

**letzte Aktualisierung:** 16.9.2022

KG, Beschl. v. 26.8.2022 – 1 W 262/22

**GBO § 35; BGB §§ 138, 2064, 2065**

**Nachweis der Erbfolge durch öffentliches Testament mit Nacherbeneinsetzung nach Art der sog. „Dieterle-Klausel“**

Zum Nachweis der Erbfolge im grundbuchrechtlichen Berichtigungsverfahren bei Verwendung der sog. „Dieterle-Klausel“ in einem öffentlichen Testament.

## Gründe

### I.

- 1 Der Beteiligte zu 1 strebt die Berichtigung des im Beschlusseingang näher bezeichneten Grundbuchs nach dem Tod seiner Mutter (im Folgenden: Erblasserin) an. Diese ist in Abt. I als Eigentümerin eingetragen.
- 2 Die Erblasserin bestimmte am 7. September 2016 zur UR-Nr. 359/2016 der Notarin Dr. J... H... in B... die Beteiligten zu 1 bis 3 zu ihren Erben. Die Beteiligte zu 2 ist die Tochter der Erblasserin, der Beteiligte zu 3 der Sohn der Beteiligten zu 2. Zu dem Beteiligten zu 3 traf die Erblasserin soweit vorliegend von Bedeutung folgende Regelung:
- 3 „2. Soweit mein Enkel [der Beteiligte zu 3] Erbe wird, ist er nur von den gesetzlichen Beschränkungen befreiter Vorerbe. Nacherbe auf seinen Tod sind seine gewillkürten eigenen Erben, ersatzweise meine Tochter [die Beteiligte zu 2]. Als Nacherbe ausgenommen ist der Vater meines Enkels, dessen Abkömmlinge aus anderen Verbindungen und seine Verwandten aufsteigender Linie. Die Nacherbenanwartschaften sind jeweils zwischen Erbfall und Nacherbfall nicht vererblich und nicht übertragbar. Verstirbt der Vater meines Enkels vor Eintritt des Nacherbfalls ohne Hinterlassung von Abkömmlingen und Verwandten aufsteigender Linie, so entfällt die Nacherbfolge. Verstirbt er ohne Hinterlassung von weiteren Abkömmlingen, jedoch unter Hinterlassung sonstiger Verwandten, so kann der Vorerbe die Nacherbfolge beseitigen, indem er eine eigene letztwillige Verfügung errichtet, in der er Erben einsetzt, die nicht zu dem ausgeschlossenen Personenkreis gehören.“
- 4 Die Erblasserin verstarb am 21. Januar 2021. Sie hinterließ neben den Beteiligten zu 1 und 2 noch eine weitere Tochter. Das Amtsgericht Mitte eröffnete u.a. die vorgenannte letztwillige Verfügung am 7. Mai 2021.
- 5 Unter dem 7. November 2021 hat der Beteiligte zu 1 unter Beifügung des Eröffnungsprotokolls vom 7. Mai 2021 sowie u.a. einer mit einem Eröffnungsvermerk des Amtsgerichts Mitte versehenen Ablichtung der UR-Nr. 3.../2... die Berichtigung des Grundbuchs durch seine und der Eintragung der Beteiligten zu 2 und 3 anstelle der Erblasserin beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 26. November 2021 die Vorlage eines Erbscheins erfordert. Das Testament verstoße hinsichtlich der Regelungen zur Nacherbfolge gegen § 2065 Abs. 2 BGB. Zudem werde der Beteiligte zu 3 in der Freiheit seiner Erbenbestimmung beschränkt, was gegen § 138 BGB verstoße. Nach hiergegen erhobenen Einwendungen der Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 1 hat das Grundbuchamt am 29. März 2022 eine im Ergebnis inhaltsgleiche Zwischenverfügung erlassen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 12. Mai 2022, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 17. Mai 2022 nicht abgeholfen hat.

### II.

- 6 1. Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie wirksam durch die in ihrer Eigenschaft als Notarverwalterin ihres eigenen Notariats handelnde Verfahrensbevollmächtigte des Beteiligten zu 1 erhoben worden. Dies folgt jedenfalls aus der zur Akte gereichten Verfahrensvollmacht, §§ 10 Abs. 2 Nr. 3, 11 FamFG, 57 Abs. 1 BNotO, 164, 167 BGB (vgl. BGH, NJW 1971, 42, 43).

- 7 2. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Die von dem Grundbuchamt aufgezeigten Eintragungshindernisse bestehen nicht. Deshalb waren beide Zwischenverfügungen nicht veranlasst, § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO.
- 8 a) Die Berichtigung einer unrichtigen Grundbucheintragung erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 GBO, wenn die Unrichtigkeit durch öffentliche Urkunden, § 29 GBO, nachgewiesen wird, § 22 Abs. 1 GBO. Bei Unrichtigkeit des Grundbuchs wegen des Todes eines Berechtigten ist der Nachweis der Erbfolge grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen, § 35 Abs. 1 S. 1 GBO.
- 9 Beruht die Erbfolge aber auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, genügt es in der Regel, wenn an Stelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden, § 35 Abs. 1 S. 2 HS 1 GBO. Das Grundbuchamt hat eine solche Verfügung von Todes wegen dahin zu überprüfen, ob sich aus ihr das von dem Antragsteller behauptete Erbrecht ergibt. Es hat die Verfügung in eigener Verantwortung auszulegen, auch wenn es sich um die Klärung rechtlich schwieriger Fragen handelt. Die Pflicht zu eigener Auslegung entfällt allerdings dann, wenn für diese erst zu ermittelnde tatsächliche Umstände maßgebend sind (vgl. Senat, Beschluss vom 29. Oktober 2020 – 1 W 1463/20 – ZEV 2020, 764; Beschluss vom 23. Juni 2020 – 1 W 1276/20 – DNotZ 2021, 195, 196). Entsprechende Ermittlungen sind hier nicht erforderlich.
- 10 b) Der Erblasser kann ein Testament nur persönlich errichten, § 2064 BGB. Dabei muss er sich über sämtliche wesentlichen Teile seiner letztwilligen Verfügung allein schlüssig werden. Es ist ihm nicht gestattet, seinen letzten Willen in der Weise unvollständig zu äußern, dass es einem Dritten überlassen bleibt, ihn nach seinem Belieben oder Ermessen in wesentlichen Teilen zu ergänzen. Zu ihnen gehören die Bestimmungen über den Gegenstand der Zuwendung und über die Person des Bedachten, § 2065 Abs. 2 BGB (BGHZ 15, 199, 200).
- 11 Hingegen ist der Erblasser nicht gehindert, seinen letzten Willen auch hinsichtlich der Person des Bedachten und des Gegenstandes der Zuwendung bedingt zu äußern. Er kann insbesondere eine Erbeinsetzung unter einer Bedingung vornehmen, wobei die Bedingung auch in einem Tun oder Unterlassen des Bedachten oder eines Dritten bestehen kann. Er muss jedoch die Person des Bedachten und den Gegenstand der Zuwendung so bestimmt angeben, dass die Bestimmung des Erben durch einen Dritten für jede sachkundige Person objektiv möglich ist, ohne dass ihr eigenes Ermessen dabei bestimmend ist (Senat, Beschluss vom 5. Februar 1998 – 1 W 6796/95 – DNotZ 1999, 679, 683).
- 12 Danach sollen Regelungen zulässig sein, zu Nacherben im Wege einer Bedingung diejenigen Personen zu bestimmen, die der Vorerbe zu seinen Erben einsetzt (OLG München, MittBayNot 2018, 50, 52; OLG Stuttgart, FamRZ 2005, 1863, 1865; ebenso zur Ersatzerbenstimmung: OLG Hamm, MittBayNot 2019, 594, 595; Kanzleiter, MittBayNot, 2019, 595; Reimann, ZEV 2019, 277, 278; Selbherr, in: Kroiß/Mayer, NK-Kommentar, 6. Aufl., § 2065, Rdn. 21; Leipold, in: Münchener Kommentar, BGB, 8. Aufl., § 2065, Rdn. 24; Gomille, in: BeckOGK BGB, § 2065, Stand August 2021, Rdn. 44; Lietzenburger, BeckOK BGB, Stand Mai 2022, § 2065, Rdn. 21; Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl., § 2065, Rdn. 6; Otte, in: Staudinger, BGB 2019, § 2065, Rdn. 48, 53; Lenz-Brendel, in: jurisPK-BGB, § 2065, Stand April 2020, Rdn. 42; Ivo, DNotZ 2002, 260). Dem entspricht das zur UR-Nr.

359/2016 beurkundete Testament vom 7. September 2016 (vgl. Fröhler, in: Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung, 5. Aufl., 6. Kap. B. III, Rdn. 36; Gaberdiel, Rpfleger 1966, 265).

- 13 Nach anderer Ansicht seien solche Regelungen wegen Verstoßes gegen § 2065 Abs. 2 BGB nichtig (OLG Frankfurt am Main, DNotZ 2001, 143, 144; Hölscher, in: BeckOGK BGB, § 2151, Stand Mai 2022, Rdn. 65ff; Lamberz, Rpfleger 2019, 457f). In Folge dessen ist aus Gründen des notariellen Gebots, den sichersten Weg zu gehen, von der Verwendung solcher testamentarischer Regelungen wie vorliegend (sog. „Dieterle-Klausel“, vgl. Dieterle, BWNotZ 1970, 170, 1971, 14, 15f) abgeraten worden (Kanzleiter, DNotz 2001, 149, 150; Küpper, in: BeckOGK, BGB, § 2100, Stand Juli 2022, Rdn. 408; Dietz, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl., § 17, Rdn. 136; Kössinger, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl., § 21, Rdn. 41a).
- 14 Der Senat schließt sich der erstgenannten Auffassung an. Dabei erkennt er nicht, dass die von dem Grundbuchamt beanstandete Klausel in dem notariellen Testament der Erblasserin einer Bestimmung im Sinne des § 2065 Abs. 2 Alt. 1 BGB nahe kommt. Im Zeitpunkt der Testamentserrichtung war nicht absehbar – und ist es bis heute nicht –, ob und welche Personen der damals erst 4-jährige Beteiligte zu 3 zu seinen Erben bestimmen werde. Die Bestimmung der Nacherben der Erblasserin hängt damit nicht nur von einer Handlung – Testamentserrichtung durch den Beteiligten zu 3 –, sondern von dessen darin zum Ausdruck kommenden Willen ab. Die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, kann der Erblasser aber nicht einem anderen überlassen, § 2065 Abs. 2 Alt. 1 BGB. Hingegen kann nicht übersehen werden, dass der Beteiligte zu 3 bei Errichtung einer eigenen Verfügung von Todes wegen unmittelbar nur seine eigenen Erben bestimmen wird, § 1937 BGB. Auf deren Stellung als Nacherben nach der Erblasserin werden solche letztwilligen Verfügungen des Beteiligten zu 3 nur mittelbar Einfluss haben. Seine letztwilligen Anordnungen werden sich also nicht in der Bestimmung der Nacherben der Erblasserin erschöpfen, was nach § 2065 Abs. 2 Alt. 1 BGB allerdings unzulässig wäre (OLG München, a.a.O., 51; BayObLG, NJW 1966, 662, 663).
- 15 Die Abgrenzung zwischen unmittelbarer und lediglich mittelbarer Bestimmung der (Nach-)Erben eines Erblassers durch Dritte ist aber durchaus von entscheidender Bedeutung für die Frage der Anwendung des § 2065 Abs. 2 BGB und hierfür auch ein geeignetes Kriterium (Otte, a.a.O., Rdn. 44). Unabhängig davon, ob der Dritte – hier der Vorerbe – die letztwillige Verfügung des Erblassers kennt, wird es ihm bei der Errichtung einer eigenen letztwilligen Verfügung in erster Linie auf die Regelung des eigenen Nachlasses und die Bestimmung der eigenen Erben ankommen. Diesen Personen auch einen im Rahmen der Vorerbschaft erworbenen Nachlass zukommen zu lassen, wird für den Vorerben hingegen von untergeordnetem Interesse sein.
- 16 Anders ist es bei dem Erblasser. Ihm kommt es offenbar darauf an, insoweit einen Gleichlauf zwischen den Erben seines Vorerben und den eigenen Nacherben zu erlangen. Damit bestimmt aber nicht der Dritte/Vorerbe über die Person der Nacherben des Erblassers. Diese Entscheidung trifft vielmehr der Erblasser selbst. Dass er die Person des Bedachten in seiner letztwilligen Verfügung nicht individuell benennt, ist nicht erforderlich, wenn sie sich aus Umständen außerhalb der Urkunde bestimmen lässt (vgl. BGHZ 15, 199, 201). Das ist vorliegend möglich. Nacherben sind entweder die von dem Beteiligten zu 3 zu seinen Erben bestimmten Personen oder – ersatzweise – die von der Erblasserin konkret bezeichnete Beteiligte zu 2.

- 17 c) Der Senat vermag auch die Bedenken des Grundbuchamts an einer möglichen sittenwidrigen Einflussnahme der Erblasserin auf die Testamentsfreiheit des Beteiligten zu 3 nicht zu teilen. Bereits die Annahme des Grundbuchamts, mittels der Erbschaft werde Druck auf den begünstigten Enkel aufgebaut, sich von seinem Vater bzw. seinen väterlichen Verwandten nicht nur wirtschaftlich, sondern auch persönlich zu entfremden, findet in den letztwilligen Anordnungen der Erblasserin keine Grundlage.
- 18 Der Beteiligte zu 3 wird keineswegs gehindert, seine Erben frei zu bestimmen. Insbesondere kann er ohne weiteres auch seinen Vater bzw. andere väterliche Verwandte benennen. Zwar führt das dann zum Ausschluss dieser Erben als Nacherben nach der Erblasserin. Die Erblasserin hat damit eine negative Bestimmung der Nacherben bezogen auf ihren Nachlass getroffen. Das ist aber so wenig zu beanstanden, wie die konkrete Benennung der Beteiligten zu 2 als Ersatznacherbin für diesen Fall.