

**letzte Aktualisierung:** 06.08.2020

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.5.2020 – 3 Wx 64/20

**BGB §§ 883 Abs. 1, 2301 Abs. 1**

**Keine Vormerkungsfähigkeit gegenseitiger Zuwendungsversprechen auf den Todesfall**

Ein Anspruch aus einem Schenkungsversprechen unter der Bedingung, dass der Beschenkte den Schenker überlebt, ist zu Lebzeiten des Schenkers nicht vormerkbar. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

**Oberlandesgericht Düsseldorf, 3 Wx 64/20**

**Datum:** 15.05.2020  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 3. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 3 Wx 64/20  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2020:0515.3WX64.20.00

**Vorinstanz:** Amtsgericht Duisburg

**Tenor:** Die Beschwerde der Beteiligten wird zurückgewiesen.  
 Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren: 20.000,- €

**Gründe:**
**I.**

Die Beteiligten sind Miteigentümer zu je ½-Anteil des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes. Mit notarieller Urkunde vom 15. Oktober 2019 vereinbarten sie unter der Überschrift „Gegenseitiges entgeltliches Zuwendungsversprechen auf den Todesfall“ die Verpflichtung, jeweils ihren hälftigen Miteigentumsanteil auf den jeweils anderen zu übertragen. Die Pflicht stehe unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Übertragende versterbe und der Erwerber den Übertragenden überlebe. Die Pflicht sei auflösend bedingt durch den Erwerb des anderen Miteigentumsanteils und durch die Erklärung des Rücktritts durch den anderen Beteiligten. Die Übertragung erfolge im Wege des entgeltlichen Rechtsgeschäfts und außerhalb der Formen des Erbrechts. Zur Sicherung des jeweiligen Übertragungsanspruchs bewilligten beide Beteiligten Eigentumsvormerkungen zu Lasten ihres jeweiligen Eigentumsanteils und beantragten deren Eintragung im Grundbuch.

Mit Zwischenverfügung vom 25. Oktober 2019 wies das Grundbuchamt darauf hin, dass die vereinbarten Ansprüche nicht vormerkungsfähig seien, da nach den getroffenen Vereinbarungen der Rücktritt ohne Angaben von Gründen möglich sei. Ein Anspruch sei aber nur dann vormerkungsfähig, wenn eine Bindungswirkung gegeben sei, die nicht mehr von einer im freien Belieben des Verpflichteten stehenden Willenserklärung abhängt.

Mit weiterer notarieller Urkunde vom 12. November 2019 trafen die Beteiligten ergänzende Vereinbarungen zu dem ihnen jeweils vorbehaltenen Rücktrittsrecht. Unter anderem müsse der Rücktrittserklärung ein Schreiben beiliegen, in dem einer der Beteiligten dem anderen das Zerstrittensein angezeigt habe; seit dem in dem Schriftstück genannten Datum bis zur Rücktrittserklärung müssten mindestens 10 Jahre verstrichen sein. Mit Zugang des Rücktritts träten zugleich die auflösenden Bedingungen über das Übertragungsversprechen beider Beteiligten ein.

Mit Beschluss vom 13. Januar 2020 hat das Grundbuchamt den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Die vereinbarten Ansprüche seien mangels ausreichender Bindungswirkung nicht vormerkungsfähig. Vereinbart seien gegenseitige Zuwendungsversprechen auf den Todesfall. Die Erfüllung liege allein in der Person des Verpflichteten, des Vorversterbenden. Er habe sich nicht endgültig zur Leistung verpflichtet und er sei nicht gehindert, seinen Anteil anderweitig zu veräußern. Zudem könne er die Bindungswirkung einseitig durch Rücktritt beseitigen. Der Rücktritt des Berechtigten hebe die Bindungswirkung für dessen Übertragungsversprechen als Verpflichtetem auf.

Hiergegen wenden sich die Beteiligten mit ihrer Beschwerde vom 12. Februar 2020. Sie meinen, ausreichend für die Vormerkungsfähigkeit eines bedingten Anspruchs sei, dass – sofern er im Belieben des Schuldners stehe – die an die Bedingung geknüpfte Rechtsfolge unabhängig von seinem Willen eintrete. Das sei hier der Fall. Würden die beantragten Vormerkungen eingetragen, könne der jeweils Verpflichtete zwar seinen Anteil anderweitig veräußern, ihn indes nicht mehr lastenfremd übertragen. Schließlich handele es sich vorliegend nicht um ein Schenkungsversprechen auf den Todesfall, sondern um ein objektiv entgeltliches Rechtsgeschäft, welches der erstverstorbene Beteiligte auf dessen Ableben hin zu erfüllen habe.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Düsseldorf mit weiterem Beschluss vom 7. April 2020 zur Entscheidung vorgelegt.

- Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen. 9
- II.** 10
- Die gemäß §§ 71 Abs. 1, 72, 73 GBO statthafte und auch im übrigen zulässige Beschwerde der Beteiligten ist dem Senat aufgrund der vom Grundbuchamt mit weiterem Beschluss vom 7. April 2020 erklärten Nichtabhilfe zur Entscheidung angefallen, vgl. § 75 GBO. 11
- In der Sache bleibt die Beschwerde ohne Erfolg. Das Grundbuchamt hat die Vormerkungsfähigkeit der zwischen den Beteiligten vereinbarten Übertragungsansprüche im Ergebnis zu Recht verneint. Bereits wegen der zwischen den Beteiligten vereinbarten Überlebensbedingung sind die Übertragungsansprüche nicht vormerkbar. 12
- Das Grundbuchamt hat vor Eintragung einer Vormerkung zu prüfen, ob ein vormerkungsfähiger Anspruch vorliegt (Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, Anhang zu § 44 Rn. 87). Nach § 883 Abs. 1 BGB ist vormerkungsfähig nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Einräumung, Änderung oder Aufhebung eines im Grundbuch eintragungsfähigen dinglichen Rechts (Satz 1); ebenfalls durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden kann auch ein bedingter oder künftiger Anspruch (Satz 2). 13
- Nach den zwischen den Beteiligten in der notariellen Urkunde vom 15. Oktober 2019 getroffenen Vereinbarungen sind die wechselseitigen Ansprüche auf Übertragung des dem anderen jeweils zustehenden Miteigentumsanteils am verfahrensgegenständlichen Grundbesitz von zwei Bedingungen abhängig, nämlich zum einen von der Bedingung, dass der Übertragende verstirbt und der Erwerber ihn überlebt, und zum anderen von der Bedingung, diese ergänzt in der notariellen Vereinbarung vom 12. November 2019, dass ein Rücktritt des anderen Beteiligten nicht erfolgt. Bei der erstgenannten Bedingung handelt es sich um eine aufschiebende Bedingung, sog. Überlebensbedingung; die zweitgenannte Bedingung ist eine auflösende Bedingung. 14
- Bedingte Ansprüche – gleiches gilt für künftige Ansprüche – genießen nur dann Vormerkungsschutz, wenn für die künftige Gestaltung des Anspruchs nicht lediglich eine bloße mehr oder weniger aussichtsreiche tatsächliche Möglichkeit besteht, sondern bereits eine feste, die Gestaltung des Anspruchs bestimmende Grundlage (Rechtsboden) vorhanden ist. In der Regel bietet auch ein bedingt abgeschlossenes Rechtsgeschäft den erforderlichen sicheren Rechtsboden für das künftige Wirksamwerden des darin begründeten Anspruchs (BGH NJW 2002, 2461, 2462 m.w.N.; vgl. auch: Palandt-Herrler, BGB, 78. Aufl. 2019, § 883 Rn. 16, mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung). Dieser Grundsatz gilt indes – insbesondere angesichts der Vielzahl der möglichen Bedingungsinhalte (vgl. hierzu Münchener Kommentar/Kohler, BGB, 8. Aufl. 2020, § 883 Rn. 26 m.w.N.) – nicht uneingeschränkt und es ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob der bedingt vereinbarte Anspruch vormerkbar ist. 15
- Wird – wie hier – eine Überlebensbedingung vereinbart, kann es sich um eine aufschiebende Bedingung für den vorzumerkenden Anspruch handeln. Soll der Anspruch nicht schon gegenüber dem derzeitigen Inhaber des Grundeigentums oder des Rechts an einem Grundstück bestehen, sondern nur gegenüber den Erben des derzeitigen Inhabers des betroffenen Rechts, wird eine Vormerkung überwiegend für unzulässig gehalten. Es handelt sich dann um einen erbrechtlichen Anspruch. Sog. Erbfallschulden, die erst im Augenblick des Erbfalls entstehen, können nach ganz überwiegend vertretener Auffassung aus mehreren Gründen zu Lebzeiten des Erblassers nicht durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden. Zum einen steht dem das sog. Identitätsgebot entgegen (Staudinger/Kesseler, BGB, Neubearbeitung 2020, § 883 Rn. 81 ff.; Münchener Kommentar/Kohler, a.a.O., § 883 Rn. 32 für das Vermächtnis). Danach ist ein Anspruch nur dann im Grundbuch vormerkbar, wenn er sich gegen den von der Eintragung der Vormerkung betroffenen Rechtsinhaber richtet. Schuldner des Anspruchs muss derjenige sein, der bei der Eintragung der Vormerkung der Eigentümer des von ihr betroffenen Grundstücks ist (Demharter, a.a.O., Anhang zu § 44 Rn. 97 f.; Staudinger/Kesseler, a.a.O., § 883, Rn. 74 ff.; Palandt/Herrler, a.a.O., § 883 Rn. 13; jeweils mit weiteren Nachweisen). Zum anderen wird die Eintragung einer Vormerkung für einen erbrechtlichen Anspruch mit dem Argument verneint, dass der Erblasser nicht gehindert sei, zu Lebzeiten noch über sein Vermögen zu verfügen (vgl. BGH NJW 1954, 633 ff. für das Vermächtnis; OLG Hamm NJW-RR 2000, 1389 ff. für ein Schenkungsversprechen von Todes wegen; BayObLG FGPrax 2002, 151 f. für ein Schenkungsversprechen von Todes wegen; Senat FGPrax 2003, 110 für einen Erbverzichtsvertrag; Palandt-Herrler, a.a.O., § 883 Rn. 18). 16
- Um eine Erbfallschuld handelt es sich auch beim Schenkungsversprechen auf den Todesfall, § 2301 Abs. 1 Satz 1 BGB. Ein unter § 2301 BGB fallendes Rechtsgeschäft liegt dann vor, wenn der Erblasser eine Schenkung verspricht, die unter der Bedingung steht, dass der Beschenkte ihn - den Erblasser als Schenkendem – überlebt. Es besteht dann zu Lebzeiten des Schenkers kein Anspruch des Beschenkten auf Übereignung, eine gesicherte Rechtsposition oder ein Anwartschaftsrecht erlangt der Beschenkte aus dem Versprechen nicht (Münchener Kommentar/Musielak, a.a.O., § 2301 Rn. 14). Ein Anspruch entsteht erst mit dem Erbfall und nur dann, wenn der Beschenkte diesen Zeitpunkt erlebt. Handelt es sich bei dem zugewandten Gegenstand um einen Einzelgegenstand, wird die Zuwendung als Vermächtnis behandelt und ist gemäß § 2147 BGB vom Erben zu erfüllen (BeckOGK/Gomille, BGB, Stand: 1. Oktober 2019, § 2301 Rn. 45; Palandt-Weidlich, a.a.O., § 2301 Rn. 7). Der Anspruch aus einem solchen Schenkungsversprechen unter Überlebensbedingung ist zu Lebzeiten des Schenkers nach überwiegend vertretener Auffassung nicht vormerkbar (BayObLG, a.a.O.; OLG Hamm, a.a.O.; Staudinger/Kesseler, a.a.O., § 883 Rn. 83; Ermann/Artz, BGB, 15. Aufl. 2017, § 883 Rn. 20, 20a; a.A.: Münchener Kommentar/Kohler, a.a.O., § 883 Rn. 33, der ohne nähere Begründung die Vormerkungsfähigkeit des Anspruchs 17

aus § 2301 Abs. 1 BGB bejaht; dagegen verneint Kohler in Rn. 32 die Vormerkungsfähigkeit eines Vermächtnisanspruchs). Von der herrschenden Auffassung abzuweichen, sieht der Senat keinen Anlass.

Nach Maßgabe der vorstehenden Grundsätze kommt die Eintragung der von den Beteiligten bewilligten Vormerkungen für die vereinbarten Übertragungsansprüche wegen der von ihnen vereinbarten Überlebensbedingung, bis zu deren Eintritt die Übertragungsansprüche aufgeschoben sein sollen, nicht in Betracht. Bei den zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen handelt es sich um gegenseitige Zuwendungsversprechen auf den Todesfall im Sinne von § 2301 BGB. 18

Ob sich ein Rechtsgeschäft als Schenkungsversprechen von Todes wegen gemäß § 2301 Abs. 1 Satz 1 BGB erweist, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Auch dann, wenn eine Überlebensbedingung vereinbart ist, kommt neben dem Verständnis der Vereinbarungen als Schenkungsversprechen von Todes wegen auch ein Schenkungsversprechen unter Lebenden in Betracht; auf letzteres finden die Vorschriften der §§ 516 ff. BGB Anwendung. Entscheidend für die Ermittlung des von den Parteien Gewollten ist der durch Auslegung gemäß § 133 BGB zu ermittelnde individuelle Wille der Beteiligten (vgl. OLG Hamm, a.a.O.). 19

Die Auslegung der hier zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen führt zur Anwendung von § 2301 Abs. 1 Satz 1 BGB. 20

Unzweifelhaft haben die Beteiligten eine Überlebensbedingung vereinbart, denn die Übertragung des jeweiligen Eigentumsanteils auf den jeweils anderen Beteiligten soll unter der aufschiebenden Bedingung stehen, dass der Erwerber den Übertragenden überlebt. Diese Bedingung haben die Beteiligten in der notariellen Urkunde vom 15. Oktober 2019 auch ausdrücklich als „echte Überlebensbedingung“ bezeichnet. 21

Entgegen der von den Beteiligten unter Bezugnahme auf Krauß (Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 283) vertretenen Auffassung handelt es sich bei der vereinbarten Pflicht zur Übertragung ihres Miteigentumsanteils auf den jeweils anderen um Schenkungsversprechen, nämlich um unentgeltliche Zuwendungen von Grundeigentum. Ohne Relevanz ist insofern, dass die Schenkungsversprechen jeweils wechselseitig abgegeben worden sind. In dem Moment nämlich, in dem einer der Beteiligten stirbt und die Bedingung für das von ihm erteilte Übertragungsversprechen eintritt, kann er aus der mit dem anderen Beteiligten geschlossenen Vereinbarung denknötwendig (mangels Erlebens) keine Zuwendung mehr erhalten. Es liegt vielmehr in der Natur der Sache, dass nur eines der beiden Schenkungsversprechen zum Tragen kommen kann. Für jeden der Beteiligten besteht aufgrund der getroffenen Vereinbarungen lediglich die Chance, im Falle des eigenen Überlebens den anderen Miteigentumsanteil zu erlangen, ohne hierfür ein Entgelt oder eine andere Gegenleistung an den Zuerstversterbenden erbringen zu müssen. Eine im Rechtssinn beachtliche Gegenleistung, infolge derer das Geschäft als entgeltlich zu bewerten sein könnte, ist das nicht. Im übrigen gilt, dass die Parteien eines Vertrages allein durch ihre Wortwahl – hier die Bezeichnung der Vereinbarung als entgeltliches Zuwendungsversprechen und die Vereinbarung als Vermögensnachfolge außerhalb der Formen des Erbrechts – nicht die rechtliche Bewertung vertraglicher Vereinbarungen vorgeben können. Entscheidend ist vielmehr der durch Auslegung ermittelte übereinstimmende Wille der Parteien; insbesondere ist Zweck der Regelung des § 2301 BGB die Vermeidung einer Umgehung zwingender erbrechtlicher Vorschriften (Palandt-Weidlich, a.a.O., § 2301 Rn. 2; bei der von Krauß, a.a.O., vertretenen Auffassung handelt es sich - soweit ersichtlich - um eine Einzelmeinung, auch Krauß verweist in Rn. 284 und 294 darauf, dass die Frage der Entgeltlichkeit eines gegenseitigen Zuwendungsversprechens auf den Todesfall bislang in der Rechtsprechung nicht geklärt sei). 22

Zu vergegenwärtigen bleibt, und auch das rechtfertigt die Anwendung von § 2301 BGB, dass die Pflicht zur Übertragung des Miteigentumsanteils nicht von dem jeweils verpflichteten Beteiligten, sondern von dessen Erben zu erfüllen sein wird. Es handelt sich nicht um eine schon in der Person des Schenkenden begründete Verpflichtung, deren Fälligkeit nur auf seinen Tod aufgeschoben ist (Schenkung unter Lebenden), sondern um eine Erbfallschuld, die erst mit dem Erbfall als eigene Schuld in der Person des Erben entsteht. So haben die Beteiligten in der notariellen Urkunde vom 15. Oktober 2019 lediglich die Pflicht zur Übertragung vereinbart und das Überleben des Erwerbers ausdrücklich als „aufschiebende Bedingung“ bezeichnet. Mit anderen Worten soll die schuldrechtliche Pflicht zur Übertragung aufschiebend bedingt auf den Tod des Übertragenden sein. Einen Übertragungsanspruch, der erst mit dem Tod eines der Beteiligten fällig wird, haben sie hingegen nicht formuliert. 23

Erweisen sich somit im Ergebnis die vereinbarten Pflichten eines jeden Beteiligten zur Übertragung seines Miteigentumsanteils an den jeweils anderen Beteiligten als Schenkungsversprechen von Todes wegen, die dem Anwendungsbereich von § 2301 Abs. 1 Satz 1 BGB unterfallen, und begründet die Vereinbarung vom 15. Oktober 2019 Pflichten, die erst mit dem Erbfall entstehen, sind diese Ansprüche nicht durch Vormerkungen sicherbar, denn es fehlt die erforderliche Identität zwischen den derzeitigen Eigentümern – die Beteiligten – des jeweils betroffenen Grundbesitzes und den (späteren) Schuldner – die Erben der Beteiligten – der Ansprüche auf Übertragung des jeweiligen Grundbesitzes. 24

Hindert demnach schon die zwischen den Beteiligten vereinbarte Überlebensbedingung im Sinne von § 2301 BGB die Eintragung der Vormerkungen, kann es offen bleiben, welche Konsequenzen sich aus dem weiter vereinbarten Rücktrittsrecht als auflösender Bedingung für die Übertragungsverpflichtungen für die Frage der Vormerkungsfähigkeit der Ansprüche ergeben. Ob es sich insofern um eine im Rahmen von § 883 BGB zulässige Zufalls- oder Potestativbedingung oder um eine einer Vormerkung entgegenstehende, dem Schuldner eingeräumte Wollensbedingung handelt (vgl. zu den verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten einer 25

Bedingung: Münchener Kommentar/Kohler, a.a.O., § 883 Rn. 26 m.w.N.), bedarf hier keiner Entscheidung.

<b>III.</b>	26
Eine Kostenentscheidung ist entbehrlich. Dass die Beteiligten die Kosten ihres erfolglos gebliebenen Rechtsmittels zur tragen haben, ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung in §§ 25 Abs. 1, 22 Abs. 1 GNotKG.	27
Die Wertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 61, 36 Abs. 1 GNotKG. Ausgegangen ist der Senat zunächst vom Wert der verfahrensgegenständlichen Wohnung und hat sich dabei an dem mit 42.000,- € bezifferten Verkehrswert orientiert, der im Rahmen der Zwangsversteigerung der Wohnung im Jahr 2007 festgesetzt wurde. Mit Blick auf die zwischenzeitliche Preisentwicklung auf dem Immobilienmarkt hat der Senat den Wert des Grundbesitzes mit 60.000,- € veranschlagt und das wirtschaftliche Interesse der Beteiligten an der Eintragung der Vormerkungen mit 10.000,- € je Vormerkung bemessen.	28
Anlass, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, besteht nicht, § 78 Abs. 2 Satz 1 GBO.	29

