 1892 = BeckRS 2017, 107292).

Wir gehen davon aus, dass der gegenüber dem Grundbuchamt zu führende Nachweis der Entgeltlichkeit der Verfügung und damit des Bestehens ausreichender Vertretungsmacht im Fall einer **General- und Vorsorgevollmacht**, die mit Wirkung für das Außenverhältnis dem Bevollmächtigten unentgeltliche Verfügungen untersagt, in gleicher Weise erbracht werden kann, wie bei **Verfügungen eines Betreuers**. Zwar ist die hiesige Vollmacht im Außenverhältnis nicht akzessorisch zum Handlungsrahmen eines Betreuers ausgestaltet (was durchaus möglich gewesen wäre). Gleichwohl liegt

aber eine Auslegung der Vollmacht dahingehend nahe, dass der Handlungsrahmen des Bevollmächtigten im Gleichlauf zu jenem eines Betreuers beschränkt werden sollte. Diesem aber ist es nach den Bestimmungen der §§ 1908i Abs. 2 S. 1, 1804 S. 1 BGB (gesetzliches Verbot i. S. d. § 134 BGB) verwehrt, Bestandteile des Vermögens zu verschenken. Nach allgemeiner Ansicht ist über den Wortlaut hinaus das Schenkungsverbot des § 1804 S. 1 BGB auch auf das Vollzugsgeschäft zu erstrecken, sodass insbesondere auch insgesamt „unentgeltliche Veräußerungen“ untersagt sind; vgl. etwa BeckOGK-BGB/Fröschle, Std.: 1.2.2019, § 1804 Rn. 6. Für den gewollten Gleichlauf mit dem Handlungsrahmen eines Betreuers spricht, dass der General- und Vorsorgebevollmächtigte im Regelfall gerade einen Betreuer substituieren, diesen im Hinblick auf eine künftige Geschäftsunfähigkeit bzw. Betreuungsbedürftigkeit also entbehrlich machen soll (§ 1896 Abs. 2 S. 2 BGB). Eine über die Beschränkung der Befugnisse des Betreuers hinausgehende Beschränkung der Handlungsbefugnisse des Bevollmächtigten dürfte in Bezug auf „unentgeltliche Verfügungen“ daher gerade nicht dem Willen der Vollmachtgeberin entsprechen. In beiden Fällen geht es darum, das Vermögen des Betroffenen vor einer Schmälerung durch Schenkungen zu schützen.

Wie sich aus einer u. E. zutreffenden Entscheidung des Kammergerichts (FGPrax 2012, 145; dazu Böttcher, NJW 2014, 978, 980) ergibt, sind im Grundbuchverfahren für den Nachweis, dass die Verfügung eines Betreuers dem Schenkungsverbot nicht unterfällt, ähnliche Grundsätze maßgeblich, wie sie bei der Beurteilung der Entgeltlichkeit von Verfügungen eines Testamentsvollstreckers oder befreiten Vorerben heranzuziehen sind. Eine entgeltliche Verfügung ist dem Grundbuchamt gegenüber danach regelmäßig dann hinreichend nachgewiesen, wenn die dafür maßgebenden Beweggründe im Einzelnen angegeben werden, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich sind. Dient die Verfügung der Erfüllung eines Kaufvertrages mit einem unbeteiligten Dritten, ist die Entgeltlichkeit der Erfüllung regelmäßig indiziert. Denn das Grundbuchamt ist auch befugt, Wahrscheinlichkeitserwägungen anzustellen und auf allgemeine Erfahrungssätze zurückzugreifen (s. nur BeckOK-GBO/Otto, Std.: 1.6.2019, § 29 Rn. 42). Es genügt also prinzipiell auch eine privatschriftliche Erklärung des Verfügenden, die diesen Anforderungen entspricht, nicht dagegen die bloße unsubstantiierte Behauptung, die Verfügung sei entgeltlich (vgl. für den Testamentsvollstreckter: OLG München ErbR 2016, 527 = BeckRS 2016, 11028; OLG München NotBZ 2012, 227, 228; vgl. zum Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt ausführlich: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht,

15. Aufl. 2012, Rn. 3441; s. auch die Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. NotBZ 2019, 50 zum im konkreten Fall gescheiterten Nachweis der Entgeltlichkeit der Verfügung eines Betreuers; vgl. zur Prüfung der Entgeltlichkeit der Verfügung eines Vorerben OLG Rostock RNotZ 2016, 686). Bei der Verfügung eines Betreuers kommt freilich als besonders starkes Indiz für die Entgeltlichkeit noch die erteilte betreuungsgerichtliche Genehmigung hinzu; dass diese naturgemäß bei der Verfügung eines Vorsorgebevollmächtigten nicht beigebracht werden kann, ändert u. E. aber nichts daran, dass auch hier das Grundbuchamt in freier Beweiswürdigung unter Heranziehung ansonsten ähnlicher Kriterien festzustellen hat, ob eine Verfügung dem Schenkungsverbot unterfällt. Dies gilt umso mehr, als das Grundbuchamt an die Beurteilung des Betreuungsgerichts nicht gebunden ist.

