

Praxishinweis:

Die Anwendbarkeit der MaBV lässt sich nicht rechtssicher dadurch ausschließen, dass dem Erwerber möglichst frühzeitig das Eigentum am Grundstück übertragen wird. Nach ganz herrschender Meinung ausgeschlossen ist die Anwendbarkeit der MaBV nur dann, wenn der Erwerber *im Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrags* bereits Grundstückseigentümer ist.

cc) „Rechtliche Einheit“ „im Lichte des Prospektes“; Maßgeblichkeit der Perspektive des Erwerbers

Nachdem das OLG München mögliche Gründe ausräumt, aus denen die MaBV (konkret § 3) *nicht* anwendbar sein könnte, bejaht es schließlich die Anwendbarkeit (Rn. 14). Die zentralen Aussagen sind folgende (Rn. 14):

„Für die *Beklagten* [Erwerber] als Vertragspartner war *nicht erkennbar*, dass es sich hier um zwei unterschiedliche Vertragspartner mit völlig voneinander unabhängigen Verträgen handeln sollte. Vielmehr stellten sich beide Verträge auch *im Lichte dieses Prospektes* als eine *rechtliche Einheit* dar.“

Die Entscheidung des OLG München bringt damit im Ergebnis für die Praxis Unsicherheit. Die *rechtliche Einheit* zwischen beiden Verträgen, die zur Anwendbarkeit der MaBV führen soll, soll sich nach der *Wahrnehmung* der Erwerber richten. Das OLG München schließt aus dem Prospekt (objektives Indiz), in dem die Immobilie zu einem Gesamtpreis angeboten war, darauf, dass die Erwerber die Verträge als rechtliche Einheit wahrgenommen haben.

Praxishinweis:

Die Entscheidung des OLG München zwingt den Vertragsgestalter, der die Anwendbarkeit von §§ 3, 7 MaBV mit hoher Sicherheit vermeiden will, dazu, genau darauf zu achten, dass sich das Vertragswerk *aus Sicht der Erwerber* nicht als *rechtliche Einheit* darstellt. Hierbei ist auch der Prospekt zu berücksichtigen, also auch Umstände, die zeitlich vor der Beurkundung der Verträge liegen und hiermit an sich nichts zu tun haben.

Im Ergebnis führt die Entscheidung des OLG München zu Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Anwendbarkeit der MaBV. Sicherheitshalber sollte der Notar zumindest über die mögliche Anwendbarkeit der MaBV belehren.⁷²

c) Rechtsfolgen der Anwendbarkeit von § 3 MaBV im Drei-Personen-Verhältnis

Gelangt man – nicht zuletzt dem Gebot des sichersten Weges wegen – zur Anwendbarkeit der MaBV, so stellt sich zunächst die Frage, *worauf* diese nun genau anwendbar ist: Nur auf den Bauvertrag oder auch auf den Kaufvertrag? Diese Frage lässt sich allerdings leicht beantworten: Sachgerecht ist nur eine Anwendung *auf das gesamte Vertragswerk*, also auch auf den Grundstückskaufvertrag.⁷³ Dies wird auch – soweit ersichtlich – nicht anders vertreten.

§ 3 Abs. 1, Abs. 2 MaBV bestimmen auf Rechtsfolgenseite im Wesentlichen ein Verbot (Abs. 1) bzw. eine Beschränkung (Abs. 2), Vermögenswerte des Auftraggebers entgegenzunehmen, solange nicht gewisse Voraussetzungen vorliegen. Die Empfänger-/Berechtig-

⁷² S. Muster zur Belehrung bei Basty, Der Bauträgervertrag, 11. Aufl. 2023, Kap. 1 Rn. 84.

⁷³ BGH NJW 2007, 1947 Rn. 19: „gesamte Zahlungsvereinbarung“; OLG Dresden DNotZ 2000, 126 (127); s. auch Basty, Der Bauträgervertrag, 11. Aufl. 2023, Kap. 1 Rn. 77.

tenseite (Verkäufer/Bauunternehmer) darf nur bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 3 Abs. 1, Abs. 2 MaBV Zahlungen des Erwerbers entgegennehmen. Mit anderen Worten bezahlt der *Erwerber* so, als hätte er *nur einen Vertragspartner*. Die *Verteilung* der Zahlungen auf Empfängerseite (zB dahingehend, dass erst der Grundstückseigentümer Zahlungen „auf den Kaufpreis“ erhält und erst dann der Bauunternehmer Zahlungen „auf die Werklohnforderung“) ist grundsätzlich Sache der Empfänger.

Soll nach deren Wunsch zuerst der Kaufpreis für das Grundstück fließen, so ist zu beachten, dass die erste Rate die in § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 MaBV geregelte Höchstgrenze von 30 % nicht übersteigen darf. Genügt dies *nicht* zur Zahlung des Kaufpreises, so ist zu beachten, dass der Bauunternehmer nun weitere Bauleistungen erbringen muss, ohne die hierfür fälligen Raten in voller Höhe beanspruchen zu können.

Schwierig sind daneben aber auch solche Fälle, in denen der Grundstückskaufpreis *unterhalb* der von der MaBV für die erste Rate vorgesehenen 30 % liegt. Denn soll die erste Rate (in Höhe von 30 %) nach den Vorstellungen der Veräußerer-/Bauunternehmerseite nur für das Grundstück erbracht werden („Grundstücksrate“), so liegt hierin unter Umständen ein Verstoß gegen das allgemeine zivilrechtliche Vorleistungsverbot (§§ 307 Abs. 2 Nr. 1, 309 Nr. 15 lit. a, 632a Abs. 1, 650v BGB).⁷⁴ Der Erwerber würde ohne entsprechende Gegenleistung des Bauunternehmers (und auch des Grundstücksverkäufers) Zahlungen leisten. Diese Konstellation ist sicherlich selten, ganz ausgeschlossen ist sie nicht. Die praktische Herausforderung: Ein Zurückbleiben des Grundstückswerts hinter der ersten Rate (30 % des Gesamtpreises) kann der Notar nicht ohne Weiteres erkennen.

Für die Praxis ist zu beachten, dass vor der Entgegennahme von Zahlungen die *Lastenfreistellung* (§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV) gewährleistet sein muss. Die besondere Zahlungsreihenfolge und die Zahlungswege sollten mit den dinglich am Grundstück abgesicherten Gläubigern besprochen werden, insbesondere wenn etwaige am Grundstück lastende Grundpfandrechte der Absicherung von Krediten (zur Zwischenfinanzierung) des Bauunternehmers dienen, dieser aber nach Absprache mit dem Grundstückseigentümer zuletzt Gelder erhalten soll.

Praxishinweis:

Gelangt man zur Anwendbarkeit der MaBV, so bedürfen die Regelungen zur *Fälligkeit* des Kaufpreises und des Werklohns besonderer Aufmerksamkeit. Die Zahlungsströme sind insg. den MaBV-Regelungen zu unterwerfen, so dass es sich anbieten dürfte, die Fälligkeit der Zahlungen in einem einheitlichen Teil der Urkunde für beide Vertragsverhältnisse gemeinsam zu regeln.⁷⁵

Das Verhältnis des Grundstückskaufpreises zur ersten Rate (30 %) ist zu prüfen. Übersteigt der Wert des Grundstücks diese Rate, so betrifft dies in erster Linie das Innenverhältnis des Bauunternehmers zum Verkäufer. Bleibt der Wert hingegen dahinter zurück, so ist die Rate sicherheitshalber auf den Grundstückswert zu kürzen.

Besonderes Augenmerk bedarf zudem die Sicherstellung der Lastenfreistellung. Insbesondere sind die Freigabeversprechen der Gläubiger auf Konformität mit dem Zahlungsplan (genauer: Verteilungsplan zwischen Verkäufer und Bauunternehmer) zu prüfen.

⁷⁴ S. hierzu Esbjörnsson in BeckNotar-HdB, 8. Aufl. 2024, § 2 Rn. 164.

⁷⁵ S. auch Monreal, Das Bauträgerrecht in der notariellen Praxis, DAI-Skript, Kassel 17.5.2019, S. 183.

3. Exkurs: Gleichlauf zwischen Beurkundungsbedürftigkeit des Bauvertrags und Anwendbarkeit der MaBV?

Vergleicht man die Begründung des OLG München zur *Anwendbarkeit der MaBV* mit den unter → 1. ausgeführten Kriterien zur *Beurkundungsbedürftigkeit des Bauvertrags*, so fällt auf, dass jeweils von einer „*rechtlichen Einheit*“ gesprochen wird.

Die Kriterien, die die Annahme einer solchen „*rechtlichen Einheit*“ bedingen, sind zwar für die MaBV und § 311b BGB *prima facie* unterschiedlich. Dennoch dürfte gerade durch die mit der Rechtsprechung des OLG München einhergehenden „Subjektivierung“ ein gewisser Gleichlauf eintreten: In der Regel wird eine „*rechtliche Einheit*“ im Sinne der MaBV-Rechtsprechung auch eine „*rechtliche Einheit*“ im Sinne der § 311b BGB-Dogmatik bedeuten. Betrachtet man die Indizien, die für die Beurkundungspflicht des Bauvertrags sprechen (vgl. Praxishinweis, → 1. c)), so stellt man fest, dass im Wesentlichen dieselben Indizien auch für die Anwendbarkeit der MaBV sprechen (zB gemeinsames Exposé) oder zumindest dafür, dass man annehmen muss, *aus Sicht des Erwerbers* liege eine *rechtliche Einheit* vor.

Als Vertragsgestalter sollte man daher hellhörig werden, wenn man zu dem Ergebnis kommt, dass entweder der Bauvertrag beurkundungspflichtig ist, die MaBV aber nicht anwendbar sein soll oder umgekehrt die MaBV anwendbar sein soll, der Bauvertrag aber nicht beurkundungspflichtig ist. Eine ganz pauschale Aussage lässt sich zwar nicht treffen. In dem dem DNotI vorgelegten Konstellationen war allerdings *stets* ein Gleichlauf festzustellen: Wenn der Bauvertrag beurkundungspflichtig war, so war auch von der Anwendbarkeit der MaBV auszugehen.

4. Herausforderungen für die Vertragsgestaltung: Zivilrechtliche Ebene

Ist die MaBV anwendbar, so beeinflusst allein dies die Vertragsgestaltung in einem Maße, das sich noch bewältigen lässt, vgl. vorstehend → 2. c). Im Wesentlichen sind hiervon „nur“ der Zahlungsplan und die allgemeinen Zahlungsvoraussetzungen betroffen. Es stellen sich aber – abseits der Einflüsse der MaBV auf die Vertragsgestaltung – noch weitere Herausforderungen, die sich daraus ergeben, dass man zivilrechtlich immer noch von zwei getrennten Vertragsverhältnissen ausgeht.⁷⁶ Unter anderem sind die nachfolgenden Aspekte zu beachten, und zwar im Grundsatz ganz unabhängig davon, ob die MaBV im konkreten Fall anwendbar ist oder nicht. Eine ausführliche Aufzählung weiterer vertragsgestalterischer Details findet sich bei *Hertel*⁷⁷ und bei *Basty*⁷⁸.

a) Kündigungsrecht des Bestellers, § 648 BGB

Nach § 648 S. 1 BGB kann der Besteller *jederzeit* bis zur Vollendung des Werks den Vertrag kündigen. Die Vorschrift gilt sowohl für den Bauvertrag, § 650a Abs. 1 S. 2 BGB als auch für den Verbraucherbauvertrag, § 650i Abs. 3 BGB. Beim Bauträgervertrag nach § 650u BGB ist die Regelung des § 648 BGB jedoch gesetzlich abbedungen, vgl. § 650u Abs. 2 BGB („Keine Anwendung finden die §§ 648 [...]“).

In der Literatur wird vorgeschlagen, das Kündigungsrecht des Bestellers vertraglich auszuschließen.⁷⁹ Dies dürfte zumeist auch dem Interesse des Bauunternehmers entsprechen.

⁷⁶ Vgl. mit konkreten Vorschlägen Hertel in Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, Teil 2 Kap. 3 Rn. 361 „sonstige Gestaltung“.

⁷⁷ Hertel in Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, Teil 2 Kap. 3 Rn. 361.

⁷⁸ Basty, Der Bauträgervertrag, 11. Aufl. 2023, Kap. 1 Rn. 87.

⁷⁹ Hertel in Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, Teil 2 Kap. 3 Rn. 361.

Indes stellt sich die Frage der AGB-rechtlichen Zulässigkeit eines solchen Ausschlusses. Der BGH hält einen *formularmäßigen* Kündigungsausschluss bei Verträgen mit nicht ganz unerheblicher Dauer grundsätzlich für unzulässig.⁸⁰

b) Abhängigkeit der beiden Verträge in ihrem Bestand

Zu klären ist auch, ob die Parteien eine Abhängigkeit der beiden Verträge in der Weise wünschen, dass bei Rücktritt von einem der beiden Verträge (oder Kündigung) auch der andere Vertrag nicht mehr durchgeführt bzw. rückabgewickelt wird. Konkret kann es im Interesse des Bauunternehmers sein, dass für den Fall der Kündigung des Bauvertrags (s. oben § 648 BGB) auch der Grundstückskaufvertrag rückabzuwickeln ist. So kann der Bauunternehmer anschließend unter Umständen in Absprache mit dem Grundstücksverkäufer einen neuen Erwerber suchen. Ein solcher Mechanismus wird aber möglicherweise nicht im Interesse des Käufers sein, der das Grundstück gerne behalten und mit einem anderen Bauunternehmer weiterbauen möchte. Den Willen der Beteiligten hierzu zu ermitteln, ist Aufgabe des Notars (§ 17 Abs. 1 BeurkG). Umgekehrt aber, also wenn der Erwerber berechtigt vom Grundstückskaufvertrag zurücktritt, will er in der Regel auch den Bauvertrag kündigen können. *Hertel* schlägt vor, für diesen Fall den Grundstücksverkäufer dazu zu verpflichten, den Erwerber von etwaigen Ansprüchen des Bauunternehmers freizustellen.⁸¹

Praxishinweis:

Mit Blick auf die restriktive BGH-Rechtsprechung zum Ausschluss der Kündigung nach § 648 BGB sollte sicherheitshalber von einem pauschalen Kündigungsausschluss abgesehen werden. Im Übrigen sind die Auswirkungen für den *einen* Vertrag für den Fall der „Beendigung“ des *anderen* Vertrags mit den Beteiligten ausführlich zu besprechen. Gerade hier lauern Fallen.

c) Haftung für Vertragsstörungen

Im Hinblick auf die Sachmangelhaftung entspricht es wohl am ehesten dem Willen der Beteiligten (insbesondere Bauunternehmer und Verkäufer), wenn jeder Vertragsteil isoliert betrachtet wird. Der Grundstücksverkäufer soll nicht für Schlechtleistungen des Bauunternehmers haften, umgekehrt der Bauunternehmer nicht für Sachmängel des Grundstücks. Dies sollte im Vertrag für den Erwerber deutlich sichtbar werden, gerade im Hinblick auf das AGB-rechtliche Transparenzgebot.

5. Strenge Ansicht: Mitbeurkundungspflicht des Bauvertrags und Anwendbarkeit der MaBV führt zur „Verschmelzung“ beider Verträge auf allen Ebenen

Man könnte – wäre man ganz streng – auch vertreten, dass man in der Konstellation des verdeckten Bauherrenmodells, wenn

- der Bauvertrag beurkundungspflichtig ist **und**
- die MaBV Anwendung findet,

⁸⁰ Retzlaff in Grüneberg, 84. Aufl. 2025, BGB § 648 Rn. 18; BGH NJW 1999, 3261 (3262) (zum Bauvertrag!).

⁸¹ Hertel in Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, Teil 2 Kap. 3 Rn. 361.

die getrennte Betrachtung der beiden Vertragsverhältnisse (Grundstückskaufvertrag; Bauvertrag) im Übrigen nicht mehr aufrechterhalten könne. In diesen Fällen liege vielmehr aus Sicht des Erwerbers stets ein *einheitlicher Vertrag* vor, der sich im Ergebnis genau wie ein Bauträgervertrag darstelle. Der Erwerber könne von Verkäufer und Bauunternehmer *als Gesamtschuldner* die Primärleistung fordern, es haften ihm aber auch beide *als Gesamtschuldner* im Falle von Vertragsstörungen.

Man käme dann zu dem Ergebnis, dass nicht zwei getrennte Verträge vorliegen, sondern ein *einheitlicher Bauträgervertrag*. Diese Ansicht führt freilich für den Grundstücksverkäufer und den Bauunternehmer zu unter Umständen gravierenden Folgen, hat andererseits für den Vertragsgestalter den Charme, dass die vorstehend unter → 4. *pars pro toto* aufgeführten Herausforderungen für die Vertragsgestaltungen im Übrigen wegfallen. Es bliebe lediglich eine etwaige Abgrenzung der Verantwortlichkeiten zwischen Bauunternehmer und Verkäufer *im Innenverhältnis zueinander* zu regeln.

Dogmatisch könnte man eine solche Ansicht wie folgt begründen: Das OLG München (s. oben) gelangt anhand objektiver Merkmale (Prospekt; einheitlicher Preis) dazu, dass sich die Verträge aus Sicht des Erwerbers als *rechtliche Einheit* darstellen. Daher sei die MaBV anwendbar. Mit denselben Argumenten ließe sich aber auch vertreten, dass *auf zivilrechtlicher Ebene* (also nicht nur auf der gewerberechtlichen Ebene der MaBV) eine *rechtliche Einheit* vorliege. Es sei der Rechtsprechung nicht fremd, aufgrund objektiver Merkmale – und ohne Beachtung des wahren Willens und der Erklärungen der Beteiligten – ein bestimmtes *Vertragsregime* für anwendbar zu halten. So sei es etwa bei der Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts auf Nachzügler-Fälle.⁸²

Ganz von der Hand weisen könnte man eine solche strenge Ansicht meines Erachtens nicht. Wenn man schon aufgrund der Anwendbarkeit der MaBV aus der Sicht des Erwerbers von einem *einheitlichen Vergütungsanspruch* ausgeht und sich vor Augen hält, dass die Verträge sowohl unter Blickwinkel des § 311b BGB als auch der MaBV eine „*rechtliche Einheit*“ darstellen, dann mag man zweifeln, ob ein Festhalten an der Trennung der beiden Verträge *im Übrigen* noch überzeugt.

Andererseits gibt es meines Erachtens keine dogmatisch überzeugende Begründung, weshalb Grundstücksverkäufer und Bauunternehmer derart uneingeschränkt füreinander einstehen sollten. Alleine aus der Erstreckung der Beurkundungspflicht kann man dies kaum entnehmen und auch die Anwendbarkeit der MaBV betrifft nur den Bereich, den die MaBV regelt und nicht darüber hinaus das Vertragswerk als Ganzes. Eine reelle Gefahr für die postulierte „Verschmelzung“ beider Verträge besteht daher meines Erachtens *aus Wertungsgesichtspunkten* nur dann, wenn die Verträge bewusst zur Umgehung aufgespalten werden, sich Grundstücksverkäufer und Bauunternehmer also auch von vorneherein gemeinsam hätten verpflichten können (etwa bei gezielter Erbringung der Leistungen durch zwei vom selben Gesellschafterkreis gehaltenen GmbHs).

6. Risiken für den Notar bei Trennung von Kauf- und Bauvertrag (anstelle eines einheitlichen Bauträgervertrags)

Eine große Herausforderung der verdeckten Bauherrenmodelle liegt wohl *auf tatsächlicher Ebene*. Entspricht die Gestaltung wirklich den Wünschen des Erwerbers? Nach § 17 Abs. 1 BeurkG soll (muss) der Notar den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll (muss) er darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Vor dem Hintergrund, dass der (mutmaßliche) Wille

⁸² Vgl. etwa BGH DNotZ 2016, 525 (526).

des Erwerbers auf den Erwerb einer fertiggestellten Immobilie gerichtet sein dürfte, erscheint es zweifelhaft, ob die Trennung zwischen Kauf- und Bauvertrag dem tatsächlichen Willen des Erwerbers entspricht und gerecht wird. Rechtliche Vorteile sind für den Erwerber nicht zu erkennen, im Gegenteil: Die Aufspaltung in Grundstückskauf- und Bauvertrag kommt primär dem Grundstückseigentümer und dem Bauunternehmer zugute. Diese sind zwar offenkundig bereit, miteinander zu kooperieren und ein gemeinsames Vermarktungskonzept zu verfolgen, ein wechselseitiges Füreinandereinstehen im Verhältnis zum gemeinsamen „Kunden“ (Erwerber) soll hingegen ausgeschlossen sein. Ob die Rechtsprechung dieses Vorgehen alleine mit Blick auf die Vermeidung von Zusatzkosten billigen wird, ist ungewiss. Zumindest besteht ein gewisses Haftungsrisiko für den Notar (§ 19 Abs. 1 BNotO iVm § 17 Abs. 1 BeurkG), wenn es zu Vertragsstörungen kommt und der Erwerber geltend macht, die Vertragsgestaltung sei nicht willens- und sachgerecht gewesen. Vor diesem Hintergrund muss die rechtliche Konstruktion – Abschluss von zwei eigenständigen Verträgen mit unterschiedlichen Vertragspartnern – *auch für einen juristischen Laien deutlich erkennbar* und von diesem auch so gewollt sein.

Abschließender Praxishinweis:

In der Praxis sollte unbedingt darauf geachtet werden, dass die Trennung der beiden Vertragsverhältnisse dem Erwerber so deutlich wie möglich gemacht wird.

D. Überlassungsvertrag

I. Überlassung eines Miteigentumsanteils erfordert noch keinen Ergänzungspfleger

1. Eltern können ihre minderjährigen Kinder gegenüber sich selbst oder gegenüber Großeltern nur vertreten, wenn Rechtsgeschäft lediglich rechtlich vorteilhaft ist

Bei der Überlassung einer Immobilie an einen Minderjährigen stellen sich jeweils zwei Rechtsfragen:¹

1. Zum einen, ob die Eltern ihr minderjähriges Kind **vertreten** können oder ob ein Ergänzungspfleger erforderlich ist.
2. Zum anderen, ob die Überlassung einer familiengerichtlichen **Genehmigung** bedarf.

Nur kurz zur **Genehmigungsbedürftigkeit**: Während der entgeltliche Erwerb eines Grundstücks durch einen Minderjährigen immer einer Genehmigung bedarf (§ 1643 Abs. 1 BGB iVm § 1850 Nr. 6 BGB), ist beim **unentgeltlichen Erwerb** nur der Erwerb von **Wohnungs-** oder **Teileigentum** genehmigungsbedürftig (§ 1850 Nr. 5 BGB). Das Genehmigungserfordernis auch für den unentgeltlichen Erwerb von Wohnungseigentum kam bei der Betreuungsrechtsreform² mit Wirkung zum 1.1.2023 in das Gesetz. Denn der Gesetzgeber sah beim Erwerb von Wohnungseigentum besondere Haftungsgefahren für das übrige Vermögen des Minderjährigen.³

Hier interessiert uns die Vertretung des minderjährigen Kindes durch seine Eltern. Rechtlicher Ausgangspunkt ist § 1629 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB, wonach die Eltern das minderjährige Kind grundsätzlich gemeinschaftlich vertreten. Von der Vertretung ausgeschlossen sind die Eltern nach **§ 181 BGB** bei einem In-Sich-Geschäft (Schenkung der Eltern selbst an ihr minderjähriges Kind) sowie nach **§ 1629 Abs. 2 S. 1 BGB iVm § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB** bei einem Rechtsgeschäft mit dem anderen Elternteil (Schenkung eines Elternteils an das minderjährige Kind) bzw. mit einem Verwandten in gerader Linie (Schenkung durch Großeltern oder einen Großelternanteil – hier ist jedenfalls das Kind der Großeltern von der Vertretung seiner minderjährigen Kinder = der Enkel der Großeltern ausgeschlossen).

Kurzer Einschub zur Erinnerung: Nach bis vor kurzem ganz herrschenden Meinung war mit dem Ausschluss eines Elternteils **auch der andere Elternteil** von der Vertretung ausgeschlossen. Wie ich Ihnen im letzten Jahr darstellte, hat dies der BGH beim Vaterschaftsanfechtungsverfahren aufgegeben.⁴ Das OLG Köln hat das zu Recht auf die elterliche Vertretung bei einer Überlassung ausgedehnt.⁵ Fraglich bleibt aber, ob dies nur für nicht miteinander verheiratete Eltern gilt (also bei einem nicht-ehelichen oder Scheidungskind) oder auch für verheiratete Eltern. Dogmatisch konsequent wäre die Ausdehnung auch auf miteinander verheiratete Eltern. Entschieden ist es aber noch nicht, so dass ich aus Vorsicht hier einen Ergänzungspfleger beantragen würde, wie ich Ihnen in der Vorjahresveranstaltung dargestellt hatte.⁶

¹ Vgl. meine Checkliste bzw. Formulierungsbeispiel in Herrler/Hertel/Kessler ImmobilienR 2023 S. 168 ff.

² Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts v. 4.5.2021, BGBl. I 882 mWv 1.1.2023.

³ Regierungsbegründung, BT-Drs. 19/24445, 286 f.

⁴ BGHZ 229, 239 = FamRZ 2021, 1127 mAnm Wellenhofer = NJW 2021, 1875 mAnm Löhnig.

⁵ OLG Köln FGPrax 2022, 249 mAnm Dressler-Berlin = MittBayNot 2023, 146 mAnm Bulgrin.

⁶ Hertel in Herrler/Hertel/Kessler ImmobilienR 2024 S. 163, 169 f.

Als Gegen Ausnahme dazu besteht kein Vertretungsausschluss (weder nach § 181 BGB noch nach § 1629 Abs. 1 BGB iVm § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB), wenn das Rechtsgeschäft **rechtlich lediglich vorteilhaft** ist für das minderjährige Kind. Damit sind wir bei der hier maßgeblichen Rechtsfrage. Nicht rechtlich lediglich vorteilhaft sind nach ständiger Rechtsprechung der Erwerb einer vermieteten Immobilie oder der Erwerb von Wohnungs- und Teileigentum. Kriterium ist jeweils die rechtliche, nicht die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit. (Die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit ist hingegen für die Entscheidung des Ergänzungspflegers und ggf. für die Genehmigung des Familiengerichts relevant.)

Kriterium für die rechtliche Vorteilhaftigkeit ist, ob das **sonstige Vermögen des minderjährigen Kindes** durch eine persönliche Haftung infolge des Erwerbs (abstrakt gesehen) gefährdet werden könnte. Bei einer **vermieteten Immobilie** ist das sonstige Vermögen des Minderjährigen (abstrakt gesehen) gefährdet, weil der Minderjährige mit Eigentumserwerb in die Vermieterstellung rutscht (§ 566 BGB) und damit Mietgewähr schuldet (§ 535 Abs. 1 BGB), einschließlich der Pflicht, die Mietsache im vertragsgemäßen Zustand zu erhalten.⁷ Ebenso ist beim Erwerb von **Wohnungseigentum** das übrige Vermögen des Minderjährigen (abstrakt gesehen) gefährdet, weil die anderen Wohnungseigentümer Unterhaltungs- unter anderem Maßnahmen beschließen können, für die dann auch der Minderjährige mitzahlen muss.

Der Erwerb eines **nicht vermieteten Grundstücks** (nicht Wohnungseigentums) ist hingegen nach ständiger Rechtsprechung rechtlich lediglich vorteilhaft.⁸ Hier können die Eltern den Minderjährigen daher auch dann vertreten, wenn sie oder einer von ihnen oder Großeltern das unvermietete Grundstück dem minderjährigen Kind schenken.

2. KG und OLG München wollten Erwerb von Miteigentum dem Erwerb von Wohnungseigentum gleichstellen

Das KG und das OLG München meinten nun, zwischen dem Erwerb von Alleineigentum durch den Minderjährigen und dem Erwerb von Miteigentum differenzieren zu müssen. Beim Erwerb bloßen Miteigentums stehe der Minderjährige ähnlich wie beim Erwerb von Wohnungseigentum: In beiden Fällen sei der Minderjährige einer Mehrheitsentscheidung unterworfen, für deren Umsetzung er auch mit seinem sonstigen Vermögen persönlich hafte. Daher wäre zwar die Überlassung eines ganzen unvermieteten Grundstücks an ein minderjähriges Kind ohne Ergänzungspfleger möglich. Wenn die Immobilie aber an zwei oder drei Kinder zu Miteigentum überlassen werde, bedürfe es eines Ergänzungspflegers.

Ich hatte mit Ihnen im letzten Jahr eine diesbezügliche Entscheidung des OLG München besprochen und darauf hingewiesen, dass das Kammergericht ebenso entschieden habe.

KG Beschl. v. 20.9.2022 – 1 W 280/22

BeckRS 2022, 53826 = FamRZ 2024, 612

KG Beschl. v. 1.8.2023 – 1 W 93/23

FamRZ 2024, 611 = NZFam 2024, 480 mAnm J. Felix = Rpflger 2024, 200 mAnm Dressler-Berlin = ZEV 2024, 185

KG Beschl. v. 8.8.2023 – 1 W 68/23

nicht veröffentlicht = Ausgangsfall für BGH

⁷ Dies gilt auch, wenn sich der Übergeber den Nießbrauch vorbehält, weil der Nießbrauch irgendwann einmal endet (spätestens mit dem Tod des Nießbrauchers): BGH DNotZ 2023, 32.

⁸ BGHZ 161, 170 = DNotZ 2005, 549.