

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 164, 167, 180 – Generalvollmacht des Hauptvertreters als konkludente Untervollmacht an Dritte zur Vertretung des Generalvollmachtgebers

BGB §§ 2302, 2265, 2085 – Verzicht auf Widerruf der gegenseitigen Erbeinsetzung in privatschriftlichem gemeinschaftlichem Testament

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

GBO § 22 Abs. 1; ErbbauRG §§ 1 Abs. 1, 2 Nr. 7, 14 Abs. 2, 27, 28 – Keine Teilberichtigung des Grundbuchs; Verlängerungsoption für Erbbaurecht muss im Grundstücksgrundbuch eingetragen werden

##### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 164, 167, 180

#### Generalvollmacht des Hauptvertreters als konkludente Untervollmacht an Dritte zur Vertretung des Generalvollmachtgebers

##### I. Sachverhalt

S1 und S2 sind Miterben zu je 1/2 nach ihrem Vater E geworden. S1 hat seinem Bruder S2 im Januar 2017 eine umfassende Nachlassvollmacht erteilt, die auch zur Erteilung von Untervollmacht berechtigt. S2 hat seiner Tochter (T) im März 2018 eine notariell beurkundete Generalvollmacht (keine Vorsorgevollmacht) erteilt. In dieser Vollmacht ist von den Angelegenheiten Dritter oder einer Vertretung des Vollmachtgebers als Bevollmächtigter dritter Personen nicht die Rede.

Nunmehr ist geplant, eine Nachlassimmobilie zu verkaufen. S1 und S2 sind bereits im Grundbuch als Erben eingetragen. An der Beurkundung soll für S1 und S2 die T teilnehmen.

**Variante:** S2 hat die T bevollmächtigt, bevor S1 seinem Bruder S2 die Nachlassvollmacht erteilt hat.

##### II. Fragen

1. Kann T aufgrund der ihr von S2 erteilten Generalvollmacht auch S1 vertreten, wenn S1 seinem Bruder S2 eine Nachlassvollmacht erteilt hat?
2. Kommt es auf die zeitliche Reihenfolge der Erteilung von Haupt- und Untervollmacht an?

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Problemaufriss

Eine Vertretung des S1 durch T setzt voraus, dass T aufgrund einer Vollmacht (§ 164 Abs. 1 BGB) berechtigt ist, mit Wirkung für und gegen S1 Willenserklärungen abzugeben. Auf eine direkte Vollmacht kann sich T nicht stützen. Allerdings könnte T den S1 vertreten, wenn sich ihre Vollmacht über eine **Kette von Vollmachten** auf S1 zurückführen ließe. S1 hat S2 eine umfassende Nachlassvollmacht, S2 hat T wiederum im eigenen Namen eine Generalvollmacht erteilt.

###### 2. Vertreter des Vertreters

An einer Vollmacht für T würde es fehlen, wenn S2 der T nicht im eigenen Namen, sondern nur im Namen des

S1 eine solche Vollmacht hätte erteilen können. Denn bei Erteilung der Generalvollmacht an T hat S1 nicht im fremden Namen des S2, sondern im eigenen Namen gehandelt.

Nach gesichertem Stand der Rechtsprechung ist es jedoch möglich, dass der Hauptbevollmächtigte dem Unterbevollmächtigten Untervollmacht sowohl im Namen des Geschäftsherrn/Hauptvollmachtgebers als auch **im eigenen Namen** erteilt (BGH NJW 1960, 1565, 1566; NJW 1977, 1535; KG FGPrax 2015, 195 = RNotZ 2015, 567; OLG München NotBZ 2011, 452 = BeckRS 2011, 22446; abl. die ganz h. L.: BeckOK-BGB/Schäfer, Std.: 1.11.2018, § 167 Rn. 30; MünchKommBGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 167 Rn. 82; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 167 Rn. 62; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 167 Rn. 60; Muscheler, ZEV 2008, 213, 214). Man spricht im Hinblick auf die zweite Variante vom „**Vertreter des Vertreters**“. Dieser Figur liegt der Gedanke zugrunde, dass der Untervertreter im Namen des Hauptvertreters und zugleich für diesen im Namen des Vertretenen handelt. Es handelt sich um einen Fall der **Durchgangsvertretung** (Bous, RNotZ 2004, 483, 484).

Ein Fall der **Direktvertretung scheidet** vorliegend demgegenüber **aus**. Denn S2 hat die Vollmacht an T nur im eigenen Namen erteilt, nicht aber im Namen des S1. T könnte also nicht als unmittelbarer Vertreter des S1 mit Wirkung für und gegen ihn Willenserklärungen abgeben, sondern nur als Vertreter des S2 und „Vertreter des Vertreters“.

### 3. Auslegungsfragen

#### a) Auslegung der Hauptvollmacht

Die Unterbevollmächtigung durch den Hauptbevollmächtigten setzt zunächst voraus, dass der **Hauptbevollmächtigte zur** Erteilung der **Untervollmacht berechtigt** ist. Dies hängt von der Auslegung der Hauptvollmacht und der Frage ab, inwieweit der Vollmachtgeber ein **Interesse an der persönlichen Ausübung** der Vollmacht durch den Hauptbevollmächtigten hat (OLG München RNotZ 2013, 122, 125; MünchKommBGB/Schubert, § 167 Rn. 81).

Im vorliegenden Fall wurde dem Hauptbevollmächtigten S2 ausdrücklich das Recht eingeräumt, Untervollmacht zu erteilen. S2 war also berechtigt, der T für die Nachlassangelegenheiten des S1 eine Vollmacht zu erteilen.

#### b) Auslegung der Generalvollmacht des Hauptbevollmächtigten

Des Weiteren ist erforderlich, dass der Hauptbevollmächtigte (hier: S2) dem Unterbevollmächtigten (hier:

T) eine **Vollmacht in den Angelegenheiten des Geschäftsherrn (hier: S1)** erteilt hat.

Steht der Inhalt einer Vollmacht nicht eindeutig fest, bedarf die Vollmacht der Auslegung nach den allgemeinen gesetzlichen Regeln der §§ 133, 157 BGB. Es ist auf den **Sinn und Zweck** der Erklärung abzustellen (OLG München RNotZ 2013, 122, 124). Entscheidend kommt es bei einer Innenvollmacht auf das Verständnis und den **objektiven Empfängerhorizont** des (Unter-) Vertreters an (vgl. BGH NJW 1991, 3141; MünchKommBGB/Schubert, § 167 Rn. 60; BeckOK-BGB/Schäfer, § 167 Rn. 25).

Entscheidend wäre also, ob die Bevollmächtigte (T) die Vollmachtserteilung des S2 dahingehend verstehen durfte, dass ihr auch die Vollmacht erteilt wurde, für S2 als dessen Untervertreter für Dritte zu handeln.

Der Sinn und Zweck einer Generalvollmacht liegt darin, dass sie alle Rechtsgeschäfte erfasst, bei denen eine **Vertretung des Vollmachtgebers** möglich ist. Die Vollmacht zielt auf die Vertretung des Vollmachtgebers und auf die Besorgung von dessen Angelegenheiten. Es ist **nicht selbstverständlich**, dass der Generalvollmachtgeber mit der von ihm im eigenen Namen erteilten Vollmacht dem Bevollmächtigten die Rechtsmacht verleiht, **für einen Dritten** zu handeln. Bei einer **Vorsorgevollmacht** dürfte eine solche Auslegung in der Regel ausscheiden: Hier soll der Vertreter aufgrund der Vollmacht die Angelegenheiten des Vertretenen besorgen können und nicht die eines Dritten. So ist im Zusammenhang mit einer Betreuung nach den §§ 1896 ff. BGB anerkannt, dass der Betreuer nur Angelegenheiten des Betreuten selbst zu besorgen hat, nicht solche, die diesem als Vertreter eines Dritten obliegen, etwa Angelegenheiten der elterlichen Sorge (vgl. LG Rostock FamRZ 2003, 1691 m. Anm. Bienwald = NJW-RR 2003, 1370) oder Aufgaben, die ihm als Testamentsvollstrecker über den Nachlass eines Dritten zukommen (vgl. Zimmermann, FS Schwab 2005, S. 1099, 1103). Eine Vorsorgevollmacht ist daher **in aller Regel nicht so auszulegen**, dass der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten zugleich Untervollmachten zur Vertretung Dritter gestattet (G. Müller, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1099).

Im vorliegenden Fall wurde keine Vorsorgevollmacht erteilt, sondern eine **isolierte Generalvollmacht**. Dennoch wird man die vorstehenden Überlegungen **grundsätzlich ebenso** fruchtbar machen können: Die Vollmacht soll dem Vertreter die Möglichkeit geben, **für den Vollmachtgeber** Rechtsgeschäfte abzuschließen; die **Rechtswirkung** der Vertretung soll den Voll-

machtgeber treffen. Dies ist bei einer Vertretung des Vollmachtgebers für Dritte nicht der Fall. Auch wenn man von der Zulässigkeit des „Vertreters des Vertreters“ ausgeht, treffen den Hauptbevollmächtigten nicht die Wirkungen des Untervertreterhandelns. Vielmehr werden die Wirkungen des Rechtsgeschäfts nur „durch den (Haupt-)Vertreter hindurch“ auf den Vertretenen übergeleitet (BGH NJW 1960, 1565, 1566). Es wird kein Rechtsgeschäft für den Hauptbevollmächtigten abgeschlossen.

Wir gehen daher tendenziell nicht davon aus, dass die Beteiligten einer Generalvollmacht dem Bevollmächtigten die Rechte zur Vertretung eines Dritten vermitteln wollen. Die Vollmacht ist ihrer Natur nach nicht auf das fremdnützige Handeln für eine andere Person als den Vollmachtgeber bezogen.

**Anderes** mag man annehmen, **wenn besondere Anhaltspunkte** dafür bestehen, dass die Wahrnehmung der **Rechte des Vollmachtgebers eng mit den Belangen eines Dritten verzahnt** ist und die Vollmacht sinnvollerweise nur ausgeübt werden kann, wenn auf den Unterbevollmächtigten die dem Vollmachtgeber erteilten Vollmachten übergeleitet sind. Erteilt etwa ein Rechtsanwalt einem anderen Rechtsanwalt Vollmacht, ihn bei seiner Anwaltstätigkeit zu vertreten, so wird die Auslegung ergeben, dass sich die Vollmacht auch auf die dem bevollmächtigenden Rechtsanwalt erteilten Vollmachten erstreckt und diese im Wege der Untervollmacht weitergereicht werden. Mit anderen Worten: Sind die Angelegenheiten des Vollmachtgebers erkennbar auf eine fremdnützige Tätigkeit gerichtet, wird es dem Willen der Beteiligten entsprechen, dass der Bevollmächtigte auch die Vollmachten für den Vollmachtgeber ausüben kann.

Im vorliegenden Fall fehlt es aber an solchen besonderen Anhaltspunkten. Man wird daher nicht annehmen können, dass der Bevollmächtigte zum Handeln sowohl für den Vollmachtgeber als auch für dessen Miterben berechtigt ist, also dazu, die Nachlassangelegenheiten des Letzteren wahrzunehmen.

Ergänzend lässt sich dafür noch anführen, dass die Vollmacht ein **missbrauchsanfälliges Rechtsinstitut** ist, das dem Bevollmächtigten eine sehr starke Rechtsstellung verschafft. Wenn der Vollmachtgeber einem Dritten die Vollmacht erteilt, für ihn Rechte und Pflichten zu begründen, kann man nicht ohne Weiteres annehmen, der Bevollmächtigte würde damit auch seine Stellung als Vertrauensperson eines Dritten an den Bevollmächtigten weiterleiten. Die Ausübung der fremdnützig geprägten Position des Hauptbevollmächtigten beruht auf einer besonderen Interessenlage und lässt sich nicht

mit der Wahrnehmung der eigenen Angelegenheiten des Vollmachtgebers gleichsetzen.

Einen anderen Grundsatz wird man auch nicht dem **Beschluss des BGH** vom 20.1.2011 (DNotZ 2011, 361) entnehmen können. In dieser Entscheidung hat der BGH die **Generalvollmacht eines GbR-Gesellschafters** dahingehend ausgelegt, dass der Vertreter für den Gesellschafter auch die Vertretung der GbR wahrnehmen könne (so jetzt ebenfalls KG MittBayNot 2017, 368; OLG Zweibrücken RNotZ 2016, 247 = MittBayNot 2017, 575; OLG München RNotZ 2015, 495, 498 = MittBayNot 2016, 134). Der BGH hat sich in der Entscheidung auf das sehr fragwürdige Argument gestützt, dass die GbR keine Vollmacht erteilen könne. Außerdem würden „Zweifel“ beseitigt, weil der Bevollmächtigte nach dem Inhalt der Vollmacht auch das Stimmrecht der Vollmachtgeber in der Gesellschaft sollte ausüben können (BGH DNotZ 2011, 361 Tz. 12). Die Auslegung der Vollmacht ergab also, dass der Bevollmächtigte für die GbR sollte handeln können. Darüber hinaus betonte der BGH, dass die Vertretung der GbR durch die Gesellschafter zugleich die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten betraf („Handeln als Gesellschafter der Eigentümerin“, vgl. BGH DNotZ 2011, 361 Tz. 12). Aus der Entscheidung lässt sich daher nicht mit Gewissheit folgern, die Generalvollmacht sei allgemein dahin auszulegen, dass der Bevollmächtigte den Vollmachtgeber in seiner Eigenschaft als Vertreter eines Dritten vertreten könne.

### c) Besonderheiten der Auslegung von Erklärungen im Grundbuchverfahren

Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass die Vertretungsmacht gegenüber dem Grundbuchamt nachgewiesen werden muss (§ 29 Abs. 1 S. 1 GBO). Das Grundbuchverfahren ist in besonderer Weise formalisiert. Deswegen kommt es nach der Rechtsprechung bei der Auslegung im Grundbuchverfahren nicht auf den Empfängerhorizont des Bevollmächtigten an, sondern darauf, wie sich der **Inhalt der Vollmacht für einen objektiven Dritten** darstellt. Umstände außerhalb der Grundbucheklärungen dürfen daher nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (BGH NJW 1995, 1081, 1082; BayObLG, Beschl. v. 11.10.2004, BeckRS 2004, 11002; OLG Hamm FGPrax 2005, 240, 241; OLG München DNotZ 2011, 379, 380; Reuber, BWNNotZ 2018, 2, 3). Der Bestimmtheitsgrundsatz verlangt, dass die Auslegung der Vollmacht zu einem eindeutigen und zweifelsfreien Ergebnis führt (OLG Hamm FGPrax 2005, 240, 241; OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.10.2014, BeckRS 2015, 13193, Tz. 9; vgl. allg. BGH NJW 1995, 1081, 1082; Schönher/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 172). Bei der Auslegung ist auch auf den Sinn

und Zweck der Vollmacht abzustellen, wie er sich für einen unbeteiligten Dritten darstellt (vgl. OLG Hamm FGPrax 2010, 10, 11; OLG München FGPrax 2014, 102, 103). Führt die Auslegung der Vollmachtsurkunde zu keinem eindeutigen und zweifelsfreien Ergebnis, so ist grds. der geringere Umfang der Vollmacht anzunehmen (OLG München NotBZ 2011, 452; Reuber, BWNotZ 2018, 2, 5).

Der Wortlaut der Vollmacht enthält im konkreten Fall **keinen Anhaltspunkt** dafür, dass die Vollmacht des S2 die Wahrnehmung der Vertretungsmacht erfasst, die S2 von Dritten eingeräumt wurde. Aus dem Sinn und Zweck der Generalvollmacht ergibt sich ebenso wenig, dass die Vollmacht auf die Vertretung Dritter als Unterbevollmächtigter des Hauptvertreters bezogen ist. Unseres Erachtens lässt sich deshalb auch im Grundbuchverfahren die Vertretungsmacht der T für S1 nicht nachweisen.

Nicht in Betracht kommen dürfte schließlich eine Vollmachtsbescheinigung nach § 21 Abs. 3 S. 1 BNotO i. V. m. § 34 GBO, bei der die Vertretungskette offengelegt wird (BGH DNotZ 2017, 303 Tz. 11).

#### d) Zwischenergebnis

Eine Generalvollmacht betrifft nur die eigenen Angelegenheiten des Vollmachtgebers und nicht die Angelegenheiten, die dieser für einen Dritten als Vertreter wahrnimmt, sofern es keine besonderen Anhaltspunkte für einen abweichenden Erklärungsinhalt gibt. Solche Anhaltspunkte fehlen im vorliegenden Fall.

#### 4. Variante: Reihenfolge der Bevollmächtigungen

Abschließend ist zu prüfen, wie sich die Reihenfolge der Vollmachtserteilung auswirkt und ob die Figur des „**Vertreters des Vertreters**“ **überhaupt anwendbar** ist, wenn die Untervollmacht (anders als im Ausgangsachverhalt) vor der Hauptvollmacht erteilt wurde. In diesem Fall spricht zunächst umso mehr dafür, dass die Untervollmacht nicht die Angelegenheiten des Hauptbevollmächtigten erfasst und dass die Beteiligten die Besorgung fremder Angelegenheiten durch den Unterbevollmächtigten überhaupt nicht hereinnehmen wollen. Ausgeschlossen ist eine Einbeziehung gleichwohl nicht; Haupt- und Unterbevollmächtigter müssen aber den Willen haben, dass der Unterbevollmächtigte sämtliche – auch künftigen – Vollmachten des Hauptvollmachtgebers soll ausüben können.

Schwierigkeiten bereitet freilich die Frage, **wie die Untervollmacht gegenüber dem Hauptvollmachtgeber Wirksamkeit erlangt**. Nach teilweise vertretenen

Ansicht kann der Geschäftsherr die Untervollmacht genehmigen, wenn die Hauptvollmacht im Zeitpunkt der Unterbevollmächtigung noch nicht bestand. Dies gelte auch beim „Vertreter des Vertreters“. Der Hauptbevollmächtigte handele in dieser Konstellation zwar nicht als Vertreter des Vertretenen. Die Untervollmacht werde jedoch mit der Maßgabe verliehen, dass der Unterbevollmächtigte nur mit Wirkung für und gegen den Geschäftsherrn handeln könne. Der Hauptvertreter sei insoweit wie ein Vertreter des Geschäftsherrn zu behandeln (Bous, RNotZ 2004, 483, 485; ähnl. Soergel/Leptien, § 167 Rn. 62). Die Untervollmacht könnte dann später vom Hauptbevollmächtigten genehmigt werden (§ 177 BGB).

Hält man diese Auffassung für richtig, so fragt sich, ob **§ 180 S. 1 BGB** (Verbot der vollmachtlosen Vertretung bei einseitigem Rechtsgeschäft) der Genehmigungsfähigkeit entgegensteht. Nach h. M. ist die Vorschrift auch dann **anzuwenden, wenn ein falsus procurator eine Vollmacht erteilt** (Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, Einl. E Rn. 72; Staudinger/Schilken, § 180 Rn. 1; Soergel/Leptien, § 180 Rn. 6; a. A. Schippers, DNotZ 1997, 683, 685; vgl. zum Ganzen Gutachten DNotI-Report 2016, 51 f.). **§ 180 S. 2 BGB** dürfte vorliegend **nicht einschlägig** sein: § 180 S. 2 Var. 1 BGB lässt die Genehmigung zu, wenn der Vertreter die Vertretungsmacht zur Erteilung einer Vollmacht behauptet. Das setzt voraus, dass aus dem Handeln des Bevollmächtigten hervorgeht, für einen anderen aufzutreten (BeckOK-BGB/Schäfer, § 180 Rn. 6). Im vorliegenden Fall wird der Hauptvertreter S2 die Vertretungsmacht für S1 nicht behauptet haben, wenn sie ihm noch nicht einmal erteilt war. Eine Genehmigungsfähigkeit nach § 180 S. 2 Var. 2 BGB kommt nur in Betracht, wenn der Unterbevollmächtigte mit dem Handeln des *falsus procurator* einverstanden war. Dies setzt die Kenntnis des Unterbevollmächtigten von der fehlenden Vertretungsmacht des Hauptbevollmächtigten voraus (vgl. BeckOK-BGB/Schäfer, § 180 Rn. 8). Da dem Unterbevollmächtigten wohl nicht bewusst war, dass der Hauptbevollmächtigte für einen Dritten handelte, liegt dies eher fern. Es ist daher zweifelhaft, ob die Hauptvollmacht überhaupt noch genehmigt werden könnte.

Wenn man die Konstruktion des Vertreters des Vertreters für stimmig hält, **könnte** jedoch – entgegen der vorgenannten Auffassung – die **Genehmigung** der Untervollmacht überhaupt **entbehrlich sein**. Die Untervollmacht wurde dem Unterbevollmächtigten vom Hauptbevollmächtigten im eigenen Namen erteilt und kann sich ihrem Inhalt nach auch auf die Wahrnehmung von Hauptvollmachten beziehen, die dem Hauptbevollmächtigten künftig erteilt werden.

Die Untervollmacht entfaltet zunächst nur gegenüber dem Hauptbevollmächtigten Wirkung. Ihre Wirkung „durch den (Haupt-)Vertreter hindurch“ (BGH NJW 1960, 1565, 1566) erlangt sie unter der aufschiebenden Bedingung der Erteilung der Hauptvollmacht. Wird die Hauptvollmacht wirksam, hat der Unterbevollmächtigte ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit, für den Hauptbevollmächtigten zu handeln (in diese Richtung auch OLG Zweibrücken RNotZ 2016, 247: Generalvollmacht des Gesellschafters kann zur Vertretung der GbR auch dann berechtigen, wenn die GbR im Zeitpunkt der Vollmachtserteilung noch nicht existierte). Es erscheint uns daher überzeugend, dass eine Genehmigung der Untervollmachtserteilung weder notwendig noch möglich ist, wenn die Hauptvollmacht zu einem späteren Zeitpunkt wirksam wird.

Wir gehen mithin davon aus, dass es auf die Reihenfolge der Vollmachtserteilung nicht ankommt; allerdings kann die Reihenfolge ein Gesichtspunkt bei der Auslegung sein.

## 5. Ergebnis und Schlussfolgerung

a) Eine abstrakt gehaltene Generalvollmacht ist u. E. grundsätzlich nicht dahingehend auszulegen, dass dem Bevollmächtigten Untervollmacht für alle Angelegenheiten erteilt wird, in denen der Generalvollmachtgeber seinerseits von Dritten bevollmächtigt ist. Für die „Weitergabe“ der Vollmacht des Hauptbevollmächtigten bedarf es besonderer Anhaltspunkte. Im vorliegenden Fall dürfte es daher nicht möglich sein, dass T ihren Onkel S1 aufgrund der Generalvollmacht des S2 vertritt. Überdies wird es nicht gelingen, im Grundbuchverfahren einen entsprechenden Nachweis zu erbringen.

b) Unseres Erachtens spielt die zeitliche Reihenfolge der Vollmachtserteilung beim „Vertreter des Vertreters“ keine Rolle. Diese Rechtsfigur ist auch dann anwendbar, wenn die Untervollmacht vor der Hauptvollmacht erteilt wurde – sofern sich aus der Untervollmacht ergibt, dass sie sich auf die Vertretung des Vollmachtgebers als Vertreter Dritter erstreckt.

---

## BGB §§ 2302, 2265, 2085

### Verzicht auf Widerruf der gegenseitigen Erbeinsetzung in privatschriftlichem gemeinschaftlichem Testament

---

#### I. Sachverhalt

Eheleute haben sich in einem eigenhändigen Testament gegenseitig zu Erben eingesetzt und auf das Recht verzichtet, die Erbeinsetzung zu widerrufen.

#### II. Fragen

1. Ist der Verzicht auf den Widerruf verfahrensrechtlich zulässig?
2. Ist das Testament insgesamt unwirksam oder nur der Verzicht?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Widerruf und Widerrufsverzicht beim gemeinschaftlichen Testament

Die Eheleute haben ein gemeinschaftliches Testament nach den §§ 2265 ff. BGB errichtet. Darin enthaltene gegenseitige Erbeinsetzungen der Eheleute sind im Zweifel nicht als einseitige, sondern als **wechselbezügliche Verfügung** getroffen (§ 2270 Abs. 1 u. 2 Var. 1 BGB). An die Wechselbezüglichkeit der Erbeinsetzungen knüpft das Gesetz **zu Lebzeiten** des jeweils anderen Ehegatten noch nicht die Unwiderruflichkeit der jeweiligen Verfügung, sondern nur die **Formpflichtigkeit eines Widerrufs** nach §§ 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 Abs. 2 S. 2 BGB (notarielle Beurkundung).

Erst **nach dem Tod** des erstversterbenden Ehegatten werden wechselbezügliche Verfügungen des überlebenden Ehegatten für diesen **bindend**, entsprechend der für den Erbvertrag geltenden Vorschrift des **§ 2289 Abs. 1 S. 2 BGB** (s. nur Palandt/Weidlich, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2271 Rn. 12 ff.).

Dem zusätzlich von den Eheleuten erklärten **Widerrufsverzicht** steht die Regelung des **§ 2302 BGB entgegen**: Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, ist nichtig. Unter dieses Verbot fällt auch die Verpflichtung, eine Verfügung von Todes wegen nicht zu ändern (OLG Stuttgart NJW 1989, 2700 = BWNNotZ 1989, 164). Positiv gewendet enthält die Vorschrift die Aussage, dass das Gesetz eine **Einschränkung der Testierfreiheit nur durch Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament** zulässt (Palandt/Weidlich, § 2302 Rn. 1). Durch gemeinschaftliches Testament lässt sich zu Lebzeiten des anderen Ehegatten aber wegen §§ 2270, 2271,

2296 BGB gerade keine unwiderrufliche Verfügung treffen (vgl. zum Ganzen auch Staudinger/Kanzleiter, BGB, 2014, § 2302 Rn. 4 ff.). Auch der in einem Erbvertrag enthaltene Verzicht auf Rücktritts- oder Aufhebungsrechte nach den §§ 2290 ff. BGB verstößt gegen § 2302 BGB und ist unwirksam (BeckOGK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.11.2018, § 2302 Rn. 9; vgl. ferner BGH NJW 1959, 625). Entsprechendes hat für ein gemeinschaftliches Testament zu gelten.

## 2. Umdeutung

Die Verpflichtung, eine bestimmte Verfügung von Todes wegen nicht aufzuheben, kann bei entsprechendem Inhalt der Verfügung (§ 2278 Abs. 2 BGB) und Wahrung der notwendigen Form in einen **Erbvertrag** zugunsten des Bedachten **umgedeutet** werden (§ 140 **BGB**; vgl. BGH DNotZ 1980, 761 = BeckRS 1980, 31070512; Staudinger/Kanzleiter, § 2302 Rn. 13). Ein Erbvertrag entfaltet bereits zu Lebzeiten des anderen Vertragspartners die materielle Bindungswirkung nach § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB.

Voraussetzung der Umdeutung gem. § 140 BGB ist jedoch, dass **sämtliche Wirksamkeitserfordernisse des Ersatzrechtsgeschäfts**, in die das nichtige Rechtsgeschäft umgedeutet wird, erfüllt sind. Dazu gehört – wie bereits erwähnt – die für das Ersatzgeschäft vorgeschriebene Form (Staudinger/Roth, 2015, § 140 Rn. 23; Palandt/Ellenberger, § 140 Rn. 5). An der für den Erbvertrag erforderlichen **notariellen Beurkundung** (§ 2276 Abs. 1 BGB) **fehlt** es vorliegend aber.

## 3. Auswirkung der Unwirksamkeit des Widerrufsverzichts auf den weiteren Testamentsinhalt

Fraglich bleibt, ob nur der Widerrufsverzicht unwirksam ist oder darüber hinaus das gemeinschaftliche Testament der Eheleute insgesamt. Soweit – wie vorliegend – eine Verfügung von Todes wegen mehrere selbständige Verfügungen enthält, gilt für diese Frage § 2085 **BGB**. Diese Regelung weicht von der allgemeinen Vorschrift des § 139 BGB bewusst ab: Die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen hat die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur zur Folge, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen hätte. Die demzufolge notwendige **Testamentsauslegung** (dazu Palandt/Weidlich, § 2085 Rn. 1) ist zwar eine Frage des Einzelfalls, zu deren Beantwortung alle Umstände – auch solche außerhalb der Testamentsurkunde – herangezogen werden müssen. Fehlt es aber an eindeutigen Anhaltspunkten, so würden wir nach der Lebenserfahrung das Gegenteil annehmen, dass nämlich **hilfsweise zumindest** eine zu Lebzeiten des anderen Ehegatten **widerrufliche gegenseitige Erbeinsetzung gewollt** war. Damit bliebe das

gemeinschaftliche **Testament im Übrigen** – abgesehen von der Widerrufsklausel – **wirksam**.

## 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.

**Erbbaurecht §§ 2, 5, 7**

**Zahlung an den Grundstückseigentümer im Falle der Vermietung bzw. Verpachtung ohne Zustimmung des Eigentümers und dingliche Sicherung durch Höchstbetragshypothek; Verweigerung der Zustimmung zur Veräußerung bei Nichteintritt in schuldrechtliche Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag**

Abruf-Nr.:

**PreisKlG §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 Nr. 1**

**Indexklausel bei einem Kaufpreis mit Ratenzahlung über einen Zeitraum von 10 Jahren; Begriff der „wiederkehrenden Zahlung“**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**GBO § 22 Abs. 1; Erbbaurecht §§ 1 Abs. 1, 2 Nr. 7, 14 Abs. 2, 27, 28**

**Keine Teilberichtigung des Grundbuchs; Verlängerungsoption für Erbbaurecht muss im Grundbuchgrundbuch eingetragen werden**

**1. Eine Berichtigung des Grundbuchs ist nur in der Weise zulässig, dass es die im Zeitpunkt der Berichtigung bestehende materielle Rechtslage insgesamt zutreffend darstellt.**

**2. Weist der Eigentümer des mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks in grundbuchmäßiger Form nach, dass das im Grundbuch eingetragene Erbbaurecht durch Zeitablauf erloschen ist, kann das Grundbuch auf Berichtigungsantrag des Eigentümers ohne Bewilligung des (früheren) Erbbauberechtigten nur dadurch berichtigt werden, dass auf entsprechenden Antrag des Eigentümers gleichzeitig ebenfalls die Entschädigungsforderung des Erbbaurech-**

**berechtigten für den Eigentumsverlust am Bauwerk eingetragen wird (Anschluss an BGHZ 197, 140). Auch eine isolierte Löschung nur des als Inhalt des Erbbaurechts vereinbarten Vorkaufsrechts am Grundstück scheidet aus.**

OLG München, Beschl. v. 30.8.2018 – 34 Wx 67/18

### Problem

Ein Erbbaurecht ist auf 20 Jahre befristet. Als Inhalt des Rechts sind ein dingliches Vorkaufsrecht am Grundstück (§ 2 Nr. 7 ErbbauRG) sowie Regelungen über die Entschädigung bei Erlöschen durch Zeitablauf (§§ 27, 28 ErbbauRG) vereinbart worden. Daneben enthält der Erbbaurechtsvertrag eine Verlängerungsoption, wonach sich das Erbbaurecht zweimal um jeweils zehn Jahre verlängert, wenn es nicht fristgemäß gekündigt wird. Die Verlängerungsoption kommt im Grundstücksgrundbuch nicht zum Ausdruck, der Eintragungsvermerk nimmt insoweit auf das Erbbaugrundbuch („gemäß Erbbaugrundbuch Bd. ... Bl. ...“) Bezug.

Mit Verweis auf den Ablauf der 20 Jahre begehrt die Grundstückseigentümerin Grundbuchberichtigung gem. § 22 Abs. 1 GBO. Ihren Antrag beschränkt sie jedoch auf die Löschung des im Grundstücksgrundbuch eingetragenen Vorkaufsrechts. Das Grundbuchamt weist den Antrag zurück: Die materiell-rechtlichen Folgen der fehlenden Eintragung der Verlängerungsoption seien höchstgerichtlich nicht entschieden, weshalb nicht mit der nötigen Sicherheit nachgewiesen sei, dass das Erbbaurecht und mit ihm das Vorkaufsrecht erloschen seien.

### Entscheidung

Über die Beschwerde gegen die Zurückweisung hat das OLG München entschieden. Das OLG hält sie für unbegründet: Die Zurückweisung des Berichtigungsantrags durch das Grundbuchamt sei – im Ergebnis – zutreffend.

Die Entscheidung verhält sich zunächst zur **Doppelnatur des Erbbaurechts**. Dieses werde einerseits wie ein Grundstück behandelt (§ 11 Abs. 1 ErbbauRG) und deshalb als eigentumsgleiches Recht im Bestandsverzeichnis des Erbbaugrundbuchs eingetragen. Andererseits stelle sich das Erbbaurecht rechtlich als eine Grundstücksbelastung dar (§ 1 Abs. 1 ErbbauRG), weshalb es daneben in Abteilung II des Grundstücksgrundbuchs einzutragen sei. Für Entstehung und Bestand sei die Grundstücksgrundbucheintragung entscheidend, während sich der nähere dingliche Inhalt aus dem Erbbaugrundbuch ergebe. Eintragungsmängel in dem einen Grundbuch könnten aber nicht durch Eintragung in dem anderen Grundbuch geheilt werden. Deshalb

gelte: **Was im Grundstücksgrundbuch einzutragen sei, damit das Recht wirksam entstehe, könne nicht durch Bezugnahme auf das Erbbaugrundbuch (§ 14 Abs. 2 ErbbauRG) ersetzt werden.**

Bedingungen, so das Gericht weiter, gehören nach allgemeinem Verständnis nicht zum Inhalt einer dinglichen Grundstücksbelastung, die sich durch Bezugnahme zum Grundbuchinhalt machen lassen. Sie müssten daher im Eintragungsvermerk selbst zum Ausdruck kommen; nur zur näheren Kennzeichnung sei eine Bezugnahme zulässig. Im Anschluss an die Literatur (vgl. MünchKommBGB/Heinemann, 7. Aufl. 2017, § 14 ErbbauRG Rn. 2; BeckOK-BGB/Maaß, Std.: 1.11.2018, § 14 ErbbauRG Rn. 2; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1724) folgert das OLG München daraus, dass **Bedingungen des Erbbaurechts im Grundstücksgrundbuch einzutragen seien**. Da die Verlängerungsoption, die das Gericht als aufschiebende Bedingung einordnet, nicht im Eintragungsvermerk des Grundstücksgrundbuchs enthalten sei, sei das Erbbaurecht nur für eine Dauer von 20 Jahren entstanden. Das Erbbaurecht sei daher mittlerweile erloschen und mit ihm das als dessen Inhalt vereinbarte dingliche Vorkaufsrecht. An die Stelle des Erbbaurechts trete der Entschädigungsanspruch des Erbbauberechtigten nach §§ 27, 28 ErbbauRG.

Dem auf Löschung allein (!) des Vorkaufsrechts gerichteten Antrag könne man dennoch nicht stattgeben. Die Berichtigung des Grundbuchs aufgrund Unrichtigkeitsnachweises gem. § 22 Abs. 1 GBO bezwecke, die Richtigkeit des Grundbuchinhalts herzustellen. **Über § 22 Abs. 1 GBO dürfe das Grundbuch deshalb nur in der Weise berichtigt werden, dass es den geänderten materiellen Rechtszustand insgesamt richtig wiedergebe**. Erlösche ein dingliches Vorkaufsrecht, das gem. § 2 Nr. 7 ErbbauRG als Inhalt des Erbbaurechts bestellt worden sei, infolge des Erlöschens des Erbbaurechts, könne somit das Vorkaufsrecht im Wege der Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO nur zusammen mit dem Erbbaurecht und der Eintragung der Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten (§§ 27, 28 ErbbauRG) gelöscht werden (Anschluss an BGH DNotZ 2013, 850). Eine isolierte Löschung lediglich des Vorkaufsrechts über § 22 Abs. 1 GBO scheidet hingegen aus, da dadurch die von § 22 Abs. 1 GBO bezweckte Übereinstimmung zwischen Grundbuchinhalt und materieller Rechtslage nicht herbeigeführt werde.

### Praxishinweis

Bei der Formulierung eines Berichtigungsantrags nach § 22 Abs. 1 GBO ist Vorsicht geboten. Er muss darauf gerichtet sein, die Richtigkeit des Grundbuchinhalts

insgesamt (wieder-)herzustellen. Isolierten Anträgen, die zu einer bloßen „Teilberichtigung“ führen würden, droht Zurückweisung.

Soll bei der Bestellung eines Erbbaurechts eine Bedingung vereinbart werden, ist darauf zu achten, dass diese im Eintragungsvermerk des Grundstücksgrundbuchs selbst zum Ausdruck gebracht wird.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)**

---

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notar a. D. Dr. Johannes Weber

**Redaktion:** 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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit