

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO §§ 727, 750 Abs. 2 – Begründung der Rechtsnachfolge bei Erteilung einer Rechtsnachfolgeklausel; mehrfache Rechtsnachfolgen

BGB §§ 2205, 2216 – Grundpfandrechtsbestellung durch den Testamentsvollstrecker

HUP Art. 8; EuGüVO Art. 26; EGBGB Art. 17 Abs. 4 – Deutschland/England/Italien/Spanien: Wirksamkeit eines Ehevertrages

BGB § 2289 – Ehegattenerbvertrag zu Gunsten der gemeinsamen Abkömmlinge; Scheidung der Ehe; abändernde Verfügung nach dem Tod des Ehemannes

#### Rechtsprechung

HGB § 12 Abs. 1 S. 1; BeurkG § 39a Abs. 1 S. 1 Hs. 1 – Handelsregisteranmeldung durch einfaches elektronisches Zeugnis; Beglaubigung der Unterschrift

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### ZPO §§ 727, 750 Abs. 2

#### Begründung der Rechtsnachfolge bei Erteilung einer Rechtsnachfolgeklausel; mehrfache Rechtsnachfolgen

##### I. Sachverhalt

Bei einer vollstreckbaren Ausfertigung einer notariellen Urkunde (Grundschild) wurden wegen diverser Rechtsnachfolgen auf Schuldner- und Gläubigerseite mehrere Vollstreckungsklauseln eingezeichnet und neue Klauseln erteilt. Die jeweils neu erteilte Klausel enthält in der Begründung

den Grund für die letzte Neuerteilung, nicht jedoch die Gründe der Neuerteilung früherer, nunmehr eingezogener Klauseln. Das Vollstreckungsgericht moniert letzteres. Die eingezogenen Klauseln mit Einziehungsvermerk befinden sich jeweils vor der zuletzt erteilten Klausel, sodass die früheren Rechtsnachfolgen nachvollziehbar sind.

##### II. Frage

Muss eine neu erteilte Vollstreckungsklausel in dem Fall, in dem die bisherige Vollstreckungsklausel vollständig eingezeichnet wird, in der Begründung sämtliche Rechtsnachfolgen gegenüber der Ursprungsklausel enthalten oder genügt die Erläuterung der letzten Rechtsnachfolge, die zur Neuerteilung geführt hat?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. „Umschreibung“ der Vollstreckungsklausel nach § 727 ZPO

Nach § 727 Abs. 1 ZPO kann eine vollstreckbare Ausfertigung für den Rechtsnachfolger des im Titel bezeichneten Schuldners oder Gläubigers erteilt werden, sofern die Rechtsnachfolge offenkundig oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist. Gemäß §§ 795, 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO findet § 727 ZPO auch auf vollstreckbare notarielle Urkunden Anwendung und ist gemäß § 797 Abs. 2 ZPO auch von dem Notar bei der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zugunsten des Rechtsnachfolgers zu berücksichtigen.

§ 727 ZPO regelt nicht unmittelbar die Erteilung einer Vollstreckungsklausel für den Rechtsnachfolger des in einer Urkunde bezeichneten Gläubigers oder Schuldners **zu einem Zeitpunkt, zu dem bereits eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt worden war** (Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 4. Aufl. 2019, Rn. 42.25.). Hierbei dürfte es sich gleichwohl um den praktischen Regelfall handeln (vgl. Winkler, RNotZ 2019, 117, 130). Die Norm geht vielmehr – dem Wortlaut nach – von der **erstmaligen** Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung aus und regelt nicht, wie mit einer **bereits zuvor erteilten** vollstreckbaren Ausfertigung umzugehen ist. Derartige Fälle werden häufig als solche der „Klauselumschreibung“ bezeichnet (s. dazu, dass der Begriff missverständlich ist Winkler, RNotZ 2019, 117, 130: Es handele sich stets um Fälle der *Neuerteilung* der Vollstreckungsklausel). Dazu, wie eine bereits erteilte Klausel „umgeschrieben“ werden kann, schildert *Wolfsteiner* drei Optionen:

a) Der Notar hat die Möglichkeit, die ihm eingereichte alte Ausfertigung zu vernichten (bzw. entwertet zu seinen Akten zu nehmen) und eine neue Ausfertigung zu erteilen (Wolfsteiner, Rn. 42.27).

b) Eine weitere Möglichkeit besteht darin, die alte Vollstreckungsklausel mit einem Einziehungsvermerk zu versehen („Die vorstehende Vollstreckungsklausel wird eingezogen“), somit „virtuell“ zu entwerten und die neue Vollstreckungsklausel auf die körperlich weiterzuverwendende alte Ausfertigung zu setzen (Wolfsteiner, Rn. 42.28.).

c) In einer dritten Variante vermerkt der Notar anstelle eines Einziehungsvermerks unter der bis-

her erteilten Klausel, dass diese auf den Rechtsnachfolger **umgeschrieben** wurde. Rechtlich handelt es sich jedoch auch bei dieser Variante um eine Einziehung der alten Klausel und um die Erteilung einer neuen Klausel für oder gegen den Rechtsnachfolger (Wolfsteiner, Rn. 42.31. f.).

Die Vollstreckungsklausel, die für bzw. gegen den Rechtsnachfolger erteilt wird, ist in allen Varianten mit einer Begründung zu versehen (Winkler, RNotZ 2019, 117, 130), da die Klausel maßgeblich dafür ist, welche Urkunden bei einer Zwangsvollstreckung nach § 750 Abs. 2 ZPO zugestellt werden müssen. Diese Urkunden sind dergestalt zu bezeichnen, dass das Vollstreckungsorgan die Identität der zuzustellenden Urkunden prüfen kann (Wolfsteiner, Rn. 42.24., 46.59.; Wiczorrek/Schütze/Paulus, ZPO, 5. Aufl. 2023, § 727 Rn. 49).

#### 2. Begründungsumfang bei mehreren Rechtsnachfolgen

Es stellt sich die Frage, ob in Fällen mehrerer Rechtsnachfolgen, in denen nach der zweiten vorgenannten Möglichkeit verfahren wurde, bei der Erteilung der neuen Vollstreckungsklausel eine Begründung **sämtlicher** Rechtsnachfolgen angegeben werden muss, oder ob die Aufnahme der Begründung für die **jeweils letzte** Rechtsnachfolge ausreichend ist.

Diese Frage wird – soweit ersichtlich – in Rechtsprechung und Literatur nicht explizit erörtert. Maßgeblich dürfte u. E. sein, dass sich der **Umfang der Begründungspflicht** durch das Klauselerteilungsorgan mit dessen **Prüfungsumfang hinsichtlich der eingetretenen Rechtsnachfolge(n)** deckt. Hat das Klauselerteilungsorgan bei Erteilung der neuen Rechtsnachfolgeklausel auch sämtliche bislang eingetretenen Rechtsnachfolgen zu prüfen, dürfte sich die Begründungspflicht ebenso auf sämtliche Rechtsnachfolgen erstrecken. Umfasst die Prüfungspflicht hingegen nur die letzte Rechtsnachfolge, dürfte auch nur diese in die Begründung aufzunehmen sein. Vom Klauselerteilungsorgan dürfte nicht verlangt werden können, eine Rechtsnachfolge zu begründen, die es selbst nicht geprüft hat.

Die obergerichtliche Rechtsprechung (KG NJW-RR 1997, 253) sowie die (soweit ersichtlich) einheitliche Ansicht in der Literatur vertreten die Auffassung, dass das Klauselerteilungsorgan bei mehreren Rechtsnachfolgen an eine frühere

Rechtsnachfolgeklausel **nicht gebunden** sei (Wolfsteiner, Rn. 42.27.; Saenger, ZPO, 10. Aufl. 2023, § 727 Rn. 11; Musielak/Voit, ZPO, 22. Aufl. 2025, § 727 Rn. 4; Zöller/Seibel, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 727 Rn. 27). Wolfsteiner folgert daraus, dass das Klauselerteilungsorgan jeweils sämtliche Voraussetzungen – also sämtliche Rechtsnachfolgen – immer neu zu prüfen habe (Wolfsteiner, Rn. 42.27.). Das KG (NJW-RR 1997, 253) führte indes lediglich aus, dass die Rechtsnachfolgeklausel „keine der Rechtskraft auch nur entfernte Bindung“ entfalte und somit das Klauselerteilungsorgan bei einer zweiten Umschreibung nicht an eine bereits erteilte – im zugrundeliegenden Fall unrichtige – Rechtsnachfolgeklausel gebunden sei. Der Entscheidung lässt sich indes nicht entnehmen, dass das Klauselerteilungsorgan stets die Richtigkeit zuvor erteilter Rechtsnachfolgeklauseln vollumfänglich zu prüfen habe. Vielmehr heißt es in den Entscheidungsgründen:

*„Eine andere, hier nicht zu entscheidende Frage ist, ob der Rechtspfleger die Rechtmäßigkeit der vorhergehenden Klauselerteilung nachprüfen muß oder sich auf deren Richtigkeit verlassen darf. Hat er aber die Fehlerhaftigkeit – wie hier – erkannt, so muß er die weitere Umschreibung ablehnen.“*

(KG NJW-RR 1997, 253)

Für die von Wolfsteiner gezogene Schlussfolgerung spricht freilich, dass – ähnlich wie bei einer Vernichtung der alten Ausfertigung und Erteilung einer gänzlich neuen Ausfertigung (erste oben dargestellte Möglichkeit) – die alte Vollstreckungsklausel durch den Einziehungsvermerk entwertet wird, sodass diese keine Wirkung mehr für die neue Klausel entfalten kann.

Gegen eine Prüfungspflicht des Klauselerteilungsorgans hinsichtlich sämtlicher Rechtsnachfolgen lässt sich allerdings einwenden, dass dem späteren Rechtsnachfolger noch nicht zwingend Nachweisurkunden i. S. d. § 727 Abs. 1 ZPO hinsichtlich des Eintritts früherer Rechtsnachfolgen vorliegen müssen. So dürfte beispielsweise bei einer Kettenabtretung ein zweiter Zessionar nicht notwendigerweise im Besitz der Urkunden betreffend die vorherige Zession sein. Aus verfahrensrechtlicher Sicht benötigt er diese Urkunden erst für die Zustellung gem. § 750 Abs. 2 ZPO. Es dürfte mithin ausreichen, wenn der Gläubiger sich die gem. § 750 Abs. 2 ZPO notwendigen Urkunden erst bei Bedarf beschafft bzw. im Ver-

fahren gem. § 750 Abs. 2 ZPO nachweist. Auch aus der in der Literatur und obergerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Ansicht, das Klauselerteilungsorgan sei an eine frühere **unrichtige** Rechtsnachfolgeklausel nicht gebunden (s. o.), lässt sich u. E. nicht zwingend der Schluss ziehen, das Klauselerteilungsorgan habe sämtliche Rechtsnachfolgen erneut zu prüfen. Die Ansicht kann – entgegen Wolfsteiner – auch dahingehend verstanden werden, dass das Klauselerteilungsorgan die früheren Rechtsnachfolgen zwar prüfen **kann**, aber (vorbehaltlich evidenter Unrichtigkeit) **nicht muss**. Dieses Verständnis dürfte sowohl dem Gebot rechtmäßigen Handelns des Klauselerteilungsorgans einerseits als auch dem Gebot der Verfahrensökonomie andererseits gerecht werden. Versteht man die Ansicht in diesem Sinne, wäre – mangels **Prüfungspflicht** – auch eine generelle **Begründungspflicht** betreffend früherer Rechtsnachfolgen abzulehnen. Sofern die Einziehung der alten Klauseln lediglich „virtuell“ erfolgt, ist überdies eine Beurteilung der Frage, welche Urkunden gem. § 750 Abs. 2 ZPO zuzustellen sind, weiterhin möglich.

### 3. Ergebnis

Nach unserem Dafürhalten sprechen gute Gründe dafür, bei mehreren Rechtsnachfolgen die Prüfungspflicht – und damit die Begründungspflicht – des Klauselerteilungsorgans bei Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung **auf die jeweils letzte eingetretene Rechtsnachfolge zu beschränken**, und zwar ungeachtet dessen, dass das Klauselerteilungsorgan an die der Erteilung von früheren Klauseln zugrunde liegende rechtliche Einschätzung nicht gebunden ist. Dies dürfte jedenfalls dann gelten, wenn die Einziehung der alten Klauseln lediglich „virtuell“ erfolgt und damit eine Beurteilung der Frage, welche Urkunden gem. § 750 Abs. 2 ZPO zuzustellen sind, möglich bleibt.

---

## BGB §§ 2205, 2216

### Grundpfandrechtsbestellung durch den Testamentsvollstrecker

---

#### I. Sachverhalt

A ist Vorerbe, N Nacherbe eines großen Vermögens. Zum Dauertestamentsvollstrecker ist der Testamentsvollstrecker A bestellt; die Vollstreckung erstreckt sich auf den gesamten Nachlass einschließlich der Nacherbenrechte (§ 2222

BGB). Der Testamentsvollstrecker ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und verfügt über eine erweiterte Verpflichtungsbefugnis gemäß § 2207 BGB.

Im Nachlass befinden sich mehrere Wohn- und Geschäftsgrundstücke, die teilweise zur Finanzierung mit Grundpfandrechten belastet sind. Zur Anschlussfinanzierung beabsichtigt der Testamentsvollstrecker, ein Finanzierungsdarlehen bei einem institutionellen Gläubiger aufzunehmen und zu dessen Sicherung eine (übliche) Grundschuld einschließlich dinglicher und persönlicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung zu bestellen. Das Darlehen dient der ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses und soll aus dem Nachlass bedient werden. Es ist geplant, in der Grundschuldbestellungsurkunde folgenden Zusatz aufzunehmen:

*„Die Grundschuld wird bestellt zur Sicherung eines Darlehens, das als Teil der ordnungsgemäßen Verwaltung zugunsten des Nachlasses aufgenommen und für diesen gezahlt wird.“*

## II. Frage

Kann und darf ein Dauertestamentsvollstrecker mit der Verfügungsbefugnis für Vorerben und Nacherben im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung eine Finanzierungsgrundschuld mit dinglicher und persönlicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung bestellen?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers

Durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung über den gesamten Nachlass ist den Erben die Verfügungsmacht über sämtliche Nachlassgegenstände entzogen (§ 2211 Abs. 1 BGB). Die Verwaltung des Nachlasses, die insbesondere die Berechtigung zu Verfügungen über Nachlassgegenstände einschließt, steht gem. § 2205 BGB dem Testamentsvollstrecker zu.

#### a) Grundschuldbestellung (dingliches Rechtsgeschäft)

Für die Bestellung eines Grundpfandrechts, die eine Verfügung über das Nachlassgrundstück darstellt, kommt es damit nur auf die sich aus § 2205 S. 2, 3 BGB ergebende Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers an. Diese Verfügungsbefugnis ist grundsätzlich unbeschränkt (soweit kein abweichender Erblasserwille an-

zunehmen ist, § 2208 BGB), und zwar auch in Bezug auf die Art der Verfügung. Insbesondere hängt die Wirksamkeit einer durch den Testamentsvollstrecker vorgenommenen Verfügung im Interesse des Verkehrsschutzes nicht davon ab, ob sie einer ordnungsgemäßen Verwaltung entspricht (BeckOK-BGB/Lange, Std.: 1.11.2025, § 2205 Rn. 15; Staudinger/Dutta, BGB, 2021, § 2205 Rn. 125; BeckOGK-BGB/Grotheer, Std.: 1.2.2025, § 2205 Rn. 70).

Die Verfügungsbefugnis wird lediglich in zweierlei Hinsichten durch das Gesetz beschränkt: Einerseits durch die entsprechende Anwendbarkeit von § 181 BGB und andererseits dadurch, dass der Testamentsvollstrecker gem. § 2205 S. 3 BGB zu unentgeltlichen Verfügungen grundsätzlich nicht berechtigt ist. Auf § 181 BGB kommt es im vorliegenden Fall schon wegen der Befreiung des Testamentsvollstreckers nicht an.

#### aa) Zur (Un-)Entgeltlichkeit der Verfügung

Für eine unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 2205 S. 3 BGB ist in objektiver Hinsicht erforderlich, dass der Testamentsvollstrecker ohne gleichwertige Gegenleistung ein Vermögensopfer aus dem Nachlass erbringt (BeckOK-BGB/Lange, § 2205 Rn. 25; Staudinger/Dutta, BGB, 2021, § 2205 Rn. 77). Als subjektives Merkmal wird verlangt, dass der Testamentsvollstrecker entweder weiß, dass dem Nachlass keine gleichwertige Gegenleistung zufließt, oder dass er dies bei ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses unter Berücksichtigung seiner künftigen Pflicht zur Herausgabe des Nachlasses an die Erben hätte erkennen müssen (BeckOK-BGB/Lange, § 2205 Rn. 25; Staudinger/Dutta, § 2205 Rn. 42; BGH NJW-RR 2016, 457; OLG München DNotZ 2013, 873; Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 52 Rn. 21). Entscheidend ist also insbesondere, dass eine **Gegenleistung in den Nachlass** gelangt.

Vor diesem Hintergrund ist die Belastung eines Nachlassgrundstücks mit einem Grundpfandrecht zum Zwecke der Kreditsicherung nach allgemeiner Auffassung in Literatur und Rechtsprechung als entgeltlich anzusehen, wenn die Valuta des zu sichernden Darlehens in den Nachlass fließen soll und die Besicherung nicht über das zur Krediterlangung Erforderliche hinausgeht (BeckOGK-BGB/Grotheer, § 2205 Rn. 81.6; vgl. auch RG HRR 1939 Nr. 1462; BGH WM 1970, 1422, 1424; OLG Saarbrücken NJW-RR 2023, 1111 Rn. 23).



### **bb) Zum Nachweis der (Un-)Entgeltlichkeit der Verfügung gegenüber dem Grundbuchamt**

Das Grundbuchamt prüft die Entgeltlichkeit der Grundsschuldbestellung als Teil der Prüfung der Bewilligungsbefugnis des bewilligenden Testamentsvollstreckers (s. allg. zu Bewilligungsbefugnis und Bewilligungsmacht Kilian, in: Bauer/Schaub, GBO, 5. Aufl. 2023, § 19 Rn. 151; s.a. Rn. 181 zum Testamentsvollstrecker). Da der Nachweis der Entgeltlichkeit regelmäßig nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO erbracht werden kann, wird eine entgeltliche Verfügung bei einer Grundsschuldbestellung angenommen, wenn die dafür maßgeblichen Beweggründe im Einzelnen angegeben werden, nachvollziehbar sind, der Wirklichkeit entsprechen und keine begründeten Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung ersichtlich sind (OLG Saarbrücken NJW-RR 2023, 1111 Rn. 21; Schaub, in: Bengel/Reimann/Holtz/Röhl, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 8. Aufl. 2023, § 5, Rn. 70; MünchKommBGB/Zimmermann, 9. Aufl. 2022, § 2205 Rn. 103; zum Verkauf durch den Testamentsvollstrecker siehe auch: OLG München BeckRS 2025, 7331). Wenn die Verfügung Bestandteil eines Rechtsgeschäfts mit einem Dritten ist, der weder Miterbe ist noch dem Testamentsvollstrecker wirtschaftlich oder persönlich nahesteht, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Verfügung vollentgeltlich ist (OLG Saarbrücken NJW-RR 2023, 1111 Rn. 21). Bestehen jedoch berechtigte Zweifel an der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, muss das Grundbuchamt selbst Ermittlungen anstellen und gegebenenfalls verlangen, dass der Testamentsvollstrecker die erforderlichen Unterlagen beibringt (vgl. OLG Saarbrücken NJW-RR 2023, 1111 Rn. 21; OLG Frankfurt a. M. ZEV 2011, 534).

Daher ist es erforderlich – und dem Grundbuchamt darzulegen –, dass die Valuta dem Nachlass zufließt und nicht etwa den Erben persönlich oder dem Testamentsvollstrecker (Schaub, § 5 Rn. 70; Zahn, MittRhNotK 2000, 89, 112; LG Aachen Rpfleger 1984, 98; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020 Rn. 3443). Hierzu wird in der Literatur empfohlen, in die Grundsschuldbestellungsurkunde die unwiderrufliche Anweisung aufzunehmen, die Darlehensvaluta auf ein Konto des Erben/der Erbengemeinschaft einzuzahlen, über das nur der Testamentsvollstrecker verfügen kann (Zahn, MittRhNotK 2000, 89, 112). Ist die Valuta dem Nachlass zugeflossen, ist ihre weitere Verwendung für die Frage der Entgeltlichkeit

der Grundsschuldbestellung unerheblich (Schaub, § 5 Rn. 70; Zahn, MittRhNotK 2000, 89, 112). Das Grundbuchamt kann also keine Angaben dazu verlangen, wie der Testamentsvollstrecker die Darlehensmittel verwenden will (Schaub, § 5 Rn. 70; Zahn, MittRhNotK 2000, 89, 112).

Im Hinblick auf die Sicherungsabrede (Zweckbestimmungserklärung) raten Stimmen in der Literatur dazu, dass die Grundsschuld dem Gläubiger nur als Sicherheit für solche Forderungen dienen sollte, die sich gegen den Nachlass richten (Schaub, § 5 Rn. 71; Zahn, MittRhNotK 2000, 89, 112). Forderungen des Gläubigers gegen die Erben (oder den Testamentsvollstrecker) persönlich dürfen nicht abgesichert werden (Schaub, § 5 Rn. 71; Zahn, MittRhNotK 2000, 89, 112).

### **cc) Folgen aus der Vor- und Nacherbfolge?**

Fraglich ist ferner, ob sich aus den in § 2113 BGB geregelten Verfügungsbeschränkungen des Vorerben Weiteres ergibt.

Gem. § 2113 Abs. 1 BGB ist die Verfügung des (nicht befreiten) Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück im Fall des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Damit kann der nicht befreite Vorerbe insbesondere nicht mit Wirkung gegenüber dem Nacherben ein zum Nachlass gehörendes Grundstück mit Grundpfandrechten belasten (vgl. Grüneberg/Weidlich, BGB, 85. Aufl. 2026, § 2113 Rn. 2).

Erstreckt sich die Testamentsvollstreckung **nur auf die Vorerbschaft**, so ist umstritten, ob der Testamentsvollstrecker ebenfalls den Beschränkungen des Vorerben unterliegt (vgl. Kössinger/Zintl, in: Kössinger/Najdecki/Zintl, Handbuch der Testamentsgestaltung, 7. Aufl. 2024, § 10 Rn. 98 m. w. N.; teilweise wird davon ausgegangen, dass der Testamentsvollstrecker nicht mehr Rechte haben könne als der Vorerbe [OLG München, ZEV 2016, 325]; nach a. A. unterliegt der Testamentsvollstrecker den Verfügungsbeschränkungen des § 2113 Abs. 1 BGB nur, wenn der Erblasser diese gemäß § 2208 Abs. 1 BGB anordnet [KG, NJW-RR 2022, 299]; ausf. zum Streitstand BeckOGK-BGB/Grotheer, Stand: 1.2.2025, § 2197 Rn. 100 ff.; Bernert/Thelen, DNotZ 2024, 815).

Im vorliegenden Fall kommt es auf eine Streitentscheidung jedoch nicht an. Der Testamentsvollstrecker ist nach dem geschilderten Sachverhalt Nacherbenvollstrecker im Sinne des § 2222 BGB. In diesem Fall übt der Testamentsvollstrecker für die Dauer der Vorerbschaft die Kontroll-, Sicherungs- und Mitwirkungsrechte anstelle des künftigen Nacherben aus und erfüllt dessen Pflichten (Staudinger/Dutta, § 2205 Rn. 228). Daher kann der Nacherbentestamentsvollstrecker eine nach § 2113 BGB erforderliche Zustimmung für den Nacherben erteilen (BeckOGK/C. Hartmann, Std. 1.11.2025, § 2113 Rn. 10; Kössinger/Zintl, § 10 Rn. 101; Schöner/Stöber, Rn. 3433).

## **2. Exkurs: Darlehensaufnahme; Eingehen einer Verbindlichkeit durch den Testamentsvollstrecker, §§ 2206, 2207 BGB**

Wenn auch etwas außerhalb der konkreten Anfrage liegend, stellt sich zudem die Frage nach der Möglichkeit einer Darlehensaufnahme durch den Testamentsvollstrecker. Entsprechende Verpflichtungsbefugnisse der Testamentsvollstrecker ergeben sich aus §§ 2206, 2207 BGB. Ein Handeln des Testamentsvollstreckers im Rahmen seiner Verpflichtungsbefugnis hat zur Folge, dass die Verbindlichkeit als Nachlassverbindlichkeit entsteht und somit die Möglichkeit der erbrechtlichen Haftungsbeschränkung besteht (BeckOGK-BGB/Grotheer, Std.: 1.2.2025, § 2206 Rn. 9). Im Gegensatz zur Verfügungsbefugnis nach § 2205 S. 2 BGB ist die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gem. § 2206 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich auch im Außenverhältnis zu Dritten beschränkt (sog. „kausale Beschränkung“; s. MünchKommBGB/Zimmermann, 10. Aufl. 2026, § 2206 Rn. 1; BeckOGK/Grotheer, § 2206 Rn. 23; BeckOK-BGB/Lange, Std. 1.11.2025, § 2206 Rn. 1). Die Eingehung der Verbindlichkeit muss zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sein. Allerdings kann der Erblasser nach § 2207 S. 1 BGB anordnen, dass diese Beschränkung nicht gelten soll. In diesem Fall ist der Testamentsvollstrecker im Verhältnis zu Dritten bei der Eingehung von Verbindlichkeiten, ebenso wie bei der Vornahme von Verfügungen, nur dadurch beschränkt, dass er grundsätzlich kein Schenkungsversprechen abgeben kann (vgl. § 2207 S. 2 BGB) und § 181 BGB entsprechend anwendbar ist.

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt hat der Testamentsvollstrecker eine erweiterte Verpflichtungsbefugnis gemäß § 2207 BGB. Selbst wenn dies

nicht der Fall wäre, käme die Zweifelsregelung des § 2209 Satz 3 BGB in Betracht. Danach ist bei der Verwaltungsvollstreckung im Zweifel davon auszugehen, dass dem Testamentsvollstrecker die in § 2207 BGB bezeichnete Ermächtigung zur unbeschränkten Eingehung von Verbindlichkeiten erteilt ist. Geht man auch im vorliegenden Fall davon aus, dass der Testamentsvollstrecker zur grundsätzlich unbeschränkten Eingehung von Verbindlichkeiten berechtigt ist – vorbehaltlich der Grenzen des § 181 BGB und des Verbots von Schenkungsversprechen –, könnte er den Darlehensvertrag allein mit dem Darlehensgeber schließen.

## **3. Verhältnis des Testamentsvollstreckers zu den Erben**

Von den vorstehend behandelten Befugnissen im Außenverhältnis ist die Frage zu unterscheiden, ob das Handeln des Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben pflichtgemäß ist. Maßgeblich ist insoweit § 2216 BGB, wonach der Testamentsvollstrecker grundsätzlich zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet ist und die Verwaltungsanordnungen des Erblassers zu befolgen hat. Daran ändert auch die Erweiterung der Verpflichtungsbefugnis gem. §§ 2207, 2209 S. 2 BGB nichts, denn diese betrifft nur das Verhältnis gegenüber Dritten (Staudinger/Dutta, § 2207 Rn. 4).

Ob die beabsichtigten Maßnahmen noch im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses liegen, lässt sich aufgrund des geschilderten Sachverhalts nicht abschließend beurteilen (Tatfrage). Die Entscheidung dieser Frage obliegt dem im Einzelfall berufenen Gericht. Allgemein ist zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung dem Testamentsvollstrecker außerhalb etwaiger Anordnungen des Erblassers einen gewissen Handlungsspielraum einräumt (BeckOK-BGB/Lange, Std.: 1.11.2025, § 2216 Rn. 9; Staudinger/Dutta, BGB, 2021, § 2216 Rn. 12; BeckOGK-BGB/Suttmann, Std.: 1.10.2025, § 2216 Rn. 13.1; MünchKommBGB/Zimmermann, 10. Aufl. 2026, § 2216 Rn. 1). Insbesondere ist der Testamentsvollstrecker nicht gehalten, bei Verwaltungsentscheidungen den sogenannten „sichersten Weg“ zu gehen (BeckOGK-BGB/Suttmann, § 2216 Rn. 13.1; BeckOK-BGB/Lange, § 2216 Rn. 10). Unter Beachtung der Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung darf er durchaus Eigeninitiative entfalten und sich am „Bild eines zwar umsichtigen und soliden, aber ,dyna-

mischen‘ Geschäftsführers, der die Risiken und Chancen kalkuliert und dann eingeht/nutzt oder nicht“ (BGH NJW 1987, 1070, 1071) orientieren. Dies gilt jedenfalls bei normalen oder vergleichsweise guten wirtschaftlichen Verhältnissen des Nachlasses. Verletzt der Testamentsvollstrecker seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses, so ist er den Erben gem. § 2219 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet.

#### 4. Persönliche Haftungsübernahme mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Einer gesonderten Betrachtung bedarf daneben die geplante (und seitens des Darlehensgebers wohl geforderte) persönliche Haftungsübernahme samt Zwangsvollstreckungsunterwerfung. Soweit dies gesetzlich vorgesehen ist, kann die Zwangsvollstreckungsunterwerfung auch im eigenen Namen **mit Wirkung gegen fremdes Vermögen** erklärt werden (MünchKommZPO/Wolfsteiner/ K. Volmer/M. Volmer, 7. Aufl. 2025, § 794 Rn. 171; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 4. Aufl. 2019, Rn. 12.61). Maßgebend ist zunächst, ob derjenige, der die Unterwerfung erklärt, nach materiellem Recht befugt ist, im eigenen Namen Erklärungen abzugeben, durch die die Verbindlichkeit eines Dritten begründet wird (MünchKommZPO/Wolfsteiner/K. Volmer/M. Volmer, § 794 Rn. 171). In diesem Sinne ist kraft Gesetzes der Testamentsvollstrecker unterwerfungsbefugt (§§ 2206, 2205 BGB – MünchKommZPO/Wolfsteiner/K. Volmer/M. Volmer, § 794 Rn. 171).

Anerkannt ist, dass sich die Testamentsvollstrecker bei der Verwaltung des gesamten Nachlasses in den Grenzen des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO der **sofortigen Zwangsvollstreckung in den Nachlass** unterwerfen können (Giers, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 4. Aufl. 2020, § 748 Rn. 3; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rn. 12.62). Die von Kreditinstituten regelmäßig geforderte Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens mit (sogenannter) persönlicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung kann der Testamentsvollstrecker für die Erben also nur **insoweit** abgeben, als sie die Erben **mit dem Nachlassvermögen** verpflichtet (Zahn, MittRhNotK 2000, 90). Eine Haftung der Erben **mit deren gesamten Vermögen** können die Testamentsvollstrecker nur mit deren Zustimmung begründen (Zahn, MittRhNotK 2000, 90; was in der Praxis ggf. zu Schwierigkeiten führen kann).

#### 5. Ergebnis

Ein Dauertestamentsvollstrecker ist im Rahmen seiner gesetzlichen Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnisse grundsätzlich berechtigt, zur Finanzierung einer den Nachlass betreffenden Angelegenheit eine Grundsschuld zu bestellen und sich dabei auch der dinglichen Zwangsvollstreckung in den Nachlass zu unterwerfen, sofern die Maßnahme entgeltlich ist. Beschränkungen aus der Vor- und Nacherbfolge stehen dem nicht entgegen, wenn der Testamentsvollstrecker zugleich als Nacherbenvollstrecker die erforderliche Zustimmung erteilen kann. Die persönliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist hingegen nur insoweit zulässig, als sie auf das Nachlassvermögen beschränkt bleibt; eine Haftung der Erben mit ihrem Eigenvermögen kann der Testamentsvollstrecker ohne deren Zustimmung nicht begründen. Ob eine konkrete Maßnahme den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Verwaltung entspricht, ist eine Tatfrage, die im Einzelfall zu beurteilen ist.

---

### HUP Art. 8; EuGüVO Art. 26; EGBGB Art. 17 Abs. 4

### Deutschland/England/Italien/Spanien: Wirksamkeit eines Ehevertrages

---

#### I. Sachverhalt

Die Eheleute haben im Jahr 2023 in Leipzig geheiratet. Sie sind noch kinderlos. Durch Ehevertrag soll der Zugewinnausgleich modifiziert und auf den Versorgungsausgleich wechselseitig verzichtet werden. Der Scheidungsunterhalt wird differenziert danach geregelt, ob Kinder geboren werden und wer für diese die Betreuung übernimmt.

Die Eheleute wollen möglicherweise in das Vereinigte Königreich, nach Italien, Spanien oder Frankreich umziehen.

#### II. Fragen

Welches Recht wäre jeweils anwendbar? Sind Rechtswahlen empfehlenswert?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Aus deutscher Sicht anwendbares Recht

##### a) Modifikation des Zugewinnausgleichsanspruchs

Aus der Sicht des deutschen Rechts unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe (ob der



Eheschließung nach dem Anwendungsstichtag des 29.1.2019) dem nach den Vorschriften der Europäischen Güterrechtsverordnung vom 24. Juni 2016 zu bestimmenden Recht. Treffen die Eheleute keine Rechtswahl, so gilt gem. Art. 26 Abs. 1 lit. a EuGüVO das Recht des Staates, in dem die Eheleute nach der Eheschließung ihren ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt genommen haben. Dies war im vorliegenden Fall Leipzig. Damit greift aus deutscher Sicht für die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe das deutsche Güterrecht. Zwar kennt die Europäische Güterrechtsverordnung für den Fall, dass die Eheleute für eine erheblich längere Zeit in einem anderen Staat gelebt haben, einen Wechsel des Güterstatuts (Art. 26 Abs. 3 EuGüVO). Das gilt allerdings dann nicht, wenn die Eheleute eine Vereinbarung über den ehelichen Güterstand getroffen haben, Art. 26 Abs. 3 UAbs. 4 EuGüVO. Damit würden die Eheleute aufgrund der Modifikation des Zugewinnausgleichs unwandelbar im deutschen Güterrecht leben. Eine Rechtswahl wäre aus deutscher Sicht nicht erforderlich.

#### **b) Ausschluss des Versorgungsausgleichs**

Der Versorgungsausgleich unterliegt dem gem. Art. 17 Abs. 4 EGBGB zu bestimmenden Recht. Dabei hat ein deutsches Gericht den Versorgungsausgleich aus deutscher Sicht ausschließlich dann durchzuführen, wenn von Amts wegen oder auf Antrag eines der Ehegatten deutsches Recht anzuwenden wäre. Die Anwendung deutschen Rechts bedingt dann auch, dass bei der Beurteilung entsprechend den Vorschriften des VersAusglG eine ehevertragliche Vereinbarung über den Ausschluss des Versorgungsausgleichs berücksichtigt werden muss. Auch insoweit ergibt sich daher u. E. keine Notwendigkeit, eine abweichende Rechtswahl zu treffen.

#### **c) Unterhaltsrechtliche Regelungen**

Für den Scheidungsunterhalt schließlich bestimmt Art. 8 HUP, dass die Eheleute das auf den Scheidungsunterhalt anwendbare Recht wählen können. Insbesondere können sie das Recht des Staates wählen, dessen Staatsangehörigkeit ein Ehegatte oder beide Ehegatten besitzen, Art. 8 Abs. 1 lit. a HUP. Für die Formwirksamkeit genügt gem. Art. 8 Abs. 2 HUP die Schriftform, sodass eine notarielle Beurkundung nach den Vorschriften des deutschen Rechts jedenfalls hinreichend wäre. Zusätzlich ist zu beachten, dass gem. Art. 8 Abs. 4 HUP in jedem Fall das Recht des Staates, in dem die unterhaltsberech-

tigte Person im Zeitpunkt der Vereinbarung der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, dafür maßgeblich ist, ob die berechtigte Person auf ihren Unterhaltsanspruch verzichten kann. Da im vorliegenden Fall beide potentiell unterhaltsberechtigten Eheleute ihren gewöhnlichen Aufenthalt noch in Deutschland haben, wäre auch insoweit das deutsche Recht anzuwenden. Aus Art. 8 Abs. 4 HUP ergibt sich daher keine von der Rechtswahl abweichende Rechtsanwendung.

Sollten die Eheleute keine Rechtswahl treffen, so richtet sich der Unterhaltsanspruch gem. Art. 3 HUP (vorbehaltlich einer anderweitigen Beurteilung nach Art. 5 HUP) danach, wo der unterhaltsberechtigte Ehegatte zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs seinen gewöhnlichen Aufenthalt haben wird. Dies umfasst insbesondere auch die Frage, ob und inwieweit der gesetzliche Unterhaltsanspruch durch Vertrag abbedungen, gemindert, erhöht oder sonst modifiziert werden kann. Soweit der unterhaltsberechtigte Ehegatte zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat und den Unterhaltsanspruch in Deutschland klageweise geltend macht, wäre dieser daher nur dann nach dem deutschen Recht zu beurteilen, wenn die Eheleute vorher eine Rechtswahl getroffen haben oder aber einer der Ehegatten einwendet, die Ehe habe stets eine engere Verbindung zu Deutschland gehabt, Art. 5 HUP.

#### **2. Wirksamkeit aus italienischer Sicht**

Italien unterliegt ebenso der Europäischen Güterrechtsverordnung. Demnach wird auch aus italienischer Sicht das Güterstatut nach Art. 26 EuGüVO bestimmt werden, so dass sich eine unwandelbare Geltung des deutschen Rechts auch dann ergibt, wenn die Eheleute ihren gewöhnlichen Aufenthalt nach Italien verlegt haben. Für die Formwirksamkeit der ehevertraglichen Vereinbarung, mit welcher der gesetzliche Zugewinnausgleichsanspruch modifiziert wird, genügt aus italienischer Sicht gem. Art. 25 EuGüVO, dass die besonderen Formvorschriften des am aktuellen gewöhnlichen Aufenthalt der Eheleute geltenden Rechts eingehalten worden sind – mithin die Formvorschriften des deutschen Rechts. Damit wird auch die güterrechtliche Auseinandersetzung einschließlich der Wirksamkeit des Ehevertrags nach dem deutschen Recht beurteilt werden müssen.



Für den Unterhaltsanspruch gilt auch aus italienischer Sicht das Haager Unterhaltsprotokoll. Zulässigkeit und Wirksamkeit der Rechtswahl beurteilen sich daher wie aus deutscher Sicht nach Art. 8 HUP.

Hinsichtlich des Versorgungsausgleichs ist festzustellen, dass das italienische Recht keinen solchen kennt. Insoweit ist daher davon auszugehen, dass ein italienisches Scheidungsgericht schon mangels Kenntnis des Versorgungsausgleichs und mangels einschlägiger prozessualer Vorschriften für ein entsprechendes Gestaltungsurteil keinen Versorgungsausgleich durchführen wird.

### 3. Spanien

In Spanien ist das materielle Familienrecht nicht einheitlich geregelt. Es gibt zwar eine zentrale Regelung (gemeinspanisches Recht) im *Código Civil*. Einige autonome Regionen haben jedoch eigenständige Regelungen, die hiervon partiell erheblich abweichen. Im Bereich des internationalen Privatrechts existiert dagegen eine landesweit einheitlich geltende Regelung in den Eingangsregeln des *Código Civil*. Auch die europäischen Kollisionsnormen gelten einheitlich für sämtliche Landesteile.

Daraus ergibt sich, dass für die spanischen Gerichte zunächst (wie in Deutschland und Italien) im Bereich des Güterrechts die Europäische Güterrechtsverordnung anzuwenden ist, die auch vom Königreich Spanien angenommen worden ist. Auf den Bereich des internationalen Unterhaltsrechts ist das Haager Unterhaltsprotokoll 2007 anzuwenden, welches durch die Europäische Union für sämtliche Mitgliedsstaaten (ausgenommen Dänemark) in Kraft gesetzt wurde. Damit ist insoweit kraft objektiver Anknüpfung (Güterrecht) und kraft Rechtswahl (Unterhalt) selbst für den Fall, dass die Eheleute ihren Mittelpunkt nach Spanien verlegen, die Geltung deutschen Rechts in Spanien garantiert.

Auf dem Gebiet des Versorgungsausgleichs enthält das spanische Recht keine der deutschen entsprechende oder vergleichbare Regelung. Versorgungsanwartschaften werden nach spanischem Recht nicht im Rahmen einer Scheidung automatisch ausgeglichen (Süß/Ring/Huzel, Eherecht in Europa, 4. Aufl. 2021, Länderbericht Spanien Rn. 97). Insoweit ergibt sich keine Notwendigkeit, den Versorgungsausgleich zu modifizieren. Dieser würde auch durch ein

spanisches Gericht ohnehin nicht durchgeführt werden.

### 4. Frankreich

Da die Französische Republik an der Europäischen Güterrechtsverordnung teilnimmt und über die Ratifikation durch die Europäische Union auch an das Haager Unterhaltsprotokoll 2007 gebunden ist, ergeben sich auf dem Gebiet des Güterrechts und des Unterhaltsrechts keinerlei Abweichungen zu den vorgenannten Ausführungen.

Einen Ausgleich von Versorgungsanwartschaften kennt das französische Recht ebenfalls nicht. Bei der in diesem Zusammenhang häufig genannten *prestation compensatoire* handelt es sich vielmehr um ein ausschließlich unterhaltsrechtlich ausgestaltetes Rechtsinstitut. Dieses hat allenfalls mittelbar und auf wirtschaftlicher Ebene dem Versorgungsausgleich vergleichbare Funktionen, indem der Umfang der Versorgungsanwartschaften bei der Berechnung des Unterhaltsbedarfs und der Leistungsfähigkeit der geschiedenen Ehegatten berücksichtigt werden kann. Da kraft Rechtswahl gem. Art. 8 HUP aber französisches Recht auf den Unterhalt nicht anwendbar ist, kommt auch keine *prestation compensatoire* in Betracht.

### 5. England

Das englische Recht kennt für den Fall der Scheidung der Ehe keine Rechtsfolgen, die einer der Kategorien „güterrechtlicher Ausgleich“, „Unterhalt“ oder „Versorgungsausgleich“ zugerechnet werden können. Vielmehr sind die englischen Gerichte im Rahmen einer *financial provision on divorce* nach den Vorschriften des *Matrimonial Causes Act* berufen, das Vermögen der Eheleute so zu verteilen, wie dies entsprechend einer Gesamtschau sämtlicher Umstände des Einzelfalls als angemessen und gerecht erscheint. In der Mehrzahl der Fälle wird dieses System dahingehend empfunden, dass es zu einer Halbteilung des ehelichen Vermögens (einschließlich des eingebrachten und während der Dauer der Ehe ererbten Vermögens) kommt. Die entsprechenden Regeln des englischen Rechts kommen ohne Möglichkeit einer abweichenden Rechtswahl immer dann zur Anwendung, wenn ein englisches Gericht seine internationale Zuständigkeit für die Scheidung bejaht hat.

Das Ermessen der Gerichte zur Aufteilung des Vermögens kann nach der ständigen Rechtspre-

chung der englischen Gerichte auch nicht durch eine vorsorgliche vertragliche Vereinbarung der Eheleute ausgeschlossen werden. Zwar hat der englische *Supreme Court* in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Granatino v. Rademacher* entschieden, dass Eheverträgen, die im Ausland nach dem dort geltenden Recht wirksam abgeschlossen wurden, auch in einem Scheidungsfolgeverfahren in England Wirkung eingeräumt werden müsse. In welchem Umfang und auf welche Weise dies erfolgt, ist u. E. jedoch weiterhin unsicher. Ein durch den englischen Gesetzgeber unternommener Anlauf, Voraussetzungen und Wirkungen von Eheverträgen gesetzlich zu regeln, ist offenbar zwischenzeitlich wieder aufgegeben worden. Den Eheleuten ist daher für den Fall einer Übersiedlung nach England der Hinweis zu erteilen, dass die in Deutschland beurkundete Vereinbarung in einem dort angestrebten Verfahren wahrscheinlich nicht die beabsichtigten Wirkungen zeitigen wird. Ferner ist zu empfehlen, einen auf den Bereich der Scheidungsvereinbarung spezialisierten englischen *solicitor* aufzusuchen und diesen zu beauftragen, für den Fall der Scheidung in England eine ergänzende ehevertragliche Vereinbarung zu entwerfen.

## BGB § 2289

### Ehегattenerbvertrag zu Gunsten der gemeinsamen Abkömmlinge; Scheidung der Ehe; abändernde Verfügung nach dem Tod des Ehemannes

#### I. Sachverhalt

Die Erblasserin (E) war zweimal verheiratet. Aus der Ehe mit ihrem ersten Ehemann (EM1) hat sie drei gemeinsame Kinder (S1, S2, T). Die Ehe wurde 1992 geschieden. Am 7.10.2006 heiratete E ihren zweiten Ehemann (EM2), der 2009 verstarb. EM1 verstarb am 28.4.2024.

Mit EM1 errichtete E im Jahr 1990 folgenden Erbvertrag (auszugsweise):

„[...]“

#### § 1

*Alle früheren Verfügungen von Todes wegen hebe ich, die Erschienene zu 1., hiermit auf.*

#### § 2

*Zu meinen alleinigen Erben, und zwar zu gleichen Teilen, bestimme ich meine drei Kinder:*

1. S1
2. S2
3. T.

*Zu Ersatzerben bestimme ich deren Abkömmlinge, nach Stämmen anteilsberechtigt. Soweit keine Abkömmlinge vorhanden sind, tritt Anwachsung ein.*

#### § 3

*Weitere Verfügungen von Todes wegen möchte ich heute nicht treffen. Der Notar belehrte die Erschienenen über die Bedeutung des Erbvertrages, insbesondere darüber, dass dieser nicht einseitig widerrufen oder abgeändert werden kann, es sei denn, daß in dieser Urkunde ausdrücklich ein Widerrufsvorbehalt vereinbart worden ist. Nunmehr erklären die Erschienenen: Wir nehmen die vorstehenden Erklärungen mit erbvertraglicher Bindungswirkung hiermit gegenseitig an und verzichten auf jedweden Widerrufsvorbehalt. Der vorstehende Erbvertrag soll seine Wirksamkeit auch dann behalten, wenn unsere derzeitige Ehe im Zeitpunkt des Todes der Erblasserin nicht mehr Bestand haben sollte. [...]“*

Zwischen E und T gibt es mittlerweile Probleme. E möchte daher T „auf den Pflichtteil setzen“. Gründe für eine Erbunwürdigkeit nach § 2339 BGB liegen jedoch nicht vor. Ein Zuwendungsverzichtsvertrag wird nicht erreichbar sein.

#### II. Fragen

1. Kann E in irgendeiner Form gültig neu testieren (Enterbung der Tochter, Vermächnisse über solches Vermögen, das sie nach der Scheidung bzw. dem Tod des ersten Ehemannes erworben hat)?

2. Kann E den Erbvertrag anfechten? Wann sind etwaige Anfechtungsfristen abgelaufen?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Bindungswirkung des Erbvertrages

Der Abschluss eines Erbvertrages bewirkt, dass der **Erblasser** ab diesem Zeitpunkt **an die** hierin von ihm getroffenen **vertragsmäßigen Verfügungen (§ 2278 BGB) erbrechtlich gebunden** ist. Vertragsmäßige Verfügungen können vom Erblasser nicht einseitig widerrufen werden. Eine Aufhebung oder Änderung bedarf vielmehr der Mitwirkung des Vertragspartners nach den §§ 2290 ff. BGB. Da der erste Ehemann (EM1) als Vertragspartner zwischenzeitlich verstorben ist, scheidet eine Aufhebung des Erbvertrages aus.

Die erbrechtliche Bindung an die vertragsmäßigen Verfügungen wirkt sich dahingehend aus, dass neue Verfügungen insoweit unwirksam sind, als hierdurch ein bindend Bedachter beeinträchtigt würde (§ 2289 Abs. 1 S. 2 BGB). Eine derartige Beeinträchtigung liegt vor, wenn zum Zeitpunkt des Erbfalls die anderweitige letztwillige Verfügung die vertragsmäßige Zuwendung mindern, beschränken, belasten oder gegenstandslos machen würde (vgl. Grüneberg/Weidlich, BGB, 85. Aufl. 2026, § 2289 Rn. 2 m. w. N.).

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt enthält der Erbvertrag nur letztwillige Verfügungen der Ehefrau (E). Diese hat ihre drei Abkömmlinge, S1, S2 und T gleichanteilig zu Erben eingesetzt, und zwar explizit mit erbvertraglicher Bindungswirkung, also vertragsmäßig (§ 2278 BGB). Ein Rücktrittsvorbehalt (§ 2293 BGB) wurde ausdrücklich nicht vereinbart. Auch ein sog. Änderungsvorbehalt ist im Erbvertrag nicht vorgesehen.

Grundsätzlich wäre daher eine **neue Verfügung von Todes wegen**, in der bspw. T enterbt würde oder mit Vermächtnissen zugunsten der anderen beschwert würde, wegen entgegenstehender erbrechtlicher Bindungswirkung **gem. § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam**. Dabei ist klarzustellen, dass sich der Umfang der eingegangenen erbrechtlichen Bindung grundsätzlich auf das **gesamte Vermögen der Erblasserin** bezieht, das **zum Zeitpunkt des Todes** vorhanden ist. Die erbrechtliche Bindung beschränkt sich damit nicht etwa auf das Vermögen, das zum Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrages vorhanden war, sodass auch keine Befugnis besteht, später erworbenes Vermögen durch Vermächtnis anderen Personen zuzuwenden. Auch eine solche Verfügung von Todes wegen wäre wegen entgegenstehender erbrechtlicher Bindungswirkung unwirksam.

## 2. Entfall der Bindungswirkung

### a) Auflösung der Ehe

Die Bindung an den mit EM1 abgeschlossenen Erbvertrag könnte nachträglich durch **Scheidung der Ehe** entfallen sein. Denn nach § 2279 Abs. 1 i. V. m. **§ 2077 Abs. 1 BGB** wird eine erbvertragsmäßige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, unwirksam, wenn die Ehe vor dem Tod des Erblassers aufgelöst worden ist. **§ 2279 Abs. 2 BGB** erklärt die Vorschrift des § 2077 BGB auch insoweit für anwendbar, als in einem Erbvertrag zwischen Ehegatten ein Dritter bedacht ist. Die Unwirksamkeit einer

vertragsmäßigen **Verfügung zugunsten eines Dritten** tritt also unter den gleichen Voraussetzungen ein, wie sie nach § 2077 BGB für Verfügungen zugunsten des anderen Ehegatten gelten. Auch bei Zuwendungen an Dritte in einem Erbvertrag zwischen Ehegatten wird folglich ein Zusammenhang mit der Ehe unterstellt.

Allerdings werden Verfügungen zugunsten Dritter – vorliegend im Hinblick auf die zu Erben eingesetzten gemeinsamen Kinder – nur **vorbehaltlich eines abweichenden Erblasserwillens (§ 2077 Abs. 3 BGB)** unwirksam. Ein solcher abweichender Erblasserwille ist eindeutig in der Urkunde dokumentiert, denn der Erbvertrag soll *„seine Wirksamkeit auch dann behalten, wenn unsere derzeitige Ehe im Zeitpunkt des Todes der Erblasserin nicht mehr Bestand haben sollte“*. Da die Scheidung der klassische Fall der Eheauflösung ist, greift die Klausel u. E. ohne Weiteres ein. Der Erbvertrag wurde daher nicht infolge Ehescheidung unwirksam.

### b) Anfechtung

Für eine Anfechtung nach **§ 2078 Abs. 2 BGB i. V. m. § 2281 Abs. 1 Hs. 1 BGB** wegen Motivirrtums liefert der Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Denkbar wäre daneben eine Selbstanfechtung gem. **§ 2079 BGB i. V. m. § 2281 Abs. 1 BGB**. Hiernach kann eine Verfügung von Todes wegen angefochten werden, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen **Pflichtteilsberechtigten übergangen** hat, dessen Vorhandensein ihm bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war oder der erst nach der Errichtung geboren oder pflichtteilsberechtigt geworden ist. Letzteres ist vorliegend der Fall, da der zweite Ehemann erst durch Eheschließung nach Erbvertragsschluss pflichtteilsberechtigt geworden ist. Man kann daher von einer Übergehung des zweiten Ehemannes ausgehen.

Allerdings darf die Anfechtung nicht **nach § 2079 S. 2 BGB ausgeschlossen** sein. Dies ist anzunehmen, soweit der Erblasser die Verfügung auch bei Kenntnis der Sachlage getroffen hätte. Der vorliegende Erbvertrag schließt zwar die Anfechtung wegen später hinzutretender pflichtteilsberechtigter Personen nicht ausdrücklich aus. Man kann aber diskutieren, ob die Klausel über den Fortbestand des Erbvertrages trotz Auflösung der Ehe konkludent auch einen Anfechtungsausschluss bei Hinzutreten eines Pflichtteilsberechtigten enthält (nach OLG Hamm NJW-RR 2015, 524, 525 ist dies nicht anzunehmen, da es sich

bei der Begründung einer weiteren ehelichen Lebensgemeinschaft um eine „völlig neue Lebenssituation“ handle). Möglicherweise haben die Ehegatten mit dieser Klausel die Bestandskraft des Erbvertrages nicht nur über eine etwaige Scheidung der Beteiligten hinaus, sondern auch über eine etwaige Wiederverheiratung der Erblasserin hinaus sichern wollen. Dabei handelt es sich allerdings um eine **reine Auslegungsfrage**, die allein ein zur Entscheidung berufenes Gericht abschließend beantworten kann.

Abgesehen von einem Anfechtungsausschluss wäre zu berücksichtigen, dass eine Anfechtung **gem. § 2283 Abs. 1 BGB nur binnen Jahresfrist** erfolgen kann. Nach Abs. 2 der Vorschrift beginnt die Frist in dem Zeitpunkt, in dem der Erblasser vom Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt. Für die Anfechtung wegen Wiederverheiratung beginnt die Frist demnach regelmäßig mit der Hochzeit, vorliegend also im Jahr 2006. Da dieser Zeitpunkt mehr als ein Jahr zurückliegt, dürfte das Anfechtungsrecht der Erblasserin (sofern überhaupt gegeben) durch Fristablauf gem. § 2283 Abs. 1 BGB erloschen sein. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Frist ausnahmsweise zu einem späteren Zeitpunkt zu laufen begonnen hätte. Dies wäre dann der Fall, wenn sich der Erblasser in einem Tatsachenirrtum befunden hätte. Ggf. kann auch ein Rechtsirrtum des Erblassers den Lauf der Anfechtungsfrist beeinflussen, wobei diesbezüglich in Rechtsprechung und Literatur noch viel umstritten ist (vgl. dazu ausf. Gutachten DNotI-Report 1998, 78). Ein Irrtum ist **Tatfrage** und lässt sich auf Basis des Sachverhalts nicht feststellen. Allerdings verstarb der zweite Ehemann bereits im Jahre 2009 verstorben, sodass nach diesem Zeitpunkt eine Anfechtung wegen § 2079 BGB ohnehin ausschied. Denn gem. § 2281 Abs. 1 Hs. 2 BGB muss bei einer Anfechtung nach § 2079 BGB der Pflichtteilsberechtigte (hier: EM2) zur Zeit der Anfechtung vorhanden sein.

### 3. Abänderung bei schweren Verfehlungen des Bedachten

Auch bei vertragsmäßigen Verfügungen ist eine nachträgliche Aufhebung bzw. Änderung möglich, wenn im Hinblick auf einen Abkömmling die engen **Voraussetzungen der Pflichtteilsentziehung** gegeben sind. Dies ergibt sich aus der Verweisung des **§ 2289 Abs. 1 S. 2 BGB** auf die §§ 2297, 2294, 2336 BGB. Denn **§ 2294 BGB** gewährt dem Erblasser ein gesetzliches Rück-

trittsrecht bei besonders krassem Fehlverhalten des Bedachten, sofern das Fehlverhalten den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigen würde. Die Ausübung des Rücktrittsrechts geschähe nach dem Tod des anderen Vertragsschließenden durch neues Testament, wobei die Formvorschrift des § 2336 BGB Anwendung fände. Ob vorliegend Pflichtteilsentziehungsgründe eingreifen, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen und ist **Tatfrage**. Erbunwürdigkeitsgründen nach § 2339 BGB müssen nicht vorliegen.

Sollten keine Pflichtteilsentziehungsgründe gegeben sein und sollte sich die vertragsmäßig bedachte Tochter auch nicht im Wege eines **Zuwendungsverzichtsvertrages** (§ 2352 BGB) mit einer neuen letztwilligen Verfügung der Erblasserin einverstanden erklären, so kämen allenfalls abweichende **lebzeitige Verfügungen** in Betracht (vgl. § 2286 BGB). Bei beeinträchtigenden Schenkungen können zwar bereicherungsrechtliche Ansprüche aus § 2287 Abs. 1 BGB entstehen. Solche Ansprüche wären aber u. a. dann ausgeschlossen, wenn der Schenkung ein anerkanntes wertvolles lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers (also der E) zugrunde läge (vgl. dazu nur Grüneberg/Weidlich, § 2287 Rn. 7).

### 4. Ergebnis

Anhand des Sachverhalts lässt sich nicht feststellen, dass die erbrechtliche Bindung an die Miterbeneinsetzung der T entfallen ist oder dass diese durch Anfechtung beseitigt werden kann.

## Rechtsprechung

**HGB § 12 Abs. 1 S. 1; BeurkG § 39a Abs. 1 S. 1 Hs. 1**

**Handelsregisteranmeldung durch einfaches elektronisches Zeugnis; Beglaubigung der Unterschrift**

**Die Beglaubigung der Unterschrift einer Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister kann durch einfaches elektronisches Zeugnis erfolgen.**

BGH, Beschl. v. 26.11.2025 – II ZB 20/24

### Problem

Der Geschäftsführer einer GmbH wollte die Auflösung der Gesellschaft sowie den Liquidator samt Vertretungsbefugnis zur Eintragung in das



Handelsregister anmelden. Er **unterzeichnete** hierzu eine entsprechende **Anmeldung in Papierform**. Der verfahrensbevollmächtigte **Notar** ging daraufhin wie folgt vor: Er scannte das nur vom Geschäftsführer unterschriebene Dokument ein und **signierte** sodann die **PDF-Datei elektronisch** unter Beifügung eines Vermerks, nach dessen Inhalt (i) die papierschriftliche Erklärung mit der von ihm gefertigten elektronischen Bilddatei übereinstimme und (ii) die Unterschrift des Geschäftsführers hiermit elektronisch beglaubigt sei.

Das Registergericht monierte, dass die papierschriftliche Erklärung des Geschäftsführers nicht in Papierform unterschrittsbeglaubigt sei. Die Beschwerde blieb erfolglos. Das Beschwerdegericht meinte, die Anmeldung entspreche zwar den Anforderungen des § 12 Abs. 1 HGB, nicht aber denjenigen des § 40 BeurkG. Im Anwendungsbereich von § 40 BeurkG könnten keine einfachen elektronischen Zeugnisse nach § 39a BeurkG verwendet werden. § 39a BeurkG sei beschränkt auf den Anwendungsbereich des § 39 BeurkG.

### Entscheidung

Die Rechtsbeschwerde hingegen war erfolgreich. Laut BGH kann die Unterschrift unter der Handelsregisteranmeldung durch einfaches elektronisches Zeugnis beglaubigt werden (Rn. 7). Es sei nicht erforderlich, zusätzlich in Papierform zu beglaubigen.

Damit positioniert sich der BGH im Literaturstreit zur Frage, ob papierschriftliche Unterschriften durch einfaches elektronisches Zeugnis beglaubigt werden können: Zum Teil verneine die Literatur dies mit der Begründung, dass sich der elektronische Beglaubigungsvermerk lediglich auf ein elektronisches Abbild der papierschriftlich geleisteten Unterschrift beziehe (Rn. 9). Die Vertreter der Gegenansicht meinten, der Notar könne die **Unterschriftsbeglaubigung auch unmittelbar elektronisch** vornehmen und mit der elektronischen Abschriftsbeglaubigung der Anmeldung verbinden (Rn. 10).

Der BGH folgt der letztgenannten Ansicht und begründet dies wie folgt: Zunächst lasse sich dem Wortlaut von § 39a Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BeurkG („*Beglaubigungen und sonstige Zeugnisse im Sinne des § 39 können elektronisch errichtet werden ...*“) nicht entnehmen, dass die Beglaubigung einer Unterschrift durch einfaches elektronisches Zeugnis nicht formwährend sei (Rn. 12).

Eine **einschränkende Auslegung des § 39a Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BeurkG sei nicht geboten**. Das Beschwerdegericht habe verkannt, dass § 40 BeurkG zwar das *Verfahren* regle, nicht aber die *Form* der Beglaubigung. In § 39a Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BeurkG („*Beglaubigungen qualifizierter elektronischer Signaturen, elektronischer Unterschriften und elektronischer Handzeichen sind elektronisch zu errichten.*“) heiße es zwar, dass bestimmte Beglaubigungen elektronisch zu errichten seien. Hieraus folge aber nicht, dass im Umkehrschluss papierschriftliche Unterschriften nur in papierschriftlicher Form beglaubigt werden könnten (Rn. 13). Auch die Gesetzesbegründung zum DiRUG (Gesetz v. 5.7.2021, BGBl. I, S. 3338) deute nicht darauf hin, dass nur qualifizierte elektronische Signaturen mittels einfachen elektronischen Zeugnisses beglaubigt werden könnten. Die Gesetzesmaterialien thematisierten die Frage der elektronischen Beglaubigung einer unbeglaubigten papierschriftlichen Unterschrift gar nicht (Rn. 14).

Zuletzt führt der BGH auch ein **praktisches Bedürfnis** für das im konkreten Fall angewandte Verfahren an: Solange sich die qualifizierte elektronische Signatur nicht allgemein oder zumindest weitgehend durchgesetzt habe, könnten Anmeldungen praktisch nicht originär in elektronischer Form abgefasst werden. Einen Verlust an Rechtssicherheit gebe es nicht, da die papierschriftliche Unterschrift, die elektronisch beglaubigt werde, in Gegenwart des Notars vollzogen sein müsse.

### Praxishinweis

Der BGH bestätigt die Zulässigkeit des im konkreten Fall angewandten Verfahrens und positioniert sich im entsprechenden Meinungsstreit zugunsten der praxisfreundlicheren Ansicht. Folgt man dem BGH, so ist die Anbringung eines papierförmigen Beglaubigungsvermerks bei einer Handelsregisteranmeldung in Papierform erlässlich und lediglich der Signaturvermerk entsprechend anzupassen (Abschrifts- **und** Unterschriftsbeglaubigung).





Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**www.dnoti.de**

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

**Redaktion:** Notarassessor Constantin Lotz

**Bezugsbedingungen:**

Der DNotI-Report erscheint einmal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

**Bezugspreis:**

Jahresabonnement 170,00 € zzgl. 7 % MwSt. inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Druck:**

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice  
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn