

schriftlich Stellung genommen und die Entscheidung des Beschwerdegerichts verteidigt.

Anmerkung der erweiterten Schriftleitung:

Das OLG München hatte sich im vorliegenden Fall mit der Frage zu befassen, welche Anforderungen an den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs zu stellen sind, wenn die Löschung einer Rückgewährvormerkung ohne Bewilligung des Berechtigten beantragt wird. Entsprechend der allgemeinen Auffassung (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., 2008, Rn. 1543 m. w. N.; Schaal, RNotZ 2008, 569, 575) setzt es den Maßstab streng an. Es verlangt, dass der Nachweis der Unrichtigkeit in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise erbracht werden muss, und stellt fest, dass die materielle Beweisregel des § 139 BGB unbeachtlich ist. Nachweiserleichterungen kommen nur in Fällen unüberbrückbarer Beweisnot in Betracht. Solch eine liege nicht vor, wenn die Bewilligung von dem Berechtigten – notfalls durch Urteil – erwirkt werden kann.

Soll eine Vormerkung gelöscht werden, ist grundsätzlich die Bewilligung des Berechtigten einzuholen. Eine Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweis kommt nur dann in Betracht, wenn der Ast. in der Form des § 29 GBO beweisen kann, dass der Anspruch nicht entstanden ist bzw. nicht mehr besteht. Dies wird nur selten der Fall sein (Schöner/Stöber, a.a.O.); dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine wegen Fehlens oder Wegfall eines Anspruchs unwirksame Vormerkung durch Neubegründung eines deckungsgleichen Anspruchs und Bewilligung außerhalb des Grundbuchs wieder wirksam geworden (vgl. BGH MittRhNotK 2000, 28) bzw. ihr Sicherungsumfang außerhalb des Grundbuchs nachträglich erweitert worden sein kann (vgl. BGH RNotZ 2008, 222 mit Anm. Heggen, RNotZ 2008, 213) Denkbar ist die Löschung einer Vormerkung ohne Bewilligung, wenn die Aufhebung des zugrundeliegenden Vertrages notariell beurkundet bzw. – sofern die Auflassung noch nicht erklärt ist – notariell beglaubigt ist (BayObLG MittRhNotK, 1989, 52; LG Köln MittRhNotK 1989, 267) oder wenn der Vertrag durch rechtskräftiges Feststellungs- bzw. Gestaltungsurteil für unwirksam erklärt wurde (BeckOK GBO/Holzer, Stand 1. 10. 2009, § 22 Rn. 61 m. w. N.) und sich aus den Grundakten keine weiteren Sicherungswirkungen ergeben.

CK

3. Erbrecht – Zur Beeinträchtigung eines erbvertraglich Bedachten durch Auswechslung des Testamentsvollstreckers

(Kammergericht, Urteil vom 23. 11. 2009 – 8 U 144/09)

BGB § 2289

Wird in einem Erbvertrag die Person des Testamentsvollstreckers festgelegt und ernennt der Erblasser in einem späteren Testament eine andere Person zum Testamentsvollstrecker, kann darin im Einzelfall eine Beeinträchtigung des vertragsmäßig Bedachten liegen (§ 2289 Abs. 1 BGB). Dies kommt insbesondere dann in

Betracht, wenn nach dem Erbvertrag der vertragsmäßig Bedachte selbst Testamentsvollstrecker sein sollte.

(Leitsatz nicht amtlich)

Aus den Gründen:

(...) Die von § 5 des Erbvertrages abweichenden Bestimmungen in Ziff. 6 des Testaments sind gemäß § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam.

Ob in der Auswechslung nur der Person des Testamentsvollstreckers eine Beeinträchtigung des Rechts des vertragsmäßig Bedachten liegen kann, ist in Rechtsprechung und Literatur streitig.

Nach einer Auffassung keine Beeinträchtigung des vertragsmäßig Bedachten bei Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers

Nach einer Auffassung soll in der Auswechslung nur der Person des Testamentsvollstreckers keine Beeinträchtigung liegen (vgl. Palandt/Edenhofer, 68. Aufl. 2009, § 2289 BGB Rn. 5; Bamberger/Roth/Litzenburger, Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Edition 14, Stand 1. 9. 2009, § 2289 Rn. 10; Frieser/Zimmer, Fachanwaltskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2008, § 2289 BGB Rn. 11; Staudinger/Kanzleiter, Bearbeitung 2006, § 2270 BGB Rn. 19; MünchKomm/Musielak, a.a.O., § 2289 BGB Rn. 10; Damrau/Krüger, Erbrecht, 2004, § 2289 BGB Rn. 2; Deutscher Erbrechtskommentar/Burandt, 2003, § 2289 BGB Rn. 12; Soergel/Wolf, 13. Aufl. 2002, § 2289 BGB Rn. 10; so für den Regelfall auch OLG Düsseldorf ZEV 1994, 302; OLG Hamm ZEV 2001, 271).

Nach der Gegenansicht grundsätzliche Benachteiligung des Vertragserben bei Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers

Nach der Gegenansicht (vgl. OLG Stuttgart OLGZ 1979, 49, 51; Meyding, ZEV 1994, 98, 100) soll der Vertragserbe grundsätzlich benachteiligt werden, wenn im Erbvertrag eine bestimmte Person als Testamentsvollstrecker benannt ist und diese durch spätere Verfügung ausgewechselt wird.

Nach vermittelnder Auffassung kommt es darauf an, ob der Vertragserbe durch Auswechslung konkret messbar benachteiligt wird

Eine vermittelnde Auffassung stellt darauf ab, ob der Bedachte im Einzelfall gegenüber der ursprünglichen Verfügung konkret messbar benachteiligt ist (vgl. KG FamRZ 1977, 485, 487; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2008, Rn. 19; Erman/M. Schmidt, 12. Aufl. 2008, § 2289 BGB Rn. 5; Anwaltskommentar-BGB/Kornexl, 2. Aufl. 2007, § 2278 Rn. 8 und § 2289 Rn. 35; Reimann, ZEV 2001, 273, 274).

Konkrete Umstände des Einzelfalls sind maßgeblich – Benachteiligung kann insbesondere darin liegen, dass fremde Person anstatt Familienangehöriger zum Testamentsvollstrecker ernannt wird

Der Senat folgt der letztgenannten Ansicht, da diese Frage nicht unabhängig von den Umständen des konkreten Falles beantwortet werden kann. Insbesondere kann eine Beeinträchtigung des Bedachten darin liegen, dass eine fremde Person statt eines Familienangehörigen

zum Testamentsvollstrecker eingesetzt wird (vgl. Zimmermann, a.a.O.; Reimann, a.a.O.; Kornexl, a.a.O.; offen gelassen vom KG a.a.O.). So ist es hier. Nach der ursprünglichen Regelung sollte der jeweilige vertragsmäßig bedachte Erbe ab Vollendung seines 28. Lebensjahres selbst Testamentsvollstrecker sein. Er sollte nach § 6 Abs. 1 S. 3 des Erbvertrages sogar Chef der Verwaltung sein und bei Stimmgleichheit entscheiden. Ein weiterer Testamentsvollstrecker sollte dem vormaligen preußischen Königshaus entstammen, ein weiterer sollte wegen seines Amtes in der Generalverwaltung eine besondere Beziehung zur Familie haben. An der grundsätzlichen Zusammensetzung sollte sich durch den Wegfall einzelner Testamentsvollstrecker nichts ändern. Der Vertragserbe hatte daher nach dem Erbvertrag die Möglichkeit, auf die Testamentsvollstreckung direkt entscheidenden Einfluss auszuüben. Er konnte zudem damit rechnen, dass sein Wort als jeweiliger „Chef des Hauses“ bei dem Testamentsvollstrecker, der ebenfalls der Familie entstammen sollte, und dem Generalverwalter des vormals regierenden Preußischen Königshauses besonderes Gewicht haben würde.

An dieser einflussreichen Position des Vorerben änderte sich auch nichts Entscheidendes, wenn man – wie von den Kl. in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geltend gemacht – annimmt, dass zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung im Jahre 1950 wegen des Vorversterbens von E. F. P. v. P. und wegen der Minderjährigkeit der Söhne des Vorerben die Position des in § 5 S. 1 Ziffer 2, S. 2 lit. a) des Erbvertrages bestimmten Testamentsvollstreckers zunächst nicht zu besetzen gewesen wäre. Es kann offen bleiben, ob sich die Person des Ersatztestamentsvollstreckers in dieser Situation aus § 2 S. 2 des Erbvertrages ergab.

Diese starke Stellung ist dem Vertragserben durch das spätere Testament genommen worden. Nach dem Testament sollte der Vertragserbe nicht mehr als Testamentsvollstrecker fungieren. Das ergibt sich eindeutig daraus, dass der Erblasser in seinem Testament die Testamentsvollstrecker mit 1. bis 3. bezeichnet hat. Wäre es ihm dagegen darum gegangen, nur die im Erbvertrag mit den Nummern 2 bis 4 bezeichneten Testamentsvollstrecker auszuwechseln, wäre zu erwarten gewesen, dass der Erblasser die neuen Testamentsvollstrecker im Testament ebenfalls mit diesen Nummern bezeichnet oder sonst kenntlich macht, dass der Erbe weiterer Testamentsvollstrecker sein soll. Dass das Nachlassgericht L. F. dennoch als Testamentsvollstrecker behandelt hat, ist nach Auffassung des Senats für die Auslegung des Testaments nicht erheblich.

Gefahr einer Eigendynamik der Testamentsvollstreckung und mangelnder Orientierung an den Interessen des Hauses

Der jeweilige Vertragserbe hat damit nicht nur die Möglichkeit verloren, durch seine Tätigkeit im Testamentsvollstreckergermium direkten Einfluss auf die Verwaltung des Nachlasses nehmen zu können. Da im Testament zudem ausschließlich familienfremde Personen zu Testamentsvollstreckern und Ersatztestamentsvollstreckern eingesetzt worden sind, die sogar nach Gutdünken befugt sein sollten, weitere Ersatztestamentsvollstrecker vorzuschlagen, bestand für den jeweiligen Vertragserben

die Gefahr, dass die Testamentsvollstreckung eine Eigendynamik entwickelt und sich nicht mehr an den Interessen des Hauses gemäß dem Verständnis des jeweiligen Erben orientiert. Hierin liegt eine konkret messbare Benachteiligung des Vertragserben.

Der Erblasser hat sich im Erbvertrag auch nicht vorbehalten, das Testamentsvollstreckergermium abweichend vom Erbvertrag zu besetzen. Er hat sich in § 4 des Erbvertrages lediglich vorbehalten, für die Vermögensbestandteile, die nicht zu dem von Wilhelm II. auf ihn übergegangenen oder noch übergehenden Vermögen gehören, Sondertestamentsvollstrecker zu ernennen. Darum geht es hier nicht. (...)

Anmerkung der erweiterten Schriftleitung:

Die Frage der Möglichkeit einer Auswechslung der Person des im Erbvertrag bestimmten Testamentsvollstreckers durch Testament ist in Rspr. und Lit. umstritten: Wohingegen z. T. keine Beeinträchtigung des Vertragserben angenommen wird (so Palandt/Edenhofer, § 2289 Rn. 5 m. w. N.) kommt die Gegenauffassung zu einer Unwirksamkeit der Auswechslung nach § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB (so OLG Stuttgart OLGZ 1979, 49, 51).

Die vorliegende Entscheidung beschäftigt sich wieder einmal mit der erbrechtlichen Situation des Hauses Hohenzollern. Zuletzt hatte der BGH in diesem Zusammenhang entschieden, dass die Anordnung der Dauer-testamentsvollstreckung ihre Wirksamkeit mit dem Tod des letzten Testamentsvollstreckers verliere, der binnen 30 Jahren seit dem Erbfall ernannt wurde (BGH, DNotZ 2008, 539). Nicht Stellung genommen hatte das Gericht aber zu der Frage, ob durch späteres Testament die aufgrund Erbvertrags bestimmte Person des Testamentsvollstreckers wirksam ausgewechselt werden kann.

Das KG folgt in dieser Streitfrage einer vermittelnden Auffassung, die auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abstellt (zustimmend Zimmermann, ZEV 2010, 43, 44; vgl. auch KG FamRZ 1977, 485, 487; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2008, Rn. 19). Solche Umstände, die den Vertragserben beeinträchtigen, sieht das KG hier als gegeben an. Dadurch, dass eine familienfremde Person zum Testamentsvollstrecker eingesetzt wird, bestehe die Gefahr, dass die Testamentsvollstreckung eine Eigendynamik entfalte und sich nicht mehr an den Interessen des Hauses gemäß dem Verständnis des jeweiligen Erben orientiere. Dies gelte insbesondere, als dass nach der ursprünglichen Regelung der jeweilige vertragsmäßig bedachte Erbe ab Vollendung seines 28. Lebensjahres selbst Testamentsvollstrecker und sogar Chef der Verwaltung sein sollte. Damit stellte sich die im Erbvertrag angeordnete Testamentsvollstreckung für den Erben letztlich als Begünstigung und nicht als Beschwerung dar. Zudem hatte sich der Erblasser im Erbvertrag auch nicht vorbehalten, die Testamentsvollstreckung abweichend von der im Erbvertrag bestimmten Ausgestaltung zu regeln.

Für die erbrechtliche Gestaltung ist die Entscheidung insoweit bedeutsam, als dass sie einerseits eine spätere Abänderbarkeit der Person des im Erbvertrag benannten Testamentsvollstreckers durch Testament einschränkt,

andererseits aber auch die Möglichkeit aufzeigt, dem Erblasser eine solche durch ausdrücklichen Änderungsvorbehalt im Erbvertrag zu erhalten.

LB

4. Erbrecht – Zur Sittenwidrigkeit eines Behinderertestaments sowie eines Pflichtteilsverzichtsvertrages

(*OLG Köln*, Urteil vom 9. 12. 2009 – 2 U 46/09 – mitgeteilt von *Richter am Oberlandesgericht Werner Sternal* und mit Anmerkung von *Notarassessor Dr. Christian Vaupel, Pulheim*)

BGB §§ 138; 2269; 2346

1. **Eine Verfügung von Todes wegen, mit der Eltern ihr behindertes, durch den Sozialhilfeträger unterstütztes Kind nur als Vorerben auf einen den Pflichtteil kaum übersteigenden Erbteil einsetzen, bei seinem Tod ein anderes Kind als Nacherben berufen (sog. Behindertentestament), verstößt nicht gegen die guten Sitten.**
2. **Ein von dem behinderten Kind mit seinen Eltern leibzeitig abgeschlossener Pflichtteilsverzichtsvertrag ist auch nicht im Falle des Bezuges von Sozialleistungen sittenwidrig.**

Zum Sachverhalt:

I. Der Kl. nimmt den Bekl. als Erben seiner am 6. 11. 2006 verstorbenen Ehefrau, Frau S. N., aus übergeleitetem Recht im Wege der Stufenklage auf Auskunft und Zahlung aus streitigem Pflichtteilsrecht der Tochter des Bekl. in Anspruch.

Der Kl. gewährt der lernbehinderten Tochter des Bekl., Frau N. N. (geb. 1974), die nicht unter gerichtlicher Betreuung steht, seit 1992 Eingliederungshilfe gemäß §§ 53 ff. SGB XII. Im Jahre 2007 wurde die Leistung als erweiterte Hilfe nach § 19 Abs. 5 SGB XII umgestellt. Mit Bescheid vom 30. 4. 2008 leitete der Kl. gemäß § 93 Abs. 1 S. 1 SGB XII sowohl den Pflichtteils- als auch den Auskunftsanspruch nach § 2314 BGB der Leistungsempfängerin aus dem Erbfall nach ihrer verstorbenen Mutter über. Derzeit fallen monatliche Kosten in Höhe von 3 000,- € an, und die bisher aufgewendeten Beträge belaufen sich auf über 400 000,- €. Seit November 2006 bis zum 31. 5. 2008 wurden seitens des Kl. Leistungen in Höhe von 62 717,30 € erbracht.

Der Bekl. lebte mit seiner Ehefrau in Zugewinnngemeinschaft. Aus der Ehe gingen drei Kinder hervor. Am 6. 11. 2006 errichteten die Eheleute ein gemeinschaftliches Testament. Zu diesem Zweck begab sich der Notar in die Wohnung der Eheleute. Die Eheleute setzten sich in dem Ehegattentestament gegenseitig als Alleinerben, die Tochter T. (geb. 1969) und den Sohn C. (geb. 1977) zu je 83/200 als Schlusserben des Längstlebenden sowie die Tochter N. zu 34/200 als Vorerbin ohne Befreiung von den gesetzlichen Beschränkungen des §§ 2113 ff. BGB ein. Zugleich wurden Dauertestamentsvollstreckung hinsichtlich des der Tochter N. anfallenden Erbteils angeordnet und der Bruder zum Testamentsvollstrecker sowie für den Fall des Todes der Tochter als Nacherbe bestimmt. Weiterhin heißt es unter anderem in der notariellen Urkunde (Urkundenrolle-Nr. ... des Notars ...):

„Frau N. gab an, ihren Namen nicht schreiben und nicht sprechen zu können. Der Notar zog daher als Zeugen und Erklärungshelfer ... zu. Ausschlussgründe für die Mitwirkung gemäß

§ 26 BeurkG liegen in der Person des Zeugen und Erklärungshelfers nicht vor. Frau N. kann sich auch durch Zeichen verständlich machen. ...

Der Notar überzeugte sich durch die Verhandlung von der erforderlichen Geschäfts- und Testierfähigkeit der Erblasser. Frau N. ist schwer krebskrank und nach Auskunft ihres behandelnden Arztes, des Zeugen und Erklärungshelfers ... testierfähig.

Unsere Tochter N. N. ist lernbehindert, steht jedoch nicht unter gerichtlicher Betreuung und ist auch nicht in der Geschäftsfähigkeit eingeschränkt. ...“

Im Anschluss an die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments verzichteten die Tochter N. sowie ihre Geschwister durch notariell beurkundeten Pflichtteilsverzichtsvertrag auf die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen nach dem Erstversterbenden (Urkundenrolle-Nr. ... des Notars ...). Noch im Laufe des Abends des 6. 11. 2006 verstarb die Ehefrau des Bekl.

Die Eheleute waren Eigentümer eines im Grundbuch des AG ... von ... eingetragenen Grundstücks, welches mit einem Wohnhaus bebaut ist.

Der Kl. hat die Auffassung vertreten, der Tochter stehe ein Pflichtteilsanspruch nach § 2303 Abs. 1 BGB i. V. m. § 1924 BGB zu. Die Tochter sei nicht befugt gewesen, wirksam auf ihren Pflichtteil zu verzichten. Der Pflichtteilsverzichtsvertrag sei als Vertrag zu Lasten Dritter nichtig. Dem Bekl. und seiner verstorbenen Ehefrau sei bewusst gewesen, dass der Kl. nach dem Tode des Längstlebenden grundsätzlich auf Vermögenswerte zugreifen könne. Um dies zu vereiteln, seien die erbrechtlichen Regelungen getroffen sowie der Pflichtteilsverzicht nach dem Erstversterbenden erklärt worden. Aus der testamentarischen Regelung, die Tochter N. als Einziges der drei Kinder als beschränkte Vorerbin einzusetzen, während die beiden anderen Kinder beschränkungslos zu Erben des Letztversterbenden berufen wurden, werde die Intention deutlich, den Zugriff des Sozialhilfeträgers auf Vermögenswerte zu verhindern. Gleiche Motivation sei für den Pflichtteilsverzicht anzunehmen.

Mit Urteil vom 12. 3. 2009 hat das LG die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

- II. 1. Gegen die Zulässigkeit der Berufung des Kl. bestehen keine Bedenken.
2. In der Sache hat die Berufung keinen Erfolg.

Überleitbarkeit des Pflichtteilsanspruchs

a) Der klagende Verband ist vorliegend grundsätzlich berechtigt, den hier im Wege der Stufenklage geltend gemachten Pflichtteilsanspruch der Leistungsberechtigten klageweise zu verfolgen (§ 2303 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. § 93 Abs. 1 S. 1 SGB XII).

Die Tochter des Bekl. ist in dem Testament der Erblasserin nicht als Erbin eingesetzt und somit grundsätzlich pflichtteilsberechtigt. Damit steht ihr dem Grunde nach auch ein Anspruch auf Wertermittlung nach § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB zu. Diese Ansprüche kann nunmehr der Kl. als Sozialhilfeträger geltend machen, ohne dass es auf eine Entscheidung des Pflichtteilsberechtigten selbst ankommt (BGH NJW-RR 2005, 369). Ein Pflichtteilsanspruch ist nach herrschender Meinung in der Literatur (vgl. nur MünchKomm/Lange, 4. Aufl. 2004, § 2317 BGB Rn. 10; Ivo, FamRZ 2003, 6; Mensch, BWNNotZ 2009, 162, 165; Nieder, NJW 1994, 1265) und der von dem Senat ge-