

Z Erb

3 |

1. März 2022
24. Jahrgang

Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis

Erbrechtspraxis

Vermächtnisse im Steuerrecht (Teil 2)	81
<i>Dr. Marc Jülicher, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht</i>	
Nachfolgegestaltung unter Beteiligung von Minderjährigen (Teil 1): Rechtliche Grundlagen und Übertragung von Immobilien	87
<i>Dr. Ansgar Beckervordersandfort, RA u. Notar, FA für Erbrecht sowie FA für Handels- u. Gesellschaftsrecht, und Kim Vanessa Steinbrink, LL.M., Münster</i>	
2021: Ein erbrechtlicher Jahresrückblick in zehn Entscheidungen, Teil 1: Neue Einsichten, spannende Fortentwicklungen und wertvolle Erinnerungen für die anwaltliche und notarielle Praxis	93
<i>Prof. Dr. Jan Eickelberg, LL. M. (Uni Cambr.), MBA (Uni Lüneb), MHed (Uni HH), Berlin, und Ulf Schönenberg-Wessel, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Erbrecht, Kiel</i>	

Rechtsprechung

EuGH: Zur Auslegung von Art. 63 und 65 AEUV bei nationalen Regelungen zur Berechnung der Erbschaftsteuer	103
BGH: Unwirksamkeit einer Erbeinsetzung in einem eigenhändigen Testament bei Verweis auf maschinengeschriebene Anlage	111
OLG Bamberg: Erbscheinserteilungsverfahren: Zur Kostentragung bei Bestreiten der Urheberschaft des Erblassers für das Testament	117
OLG Frankfurt: Wertermittlungsanspruch aus § 2314 BGB: Zur Vorlage ortsergerichtlicher Schätzung, Anm. Schmitt und weitere Rechtsprechung	120

Schriftleitung

Dr. Pierre Plottek, Rechtsanwalt und Notar

Herausgeber

Deutsche Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge e.V.

Mitherausgeber

Raymond Halaczinsky, RA, Ministerialrat a. D. · Dr. Marc Jülicher, RA und FASr · Prof. Dr. Olaf Meyer · Dr. Christopher Riedel, LL. M., RA, FASr und StB · Ulf Schönenberg-Wessel, RA, FAErB und Notar · Dr. Thomas Wachter, Notar

Beirat

Dr. Herbert Bartsch, RA und FAErB · Prof. Dr. Wolfgang Burandt LL. M., M. A., MBA, RA, FAErB und FAFamR · Dr. Martin Feick, RA · Prof. Dr. Rainer Frank · Prof. Dr. Dr. Thomas Gergen · Ulrich Gerken, RA, FAErB und FASr · Dr. Heinz-Willi Kamps, RA und FASr · Karl-Ludwig Kerscher, RA · Prof. Dr. Ludwig Kroiß, Traunstein, PräsiLG · Walter Krug, Vors. RiLG a. D. · Dr. Dietmar Kurze, RA und FAErB · Prof. Dr. Ralph Landsittel, RA, FASr und FAErB · Nina Lenz-Brendel, RAin und FAinErB · Thomas Littig, RA und FAErB · Prof. Dr. Rainer Lorz, RA · Michael Ott-Eulberg, RA und FAErB · Mark Pawlytta, RA · Stephan Reißmann, RA und FAErB · Julia Roglmeier, LL.M, RAin und FAinErB · Dr. Hubertus Rohlfing, Notar a. D., RA und FAErB · Gerhard Ruby, RA und FAErB · Michael Rudolf, RA und FAErB · Dr. K. Jan Schiffer, RA · Dr. Andreas Schindler LL. M., RA · Dr. Sebastian Spiegelberger, Notar a. D. · Roland Wendt, RiBGH a. D. · Dr. Alexander Wirich, RA und FAErB · Prof. Dr. Dr. h. c. Walter Zimmermann

**zerb
verlag**

Fachverlag für die
Erbrechtspraxis

DVEV
Deutsche Vereinigung für Erbrecht
und Vermögensnachfolge e.V.

Auf einen Blick

Steuerrecht ist selten einfach, bei Vermächtnissen definitiv nur bei einem unentgeltlichen Vermächtnis, das unmittelbar nach dem Tod des Erblassers dauerhaft zugunsten einer einzigen Person wirkt und von ihr sofort gegenüber dem Erben durchgesetzt werden kann. Ist eine Gegenleistung vom Vermächtnisnehmer zu erbringen, ist die Erfüllung des Vermächtnisses zeitlich hinausgeschoben oder sind z.B. mehrere Personen nacheinander z.B. durch auflösend oder aufschie-

bend bedingt wirkende Ereignisse begünstigt, ggf. differenzierend noch zusätzlich nach Tod des oder Ereignis zu Lebzeiten des Erstbegünstigten, treten oft Probleme auf. Im ErbStG ist insbesondere § 6 ErbStG zu sehen; im Übrigen sind bei ErbStG, EStG und ggf. GrEStG nicht normierte und damit weniger auffällige Grundwertungen der jeweiligen Steuerart bei der Gestaltungsberatung zu berücksichtigen.

Nachfolgegestaltung unter Beteiligung von Minderjährigen (Teil 1): Rechtliche Grundlagen und Übertragung von Immobilien

von Dr. Ansgar Beckervordersandfort, RA u. Notar, FA für Erbrecht sowie FA für Handels- u. Gesellschaftsrecht, und Kim Vanessa Steinbrink, LL.M., beide Beckervordersandfort & Partner, Münster

Durch die frühzeitige Übertragung von Vermögenswerten auf nachfolgende Generationen werden die Schenkungsteuerfrei-
beträge optimal genutzt und zukünftige Wertsteigerungen entstehen bereits bei der nächsten Generation, sodass diese Wert-
steigerungen im Erbfall nicht mehr versteuert werden müssen. Zudem lassen sich oft auch ertragsteuerliche Vorteile nutzen, da
durch die Einbeziehung der noch jungen Familienmitglieder der einkommensteuerliche Grundfreibetrag mehrmals genutzt wird
(sog. Familiensplitting). Für den rechtlichen Berater ist die Einbeziehung von Minderjährigen jedoch eine besondere Heraus-
forderung, da die Minderjährigen aufgrund der Vorschriften zum Minderjährigenschutz möglicherweise nicht von deren Eltern
vertreten werden können und/oder die Genehmigung des Familiengerichts erforderlich ist. Bei Berücksichtigung der nach-
folgenden Ausführungen sind die Herausforderungen der Beteiligung von Minderjährigen aber regelmäßig gut zu meistern.

I. Zivilrechtliche Grundlagen bei der Beteiligung Minderjähriger

Wenn an der Nachfolgegestaltung Minderjährige beteiligt sind muss immer geprüft werden, wer den Minderjährigen vertreten kann und ob eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich ist.

1. Muss ein Ergänzungspfleger für den Minderjährigen handeln?

Der Minderjährige wird grundsätzlich durch seine Eltern gemeinsam vertreten, wenn diese das gemeinsame Sorgerecht ausüben (§ 1629 Abs. 1 S. 2 BGB). Übt ein Elternteil das Sorgerecht allein aus, vertritt er das Kind allein (§ 1629 Abs. 1 S. 3 BGB). Gem. § 1629 Abs. 2 S. 1 BGB können die Eltern das Kind nicht vertreten, wenn nach § 1795 BGB ein Vormund von der Vertretung des Minderjährigen ausgeschlossen wäre.¹ Es muss dann ein Ergänzungspfleger für den Minderjährigen handeln.

a) Vertretungsausschluss der Eltern bei potentieller Interessenkollision

Die Eltern bzw. ein Vormund dürfen gem. § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB keine Rechtsgeschäfte für den Minderjährigen vornehmen, wenn der jeweilige Ehegatte, Lebenspartner oder ein Verwandter in gerader Linie (z.B. Großeltern etc.) beteiligt sind. Da die Eltern das Kind gemeinschaftlich vertreten, greifen die Ausschlüsse auch dann, wenn nur ein Elternteil Vertragspartner werden soll oder nur für einen Elternteil die Ausschließungsgründe des § 1795 Abs. 1 BGB gelten.²

b) Kein Vertretungsausschluss der Eltern bei Erfüllung einer Verbindlichkeit

Ein Vertretungsausschluss der Eltern besteht nicht, wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

c) Kein Vertretungsausschluss der Eltern bei lediglich rechtlichem Vorteil

Ein Vertretungsausschluss der Eltern besteht zudem nicht, wenn das Rechtsgeschäft dem vertretenen Kind einen lediglich

¹ Grüneberg/Götz, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1629 Rn 14; Pauli, ZErb 2016, 131, 132.

² Grüneberg/Götz, 81. Aufl. 2022, § 1629 Rn 14; Bamberger/Roth/Veith, 4. Aufl. 2019, § 1629 Rn 28.

rechtlichen Vorteil verschafft.³ Ist das Rechtsgeschäft für das Kind lediglich rechtlich vorteilhaft oder zumindest rechtlich neutral, ist der Schutzzweck der Vertretungsbeschränkungen nicht erforderlich, da es sich um eine reine Begünstigung des Kindes handelt. Der gesetzliche Vertreter ist dann doch zur Vertretung des Minderjährigen berechtigt.⁴

Eine lediglich rechtliche Vorteilhaftigkeit liegt immer dann vor, wenn das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen ausschließlich mit Verpflichtungen verbunden ist, für die er nur dinglich mit der erworbenen Sache und nicht persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet.⁵ Es ist allein auf die rechtliche Vorteilhaftigkeit abzustellen, die wirtschaftliche Betrachtungsweise ist unerheblich.⁶

2. Die Bestellung des Ergänzungspflegers

Sind die Eltern von der Vertretung des Minderjährigen ausgeschlossen, beantragt üblicherweise der beurkundende Notar bei dem zuständigen Familiengericht⁷ die Bestellung eines Ergänzungspflegers. Meist schlägt der Notar in Abstimmung mit den Eltern auch direkt eine geeignete Person als Ergänzungspfleger vor. Das Gericht ist an diesen Vorschlag jedoch nicht gebunden. Überwiegend wird von den Familiengerichten aber der beratende Anwalt oder der Steuerberater der Familie als Ergänzungspfleger akzeptiert. Familienangehörige werden hingegen oft von den Familiengerichten nicht akzeptiert, da Zweifel an der erforderlichen Sachkunde oder Neutralität bestehen. Oftmals sind die Familienangehörigen aber auch gem. § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB schon nicht als Ergänzungspfleger geeignet, da sie selbst mit einem der Vertragspartner in gerader Linie verwandt sind. Einige wenige Familiengerichte akzeptieren nur solche Personen als Ergänzungspfleger, die in keinerlei verwandtschaftlichem, beruflichem oder gar freundschaftlichem Verhältnis zur Familie stehen. Das Gericht entscheidet über die Notwendigkeit einer Ergänzungspflegerbestellung sowie die Person des Ergänzungspflegers durch Beschluss. Die Bestellung des Ergänzungspflegers wird wirksam, wenn ihm die sog. Bestallungsurkunde zugeht.⁸ Wenn der Ergänzungspfleger nicht bereits bei dem Familiengericht als Ergänzungspfleger tätig war, bestehen viele Familiengerichte darauf, dass die Bestallungsurkunde dem Ergänzungspfleger in einem persönlichen Gespräch (persönliche Verpflichtung mittels Handschlag) übergeben wird. Zunehmend wird es aber auch für ausreichend erachtet, dass der Ergänzungspfleger mit dem zuständigen Rechtspfleger vor der Aushändigung der Bestallungsurkunde telefoniert.

Sind mehrere Minderjährige an dem Rechtsgeschäft beteiligt und werden Rechtsbeziehungen zwischen den Minderjährigen begründet, muss für jeden Minderjährigen ein eigener Ergänzungspfleger bestellt werden.⁹ Ein Ergänzungspfleger kann hingegen für mehrere Minderjährige handeln, wenn die zu vertretenden Minderjährigen auf derselben Seite des Rechtsgeschäfts stehen und insoweit gleichgerichtete Interessen verfolgen.¹⁰

Die Pflegschaft betrifft nur die Besorgung solcher Angelegenheiten, die durch das Familiengericht in dem Beschluss und der Bestallungsurkunde festgelegt werden. Die Einrichtung einer Dauerergänzungspflegschaft wird in der Regel nicht angeordnet.¹¹ Die Pflegschaft endet gem. § 1918 Abs. 1 BGB, wenn der Minderjährige volljährig geworden ist oder der Grund für die ursprüngliche Anordnung entfällt und die Pflegschaft gem. § 1919 BGB aufgehoben wird.

3. Ist eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich?

Gem. §§ 1643, 1915, 1821 ff. BGB bedürfen die Eltern bzw. der Ergänzungspfleger für die Rechtswirksamkeit bestimmter Rechtsgeschäfte zusätzlich einer Genehmigung des Familiengerichts.¹² Die Frage nach dem Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung stellt sich dabei völlig unabhängig von der Frage des Erfordernisses einer Ergänzungspflegschaft.

Die genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte sind abschließend in den §§ 1820 ff. BGB geregelt. Findet sich hier kein Genehmigungstatbestand, so ist eine Genehmigung durch das Familiengericht nicht erforderlich. Für die Beteiligung Minderjähriger in Nachfolgegestaltungen kommen insbesondere § 1821 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4 und 5 sowie § 1822 Nr. 3 und 10 BGB in Betracht.

Maßgeblich für die Entscheidung des Familiengerichts, ob eine Genehmigung erteilt werden kann, ist vorrangig das Wohl und Interesse des Minderjährigen im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts.¹³ Es handelt sich um eine Ermessensentscheidung, bei der es allein darauf ankommt, ob der entsprechende Vertrag bzw. das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen vorteilhaft ist oder nicht.¹⁴ Die Entscheidung erfolgt u.a. unter Abwägung der wirtschaftlichen Bedeutung, des Haftungsrisikos, der Person des Vertragspartners sowie der Beziehung zwischen ihm und dem Minderjährigen.¹⁵ Nicht herangezogen werden darf jedoch der Prüfungsmaßstab des § 107 BGB. Die Frage nach der lediglich rechtlichen Vorteilhaftigkeit ist für die Erteilung der familiengerichtlichen Genehmigung außer Acht zu lassen.¹⁶

3) BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, NJW 2005, 415, 416 ff.; BGH, Urt. v. 27.9.1972 – IV ZR 225/69, NJW 1972, 2262, 2263; Grüneberg/Ellenberger, BGB, 81. Aufl. 2022, § 107 Rn 1; Grüneberg/Götz, 81. Aufl. 2022, § 1795 Rn 13.

4) Strenggenommen könnte ein Minderjähriger, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, bei einem lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäft auch selbst an der Urkunde mitwirken. Dies ist in der notariellen Praxis aber absolut unüblich. Auch der beschränkt geschäftsfähige Minderjährige wird in der Praxis daher durch seine Eltern vertreten.

5) OLG Köln, Beschl. v. 11.6.2003 – 2 Wx 18/03, RNotZ 2003, 515, 517; BGH, Beschl. v. 9.7.1980 – V ZB 16/79, NJW 1981, 109, 110.

6) BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, NJW 2005, 415, 418; Grüneberg/Ellenberger, 81. Aufl. 2022, § 107 Rn 2.

7) Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes. Funktional zuständig ist der Rechtspfleger nach § 3 Nr. 2 lit. a RPfG.

8) Grüneberg/Götz, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1774 Rn 1.

9) Grüneberg/Götz, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1795 Rn 14; Wächter/Ivo, Praxis des Handels- & Gesellschaftsrechts, 4. Aufl. 2018, § 19 Rn 8; Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn 701; OLG München, Beschl. v. 17.6.2010 – 31 Wx 70/10, ZEV 2010, 646, 647; Reimann, DNotZ 1999, 179, 183.

10) Ivo, ZEV 2005, 193, 195; Maier-Reimer/Marx, NJW 2005, 3025, 3027; Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Ridder, 5. Aufl. 2018, § 32 Rn 75.

11) Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 40. Aufl. 2021, § 105 Rn 27.

12) Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes. Funktional zuständig ist der Rechtspfleger nach § 3 Nr. 2 lit. a RPfG.

13) OLG Hamm, Beschl. v. 11.4.2000 – 2 UF 53/00, FamRZ 2001, 53, 53; BayOLG, Beschl. v. 5.3.1997 – 1Z BR 210/96, BayOLGZ 1997, 113, 118.

14) Grüneberg/Götz, 81. Aufl. 2022, § 1828 Rn 8; BayOLG, Beschl. v. 5.3.1997 – 1Z BR 210/96, BayOLGZ 1997, 113, 118.

15) BayOLG, Beschl. v. 5.3.1997 – 1Z BR 210/96, BayOLGZ 1997, 113, 118.

16) Gerono, MittBayNot 2013, 389, 390; Wächter/Ivo, Praxis des Handels- & Gesellschaftsrechts, 4. Aufl. 2018, § 19 Rn 21; Menzell/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 188.

Gem. § 1828 BGB wird die erteilte Genehmigung dem Vormund bzw. gesetzlichen Vertreter gegenüber erklärt. Nach § 1829 BGB Abs. 1 S. 2 BGB wird die nachträgliche Genehmigung jedoch erst wirksam, wenn sie den anderen Parteien durch den Vertreter des Minderjährigen mitgeteilt worden ist. Auf diese Bekanntgabe kann nicht verzichtet werden.¹⁷ Um die wechselseitige Bekanntgabe der Genehmigung zu erreichen und insbesondere auch nachweisen zu können, verwendet der Notar in der Praxis eine sog. Doppelvollmacht, die sowohl zur Entgegennahme der Genehmigung als auch zu ihrer Bekanntgabe ermächtigt.¹⁸ Gem. § 40 Abs. 2 FamFG wird der Beschluss über die Genehmigung oder deren Versagung zudem erst mit Eintritt seiner Rechtskraft wirksam. Sofern kein Rechtsmittel eingelegt wurde, wird der Beschluss mit Ablauf der Beschwerdefrist gem. § 45 FamFG, welche mit Bekanntgabe zu laufen beginnt (vgl. hierzu § 63 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 FamFG), oder mit Rechtsmittelverzicht aller Beteiligten rechtswirksam.¹⁹

Der Beschluss muss auch dem Minderjährigen gem. § 41 Abs. 3 FamFG bekannt gegeben werden. Ab Vollendung des 14. Lebensjahres kann dem Minderjährigen die Entscheidung gem. § 164 S. 1 FamFG grundsätzlich selbst bekannt gegeben werden, da er gegen diese Entscheidung gem. § 60 S. 2 FamFG selbst Beschwerde einlegen kann. Hat der Minderjährige jedoch das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet oder ist er geschäftsunfähig, kann ihm die Entscheidung nicht selbst bekannt gegeben werden.²⁰ Es ist daher sowohl zur Bekanntgabe als auch zur Prüfung und Einlegung etwaiger Rechtsmittel ein Verfahrenspfleger zu bestellen, da die Entgegennahme der Bekanntgabe aufgrund eines möglichen Interessenkonflikts gem. §§ 9 Abs. 2 FamFG, 1629 Abs. 1 BGB nicht durch den Ergänzungspfleger selbst und auch nicht durch die gesetzlichen Vertreter erfolgen kann.²¹

Formulierungsbeispiel für Doppelvollmacht

„Die Erklärungen für die minderjährigen Beteiligten bedürfen zur Wirksamkeit möglicherweise der Genehmigung durch das Familiengericht. Der Notar, sein Amtsnachfolger oder Vertreter werden von sämtlichen Urkundsbeteiligten beauftragt und über ihren Tod hinaus sowie unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB ermächtigt, sie im Verfahren zur Erteilung dieser Genehmigung umfassend zu vertreten und hierzu alle Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen. Insbesondere ist der Notar ermächtigt, die Erteilung der Genehmigung anzuregen, die Genehmigung für alle Bekanntgabeadressaten entgegenzunehmen, dem anderen Vertragsteil mitzuteilen und diese Mitteilung auch jeweils für den anderen Vertragsteil mitzuteilen und in Empfang zu nehmen, das Rechtskraftzeugnis zu beantragen, Rechtsmittelverzicht zu erklären und die Beteiligten in einem etwaigen Rechtsmittelverfahren umfassend zu vertreten. Der Notar wird weiter angewiesen, von der vorstehenden Vollmacht unverzüglich Gebrauch zu machen, sobald dies rechtlich möglich ist, es sei denn, ihm geht vorher eine

anderweitige Weisung zu. Der Notar wies darauf hin, dass der Vertrag bis zur Genehmigung schwebend unwirksam ist. Sollte das Familiengericht von keiner Genehmigungsbedürftigkeit ausgehen, soll anstelle der Genehmigung von dem Notar ein Negativattest eingeholt werden.“

4. Rechtsfolgen fehlender Ergänzungspflegerbestellung und / oder fehlender familiengerichtlicher Genehmigung

Wird der Minderjährige trotz eines Vertretungsausschlusses von seinen Eltern vertreten, ist das Rechtsgeschäft nicht nichtig, sondern gem. § 177 BGB bis zur Genehmigung durch den Ergänzungspfleger schwebend unwirksam.²² Eine erteilte Genehmigung wirkt gem. § 184 Abs. 1 BGB dann zivilrechtlich auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück.²³ Die spätere Genehmigung durch den Ergänzungspfleger wirkt jedoch steuerrechtlich nur für die Zukunft, sodass das Rechtsgeschäft erst mit Erteilung der Genehmigung auch steuerlich anerkannt wird.²⁴

Auch wenn eigentlich keine Ergänzungspflegerbestellung oder keine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich ist, bietet es sich an, bei dem zuständigen Familiengericht ein sog. Negativattest zu beantragen. Mit der Erteilung des Negativattests bestätigt das Familiengericht, dass keine Ergänzungspflegerbestellung oder keine familiengerichtliche Genehmigung des Rechtsgeschäfts erforderlich ist.²⁵ Das Negativattest entfaltet jedoch keine Bindungswirkung.

Praxistipp

Wenn die Frage des Erfordernisses einer Ergänzungspflegerbestellung oder einer familiengerichtlichen Genehmigung zweifelhaft ist, kann in der notariellen Urkunde zunächst davon ausgegangen werden, dass die Eltern ihr minderjähriges Kind bei dem Schenkungsvertrag mit sich selbst oder mit den Großeltern wirksam vertreten können und / oder keine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich ist. Sollte das Grundbuchamt oder das Handelsregister dann eine Umschreibung verweigern, da von einem Vertretungsausschluss der Eltern und / oder dem Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung ausgegangen wird, kann dann immer noch ein Negativattest durch das Familiengericht eingeholt werden. Ist dann auch das Familiengericht der Auffassung, dass ein Ergänzungspfleger bestellt werden muss, beantragt der Notar direkt die Bestellung eines Ergänzungspflegers. Die notarielle Urkunde wird hierfür von vornherein so gestaltet, dass die Eltern für diesen Fall hilfsweise als Vertreter ohne Vertretungsmacht aufgetreten sind und der Ergänzungspfleger dann nur die Erklärung der Eltern genehmigen muss. Danach kann dann erforderlichenfalls noch die familiengerichtliche Genehmigung für die Genehmigungserklärung des Ergänzungspflegers beantragt und anschließend der Vollzug der Urkunde fortgesetzt werden.

17) Kaiser/Schnitzler/Schilling/Sanders/Fritschel/Kieß, BGB Familienrecht, 4. Aufl. 2021, § 1829 Rn 6.

18) Grüneberg/Götz, 81. Aufl. 2022, § 1828 Rn 6.

19) Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Pawlytta, 5. Aufl. 2018, § 42 Rn 9; Riedel/Beckervordersandfort/Riedel, PHB Unternehmensnachfolge, 3. Aufl. 2021, § 12 Rn 53.

20) Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Pawlytta, 5. Aufl. 2018, § 42 Rn 10.

21) OLG Celle, Beschl. v. 4.5.2011 – 10 UF 78/11, ZErb 2011, 198, 199; OLG Köln, Beschl. v. 4.7.2011 – 21 UF 105/11, FamRZ 2012, 579, 580.

22) Grüneberg/Götz, 81. Aufl. 2022, § 1795 Rn 14.

23) BGH, Urt. v. 8.10.1975 – VIII ZR 115/74, NJW 1976, 104, 105; Grüneberg/Götz, 81. Aufl. 2022, § 1795 Rn 14.

24) BFH, Urt. v. 23.4.1992 – IV R 46/91, NJW 1993, 1415, 1416; Hohaus/Eickmann, BB 2004, 1707, 1712.

25) Grüneberg/Götz, 81. Aufl. 2022, § 1828 Rn 16; Kaiser/Schnitzler/Schilling/Sanders/Fritschel/Kieß, BGB Familienrecht, 4. Aufl. 2021, § 1828 Rn 2.

II. Was ändert sich durch das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

Das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts tritt erst am 1.1.2023 in Kraft. Zukünftig ist in § 1809 BGB n.F. geregelt, dass wer unter elterlicher Sorge oder unter Vormundschaft steht, für Angelegenheiten, an deren Besorgung die Eltern oder der Vormund verhindert sind, einen Pfleger erhält. Der Pfleger hat die Pflicht und das Recht, die ihm übertragenen Angelegenheiten im Interesse des Pflinglings zu dessen Wohl zu besorgen und diesen zu vertreten. Wird eine Pflegschaft erforderlich, so haben die Eltern oder der Vormund dies dem Familiengericht unverzüglich anzuzeigen. Inhaltlich dürften sich zu der aktuellen Rechtslage keine Änderungen ergeben, denn § 1789 Abs. 2 BGB n.F. verweist auf § 1824 BGB n.F., welcher der Regelung des heutigen § 1795 BGB nachempfunden ist.²⁶ Auch zukünftig können Eltern ihre Kinder bei Rechtsgeschäften mit sich selbst oder den Großeltern vertreten, wenn das Rechtsgeschäft dem vertretenen Kind einen lediglich rechtlichen Vorteil verschafft.

§ 1643 BGB n.F. regelt zukünftig, dass eine Genehmigung des Familiengerichts in den Fällen erforderlich ist, in denen ein Betreuer nach den §§ 1850 bis 1854 BGB n.F. der Genehmigung des Betreuungsgerichts bedürfen. Inhaltlich gibt es bei den Genehmigungstatbeständen nur marginale Änderungen. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu:

„Das bisherige Konzept der Genehmigungstatbestände als solches hat sich bewährt. Weder eine abstrakte Generalklausel noch eine noch feiner ausdifferenzierte Einzelaufzählung von für das Vermögen des Betreuten bedeutsamen und riskanten Sachverhalten würden es dem Betreuer und der gerichtlichen Praxis erlauben, die Grenze zwischen genehmigungsbedürftigen und nicht genehmigungsbedürftigen Vorgängen klar zu ziehen. Die gesetzliche Regelung muss sicherstellen, dass die genehmigungsbedürftigen Entscheidungen den Wünschen oder hilfsweise dem mutmaßlichen Willen des Betreuten gemäß § 1821 Absatz 2 bis 4 BGB-E entsprechen, und dass im Bereich der Vermögenssorge keine Vermögenswerte ohne gerichtliche Aufsicht in Verlust geraten. Gleichzeitig darf sie aber auch den Geschäftsverkehr nicht in einer Art und Weise behindern, dass ein Vertragsschluss mit einem Betreuten unattraktiv wird. Der Reformentwurf konzentriert sich daher auf eine Vereinfachung und Modernisierung der Genehmigungserfordernisse des geltenden Rechts (§§ 1821 bis 1824 BGB). Sie werden nach Lebenssachverhalten neu geordnet. Die Struktur einer Einzelaufzählung von für das Vermögen besonders riskanten Umständen bleibt beibehalten.“²⁷

Soweit sich durch die Gesetzesneufassung ab dem 1.1.2023 auch inhaltliche Änderungen für die Vermögensnachfolgegestaltung ergeben, wird darauf in den nachfolgenden Ausführungen hingewiesen.

III. Die Übertragung von Immobilien auf Minderjährige

Zur Ausnutzung der erbschaft- und schenkungsteuerrechtlichen Freibeträge werden häufig Immobilien auf minderjährige

Kinder und Enkelkinder übertragen. Es stellt sich dabei stets die Frage, ob die Eltern ihre minderjährigen Kinder im Rahmen der Beurkundung vertreten können, obwohl die Eltern oder die Großeltern selber an der Immobilienübertragung beteiligt sind. Zudem stellt sich stets die Frage, ob eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich ist.

1. Erfordernis einer Ergänzungspflegerbestellung bei Übertragung von Immobilien?

Die gesetzliche Vertretung der Eltern ist trotz Vorliegens eines Insichgeschäfts möglich, wenn die unentgeltliche Übertragung der Immobilie für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Rechtliche Nachteile können entstehen, wenn die Schenkung für den Minderjährigen mit der Entstehung persönlicher Verpflichtungen verbunden ist. Es haben sich die folgenden Fallgruppen herausgebildet.

a) Schenkung eines unbelasteten Grundstücks

Die Schenkung eines unbelasteten Grundstücks ist für den Minderjährigen grds. lediglich rechtlich vorteilhaft. Auch die Haftung für die gewöhnlichen öffentlichen Lasten wie beispielsweise Anliegerbeiträge und Erschließungskosten durch den Minderjährigen stellen keine beachtlichen Nachteile dar.²⁸ Sie werden einerseits nicht unmittelbar durch die Schenkung selbst ausgelöst, sondern entstehen nur mittelbar aufgrund der Schenkung und sind andererseits zudem in ihrer Höhe begrenzt, sodass sie sich in der Regel direkt aus den laufenden Erträgen des Grundstücks decken lassen.²⁹

b) Schenkung eines mit einem Grundpfandrecht belasteten Grundstücks

Die unentgeltliche Übertragung eines mit einer Grundschuld oder einer Hypothek belasteten Grundstücks ist für den Minderjährigen ebenfalls lediglich rechtlich vorteilhaft.³⁰ Für die Belastung haftet grds. nur das Grundstück und nicht der Minderjährige als Grundstückseigentümer persönlich.³¹ Ein rechtlicher Nachteil liegt hingegen vor, wenn der Minderjährige im Rahmen der Übertragung die persönliche Haftung für die dem Grundpfandrecht zugrunde liegenden Forderungen übernimmt.³² Dies dürfte bei der Immobilienübertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge regelmäßig aber nicht der Fall sein.

c) Schenkung eines mit einer Reallast belasteten Grundstücks

Die Belastung der übertragenen Immobilie mit einer Reallast ist hingegen stets rechtlich nachteilig.³³ Der Minderjährige haftet für diese nach § 1108 BGB immer auch persönlich. Dies gilt folglich auch für die Reallast eines Erbbauzinses bei der Schenkung eines Erbbaurechts.³⁴

28) BayObLG, Beschl. v. 14.6.1967 – BReg. 2 Z 26/67, NJW 1967, 1912, 1913; BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, NJW 2005, 415, 417.

29) Rastätter, BWNotZ 2006, 1, 4.

30) BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, NJW 2005, 415, 417.

31) BayObLG, Beschl. v. 15.2.1979 – BReg. 2 Z 29/78, MittBayNot 1979, 6, 7; Rastätter, BWNotZ 2006, 1, 4.

32) Rastätter, BWNotZ 2006, 1, 5.

33) Rastätter, BWNotZ 2006, 1, 6.

34) BGH, Urt. v. 20.9.1978 – VIII ZR 142/77, NJW 1979, 102, 103.

26) Nellen, ZErB 2021, 382, 387.

27) BT-Drucks 19/24445, 286.

d) **Schenkung eines vermieteten/verpachteten Grundstücks**
Der Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks ist ebenfalls nicht lediglich rechtlich vorteilhaft.³⁵ Begründet wird dies einheitlich mit dem Eintritt des Minderjährigen in die Stellung als Vermieter und damit in die Ansprüche und Eigentümerverschuldungen aus dem bestehenden Mietvertrag.³⁶ Für die daraus resultierenden Pflichten haftet der Minderjährige auch persönlich mit seinem Vermögen.

e) **Schenkung von Wohnungs-/Teileigentum**
Auch der Erwerb einer Eigentumswohnung ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft.³⁷ Grund hierfür ist der gleichzeitige Eintritt in die Wohnungseigentümergeinschaft und die damit verbundenen Verpflichtungen aus der Gemeinschaftsordnung.³⁸ Hierzu zählen insbesondere die Pflicht der anteiligen Kostentragung für die Instandhaltung und -setzung, die sonstige Verwaltung sowie des gemeinschaftlichen Gebrauchs des Gemeinschaftseigentums. Zudem haftet der Minderjährige nach § 10 Abs. 8 S. 1 WEG persönlich für Verbindlichkeiten der Gemeinschaft und hat gem. § 16 Abs. 2 WEG eine sog. Sonderumlage bei Wohngeldausfällen zu tragen.

f) **Übertragung eines Grundstücks unter Nießbrauchvorbehalt**

Ein lediglich rechtlicher Vorteil wird bejaht, wenn ein Grundstück mit einem Nießbrauch belastet ist, bei dem der Nießbraucher auch die außergewöhnlichen Erneuerungen und Ausbesserungen sowie die Grundstückslasten tragen muss.³⁹ Unerheblich ist, ob der Nießbrauch bereits besteht oder als Gegenleistung bei der Übertragung vorbehalten wird.⁴⁰

g) **Übertragung eines Grundstücks mit Belastungsvorbehalt**
Die Vereinbarung eines Belastungsvorbehalts für den Übergabe ist für den Minderjährigen wohl nur dann lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn die Eintragung der Belastung gleichzeitig mit dem Eigentumsübergang vollzogen wird, da nur dann eine Analogie zur Schenkung eines belasteten Grundstücks anzunehmen ist.⁴¹

h) **Übertragung eines Grundstücks unter Vorbehalt eines Widerrufs- und Rückforderungsrechts**

Bei der Schenkung unter Vorbehalt eines Widerrufs- und Rücktrittsrechts sollte vereinbart werden, dass die Haftung des Minderjährigen auf den Zustand im Zeitpunkt der Geltendmachung der Rückforderung beschränkt ist und er zudem sämtliche Aufwendungen, die er bis zur Rückforderung hatte, ersetzt verlangen kann.⁴² Auch die Kosten der Rückübertragung sollte nicht der Minderjährige tragen müssen. Unter diesen Voraussetzungen ändert auch die Vereinbarung eines Widerrufs- und Rückforderungsrechts sowie dessen Absicherung durch die Ein-

tragung einer Rückauffassungsvormerkung nichts an der lediglich rechtlichen Vorteilhaftigkeit der Immobilienübertragung.⁴³

i) **Übertragung eines Grundstücks unter gleichzeitiger Vereinbarung des Ausschlusses der Aufhebung der Gemeinschaft**

Die Übertragung ideeller Miteigentumsanteile an Grundbesitz auf einen Minderjährigen soll laut einem Beschluss des OLG München nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sein, wenn in derselben Urkunde der Ausschluss der Auseinandersetzung der Gemeinschaft bezüglich des übertragenen Grundbesitzes vereinbart wird.⁴⁴ Dieses Auffassung dürfte aber wohl mit dem Grundsatz, wonach eine lediglich rechtliche Vorteilhaftigkeit immer dann vorliegt, wenn das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen ausschließlich mit Verpflichtungen verbunden ist, für die er nur dinglich mit der erworbenen Sache und nicht persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet, nicht vereinbar sein.⁴⁵

j) **Übertragung eines Grundstücks unter Vereinbarung von Ausgleichs- und Pflichtteilsanrechnungsbestimmungen**

Selbst die Anordnung einer erbrechtlichen Ausgleichspflicht nach § 2050 Abs. 3 BGB⁴⁶ oder eine Pflichtteilsanrechnungspflicht gem. § 2315 BGB⁴⁷ gilt als lediglich rechtlich vorteilhaft. Die Anrechnung muss hierfür jedoch auf den Wert im Zeitpunkt der Zuwendung, höchstens bis zum Wert zum Zeitpunkt des Todes des Schenkers, begrenzt werden.⁴⁸ Ein mit der Schenkung verbundener Pflichtteilsverzicht ist jedoch stets rechtlich nachteilig und bedarf zudem ausdrücklich der familiengerichtlichen Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 2, 1822 Nr. 2 BGB.

2. **Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung bei Grundstücksübertragungen?**

Eine Genehmigungspflicht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB kommt bei der Übertragung von Grundbesitz auf eigene Abkömmlinge im Wege der vorweggenommenen Erbfolge nicht in Betracht, da der Minderjährige auf Erwerberseite steht. Gem. § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB ist eine familiengerichtliche Genehmigung nur bei einem entgeltlichen oder teilentgeltlichen Erwerb des Minderjährigen erforderlich. Keine Genehmigungspflicht besteht also demnach grds. bei einem unentgeltlichen Erwerb.⁴⁹ Die Übertragung von Grundbesitz bei Vorbehalt von Rechten (z.B. Nießbrauch) begründet keine Entgeltlichkeit bzw. Teilentgeltlichkeit.⁵⁰ Die Bestellung eines

35) BGH, Beschl. v. 3.2.2005 – V ZB 44/04, NJW 2005, 1430, 1431; OLG München, Beschl. v. 8.2.2011 – 34 Wx 18/11, FamRZ 2011, 828, 829; *Schönerl/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn 3610k.

36) BGH, Beschl. v. 3.2.2005 – V ZB 44/04, NJW 2005, 1430, 1431; *Rastätter*, BWNNotZ 2006, 1, 7.

37) BGH, Beschl. v. 30.9.2010 – V ZB 206/10, FamRZ 2010, 2065, 2066 f.

38) *Rastätter*, BWNNotZ 2006, 1, 7.

39) BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, NJW 2005, 415, 417 f.; *Schönerl/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn 3610b.

40) *Fröhler*, BWNNotZ 2006, 97, 104; *Kölmel*, RNotZ 2010, 618, 642 f.

41) *Schönerl/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn 3611.

42) OLG Brandenburg, Beschl. v. 10.9.2020 – 9 WF 198/20, NZFam, 2020, 971; BayObLG, Beschl. v. 31.3.2004 – 2Z BR 45/04, ZEV 2004, 340, 340 f.; *Fröhler*, BWNNotZ 2006, 97, 104; *Kölmel*, RNotZ 2010, 618, 621.

43) BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, NJW 2005, 415, 417; OLG München, Beschl. v. 29.4.2020 – 34 Wx341/18, DNotZ 2020, 863; OLG Dresden, Beschl. v. 2.4.1996 – 3 W 336/96 289, MittBayNot 1996, 288, 291.

44) OLG München, Beschl. v. 27.9.2021 – 34 Wx 253/21, DNotI-Report 21/2021, 167.

45) So auch LG Münster, Beschl. v. 30.9.1998 – 5 T 757/98, FamRZ 1999, 739; *Schönerl/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn 3610l.

46) BGH, Urt. v. 10.11.1954 – II ZR 165/53, NJW 1955, 1353, 1353; OLG Dresden, Beschl. v. 2.4.1996 – 3 W 336/96 289, MittBayNot 1996, 288, 291.

47) OLG Dresden, Beschl. v. 2.4.1996 – 3 W 336/96 289, MittBayNot 1996, 288, 291; OLG München, Beschl. v. 17.7.2007 – 31 Wx 18/07, BWNNotZ 2007, 168, 169 f.; *Rastätter*, BWNNotZ 2006, 1, 7.

48) *Fembacher*, MittBayNot 2004, 24, 25 f.

49) *Kölmel*, RNotZ 2010, 1, 19.

50) OLG Hamm, Beschl. v. 6.8.2014 – 15 W 94/14; DNotI-Report 2014, 173, 174.

Nießbrauchs, eines Grundpfandrechts oder einer Rückauflassungsvormerkung im Zusammenhang mit einer unentgeltlichen Grundstücksübertragung auf einen Minderjährigen ist jedenfalls auch dann nicht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungsbedürftig, wenn sich die Belastung bei wirtschaftlicher Betrachtung als Teil des Erwerbsvorgangs darstellt und die Auflassung und die dingliche Einigung über die Belastung gleichzeitig erfolgen.⁵¹

Auch wenn der übertragene Grundbesitz vermietet ist, ist eine Genehmigung nach § 1822 Nr. 5 BGB nicht erforderlich, da diese Vorschrift nach herrschender Ansicht lediglich für den rechtsgeschäftlichen Abschluss von Mietverträgen gilt nicht aber, wenn der Eintritt in den Mietvertrag eine durch den Eigentumserwerb bedingte gesetzliche Folge darstellt.⁵²

Allerdings besteht eine Genehmigungspflicht gem. § 1822 Nr. 10 BGB („Übernahme einer fremden Verbindlichkeit“), wenn der Minderjährige lediglich einen Bruchteil eines Wohnungseigentums erhält. Zum Schutz des Minderjährigen greift

die Vorschrift auch dann, wenn sich die Haftung für fremde Schuld als gesetzliche Sekundärfolge des Rechtsgeschäfts ergibt, wie beim Erwerb des Bruchteils eines Wohnungseigentums im Hinblick auf die damit eintretende persönliche gesamtschuldnerische Haftung gem. § 16 Abs. 2 WEG. Bei der bloßen Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem normalen Grundstück, welches nicht in Wohnungseigentum aufgeteilt wurde, ist § 1822 Nr. 10 BGB nicht einschlägig, da hier keine gesamtschuldnerische Haftung für die von dem anderen Bruchteilseigentümer zu tragenden Lasten besteht.⁵³

Ab 1.1.2023 bedarf der unentgeltliche Erwerb eines Wohnungs- oder Teileigentums gem. § 1850 Nr. 4 BGB n.F. immer der Genehmigung durch das Betreuungs- bzw. Familiengericht. Der unentgeltliche Erwerb von Eigentum an einem Grundstück ist aber weiterhin genehmigungsfrei.⁵⁴

3. Übersicht zur Übertragung von Immobilien auf Minderjährige Kinder und Enkelkinder

Übertragung eines/von	Ergänzungspflegschaft	Fam.-gerichtliche Genehmigung
unbelasteten Grundstücks	(-)	(-)
mit einem Grundpfandrecht belasteten Grundstücks	(-)	(-)
mit einer Reallast belasteten Grundstücks	(+)	(-)
vermieteten/verpachteten Grundstücks	(+)	(-)
Wohnungs-/Teileigentum	(+)	(+)
Grundstücks unter Nießbrauchvorbehalt	(-)	(-)
Grundstücks unter Widerrufs- u. Rückforderungsvorbehalt	(-)	(-)
Grundstücks unter Ausgleichungs- oder Pflichtteilsanrechnungsbestimmung	(-)	(-)

Auf einen Blick

- Müssen die Schenkungsteuerfreibeträge bei hohem Vermögen mehrmals nacheinander ausgenutzt werden, führt oft kein Weg daran vorbei, bereits minderjährige Kinder oder Enkelkinder im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge zu berücksichtigen.
- In vielen Fällen können die Eltern ihre Kinder bei der unentgeltlichen Übertragung von Vermögenswerten auch dann vertreten, wenn sie selbst oder die Großeltern an der Übertragung beteiligt sind, da es sich um ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft handelt.
- Sollen vermietete Immobilien übertragen werden, handelt es sich allerdings nicht um ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft und die Eltern können ihre Kinder bei der Übertragung nicht selbst vertreten, sodass ein Ergänzungspfleger an der Übertragung mitwirken muss.
- Eine familiengerichtliche Genehmigung ist heute nur bei der unentgeltlichen Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Wohnungs- oder Teileigentums erforderlich. Ab dem 1.1.2023 führt die neue Fassung des § 1850 Nr. 4 BGB dazu, dass die unentgeltliche Übertragung von Wohnungs- oder Teileigentum immer der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf.

51) BGH, Beschl. v. 11.3.2021 – V ZB 127/19, DNotZ 2021, 980.

52) OLG München, Beschl. v. 29.4.2020 – 34 Wx 341/18.

53) MüKo-BGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn 66.

54) So auch ausdrücklich die Gesetzesbegründung zu § 1850 Nr. 4 BGB n.F., BT-Drucks 19/24445, 286.