

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts****Abruf-Nr.: 170157****letzte Aktualisierung: 27. Juni 2019****BGB §§ 2032, 2033 Abs. 1****Übertragung von unterschiedlich belasteten Erbteilen auf denselben Erwerber mit aufschiebend bedingter Rückübertragung und unter Vorbehalt eines Nießbrauchs****I. Sachverhalt**

Die Erblasserin E ist verstorben und wurde von A und B zu je ½-Erbanteil beerbt. Zum ungeteilten Nachlass gehören drei Grundstücke, die im gleichen Grundbuchblatt vermerkt sind. In der Folgezeit übertrug A seinen ½-Erbanteil am Nachlass der Erblasserin E auf C, der im Wege der Grundbuchberichtigung als Miterbe in das vorgenannte Grundbuch eingetragen wurde. Im Rahmen dieses Übertragungsvertrages hatten A und C vereinbart, dass bei Eintritt bestimmter Voraussetzungen C den ihm übertragenen ½-Erbanteil am Nachlass der Erblasserin aufschiebend bedingt auf A zurückübertrug, ohne dass es einer weitergehenden Beurkundung bedurfte.

Im vorgenannten Grundbuch wurde hinsichtlich des übertragenen Erbanteils eine Verfügungsbeschränkung zulasten von C und zugunsten von A in Abt. II des Grundbuchs eingetragen.

2019 beurkundet der Notarvertreter einen Übertragungsvertrag, in dem nun auch B seinen ½-Erbanteil am Nachlass der Erblasserin E auf C überträgt. Als Gegenleistung wird ein Nießbrauch zulasten des übertragenen Erbanteils und zugunsten von B vereinbart. Des Weiteren wird wiederum eine aufschiebend bedingte Rückübertragung hinsichtlich des übertragenen Erbanteils zwischen B und C vereinbart, wenn bestimmte Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind und zulasten von C und zugunsten von B die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch bewilligt und beantragt.

Das Grundbuchamt beanstandet den Eintragungsantrag hinsichtlich der Verfügungsbeschränkung, da durch die Übertragung von beiden Erbanteilen auf ein und dieselbe Person die Erbanteile ihre Selbstständigkeit verloren hätten und somit die Verfügungsbeschränkung nicht eintragungsfähig wäre.

**II. Fragen**

1. Verlieren die jeweils zeitversetzt auf C übertragenen Erbanteile am Nachlass der E durch Vereinigung in einer Person tatsächlich ihre Selbstständigkeit, wenn hinsichtlich des zuerst auf C übertragenen Erbanteils eine Verfügungsbeschränkung vereinbart und die Eintragung im Grundbuch erfolgt ist, oder verlieren durch diese Beschränkung die Erbanteile gerade nicht ihre Selbstständigkeit, da sie unterschiedlich belastet sind?

2. Spielt der Umstand eine entscheidungserhebliche Rolle für die erste Frage, dass beide übertragenen Erbanteile mit identischen Verfügungsbeschränkungen zugunsten unterschiedlicher Personen belastet sind?

### III. Zur Rechtslage

1. Eine Erbengemeinschaft kann grundsätzlich nur aus mehreren Personen bestehen. Vereinen sich **sämtliche Erbanteile** in der Person des Erbteilerwerbers, kommt es zur Auflösung der Erbengemeinschaft und des Gesamthandsvermögens. Alleineigentümer des gesamten Vermögens wird der Erbteilerwerber. Die Erbanteile gehen unter, der Erwerber kann über die Anteile nicht mehr verfügen (vgl. RGZ 88, 116, 118; BGH WM 2016, 528 Tz. 11; NJW 2018, 3650 Tz. 11; Staudinger/Löhnig, BGB, 2016, § 2033 Rn. 5, 5b).
2. Fraglich ist, ob die Erbengemeinschaft mit den Erbteilen entgegen dem vorgenannten Grundsatz fortbesteht, wenn der Erwerber den zunächst erworbenen Erbanteil unter einer aufschiebenden Bedingung weiter übertragen hat und der später erworbene Erbanteil mit einem Nießbrauch belastet ist.

Die Frage nach dem Fortbestand der Erbteile bei unterschiedlichen Verfügungsbeschränkungen ist noch nicht abschließend geklärt.

- a) Der BGH hat die Frage, ob es zu einer Konsolidation bei einer Erbengemeinschaft bei unterschiedlich belasteten Anteilen komme, ausdrücklich offengelassen (BGH DNotZ 2007, 70 Tz. 11).

Kürzlich hat der BGH jedoch entschieden, dass die Erbengemeinschaft auch dann erlischt, wenn der **Vorerbe** die übrigen Erbanteile hinzuerwirbt, die keiner Nacherbenbindung unterliegen (BGH NJW 2018, 3650 Tz. 14; so bereits auch Ludwig, DNotZ 2000, 67, 74). Nach Auffassung des BGH unterliegt dann der gesamte Nachlass der Verfügungsbeschränkung des § 2113 Abs. 1 BGB (BGH NJW 2018, 3650 Tz. 23).

- b) Demgegenüber soll nach Auffassung des BGH bei einer **zweigliedrigen Personengesellschaft**, in der ein Gesellschafter gestorben ist und der einzige Mitgesellschafter dessen Gesellschaftsanteil als Vorerbe erwirbt, der betroffene Gesellschaftsanteil bis zum Eintritt der Nacherbfolge nicht untergehen und der Testamentsvollstreckung unterliegen können (BGHZ 98, 48, 57 = NJW 1986, 2431; vgl. für Nachlassinsolvenz OLG Hamm ZEV 1999, 234, 236).

Auch für die **Belastung eines Gesellschaftsanteils mit einem Nießbrauch** soll es nach h. M. nicht zu einem Untergang des Gesellschaftsanteils kommen (LG Hamburg NZG 2005, 926; Oetker/Lieder, HGB 5. Aufl. 2017, § 105 Rn. 38; Schäfer, in: Habersack/Schäfer Das Recht der OHG, 2. Aufl. 2018, § 105 Rn. 73; a. A. OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 619, 620; Wertenbruch, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl. 2014, § 105 Rn. 56). Das OLG Schleswig hat demgegenüber entschieden, dass diese Ausnahme nicht für die Belastung des Anteils mit einem **Eigennießbrauch** gilt (OLG Schleswig NJOZ 2006, 902, 904 f.). Der Zedent sei nicht schutzwürdig. Das Gestaltungsziel könne man auch auf anderem Wege erreichen. Bei einem Fremdnießbrauch gelte hingegen anderes. Denn die Rechtsstellung des Dritten dürfe nicht beeinträchtigt werden (OLG Schleswig NJOZ 2006, 902, 905).

Es erscheint daher zweifelhaft, ob die Bestellung des Nießbrauchs für B das Fortbestehen von dessen Anteil nach der Vereinigung sämtlicher Erbanteile in der Person des C rechtfertigt.

- c) Im vorliegenden Fall ist jedoch zu berücksichtigen, dass der **andere Anteil** an der Erbengemeinschaft durch den Erwerber bereits an A unter einer aufschiebenden Bedingung zurückübertragen wurde (§§ 2033 Abs. 1, 158 Abs. 1 BGB). A hat somit bereits ein **Anwartschaftsrecht** an dem Erbteil erlangt. Ginge man nun davon aus, dass die Erbanteile mit dem Erwerb des Anteils des B durch C untergegangen sind, würde das in der Konsequenz bedeuten, dass A sein Anwartschaftsrecht am Erbteil ohne seine Mitwirkung verlieren würde, weil B seinen Erbanteil ebenfalls auf C übertragen hat. Dies wäre aber mit der Wertung des § 161 Abs. 1 S. 1 BGB unvereinbar, wonach Verfügungen des Verfügenden, die dieser während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Falle des Bedingungseintritts dem Berechtigten gegenüber unwirksam sind. Dies muss erst recht gelten, wenn die Verfügung durch einen Dritten (hier: B) getroffen wurde.

Es wäre deshalb nicht vertretbar, von einem endgültigen Erlöschen der Erbengemeinschaft auszugehen. Vielmehr wird man aus Gründen des Verkehrsschutzes und des gesicherten Status des Anwartschaftsrechts von einem Fortbestehen der Erbengemeinschaft ausgehen müssen.

Es stellt sich lediglich die Frage, ob die Erbengemeinschaft nach dem Rechts-gedanken von § 2143 BGB wieder auflebt und bis zum Bedingungseintritt als inexistent zu betrachten ist, wenn es zum Bedingungseintritt kommt. Für die Anordnung der Nacherbfolge in Bezug auf einen Anteil des Vorerben wird dies teilweise angenommen (Oetker/Lieder, § 105 Rn. 39; Schäfer, § 105 Rn. 73; a. A. MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 105 Rn. 25; Henssler, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 105 Rn. 39).

Unseres Erachtens kann es nicht überzeugen, von einem vorübergehenden Erlöschen der Erbengemeinschaft und einem Wiederaufleben im Falle des Bedingungseintritts auszugehen. Denn es bliebe unklar, wie sich der Schutz des Erben vor Verfügungen über Nachlassgegenstände während des Schwebezustands erreichen ließe, wenn gar kein Erbteil mehr existiert und das Objekt des Anwartschaftsrechts damit gegenstandslos ist (vgl. zur Eintragung der Verfügungsbeschränkung nur BayObLG MittBayNot 1994, 223). Außerdem muss A das Anwartschaftsrecht erhalten bleiben, damit er weitere Verfügungen treffen kann. Damit wäre es unvereinbar, wenn der Erbteil wegen der vorübergehenden Vereinigung der Erbteile in der Person des C erlöschen und damit das Anwartschaftsrecht untergehen würde.

3. Im Ergebnis halten wir die Auffassung des Grundbuchamts daher für unzutreffend und gehen von einem Fortbestand der Erbengemeinschaft aus.