

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ErbbauRG § 12; BGB §§ 94, 95 – Errichtung eines weiteren Gebäudes innerhalb der Grenzen des Erbbaurechts; Scheinbestandteil am Erbbaurecht; Zulässigkeit eines Untererbbaurechts

BGB § 1923; VerschG § 11 – Kommorientenvermutung bei gesetzlicher Erbfolge; unsicherer Todeszeitpunkt eines Erbprätendenten

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

GBO § 35; BGB §§ 138, 2064, 2065 – Nachweis der Erbfolge durch öffentliches Testament mit Nacherben-einsetzung nach Art der sog. „Dieterle-Klausel“

#### Literaturhinweis

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### ErbbauRG § 12; BGB §§ 94, 95 Errichtung eines weiteren Gebäudes innerhalb der Grenzen des Erbbaurechts; Scheinbestandteil am Erbbaurecht; Zulässigkeit eines Untererbbaurechts

#### I. Sachverhalt

Auf einem Grundstück mit einer Fläche von ca. 50.000 m<sup>2</sup> hat der Grundstückseigentümer einer Gesellschaft ein Erbbaurecht eingeräumt. Der Erbbauberechtigte errichtete sodann ein Betriebsgebäude in Ausübung des Erbbaurechts. Die Flächen, auf denen das Betriebsgebäude zu errichten war, wurden vorher genau anhand eines Plans definiert. Ausweislich des notariell beurkundeten Erbbauvertrags wurde in § 2 Abs. 2 bestimmt, dass sich das Erbbaurecht auch auf den für das Bauwerk *nicht* erforderlichen Teil des Erb-

baugrundstücks erstreckt. Weiter wird ausgeführt, dass der Erbbauberechtigte diesen Teil nicht bebauen, jedoch zu jedem Zweck verwenden und nutzen darf, der mit dem Zweck der Bestellung dieses Erbbaurechts in Zusammenhang besteht.

Der Grundstückseigentümer plant, selbst ein Gebäude neben dem bereits bestehenden Betriebsgebäude des Erbbauberechtigten für eigene Zwecke und eigene Nutzung zu errichten. Es wurde vereinbart, dass das Eigentum hieran dem Grundstückseigentümer zustehen soll. Zur Absicherung dessen und der Nutzung durch den Grundstückseigentümer soll eine Grunddienstbarkeit am Erbbaurecht bestellt werden.

#### II. Fragen

1. Wer ist Eigentümer eines vom Grundstückseigentümer auf einem erbbaurechtsbelasteten Grundstück errichteten Gebäudes, wenn die überbaute Fläche dem Erbbauberechtigten zugewiesen ist?

2. Kann eine (notariell beurkundete) schuldrechtliche Vereinbarung, flankiert durch Eintragung einer Grunddienstbarkeit, etwas an der Eigentümerstellung ändern?

3. Kommt alternativ eine Bestellung eines Untererbbaurechts in Betracht und muss dieses ebenfalls den ersten Rang erhalten? Gibt es einfachere Lösungsmöglichkeiten?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Sachenrechtliche Zuordnung von Gebäuden auf dem Ausübungsbereich des Erbbaurechts

