

letzte Aktualisierung: 20.1.2017

OLG München, Beschl. v. 5.1.2017 - 34 Wx 324/16

GBO § 51; BGB §§ 2113, 2065

Löschung eines Nacherbenvermerks; Einsetzung von Nacherben unter der auflösenden Bedingung anderweitiger Verfügungen des Vorerben

1. Setzt die berichtigende Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch die Zustimmung der Nacherben zur Grundstücksverfügung des Vorerben voraus, so hat das Grundbuchamt in eigener Zuständigkeit unter Auslegung der bezeichneten Eintragungsgrundlage die Nacherben festzustellen.
2. Zur Einsetzung von Nacherben unter der auflösenden Bedingung einer anderweitigen Verfügung des Vorerben.

Titel:

**Zur Einsetzung von Nacherben unter der auflösenden Bedingung einer anderweitigen
Fähigung des Vorerben**

Normenketten:

GBO § 15, § 18 Abs. 1, § 19, § 22 Abs. 1, § 46 Abs. 1, § 51, § 71 Abs. 1

RPflG § 11 Abs. 1

BGB § 158, § 1913 S. 2, § 2065 Abs. 2, § 2075, § 2084, § 2113 Abs. 2, § 2139

Leitsatz:

**1. Setzt die berichtigende Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch die Zustimmung der
Nacherben zur Grundstücksverfügung des Vorerben voraus, so hat das Grundbuchamt in eigener
Zuständigkeit unter Auslegung der bezeichneten Eintragungsgrundlage die Nacherben festzustellen.
(amtlicher Leitsatz)**

Schlagworte:

Grundbuch, Zustimmung, Eintragungsgrundlage, Eintritt des Nacherbfalls, Genehmigung, Sondereigentum,
Testament

Tenor

Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 4 wird die Zwischenverfügung des Amtsgerichts München -
Grundbuchamt - vom 6. Juli 2016 aufgehoben.

Gründe

- 1 I. Im Grundbuch war Leonore B. als Inhaberin von Miteigentumsanteilen sowie als Anteilsinhaberin an solchen, verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung sowie an einer Tiefgarage, eingetragen. Nach ihrem Versterben trug das Grundbuchamt je unter Bezugnahme auf das notarielle Testament vom 23.1.2007 und die Eröffnungsniederschrift vom 23.10.2015 in der Ersten Abteilung den Beteiligten zu 1, den Sohn der Erblasserin, und in der Zweiten Abteilung einen Nacherbenvermerk ein. Dieser besagt, dass Nacherbfolge - bedingt und abänderbar - angeordnet sei. Als Nacherben sind die Beteiligten zu 3 und 4, die Enkel der Erblasserin, als Ersatznacherben deren Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge vermerkt. Im notariellen Testament ist diesbezüglich Folgendes bestimmt (Ziff. II. 3. und 4.):

 3. Zum Nacherben bestimme ich meine beiden Enkelkinder ... (die Beteiligten zu 3 und 4). Falls ein Enkelkind vor Eintritt der Nacherbfolge versterben sollte, treten seine Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge an seine Stelle; sind solche nicht vorhanden, tritt Anwachsung an den anderen Nacherben ein. ...
 4. Die Nacherbfolge tritt ein mit dem Tod des Vorerben ... Mit diesem Zeitpunkt fällt daher mein Nachlass an die vorstehend bestimmten Nacherben (die Beteiligten zu 3 und 4).
- 2 Dem Vorerben wird das Recht eingeräumt, Änderungen innerhalb des Kreises der Nacherben bzw. Ersatznacherben zu treffen, insbesondere also die Höhe der Erbteile zu verändern, Teilungsanordnungen zu treffen oder einen Nacherben oder Ersatznacherben zum alleinigen Nacherben einzusetzen; alle diese Änderungen kann er jedoch nur im Kreise seiner Abkömmlinge treffen, nicht zugunsten von dritten Personen. Die Änderung kann auch im Wege eines Übergabe- oder Überlassungsvertrages erfolgen. Die Nacherbfolge ist durch die Ausübung dieses Änderungsrechts somit bedingt.
- 3 Zu notarieller Urkunde vom 17.5.2016 übertrug der Beteiligte zu 1 das Wohnungseigentum und den Anteil am Teileigentum auf seine Ehefrau, die Beteiligte zu 2, als ehebedingte Zuwendung. Unter Ziff. VII. sind folgende Erklärungen beurkundet:

Der im Grundbuch eingetragene Nacherbenvermerk ... ist zu löschen. Die (Beteiligten zu 3 und 4) als Nacherben stimmen dieser Verfügung unwiderruflich zu. Sie bewilligen ... die Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch.

- 4 Den am 24.5.2016 gemäß § 15 GBO gestellten Vollzugsantrag hat das Grundbuchamt mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 6.7.2016 beanstandet. Zur unentgeltlichen Übertragung bedürfe der Beteiligte zu 1 als - befreiter - Vorerbe nicht nur der Zustimmung der bekannten Nacherben, sondern wegen der ihm testamentarisch eingeräumten Abänderungsbefugnis auch der Zustimmung der unbekannten Nacherben, die von einem zu bestimmenden Pfleger zu erklären sei und der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfe.
- 5 Die Beteiligten wenden sich hiergegen mit der notariell eingelegten Beschwerde. Sie meinen, die dem Vorerben eingeräumte Abänderungsbefugnis sei dahingehend auszulegen, dass die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft durch eine anderweitige Verfügung des Vorerben bedingt sei. Im Fall einer anderweitigen Verfügung des Vorerben entfalle danach die Anordnung und der Vorerbe werde zum Vollerben. Das der Zwischenverfügung zugrunde liegende Verständnis der letztwilligen Verfügung verstöße gegen das Gesetz, denn dem Vorerben könne nicht die Befugnis eingeräumt werden, unter Aufrechterhaltung der Vor- und Nacherbschaft die Person des Nacherben nach eigenem Ermessen zu bestimmen. Hier habe der Vorerbe von der Abänderungsbefugnis keinen Gebrauch gemacht; die Nacherben gemäß demnach unverändert fortbestehender testamentarischer Anordnung hätten zugestimmt. Mit der deshalb wirksamen Verfügung sei der Grundbesitz aus der Nacherbschaft ausgeschieden. Der Nacherbenvermerk sei berichtigend zu löschen.
- 6 Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.
- 7 Die Beteiligten haben sich im Beschwerdeverfahren (hilfsweise) auf die dem Vorerben mit der Abänderungsbefugnis eingeräumte starke Stellung berufen. Sei ihm die beliebige Bestimmung der Nacherben aus dem Kreis der Abkömmlinge gestattet, so müsse er erst Recht mit Zustimmung aller Nacherben über den Gegenstand verfügen können.
- 8 II. Die nach § 11 Abs. 1 RPflG, § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige (§§ 73, 15 Abs. 2 GBO) Beschwerde gegen die nach § 18 Abs. 1 GBO ergangene Zwischenverfügung hat in der Sache Erfolg.
- 9 1. Die Löschung eines die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben nach § 2113 BGB zum Ausdruck bringenden Nacherbenvermerks vor Eintritt des Nacherbfalls (§ 2139 BGB) setzt entweder die Bewilligung der (aller) Nacherben und etwaiger Ersatznacherben gemäß § 19 GBO oder den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit gemäß § 22 Abs. 1, § 29 Abs. 1 GBO voraus (BayObLG NJW-RR 2000, 1391/1392; Demharter GBO 30. Aufl. § 51 Rn. 37; KEHE/Munzig GBO 7. Aufl. § 51 Rn. 36). Nachträglich unrichtig wird das Grundbuch (u. a.), wenn das zum Nachlass gehörende Grundstück durch wirksame Verfügung des Vorerben aus dem Nachlass ausscheidet, weil der Vorerbe mit Zustimmung aller Nacherben über das Grundstück verfügt hat (BayObLG NJW-RR 2005, 956; Demharter § 51 Rn. 42).
- 10 2. Eine Löschung aufgrund Bewilligung kommt zwar nicht in Betracht, weil Bewilligungen der Ersatznacherben oder eines für sie nach § 1913 BGB bestellten Pflegers fehlen (vgl. OLG Hamm Rpfleger 2015, 15/16; Schöner/Stöber Grundbuchrecht 15. Aufl. Rn. 3510). In dieser Situation könnte lediglich der von den Beteiligten zu 3 und 4 erklärte Verzicht auf die Eintragung ihres Nacherbenrechts beim Nacherbenvermerk aufgrund Bewilligung vermerkt werden (KEHE/Munzig § 51 Rn. 37; Heskamp RNotZ 2014, 517/521).
- 11 3. Allerdings ist der Nacherbenvermerk wegen nachgewiesener Grundbuchunrichtigkeit nach § 22 Abs. 1 GBO zu löschen. Der Berichtigung steht das mit der Zwischenverfügung beanstandete Hindernis nicht entgegen.
- 12 a) An den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit, der den Antragstellern obliegt, sind zwar strenge Anforderungen zu stellen. Ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit genügt nicht. Vielmehr sind alle Möglichkeiten auszuräumen, die der Richtigkeit der begehrten Eintragung (hier durch Löschung, § 46 Abs. 1 GBO) entgegenstehen würden. Lediglich ganz entfernt liegende Möglichkeiten brauchen nicht widerlegt zu werden (Demharter § 22 Rn. 37; Schöner/Stöber Rn. 369). Der Unrichtigkeitsnachweis ist allerdings durch

- das urkundliche Testament - nach Auslegung - und die beurkundeten Zustimmungserklärungen geführt.
- 13 b) Das Grundbuch gibt mit dem Vollzug der notariellen Überlassungsurkunde in Bezug auf den Nacherbenvermerk die materielle Rechtslage unrichtig wieder (§ 894 BGB), weil das Grundstück mit der Eigentumsübertragung aufgrund der Zustimmung der Beteiligten zu 3 und 4 aus dem Nachlass ausscheidet. Gegenüber den zustimmenden Nacherben ist die unentgeltliche Grundstücksverfügung des befreiten Vorerben (§§ 2112, 2113 Abs. 2, § 2136 BGB) materiell-rechtlich wirksam (BGH FGPrax 2014, 98; KEHE/Munzig § 51 Rn. 43 f.).
- 14 Zur vollen Wirksamkeit der Übertragung sind zusätzlich die Zustimmung eines für noch unbekannte Nacherben gemäß § 1913 Satz 2 BGB zu bestellenden Ergänzungspflegers sowie die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1915 Abs. 1 Satz 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB, deren Vorlage grundsätzlich mit der rangwahrenden Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) aufgegeben werden könnte, nicht erforderlich, weil weitere Nacherben neben den von der Erblasserin namentlich Bezeichneten nicht in Betracht kommen.
- 15 aa) Zur Feststellung der Nacherben haben das Grundbuchamt und in der Beschwerdeinstanz das Beschwerdegericht die beurkundete letztwillige Verfügung auch bei rechtlich schwierigen Fragen in eigener Zuständigkeit auszulegen. Dabei sind außerhalb der Verfügung liegende Umstände zu berücksichtigen, soweit sie sich aus den vorliegenden öffentlichen Urkunden ergeben. Die Pflicht und Befugnis zur Auslegung endet erst dort, wo zur Aufklärung des Erblasserwillens Ermittlungen notwendig sind, die dem Grundbuchamt verwehrt sind (BayObLG NJW-RR 2000, 1391/1392; auch KEHE/Munzig § 51 Rn. 43 a. E.). Solche sind hier nicht erforderlich.
- 16 (1) Nach dem Wortlaut des Testamentsnachtrags (Ziff. 4), der der Bezeichnung des Nacherbenrechts als „änderbar“ im Nacherbenvermerk zugrunde liegt, ist dem eingesetzten Vorerben das Recht eingeräumt, Abänderungen innerhalb des Kreises der Nacherben bzw. Ersatznacherben (§ 2096 BGB) zu treffen. Die mit dem Zusatz „insbesondere“ aufgeführten „Änderungsbefugnisse“ stellen Beispiele dar, die diesen Obersatz weder inhaltlich ändern noch gar erweitern.
- 17 Wäre dem Beteiligten zu 1 damit die endgültige Bestimmung, nicht nur die Bezeichnung, des oder der Nacherben überlassen, so müsste die Nacherbeinsetzung als unvollständig und wegen Verstoßes gegen das Drittbestimmungsverbot (§ 2065 Abs. 2 BGB) als unwirksam angesehen werden (vgl. BGHZ 15, 199/201 f.; MüKo/Leipold BGB 6. Aufl. § 2065 Rn. 18 und 18a). Nach der Auslegungsregel des § 2104 BGB wären bei diesem Verständnis die zur Zeit des Nacherfalls vorhandenen gesetzlichen Erben der Erblasserin zu deren Nacherben berufen. Zu ihnen würden nach § 1924 Abs. 1 und 3 BGB nicht nur die Beteiligten zu 3 und 4 als die derzeit lebenden Abkömmlinge des Beteiligten zu 1, sondern auch etwaige weitere und bis zum Eintritt des Nacherfalls unbekannte Abkömmlinge gehören (BayObLG Rpfleger 1982, 277; OLG Oldenburg ZEV 2010, 635/636; Demharter § 51 Rn. 39).
- 18 (2) Einem solchen Verständnis der letztwillig verfügten „Änderungsbefugnis“ steht jedoch der abschließende Satz entgegen. Danach soll die Nacherfolge „durch die Ausübung dieses Änderungsrechts somit bedingt“ sein. Es ist anerkannt, dass die Anordnung der Nacherfolge rechtswirksam unter die auflösende (Potestativ-) Bedingung (§ 2075 BGB) einer anderweitigen letztwilligen Verfügung des Vorerben gestellt werden kann (BGHZ 15, 199/201; BayObLG FamRZ 1991, 1488; BayObLGZ 2001, 203/207; Staudinger/Otte BGB [2013] § 2065 Rn. 49; MüKo/Leipold § 2065 Rn. 16). Bei einer - wie hier - mehrdeutigen Ausdrucksweise des Erblassers ist dessen wirklicher und in der Testamentsurkunde nur unvollkommen zum Ausdruck gekommener Wille zu ermitteln (§ 133 BGB). Kommt mehr als eine vertretbare Auslegung in Betracht, von denen eine die Unwirksamkeit der Verfügung zur Folge hätte (siehe zu (1)), ist gemäß § 2084 BGB im Zweifel diejenige Auslegung vorzuziehen, mit der dem Willen des Erblassers zum Erfolg verholfen werden kann (Palandt/Weidlich BGB 76. Aufl. § 2084 Rn. 13; MüKo/Leipold § 2065 Rn. 18 und 18a).
- 19 bb) Der Erblasser kann die Einsetzung eines jeden Nacherben unter die auflösende Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) stellen, dass der Vorerbe zugunsten des jeweils anderen Nacherben testiert (im Folgenden: Variante 1). Durch die Verfügung des Vorerben (über seinen eigenen Nachlass, nicht über den des Erblassers) zugunsten des Einen tritt die auflösende Bedingung hinsichtlich der Nacherbeinsetzung des Anderen ein und

der Bedachte wird alleiniger Nacherbe (BGHZ 59, 220/222 f.; Staudinger/Otte § 2065 Rn. 52).

- 20 Der Erblasser kann auch die Anordnung von Nacherbschaft insgesamt unter die auflösende Bedingung stellen, dass der Vorerbe bestimmte dem Erblasser genehme Personen (etwa aus dem Kreis der Abkömmlinge) zu seinen Erben einsetzt (Staudinger/Otte § 2065 Rn. 49; MüKo/Leipold § 2065 Rn. 19 f.; Helms ZEV 2007, 1/3; nachfolgend: Variante 2). Wenn der Vorerbe im Sinne des Erblassers testiert, entfällt die Beschränkung seiner Erbenstellung und er wird zum Vollerben des Erblassers. Die Beschränkung erweist sich zur Absicherung des Erblasserwunsches als nicht mehr notwendig, denn mit dem sonstigen Eigenvermögen (nunmehr des Vollerben) geht auch das ererbte Vermögen auf den eingesetzten Erben über.
- 21 Schließlich ist es zulässig, als Nacherben im Weg der Bedingung diejenige Person zu bestimmen, die der Vorerbe als seinen Erben einsetzt (OLG Stuttgart FamRZ 2005, 1863/1865; LG Hechingen FamRZ 2006, 1408/1413; Staudinger/Otte § 2065 Rn. 47 f.; MüKo/Leipold § 2065 Rn. 19), sofern dies nicht auf eine Vertretung im (unentschlossenen) Erblasserwillen hinausläuft (Variante 3). Kommt in der Bestimmung das Interesse des Erblassers an einem Gleichlauf in der Person des Begünstigten der mehreren Erbfolgen zum Ausdruck, liegt kein Verstoß gegen § 2065 Abs. 2 BGB vor (vgl. BGHZ 15, 199/202).
- 22 cc) Hier entspricht eine Auslegung nach der Variante (1) der aus der Urkunde ersichtlichen Intention der notariell beratenen Erblasserin, mit der formulierten Abänderungsbefugnis die eigene Verfügung (zulässig) als bedingte Nacherbfolge auszugestalten. Danach soll ihr Vermögen zunächst ihrem Sohn als (befreitem) Vorerben, danach aber dessen von der Erblasserin namentlich bezeichneten beiden Abkömmlingen, nur ersatzweise deren Abkömmlingen, unter der auflösenden Bedingung als Nacherben zufallen, dass der Beteiligte zu 1 durch Verfügung unter Lebenden oder von Todes wegen Änderungen innerhalb dieses von der Erblasserin durch Namensnennung konkretisierten Kreises bis zu einem vollständigen Ausschluss eines Nacherben - bzw. an deren Stelle tretender Ersatznacherben - bewirkt (vgl. BGHZ 59, 220/223). Dagegen soll die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft nicht gemäß der Variante (2) insgesamt fortfallen, wenn der Vorerbe seinerseits zugunsten der von der Erblasserin bezeichneten Begünstigten oder eines von ihnen testiert. Vielmehr ergibt sich aus der Beschreibung der „Änderungsbefugnis“ als das Recht, (u. a.) einen Begünstigen „zum alleinigen Nacherben einzusetzen“, dass selbst ein Bedingungseintritt an der Nacherbenstellung des oder der Bedachten nichts ändern soll. Darüber hinaus ist dem Beteiligten zu 1 nicht im Sinne der Variante (3) die Möglichkeit eingeräumt, einem anderen - unbekannten - Abkömmling die Position des Nacherben zu verschaffen, indem er zu dessen Gunsten testiert; denn in der letztwilligen Verfügung der Erblasserin kommt ein Interesse daran, dass ihr Vermögen zusammen mit dem sonstigen Eigenvermögen des Vorerben erhalten und nur als Gesamtpaket an einen - auch unbekannten - Abkömmling weitervererbt werden soll, nicht zum Ausdruck. Auch sonst ist der letztwilligen Verfügung kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, dass die Erblasserin die Person des Nacherben von der Erbeinsetzung eines - auch unbekannten - Abkömmlings des Vorerben abhängig machen wollte.
- 23 dd) Zwar steht bis zum Eintritt des Nacherbfalls nicht fest, ob die Bedingung eintreten wird. Dies ist für die Entscheidung jedoch unerheblich. Tritt die Bedingung ein, so betrifft die Änderung nur die erbrechtliche Stellung der - namentlich bezeichneten - beiden Nacherben bzw. der an deren Stelle tretenden Ersatznacherben. In allen Fällen führt die gegenständliche Verfügung unter Lebenden zu einer Entlassung des Grundstücks aus der Nacherbmasse, weil die (einzig in Betracht kommenden) Nacherben der Verfügung zugestimmt haben.
- 24 ee) Die Zustimmung etwaiger Ersatznacherben ist - wovon das Grundbuchamt zutreffend ausgeht - zur Wirksamkeit der Verfügung nicht erforderlich (BGH FGPrax 2014, 98; Senat vom 25.2.2015, 34 Wx 3/15 = FGPrax 2015, 118).
- 25 III. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst, weil Gerichtskosten für die erfolgreiche Beschwerde nicht anfallen (§ 25 Abs. 1 GNotKG). Auch eine Geschäftswertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren ist daher entbehrlich.
- 26 Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nach § 78 Abs. 2 GBO nicht vor.
- 27 Erlass des Beschlusses (§ 38 Abs. 3 Satz 3 FamFG): Übergabe an die Geschäftsstelle