

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

22. Jahrgang
Oktober 2014
ISSN 1434-3460

19/2014

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 883, 881, 1018; ErbbauRG §§ 10 Abs. 1, 27, 28, 33 – Vorrangige Dienstbarkeitsvormerkung; nachträglicher Rangvorbehalt für Bestellung eines Erbbaurechts; Sicherung eines Anspruchs auf Rangrücktritt

BGB § 2216 – Zugriff des Testamentsvollstreckers auf Substanz bei Behindertentestament bzw. Behindertenerbvertrag

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 1094, 1095 – Anspruch auf Verschaffung eines noch zu bildenden Miteigentumsanteils ist zulässiger Inhalt eines Vorkaufsrechts am ungeteilten Grundstück

BeurkG §§ 27, 7 Nr. 1; BGB § 2232 – Ernennung des Urkundsnotars zum Testamentsvollstrecker in privatschriftlicher „Anlage“ zum notariellen Testament

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 883, 881, 1018; ErbbauRG §§ 10 Abs. 1, 27, 28, 33

Vorrangige Dienstbarkeitsvormerkung; nachträglicher Rangvorbehalt für Bestellung eines Erbbaurechts; Sicherung eines Anspruchs auf Rangrücktritt

I. Sachverhalt

Im Grundbuch ist an einem Grundstück („dienendes Grundstück“) eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Grunddienstbarkeit (Stellplatznutzungsrecht) eingetragen. Der Eigentümer (E) des dienenden Grundstücks möchte dieses zu einem späteren Zeitpunkt mit einem Erbbaurecht belasten. Der wesentliche Inhalt des Erbbaurechts steht bereits jetzt fest. E möchte sich nun dinglich dergestalt absichern, dass die Dienstbarkeitsvormerkung hinter das Erbbaurecht zurücktritt, falls das Erbbaurecht bestellt werden sollte.

Beabsichtigt ist ein nachträglicher Rangvorbehalt, wonach der Eigentümer sich vorbehält, im Rang vor der Dienstbarkeitsvormerkung ein Erbbaurecht zu bestellen. Alternativ wird erwogen, dass sich der Inhaber der Dienstbarkeitsvormerkung gegenüber dem Eigentümer des dienenden Grundstücks verpflichtet, mit der Vormerkung oder – nach deren Umschreibung in eine Dienstbarkeit –

mit der Dienstbarkeit selbst im Rang hinter das Erbbaurecht zurückzutreten.

II. Fragen

1. Ist ein nachträglicher Rangvorbehalt für die Bestellung eines Erbbaurechts möglich? Welche Anforderungen gelten mit Blick auf die Bestimmtheit des Rangvorbehalts?
2. Kann eine Rangänderungsvormerkung bestellt werden?

III. Zur Rechtslage

1. Bestellung des Erbbaurechts an erster Rangstelle

Der Eigentümer eines Grundstücks kann ein **Erbbaurecht nur** bestellen, wenn das Erbbaurecht die **erste Rangstelle** am Grundbesitz erlangt (§ 10 Abs. 1 ErbbauRG).

a) Vorrangige Dienstbarkeit

Ist das Grundstück an erster Rangstelle mit einer Dienstbarkeit belastet, und sei es nur mit einer nicht wertmindernden Dienstbarkeit bzgl. eines Grundstücksteils, kann das Erbbaurecht wegen § 10 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG nicht bestellt und in das Grundbuch eingetragen werden (OLG Frankfurt Rpfleger 1973, 400; MünchKommBGB/v. Oefele/Heinemann, 6. Aufl. 2013, § 10 ErbbauRG Rn. 3; i. E. auch BGH NJW 1954, 1443, 1444). Die h. M. hält § 10 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG auch dann für einschlägig, wenn die Grunddienstbarkeit außerhalb des Ausübungsbereichs des Erbbaurechts liegt (MünchKommBGB/v. Oefele/Heinemann, § 10 ErbbauRG Rn. 3; v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl. 2012, Rn. 2.99; BeckOK-BGB/Maaß, Std.: 1.8.2014, § 10 ErbbauRG Rn. 3;

i. E. auch Grziwotz/Freckmann/Frings, Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis, 2. Aufl. 2009, Rn. 61; für Unmaßgeblichkeit der Ausübungsbefugnis auch OLG Frankfurt Rpfleger 1974, 400; a. A. Staudinger/Rapp, BGB, Neubearb. 2009, § 10 ErbbauRG Rn. 4). Daher wird man annehmen müssen, dass eine **vorrangige Dienstbarkeit** nach § 10 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG **der Bestellung des Erbbaurechts stets entgegensteht**.

b) Vorrangige Dienstbarkeitsvormerkung

Unmaßgeblich ist, dass es sich vorliegend nicht um eine vorrangige Dienstbarkeit, sondern nur um eine Dienstbarkeitsvormerkung handelt (§ 883 Abs. 1 i. V. m. § 1018 BGB), die den Vorrang vor dem künftigen Erbbaurecht einnehmen würde. Gem. § 883 Abs. 3 BGB würde die später **eingetragene Dienstbarkeit im Rang der Dienstbarkeitsvormerkung** stehen und dem Erbbaurecht vorgehen. So wie eine vorrangige Dienstbarkeit schließt daher auch eine vorrangige Dienstbarkeitsvormerkung nach § 10 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG die Bestellung eines Erbbaurechts aus (vgl. v. Oefele/Winkler, Rn. 2.103; MünchKommBGB/v. Oefele/Heinemann, § 10 ErbbauRG Rn. 3a; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, ErbbauRG, 10. Aufl. 2014, § 10 Rn. 10).

c) Schlussfolgerung

Der Eigentümer hat somit ein **berechtigtes Interesse**, einen künftigen Rangrücktritt der Vormerkung hinter das zu stellende Erbbaurecht zu ermöglichen und abzusichern.

Dies gilt vor allem deswegen, weil noch **nicht abschließend geklärt** ist, ob und unter welchen Voraussetzungen der Eigentümer gegen den Dienstbarkeitsberechtigten bzw. Vormerkungsberechtigten einen **schuldrechtlichen Anspruch auf Rangrücktritt** der Dienstbarkeit bzw. Vormerkung hinter das Erbbaurecht aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) hat (vgl. BGH WM 1974, 429; OLG Hamm RNotZ 2013, 605, 612 = MittBayNot 2014, 431; v. Oefele/Winkler, Rn. 2.100; Staudinger/Rapp, § 33 ErbbauRG Rn. 12).