Gem. § 12 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG gehört ein **aufgrund des Erbbaurechts** errichtetes Bauwerk als wesentlicher Bestandteil zum Erbbaurecht. Es steht in der Folge im Eigentum des Erbbauberechtigten. Mithin kommt es für die sachenrechtliche Zuordnung eines Bauwerks entscheidend darauf an, ob dieses *aufgrund* des Erbbaurechts errichtet wurde (BeckOGK-BGB/Toussaint, Std.: 1.6.2022, § 12 ErbbauRG Rn. 3). Aus dem Erfordernis der Errichtung *aufgrund* des Erbbaurechts leitet die h. M. ab, dass die Errichtung des Gebäudes durch den Erbbaurechtsberechtigten erfolgen müsse (Staudinger/Rapp, BGB, 2017, § 12 ErbbauRG Rn. 2; BeckOGK-BGB/Toussaint, § 12 ErbbauRG Rn. 5). Schon aus diesem Grund dürften **Bauwerke, die von einem Dritten, der nicht im Auftrag oder mit Gestattung des Erbbauberechtigten handelt**, oder die sogar vom Eigentümer des Grundstücks selbst errichtet werden, *nicht* von § 12 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG umfasst sein und deswegen auch **nicht im Eigentum des Erbbauberechtigten stehen**. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob das Bauwerk vertragsrechtlich im Einklang mit dem Erbbaurecht steht (BeckOK-BGB/Maaß, Std.: 1.8.2022, § 12 ErbbauRG Rn. 2; Staudinger/Rapp, § 12 ErbbauRG Rn. 4; anders aber MünchKommBGB/Heinemann, 8. Aufl. 2020, § 12 ErbbauRG Rn. 5; Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 2 Rn. 44). Insoweit wird man allerdings zumindest anzunehmen haben, dass jedenfalls dann keine Errichtung aufgrund des Erbbaurechts gegeben ist, wenn ein vom Erbbauberechtigten verschiedener Dritter ein Gebäude errichtet, das zudem in keinem Zusammenhang mit dem Zweck des Erbbaurechts steht. Dies deckt sich damit, dass nach h. A. (MünchKommBGB/Heinemann, § 12 ErbbauRG Rn. 6; Winkler/Schlögel, § 2 Rn. 46) jedenfalls dann kein Eigentumserwerb des Erbbauberechtigten erfolgt, wenn die zulässige Anzahl von Gebäuden überschritten wird.

Dass die Bebauung von zum Erbbaurecht gehörenden Freiflächen eine mögliche **Vertragswidrigkeit** darstellt, hat zwar **für etwaige schadensersatzrechtliche Beziehungen** der Beteiligten **Bedeutung, nicht aber auch für die sachenrechtliche Zuordnung** des Gebäudes. Vor diesem Hintergrund gehen wir davon aus, dass ein weiteres, nicht durch den Erbbauberechtigten errichtetes Gebäude auch auf der Fläche, die zum Ausübungs-

bereich des Erbbaurechts zählt, nicht von § 12 Abs. 1 ErbbauRG umfasst ist und daher der Erbbauberechtigte insoweit kein Eigentum an diesem weiteren Bauwerk erlangt. Aufgrund der Regelung des § 94 Abs. 1 S. 1 BGB gehört das Gebäude damit als wesentlicher Bestandteil zum Grundstück und steht infolgedessen im Eigentum des Grundstückseigentümers. Schon deswegen dürften sich weitere Gestaltungsprobleme nicht stellen.

Vor dem Hintergrund des sichersten Weges sollte u. E. erwogen werden, ob der **Ausübungsbereich des Erbbaurechts neu gefasst** werden kann. Der mitgeteilte Lebenssachverhalt deutet darauf hin, dass jene Fläche, auf der das neue Gebäude errichtet werden soll, vom Erbbauberechtigten nicht benötigt wird. Sollte diese Annahme zutreffen, so kann der Ausübungsbereich des Erbbaurechts (Inhaltsänderung des Erbbaurechts gem. § 877 BGB) eingeschränkt werden, sodass sich die Notwendigkeit der „Loslösung“ des neuen Gebäudes vom Erbbaurecht überhaupt nicht stellt. Auf die folgenden Fragen sei daher nur hilfsweise eingegangen.

#### 2. Möglichkeit der abweichenden eigentumsrechtlichen Zuordnung

Gem. § 95 Abs. 1 S. 1 BGB gehören zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstückes solche Sachen nicht, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grundstück verbunden sind. **§ 95 Abs. 1 S. 2 BGB** erweitert diese Rechtsfolge auch auf solche Gebäude und andere Werke, die in Ausübung eines Rechts an dem fremden Grundstück von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden worden sind. Die Vorschrift des § 95 BGB gilt wegen § 12 Abs. 2 ErbbauRG nicht nur für das Grundstück, sondern auch für das Erbbaurecht, sodass auch an diesem Scheinbestandteile bestehen können.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen ist es möglich, dass durch die Eintragung einer Grunddienstbarkeit die eigentumsrechtliche Lage beeinflusst und ein an sich wesentlicher Bestandteil zum Scheinbestandteil des Grundstücks oder des Erbbaurechts wird. Nicht ausreichend sind dagegen rein schuldrechtliche Abreden, da diese keine Rechte an einem Grundstück begründen (BeckOGK-BGB/Mössner, Std.: 1.3.2021, § 95 Rn. 28).

Hinsichtlich eines **Scheinbestandteils** geht die h. M. davon aus, dass dieser eine selbständige bewegliche Sache bildet und daher ausschließlich den Regeln der §§ 929 ff. BGB unterliegt (BGH NJW 1957, 457; NJW 1962, 1817, 1817 f.; NJW 1987, 774, 775; NJW-RR 2006, 1160, 1161). Dies setzt aber voraus, dass dieser nicht wesentlicher Bestandteil eines anderen Grund-

stücks ist. Ist daher am Erbbaurecht eine entsprechende Dienstbarkeit vorhanden, so wird hierdurch zwar die rechtliche Zugehörigkeit des Bauwerks zum Erbbaurecht verhindert (§ 95 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Frage, ob das Gebäude damit wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird, ist hiermit aber noch nicht beantwortet. Wir würden jedoch, wie dargestellt, annehmen, dass das Gebäude in diesem Fall wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist, da es mit diesem dauerhaft verbunden ist (§ 94 Abs. 1 BGB). Im Falle der Dienstbarkeitslösung sollte überdies darauf geachtet werden, dass diese Rang *vor* etwaigen Verwertungsrechten (z.B. Reallasten, Grundpfandrechten) erhält (vgl. §§ 52, 91 ZVG).

### 3. Eintragung eines Untererbbaurechts

Ein Untererbbaurecht begründet ein Erbbaurecht an einem Erbbaurecht und stellt damit eine Belastung des Erbbaurechts dar (Winkler/Schlögel, § 3 Rn. 14). In der Konsequenz gelten die Vorschriften des ErbbauRG für das Untererbbaurecht in gleicher Weise wie für das Erbbaurecht selbst. Vor diesem Hintergrund ist für das Untererbbaurecht insbesondere § 10 Abs. 1 ErbbauRG zu beachten, sodass auch ein Untererbbaurecht grundsätzlich nur an erster Rangstelle eingetragen werden kann (BGH NJW 1974, 1137, 1138). Dabei bedarf es allerdings nicht der ersten Rangstelle am Grundstück, sondern der ersten Rangstelle am Erbbaurecht. Sind schon vorrangige Rechte eingetragen, ist deren Rangrücktritt erforderlich, um ein Untererbbaurecht zu ermöglichen (BGH NJW 1974, 1137, 1138). Auch wenn ein Erbbaurecht und damit auch ein **Untererbbaurecht zu Gunsten des Eigentümers des Grundstücks zulässig** ist (BGH NJW 1982, 2381; OLG Düsseldorf NJW 1957, 1194), muss auch dieses die allgemeinen Voraussetzungen für die Bestellung eines Erbbaurechts enthalten. Daher können weder Eigentümer-Erbbaurechte noch Eigentümer-Untererbbaurechte an anderer als an **erster Rangstelle eingetragen** werden. Auch diese Frage dürfte sich jedoch nicht mehr stellen, wenn man den Ausübungsbereich entsprechend anpasst.

### 4. Ergebnis

Eine Zuordnung des Eigentums am neu errichteten Gebäude mittels Dienstbarkeit und Untererbbaurecht scheint jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn der Ausübungsbereich des bisher bestehenden Erbbaurechts beschränkt wird. Im Übrigen scheint zweifelhaft, ob eine Dienstbarkeit am Erbbaurecht eine Zuordnung des Eigentums zum Grundstück herbeiführen kann.

---

## BGB § 1923; VerschG § 11

### Kommorientenvermutung bei gesetzlicher Erbfolge; unsicherer Todeszeitpunkt eines Erbprätendenten

---

#### I. Sachverhalt

Anlässlich eines Erbscheinsantrags stellt sich die Frage nach der gesetzlichen Erbfolge. Die Erblasserin (Mutter) ist im April 2021 ohne Testament verstorben. Sie wurde von ihrem Ehemann überlebt, mit dem sie im gesetzlichen Güterstand verheiratet war. Sie hatte fünf Kinder, von denen eines, M, nach Angabe der Antragstellerin nachverstorben ist. Bei nachträglicher Vorlage der Sterbeurkunde dieses Kindes tritt nun Unklarheit bezüglich der eingetretenen Erbfolge auf. M ist ausweislich der Angabe in der Sterbeurkunde zwischen dem 31.1.2021 und dem 31.5.2021 unter Hinterlassung von drei Abkömmlingen verstorben.

#### II. Frage

Wer ist Erbe geworden?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Einführende Überlegungen; Bedeutung der Todeszeitangabe in der Sterbeurkunde für das Erbscheinsverfahren

§ 1923 Abs. 1 BGB bestimmt, dass nur Erbe werden kann, wer zur Zeit des Erbfalls lebt. Der Erbe muss den Erblasser also wenigstens um eine Sekunde überlebt haben, sodass ihm die Erbschaft gem. § 1942 BGB anfallen und auf ihn übergehen konnte (s. nur Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1923 Rn. 2). Folglich ist derjenige, der vor oder gleichzeitig mit dem Erblasser verstorben ist, von der Erbfolge ausgeschlossen.

Kommt es im Rahmen der Beurteilung einer Erbfolge auf den genauen Todeszeitpunkt an, hat das **Nachlassgericht** diesen zu **ermitteln**. Wie die Ermittlung erfolgt, erörtert die Kommentarliteratur nicht explizit. Genannt wird allerdings eine Ermittlung zum Beispiel mittels Sachverständigengutachten (vgl. Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 352e Rn. 43).

Bei seinen Ermittlungen ist das Nachlassgericht nach h. A. **nicht an die Todeszeitangaben in der Sterbeurkunde „gebunden“** (Keidel/Zimmermann, § 352e Rn. 43). So hat beispielsweise das OLG Frankfurt/M. (NJW 1997, 3099) entschieden, dass der Nachweis der Unrichtigkeit des beurkundeten Todeszeitpunkts erbracht sei, wenn die im Erbscheinsverfahren angestellten Ermittlungen zur Überzeugung des Nachlassrichters ergeben haben, dass der Erblasser früher als in der Sterbeurkunde angegeben gestorben sei.

Das Nachlassgericht hat daher den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln, wobei grundsätzlich die Beweiskraft von Personenstandsurkunden ebenso wie die gesetzlichen Tatsachen- und Rechtsvermutungen gelten (s. MünchKommFamFG/Grziwotz, 3. Aufl. 2019, § 352e Rn. 16 ff.). Ein Gegenbeweis ist aber möglich. Ist ein derartiger allein der Überzeugung des Nachlassgerichts unterliegender Gegenbeweis jedoch nicht erbracht, bleibt die Vermutung für das Nachlassgericht bindend (MünchKommFamFG/Grziwotz, § 352e Rn. 18).

## 2. Die Kommorientenvermutung des § 11 VerschG

Sollten sich durch die vom Nachlassgericht im Erbscheinserteilungsverfahren anzustellenden Ermittlungen also keine genaueren Erkenntnisse mehr über den exakten Sterbezeitpunkt des betreffenden Kindes gewinnen lassen, dann würde die **Kommorientenvermutung des § 11 VerschG** Bedeutung gewinnen: Kann nicht bewiesen werden, dass von mehreren gestorbenen oder für tot erklärten Menschen der eine den anderen überlebt hat, wird nach dieser Vorschrift vermutet, dass sie gleichzeitig gestorben sind. § 11 VerschG ist sowohl anzuwenden, wenn der Todeszeitpunkt mehrerer Personen nicht bewiesen werden kann, als auch dann, wenn der genaue Todeszeitpunkt zwar bei einer Person feststeht, aber bei einem anderen Beteiligten nicht aufgeklärt werden kann (MünchKommBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1923 Rn. 12; Grüneberg/Weidlich, § 1923 Rn. 5). Diese letztgenannte Konstellation ist vorliegend gegeben. Soweit § 11 VerschG anzuwenden ist, kann jedoch keine der beteiligten Personen die andere beerben (MünchKommBGB/Leipold, § 1923 Rn. 12), da die hierfür notwendige Feststellung, dass die beteiligte Person zum Zeitpunkt des Erbfalls – also des Ablebens der anderen Person – noch lebt (§ 1923 Abs. 1 BGB), nicht mehr getroffen werden kann.

## 3. Anwendung auf den Sachverhalt; Ergebnis

Führen die Ermittlungen des Nachlassgerichts im Erbscheinserteilungsverfahren nicht zu genaueren Erkenntnissen, wäre wegen Eingreifens der Kommorientenvermutung nach § 11 VerschG davon auszugehen, dass **M die Erblasserin (Mutter) nicht hat beerben können**. Gem. **§ 1924 Abs. 3 BGB** treten dann an die Stelle von M die durch M mit der Erblasserin verwandten Abkömmlinge (Erbfolge nach Stämmen), hier also – wenn M drei Kinder hinterlassen hat und keines dieser Kinder seinerseits vorverstorben ist – diese drei Kinder. Sie erhalten zu unter sich gleichen Teilen den Erbteil, der dem betreffenden Kind M zugefallen wäre. Dann wäre für die Beurteilung der gesetzlichen Erbfolge also davon auszugehen, dass sich die Erbfolge zwar im Prinzip so gestaltet wie im zunächst beurkundeten Erbscheinantrag ausgewiesen. An die Stelle des M, der – neben

seinem Vater und seinen vier Geschwistern – zu einem Zehntel Miterbe nach der Erblasserin geworden wäre, treten jedoch dessen drei Kinder. Diese teilen sich das betreffende Zehntel zu unter sich gleichen Teilen. **Jedes der drei Kinder** wäre dann also **Miterbe zu einem Dreißigstel** nach der Erblasserin.

## Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Abruf-Gutachten.

**BGB §§ 130 Abs. 2, 873, 925, 1922**

**Vollzug einer Auflassung, wenn der Veräußerer vor der Eigentumsumschreibung verstirbt und von der Erwerblerin beerbt wird; Auflassung an die Alleinerbin**

Abruf-Nr.:

**GmbHG §§ 8 Abs. 2, 7 Abs. 2, 9c Abs. 1, 5 Abs. 2 S. 1; BGB § 366 Abs. 2**

**Versicherung des Geschäftsführers über die Einlageleistungen; konkrete Bezifferung der auf jeden übernommenen Geschäftsanteil geleisteten Einzahlung; 1-Euro-Stückelung**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**GBO § 35; BGB §§ 138, 2064, 2065**

**Nachweis der Erbfolge durch öffentliches Testament mit Nacherbeneinsetzung nach Art der sog. „Dieterle-Klausel“**

**Zum Nachweis der Erbfolge im grundbuchrechtlichen Berichtigungsverfahren bei Verwendung der sog. „Dieterle-Klausel“ in einem öffentlichen Testament.**

KG (1. Zivilsenat), Beschl. v. 26.8.2022 – 1 W 262/22

### Problem

Die im Jahr 2021 verstorbene Erblasserin bestimmte durch öffentliches Testament die Beteiligten 1 bis 3 zu ihren Erben. Der Beteiligte zu 3 ist der Sohn der Beteiligten zu 2 [Tochter der Erblasserin] und der Enkel der

Erblasserin. Die Erblasserin traf zu dem Beteiligten zu 3 folgende Regelung:

*„2. Soweit mein Enkel [Beteiligter zu 3] Erbe wird, ist er nur von den gesetzlichen Beschränkungen befreiter Vorerbe. Nacherbe auf seinen Tod sind seine gewillkürten eigenen Erben, ersatzweise meine Tochter [Beteiligte zu 2]. Als Nacherbe ausgenommen ist der Vater meines Enkels, dessen Abkömmlinge aus anderen Verbindungen und seine Verwandten aufsteigender Linie. [...]“*

Im November 2021 beantragte der Beteiligte zu 1 [Sohn der Erblasserin] Grundbuchberichtigung durch Eintragung seiner Person und der Beteiligten zu 2 und 3. Das Grundbuchamt beanstandete im Wege der Zwischenverfügung den eingereichten Antrag und forderte zum Nachweis des Erbrechts die Vorlage eines Erbscheins, da das Testament hinsichtlich der Regelung zur Nacherbfolge gegen § 2065 Abs. 2 BGB verstoße. Außerdem sei das Testament sittenwidrig, da der Beteiligte zu 3 hierdurch in seiner Erbenbestimmung beschränkt werde.

#### Entscheidung

Nach Ansicht des KG hat die zulässige Beschwerde in der Sache Erfolg, da die vom Grundbuchamt aufgezeigten Eintragungshindernisse nicht vorlägen und aufgrund zulässiger Nacherbenregelung (i. S. v. § 2065 Abs. 2 BGB) die Voraussetzungen für eine Grundbuchberichtigung auf Basis der vorgelegten Unterlagen (öffentlich beurkundete Verfügung von Todes wegen nebst Eröffnungsniederschrift) nach § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO gegeben seien. Die Vorlage eines Erbscheins nach § 35 Abs. 1 S. 1 HS. 1 GBO sei nicht erforderlich.

Dabei legt das KG zunächst dar, dass ein Erblasser ein Testament gem. § 2064 BGB nur persönlich errichten könne und sich dabei über sämtliche wesentlichen Teile seiner Verfügung von Todes wegen allein schlüssig werden müsse. Dem Erblasser sei es i. S. v. § 2065 Abs. 2 BGB nicht gestattet, seinen letzten Willen in der Weise unvollständig zu äußern, dass es einem Dritten überlassen bleibe, ihn nach seinem Belieben oder Ermessen in wesentlichen Teilen zu ergänzen (BGH NJW 1955, 100). Dagegen sei es dem Erblasser nicht verwehrt, seinen letzten Willen **auch hinsichtlich der Person des Bedachten und des Gegenstandes der Zuwendung bedingt** zu äußern. Der Erblasser könne insbesondere eine Erbeinsetzung unter einer **Bedingung** vornehmen, wobei die Bedingung auch in einem **Tun oder Unterlassen des Bedachten oder eines Dritten** bestehen könne. Die im konkreten Fall beschriebene Erbeinsetzung entspricht der sog. „Dieterle-Klausel“, wonach zu **Nacherben diejenigen Personen eingesetzt werden, die ein anderer (bspw. der Vorerbe) zu seinen gewillkürten Erben einsetzt** (vgl. Dieterle, BWNtZ

1970, 170; 1971, 14, 15 f.). Eine solche Gestaltung wird vor allem im Rahmen von sog **Geschiedenentestamenten** diskutiert, deren Ziel es ist, zu verhindern, dass der (oftmals verhasste) geschiedene Ehegatte (hier: Schwiegersohn) über die gemeinsamen Abkömmlinge, die zu Erben eingesetzt werden, am Nachlass des Erblassers partizipiert, wenn der Abkömmling kurze Zeit nach Antritt der Erbschaft verstirbt. Die Zulässigkeit der „Dieterle-Klausel“ ist bislang jedoch umstritten.

Das KG weist in seiner Begründung daher auch auf die in Rechtsprechung und Literatur vertretene **Ansicht** hin, wonach die vorstehende Regelung wegen Verstoßes gegen § 2065 Abs. 2 BGB **nichtig** sei (OLG Frankfurt/M. DNotZ 2001, 143, 144; BeckOGK-BGB/Hölscher, Std.: 1.5.2022, § 2151 Rn. 65 ff.; Lamberz, Rpfleger 2019, 457 f.), sodass aus Gründen des notariellen Gebots, den sichersten Weg zu gehen, z. T. von der Verwendung solcher testamentarischer Regelungen **abgeraten** wird (vgl. Kanzleiter DNotZ 2001, 149, 150; BeckOGK-BGB/Küpper, Std.: 1.7.2022, § 2100 Rn. 408; Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 17 Rn. 136; Kössinger, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 21 Rn. 41a).

Das KG schließt sich jedoch der Gegenauffassung an, wonach eine solche Regelung, bei der zu Nacherben im Wege einer Bedingung diejenigen Personen bestimmt würden, die der Vorerbe zu seinen Erben einsetze, **zulässig** sei (vgl. OLG München MittBayNot 2018, 50, 52 – dort aber zu einer anderen Konstellation; MünchKommBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 2065 Rn. 24; BeckOGK-BGB/Gomille, Std.: 1.8.2022, § 2065 Rn. 44). Es sei lediglich erforderlich, dass der Erblasser die Person des Bedachten und den Gegenstand der Zuwendung so bestimmt angebe, dass die Bestimmung des Erben durch einen Dritten für jede sachkundige Person objektiv möglich sei, ohne dass ihr eigenes Ermessen dabei bestimmend werde (Senat, Beschl. v. 5.2.1998 – 1 W 6796/95 – DNotZ 1999, 679, 683). Dem entsprach auch das beurkundete Testament der Erblasserin.

Das KG räumt jedoch auch die **Nähe zu § 2065 Abs. 2 BGB** durch die vom Grundbuchamt beanstandete Klausel ein. Im Zeitpunkt der Testamentserrichtung sei nicht absehbar gewesen, ob und welche Personen der damals erst vierjährige Beteiligte zu 3 zu seinen Erben bestimmen werde, wodurch klar sei, dass die Bestimmung der Nacherben der Erblasserin nicht nur von einer Handlung, sondern auch von dessen darin zum Ausdruck kommenden Willen des Beteiligten zu 3 abhängt. Allerdings stellt das KG weiter klar, dass der Beteiligte zu 3 bei Errichtung einer eigenen Verfügung von Todes wegen **unmittelbar nur seine eigenen Erben i. S. v.**

§ 1937 BGB bestimmen werde, sodass seine letztwilligen Anordnungen sich nicht i. S. d. § 2065 Abs. 2 Var. 1 BGB in der (für sich betrachtet unzulässigen) Bestimmung der Nacherben der Erblasserin erschöpfen würden. Die letztwilligen Verfügungen des Beteiligten zu 3 hätten **lediglich mittelbaren Einfluss auf die Nacherben der Erblasserin**.

Aus Sicht des KG liegt auch **keine sittenwidrige Einflussnahme** der Erblasserin auf die Testierfreiheit des Beteiligten zu 3 vor. In der letztwilligen Verfügung der Erblasserin fehle es bereits an der Grundlage, die eine Drucksituation des Beteiligten zu 3 begründen könne, sich von seinem Vater bzw. seinen väterlichen Verwandten nicht nur wirtschaftlich, sondern auch persönlich entfremden zu müssen. Die von der Erblasserin gewählte negative Bestimmung der Nacherben bezogen auf ihren Nachlass sei genauso zulässig wie die konkrete Benennung der Beteiligten zu 2 als Ersatznacherbin für diesen Fall.

#### **Praxishinweis**

Die vorstehende Entscheidung des KG ist – soweit ersichtlich – die erste gerichtliche Entscheidung, die die sog. „Dieterle-Klausel“ für zulässig erachtet. Die vom KG zitierten Entscheidungen betrafen überwiegend andere Gestaltungen. Eine Ausnahme gilt für die zitierte Entscheidung des OLG Frankfurt/M. (DNotZ 2001, 143, 144), das von der Unzulässigkeit der dort verwendeten Dieterle-Klausel im Hinblick auf § 2065 Abs. 2 BGB ausgegangen ist (vgl. dazu kritisch Ivo, DNotZ 2002, 260 ff.). Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung wird für die Praxis eine gewisse Rechtsunsicherheit bzgl. der Zulässigkeit verbleiben.



Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter [www.dnoti.de](http://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. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

**Bezugsbedingungen:**

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

**Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, 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