

daß dieser trotz langjähriger Mitarbeit im Betrieb des Klägers noch ungesichert sei; deshalb wolle sie ihm ihren Hausanteil übertragen. Darauf habe der Kläger gesagt, es sei sehr schön, wenn seine Frau die Hälfte auf den Schwiegersohn überschreibe. Mit dieser Begründung kann das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben.

1. Die Erblasserin war durch den Erbvertrag mit dem Kläger vom 28.11.1954 auf die dort vereinbarte (vertragsmäßig verfügte) Erbfolge festgelegt; spätere Verfügungen der Erblasserin von Todes wegen wären, soweit sie die Rechte des zum Vertragserben eingesetzten Klägers beeinträchtigt hätten, gem. § 2289 Abs. 1 BGB unwirksam gewesen. Wollte die Erblasserin sich von dieser Bindung nachträglich wieder lösen und ihre Testierfreiheit — ganz oder teilweise — wieder erlangen, dann bedurfte es dazu einer entsprechenden Aufhebung des Erbvertrages nach § 2290, § 2291 oder § 2292 BGB. Eine solche Aufhebung ist nicht zustande gekommen.

a) Soweit darüber hinaus die Auffassung vertreten wird, auch die formlose Einwilligung des vertragsmäßig bedachten Vertragspartners in eine seine Rechte beeinträchtigende Verfügung von Todes wegen sei geeignet, den Erblasser von seiner Bindung zu befreien und weitere Verfügungen von Todes wegen — im Rahmen der Einwilligung — trotz § 2289 Abs. 1 BGB wirksam werden zu lassen, vermag der Senat dem nicht zu folgen.

Die Frage ist umstritten. Während das Reichsgericht (RGZ 134, 325, 327; DJ 1938, 1368, 1369) und im Ergebnis im entschiedenen Falle auch der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes — dieser unter Zuhilfenahme des Arglistseinwandes — (Urteil vom 28.4.1958 — III RZ 98/56 — LM BGB § 2271 Nr. 7) eine formlose Zustimmung haben ausreichen lassen, hat der erkennende Senat die Frage im Anschluß an die Rechtsprechung des früheren IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 7.12.1977 — IV ZR 20/76 LM BGB § 1829 Nr. 5 [= MittBayNot 1978, 111 = DNotZ 1978, 300]) ausdrücklich offengelassen (BGHZ 83, 44, 49). Er entscheidet die Frage nunmehr dahin, daß die formlose Zustimmung insofern nicht ausreicht.

Die gegenteilige Rechtsprechung des Reichsgerichts nimmt nicht genügend Bedacht darauf, daß das Gesetz sowohl die Aufhebung eines Erbvertrages als auch den Verzicht auf berechnete Erberwartungen (§ 2348 BGB) an die Einhaltung strenger Formvorschriften knüpft. Diesem Gesichtspunkt hat der Bundesgerichtshof besonderes Gewicht beigelegt. Demgemäß hat der frühere IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes bereits in seiner in BGHZ 26, 204 veröffentlichten Grundsatzentscheidung ausgesprochen, daß die Freistellungsklausel, durch die dem Erblasser in einem Erbvertrag vorbehalten wird, über die Vergabe seines Nachlasses in bestimmtem Rahmen anders zu verfügen als in dem Erbvertrag vorgesehen ist, der Form des § 2276 BGB bedarf. An dieser Entscheidung, die allgemeine Zustimmung gefunden hat (vgl. z.B. *Coling*, NJW 1958, 689, 692), ist im Interesse der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit uneingeschränkt festzuhalten. Mit dieser Linie wäre es aber nicht vereinbar, RGZ 134, 325 aufrechtzuerhalten und die Bindung des Erblassers an seine vertragsmäßig verfügten Anordnungen bereits mit einer formlosen Zustimmung des Erbvertragspartners oder des Bedachten enden zu lassen (ebenso z.B. *MK-Musielak*, BGB § 2289 Rdnr. 18; a.M. z.B. *Erman/Hense*, BGB 7. Aufl. § 2289 Rdnr. 5).

b) Die hieran anschließende weitere Frage, ob die formlose Einwilligung des Vertragserben in eine ihn benachteiligende Schenkung unter Lebenden im Sinne von § 2287 BGB ihm jedenfalls (stets) den Schutz nach dieser Vorschrift nimmt, ist ebenfalls zu verneinen (vgl. dazu Nachweise in BGHZ 83, 44, 49). Gewiß ist es richtig, daß der Vertragserbe die Möglichkeit haben muß, auf den Schutz des § 2287 BGB auch vor dem Erbfall zu verzichten. Jedoch gebietet es die Nähe eines solchen Verzichts zum Erbverzicht (§§ 2346, 2352 BGB), insoweit auf die Einhaltung der Form des § 2348 BGB abzustellen. Diesen Weg ist der Senat bereits für die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gem. § 2347 Abs. 1 BGB gegangen (BGHZ 83, 44, 49 f.). Auch der vorliegende Fall zeigt, daß es sowohl im Interesse der Rechtsklarheit als auch des Schutzes des (angeblich) Verzichtenden vor unüberlegten Äußerungen der notariellen Form bedarf.

c) Damit ist freilich nicht gesagt, daß dem Bedachten der sich auf den Erbvertrag beruft, seine Zustimmung zu der ihn beeinträchtigenden späteren Verfügung nicht in einem Einzelfall unter dem Gesichtspunkt des Arglistseinwandes mit Erfolg entgegengehalten werden könnte (vgl. z.B. *Staudinger/Kanzleiter*, BGB 12. Aufl. § 2289 Rdnr. 19).

2. ...

12. BGB § 2222; GBO §§ 40, 51 (*Grundstücksveräußerung durch den Vorerben mit Verzicht des Nacherbentestamentvollstreckers auf Eintragung des Nacherbenvermerks*)

1. Der Nacherbentestamentvollstrecker nach § 2222 BGB kann wirksam auf die Eintragung des Nacherbenvermerks im Grundbuch verzichten. Das Grundbuchamt ist nicht befugt, die Zweckmäßigkeit eines derartigen Verzichts zu prüfen.

2. Verfügt der Vorerbe über ein Nachlaßgrundstück zugunsten eines Dritten, so kann der Dritte ohne Voreintragung des Vorerben als Eigentümer nach dem Erblasser eingetragen werden, wenn zugleich der Nacherbe auf die Eintragung des Nacherbenvermerks verzichtet.

BayObLG, Beschluß vom 1.6.1989 — BReg. 2 Z 119/88 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten sind Geschwister; sie sind Miteigentümer je zur Hälfte eines Hausgrundstücks. Als Alleineigentümer des von diesem Verfahren betroffenen Hausgrundstücks ist der am 26.12.1987 verstorbene Vater der Beteiligten eingetragen. Dieser hat durch notarielles Testament die Beteiligten, seine einzigen Kinder, als Vorerben zu gleichen Teilen eingesetzt. Nacherben sind deren eheliche Abkömmlinge, soweit sie beim Ableben des Vorerben vorhanden sind, und zwar jeweils nach Stämmen zu gleichen Teilen. Außerdem ist die Beteiligte zu 2 zum Testamentsvollstrecker zur Wahrung der Rechte der Nacherben nach dem Beteiligten zu 1 und der Beteiligte zu 1 zum Testamentsvollstrecker zur Wahrung der Rechte der Nacherben nach der Beteiligten zu 2 bestimmt.

Am 18.1.1988 schlossen die Beteiligten, die beide bisher keine Kinder haben, einen notariellen Überlassungs- und Erbvertrag, in dem die Beteiligte zu 2 dem Beteiligten zu 1 ihren 1/2-Miteigentumsanteil an dem gemeinsamen Hausgrundstück in W. überträgt. Als Gegenleistung dafür soll die Beteiligte zu 2 im Weg der Erbaueinandersetzung Alleineigentümerin des vom Vater geerbten Hausgrundstücks werden. Dieser Auseinandersetzung stimmte die Beteiligte zu 2 als Testamentsvollstreckerin der Nacherben nach dem Beteiligten zu 1, der Beteiligte zu 1 stimmte ihr als Testamentsvollstrecker der Nacherben nach der Beteiligten zu 2 zu. In der gleichen Eigenschaft verzichteten die Beteiligten auf die Eintragung des Nacherbenvermerks im Grundbuch bei dem vom Vater geerbten Grundstück. In der Urkunde bewilligen und beantragen die Beteiligten die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch, beim geerbten Grundstück möglichst ohne Zwischeneintragung der Beteiligten als Erben.

Den vom Verfahrensbevollmächtigten eingereichten Vollzugsantrag hat das Amtsgericht — Grundbuchamt — mit Zwischenverfügung vom 6.5.1988 beanstandet. Zum Vollzug der Erbauseinandersetzung und deren Eintragung ohne Nacherbenvermerk sei die Zustimmung der Nacherben erforderlich. Die von den Beteiligten als Nacherbentestamentsvollstreckern abgegebenen Zustimmungen seien unwirksam, weil darin unentgeltliche Verfügungen über den Nachlaß lägen. Außerdem schließe § 181 BGB eine wirksame Vertretung der Nacherben durch die Beteiligten aus. Deshalb müßten eine Genehmigung durch einen Pfleger für die derzeit noch unbekannten Nacherben und die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Erklärung des Pflegers vorgelegt werden. Die Beschwerde der Beteiligten gegen die Zwischenverfügung hat das Landgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel der Beteiligten führt zur Aufhebung des Beschlusses des Landgerichts und der Zwischenverfügung des Grundbuchamts. Das angenommene Eintragungshindernis besteht nicht.

1. ...

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Prüfung nicht stand:

a) Bei der Eintragung eines Vorerben im Grundbuch hat das Grundbuchamt das Recht des Nacherben von Amts wegen mit einzutragen (§ 51 GBO). Deshalb scheidet bei Verfügungen eines Vorerben über ein zum Nachlaß gehörendes Grundstück zugunsten eines Dritten die unmittelbare Eintragung des Dritten nach § 40 GBO in der Regel aus (*KEHE/Eickmann* GBR 3. Aufl. § 51 Rdnr. 27). Das gilt nur dann nicht, wenn der Nacherbe der Verfügung zugestimmt hat (*Horber/Demharter* GBO 17. Aufl. § 40 Anm. 2 b aa; *KEHE/Eickmann* § 51 Rdnr. 27) oder wenn der Nacherbe auf die Eintragung des Nacherbenvermerks verzichtet hat, weil dann von vorneherein die Eintragung des Nacherbenvermerks zu unterbleiben hat (OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 228/229; *Horber/Demharter* Anm. 9 a, *KEHE/Eickmann* Rdnr. 17, jeweils zu § 51).

Im vorliegenden Fall haben die Beteiligten als Testamentsvollstrecker zur Wahrung der Rechte der Nacherben einen solchen Verzicht auf den Nacherbenvermerk in der Form des § 29 Abs. 1 GBO erklärt.

b) Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen sind diese Erklärungen der Beteiligten als Testamentsvollstrecker für die Nacherben ausreichend, um einen Verzicht auf die Eintragung von Nacherbenvermerken im Grundbuch zu bewirken.

(1) Nach herrschender Meinung können Mitvorerben zu Nacherbentestamentsvollstreckern nach § 2222 BGB ernannt werden und dieses Amt ausüben (*Palandt/Edenhofer* BGB 48. Aufl. Anm. 1 a, *Erman/Hense* BGB 7. Aufl. Rdnr. 3, *Soergel/Damrau* BGB 11. Aufl. Rdnr. 3, *Staudinger/Reimann* BGB 12. Aufl. Rdnr. 5, jeweils zu § 2222; *Haegele/Winkler* Der Testamentsvollstrecker 9. Aufl. Rdnr. 153; zweifelnd *MünchKommBrandner* BGB § 2222 Rdnr. 4).

Ein derartiger Testamentsvollstrecker nimmt, wie sich aus § 2222 BGB ergibt, alle Rechte und Pflichten des Nacherben wahr. Er tritt voll an seine Stelle; soweit er Erklärungen anstelle des Nacherben abgeben kann, scheidet die Bestellung eines Pflegers für den Nacherben aus (BayObLGZ 1959, 493/501; *Haegele/Winkler* Rdnr. 155; *Palandt/Edenhofer* Anm. 1 a a. E., *Erman/Hense* Rdnr. 2, *Soergel/Damrau* Rdnr. 6, *MünchKommBrandner* Rdnr. 2, jeweils zu § 2222). Bei der Abgabe von Willenserklärungen für den Nacherben, auch wenn dieser unbekannt oder noch nicht volljährig oder

gar noch nicht geboren ist, unterliegt der Nacherbentestamentsvollstrecker auch nicht der Kontrolle des Vormundschaftsgerichts (*Haegele/Winkler* a. a. O.; *MünchKommBrandner* a. a. O.).

(2) Die Vorinstanzen haben zwar zu Recht ausgeführt, daß dem Nacherbentestamentsvollstrecker die rechtliche Befugnis fehlt, auf die Anwartschaft des Nacherben selbst zu verzichten, dem Vorerben also die Stellung eines Vollerben zu verschaffen (KG JW 1937, 1553/1554; *Kipp/Coing* Erbrecht 13. Bearbeitung S. 435; *Palandt/Edenhofer* Anm. 1 a, *Erman/Hense* Rdnr. 1, *MünchKommBrandner* Rdnr. 6, *Staudinger/Reimann* Rdnr. 11, jeweils zu § 2222). Darum geht es aber im vorliegenden Fall nicht. Denn durch den Verzicht auf die Eintragung des Nacherbenvermerks im Grundbuch wird das Recht, bei dem der Vermerk einzutragen wäre, nicht frei von den Rechten des Nacherben. Der Nacherbe verzichtet dadurch lediglich auf die Wirkung des Nacherbenvermerks, so daß ein gutgläubiger Dritter das Grundstück frei vom Nacherbenrecht erwerben könnte (KG KGJ 52, 166/169 f.; RGZ 151, 395/397; OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 228/229; *Horber/Demharter* Anm. 9 a, *KEHE/Eickmann* Rdnr. 17, jeweils zu § 51 GBO).

Der Verzicht kann bei Bestellung eines Testamentsvollstreckers für die Nacherben nur von diesem erklärt werden. Er enthält keine Verfügung über das Nacherbenrecht oder über einen Nachlaßgegenstand und kann daher unbeschränkt vom Testamentsvollstrecker erklärt werden (KG DNotZ 1930, 480; OLG München JFG 20, 294/297; *Haegele/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 8. Aufl. Rdnr. 3506; *Horber/Demharter* § 51 Anm. 9 a a. E.; *Staudinger/Reimann* § 2222 Rdnr. 13; *Lange/Kuchinke* Lehrbuch des Erbrechts 3. Aufl. S. 390 Fn. 63; a. A. *Kipp/Coing* S. 435 Fn. 3). An die Erklärung des Verzichts durch den Nacherbentestamentsvollstrecker ist das Grundbuchamt gebunden; eine Überprüfung der Erklärung darauf, ob sie zweckmäßig ist und ordnungsmäßiger Wahrnehmung der Interessen des Nacherben entspricht, steht dem Grundbuchamt nicht zu (KG DNotZ 1930, 480/481; *Haegele/Winkler* Rdnr. 158; *Staudinger/Reimann* § 2222 Rdnr. 13; *Haegele* BWNotZ 1974, 109/114), auch wenn der Testamentsvollstrecker dem Nacherben gegenüber für etwaige Verstöße gegen die Verpflichtung zu ordnungsmäßiger Verwaltung verantwortlich ist (§ 2216 Abs. 1, § 2219 BGB).

(3) Da die Beteiligten den Verzicht auf die Eintragung des Nacherbenvermerks nicht sich selbst gegenüber erklärt haben, sondern gegenüber dem Grundbuchamt, stellt sich die Frage eines Verstoßes gegen § 181 BGB nicht (BayObLGZ 1951, 456/462; OLG Hamm NJW 1965, 1489/1490; vgl. BGHZ 94, 132/137).

(4) Da die Verzichtserklärungen der Beteiligten als Nacherbentestamentsvollstrecker für sich allein schon dazu führen, daß Nacherbenvermerke am Nachlaßgrundstück nicht einzutragen sind, ist es unerheblich für den Vollzug der Eintragungsanträge der Beteiligten, ob ihre Zustimmungserklärungen zu der Erbauseinandersetzung in ihrer Eigenschaft als Nacherbentestamentsvollstrecker wirksam sind. Im übrigen würden diese Zustimmungen nichts daran ändern, daß die Rechte der Nacherben nach § 2111 BGB sich auf die Surrogate des aus dem Nachlaß ausgeschiedenen Grundstücks erstrecken. Das wäre bei beiden Beteiligten jeweils ein ideeller Hälftebruchteil an den von ihnen erworbenen Hausgrundstücken.

Die vom Grundbuchamt in seiner Zwischenverfügung beanstandeten Eintragungshindernisse bestehen somit nicht.