

---

## **BGB §§ 2065, 2104; GBO §§ 22, 51 Berufung einer noch zu errichtenden Stiftung als Nacherbin; später aufgege- bene Errichtungsabsicht; Löschung des Nacherbenvermerks**

---

### **I. Sachverhalt**

Eheleute haben testamentarisch festgehalten, dass eine noch zu errichtende Stiftung als Nacherbin für das gemeinsame Vermögen nach dem Längerlebenden eingesetzt werden soll. Diese Stiftung sollte ausweislich der notariell beurkundeten Verfügung von Todes wegen zu Lebzeiten des Erblassers und seiner Ehefrau errichtet werden. Hierzu finden sich in der Verfügung von Todes wegen die folgenden Bestimmungen:

*„a) Für den Fall des Todes des Letztversterbenden von uns setzen wir zum alleinigen Nacherben und für den Fall unseres gleichzeitigen Versterbens setzen wir zum jeweiligen alleinigen Erben ein:*

*Die noch zu errichtende Stiftung (Name), Sitz K.*

*b) Durch die Gründung der Stiftung (Name) soll sichergestellt werden, dass aus den Stiftungserträgen ein sorgenloser Lebensabend gesichert ist, und darüber hinaus das Vermögen nach Ableben oder schon vor Ableben in einer Stiftung Erträge erwirtschaftet, die es ermöglichen, dem gemeinwirtschaftlichen Zweck der Stiftung gerecht zu werden.“*

Mittlerweile ist der Ehemann verstorben; er wurde von seiner Ehefrau überlebt. Die Stiftung wurde bis jetzt nicht errichtet, jedoch ist am Grundbesitz, welches im vormaligen Alleineigentum des Ehemannes (Erblassers) stand, ein Nacherbenvermerk zugunsten der Stiftung eingetragen. Dieser lautet:

*„Ehegattin ist befreite Vorerbin. Die Nacherbfolge tritt bei Tod des Vorerben ein. Nacherbin ist eine noch zu errichtende Stiftung, Sitz K.“*

Die Ehefrau des Erblassers und derzeitige Alleineigentümerin des Grundbesitzes begehrt nunmehr die Löschung des Nacherbenvermerks.

## II. Fragen

1. Wie kann ein Nacherbenvermerk zugunsten einer nie errichteten Stiftung aus dem Grundbuch gelöscht werden?
2. Welche Anforderungen gelten für den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Materielle Rechtslage

#### a) Keine Unwirksamkeit der Nacherbenberufung der Stiftung wegen Verstoßes gegen § 2065 Abs. 2 BGB

Zunächst ist zu prüfen, ob die Nacherbeneinsetzung nicht ohnehin gegenstandslos ist, weil die Berufung einer erst noch zu errichtenden Stiftung als Nacherbin hier gegen § 2065 Abs. 2 BGB verstieß und deswegen unwirksam war.

Nach § 2065 Abs. 2 BGB kann der Erblasser u. a. die **Bestimmung der Person**, die eine Zuwendung erhalten soll, nicht einem Dritten überlassen (**Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit der Testamenterrichtung**). Dabei bezieht sich § 2065 BGB auf jegliche Art der Erbeinsetzung, so dass auch die Bestimmung eines Nacherben hiervon erfasst wird. Unzulässig ist gem. § 2065 Abs. 2 BGB nach h. M. demnach auch die Ermächtigung eines Anderen, die Person des Nacherben zu bestimmen, und zwar auch dann, wenn der Erblasser diese auf einen bestimmten Personenkreis begrenzt (MünchKommBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 2065 Rn. 21 m. w. N. auch zur vereinzelt Gegenansicht).

Nach § 2065 Abs. 2 BGB kann einem Dritten daher nur die **Bezeichnung des Bedachten** überlassen werden. Dies ist aus Sicht der Rechtsprechung des BGH dann der Fall, wenn der Be-

dachte von jeder mit genügender Sachkunde ausgestatteten Person bezeichnet werden kann, ohne dass deren Ermessen auch nur mitbestimmend ist (grundlegend BGH NJW 1955, 100; Überblick zum Meinungsstand i. Ü.: BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.5.2025, § 2065 Rn. 17 f.). Hierfür muss der Erblasser den Kreis der Personen so eng begrenzt und die Gesichtspunkte für die Auswahl so genau festgelegt haben, dass die Bezeichnung anhand objektiver Kriterien im Zeitpunkt des Erbfalles erfolgen kann (Grüneberg/Weidlich, BGB, 84. Aufl. 2025, § 2065 Rn. 8). Nur unter diesen Voraussetzungen kann der Erblasser auch den Vorerben ermächtigen, die Person des Nacherben zu bezeichnen (MünchKommBGB/Leipold, § 2065 Rn. 21).

Speziell mit der **Erbeinsetzung** einer noch **zu errichtenden Stiftung** hat sich u. a. unter dem Gesichtspunkt des § 2065 Abs. 2 BGB bereits das **KG** beschäftigt (ErbR 2016, 331). Dort wurde geurteilt: Die Erbeinsetzung einer noch zu errichtenden Stiftung genügt dem Bestimmtheitsgrundsatz des § 2065 Abs. 2 BGB, wenn sie Namen, Sitz, Zweck, Vermögen und Bildung des Stiftungsorgans hinreichend festlegt. Die Angabe „Wohltätigkeit“ reicht für die Zweckbestimmung als das „identitätsstiftende“ Merkmal einer Stiftung nicht. In den Entscheidungsgründen (ErbR 2016, 331, 334) stellte das KG zusätzlich begründend auf § 81 Abs. 1 BGB n. F. (= § 81 Abs. 1 S. 3 BGB a. F.) ab. Die **Verfügung** des Erblassers habe **alle wesentlichen Regelungen für die Satzung der Stiftung enthalten**, nämlich den Namen, den Sitz, den Zweck, das Vermögen und die Bildung des Stiftungsorgans. Unter diesen Umständen seien die durch § 2065 Abs. 2 BGB gezogenen Grenzen eingehalten.

Im unterbreiteten Sachverhalt sind zwar Bestimmungen zur Bildung des Vorstands der Stiftung (§ 81 Abs. 1 Nr. 1 lit. d BGB) nicht im Testament enthalten. Wir neigen jedoch zu der Einschätzung, dass diese Unterlassung unter dem Gesichtspunkt des § 2065 Abs. 2 BGB noch unschädlich ist. Die Errichtung der Stiftung sollte nicht durch einen Dritten erfolgen, sondern im Nachgang zur Testamenterrichtung noch durch die Eheleute selbst. Damit sollte nach der Gestaltungsabsicht im Ergebnis die genaue Bestimmung des Erben letztlich nicht Außenstehenden überlassen bleiben, was gegen eine Verletzung des § 2065 Abs. 2 BGB spricht.

Unseres Erachtens hat die hier gewählte **testamentarische Bestimmung des Nacherben** (noch zu errichtende Stiftung) **den Anforderungen des § 2065 Abs. 2 BGB wohl noch genügt**, ist also nicht wegen Verstoßes gegen diese Norm unwirksam.

#### **b) Gegenstandslosigkeit der Nacherbenberufung**

In Betracht kommt aber eine Unwirksamkeit der Nacherbenberufung, weil die als Nacherbe berufene Stiftung nach der testamentarischen Absicht noch zu Lebzeiten des Erblassers und seiner Ehefrau hätte errichtet werden sollen. Eine Errichtung allein durch den überlebenden Ehepartner (hier: Ehefrau als Vorerbin) war laut Sachverhalt nicht geplant. Unter diesen Umständen ist u. E. die **Nacherbenberufung der später doch nicht errichteten Stiftung als gegenstandslos anzusehen**, da sie nicht mehr entsprechend den testamentarischen Vorgaben nachgeholt werden kann (zur Gegenstandslosigkeit allgemein etwa R. Kössinger/Zintl, in: Kössinger/Najdecki/Zintl, Handbuch der Testamentsgestaltung, 7. Aufl. 2024, § 11 Rn. 65 ff. m. w. N.).

Fraglich ist aber, ob durch diese Gegenstandslosigkeit der Berufung der Stiftung als Nacherbin tatsächlich die **Nacherbfolge insgesamt entfällt**. Im weiteren Zusammenhang dieses Problemfeldes bestimmt § 2104 S. 1 BGB: „*Hat der Erblasser angeordnet, dass der Erbe nur bis zu dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses Erbe sein soll, ohne zu bestimmen, wer alsdann die Erbschaft erhalten soll, so ist anzunehmen, dass als Nacherben diejenigen eingesetzt sind, welche die gesetzlichen Erben des Erblassers sein würden, wenn er zur Zeit des Eintritts des Zeitpunkts oder des Ereignisses gestorben wäre.*“ Jedoch hat der BGH bereits vor längerer Zeit hierzu entschieden (BGH NJW 1986, 1812; zustimmend Grüneberg/Weidlich, § 2104 Rn. 2; BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, Std.: 15.3.2025, § 2104 Rn. 10), dass die **Auslegungsregel des § 2104 BGB keine Anwendung** findet, wenn der Erblasser den Nacherben zwar bestimmt hat, die Bestimmung aber hinfällig ist oder wird. Begründend führt der BGH aus, es könne dem völligen Fehlen einer Nacherbenbestimmung nicht gleichgestellt werden, wenn der Erblasser einen Nacherben zwar eingesetzt habe, diese Einsetzung aber unwirksam sei. Es komme erfahrungsgemäß vor, dass es einem Erblasser, der seine Ehefrau zur Vorerbin und einen Abkömmling als Nacherben einsetze,

nicht nur darum zu tun sei, gerade den bestimmten Nachkommen als Nacherben zu bedenken, sondern außerdem und unabhängig davon, ob dieser als Nacherbe eintrete oder nicht, verhüten wolle, dass der Nachlass auf Dauer in den Händen seiner Ehefrau (und ihrer Erben) verbleibe (BGH NJW 1986, 1812 unter Hinweis auf RG JW 1907, 259 f.). Im Sonderfall des § 2104 BGB gebe das Gesetz selbst eine diesem Erblasserwillen entsprechende Auslegungsregel. Ähnliche Schlüsse auf einen derartigen Erblasserwillen ließen sich aber ohne zusätzliche Anhaltspunkte nicht auch dann ziehen, wenn der Erblasser die Nacherben bestimmt habe, diese Bestimmung aber hinfällig sei oder werde (BGH NJW 1986, 1812, 1813).

In der Tat deutet auch vorliegend der mitgeteilte Testamentsinhalt deutlich darauf hin, dass es dem zuerst verstorbenen Ehemann als Vorerben nicht darauf ankam, seine ihn überlebende Ehefrau als Vorerbin in jedem Falle durch den Eintritt einer Nacherbfolge zu beschränken. Obschon wir diese **Auslegungsfrage** nicht definitiv entscheiden können, darf u. E. mit **überwiegender Wahrscheinlichkeit** davon ausgegangen werden, dass die **unwirksame Nacherbeinsetzung der Stiftung** – auf der Linie des genannten Urteils des BGH – **nicht kraft Gesetzes durch § 2104 S. 1 BGB ersetzt wird**.

Ist – wie vorliegend – die primär verfügte Nacherbeinsetzung hinfällig geworden, ist aber zunächst zu prüfen, ob anderweit ein **Ersatznacherbe** ausdrücklich eingesetzt oder durch Testamentsauslegung – sei es die vorrangige individuelle Testamentsauslegung oder das Eingreifen einer Auslegungsregel, etwa § 2069 BGB – ermittelt werden kann. Erst wenn diese Fragen verneint werden, kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass der Vorerbe zum **unbeschränkten Vollerben** wurde (vgl. BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2104 Rn. 13.1).

Nach dem mitgeteilten Textausschnitt wurde ein Ersatznacherbe weder ausdrücklich berufen noch ergeben sich Anhaltspunkte für eine Berufung aufgrund individueller Testamentsauslegung. Auch das Eingreifen weiterer gesetzlicher Auslegungsregeln ist nicht ersichtlich.

Als **Auslegungstendenz** möchten wir daher in der Tat annehmen, dass aufgrund der unterbliebenen Errichtung der Stiftung noch zu Lebzeiten

beider Eheleute **im Ergebnis letztlich die überlebende Ehefrau unbeschränkte Vollerbin geworden ist.**

## 2. Nachweisführung gegenüber dem Grundbuchamt

### a) Anforderungen an die Löschung des Nacherbenvermerks durch Unrichtigkeitsnachweis gem. § 22 Abs. 1 GBO

Danach sind schließlich die Anforderungen zu klären, die an die Löschung des gem. § 51 GBO eingetragenen Nacherbenvermerks aufgrund Unrichtigkeitsnachweises gem. § 22 Abs. 1 GBO zu stellen sind.

Bei der **nicht erfolgten Errichtung der Stiftung** zu Lebzeiten beider Eheleute handelt es sich um eine **negative Tatsache** (zum Nachweis negativer Tatsachen im Grundbuchverfahren allgemein Völzmann, RNotZ 2012, 380). Ob ein Nachweis über den Nichteintritt einer negativen Tatsache im Zusammenhang mit erbrechtlichen Berichtigungen im Grundbuch verlangt werden kann, wird vor allem im Zusammenhang mit vertraglichen Rücktrittsvorbehalten und Pflichtteilsstrafklauseln in gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen diskutiert. Hier ist umstritten, ob das Grundbuchamt einen Nachweis in der Form eines Erbscheins fordern kann, um sich Gewissheit darüber zu verschaffen, dass kein Rücktritt bzw. Pflichtteilsverlangen stattgefunden hat. Während eine Meinung wegen der lediglich abstrakten Möglichkeit eines solchen Bedingungseintritts einen Nachweis in Form eines Erbscheins für entbehrlich hält (bei Pflichtteilsverlangen LG Stuttgart BWNotZ 1988, 163; bei Rücktrittsvorbehalt OLG Düsseldorf ZEV 2013, 500, 501), geht eine andere Ansicht davon aus, dass immer ein Erbschein vorgelegt werden muss (bei Pflichtteilsverlangen LG Kassel BeckRS 1993, 09235; Bauer/Schaub, GBO, 5. Aufl. 2023, § 35 Rn. 146). Die **überwiegende Auffassung** lässt demgegenüber eine **eidesstattliche Versicherung** genügen, hält aber einen gesonderten Nachweis für erforderlich (bei Pflichtteilsverlangen OLG Hamm FGPrax 2011, 169, 171; OLG München DNotZ 2013, 440, 442; OLG Frankfurt FamRZ 2013, 1688; Gutachten DNotI-Report 2002, 129, 130; bei vertraglichem Rücktrittsvorbehalt OLG München MittBayNot 2012, 293, 294). Die eidesstattliche Versicherung könne dabei **vor einem Notar abgegeben** werden (OLG Frankfurt FamRZ 2013, 1688; OLG Hamm FGPrax 2011, 169, 171).

In der **jüngsten obergerichtlichen Recht-**

**sprechung** (OLG Schleswig ZEV 2024, 764 Rn. 29 ff.) ist hiergegen eingewandt worden, das Gesetz sehe die Abgabe einer strafbewehrten eidesstattlichen Versicherung gegenüber dem Grundbuchamt nur in besonderen Ausnahmefällen vor, etwa § 35 Abs. 3 S. 2 GBO. Daraus folge im Umkehrschluss, dass **eidesstattliche Versicherungen i. Ü. kein taugliches Mittel** seien. Dies gelte auch für die dem OLG Schleswig vorliegende Konstellation, in der die eidesstattliche Versicherung dazu dienen solle, die Erbfolge im Hinblick auf den Ausschluss negativer Tatsachen nachzuweisen (*in casu* wiederum Nichteingreifen einer Pflichtteilsstrafklausel). Die Abgabe einer notariell beglaubigten eidesstattlichen Versicherung lasse sich auch nicht aus der Zuständigkeit des Notars nach § 38 BeurkG herleiten. Die Norm habe als reine Verfahrensvorschrift keine zuständigkeitsbegründende Funktion. Die Zuständigkeit des Notars für die Abnahme von Eiden oder Aufnahme von eidesstattlichen Versicherungen müsse sich vielmehr aus anderen Vorschriften ergeben. Eidesstattliche Versicherungen seien allerdings als **Erklärungen in der Form des § 29 GBO** anzusehen. Erklärungen in der Form des § 29 GBO seien von der Form her **grundsätzlich geeignet, den erforderlichen Nachweis zu führen** (identische Einordnung bereits durch BGH ZEV 2016, 635 Rn. 8; bestätigend BGH ZEV 2022, 471 Rn. 6; daran anschließend OLG Schleswig ZEV 2024, 764 Rn. 31). Das OLG Frankfurt (DNotZ 2025, 123 Rn. 24 ff.) hat sich hingegen weiterhin für die Nachweisführung mittels einer von einem Notar aufgenommenen eidesstattlichen Versicherung zum Nachweis der Nichtgeltendmachung des Pflichtteils ausgesprochen und hierbei die Auffassung des OLG Schleswig ausdrücklich abgelehnt (Rn. 26 f.).

**b) Praxisempfehlung für den vorliegenden Fall**  
Überblickt man den vorstehend geschilderten Meinungsstand, so ist u. E. empfehlenswert, **in erster Linie** (im Wesentlichen aus Kostengründen) um Löschung des Nacherbenvermerks unter Vorlage einer **von einem Notar aufgenommenen eidesstattlichen Versicherung der Ehefrau** zu ersuchen, nach deren Inhalt sie und ihr verstorbener Ehemann zu Lebzeiten beider die als Nacherbe geplante Stiftung nicht errichtet haben. In dieser Weise würde die Erklärung auch der Auffassung des OLG Frankfurt (DNotZ 2025, 123) genügen, während sie aus Sicht des OLG Schleswig jedenfalls als einfache Erklärung in der

Form des § 29 Abs. 1 GBO verwertbar bliebe. Anschließend könnte in der Urkunde noch die Rechtsauffassung vertreten und begründet werden, dass **dadurch die Nacherbfolge entfallen** sei. **Alternativ** müsste ein **Erbschein** beantragt werden, der die Ehefrau als unbeschränkte Vollerbin ausweist.