## 2. Selbstgeschaffene Beweisnot

Gegen die Heranziehung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall könnte allenfalls eingewandt werden, dass die hier in Bezug auf den Nachweis der Entgeltlichkeit gegebene Beweisnot „künstlich“ und selbstverschuldet geschaffen wurde (vgl. etwa OLG Frankfurt BeckRS 2015, 13193 Rn. 14: Beweisschwierigkeiten, die erst durch das rechtsgeschäftliche Handeln des Vollmachtgebers geschaffen werden, rechtfertigen es nicht, von der Formstrenge des § 29 GBO abzuweichen). Denn **Nachweisprobleme** hätten von vornherein **vermieden** werden können, wenn die General- und Vorsorgevollmacht im **Außenverhältnis unbeschränkt** ausgestaltet worden wäre, das Schenkungsverbot mithin nur im Innenverhältnis Bedeutung erlangt hätte (vgl. wiederum OLG Frankfurt BeckRS 2015, 13193 Rn. 14). Eine hierauf gestützte Nichtanwendbarkeit der von der Rechtsprechung entwickelten Nachweiserleichterungen hinsichtlich der Entgeltlichkeit der Verfügung eines Betreuers auf den Fall eines Vorsorgebevollmächtigten wäre aber verfehlt. Es ist u. E. nämlich kein Grund ersichtlich, warum der gesetzliche Betreuer hinsichtlich des Nachweises der Entgeltlichkeit grundbuchverfahrensrechtlich besser gestellt sein sollte als der Vorsorgebevollmächtigte mit dem Kompetenzrahmen eines Betreuers. In beiden Fällen hat das Grundbuchamt exakt die gleiche Prüfung vorzunehmen und daher u. E. auch die gleichen Nachweismaßstäbe anzusetzen. Dass auch eine andere Ausgestaltung der General- und Vorsorgevollmacht möglich gewesen wäre, die aber womöglich in dieser Gestalt gar nicht dem Willen der Vollmachtgeberin entsprochen hätte, darf die Anforderungen an die grundbuchverfahrensrechtlichen Nachweiserfordernisse u. E. hier nicht verändern. Anderes wäre mit der Funktion des Instituts der Vorsorgebevollmächtigung, gerade einen Betreuer durch einen Bevollmächtigten zu substituieren, kaum in Einklang zu bringen. Überdies erhö-

hen sich auch faktisch die Plausibilierungsanforderungen an die Entgeltlichkeit der Verfügung nicht. Insoweit liegt der Fall durchaus anders als jener einer Vollmacht, deren Wirksamkeit auch im Außenverhältnis durch den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit aufschiebend bedingt suspendiert ist.

Anderes ist – soweit ersichtlich – auch noch nicht gerichtlich entschieden worden. Im Fall des OLG Köln (FGPrax 2007, 102) wurde eine Vollmacht nämlich gerade in diesem letztgenannten Sinne insgesamt, also auch im Außenverhältnis, unter der Bedingung der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers erteilt. Der Eintritt dieser Bedingung konnte nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden. Im bereits erwähnten Fall des OLG Frankfurt (BeckRS 2015, 13193) lag zwar eine mit dem vorliegenden Fall vergleichbare Vorsorgevollmacht vor („Schenkung in dem Rahmen, der einem Betreuer rechtlich gestattet ist“). Jedoch war hier festgestellt, dass es sich bei dem vom Vorsorgebevollmächtigten abgeschlossenen Vertrag um einen Schenkungsvertrag handelte. Es ging in dem zitierten Fall gerade nicht um den Nachweis der Entgeltlichkeit, da die Unentgeltlichkeit bereits feststand, sondern um den Nachweis eines Ausnahmefalls des § 1804 S. 2 BGB in Form der Anstandsschenkung. Auch bei dem Handeln eines „echten“ Betreuers ist uns hinsichtlich des Nachweises des Vorliegens einer solchen Anstandsschenkung kein Urteil bekannt, das insofern von einer Beweiserleichterung in Bezug auf die Form des § 29 GBO ausgeht. Insofern sind die vorgenannten Fälle der Rechtsprechung u. E. mit dem hiesigen Fall nicht (vollständig) vergleichbar.

Nach alledem gehen wir davon aus, dass die Zwischenverfügung des Grundbuchamts unberechtigt ist, sofern der Nachweis der Entgeltlichkeit in Übereinstimmung mit den unter Ziffer 1 genannten Grundsätzen erbracht wurde. Eines Nachweises in der Form des § 29 GBO bedarf es u. E. nicht.

## 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.

### EuErbVO Art. 26

**Polen: Beteiligung eines Ehegattens an einer GmbH bei Geltung der gesetzlichen Gütergemeinschaft des polnischen Rechts**

Abruf-Nr.:

### EGBGB Art. 15; EuGüVO Art. 20 ff.

**Serbien: Ehegüterstatut, Rechtswahl, bewegliche Rückverweisung**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**FamFG § 41 Abs. 3; BGB §§ 1629 Abs. 1, 1643 Abs. 1, 1795, 1796, 1822 Nr. 5**

**Bestellung eines Ergänzungspflegers bei Verfahren zur familiengerichtlichen Genehmigungsverfahren von Verträgen grundsätzlich nicht erforderlich**

**1. Im Verfahren über die familiengerichtliche Genehmigung eines von Eltern als gesetzlichen Vertretern ihres minderjährigen Kindes abzuschließenden Vertrags bedarf es zur Vertretung des nicht verfahrensfähigen Kindes im Verfahren und für die Bekanntgabe der die Genehmigung aussprechenden Entscheidung keines Ergänzungspflegers (Fortführung von Senat, NJW-RR 2014, 900 = FamRZ 2014, 640).**

**2. Etwas anderes gilt nur, wenn und soweit die Eltern nach § 1795 BGB kraft Gesetzes von der Vertretung ausgeschlossen sind oder ihnen die Vertretung wegen einer bestehenden Interessenkollision nach § 1796 BGB durch gerichtliche Entscheidung entzogen worden ist (im Anschluss an Senat, BGHZ 191, 48 = NJW 2011, 3454 = FamRZ 2011, 1788 und NJW 2018, 2962 = FamRZ 2018, 1512).**

BGH, Beschl. v. 3.4.2019 – XII ZB 359/17

### Problem

Gemeinsam mit Ihrer Mutter wurden die beiden betrof-

fenen Kinder Erben nach ihrem Vater. Keines der Kinder hat bisher das 14. Lebensjahr vollendet. In den Nachlass fielen auch landwirtschaftlich genutzte Flächen. Diese sollten nach dem Wunsch der allein sorgeberechtigten Mutter langfristig an Dritte verpachtet werden. Hierzu beantragte die Mutter die familiengerichtliche Genehmigung. Das Familiengericht bestellte von Amts wegen einen Ergänzungspfleger für die Vertretung der Kinder beim Abschluss des Pachtvertrages.

### Entscheidung

Nach Auffassung des BGH war die Bestellung eines Ergänzungspflegers weder für die Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses noch zum Abschluss des Pachtvertrages erforderlich. Nach § 41 Abs. 3 FamFG sei der Beschluss auch demjenigen bekanntzugeben, für den das Rechtsgeschäft genehmigt werde. Daraus folge jedoch keine Beschränkung der gesetzlichen Vertretungsmacht der Eltern für ihre Kinder über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus. Liege kein Fall von § 1795 BGB vor und bestehe auch kein die Entziehung des Vertretungsrechts nach § 1796 BGB rechtfertigender Gegensatz zwischen den Interessen des Elternteils und des Minderjährigen, komme ein Entzug des Vertretungsrechts der Eltern und damit auch eine Ergänzungspflegerbestellung nicht in Betracht.

Diese vom Senat für die Genehmigung einer Erbauschlagung entwickelten Grundsätze (BGH NJW-RR 2014, 900) seien auf die gegenständliche Situation der Genehmigung eines Vertragsschlusses zu übertragen (vgl. auch BGH FamRZ 2016, 296 Rn. 20).

Auch die Rechtsprechung des BVerfG (NJW 2000,1709) stehe dem nicht entgegen. Hiernach werde nur verlangt, dass dem **verfahrensfähigen** Vertretenen der Genehmigungsbeschluss bekanntgegeben werde. Eine Einschränkung des elterlichen Vertretungsrechts für **nicht verfahrensfähige** Minderjährige sei dieser Rechtsprechung hingegen nicht zu entnehmen.

Solange kein Interessenwiderstreit vorliege, bestehe kein Bedürfnis für eine weitergehende Kontrolle des gesetzlichen Vertreters bzw. des die Genehmigung erteilenden Gerichts durch einen Ergänzungspfleger.

Im vorliegenden Fall sei die Bestellung des Ergänzungspflegers schon deshalb rechtswidrig, weil dieser nicht nur für die Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses, sondern auch für die Vertretung beim Abschluss des Pachtvertrages ermächtigt worden sei. Auch diesbezüglich sei jedoch ein Grund für den Ausschluss der Mutter von der Vertretung ihrer Kinder nicht erkennbar. Insbesondere bestünde kein erkennbarer Interessenwiderstreit, der nach § 1796 BGB zum Entzug des elterlichen

Vertretungsrechts berechtigen würde. Vielmehr bestehe gerade ein Gleichlauf der Interessen von Mutter und Kindern, die beim Abschluss des Pachtvertrages auf der gleichen Seite stehen.

**Postvertriebsstück: B 08129**

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

---

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:** Notar a. D. Dr. Johannes Weber

**Redaktion:** Dr. Johannes Cziupka

**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