

letzte Aktualisierung: 7.6.2019

OLG Hamm, Beschl. v. 15.2.2019 – 15 W 245/18

BGB §§ 873, 925, 2205 S. 2; GBO §§ 39, 40

**Auflassung des vermeintlich als Testamentsvollstrecker handelnden alleinigen Vorerben;
Voreintragungsgrundsatz bei Übertragung an Nacherben**

1. Zur Wirksamkeit einer Auflassung durch den vermeintlichen Testamentsvollstrecker, der in Wahrheit alleiniger Vorerbe ist.
2. Keine Entbehrlichkeit der Voreintragung nach § 40 GBO, falls die Zustimmung der Nachnacherben fehlt.

Oberlandesgericht Hamm, 15 W 245/18

Datum: 15.02.2019
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 15 W 245/18
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2019:0215.15W245.18.00

Vorinstanz: Amtsgericht Dortmund, D-26292-11
Normen: BGB §§ 873, 925; GBO 39, 40
Leitsätze: 1.

Zur Wirksamkeit einer Auflassung durch den vermeintlichen Testamentsvollstrecker, der in Wahrheit alleiniger Vorerbe ist.

2.

Keine Entbehrlichkeit der Voreintragung nach § 40 GBO, falls die Zustimmung der Nachnacherben fehlt.

Tenor: Die angefochtenen Zwischenverfügungen werden aufgehoben.

- Gründe:** 1
- I. 2
- Im Grundbuch von Dortmund Blatt ##### ist als Miteigentümerin zu 1/3-Anteil die am 20. Januar 2012 in den USA verstorbene M (Erblasserin) eingetragen. Im Grundbuch von Dortmund Blatt ##### ist die Erblasserin als Miteigentümerin zu 1/12-Anteil eingetragen. Mit einer in englischer Sprache verfassten letztwilligen Verfügung vom 16. Januar 2012 ordnete die Erblasserin u.a. an, dass ihr Nachlass in einen von dem Beteiligten zu 1), ihrem Ehemann, verwalteten „J M. M Trust“ eingehen solle. Nach dessen Tode solle das Vermögen des Trusts auf die gemeinsamen Kinder, die Beteiligten zu 2) und 3), übergehen. 3
- In dem Nachlassverfahren zu Aktenzeichen 14 VI ####/## AG Dortmund erteilte das Nachlassgericht dem Beteiligten zu 1) zunächst ein Testamentsvollstreckerzeugnis. 4
- In einem mit „Vertrag zur Erfüllung eines Vermächtnisses“ bezeichneten notariellen Vertrag 5

vom 22. Januar 2016 (UR-Nr. ####/#### des Notars Dr. N) übertrug der Beteiligte zu 1) – ausdrücklich handelnd als Testamentsvollstrecker hinsichtlich des in Deutschland belegenden Nachlasses seiner verstorbenen Ehefrau - die oben bezeichneten Miteigentumsanteile jeweils zur Hälfte auf die Beteiligten zu 2) und 3). Die Beteiligten erklärten die Auflassung und bewilligten und beantragten die Eintragung der Eigentumsänderung in beiden Grundbüchern. Zudem bevollmächtigten sie den Urkundsnotar sowie u.a. die Rechtsanwalts- und Notariatsfachangestellte E2, sie im Grundbuchverfahren uneingeschränkt zu vertreten sowie alle ggf. noch für die Wirksamkeit und den Vollzug dieser Urkunde erforderlichen Erklärungen abzugeben.

Auf der Grundlage dieser Urkunde beantragte der Urkundsnotar mit Antrag vom 1. März 2016 die Eigentumsumschreibung auf die Beteiligten zu 2) und 3). Mit Zwischenverfügungen vom 12. April 2016 und 2. Juni 2016 lehnte das Grundbuchamt die Eigentumsumschreibung mit Verweis auf § 2205 Satz 3 BGB mangels eines Nachweises der Entgeltlichkeit ab, weil sich aus den vorgelegten Unterlagen und den Nachlassakten ein entsprechendes Vermächtnis nicht ergebe, und auch Genehmigungen der Erben nicht nachgewiesen seien. 6

In der Folgezeit erteilte das Nachlassgericht in dem Nachlassverfahren 19 VI ####/## AG Dortmund unter dem 10. November 2017 einen Erbschein, der den Beteiligten zu 1) hinsichtlich des in Deutschland belegenden unbeweglichen Nachlasses als alleinigen Vorerbe der Erblasserin und die Beteiligten zu 2) und 3) als Nacherben ausweist. Nach dem Inhalt des Erbscheins tritt die Nacherbfolge ein mit dem Tode des Vorerben. Die Nacherben sind gleichfalls nur Vorerben. Der Erbschein weist die Anordnung einer weiteren Nacherbfolge aus, die mit dem Tode des jeweiligen Vorerben eintritt. Nacherben sind die jeweiligen Abkömmlinge der Vorerben, ersatzweise dessen gesetzliche Erben der zweiten Ordnung. 7

Durch Beschluss des Nachlassgerichts vom gleichen Tage wurde zudem das Testamentsvollstreckerzeugnis wegen Unrichtigkeit eingezogen. 8

Unter Hinweis auf diesen Erbschein hat der Urkundsnotar mit Antrag vom 15. Januar 2018 erneut auf der Grundlage der in der Urkunde vom 1. März 2016 erklärten Auflassung die Eigentumsumschreibung beantragt. 9

Mit Zwischenverfügung vom 2. März 2018 hat die Grundbuchrechtspflegerin die Auffassung vertreten, dass es an einer wirksamen Auflassung fehle, weil der Beteiligte zu 1) bei der am 22. Januar 2016 erklärten Auflassung ausdrücklich als Testamentsvollstrecker und daher als Partei kraft Amtes und nicht als Privatperson und Vorerbe gehandelt habe. Vorzulegen sei daher die Genehmigung durch den Beteiligten zu 1) in seiner „Eigenschaft als Privatperson und Vorerbe“. Zur Behebung des Eintragungshindernisses nach § 18 GBO hat die Grundbuchrechtspflegerin eine Frist bis zum 30. April 2018 gesetzt. 10

Mit Schriftsatz vom 15. März 2018 hat der Urkundsnotar eine notarielle Genehmigungserklärung (UR-Nr. ####/####) der Notariatsfachangestellten E2 vom 14. März 2018 vorgelegt. Darin beantragte diese als Vertreterin des Beteiligten zu 1) aufgrund der in der Urkunde vom 22. Januar 2016 erteilten Vollmacht, das Grundbuch dahin zu berichtigen, dass der Beteiligte zu 1) als Vorerbe nach seiner Ehefrau Miteigentümer sei. Zugleich erteilte sie die Genehmigung der von dem Beteiligten zu 1) in seiner vermeintlichen Funktion als Testamentsvollstrecker abgegebenen Erklärungen einschließlich der Auflassungserklärung. 11

Mit Zwischenverfügung vom 29. März 2018 führte die Grundbuchrechtspflegerin aus, dass mit dieser Genehmigungserklärung das Eintragungshindernis nicht beseitigt sei, weil der 12

Beteiligte zu 1) auch die Vollmacht in der Urkunde vom 22. Januar 2016 ausdrücklich als Testamentsvollstrecker erteilt habe. Eine Frist zur Behebung des Eintragungshindernisses nach § 18 GBO durch Vorlage einer Genehmigung des Beteiligten zu 1) hat die Grundbuchrechtspflegerin bis zum 16. Mai 2018 gesetzt.

Gegen diese Zwischenverfügung richtet sich die Beschwerde der Beteiligten, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 18. Juli 2018 nicht abgeholfen und die es dem Senat vorgelegt hat. 13

II. 14

Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung ist statthaft und auch im Übrigen zulässig (§§ 71 Abs. 1, 18 Abs. 1 GBO) und hat auch in der Sache Erfolg. 15

Das von der Grundbuchrechtspflegerin angenommene Eintragungshindernis besteht nicht. Die Beteiligten haben in dem Übertragungsvertrag vom 22. Januar 2016 die in Rede stehenden - in den Grundbüchern des Amtsgerichts Dortmund Blatt ##### und Blatt ##### noch als Eigentum der Erblasserin eingetragenen - Miteigentumsanteile wirksam auf die Beteiligten zu 2) und 3) aufgelassen. Dass der Beteiligte zu 1) dabei davon ausging, als Testamentsvollstrecker hinsichtlich des in Deutschland belegenden Nachlasses seiner verstorbenen Ehefrau tätig zu werden und dies in der Übertragungsurkunde so auch ausdrücklich angegeben worden ist, ist insoweit ohne Belang. 16

Die Auflassung als dingliches Veräußerungs- und Erwerbsgeschäft muss sowohl den auf Übertragung von Grundstückseigentum an den Erwerber gerichteten Willen des Veräußerers als auch den auf Erwerb dieses Eigentums vom Veräußerer gerichteten Willen zum Ausdruck bringen. Dabei müssen die Erklärungen des Veräußerers erkennen lassen, wer die Person des Veräußerers ist, ob er im eigenen oder fremden Namen und für wen er handelt, ob er allein oder zusammen mit anderen Eigentum an einem Grundstück übertragen will (Pfeifer/Diehm in Staudinger, BGB, 2017, § 925, Rn. 41 ff). 17

Im gegebenen Fall lassen die Erklärungen des Beteiligten zu 1) in dem Übertragungsvertrag vom 22. Januar 2016 eindeutig erkennen, dass er die in den Nachlass gefallenden Miteigentumsanteile im eigenen Namen als Veräußerer auf die Beteiligten zu 2) und 3) – jeweils hälftig – zu Eigentum übertragen will. Denn als vermeintlicher Testamentsvollstrecker wollte er gerade nicht in fremden Namen, sondern als Partei kraft Amtes in eigenem Namen tätig werden. Denn ein Testamentsvollstrecker ist weder Vertreter der Erben noch des Nachlasses, sondern übt die Befugnis, über den Nachlass zu verfügen, in eigenem Namen aus (Lange, BeckOK BGB, Bamberger/Roth /Hau/Poseck, Stand 01.01.2018, § 2197, Rn. 5 ff; Weidlich in Palandt, BGB, 77. Auflage 2018, § 2197, Rn. 2). Damit hat der Beteiligte zu 1) als Veräußerer eine Auflassungserklärung mit dem erforderlichen Inhalt abgegeben. 18

Die Beteiligten zu 2) und 3) haben ihrerseits ihren Willen zum Erwerb von dem Beteiligten zu 1) in eindeutiger Weise zum Ausdruck gebracht. Damit haben die Beteiligten eine Auflassung im Sinne des § 925 BGB erklärt. 19

Die Auflassung ist auch wirksam, weil der Beteiligte zu 1) als Berechtigter verfügt hat. Zwar folgt seine Verfügungsbefugnis nicht – wovon er bei Abgabe der Erklärung ausgegangen ist – gemäß § 2205 Satz 2 BGB aus seinem Testamentsvollstreckeramt, sondern aus dem Umstand, dass er als alleiniger Vorerbe nach seiner Ehefrau tatsächlicher Rechtsinhaber ist. Für die Frage des Bestehens einer Verfügungsbefugnis ist dies jedoch ohne Belang. Ein etwaiger Irrtum über den Rechtsgrund der Befugnis berührt deren Wirksamkeit – solange die Willenserklärung nicht wirksam angefochten worden ist - 20

nicht.

Für das weitere Verfahren weist der Senat allerdings auf folgendes hin: 21

Gemäß § 39 GBO soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als Berechtigter eingetragen ist. Das ist hier nicht der Fall, weil der Beteiligte C2-B2 M sen. als (Vor)Erbe noch nicht eingetragen worden ist. Zwar durchbricht § 40 GBO die Regel des § 39 GBO für den Fall, dass der Betroffene – wie hier - Erbe des eingetragenen Berechtigten ist. Die Vorschrift will dem Erben die Kosten für eine Voreintragung ersparen. Allerdings nimmt die Rechtsprechung Ausnahmen von dieser Durchbrechung an, die im gegebenen Fall greifen dürften. Danach bleibt bei Vorerbschaft die Voreintragung grundsätzlich erforderlich, weil ansonsten die Eintragung des Nacherbenvermerks unzulässig ist (vgl. hierzu Senat FGPrax 2005, 239 f.; Demharter, GBO, 31. Auflage, § 40, Rn. 5). Etwas anderes gilt zwar dann, wenn im Fall der Übertragung eines Rechts die gleichzeitige Eintragung des Nacherbenvermerks (§ 51 GBO) entbehrlich ist, weil z. B. die Zustimmung der Nacherben nachgewiesen ist (Senat aaO.). Im gegebenen Fall könnte noch davon ausgegangen werden, dass eine solche Zustimmung der Beteiligten T-D2 D3 und C2- B2 M jun. gegeben ist, weil ja das Recht mit ihrer Mitwirkung auf sie übertragen worden ist. Allerdings fehlt die Zustimmung der Nachnacherben, so dass jedenfalls insoweit die Eintragung des Nacherbenvermerks nicht entbehrlich ist. Eine Eintragung des Nachnacherbenvermerks ohne Voreintragung der Beteiligten T D2 D3 und C2-B2 M jun. als deren Vorerben wäre aber unzulässig. Eine Eintragung der Beteiligten T D2 D3 und C2-B2 M jun. würde nämlich nicht aufgrund des Eintritts der (Nach-)Erbfalls erfolgen, sondern aufgrund der rechtsgeschäftlichen Übertragung. 22

Aus dem Vorstehenden folgt, dass vor einer Eintragung der Beteiligten T D2 D3 und C2- B2 M jun. als Eigentümer in das Grundbuch zunächst die Eintragung des Beteiligten zu 1) als Vorerben mit Nacherbenvermek zu erfolgen hat. 23