

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 30, 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2, 3 – Umwandlung von Wohnungserbbaurechten in Wohnungseigentum; Erfordernis einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung

BGB § 2113; GBO §§ 51, 40 – Veräußerung eines Grundstücks durch befreite Vorerbin vor Grundbuchberichtigung und Eintragung des Nacherbenvermerks; Notwendigkeit der Zustimmung der Nacherben; Handeln aufgrund transmortaler Vollmacht

Rechtsprechung

BGB §§ 2202, 185, GBO §§ 29, 53 Abs. 1 – Unwirksamkeit einer Verfügung des Testamentsvollstreckers vor Annahme des Amts

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 30, 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2, 3 Umwandlung von Wohnungserbbaurechten in Wohnungseigentum; Erfordernis einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung

I. Sachverhalt

Die Eigentümer von Wohnungserbbaurechten haben das Erbbaugrundstück erworben und die Aufhebung der Erbbaurechte beschlossen. Sie wollen die Wohnungserbbaurechte in Wohnungseigentum überführen. Die Aufteilung in Wohnungserbbaurechte war bereits 1996 erfolgt. Nunmehr verlangt das Grundbuchamt eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung mit der Begründung, dass das Sondereigentum am Grundstück neu begründet werde.

II. Frage

Kann das Grundbuchamt die Vorlage einer Abgeschlossenheitsbescheinigung gemäß der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz (AVA) v. 6.7.2021 verlangen?

III. Zur Rechtslage

1. Sachenrechtliches Erfordernis der Aufhebung des Erbbaurechts und Neubegründung von Wohnungseigentum

a) Steht ein Erbbaurecht mehreren gemeinschaftlich nach Bruchteilen zu, so können die Anteile gem. § 30 Abs. 1 WEG in der Weise beschränkt werden, dass jedem der Mitberechtigten das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung oder an nicht zu Wohnzwecken dienenden bestimmten Räumen in einem auf Grund des Erbbaurechts errichteten oder zu errichtenden Gebäude eingeräumt wird (Wohnungserbbaurecht bzw. Teilerbbaurecht). Wesentlicher **Unterschied zum Wohnungseigentum** ist mithin, dass dort das Miteigentum am

Grundstück, hier die Mitberechtigung am *Erbbaurecht* (als grundstücksgleiches Recht) inhaltlich beschränkt wird und somit sachenrechtlich unterschiedliche „Aufteilungsgegenstände“ vorliegen (BeckOGK-WEG/Schulz, Std.: 1.12.2023, § 30 Rn. 27). Die bloße Vereinigung von Erbbaurecht und Grundstückseigentum in einer Person führt nach § 889 BGB nicht zum Erlöschen des Erbbaurechts. Dies ergibt sich insbes. aus den Vorschriften über den Heimfall des Erbbaurechts (§ 2 Nr. 4, §§ 32 f. ErbbauRG).

b) **Eine Transformation von Wohnungserbbaurechten in anteilsgleiche und raumgleiche Wohnungseigentumsrechte auf direktem Wege ist nicht möglich.** Erforderlich ist ein schrittweises Vorgehen (OLG München NJOZ 2011, 342, 342; BayObLG MittBay-Not 1999, 375, 376; Winkler/Schlögel, ErbbauR-HdB, 7. Aufl. 2021, § 3 Rn. 130; BeckOGK-WEG/Schulz, § 30 Rn. 27). Da es sich beim Wohnungserbbaurecht nach § 30 WEG nur um eine besondere Art der Mitberechtigung an einem Erbbaurecht handelt, kann nur das Erbbaurecht insgesamt aufgehoben werden – es verbleibt dann das unbelastete Grundstück, die Wohnungserbbaurechte erlöschen und die Erbbaugrundbücher sind nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 WEG zu schließen. Denn ohne fortbestehende Mitberechtigung am Erbbaurecht ist damit verbundenes Sondereigentum rechtlich nicht möglich. Nicht denkbar ist daher eine Aufhebung des Erbbaurechts in der Weise, dass nur die Wohnungseigentumseinheiten bestehen bleiben würden, denn das Wohnungseigentum als solches ist eine besondere Form des Bruchteilseigentums am Grundstück. Um Wohnungseigentum zu erhalten, muss somit zunächst das Erbbaurecht am Grundstück (bzw. hier die Wohnungserbbaurechte) aufgehoben werden. Dies ist hier bereits geschehen. In einem zweiten Schritt kann sodann das Grundstück in Wohnungseigentum aufgeteilt werden (BeckOGK-WEG/Schulz, § 30 Rn. 27).

2. Grundbuchverfahrensrechtliche Erfordernisse: Neuer Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung

Zur Begründung von Wohnungseigentum bedarf es nach § 7 Abs. 4 WEG eines Aufteilungsplanes sowie einer Abgeschlossenheitsbescheinigung. Diese Anforderungen gelten auch bei der Begründung von Wohnungserbbaurechten (§ 30 Abs. 3 S. 2 WEG).

U. E. ist es dabei möglich, den bereits vorhandenen Aufteilungsplan und die vorhandene Abgeschlossenheitsbescheinigung zur Grundlage der Neubegründung von Wohnungseigentum zu machen. Insbesondere ist in der Abgeschlossenheitsbescheinigung auch die Abgeschlossenheit der Wohnungen als solche bescheinigt und nicht etwa die des Wohnungserbbaurechts, vgl. § 3 Abs. 3

WEG. **Für eine einmal erteilte Abgeschlossenheitsbescheinigung gibt es weder ein Verfalldatum noch eine Beschränkung auf eine einmalige Verwendung** (OLG Schleswig RNotZ 2012, 335, 336; BeckOK-WEG/Kral, Std.: 1.1.2024, § 7 Rn. 82; Bärmann/Armbrüster, WEG, 15. Aufl. 2023, WEG § 7 Rn. 115).

Für eine *bereits erteilte* Abgeschlossenheitsbescheinigung kann grundsätzlich auch die **Neufassung der AVA** (Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz) im Jahr 2021 **nicht erheblich sein, wenn weder Sondereigentum an Grundstücksflächen noch an Stellplätzen begründet werden soll**, es also auf die inhaltlichen Vorgaben gem. §§ 6, 7 AVA nicht ankommt. Ausreichend ist zunächst, dass die alte Bescheinigung weiterhin richtig ist und dabei insbesondere der der Bescheinigung zugrunde liegende Aufteilungsplan mit den aktuellen tatsächlichen Verhältnissen hinsichtlich der Abgeschlossenheit der Räume übereinstimmt (OLG Schleswig RNotZ 2012, 335, 336; BeckOK-WEG/Kral, § 7 Rn. 82; Hügel/Elzer, 3. Aufl. 2021, WEG § 7 Rn. 46). Dem Grundbuchamt ist die Übereinstimmung der aktuellen Verhältnisse mit dem (alten) Aufteilungsplan allerdings nicht nachzuweisen. Vielmehr hat das Grundbuchamt grundsätzlich von einer entsprechenden Deckungsgleichheit auszugehen, sofern sich nicht aus dem konkreten Sachverhalt berechtigte Zweifel ergeben (vgl. OLG Schleswig RNotZ 2012, 335, 336 f. zu einzelnen, gerade keine Zweifel begründenden Umständen).

Nach dem geschilderten Sachverhalt ist davon auszugehen, dass die Aufteilung in Wohnungseigentum der bisherigen Aufteilung in Wohnungserbbaurechte entsprechen soll und dass Raumgleichheit besteht. Demnach dürften sich auch für das Grundbuch keine Anhaltspunkte gegen die Richtigkeit der Abgeschlossenheitsbescheinigung ergeben. Allein der Zeitablauf dürfte angesichts der bei Immobilien üblichen Gebrauchsdauer jedenfalls keine diesbezüglichen Zweifel begründen (vgl. OLG Schleswig, RNotZ 2012, 335, 337).

Weiter ist es aber erforderlich, dass die Eintragungunterlagen bei Einreichung zum Grundbuchamt die *derzeit* geltenden gesetzlichen Erfordernisse erfüllen. Selbst wenn mangels Sondereigentums an Grundstücksflächen oder Stellplätzen die strengeren Anforderungen der AVA nicht zu erfüllen sind, verlangt jedoch *nunmehr* das WEG stets die Einreichung eines **Lageplans**, aus dem sich gem. § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 WEG die Aufteilung des Gebäudes und des Grundstücks sowie die Lage und Größe der im Sondereigentum und der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Teile des Gebäudes und des Grundstücks ergeben müssen. Ein solcher Plan

ist auch dann erforderlich, wenn das Grundstück selbst nicht aufgeteilt werden soll (BeckOGK/Meier, Std.: 1.6.2023, § 7 Rn. 57; Wobst, DNotZ 2021, 582, 585; Zimmer ZWE 2021, 436, 439). Diese **Anforderungen des § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 WEG müssen die älteren Pläne erfüllen**. Ob hier der alte Aufteilungsplan die Anforderungen wahrt, ist freilich eine Tatfrage.

Im **Ergebnis** kann damit grundsätzlich eine bereits erteilte Abgeschlossenheitsbescheinigung erneut als Nachweis im Grundbuchverfahren verwendet werden. Materiell-rechtlich ist aber ein **neuer Aufteilungsakt** gem. § 3 WEG bzw. gem. § 8 WEG erforderlich, d. h. ein neuer rechtsgeschäftlicher Begründungsakt, der materiell- und grundbuchverfahrensrechtlich den Anforderungen einer erstmaligen Begründung von Wohnungseigentum unterliegt.

BGB § 2113; GBO §§ 51, 40

Veräußerung eines Grundstücks durch befreite Vorerbin vor Grundbuchberichtigung und Eintragung des Nacherbenvermerks; Notwendigkeit der Zustimmung der Nacherben; Handeln aufgrund transmortaler Vollmacht

I. Sachverhalt

Eheleute sind zu je ½ Anteil als Miteigentümer im Grundbuch eingetragen. Nach dem Tod des Ehemannes möchte die Ehefrau das Grundstück verkaufen. Der Ehemann hat die Ehefrau im notariellen Testament als befreite Vorerbin und als Nacherben zwei eigene Töchter sowie die einseitige Tochter der Ehefrau eingesetzt. Eine Grundbuchberichtigung ist noch nicht erfolgt, insbesondere ist im Grundbuch noch kein Nacherbenvermerk eingetragen.

II. Fragen

1. Müssen die drei Töchter als Nacherben dem beabsichtigten Verkauf zustimmen?
2. Ergibt sich etwas anderes, wenn die Ehefrau auf der Basis einer trans- bzw. postmortalen notariellen Vollmacht für den verstorbenen Ehemann handelt? Kann sie für diesen Fall auch die Nacherben vertreten, ohne den Verfügungsbeschränkungen der §§ 2112, 2113 BGB unterworfen zu sein?

III. Zur Rechtslage

1. Zur fehlenden Grundbuchberichtigung

Zunächst stellt sich die Frage, ob eine **Voreintragung der Vorerbin** im Grundbuch erforderlich ist. Nach § 39 Abs. 1 GBO soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als der

Berechtigte eingetragen ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall, da nach dem Tod des Erblassers noch keine Grundbuchberichtigung auf die Vorerbin erfolgt ist.

Nach § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO ist die **Voreintragung entbehrlich**, wenn die Person, deren Recht von der Bewilligung betroffen wird, **Erbe** ist und die **Übertragung eines Rechts** eingetragen werden soll. Beides ist vorliegend der Fall. Eine Voreintragung dürfte daher entbehrlich sein, soweit es um die Eintragung der **Auflassung** geht.

Fraglich ist aber, ob dies auch im Hinblick auf die Eintragung einer **Finanzierungsgrundschuld** gilt, da hierbei eine *Belastung* des Grundstücks erfolgt, die vom Wortlaut des § 40 Abs. 1 GBO nicht ausdrücklich erfasst ist. Die h. A. in der Rechtsprechung bejaht mittlerweile die entsprechende Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO (KG MittBayNot 2021, 245; OLG Frankfurt MittBayNot 2018, 247; OLG Köln FGPrax 2018, 106; OLG Stuttgart DNotZ 2019, 194; OLG Celle DNotZ 2020, 672; a. A. KG FGPrax 2011, 270, allerdings für den Erben; vgl. dazu auch Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 142c; Weber, DNotZ 2018, 884, 895 ff.; BeckOK-GBO/Zeiser, Std.: 1.11.2023, § 40 GBO Rn. 20). Eine höchstrichterliche Klärung der Frage steht allerdings nach wie vor aus, so dass im Falle einer gewünschten Belastung ggf. mit dem Grundbuchamt vorab geklärt werden sollte, ob es sich der oben dargelegten, im Vordringen befindlichen Rechtsansicht der Oberlandesgerichte anschließt.

2. Zur Verfügungsbefugnis des befreiten Vorerben

Das Grundstück würde durch die geplante Veräußerung aus der Nacherbenbindung ausscheiden, wenn die Verfügung der Vorerbin über den Eintritt des Nacherbfalls hinaus wirksam wäre. Im Falle der Nicht-Befreiung des Vorerben (vgl. § 2113 Abs. 1 BGB) ist dies der Fall, wenn die Verfügung **mit Zustimmung der Nacherben** erfolgt ist. Erforderlich ist dabei die Zustimmung aller Nacherben, auch die der bedingt eingesetzten und der sog. weiteren Nacherben, nicht aber die Zustimmung von reinen Ersatznacherben (vgl. BGHZ 40, 115, 119. Im Falle der **Befreiung** des Vorerben ist die Zustimmung vonnöten, wenn es sich um eine **unentgeltliche** Verfügung handelt, da insoweit keine Befreiung erteilt werden kann (§§ 2136, 2113 Abs. 2 S. 1 BGB).

Im vorliegenden Fall liegt eine **befreite Vorerbschaft** vor. Der befreite Vorerbe darf grundsätzlich über den Grundbesitz verfügen, sofern er hierbei nicht unentgeltlich verfügt (vgl. §§ 2136, 2113 Abs. 2 BGB; vgl. zum Grundstücksverkauf durch den befreiten Vor-

erben Hartmann, DNotZ 2017, 28). Im vorliegenden Fall ist *materiell-rechtlich* betrachtet die Zustimmung der Nacherben nicht erforderlich, wenn entgeltlich verfügt werden soll. Nach h. A. muss aber vor Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch aufgrund Grundbuchunrichtigkeit der **Nacherbe durch das Grundbuchamt zumindest angehört** werden (vgl. BayObLG NJW-RR 1994, 1360; OLG Düsseldorf RNotZ 2012, 328; Schöner/Stöber, Rn. 3521; BeckOK-GBO/Zeiser, Std.: 1.11.2023, § 51 GBO Rn. 109 m. w. N.).

Der „Nachweis“ der Entgeltlichkeit der Verfügung sowie die Anhörung des Nacherben sind **entbehrlich**, wenn der Nacherbe der Verfügung explizit **zugestimmt** hat. Ist der Nacherbe zustimmungsbereit, kann daher die Einholung der Zustimmung in öffentlich beglaubigter Form (vgl. § 29 GBO) der Erleichterung und Beschleunigung des Grundbuchverfahrens dienen und empfehlenswert sein (vgl. Hartmann, DNotZ 2017, 28, 34). Voraussetzung ist, dass alle berufenen Nacherben volljährig und zustimmungsbereit sind.

3. Zum Nacherbenschutz im Grundbuchverfahren

Die Eintragung des Nacherbenvermerks gem. § 51 GBO bewirkt **keine Grundbuch Sperre**. Verfügungen des Vorerben können daher – wenn der Nacherbenvermerk eingetragen ist – jederzeit grundbuchlich vollzogen werden, egal ob diese Verfügungen im Hinblick auf die angeordnete Nacherbfolge wirksam sind oder nicht (vgl. Schöner/Stöber Rn. 3489 m. w. N.). Das Grundbuchamt muss die Frage der **Wirksamkeit der Verfügung** also grundsätzlich nicht prüfen, solange der Nacherbenvermerk eingetragen bleibt (vgl. Bergemann, MittRhNotK 1972, 775; Haegele, Rpfleger 1957, 20; Rpfleger 1971, 127). Denn solange kann kein gutgläubiger (nacherbenfreier) Erwerb stattfinden (vgl. BeckOK-GBO/Zeiser, Std.: 1.11.2023, § 51 GBO Rn. 43 m. w. N.).

Allerdings wird die Wirksamkeit der Verfügung in Bezug auf die angeordnete Nacherbfolge vom Grundbuchamt dann geprüft, wenn die Wirksamkeit im Grundbuch verlautbart werden soll, wie etwa durch **Löschung des Nacherbenvermerks** oder – bei Belastung eines Grundstücks – durch Eintragung eines sog. **Wirksamkeitsvermerks** (vgl. Gutachten DNotI-Report 2006, 125 ff.).

Ist dagegen der Nacherbenvermerk – wie hier – **nicht im Grundbuch eingetragen**, da das Grundbuch nicht auf den Vorerben berichtet ist (s. § 51 GBO: Die Eintragung des Nacherbenvermerks erfolgt erst „bei der Eintragung“ eines Vorerben), oder soll dieser im Zu-

sammenhang mit der Verfügung des Vorerben gelöscht werden, so lässt sich das Grundbuchamt Unterlagen vorlegen, die die Wirksamkeit der Verfügung des Vorerben belegen (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3491). Dies gilt beispielsweise für die Zustimmung des Nacherben zu einer Grundstücksverfügung des nicht befreiten Vorerben oder für die Zustimmung des Nacherben zu einer unentgeltlichen Verfügung des befreiten Vorerben. Ist dies nicht möglich, muss sich der Vorerbe zunächst im Wege der Grundbuchberichtigung in das Grundbuch eintragen lassen, wobei der Nacherbenvermerk von Amts wegen (§ 51 GBO) miteingetragen wird (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3491).

Der nicht eingetragene Nacherbenvermerk wird also nicht etwa vom Grundbuchamt ignoriert; vielmehr hat das Grundbuchamt bei Bekanntwerden der Nacherbfolge dafür zu sorgen, dass das Grundbuch nicht unrichtig wird. Ansonsten kann sich hieran ein gutgläubiger nacherbenfreier Erwerb Dritter anschließen (vgl. § 2113 Abs. 3 BGB), der zu Amtshaftungsansprüchen führen kann.

Daher ist auch allgemein anerkannt, dass dann, wenn der Vorerbe über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück **ohne seine Voreintragung (§ 40 GBO) verfügt** und damit auch ohne, dass der Nacherbenvermerk eingetragen werden kann, die **Rechte des Nacherben von Amts wegen zu wahren** sind (Schöner/Stöber, Rn. 3477; Meikel/Böhringer, GBO, 12. Aufl. 2021, § 51 Rn. 144). Das Grundbuchamt muss die Eintragung einer solchen Verfügung von der **Zustimmung des Nacherben sowie evtl. Nachnacherben** abhängig machen (Schöner/Stöber, Rn. 3477). Handelt es sich – wie hier – um eine befreite Vorerbschaft, ist die **Entgeltlichkeit** der Verfügung zu prüfen (Schöner/Stöber, Rn. 3477; Meikel/Böhringer, § 51 Rn. 144). Bestehen insoweit keine Zweifel des Grundbuchamts, so wären vor Umschreibung des Eigentums – wenn keine Zustimmung der Nacherben vorliegt – zumindest die Nacherben **anzuhören** (vgl. dazu oben 2).

4. Rechtslage bei Handeln aufgrund einer transmortalen Vollmacht

Der transmortal Bevollmächtigte handelt aus **vom Erblasser (Vollmachtgeber) abgeleiteten Recht**. Er kann dabei alle Rechtsgeschäfte so vornehmen, wie der Erblasser (Vollmachtgeber) dies selbst zu Lebzeiten hätte tun können (OLG Hamburg DNotZ 1967, 31). Der post- oder transmortal Bevollmächtigte vertritt also zwar die **Erben** (Gutachten DNotI-Report 2019, 140, 141; OLG München ZEV 2012, 376; OLG Frankfurt a. M. DNotZ 2012, 140; BGHZ 87, 19; Grüneberg/Weidlich, BGB, 83. Aufl. 2024, Einf. v. § 2197 Rn. 10),

jedoch handelt er aus **vom Erblasser abgeleiteten Recht**.

Hat der die Vor- und Nacherbfolge anordnende **Erblasser** eine transmortale Vollmacht an den Vorerben erteilt, ist fraglich, ob der transmortal bevollmächtigte Vorerbe mit Wirkung auch für die Nacherben handeln und diese bei Abgabe grundbuchtauglicher Erklärungen für die Löschung des Nacherbenvermerks vertreten kann. Die Frage, ob der durch den Erblasser **transmortal Bevollmächtigte** nur den Vorerben, auch den Nacherben oder Letzteren nur unter bestimmten Voraussetzungen vertreten kann, ist nach wie vor in Rechtsprechung und Literatur **nicht abschließend geklärt**. Das OLG Stuttgart (ZEV 2019, 530 ff. = DNotI-Report 2019, 126 f.) hat in seinem Beschluss vom 29.5.2019 angenommen, dass der transmortal Bevollmächtigte (im dortigem wie im vorliegenden Fall der Vorerbe) auch den Nacherben vertreten könne (vgl. dazu Weidlich, ZEV 2016, 64; Amann, MittBayNot 2013, 363; Grüneberg/Weidlich, § 2112 Rn. 4; Strobel, NJW 2020, 502 ff.). Diese Rechtsansicht ist allerdings **nicht unumstritten** (vgl. Litzenburger, FD-Erbrecht 2019, 418920; Muscheler, ZEV 2019, 532 f.; Keim, ZEV 2020, 1 ff.; ders., MittBayNot 2021, 207, 212) und steht auch nicht in Übereinstimmung mit einer Entscheidung des OLG München (ZEV 2019, 533 = DNotI-Report 2019, 125). Letzteres entschied, dass der Vorerbe die Zustimmung zu einer Verfügung sich selbst gegenüber nicht unter Berufung auf eine vom Erblasser erteilte Generalvollmacht namens des Nacherben erklären könne, wenn nicht der Nacherbe ihm gegenüber zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet sei.

Eine höchstrichterliche Klärung der umstrittenen Rechtsfrage, ob auch eine Vertretung der Nacherben möglich ist, steht nach wie vor aus, so dass nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass bei Handeln der Vorerbin aufgrund transmortaler Vollmacht des Erblassers keine Beteiligung der Nacherben erforderlich wäre. Zumindest könnten Schadensersatzansprüche von Seiten der Nacherben drohen, wenn mittels der transmortalen Vollmacht die Interessen der Nacherben beeinträchtigt werden (vgl. Keim, MittBayNot 2021, 207, 212).

5. Ergebnis

Da es sich im vorliegenden Fall um eine befreite Vorerbschaft handelt, ist aus materiell-rechtlicher Sicht keine Zustimmung der Nacherben zur Verfügung erforderlich, wenn entgeltlich verfügt wird. Nach h. A. bedarf es aber zumindest der Anhörung der Nacherben, wenn ein eingetragener Nacherbenvermerk im Wege der Grundbuchunrichtigkeit gelöscht werden soll. Entsprechendes

gilt, wenn die Vorerbin wie hier gem. § 40 GBO ohne Voreintragung – und ohne Eintragung eines Nacherbenvermerks – verfügen will.

Ob die Vorerbin bei Handeln aufgrund der transmortalen Vollmacht des Erblassers auch berechtigt wäre, die Nacherben zu vertreten, ist nach wie vor umstritten und höchstrichterlich ungeklärt.

Rechtsprechung

BGB §§ 2202, 185, GBO §§ 29, 53 Abs. 1

Unwirksamkeit einer Verfügung des Testamentsvollstreckers vor Annahme des Amts

1. Die vor Annahme des Amtes des Testamentsvollstreckers getroffene Verfügung ist unwirksam.

2. Sie bedarf zur Erlangung der Wirksamkeit der Genehmigung des Verfügungsbefugten und wird nicht allein dadurch wirksam, dass der Verfügende später das Amt des Testamentsvollstreckers annimmt.

3. Bei einem mehraktigen Verfügungstatbestand muss der Verfügende grundsätzlich im Zeitpunkt des letzten Teilakts noch verfügungsbefugt sein.

OLG München, Beschl. v. 27.11.2023 – 34 Wx 203/23 e

Problem

Erblasser E errichtete im März 2021 ein notarielles Testament. Darin setzte er sieben Personen zu seinen Erben ein, darunter K zu 1/6 Anteil. Ferner wandte E der Vermächtnisnehmerin V ein Grundstück zu. Zugleich ordnete er Vermächtnisvollstreckung an, setzte V zur Vermächtnisvollstreckerin ein und befreite sie von den Beschränkungen des § 181 BGB. Nach dem Tod des E erklärte V am 7.2.2022 vor einem Notar die Auflassung des Eigentums an dem vermachten Grundstück an sich selbst. In derselben notariellen Urkunde erklärte sie die Annahme des Amtes der Vermächtnisvollstreckerin. Am 10.2.2022 ging die vom Notar übersandte Annahmeerklärung beim Nachlassgericht ein. V wurde als neue Eigentümerin des vermachten Grundstücks in das Grundbuch eingetragen. K hält die Auflassung für unwirksam, weil V zum Zeitpunkt der Abgabe der Auflassungserklärung noch nicht als Vermächtnisvollstreckerin amtiert habe.

Entscheidung

Die Wirksamkeit des Eigentumserwerbs der V nach § 873 Abs. 1, § 925 Abs. 1 BGB hängt davon ab, ob V zur Verfügung über das Nachlassgrundstück befugt

war. Bei einem mehraktigen Erwerbstatbestand muss die Verfügungsbefugnis im Moment des letzten Teilaktes vorliegen. Das OLG München geht davon aus, dass V ihre Verfügungsbefugnis als Vermächtnisvollstreckerin erst mit dem Zugang der Amtsannahmeerklärung beim Nachlassgericht am 10.2.2022 erlangt habe, § 2202 Abs. 1, § 2205 S. 1 BGB. Sie sei deshalb *zum Zeitpunkt der Erklärung der Auflassung* nicht Verfügungsbefugigt gewesen. Daher liege eine wirksame Auflassung nicht vor.

Auch die nach Erklärung der Auflassung, aber vor Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch erfolgte Amtsannahme der V habe nicht zu einem Wirksamwerden der Auflassung geführt. Aus einer Entscheidung des BGH (BeckRS 2009, 86948 Rn. 9 = DNotZ 2010, 370) ergebe sich, dass die Verfügungsbefugnis bereits im Zeitpunkt der dinglichen Einigung nach § 873 Abs. 1 BGB vorliegen müsse. Der im Gutachten „DNotI-Report 2020, 153“ [gemeint: DNotI-Report 2022, 153] vertretenen Auffassung sei nicht zu folgen. Nach der in diesem Gutachten zitierten Entscheidung des BGH komme es zwar entscheidend auf die Verfügungsbefugnis zum Zeitpunkt der *Vollendung* des Erwerbstatbestands an (BGH, Urt. v. 22.5.1957 – IV ZR 4/57, BeckRS 1957, 31378952 unter Ziff. 4. b). Das DNotI habe diese Entscheidung jedoch unvollständig zitiert. Der BGH habe sich (nur) zu dem Fall geäußert, dass ein Verfügender seine Verfügungsbefugnis *verliere*, bis der Rechtserwerb vollendet sei. Im hiesigen Fall gehe es aber darum, dass der Verfügende seine Verfügungsbefugnis bis zur Vollendung des Rechtserwerbs *erlange*.

Eine Genehmigung des Testaments- bzw. Vermächtnisvollstreckers nach Amtsannahme (§ 185 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB) sei zwar grundsätzlich möglich; V habe eine solche Erklärung aber nicht abgegeben. Auch eine Konvaleszenz in direkter oder analoger Anwendung des § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB scheide aus. Der Testamentsvollstrecker erwerbe nicht den „Gegenstand“, indem er sein Amt annehme. Eine analoge Anwendung komme (unter Verweis auf BGH ZIP 1999, 447) nicht in Betracht, weil gem. § 2202 Abs. 1 BGB die Verfügungsbefugnis erst *ex nunc* mit Amtsannahme beginne und der der Konvaleszenz zugrundeliegende Gedanke der Treuwidrigkeit hier nicht greife, weil Konvaleszenz nicht zu Lasten eines fremden Vermögens gehen solle.

Praxishinweis

Folgt man der Ansicht des OLG München, so sollte der berufene Testamentsvollstrecker zunächst die Annahme seines Amtes und erst anschließend (nach Wirksamwerden der Annahmeerklärung) die Auflassung des Grundstücks erklären. Gibt er beide Erklärungen in

derselben notariellen Urkunde ab, so soll er das anfängliche Fehlen seiner Verfügungsbefugnis durch Abgabe einer Genehmigungserklärung selbst (!) heilen können, § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB. Zum Grundbuchvollzug müsste diese Erklärung in öffentlich beglaubigter Form vorliegen, § 29 Abs. 1 S. 1 GBO.

Das DNotI rückt nicht von seiner im Reportgutachten 2022, 153 vertretenen Auffassung ab. Das OLG München verkennt, dass die Übertragung des Eigentums am Grundstück einen mehraktigen Verfügungstatbestand darstellt, der neben der Erklärung der Auflassung auch die Eintragung voraussetzt (statt aller Grüneberg/Herrler, 83. Aufl. 2024, § 873 Rn. 1 und § 925 Rn. 21). Es ist unstrittig, dass die Verfügungsbefugnis erst mit Vollendung aller Tatbestandsmerkmale der mehraktigen Verfügung vorliegen muss (BeckOGK-BGB/Regenfus, Std.: 1.2.2024, § 185 Rn. 33 m. w. N.). Es ist daher nicht zutreffend, dass – so aber das OLG München – die *Auflassungserklärung*, die lediglich einen Teilakt der Verfügung darstellt, wegen des Fehlens der Verfügungsbefugnis unwirksam sein soll.

Auch die zitierten Belegstellen stützen die Rechtsmeinung des OLG München nicht. Die Entscheidung des BGH aus 1998 zum DDR-Volkseigentum (ZIP 1999, 447) enthält überhaupt keine Aussagen zur Testamentsvollstreckung. Den Ausführungen von *Weidlich* (in: Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, § 2202 Rn. 1) lässt sich keine Aussage zur Verfügungsbefugnis *bei mehraktigen Verfügungstatbeständen* entnehmen. Weiter zitiert das OLG München als Beleg dafür, dass die Verfügungsbefugnis bereits im Zeitpunkt der Einigung vorliegen müsse, BeckOK-BGB/Lange, § 2202 Rn. 13 [Kosten der Amtsannahmestätigung]. In Rn. 17 der Kommentierung von *Lange* heißt es jedoch jedenfalls seit der 65. Edition (Stand 1.2.2023), also zeitlich schon vor der Entscheidung des OLG München am 27.11.2023, dass es bei mehraktigen Verfügungstatbeständen *auf den letzten Teilakt* ankomme und daher § 185 Abs. 2 S. 2 Var. 1 BGB nicht anwendbar sei, wenn der Testamentsvollstrecker sein Amt vor Eintragung im Grundbuch angenommen habe.

Im Übrigen enthält das seitens des DNotI im Gutachten DNotI-Report 2022, 153 zitierte Urteil des BGH (Urt. v. 22.5.1957 – IV ZR 4/57 Ziff. 4b) abstrakt-generelle Aussagen, die *sowohl* für den späteren Verlust *als auch* für die spätere Erlangung der Verfügungsbefugnis gelten. Der BGH führt **wörtlich** aus: „Für die Frage der Berechtigung zur Verfügung kann es grds. **nur** auf den Zeitpunkt ankommen, in dem sich der Verfügungstatbestand vollendet (...)“ (Hervorhebung durch DNotI).

Diese Aussagen lassen sich auf den hiesigen Fall anwenden, so dass es nach Ansicht des DNotI vorliegend gar nicht auf § 185 BGB ankommt, da V im entscheidenden Zeitpunkt *als Berechtigte* verfügt hat.

Diskutabel wäre die vom OLG München vertretene Ansicht u. E. nur dann, wenn auch die Eintragung vor Amtsannahme erfolgt wäre. Nur dann läge die Verfügung eines Nichtberechtigten i. S. d. § 185 BGB vor, sodass es u. a. auf die Frage nach der Konvaleszenz gem. § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB ankäme. Insoweit entspricht die Ablehnung der Konvaleszenz der wohl h. M. (vgl. die Anmerkung von Zimmermann, ZEV 2024, 95, 98 f.). Gegen die Ansicht des OLG München und auch im Übrigen für eine analoge Anwendung des § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB auf Verfügungen durch den Testamentsvollstrecker, die dieser tatsächlich (anders als hier) nicht als Berechtigter vornimmt, spricht, dass es befremdlich erscheint, dass der Testamentsvollstrecker sein eigenes Rechtsgeschäft genehmigen muss und kann. Gerade für diese Fälle dürfte der Automatismus der Konvaleszenz nach § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB gedacht sein. Diese Vorschrift stellt nicht auf den Erwerb eines Gegenstands, sondern auf den Erwerb einer Rechtsposition ab (vgl. BeckOGK/Regenfus, Std.: 1.11.2023, BGB § 185 Rn. 15). Erwirbt der Verfügende nachträglich das Eigentum an einer Sache, wird eine bereits getätigte Verfügung nachträglich wirksam. Das Eigentum beinhaltet als dingliches Vollrecht die Befugnis, über eine Sache zu verfügen. Dann muss die Vorschrift des § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB erst recht gelten, wenn ein Verfügender nachträglich die Verfügungsbefugnis über ein Recht erlangt.

Für die Praxis sollte gleichwohl die anderslautende Entscheidung des OLG München im Blick behalten werden.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter 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 Internet: 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. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Dr. Philipp Theuersbacher

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn