

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GBO §§ 26, 29; BGB §§ 1155, 1170 – Abtretungserklärungen; Briefgrundschuld; Beglaubigte Abschrift; Abtretungsbestätigung

BGB § 311b – Erbschaftsvertrag über künftigen testamentarischen Erbanteil

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB §§ 2113, 2120 – Zustimmung des Nacherben zu Grundstücksverfügung des Vorerben aufgrund trans-mortaler Vollmacht des Erblassers; Vorerbe als trans-mortal Bevollmächtigter

BGB §§ 2113, 2136 – Vertretung des Nacherben durch den trans- oder postmortal bevollmächtigten Vorerben; Freigabe des Grundbesitzes aus der Nacherbenbindung

#### Literaturhinweise

### Wechsel in der Geschäftsführung

Notar a. D. Dr. *Johannes Weber* ist als Geschäftsführer des DNotI ausgeschieden. Er wurde mit Wirkung zum 1.8.2019 zum Notar in Freiburg im Breisgau ernannt. Dr. *Johannes Weber* hatte das DNotI seit dem 1.10.2014 geleitet.

Neuer Geschäftsführer ist Notarassessor Dr. *Julius Forschner*.

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### GBO §§ 26, 29; BGB §§ 1155, 1170 Abtretungserklärungen; Briefgrundschuld; Beglaubigte Abschrift; Abtretungsbestätigung

#### I. Sachverhalt

Im Grundbuch ist eine Briefgrundschuld über 100.000 € nebst 18 % Jahreszinsen seit dem Tag der Eintragung für A eingetragen. Die Grundschuld wurde nach Eintragung zweimal abgetreten: Zunächst von

A an B und schließlich von B an C. Keine der Abtretungen wurde im Grundbuch eingetragen. Sowohl der Grundschuldbrief als auch beide Abtretungserklärungen nebst Beglaubigungsvermerk sind C im Original übergeben worden und sind bei diesem nun nicht mehr auffindbar. Es ist daher davon auszugehen, dass sämtliche Dokumente verlorengegangen sind. C will nunmehr die Löschung der Grundschuld bewilligen. Wegen des abhandengekommenen Grundschuldbriefes soll das Aufgebotsverfahren betrieben werden.

Bzgl. der Abtretung des B an C konnte von dem damals mit der Angelegenheit befassten Notar eine unter aktuellem Datum beglaubigte Abschrift von der in

der Urkundensammlung verwahrten beglaubigten Abschrift des Originals erlangt werden.

Bzgl. der Abtretung des A an B ist nicht bekannt, welcher Notar die Beglaubigung damals vorgenommen hat. Es ist deshalb geplant, dass A und B eine „Abtretungsbestätigung“ in öffentlich beglaubigter Form unterzeichnen, in der erklärt wird, dass eine solche Abtretung in der Vergangenheit stattgefunden hat.

## II. Fragen

1. Kann eine abhandengekommene Abtretungserklärung durch eine Bestätigung der Abtretung in öffentlich beglaubigter Form ersetzt werden?

2. Kann die abhandengekommene, mit der notariellen Unterschriftenanerkennung verbundene Abtretungserklärung durch eine beglaubigte Abschrift der in der Urkundensammlung des Notars verwahrten beglaubigten Abschrift des Originals ersetzt werden?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Allgemeine Nachweisvoraussetzungen gegenüber dem Grundbuchamt

In grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht muss zur Löschung der Grundschuld oder zum Vollzug der Abtretung im Grundbuch neben einem entsprechenden Antrag (§ 13 Abs. 1 GBO) eine Löschungsbewilligung „des Berechtigten“ nach § 19 GBO in der Form des § 29 GBO vorgelegt werden. Vorliegend fanden die Abtretungen der Grundschuld außerhalb des Grundbuches statt (§§ 1154 Abs. 1, 1192 Abs. 1 BGB). Gem. § 19 GBO muss grundsätzlich der eingetragene Grundpfandrechtsgläubiger die Löschung bewilligen, weil dessen Recht betroffen ist. Jedoch steht es nach § 39 Abs. 2 GBO – als Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz des § 39 Abs. 1 GBO – der Eintragung eines Grundpfandrechtsgläubigers gleich, wenn sich dieser im Besitz des Briefes befindet und sein Gläubigerrecht nach § 1155 BGB nachweisen kann. § 1155 BGB erfordert hierbei eine auf den eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen.

Im Rahmen des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO sind die erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen. Andere Voraussetzungen der Eintragung i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO können – soweit sie nicht offenkundig sind – nur durch öffentliche Urkunden (§ 415 ZPO) nachgewiesen werden. Dazu gehört auch die Bewilligungsbefugnis, wenn der Bewilligende nicht im Grundbuch eingetragen ist, zumal die gesetzliche Vermutung des § 891 BGB in diesem Fall nicht weiterhilft, da C gerade nicht im Grundbuch eingetragen ist.

Öffentlich beglaubigte Urkunden i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 1 GBO und auch i. S. d. § 1155 BGB sind schriftlich abgefasste Erklärungen, bei denen die Unterschrift oder das Handzeichen des Erklärenden von einem Notar beglaubigt ist (§ 129 BGB; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 29 Rn. 41). Auch **beglaubigte Abschriften** einer beglaubigten Abschrift genügen diesen Anforderungen (Demharter, § 29 Rn. 57; Meikel/Hertel, GBO, 11. Aufl. 2015, § 29 Rn. 577). Jedoch hat eine beglaubigte Abschrift keine stärkere Beweiskraft als die Urschrift, sodass die beglaubigte Abschrift einer Privaturkunde nicht ausreichend ist (OLG Köln FGPrax 2009, 6; KG FGPrax 2012, 236; Demharter, § 29 Rn. 59; Meikel/Hertel, § 29 Rn. 577). Erforderlich ist vielmehr, dass die Erklärung selbst in gehöriger Form abgegeben wurde, was vorliegend aber der Fall ist.

Eine beglaubigte Abschrift genügt grundsätzlich den Anforderungen des § 29 GBO, sodass sich die Abtretungserklärung des B an C durch Vorlage der beglaubigten Abschrift nachweisen lassen dürfte.

### 2. Ersetzung der Abtretungserklärung von A an B durch eine „Abtretungsbestätigung“

Fraglich ist jedoch, ob der Nachweis der Abtretungserklärung auch durch eine Erklärung der Beteiligten in öffentlich beglaubigter Form erfolgen kann, die den Inhalt hat, dass eine solche Abtretung in der Vergangenheit stattgefunden hat. Der Wortlaut des § 1155 S. 1 BGB, auf den auch § 39 Abs. 2 GBO verweist, spricht davon, dass „die Abtretungserklärung“ in öffentlich beglaubigter Form vorgelegt werden muss, sodass auf den ersten Blick durchaus Bedenken gegen die Vorlage einer lediglich bestätigenden Erklärung bestehen könnten.

Die Rechtsprechung hatte in verschiedenen Konstellationen Gelegenheit, sich zu dieser Frage zu äußern. Das BayObLG hatte einen vergleichbaren Fall zu beurteilen und entschied, dass auch die nachträgliche Bestätigung einer Abtretung den Anforderungen des § 29 GBO genüge (BayObLG, Beschluss. v. 28.6.1984 – BReg 2 Z 43/84 = BeckRS 2014, 13016).

In einer späteren Entscheidung hat der BGH ausgeführt, dass die Erklärung **die Abtretung selbst** sowie die Bezeichnung der Grundschuld, des Zedenten und des Zessionars enthalten müsse (BGH MittBayNot 1991, 254). Diese Ausführungen betrafen jedoch einen Fall, in dem tatsächlich gar keine „Abtretungsbestätigung“ vorlag, sondern lediglich eine Erklärung der Parteien, dass diese *beabsichtigen*, die Abtretung vorzunehmen.

In einer weiteren Entscheidung hatte das OLG München es nicht genügen lassen, dass in einem notariellen Übergabevertrag auf eine privatschriftliche Abtretungserklä-

rung Bezug genommen wurde (OLG München RNotZ 2014, 591). Dass es diese Erklärung gegeben habe, sei lediglich eine Behauptung in Form einer **Wissenserklärung** und kein Nachweis in der Form des § 29 GBO, auch wenn der notarielle Übergabevertrag selbst die Form des § 29 GBO erfülle. Das OLG München deutet jedoch in dieser Entscheidung gleichfalls an, dass es eine erneute „rechtsgeschäftliche Bestätigung“ genügen lassen würde (OLG München RNotZ 2014, 591, 592).

Der BGH hat jüngst in einer Entscheidung zu § 727 Abs. 1 ZPO klargestellt, dass die in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde niedergelegte Erklärung nicht zwingend die Abtretung selbst enthalten müsse, sondern dass es vielmehr genüge, wenn hinreichend konkret auf die zuvor erfolgte Abtretung Bezug genommen und diese bestätigt werde (BGH, Beschl. v. 22.5.2019 – VII 87/17 Rn. 29). Es könne bei gewöhnlichem Geschehensablauf davon ausgegangen werden, dass die darin konkret in Bezug genommene Abtretung tatsächlich erfolgt sei.

Es spricht vieles dafür, dass sich diese Entscheidung des BGH auch auf den vorliegenden Fall übertragen lässt und die Bestätigung genügt, wenn sie hinreichend konkret in der Form des § 29 GBO auf die erfolgte Abtretung Bezug nimmt und die Bezeichnung der Grundschild, des Zedenten sowie des Zessionars selbst enthalten sind. Soweit in der Literatur darauf Bezug genommen wird, dass eine bloße in die Vergangenheit gerichtete „Wissenserklärung“ nicht genüge, betraf dies Fälle, in denen der erneute rechtliche Bindungswille unklar war.

Auch in anderen Bereichen ist anerkannt, dass eine zunächst nicht in der Form des § 29 GBO vorliegende Erklärung nachträglich in der Form des § 29 GBO bestätigt werden kann. Dies gilt im Grundbuchverfahrensrecht insbesondere für die Vollmachtsbestätigung (vgl. hierzu Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3536). Es sind deshalb keine Gründe ersichtlich, warum diese Nachweisform nicht auch für § 39 Abs. 2 GBO, § 1155 S. 1 BGB genügen sollte.

### 3. Ergebnis

Die Abtretung von A an B wird sich durch die Abtretungsbestätigung in öffentlich beglaubigter Form nachweisen lassen, die Abtretung von B an C durch Vorlage der beglaubigten Abschrift der Abtretungserklärung. Abschließend sei darauf hingewiesen, dass nach Auffassung in der Literatur ein **Anspruch auf Wiederholung der Abtretungserklärung** besteht. Ist die dem Zessionar ausgestellte Abtretungsurkunde abhandengekommen oder wird aus einem anderen Grund eine neue Urkunde benötigt, so muss der Zedent gem. § 403 BGB

einem erneuten Ausstellungsverlangen (bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs) auf Kosten des Zessionars entsprechen (BeckOGK-BGB/Lieder, Std.: 1.6.2019, § 403 Rn. 6 m. w. N.).

---

## BGB § 311b

### Erbschaftsvertrag über künftigen testamentarischen Erbanteil

---

#### I. Sachverhalt

M und ihr bereits vorverstorbenen Ehemann haben sich in einem gemeinschaftlichen privatschriftlichen Testament gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Zu Schluss-erben haben sie ihre drei gemeinsamen Kinder (darunter S) zu gleichen Teilen bestimmt. Regelungen zu einer Ersatzerbfolge bzw. zu Abänderungsvorbehalten wurden nicht getroffen. Nunmehr möchte S mit seinen drei Kindern (also den Enkeln der M) eine Regelung dahingehend treffen, dass diese sich verpflichten, sich um M zu kümmern und diese zu pflegen. Als Gegenleistung möchte S seinen Kindern seinen künftigen Erbanteil am Nachlass der M übertragen.

#### II. Frage

Ist eine entsprechende Vereinbarung zwischen S und seinen Kindern gem. § 311b Abs. 5 BGB möglich oder greift hier das Verbot nach § 311b Abs. 4, da zwar alle Vertragsbeteiligten potentielle gesetzliche Erben sind, aber der Vater die Kinder von der Erbfolge ausschließt?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Verbot des § 311b Abs. 4 BGB

Die Wirksamkeit einer notariell beurkundeten Vereinbarung über den Nachlass eines noch lebenden Dritten (sog. Erbschaftsvertrag), hier also jenen der Mutter des S, ist am Maßstab des § 311b Abs. 4, 5 BGB zu messen.

Gem. **§ 311b Abs. 4 S. 1 BGB** ist ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nichtig. Das gleiche gilt von einem Vertrag über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten (§ 311b Abs. 4 S. 2 BGB). Hier soll ein Vertrag über den Erbteil am Nachlass der noch lebenden Mutter des S geschlossen werden. Ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten liegt daher vor.

##### 2. Zulässige Erbschaftsverträge nach § 311b Abs. 5 BGB

Erbschaftsverträge sind jedoch nach Maßgabe des **§ 311b Abs. 5 BGB** zulässig, wenn der Vertrag unter den **künftigen gesetzlichen Erben** über den gesetz-

lichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen geschlossen wird. Ein solcher Vertrag bedarf gem. § 311b Abs. 5 S. 2 BGB der notariellen Beurkundung.

a) Die Ausnahme des § 311b Abs. 5 BGB greift jedoch nur dann ein, wenn alle Vertragsschließenden – abstrakt betrachtet – **künftige gesetzliche Erben** desjenigen sind, auf dessen Nachlass sich der Vertrag bezieht (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, § 311b Rn. 73). Das bedeutet, dass die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses künftige gesetzliche Erben sein müssen. Dabei ist nicht erforderlich, dass sie die *nächsten* gesetzlichen Erben des künftigen Erblassers sind (Henssler, RNotZ 2010, 221, 233; Palandt/Grüneberg, § 311b Rn. 73). Auch in der gesetzlichen Erbfolge weiter entfernte Personen, die aktuell durch vorrangige gesetzliche Erben ausgeschlossen wären, sind gesetzliche Erben (Staudinger/Schumacher, BGB, 2018, § 311b Abs. 4, 5 Rn. 24; BeckOGK-BGB/Schreindorfer, Std.: 1.6.2019, § 311b Rn. 466.1; BeckOK-BGB/Gehrlein, Std.: 1.5.2019, § 311b Rn. 51 m. w. N.). Gesetzlicher Erbe i. S. v. § 311b Abs. 5 BGB ist der potentielle gesetzliche Erbe i. S. d. §§ 1924 ff. BGB auch, wenn er in einer Verfügung von Todes wegen als Erbe eingesetzt wird (so bereits RGZ 98, 330, 331 ff.; BGH NJW 1988, 2726, 2727; BGH NJW 1956, 1151; 1152; Staudinger/Schumacher, § 311b Abs. 4, 5 Rn. 25; BeckOGK-BGB/Schreindorfer, § 311b Rn. 466.1).

Im vorliegenden Fall sind im dargelegten Sinne sowohl der S als auch dessen drei Kinder potentielle gesetzliche Erben. Dass die drei Kinder des S durch diesen nach § 1924 Abs. 2 BGB von der Erbfolge ausgeschlossen wären, macht die Kinder des S nicht zu ungeeigneten Vertragspartnern i. S. v. § 311b Abs. 5 BGB. Es ist nach dem zuvor Gesagten nicht Voraussetzung des § 311b Abs. 5 BGB, dass nach dem Erbfall letztlich alle Vertragspartner (gesetzliche oder testamentarische) Erben werden. Dies ergibt sich schon aus § 311b Abs. 5 S. 1 Var. 2 BGB, der auch Verträge über den Pflichtteil eines geeigneten Vertragspartners zulässt. Die Pflichtteilsberechtigung setzt nach § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB gerade eine testamentarische Enterbung voraus. Im Ergebnis sind daher nach unserer Einschätzung sowohl der S als auch dessen drei Kinder durch § 311b Abs. 5 BGB zulässige Parteien eines Erbschaftsvertrages.

b) Ausweislich des Wortlauts bezieht sich § 311b Abs. 5 BGB auf einen Vertrag „über den **gesetzlichen Erbteil** oder den Pflichtteil“. Er erfasst aber auch alle anderen Rechtsgeschäfte, die im weitesten Sinne den Nachlass betreffen (BGHZ 26, 320; BGH NJW 1995, 448). Dazu zählen nach allgemeiner Ansicht bspw. Auseinandersetzungsvereinbarungen zwischen künftigen gesetzlichen Erben (vgl. Limmer, DNotZ

1998, 927, 933; Palandt/Grüneberg, § 311b Rn. 73; MünchKommBGB/Ruhwinkel, 8. Aufl. 2019, § 311b Rn. 137).

Durch den BGH entschieden wurde mittlerweile, dass ein **Erbschaftsvertrag auch über einen testamentarischen Erbteil gem. § 311b Abs. 5 BGB zulässig sein kann** (BGH DNotZ 1989, 169; a. A. noch RGZ 98, 330). Nach Auffassung des BGH kommt es nicht darauf an, ob ein Erbteil kraft Gesetzes oder kraft testamentarischer Erbfolge erlangt wird. Das Merkmal des gesetzlichen Erbteils sei lediglich als quantitative Beschränkung zu verstehen. § 311b Abs. 5 BGB sei demnach bis zur Höhe des gesetzlichen Erbteils auch auf Verträge über testamentarische Erbteile anwendbar (vgl. auch dazu MünchKommBGB/Ruhwinkel, § 311b Rn. 139; Staudinger/Schumacher, § 311b Abs. 5 Rn. 34). Im vorliegenden Fall geht es um den testamentarischen Erbteil des S in Höhe von einem Drittel. Dieser entspricht der Höhe nach seinem gesetzlichen Erbteil, falls gesetzliche Erbfolge nach der Mutter des S eintreten würde (§ 1924 Abs. 1, 4 BGB). Die nach Auffassung der Rechtsprechung in § 311b Abs. 5 S. 1 BGB zu erblickende quantitative Begrenzung ist hier also eingehalten.

Zu beachten ist allerdings noch, dass **§ 311b Abs. 5 BGB lediglich schuldrechtlich wirkende Verträge zulässt**. Eine dinglich wirkende, bereits jetzt zu vereinbarende und mit dem Erbfall automatisch wirksam werdende antizipierte Abtretung des gesetzlichen (oder des testamentarischen) Erbteils ist nach dem Standpunkt der h. M. nicht möglich. Verfügungsgeschäfte über den Nachlass eines Dritten sind vor dessen Tod grundsätzlich unwirksam. Eine dinglich wirkende Erbteilsabtretung ist erst mit dem Erbfall möglich (s. nur BGH DNotZ 1989, 169; BGH NJW 1962, 1910; Palandt/Grüneberg, § 311b Rn. 75; BeckOGK-BGB/Schreindorfer, § 311b Rn. 478; dagegen für Zulassung der Vorausabtretung eines Erbanteils: Staudinger/Schumacher, § 311b Abs. 4, 5 Rn. 33 m. w. N.).

Eine Vereinbarung, wonach der S seinen Kindern seinen künftigen Erbanteil am Nachlass der Mutter überträgt und diese Übertragung mit dem Erbfall automatisch wirksam werden würde, ist wegen der Nichtzulassung von Verfügungsgeschäften durch § 311b Abs. 5 BGB nach h. M. also nicht möglich. Begründbar und durch § 311b Abs. 5 BGB zugelassen wäre allein eine schuldrechtliche Verpflichtung, wonach der S seinen Erbteil am Nachlass seiner Mutter nach Eintritt des Erbfalls an seine Kinder zu gleichen Teilen zu übertragen hat. Das entsprechende Vollzugsgeschäft (Erbteilsübertragung nach § 2033 BGB) ist damit zwingend erst nach dem Erbfall möglich (vgl. BGH DNotZ 1989, 169, 170; BGH NJW 1974, 43, 44; RGZ 71, 131, 136). Mit der

Klarstellung, dass zu Lebzeiten der Mutter lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Erbteilsübertragung begründet werden kann, wäre die beabsichtigte Vereinbarung aber mit § 311b Abs. 5 BGB vereinbar.

## 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 Faxabruf-Gutachten.

**InsO §§ 315 ff.; BGB §§ 2113, 2205**

**Verfügungsbefugnis des Nachlassinsolvenzverwalters bei angeordneter Nacherbfolge sowie Testamentsvollstreckung**

Abruf-Nr.:

**BGB §§ 1828, 1831**

**Nachträgliche Genehmigung eines Kaufvertrags durch den Ergänzungsbetreuer vor Einholung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung; Mitteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB §§ 2113, 2120**

**Zustimmung des Nacherben zu Grundstücksverfügung des Vorerben aufgrund transmortaler Vollmacht des Erblassers; Vorerbe als transmortal Bevollmächtigter**

**Der Vorerbe kann die Zustimmung zu einer Verfügung sich selbst gegenüber nicht unter Berufung auf eine vom Erblasser erteilte Generalvollmacht namens des Nacherben erklären, wenn nicht der Nacherbe ihm gegenüber zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet ist.**

OLG München, Beschl. v. 14.6.2019 – 34 WX 237/18

### Problem

V1 und V2 sind als nicht befreite Vorerben Eigentümer von Grundbesitz. Zu Nacherben sind die Enkelkinder des Erblassers, derzeit M und O (V2 hat keine Kinder), eingesetzt. Der Nacherbfall tritt beim Tode des jeweiligen Vorerben ein.

Der Erblasser hat im Jahre 2006 eine General- und Betreuungsvollmacht errichtet, in der er seiner Ehefrau sowie seinen Kindern V1 und V2 Vollmacht erteilte, ihn in persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten in jeder Weise und in jedem Umfang gegenüber jedermann zu vertreten. Die Kinder sollten gemeinsam vertretungsberechtigt, jedoch nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sein. Die Vollmacht berechnete ausdrücklich auch zur Veräußerung und Belastung von Grundbesitz und sollte über den Tod hinaus gültig sein.

Nach dem Tod des Erblassers veräußerten V1 und V2 im Jahr 2017 für sich selbst im eigenen Namen das Grundstück an K. O, der Enkel des Erblassers, und V1 und V2 aufgrund behaupteter Vollmacht für M, den weiteren Enkel des Erblassers, stimmten dem Verkauf zu und bewilligten und beantragten die Löschung des Nacherbenvermerks. Zum Vollzug der Urkunde verlangte das Grundbuchamt neben der Bewilligung der bekannten Nacherben auch die durch das Betreuungsgericht genehmigte Bewilligung eines Pflegers für noch unbekannte Nacherben nach § 1913 BGB. Hiergegen wurde Beschwerde eingelegt mit der Begründung, dass die transmortale Vollmacht des Erblassers zur Vertretung der Nacherben berechnete, auch soweit diese nicht bekannt seien. Das Grundbuchamt half der Beschwerde nicht ab.

Auf Hinweis des Senats legte der Notar nachträglich noch eine Genehmigung der Urkunde durch V1 und V2, handelnd aufgrund der Generalvollmacht für die derzeit noch unbekannt Nacherben, vor.

### Entscheidung

Nach Ansicht des OLG München kann der eingetragene **Nacherbenvermerk nicht gelöscht** werden, da weder die Löschungsbewilligung aller Nacherben gem. § 19 GBO vorliege noch die Grundbuchunrichtigkeit nach § 22 Abs. 1 GBO nachgewiesen sei. Aus Sicht des OLG ist das Grundstück nicht aus der Nacherbenbindung ausgeschieden, da es an der Zustimmung möglicher weiterer Nacherben fehle, die bis zum Nacherbfall neben O und M (als den nur „derzeit“ berufenen Nacherben) hinzutreten könnten.

Auch die nachträgliche Genehmigung der Urkunde durch V1 und V2 für die unbekannt Nacherben aufgrund der General- und Betreuungsvollmacht des Erblassers hat nach Ansicht des OLG München nicht dazu geführt, dass das Grundstück mit dem Vollzug der Eigentumsübertragung aus der Nacherbenbindung ausgeschieden ist. Dabei lässt der Senat die umstrittene Frage, ob eine transmortale Vollmacht zugunsten der Vorerben mit dem Erbfall bzw. dem Erbschein zu-

gunsten der Vorerben durch **Konfusion oder Konsolidation erlösche** (so z. B. Soergel/Harder/Wegmann, BGB, 13. Aufl., § 2112 Rn. 10; Staudinger/Avenarius, BGB, 2013, § 2112 Rn. 20), ausdrücklich **dahin stehen**. Gleiches gilt für die nach wie vor äußerst kontrovers diskutierte Frage, ob eine transmortale Vollmacht im Falle der Anordnung der Vor- und Nacherbfolge bis zum Eintritt des Nacherbfalls nur zur **Vertretung des Vorerben** (so die h. M.) oder **auch zur Vertretung des Nacherben** berechtige (vgl. dazu ausführlich Gutachten DNotI-Report 2018, 60 f.; vgl. dazu ferner die nachfolgende, inhaltlich vom OLG München abweichende Entscheidung des OLG Stuttgart v. 29.5.2019 – 8 W 160/19).

Aus Sicht des OLG München ermöglicht die transmortale Vollmacht jedenfalls im vorliegenden Fall kein Handeln namens der Nacherben. Denn selbst wenn man annähme, dass der vom Erblasser Bevollmächtigte für sämtliche Erben, somit auch für die Nacherben, handeln könne (vgl. KG KGJ 36, 166; Weidlich, ZEV 2016, 57, 64; Keim, DNotZ 2008, 175, 179; Amann, MittBayNot 2013, 367), sei im Anschluss an eine Entscheidung des Kammergerichts (KG KGJ 36, 166, 170) die gleichzeitige Vertretung von Vor- und Nacherben jedenfalls **unzulässig**, wenn es sich um die Vornahme eines **Rechtsgeschäfts zwischen dem Vor- und dem Nacherben** handle. Speziell für die **Zustimmung zu einer Verfügung** könne der Vorerbe nicht sich selbst gegenüber als Vertreter des Nacherben aufgrund der transmortalen Vollmacht handeln, wenn nicht der Nacherbe dem Vorerben gegenüber zur **Erteilung der Zustimmung verpflichtet** sei. Letzteres sei vorliegend nicht der Fall, sodass es im Ergebnis zur Löschung des Nacherbenvermerks im Hinblick auf die noch unbekannt Nacherben der Zustimmung eines gem. § 1913 S. 2 BGB zu bestellenden Pflegers sowie der betreuungsgerichtlichen Genehmigung bedürfe.

---

## BGB §§ 2113, 2136

### Vertretung des Nacherben durch den trans- oder postmortal bevollmächtigten Vorerben; Freigabe des Grundbesitzes aus der Nacherbenbindung

**Der von dem Erblasser trans- oder postmortal bevollmächtigte Vorerbe kann auch den Nacherben wirksam vertreten, ohne den Verfügungsbeschränkungen der §§ 2112, 2113 BGB unterworfen zu sein.**

OLG Stuttgart, Beschl. v. 29.5.2019 – 8 W 160/19

#### Problem

Die im Jahre 2017 verstorbene Erblasserin hatte ihren vier Kindern – K1 bis K4 – zu Lebzeiten eine notariell

beurkundete General- und Vorsorgevollmacht erteilt, welche ausdrücklich über den Tod hinaus fortwirken sollte. Nach dem vorgelegten Erbschein aus dem Jahre 2018 sind die Beteiligten nicht befreite Vorerben ihrer Mutter zu je  $\frac{1}{4}$ , Nacherben sind nach dem Ableben eines Vorerben die leiblichen Kinder des jeweiligen Vorerben.

K4 hat im Februar 2019 vor dem Notar auch im Namen der übrigen Beteiligten Grundbuchberichtigung dahingehend beantragt, dass die Beteiligten als Eigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes eingetragen werden. Gleichzeitig hat sie namens der Nacherben Grundbesitz aus der Nacherbschaft freigegeben und die Löschung des Nacherbenvermerks im Wege der Grundbuchberichtigung bewilligt und beantragt.

Den im Februar 2019 beim Grundbuchamt eingereichten Antrag hat das Grundbuchamt im April im Wege der Zwischenverfügung beanstandet. Als Eintragungshindernisse stellte das Grundbuchamt fest, dass die transmortale Vollmacht bis zum Eintritt des Nacherbfalls nur zur Vertretung der Vorerben und nicht zur Vertretung der Nacherben berechtige, sodass es der „Freigabe“ des Grundstücks durch die Nacherben in der Form des § 29 GBO bedürfe. Für die noch unbekannt Nacherben sei ein Pfleger i. S. von § 1913 BGB zu bestellen, die Freigabe auch von diesem zu erklären und anschließend vom Nachlassgericht zu genehmigen.

#### Entscheidung

Nach Ansicht des OLG Stuttgart hat die zulässige Beschwerde in der Sache Erfolg, da die vom Grundbuchamt aufgezeigten Eintragungshindernisse nicht vorlägen. Aufgrund der von der Mitvorerbin in Vollmacht für die Nacherben erklärten „Freigabe“ des betreffenden Grundbesitzes aus der Nacherbschaft und Bewilligung der Löschung des Nacherbenvermerks sind aus Sicht des OLG die Voraussetzungen für die Grundbuchberichtigung i. S. d. Eintragung der Beteiligten (Vorerben) **als Eigentümer ohne Nacherbenvermerk** i. S. v. § 51 GBO gegeben.

Das OLG Stuttgart legt zunächst dar, dass in Rechtsprechung und Literatur nach wie vor **umstritten** sei, ob eine über den Tod hinaus wirkende Vollmacht des Erblassers nach dessen Ableben bis zum Eintritt des Nacherbfalls den Bevollmächtigten auch zur Vertretung des Nacherben legitimiere. Die **wohl h. M. der Literatur** vertrete insoweit, dass eine vom Erblasser dem Vorerben oder einem Dritten erteilte Vollmacht bis zum Nacherbfall **nur zur Vertretung des Vorerben** (nicht des Nacherben) berechtige, sodass auch ein Bevollmächtigter dessen Verfügungsbeschränkungen unterliege (vgl. MünchKommBGB/Grunsky, 7. Aufl.

2017, § 2112 Rn. 10; Staudinger/Avenarius, BGB, 2013, § 2112 Rn. 33 f., § 2100 Rn. 47; vgl. dazu bereits die vorstehende Entscheidung des OLG München v. 14.6.2019 – 34 Wx 237/18). Für diese Rechtsansicht werde vorgebracht, dass das Rechtsverhältnis, auf dem die Fortdauer der Vollmacht gem. § 168 BGB beruhe, nach Ableben des Vollmachtgebers nur zwischen dem Vollmachtnehmer und dem Vorerben bestehe. Dem Nacherben sei daher auch kein Widerruf der Vollmacht möglich. Schließlich sei ein Widerruf häufig aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen, weil der Nacherbe von der Vollmacht nichts erfahre oder noch nicht lebe und kein Pfleger für ihn bestellt sei. Schließlich werde vorgebracht, dass eine Vertretung (auch) des Nacherben dessen Schutzrechte gegenüber dem Vorerben aushöhlen würde, weil dadurch die aus § 2136 BGB folgende Grenze, die für eine mögliche Befreiung des Vorerben durch den Erblasser gelte, überschritten wäre (weil dann beispielsweise auch unentgeltliche Verfügungen zu Lasten des Nacherben zulässig seien).

Das OLG Stuttgart weist auch auf die **weitere in der Literatur vertretene Ansicht** hin, wonach die dem Vorerben erteilte Vollmacht mit dem Ableben des Erblassers **durch Konsolidation erlösche**, da sich keiner selbst vertreten könne (vgl. BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, Std.: 1.3.2019, § 2112 Rn. 67; Staudinger/Avenarius, § 2112 Rn. 33; KEHE/Munzig, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, § 51 GBO Rn. 12; Meikel/Böhringer, GBO, 11. Aufl., § 51 Rn. 64).

Die vorstehenden Ansichten **lehnt** das OLG Stuttgart jedoch **ausdrücklich ab** und schließt sich der **Gegenauffassung** an, die im Anschluss an einen älteren Beschluss des Kammergerichts (KG OLGE 18, 338) vertritt, dass der vom Erblasser trans- oder postmortal Bevollmächtigte **auch den Nacherben wirksam vertreten** könne und in seiner vom Erblasser abgeleiteten Verfügungsmacht **nur den Beschränkungen** unterliege, die ihm **vom Erblasser selbst direkt auferlegt** worden seien (Palandt/Weidlich, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2112 Rn. 4; ders., ZEV 2016, 57, 64; MünchKommBGB/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 168 Rn. 52; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3488). Durch ein nach dem Tod des Vollmachtgebers seitens des Bevollmächtigten vorgenommenes Rechtsgeschäft würden daher sämtliche Erben (einschließlich etwaiger Nacherben) berechtigt und verpflichtet (vgl. auch Amann, MittBayNot 2013, 367). An die für den Vorerben geltenden Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113, 2114 BGB sei der Bevollmächtigte selbst dann nicht gebunden, wenn er gleichzeitig Vorerbe sei (Palandt/Weidlich, § 2112 Rn. 4; differenzierend Keim, DNotZ 2008, 175, 181; **anders** auch die vorstehende Entscheidung des OLG München, Beschl. v. 14.6.2019 – 34 Wx 237/18).

Aus dem Umstand, dass Vorerbe und Nacherbe gemeinsam wirksam über Nachlassgegenstände verfügen könnten, leitet das OLG Stuttgart ab, dass insoweit auch eine Vertretung des Nacherben durch einen Bevollmächtigten zulässig sei. Im Anschluss an die vorgenannte Entscheidung des Kammergerichts räumt das OLG Stuttgart zwar ein, dass sich aus nachteiligen Verfügungen des Bevollmächtigten evtl. Ansprüche des Nacherben gegen den Bevollmächtigten ergeben könnten; dadurch sei aber die Gültigkeit der Verfügungen des Bevollmächtigten nicht in Frage gestellt. Für den Fall, dass Vollmachtnehmer und Vorerbe identisch seien, könne zwar ggf. die Vollmacht, für den Vorerben zu handeln, durch Konsolidation erlöschen; dies lasse aber die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten für den Nacherben unberührt.

Das OLG Stuttgart hält es wegen des Abstraktionsprinzips auch für unschädlich, dass nur der Vorerbe, nicht auch der Nacherbe, in das der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis eintrete. Widerrufen könne der Nacherbe die Vollmacht (rechtlich betrachtet) gleichwohl. Dass ihm faktisch diese Möglichkeit häufig verwehrt sei, stehe der Annahme einer Vertretungsmacht für den Nacherben nicht entgegen, zumal der Erblasser dem Nacherben mittels eines Nacherbenvollstreckers gem. § 2222 BGB während der Vorerbschaft seine Befugnisse auch völlig entziehen könne, ohne dass sich der Nacherbe dem widersetzen könne (vgl. Keim, DNotZ 2008, 175, 179).

**Postvertriebsstück: B 08129**

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg  
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

---

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:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Dr. Johannes Cziupka

**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:**

Druckerei Franz Scheiner  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit