

**letzte Aktualisierung:** 29.12.2021

KG, Beschl. v. 12.8.2021 – 1 W 305/21

**GBO §§ 18, 35; BGB §§ 80, 84, 1923, 2096, 2101, 2106**

**Unmöglicher Nachweis der Rechtsfähigkeit einer Stiftung – Aufhebung einer Zwischenverfügung**

1. Stellt sich nach Erlass einer Zwischenverfügung heraus, dass mit den darin aufgezeigten Abhilfemitteln der Nachweis der Beseitigung eines der Eintragung entgegen stehenden Hindernisses nicht erbracht werden kann – hier Anerkennung einer als Erbin eingesetzten Stiftung durch die Stiftungsaufsicht im Zeitpunkt des Erbfalls –, ist die Zwischenverfügung aufzuheben; erscheinen nun andere Mittel zur Beseitigung des Eintragungshindernisses geeignet, ist dem Antragsteller mit einer weiteren Zwischenverfügung Gelegenheit zu geben, die Beseitigung nachzuweisen.
2. Hat der Erblasser in einem öffentlichen Testament für den Fall, dass eine von ihm als Erbin bestimmte Stiftung im Erbfall noch nicht anerkannt sein sollte, einen Dritten – hier den Stifter – zum Ersatzerben bestimmt, ist eine Auslegung dahin, die Stiftung solle tatsächlich Nacherbin sein und der Nacherbfall im Zeitpunkt der Anerkennung der Stiftung eintreten, zwar nicht ausgeschlossen. Müssen hierzu aber weitere Ermittlungen erfolgen, kann zum Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt die Vorlage eines Erbscheins erforderlich sein.

## Gründe

### I.

- 1 Der am 7. Februar 2020 verstorbene eingetragene Eigentümer (im Folgenden: Erblasser) war als solcher seit dem x 2002 mit seiner Ehefrau je zur Hälfte im Grundbuch eingetragen. Seit dem x 2017 ist er als Alleineigentümer eingetragenen, nachdem seine Ehefrau gestorben war.
- 2 Am x 2019 errichtete der Erblasser zur UR-Nr. x des Notars x ein Testament. Darin setzte er die von der Beteiligten zu 3 „noch zu errichtende“ Beteiligte zu 2 als Erben ein. Weiter heißt es in der Urkunde: „Sollte die vorgenannte Stiftung noch nicht gegründet sein, setze ich zu meinem Ersatzerben den [Beteiligten zu 2] ein.“ Er machte „Dem Erben“ zur Auflage, „eine nicht rechtsfähige gemeinnützige Stiftung zu gründen“. Den Beteiligten zu 1 bestimmte er zum Testamentsvollstrecker.
- 3 Die Senatsverwaltung für Justiz, Verbraucherschutz und Antidiskriminierung erkannte den Beteiligten zu 2 am 7. Juli 2020 an.
- 4 Unter dem 16. April 2021 hat der Beteiligte zu 1 die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Beteiligten zu 2 als Eigentümer anstelle des Erblassers beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 29. Juni 2021 den Nachweis erfordert, „dass zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers diese Stiftung bereits als rechtsfähige Stiftung von der zuständigen Senatsverwaltung anerkannt war.“ Darauf hat der Beteiligte zu 1 mit Schriftsatz vom 14. Juli 2021 auf die Anerkennung vom 7. Juli 2020 hingewiesen. Er hat die Auffassung vertreten, die Beteiligte zu 2 sei Nacherbin geworden und der Nacherfall mit ihrer Anerkennung eingetreten. Für den Fall, dass das Grundbuchamt trotzdem eine Grundbuchberichtigung zugunsten der Beteiligten zu 2 nicht veranlassen wolle, lege er Beschwerde ein. Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 28. Juli 2021 dieser Beschwerde nicht abgeholfen.

### II.

- 5 1. Die Beschwerde ist zulässig. Beschwerdeführer ist der Beteiligte zu 1 in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des Erblassers. Insoweit ist er zur Erhebung der Beschwerde auch im eigenen Namen befugt (Schmidt-Räntsche, in: Meikel, GBO, 12. Aufl., § 71, Rdn. 143).
- 6 2. In der Sache führt die Beschwerde zu einem vorläufigen Erfolg.
- 7 a) Steht einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegen, so hat das Grundbuchamt dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses zu bestimmen, wenn es den Antrag nicht sofort zurückweist, § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO. Den Antrag des Beteiligten zu 1 vom 16. April 2021 hat das Grundbuchamt bislang nicht zurückgewiesen. Es hat lediglich die Zwischenverfügung vom 29. Juni 2021 erlassen, die deshalb auch nur Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sein kann (Senat, Beschluss vom 26. April 1965 – 1 W 1027/95 – OLGZ 1965, 92, 96; Demharter, GBO, 32. Aufl., § 71, Rdn. 34).
- 8 b) Gegen die Zwischenverfügung war im Ergebnis zunächst nichts zu erinnern. Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt, § 1923 Abs. 1 BGB. Die Erbfähigkeit beruht auf

der allgemeinen Rechtsfähigkeit, § 1 BGB. Deshalb können auch juristische Personen, die im Zeitpunkt des Erbfalls bestehen und Rechtsfähigkeit besitzen, ebenfalls Erbe werden (Leipold, in: Münchener Kommentar, BGB, 8. Aufl., § 923, Rdn. 36).

- 9 Zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung sind das Stiftungsgeschäft und die Anerkennung durch die zuständige Behörde des Landes erforderlich, in dem die Stiftung ihren Sitz haben soll, § 80 Abs. 1 BGB. Die Beteiligte zu 2 bedurfte danach der Anerkennung durch die Senatsverwaltung für Justiz, Verbraucherschutz und Antidiskriminierung, § 2 Abs. 1 StiftG Bln, um als Erbin im Grundbuch eingetragen werden zu können. Die Anerkennung wirkt konstitutiv.
- 10 Entgegen der Beschwerde rechtfertigte allein die Veröffentlichung der Bekanntmachung der Anerkennung der Beteiligten zu 2 noch nicht die Annahme einer Offenkundigkeit dieser Umstände. Der Beteiligte zu 1 hat mit Schriftsatz vom 14. Juli 2014 auf die Anerkennung der Beteiligten zu 2 durch die Senatsverwaltung für Justiz, Verbraucherschutz und Antidiskriminierung vom 7. Juli 2020 hingewiesen. Erst damit lagen genügend Anhaltspunkte vor, um die bereits in der Antragsschrift erwähnte Veröffentlichung im Amtsblatt für Berlin nachvollziehen zu können. Die Bekanntmachung vom x über die Anerkennung der Beteiligten zu 2 ist im Amtsblatt für Berlin vom x veröffentlicht worden.
- 11 c) Damit steht allerdings auch fest, dass dem Beteiligten zu 1 der von dem Grundbuchamt mit der Zwischenverfügung erforderliche Nachweis der Rechtsfähigkeit der Beteiligten zu 2 im Zeitpunkt des Erbfalls unmöglich ist.
- 12 Aus § 84 BGB folgt nichts Anderes. Danach gilt eine Stiftung für eine Zuwendung des Stifters als schon vor dessen Tod entstanden, wenn die Stiftung erst nach dem Tode des Stifters als rechtsfähig anerkannt wird. Das Bestehen der Stiftung bereits vor dem Tod des Stifters wird danach fingiert. Hingegen ist der eingetragene Eigentümer nicht Stifter der Beteiligten zu 2. § 84 BGB bezieht sich aber nur auf Zuwendungen des Stifters, Zuwendungen Dritter, wie hier dem eingetragenen Eigentümer, werden von der Regelung nicht erfasst (Palandt/Ellenberger BGB, 80. Aufl., § 84, Rdn. 1, Lehmann/Hahn, in: Feick, Stiftung als Nachfolgeinstrument, § 16, Rdn. 4).
- 13 d) Erlässt das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung, hat es darin die zur Beseitigung der Hindernisse geeigneten Mittel anzugeben (Demharter, a.a.O., § 18, Rdn. 31). Das hat das Grundbuchamt vorliegend nicht getan, was ihm zunächst nicht vorzuwerfen war. Hingegen sind im Beschwerdeverfahren – auch von dem Grundbuchamt, § 75 GBO – neue Tatsachen und Beweise zu berücksichtigen, § 74 GBO. Der Beteiligte zu 1 kann den von dem Grundbuchamt erforderlichen Nachweis der Rechtsfähigkeit der Beteiligten zu 2 zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht erbringen. Auf seine Beschwerde war die Zwischenverfügung deshalb aufzuheben.
- 14 3. Für das weitere Verfahren weist der Senat ohne Bindungswirkung auf das Folgende hin:
- 15 a) Die Berichtigung einer unrichtigen Grundbucheintragung erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 GBO, wenn die Unrichtigkeit durch öffentliche Urkunden, § 29 GBO, nachgewiesen wird, § 20 Abs. 1 GBO. Ist das Grundbuch durch Tod eines Berechtigten unrichtig geworden, ist der Nachweis der Erbfolge grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen, § 35 Abs. 1 S. 1 GBO.

- 16 Beruht die Erbfolge aber auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, genügt es in der Regel, wenn anstelle 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 23. Juni 2020 – 1 W 1276/20 – DNotZ 2021, 195, 196).
- 17 Solche Ermittlungen erscheinen hier erforderlich. Der Erblasser hat ausweislich seiner letztwilligen Verfügung vom 25. Oktober 2019 die Möglichkeit gesehen, dass die Beteiligte zu 2 im Zeitpunkt seines Todes noch nicht entstanden sein könnte („sollte die vorgenannte Stiftung noch nicht gegründet sein“). In einem solchen Fall ist im Zweifel anzunehmen, dass die juristische Person als Nacherbe eingesetzt ist, § 2101 Abs. 2, Abs. 1 S. 1 BGB. Der Nacherbfall tritt dann mit der Entstehung der juristischen Person ein, § 2106 Abs. 2 S. 2 BGB (Lieder, in: Münchener Kommentar, BGB, 8. Aufl., § 2101, Rdn. 14).
- 18 Allerdings gilt die Auslegungsregel des § 2101 Abs. 2, Abs. 1 S. 1 BGB lediglich „im Zweifel“. Sie gilt also dann nicht, wenn der Erblasser etwas Anderes bestimmen wollte und bestimmt hat. Gegen die Anwendung der genannten Zweifelsregel spricht hier der von dem Erblasser gewählte Wortlaut. Er hat die Beteiligte zu 2 für den Fall ihrer erst nach dem Erbfall erfolgenden Anerkennung nicht als Nacherbin bestimmt, sondern den Beteiligten zu 3 für diesen Fall ausdrücklich als Ersatzerben bezeichnet. Ersatzerbe ist derjenige, der von dem Erblasser für den Fall als Erbe bestimmt worden ist, dass der eigentlich vorgesehene Erbe vor oder nach dem Eintritt des Erbfalls wegfällt, § 2096 BGB. Die Regelung findet auch dann Anwendung, wenn die Einsetzung des zunächst berufenen Erben nichtig oder unwirksam ist (vgl. OLG Hamburg, NJW-RR 2015, 1419, 1421).
- 19 Im Hinblick auf die ausdrückliche Verwendung des Begriffs „Ersatzerbe“ bei notarieller Beratung, § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG, liegt zunächst die Annahme nahe, dass der Erblasser genau das wollte, was er ausdrücklich erklärt hat. Dann wäre für die Annahme der genannten Zweifelsregel kein Raum. Hinzu kommt, dass, wenn der Erblasser die Beteiligte zu 2 tatsächlich wenigstens als Nacherbin hätte einsetzen wollen, die ausdrückliche Bestimmung eines Vorerben nicht fernliegend gewesen wäre. Gerade das ist aber unterblieben. Im Falle des § 2101 BGB werden in der Regel die gesetzlichen Erben des Erblassers als Vorerben in Betracht kommen (Lieder, a.a.O., Rdn. 9). Ob dies aber – „im Zweifel“ – gewollt war, erscheint fraglich. Ausweislich der letztwilligen Verfügung vom x waren Abkömmlinge erster und zweiter Ordnung nicht - mehr - vorhanden. Der Erblasser war zudem verwitwet. Ob gesetzliche Erben dritter oder weiterer Ordnung vorhanden waren, ist nicht ersichtlich. Wiederum wäre im Hinblick auf § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG zu erwarten gewesen, dass der Erblasser hier eindeutige Regelungen getroffen hätte, wären sie gewollt gewesen. Deshalb kann auch nicht ohne weiteres angenommen werden, der als Ersatzerbe bezeichnete Beteiligte zu 3 habe Vorerbe werden sollen.
- 20 Danach ist zur Ermittlung des Willens des Erblassers eine Auslegung des Testaments vom x erforderlich, die sich aber nicht auf eine Analyse des Wortlauts beschränken kann. Vielmehr müssen bei einer solchen Auslegung alle zugänglichen Umstände außerhalb des Testaments ausgewertet werden, die zur Aufdeckung des Erblasserwillens beitragen können (BGH, FamRZ 1993, 318). Eine somit gebotene Berücksichtigung der Gesamtumstände ist im

Verfahren auf Berichtigung des Grundbuchs regelmäßig aber nicht möglich. Das Grundbuchamt darf im Hinblick auf § 29 Abs. 1 GBO nur das – öffentliche – Testament, in der Form des § 29 Abs. 1 GBO abgegebene Erklärungen der Beteiligten und offenkundige Umstände berücksichtigen, nicht jedoch andere Umstände, die nach dem materiellen Erbrecht bei der Ermittlung des Erblasserwillens aber zu berücksichtigen sind (BGH, DNotZ 2016, 934, 935). Solche Ermittlungen sind hingegen dem Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren möglich. Dessen Erkenntnisse sind dann gegenüber dem Grundbuchamt durch den Erbschein nachzuweisen, § 35 Abs. 1 S. 1 GBO.