

letzte Aktualisierung: 26.08.2020

OLG Köln, Beschl. v. 19.12.2019 – 2 Wx 343/19

GBO §§ 39, 40

Anwendbarkeit des § 40 GBO bei Eintragung eines Nießbrauchs

Bei der Eintragung eines Nießbrauchs an einem Grundstück mittels einer postmortalen Vollmacht zur Erfüllung eines Vermächtnisses bedarf es der Voreintragung der Erben im Grundbuch. § 40 GBO findet keine Anwendung.

Oberlandesgericht Köln, 2 Wx 343/19

Datum: 19.12.2019
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 Wx 343/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2019:1219.2WX343.19.00

Tenor: Die Beschwerde des Beteiligten zu 1) vom 21.10.2019 gegen die Zwischenverfügung des Amtsgerichts – Grundbuchamts – Schleiden vom 08.10.2019, SL-57xx-x, wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Frist zur Behebung des Eintragungshindernisses bis zum 10.02.2020 verlängert wird.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat der Beteiligte zu 1) zu tragen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

I.

Im Grundbuch des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes ist die am 19.08.2019 verstorbene A (im Folgenden: Erblasserin) als Eigentümerin eingetragen.

Die Erblasserin hatte am 10.07.2018 ein vom Amtsgericht - Nachlassgericht – Schleiden am 20.09.2019 eröffnetes notarielles Testament errichtet – UR.Nr. 2xx/2018 des Notariatsverwalters Dr. B in C (Bl. 44 ff. d.A.). Darin hatte die Erblasserin ihre Tochter D als alleinige Vollerbin, ersatzweise deren Kinder, die Beteiligten zu 2) bis 4), als Erben zu gleichen Teilen eingesetzt. Dem Beteiligten zu 1) hat sie im Wege des Vermächtnisses u.a. ein lebenslanges und unentgeltliches Nießbrauchrecht an dem im Rubrum bezeichneten Grundstück zugewandt. Weiterhin hat die Erblasserin den Beteiligten zu 1) in dem notariellen Testament unwiderruflich und unter Befreiung von § 181 BGB bevollmächtigt, die Erfüllung der Vermächtnisse an sich selbst durchzuführen und alle hierzu erforderlichen Erklärungen, Bewilligungen und Anträge für alle Erben abzugeben. Letztlich hat sie den Beteiligten zu 1) „vorsorglich“ auch zum Testamentsvollstrecker über ihren Nachlass berufen mit der einzigen Aufgabe, die Erfüllung der Vermächtnisse an sich selbst durchzuführen.

Am 26.08.2019 hat die Tochter der Erblasserin, Frau D, die Erbschaft nach der Erblasserin zur Niederschrift des Amtsgerichts – Nachlassgerichts – Schleiden ausgeschlagen (Bl. 49 ff. d.A.).

Mit notariell beurkundetem Vermächtniserfüllungsvertrag vom 27.09.2019 – UR.Nr. 1285/2019 des Notars E in F – hat sich der Beteiligte zu 1), im eigenen Namen und aufgrund unwiderruflicher postmortaler Vollmacht der Erblasserin vom 10.07.2018 handelnd, den Nießbrauch an dem im Rubrum bezeichneten Grundstück eingeräumt sowie die Eintragung bewilligt und beantragt. Mit Schriftsatz vom 02.10.2019 hat der beurkundende Notar E unter Vorlage einer beglaubigten Abschrift des notariell beurkundeten Vermächtniserfüllungsvertrages vom 27.09.2019 Grundbuchberichtigung entsprechend der Erbfolge nach der Erblasserin und Eintragung des Nießbrauchrechts zugunsten des Beteiligten zu 1) beantragt.

Durch Zwischenverfügung vom 08.10.2019 hat das Grundbuchamt darauf hingewiesen, dass zur erforderlichen Voreintragung der Erben die Vorlage eines Erbscheins erforderlich sei. Es liege zwar ein notariell beurkundetes Testament vor. Dem Grundbuchamt sei es aber nicht möglich zu beurteilen, ob die Ausschlagung der Tochter der Erblasserin wirksam sei. Eine Ausnahme vom Grundsatz des Erfordernisses der Voreintragung der Erben als Betroffene sei nicht ersichtlich. Zudem sei die postmortale Vollmacht von der Beteiligten zu 2) gegenüber dem Grundbuchamt aus wichtigem Grund widerrufen worden. Weiterhin habe die Beteiligte zu 2) vorgetragen, dass die Berufung des Beteiligten zu 1) auf die postmortale Vollmacht im Hinblick auf von den Erben geltend gemachten Einreden gegen den Vermächtnisanspruch missbräuchlich sei. Das Grundbuchamt hat zunächst eine Frist bis zum 17.10.2019 gesetzt, um den Antrag zurückzunehmen, und angekündigt, dass nach Ablauf der Frist die Zurückweisung des Antrags erfolgen werde. Mit Verfügung vom 16.10.2019 hat das Grundbuchamt die Frist verlängert bis zum 31.10.2019.

Gegen diese dem Beteiligten zu 1) am 09.10.2019 und 17.10.2019 zugestellten Zwischenverfügungen hat dieser

mit am 24.10.2019 dem Grundbuchamt vorgelegten Schriftsatz vom 21.10.2019 Beschwerde eingelegt. Zur Begründung hat er ausgeführt, dass keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich seien, dass die Ausschlagung der eingesetzten Erbin nicht wirksam sein sollte. Auch ein wirksamer Widerruf der postmortalen Vollmacht liege nicht vor. Es fehle an einem wichtigen Grund. Es sei nicht ersichtlich, dass den Erben Einreden gegen den Vermächtnisanspruch gem. §§ 1992, 2322 BGB zustehen. Im Übrigen würde eine Überschuldung des Nachlasses nicht zu einem Wegfall des Vermächtnisses führen, sondern allenfalls zu einem Kürzungsrecht in Form eines Zahlungsanspruchs der Erben gegen den Vermächtnisnehmer. Letztlich sei auch nicht davon auszugehen, dass die Primärerbin ihre Pflichtteilsansprüche gegenüber den Ersatzerben geltend machen werde.

Durch am 31.10.2019 erlassenen Beschluss hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 114 f. d.A.).

II.

Die Beschwerde ist gem. § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen in zulässiger Weise gem. § 73 GBO eingelegt worden.

In der Sache hat die Beschwerde indes keinen Erfolg.

Das Grundbuchamt hat in der Zwischenverfügung vom 08.10.2019 zu Recht die Vorlage eines Erbscheins zum Nachweis der Erbfolge nach der Erblasserin verlangt. Nach § 39 GBO soll eine Eintragung, hier die Eintragung eines Nießbrauchs zugunsten des Beteiligten zu 1), nur erfolgen, wenn die Personen, deren Recht durch die Eintragung betroffen wird, hier die Erben der Erblasserin, (vor-) eingetragen sind. Hier sind die durch die Eintragung des Nießbrauchs betroffenen Erben aber nicht eingetragen. Ihre Eintragung als Eigentümer und diejenigen, die von der Eintragung des Nießbrauchs betroffen sind, kann ohne Vorlage eines Erbscheins auch nicht im Wege der Berichtigung erfolgen.

1.

Nach § 35 Abs. 1 S. 1 GBO ist der Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen. Beruht die Erbfolge jedoch auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt nach § 35 Abs. 1 S. 2 GBO die Vorlage dieser Urkunde und der Eröffnungsniederschrift. Dabei ist das Grundbuchamt im Rahmen der inhaltlichen Überprüfung der notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung gegebenenfalls auch selbst zu deren Auslegung unter Heranziehung des Urkundeninhalts, allgemein bekannter oder offenkundiger Tatsachen, sonstiger ihm vorliegender öffentlicher Urkunden und der gesetzlichen Auslegungsregeln verpflichtet und hat hierbei gegebenenfalls auch selbst schwierige Rechtsfragen zu entscheiden (Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 35 Rn. 42, 43 m.w.N.). Einen Erbschein kann das Grundbuchamt bei Vorliegen von in öffentlichen Urkunden errichteten Verfügungen von Todes wegen ausnahmsweise dann fordern, wenn sich bei der Prüfung des Erbrechts begründete konkrete Zweifel ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den tatsächlichen Willen des Erblassers oder sonstige tatsächliche Verhältnisse geklärt werden können, denn zu solchen Ermittlungen ist das Grundbuchamt im Unterschied zum Nachlassgericht nicht befugt (Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 35 Rn. 39 m.w.N.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 788). Somit ist das Verlangen nach Vorlage eines Erbscheins nur dann gerechtfertigt, wenn sich bei der Auslegung des Inhalts von notariellen letztwilligen Verfügungen Bedenken ergeben, die nicht oder nicht nur im Wege der Anwendung des Gesetzes auf die Verfügung, sondern nur durch die Anstellung besonderer - außerhalb der letztwilligen Verfügung liegender - Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über tatsächliche Verhältnisse ausgeräumt werden können (vgl. Senat [FamRZ 2012, 1591](#)). So liegt der Fall hier. Die Erbfolge, so wie sie von den Beteiligten behauptet wird, beruht hier nicht allein auf der Auslegung der notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung, sondern auch auf der Ausschlagung der durch das notariell beurkundete Testament eingesetzten Alleinerbin. Daher sind weitere Ermittlungen zu der Frage vorzunehmen, ob diese Ausschlagung wirksam erklärt worden ist. Zwar lässt sich anhand der Niederschrift einer Ausschlagungserklärung in der Regel - wie auch hier - ermitteln, ob die Ausschlagung vom Erben form- und fristgerecht erklärt worden ist. Nicht ermitteln lässt sich indes - so wie hier -, ob der Erbe gem. § 1943 BGB noch berechtigt war, die Erbschaft auszuschlagen, weil er sie möglicherweise zuvor schon ausdrücklich oder durch schlüssiges Handeln angenommen hatte. Dem folgend ist davon auszugehen, dass trotz Vorliegens eines notariellen Testaments jedenfalls dann ein Erbschein zu verlangen ist, wenn weitere Ermittlungen dazu erforderlich sind, ob eine zu berücksichtigende Erbausschlagung wirksam erklärt wurde (OLG München FGPrax 2017, 67, 68; [OLG Hamm Rpfleger 2017, 539](#); OLG Frankfurt NJW-RR 2018, 902-904; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 35 Rn. 43 m.w.N.).

2.

Die Voreintragung der Erben ist auch nicht ausnahmsweise gem. § 40 Abs. 1 GBO entbehrlich. Bei Eintragungen, die nicht die Übertragung oder Aufhebung eines Rechts zum Gegenstand haben, wird die Voreintragung des Erben in der Literatur nur unter besonderen Voraussetzungen für entbehrlich gehalten (Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 40 Rn. 20). Zum Teil wird eine Anwendung des § 40 GBO auf Eintragungen aufgrund trans- oder postmortaler Vollmacht gänzlich abgelehnt (BeckOK GBO/Zeiser, 37. Ed. 15.12.2019, § 40 Rn. 25). In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird neuerdings eine Anwendung auf Auflassungsvormerkungen oder Finanzierungsgrundschulden befürwortet (Senat FGPrax 2018, 106 m.w.N.; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 8.

Aufl. 2019, § 40 Rn. 26-28 m.w.N.). Eine weitere Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 40 GBO auf die Eintragung sonstiger Belastungen des Grundstücks ist indes abzulehnen. Der Senat hat hierzu für den Fall der Bestellung einer isolierten Grundschuld durch einen transmortal Bevollmächtigten (Beschluss vom 11.03.2019 – 2 Wx 82/19, FamRZ 2019, 1964) Folgendes ausgeführt:

„Die Beschwerde kann sich nicht mit Erfolg auf § 40 Abs. 1 GBO berufen. Gegen die Anwendbarkeit dieser Ausnahmevorschrift auf die Bestellung einer Grundschuld spricht grundsätzlich der Wortlaut der Vorschrift, da es sich bei der begehrten Eintragung einer Grundschuld nicht um die Übertragung oder Aufhebung eines Rechts handelt (KG FGPrax 2011, 270). Soweit die Vorschrift in der Rechtsprechung über den Wortlaut hinaus auf Grundschuldbestellungen angewendet worden ist (OLG Frankfurt ZEV 2017, 719; Senat FGPrax 2018, 106; OLG Stuttgart, Beschluss vom 02.11.2018, 8 W 312/18 – juris -), lag dem zugrunde, dass in den betreffenden Fallkonstellationen der Gesetzeszweck der Ausnahmevorschrift zuträfe. Dieser zielt auf die Vermeidung der Eintragung des Erben ab, wenn dieser durch Übertragung des ererbten Rechts ohnehin alsbald wieder aus dem Grundbuch ausscheidet, um den Beteiligten die Kosten einer unnötigen Eintragung zu ersparen (BGH NJW 2011, 525; OLG Frankfurt a.a.O.). Insoweit hat das OLG Frankfurt ausgeführt: „Denn auch in der Konstellation, in der neben der Auflassungsvormerkung eine Finanzierungsgrundschuld eingetragen wird, steht von vornherein fest, dass eine Eintragung im Grundbuch auf den Käufer innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit nachfolgen wird. Die Finanzierungsgrundschuld ist ohne weiteres identifizierbar, da sie entweder bei Abschluss des Erwerbsvorgangs von dem Erben bzw. dem vom Erblasser Bevollmächtigten und dem Käufer gemeinsam oder binnen kurzer Zeit nach Abschluss des Kaufvertrags vom Käufer aufgrund einer im Kaufvertrag erteilten Finanzierungsvollmacht bestellt wird.“ Erfasst von der erweiternden Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO wurden mithin – auch vom Senat in der von der Beschwerde für sich in Anspruch genommenen, oben zitierten Entscheidung – allein Fälle, in denen die Grundschuldbestellung mit einer Auflassung im Zusammenhang stand, sodass eine Anwendung des § 39 GBO nur zu einer „Durchgangseintragung“ der Erben geführt hätte. Damit ist der vorliegende Fall indes nicht vergleichbar, da hier eine Auflassung an einen in der Folge als Eigentümer einzutragenden Erwerber nicht ersichtlich ist, sondern vielmehr mit der Urkunde vom 04.12.2018 nur eine isolierte Grundschuldbestellung vorliegt.“

Diese Ausführungen sind auf den vorliegenden Fall der Bestellung eines Nießbrauchs durch einen postmortal Bevollmächtigten übertragbar. Denn auch hier kann nicht von einer bloßen „Durchgangseintragung“ der Erben ausgegangen werden.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Bewilligung hier nicht gem. § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO von der Erblasserin erteilt worden ist, sondern von dem Bevollmächtigten, der nach dem Tod der Erblasserin nicht diese, sondern deren Erben vertritt. Die Stellung eines postmortal Bevollmächtigten ist auch nicht vergleichbar mit der Stellung eines Nachlasspflegers oder Testamentsvollstreckers. Daher kann offen bleiben, ob der Beteiligte zu 1) wirksam zum Testamentsvollstrecker ernannt worden ist und das Amt angenommen hat, weil er bei der Bewilligung der Eintragung des Nießbrauchs jedenfalls nicht in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker gehandelt hat.

Da die in der Zwischenverfügung gesetzte Frist zur Behebung des Eintragungshindernisses bereits abgelaufen ist, ist die Frist angemessen zu verlängern.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG.

Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens: 5.000,00 €

IV.

Die Entscheidung über die Zulassung der Rechtsbeschwerde beruht auf § 78 Abs. 2 Nr. 1 und 2 GBO. Die hier entscheidungserhebliche Rechtsfrage, ob ein postmortal Bevollmächtigter ohne Voreintragung der Erben ein Nießbrauchvermächtnis durch Bewilligung der Eintragung des Nießbrauchs erfüllen kann, hat grundsätzliche Bedeutung und stellt sich zudem in einer Vielzahl von Fällen, so dass die Zulassung der Rechtsbeschwerde auch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung angezeigt ist. Bislang gibt es zu dieser Frage – soweit ersichtlich – keine höchstrichterliche Rechtsprechung.

V.

Auch wenn es für das vorliegende Verfahren nicht darauf ankommt, weist der Senat das Grundbuchamt im Hinblick auf weitere Verfahren darauf hin, dass Zwischenverfügungen regelmäßig in der Form eines zu erlassenden Beschlusses im Sinne von § 38 FamFG zu ergehen haben (Senat, FGPrax 2013, 18; OLG Düsseldorf FGPrax 2012, 97; BeckOK GBO/Zeiser, 37. Ed. 15.12.2019, § 18 Rn. 32).

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss ist das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde gegeben. Sie ist binnen einer Frist von einem Monat nach der schriftlichen Bekanntgabe dieses Beschlusses durch Einreichung einer in deutscher

Sprache abgefassten und unterschriebenen Beschwerdeschrift eines beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalts beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe (Postanschrift: Bundesgerichtshof, 76125 Karlsruhe) einzulegen. Die Einlegung ist auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Bundesgerichtshofs möglich. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a ZPO nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (BGBl. 2017 I, S. 3803) eingereicht werden. Weitere Informationen erhalten Sie auf der Internetseite www.justiz.de.

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss die Bezeichnung des Beschlusses, gegen den die Rechtsbeschwerde gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen diesen Beschluss Rechtsbeschwerde eingelegt wird. Sofern die Beschwerdeschrift keine Begründung enthält, ist die Rechtsbeschwerde binnen einer Frist von einem Monat zu begründen; diese Frist beginnt mit der schriftlichen Bekanntgabe dieses Beschlusses und kann auf Antrag durch den Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts (Bundesgerichtshof) verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss enthalten:

- 1. die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und dessen Aufhebung beantragt wird (Rechtsbeschwerdeanträge) 32
33
 - 2. die Angabe der Rechtsbeschwerdegründe, und zwar 34
- a) die bestimmte Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt; 35
- b) soweit die Rechtsbeschwerde darauf gestützt wird, dass das Gesetz in Bezug auf das Verfahren verletzt sei, die Bezeichnung der Tatsachen, die den Mangel ergeben. 36