

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

20. Jahrgang
November 2012
ISSN 1434-3460

21/2012

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 883, 532; GBO §§ 22, 84 ff. – „Verlängerter Rückforderungsvorbehalt“; Löschung einer Vormerkung bei Vorversterben des Übernehmers

BGB §§ 2315, 2316 – Anrechnung von Pflegeleistungen auf den Pflichtteil des behinderten Abkömmlings

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 1643, 1822 – Genehmigungsfreiheit der Ausschlagung für minderjähriges Kind auch bei Werthaltigkeit des Nachlasses

BGB §§ 2270, 2271, 2274 – Ausschlagung der Erbschaft durch überlebenden Ehegatten; Wegfall der Bindungswirkung bei gemeinschaftlichem Testament; Widerruf durch einen in Prozessvergleich enthaltenen Erbvertrag

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 883, 532; GBO §§ 22, 84 ff. „Verlängerter Rückforderungsvorbehalt“; Löschung einer Vormerkung bei Vorversterben des Übernehmers

I. Sachverhalt

Die Erblasserin hat ihre drei Kinder als Miterben zu gleichen Teilen eingesetzt und diesen durch Teilungsanordnung jeweils ein Grundstück zugewiesen. Zur Regelung des Pflichtteilsanspruchs des übergangenen Ehemannes hat sich die Erbengemeinschaft mit diesem darauf geeinigt, die Gesamtschuld in Teilschulden umzuwandeln und die dann bestehenden Einzelschulden jeweils durch eine erstrangige Sicherungshypothek auf jedem Grundstück abzusichern.

Eines dieser Grundstücke war der Erblasserin im Jahre 1996 von ihrer Mutter ohne weitere Motivangabe durch notariellen Übergabevertrag unter Vorbehalt eines Wohnungsrechts an einer im Objekt belegenen Wohnung sowie eines vormerkungsgesicherten Rückforderungsrechts übertragen worden. Im Übergabevertrag heißt es u. a.:

„Die Übernehmerin verpflichtet sich gegenüber der Übergeberin, ihrer Mutter Frau X, den übertragenen Grundbesitz zu Lebzeiten der Übergeberin ohne deren Zustimmung nicht zu veräußern, zu verschenken oder zu belasten. Im Falle des Verstoßes hiergegen ist die Übergeberin berechtigt, vom schuldrechtlichen Teil des Vertrags zurückzutreten und die Auflassung des Gegenstands an sich zu verlangen. Das

Rücktrittersuchen kann nur durch schriftliche Erklärung gegenüber der Übernehmerin ausgeübt werden. Dieses Recht ist weder vererblich noch übertragbar. [...] Grundpfandrechte hat die Übergeberin nur insoweit zu übernehmen, als sie gegenwärtig bestehen oder Verbindlichkeiten sichern, zu deren Übernahme die Übergeberin verpflichtet ist. Im Übrigen erfolgt die Rückübertragung an die Übergeberin ohne jegliche Gegenleistung. [...] Zur Sicherung dieses Anspruchs soll im Grundbuch eine Rückauflassungsvormerkung für die Übergeberin eingetragen werden.“

Die Erben möchten für den Pflichtteilsberechtigten die vereinbarten Sicherungshypotheken bestellen. Auf entsprechende Bitten, einen Rangrücktritt zu erklären, hatte die Übergeberin nicht reagiert.

Die Erben fragten daher beim Grundbuchamt an, ob das für die Übergeberin eingetragene Recht wegen Gegenstandslosigkeit nach § 22 GBO gelöscht werden könne. Das Grundbuchamt wies (informell) darauf hin, dass nach seiner Auffassung eine Löschung auf dieser Rechtsgrundlage nicht in Betracht komme, weil uneingeschränkt der Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge greife. Die Verpflichtung der Erblasserin (= Übernehmerin) sei auf deren Erben im Wege der Universalsukzession übergegangen. Nach Sinn und Zweck des vormerkungsgesicherten Rückforderungsrechts gehe es um die Verhinderung einer Veräußerung oder Belastung zu Lebzeiten der Übergeberin, da deren Rechtsposition bis an ihr Lebensende gesichert werden solle.

II. Frage

Ist die Löschung der Vormerkung nach § 22 oder § 84 GBO möglich, wenn nach dem Wortlaut der zugrunde liegenden

Eintragungsbewilligung allein Verstöße des bereits verstorbenen Übernehmers gegen bestimmte Unterlassungspflichten einen Anspruch des Übergebers auf Rücktritt vom Übergabevertrag und auf dessen Rückabwicklung entstehen lassen?

III. Zur Rechtslage

1. Löschung der Bewilligung

Ist eine Löschungsbewilligung des Berechtigten nicht in der Form des § 29 GBO beizubringen, muss die eingetragene Vormerkung dennoch gelöscht werden, wenn diesbezüglich die **Unrichtigkeit des Grundbuchs** nachgewiesen wird (§ 22 GBO). Zudem steht die Löschung einer Eintragung als gegenstandslos im Ermessen des Grundbuchamts (§ 85 Abs. 2 GBO), soweit das Recht, auf das sie sich bezieht, nicht besteht und seine Entstehung ausgeschlossen ist (**rechtliche Gegenstandslosigkeit, § 84 Abs. 2 lit. a GBO**) oder soweit das Recht, auf das sie sich bezieht, aus tatsächlichen Gründen dauernd nicht ausgeübt werden kann (**tatsächliche Gegenstandslosigkeit, § 84 Abs. 2 lit. b GBO**). Hinsichtlich beider Löschungsmöglichkeiten ohne Bewilligung des Berechtigten gilt, dass die ihnen zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände grundsätzlich in der **Form des § 29 GBO** nachzuweisen sind und eine Anwendung nur ausnahmsweise und unter **strengen Voraussetzungen** in Betracht kommt (vgl. nur Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 369 zu § 22 GBO [„strenge Anforderungen“] und Rn. 386 f. zu § 84 GBO [„große Vorsicht zu üben“], jeweils m. w. N. aus der Rechtsprechung).

2. „Verlängerter Rückforderungsvorbehalt“

Es **müsste** dem Grundbuchamt also letztlich **mithilfe des notariellen Überlassungsvertrags nachgewiesen werden**, dass das Grundbuch unrichtig bzw. die Eintragung der Rückkaufassungsvormerkung rechtlich oder tatsächlich gegenstandslos ist. Dass dies gelingen kann, ist u. E. sehr zweifelhaft.

a) Vererblichkeit einer bereits entstandenen Rückübertragungspflicht (Erblasserschuld i. S. v. § 1967 BGB)

Die durch den Erbfall eingetretene **Gesamtrechtsnachfolge** führt grundsätzlich zu einem **Übergang der Nachlassverbindlichkeiten nach § 1967 BGB**. Ausgenommen sind nur Erblässerschulden, die nicht vererblich sind; solche an die Person des Erblassers gebundenen Verbindlichkeiten erlöschen mit seinem Tod (MünchKommBGB/Küpper, 5. Aufl. 2010, § 1967 Rn. 5; Staudinger/Marotzke, BGB, Neubearb. 2010, § 1967 Rn. 8). Dabei ist **im Zweifel von der Vererblichkeit der Verbindlichkeiten des Erblassers auszugehen** (BGH NJW 1985, 3068, 3069; MünchKommBGB/Küpper, § 1967 Rn. 9; BeckOK-BGB/Lohmann, Std.: 1.3.2011, § 1967 Rn. 15).

Dem Überlassungsvertrag aus dem Jahr 1996 müsste sich also der Wille der Beteiligten entnehmen lassen, dass die vormerkungsgesicherte **Rückforderungsverbindlichkeit unvererblich** und an die Person der Übernehmerin geknüpft ist. Eine dahingehende ausdrückliche Regelung findet sich im Überlassungsvertrag nicht. **§ 532 S. 2 BGB**, wonach der Widerruf nach dem Tode des Beschenkten nicht mehr zulässig ist, kann u. E. weder unmittelbar noch seinem Rechtsgedanken nach auf den vorliegenden Fall angewendet werden. Eine unmittelbare Heranziehung scheidet schon daran, dass die Beteiligten im Überlassungsvertrag keinen „Schenkungsverzicht“ vorgesehen, sondern ein **eigenständiges Rückforderungsrecht** begründet haben,

das anderen Regeln als der Schenkungsverzicht folgt (vgl. zu den verschiedenen Regelungsmöglichkeiten Landsittel, Gestaltungsmöglichkeiten von Erbfällen und Schenkungen, 3. Aufl. 2006, Rn. 1194 ff.; Spiegelberger, MittBayNot 2000, 1, 5 ff.). Einer entsprechenden Anwendung steht die unterschiedliche Interessenlage entgegen. Durch § 532 S. 2 BGB sollen dem Widerrufsrecht des § 530 BGB, das als Reaktion auf schwere Kränkungen gewährt wird, Grenzen gesetzt werden, wenn die Kränkung durch Tod des Kränkenden schwindet (MünchKommBGB/J. Koch, 6. Aufl. 2012, § 532 Rn. 1); die Verfehlung des Beschenkten gegenüber dem Schenker soll seinen Erben nicht angelastet werden (BeckOK-BGB/Gehrlein, Std.: 1.5.2012, § 532 Rn. 2). Vorliegend sanktioniert die Rückforderung aber nicht eine schwere persönliche Kränkung der Übergeberin durch die Übernehmerin. Vielmehr soll der Grundbesitz ohne Zustimmung der Übergeberin nicht übertragen oder wirtschaftlich und rechtlich belastet werden, wohl mit dem Ziel, die überlassene Immobilie (auch mit Blick auf das vorbehaltenes Wohnungsrecht) „in der Familie“ zu halten.

Da der Urkunde nichts dafür zu entnehmen ist, dass die Beteiligten die Rückforderungsmöglichkeit den Regeln des Schenkungsverzichts (insbesondere § 532 S. 2 BGB) unterstellen wollten, ist folglich dem **Grundsatz** entsprechend von der **Vererblichkeit der Rückforderungsverbindlichkeit** als Erblässerschuld auszugehen.

b) Auslösung des Rückforderungsrechts durch Erben der Übernehmerin?

Die bloße Vererblichkeit führt freilich zunächst nur zu einem Wechsel in der Person des Verpflichteten bei einer im Zeitpunkt des Erbfalls bereits entstandenen Rückgewährpflicht, nicht hingegen zu Veränderungen im Tatbestand des Rückforderungsrechts. Es ist also zu unterscheiden zwischen der Vererblichkeit einer noch in der Person des Übernehmers entstandenen Rückforderungsverbindlichkeit, die seine Erben aus seinem Nachlass begleichen müssen, und der Frage, **ob die Erben selbst einen Rückforderungstatbestand in eigener Person verwirklichen können**.

Prima facie lässt sich gegen Letzteres anführen, dass der **Wortlaut** des Rückforderungstatbestands auf „**die Übernehmerin**“ abstellt, etwa wenn es heißt, das „Rücktrittsersuchen kann nur durch schriftliche Erklärung gegenüber der Übernehmerin ausgeübt werden“. Hieraus mag man folgern, dass die Rücktrittsvoraussetzungen nicht mehr eintreten können, weil der vorverstorbenen Übernehmerin eine Veräußerung oder Belastung des Grundbesitzes nicht mehr möglich ist.

Allerdings wird im Überlassungsvertrag auch **nicht ausdrücklich klargestellt**, dass das Rückforderungsrecht nur bei einem Verstoß der Übernehmerin gegen das Veräußerungs- und Belastungsverbot ausgelöst wird. Ohnehin ist bei der Auslegung der Erklärung nicht am buchstäblichen Wortlaut zu haften, sondern die Bedeutung der Vereinbarungen aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers zu ermitteln (§§ 133, 157 BGB). Eine **interessengerechte Auslegung** wird u. E. eher zu dem Ergebnis führen, dass das Rückforderungsrecht nicht nur vererblich gedacht war, sondern auch, dass die **Rückforderungsvoraussetzungen in der Person der Gesamtrechtsnachfolger eintreten können**. Dafür spricht vor allem das Abstellen auf die Lebenszeit der Berechtigten. Sie sollte hinsichtlich des mit dem Rückforderungsrecht mutmaßlich verfolgten Ziels (Erhaltung des Grundbesitzes in der Familie) durch dieses Recht offenbar bis zu ihrem Tod gesichert werden; dafür,

dass ein Wegfall dieser Sicherung bei Vorversterben der Übernehmerin bewusst in Kauf genommen worden wäre, ist nichts ersichtlich. Hierfür spricht auch der Bezug des Veräußerungs- und Belastungsverbots zum Wohnungsrecht, welches auf Lebenszeit der Übergeberin bestellt wurde und daher von den Erben zu gewähren ist.

c) Fortbestehender Vormerkungsschutz (Identitätsgebot)

Schließt man sich dieser Auslegung an, so würde auch der **Vormerkungsschutz** für das Rückforderungsrecht **mit dem Tode der Übernehmerin nicht erlöschen**. Denn es gilt zwar das **Identitätsgebot**, wonach Schuldner des gesicherten Anspruchs derjenige sein muss, dessen Eigentum oder Grundstücksrecht im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung von der künftigen Rechtsänderung betroffen ist (vgl. nur Schöner/Stöber, Rn. 1493). Nach allgemeiner Meinung ist jedoch auch ein Anspruch vormerkbar, der sich zunächst noch gegen den Inhaber des mit der Vormerkung belasteten Rechts richtet, aber nicht von diesem selbst, sondern erst von seinen Erben zu erfüllen ist (BGH DNotZ 1997, 720, 723 f.; DNotZ 2002, 775, 779 m. Anm. Schippers; v. Hoyenberg, Vorweggenommene Erbfolge, 2010, Rn. 237 f.). In diesen Fällen bleibt das Identitätsgebot gewahrt, **wenn und soweit der Erbe Eigentümer des Grundstücks und zugleich Schuldner des gesicherten Anspruchs** wird. Insofern wirkt jede Vormerkung zur Sicherung eines schuldrechtlichen Anspruchs gegen den Vertragsgegner auch zugunsten seiner unmittelbaren Erben (OLG Düsseldorf Mitt-RhNotK 1996, 231, 232 = DNotI-Report 1996, 119).

3. Ergebnis

Unseres Erachtens lässt sich der notariellen Urkunde somit jedenfalls nicht mit Gewissheit entnehmen, dass der Rückforderungsanspruch unvererblich ist und/oder dass die Rückforderungsvoraussetzungen nicht in der Person von Gesamtrechtsnachfolgern der Übernehmerin eintreten können. Dies aber müsste dem Grundbuchamt zweifelsfrei nachgewiesen werden, damit die eingetragene Vormerkung ohne Mitwirkung der Berechtigten gelöscht werden dürfte. Ein solcher **Nachweis wird vorliegend kaum gelingen**. Obwohl in der Gestaltungsliteratur empfohlen wird, in der Urkunde deutlich festzuhalten, dass die für die Ausübung des Rückforderungsrechts maßgeblichen Umstände (ebenso wie die Rückgabeverpflichtung) nicht allein auf die Person des derzeitigen Erwerbers beschränkt sind, sondern ggf. auch bei dessen Gesamtrechtsnachfolgern eintreten können (sog. „**verlängerter Rückforderungsvorbehalt**“, vgl. Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 3. Aufl. 2012, Rn. 1859; J. Mayer, Der Übergabevertrag, 2. Aufl. 2001, Rn. 263), führt das Fehlen einer solchen ausdrücklichen Vereinbarung u. E. aber **keinesfalls zwingend** zu einer Auslegung, wonach das Rückforderungsrecht – sowohl bzgl. der Verpflichtung als auch bzgl. der Begründung – nur vom ursprünglichen Erwerber ausgelöst werden kann.

4. Exkurs: Erbauseinandersetzung als zustimmungsbedürftige „Veräußerung“?

Zu fragen wäre schließlich, ob nicht bereits die aufgrund der Teilungsanordnung der Erblasserin vorgenommene Erbauseinandersetzung bzgl. des überlassenen Grundbesitzes eine nach dem Überlassungsvertrag zustimmungspflichtige „Veräußerung“ war und dadurch die erste Bedingung für das Entstehen des Rückforderungsanspruchs gesetzt wurde. In aller Regel möchten die Beteiligten nämlich jedwede Veräußerung, auch die unentgeltliche, unter Rückforderungsvorbehalt stellen (Krauß, Rn. 1891). Ein

vormerkungsgesichertes Veräußerungs- und Belastungsverbot, wie es konkret vereinbart wurde, dient allerdings für gewöhnlich dazu, „den Grundbesitz in der Familie zu halten“ (s. o.), was häufig die Herausnahme der erbrechtlichen Übertragung an leibliche Abkömmlinge des Übernehmers aus dem Kreis der Rückforderungsgründe zur Folge hat. Da vorliegend die **Erbauseinandersetzung unter den leiblichen Abkömmlingen** der Übernehmerin stattfand, dürften diese Veräußerungen nicht vom Veräußerungsverbot erfasst sein, denn der mutmaßliche **Zweck des Veräußerungsverbots** wird hierdurch **nicht vereitelt**. Endgültig klären lässt sich diese Frage aber nur im Wege einer alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigenden Auslegung, die im Rahmen eines Gutachtens nicht zu leisten ist.

BGB §§ 2315, 2316 Anrechnung von Pflegeleistungen auf den Pflichtteil des behinderten Abkömmlings

I. Sachverhalt

S ist der behinderte Sohn der Ehegatten V und M. V ist im Jahre 2004 verstorben und hat M zu seiner Alleinerbin eingesetzt. Eine Regelung über den Pflichtteil des S ist bisher nicht getroffen worden.

Im Jahre 2004 wurde M zur Betreuerin des S für alle Angelegenheiten bestellt. S wohnt bis heute im Haus der M und wird von ihr weiterhin verköstigt und betreut. Eine Gegenleistung hierfür hat M von S bisher nicht erhalten. Allerdings bekommt sie das Pflegegeld (Pflegestufe II). M möchte den Pflichtteil des S an diesen auszahlen, dabei aber ihre bisherigen Leistungen seit dem Tod des V (Unterkunft, Verpflegung, erforderliche Betreuung rund um die Uhr usw.) nachträglich in Geld umrechnen und vom Pflichtteil abziehen.

II. Fragen

1. Können die bisherigen Leistungen der M in Geld umgerechnet und vom Pflichtteil abgezogen werden?
2. Falls dies zu bejahen ist: Was könnte für diese Leistungen angesetzt werden?

III. Zur Rechtslage

1. Anrechnungsfähige Zuwendungen

In Betracht kommt zunächst eine Anrechnung der lebzeitigen Zuwendungen nach Maßgabe von § 2315 Abs. 1 BGB. Voraussetzung ist eine **Zuwendung des Erblassers durch Rechtsgeschäft unter Lebenden**. Unter „Zuwendung“ wird dabei jede freiwillige und freigebige Verschaffung eines Vorteils verstanden (vgl. OLG Düsseldorf ZEV 1994, 173; Burandt/Rojahn/G. Müller, Erbrecht, 2011, § 2315 BGB Rn. 5). Erfasst sind Schenkungen und Schenkungsversprechen, aber auch sonstige unentgeltliche Zuwendungen wie Ausstattungen, ehebedingte Zuwendungen usw. (vgl. MünchKommBGB/Lange, 5. Aufl. 2010, § 2315 Rn. 7).

Leistungen, zu denen der **Erblasser rechtlich verpflichtet** ist, sind dagegen **nicht anrechnungsfähig** (Burandt/Rojahn/G. Müller, § 2315 BGB Rn. 6). So kann z. B. eine **Pflichtteilszahlung** des überlebenden Ehegatten hinsichtlich des Nachlasses des Erstversterbenden nicht auf den Pflichtteil der Abkömmlinge an seinem Nachlass angerechnet werden, da es sich hierbei nicht um eine freiwillige Leis-

tung des überlebenden Ehegatten handelt (Staudinger/Haas, BGB, Neubearb. 2006, § 2315 Rn. 12). Auch im Rahmen von Leistungen, die **unterhaltsrechtlich geschuldet** sind, wird eine Zuwendung i. S. v. § 2315 BGB mangels Freigebigkeit verneint (vgl. Thubauville, MittRhNotK 1992, 289, 292; Burandt/Rojahn/G. Müller, § 2315 BGB Rn. 6). So hat etwa das AG Mettmann (DAVorm 1984, 712) entschieden, dass der Erblasser die **Pflegekosten für ein geisteskrankes Kind, die das Unterhaltsrecht gebietet**, nicht nach § 2315 BGB der Pflichtteilsanrechnung zuführen kann (ebenso Soergel/Dieckmann, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2315 Rn. 4).

Eine Anrechnung nach § 2315 Abs. 1 BGB ist vorliegend daher nur denkbar, wenn die Betreuungsleistungen sowie die Gewährung von Unterkunft und Verpflegung von M **nicht unterhaltsrechtlich geschuldet** sind (was sich nicht ohne Weiteres bestimmen lässt, vgl. OLG Köln NJW 2000, 1201). Selbst unter dieser Prämisse würde eine Pflichtteilsanrechnung hinsichtlich der in der Vergangenheit erbrachten Leistungen gem. § 2315 Abs. 1 BGB daran scheitern, dass es an einer **Anrechnungsbestimmung** spätestens im Leistungszeitpunkt fehlt (vgl. Herrler/Schmied-Kovarík, in: Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt, Pflichtteilsrecht, 2010, § 2315 BGB Rn. 15 ff. m. w. N.).

2. Ausgleichspflicht i. S. v. § 2316 BGB?

Nach *Dieckmann* (in: Soergel, § 2315 Rn. 4) ist es aber eine andere Frage, ob Leistungen, zu denen der Erblasser rechtlich verpflichtet ist, wenigstens zum Teil ausgleichspflichtig gem. § 2316 i. V. m. §§ 2050 ff. BGB sind. Allerdings ist sehr umstritten, inwieweit der Zuwendungsbegriff der §§ 2316, 2050 ff. BGB mit demjenigen des § 2315 BGB gleichzusetzen ist. Die wohl h. A. geht im Rahmen der Ausgleichspflicht von einem weiteren Zuwendungsbegriff aus, sodass nicht nur freiwillige Zuwendungen, auf die der Empfänger keinen Anspruch hat, sondern auch Leistungen, die in Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht (etwa der Unterhaltspflicht) erbracht werden, hierunter fallen können (RGZ 73, 372, 377; BeckOK-BGB/J. Mayer, Std.: 1.8.2012, § 2316 Rn. 5 m. w. N.). Daneben gibt es aber zahlreiche Autoren, die für einen einheitlichen Zuwendungsbegriff plädieren (vgl. etwa Staudinger/Haas, § 2316 Rn. 10). Dies ist insbesondere bei der Erbringung von Pflegeleistungen an unterhaltsberechtigte Kinder bedeutsam. Zum Teil wird in diesem Zusammenhang auch differenziert, so etwa bei *Dieckmann* (in: Soergel, § 2316 Rn. 5), der nur diejenigen Zuwendungen für ausgleichspflichtig hält, die über der sozialhilferechtlichen Einstandspflicht des Erblassers liegen. Allerdings **lässt sich der Rahmen der Inanspruchnahme im Einzelfall schwierig bestimmen** und dürfte ganz von den **konkreten Umständen** abhängen (vgl. zur Einstandspflicht der Eltern gegenüber ihrem behinderten volljährigen Kind auch OLG Köln NJW 2000, 1201).

3. Zwischenergebnis

Zusammenfassend betrachtet erscheint es daher äußerst zweifelhaft, ob und in welchem Umfang die „Aufwendungen“ der M für ihr behindertes Kind den Pflichtteil reduzieren können.

4. Bewertung der „Aufwendungen“ der Mutter

Davon abgesehen ist fraglich, wie eine Bewertung vorzunehmen wäre. So ist etwa im Rahmen des § 2057a BGB die Höhe des Ausgleichsanspruchs gesetzlich nicht bestimmt. Nach Abs. 3 der Vorschrift ist die Ausgleichung vielmehr so zu bemessen, wie es mit Rücksicht auf die Dauer und den Umfang der Leistungen und auf den Wert des Nachlasses

der Billigkeit entspricht. Der Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, eine genaue Ermittlung der einzelnen vom Abkömmling bzw. Erblasser erbrachten Leistungen sowie ihres Wertes nicht zu verlangen (vgl. Bamberger/Roth/Lohmann, BGB, 3. Aufl. 2012, § 2057a Rn. 10). Die Ausgleichung hat daher **nach Billigkeit im Einzelfall** zu erfolgen. Eine schlichte Übernahme der monatlichen Pflegegeldsätze nach der gesetzlichen Pflegeversicherung wird den gesetzlichen Vorgaben beispielsweise nicht gerecht. Der im Rahmen der Erbrechtsreform vorgelegte Entwurf eines § 2057b BGB, wonach sich die Höhe des Ausgleichsbetrags in der Regel nach den zur Zeit des Erbfalls in § 36 Abs. 3 SGB XI vorgesehenen Beträgen bemessen sollte, wurde letztlich nicht umgesetzt.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.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.

BGB §§ 94, 95, 97, 311c
Carport als mitverkaufter Gegenstand bei einem Grundstückskaufvertrag
Abruf-Nr.: 121974

BGB § 2290
Mehrseitiger Erbvertrag mit einer einzigen erbvertragsmäßig bindenden Verfügung eines Beteiligten; Aufhebung nach dem Tod eines Vertragsschließenden
Abruf-Nr.: 119382

GmbHG § 15 Abs. 5; HGB §§ 105, 161, 171; BGB § 1274
Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen und Kommanditanteilen; Zustimmung zur Übertragung; Vinkulierungsklausel; Anzeige der Verpfändung; Zustimmungserfordernis bzgl. Verwertung des Pfandrechts
Abruf-Nr.: 118382

EGBGB Art. 43
Frankreich: Vorweggenommene Erbfolge in ein in Frankreich belegenes Grundstück
Abruf-Nr.: 120611

Rechtsprechung

BGB §§ 1643, 1822
Genehmigungsfreiheit der Ausschlagung für minderjähriges Kind auch bei Werthaltigkeit des Nachlasses

1. Die Ausschlagung der Erbschaft für ein minderjähriges Kind ist nach § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB grundsätzlich nicht genehmigungsbedürftig, wenn das Kind erst infolge Ausschlagung eines Elternteils zum Erben berufen ist. Dies gilt auch dann, wenn der Nachlass werthaltig ist.

2. Die § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB zugrunde liegende Vermutung, dass in einem solchen Fall eine Benachteiligung des Kindes nicht zu besorgen ist, weil der ausschlagende vertretungsberechtigte Elternteil selbst das dringendste Interesse hat, die Erbschaft zu erwerben, und nicht ohne gehörige Prüfung der Sachlage für sich selbst ausschlagen wird, ist jedenfalls dann nicht widerlegt, wenn nicht der Nachlass entgegen dem Erblasserwillen umgeleitet wird, sondern die Ausschlagung lediglich zur Vermeidung von (steuerlichen) Nachteilen bei der unmittelbaren Umsetzung der testamentarischen Verfügungen erfolgt und die im Nachlass verkörperten Vermögenswerte durch eine Abfindungsvereinbarung letztlich an die vom Erblasser benannten Erben fließen sollen. (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG Köln, Beschl. v. 26.4.2012 – II-12 UF 10/12
Abruf-Nr.: 11059R

Problem

Nach § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB benötigen die Eltern keine familiengerichtliche Genehmigung zur Erbausschlagung für ihr minderjähriges Kind, wenn der Erbanfall an das Kind erst infolge der Ausschlagung eines Elternteils eintritt. Die Bestimmung wird jedoch in Rechtsprechung (vgl. etwa OLG Frankfurt NJW 1955, 466) und Literatur (Staudinger/Engler, BGB, Neubearb. 2009, § 1643 Rn. 35 ff., 38 ff. m. zahlr. w. N.) **teleologisch reduziert**, wenn es zu einer **Kollision zwischen Eltern- und Kindesinteressen** kommt. Dies ist der Fall, wenn der Sorgeberechtigte die Erbschaft für sich und sein minderjähriges Kind als testamentarischer Erbe ausschlägt, während er sie als gesetzlicher Erbe annimmt. Genehmigungsbedürftigkeit wird entgegen dem Wortlaut des § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB auch dann bejaht, wenn die Eltern den „**Nachlass in eine bestimmte Bahn lenken**“ wollen, etwa indem bestimmte Kinder gezielt begünstigt werden sollen. Dagegen wird angeführt, dass die ausschlagenden Eltern über ihren Erbteil anstelle der Ausschlagung auch hätten verfügen, ihn insbesondere hätten verschenken können.

Im vorliegenden Fall hatte sich das OLG Köln mit der Ausschlagung einer werthaltigen Erbschaft bei minderjährigen Ersatzerben zu befassen. Die Erblasserin, zu deren Nachlass u. a. erhebliches (auch unbewegliches) Betriebsvermögen zählte, hatte testamentarisch die Kinder ihrer Brüder zu Erben eingesetzt und ihrem Ehemann lediglich vermächtnisweise alle beweglichen Gegenstände des Betriebsvermögens einschließlich Zubehör sowie die Einrichtung des Wohnhauses, verbunden mit der Auflage zur Übernahme aller betrieblichen Verbindlichkeiten, zugewandt. Die Beteiligten befürchteten infolge dieser Gestaltung erhebliche Steuernachteile sowie zivilrechtliche Auslegungsschwierigkeiten. Sie entschieden sich daher zum Abschluss einer Ausschlagungsvereinbarung: Sämtliche eingesetzten Nichten und Neffen schlugen die Erbschaft aus, wofür sie im Gegenzug eine Abfindungsleistung erhalten sollten.

Die Ausschlagung hatte zur Folge, dass die Erbschaft teilweise minderjährigen Ersatzerben zufiel, die nach dem Inhalt des Testaments bei Wegfall des jeweiligen Testamentserben nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge ausdrücklich berufen waren. Der Vater als ursprünglicher Testamentserbe sowie die gemeinsam mit ihm sorgeberechtigte Mutter erklärten daher auch die Erbausschlagung für die minderjährigen Ersatzerben. Diese beantragen nunmehr die Erteilung eines Negativtestes hinsichtlich der von

ihren sorgeberechtigten Eltern erklärten Erbausschlagung. Das Amtsgericht – Familiengericht – hat diesen Antrag zurückgewiesen.

Entscheidung

Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragsteller hatte Erfolg. Nach Auffassung des OLG Köln bedarf die Ausschlagung der Erbschaft der minderjährigen Kinder durch ihre sorgeberechtigten Eltern keiner familiengerichtlichen Genehmigung, weshalb das beantragte Negativtestes zu erteilen war.

Zur Begründung führt das OLG zunächst an, dass allein der Umstand der Werthaltigkeit des Nachlasses nicht zu einer teleologischen Reduktion der nach § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB grundsätzlich gegebenen Genehmigungsfreiheit führe. Denn nach der genannten Bestimmung sollten die Gerichte gerade nicht im jeweiligen Einzelfall den Wert eines Nachlasses überprüfen müssen. Der Bestimmung liege vielmehr in solchen Fällen, in denen das jeweilige Kind erst durch Erbausschlagung eines sorgeberechtigten Elternteils selbst zum Erben werde, die Vermutung zugrunde, dass eine Benachteiligung des Kindes nicht zu besorgen sei. Der ausschlagende vertretungsberechtigte Elternteil habe nämlich selbst das dringendste Interesse daran, die Erbschaft zu erwerben, weshalb er nicht ohne gehörige Prüfung der Sachlage für sich selbst ausschlagen werde.

Zwar werde diese Vermutung teilweise als widerlegt angesehen, wenn die Eltern mit der eigenen und der für eines oder einzelne von mehreren Kindern erklärten Erbausschlagung andere Kinder bevorzugen und so den Nachlass in eine bestimmte Bahn lenken wollten. Eine in diesem Sinne **lenkende Erbausschlagung** liege jedoch **im konkreten Fall nicht** vor. So werde nicht etwa ein wirtschaftlich werthaltiger Nachlass entgegen dem Erblasserwillen umgeleitet, sondern vielmehr dem **Willen der Erblasserin** nach Übertragung des wesentlichen Nachlasses an die von ihr benannten Erben **Rechnung getragen**. Dass dies auf einem anderen als dem von der Erblasserin bestimmten Weg geschehe, sei allein der Vermeidung von Auslegungsschwierigkeiten sowie – vor allem – der Vermeidung steuerlicher Nachteile geschuldet. Deshalb sei ein Missbrauch der den Eltern durch § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB in Fällen wie dem vorliegenden zugestandenen Kompetenz zur genehmigungsfreien Ausschlagung nicht anzunehmen.

Unter Bezugnahme auf *Sagmeister* (ZEV 2012, 121, 125) führt das OLG zudem aus, dass der betroffene Erbteil, hinsichtlich dessen die sorgeberechtigten Eltern die Ausschlagung erklärt haben, zuvor einzig und allein dem Vater zugestanden habe. Dieser aber „*hätte über den Erbteil völlig frei verfügen, diesen belasten, verkaufen oder verschenken können [...]. Er hätte sich also auch mit den Miterben darauf verständigen können, das Erbe zunächst anzunehmen und anschließend eine vertragliche Regelung mit dem Ehemann der Erblasserin zu treffen, die der durch das praktizierte Gesamtkonzept angestrebten Lösung möglichst nahe gekommen wäre.*“

Vor dem Hintergrund dieser fundamentalen Kritik an jeder Form teleologischer Reduktion der Ausnahmebestimmung des § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB betont das OLG daher unter Hinweis auf diverse höchstrichterliche Entscheidungen, dass „*der Kreis der nach §§ 1643, 1822 BGB genehmigungsbedürftigen Geschäfte um der Rechtssicherheit willen formal und nicht nach den jeweiligen Umständen des*

Einzelfalls zu bestimmen [ist]. Eine auf die Umstände des Einzelfalls bezogene Erweiterung des Kreises der genehmigungsbedürftigen Geschäfte durch analoge Gesetzesanwendung ist ausgeschlossen“. Eine Korrektur des hiernach gefundenen Ergebnisses dürfte also nur noch in seltenen Ausnahmefällen unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs in Betracht kommen.

BGB §§ 2270, 2271, 2274

Ausschlagung der Erbschaft durch überlebenden Ehegatten; Wegfall der Bindungswirkung bei gemeinschaftlichem Testament; Widerruf durch einen in Prozessvergleich enthaltenen Erbvertrag

1. Die Aufhebung eines gemeinschaftlichen Testaments in einem gerichtlichen Vergleich, geschlossen ohne Anwesenheit der Ehegatten im Termin, ist formunwirksam.

2. Schlägt bei einem gemeinschaftlichen Testament der überlebende Ehegatte die Erbschaft wirksam aus, so werden nicht nur seine zuvor getroffenen letztwilligen Verfügungen wirksam, die zunächst mit Rücksicht auf die wechselbezüglichen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament unwirksam waren; dies gilt vielmehr auch für die entsprechenden des vorverstorbenen Ehepartners (entgegen OLG Karlsruhe, OLG-Report 1999, 26).

OLG Bremen, Beschl. v. 1.8.2012 – 5 W 18/12
Abruf-Nr.: **11060R**

Problem

Der Beschluss des OLG Bremen betrifft in erster Linie **§ 2271 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 BGB**. Diese Vorschrift eröffnet dem überlebenden Ehegatten bei einem gemeinschaftlichen Testament die Möglichkeit, sich von der wechselbezüglichen Bindungswirkung der Schlusserbeneinsetzung zu lösen, wenn er das ihm selbst seitens des erstverstorbenen Ehegatten Zugewendete ausschlägt. Konkret lag der Entscheidung ein notariell errichtetes gemeinschaftliches Testament aus dem Jahre 1981 zugrunde, in dem sich Ehegatten gegenseitig zu alleinigen Vollerben und eine Tochter zur Schlusserbin eingesetzt hatten. Nachdem sich die Ehegatten getrennt hatten, schlossen sie 2001 vor dem Amtsgericht Syke – ohne persönlich anwesend zu sein – durch ihre Parteivertreter einen gerichtlichen Vergleich, in dem sie u. a. das gemeinschaftliche Testament aufhoben. 2006 und 2007 errichteten die Ehegatten jeweils einseitig neue letztwillige Verfügungen. Der Ehemann setzte 2006 seine neue Lebensgefährtin zur Alleinerbin ein, die Ehefrau 2007 ihr Patenkind. Die Ehefrau verstarb am 28.3.2009. Mit notariell beglaubigter Erklärung, die am 25.6.2010 beim Amtsgericht einging, schlug der Ehemann die Erbschaft nach seiner vorverstorbenen Ehefrau unter Hinweis darauf aus, dass er erst am 19. bzw. 21.5.2010 Kenntnis von der Unwirksamkeit der Aufhebung des gemeinschaftlichen Testaments durch den gerichtlichen Vergleich erlangt hatte. Im Verfahren vor dem OLG Bremen ging es um einen Erbschein, den das Patenkind als Alleinerbe der Ehefrau beim Amtsgericht erfolglos beantragt hatte.

Entscheidung

Nach Ansicht des OLG Bremen hat das Amtsgericht die Erteilung des vom Patenkind beantragten Erbscheins zu Unrecht abgelehnt. Das **Patenkind** sei nämlich **aufgrund des einseitigen Testaments** der Ehefrau aus dem Jahre 2007 deren **alleiniger Erbe** geworden, da die frühere Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments der abweichenden einseitigen letztwilligen Verfügung der Ehefrau zugunsten des Patenkindes nicht mehr entgegenstehe.

Das OLG führt zunächst aus, dass das gemeinschaftliche Testament jedenfalls durch den vor dem AG Syke 2001 geschlossenen Vergleich nicht wirksam aufgehoben wurde. Zwar sei ein gemeinsamer Widerruf auch durch einen im **Prozessvergleich** enthaltenen Erbvertrag möglich (§§ 2276, 127a BGB), wenn ein dahingehender Wille der Beteiligten eindeutig erkennbar sei (OLG Köln OLGZ 1970, 114, 115; jurisPK-BGB/Reymann, 6. Aufl. 2012, § 2271 Rn. 7). Dies setze jedoch voraus, dass beide Parteien i. S. d. § 2274 BGB **persönlich anwesend** seien. Letzteres war vorliegend nicht der Fall.

Die **Bindung der Ehefrau** an das gemeinschaftliche Testament wurde nach Ansicht des Gerichts aber dadurch **beseitigt**, dass der Ehemann erstens die **Erbschaft** nach der Ehefrau gem. § 2271 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 BGB **ausschlug** und zweitens diejenige **Verfügung** von Todes wegen **aufhob**, die im **Wechselbezug zur Erbeinsetzung des Ehemanns** durch die vorverstorbenen Ehefrau **stand** (§ 2270 Abs. 1 BGB):

Eine **wirksame Erbausschlagung** des Ehemanns lag nach Ansicht des OLG Bremen vor, denn sie erfolgte noch innerhalb der sechswöchigen Frist gem. § 1944 Abs. 1 BGB. Die Ausschlagungsfrist begann erst zu laufen, als der Ehemann Kenntnis von der Unwirksamkeit der Testamentsaufhebung durch den Prozessvergleich erlangt hatte. Ein **wirksames Widerrufstestament** könne in der Ausschlagungserklärung jedoch nicht gesehen werden, da jedenfalls die Testamentsform gem. §§ 2231 ff. BGB durch die bloße Unterschriftsbeglaubigung der maschinenschriftlichen Erklärung des Ehemanns seitens des Notars nicht eingehalten wurde.

Allerdings komme als Widerrufstestament i. S. v. § 2271 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 BGB das bereits im Jahre 2006 errichtete einseitige Testament des Ehemanns in Betracht. Nach h. M. könne ein **Widerrufstestament schon vor der Ausschlagung errichtet sein**, denn die Ausschlagung wirke gem. **§ 1953 BGB** auf den Erbfall zurück (J. Mayer, in: Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2271 BGB Rn. 47; MünchKommBGB/Musielak, 5. Aufl. 2010, § 2271 Rn. 21, 16; Staudinger/Kanzleiter, BGB, Neubearb. 2006, § 2271 Rn. 47; Klessinger, in: Dammrau, PK-Erbrecht, 2. Aufl. 2010, § 2271 BGB Rn. 61). Somit konnte nach Auffassung des OLG Bremen vorliegend das Widerrufstestament des Ehemanns aus dem Jahre 2006 nachträglich Wirkung entfalten.

Dies hatte gem. **§ 2270 Abs. 1 BGB** zur Folge, dass auch der im Wechselbezug stehenden **Erbeinsetzung des Ehemanns durch die Ehefrau die Grundlage entzogen** wurde. Folglich stand der **Alleinerbeneinsetzung des Patenkindes** durch das Testament aus dem Jahre 2007 nichts mehr entgegen. Diese letztwillige Verfügung wurde vielmehr **wirksam** und ist mangels abweichender nachfolgender Verfügung von Todes wegen auch für die Erbfolge nach der Ehefrau maßgeblich.

Mit dieser Annahme setzt sich das OLG Bremen in **Widerspruch zu** einer Entscheidung des **OLG Karlsruhe** aus dem Jahre 1998 (NJWE-FER 1999, 14, 15; abl. Keim, ZEV 1999, 413, 415 f.). Das OLG Karlsruhe hatte entschieden, dass über eine Ausschlagung des überlebenden Ehegatten nur die Schlusserbeneinsetzung durch den überlebenden Ehegatten und damit die Erbeinsetzung des überlebenden durch den erstverstorbenen Ehegatten beseitigt, nicht aber einem vorangegangenen Testament des Erstverstorbenen zur Wirksamkeit verholffen werden könne. Einer solchen Annahme stehe § 2271 Abs. 1 S. 2 BGB entgegen.

Fazit

Die vom OLG Bremen wegen der Divergenz zur Entscheidung des OLG Karlsruhe zugelassene Rechtsbeschwerde zum BGH wurde nicht eingelegt. Somit erhält der BGH nicht die Möglichkeit zu klären, ob dem Wiederaufleben des einseitigen Testaments der Ehefrau nicht evtl. die Abfassung des **Widerrufstestaments** bereits **vor dem Tod der erstversterbenden Ehefrau** entgegenstand (vgl. jurisPK-BGB/Reyemann, § 2271 Rn. 64.1). Zu Lebzeiten beider Ehegatten wäre ein Widerruf nur nach Maßgabe des § 2271 Abs. 1 BGB möglich gewesen, weswegen nach einer Ansicht in der Literatur allein ein nach dem Tod des Erstversterbenden verfasstes Widerrufstestament des Überlebenden beachtlich ist (Burandt/Rojahn/Braun, Erbrecht, 2011, § 2271 BGB Rn. 54). Das OLG Bremen behandelt dieses Problem nicht.

Literaturhinweise

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 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. Sebastian Herrler

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
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg