

Vereinbarung könnte bei dem Wechsel zu einem anderen Ehemodell der Ehefrau bei einer Scheidung „Steine statt Brot“ geben.

5. Der Notar kann bei Beurkundung eines Ehevertrages nur auf die Unsicherheiten hinweisen, die sich aufgrund der neueren Rechtsprechung der Instanzgerichte für die Geltung ehevertraglicher Vereinbarungen ergeben<sup>32</sup>. Im übrigen kann er im Interesse der Rechtssicherheit nur hoffen, daß die gerichtliche Ausübungskontrolle gegenüber der Inhaltskontrolle Vorrang erhalten wird<sup>33</sup>.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

<sup>32</sup> Zu einem diesbezüglichen Formulierungsvorschlag Grziwotz, MDR 1998, 1327/1331 und demnächst Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Aufl. 2000.

<sup>33</sup> Ebenso Langenfeld, a.a.O. (Fn. 15), S. 251 ff.

#### 14. BGB §§ 1741 Abs. 2, 1749 Abs. 1, 1767 Abs. 2 (*Ausschluß der Adoption durch einen Ehegatten allein*)

1. § 1741 Abs. 2 BGB schließt die Adoption durch einen Ehegatten allein auch dann aus, wenn der andere Ehegatte der Kindesannahme zustimmt.
2. Dies gilt auch dann, wenn es sich um eine Volljährigen-adoption handelt und die Ehegatten bereits seit vielen Jahren getrennt leben.

OLG Hamm, Beschuß vom 26.1.1999 – 15 W 464/98 –, mitgeteilt von Helmut Engelhardt, Richter am OLG Hamm

#### 15. BGB §§ 2353, 2363 (*Kein Antragsrecht des Nacherben im Erbscheinsverfahren vor Eintritt des Nacherbfalls*)

**Der Nacherbe hat vor Eintritt des Nacherbfalls nicht das Recht, die Erteilung eines Erbscheins an sich oder an den Vorerben zu beantragen.**

BayObLG, Beschuß vom 8.3.1999 – 1Z BR 73/98 –, mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

#### *Aus dem Tatbestand:*

Der Erblasser hatte mit seiner Ehefrau, der Beteiligten zu 1, am 5.11.1990 handschriftlich folgendes gemeinschaftliche Testament errichtet:

„Gemeinsames Testament!

Wir ... setzen uns gegenseitig zu Alleinerben ein. Nach dem Tod des überlebenden Teiles setzen wir unseren Sohn ... (Beteiligter zu 2) zu unserem Alleinerben ein.

Es betrifft nachstehende Erbmasse:

das gesamte Zweifamilienhaus ...

Ungehorsamsklausel:

Es ist der Wille der beiden Unterzeichneten, daß beim Ableben eines Elternteiles keine Pflichtteile aus vorstehender Erbmasse an den späteren Erben ... auszubezahlen, und zweitens daß beim Wiederverheiraten des überlebenden Elternteiles dieser Ehegatte nicht pflichtteilberechtigt von vorstehender Erbmasse wird; dasselbe gilt auch für Kind oder Kinder, die aus dieser Ehe hervorgehen würden, oder für Kinder, die durch Anheiratung, Adoption oder sonstige Übernahmen in diese Ehe eingehen würden. Bei Verkauf oder Tausch oder sonstiger Veräußerung von vorstehender Erbmasse gleich in welchem Umfange durch den überlebenden Elternteil dass einen Besitzerwechsel nach sich ziehen würde, ist die Zustimmung mit Unterschriftenklärung von unse-

rem Sohn ... einzuholen. Wird diese Willenserklärung vom überlebenden Elternteil unterlassen, sind alle dessen bereits getätigten Handlungen gleich ob mündlich oder schriftlich dafür ungültig.

Sollte unser Sohn ... vor dem überlebenden Elternteil bei kinderloser Ehe ableben, so ist dessen Ehefrau von jeder Pflichtteilberechtigung obiger Erbmasse ausgeschlossen. Die Erbfolge wird vom überlebenden Elternteil beschlossen und nach dessen Wunsche durchgeführt. ...“

Auf die mit Orts- und Datumsangabe versehene Unterschrift des Erblassers folgt von der Hand der Beteiligten zu 1 und von ihr ebenfalls mit Orts- und Datumsangabe unterschrieben:

„Obige Willenserklärung gilt auch als mein Testament.“

Nach seinem Tod am 12.11.1992 erteilte das Nachlaßgericht der Beteiligten zu 1 am 11.3.1993 zum Zwecke der Grundbuchberichtigung einen Erbschein, wonach der Erblasser von ihr allein beerbt wurde. Entsprechend wurde das Grundbuch hinsichtlich des Hälftenanteils des Erblassers am 15.4.1993 berichtigt.

Am 19.10.1995 beantragte der Beteiligte zu 2, den Erbschein zu überprüfen. Aus der Bestimmung, daß der Überlebende nur mit seiner Zustimmung über das Grundstück verfügen könne, ergab sich, daß der Überlebende der Vorerbe, er aber Nacherbe des Erblassers sein sollte.

Mit Beschuß vom 4.6.1996 zog das Nachlaßgericht den Erbschein vom 11.3.1993 als unrichtig ein, da die Beteiligte zu 1 durch das Testament vom 5.11.1990 nicht als unbeschränkte Alleinerbin, sondern als nicht befreite Vorerbin des Erblassers eingesetzt sei.

Der Beteiligte zu 2 beantragte nunmehr, einen Erbschein zu erteilen, wonach die Beteiligte zu 1 nicht befreite Vorerbin, er Nacherbe sei, und die Eintragung des Nacherbenvermerks im Grundbuch zu veranlassen.

Das Nachlaßgericht wies den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 2 zurück, weil er als Nacherbe vor dem Nacherfall nicht antragsberechtigt sei.

Mit der Beschwerde gegen diesen Beschuß machte der Beteiligte zu 2 geltend, er könne zwar selbst keinen Erbschein erhalten, aber einen Erbschein für die Beteiligte zu 1 beantragen, in dem er als die Person angegeben werde, zu deren Gunsten die Beteiligte zu 1 als Vorerbin verfügbungsbeschränkt sei. Diesen benötige er, um eine Änderung der Grundbucheintragung erreichen zu können. Angesichts des Umstands, daß aufgrund des eingezogenen unrichtigen Erbscheins eine falsche Grundbucheintragung erreicht worden sei, könne er verlangen, daß der Beteiligten zu 1 ein richtiger Erbschein erteilt werde.

Die Beteiligte zu 1 erklärte, keinen Erbschein zu brauchen und zu beantragen.

Das Landgericht München I wies die Beschwerde des Beteiligten zu 2 zurück, weil der Nacherbe vor Eintritt der Nacherbfolge weder für sich noch für den Vorerben die Erteilung eines Erbscheins beantragen könne. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Beteiligten zu 2 blieb erfolglos.

#### *Aus den Gründen:*

1. (...)

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, 550 ZPO) stand.

a) Das Amtsgericht hat die Antragsberechtigung des Beteiligten zu 2 verneint und daher seinen Antrag ohne Sachprüfung zurückgewiesen. Legt der Antragsteller in einem solchen Fall Beschwerde ein mit der Behauptung, ein Antragsrecht zu haben, so ist seine Beschwerdebefugnis (§ 20 FGG) gegeben; die Beschwerde ist, wenn ihm tatsächlich kein Antragsrecht zusteht, unbegründet (BayObLG FamRZ 1986, 719/720; Keidel/Kahl a.a.O.).

b) Das Amtsgericht hat über den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 2 entschieden. Infolge der Beschwerde des Beteiligten zu 2 war auch dem Landgericht als Beschwerdegegen-

stand nur der Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 2 angefallen. Ob die Beteiligte zu 1 ihren Erbscheinsantrag wirksam zurückgenommen hat, war für diese Entscheidung ohne Belang; hierzu brauchte das Landgericht daher nicht Stellung zu nehmen.

c) Der Beteiligte zu 2 hat in der Beschwerdeinstanz nur noch die Erteilung eines Erbscheins an die Beteiligte zu 1 beantragt. Das Landgericht hat deshalb der Begründung des Amtsgerichts, daß dem Nacherben vor dem Nacherbfall kein Antragsrecht zustehe, hinzugefügt, daß der Nacherbe vor Eintritt des Nacherbfalls die Erteilung eines Erbscheins auch nicht „für den Vorerben“ beantragen könne. Dies ist rechtlich zutreffend.

aa) Mit dem Erbschein wollte der Gesetzgeber dem Erben einen Ausweis über sein Erbrecht an die Hand geben, der ihm Verfügungen über zur Erbschaft gehörende Gegenstände und Rechte erleichtert, da ihm besondere Beweiskraft und öffentlicher Glaube innewohnt (§§ 2365 bis 2367 BGB; BayObLGZ 1928, 598/ 599). Weil der Erbschein als ein allein dem Interesse des Erben dienender Ausweis gedacht ist, bestimmt § 2353 BGB, daß er „dem Erben“ zu erteilen ist, und zwar nur auf Antrag. Grundsätzlich soll allein der Erbe über die Erteilung des Erbscheins entscheiden können.

Dem Sinn und Zweck dieser Regelung entspricht es, daß auch der Erbeserbe und der Erbteilserwerber sowie Testamentsvollstreckter, Nachlaß- und Nachlaßinsolvenzverwalter den Erbschein – auf den Namen des Erben – beantragen können, die einen, weil auf sie die Berechtigung des Erben übergeht, die anderen, weil sie zur Verwaltung des Nachlasses den Erbschein benötigen, da ihr Amt auch die Befugnis einschließt, über Nachlaßgegenstände zu verfügen (*Staudinger/Schilken* BGB 13. Aufl. Rdnr. 42, 44, 48; *MünchKomm/Promberger* BGB 3. Aufl. Rdnr. 126, 127, 131 bis 133 jeweils zu § 2353). Mit dem Sinn und Zweck dieser Regelung wäre es aber nicht vereinbar, wenn allgemein jeder, der nur ein rechtliches Interesse an der Erteilung des Erbscheins hat, berechtigt wäre, den Erbschein zu beantragen. So haben insbesondere die Gläubiger des Erben – solange sie keinen Titel gegen den Erblasser oder Erben besitzen (§§ 792, 896 ZPO) – kein Antragsrecht darauf, daß dem Erben der zur Durchsetzung ihrer Forderung dienliche Erbschein erteilt wird, gleichgültig, ob es sich um eigene Schulden des Erben, Nachlaßschulden oder sogenannte Erbfallsschulden handelt (*MünchKomm/Promberger* a.a.O. Rdnr. 135 f.; *Staudinger/Schilken* a.a.O. Rdnr. 46 f.). Erst wenn der Erbschein – auf Antrag eines dazu Berechtigten – bereits erteilt ist, hat der Gläubiger auch ohne Titel einen Anspruch auf eine Ausfertigung (§ 85 FGG) sowie Abschrift und Einsicht (§ 78 FGG; *Staudinger/Schilken* a.a.O. Rdnr. 46). Die Möglichkeiten eines Gläubigers, sich zur Verfolgung seiner Rechte des Erbscheins zu bedienen, können demnach durch das Antragsrecht beherrscht und kontrolliert werden.

bb) Der Nacherbe wird nicht schon mit dem Tod des Erblassers Erbe. Die Erbschaft fällt vielmehr dem Vorerben an; dieser allein ist zunächst der Erbe, d.h. der Inhaber der zum Nachlaß gehörenden Rechte. Erst mit dem Eintritt des Nacherbfalls geht die Erbschaft auf den Nacherben über (§ 2139 BGB; *MünchKomm/Grunsky* § 2100 Rdnr. 1). Vorher hat er nur ein Anwartschaftsrecht (*MünchKomm/Grunsky* a.a.O. Rdnr. 27), das keine Verfügungen über den Nachlaß ermöglicht.

Bis zum Nacherbfall hat daher allein der Vorerbe die für die Erteilung des Erbscheins erforderliche Eigenschaft als Erbe im Sinne des § 2353 BGB (*MünchKomm/Promberger* § 2363 Rdnr. 2); er allein kann über den Nachlaß verfügen und er

allein benötigt dazu u.U. den Erbschein. Für den Nacherben kommt in dieser Zeit ein eigener Erbschein nicht in Betracht (*MünchKomm/Promberger* a.a.O.); da er noch nicht Erbe ist, kann ihm auch kein Erbrecht bezeugt werden. Vielmehr kann sein Erbrecht erst nach Eintritt des Nacherbfalls bezeugt werden (BGH WM 1980, 1042/1043 = FamRZ 1980, 563/564; *Staudinger/Behrends/Avenarius* § 2100 Rdnr. 81). Der Erbschein, der dem Vorerben auf dessen Antrag erteilt wird, weist allein dessen Erbrecht aus. Die Angaben über die Nacherbschaft, die der Erbschein des Vorerben gemäß § 2363 BGB enthält, bescheinigen nicht das Nacherbrecht, sondern dienen nur dazu, die Beschränkungen der Rechtsstellung des Vorerben auszuweisen (*MünchKomm/Promberger* § 2363 Rdnr. 3).

cc) Für den Erbschein des Vorerben aber ist nur dieser antragsberechtigt. Obwohl der Nacherbe durch den Erbschein des Vorerben in seinen rechtlichen Interessen berührt wird (*Staudinger/Behrends/Avenarius* § 2100 Rdnr. 85), kann er – abgesehen von dem Fall, daß ihn der Vorerbe bevollmächtigt – keinen Erbschein für den Vorerben beantragen (KG OLG Rspr. 11, 267; KGJ 33 A 98/99; BayObLGZ 2, 725/726; 1951, 561/566; *MünchKomm/Promberger* § 2353 Rdnr. 123, § 2363 Rdnr. 2; *Staudinger/Schilken* § 2353 Rdnr. 41, 52, § 2363 Rdnr. 4; a.A. AK-BGB/Pardey § 2363 Rdnr. 5). Dies folgt daraus, daß nicht jeder, der ein rechtliches Interesse an der Erteilung des Erbscheins hat, berechtigt ist, den Erbschein zu beantragen, sondern grundsätzlich nur der Erbe. Für ihn können nur diejenigen den Erbschein beantragen, die kraft gesetzlicher Aufgabenzuweisung oder Rechtsnachfolge die Rechte des Erben wahrzunehmen haben oder durch einen Titel ermächtigt sind, in diese Rechte einzugreifen (AK BGB/Pardey § 2353 Rdnr. 13). Zu dem so abgegrenzten Kreis der Antragsberechtigten gehört aber der Nacherbe nicht. Das Gesetz (§ 2363 Abs. 2 BGB) beschränkt ihn vor Eintritt des Nacherbfalls auf die Befugnis, die Einziehung eines dem Vorerben erteilten, das Nacherbrecht nicht zutreffend wiedergebenden Erbscheins betreiben zu können (KG OLG Rspr. 11, 267; BayObLGZ 1951, 561/566 f.; 1961, 200/203; *Staudinger/Behrends/Avenarius* § 2100 Rdnr. 85).

d) Dieses gefestigte Rechtsprechung und Rechtslehre entsprechende Ergebnis braucht nicht deswegen in Frage gestellt zu werden, weil ohne einen das Erbrecht der Beteiligten zu 1 richtig ausweisenden Erbschein der Beteiligte zu 2 die Eintragung eines Nacherbenvermerks ins Grundbuch nicht nach §§ 22, 35 GBO erreichen kann. Denn der Nacherbe kann die Eintragung des Nacherbenvermerks nicht nur durch Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 GBO, sondern auch aufgrund einer Berichtigungsbewilligung gemäß §§ 19, 29 GBO i.V.m. § 894 BGB herbeiführen. Da der Nacherbenvermerk zur Verhinderung gutgläubigen Erwerbs (vgl. § 2113 Abs. 3 BGB) ins Grundbuch eingetragen werden muß (vgl. § 51 GBO), ist das Grundbuch, wenn Nacherbschaft besteht, der Nacherbenvermerk im Grundbuch aber nicht eingetragen ist, in Ansehung einer Verfügungsbeschränkung der in § 892 Abs. 1 BGB bezeichneten Art unrichtig. Der Nacherbe kann daher vom Vorerben gemäß § 894 BGB die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen. Wird er gezwungen, dieses Recht klageweise geltend zu machen, so ist er nicht, wie der Beteiligte zu 2 meint, rechtlos, weil er zum Nachweis seines Rechts wiederum den Erbschein benötigte. Im Zivilprozeß gilt § 35 GBO nicht; der erforderliche Nachweis kann in diesem Verfahren auch durch Vorlage des Testaments geführt werden, auch wenn es sich um ein privatschriftliches Testament handelt.