2. Sicherung des Rangrücktritts

Der Eigentümer könnte den späteren Rangrücktritt der Dienstbarkeitsvormerkung/Dienstbarkeit zum einen dadurch absichern, dass er mit dem Vormerkungsberechtigten einen nachträglichen Rangvorbehalt für die Bestellung eines Erbbaurechts vereinbart (hierzu Ziff. 2 a)], zum anderen dadurch, dass er einen vormerkungsgesicherten Anspruch auf Rangrücktritt der Dienstbarkeitsvormerkung/Dienstbarkeit hinter das Erbbaurecht begründet (hierzu Ziff. 2 b)].

a) Nachträglicher Rangvorbehalt für Bestellung des Erbbaurechts

aa) Zulässigkeit nachträglichen Rangvorbehalts

Auch wenn § 881 Abs. 1 BGB von einem Vorbehalt „bei Belastung“ des Grundstücks spricht, ist **nach allgemeiner Auffassung** die nachträgliche Eintragung eines Rangvorbehalts **möglich** (vgl. nur KG JFG 8, 287, 291; KGJ 34, A 240, A 244; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2131; Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, § 45 Rn. 176; Demharter, GBO, 29. Aufl. 2014, § 45 Rn. 35). Dies gilt jedoch nur, solange das zu begünstigende Recht noch nicht im Grundbuch eingetragen ist (Meikel/Böttcher, § 45 Rn. 176: danach nur Rangänderung gem. § 880 BGB). In materiell-rechtlicher Hinsicht bedarf es der **Einigung zwischen dem Berechtigten des zurücktreten-**

den Rechts und dem Berechtigten des Rangvorbehalts, denn es ist eine **Inhaltsänderung** gegeben (§§ 877, 873 Abs. 1 BGB; vgl. Ulbrich, MittRhNotK 1995, 289, 300).

Daneben ist nach überwiegender Ansicht die **Bewilligung (§ 19 GBO) des Gläubigers des betroffenen „zurücktretenden“ Rechts** erforderlich – diese wird bei dem von Anfang an wirksam begründeten Rangvorbehalt nicht benötigt (vgl. Staudinger/Kutter, Neubearb. 2012, § 881 Rn. 7). Nach ganz überwiegender Ansicht ist zudem bei einem Rangvorbehalt für **Grundpfandrechte** die **Zustimmung des Eigentümers** zu verlangen (Schöner/Stöber, Rn. 2131 m. w. N.; a. A. KG JFG 12, 285, 289: Mitwirkung des „lediglich gewinnenden Eigentümers“ nicht nötig).

bb) Rangvorbehalt zulasten einer Vormerkung

Die **Dienstbarkeitsvormerkung** ist wegen ihrer rangwahrenden Wirkung (§ 883 Abs. 3 BGB) als **rangfähiges Recht** i. S. v. § 879 Abs. 1 BGB anzusehen (vgl. BGHZ 96, 157 = DNotZ 1986, 406; BGHZ 143, 175 = DNotZ 2000, 639; NJW 2014, 2445, 2446 Tz. 9; Palandt/Bassenge, BGB, 73. Aufl. 2014, § 883 Rn. 29; Gutachten DNotI-Report 2000, 89 m. w. N.). Daher ist es **möglich**, die (rechtsgeschäftlich bestellte) Dienstbarkeitsvormerkung mit dem entsprechenden **Rangvorbehalt** für das später zu bestellende Recht zu belasten (vgl. die h. M. zur Vormerkung: OLG Celle RNotZ 2013, 547, 548; Palandt/Bassenge, § 881 Rn. 1; Staudinger/Kutter, § 882 Rn. 2).

cc) Rangvorbehalt für Bestellung eines Erbbaurechts

(1) Zulässigkeit

Der nach § 881 Abs. 1 BGB zulässige Rangvorbehalt erstreckt sich auf ein „anderes, dem Umfang nach bestimmtes Recht.“ Damit sind sämtliche eintragungsfähigen Rechte dinglicher Natur gemeint (MünchKommBGB/Kohler, § 881 Rn. 5; Soergel/Stürmer, BGB, 13. Aufl. 2002, § 881 Rn. 3; Staudinger/Kutter, § 881 Rn. 2). Ob sich der Rangvorbehalt auch zugunsten eines Erbbaurechts bestellen lässt, wird **nur ganz vereinzelt erörtert**. Soweit sich die **Literatur** damit auseinandersetzt, **bejaht** sie die Zulässigkeit (Schöner/Stöber, Rn. 2134). Dies ist u. E. überzeugend, denn auch das Erbbaurecht ist ein eintragungsfähiges, rechtsgeschäftlich begründetes Recht und es ist kein Grund dafür ersichtlich, dass sich der Rangvorbehalt nicht auf die Bestellung eines Erbbaurechts erstrecken darf. Gerade in diesem Falle besteht ein besonderes Bedürfnis für den Rangvorbehalt, um künftigen Streitigkeiten mit den weiteren Berechtigten über einen Rangrücktritt vorzubeugen.

(2) Bestimmtheit

Welche **Anforderungen** an die Bestimmtheit zu stellen sind, wenn der Rangvorbehalt für ein späteres Erbbaurecht eingetragen werden soll, ist bislang völlig **ungeklärt**.

Das nach § 881 BGB vorbehaltene Recht muss sowohl seiner **Art** als auch seinem **Umfang** nach hinreichend genau bezeichnet sein (Meikel/Böttcher, § 45 Rn. 177 m. w. N.). Nicht erforderlich ist die Angabe des Berechtigten (Soergel/Stürmer, § 881 Rn. 7; Schöner/Stöber, Rn. 2134). Maßgeblich ist, welche Informationen der Inhaber des nachrangigen Rechts benötigt, um die Tragweite des Nachrangs seines Rechts einschätzen zu können. Bei einem Grundpfandrecht sind dies etwa Kapital, Zinsen (inkl. Zinsbeginn) und Nebenleistungen (vgl. Staudinger/Kutter, § 881 Rn. 8 m. w. N.).

Offen ist derzeit insbesondere, in welchem Umfang das vorbehaltene Erbbaurecht zum Inhalt des Rangvorbehalts gemacht werden muss; aus Gründen notarieller Vorsicht empfiehlt es sich, das Erbbaurecht **möglichst konkret** zu bezeichnen. Jedenfalls dürfte es angezeigt sein, Beginn und Ende der **Laufzeit** des Erbbaurechts sowie Anzahl und Beschaffenheit der zu errichtenden **Bauwerke** (vgl. insoweit zur Bestimmtheit BGHZ 101, 143 = DNotZ 1988, 161; BGHZ 126, 12 = DNotZ 1994, 886) hinreichend genau zu bestimmen, des Weiteren den **Ausübungsbereich** und etwaige **Entschädigungsansprüche** bei Zeitablauf. Dass auch die Bedingungen des **Heimfalls**, der **Erbbauzins** (inkl. Anpassungsklausel) und ein Vorkaufsrecht am Erbbaurecht in den Rangvorbehalt mit aufzunehmen sind, erscheint uns fraglich, denn diese Bestimmungen sind für den nachrangigen Gläubiger am Hauptgrundstück nicht unmittelbar von Bedeutung (etwas anderes gilt bzgl. des Rangverhältnisses am Erbbaurecht insbesondere für den Heimfall). Im Zweifel bietet es sich aber an, auch diese Bestimmungen mit in den Rangvorbehalt aufzunehmen. Es ist sorgfältig abzuwägen, welche Punkte für das Erbbaurecht und den nachrangigen Gläubiger zu den *essentialia negotii* gehören.

Soweit der Inhalt des künftigen Erbbaurechts noch nicht feststeht, sollte man den **Inhalt** des Erbbaurechts nach den vorstehenden Ausführungen **möglichst umfassend definieren**. Es ist anerkannt, dass der Rangvorbehalt nicht auf einmal in Anspruch genommen werden muss, sondern sich auch teilweise ausnutzen lässt (vgl. statt aller Ulbrich, MittRhNotK 1995, 289, 303 m. w. N.; Palandt/Bassenge, § 881 Rn. 6 f.). Insoweit gibt der als Vorbehalt eingetragene Inhalt des Rechts lediglich eine Maximalgrenze an, die nicht überschritten werden darf (vgl. hierzu Palandt/Bassenge, § 881 Rn. 6). Mit Blick auf die Laufzeit wäre sicherzustellen, dass das Rangverhältnis auch bei späteren Verlängerungen des Erbbaurechts fortbesteht. Hier könnte sich daher der Vorbehalt eines „ewigen Erbbaurechts“ anbieten (vgl. dazu v. Oefele/Winkler, Rn. 2.146). Im Übrigen sollte man festlegen, wonach sich die Vergütung bzw. Entschädigung bemisst; so kann der nachrangige Gläubiger erkennen, in welchem wertmäßigen Umfang er hinter dem Erbbaurecht mit seiner Entschädigungsforderung nachrangig wäre.

dd) Zwischenergebnis

Eine Änderung des Inhalts der Dienstbarkeitsvormerkung dürfte dahingehend zulässig sein, dass sich der Eigentümer vorbehält, im Rang vor der Dienstbarkeitsvormerkung ein Erbbaurecht zu bestellen.

b) Rangänderungsvormerkung

Nach § 883 Abs. 1 S. 1 Var. 5 BGB kann ein Anspruch auf **Änderung des Ranges** eines das Grundstück belastenden Rechts **durch Vormerkung gesichert werden** (KGJ 31, A 321, A 322; KGJ 34, A 240, A 243; OLG Hamm DNotZ 1972, 493, 494; Meikel/Böttcher, § 45 Rn. 176; Staudinger/Gursky, Neubearb. 2013, § 883 Rn. 169; a. A. Fraeb, DNotV 1914, 582, 585). Dabei soll es **nicht schaden, dass das Recht, zu dessen Gunsten** der spätere **Rangrücktritt** erfolgen soll, **noch nicht besteht** (KGJ 34, A 240, A 243; KGJ 46, A 200, A 202; Staudinger/Gursky, § 883 Rn. 169). Dies erscheint überzeugend, denn § 883 Abs. 1 S. 2 BGB lässt die Sicherung künftiger Ansprüche zu und auch der Anspruch auf Sicherung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf ein noch zu bestellendes dingliches Recht am Grundstück kann durch Vormerkung gesichert werden. Gesichert wäre

im vorliegenden Fall daher ein Anspruch des Eigentümers gegen den Vormerkungsberechtigten auf Rangrücktritt. Die Vormerkung ist bei der Dienstbarkeitsvormerkung einzutragen (§ 12 GBV).

Ebenso wenig soll es schaden, dass sich der Eigentümer auch durch einen (nachträglichen) Rangvorbehalt entsprechend absichern könnte. Rechtsprechung und Literatur gehen im Ergebnis davon aus, dass der Eigentümer ein **Wahlrecht zwischen einer Rangänderungsvormerkung und einem Rangvorbehalt** hat (KGJ 31, A 321, A 322; OLG Hamm DNotZ 1972, 493, 494; Staudinger/Gursky, § 883 Rn. 169).

Dass es sich bei dem zurücktretenden Recht um eine Vormerkung handelt, spielt ebenfalls keine Rolle. Grundsätzlich hat nämlich auch eine Vormerkung auf Einräumung eines dinglichen Rechts an einem Grundstück einen Rang i. S. v. § 879 Abs. 1 S. 1 BGB (s. oben Ziff. 2 a] bb]) und auch eine Vormerkung kann im Range hinter ein anderes Recht gem. § 880 Abs. 2 BGB zurücktreten (OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 185; MünchKommBGB/Kohler, § 880 Rn. 4; Ulbrich, MittRhNotK 1995, 289, 290; Gutachten DNotI-Report 2000, 89).

Nicht geklärt ist indessen, welche **Anforderungen an die Bestimmtheit des künftig vortretenden** Rechts zu stellen sind. Soweit sich die Literatur damit auseinandersetzt, zieht sie u. E. zu Recht die Parallele zum Rangvorbehalt und fordert eine entsprechende Bestimmtheit (Staudinger/Gursky, § 883 Rn. 169; großzügiger demgegenüber KGJ 31, A 321, A 322 – Bestimmbarkeit des Betrags über Sachverständigengutachten ausreichend).

c) Unterschiede zwischen den Sicherungsmöglichkeiten

Der **Rangvorbehalt** unterscheidet sich von der Rangänderungsvormerkung vor allem darin, dass der Eigentümer die entsprechenden Rechte im Grundbuch eintragen lassen kann, **ohne** von der **Mitwirkung des Vormerkungsberechtigten** abhängig zu sein. Auf eine Klage wäre er nicht mehr angewiesen. Sowohl beim Rangvorbehalt (§ 881 Abs. 4 BGB) als auch bei der Vormerkung (§ 883 Abs. 2 BGB) kommt es zu komplizierten Rangverhältnissen, wenn spätere Zwischenrechte ohne einen entsprechenden Rangvorbehalt eingetragen werden sollten.

3. Exkurs: Sicherung des Rechtsinhabers des nachrangigen Rechts

a) Rangvorbehalt

Es fragt sich, ob und wie den **Interessen des Dienstbarkeitsberechtigten** für den Fall Rechnung getragen werden kann, dass der Eigentümer das Erbbaurecht in Ausnutzung des Rangvorbehalts bestellt (vgl. hierzu Kessler, ZfIR 2014, 414; Rapp, MittBayNot 2014, 412). Probleme ergeben sich daraus, dass das Erbbaurecht dann an erster Rangstelle und die Dienstbarkeitsvormerkung im Rang nach dem Erbbaurecht stünde.

Soweit der Ausübungsbereich des Erbbaurechts reicht, steht der Ausübung der Grunddienstbarkeit das vorrangige Erbbaurecht im Wege (vgl. § 11 Abs. 1 ErbbauRG i. V. m. § 1004 BGB). Die Literatur will diesem Risiko dadurch begegnen, dass die Dienstbarkeit (bzw. Dienstbarkeitsvormerkung) auch am Erbbaurecht bestellt und eingetragen wird (sog. „**Doppeleintragung**“, vgl. v. Oefele/Winkler, Rn. 2.100).

Doch nicht einmal die Doppeleintragung eliminiert sämtliche **Risiken**:

Selbst wenn der Dienstbarkeitsberechtigte über eine Dienstbarkeit am Erbbaurecht verfügen sollte, **würde** diese **Dienstbarkeit bei Heimfall des Erbbaurechts** (§§ 2 Nr. 4, 3 ErbbauRG) **erlöschen, obwohl das Erbbaurecht weiter fortbestünde** (§ 33 Abs. 1 S. 3 ErbbauRG).

Erlischt das Erbbaurecht durch Zeitablauf, erlischt auch eine etwaige inhaltsgleiche Dienstbarkeit am Erbbaurecht (vgl. Staudinger/Rapp, § 29 ErbbauRG Rn. 9). Dem Erbbauberechtigten ist eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten (§ 27 Abs. 1 ErbbauRG). Dieser **Entschädigungsanspruch ist gegenüber der Dienstbarkeit bzw. Dienstbarkeitsvormerkung vorrangig**, wenn diese am Grundstück hinter dem Erbbaurecht an zweiter Rangstelle steht (§ 28 ErbbauRG).

Die **Literatur** hat diverse **Gestaltungsvorschläge** entwickelt, um diesen Risiken zu begegnen (vgl. eingehend etwa Kessler, ZfR 2014, 414; v. Oefele/Winkler, Rn. 2.100; Staudinger/Rapp, § 10 ErbbauRG Rn. 5 und § 28 ErbbauRG Rn. 2b; Rapp, MittBayNot 2014, 412; aus der Rspr. OLG Hamm RNotZ 2013, 605, 613).

Soweit eine **Einschränkung des Entschädigungsanspruchs** aus § 27 ErbbauRG **und des Heimfalls** (§ 33 ErbbauRG) in Rede steht, dürfte dies zum **Inhalt des vorbehaltenen Erbbaurechts** und damit auch zum Inhalt des Rangvorbehalts gemacht werden können. Soweit es um die Eintragung der erstrangigen inhaltsgleichen Vormerkung bzw. Dienstbarkeit am Erbbaurecht geht („Doppeleintragung“), sprechen u. E. gute Gründe dafür, dass sich die **Ausnutzung des Rangvorbehalts** (Eintragung des Erbbaurechts an erster Rangstelle) **an die aufschiebende Bedingung der Eintragung einer erstrangigen inhaltsgleichen Dienstbarkeit am Erbbaurecht knüpfen** lässt (zur Zulässigkeit eines bedingten Rangvorbehalts LG Köln MittRhNotK 1996, 234; Vierling/Mehler/Gotthold, MittBayNot 2005, 375, 377; Palandt/Bassenge, § 881 Rn. 2; Ulbrich, MittRhNotK 1995, 289, 301).

b) Rangänderungsvormerkung

Auch bei einer Rangänderungsvormerkung ließe sich dem Sicherungsinteresse des Dienstbarkeitsberechtigten entsprechend Rechnung tragen. So könnte man den Anspruch auf die Rangänderung evtl. dahingehend beschränken, dass der Rangrücktritt (§ 880 Abs. 2 BGB) nur dann erklärt werden muss, wenn das Erbbaurecht hinsichtlich der Entschädigungsansprüche aus § 27 ErbbauRG und des Heimfalls (§ 33 ErbbauRG) eingeschränkt und zugleich mit dem Rangrücktritt die inhaltsgleiche Dienstbarkeit an erster Rangstelle eingetragen wird. Der Anspruch auf die Rangänderung wäre dementsprechend aufschiebend bedingt.

4. Ergebnis

Damit das Erbbaurecht bestellt werden kann, muss es an erster Rangstelle stehen (§ 10 Abs. 1 ErbbauRG).

Eine dingliche Sicherung des Eigentümers lässt sich entweder durch einen nachträglichen Rangvorbehalt oder eine Rangänderungsvormerkung erreichen. Welche Kriterien für die Bestimmtheit gelten, wenn das vorbehaltene Recht ein Erbbaurecht ist oder wenn ein Anspruch auf Rangänderung mit Blick auf ein künftiges Erbbaurecht vorgemerkt wird,

ist derzeit noch ungeklärt. Im Zweifel dürfte es sich empfehlen, den Inhalt des Erbbaurechts so präzise wie möglich zu umschreiben. Den Sicherungsinteressen des Inhabers der Dienstbarkeitsvormerkung kann durch eine Einschränkung des Rangvorbehalts bzw. des vorgemerkten Anspruchs Rechnung getragen werden.

BGB § 2216

Zugriff des Testamentsvollstreckers auf Substanz bei Behindertentestament bzw. Behindertenerbvertrag

I. Sachverhalt

Ehegatten, die ein behindertes Kind haben, wollen ein klassisches Behindertentestament in Form eines Erbvertrags mit Vor- und Nacherbfolge beurkunden lassen. Da die Erträge aus dem jeweiligen Erbteil vermutlich recht gering ausfallen werden, soll es dem Testamentsvollstrecker gestattet sein, ggf. auch die Substanz des jeweiligen Erbteils zugunsten des Behinderten zu verwerten und zu verwenden, dies im Rahmen der üblichen Verwaltungsanordnung in Behindertenverfügungen. Gedacht ist an eine Befreiung des Vorerben gem. § 2136 BGB, mit der Folge, dass sich die Herausgabepflicht des Vorerben (bzw. von dessen Erben) bei Eintritt des Nacherbfalls auf die noch vorhandenen Nachlassgegenstände beschränkt (vgl. § 2138 Abs. 1 S. 1 BGB).

II. Fragen

Kann man dem Testamentsvollstrecker in einem Behindertentestament gestatten, nicht nur die Erträge, sondern ggf. auch die Substanz des jeweiligen Erbteils – im Rahmen der üblichen Verwaltungsanordnung in Behindertenverfügungen – zugunsten des Behinderten zu verwerten und zu verwenden? Wenn ja: Wird dem Sozialhilfeträger hierdurch eine Möglichkeit eröffnet, auf die Erbschaft zuzugreifen?

III. Zur Rechtslage

1. Vorbemerkung

In den gängigen Formulierungsmustern für das „Behindertentestament“ ist dem Testamentsvollstrecker durch Verwaltungsanordnung gem. § 2216 Abs. 2 S. 1 BGB regelmäßig aufgegeben, die Zuwendungen an das behinderte Kind (lediglich) aus den Erträgen des Nachlasses zu bestreiten. Angesichts der Schutzrichtung des Behindertentestaments, dem behinderten Abkömmling spürbare Vorteile gegenüber staatlichen Leistungen zu verschaffen und Vergünstigungen oberhalb des Sozialhilfeniveaus zu gewähren, darf eine solche Verwaltungsanordnung nicht nur „auf dem Papier stehen“, sondern muss auch tatsächlich durchführbar sein. Hieran fehlt es etwa, wenn der Nachlass keine nennenswerten Erträge erwirtschaften kann. In diesem Fall ist zwar noch nicht ohne Weiteres der Vorwurf der Sittenwidrigkeit berechtigt. Neben einer „Unterversorgung“ des Behinderten besteht jedoch die **Gefahr, dass der Betreuer des Behinderten, der zum nicht befreiten Vorerben eingesetzt ist, die zugewandte beschränkte und beschwerte Erbschaft ausschlägt, um den (unbelasteten) Pflichtteil geltend zu machen** (vgl. § 2306 Abs. 1 BGB).

2. Gestattung des Zugriffs auf die Substanz

Für Nachlässe, deren Erträge nicht für eine dauerhafte Anhebung des Lebensstandards über Sozialhilfeniveau ausreichen, empfiehlt die Literatur, dem Testamentsvollstrecker nicht nur die Zuwendung aus den Erträgen zu gestatten, sondern auch den Zugriff auf die eigentliche Nachlasssubstanz, soweit sie auf den Erbteil entfällt (vgl. Spall, FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, S. 121, 143 f.; J. Mayer, ZEV 2004, 298, 300; Ivo, ZErB 2004, 174, 176; Kornexl, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rn. 301). Dies dürfte jedenfalls dann **zulässig** sein, **wenn der Testamentsvollstrecker auch für den Nacherben eingesetzt** wird (Kornexl, Rn. 301; Spall, S. 143). Das folgt daraus, dass der Testamentsvollstrecker, der zugleich Nacherbenvollstrecker i. S. v. § 2222 BGB ist, nach allgemeiner Meinung nicht den Verfügungsbeschränkungen des Vorerben unterliegt (vgl. BGHZ 40, 115, 119; Palandt/Weidlich, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2205 Rn. 24).

Eine **Befreiung des Vorerben** i. S. v. § 2136 BGB ist insoweit wohl **nicht erforderlich** (Spall, S. 143). So hat der BGH in seiner Grundsatzentscheidung zum „Behindertentestament“ aus dem Jahr 1993 (DNotZ 1994, 380, 382) zum Zusammenspiel von nicht befreiter Vorerbschaft und Verwaltungsanordnung an den Testamentsvollstrecker ausgeführt:

„Wenn die Leistungen, die der Testamentsvollstrecker nach dem Erbvertrag zugunsten der Behinderten zu erbringen hat, nicht aus den Nutzungen der Vorerbschaft bestritten werden können, dürfte der Testamentsvollstrecker jedoch [...] berechtigt sein, Nachlaßgegenstände zu veräußern. Die der Behinderten im Erbvertrag zugeordneten Leistungen können insoweit (auch) als Vermächtnis gewertet werden, das die Nacherbschaft beschwert.“

3. Zugriffsmöglichkeiten des Sozialhilfeträgers

Wird dem Testamentsvollstrecker entsprechend den vorstehenden Überlegungen der Zugriff auf die Nachlasssubstanz gestattet, so stellt sich die Frage nach den sozialhilferechtlichen Auswirkungen.

Diese Frage ist – soweit ersichtlich – bislang nicht gerichtlich entschieden worden. Die Literatur geht mit ihren Empfehlungen offenbar stillschweigend davon aus, dass eine solche Gestaltung „**sozialhilfefest**“ ist. Dies ist u. E. auch zutreffend, **wenn** die Verwaltungsanordnung so ausgestaltet wird, dass der **Testamentsvollstrecker auf die Nachlasssubstanz nur für Zwecke zugreifen darf, die dem Behinderten unmittelbar zugutekommen** und nicht zu einer „Anrechnung“ auf die im Übrigen gewährten subsidiären staatlichen Leistungen führen (also im Rahmen der allgemeinen, einschränkenden Verwaltungsanordnung). Spall (S. 144) führt in diesem Zusammenhang u. E. überzeugend aus:

„Die Befugnis des Testamentsvollstreckers aufgrund entsprechender Anordnung des Erblassers auf die Substanz des Nachlasses zuzugreifen, wenn die Erträge des Nachlasses für die vom Erblasser vorgesehenen Zuwendungen nicht ausreichen, führt auch nicht zu einer Zugriffsmöglichkeit des Sozialhilfeträgers auf den Nachlass. Denn der Testamentsvollstrecker darf bei richtiger Ausgestaltung der Verwaltungsanordnung die Nachlasssubstanz nur für Zwecke angreifen, die dem Behinderten unmittelbar zugute kommen und die sozialhilferechtlich zu schonen sind.“

Eine andere Mittelverwendung sei angesichts dessen, dass der Testamentsvollstrecker auch die Rechte und Interessen des Nacherben wahrzunehmen habe, ausgeschlossen und könne mithin nicht verlangt oder gar durchgesetzt werden. Zu einem anderen Ergebnis gelange man natürlich, wenn man entgegen der Rechtsprechung des BGH bestreite, dass die Frage der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung i. S. v. § 2216 Abs. 1 BGB dem Erblasserwillen zugänglich sei. Dann blieben dem nicht befreiten Vorerben nur die Nutzungen des Nachlasses.

Gem. **§ 90 Abs. 1 SGB XII** ist das gesamte verwertbare Vermögen einzusetzen. Wird nun dem Testamentsvollstrecker der **Zugriff** auf die Nachlasssubstanz gestattet, **wenn die Erfüllung seiner Aufgaben dies erfordert**, ist der hieraus resultierende **Anspruch des Erben** gegen den Testamentsvollstrecker u. E. auch **nur unter den genannten Voraussetzungen einzusetzendes Vermögen**. Sieht die Verwaltungsanordnung – wie allgemein empfohlen – vor, dass nur solche Leistungen an das behinderte Kind auszukehren sind, die es nicht ohnehin schon aufgrund staatlicher Leistungen erlangt hat, halten wir daher die von Spall vertretene Auffassung für zutreffend.

Für die Richtigkeit dieser Ansicht lässt sich ein **aktueller Beschluss** des XII. Zivilsenats (Familienrecht) **des BGH** vom 27.3.2013 (DNotZ 2013, 860 = MittBayNot 2013, 390 m. Anm. Tersteegen) anführen. Der BGH befasst sich darin mit einem Behindertentestament, das es dem **Testamentsvollstrecker nach seinem Ermessen** überlässt, auch aus der Substanz des Nachlasses Sachleistungen und Vergünstigungen für das behinderte Kind zu erbringen. In dem Verfahren ging es um die Mittellosigkeit des Betroffenen (sprich: des behinderten Kindes) und die Frage, ob der **Aufwändungsersatz des Ergänzungsbetreibers** für die Erbauseinandersetzung trotz der angeordneten Testamentsvollstreckung und Nacherbfolge **aus dem ererbten Vermögen entnommen** werden kann. Der XII. Zivilsenat bejaht die Frage im Wege der Auslegung deshalb, weil dem Testamentsvollstrecker der Zugriff auf die Substanz des Nachlassvermögens nach seinem Ermessen überlassen ist; insoweit nämlich stehe der Verwertbarkeit des Nachlassvermögens gerade kein rechtliches Hindernis entgegen.

Aus dieser Entscheidung des BGH – die indes nicht vom Erbrechtssenat des BGH und der Sozialgerichtsbarkeit herrührt – lässt sich herleiten, dass eine (uneingeschränkte) Ermöglichung des Zugriffs auf die Nachlasssubstanz zumindest den Zugriff einzelner Gläubiger auf die Nachlasssubstanz zur Folge haben kann. Die Literatur empfiehlt deshalb u. a., die **Verwendung der Mittel nicht in das freie Ermessen des Testamentsvollstreckers** zu stellen, sondern die **Verwaltungsanordnungen**, die für den Testamentsvollstrecker gelten sollen, i. S. d. üblichen Formulierungsmuster **detailliert auszugestalten und konkret vorzugeben, für welche Zwecke** Mittel verwendet werden dürfen (vgl. Tersteegen, MittBayNot 2013, 392 f.).

Ein **Formulierungsbeispiel** findet sich etwa bei Tersteegen (in: Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 3. Aufl. 2014, F I 2, § 4 Ziff. 6, S. 403; vgl. auch Perau, in: Kölner Formularbuch Erbrecht, 2011, 5. Kap. Rn. 588 M):

„Im Wege der Verwaltungsanordnung nach § 2216 Abs. 2 BGB weist ein jeder von uns den Testamentsvollstrecker verbindlich an, unserem behinderten Sohn ... aus den jähr-

lichen Reinerträgen der Nachlassbeteiligung und, soweit diese nicht ausreichend sind, aus der **Substanz** solche Geld- oder Sachleistungen zuzuwenden, die der Verbesserung der Lebensqualität unseres Sohnes dienen, auf die der Sozialhilfeträger aber nach den sozialhilferechtlichen Vorschriften (insbesondere Sozialhilfe, Grundsicherung o. a.) nicht zugreifen kann und hinsichtlich derer eine Anrechnung auf die unserem behinderten Sohn gewährte Sozialhilfe nicht in Betracht kommt.“

4. Schadet (weitergehende) Anordnung der befreiten Vorerbschaft?

Beim befreiten Vorerben (vgl. §§ 2136, 2137 BGB) beschränkt § 2138 BGB die Herausgabepflicht auf den tatsächlich im Nacherbfall noch vorhandenen Nachlass. Damit wird dem Vorerben der uneingeschränkte Zugriff auf die Nachlasssubstanz eröffnet und **frei verfügbares Vermögen** geschaffen. Unter dem Gesichtspunkt der Zugriffsmöglichkeiten des Sozialhilfeträgers wird die Einsetzung des Behinderten zum befreiten Vorerben daher traditionell als **problematisch** angesehen (vgl. dazu ausführlich Gutachten DNotI-Report 1996, 48). Höchstrichterlich geklärt ist die Frage allerdings noch nicht, die Rechtslage also nach wie vor unsicher.

Das OVG Saarland (MittBayNot 2007, 65 m. Anm. Spall = DNotI-Report 2006, 99) hat allerdings bereits die Anordnung der Dauertestamentsvollstreckung ausreichen lassen, um den Nachlass (zumindest zu Lebzeiten des Behinderten) vor einem Zugriff des Sozialhilfeträgers zu schützen. Berücksichtigt man dies, käme es auf die Anordnung einer (nicht befreiten) Vorerbschaft streng genommen nicht an (vgl. dazu auch Tersteegen, in: Beck'sches Formularbuch Erbrecht, F I 2, Anm. 6, S. 406 f.). Gleichwohl empfiehlt die Literatur allgemein, den Behinderten im Rahmen eines Behindertentestaments **lediglich zum nicht befreiten Vorerben einzusetzen**, also ihn auch von der Verpflichtung des § 2134 BGB nicht zu befreien, denn beim befreiten Vorerben könne ein Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker gem. § 2217 BGB auf Freigabe von Nachlassgegenständen behauptet werden (vgl. Tersteegen, a. a. O.; Kornexl, Rn. 301; Perau, 5. Kap. Rn. 586 f.) mit der möglichen Folge zumindest mittelbarer Zugriffsmöglichkeiten.

Es dürfte daher anzuraten sein, den **Zugriff auf die Nachlasssubstanz** (soweit erforderlich) **nur** – wie unter Ziff. 2 ausgeführt – **auf der Ebene der Verwaltungsanordnung** zu gestatten (sodass dies ggf. zugleich als Vermächtnis zu werten ist, das die Nacherbschaft beschwert, vgl. BGH DNotZ 1994, 380, 382). Da es – wie gesagt – an expliziter Rechtsprechung zum Thema fehlt, ist die Rechtslage aber auch insoweit unsicher.

5. Ergebnis

Nach h. M. darf das Behindertentestament dem Testamentsvollstrecker über den Vor- und Nacherben **im Rahmen der Verwaltungsanordnung und der dort niedergelegten besonderen Zweckbindung den Zugriff auf die Nachlasssubstanz** gestatten, **ohne** dass hierdurch **Zugriffsmöglichkeiten des Sozialhilfeträgers** geschaffen werden. Etwas anderes könnte dann gelten, wenn der Zugriff dem Testamentsvollstrecker nach freiem Ermessen (d. h. ohne die besondere Zweckbindung) gestattet oder der Vorerbe allgemein von den Beschränkungen der Vorerbschaft i. S. d. §§ 2136 f. BGB befreit wird. Die Rechtslage ist allerdings nach wie vor unsicher.

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.

LuftRG §§ 1, 16, 99 Abs. 1 S. 1; ZPO §§ 727, 800, 800a Öffentlicher Glaube des Pfandrechtsregisters für Luftfahrzeuge; Umschreibung einer Vollstreckungsklausel bei Eigentumswechsel

Abruf-Nr.:

BGB §§ 1094, 464 Abs. 2, 987 ff., 812 Abs. 1 Verwendungsersatzansprüche des Erstkäufers nach Ausübung eines Vorkaufsrechts

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 1094, 1095

Anspruch auf Verschaffung eines noch zu bildenden Miteigentumsanteils ist zulässiger Inhalt eines Vorkaufsrechts am ungeteilten Grundstück

a) **Ein dingliches Vorkaufsrecht an einem ungeteilten Grundstück kann auf den Erwerb eines noch zu bildenden Miteigentumsanteils an dem belasteten Grundstück gerichtet sein, wenn der zu verschaffende Miteigentumsanteil hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist.**

b) **An einem Grundstück können mehrere auf den Erwerb von Miteigentumsanteilen an dem belasteten Grundstück gerichtete subjektiv-dingliche Vorkaufsrechte im gleichen Rang begründet werden.**

BGH, Urt. v. 11.7.2014 – V ZR 18/13

Problem

Der Eigentümer eines Grundstücks bestellte an diesem ein Eigentümererbbaurecht. Er belastete das Erbbaugrundstück mit einem Vorkaufsrecht, wonach der jeweilige Erbbauberechtigte – mehrere einer Einheit gemeinschaftlich – für die Dauer des Erbbaurechts in allen Fällen des Verkaufs des Erbbaugrundstücks vorkaufsberechtigt ist. Gemäß seinem anfänglich gefassten Plan teilte der Eigentümer das Erbbaurecht sodann in Wohnungs- und Teilerbbaurechte auf. Der Eigentümer brachte einen großen Miteigentumsanteil am Erbbaugrundstück in eine GbR ein. Mit Vertrag vom selben Tag verkaufte er die GbR-Anteile. Die Kläger sind Inhaber eines Wohnungs- und Teilerbbaurechts. Sie übten das Vorkaufsrecht aus und verlangten Übertragung eines ihrem Wohnungs- und Teilerbbaurechts entsprechenden Miteigentumsanteils gegen anteilige Kaufpreiszahlung.

In einer ersten Entscheidung bejahte der BGH die Frage, ob die Einbringung des Miteigentumsanteils in die GbR und die anschließende Anteilsübertragung einen **Vorkaufsfall** begründeten (Urt. v. 27.1.2012 – V ZR 272/10, **DNotI-Report 2012, 65**). In der zweiten Entscheidung zum Fall musste sich der BGH mit dem genauen Inhalt des Vorkaufsrechts beschäftigen.

Entscheidung

Der BGH geht davon aus, dass ein Vorkaufsrecht an einem Miteigentumsanteil besteht, der dem Wohnungs- und Teilerbbaurecht entspricht.

Der **Inhalt** des Vorkaufsrechts (§§ 1098 Abs. 1 S. 1, 464 Abs. 2, 433 Abs. 1 S. 1, 453 Abs. 1 BGB) bestimme sich nach der Grundbucheintragung. Insoweit seien **zwei verschiedene Auslegungen** möglich: **Zum einen** sei denkbar, dass sich das **Vorkaufsrecht nur auf das gesamte ungeteilte Grundstück** beziehe und mehrere Inhaber der Wohnungserbbaurechte das Vorkaufsrecht nur gemeinsam ausüben könnten. **Zum anderen** könne die Regelung aber dahingehend zu verstehen sein, dass sich das Vorkaufsrecht **bei Aufteilung in Teil- und Wohnungseigentum auf den Erwerb eines** dem Wohnungserbbaurecht entsprechenden, **nach zu bildenden Miteigentumsanteils** richte und den Berechtigten der Wohnungs- oder Teilerbbaurechte jeweils allein zustehe. Der BGH hält **letztere Auslegung für zutreffend**. Nach seinem **Sinn und Zweck** habe das Vorkaufsrecht die Erbbauberechtigten u. a. vor dem Nachteil schützen sollen, dass ihr Erbbaurecht durch Zeitablauf erlösche. Diese Absicherung könne nicht gelingen, wenn das Vorkaufsrecht auf den Erwerb des ungeteilten Grundstücks gerichtet sei. Dagegen verschaffe der Erwerb des Miteigentumsanteils dem einzelnen Wohnungserbbauberechtigten Vorteile, indem er bei Zeitablauf des Erbbaurechts eigentumsrechtlich und nicht nur durch den Entschädigungsanspruch gesichert sei.

Gegenstand des Vorkaufsrechts könne auch ein noch **zu bildender Miteigentumsanteil** sein, wenn Belastungsgegenstand des Vorkaufsrechts nicht der Miteigentumsanteil, sondern das Grundstück sei. Das Vorkaufsrecht lasse sich in der Weise beschränken, dass es **auf den Erwerb einer hinreichend bestimmten realen Teilfläche** gerichtet sei. Dann könne es sich aber auch auf den Erwerb noch zu bildender ideeller Bruchteile beziehen. Dies habe der Senat bereits für das **Mietervorkaufsrecht** (§ 577 BGB) entschieden (BGH DNotI-Report 2014, 13). Dafür spreche zudem ein **Vergleich mit der Auflassungsvormerkung** (§ 883 Abs. 1 S. 1 BGB). Diese könne zwar nicht an einem noch zu bildenden Miteigentumsanteil eingetragen werden, dürfe aber einen Anspruch auf Verschaffung eines noch zu bildenden Miteigentumsanteils sichern (BGH DNotI-Report 2013, 53). Erforderlich sei, dass die Größe des Miteigentumsanteils hinreichend **bestimmt** oder zumindest **bestimmbar** sei. Davon sei vorliegend auszugehen. Der Annahme des Vorkaufsrechts stehe nicht entgegen, dass das Vorkaufsrecht ursprünglich zugunsten des Erbbauberechtigten am gesamten Grundstück bestellt worden sei. Das Vorkaufsrecht zerfalle bei der **Aufteilung des herrschenden Grundstücks** an sich zwar nicht in Einzelrechte, sondern bleibe als einheitliches und von den Berechtigten gemeinschaftlich auszuübendes Recht bestehen. Vorliegend habe der Eigentümer aber **für jeden Wohnungserbbauberechtigten eine eigenständige Berechtigung** schaffen wollen, die unter der – rechtlich

zulässigen Bedingung einer Aufteilung gestanden habe. Unerheblich sei des Weiteren, dass das Erbbaugrundstück mit **mehreren gleichrangigen Vorkaufsrechten** belastet sei. Dies sei unschädlich, wenn durch Vereinbarung zwischen den gleichrangigen Vorkaufsberechtigten Kollisionen vermieden würden. **Kollisionen** kämen vorliegend **nicht** in Betracht, weil die Vorkaufsrechte nur auf Verschaffung ideeller Bruchteile entsprechend der Aufteilung des Erbbaurechts gerichtet seien.

Schließlich sei ein Verkaufsfall nicht deswegen ausgeschlossen, weil nicht das gesamte Grundstück, sondern nur ein **Miteigentumsanteil** in die GbR eingebracht worden sei. Denn auch der Verkauf eines ideellen Bruchteils könne das Vorkaufsrecht auslösen.

BeurkG §§ 27, 7 Nr. 1; BGB § 2232 Ernennung des Urkundsnotars zum Testamentsvollstrecker in privatschriftlicher „Anlage“ zum notariellen Testament

Die eigenhändige, privatschriftliche Ernennung des Notars zum Testamentsvollstrecker, die nach Erklärung des Erblassers in einem vom Notar beurkundeten Testament dem Notar verschlossen übergeben, als „Anlage“ bezeichnet und vom Notar gleichzeitig in die besondere amtliche Verwahrung des Nachlassgerichts gegeben worden ist, kann als öffentliches Testament, errichtet durch Übergabe einer Schrift, anzusehen sein, mit der Folge, dass die Testamentsvollstreckerernennung gem. §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG nichtig ist. Jedenfalls kann sich dies nach den Umständen des Falls aus einer klaren Umgehung der §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG ergeben. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Bremen, Beschl. v. 15.7.2014 – 5 W 13/14

Problem

In einem notariellen Testament ordnete der Erblasser Dauertestamentsvollstreckung an und erklärte: *„Ich habe dem beurkundenden Notar einen verschlossenen Umschlag mit einer eigenhändigen, privatschriftlichen Verfügung übergeben, die die Ernennung des Testamentsvollstreckers enthält [...]. Ich beauftrage den Notar, dieses Testament sowie den [...] genannten verschlossenen Umschlag in die amtliche Verwahrung beim Amtsgericht Bremen-Blumenthal zu geben.“* Unter dem gleichen Datum verfasste der Erblasser eigenhändig und privatschriftlich eine *„Anlage zum Testament“*. Darin heißt es: *„Ich ernenne [den Notar] zu meinem Testamentsvollstrecker.“* Der Erblasser übergab diese Erklärung dem Notar in einem verschlossenen Briefumschlag, der mit *„Anlage zum Testament“* beschriftet war.

Der Notar gab das notarielle Testament und den Briefumschlag gleichzeitig in die besondere amtliche Verwahrung, der Briefumschlag erhielt dabei keine besondere Verwahrungsnummer. Ob er sich im Umschlag des notariellen Testaments befand oder gesondert entgegengenommen wurde, steht nicht fest.

Nach Eintritt des Erbfalls wurde dem Notar ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt, dessen Einziehung ein Beteiligter nunmehr unter Berufung auf die §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG angeregt hat.

Entscheidung

Nach Auffassung des Gerichts ist das Testamentvollstreckerzeugnis einzuziehen, denn die **Bestellung des Notars zum Testamentvollstrecker sei gem. §§ 7, 27 BeurkG i. V. m. § 125 BGB unwirksam**. Der Notar dürfe nach den §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG an der Beurkundung nicht mitwirken, wenn er in der von ihm protokollierten letztwilligen Verfügung zum Testamentvollstrecker ernannt werden solle. Missachte der Notar dieses **Mitwirkungsverbot**, sei die Beurkundung gem. § 125 BGB nichtig, und zwar nicht nur dann, wenn der Notar von seiner Ernennung zum Testamentvollstrecker gewusst habe, sondern auch dann, wenn sie in einem öffentlichen Testament des Erblassers erfolge, das durch Übergabe einer verschlossenen Schrift errichtet worden sei (vgl. Gutachten DNotI-Report 1999, 101, 102).

Nach überwiegender Ansicht dürfe zwar der Erblasser den Notar, der die Anordnung der Testamentvollstreckung beurkundet habe, in einem eigenhändigen oder von einem anderen Notar beurkundeten ergänzenden Testament zum Testamentvollstrecker ernennen. Vorliegend sei jedoch eine Abgrenzung zum öffentlichen Testament gem. § 2232 BGB erforderlich, das durch Übergabe einer Schrift errichtet werde. Nach den Umständen des Einzelfalls gelangt das Gericht zu dem Schluss, dass **durch die Übergabe der „Anlage zum Testament“** angesichts des Inhalts der notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung **ein öffentliches Testament i. S. v. § 2232 S. 2 i. V. m. S. 1 BGB errichtet worden ist**. Jedenfalls stelle sich die konkret gewählte Verfahrensweise als eine **klare Umgehung der §§ 27, 7 BeurkG** dar, und zwar unabhängig von der Frage, ob die privatschriftliche Bestimmung des Urkundsnotars zum

Testamentvollstrecker grundsätzlich zulässig sei. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass keine Anhaltspunkte für eine selbständige Inverwahrungnahme der „Anlage zum Testament“ bestünden.

Die Rechtsbeschwerde lässt das OLG Bremen nicht zu.

Literaturhinweise

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: Notarassessor Dr. Johannes Weber

Redaktion: Dr. Simon Blath

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
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg