

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2205 – Grundstückserwerb durch den Testamentsvollstrecker aus Nachlassmitteln

BauGB § 28 Abs. 1 S. 2 – Verkauf eines Grundstücks durch die Gemeinde; Erfordernis eines Negativzeugnisses

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB §§ 130, 2271 – Zugang des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testamentes erst nach dem Tod des widerrufenden Ehegatten

BGB §§ 747 S. 1, 894, 1008, 1010 Abs. 1, 1922 Abs. 1; GBO § 22 – Vergrößerung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück; Selbstständigkeit ideeller Bruchteile

#### Literaturhinweise

## 25 Jahre Deutsches Notarinstitut

Vor 25 Jahren, am 1. März 1993, hat das Deutsche Notarinstitut seine Tätigkeit aufgenommen. Das Institut ist allen Personen zu großem Dank verpflichtet, die es auf seinem Weg begleitet und mitgestaltet haben – insbesondere seinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, den Mitgliedern des Beirats und des wissenschaftlichen Beirats sowie den Präsidentinnen und Präsidenten der Notarkammern und der Bundesnotarkammer. Anlässlich des Geburtstags hat das DNotI seinem Report eine optische Auffrischung geschenkt. Inhaltlich folgt der Report weiter dem bewährten Konzept. Wir danken unseren Leserinnen und Lesern für das Vertrauen und hoffen, dass der DNotI-Report auch in der Zukunft eine so freundliche Aufnahme wie in der Vergangenheit findet. Zum Jubiläum des DNotI wird im Herbst eine Festschrift erscheinen.

Elke Holthausen-Dux  
(Vorsitzende des Beirats)

Dr. Johannes Weber  
(Geschäftsführer)

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB § 2205

#### Grundstückserwerb durch den Testamentsvollstrecker aus Nachlassmitteln

#### I. Sachverhalt

Bedingter Vorerbe des verstorbenen M ist dessen Nefee, der minderjährige T. B. Es liegt ein entsprechendes Hofffolgezeugnis nebst Erbschein vor. Es ist Testamentsvollstreckung angeordnet. Testamentsvollstrecker ist der Steuerberater K. Der Erblasser hat keine Beschränkungen der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers in seinen Testamenten angeordnet.

Der Nachlass besteht aus einer landwirtschaftlichen Besitzung, einem Hof im Sinne der HöfeO, sowie Barvermögen in Höhe von ca. 7 Mio. €. Der Testamentsvollstrecker beabsichtigt den Erwerb landwirtschaft-

licher Grundstücke zu einem Kaufpreis von insgesamt 1.050.000,00 € aus Nachlassmitteln. Es handelt sich um ein vollentgeltliches Geschäft.

## II. Fragen

1. Ist der Testamentsvollstrecker berechtigt, aus dem Barnachlass den beabsichtigten Grunderwerb für den minderjährigen Erben zu tätigen?

2. Bedarf das Rechtsgeschäft für den minderjährigen Erben der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters, ggf. eines Pflegers und/oder der familiengerichtlichen Genehmigung?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Befugnis des Testamentsvollstreckers zum Erwerb von Grundbesitz aus Nachlassmitteln

#### a) Beachtlichkeit von Verfügungsbeschränkungen des Erben

Wie sich aus § 2205 S. 2 BGB ergibt, steht dem Testamentsvollstrecker grundsätzlich die uneingeschränkte Verfügungsbefugnis über Nachlassgegenstände zu. Diese unbeschränkte Verfügungsbefugnis hat zur Folge, dass **Verfügungsbeschränkungen des Erben keine Berücksichtigung** finden. Daher bedürfen Rechtsgeschäfte, die der Testamentsvollstrecker für einen geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Erben bzw. Miterben tätig, anerkanntermaßen keiner ansonsten notwendigen familien- oder betreuungsgerichtlichen Genehmigung (BGH ZEV 2006, 262; BayObLGZ 1991, 390, 391; BeckOK-BGB/Lange, Std.: 1.11.2017, § 2205 Rn. 15).

Dies lässt sich mit der fehlenden Verweisung auf § 1821 BGB, wie sie das Gesetz z. B. ausdrücklich für Eltern gem. § 1643 BGB bzw. den Betreuer gem. § 1908i Abs. 1 BGB vorsieht, begründen. Der Testamentsvollstrecker ist zudem weder Vertreter des Erblassers noch Vertreter des Erben (BGHZ 13, 203).

K kann daher ohne Beteiligung eines Pflegers und Genehmigung des Familiengerichts für den minderjährigen Erben handeln.

#### b) Zuerwerb von Grundbesitz

Die Genehmigungsfreiheit gilt allerdings nur für den Fall, dass der Testamentsvollstrecker bei dem Rechtsgeschäft **im Rahmen seiner Verfügungsmacht** und damit innerhalb seiner allgemeinen Aufgabenzuweisung und der daraus folgenden allgemeinen Befugnisse handelt. In der Literatur wird diesbezüglich die Ansicht vertreten, dass der Zuerwerb von Grundbesitz bei der **Abwicklungstestamentsvollstreckung** gem. §§ 2203, 2204 BGB in der Regel nicht in Frage komme, da sich die Aufgabe des Testamentsvollstreckers dort nicht auf

die Vermehrung des Nachlasses, sondern auf dessen Abwicklung richte. Ein Zuerwerb von Grundbesitz sei aber insbesondere als Surrogationserwerb bzw. als Erwerb zur Abrundung des bereits vorhandenen Grundbesitzes in Betracht zu ziehen (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3454; Zahn, MittRhNotK 2000, 90, 112).

Die Rechtsstellung des **Dauertestamentsvollstreckers** (§ 2209 BGB) ist im Regelfall inhaltlich anders ausgestaltet als die Position eines Abwicklungsvollstreckers. Sie hat den Charakter eines dinglich wirkenden Verwaltungsrechts an fremdem Vermögen und umfasst die Verfügungsbefugnis nach § 2205 S. 2 BGB sowie im Regelfall die erweiterte Verpflichtungsbefugnis nach § 2207 BGB (MünchKommBGB/Zimmermann, 7. Aufl. 2017, § 2209 Rn. 10 ff.). Nach § 2206 Abs. 1 BGB ist der Testamentsvollstrecker in diesem Fall überdies berechtigt, **Verbindlichkeiten für den Nachlass einzugehen**, soweit dies zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist.

In diesem Rahmen ist daher durchaus, gerade in der anhaltenden Niedrigzinsphase, der Zuerwerb von Grundbesitz als zulässige Verwaltungsmaßnahme des Testamentsvollstreckers denkbar.

Die Grenzen des § 2205 BGB müssen durch den Testamentsvollstrecker allerdings in jedem Fall eingehalten werden. Im Regelfall scheiden daher unentgeltliche Verfügungen des Testamentsvollstreckers gem. § 2205 S. 3 BGB aus. Wird das **Grundstück zum Verkehrswert** erworben, dürfte es sich jedoch grundsätzlich nicht um eine unentgeltliche Verfügung handeln, sodass ein solcher Erwerb von der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers abgedeckt sein dürfte.

#### c) Fortsetzung der Testamentsvollstreckung am erworbenen Grundbesitz

Der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt auch, was der Testamentsvollstrecker **mit Mitteln des Nachlasses erworben** hat. Nach einhelliger Auffassung gilt die dingliche Surrogation gem. § 2041 BGB auch für die Testamentsvollstreckung ungeachtet der fehlenden ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung (BGH ZEV 2012, 103; Bengel/Reimann/Schaub, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 6. Aufl. 2017, 4. Kap. IV. Rn. 67 ff.; BeckOK-GBO/Zeiser, Std.: 1.2.2018, § 52 Rn. 16; Meikel/Böhringer, GBO, 11. Aufl. 2015, § 52 Rn. 4, 22 m. w. N.). Für den Fall der Vor- und Nacherbschaft ergibt sich dies zudem über § 2111 BGB.

In solchen Fällen des Zuerwerbs eines Grundstücks mit Nachlassmitteln ist mit Nachweis der Erbfolge gem.

§ 35 GBO die Eigentumsumschreibung auf den Erben vorzunehmen und gleichzeitig **von Amts wegen ein Testamentsvollstreckervermerk** gem. § 52 GBO einzutragen (Schöner/Stöber, Rn. 3454; BeckOK-GBO/Zeiser, § 52 Rn. 17; Meikel/Böhringer, § 52 Rn. 22). Die Funktion des Testamentsvollstreckervermerks besteht darin, den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des Erben zu zerstören. Der Testamentsvollstreckervermerk ist nicht nur bei Grundstücken, Grundstücksrechten und Rechten an solchen, sondern auch bei Vormerkungen, Widersprüchen und Verfügungsbeschränkungen einzutragen (vgl. Meikel/Böhringer, § 52 Rn. 23, 31). Weder der Erblasser kann die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks ausschließen, noch kann der Testamentsvollstrecker selbst auf die Eintragung verzichten, sofern er nicht einen Nachlassgegenstand aus seiner Verwaltung freigegeben hat (vgl. Demharter, GBO, 30. Aufl. 2016, § 52 Rn. 15; Meikel/Böhringer, § 52 Rn. 33).

#### **d) Nachweis über den Surrogationserwerb gegenüber dem Grundbuchamt**

Für die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks gem. § 52 GBO hat das Grundbuchamt zu prüfen, ob das Grundstück oder die Vormerkung der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegen. Ob ein Gegenstand durch Surrogation unter die Verwaltung des Testamentsvollstreckers gelangt, ist anhand der vorgelegten Urkunden zu prüfen, wobei bloße Erklärungen der Beteiligten nicht genügen, da ein Gegenstand nicht durch rechtsgeschäftliche Erklärungen der Testamentsvollstreckung unterworfen werden kann (Meikel/Böhringer, § 52 Rn. 23).

Aus der Rechtsprechung lässt sich zum Nachweis des Surrogationserwerbs gegenüber dem Grundbuchamt zunächst eine Entscheidung des LG Berlin (Rpfler 2005, 188, 189) auffinden. Hiernach soll jedenfalls die Bewilligung des (Mit-)Erben als Eigentümer – der durch die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks i. S. d. § 19 GBO betroffen ist, weil dadurch seine eigene Verfügungsbefugnis gem. § 2211 Abs. 1 BGB beschränkt ist – ausreichend nachweisen, dass ein Grundstück mit Nachlassmitteln erworben wurde und daher kraft Surrogation der Testamentsvollstreckung unterliegt. Das LG Berlin hat damit aber letztlich die Frage, mit welchen sonstigen Mitteln sich ggf. der Surrogationserwerb des Testamentsvollstreckers nachweisen ließe, offengelassen.

Demgegenüber geht das OLG Karlsruhe (ZEV 2015, 703 = NJW-RR 2015, 1097) davon aus, dass sich die Angabe des Testamentsvollstreckers, wonach der Kaufpreis zum Erwerb eines Grundstücks (allein) aus den Mitteln des Nachlasses beglichen werden sollte, über

den er verfügen darf, mit den im Grundbuchverfahren zur Verfügung stehenden Mitteln (vgl. § 29 GBO) ohnehin nicht belegen lässt. Ebenso wenig lässt sich mit den Nachweismitteln der Grundbuchordnung feststellen, ob der Erwerb zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich ist und der Testamentsvollstrecker die schuldrechtliche Verpflichtung daher nach § 2206 Abs. 1 S. 1 BGB eingehen durfte (OLG Karlsruhe ZEV 2015, 703 Tz. 12 f.).

U. E. kann dieser Entscheidung jedoch nicht entnommen werden, dass es zur Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks am Surrogat überhaupt keines Nachweises der Surrogation bedarf. Das OLG Karlsruhe hat zu dieser Frage nämlich nicht explizit Stellung genommen – die vorstehenden Ausführungen des Gerichts beziehen sich darauf, ob der Surrogationserwerb des Testamentsvollstreckers wegen Minderjährigkeit eines Miterben der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf. Mit den Voraussetzungen der Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks gem. § 52 GBO befasst sich das Gericht nicht. Das OLG Karlsruhe bestätigt jedoch den Grundsatz, wonach das Grundbuchamt bei dem Antrag auf Vollzug der Auflassung nicht zu prüfen hat, ob der Nachlass durch den vom Testamentsvollstrecker abgeschlossenen Erwerbsvertrag gem. § 2206 BGB wirksam verpflichtet worden ist (vgl. OLG Karlsruhe ZEV 2015, 703 Rn. 13).

Ob anhand öffentlicher Urkunden in der Form des § 29 GBO überhaupt nachweisbar ist, dass ein Grundstück aus Nachlassmitteln erworben wurde, erscheint in der Tat zweifelhaft. Daher ist ggf. zu erwägen, ob in dieser Konstellation – vergleichbar dem Nachweis der Entgeltlichkeit der Verfügung eines Testamentsvollstreckers (vgl. hierzu Demharter, § 52 Rn. 23 f.; Meikel/Böhringer, § 52 Rn. 63 ff.; Schöner/Stöber, Rn. 3441 jew. m. w. N.) – die **Beweismittelbeschränkung** des § 29 GBO **ausnahmsweise zurücktritt** und unter Rückgriff auf Freibeweismittel bzw. allgemeine Erfahrungsgrundsätze das Grundbuchamt von dem Surrogationserwerb – und damit von der Erforderlichkeit der amtswegigen Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks gem. § 52 GBO (s. o.) – überzeugt werden kann.

In Betracht käme hier z. B. die Vorlage eines Kontoauszuges über ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Nachlasskonto, dem zu entnehmen ist, dass der Kaufpreis für das erworbene Grundstück dem Nachlass entnommen wurde.

## **2. Zustimmung der Nacherben**

Eine Zustimmung der Nacherben dürfte hier nicht erforderlich sein.

T. B ist lediglich als bedingter Vorerbe eingesetzt. Aus dem Sachverhalt ergibt sich nicht genau, ob es sich hierbei um eine befreite Vorerbschaft handelt. Gem. § 2112 BGB kann der Vorerbe über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände verfügen, soweit sich nicht aus den Vorschriften der §§ 2113-2115 BGB etwas anderes ergibt.

K ist zwar Testamentsvollstrecker, allerdings **nicht** ausdrücklich als **Nacherbentestamentsvollstrecker** gem. § 2222 BGB (zumindest ergibt sich dies nicht eindeutig aus dem mitgeteilten Sachverhalt) eingesetzt. Nach Rechtsprechung des OLG München ist bei Anordnung von Testamentsvollstreckung für den Vorerben nicht ohne Weiteres von einer umfassenden Verfügungsbefugnis auch für den Nacherben auszugehen. Vielmehr sei durch Auslegung der letztwilligen Verfügung zu ermitteln, in welchem Umfang der Erblasser dem Testamentsvollstrecker Befugnisse einräumen wollte (OLG München, Beschl. v. 15.4.2016 – 34 Wx 158/15, MittBayNot 2016, 423 = DNotI-Report 2016, 90). Da die Nacherbentestamentsvollstreckung nicht zu den Regelaufgaben eines Testamentsvollstreckers gehört, soll sie **nur bei Vorliegen besonderer Umstände** anzunehmen sein (BeckOK-BGB/Lange, Std.: 1.11.2017, § 2222 Rn. 3 m. w. N.).

Hier soll mit Geldmitteln des Nachlasses ein Grundstück erworben werden. Es handelt sich insoweit **nicht** um eine **Verfügung über** ein zur Erbschaft gehörendes **Grundstück** i. S. d. § 2113 Abs. 1 BGB, da das Grundstück erst nach Vollzug des Kaufvertrages als Surrogationsgegenstand Erbschaftsbestandteil wird. § 2113 Abs. 2 BGB erfasst auch andere Nachlassgegenstände, betrifft allerdings **nur unentgeltliche Verfügungen** und dürfte daher einen Erwerb zum Verkehrswert mittels Kaufvertrag grundsätzlich nicht erfassen.

Einem Erwerb des Grundstücks mit Mitteln des Nachlasses müssen die Nacherben und die Ersatznacherben daher nicht zustimmen, da der Grundstückserwerb keinen Fall der §§ 2113 ff. BGB darstellt (vgl. MünchKommBGB/Grunsky, 7. Aufl. 2017, § 2113 Rn. 7). Erfolgt der Erwerb mit Mitteln des Nachlasses, so erstreckt sich die Nacherbschaft gem. § 2111 BGB auch auf diesen. Die Rechte des Nacherben werden also durch den Erwerb nicht berührt. Im **Grundbuch** wäre dann jedoch ebenfalls ein **Nacherbenvermerk** i. S. v. § 51 GBO einzutragen.

---

## BauGB § 28 Abs. 1 S. 2

### Verkauf eines Grundstücks durch die Gemeinde; Erfordernis eines Negativzeugnisses

---

#### I. Sachverhalt

Eine im Grundbuch eingetragene Gemeinde veräußert durch notariellen Kaufvertrag ein Grundstück an einen privaten Käufer. Der Kaufpreis wurde gezahlt und der Umschreibungsantrag unter Vorlage der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes beim Grundbuchamt gestellt.

Nunmehr verlangt die Rechtspflegerin die Vorlage des Vorkaufsrechtsverzichtsbescheides für diesen Kaufvertrag.

#### II. Frage

Ist zum Vollzug der Eigentumsumschreibung bei einem Verkauf eines Grundstücks durch die im Grundbuch eingetragene Gemeinde an einen privaten Käufer die Vorlage eines Vorkaufsrechtsverzichtsbescheides erforderlich?

#### III. Zur Rechtslage

*Stock* führt mit Blick auf das Erfordernis eines **Negativzeugnisses** bei Erwerb durch die Gemeinde aus (in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 126. EL. August 2017, § 28 Rn. 17):

*„Eines Zeugnisses nach Absatz 1 S. 3 bedarf es zur Eigentumseintragung des Erwerbers ferner nicht, wenn die Gemeinde der Käufer ist. Dies ergibt sich aus dem Sinn der Grundbuchsperrung des Absatzes 1. Diese Bestimmung soll dazu dienen, das Vorkaufsrecht der Gemeinde zu sichern. Ist die Gemeinde aber selbst der Erwerber, so entfällt diese Sicherungsfunktion. Sie könnte auch nach dem Wortlaut nicht zum Zuge kommen, wenn die Gemeinde das Grundstück auf Grund der Ausübung des Vorkaufsrechts erwirbt. Denn in diesem Fall kann sie kein Zeugnis nach § 28 Abs. 1 S. 3 darüber ausstellen, dass sie das Vorkaufsrecht nicht ausübt.“*

Nach *Grziwotz* gilt die Grundbuchsperrung des § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB aber auch dann nicht, wenn die **Gemeinde als Verkäufer** auftritt (BeckOK-BauGB, Std.: 1.1.2018, § 28 Rn. 7). Er beruft sich dabei auf die folgenden Ausführungen des LG Arnberg, die sich thematisch mit der Erhebung einer Vollzugsgebühr eines Notars für die Einholung eines Negativzeugnisses befassen (LG Arnberg NJW 2004, 1259):

*„Denn die vorkaufsberechtigte Gemeinde war selbst als Verkäuferin an dem Vertrag beteiligt. Die Einholung eines Negativzeugnisses nach § 28 I BauGB war daher über-*

*flüssig. Denn mit der Veräußerung des Grundstücks durch die beteiligte Gemeinde ist der gleichzeitige Verzicht auf die Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts verbunden. Eine besondere Verzichtserklärung brauchte nicht eingeholt zu werden. Ausweislich der Handakte des Bet. zu 1 ist eine solche Erklärung von der beteiligten Gemeinde auch tatsächlich nicht abgegeben worden. Da das Vorkaufsrecht gem. § 28 II BauGB nur durch Verwaltungsakt gegenüber dem Verkäufer ausgeübt wird, müsste die beteiligte Gemeinde bei Ausübung des Vorkaufsrechts einen entsprechenden Bescheid an sich selbst als Verkäuferin richten. Der Unsinn einer solchen theoretischen Konstruktion liegt damit auf der Hand.“*

Die vorstehenden Ausführungen halten wir mit Blick auf die *ratio* der §§ 24, 28 BauGB für richtig, da nicht nur bei jedem Erwerb durch die Gemeinde, sondern auch bei jedem Verkauf durch die Gemeinde, für die das gemeindliche Vorkaufsrecht gilt, die Grundbuchsperre des § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB überflüssig ist. Jedenfalls wird man mit dem LG Arnsberg einen **konkludenten Verzicht** i. S. d. § 28 Abs. 5 BauGB analog anzunehmen haben (so wohl auch Brügelmann/Kronisch, BauGB, 99. Lfg. Juli 2016, Vor §§ 24-28 Rn. 36).

Verwaltungsrechtsdogmatisch dürfte die Erteilung eines Negativzeugnisses auch daran scheitern, dass die Gemeinde **keinen Verwaltungsakt gegenüber sich selbst** erlassen kann. Denn dafür fehlt es angesichts der identischen Rechtsträgerschaft an der notwendigen Außenwirkung i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG (so für Behörden desselben Rechtsträgers, BeckOK-VwVfG/von Alemann/Scheffczyk, Std.: 1.1.2018, § 35 Rn. 227).

Schließlich dürfte ein Negativzeugnis auch angesichts dessen, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts der Gemeinde sich selbst gegenüber **automatisch zur Konfusion** führen würde, entbehrlich sein. Durch die Ausübung des Vorkaufsrechts käme ein Vertrag zwischen Eigentümer und Vorkaufsberechtigtem zustande, der inhaltlich mit dem Erstvertrag übereinstimmt. Da somit die Gemeinde auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts stehen würde, dürfte das Schuldverhältnis wegen der Personenidentität von Gläubiger und Schuldner mit Zustandekommen des Vertrags *eo ipso* wegen Konfusion erlöschen (BeckOK-BGB/Dennhardt, Std.: 1.11.2017, § 362 Rn. 7; BeckOGK-BGB/Looschelders, Std.: 1.11.2017, § 362 Rn. 11 ff.). Daher bestätigt auch eine Rechtsfolgenbetrachtung die fehlende Erforderlichkeit eines Negativzeugnisses.

## 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.

### ErbStG § 7

**Abfindung für einen Pflichtteilsverzicht, der in einem Übergabevertrag geregelt wird; Abfindung, die ein künftiger gesetzlicher Erbe an einen anderen Erben für den Verzicht auf einen künftigen Pflichtteilsanspruch zahlt (§ 311b Abs. 5 BGB); Abfindung für einen Pflichtteilsverzicht, der gegenüber dem Erblasser erklärt wird, bei welchem aber die Abfindung von einem Dritten bezahlt wird; Auswirkungen der neuen BFH-Rechtsprechung vom 10.5.2017 (II R 25/15)**

Abruf-Nr.:

### BGB §§ 2034, 1795 Abs. 2, 181, 1909

**Verzicht auf das Miterbenvorkaufsrecht durch Elternteil, wenn Elternteil zugleich Partei des Kaufvertrags ist**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

### BGB §§ 130, 2271

**Zugang des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testamentes erst nach dem Tod des widerrufenden Ehegatten**

**Der notariell beurkundete Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments muss dem anderen Ehegatten in Ausfertigung zugehen. Verstirbt der widerrufende Ehegatte nach der Abgabe der Willenserklärung, muss der Zugang der Willenserklärung alsbald nach dem Erbfall erfolgen. Ein rechtzeitiger Zugang liegt zumindest dann vor, wenn der Notar die Zustellung binnen 12 Tagen nach dem Tod des Widerrufenden bewirkt. Dass der Widerrufende im Zeitpunkt der Erteilung des Zustellungsauftrags durch den Notar nicht mehr am Leben war, ist unschädlich. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)**

OLG Oldenburg, Beschl. v. 19.12.2017 – 3 W 112/17

## Problem

Eheleute verfassten im Jahr 2003 ein privatschriftliches, gemeinschaftliches wechselseitiges Testament und gaben dieses in die amtliche Verwahrung. Mit notarieller Urkunde vom 9.11.2016 widerrief die Ehefrau das gemeinschaftliche Testament und wies den Notar an, den Widerruf dem Ehegatten in Ausfertigung zustellen zu lassen. Mit notariellem Testament vom gleichen Tage setzte die Ehefrau ihre beiden Geschwister zu gleichen Teilen zu Erben ein.

Versehentlich wurde am 14.11.2016 dem Ehemann nur eine beglaubigte Abschrift der Widerrufsurkunde zugestellt. Dies wurde zunächst nicht bemerkt. Am 25.4.2017 verstarb die Ehefrau. Wenige Tage später veranlasste der beurkundende Notar erneut die Zustellung einer Ausfertigung der Widerrufsurkunde von November 2016. Die Zustellung erfolgte am 29.4.2017, also 12 Tage nach dem Tod der Ehefrau.

Die Geschwister der Ehefrau beantragten die Erteilung eines Erbscheins, der sie zu Erben zu je ½ Anteil nach der Ehefrau ausweist. Hiergegen wandte sich der Ehemann. Er hält die Widerrufserklärung für unwirksam, da sie erst nach dem Tod der Ehefrau auf den Weg gebracht worden sei.

## Entscheidung

Das OLG Oldenburg ist der Argumentation des Ehemannes nicht gefolgt. Es sah das notarielle Testament der Ehefrau vom 9.11.2016 als maßgeblich an. Das gemeinschaftliche Testament sei **wirksam widerrufen** worden.

Dies gelte, obwohl der Widerruf dem Ehemann erst nach dem Tod der Ehefrau zugegangen sei. Gem. § 130 Abs. 2 BGB, der auch im Erbrecht Anwendung finde, sei es **für die Wirksamkeit** einer Willenserklärung **ohne Einfluss, wenn der Erklärende nach Abgabe der Erklärung sterbe**. Hierfür sei allerdings Voraussetzung, dass der Erklärende alles getan habe, was von seiner Seite geschehen müsse, damit die Erklärung zugehe. Die Erklärung müsse also **bereits auf dem Weg** zum Empfänger sein.

Nach der Rechtsprechung des BGH, der sich das OLG Oldenburg anschließt, sei es zudem erforderlich, dass der **Zugang der Willenserklärung alsbald nach dem Erbfall** erfolge, weil ein Interesse des Rechtsverkehrs daran bestehe, Erbrechtsverhältnisse sicher beurteilen zu können und nicht auf unbestimmte Zeit über diese im Unklaren zu sein. Dies sei auch im Interesse des **Vertrauensschutzes** für den überlebenden Ehegatten geboten, der durch den Widerruf einseitig belastet werde, da er seinerseits nach dem Tod des Erstversterben-

den selber nicht mehr neu testieren könne. Diese Belastung könne nach der Rechtsprechung des BGH nur hingenommen werden, wenn der Widerruf dem überlebenden Ehegatten alsbald nach dem Erbfall zu einem Zeitpunkt zugestellt werde, zu dem **unter normalen Umständen mit einer Zustellung noch gerechnet** werden könne. Der zeitliche Abstand zwischen dem Tod und dem Zugang dürfe daher nicht zu groß sein.

Diese Voraussetzung sah das OLG Oldenburg hier als erfüllt an. Durch die Anweisung des Notars am 9.11.2016 habe die Ehefrau alles von ihrer Seite aus Erforderliche getan, um die Erklärung zuzustellen. Dass der Notar zunächst nur eine beglaubigte Abschrift zugestellt habe, sei unerheblich. Die Anweisung der Ehefrau sei hierdurch noch nicht vollständig umgesetzt worden. Diese sei daher nicht etwa „verbraucht“. Die Zustellung der Ausfertigung der Widerrufserklärung **innerhalb von 12 Tagen** nach dem Tode der Ehefrau sei als **alsbaldige Zustellung** im Sinne der oben skizzierten Rechtsprechung des BGH anzusehen. In diesem zeitlichen Abstand sei angesichts normaler Bearbeitungszeiten im Notariat und im Gericht noch damit zu rechnen, dass eine lebzeitig abgegebene, notarielle Willenserklärung der Ehefrau dem Ehemann zugestellt werden könnte.

## Praxishinweis

Übernimmt der Notar die Zustellung des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testaments, so muss die Zustellung **sorgfältig überwacht und überprüft** werden. Dabei ist insbesondere darauf zu achten, dass die **Zustellung zeitnah** erfolgt und dem Widerrufsgegner die Widerrufserklärung **in Ausfertigung** und nicht nur in beglaubigter Abschrift zugestellt wird, denn nur die Ausfertigung ersetzt die Urschrift im Rechtsverkehr (§ 47 BeurkG, vgl. hierzu auch BeckOGK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.11.2017, § 2271 BGB Rn. 11a). Hier können bei der Zustellung auch durch das Zustellungsorgan leicht Fehler passieren.

---

**BGB §§ 747 S. 1, 894, 1008, 1010 Abs. 1, 1922 Abs. 1; GBO § 22**

**Vergrößerung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück; Selbstständigkeit ideeller Bruchteile**

**1. Vereinigt sich der von einem Miteigentümer erworbene Bruchteil in dessen Hand mit dem bereits innegehaltenen Bruchteil zu einem – entsprechend vergrößerten – Miteigentumsanteil am Grundstück, so bleibt eine unterschiedliche dingliche Bruchteilsbelastung grundsätzlich bestehen. Insofern behalten die ideellen Bruchteile eine gewisse recht-**

**liche Selbstständigkeit bei; die belasteten Anteile bestehen als fiktive Anteile im Rahmen der durch den Zuerwerb geschaffenen Rechtslage fort (Anschluss an BGH NJW-RR 2004, 1513; BayObLG NJW-RR 1996, 1041).**

**2. Dies gilt auch im Hinblick auf eine von allen Miteigentümern getroffene Benutzungsregelung, die durch Eintragung im Grundbuch dingliche Wirkung erhalten hat.**

OLG München, Beschl. v. 20.2.2018 – 34 Wx 109/17

### Problem

Wesentlicher Aspekt der Entscheidung ist die Frage, ob zwei unterschiedlich belastete Miteigentumsanteile, die sich in der Hand eines der Miteigentümer vereinigen, im Grundbuch getrennt auszuweisen sind.

Der Erblasser und seine Ehefrau erwarben einen Miteigentumsanteil von je 5/30 an einem Grundstück. Es wurde eine Miteigentümervereinbarung getroffen, wonach mit dem 10/30-Miteigentumsanteil das Recht verbunden ist, die Wohnung im 2. OG des Hauses zu nutzen. Später erwarben der Erblasser und seine Ehefrau einen weiteren Anteil von je 5/30 hinzu, verbunden mit dem Nutzungsrecht an der Wohnung im 1. OG.

Später wurden die beiden erworbenen Miteigentumsanteile des Erblassers von je 5/30 im Grundbuch zu dem später vererbten 10/30 Miteigentumsanteil vereint.

Einer der beiden in Erbengemeinschaft eingetragenen Erben (Beteiligter zu 1) beanstandet die Art und Weise der Miteigentümergeintragung und meint, die zusammenfassende Darstellung eines Miteigentumsanteils von 10/30 für die Erbengemeinschaft gebe die materielle Rechtslage nicht zutreffend wieder, weil die Erben als Rechtsnachfolger des Erblassers Inhaber von zwei 5/30-Anteilen seien, denen mit dinglicher Wirkung das Benutzungsrecht an zwei verschiedenen Wohnungen des Anwesens zugewiesen sei.

### Entscheidung

Das OLG München stellte fest, dass das Grundbuch die materielle Rechtslage zutreffend wiedergebe und daher für eine Berichtigung nach § 22 GBO kein Raum sei.

Aufgrund des Zuerwerbs seien in der Hand des Erblassers zwei 5/30-Anteile zusammengetroffen, der bereits innegehaltene Anteil von 5/30 und ein hinzuerworbener Anteil von 5/30. Würden sich **mehrere Bruchteile in einer Hand** vereinigen, so werde aus ihnen **ein Bruchteil**. Trotz Vereinigung mehrerer Bruchteile in

der Hand desselben Miteigentümers bliebe allerdings eine unterschiedliche **dingliche Bruchteilsbelastung** grundsätzlich bestehen. Insofern behielten die ideellen Bruchteile eine **gewisse rechtliche Selbstständigkeit** bei. Die belasteten Anteile bestünden als fiktive Anteile im Rahmen der durch den Zuerwerb geschaffenen Rechtslage fort.

Dies gelte auch in Hinblick auf die als dingliche Belastung eingetragene **Benutzungsregelung**, nach der der Inhaber des jeweils belasteten Anteils von der Nutzung des den anderen Anteilen zugewiesenen räumlichen Bereichs ausgeschlossen sei, jedenfalls dann, wenn sich **nicht alle Anteile in einer Hand** vereinigen, was zum **Erlöschen der Benutzungsregelung** führen würde. Auch die rechtsgeschäftlichen Übertragungen hätten keine materiell-rechtlichen Auswirkungen auf Bestand und Inhalt der Benutzungsregelung. Die einmal zustande gekommene Belastung im Sinne von § 1010 Abs. 1 BGB könne nur durch eine neue wirksame Vereinbarung der Miteigentümer und deren Eintragung im Grundbuch geändert werden.

Das Grundbuch verlaute diese materielle Rechtslage korrekt. Die Eintragung der Miteigentümer zu jeweils 10/30-Bruchteilen berücksichtige zutreffend, dass sich die in der Hand jedes Erwerbers zusammentreffenden zwei 5/30-Anteile zu je einem 10/30-Anteil vereinigt hätten. Aus der korrekten Darstellung der Eintragungsggrundlage ergebe sich, dass diese Anteile jeweils durch Verschmelzung von 5/30-Anteilen entstanden sind, die ausweislich der in Abteilung II des Grundbuchs eingetragenen Benutzungsregelung mit unterschiedlichen Nutzungsausschlüssen belastet sind.

Soweit die Eintragung im Grundbuch mit der materiell-rechtlichen Rechtslage übereinstimme, käme auch ein gutgläubiger Erwerb nicht in Betracht. Zwar gelte nach § 892 Abs. 1 S. 1 BGB der Inhalt des Grundbuchs zugunsten des Erwerbers als richtig; eine Fehlinterpretation der materiellen Rechtslage zutreffend verlautbarenden Grundbuchinhalts werde hingegen vom Gesetz nicht geschützt. Ein Fehlverständnis des Erwerbers führe mithin nicht zum Verlust der Berechtigung aus einer zutreffend im Grundbuch eingetragenen, aber vom Erwerber nicht erkannten oder falsch verstandenen Belastung. Eine etwaige abweichende Nutzungsregelung unter den Miteigentümern nach § 746 BGB oder aufgrund Mehrheitsbeschlusses nach § 745 Abs. 1 BGB hätte auf die dingliche Rechtslage ebenso wenig Einfluss wie eine tatsächliche Nutzung, die mit der dinglichen Rechtslage nicht im Einklang stehe.

Das OLG München schlägt daher **statt einer Grundbuchberichtigung** eine **Klarstellung** vor, da sich nur

aus der Zusammenschau der Vermerke über die Eintragungsgrundlagen in Abteilung I und dem Inhalt der in Abteilung II unter Bezugnahme auf die Bewilligung der eingetragenen Benutzungsregelung die Zusammensetzung der unterschiedlich belasteten Miteigentumsanteile erschließe. Das Gericht weist jedoch darauf hin, dass für das Beschwerdegericht keine Rechtsgrundlage existiere, das Grundbuchamt zur Eintragung eines Klarstellungsvermerks anzuweisen. Vielmehr stehe dem Grundbuchamt bei der **Fassung der Eintragung ein eigenes Ermessen** zu. Allerdings könne das Interesse des Berechtigten an einer klaren grundbuchlichen Verlaufbarkeit seiner Rechtsstellung, insbesondere aufgrund der zur Aufhebung der Erbengemeinschaft anstehenden Teilungsversteigerung, bei schwieriger Rechtslage eine **Ermessensreduzierung auf null** bewirken.

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:** Notarassessorin Karin Raude

**Bezugsbedingungen:**

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

**Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit