

Der Schutz des Nacherben bei der Veräußerung von
Grundstücken aus dem Nachlass

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Würde
eines doctor iuris
der Juristischen Fakultät
der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität
Würzburg

vorgelegt von:

Franziska Renner

aus Kempten

2005

Erstgutachter:

Prof. Dr. Frank Weiß

Tag der mündlichen Prüfung:

6. Dezember 2006

Meinen Eltern

Gliederung

A. Einleitung	1
I. Vor- und Nacherbschaft.....	1
II. Geschichtlicher Überblick	1
B. Hauptteil	13
I. Der Inhalt der gesetzlichen Regelung.....	13
1. §§ 2113 I, 2111 I BGB	13
a. Das Außenverhältnis - § 2113 I und II BGB	14
aa. Die Verfügungsbeschränkungen.....	14
bb. Die Surrogation des § 2111 I 1 BGB	15
b. Der gutgläubige Erwerb nach §§ 2113 III, 892 I 2 BGB	16
c. Das Innenverhältnis	17
aa. Grundgedanke	17
bb. Bedeutung des § 2125 II BGB	17
(1) Verhältnis von § 2125 II BGB zu § 2111 II BGB	18
(2) Prozessuale Durchsetzung	19
2. Nacherbenschutz außerhalb des § 2113 I BGB.....	20
II. Probleme bei den Verfügungsgegenständen.....	20
1. Die Bewilligung einer Vormerkung.....	21
2. Grundstücke als Bestandteile eines Gesamthandsvermögens.....	22
a. Keine direkte Anwendung des § 2113 I BGB	24
b. Analoge Anwendung des § 2113 I BGB	24
aa. Argumente für eine analoge Anwendung des § 2113 I BGB	24
bb. Entwicklung in der Rechtsprechung	27
cc. Argumente gegen eine analoge Anwendung des § 2113 I BGB	33
(1) Bereits bekannte Argumente aus der Rechtsprechung	33
(2) Weitere Argumente der Literatur	37
c. Rechtliche Sonderung der Anteile an den Einzelgegenständen	41
aa. Der Ansatzpunkt	41
bb. Durch Tod endende Gütergemeinschaft als Sonderfall.....	42

II

(1) Der überlebende Ehegatte als Vollerbe	42
(2) Der überlebende Ehegatte als Vorerbe	43
(3) Bewertung.....	46
d. Differenzierung nach Gesamthandstypen	47
aa. Gesamthandsgesellschaften	48
(1) Besonderheiten	49
(2) Kritik.....	50
(3) Ergebnis	50
bb. Eheliche Gütergemeinschaften.....	51
(1) Besonderheiten	51
(2) Kritik.....	53
cc. Erbengemeinschaften.....	54
(1) Besonderheiten	54
(2) Kritik.....	55
dd. Bewertung	56
e. Zwischenergebnis	56
f. Möglichkeit eines Nacherbenvermerks gemäß § 51 GBO	57
aa. Folgerichtige Lösungen	57
bb. Abweichende Lösung	58
cc. Bewertung.....	60
III. Der Nacherbenvermerk im Grundbuch	62
1. Grundsätzliches zum Nacherbenvermerk.....	63
a. Namentliche Bezeichnung des Nacherben	63
b. Eintragung von Amts wegen	65
c. Ort der Eintragung	65
d. Verfahrenserleichterungsvorschrift.....	66
e. Die isolierte Eintragung.....	69
2. Das Rangverhältnis im weiteren Sinne	71
a. Materielles Rangverhältnis nach § 879 BGB	71
aa. Rangverhältnis besteht.....	72
bb. Kein Rangverhältnis	73
cc. Bewertung	74
b. Das formelle Rangverhältnis und der Wirksamkeitsvermerk	75

III

3. Zeitpunkt der Eintragung des Nacherbenvermerks	82
4. Konsequenzen des Nacherbenvermerks im Nacherbfall.....	83
5. Der Verzicht auf die Eintragung des Nacherbenvermerks.....	84
a. Verzichtbarkeit	85
b. Keine Verzichtsmöglichkeit.....	86
c. Bewertung.....	88
d. Verzichtserklärung durch den Testamentsvollstrecker	88
6. Die Löschung des Nacherbenvermerks.....	89
a. Löschungsmöglichkeit allein durch die Bewilligung des Nacherben	89
b. Löschung aufgrund Grundbuchunrichtigkeit	89
aa. Ausscheiden des Grundstücks aus dem Nachlass.....	90
(1) Zustimmung des Nacherben	90
(2) Entgeltliche Verfügung des befreiten Vorerben.....	90
bb. Auseinandersetzung	92
cc. Eintritt des Nacherbfalls ausgeschlossen.....	93
dd. Bedingungseintritt	93
ee. Zeitablauf.....	94
c. Die Löschung nach Eintritt des Nacherbfalls.....	94
d. Anhörungsrecht des Nacherben	95
7. Die Löschung eines von der Nacherbfolge betroffenen Rechts.....	97
a. Formelle Zustimmungserklärung des Nacherben erforderlich.....	98
b. Bedingter Lösungsvermerk	99
c. Bewertung.....	100
8. Rechtsbehelfe des Nacherben bei Nichteintragung des Nacherbenvermerks	100
a. Vor der Eintragung des Vorerben	100
aa. Kein Antragsrecht des Nacherben	102
bb. Antragsrecht des Nacherben besteht	103
cc. Bewertung.....	103
b. Vor einer Verfügung durch den eingetragenen Vorerben.....	105
c. Nach einer Verfügung durch den eingetragenen Vorerben.....	105
d. Nach Eintritt des Nacherbfalls	106
9. Der Nacherbenvermerk im Erbschein	108
IV. Der Verzicht auf das Nacherbenrecht	109

1. Dogmatische Konstruktion.....	109
2. Analoge Anwendung des § 2033 BGB	111
3. Folgen für den Erbschein nach Eintritt des Nacherbfalls.....	112
a. Erwerber in Erbschein aufnehmen	112
b. Ursprünglichen Nacherben in Erbschein aufnehmen.....	113
V. Der Nachnacherbe	113
VI. Der Ersatznacherbe	114
1. Die rechtliche Stellung des Ersatznacherben	114
2. Der Ersatznacherbenvermerk	116
3. Die Zustimmung bezüglich des Verzichts auf das Nacherbenrecht.....	117
a. Keine Zustimmung erforderlich	117
b. Zustimmung erforderlich.....	117
c. Bewertung.....	118
VII. Die Beeinträchtigung des Nacherben	119
1. Die Verfügung aufgrund einer vom Erblasser eingegangenen Verpflichtung.....	119
a. Keine Zustimmung erforderlich	119
b. Zustimmung erforderlich.....	121
c. Ergebnis.....	122
2. Die Verfügung über ein Grundstück zur Erfüllung einer Teilungsanordnung	122
3. Nacherbschaft an durch Erfüllung einer Teilungsanordnung erlangten Grundstücken	123
4. Vorzeitige Erfüllung einer Teilungsanordnung	126
5. Zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderliche Verfügung.....	127
a. Der Begriff der „ordnungsgemäßen Verwaltung“	128
b. Wirkung des § 2120 BGB	129
aa. Zustimmung zur endgültigen Wirksamkeit erforderlich	130
bb. Zustimmung nicht zur endgültigen Wirksamkeit erforderlich.....	131
cc. Bewertung.....	133
c. Erlangung der Zustimmungserklärung des Nacherben	134
VIII. Der Eigenerwerb des Vorerben	135
1. Das Insichgeschäft des Vorerben	135
2. Übertragung des Anwartschaftsrechts.....	136
3. Doppelübereignung	136
4. Bloße Zustimmung des Nacherben	137

5. Eigene Bewertung	137
IX. Schadensersatzansprüche des Nacherben	138
1. Spezielle Anspruchsgrundlagen für den Nacherben	138
2. Der deliktische Nacherbenschutz	139
a. Anwendbarkeit des § 823 I BGB.....	139
b. Rechtsgutsverletzung	140
aa. Anwartschaftsrecht an den einzelnen Grundstücken.....	140
bb. Anwartschaftsrecht bezüglich der Erbschaft als Gesamtheit.....	141
cc. Folgen für die Rechtsgutsverletzung	143
3. Ergebnis.....	143
X. Zivilprozessuales und Fragen der freiwilligen Gerichtsbarkeit	143
1. Die Feststellungsklage des Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalls	143
a. Rechtsverhältnis	144
b. Gegenwärtigkeit des Rechtsverhältnisses	144
c. Feststellungsinteresse	146
d. Ergebnis.....	147
2. Die Feststellungsklage des Vorerben	147
3. Möglichkeit einer Arrestvollziehung nach §§ 916 ff. ZPO.....	148
a. Abgrenzung zu § 2128 BGB	148
b. Der nicht befreite Vorerbe	149
c. Befreiter Vorerbe.....	149
d. Ergebnis.....	150
4. Die Zwangsvollstreckung gegen den Vorerben	150
5. Die Rechtskrafterstreckung gemäß § 326 ZPO.....	152
6. Die Bestellung eines Pflegers für den unbekanntem Nacherben	152
a. Sinn und Zweck des § 1913 BGB	153
b. Die Abgrenzung zur Nachlasspflegschaft.....	153
c. Die Abgrenzung zum Nacherbenvollstrecker	154
d. Zuständigkeit.....	154
e. Die Unbekanntheit des Nacherben	155
aa. Namentliche Bezeichnung des Nacherben	156
bb. Objektive Sichtweise.....	156
cc. Wille des Erblassers.....	159

dd. Eigene Bewertung	161
f. Der Pfleger bei Vorhandensein von bekannten und unbekanntem Nacherben.....	162
g. Das Fürsorgebedürfnis	163
h. Die Auswahl des Pflegers und das Verhältnis zur elterlichen Fürsorge	163
i. Das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung	165
j. Praktische Probleme.....	166
7. Der minderjährige Nacherbe	167
a. Ausschluss von der Vertretung entsprechend § 181 BGB	168
b. Kein Ausschluss nach § 181 BGB	168
c. Sonderfall	169
d. Ergebnis.....	170
XI. Die Rückabwicklung nach Eintritt des Nacherbfalls	171
1. Frühere Auffassung	171
2. Heutiger Standpunkt.....	173
3. Gegenrechte.....	173
a. Gezahlter Kaufpreis.....	174
b. Verwendungen	175
c. Ergebnis.....	176
4. Grundbuchrechtliche Verwirklichung.....	176
C. Schluss.....	177

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, Wien 1814
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
Alt.....	Alternative
Anm.....	Anmerkung
Art.....	Artikel
BayObLG.....	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Bayerisches Oberstes Landesgericht, Entscheidungssammlung in Zivilsachen
Beil.	Beilage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ.....	Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIGBW	Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht
BVerfG.....	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
D.....	Digesten
DB	Der Betrieb
DFG	Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit
d.h.	das heißt
DNotZ.....	Deutsche Notar-Zeitschrift
Einf v §	Einführung vor §
ErbbauVO	Verordnung über das Erbbaurecht
f.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	fortfolgende
FGG	Reichsgesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit
GBO	Grundbuchordnung
GBV	Grundbuchverfügung
Gemein Landrecht	Des Herzogthums Württemberg erneuert Gemein Landrecht Stuttgart 1814 (Theil, Titel)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
HGB	Handelsgesetzbuch

HK-BGB	Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HRP	Handbuch der Rechtspraxis
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr, Nr.)
Hs.	Halbsatz
InsO	Insolvenzordnung
Instit.	Institutionen des Gaius
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
Jhdt.	Jahrhundert
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht Kommanditgesellschaft
LG	Landgericht
lit.	litera
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Motive	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band IV 1888, Band V 1896
MüKo	Münchener Kommentar
Nachf.	Nachfolge
n. Chr.	nach Christus
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report Zivilsachen
Nr.	Nummer
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidung des Oberlandesgerichts
PfälzOLG	Pfälzisches Oberlandesgericht
PrivatR	Privatrecht
Protokolle	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1899
RGE	Reichsgericht-Rechtsprechung, amtliche Sammlung
RGRK	Reichsgerichtskommentar
RG Warn.	Rechtsprechung des Reichsgerichts, herausgegeben von Warneyer, Band und Nummer
RGZ	Reichsgericht-Rechtsprechung in Zivilsachen
RN	Randnummer
röm.	römisch
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger

RPfIG	Rechtspflegergesetz
S. (Gesetz).....	Satz
S. (Zahl)	Seite
St.	Sankt
Th.	<i>Theil</i>
Tit.	Titel
Überbl v §	Überblick vor §
Univ.	Universität
v.	von
v. Chr.	vor Christus
vgl.	vergleiche
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen
z.B.	zum Beispiel
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz

A. Einleitung

I. Vor- und Nacherbschaft

Die Paragraphen 2100 ff. BGB regeln das Institut der Vor- und Nacherbschaft. Das Besondere ist, dass sowohl der Vor- als auch der Nacherbe Erbe des Erblassers ist, jeweils nur auf Zeit, §§ 2100, 2139 BGB. Der Nacherbe beerbt also nicht etwa den Vorerben, sondern direkt den Erblasser. Der Vorerbe ist Rechtsträger sowohl seines Eigenvermögens als auch des Nachlassvermögens. Zum Schutz des Nacherben bildet der Nachlass allerdings ein Sondervermögen, für das - im Unterschied zu seinem Eigenvermögen - die §§ 2111 ff. BGB als abweichende Regelungen gelten.¹ Beim Eintritt des Nacherbfalls findet ein Vonselbsterwerb statt, § 2139 BGB. Bis dahin steht dem Nacherben ein Anwartschaftsrecht zu, da seine Position nicht ohne seine Mitwirkung zerstört werden kann. Der Erblasser hat so die Möglichkeit, über lange Zeit hin sein Vermögen zu lenken.²

Die vorliegende Arbeit soll den Schutz des Nacherben bei der Veräußerung von Grundstücken aus dem Nachlass sowohl in materieller Hinsicht als auch im grundbuchrechtlichen Verfahren, sowie die damit zusammenhängenden Fragestellungen darstellen.

II. Geschichtlicher Überblick

Da das römische Recht die Grundlage für die gesamte europäische Rechtsentwicklung bis in die heutige Zeit darstellt, und die heutigen Regelungen des BGB ohne die Beschäftigung mit den Überlieferungen aus der Vor- und Hochklassik nicht verständlich sind, soll zunächst ein Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Vor- und Nacherbschaft erfolgen.

Die Konstruktion der Vor- und Nacherbschaft entspringt einem gesellschaftlichen Bedürfnis nach Lenkung des Nachlasses über längere Zeit,

¹ Lange, Kuchinke, Erbrecht, S. 543.

² Lange, Kuchinke, Erbrecht, S. 534.

das schon in der Zeit von Kaiser Justinian (527 – 565 n. Chr.) auftrat.³ Dazu war nötig, dass die Erbschaft nacheinander verschiedenen Erben zustehen kann. Dem stand aber folgender Rechtssatz des römischen Rechts entgegen: „*semel heres semper heres*“, das heißt: „Einmal Erbe immer Erbe“.⁴ Dieser Rechtssatz findet sich sinngemäß in den Digesten,⁵ und wurde dem von Gaius verfassten Buch „*libro singulari de casibus*“ entnommen: „*Den eingesetzten extraneus heres dagegen kann man so nicht substituieren, daß, wenn er Erbe geworden oder innerhalb irgend eines Zeitraums gestorben wäre, ein Anderer sein Erbe sein solle, sondern hier ist uns nur gestattet, ihn fideikommissarisch entweder zur gänzlichen oder theilweisen Restitution unserer Erbschaft zu verpflichten.*“ Es war keine Möglichkeit vorgesehen, die Erbeinsetzung an einen Termin oder an eine auflösende Bedingung zu knüpfen.⁶ Nach damaliger Auffassung war es also denkgesetzlich unmöglich, dass eine Person, die einmal Erbe geworden war, diese Stellung wieder verlor und ein anderer an seine Stelle trat.⁷ Lediglich die Einsetzung eines Ersatzerben für den Fall, dass der eingesetzte Erbe gerade nicht Erbe wird, war bekannt.⁸ Der obige Rechtssatz war eine bereits vorklassische Rechtsregel. Er war in den Institutionen des Gaius, einem Lehrbuch aus dem 2. Jhdt. n.Chr., niedergeschrieben.⁹ Der Rechtssatz erlangte mit den von Justinian zusammengestellten Digesten, in denen er ebenfalls niedergeschrieben wurde, am 30.12.533 n.Chr. für die folgende Zeit formelle Gesetzeskraft.¹⁰

So wurde spätestens beim Wechsel der Vor- in die Frühklassik nach einer Möglichkeit gesucht, mit der obiger Rechtssatz aus dem frühen Zivilrecht, zumindest formal, aufrechterhalten werden konnte und gleichzeitig dem Wunsch der Bevölkerung nach Einsetzung mehrerer zeitlich

³ Meischeider, letztwillige Verfügungen, S. 217.

⁴ Liebs, Lateinische Rechtsregeln, S. 214 Nr.15.

⁵ D. 28, 5, 89 (88) a.E.

⁶ Sohm, röm. PrivatR, S. 598.

⁷ Lange, Kuchinke, Erbrecht, S. 531.

⁸ Gaianische Institutionen, zweiter Commentar § 174; Sohm, röm. PrivatR, S. 599.

⁹ Nelson, Gai Institutiones, S. 46.

¹⁰ Haimberger, reines röm. Privat-Recht, I. Theil, S. 25.

aufeinanderfolgender Erben entsprochen werden konnte. Als passende rechtliche Ausgangsform erwies sich hierzu das *fideicommissum hereditatis*. Der Erbe konnte durch den Erblasser dazu verpflichtet werden, die Erbschaft an einen Dritten, den Fideikommissar, zu übertragen.¹¹ Nach der Bedeutung der Stämme dieses Wortes (*fidei alicuius committere, der Treue eines anderen anvertrauen*) bestand ursprünglich nur eine sittliche Verpflichtung, der Bitte des Erblassers, die Erbschaft an einen Dritten herauszugeben, nachzukommen. So hatte nach dem frühen Zivilrecht (der ersten Kodifizierung des römischen Rechts, dem Zwölftafelrecht aus dem Jahr 451/450 v. Chr.¹²), das Fideikommiss keinerlei rechtliche Wirkung. Es wurde also keine rechtliche Verbindlichkeit begründet, sondern die Erfüllung der Bitte dem Ehrgefühl des Fideikommissars überlassen und lediglich eine sittliche Verpflichtung begründet.¹³ So heißt es noch in den Institutionen:¹⁴ „*Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat*“, übersetzt: „*Man kann als bekannt annehmen, daß alle Fideikommisse in der ersten Zeit keine rechtliche Wirksamkeit hatten.*“ und „*quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant.*“, übersetzt: „*...so vertraute man die Erfüllung dieses Wunsches der Redlichkeit derer an, die aus einem Testament etwas erhalten konnten.*“ Im Laufe der späteren Entwicklung, erstmals von Augustus, wurde das *fideicommissum* als klagbares Recht anerkannt, indem das Fideikommiss von Vermögensgegenständen mittels einer persönlichen Klage durchsetzbar wurde.¹⁵ In den Institutionen¹⁶ kommt dies wie folgt zum Ausdruck: „*In späterer Zeit hat dann zuerst der verewigte Augustus...den Konsuln die Aufgabe zugewiesen, kraft ihrer Amtsgewalt zu entscheiden,*“ wobei ein

¹¹ Kipp, Coing, Erbrecht, S. 274.

¹² Scharr, röm. Privatrecht, S. 18.

¹³ Haimberger, reines röm. Privat-Recht, III. Theil, S. 163; Hausmaninger, Selb, röm. Privatrecht, S. 362, 363.

¹⁴ Instit. 2, 23, 1; Scharr, röm. Privatrecht, S. 809.

¹⁵ Hausmaninger, Selb, röm. PrivatR, S. 477.

¹⁶ Instit. 2, 23, 1; Scharr, röm. Privatrecht, S. 809.

„besonderer Prätor gewählt wurde, der bei Fideikommissen Recht sprach“ (*praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret*). Mit diesem Schritt hatte sich das *fideicommissum* zu einem **Rechtsinstitut** gewandelt.¹⁷ Da zum Beispiel die testamentarische Anordnung: „Titius soll Erbe werden. Wenn Titius gestorben ist, soll Seius Erbe sein“ –wie oben ausgeführt- nicht möglich war, konnte lediglich angeordnet werden: „Wenn Titius gestorben ist, will ich, dass mein Nachlass an Seius fällt.“¹⁸ Als mögliche testamentarische Anordnung eines solchen Fideikommisses findet sich in den Institutionen¹⁹ folgende Formulierung: „*Lucius Titius heres esto. Rogo te, Luci Titi, ut, cum primum possis hereditatem meam adire, eam Gaius Seio reddas restituas*“, übersetzt: „Lucius Titius soll Erbe sein. Ich fordere dich auf, Lucius Titius, dass du meine Erbschaft, sobald du sie antreten kannst, dem Gaius Seius herausgibst, restituierst.“²⁰ Der so belastete Erbe musste dem Dritten die Erbschaft wie bei einem Erbschaftsverkauf durch einen Übertragungsakt (*mancipatio nummo uno*) verschaffen. Bei dieser Vorgehensweise erhielt der Fideikommissar die Rechte des Erblassers folglich nicht im Wege der sonst im Erbrecht geltenden Universalsukzession. Vielmehr musste die Übertragung durch den Erben an den Fideikommissar im Wege von mehreren Einzelverfügungen, also im Wege der bloßen Singularsukzession, erfolgen.²¹ Der ursprüngliche Erbe übertrug also durch einzelne Rechtsgeschäfte die Gegenstände der Erbschaft auf den Fideikommissar, behielt jedoch selbst die Stellung des Erben: „*Restituta autem hereditate is quidem qui restituit nihilo minus heres permanet*.“²² übersetzt: „*Nach der Restitution der Erbschaft bleibt aber derjenige, welcher restituirt hat, nichts desto weniger fortwährend Erbe*.“²³ Folglich blieb er als Erbe auch nach der Einzelübertragung Schuldner bezüglich der Nachlassschulden. Dieser Missstand wurde durch eine

¹⁷ Voigt, röm. Rechtsgeschichte, S. 822.

¹⁸ Hausmaninger, Selb, röm. Privatrecht, S. 478.

¹⁹ Instit. 2, 23, 2.

²⁰ Scharr, röm. Privatrecht, S. 811.

²¹ Sohm, röm. PrivatR, S. 742.

²² Instit. 2, 23, 3.

²³ Gaianische Institutionen, zweiter Commentar, § 251.

schuldrechtliche Verpflichtung des Fideikommissars beseitigt: *„der Erbe stipulierte von demjenigen, welchem die Erbschaft restituirt wurde, daß er für alles, wozu er auf Grund seiner Erbenqualität verurtheilt gewesen wäre,....,schadlos gehalten würde;“*²⁴ Dies bedeutet, dass der Dritte, der die Erbschaft erhielt, sich verpflichtete, im Gegenzug zu dem Erhalt der Nachlassgegenstände den Erben bezüglich der Erbschaftsschulden schadlos zu halten.²⁵ Kennzeichnend für diesen Entwicklungsschritt, der an den damals bekannten Erbschafts Kauf anknüpfte, war, dass die Person, die Erbe war, diese Stellung rechtlich auch behielt. Lediglich durch schuldrechtliche Ausgleichsansprüche im Innenverhältnis wurde das erwünschte Ergebnis faktisch erreicht. Da der Erbe den Gläubigern im Außenverhältnis aber weiter haftete, trug der Erbe allerdings das Insolvenzrisiko bezüglich des Fideikommissars. Er musste dann die Schulden gegenüber den Gläubigern begleichen, während seine Ansprüche gegen den Fideikommissar im schlimmsten Fall wertlos waren. Aus diesem Grund schlugen Erben, die mit einem Fideikommiss belastet waren, häufig die Erbschaft aus, wodurch auch der Erwerb durch den Fideikommissar hinfällig wurde.²⁶

Diesem Missstand sollte in der Folgezeit (die Zeitangaben variieren zwischen 62 n. Chr.²⁷ und 56/57 n. Chr.²⁸) unter der Herrschaft Neros das *senatus consultum Trebellianum* abhelfen.²⁹ Hiermit wurde beschlossen, dass *„im Falle der Erbschaftsrestitution auf Grund eines Fideikommisses die civilrechtlich dem Erben und gegen den Erben zustehenden Klagen demjenigen und gegen denjenigen gegeben werden sollten, welchem auf Grund des Fideikommisses die Erbschaft restituirt wäre.“*³⁰ Danach gingen also Aktiva und Passiva der Erbschaft durch Herausgabe des Nachlasses an den Fideikommissar auf diesen

²⁴ Gaianische Institutionen, zweiter Commentar, § 252.

²⁵ Hausmaninger, Selb, röm. PrivatR, S. 479.

²⁶ Hausmaninger, Selb, röm. PrivatR, S. 479.

²⁷ Sohm, röm. PrivatR, S. 742.

²⁸ Scharr, röm. Privatrecht, S. 34; Hausmaninger, Selb, röm. PrivatR, S. 479.

²⁹ Honsell, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, S. 501; Haimberger, reines röm. Privat-Recht, III. Theil, S. 169; Sohm, röm. PrivatR, S. 742.

³⁰ Gaianische Institutionen, zweiter Commentar, § 253.

über.³¹ Das Fideikommiss konnte aber auch durch „*die Erklärung des directen Erben, daß er die Erbschaft übergeben wolle,*“ vollzogen werden „*worauf der Fideicommissar in alle Rechte des Erben tritt, ohne daß eine Übergabe der Erbschaftssachen nothwendig ist.*“³² Damit war der Schritt zur Universalsukzession bei dem Dritten, der die Erbschaft nach dem Erben erhalten sollte, vollzogen. Der Fideikommissar wurde selbst vollwertiger Erbe, war also selbst Berechtigter und auch Verpflichteter aus dem Nachlass, während der ursprüngliche Erbe sowohl die Aktivlegitimation als auch die Passivlegitimation bezüglich des Nachlasses verlor. Hiermit hatte sich eine neue Möglichkeit der Erbeinsetzung entwickelt.³³ Die Tatsache, dass nun auch die Schulden auf den Fideikommissar im Zuge der Universalsukzession übergehen, zeigt den Unterschied zu dem Empfänger eines bloßen Vermächtnisses.

75 n. Chr. wurde dieses Ergebnis durch das *senatus consultum Pegasianum* durch Kaiser *Vespasian* modifiziert. Da immer noch eine Vielzahl von Erben bei Vorliegen einer Anordnung des Universalfideikommisses „*den Erbschaftsantritt wegen gänzlichen Mangels an Gewinn oder wegen eines nur ganz unbedeutenden Gewinnes verweigerten*“³⁴, sollte dem ursprünglichen Erben ein Viertel der Erbschaft (*Quarta Falcidia*) verbleiben:³⁵ „*ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere*“.³⁶ Diese Entwicklung stellte allerdings einen Rückschritt dar, da nach Abzug der fiduziarischen Quart die restlichen Gegenstände der Erbschaft nun wieder im Wege der Singularsukzession übertragen werden mussten.³⁷ Eine Weiterentwicklung fand insofern statt, dass der eingesetzte Erbe „*nach Verlangen desjenigen, dem er zu restituieren aufgefordert ist, auf Geheiß des*

³¹ Sohm, röm. PrivatR, S. 741, 742.

³² Haimberger, reines röm.Privat-Recht, III. Theil, S. 166,167.

³³ Sohm, röm. PrivatR. S. 743.

³⁴ Instit. 2, 23, 5; Gaianische Institutionen, zweiter Commentar, § 254.

³⁵ Hausmaninger, Selb, röm. PrivatR, S. 479; Haimberger, reines röm. Privat-Recht, III. Theil, S. 169; Sohm, röm. PrivatR, S. 743.

³⁶ Instit. 2, 23, 5.

³⁷ Gaianische Institutionen, zweiter Commentar, § 257; Sohm, röm. PrivatR, S. 743.

*Prätors antreten und restituieren soll...*³⁸ Der Universalfideikommissar hatte folglich das Recht, den Antritt der Erbschaft durch den ursprünglichen Erben, den *heres fiduciarius*, zu erzwingen.³⁹ Der Fideikommissar hatte „eine persönliche Klage aus dem Testamente gegen den Fiduciar,“ also gegen den eingesetzten Erben, „damit dieser die Erbschaft antrete...“⁴⁰ In diesem Fall wurde dann keine Quart abgezogen und die Übertragung der Aktiva und Passiva der Erbschaft erfolgte durch Universalsukzession.

Justinian ordnete schließlich die Verbindung des *senatus consultum Pegasianum* mit dem *senatus consultum Trebellianum* an.⁴¹ Danach hatte der *heres fiduciarius* das Recht der Quart (auch *Quarta Trebellianica* genannt), d.h. er darf also ein Viertel der Erbschaft für sich behalten. Hinsichtlich des Rests von $\frac{3}{4}$ ist der Universalfideikommissar als Erbe zu betrachten, das heißt, dass sowohl die Aktiv- als auch die Passivlegitimation ipso iure zwischen dem ursprünglich eingesetzten Erben und dem Fideikommissar verhältnismäßig geteilt wurde.⁴² Das Recht, den ursprünglichen Erben zum Antritt der Erbschaft zu zwingen, und der damit verbundene Wegfall der Quart blieben erhalten.

Dies bildete den Schlusspunkt der Entwicklung des Fideikommisses im römischen Recht.

Einziges, wenn auch entscheidender Unterschied zur heutigen Nacherbfolge ist, dass der Fideikommissar nur durch eine Erklärung des zunächst als Erben Berufenen und durch die Herausgabe der Erbschaft die Herrschaft über den Nachlass erlangen konnte. Er erwarb nicht direkt vom Erblasser.

Die Konstruktion des Fideikommisses wurde aus dem römischen Recht in der Folgezeit in die landesrechtlichen Privatrechtskodifikationen des Heiligen Römischen Reiches deutscher Nation übernommen.

³⁸ Gaianische Institutionen, zweiter Commentar, § 258.

³⁹ Sohm, röm. PrivatR, S. 743.

⁴⁰ Haimberger, reines röm. Privat-Recht, III. Theil, S. 174.

⁴¹ Instit. 2, 23, 7; Haimberger, reines röm. Privat-Recht, III. Theil, S. 170.

⁴² Sohm, röm. PrivatR, S. 743, 744; Haimberger, reines röm. Privat-Recht, III. Theil, S. 170.

Am Beispiel „Des Herzogthums Württemberg erneuert Gemein Landrecht“ von 1610 soll diese Rezeption veranschaulicht werden:

Im *dritten Theil (Von Testamenten, letzten Willen und dergleichen Geschäften von Todes wegen)* findet sich unter dem Titel XIII, der überschrieben ist mit: „*De fideicommissaria hereditate, und wie ein Testirer seinen eingesetzten Erben bevehlen möge, die Erbschaft einem anderen zuzustellen*“, folgende Regelung:

Nach der Feststellung, dass der *heres fiduciarius* die Erbschaft annimmt, ohne „*Genuß oder Nutz davon zu haben*“, wird bestimmt, dass „*in solchen Fällen der in ganzer Erbschaft oder allein in ettlichen Theilen derselben, et quotis partibus eingesetzte Erb, so die Erbschaft gutwillig und nicht aus Zwang der Oberkeit angetreten, den vierdten Theil der ganzen Erbschafft (nach Bezahlung aller Schulden) behalten möge.*“

Der Verbleib eines Viertels der Erbschaft bei dem *heres fiduciarius* ist somit auch im württembergischen Gemein Landrecht vorgesehen und wird hier auch „*Abziehung des Trebellianischen Viertheils*“ genannt.⁴³

Auch hier findet sich das Recht des Fideikommissars, die Annahme der Erbschaft durch den Erben zu erzwingen: „*Da sich auch begeben würde, daß jemand, dem also ein Erbschafft einem andern zuzustellen bevohlen, die Antretung oder Annemmung derselben auffziehen, oder lang einstellen, oder auch, umb einicherley Ursachen wegen, dieselbig gar nicht annehmen wollte, soll und mag er, auff des Fideikommissarii Begehren, von Unsern Amptleuten und Gerichten (doch gegen eine Kaution oder Schadloßhaltung, die der substituirt Erb den beschwehrten Erben, auff ihr Begehren, zu thun schuldig) zu Annemmung und Wiederzustellung solcher Erbschafft, durch gebürliche Mittel angehalten werden.*“⁴⁴

In § 53 des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794 war ebenfalls eine *fideicommissarische Substitution* vorgesehen:

„Eine fideicommissarische Substituion ist vorhanden, wenn dem zuerst eingesetzten Erben...die Pflicht auferlegt worden, die Erbschaft, oder

⁴³ Gemein Landrecht, 3, 13.

⁴⁴ Gemein Landrecht, 3, 13.

das Vermächtniß, in den bestimmten Fällen, oder unter den angegebenen Bedingungen, einem andern zu überliefern.“

Nachdem die früheren Naturrechtskodifikationen noch die Begriffe des *heres scriptus*, *heres substitutus* und des *heres fiduciarius* gebrauchten, benutzte das österreichische Recht erstmals den Begriff der „Vor- und Nacherbschaft“.⁴⁵ Teilweise allerdings mit noch abweichender Bedeutung.

§ 604 ABGB aus dem Jahre 1811 lautete:

„Jeder Erblasser kann für den Fall, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht erlangt, Einen, und wenn auch dieser sie nicht erlangt, einen zwehten, und im gleichen Falle einen dritten, oder auch noch mehrere **Nacherben** berufen. Diese Anordnung heißt eine gemeine Substitution. Der in der Reihe zunächst Berufene wird Erbe.“

§ 608 ABGB lautete:

„Der Erblasser kann seinen Erben verpflichten, dass er die angetretene Erbschaft nach seinem Tode, oder in anderen bestimmten Fällen, einem zwehten ernannten Erben überlasse. Diese Anordnung wird eine Fideikommissarische Substitution genannt.“

Mit dem Begriff des „Nacherben“ beschreibt § 604 ABGB daher gerade nicht die Vor- und Nacherbschaft im Sinne der §§ 2100 ff. BGB, sondern die Ersatzerbschaft, also den Fall, dass der ursprünglich eingesetzte Erbe gerade zu keinem Zeitpunkt die Erbenstellung erlangt hat. Die der Vor- und Nacherbschaft vorangehende Konstruktion des Fideikommisses ist in § 608 ABGB daneben unter dem Begriff der „Fideikommissarischen Substitution“ geregelt. Die Einführung des Begriffs der Nacherbschaft erfolgte somit unabhängig von der Entwicklung der rechtlichen Konstruktion der Vor- und Nacherbschaft im Sinne der §§ 2100 ff. BGB.

Der Direkterwerb des Nacherben von dem Erblasser ist nach heutigem Recht möglich, da der Rechtssatz „*semel heres semper heres*“ spätestens bei den

⁴⁵ § 604 ABGB; Lange, Kuchinke, Erbrecht, S. 531; Kipp, Coing, Erbrecht, S. 274.

Kodifizierungsberatungen bezüglich des BGB aufgegeben wurde.⁴⁶ Dieser Rechtssatz wurde bis dahin damit begründet, dass es nach den Denkgesetzen ausgeschlossen sei, dass eine Person, die einmal Erbe geworden sei, zu einem späteren Zeitpunkt aufhöre, Erbe zu sein. Bei den Beratungen des BGB wurde der Rechtssatz „*semel heres semper heres*“ nicht mehr anerkannt, da nach den Denkgesetzen nur ausgeschlossen sei, dass zwei Erben neben einander selbständig Erben auf das Ganze sind. Ein Wechsel der Subjekte der Erbschaft sei möglich, soweit eine Vermischung der Vermögensmassen ausgeschlossen sei. Durch die anerkannte Möglichkeit, dass eine Person zwei getrennte Vermögensmassen innehaben kann, war der Rechtssatz „*semel heres semper heres*“ für den BGB-Gesetzgeber nicht mehr denkgesetzlich notwendig.⁴⁷ Die Konstruktion des Universalfideikommissars ist somit im deutschen Recht überflüssig geworden und heute dementsprechend nicht mehr vorhanden.

Als Folge der Aufgabe dieses Rechtssatzes konnte ein direkter Erwerb des Nachlasses durch den Nacherben vom Erblasser erfolgen. Eine Restitution von Seiten des Vorerben sah die 1.Kommission bei den Beratungen des Entwurfes des BGB 1886 nicht mehr als erforderlich an. Die Regelung der Nacherbfolge wurde systematisch bei den Vorschriften zur Erbeinsetzung, nicht bei denen bezüglich des Vermächtnisses verankert.⁴⁸

Die heutige Regelung der Vor- und Nacherbfolge kann somit als „rationalisierte Form des römischen Universalfideikommisses“⁴⁹ bezeichnet werden. Die Stellung des Fideikommissars wurde, wie oben gesehen, immer weiter ausgebaut, bis er annähernd einem Erben gleich stand.

Bei der Aufnahme der Vor- und Nacherbschaft in das BGB wurde die dogmatische Konstruktion diskutiert:⁵⁰ Zur Wahl stand zum einen der obligatorische Anspruch auf Restitution der Erbschaft, mit der Wirkung, dass der Erstberufene auch nach erfolgter Restitution Erbe bleibt, aber durch den

⁴⁶ Meischeider, letztwillige Verfügungen, S. 218.

⁴⁷ Jakobs, Schubert, Beratungen, S.80, 965; Motive, Band V, S. 80.

⁴⁸ Jakobs, Schubert, Beratungen, S.965.

⁴⁹ Kipp, Coing, Erbrecht, S. 274.

⁵⁰ Motive, Band V, S.80.

Nachberufenen aktiv und passiv ausschließlich vertreten wird (*quasi heres, heredis loco*). Hiergegen sprach aber, dass dann die Wirksamkeit der Nachberufung von dem Erwerb des Vormannes abhängig wäre. Ferner schaffe das Stellvertretungsverhältnis eine unklare Lage. Aus diesen Gründen folgte der Entwurf der anderen Möglichkeit, nämlich einem eigenen, unmittelbaren, von der Restitution durch den Vorberufenen unabhängigen Recht des Nachberufenen. Damit schloss sich der Entwurf den damals geltenden Regelungen des preußischen Allgemeinen Landrechts, des österreichischen, des sächsischen und des bayerischen Rechts an.

Der Begriff der „Substitution“ wurde bewusst (im Gegensatz zum ABGB Österreichs) nicht mehr verwendet, weil damit der Charakter des Verhältnisses nicht zutreffend bezeichnet sei.⁵¹

Während das römische Recht noch keine zeitliche Beschränkung des Fideikommisses kannte,⁵² wurde in diesem langen Verlauf der geschichtlichen Entwicklung sichtbar, dass eine Bindung des Nachlasses auf unbestimmte Zeit aus nationalökonomischen Gründen verhindert und eine zeitliche Beschränkung eingeführt werden müsse, da ansonsten aufgrund der Gebundenheit des Nachlasses keine gewinnbringende Nutzung dieser Güter möglich ist.⁵³ Aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten erschien eine Bindung von großen Vermögensmassen über einen Zeitraum von vielen Jahrzehnten nicht sinnvoll, da so der Umsatz wirtschaftlicher Werte behindert wurde. Im 19. Jahrhundert spielte vor allem in Adelskreisen das Fideikommiss in Form des Familienfideikommisses wirtschaftlich eine bedeutende Rolle. Güter von volkswirtschaftlich relevanter Dimension wurden durch Anordnung eines Fideikommisses in der Familie gehalten und so dem Wirtschaftsverkehr entzogen.⁵⁴

Die Geschichte der Fideikommisse im 19. Jahrhundert ist geprägt von zwei widerstreitenden Gesichtspunkten: einerseits dem ideologischen

⁵¹ Motive, Band V, S.81.

⁵² Haimberger, reines röm. Privat-Recht, III. Theil, S. 175, 176.

⁵³ Mertens, Entstehung des BGB, S. 132.

⁵⁴ Mertens, Entstehung des BGB, S. 132, 142.

„bürgerlichen“ Prinzip von Freiheit und Gleichheit aller Bürger, das eine Bindung von Vermögensmassen innerhalb einzelner Familien ausschloss; andererseits von dem politischen Interesse, einzelnen Familien eine angesehene Stellung in der Gesellschaft und eine einflussreiche Stellung im Staat zu sichern, und damit für eine stabile Gesellschaft und eine stetige staatliche Entwicklung zu sorgen.⁵⁵ Letztlich ging es dabei auch um den Abbau von Adelsprivilegien und um die Entwicklung hin zu einem modernen Staat. Die Frage des Fideikommisses stellte somit „sozialpolitischen Sprengstoff“ dar.⁵⁶ Bei den Beratungen des Entwurfes des BGB beschloss die 1. Kommission 1878, die Regelung der Fideikommisses grundsätzlich dem Landesgesetzgeber zu überlassen und keine reichsrechtliche Regelung zu treffen. Es erfolgte somit weder eine positive Regelung, noch ein ausdrückliches Verbot. Dies könnte darauf zurückzuführen sein, dass sich Befürworter und Gegner der Fideikommisses unversöhnlich gegenüber standen und hierüber eine Auseinandersetzung im Reichstag vermieden werden sollte, um das Zustandekommen des Gesetzes nicht zu gefährden.⁵⁷

Aus der Auseinandersetzung mit den Problemen des Fideikommisses zog man aber bei der Aufnahme der Regelung der Vor- und Nacherbschaft in das BGB Konsequenzen. Die Wirksamkeit der Nacherbeneinsetzung wurde zeitlich begrenzt. § 2109 BGB ist Ausdruck einer liberalen Wirtschaftstheorie, die eine möglichst freie Verfügbarkeit der Vermögensmassen fordert.⁵⁸ Die Abwägung zwischen wirtschaftlicher Freizügigkeit und Verwirklichung des Erblasserwillens führte zur Begrenzung der Wirksamkeit der Nacherbeneinsetzung auf 30 Jahre.

Die Konstruktion der Vor- und Nacherbschaft wird heute aus steuerrechtlichen Gesichtspunkten nur vereinzelt vom Erblasser gewählt. Da zunächst ein Erbanfall beim Vorerben und danach ein zweiter Erbanfall beim Nacherben stattfindet, unterliegt das Vermögen des Erblassers zweimal der

⁵⁵ Mertens, Entstehung des BGB, S. 131, 132.

⁵⁶ Mertens, Entstehung des BGB, S. 141.

⁵⁷ Andres, Erbrechtsentwurf, S. 398, 399.

⁵⁸ Motive, Band V, S. 90, 91; Kipp, Coing, Erbrecht, S. 275.

Erbschaftssteuer.⁵⁹ Der Vorerbe wird steuerrechtlich sogar als vollwertiger Erbe behandelt. Deshalb wird die Vor- und Nacherbschaft in der heutigen rechtsberatenden Praxis oft vermieden.

B. Hauptteil

I. Der Inhalt der gesetzlichen Regelung

1. §§ 2113 I, 2111 I BGB

Nachdem bei der Vor- und Nacherbschaft mehrere Erben hintereinander auf Zeit die Erbschaft vollwertig als Erbe innehaben, müssen die Befugnisse des Vorerben so ausgestaltet sein, dass er einerseits nicht zu einem bloßen Nießbrauchinhaber degradiert ist, andererseits aber auch der Nacherbe vor dem Verlust der Erbschaft geschützt ist. Die Stellung des Vorerben ist einem Treuhänder ähnlich, der ein Vermögen fremdverantwortlich zu verwalten hat. Er untersteht keiner gerichtlichen Kontrolle wie etwa ein Pfleger, sondern wird lediglich vom Nacherben kontrolliert.⁶⁰ Im BGB ist sowohl das Innenverhältnis zwischen Vor- und Nacherbe als auch das Außenverhältnis geregelt.

⁵⁹ Geck, Reimann, Testament, RN 53.

⁶⁰ Pardey, Alternativkommentar, § 2113 BGB RN 1; Hefermehl, Vor- und Nacherbfolge, S. 223, 228.

a. Das Außenverhältnis - § 2113 I und II BGB

aa. Die Verfügungsbeschränkungen

Grundsätzlich ist der Vorerbe vollwertiger Erbe und kann über den Nachlass nach seinem Belieben verfügen. Dieser Grundsatz der größtmöglichen Freiheit in der Verwaltung des Nachlasses ist in § 2112 BGB hervorgehoben.⁶¹ Danach kann der Vorerbe „über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände verfügen, soweit sich nicht aus den Vorschriften der §§ 2113 bis 2115 ein anderes ergibt.“ § 2113 I und II BGB ordnen für besonders wichtige und für den Nachlass gefährliche Rechtsgeschäfte als Ausnahme eine Verfügungsbeschränkung an.

Absatz 1: „Die Verfügung des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder Recht an einem Grundstück oder über ein zur Erbschaft gehörendes eingetragenes Schiff oder Schiffsbauwerk ist im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde.“

Absatz 2: „Das gleiche gilt von der Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgt.“

Durch Absatz 2 wird der Nacherbe vor unentgeltlichen Verfügungen und damit vor einer Schmälerung des Nachlasses geschützt. Aufgrund der besonderen Bedeutung von Grundstücken innerhalb des Nachlassvermögens ist auch diesbezüglich eine Verfügungsbeschränkung vorgesehen, § 2113 I BGB. Verfügt der Vorerbe über das Grundstück, so ist diese Verfügung zwar zunächst in vollem Umfang wirksam, jedoch wird die zugrundeliegende Verfügung später, nämlich bei Eintritt des Nacherbfalls, mit absoluter Wirkung unwirksam. Veräußert der Vorerbe zum Beispiel das Grundstück, so wird der Erwerber zunächst Eigentümer des Grundstücks, bei Eintritt des Nacherbfalls

⁶¹ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 2.

wird die Verfügung unwirksam und der Nacherbe erwirbt automatisch Eigentum an diesem Grundstück.⁶² Der Nacherbe kann die ihn schützende Unwirksamkeit durch Erteilung seiner Zustimmung beseitigen: entweder vorher in Form der Einwilligung, § 185 I BGB oder im Nachhinein in Form der Genehmigung, § 185 II BGB. Ferner kann bereits der Erblasser den Vorerben im Testament von der Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB befreien, § 2136 BGB. Vorbild für die Regelungen des § 2113 I, II BGB war unter anderem auch die Regelung für die Übertragung eines Rechts unter einer auflösenden Bedingung, § 161 II BGB. Wenn jemand einen Gegenstand durch eine auflösend bedingte Verfügung erhält, kann er, da er bis zum Eintritt der Bedingung Rechtsinhaber ist, seinerseits wirksam über diesen Gegenstand verfügen. Bei Eintritt der auflösenden Bedingung wird diese in der Schwebezeit getroffene Verfügung aber unwirksam soweit sie den durch die Bedingung Begünstigten beeinträchtigt. Die Unwirksamkeit wirkt absolut, also gegenüber jedermann. Auch bei der Vor- und Nacherbschaft ist die Verfügung über ein Grundstück zunächst wirksam, wird aber mit Eintritt des Nacherbfalls absolut unwirksam. Ein Unterschied besteht lediglich darin, dass bei der Vor- und Nacherbschaft das Recht an einen Dritten, den Nacherben fällt, während bei § 161 II BGB das Recht an den Übertragenden zurück fällt.⁶³

bb. Die Surrogation des § 2111 I 1 BGB

Dem Schutz des Nacherben im Bereich des Außenverhältnisses dient auch die Surrogationsvorschrift des § 2111 BGB, durch welche der Nachlass wertmäßig erhalten werden soll:

„Zur Erbschaft gehört, was der Vorerbe auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, sofern nicht der Erwerb ihm als Nutzung gebührt.“

⁶² Motive, Band V, S. 114; Lange, Kuchinke, Erbrecht, S. 547.

⁶³ Motive, Band V, S. 115.

Um einen umfassenden Schutz zu erreichen, fällt auch ein Grundstück kraft Surrogation in den Nachlass, welches der Vorerbe mit Hilfe eines Kredites erworben hatte, den er mit dem Erlös aus der Veräußerung eines Nachlassgrundstückes erzielte.⁶⁴ Diese mehrfache bzw. wiederholte Mittelsurrogation greift nämlich immer dann ein, wenn der Vorerbe den Gegenwert des Erwerbs aus der Erbschaft entnommen hat.

b. Der gutgläubige Erwerb nach §§ 2113 III, 892 I 2 BGB

In bestimmten Fällen ist ein endgültiger Erwerb des Nachlassgrundstücks durch den Dritten möglich, so dass der Nacherbe einen Rechtsverlust erleidet. Dies ist nur beim Vorliegen der Voraussetzungen des §§ 2113 III, 892 I 2 BGB gerechtfertigt. Grundsätzlich ist für den Erwerber wegen § 51 GBO die „Befangenheit“ des Grundstücks mit der Nacherbfolge aus dem Grundbuch ersichtlich. Darauf wird später noch einzugehen sein.

Aus Verkehrsschutzgründen wird im Fall des Fehlens des Nacherbenvermerks das Vertrauen des Erwerbers (Verkehrsinteresse) höher bewertet als das Schutzbedürfnis des Nacherben, § 2113 III BGB. Der Erwerber ist dann schutzwürdig, wenn er gutgläubig ist, d.h. wenn ihm die Anordnung der Nacherbschaft oder die Zugehörigkeit des Grundstücks zum Nachlass unbekannt ist. Ferner wenn er irrig annimmt, der Vorerbe sei nach § 2136 BGB befreit. Die Verweisung des § 2113 III BGB auf § 892 BGB ist nötig, da der Vorerbe bis zum Eintritt des Nacherbfalles Berechtigter bleibt. Die Vorschriften zugunsten derer, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten (§§ 892, 893 BGB), sind daher nur entsprechend anwendbar. Der Verweisung bedarf es außerdem, weil es sich bei § 2113 I BGB um eine absolute Verfügungsbeschränkung handelt, während § 892 I 2 BGB direkt –wie sich aus der Formulierung „Ist der Berechtigte in der Verfügung ... **zugunsten einer bestimmten Person beschränkt,...**“ ergibt- nur relative Verfügungsbeschränkungen erfasst.⁶⁵

⁶⁴ Lange, Kuchinke, Erbrecht, S. 544; BGHZ 110, 176, 178.

⁶⁵ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 4; Hagen/Lorenz, Erman, § 892 BGB RN 41.

c. Das Innenverhältnis

aa. Grundgedanke

Das Innenverhältnis ist wiederum von einer Abwägung zwischen Schutzbedürftigkeit des Vor- und des Nacherben geprägt und ist hauptsächlich in §§ 2111 I 1 a. E., 2121, 2124 ff. BGB geregelt. An dieser Stelle wird die Ähnlichkeit zum Nießbrauchshaber sichtbar.⁶⁶ Sowohl § 1039 I BGB als auch der Umkehrschluss aus § 2133 BGB zeigen, dass dem Nießbrauchshaber bzw. dem Vorerben die Früchte der Sache, die er den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entsprechend zieht, gebühren sollen. Die Substanz selbst steht dagegen dem Eigentümer bzw. dem Nacherben zu, §§ 1055, 2139 BGB.

Aus § 2130 I 1 BGB ergibt sich mittelbar die Pflicht des Vorerben, während seiner Zeit als Erbe den Nachlass ordnungsgemäß, also im Erbschaftsinteresse des Nacherben, zu verwalten.⁶⁷ Gemäß § 2111 I 1 a. E. BGB fallen dem Vorerben die Nutzungen, die er aus dem Nachlass zieht, zu, jedoch entscheidet wiederum die Ordnungsgemäßheit der Nutzungsziehung über den endgültigen Verbleib in seinem Vermögen, § 2133 BGB. Im Gegenzug hat der Vorerbe die gewöhnlichen Erhaltungskosten nach § 2124 I BGB aus eigenem Vermögen zu bestreiten. § 2121 BGB statuiert die Pflicht zur Erstellung eines Verzeichnisses über die Erbschaft, um dem Nacherben eine effektivere Kontrolle zu ermöglichen.⁶⁸

Im Innenverhältnis hat der Vorerbe somit weit weniger Rechte als ihm nach den Regelungen des Außenverhältnisses zuzustehen scheinen.

bb. Bedeutung des § 2125 II BGB

Insbesondere § 2125 II BGB spielt bei der Vor- und Nacherbschaft bezüglich Grundstücken eine Rolle. Hiernach ist der Vorerbe berechtigt, eine

⁶⁶ Lange, Kuchinke, Erbrecht, S. 563.

⁶⁷ Lange, Kuchinke, Erbrecht, S. 562.

⁶⁸ Lange, Kuchinke, Erbrecht, S. 564.

Einrichtung, mit der er eine zur Erbschaft gehörende Sache versehen hat, wegzunehmen. Unter den Begriff der Einrichtung fallen alle Sachen, die mit einer anderen körperlich verbunden sind und deren wirtschaftlichen Zweck dienen.⁶⁹ Bei einem Grundstück ist es besonders häufig, dass der Vorerbe Sachen einbringt und diese mit dem auf dem Grundstück stehenden Gebäude körperlich verbindet. Zu denken ist hierbei an sämtliche Inventarstücke wie zum Beispiel Einbauschränke, Beleuchtungsanlagen und Holzvertäfelungen. Durch das Wegnahmerecht des Vorerben kann der Schutz des Nacherben beeinträchtigt werden, da gemäss § 2111 II BGB aus wirtschaftlichen Gründen eigentlich auch die vom Vorerben mit Eigenmitteln eingebrachten Inventarstücke in den Nachlass fallen und somit im Zeitpunkt des Nacherbfalls an den Nacherben herauszugeben wären, § 2139 BGB.⁷⁰

(1) Verhältnis von § 2125 II BGB zu § 2111 II BGB

Problematisch ist, ob dem Vorerben an nach § 2111 II BGB einverleibten Inventarstücken, die damit eigentlich zusammen mit dem Grundstück gegen Verfügungen des Vorerben geschützt sind und dem Nacherben gebühren, ein Wegnahmerecht gemäss § 2125 II BGB zusteht.⁷¹ Wendet man in diesem Fall § 2125 II BGB an, so könnte der Vorerbe diese eingebrachten Sachen auch dann vom Grundstück trennen und sich aneignen, wenn sie kraft Surrogation, § 2111 II BGB, in den Nachlass fielen.

Nach einer Ansicht⁷² findet § 2125 II BGB auch bei einverleibten Inventarstücken Anwendung. Zur Begründung wird angeführt, dass ansonsten das Wegnahmerecht weitgehend leer liefe. Gerade bei der Einbringung von Gegenständen in ein Grundstück handelt es sich nämlich meist um Inventarstücke. Es sei unbillig, dem Vorerben das Wegnahmerecht nur deshalb zu verweigern, weil die Einrichtung Bestandteil der Erbschaft wurde. Auch der

⁶⁹ Steinbacher, Krug, Erbrecht, § 14 RN 83; Heinrichs, Palandt, § 258 BGB RN 1.

⁷⁰ Heinrichs, Palandt, § 2111 BGB RN 9.

⁷¹ Steinbacher, Krug, Erbrecht, § 14 RN 85; Heinrichs, Palandt, § 2125 BGB RN 2.

⁷² Steinbacher, Krug, Erbrecht, § 14 RN 85; Grunsky, MüKo § 2125 BGB RN 3, § 2111 BGB RN 14; Harder, Wegmann, Soergel, § 2125 BGB RN 3.

Wortlaut des § 2125 II BGB stehe dem Wegnahmerecht nicht entgegen.⁷³ Die Gegenstände, um deren Wegnahme es nun geht, sind selbst erst dadurch „zur Erbschaft gehörende Sachen“ geworden, dass sie einer solchen Sache hinzugefügt wurden.

Nach anderer Ansicht⁷⁴ erstreckt sich das Wegnahmerecht dagegen nicht auf Sachen, die kraft Surrogation nach § 2111 II BGB in den Nachlass fallen. Dem stehe der Wortlaut des § 2125 II BGB entgegen: Das Wegnahmerecht setzt voraus, dass eine „zur Erbschaft gehörenden **Sache**“ mit einer Einrichtung versehen werde. Es müsse sich also um einen körperlichen Gegenstand im Sinne des § 90 BGB handeln. Die Verbindung der Einrichtung mit „Inventar“ (§ 2111 II BGB) sei dagegen nicht erfasst, da es sich hierbei um einen bloß gedachten Sachinbegriff nach § 98 BGB, d.h. Zubehör handele.

Ferner bezwecke § 2111 II BGB eine dauerhafte Zuordnung des einverleibten Gegenstands zum Nachlass. Dieser Zweck würde durch die Gewährung eines Wegnahmerechts vereitelt.

Im Ergebnis muss wohl eine differenzierende Lösung bevorzugt werden⁷⁵: Das Wegnahmerecht erstreckt sich danach auch auf Gegenstände, die nach § 2111 II BGB dem Inventar einverleibt wurden und die somit zur Erbschaft gehören, aber nur falls dem Vorerben bezüglich dieses Gegenstands kein Ersatzanspruch nach §§ 2124, 2125 I BGB zusteht. Bei dieser Lösung werden die Rechte des Vorerben nicht unbillig verkürzt, andererseits wird auch das Interesse des Nacherben ausreichend berücksichtigt.

(2) Prozessuale Durchsetzung

Nachdem der Nacherbe Besitz an dem Nachlass und an der betreffenden Sache erlangt hat, steht dem Vorerben ein Anspruch gegen den Nacherben auf Gestattung der Wegnahme zu, § 258 S. 2 BGB. Zu dessen Durchsetzung kann

⁷³ Harder, Wegmann, Soergel, § 2125 BGB RN 3.

⁷⁴ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2125 BGB RN 4, 5; Heinrichs, Palandt, § 2125 BGB RN 2.

⁷⁵ Harder, Wegmann, Soergel, § 2125 BGB RN 3; Steinbacher, Krug, Erbrecht, § 14 RN 85.

der Vorerbe Klage erheben mit dem Antrag, den Nacherben zu verurteilen, die Wegnahme der näher bezeichneten Gegenstände zu dulden.⁷⁶

2. Nacherbenschutz außerhalb des § 2113 I BGB

In Fällen, in denen die Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB nicht greift, ist der Nacherbe durch andere Vorschriften des BGB, nämlich durch §§ 2131, 2138 II 2. Alt. BGB geschützt. Dieser Schutz ist allerdings aufgrund der darin aufgestellten strengen Voraussetzungen schwach ausgestaltet.

Nach § 2131 BGB haftet der Vorerbe nur nach Maßstab der *diligentia quam in suis*. Nach dem Maßstab des § 277 BGB wird zumindest für grob fahrlässiges Verhalten gehaftet. Eine Haftung kommt somit bei grob fahrlässiger Aufgabe des Grundstücks durch den Vorerben in Betracht.⁷⁷ § 2131 BGB ermöglicht dem Vorerben den Vorwurf, er habe den Nachlass nicht ordnungsgemäß (§ 2130 I 1 BGB) verwaltet, entgegenzuhalten, dass er auch in eigenen Angelegenheiten nicht sorgfältiger mit der Sache umgegangen wäre.

Auch § 2138 II 2. Alt. BGB schützt den Nacherben nur in Extremfällen. Wegen seiner hohen Anforderung auf subjektiver Seite, erforderlich ist Benachteiligungsabsicht, wird selten eine Haftung des Vorerben und ein entsprechender Schadensersatzanspruch des Nacherben in Frage kommen.

Nach Betrachtung dieser Normen wird die entscheidende Bedeutung des § 2113 I BGB für den Nacherbenschutz deutlich.

II. Probleme bei den Verfügungsgegenständen

§ 2113 I BGB ordnet zunächst nach dem Wortlaut ein Verbot für Verfügungen des Vorerben „über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder Recht an einem Grundstück“ an. Im Folgenden soll erörtert werden, ob die Beschränkung des § 2113 I BGB darüber hinaus auf andere Gegenstände Anwendung finden kann. Hierzu werden zwei typische Problemkreise näher betrachtet.

⁷⁶ Steinbacher, Krug, Erbrecht, § 14 RN 93.

⁷⁷ Schmidt, FamRZ 1976, S. 683, 689.

1. Die Bewilligung einer Vormerkung

Fraglich ist, ob die Bewilligung einer Vormerkung durch den Vorerben, § 885 I 1 2. Alt. BGB, auch als Verfügung über ein Recht an einem Grundstück im Sinn des § 2113 I BGB anzusehen ist.

Rechte im Sinn des § 2113 I BGB sind alle im Grundbuch eintragungsbefähigten, **dinglichen** Rechte, erfasst werden also alle **dinglichen** Verfügungen.⁷⁸

Ausgangspunkt der Betrachtung muss somit die Rechtsnatur der Vormerkung und deren Bewilligung sein. Die Vormerkung ist kein dingliches Recht, sondern sichert lediglich durch die Anordnung der relativen Unwirksamkeit von zwischenzeitlichen Verfügungen des Eigentümers, § 883 II BGB, den schuldrechtlichen Anspruch auf eine dingliche Rechtsänderung. Die Vormerkung sichert folglich lediglich einen obligatorischen Verschaffungsanspruch auf eine dingliche Rechtsänderung. Durch ihre Bewilligung und Eintragung im Grundbuch wird kein Recht an einem Grundstück begründet.⁷⁹

Jedoch ist die Vormerkung mit einigen dinglichen Wirkungen, zum Beispiel neben der Sicherungs- und Vollrechtswirkung (§§ 48 ZVG, 106 InsO) mittels der rangwahrenden Wirkung (§ 883 III BGB), ausgestattet. Die Vormerkung ist somit ein Sicherungsmittel sui generis⁸⁰ und nimmt eine Sonderstellung zwischen Schuld- und Sachenrecht ein. Ihre Bewilligung ist daher an sich keine dingliche Verfügung. Aufgrund ihrer Zwischenstellung kann aber eine Gleichstellung mit dinglichen Rechten erfolgen, so dass die allgemeinen Regeln über Grundstücksrechte auf die Vormerkung entsprechend anwendbar sind.⁸¹

Von der überwiegenden Meinung⁸² wird aus diesem Grund und aus Gründen des umfassenden Nacherbensschutzes die Bewilligung einer Vormerkung nach

⁷⁸ Grunsky, MüKo, § 2113 BGB RN 2; Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 52.

⁷⁹ RG 118, 230, 234.

⁸⁰ Wacke, MüKo, § 883 BGB RN 3.

⁸¹ Baur, Stürner, § 20 I; Wacke, MüKo, § 883 BGB RN 4.

⁸² Harder, Wegmann, Soergel, § 2113 BGB RN 2; Grunsky, MüKo, § 2113 BGB RN 7;

Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 52.

§ 885 I 1 2.Alt. BGB der Verfügung über ein Recht am Grundstück im Sinn des § 2113 I BGB gleichgestellt. Auch wenn die Vormerkung kein Recht an einem Grundstück im Sinne des BGB darstellt, so hat sie doch eine „dingliche Gebundenheit des Grundstücks“⁸³ zur Folge. Nach § 883 II BGB ist jede Verfügung über das Grundstück nämlich nach Eintragung der Vormerkung unwirksam, so dass dem Vormerkungsberechtigten das vorgemerkte Grundstück sicher zukommt. Als Vorstufe zur Verfügung über das Grundstückseigentum ist die Bewilligung der Vormerkung somit ebenfalls von der Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB erfasst.

Die einzige ablehnende Meinung⁸⁴ stellt lediglich formal darauf ab, dass durch die Bewilligung einer Vormerkung das Eigentum selbst nicht betroffen ist, und diese deshalb auch ohne Zustimmung des Nacherben dauerhaft wirksam bewilligt werden könne. Diese Sichtweise greift jedoch aufgrund der „Zwitterstellung“⁸⁵ der Vormerkung zu kurz und kann nicht überzeugen. Vielmehr erscheint eine Anwendung der Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB auf die Bewilligung einer Vormerkung aus oben genannten Gründen angebracht.

2. Grundstücke als Bestandteile eines Gesamthandsvermögens

Besondere Probleme ergeben sich, wenn unter die Nacherbfolge ein Gesamthandsanteil fällt, der sich auf eine Gesamthandsgemeinschaft bezieht, zu deren Vermögen ein Grundstück gehört.

Um das Problem der Anwendbarkeit des § 2113 I BGB bei Gesamthandsvermögen zunächst zu veranschaulichen, werden im Folgenden verschiedene Beispiele angeführt, in denen die Anwendbarkeit von § 2113 I BGB problematisch ist. In der späteren rechtlichen Betrachtung dieses Problemkreises wird auf diese Beispiele nochmals Bezug genommen werden.

Erster Beispielfall: Die Eheleute A und B leben in Gütergemeinschaft. Zum Gesamtgut nach § 1416 BGB gehört ein Grundstück. B stirbt, und A erbt den

⁸³ RG 118, 230, 234.

⁸⁴ Schmidt, Erman, § 2113 BGB RN 9.

⁸⁵ Baur, Stürner, § 20 I.

Gesamtgutsanteil des B als Vorerbe. In der Hand des A treffen nun der eigene Gesamtgutsanteil und der mit der Nacherbfolge belastete, geerbte Gesamtgutsanteil zusammen. Ist A bei der Verfügung über das Grundstück an die Beschränkung des § 2113 I BGB gebunden ?

Zweiter Beispielsfall: Eine Miterbengemeinschaft besteht aus A und B, wobei jeder einen Anteil von $\frac{1}{2}$ innehat. Als B stirbt, erbt A den Anteil des B als Vorerbe. A hat nun neben dem eigenen Anteil auch den Anteil des B, der mit der Nacherbfolge belastet ist. Kann A über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück ohne die Beschränkung des § 2113 I BGB verfügen?

Dritter Beispielsfall: A, B und C bilden eine Miterbengemeinschaft. D erbt den Anteil des A als Vorerbe. Später erwirbt D auch die Anteile von B und C im Wege der Erbfolge. Kann D über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück ohne die Beschränkung des § 2113 I BGB verfügen?

Neben diesen Beispielen sind auch Fälle relevant, bei denen der Gesamthänder zwar nicht über das Grundstück verfügen möchte, aber –soweit rechtlich zulässig- über seinen Gesamthandsanteil.

Streng dogmatisch ist zwischen diesen beiden Fallgruppen zu unterscheiden: Einerseits die Verfügung über den Gesamthandsanteil und andererseits die Verfügung der Gesamthandsgemeinschaft über das zum Gesamthandsvermögen gehörende Grundstück (z.B. § 2040 I BGB). Der Fall, dass die Gesamthand über das Grundstück selbst verfügt, ist allerdings im Ergebnis dem Fall der Verfügung über einen Gesamthandsanteil für die folgenden Überlegungen gleichzusetzen, weil der Nacherbe in beiden Fällen das Grundstück im Nacherbfall nicht erhalten würde.⁸⁶ Insofern besteht aufgrund der identischen Interessenlage des Nacherben auch kein Differenzierungsbedürfnis.

Es geht jeweils darum, ob § 2113 I BGB auf die Verfügung über das Grundstück bzw. den Gesamthandsanteil anzuwenden ist.

⁸⁶ Edenhofer, Palandt, § 2113 BGB RN 3; Harder, Wegmann, Soergel, § 2113 BGB RN 3.

a. Keine direkte Anwendung des § 2113 I BGB

Damit auf die Verfügung über einen Gegenstand die Beschränkung des § 2113 I BGB angewendet werden kann, muss das Grundstück im Zeitpunkt der Vornahme der Verfügung selbst zum Nachlass gehören, also ein Nachlassgegenstand sein. Ist ein Grundstück lediglich Bestandteil eines Gesamthandsvermögens, wobei zum Nachlass ein Gesamthandsanteil gehört, so gehört es, wie in ständiger Rechtsprechung⁸⁷ ausgeführt wird, nicht zu den Nachlassgegenständen im Sinne des § 2113 I BGB. Zum Nachlass gehört vielmehr nur der Gesamthandsanteil selbst. So werden also die einzelnen Vermögensgegenstände, die Bestandteil des Gesamthandsvermögens sind, nicht direkt von der Verfügungsbeschränkung erfasst, da lediglich der Gesamthandsanteil zum Nachlass gehört. Nur dieser ist Gegenstand der Nacherbfolge. Der einzelne zum Gesamthandsvermögen gehörende Gegenstand ist gerade nicht Teil des Nachlasses, auf den sich die Nacherbfolge erstreckt.⁸⁸

§ 2113 I BGB ist somit nicht direkt anwendbar. Blicke man bei dieser Feststellung stehen, käme man infolge der streng formalen Sichtweise zu einem geringen Schutz des Nacherben.

b. Analoge Anwendung des § 2113 I BGB

Äußerst kontrovers diskutiert wird, ob § 2113 I BGB analog anzuwenden ist.

aa. Argumente für eine analoge Anwendung des § 2113 I BGB

Da eine unmittelbare Anwendung des § 2113 I ausscheidet, ist zum Schutz des Nacherben eine entsprechende Anwendung der Vorschrift zu erwägen. Der Nachlass ist immerhin mittelbar betroffen, und der Nacherbe ist einer wirtschaftlichen Beeinträchtigung ausgesetzt.⁸⁹ Zu beachten ist, dass der wirtschaftliche Wert des Gesamthandsanteils durch die von ihm erfassten

⁸⁷ BGHZ 26, 378, 382; BGH NJW 1976, S. 893, 894; OLG Hamburg NJW-RR 1994, S. 1231; PfälzOLG Zweibrücken Rpfleger 1998, S. 156, 157.

⁸⁸ Grunsky, MüKo, § 2113 BGB RN 3; Timmann, Vor- und Nacherbschaft, S. 151; Edenhofer, Palandt., § 2113 BGB RN 3; LG Aachen Rpfleger 1991, S. 301, 301.

⁸⁹ Schmidt, Erman, § 2113 BGB RN 10; BGH NJW 1976, S. 893, 894.

Vermögensgegenstände bestimmt wird. Der Anteil an sich ist lediglich eine rechtliche Konstruktion. Insbesondere am Beispiel der Gütergemeinschaft wird deutlich, dass der Wert des Nachlasses eines Ehegatten wesentlich durch seinen Gesamtgutsanteil bestimmt wird, da das Gesamtgut den Hauptteil des Vermögens der Ehegatten darstellt.⁹⁰ Einen Schutz vor wirtschaftlicher Vermögensminderung kann § 2113 I BGB nur dann gewährleisten, wenn man ihn nicht an der fehlenden Identität von Gesamthandsanteil und zugehörigem Grundstück scheitern lässt.⁹¹

Voraussetzung einer analogen Anwendung einer Vorschrift ist zunächst das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke. Das System des Nacherbenschutzes weist einen wesentlichen Mangel auf bei gesamthänderisch gebundenem Grundstücksvermögen, da es bei Grundstücken, die Bestandteil eines Gesamthandsvermögens sind, nicht eingreift.⁹²

Des Weiteren müsste nach Wertungsgesichtspunkten die gleiche Interessenlage wie beim gesetzlich geregelten Fall vorliegen. Zu bedenken ist, dass gesamthänderisches Grundeigentum praktisch häufig vorkommt, vor allem in Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Zu dem Gesellschaftsvermögen gehört meist ein Grundstück, da ein solches oft zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks benötigt wird. Ohne Analogie würde also der Nacherbenschutz in einem Großteil der Fälle nicht greifen. Außerdem könnte die Vorschrift wegen des gesellschaftlichen Wandels seit Entstehung des BGB zeitgemäß anzupassen sein, mit der Folge, dass der Verfügung über Grundstücke die Verfügung über Unternehmensanteile an Grundstücksgesellschaften gleichzustellen ist.⁹³ Der BGB-Gesetzgeber wollte durch Einführung des § 2113 I BGB der Familie den wesentlichen Wert des Nachlasses als Lebensgrundlage erhalten. Aus damaliger Sicht erschien der Schutz vor Grundstücksverfügungen hierzu geeignet. Meist befand sich der Betrieb, mit dem der Lebensunterhalt verdient wurde, ebenfalls auf diesem

⁹⁰ Edelmann, Beschränkungen des Vorerben, S. 16.

⁹¹ Prölss, JZ 1970, S. 95, 96.

⁹² Schmidt, FamRZ 1976, S. 683, 686.

⁹³ Michalski, DB 1987, Beil. 16, S. 16.

Grundstück. Im Zuge der Industrialisierung und der Expansion der unternehmerischen Tätigkeit hat das Grundstück seine zentrale Stellung als Lebensgrundlage verloren. Wichtiger geworden sind Unternehmensbeteiligungen, wobei die Grundstücke nur einen von vielen Bilanzposten darstellen.⁹⁴

Für die analoge Anwendung des § 2113 I BGB spricht ferner der Wille des Erblassers.⁹⁵ Es ist zu beachten, dass Testierfreiheit und Erblasserwille dem besonderen Schutz des Art. 14 I GG unterliegen. Deshalb darf sich die Rechtsanwendung nicht ohne Weiteres über diesen Willen des Erblassers hinwegsetzen. Der juristisch meist nicht versierte Erblasser, der ein in Gütergemeinschaft lebender Ehegatte ist und der ein Testament abfasst, wird sich immer als z.B. hälftigen Eigentümer betrachten und sich die gesamthänderische Bindung nicht vergegenwärtigen. Den Unterschied zwischen Gesamthandsanteil vor der Auseinandersetzung und Miteigentumsanteil an einem Grundstück erkennt er nicht. Bei letzterem ist das anteilige Grundstückseigentum, also das Bruchteilsmiteigentum (§§ 1008, 741, 747 S.1 BGB) selbst Nachlassgegenstand und wird damit unproblematisch von der angeordneten Nacherbfolge erfasst. Ordnet der Erblasser Vor- und Nacherbschaft an, wird er meist eine Beschränkung hinsichtlich des ihm und mehreren zu Mit- oder Gesamthandseigentum zustehenden Grundstücks erreichen wollen. Verneint man die Anwendbarkeit des § 2113 I BGB im Fall eines Gesamthandsanteils, so würde der Erblasserwille ohne Berücksichtigung bleiben, und die „letztwillige Verfügung praktisch ins Leere“ gehen.⁹⁶ Da die Vor- und Nacherbschaft nur in einer Verfügung von Todes wegen (Testament, Erbvertrag) angeordnet werden kann, und das BGB eine Vor- und Nacherbfolge kraft Gesetzes nicht kennt, ist dem Erblasserwillen hier besondere Bedeutung beizumessen. Das Rechtsinstitut der Vor- und Nacherbschaft kann sich nur kraft gewillkürter Erbfolge ergeben. Somit leitet der Vorerbe seine erbrechtliche Stellung von dem Willen des Erblassers ab.

⁹⁴ Michalski, DB 1987, Beil 16, S. 16.

⁹⁵ Ludwig, Rpfleger 1987, S. 155, 155.

⁹⁶ Edelmann, Beschränkungen des Vorerben, S. 15.

Deshalb sollte dieser auch maßgebend sein dafür, ob und inwieweit Vor- und Nacherbschaft eintreten soll. Ein gerechter Ausgleich zwischen Vor- und Nacherbe muss dahinter zurückstehen.⁹⁷ Zumindest müsste bei der Abwägung der Schutzbedürftigkeit des Nacherben mit der des Vorerben der Belang „Erblasserwille“ Berücksichtigung finden.

bb. Entwicklung in der Rechtsprechung

Der Problembereich der Nacherbfolge bei einem Gesamthandsanteil, wenn zum Vermögen der Gesamthandsgemeinschaft ein Grundstück gehört, hat die Rechtsprechung bereits mehrfach beschäftigt.

Den Anfang bildet eine Entscheidung des BGH⁹⁸ aus dem Jahr 1958 entsprechend dem obigen ersten Beispielfall: A erwirbt im Wege der Erbfolge den Gesamtgutsanteil des B als Vorerbe. A hat nun neben dem eigenen, unbeschränkten Gesamtgutsanteil auch den mit der Nacherbfolge belasteten Anteil inne. In diesem Fall sei die Verfügung des überlebenden Ehegatten über das zum Gesamtgut gehörende Grundstück nicht an die Beschränkungen des § 2113 BGB gebunden. Zur Begründung wird lediglich ausgeführt, die Anwendung von § 2113 BGB scheitere daran, dass das Grundstück nicht zu den Nachlassgegenständen gehöre, worauf sich die Nacherbfolge beziehe. Vielmehr gehöre nur der Anteil am Gesamtgut dem Nachlass an, so dass eine Verfügung über das Grundstück nicht von der Verfügungsbeschränkung erfasst werde.

Zur Frage einer möglichen analogen Anwendung des § 2113 BGB nahm der BGH⁹⁹ erstmals 1964 Stellung. § 2113 BGB sei auch dann nicht auf die Verfügung des überlebenden Ehegatten anzuwenden, wenn das Grundstück der einzige zum Gesamtgut gehörende Vermögenswert sei. Das Gesamtgut sei dann zwar mit dem Grundstück als Einzelgegenstand identisch, doch stelle die Veräußerung des Grundstücks keine Verfügung über das Gesamtgut dar, sondern eine solche über das Alleineigentum an dem Grundstück. Der in dem

⁹⁷ Ludwig, Rpfleger 1987, S. 155, 155.

⁹⁸ BGHZ 26, 378.

⁹⁹ BGH NJW 1964, S. 768, 768.

Alleineigentum enthaltene, mit der Nacherbfolge belastete Anteil des Erblassers an dem Gesamtgut habe bis zur Auseinandersetzung keine rechtliche Selbständigkeit, so dass er nicht zur Anwendung des § 2113 BGB führen könne.

In der Folgezeit entschied sich der BGH vorübergehend in einer Entscheidung zur Gütergemeinschaft für die gegenteilige Ansicht und wendete § 2113 BGB analog an.¹⁰⁰ Bei der Verfügung über das zum Gesamtgut gehörende Grundstück ist A gemäss dieser Entscheidung -ohne Rücksicht auf die eigene Berechtigung am Gesamtgut- an die Verfügungsbeschränkung des § 2113 BGB gebunden. Die Entscheidung enthält keinerlei Begründung für diese Feststellung.

Sechs Jahre später entschied das OLG Hamm¹⁰¹ den gleichen Fall in dem damaligen Sinne des BGH und ließ § 2113 I BGB analog zur Anwendung kommen.

Grundlegend war die Entscheidung des BGH im Jahre 1976,¹⁰² mit der ausdrücklich die bisherige Anwendung des § 2113 BGB aufgegeben wurde. Der zugrundeliegende Sachverhalt betraf wiederum eine Gütergemeinschaft. Zwar wurde die Schutzbedürftigkeit des Nacherben in diesem Fall durchaus anerkannt, da dieser auch durch die Weggabe von Gegenständen, die zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft gehören, einen wirtschaftlichen Nachteil erleide. Jedoch müssten diese Bedenken gegenüber der Schutzbedürftigkeit des überlebenden Ehegatten zurückstehen: Bei der Anwendung von § 2113 I BGB würde neben dem ererbten, belasteten Gesamtgutsanteil auch der ihm schon bisher zu eigenem Recht zustehende Gesamtgutsanteil betroffen. Dies würde bedeuten, dass der überlebende Ehegatte bei der Verfügung über das Grundstück der Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB unterworfen wäre, obwohl er einen eigenen, unbelasteten Anteil an diesem Grundstück hat. Die Verfügungsbeschränkung würde sich also notwendigerweise auch auf den bisher dem Ehegatten zustehenden Gesamtgutsanteil auswirken. Dieses

¹⁰⁰ BGH NJW 1970, S. 943.

¹⁰¹ OLG Hamm NJW 1976, S. 575.

¹⁰² BGH NJW 1976, S. 893.

Ergebnis könne vor allem im vergleichbaren Fall einer Personenhandelsgesellschaft dazu führen, „dass die Flexibilität der Geschäftsführung und der Verkehrsschutz leiden.“¹⁰³ Dem verbleibenden Gesellschafter würde drohen, dass er an eine Zustimmung des Nacherben gebunden ist, der nicht Mitglied der Gesellschaft ist. Im Ergebnis wurde somit die analoge Anwendung des § 2113 BGB aus Gründen des Schutzes des verbleibenden Gesamthänders abgelehnt.

In konsequenter Fortführung dieser Rechtsprechung entschied der BGH¹⁰⁴ in gleicher Weise für den Fall der Miterbengemeinschaft, der obigem zweiten Beispielfall gleicht: Es besteht eine Erbengemeinschaft aus A und B, wobei zum Nachlass ein Grundstück gehört. Der Miterbe B stirbt. Seinen Miterbenanteil erwirbt A im Wege der Erbfolge als Vorerbe. A hat folglich neben seinem ursprünglichen Miterbenanteil, hinsichtlich dessen keine Verfügungsbeschränkung besteht, den Miterbenanteil des B inne, allerdings belastet mit der Anordnung der Nacherbschaft. In diesem Fall nimmt der BGH die gleiche Interessenabwägung zwischen der Schutzbedürftigkeit des Vorerben und derjenigen des Nacherben vor wie im zuvor entschiedenen Fall der Gütergemeinschaft. Auch in diesem Fall würde, wenn § 2113 I BGB analog angewendet würde, die Verfügungsbeschränkung des § 2113 BGB den Gesamthandsgegenstand insgesamt, also zu Unrecht auch den Miterbenanteil, der dem A zuvor aus eigenem Recht zustand, erfassen. Die Schmälerung des Schutzes des Nacherben sei zwar nicht völlig zufriedenstellend, doch müsse der vorliegende Fall der Erbengemeinschaft mit dem der Gütergemeinschaft aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit gleich behandelt werden.¹⁰⁵ § 2113 I BGB könne somit auch bei der Erbengemeinschaft nicht analog angewendet werden.

Diese Rechtsprechung des BGH führten die oberen Gerichte verschiedener Bundesländer fort und übertrugen sie auch auf den Fall der Gesellschaft

¹⁰³ BGH NJW 1976, S. 893, 894.

¹⁰⁴ BGH NJW 1978, S. 698.

¹⁰⁵ BGH NJW 1978, S. 698.

bürgerlichen Rechts.¹⁰⁶ Auch im Fall einer Gesamthandsgemeinschaft in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts seien die Grundsätze des BGH von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zum Nachteil des Nacherben anzuwenden. Wenn ein Gesellschafter den Anteil des anderen Gesellschafters im Wege der Erbfolge als Vorerbe erwerbe, so unterliege er bei einer Veräußerung des zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstücks nicht der Verfügungsbeschränkung des § 2113 BGB.¹⁰⁷ Der Schutz des Nacherben müsse auch in diesen Fällen zurücktreten.¹⁰⁸

Eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung erfolgte auch durch das BayObLG.¹⁰⁹ Während bisher die Ablehnung der analogen Anwendung des § 2113 I BGB damit begründet wurde, dass ansonsten die übrigen Gesamthänder in ihrem **bereits bestehenden**, aus eigenem Recht zustehenden Anteil am Gesamthandsvermögen beeinträchtigt würden, erfolgte nun die Ablehnung auch für den Fall, dass sich die Verfügungsbeschränkung zwangsläufig auch auf **später hinzuerworbene** Anteile erstrecken würde. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Es bestand eine Miterbengemeinschaft aus A, B und C. D erwirbt im Wege der Erbfolge beim Tod des C dessen Miterbenanteil als Vorerbe. Später erwirbt D auch die übrigen Miterbenanteile durch Erbfolge. Zu entscheiden war nun, ob D der Verfügungsbeschränkung des § 2113 BGB unterlag. Das BayObLG wendete in diesem Fall die Argumente der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit an und behandelte deshalb den vorliegenden Fall gleich mit dem Fall des bereits bestehenden eigenen Anteils. Wenn die Verfügungsbeschränkung des § 2113 BGB keine Anwendung finde, „wenn sie sich zwangsläufig auch auf bereits vorhandene Anteile am Gesamthandsvermögen erstrecken würde,“ müsse dies auch gelten, „wenn sie erst nachher hinzuerworbene Anteile erfassen würde.“¹¹⁰

¹⁰⁶ OLG Hamburg NJW-RR 1994, S. 1231; OLG Köln Rpfleger 1987, S. 60.

¹⁰⁷ OLG Köln Rpfleger 1987, S. 60, 61.

¹⁰⁸ OLG Hamburg NJW-RR 1994, S. 1231.

¹⁰⁹ BayObLG 1994, 177.

¹¹⁰ BayObLG 1994, 177, 182.

Hierzu erging durch das OLG Saarbrücken¹¹¹ eine teils abweichende und einschränkende Entscheidung, der folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Es handelt sich um zwei Miterben A und B, die nach dem Erblasser X erben, wobei B nur Vorerbe ist. Zum Nachlass gehört unter anderem der ½-Erbeil am nicht auseinandergesetzten Nachlass des Schwiegervaters des Erblassers X. Bezüglich dieses Anteils hoben A und B die Erbengemeinschaft nach dem Erblasser auf. Dieser Anteil wurde auf A übertragen. Im Gegenzug übertrug A dem Vorerben B seinen ½- Erbeil am Nachlass. Entscheidend in diesem Fall ist, dass der Vorerbe B den Miterbenanteil des A hier nicht im Wege der Erbfolge, sondern durch einen Auseinandersetzungsvertrag, also **rechtsgeschäftlich** erworben hat.

In Widerspruch zur vorangegangenen BGH-Entscheidung¹¹² spricht sich das OLG Saarbrücken zunächst für eine analoge Anwendung des § 2113 I BGB im Falle der Erbengemeinschaft aus, da die Miterbengemeinschaft erst mit dem Erbfall entstanden sei, die Belastung des Anteils mit der Nacherbfolge originär vom Erblasser angeordnet wurde und damit auch der als Vollerbe eingesetzte Miterbe bereits von Anfang an einen nur beschränkten Anteil inne gehabt habe.¹¹³ Er werde durch die Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB folglich nicht unbillig bezüglich seines eigenen Anteils beeinträchtigt.

Darüber hinaus schränkt das OLG Saarbrücken die bisherige Rechtsprechung¹¹⁴ ein: Bei der vorliegenden Konstellation des Hinzuerwerbs des Anteils des anderen Miterben durch Auseinandersetzungsvertrag müsse § 2113 I BGB schon deshalb zur Anwendung kommen, da ansonsten die Gefahr bestünde, dass der als Vorerbe Eingesetzte durch den Hinzuerwerb von anderen, unbelasteten Anteilen die Nacherbfolgeanordnung des Erblassers umgehe. Nur im Falle des Erwerbs durch Erbfolge, also unabhängig vom Willen des Vorerben, könne die Verfügungsbeschränkung bedenkenlos

¹¹¹ OLG Saarbrücken FamRZ 2000, S. 122.

¹¹² BGH NJW 1978, S. 698.

¹¹³ OLG Saarbrücken FamRZ 2000, S. 122, 124.

¹¹⁴ BGH NJW 1978, S. 698; BayObLG 1994, 177.

unangewendet bleiben.¹¹⁵ Im Ergebnis wurde also § 2113 I BGB angewendet auf den Fall, dass der Vorerbe den weiteren Miterbenanteil nicht durch Erbfolge, sondern rechtsgeschäftlich hinzuerwarb.

Beschäftigt hat die Rechtsprechung auch die Frage, ob eine analoge Anwendung des § 2113 I BGB auch dann abzulehnen ist, wenn nach dem Erbfall nicht eine einzige Person Rechtsträger der gesamten Vermögensmasse wird, sondern nach wie vor eine aus **mehreren** Personen bestehende, ungeteilte Gesamthandsgemeinschaft Rechtsträger bleibt.¹¹⁶ In den von der Rechtsprechung entschiedenen, oben genannten Fällen, war immer eine einzige Person, nämlich der überlebende Ehegatte bzw. das einzig verbleibende Mitglied einer Miterbengemeinschaft, letztlich Träger der gesamten Vermögensmasse geworden. Das OLG Zweibrücken¹¹⁷ hat die Frage der analogen Anwendung des § 2113 BGB in dem Fall der verbleibenden Gemeinschaft mehrerer Personen ausdrücklich offen gelassen. Bei einer Miterbengemeinschaft aus den Mitgliedern A und B erbten drei Personen als Miterben den Anteil des A und eine Person als Vorerbe den Anteil des B. Folglich verblieb eine mehrgliedrige Miterbengemeinschaft. Wegen einer Besonderheit im Sachverhalt des konkret zu entscheidenden Falls konnte die Entscheidung über die hier interessierende Frage dahinstehen.

Das OLG Hamm hat sich für eine Anwendung des § 2113 I BGB ausgesprochen.¹¹⁸ Wesentlicher Unterschied zu den vom BGH bisher entschiedenen Fällen¹¹⁹ der Gütergemeinschaft und der Erbengemeinschaft sei der Umstand, dass nach wie vor eine aus mehreren Personen bestehende ungeteilte Erbengemeinschaft Rechtsträger der Vermögensgegenstände sei. Der Schutz des Nacherben dürfe nur dann zurückstehen, wenn eine einzige Person Rechtsträger der gesamten Vermögensmasse wird, und folglich die Verfügungsbeschränkung zum Wegfall des bisher freien Verfügungsrechts

¹¹⁵ OLG Saarbrücken FamRZ 2000, S. 122, 124.

¹¹⁶ PfälzOLG Zweibrücken Rpfleger 1998, S. 156; OLG Hamm Rpfleger 1985, S. 21.

¹¹⁷ PfälzOLG Zweibrücken Rpfleger 1998, S. 156, 157.

¹¹⁸ OLG Hamm Rpfleger 1985, S. 21, 22.

¹¹⁹ BGH NJW 1976, S. 893; BGH NJW 1978, S. 698.

über den eigenen Anteil an der Gesamthandsgemeinschaft führen würde. Im Falle mehrerer Personen sei aber sowieso nur eine gemeinschaftliche Verfügung möglich, so dass es in diesem Fall nicht gerechtfertigt sei, den Schutz des Nacherben zurücktreten zu lassen.¹²⁰

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Rechtsprechung zwar uneinheitlich ist, aber doch einheitlichen Grundlinien folgt: Die analoge Anwendung des § 2113 I BGB bei Gesamthandsvermögen wird abgelehnt zum Schutz des verbleibenden Gesamthänders, also des Vorerben. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Erwerb der Anteile nicht rechtsgeschäftlich, sondern im Wege der Erbfolge erfolgt, und der Gesamthandsgegenstand im Alleineigentum des Vorerben steht.

cc. Argumente gegen eine analoge Anwendung des § 2113 I BGB

Nach den Argumenten für eine analoge Anwendung des § 2113 I BGB und einem Rechtsprechungsüberblick sollen nun die Argumente der ablehnenden Meinung beleuchtet werden.

(1) Bereits bekannte Argumente aus der Rechtsprechung

In den oben behandelten Entscheidungen der Rechtsprechung¹²¹ sind bereits wesentliche Argumente gegen eine analoge Anwendung des § 2113 I BGB aufgetreten, die von der Literatur aufgegriffen wurden, und zum Verständnis hier im Zusammenhang nochmals behandelt werden sollen.

- Schutz der Gesamthänder: Gegen die Analogie spricht, dass ansonsten auch die nicht mit einem Nacherbenrecht belasteten Mitglieder der Gesamthandsgemeinschaft bzw. der einzig verbleibende Gesamthänder als Vorerbe der Zustimmung des Nacherben bedürften, so dass eine Verfügung über das Grundstück letztlich nur unter Mitwirkung des Nacherben möglich wäre. § 2113 I BGB will aber lediglich die Rechte des Nacherben gegenüber dem Vorerben sichern, dagegen soll nicht in Rechte Dritter oder in den eigenen

¹²⁰ OLG Hamm Rpfleger 1985, S. 21, 22.

¹²¹ BGH NJW 1976, S. 893; BGH NJW 1978, S. 698; BayObLG 1994, 177; OLG Hamburg NJW-RR 1994, S. 1231; PfälzOLG Zweibrücken Rpfleger 1998, S. 156.

unbelasteten Anteil des Gesamthänders eingegriffen werden. Diese Dritten haben schließlich mit dem Erblasserwillen und der testamentarischen Regelung nichts zu tun.¹²²

Die Literatur schließt sich diesem Argument des Schutzes der übrigen Gesamthänder jedoch nicht einheitlich an.

Der Einwand, dass die übrigen Mitglieder der Gesamthand durch eine Anwendung des § 2113 I BGB nicht in ihren Rechten beeinträchtigt werden,¹²³ und dass in dem Fall, in dem der Vorerbe letztlich durch Erbfolge den Gesamthandsgegenstand zu Alleineigentum erlangt, die aus der eigenen Mitgliedschaft folgenden Rechte des Vorerben gar nicht beeinträchtigt werden,¹²⁴ vermag nicht zu überzeugen. Zwar ist es richtig, dass die Alleinverfügungsbefugnis des Vorerben in diesem Fall gerade auf dem Erbfall beruht, der auch die Anordnung der Nacherbschaft beinhaltet, und damit der Vorerbe genauso steht, wie er bei Fortbestand der Gesamthandsgemeinschaft stünde, doch rechtfertigt dies nicht die erbrechtliche Bindung des Vorerben. Der dem Vorerben aus eigenem Recht zustehende oder hinzuerworbene unbelastete Anteil ist in jedem Fall vor der Verfügungsbeschränkung zu schützen. Ferner sind die restlichen Gesamthänder in ihrer Verfügungsmöglichkeit über das Grundstück sehr wohl eingeschränkt, da die Zustimmung des Nacherben nun zusätzlich erforderlich ist. Der Schutz der nicht von der Nacherbfolge betroffenen Mitgesellschafter ist hier vorrangig vor dem des Nacherben.¹²⁵

Der Nacherbe wird bei dieser Lösung nicht unbillig belastet. Er muss hinnehmen, dass der Vorerbe über das Grundstück frei verfügen kann, da der Erblasser nur bezüglich des Gesamthandsanteils eine Beschränkung angeordnet hat. Lediglich in dem Fall, dass der Vorerbe rechtsgeschäftlich zu

¹²² Grunsky, MüKo, § 2113 BGB RN 3; LG Aachen, Rpfleger 1991, S. 301, 302; Harder, DNotZ 1994, S. 822, 823; Batsch, NJW 1970, S. 1314, 1315.

¹²³ Pardey, Alternativkommentar, § 2113 BGB RN 4a.

¹²⁴ Timman, Vor- und Nacherbschaft, S. 152.

¹²⁵ Buschmann, BIGBW 1970, S. 107, 108; Schmidt, Erman, § 2113 BGB RN 10; BGH NJW 1976, S. 893, 894; Gaul, Soergel, § 1482 BGB RN 2.

dem mit der Nacherbfolge belasteten Anteil noch einen unbelasteten Anteil hinzuerwirbt,¹²⁶ kann die analoge Anwendung von § 2113 I BGB nicht zum Schutz der übrigen Gesamthandsanteile abgelehnt werden. Ansonsten könnte der Vorerbe willkürlich durch rechtsgeschäftliches Handeln gezielt die Schutzbestimmungen zugunsten des Nacherben ausschalten.¹²⁷

Das Argument des Schutzes der Gesamthänder wird durch die Literatur vereinzelt auch in der Fallgruppe der Mitvorerbengemeinschaft kritisiert.¹²⁸

Wenn die Gesamthandsgemeinschaft als Miterbengemeinschaft erst mit dem Erbfall entsteht und die Belastung eines Anteils mit dem Nacherbrecht originär von dem Erblasser angeordnet wird, so war diese Gemeinschaft nach dem Willen des Erblassers in der Verfügung von vornherein bezüglich des gesamten Nachlasses beschränkt. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Erblasser bezüglich seines Nachlasses, zu dem ein Grundstück gehört, mehrere Erben zu bestimmten Quoten gemeinsam einsetzt, und bezüglich eines Miterben eine Nacherbfolge anordnet. Verfügt nun ein anderer Miterbe gemäß § 2033 I 1 BGB über seinen Anteil, und wendet man darauf § 2113 I BGB analog an, so werden die Rechte des verfügenden Miterben nicht ungerechtfertigt beeinträchtigt. Da die Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft erst mit dem Erbfall entstanden ist und der Nachlass von Anfang an mit der Anordnung der Nacherbfolge behaftet war, wird nicht in vorhandene Rechte Dritter eingegriffen. Der eigentlich unbelastete Gesamthänder hat in Wirklichkeit auch lediglich eine beschränkte Rechtsposition in der Miterbengemeinschaft erworben. Von einer nachträglichen Benachteiligung der übrigen Gesamthänder kann hier keine Rede sein.¹²⁹

Auch bei der Konstellation, in der der Erblasser einen Erben einsetzt und nur bezüglich eines Bruchteils der Erbschaft die Nacherbfolge anordnet, ist § 2113 I BGB ohne Bedenken aus Wertungsgesichtspunkten anwendbar, da der

¹²⁶ OLG Saarbrücken FamRZ 2000, S. 122.

¹²⁷ BayObLGZ 1994, 177, 182.

¹²⁸ Ludwig, DNotZ 2000, S. 67, 71.

¹²⁹ OLG Saarbrücken FamRZ 2000, S. 122, 124.

teilweise Voll-, teilweise Vorerbe eine insgesamt originär, also vom Erblasser selbst beschränkte Rechtsposition erhalten hat.¹³⁰

Das Argument des Schutzes der übrigen Gesamthandsanteile wird folglich nur vereinzelt in der Literatur gegen die Anwendung des § 2113 I BGB angeführt.

- Schutz der Gesamthand: Bei Gesamthandsgesellschaften, vor allem bei denen, die am wirtschaftlichen Verkehr teilnehmen, wäre die Geschäftsführung der Gesellschaft bei einer Anwendung des § 2113 I BGB aufgrund der Mitwirkung des Nacherben als Nicht- Gesellschaftsmitglied wesentlich erschwert. Dies verdeutlicht folgendes Beispiel: Der Erblasser A war zusammen mit B Gesellschafter einer OHG. Aufgrund einer Nachfolgeklausel rückt C in die Gesellschafterstellung des Erblassers A ein, und zwar lediglich als Vorerbe. Der Mitgesellschafter B verfügt nun im Namen der OHG über ein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Grundstück. Würde man § 2113 I BGB auf diese Verfügung analog anwenden, so müsste die Zustimmung des Nacherben, der nicht Mitglied der Gesellschaft ist, eingeholt werden. Dadurch würde die Handlungsfreiheit der OHG beeinträchtigt. Die Zustimmungspflicht des Nacherben würde insbesondere im Gesellschaftsrecht die Flexibilität der Geschäftsführung bei Entscheidungen vermindern.¹³¹ Der Erfolg einer sich wirtschaftlich betätigenden Gesellschaft hängt aber gerade von ihrer zuverlässigen und schnellen Handlungsfähigkeit ab. Um diese zu gewährleisten, hat der Gesetzgeber bewusst die Gesamthand zum Rechtsträger erklärt, §§ 124 I, 161 II HGB. Dies ist nun auch nach neuerer Rechtsprechung¹³² für die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts anerkannt. Für die Rechtsfähigkeit dieser Gesellschaft wurde vor allem die Vermeidung der Beeinträchtigung der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft im Rechtsverkehr angeführt. Diese Chance der Handlungsfähigkeit soll nicht allein dadurch, dass ein Vorerbe einen Anteil an der Gesamthand hält, zunichte

¹³⁰ Ludwig, DNotZ 2000, S. 67, 68.

¹³¹ Schmidt, FamRZ 1976, S. 683, 687.

¹³² BGH NJW 2001, S. 1056, 1057.

gemacht werden.¹³³ Gerade dies würde aber bei der Anwendung des § 2113 I BGB erfolgen.

(2) Weitere Argumente der Literatur

Im Folgenden sollen weitere Argumente, die gegen eine analoge Anwendung des § 2113 I BGB sprechen, im Einzelnen dargestellt werden.

Schon das Vorhandensein einer **Regelungslücke** erscheint **zweifelhaft**.¹³⁴ Der Gesetzgeber mag zwar die Regelung der Verfügung über einen Gesellschaftsanteil übersehen haben. Jedoch müsste eine Analogie, wenn man auf die gleich hohe Bedeutung eines Gesamthandsanteiles wie des Grundstücks abstellen will, insgesamt für die Verfügung über alle Arten von Erbschaftsgegenständen mit besonderem Wert für den Nachlass erfolgen. Dem Gesetzgeber kann jedoch schwer unterstellt werden, er habe sämtliche bedeutende Nachlassgegenstände zu regeln versäumt. Das Vorliegen einer Regelungslücke hinsichtlich der Verfügung über einen Gesellschaftsanteil ist somit schon fragwürdig.

Ein weiteres Argument gegen die analoge Anwendung des § 2113 I BGB ist auch die **Rechtsklarheit** und **Rechtssicherheit**.¹³⁵

Eine analoge Anwendung des § 2113 I BGB in den Fällen, in denen der Schutz des Nacherben dies erfordert, würde eine uneinheitliche und nicht vorhersehbare Rechtsanwendung zur Folge haben. Eine solche Analogie aus wirtschaftlichen Gründen macht in jedem Einzelfall die Prüfung notwendig, ob der Gesamthandsanteil den wesentlichen Wert des Grundstücks ausmacht und ob deshalb aufgrund der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit § 2113 I BGB auch bezüglich des Grundstücks als Bestandteil eines Gesamthandsvermögens anzuwenden ist. Um festzustellen, ob die Verfügung über den Gesamthandsanteil wirtschaftlich betrachtet einer Verfügung über den wesentlichen Wert des Nachlasses gleichsteht, würden sich schnell verschiedene, unterschiedliche Methoden der Wertbemessung herausbilden,

¹³³ Schmidt, FamRZ 1976, S. 683, 687.

¹³⁴ Banck, Vor- und Nacherbfolge, S. 67.

¹³⁵ Prölss, JZ 1970, S. 95, 97.

die zu einer uneinheitlichen Rechtsanwendung führten. Als Folgeproblem wäre ferner noch die Frage zu klären, ab welcher Prozentgrenze der Gesamthandsanteil den wesentlichen Wert des Nachlasses darstellt.¹³⁶ Klare Abgrenzungskriterien wären kaum definierbar, eine einheitliche Rechtsanwendung wäre nicht gewährleistet. Bei jeder einzelnen Verfügung des Vorerben müssten Wert und Bedeutung des Verfügungsobjekts gerade für diesen speziellen Nachlass ermittelt werden. Je nach dem Wert des Nachlasses insgesamt kann eine Verfügung über einen beliebigen Gegenstand derjenigen über ein Grundstück gleichstehen. Ob der Verfügungsgegenstand einem Grundstück gleichzustellen ist, kann kaum objektiv und allgemeingültig festgestellt werden.¹³⁷ Umgekehrt ist es aber auch denkbar, dass der Erblasser trotz des Vorhandenseins erheblichen sonstigen Privatvermögens gerade bezüglich des Gesamthandsanteils an einer Weitergabe an den Nacherben interessiert ist.¹³⁸ Die wirtschaftliche Vergleichbarkeit des Gesamthandsanteils mit dem Grundstück ist also in keiner Richtung eindeutig und aussagekräftig. Gegen eine analoge Anwendung aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten sprechen folglich die Grundsätze der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Gegen eine Anwendung des § 2113 I BGB spricht im Regelfall auch, dass § 2113 I BGB als **Ausnahmevorschrift** gegenüber § 2112 BGB eng auszulegen ist und sich daher eine ausdehnende Analogie verbietet.¹³⁹ Ein dringendes Bedürfnis für eine Durchbrechung des Grundsatzes der Verfügungsfreiheit des Vorerben außerhalb des Gesetzes ist hier auch aus Wertungsgesichtspunkten nicht gegeben.¹⁴⁰ Denn der Verfügungsbegriff in § 2113 I BGB ist **rechtlich und nicht wirtschaftlich auszulegen**. Dies bedeutet, dass eine Verfügung über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück im Sinne des § 2113 I BGB nur dann vorliegt, wenn das Grundstück selbst zur Erbschaft gehört, nicht auch wenn wirtschaftlich gleichwertige Güter, wie zum

¹³⁶ Timmann, Vor- und Nacherbschaft, S. 150.

¹³⁷ Banck, Vor- und Nacherbfolge, S. 67.

¹³⁸ Timmann, Vor- und Nacherbschaft, S. 150.

¹³⁹ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 2, 11, 14.

¹⁴⁰ Schmidt, Erman, § 2113 BGB RN 11.

Beispiel der Gesamthandsanteil, betroffen sind. Ansonsten käme es zu einer unübersichtlichen Ausuferung der Anwendungsfälle des § 2113 I BGB. Eine erweiternde Auslegung aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten ist somit nicht vorzunehmen.¹⁴¹

Gegen eine extensive Anwendung des § 2113 BGB spricht auch, dass diese Regelung nicht nur dem Nacherbenschutz dient, sondern auch eine **ordnungsgemäße Verwaltung** des Nachlasses durch den Vorerben zum Ziel hat. Damit der Vorerbe dem gerecht werden kann, benötigt er ein möglichst weitgehendes Verfügungsrecht. Dies hat der Gesetzgeber durch den Grundsatz der freien Verfügungsbefugnis des Vorerben in § 2112 BGB berücksichtigt. Eine Ausdehnung der Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB über die ausdrücklich aufgezählten Verfügungsbeschränkungen hinaus würde den Vorerben in seinem Handlungsspielraum beeinträchtigen und somit eine sinnvolle Verwaltung des Nachlassvermögens erschweren.¹⁴²

Ein weiterer Begründungsansatz gegen die Anwendung des § 2113 I BGB ergibt sich aus dessen **Normzweck**.

Sieht man diesen mit der überwiegenden Meinung¹⁴³ in dem Schutz des Nacherben, so ist zumindest bei mehrgliedrigen Gesamthandsgesellschaften die Anwendung der Verfügungsbeschränkung nicht geboten. Der Nacherbe ist in diesen Fällen bereits durch die Wahrnehmung der gesellschaftsrechtlichen Rechte durch die Mitgesellschafter ausreichend geschützt.¹⁴⁴ Der Vorerbe unterliegt hier der Kontrolle der Mitgesellschafter innerhalb der Gesamthand. Alleingänge sind somit bereits durch den gesellschaftsrechtlichen Rahmen, der dann indirekt den Nacherben schützt, ausgeschlossen.

Der Normzweck gebietet auch dann keine analoge Anwendung, wenn er nicht im Schutz des Nacherben, sondern im Schutz des Weitergabeinteresses des

¹⁴¹ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 11; Harder, Wegmann, Soergel, § 2113 BGB RN 3.

¹⁴² Hefermehl, Vor- und Nacherbschaft, S. 223, 227.

¹⁴³ BGH NJW 1976, S. 893, 894; Schubert, Jakobs, Beratungen, S. 114; Krug, Krug, Erbrecht, § 10 RN 190; Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 1; Edenhofer, Palandt, § 2113 BGB RN 1.

¹⁴⁴ Timmann, Vor- und Nacherbschaft, S. 151.

Erblassers bezüglich bestimmter Gegenstände gesehen wird.¹⁴⁵ Danach soll der Nacherbenschutz also nur dann eingreifen, wenn es dem Erblasser gerade darauf ankommt, dass der Gesamthandsanteil, der das Grundstück beinhaltet, an die Person des Nacherben gelangt. So kommt eine Verfügungsbeschränkung bei Gesellschaftsbeteiligungen, denen der Erblasser weder persönlich noch emotional verbunden ist, mangels eines besonderen Interesses des Erblassers an der Weitergabe gerade dieses konkreten Unternehmensanteils an den Nacherben nicht in Betracht. Dies ist zum Beispiel vor allem bei Anteilen von Gesellschaften der Fall, die nur aus steuerrechtlichen Gründen entstanden sind. Ferner wird es dem Erblasser oft, wenn überhaupt, nur um die Weitergabe der Unternehmensbeteiligung gehen. Das im Geschäftsvermögen vorhandene Grundstück wird dagegen meist lediglich als auswechselbarer Bestandteil angesehen.¹⁴⁶

Folgt man dieser Ansicht über den Normzweck des § 2113 I BGB, so muss jedoch wiederum die Absicht des Erblassers in jedem Einzelfall genau geprüft werden. In jedem Einzelfall müsste das Interesse des Erblassers ermittelt werden, um festzustellen, ob er an der Weitergabe des betreffenden Grundstücks an den Nacherben ein Interesse hatte. Die Schwierigkeiten, die sich bei der Bestimmung des Erblasserwillens in der Praxis ergeben, sind aus den Fällen der Auslegung von letztwilligen Verfügungen und den daraus folgenden (gerichtlichen) Streitigkeiten hinlänglich bekannt. Aufgrund der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit lässt sich aus dem Normzweck kein ausschlaggebendes Argument für oder gegen eine analoge Anwendung des § 2113 I BGB gewinnen.

Auch **Verkehrsschutzüberlegungen** stehen einer analogen Anwendung nicht entgegen. Die Anordnung einer absoluten Verfügungsbeschränkung wie in § 2113 I BGB stellt an sich für den Rechtsverkehr eine Gefahr dar, wenn sie für denjenigen, der von dem Vorerben erwirbt, nicht erkennbar war. Unvorhergesehen verliert er dann mit dem Eintritt des Nacherbfalls seine Rechtsposition. Diese Gefahr würde zwar durch eine analoge Anwendung

¹⁴⁵ Timmann, Vor- und Nacherbschaft, S. 153.

¹⁴⁶ Timmann, Vor- und Nacherbschaft, S. 153.

erweitert, doch berücksichtigt die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs nach § 2113 III BGB die Bedürfnisse des Verkehrsschutzes hinreichend.¹⁴⁷ Wendet man § 2113 I BGB analog bei Gesamthandsgemeinschaften an, so wird zwar zunächst die Gefahr für den Rechtsverkehr ausgeweitet, da in größerem Umfang als vom Gesetz selbst angeordnet Verfügungen den Beschränkungen des § 2113 I BGB unterliegen würden. Doch dadurch wird der Rechtsverkehr letztlich nicht beeinträchtigt, da dann der ebenfalls analog anzuwendende § 2113 III BGB mit der Möglichkeit des gutgläubigen, endgültig wirksamen Erwerbs einen angemessenen Ausgleich schafft. Wendet man also § 2113 I BGB entsprechend an, so erweitert sich damit auch der Anwendungsbereich des gutgläubigen Erwerbs. Verkehrsschutzargumente vermögen folglich nicht gegen die analoge Anwendung des § 2113 I BGB zu sprechen.

Im Ergebnis sprechen folglich die Argumente der fehlenden Regelungslücke, der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit und der gebotenen engen Auslegung des § 2113 I BGB gegen eine analoge Anwendung.

c. Rechtliche Sonderung der Anteile an den Einzelgegenständen

aa. Der Ansatzpunkt

Vereinzelt wird versucht, den Interessenkonflikt zwischen Nacherbenschutzbedürfnis und Handlungsfreiheit des Vorerben zu lösen, indem man den von der Nacherbschaft betroffenen Gesamthandsanteil in ideelle Bruchteile zerlegt.¹⁴⁸ Die Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB erstreckt sich dann nur auf den gedachten Bruchteil, welcher mit dem Nacherbenrecht belastet ist.¹⁴⁹ Die übrigen Bruchteile sind nicht erfasst. Diesbezüglich kann ohne die Beschränkung des § 2113 I BGB verfügt werden.¹⁵⁰ Es erfolgt praktisch eine Gleichstellung mit dem Fall, dass ein Miteigentumsanteil von der Vorerbschaft erfasst wird.¹⁵¹ So wird weder der Nacherbe übermäßig gefährdet, noch ist der

¹⁴⁷ Schmidt, FamRZ 1976, S. 683, 689.

¹⁴⁸ Batsch, NJW 1970, S. 1314; Prölss, JZ 1970, S. 95.

¹⁴⁹ Kipp, Coing, Erbrecht, S. 295.

¹⁵⁰ Haegele, Rpfleger 1971, S. 121, S. 125; Batsch, NJW 1970, S. 1314, 1315.

¹⁵¹ Edelmann, Beschränkungen des Vorerben, S. 27.

Vorerbe in ungerechtfertigter Weise in seiner Verwaltungstätigkeit beschränkt.¹⁵²

Folgendes Beispiel soll die Fallkonstellation verdeutlichen:¹⁵³ A und B leben in Gütergemeinschaft. B setzt A als alleinigen Vorerben ein und stirbt. Will nun A über das zum Gesamtgut gehörende Grundstück verfügen, stellt sich das Problem der Anwendung des § 2113 I BGB. Nimmt man eine gedankliche Aufteilung in je zwei hälftige Bruchteile an dem Gesamtgutsgegenstand vor, so ergibt sich ein unbelasteter Bruchteil des A und ein mit der Nacherbfolge belasteter Bruchteil, den A von B geerbt hat. Durch diese gedankliche Aufteilung in zwei ideelle Hälftebruchteile bekommt A die Möglichkeit, in Höhe des unbelasteten Bruchteils von $\frac{1}{2}$ frei über das Grundstück zu verfügen. Der Schutz des Nacherben wird dadurch präziser dosiert als bei der Anwendung des § 2113 I BGB auf einen unteilbaren Anteil am Gesamthandsvermögen, der nur ganz oder gar nicht von der Verfügungsbeschränkung erfasst sein kann.

bb. Durch Tod endende Gütergemeinschaft als Sonderfall

Da die „Bruchteilslösung“ immer am Beispiel der Gütergemeinschaft erörtert wird,¹⁵⁴ bedarf diese Konstellation der genaueren Betrachtung. Es sind zwei Fallvarianten zu unterscheiden.

(1) Der überlebende Ehegatte als Vollerbe

In dem Fall, dass A Vollerbe wird, erlischt die Gesamthand durch den Tod des B, da A ohne Auseinandersetzung Alleineigentum an den Gegenständen des Gesamtguts erlangt.¹⁵⁵ Für diesen Spezialfall ist dann aber gar keine gedankliche Aufteilung in Bruchteile nötig, da tatsächlich die Gesamthand erlischt und sich Bruchteile im Sinne einer Bruchteilsgemeinschaft bei A vereinigen. Dieser hat dann die alleinige Verfügungsmacht, da keine Gesamthandsanteile mehr bestehen. Dieser Fall hat streng genommen nichts

¹⁵² Batsch, NJW 1970, S. 1314, 1315.

¹⁵³ Batsch, NJW 1970, S. 1314.

¹⁵⁴ Batsch, NJW 1970, S. 1314, 1315.

¹⁵⁵ Gaul, Soergel, § 1482 BGB RN 2.

mit dem hier behandelten Problem der Anwendbarkeit des § 2113 I BGB bei Gesamthandsgemeinschaften zu tun.

(2) Der überlebende Ehegatte als Vorerbe

Wird A nur Vorerbe, vereinigen sich beide Gesamthandsanteile in seiner Hand. In diesem Fall wird vereinzelt vertreten,¹⁵⁶ dass auch dann die Gesamthand ohne Auseinandersetzung erlösche. Der überlebende Ehegatte als Vorerbe würde mit dem Erbfall ohne Auseinandersetzung Alleineigentum an allen Gesamtgutsgegenständen erwerben. Das Ende der Gesamthandsgemeinschaft falle entgegen § 1471 II BGB mit dem Ende der Gütergemeinschaft zusammen. Durch diese Prämisse ist der Weg bereitet für eine Beschränkung des Vorerben nur in der Verfügung über den mit der Nacherbschaft belasteten Bruchteil. Geht man bereits bei dem Ende der Gütergemeinschaft durch den Tod des erstversterbenden Ehegatten von dem Ende der Gesamthandsgemeinschaft aus, so steht einer Anwendung des § 2113 I BGB auf den hälftigen, mit der Nacherbfolge belasteten Anteil nichts im Wege.

Nach überwiegender Ansicht¹⁵⁷ bleibt die Gesamthand bis zu einer Auseinandersetzung aber bestehen. Im Erbfall vereinigen sich zwar die beiden Gesamthandsanteile in der Person des überlebenden Ehegatten als Vorerbe, doch endet damit nicht die Gesamthand. Vielmehr ist hierfür eine Auseinandersetzung gemäss § 1471 BGB notwendig. Der überlebende Ehegatte erwirbt Alleineigentum, das „aus zwei dogmatisch sehr wohl unterscheidbaren und zu unterscheidenden Teilen“¹⁵⁸ besteht. Neben dem eigenen, freien Anteil hat er nun auch den Anteil, der zu der belasteten Erbschaft gehört. Aufgrund dieser Belastung bleibt die Gesamthandsbeziehung bezüglich der beiden verschiedenen Anteile bis zur Auseinandersetzung bestehen. Der Fortbestand der Gesamthandsgemeinschaft wird gerade für den Fall der Beendigung der Gütergemeinschaft durch § 1471 II und § 1497 II

¹⁵⁶ Prölss, JZ 1970, S. 95, 96; Batsch, NJW 1970, S. 1314, 1315.

¹⁵⁷ KG JFG 1, 358, 361; BGH NJW 1964, S. 768, 768; Gaul, Soergel, § 1482 BGB RN 2; Schmidt, FamRZ 1976, S. 683, 686; Edelmann, Beschränkungen des Vorerben, S. 29.

¹⁵⁸ Edelmann, Beschränkungen des Vorerben, S. 29.

BGB angeordnet (vgl. auch die entsprechenden Regelungen in § 860 ZPO). Dies gilt auch dann, wenn zwar alle Anteile sich in der Hand des überlebenden Ehegatten vereinigen, aber diese nur teilweise einer Belastung durch Nacherbfolge unterliegen. Richtiger Weise ist folglich vom Fortbestand der Gesamthandsgemeinschaft im Falle des Endes der Gütergemeinschaft auszugehen.

Um die gleichwertigen Interessen des Vor- und des Nacherben auch bei Fortbestehen der Gesamthandsgemeinschaft zu berücksichtigen, schlagen Einige¹⁵⁹ eine analoge Anwendung des § 2113 BGB dahingehend vor, dass die Verfügungen des Vorerben nur insoweit den Beschränkungen des § 2113 I BGB unterliegen, als sie mehr als die Hälfte der Gesamtgutsgegenstände betreffen. Bei einem teilbaren Grundstück könnte der Vorerbe also die Hälfte veräußern bzw. jemandem hälftiges Miteigentum einräumen, ohne dabei an die Beschränkung des § 2113 I BGB gebunden zu sein. Da eine rechtliche Sonderung der Gesamthandsanteile, die in der Hand des überlebenden Ehegatten verschmelzen, aufgrund der nur für den ererbten Anteil angeordneten Nacherbfolge notwendig sei, müsse das Vorhandensein von Bruchteilen anerkannt werden.¹⁶⁰ Ferner gebiete ein gerechter Ausgleich der Interessen des überlebenden Ehegatten bezüglich seines eigenen unbelasteten Anteils mit dem Schutzinteresse des Nacherben eine beschränkte Analogie des § 2113 I BGB in dem Sinne der „Bruchteilslösung“.¹⁶¹

Geht man richtiger Weise vom Fortbestand der Gesamthand aus, ist die „Bruchteilslösung“ aber durchgreifenden Einwänden ausgesetzt.¹⁶²

Der dogmatische Unterschied zwischen Bruchteils- und Gesamthandsgemeinschaft verbietet gerade eine Aufteilung in Bruchteile. Die „Bruchteilslösung“ ist mit dem Typenzwang des Sachenrechts nicht vereinbar, da die Gesamthandsgemeinschaft nur durch Auseinandersetzung in eine

¹⁵⁹ KG JFG 1, 358, 361; Prölss, JZ 1970, S. 95, 98; Haegeler, Rpfleger 1971, S. 121, 125.

¹⁶⁰ KG JFG 1, 358, 361.

¹⁶¹ Prölss, JZ 1970, S. 95, 98.

¹⁶² BGH NJW 1964, S. 768; Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 17; Edelmann, Beschränkungen des Vorerben, S. 31.

Bruchteilsgemeinschaft umgewandelt werden kann. Nach § 1471 II BGB gelten bis zur Auseinandersetzung für das Gesamtgut die Vorschriften des § 1419 BGB, der eine Gemeinschaft zur gesamten Hand anordnet. Bis zum Zeitpunkt der Auseinandersetzung bestehen an den einzelnen Gegenständen gerade keine Anteile, über die in Höhe der unbelasteten Quote frei verfügt werden könnte.¹⁶³ Eine reale Teilung der Gegenstände des Gesamtguts oder die Einräumung von Miteigentum würde folglich nicht der Intention des Gesetzgebers, der das Erfordernis einer Auseinandersetzung aufstellt, entsprechen.¹⁶⁴

Außerdem würde die Lösung mit gedanklicher Bruchteilsbildung auch den Vorerben benachteiligen:

Die reale Teilung der Gesamtgutsgegenstände bzw. die Einräumung von Miteigentum hieran könnte dazu führen, dass der Vorerbe –um über das Grundstück verfügen zu können- ein Grundstück teilen muss, welches er bei ordnungsgemäßer Auseinandersetzung im Ganzen erhalten würde.¹⁶⁵ Gehört zum Gesamtgut zum Beispiel neben einem Grundstück erhebliches Barvermögen, so ist es denkbar, dass bei einer Auseinandersetzung der überlebende Ehegatte das Grundstück zu Alleineigentum erhält, während das Barvermögen dem Miterben zugeteilt wird. Bei der „Bruchteilslösung“ würde diese wirtschaftlich sinnvolle Aufteilung, die vom Erblasser in einer Teilungsanordnung festgelegt werden kann, verhindert.

Des weiteren würde die Anwendung des § 2113 I BGB auf Hälftebruchteile zusammenhängende, einheitliche Wirtschaftsgüter von einander trennen. Eine Zerstückelung des Gesamtguts sollte aber gerade durch die Anordnung der Fortdauer der gesamthänderischen Bindung, § 1471 II BGB, verhindert werden.¹⁶⁶ Da die Gesamtheit der Güter als Einheit meist mehr wert ist als die Summe der Einzelwerte, ist eine Trennung in Bruchteile wirtschaftlich nicht

¹⁶³ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 14; Harder, Wegmann, Soergel, § 2113 BGB RN 3.

¹⁶⁴ Edelmann, Beschränkungen des Vorerben, S. 31.

¹⁶⁵ Edelmann, Beschränkungen des Vorerben, S. 32.

¹⁶⁶ Edelmann, Beschränkungen des Vorerben, S. 34.

sinnvoll und dem Vorerben nicht zumutbar. Möglicherweise würden ihm diese Werte bei einer ordnungsgemäßen Auseinandersetzung im Ganzen erhalten bleiben. Der Wert der Einheit wirtschaftlicher Güter würde also bei dieser Lösung der gedachten Aufteilung in Bruchteile wegfallen.¹⁶⁷

Auch könnten Sinn und Zweck des Bestehens der Gesamthandsgemeinschaft einer gedachten Aufteilung in Bruchteile entgegenstehen. So ordnet § 1471 II BGB das Fortbestehen des Gesamthandsverhältnisses nach dem Tod eines Ehegatten als Liquidationsgemeinschaft an, um eine ordnungsgemäße Auseinandersetzung auch in diesem Fall sicherzustellen und eine Zerstückelung von einzelnen Vermögensgegenständen zu verhindern.¹⁶⁸ Der Zweck dieser Vorschrift würde bei der „Bruchteilslösung“ vereitelt.

(3) Bewertung

Der Lösungsweg über eine gedachte Bruchteilsgemeinschaft mag zwar im Ergebnis einen gerechten Ausgleich schaffen, doch ist er dogmatisch nicht fehlerfrei konstruierbar. Der Unterschied zwischen einer (noch) nicht auseinandergesetzten Gesamthandsgemeinschaft und einer Bruchteilsgemeinschaft darf nicht verwischt werden. Dies wird aus der klaren Trennung der beiden Formen von Gemeinschaften im BGB und den besonderen Regeln für die Bruchteilsgemeinschaft in den §§ 741 ff. BGB deutlich. Die Prämisse, dass die Gesamthand bei Beendigung der Gütergemeinschaft ebenfalls endet,¹⁶⁹ ist aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Regelung in §§ 1471 II, 1497 II BGB abzulehnen. Da der hinzuerworbene Anteil mit der Nacherbfolge belastet ist, erwirbt der überlebende Ehegatte nicht unter Fortfall der Gesamthand das Alleineigentum an den Gegenständen. Vielmehr bleibt die Gesamthand aufgrund der Unterschiedlichkeit der Anteile, im Gegensatz zu dem Fall der Vollerbschaft, bestehen.

¹⁶⁷ Edelmann, Beschränkungen des Vorerben, S. 32, 35.

¹⁶⁸ Brudermüller, Palandt, § 1471 BGB RN 2; Edelmann, Beschränkungen des Vorerben, S. 34.

¹⁶⁹ Prölss, JZ 1970, S. 95, 96; Batsch, NJW 1970, S. 1314, 1315.

Die ansonsten vertretene bruchteilsmäßige analoge Anwendung des § 2113 BGB bei fortbestehender Gesamthandsgemeinschaft,¹⁷⁰ stellt aus oben genannten dogmatischen Gründen keine tragfähige Lösung des Problems der Verfügungsbeschränkung bei Gesamthandsgemeinschaften dar. Da eine Gesamthandsgemeinschaft nur durch Auseinandersetzung in eine Bruchteilsgemeinschaft überführt werden kann, und dies aufgrund des Typenzwangs des Sachenrechts weder durch anderweitige vertragliche Regelung noch durch den Rechtsanwender mittels einer Analogie geändert werden kann, verbietet sich eine (analoge) Anwendung des § 2113 I BGB auf ideelle Hälftebruchanteile.

d. Differenzierung nach Gesamthandstypen

Teilweise¹⁷¹ wird bei der Lösung des Problems der (analogen) Anwendung des § 2113 I BGB danach differenziert, um welche Art von Gesamthandsanteil es sich handelt. Die Ergebnisse sind jeweils bei einem Anteil an einer Gesamthandsgesellschaft (offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Gesellschaft bürgerlichen Rechts), an einer Erbengemeinschaft und an einer ehelichen Gütergemeinschaft verschieden.

Betrachtet man die drei verschiedenen Gesamthandsgemeinschaften, so tauchen die bereits genannten Argumente für und gegen eine analoge Anwendung des § 2113 I BGB wieder auf, jedoch haben die Argumente bei den verschiedenen Gesamthandstypen ein unterschiedliches Gewicht.

¹⁷⁰ KG JFG 1, 358, 361; Prölss, JZ 1970, S. 95, 98; Haegele, Rpfleger 1971, S. 121, 125.

¹⁷¹ Schmidt, FamRZ 1976, S. 683, 688; Haegele, Rpfleger 1977, S. 50 ff.

aa. Gesamthandsgesellschaften

Bei unternehmerisch tätigen Gesamthandsgesellschaften, die nach außen ähnlich wie Kapitalgesellschaften am wirtschaftlichen Verkehr teilnehmen, erscheint zunächst ein Vergleich angebracht mit der Rechtslage bei Kapitalgesellschaften (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien). Bei Anteilen an Kapitalgesellschaften kommt eine (analoge) Anwendung des § 2113 I BGB bereits wegen folgender Gründe nicht in Betracht:

Befindet sich zum Beispiel in dem Vermögen des A ein Gesellschaftsanteil an einer GmbH, deren Vermögen überwiegend aus Grundstücken besteht, und bestimmt A den B als Vorerben bezüglich seines Vermögens, so kann B nach dem Vorerbfall über den Gesellschaftsanteil ohne die Beschränkung des § 2113 I BGB verfügen, da lediglich der GmbH-Anteil, und nicht das Grundstück Gegenstand des Nachlasses ist.¹⁷² Eine analoge Anwendung der Verfügungsbeschränkung auf die Verfügung über den Gesellschaftsanteil ist hier schon deshalb nicht möglich, da die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft nicht im Grundbuch vermerkt sind, und folglich bezüglich des einzelnen Gesellschafters kein Nacherbenvermerk eingetragen werden kann.¹⁷³ Eine Kenntlichmachung der Nacherbfolge im Grundbuch ist im Beispielsfall bei einer Kapitalgesellschaft nicht möglich. Im Beispielsfall ist im Grundbuch als Eigentümerin lediglich die GmbH als juristische Person eingetragen; die Gesellschafterstellung des B geht aus dem Grundbuch nicht hervor. Folglich kann seine Beschränkung durch die Nacherbschaft im Grundbuch an keiner Stelle eingetragen werden. Die Durchführung der Nacherbfolge bezüglich eines Kapitalgesellschaftsanteils ist somit nicht möglich.

Aus der Nichtanwendbarkeit des § 2113 I BGB bei Kapitalgesellschaftsanteilen kann man aber wegen des grundlegenden Unterschiedes zwischen Kapitalgesellschaften (= Körperschaften) mit einer

¹⁷² Pardey, Alternativkommentar, § 2113 BGB RN 4d.

¹⁷³ Grunsky, MüKo, § 2113 BGB RN 6.

bloßen Kapitalbeteiligung der einzelnen Gesellschafter und Gesamthandsgesellschaften (Personengesellschaften) mit gesamthänderischem Eigentum der Gesellschafter keine Folgerungen für die Anwendbarkeit des § 2113 I BGB auf die Verfügung über Gesamthandsgesellschaftsanteile ziehen.

Da der Verfügungsbegriff rechtlich ausgelegt werden muss, ist für die Anwendbarkeit des § 2113 I BGB nicht entscheidend und ausreichend, wenn die Verfügung über einen Gesamthandsgesellschaftsanteil wirtschaftlich der über einen Kapitalgesellschaftsanteil bzw. ein Grundstück gleich kommt.

Der Vergleich mit Kapitalgesellschaften führt hinsichtlich der Lösung des Problems bei Gesamthandsgesellschaften letztlich nicht weiter.

(1) Besonderheiten

Bei der Gesamthandsgesellschaft, die im wirtschaftlichen Verkehr auftritt, gewinnt das Argument der Flexibilität der Geschäftsführung und des Schutzes der übrigen Gesellschafter besondere Bedeutung.

Würde man die Verfügungsbeschränkung auf ein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Grundstück anwenden, so würden dadurch auch die übrigen Gesellschafter mitbetroffen, obwohl sie keinen Einfluss auf die Entstehung der testamentarischen Regelung eines anderen Gesellschafters haben.¹⁷⁴ Bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehend aus den Gesellschaftern A, B und C hat zum Beispiel der A bezüglich seines Vermögens Vor- und Nacherbschaft angeordnet: D ist als Vorerbe eingesetzt, E als Nacherbe. A verstirbt, und D rückt in die Gesellschafterstellung des A. Mit der letztwilligen Verfügung des A haben die Mitgesellschafter B und C nichts zu tun. Sie konnten bei dieser weder mitwirken noch sie beeinflussen. Bei einer Anwendung des § 2113 I BGB würden sie trotzdem in ihrer Verfügungsmacht als Unbeteiligte beeinträchtigt, da zu der gemeinschaftlichen Verfügung durch B, C und D nun der Nacherbe E zustimmen müsste. Die Gesamthandsgesellschaften sind auf die Verfügungsmöglichkeit der Gesamthand angewiesen, um angemessen am wirtschaftlichen Verkehr teilnehmen zu können. Würde die Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB auch auf die Verfügung über die

¹⁷⁴ Haegeler, Rpfleger 1977, S. 50, 52.

einzelnen Gesellschaftsvermögensgegenstände angewendet werden, wäre die Gesellschaft in ihrer unternehmerischen Freiheit eingeschränkt.

Bei der Gesamthandsgesellschaft besteht ferner die Besonderheit, dass eine Verweisung auf die Möglichkeit der Auseinandersetzung für die Gesellschafter nicht zumutbar ist.

Eine solche Auseinandersetzung würde zwar dazu führen, dass die Gesellschafter B und C ohne die Beschränkungen der Nacherbschaft über den ihnen zustehenden Teil frei verfügen könnten und folglich nicht in ihren eigenen Rechten beeinträchtigt würden. „Das Zuviel an Verfügungsbeschränkung“¹⁷⁵ könnte durch eine Auseinandersetzung beseitigt werden. Eine solche ist unternehmerisch tätigen Gesellschaftern aber nicht zumutbar. Eine Auseinandersetzung wäre dem wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft abträglich, da ja gerade die Verbindung in einer Gesamthandsgemeinschaft von den Unternehmern gewählt wurde, um die Produktivität und Effektivität zu steigern. Diesen Wertzuwachs und den Gesellschaftszweck würde eine Auseinandersetzung vernichten. Da die Gesellschafter deshalb nicht auf eine Auseinandersetzung verwiesen werden können, scheidet eine analoge Anwendung des § 2113 I BGB aus.

Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung zwischen dem Schutz des Vorerben und dem des Nacherben müssen aufgrund der dargestellten gesellschaftsrechtlichen, strukturellen Besonderheiten somit die Interessen des Nacherben zurückstehen.¹⁷⁶

(2) Kritik

Die vorgebrachten Argumente, welche die Besonderheit der Gesamthandsgesellschaft berücksichtigen, sind keiner Kritik ausgesetzt.

(3) Ergebnis

Im Falle einer Gesamthandsgesellschaft findet somit § 2113 I BGB im Ergebnis keine analoge Anwendung.

¹⁷⁵ Schmidt, FamRZ 1976, S. 683, 688.

¹⁷⁶ Buschmann, BIGBW 1970, S. 107, 107.

bb. Eheliche Gütergemeinschaften

Ist der überlebende Ehegatte Vorerbe des verstorbenen Ehegatten und eine dritte Person -häufig ein oder mehrere Abkömmlinge- Nacherbe, ist fraglich, ob der überlebende Ehegatte bezüglich der Verfügung über ein zum Gesamtgut gehörendes Grundstück bis zur Auseinandersetzung der Beschränkung des § 2113 I BGB unterliegt.

Vorweg zu stellen ist, dass § 1419 I BGB eine Verfügung über den Gesamtgutsanteil nicht zulässt und somit nur die Fallgestaltung der Verfügung des überlebenden Ehegatten über das zum Gesamtgut gehörende Grundstück in Betracht zu ziehen ist.¹⁷⁷

(1) Besonderheiten

Für eine Anwendung des § 2113 I BGB auf die Verfügung über das zum Gesamtgut gehörende Grundstück spricht, dass der überlebende Ehegatte auch schon zu Lebzeiten des Ehegatten bezüglich des Grundstücks gesamthänderisch gebunden war, § 1419 I BGB. Deshalb kann es ihm zugemutet werden, dass er auch hinsichtlich seines eigenen Anteils nun die Zustimmung des Nacherben benötigt.¹⁷⁸ Die Ehegatten haben beide gemeinschaftlich und freiwillig die Beschränkungen der Gütergemeinschaft und der Vor- und Nacherbschaft vereinbart. Im Gegensatz zur Gesamthandsgesellschaft wird hier nur der mitwirkende Ehegatte von den Folgen der Nacherbschaft erfasst, nicht ein außenstehender Dritter. Schon durch die Vereinbarung der Gütergemeinschaft hat sich der Ehegatte, auch für die Zeit nach dem Tod eines Ehegatten, in erheblicher Weise gebunden. Im Fall der Gütergemeinschaft werden folglich durch eine Anwendung des § 2113 I BGB keine schutzwürdigen Interessen eines Dritten beeinträchtigt.

Ferner stellt das Gesamtgut nach der gesetzlichen Regelung, § 1416 BGB, den Hauptteil des ehelichen Vermögens dar. Deshalb ist der Wert des Nachlasses eines Ehegatten im Wesentlichen durch seinen Anteil am Gesamtgut bestimmt. Nach der Intention des § 2113 I BGB soll aber gerade der

¹⁷⁷ Johannsen, RGRK, § 2113 BGB RN 2.

¹⁷⁸ Haegele, Rpfleger 1977, S. 50, 52.

wesentliche Teil des Nachlasses geschützt werden.¹⁷⁹ Der Schutz des Nacherben könnte hier eine effektive Ausgestaltung erfahren.¹⁸⁰ Wegen § 1416 BGB würde nämlich keine Rechtsunsicherheit bezüglich der Feststellung, was als wesentliches Vermögen beim konkreten Nachlass anzusehen ist, entstehen. Das Gesamtgut ist der Vermögensteil der Ehegatten, der durch §§ 1419 f. BGB als Grundlage für das gemeinsame Zusammenleben geschützt wird. Dazu korrelierend soll dieser Hauptteil des Vermögens durch § 2113 I BGB gerade dem Nacherben erhalten werden. Für die analoge Anwendung des § 2113 I BGB bei der Gütergemeinschaft spricht folglich, dass der Anteil an dem Gesamtgut ähnlich wie ein Grundstück den Hauptteil des Vermögens ausmacht und im Umfang klar festgelegt ist, so dass keine Rechtsunsicherheit auftreten würde.

Der Vorerbe ist durch die Anwendung des § 2113 I BGB auch deshalb nicht übermäßig belastet, da er eine „Auseinandersetzung“ mit sich selbst vollziehen kann, wodurch er die freie Verfügungsbefugnis über die Gegenstände erhält, die seinem schon vor dem Tod des Ehegatten zustehenden Anteil entsprechen.¹⁸¹ Dadurch kann der Vorerbe erreichen, dass er die freie Verfügungsbefugnis über die Gegenstände erlangt, die seinem eigenen, nicht mit der Nacherbfolge belasteten Anteil entsprechen. Eine solche Auseinandersetzung mit sich selbst ist dann wirksam, wenn sie nach außen hinreichend kenntlich gemacht wird und eindeutig ist. Diese Manifestation nach außen kann am sichersten durch die Aufstellung eines Teilungsplans durch den vorerbenden Ehegatten gewährleistet werden, in den der Nacherbe einwilligt. Ferner müssen die dem Vorerben zugewiesenen Gegenstände wertmäßig dem eigenen, unbelasteten Anteil entsprechen. Bezüglich der restlichen Gegenstände könnte so § 2113 I BGB Anwendung finden, ohne den Ehegatten in seinem unbelasteten, ursprünglichen Anteil zu beeinträchtigen. In diesem Fall bleibt die „Auseinandersetzung“ auch im Nacherbfall wirksam.¹⁸²

¹⁷⁹ Edelmann, Beschränkungen des Vorerben, S. 16.

¹⁸⁰ Kanzleiter, MüKo, § 1482 BGB RN 5; Heckelmann, Erman, § 1482 BGB, vor RN 1.

¹⁸¹ Edelmann, Beschränkungen des Vorerben, S. 111.

¹⁸² Edelmann, Beschränkungen des Vorerben, S. 105, 108, 110, 111.

Danach wäre der vorerbende Ehegatte durch die analoge Anwendung des § 2113 I BGB nicht unzumutbar beeinträchtigt.

(2) Kritik

Trotz der Besonderheiten bei der Gütergemeinschaft bleiben aber Bedenken bezüglich der Anwendung des § 2113 I BGB bestehen.

Gegen die Anwendung des § 2113 I BGB auf Verfügungen über das zum Gesamtgut gehörende Grundstück spricht, dass dem Vorerben nun auch hinsichtlich seines aus eigenem Recht zustehenden, nicht vom Erblasser erhaltenen Anteils eine freie Verfügung nicht möglich wäre. Diesbezüglich steht dem Erblasser aber keine Testierbefugnis zu. Er kann eine Nacherbfolge nur bezüglich des Vermögens anordnen, welches er dem Vorerben als Nachlass zukommen lassen will. Auf das Vermögen, das der vorerbende Ehegatte schon vor dem Erbfall innehatte, kann er dagegen keinen Einfluss ausüben. Bei einer analogen Anwendung des § 2113 I BGB bei der Gütergemeinschaft würde demnach der Schutz des Nacherben über das ihm zugedachte Maß hinaus gehen.¹⁸³

Betrachtet man nun die unterschiedlichen Argumentationsversuche, so zeigt sich, dass eine analoge Anwendung von § 2113 I BGB bei der Gütergemeinschaft zu einer Beeinträchtigung des vorerbenden Ehegatten bezüglich seines nicht ererbten, eigenen Anteils führen würde. Der Verweis auf die Auseinandersetzungsmöglichkeit mag nicht zu überzeugen, da auch der vorerbende Ehegatte bezüglich des Zeitpunkts freie Wahl haben sollte, § 2042 BGB. Auch das Argument, dass das Gesamtgut nach § 1416 BGB den wichtigsten Vermögensteil ausmacht, kann nicht durchgreifen. Bei § 2113 I BGB sind wirtschaftliche Überlegungen gerade nicht anzustellen. Einziges Kriterium muss die Abwägung der Interessen des Nacherben mit denen des verbleibenden Gesamthänders sein. Da dabei die Interessen des Vorerben überwiegen, darf § 2113 I BGB als Ausnahmegesetz dann aber nicht analog angewendet werden.

¹⁸³ Edelmann, Beschränkungen des Vorerben, S. 23, 24.

Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass auf die Verfügung über ein zum Gesamtgut gehörendes Grundstück vor der Auseinandersetzung § 2113 I BGB nicht anzuwenden ist.

cc. Erbengemeinschaften

Fraglich ist, ob bei der Vorerbschaft am Miterbenanteil § 2113 I BGB analog anzuwenden ist, wenn der Vorerbe über diesen Miterbenanteil an dem Nachlass, zu dem ein Grundstück gehört, verfügt. Als Beispiel soll eine Miterbengemeinschaft bestehend aus A und B dienen. A setzt C als Vorerben und D als Nacherben ein. Beim Tod des A erhält C dessen Miterbenanteil als Vorerbe. Wollen nun B und C gemeinschaftlich über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück verfügen, könnte § 2113 I BGB analog anzuwenden sein. Problematisch dabei ist, dass dann auch der andere Miterbe B, der eigentlich nicht von der Nacherbfolge betroffen ist, bei Verfügungen der Zustimmung des Nacherben bedürfte. Die analoge Anwendung des § 2113 I BGB hätte nämlich zur Folge, dass das Grundstück als Ganzes der Nacherbfolge unterläge, und so auch die restlichen Miterben in ihrer Verfügung beschränkt wären. Dem könnten die Miterben dann nur durch eine Auseinandersetzung entgehen, da dann die Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB nicht mehr alle Gesamthänder betreffen würde. Entscheidend ist deshalb wiederum, ob den Erben eine Auseinandersetzung zuzumuten ist.

(1) Besonderheiten

Auch wenn die Erbengemeinschaft oft über lange Zeiträume ungeteilt fortbestehen kann, ist sie doch auf Auseinandersetzung angelegt. Dies zeigt sich in § 2032 II BGB, der davon ausgeht, dass eine Erbengemeinschaft früher oder später auseinandergesetzt wird. Eine Auseinandersetzung ist den Erben damit zumutbar. Die §§ 2042 ff. BGB regeln gerade das Verlangen nach einer Auseinandersetzung. Das Gesetz sieht folglich die Auseinandersetzung als zumutbaren Schritt an. Somit steht der Schutz der Verfügungsfreiheit der Miterben einer analogen Anwendung des § 2113 I BGB nicht entgegen.

Für die analoge Anwendung des § 2113 I BGB spricht auch, dass die Miterben ansonsten die Effektivität des Nacherbenschutzes in der Hand hätten. Würde

man § 2113 I BGB nämlich nicht anwenden, und würden die Miterben eine Auseinandersetzung verweigern, dann liefe die Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB ins Leere. Die übrigen Miterben könnten dann nämlich endgültig wirksam ohne die Zustimmung des Nacherben über ihren Anteil verfügen. Damit würde das Grundstück nicht an den Nacherben gelangen.¹⁸⁴ Das Recht, die Auseinandersetzung zu verlangen, ist aber gerade als Recht im Innenverhältnis der Erben ausgestaltet. Von ihm kann nicht die Rechtsstellung eines Dritten, des Nacherben, abhängen.

(2) Kritik

Allerdings sind auch bei der Erbengemeinschaft Argumente gegen die analoge Anwendung des § 2113 I BGB vorhanden. Die Miterben sind gemäß § 2042 I BGB grundsätzlich in der Bestimmung, ob und wann sie die Auseinandersetzung durchführen, frei. Diese Freiheit würde man ihnen nehmen, wenn man § 2113 I BGB analog anwenden würde. Um den Folgen der

Anordnung der Nacherbfolge zu entkommen, wären sie nämlich faktisch zur alsbaldigen Durchführung der Auseinandersetzung gezwungen.¹⁸⁵ Nur dann könnten sie ohne die Zustimmung des Nacherben endgültig wirksam über das zum Nachlass gehörende Grundstück verfügen.

Dieses Argument ist ausschlaggebend und überzeugend. Die Freiheit der Miterben, den Auseinandersetzungszeitpunkt ohne faktischen Druck zu wählen, hat vor dem Schutz des Nacherben Vorrang. Dies ergibt sich aus der Betrachtung der jeweiligen gesetzlichen Vorschriften, § 2042 I BGB und §§ 2112 ff. BGB. Jeder Miterbe kann zu beliebiger Zeit die Durchführung der Auseinandersetzung verlangen. Dem sind in §§ 2043 ff. BGB nur in Einzelfällen Grenzen gezogen. Dagegen sieht das Gesetz in den §§ 2112 ff. BGB nur einen beschränkten Nacherbenschutz vor. Die grundsätzlich bestehende Verfügungsbefugnis des Vorerben (§ 2112 BGB) ist in genau aufgeführten Ausnahmefällen (§§ 2113 ff. BGB) beschränkt. Durch die

¹⁸⁴ Schmidt, FamRZ 1976, S. 683, 689.

¹⁸⁵ LG Aachen Rpfleger 1991, S. 301, 302.

analoge Anwendung der Ausnahmegvorschrift des § 2113 I BGB würde also der tragende Grundsatz des § 2042 I BGB beeinträchtigt. Aus diesem Grund ist § 2113 I BGB auch bei der Erbengemeinschaft nicht analog anzuwenden.

dd. Bewertung

Die aufgezeigten Besonderheiten der einzelnen Gesamthandstypen sollten sicher zu einer differenzierenden Betrachtung veranlassen. Allerdings fällt auf, dass die bei einer analogen Anwendung auftretenden Probleme, wie zum Beispiel die Beeinträchtigung der übrigen Mitgesamthänder, als Argumente gegen eine Anwendung des § 2113 I BGB bei jeder Gesamthandsform auftauchen. Bei jeder Gesamthandsgemeinschaft ist die Analogie entscheidenden Bedenken ausgesetzt. Aus Gesichtspunkten der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist somit eine einheitliche Behandlung aller Gesamthandsformen angezeigt.

e. Zwischenergebnis

Im Falle einer Verfügung über einen Gesamthandsanteil, der ein Grundstück erfasst, oder einer Verfügung der Gesamthand über ein zu ihrem Vermögen gehörendes Grundstück, überwiegen die Argumente für den Standpunkt, dass § 2113 I BGB **nicht analog** anzuwenden ist.

Beachtenswert erscheint vor allem, dass über diesen Problembereich schon seit Generationen diskutiert wird. Trotz umfangreicher wissenschaftlicher Auseinandersetzung mit diesem Thema ist es bisher nicht gelungen, ein abschließendes Ergebnis zu finden, das – zumindest zeitweilig – einen Schlussstrich unter dieses Kapitel zieht. Dies mag vor allem daran liegen, dass eine analoge Anwendung des § 2113 I BGB in das vielschichtige Gefüge der Gesamthandsgemeinschaft, insbesondere in die Rechtsstellung der übrigen Mitgesamthänder, eingreift. Alle Versuche, den Nacherbenschutz auf diese Fälle auszudehnen, werden umgehend mit nachhaltiger Kritik beantwortet. Aus Gründen der Rechtsklarheit erscheint deshalb eine einheitliche Lösung für sämtliche Fälle, in denen ein Grundstück Bestandteil eines Gesamthandsvermögens ist, angebracht.

Da § 2113 I BGB, wie oft betont wurde, eine Ausnahmegvorschrift zu § 2112 BGB darstellt, sollte man sich streng an den Wortlaut des § 2113 I BGB halten. Von der Verfügungsbeschränkung ist lediglich der Gesamthandsanteil erfasst. Das Grundstück selbst, das zum Vermögen dieser Gesamthandsgemeinschaft gehört, ist dagegen nicht direkt Gegenstand der Nacherbfolge. Trotz mancher Gegenargumente ist dieses Ergebnis aus Verkehrsschutzgründen und im Sinne größtmöglicher Rechtssicherheit so hinzunehmen. Befinden sich im Nachlass Anteile an einer Gesamthandsgemeinschaft, so muss der Erblasser bezüglich dieser Anteile zur Umsetzung seines Willens, diese einem Dritten zu erhalten, eine andere Lösung finden als die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft.

f. Möglichkeit eines Nacherbenvermerks gemäß § 51 GBO

Als Folgeproblem stellt sich noch die Frage, ob bei Grundstücken, die Bestandteil eines Gesamthandsvermögens sind und bei denen für einen Gesamthandsanteil Vor- und Nacherbfolge angeordnet ist, ein Nacherbenvermerk im Grundbuch einzutragen ist. Der Nacherbenvermerk wird zwar erst im nächsten Abschnitt behandelt, doch ist auf diesen speziellen Fall aufgrund des Sachzusammenhangs hier schon einzugehen.

Folgendes Beispiel¹⁸⁶ soll zugrunde gelegt werden: A und B leben in Gütergemeinschaft und ein Grundstück ist Bestandteil des Gesamtguts. Die Ehefrau B ist alleinige Vorerbin des A. Der Nacherbfall soll mit dem Tod der B eintreten. B wird nach dem Tod des A als Alleineigentümerin des Grundstücks eingetragen. Fraglich ist hierbei, ob ein Nacherbenvermerk gemäß § 51 GBO eingetragen werden muss.

aa. Folgerichtige Lösungen

Unproblematisch ist die Frage für diejenigen, die eine gedankliche Aufteilung in eine Bruchteilsgemeinschaft vornehmen. Folgerichtig kommen die Vertreter dieser Ansicht zu einer Eintragung des Nacherbenvermerks mit einer Quote.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Jung, Rpfleger 1995, S. 9, 10.

¹⁸⁷ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 15.

Es wird dann bezüglich des ½-Anteils an dem betreffenden Grundstück der Nacherbenvermerk eingetragen.

Die meisten Vertreter der Meinung, dass § 2113 I BGB nicht auf die Verfügung über einen Gesamthandsanteil anwendbar ist, verneinen konsequenter Weise eine Eintragung des Nacherbenvermerks im Grundbuch.¹⁸⁸ Das Grundstück selbst ist schließlich nicht von dem Nacherbenrecht betroffen. Wird § 2113 I BGB weder direkt noch analog angewendet, so kann auch § 51 GBO nicht, auch nicht analog angewendet werden. Hierfür bestehe auch kein Bedürfnis. Der Nacherbenvermerk sei nur hinsichtlich des § 2113 III BGB zur Vermeidung eines gutgläubigen Erwerbs nötig. Wendet man aber schon § 2113 I BGB nicht an, so bedürfe es keiner Eintragung gemäß § 51 GBO. Die Anwendung des § 51 GBO und die Frage, ob ein Nacherbenvermerk eingetragen werden kann, scheint mit der Frage der Anwendbarkeit des § 2113 I BGB verknüpft zu sein.

bb. Abweichende Lösung

Vereinzelt¹⁸⁹ wird vertreten, dass die Frage der Eintragung des Nacherbenvermerks unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit des § 2113 I BGB zu betrachten sei, und dass trotz der Unanwendbarkeit des § 2113 I BGB im Falle eines zum Gesamthandsvermögen gehörenden Grundstücks ein Nacherbenvermerk im Grundbuch einzutragen sei. Bei der Nichteintragung des Nacherbenvermerks bestehen beim Eintritt des Nacherbfalles erhebliche Gefahren für den Nacherben: Die Erben des Vorerben könnten nämlich infolge des fehlenden Nacherbenvermerks wirksam über das Grundstück verfügen. In obigem Beispiel tritt die Nacherbfolge mit dem Tod der Vorerbin B ein. Als Nacherbe ist C berufen. Stirbt nun B könnten die Erben der B wirksam über das Grundstück verfügen. Entweder lassen sich die Erben der B zunächst selbst in das Grundbuch eintragen oder sie veräußern unter Vorlage des Erbscheins,

¹⁸⁸ Schaub, Oefele, GBO, § 51 RN 62; Bühler, Meikel, Grundbuchrecht, § 51

RN 59; Grunsky, MüKo, § 2113 BGB RN 3; Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB

RN 15; Harder, Wegmann, Soergel, § 2113 BGB RN 7; Schaub, ZEV 1998, S. 372, 373.

¹⁸⁹ Ludwig, Rpfleger 1987, S. 155, 156; Jung, Rpfleger 1995, S. 9, 11.

aus dem sich ebenfalls kein Hinweis auf die Nacherbfolge ergeben würde. Der Erwerber würde in beiden Fällen wirksam Eigentum von den Erben erlangen. Da die Verfügungsbeschränkung nicht aus dem Grundbuch ersichtlich ist, wäre dieser gutgläubige Erwerb auch dem Nacherben C gegenüber endgültig wirksam. Es droht folglich ein Rechtsverlust durch den Nacherben nach dem Eintritt des Nacherbfalls. Der Nacherbe wäre gezwungen, den Eintritt des Nacherbfalls abzuwarten und in diesem Moment dann im Wege einstweiligen Rechtsschutzes eine Grundbuchberichtigung zu verlangen. Die Vertreter dieser Ansicht gehen davon aus, dass die Nichtanwendung des § 2113 I BGB dem Nacherben nur für die Zeit **vor** dem Eintritt der Nacherbfolge den Schutz versagen soll. Der Nacherbenschutz trete nur deshalb zurück, um den Vorerben nicht in seiner Verfügungsfreiheit bezüglich seines eigenen, nicht ererbten Anteils zu beeinträchtigen. § 2113 I BGB müsse also aus Gründen aus dem Verhältnis von Vor- und Nacherbe zurücktreten. Nach Eintritt des Nacherbfalls sei die vorerbende Ehegattin aber nicht mehr schutzwürdig, da sie nach Eintritt des Nacherbfalls durch die Anwendung von § 2113 I BGB nicht mehr in ihren eigenen Rechten beeinträchtigt werden kann. Die von der Meinung der Nichtanwendbarkeit des § 2113 I BGB vorgebrachten Argumente des Schutzes des Vorerben könnten nun nicht mehr gegen die Eintragung eines Nacherbenvermerks sprechen. Die Schutzfunktion des Nacherbenvermerks habe so lange einzugreifen, bis sich das Nacherbenrecht verwirklicht hat, bis also sichergestellt ist, dass der betreffende Gegenstand dem Nacherben zugekommen ist.¹⁹⁰ Folglich sei der Nacherbenvermerk im Grundbuch bei der Eintragung der vorerbenden Ehegattin einzutragen. Da sie aber nach der nun gefestigten Rechtsprechung¹⁹¹ während der Vorerbschaft frei verfügen darf, handelt es sich während der Vorerbschaft um einen „schlafenden Nacherbenvermerk“,¹⁹² das heißt, seine

¹⁹⁰ Jung, Rpfleger 1995, S. 9, 12; Ludwig, Rpfleger 1987, S. 155, 156.

¹⁹¹ BGH NJW 1976, S. 893; BGH NJW 1978, S. 698; OLG Köln Rpfleger 1987, S. 60; BayObLG 1994, 177; OLG Hamburg NJW-RR 1994, S. 1231; PfälzOLG Zweibrücken Rpfleger 1998, S. 156.

¹⁹² Ludwig, Rpfleger, 1987, S. 155, 156.

Wirkungen sind bis zum Eintritt der Nacherbfolge suspendiert.¹⁹³ Bei einer Verfügung durch die Vorerbin B müsste der Nacherbenvermerk wieder gelöscht werden. Hat die B bis zum Eintritt des Nacherbfalls nicht über das Grundstück verfügt, so entfaltet der Nacherbenvermerk seine Wirkungen bis zur Eintragung des Nacherben C als Eigentümer.

cc. Bewertung

Der Auffassung, die von einem Gleichlauf von § 2113 I BGB und § 51 GBO ausgeht, ist zu folgen. Allerdings sind die Argumente der Gegenmeinung, die eine Eintragung des Nacherbenvermerks vornehmen wollen, durchaus ernstzunehmen. Erstaunlich ist, dass sich keiner der Vertreter der Nichteintragung mit den Argumenten der Gegner auseinandersetzt. Die Gegenansicht wird nicht einmal erwähnt.

Die Auffassung des „schlafenden Nacherbenvermerks“¹⁹⁴ bzw. des in seinen Wirkungen suspendierten Nacherbenvermerks¹⁹⁵ ließe sich grundbuchrechtlich jedoch nicht befriedigend umsetzen. Im eingangs angeführten Beispiel könnte bei der Eintragung der Vorerbin B als Alleineigentümerin des Grundstücks ein Nacherbenvermerk nach § 51 GBO von Amts wegen eingetragen werden, obwohl ihre Verfügungen nicht von der Beschränkung des § 2113 I BGB erfasst werden. Verfügt die Ehefrau B über das Grundstück, müsste deshalb der Nacherbenvermerk gemäß § 84 I, II lit.a, III 3.Alt. GBO gelöscht werden. Danach sind Eintragungen, soweit die Verfügungsbeschränkung nicht besteht, von Amts wegen als gegenstandslos zu löschen. Da die Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB im Falle der Verfügung durch den Vorerben vor Eintritt des Nacherbfalls nicht besteht und die Eintragung des Nacherbenvermerks somit gegenstandslos wäre, müsste der Nacherbenvermerk gelöscht werden.¹⁹⁶ Insoweit besteht jedoch die Gefahr, dass ein potenzieller Erwerber des Grundstücks von seinem Kaufinteresse abrückt, da er aufgrund

¹⁹³ Jung, Rpfleger 1995, S. 9, S. 11.

¹⁹⁴ Ludwig, Rpfleger 1987, S. 155, 156.

¹⁹⁵ Jung, Rpfleger 1995, S. 9, S. 11.

¹⁹⁶ Jung, Rpfleger 1995, S. 9, S. 11.

des eingetragenen Nacherbenvermerks der Gefahr ins Auge sieht, bei Eintritt des Nacherbfalls das Eigentum an dem Grundstück an den Nacherben zu verlieren. Die Aussage des Vorerben, dass der Nacherbenvermerk gegenstandslos ist und gelöscht werden kann, wird ihn nicht immer vollständig beruhigen. Grundbuchrechtlich ist keine Möglichkeit vorgesehen, einen „schlafenden“ Nacherbenvermerk, der zur Zeit, nämlich bis zum Nacherbfall nicht gültig ist, einzutragen.

Verfügt die Vorerbin B nicht vor dem Eintritt des Nacherbfalls über das Grundstück, so muss der Nacherbe im Zeitpunkt des Nacherbfalls seine Eintragung als Eigentümer beantragen. Der Nacherbenvermerk hat nicht zur Aufgabe, den Nacherben vor den Nachteilen, die ihm aus einer zwischenzeitlich erfolgten Verfügung durch die Erben der Vorerbin B erwachsen können, zu schützen. Er soll vielmehr den Nacherben lediglich vor einem gutgläubigen Erwerb durch beeinträchtigende Verfügungen **des Vorerben** schützen, er gibt Auskunft über die Verfügungsbeschränkung des Vorerben.¹⁹⁷ Daraus folgt, dass „nur dort, wo der Vorerbe den Beschränkungen des § 2113 BGB unterliegt und infolgedessen der Nacherbe dem Rechtsverlust durch gutgläubigen Erwerb seitens Dritter ausgesetzt ist, die Eintragung eines Nacherbenvermerks im Grundbuch angezeigt ist.“¹⁹⁸ Die Eintragung des Nacherbenvermerks hat folglich nicht die Aufgabe, den Nacherben zu einem Zeitpunkt zu schützen, in dem der Vorerbe nicht mehr als solcher verfügen kann, sondern vielmehr der Nacherbfall bereits eingetreten ist. Er soll lediglich über die Beschränkungen des Vorerben informieren, nicht den Nacherben vor Verfügungen nach Eintritt des Nacherbfalls schützen.

Der Nacherbenvermerk ist folglich bei Grundstücken, die Bestandteil eines Gesamthandsvermögens sind, nicht einzutragen. Verneint man die Anwendbarkeit der Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB, so kann konsequenter Weise auch ihre Eintragung nach § 51 GBO nicht erfolgen.

¹⁹⁷ Johannsen, RGRK § 2113 BGB RN 45; Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 31.

¹⁹⁸ Schaub, ZEV 1998, S. 372, 373.

III. Der Nacherbenvermerk im Grundbuch

Wenn der Vorerbe über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück verfügt, indem er es zum Beispiel an einen Dritten übereignet, so wird der Erwerber zunächst Eigentümer, da der Vorerbe vollwertiger Erbe und damit Berechtigter ist. Allerdings verliert der Erwerber das Eigentum, wenn der Nacherbfall eintritt, § 2113 I BGB. Diese harte Folge tritt aus Verkehrsschutzgründen gemäss §§ 2113 III, 892 I 2 BGB aber nicht ein, wenn der Erwerber bezüglich der bestehenden Nacherbschaft im Zeitpunkt der Verfügung gutgläubig war, d.h. die Nacherbfolgeordnung nicht kannte und wenn kein Nacherbenvermerk im Grundbuch eingetragen war. Nach § 2113 III BGB wirken also die Verfügungsbeschränkungen des § 2113 BGB nicht gegenüber einem Gutgläubigen. Gutgläubigkeit bezüglich einer solchen Verfügungsbeschränkung ist nach § 892 I 2 BGB nur dann beachtlich, wenn diese nicht im Grundbuch eingetragen ist. Der Nacherbenvermerk bezeugt nicht die materiell-rechtliche Rechtsstellung des Nacherben, sondern verlautbart das Bestehen einer Verfügungsbeschränkung des Vorerben.¹⁹⁹

Ist der Nacherbenvermerk dagegen im Grundbuch vermerkt, kommt es auf die Kenntnis des Erwerbers bezüglich der Nacherbschaft nicht an. Wenn sich also aus dem Grundbuch ergibt, dass bezüglich des Grundstücks Nacherbfolge angeordnet ist, so kann der Erwerber nicht „gutgläubig nacherbenfrei“ erwerben. Er verliert vielmehr mit Eintritt des Nacherbfalls das Eigentum am Grundstück. Da das Recht des Nacherben also den Gefahren des Verlustes infolge gutgläubigen Erwerbs vom Gesetz ausgesetzt ist, muss das Gesetz im Gegenzug Schutz vor diesem Verlust durch Eintragung im Grundbuch gewähren.²⁰⁰ Um dem Nacherben einen möglichst umfassenden Schutz zu gewährleisten, ist die Eintragung eines Nacherbenvermerks im Grundbuch von Amts wegen vorgesehen, § 51 GBO.

¹⁹⁹ Kraiss, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 2.

²⁰⁰ OLG Hamm Rpfleger 1975, S. 134, 135.

Durch die Eintragung des Nacherbenvermerks im Grundbuch werden der Nacherbe und dessen Erben also vor dem Wegerwerb des Grundstücks durch einen gutgläubigen Dritten geschützt, § 892 I 2 BGB.²⁰¹

1. Grundsätzliches zum Nacherbenvermerk

a. Namentliche Bezeichnung des Nacherben

Der Nacherbenvermerk hat die Person des Nacherben namentlich und die Voraussetzungen für den Eintritt der Nacherbfolge möglichst genau zu bezeichnen.²⁰² Gemäß § 15 I lit. a GBV sind bei natürlichen Personen Vor- und Familienname, der Beruf und der Wohnort einzutragen. Nach § 15 I lit. a 2. Hs. GBV ist das Geburtsdatum stets anzugeben, wenn es sich aus den Eintragungsunterlagen ergibt; in diesem Fall müssen Beruf und Wohnort nicht angegeben werden.

Unvollständige Einträge, insbesondere Eintragungen ohne Bezeichnung des Berechtigten, sind inhaltlich unzulässig und können nicht ergänzt werden. Vielmehr ist eine solch unvollständige Eintragung von Amts wegen gemäß § 53 I 2 GBO zu löschen (Amtslöschung).²⁰³ Dies gebietet die Übersichtlichkeit des Grundbuchs und die Anforderung an das Grundbuch, dass aus ihm der Verlauf der Entwicklung ablesbar ist. Der Eintrag: „Nacherbfolge ist angeordnet. Die Nacherbfolge tritt beim Tode der Vorerbin A ein.“ ist folglich inhaltlich unzulässig. Richtiger Weise müsste der Eintrag noch ergänzt werden durch: „B ist Nacherbe.“

Sind mehrere Nacherben vorhanden, werden keine Erbquoten angegeben.²⁰⁴ Da der Nacherbenvermerk nicht das Recht der Nacherben im materiell-rechtlichen Sinne bezeugt, sondern Auskunft über die Beschränkungen des Vorerben gibt, ist dies konsequent.

²⁰¹ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 30.

²⁰² BayObLG DNotZ 1984, S. 502, 502; Haegele, Rpfleger 1971, S. 121, 128; Krug, Krug, Erbrecht, § 10 RN 193.

²⁰³ OLG Zweibrücken Rpfleger 1977, S. 305, 306; Kraiss, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 95.

²⁰⁴ Kraiss, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 94.

Sind die Nacherben (teilweise) noch nicht bekannt, so sind zwei Fälle zu unterscheiden:

Erstens der Fall,²⁰⁵ dass die Nacherben im Zeitpunkt der Eintragung des Nacherbenvermerks, also bei der Eintragung des Vorerben bereits abschließend bestimmt sind. Dies ist zum Beispiel gegeben, wenn der Ehemann seine Ehefrau als Vorerbin und die gemeinsamen Kinder als Nacherben einsetzt. Die Kinder sind in dem Testament nicht namentlich genannt, aber nach dem Versterben des Ehemannes sind sie abschließend bestimmt und können nun, im Gegensatz zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung, namentlich ermittelt werden. In diesem Fall muss das Grundbuchamt zum Nachweis der als Nacherben in Frage kommenden Personen entweder die Vorlage eines Erbscheins verlangen, § 35 I 1 GBO, oder die Vorlage einer Verfügung von Todes wegen in einer öffentlichen Urkunde und der Niederschrift über deren Eröffnung verlangen, § 35 I 2 GBO. In das Grundbuch sind die Kinder dann namentlich als Nacherben einzutragen. Die Eintragung „Nacherben sind die gemeinsamen Kinder“ ist in diesem Fall nicht ausreichend.

Zweitens der Fall²⁰⁶, dass als Vorerbe der Sohn des Erblassers eingesetzt wird und als Nacherben die leiblichen Abkömmlinge der drei Kinder des Erblassers, die bei dem Tod des Sohnes schon und noch vorhanden sind. Hier können bei der Eintragung des Sohnes als Vorerbe die Nacherben noch nicht abschließend bestimmt werden. Es ist demnach nicht möglich, in einem Erbschein die Nacherben genauer als im Testament zu bezeichnen. Deshalb kann das Grundbuchamt nun nicht die Durchführung eines Erbscheinverfahrens und die Vorlage eines Erbscheins verlangen. Vielmehr ist im Grundbuch der Eintrag einer Sammelbezeichnung in Form einer möglichst genauen Umschreibung der eingesetzten Nacherben ausreichend.²⁰⁷ So kann beispielsweise eingetragen

²⁰⁵ OLG Dresden JFG 7, 267.

²⁰⁶ BayObLG Rpfleger 1983, S. 104.

²⁰⁷ Johannsen, RGRK § 2113 BGB RN 43.

werden: „Nacherben sind A und B sowie weitere beim Nacherbfall vorhandene Kinder des Vorerben X“.²⁰⁸

b. Eintragung von Amts wegen

Die Eintragung erfolgt gemäß dem Wortlaut des § 51 GBO von Amts wegen. Diese Durchbrechung des in § 13 GBO niedergelegten Antragsgrundsatzes ist nicht selbstverständlich. Vor der Normierung sah die preußische Praxis eine Eintragung des Nacherbenvermerks nur auf Antrag vor. So konnte „die Eintragung der Familienfideikommisseseigenschaft“ nur „auf Bewilligung des eingetragenen Eigenthümers erfolgen.“²⁰⁹ In den Motiven zum BGB wurde dann aber ausdrücklich festgelegt, dass diese Handhabung nicht fortgeführt werden sollte. Um das Recht des Nacherben in ausreichender Weise zu schützen, wurde die Eintragung von Amts wegen eingeführt.²¹⁰

Damit ist aber keine Amtsermittlungspflicht bezüglich der Nacherbfolge verbunden. Nicht das Grundbuchamt, sondern vielmehr der Antragsteller hat das Bestehen einer Nacherbschaft nachzuweisen,²¹¹ und zwar nach Maßgabe des § 35 I GBO. Das Grundbuchamt hat lediglich die Pflicht, die Klarstellung der erbrechtlichen Verhältnisse zu verlangen.²¹² Hierbei reichen Erklärungen der Beteiligten über die Anordnung der Nacherbfolge und die Person des Nacherben nicht aus. Vielmehr kann der Nachweis der Nacherbfolge nur entweder gemäss § 35 I 1 GBO durch einen Erbschein oder gemäss § 35 I 2 GBO durch Vorlage einer Verfügung von Todes wegen in einer öffentlichen Urkunde und der Niederschrift über deren Eröffnung erbracht werden.

c. Ort der Eintragung

Als Verfügungsbeschränkung wird der Nacherbenvermerk bei dem Nachlassgrundstück in Abteilung II des Grundbuchs, Spalte 3, eingetragen,

²⁰⁸ Kraiss, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 92.

²⁰⁹ Förster, Eccius, Preußisches Privatrecht, § 169, S. 158.

²¹⁰ Motive, Band V, S. 111.

²¹¹ Kraiss, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 83.

²¹² OLG München JFG 22, 143, 146.

§ 10 I lit.b, IV GBV.²¹³ Wenn der Vermerk Rechte der Abteilung II oder III betrifft, wenn also zur Erbschaft ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem Grundstücksrecht gehört, erfolgt seine Eintragung in Abteilung II Spalte 5 gemäß § 10 V lit. a GBV und in Abteilung III Spalte 7 gemäß § 11 VI GBV.²¹⁴

d. Verfahrenserleichterungsvorschrift

§ 51 GBO ist eine Verfahrensvorschrift. Dies ergibt sich daraus, dass diese Regelung zunächst im BGB stehen sollte, dann aber im Laufe der Beratungen des BGB dort gestrichen wurde. Man befürchtete, dass diese Verfahrensvorschrift fälschlicherweise als materielle Vorschrift angesehen würde. Deshalb wurde eine Normierung in der Grundbuchordnung bevorzugt.²¹⁵

Der Nacherbenvermerk bewirkt keine Grundbuchsperrung,²¹⁶ das heißt eine Verfügung des Vorerben ist weiterhin möglich und die entsprechende Rechtsänderung ist im Grundbuch eintragbar. Ansonsten wäre der Vorerbe ungebührlich in seiner generellen Verfügungs- (§ 2112 BGB) und Verwaltungsbefugnis einschränkt.

Es handelt sich bei § 51 GBO insofern auch um eine grundbuchrechtliche Verfahrenserleichterung, da das Grundbuchamt, falls ein Nacherbenvermerk besteht, zu Verfügungen des Vorerben nicht die Einwilligung des Nacherben verlangen kann und muss.²¹⁷ Es kann alle Verfügungen des Vorerben eintragen, ohne sich um deren fortbestehende Wirksamkeit bei Eintritt des Nacherbfalls kümmern zu müssen. Die Wirksamkeit der einzutragenden Verfügung im Zeitpunkt des Nacherbfalls ist daher vom Grundbuchamt nicht zu prüfen.²¹⁸ Die Rechte des Nacherben werden schon durch den zur Zeit des

²¹³ Kraiss, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 90; Demharter, GBO, § 51 RN 22.

²¹⁴ Eickmann-KEHE, § 51 RN 14.

²¹⁵ Jakobs, Schubert, Beratungen, S. 396; Protokolle, Band V, S. 110.

²¹⁶ Johannsen, RGRK § 2113 BGB RN 47.

²¹⁷ Buschmann, BIGBW 1970, S. 107, 108; Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 28; Eickmann-KEHE, § 51 RN 9; Kraiss, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 118.

²¹⁸ Eickmann-KEHE, § 51 RN 20; Haegele, Rpfleger 1971, S. 121, 127.

Eintritts des Nacherbfalls noch eingetragenen Nacherbenvermerk ausreichend geschützt, da die Verfügung des Vorerben, mangels gutgläubigen Erwerbs, im Zeitpunkt des Nacherbfalls unwirksam wird. Der Erwerber eines Nachlassgrundstücks verliert dann zum Beispiel automatisch und außerhalb des Grundbuchs, d.h. ohne Eintragung, das Eigentum am Grundstück an den Nacherben. Dessen Eintragung ist dann nur noch eine Grundbuchberichtigung im Sinne der §§ 894 BGB, 22 GBO.

Ist bei fehlender Voreintragung des Vorerben auch der Nacherbenvermerk nicht eingetragen, dann wird das Grundbuchamt auch die Rechte des Nacherben bei der Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen für einen Erwerb vom nicht voreingetragenen Vorerben wahren. Geht man zum Beispiel davon aus, dass der Vorerbe sich nicht als Grundstückseigentümer hat eintragen lassen, muss er gemäß § 40 GBO nicht als Grundstückseigentümer eingetragen werden, bevor ein Grundstückserwerber in das Grundbuch eingetragen werden kann. Als Ausnahme zu dem Grundsatz der Voreintragung nach § 39 I GBO gestattet

§ 40 I 1. Alt. GBO vielmehr eine Eintragung des Erwerbers, ohne dass die Person, deren Recht durch die Eintragung betroffen wird, zuvor in das Grundbuch eingetragen worden ist (§ 39 I GBO), wenn es sich bei dem Veräußernden um einen Erben der eingetragenen Person handelt. Der Vorerbe muss sich folglich nicht als Eigentümer in das Grundbuch (vor-)eintragen lassen, um bei einer Veräußerung eines Nachlassgrundstücks eine Eintragung des Erwerbers erwirken zu können. Auch der Vorerbe ist Erbe im Sinn des § 40 I 1. Alt. GBO, da er bis zum Eintritt des Nacherbfalls vollwertiger Erbe ist.²¹⁹ Da der Vorerbe selbst –und damit auch der Nacherbenvermerk- nicht im Grundbuch eingetragen ist, kommt ein in bezug auf die Verfügungsbeschränkung nach § 2113 III BGB gutgläubig nacherbenfreier Erwerb in Betracht, § 892 I 2 BGB.

Die Situation wird an folgendem Beispiel deutlich: A ist Erblasser und ist als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen. B ist Vorerbe. Nachdem A verstorben war, veräußerte B das Grundstück an C gemäß §§ 873

²¹⁹ Bauer, Oefele, GBO, § 40 RN 10.

I, 925 I BGB, ohne dass er sich zuvor im Grundbuch als Eigentümer hatte eintragen lassen; damit ist auch die Eintragung des Nacherbenvermerks nach § 51 GBO unterblieben. Anschließend wurde C als Eigentümer in das Grundbuch gemäß § 40 I GBO ohne vorherige Eintragung des B eingetragen. Wenn C im Zeitpunkt der Stellung des Eintragungsantrags bezüglich der Nacherbenanordnung keine positive Kenntnis hatte (§ 892 II 1. Alt. BGB), erwirbt C das Grundstückseigentum frei von der Verfügungsbeschränkung, §§ 2113 III, 892 I 2 BGB. Bei einer Weiterveräußerung von C an einen Erwerber D erwirbt dieser wie C das Eigentum, und zwar unabhängig von seiner Kenntnis von der Nacherbenbeschränkung ohne diese Beschränkung. C hatte bereits das Grundstückseigentum gutgläubig ohne Nacherbenbeschränkung erlangt.

In diesen Fällen wäre also der Nacherbe vor dem Verlust des Grundstücks nicht geschützt. Um dies zu verhindern, hat der Vorerbe, wenn er sich nicht als Eigentümer voreintragen lassen will, gemäß §§ 40 I, 35 I GBO seine Stellung als Erbe durch Erbschein nachzuweisen. Der Erbenachweis tritt dann also an die Stelle der Voreintragung.²²⁰ Aus dem vorzulegenden Erbschein kann nun das Grundbuchamt erkennen, dass der verfügende Erbe lediglich Vorerbe ist, da die Anordnung der Nacherbfolge unter anderem stets im Erbschein zu vermerken ist, § 2363 I 1 BGB. Der Vorerbe muss nun dem Grundbuchamt die Einwilligung des Nacherben in die Verfügung gemäß § 29 I 1 GBO nachweisen. Hierzu ist er vom Grundbuchamt anzuhalten, die öffentlich beglaubigte Zustimmungserklärung des Nacherben bezüglich der beantragten Verfügung beizubringen.²²¹ Nach §§ 2113 I, 185 I analog BGB ist dann die Verfügung des Vorerben endgültig wirksam, so dass eine Eintragung des Erwerbers ohne Voreintragung des verfügenden Vorerben erfolgen kann.

Kann der Vorerbe die Zustimmungserklärung nicht beibringen, so muss er sich doch als Eigentümer des betreffenden Grundstücks im Wege der Grundbuchberichtigung (vor-)eintragen lassen. Bei dieser Eintragung ist dann

²²⁰ Bauer, Oefele, GBO, § 40 RN 4.

²²¹ Kraiss, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 72; Haegeler, Rpfleger 1971, S. 121, 127, 122; Johannsen, RGRK § 2113 BGB RN 49.

gemäß § 51 GBO der Nacherbenvermerk von Amts wegen einzutragen. Der Erwerber kann dann als neuer Eigentümer eingetragen werden, ohne die Zustimmungserklärung des Nacherben. Lässt sich der Vorerbe in diesem Fall nicht voreintragen, und kann er die Zustimmungserklärung des Nacherben nicht beibringen, so muss das Grundbuchamt die Anträge des Vorerben auf Eintragung der Rechtsänderung zurückweisen.²²² Ist der Vorerbe voreingetragen und damit auch der Nacherbenvermerk im Grundbuch eingetragen, kann das Grundbuchamt ohne weitere Nachweise Rechtsänderungen aufgrund von Verfügungen des Vorerben eintragen, da der Nacherbe in diesem Fall durch den eingetragenen Nacherbenvermerk geschützt ist.

An diesem Beispiel wurde deutlich, dass es sich bei § 51 GBO auch um eine Verfahrenserleichterungsvorschrift handelt, da durch sie mehrere andere Verfahrensschritte vermieden werden können.

e. Die isolierte Eintragung

Aus § 51 GBO in Verbindung mit dem Voreintragungsgrundsatz des § 39 I GBO ergibt sich, dass der Nacherbenvermerk nur zusammen mit der Eintragung des Vorerben als Eigentümer oder als Berechtigter, also mit der dazugehörigen Vor- und Nacherbfolge eingetragen werden darf.²²³ Die materielle Rechtslage soll sich nicht nur im Ergebnis, sondern auch in ihrer Entwicklung aus dem Grundbuch nachvollziehen lassen. Wenn der Nacherbenvermerk ohne Eintragung des Vorerben als Eigentümer oder Berechtigter eingetragen wird, liegt ein „isolierter Nacherbenvermerk“ vor.

Bei einer solchen isolierten Eintragung des Nacherbenvermerks ist fraglich, welche Konsequenzen dies hat.

Die Eintragung ist sicher ordnungswidrig und wegen des Verstoßes gegen § 39 I GBO im formellen Sinne unvollständig. Durch die Verfügungsbeschränkung wird nämlich das Recht des Vorerben betroffen, so dass dieser in dem Grundbuch zunächst eingetragen sein müsste.

²²² Haegele, Rpfleger 1971, S. 121, 127.

²²³ Bestelmeyer, ZEV 1996, S. 261, 261.

Problematisch sind die materiellen Folgen einer solchen Eintragung, d.h. es stellt sich die Frage, ob diese Eintragung zu löschen ist.

Eine Löschung des Nacherbenvermerks von Amts wegen gemäß § 53 I 2 GBO kommt nicht in Betracht. Die Verlautbarung ist nämlich nicht inhaltlich unzulässig. Inhaltliche Unzulässigkeit setzt mehr voraus, als dass die Eintragung nicht hätte erfolgen dürfen. Entscheidend ist vielmehr, ob die Eintragung einen Rechtszustand verlautbart, den es nicht gibt, so dass ein Recht im materiell- rechtlichen Sinn nicht begründet werden kann. Die Nacherbfolge ist aber gerade ein materiell zulässiges Rechtsverhältnis, deren Verlautbarung im Grundbuch grundsätzlich auch möglich ist, §§ 51, 52 GBO.

Das Grundbuch könnte aber unrichtig im Sinne des § 894 BGB sein mit der Folge einer Grundbuchberichtigung durch Löschung des Nacherbenvermerks. Schließlich könnte der Eindruck entstehen, dass der noch eingetragene Erblasser -als Erbe- durch eine Nacherbfolge beschränkt ist. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass ein in Abteilung I, Spalte 2 des Grundbuchs eingetragener Name nur einen Eigentümer und nicht einen Erben bezeichnen kann (vgl. § 9 b GBV), so dass klar ist, dass dies nicht der Erbe ist, auf den sich der Nacherbenvermerk bezieht.²²⁴ Zur Vermeidung einer Fehlinterpretation muss ferner angegeben werden, auf welches Rechtsverhältnis sich die Nacherbfolgeanordnung erstrecken soll. So kann zum Beispiel eingetragen werden: „Im Hinblick auf den Nachlass des am ... verstorbenen Eigentümers X ist Nacherbfolge angeordnet.“²²⁵ Das Grundbuch ist somit nicht unrichtig im Sinne von § 894 BGB, so dass eine Löschung auch nicht im Wege der Grundbuchberichtigung in Frage kommt.

Die isolierte Eintragung des Nacherbenvermerks ist folglich zwar ordnungswidrig, aber eine Amtslöschung (§ 53 I 2 GBO) bzw. eine Löschung im Wege der Grundbuchberichtigung (§ 894 BGB) kommt nicht in Betracht.

Der ordnungswidrige Zustand des Grundbuchs kann vielmehr nur durch eine nachträgliche Eintragung des Vorerben als Grundstückseigentümer beendet

²²⁴ Bestelmeyer, ZEV 1996, S. 261, 262.

²²⁵ Demharter, GBO, § 51 RN 25.

werden.²²⁶ Nach § 82 GBO soll das Grundbuchamt, wenn das Grundbuch hinsichtlich der Eintragung des Eigentümers durch Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs unrichtig geworden ist, dem Eigentümer die Verpflichtung auferlegen, den Antrag auf Berichtigung des Grundbuches zu stellen und die zur Berichtigung des Grundbuchs notwendigen Unterlagen zu beschaffen.

2. Das Rangverhältnis im weiteren Sinne

Im Folgenden soll der Nacherbenvermerk in Bezug auf seine Stellung im Grundbuch im Verhältnis zu eingetragenen oder noch einzutragenden dinglichen Rechten, wie zum Beispiel einer Hypothek, untersucht werden. Das Rangverhältnis im weiteren Sinne umfasst sowohl das materielle Rangverhältnis nach § 879 BGB im Sinne einer Befriedigungsreihenfolge, als auch das formale Rangverhältnis im Sinne einer Wirksamkeitsreihenfolge.²²⁷ Die genaue Erläuterung der Begriffe soll bei dem jeweiligen Gliederungspunkt erfolgen.

a. Materielles Rangverhältnis nach § 879 BGB

Fraglich ist, ob der Nacherbenvermerk mit einem Recht an einem Grundstück in einem Rangverhältnis nach § 879 BGB steht.

Diese Frage gewinnt in folgendem Ausgangsfall Bedeutung:²²⁸

Der Vorerbe A ist im Grundbuch als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen. Aus irgendwelchen Gründen ist kein Nacherbenvermerk im Grundbuch eingetragen. Für den Gläubiger B wird eine Hypothek an diesem Grundstück eingetragen, wobei B Kenntnis von der angeordneten Nacherbfolge hat. Nun erst wird der Nacherbenvermerk eingetragen. Danach tritt der Gläubiger B die Hypothek an den hinsichtlich der Nacherbfolge gutgläubigen C ab.

Es stellt sich nun die Frage, ob die nachträgliche Eintragung des Nacherbenvermerks auch die vorher erfolgte Eintragung der Hypothek erfasst. Für diese Frage ist entscheidend, ob zwischen einem dinglichen Recht an

²²⁶ Eickmann-KEHE, § 51 RN 13.

²²⁷ Tröster, Rpfleger 1985, S. 337, 338.

²²⁸ Hesse, DFG 1938, S. 85.

einem Grundstück und einer absoluten Verfügungsbeschränkung ein Rangverhältnis besteht, mit der Folge, dass es auf den Zeitpunkt der jeweiligen Eintragungen ankommt. Nach § 879 I 1 BGB bestimmt sich das Rangverhältnis unter mehreren Rechten, mit denen ein Grundstück belastet ist, wenn die Rechte in derselben Abteilung eingetragen sind, nach der Reihenfolge der Eintragungen (vgl. auch § 45 I GBO). Bei Eintragungen in verschiedenen Abteilungen ist die Zeitfolge der Eintragungen maßgeblich (§§ 879 I 2 BGB, 45 II GBO).

aa. Rangverhältnis besteht

Nach älterer Auffassung ist der Nacherbenvermerk ein Recht im Sinne des § 879 I 1 BGB.²²⁹ Ausgangspunkt sei, dass es sich um eine Position handeln müsse, die nicht nur rein objektiv die Rechte des Eigentümers verkürze, sondern diese Beschränkung zugunsten eines Dritten anordne. Diese Voraussetzung werde von relativen Verfügungsbeschränkungen erfüllt. Somit können diese in einem Rangverhältnis mit Rechten an einem Grundstück nach § 879 BGB stehen.²³⁰ Nun ist der Nacherbenvermerk zwar gerade keine relative, sondern eine absolute Verfügungsbeschränkung, doch ist er mit subjektiven Merkmalen ausgestattet. Zwar soll er den Nacherben vor einer Beeinträchtigung seines Nacherbenrechts bewahren, doch andererseits den Rechtsverkehr nicht übermäßig beeinträchtigen. So steht der Nacherbenvermerk einer relativen Verfügungsbeschränkung nahe. Angeführt wird auch, dass das Gesetz selbst von dem „Recht des Nacherben“ (§ 51 GBO) spreche.²³¹ Außerdem sei zu bedenken, dass derjenige, der das Grundbuch einsehe, wegen § 879 BGB gewohnt sei, dass mehrere Eintragungen bezüglich eines Grundstücks in einem festen Rangverhältnis stünden. Es werde somit der Anschein eines Rangverhältnisses zu den anderen Eintragungen hervorgerufen. Das Grundbuch als „Grundlage des Rechtsverkehrs“ müsse möglichst für jeden

²²⁹ Güthe, Triebel, GBO, § 45 RN 13; Hesse, DFG 1938, S. 85, 86.

²³⁰ Hesse, DFG 1938, S. 85, 86.

²³¹ Hesse, DFG 1938, S. 85, 86.

Laien verständlich sein.²³² Deshalb bestehe zwischen der Verfügungsbeschränkung und den sonstigen eingetragenen Rechten ein Rangverhältnis im Sinn des § 879 BGB.

Ein Laie gehe in obigem Beispielsfall davon aus, dass die Hypothek vor dem erst danach eingetragenen Nacherbenvermerk Vorrang habe und nicht von der Verfügungsbeschränkung erfasst werde. Der Rechtsverkehr habe sich daran gewöhnt, die Rechte nach ihrem Platz oder dem Datum im Grundbuch zu ordnen. Der gutgläubige C würde also nach dieser älteren Meinung die Hypothek ohne die Belastung durch das Nacherbenrecht erlangen.

bb. Kein Rangverhältnis

Nach heute herrschender Ansicht steht der Nacherbenvermerk in keinem Rangverhältnis gemäß § 879 BGB.²³³ § 879 BGB setzt für ein Rangverhältnis mehrere Rechte voraus, mit denen ein Grundstück belastet ist. Dies sind die grundstücksgleichen Rechte mit Doppelnatur (z.B. Erbbaurecht, §§ 10, 11, 14 ErbbauVO) und die beschränkten Grundstücksrechte (§§ 1018-1203 BGB, 31 ff. WEG). Die Verfügungsbeschränkung ist im Sinne der obigen Aufzählung keine Belastung des Grundstücks selbst und kein dingliches Recht, sondern sie gibt lediglich Auskunft über die Verfügungsmacht des Vorerben.²³⁴ Ein Rangverhältnis kann nur zwischen den oben bezeichneten Rechten bestehen, zwischen denen es bei der Geltendmachung bzw. Befriedigung zu einer „Kollision“ kommen kann.²³⁵ Eine Verfügungsbeschränkung ist aber etwas anderes als eine Belastung des Grundstücks und mit einer solchen nicht auf eine Ebene zu stellen. Im Gegensatz zum Regelfall des dinglichen Rechts an einem Grundstück (§ 873 I BGB) wird diese Art der Verfügungsbeschränkung

²³² Hesse, DFG 1938, S. 85, 89.

²³³ Schaub, Oefele, GBO, § 51 RN 98; Kraiss, Meikel, Grundbuchordnung, § 51 RN 100; Hagen/Lorenz, Erman, § 879 BGB RN 5; Kutter, Staudinger, § 879 BGB RN 14; Johannsen, RGRK, § 2113 BGB RN 47; OLG Hamm, Rpfleger 1957, S. 19, 19; LG Düsseldorf Rpfleger 1950, S. 38, 39; JFG 12, 295, 298; KG JFG 16, 234, 236; RGE 135, 378, 384.

²³⁴ Böttcher, Meikel, Grundbuchrecht, § 45 RN 19.

²³⁵ Hesse, DFG, 1938, S. 85, 86.

ohne Eintragung in das Grundbuch wirksam.²³⁶ Sie dient lediglich der Verhinderung eines gutgläubigen Erwerbs. Etwas anderes gilt nur bei Verfügungsbeschränkungen, die erst durch die Eintragung entstehen, wie z.B. bei Abtretungsverboten, § 399 2. Alt. BGB).

Ein materielles Rangverhältnis nach § 879 BGB drückt ferner eine „Befriedigungsreihenfolge“ aus. Es wird die Reihenfolge geregelt, in der bestehende Rechte, z.B. die Grundpfandrechte, durch Befriedigung im Wege der Zwangsversteigerung verwirklicht werden, §§ 1147 BGB, 864 ff. ZPO. § 879 BGB setzt also voraus, dass es sich um Rechte handelt, aus denen Befriedigung erlangt werden kann.²³⁷ Da dies bei einer Verfügungsbeschränkung nun augenscheinlich nicht der Fall ist, muss ein Rangverhältnis gemäss § 879 BGB abgelehnt werden.

Folglich kann zwischen dem Nacherbenvermerk und den Belastungen des Grundstücks kein materiell- rechtliches Rangverhältnis bestehen.²³⁸

In obigem Beispielsfall sagt somit der Umstand, dass der Nacherbenvermerk nach der Hypothek eingetragen worden ist, nichts über dessen Wirksamkeit im Hinblick auf die Hypothek aus. In obigem Beispielsfall könnte nach h.M. der Gläubiger C die Hypothek nicht gutgläubig frei von der Beschränkung der Nacherfolge erwerben, da der im Grundbuch eingetragene Nacherbenvermerk –ohne dass es auf den Rang der Eintragung ankäme- einen gutgläubigen Erwerb verhindert, § 892 I 2 BGB.

cc. Bewertung

Die Argumente gegen das Bestehen eines Rangverhältnisses überzeugen aufgrund ihrer dogmatischen Richtigkeit. Beim Nacherbenvermerk handelt es

²³⁶ KG JFG 12, 295, 298.

²³⁷ Böttcher, Rpfleger 1983, S. 49, 55; KG JFG 13, 111, 114; LG Düsseldorf Rpfleger 1950, S. 38, 39; OLG Saarland Rpfleger 1995, S. 404, 405; Böttcher, Meikel, Grundbuchrecht, § 45 RN 19.

²³⁸ Eickmann-KEHE, § 51 RN 16; Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 32; Kutter, Staudinger, § 879 BGB RN 14; OLG Hamm Rpfleger 1989, S. 232, 232, Lange, Kuchinke, Erbrecht, S. 556; Wacke, MüKo, § 879 BGB RN 6; Kipp, Coing, Erbrecht, S. 305.

sich um eine absolute Verfügungsbeschränkung, da die vom Vorerben getroffene Verfügung gegenüber jedermann und nicht nur gegenüber dem Nacherben unwirksam wird, § 2113 I BGB. Auch wenn sie dem Schutz einer bestimmten Person, hier dem Nacherben, dient, wird sie dadurch nicht zu einer relativen Verfügungsbeschränkung. Danach hat sich auch die Lösung der Frage nach dem Bestehen eines Rangverhältnisses zu richten. Bei absoluten Verfügungsbeschränkungen besteht ein solches gerade nicht. Ansonsten würde die Grenze zwischen absoluten und relativen Verfügungsbeschränkungen grundbuchrechtlich verwischt.

b. Das formelle Rangverhältnis und der Wirksamkeitsvermerk

Mit der Ablehnung eines Rangverhältnisses nach § 879 BGB ist aber noch nichts über das Bestehen eines formellen Rangverhältnisses im Sinne des § 45 GBO ausgesagt. § 45 I GBO bestimmt, dass im Falle mehrerer in derselben Abteilung zu bewirkender Eintragungen diese die Reihenfolge erhalten, welche der Zeitfolge der Anträge entspricht. Da gemäß § 13 II GBO der genaue Zeitpunkt, in dem ein Antrag beim Grundbuchamt eingeht, auf dem Antrag vermerkt werden soll, ist die Zeitfolge der Anträge stets nachvollziehbar. Gemäß § 17 GBO darf, wenn mehrere Eintragungen beantragt werden, durch die dasselbe Recht betroffen wird, die später beantragte Eintragung nicht vor der Erledigung des früher gestellten Antrags erfolgen.

Ein formelles Rangverhältnis im Sinne der §§ 17, 45 GBO²³⁹ besteht auch zwischen dem Nacherbenvermerk als Verfügungsbeschränkung und einem Grundpfandrecht, z.B. einer Hypothek, da der Zeitpunkt der Eintragung des Rechts und der Verfügungsbeschränkung von Bedeutung ist, da Verfügungen bis zur berichtigenden Eintragung der Verfügungsbeschränkung im Grundbuch gegenüber einem gutgläubigen Erwerber wirksam sind. Wegen §§ 892 I 2, 2113 III BGB kommt es entscheidend auf den Zeitpunkt der Eintragung der Verfügungsbeschränkung an. War der Nacherbenvermerk beispielsweise bei der Bestellung einer Hypothek durch den Vorerben noch nicht eingetragen, so kann der Gläubiger die Hypothek gutgläubig ohne die Beschränkung der

²³⁹ Knothe, Oefele, GBO, § 45 RN 17.

Nacherbfolge erlangen, obwohl die Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB mit dem Erbfall –ohne Eintragung im Grundbuch nach § 51 GBO– wirksam entstanden war und damit schon zu dem späteren Zeitpunkt der Hypothekenbestellung Gültigkeit hatte. Das formelle Rangverhältnis bezieht sich also nicht auf die Befriedigungsreihenfolge, sondern auf die Wirksamkeit von Rechten gegenüber Verfügungsbeschränkungen, also auf die Wirksamkeitsreihenfolge.

Das formelle Rangverhältnis wird an folgendem Beispiel deutlich: Bezüglich eines von der Nacherbfolge erfassten Nachlassgrundstücks bestellt der Vorerbe eine dingliche Belastung, wie zum Beispiel eine Hypothek. Der Antrag auf berichtigende Eintragung des Vorerben geht **nach** dem Antrag auf konstitutive Eintragung der Hypothek ein. Die Eintragungen erfolgen in verschiedenen Grundbuchabteilungen: der Vorerbe wird gemäß § 9 lit. b GBV in Abteilung I Spalte 2, der Nacherbenvermerk gemäß § 10 I lit. b, IV GBV in Abteilung II Spalte 3 und die Hypothek gemäß § 11 I, V GBV in Abteilung III Spalte 4 (der Betrag der Hypothek gemäß § 11 IV GBV in Spalte 3) eingetragen. Die Reihenfolge der Eintragungen ergibt sich aus §§ 17, 45 GBO: Das Grundbuchamt hat zuerst die Hypothek, anschließend den Nacherbenvermerk einzutragen. Der Nacherbenvermerk stellt in diesem Fall gemäß §§ 892 I 2, II, 2113 III BGB die Hypothek nicht in Frage. Die Hypothek bleibt bei Eintritt des Nacherbfalls wirksam. Materiell-rechtlich könnte aber –aufgrund von Umständen außerhalb des Grundbuchs– der Fall vorliegen, dass die Hypothek bei Eintritt des Nacherbfalls unwirksam wird, z.B. weil der Erwerber der Hypothek positive Kenntnis von der Nacherbenbeschränkung hatte, und daher ein gutgläubig nacherbenfreier Erwerb der Hypothek gemäß § 892 I 2 2.Alt. BGB ausgeschlossen ist. In diesem Fall würde sich aus dem Grundbuch ein formelles Rangverhältnis ergeben, das nicht mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt. Der Nacherbenvermerk steht also zu Grundstücksrechten in einem formellen Rangverhältnis im Sinne einer „Wirksamkeitsreihenfolge“. Auch wenn ein materielles Rangverhältnis nach § 879 BGB nicht besteht, ist die zeitliche Reihenfolge der Eintragungen des dinglichen Rechts einerseits

und des Nacherbenvermerks andererseits von Bedeutung, so dass § 45 GBO analog anzuwenden ist.²⁴⁰

Nach § 45 II GBO ist bei einer Bewirkung von mehreren Eintragungen, die nicht gleichzeitig beantragt sind, in verschiedene Abteilungen unter Angabe desselben Tages im Grundbuch zu vermerken, dass die später beantragte Eintragung der früher beantragten im Rang nachsteht.

§ 45 II GBO setzt grundsätzlich mehrere Eintragungsanträge bezüglich desselben Grundstücks voraus. Dass bei § 51 GBO eine Eintragung von Amts wegen vorgesehen ist, hindert die Anwendbarkeit nicht; § 45 GBO wird hierauf entsprechend angewendet.²⁴¹

Nach anderer Ansicht²⁴² kann § 45 GBO nicht auf das Verhältnis von dinglichen Rechten zu Verfügungsbeschränkungen angewendet werden, da dort das Rangverhältnis untereinander ohne jede Bedeutung sei.

§ 45 GBO diene der grundbuchrechtlichen Verwirklichung der Grundsätze des § 879 BGB. Er stelle die Verfahrensvorschrift für § 879 BGB dar.²⁴³ Deshalb sei es problematisch, diese Regelung auf eine Verfügungsbeschränkung anzuwenden, die gerade –wie oben dargelegt– **nicht** in einem materiellen Rangverhältnis zu den Grundstücksrechten steht.

Danach müsste die Eintragungsreihenfolge nicht der Reihenfolge der eingegangenen Anträge entsprechen. Die Reihenfolge der Eintragungen würde keine Aussage darüber erlauben, welcher Eintragungsantrag vor dem anderen eingegangen war. Somit könnte aus der Reihenfolge der eingetragenen Rechte und Verfügungsbeschränkungen kein Schluss auf eine vorrangige Wirksamkeit gezogen werden. Eine Verlautbarung der Reihenfolge zwischen Verfügungsbeschränkung und dinglichem Recht käme nicht in Betracht.

Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden. Vielmehr ist § 45 GBO analog anzuwenden. Das Grundbuchamt muss auch in diesem Fall prüfen, ob ein Rangverhältnis zwischen der vorzunehmenden Eintragung und anderen

²⁴⁰ Kraiss, Meikel, § 51 RN 100.

²⁴¹ Eickmann-KEHE, § 45 RN 6, 8.

²⁴² Ripfel, Grundbuchrecht, S. 102.

²⁴³ Ripfel, Grundbuchrecht, S. 100.

Eintragungen bestehen kann. Wenn dies –auch nur formal- der Fall ist, so ist dieses Rangverhalten nach § 45 GBO von Amts wegen bei der Konstellation des § 45 II GBO zu verlautbaren.²⁴⁴

Diese Vorschrift ist nach ihrem Sinn und Zweck dann anzuwenden, wenn die Darstellung der zeitlichen Reihenfolge der Eintragungen im Grundbuch für das materielle Recht von Bedeutung ist.²⁴⁵ Gemäss § 892 II 1. Alt. BGB kommt es für einen gutgläubigen beschränkungsfreien Erwerb der Hypothek darauf an, ob im Zeitpunkt der Antragstellung bezüglich der Hypothek der Gläubiger die Nacherbfolge kannte oder nicht, wenn nicht bereits der Nacherbenvermerk eingetragen war. Ein gutgläubiger Erwerb ist nur möglich, wenn der Erwerber zum Zeitpunkt der Antragstellung die Anordnung der Nacherbfolge nicht kannte und auch (noch) kein Nacherbenvermerk eingetragen war. Die zeitliche Reihenfolge der Antragstellung ist für die Eintragung des dinglichen Rechts und der Verfügungsbeschränkung somit von Bedeutung (§§ 13 II, 17, 45 GBO) und kann zulässiger Weise in einem formalen Rangverhältnis kenntlich gemacht werden.²⁴⁶ Folglich ist § 45 GBO entsprechend anzuwenden mit der Folge, dass der Vorrang eines eingetragenen Rechts vor der Verfügungsbeschränkung im Sinne einer „Wirksamkeitsreihenfolge“ verlautbart werden kann.

Da die zeitliche Reihenfolge der Eintragungen für die Möglichkeit bzw. für den Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs somit rechtserheblich ist, hat das Grundbuchamt die formelle Vorschrift des § 45 GBO anzuwenden, welche die Kenntlichmachung der zeitlichen Reihenfolge –nicht der materiellen Wirksamkeit- im Grundbuch regelt.

In diesem Zusammenhang sich die Frage, ob im Grundbuch über das formelle Rangverhältnis hinaus die materielle Rechtslage verlautbart werden kann.

²⁴⁴ Eickmann-KEHE, § 45 RN 6.

²⁴⁵ Eickmann-KEHE, § 45 RN 6.

²⁴⁶ Böttcher, Rpfleger 1983, S. 49, 55.

Anfangs verneinte die Rechtsprechung²⁴⁷ die Eintragung eines sogenannten Wirksamkeitsvermerks, d.h. eines Vermerks dahingehend, dass die Verfügungsbeschränkung gegenüber vorrangigen Rechten wirksam ist. Es sei nicht Aufgabe des Grundbuchs, hierüber Auskunft zu geben. Vielmehr müsse sich derjenige, der ein Grundstücksrecht trotz der Eintragung einer Verfügungsbeschränkung erwirbt, selbst darüber informieren, ob die Verfügungsbeschränkung gegenüber dem Recht wirksam ist oder nicht.

Vereinzelt wird ebenfalls darauf hingewiesen,²⁴⁸ dass zwar auch bei einer Eintragungskonkurrenz zwischen einer Verfügungsbeschränkung und einem dinglichen Recht gemäß §§ 17, 45 GBO vorzugehen sei, da die zeitliche Reihenfolge der Eintragungen rechtserheblich sei. Es handele sich aber nur um eine formale, zeitliche Reihenfolge, die keine materielle Reihenfolge zum Ausdruck bringt. Für die Beurteilung der materiellen Reihenfolge seien vielmehr zusätzliche Umstände, die außerhalb des Grundbuchs liegen, von Bedeutung, z.B. Bösgläubigkeit im Sinne des § 892 I 2 2.Alt. BGB. Vermerke, die eine materielle Rechtslage verlautbaren, könne das Grundbuchamt nicht vornehmen. Vielmehr habe es sich auf die Darstellung der Rechte gemäß einer „formellrechtlichen Erledigungsreihenfolge“ ohne Beachtung der materiellrechtlichen Rechtsfolgen zu beschränken.

Hierfür spricht, dass das Grundbuchamt gerade keine Prüfung der materiellen Wirksamkeit durchführen muss und kann. Eine Prüfung und Berücksichtigung sämtlicher relevanter Umstände, die außerhalb des Grundbuchs liegen, z.B. positive Kenntnis der Nacherbenbeschränkung beim Erwerber des Rechts, könnte durch das Grundbuchamt nicht geleistet werden.

Diese Argumente sprechen aber nicht gegen die Möglichkeit, im Grundbuch eine nachgewiesene materielle Wirksamkeit des Rechtes gegenüber der Verfügungsbeschränkung wie ein Spiegel der wahren Rechtslage zu verlautbaren. Wird z.B. die Verfügungsbeschränkung im formellen Rang vor der Hypothek eingetragen, und hat der Nacherbe dieser Verfügung zugestimmt (mit der Folge, dass die Hypothek auch im Zeitpunkt des Nacherbfalls wirksam

²⁴⁷ KG JFG 12, 195, 299.

²⁴⁸ Tröster, Rpfleger 1985, S. 337, 338.

bleibt, §§ 2113 I, 185 I analog BGB), so besteht ein Bedürfnis, diese Wirksamkeit auch im Grundbuch zu verlautbaren. Andernfalls wäre eine weitere Verfügung über die Hypothek weitgehend ausgeschlossen.

Die heute herrschende Meinung²⁴⁹ geht daher davon aus, dass ein „Wirksamkeitsvermerk“ eingetragen werden kann, der deklaratorisch kundtut, dass das Recht gegenüber der Verfügungsbeschränkung wirksam ist, dass also die Hypothek nicht von dem Nacherbenvermerk beeinträchtigt wird. Ein solcher Vermerk kann im Falle einer unter Nr.1 eingetragenen Hypothek zum Beispiel lauten: „Das Recht Nr.1 ist dem Nacherben gegenüber wirksam. Eingetragen am ...“.²⁵⁰

Zu klären ist in diesem Zusammenhang schließlich noch die rechtliche Bedeutung eines solchen Wirksamkeitsvermerks. Die Eintragung kommt dann in Betracht, wenn der Vorerbe ein Recht am Nachlassgrundstück bestellt, das bei Eintritt des Nacherbfalls wirksam bleibt bzw. wirksam bleiben soll. Dies kann darauf beruhen, dass das dingliche Recht vor der Verfügungsbeschränkung eingetragen wurde und der Erwerber keine Kenntnis von der Nacherbfolge hatte oder dass zwar der Nacherbenvermerk vor dem dinglichen Recht eingetragen wurde, der Nacherbe der Bestellung aber zustimmte.

Es handelt sich dabei um einen im Gesetz nicht vorgesehenen Vermerk besonderer Art, der zulässig ist, „um aus dem Grundbuch ersichtlich machen zu können, dass ein eingetragenes Recht gegenüber einer Verfügungsbeschränkung wirksam ist.“²⁵¹ Entscheidend ist, dass der Wirksamkeitsvermerk lediglich der Klarstellung dient und damit rein deklaratorischen Charakter hat. Die Wirksamkeit auch im Nacherbfall ergibt

²⁴⁹ Böttcher, Rpfleger 1983, S. 49, 55; Schöner, Stöber, HRP, RN 296; Haegele, Rpfleger 1957, S. 20; Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 31; OLG Hamm Rpfleger 1957, S. 19; KG JFG 13, 111; BayObLG Rpfleger 1997, S. 429.

²⁵⁰ Eickmann-KEHE, § 51 RN 16; Böhringer, Meikel, Grundbuchrecht, § 46 RN 22.

²⁵¹ OLG Saarbrücken Rpfleger 1995, S. 404, 404.

sich aus Umständen außerhalb des Grundbuchs (Gutgläubigkeit, Zustimmung des Nacherben) und wird lediglich grundbuchrechtlich gekennzeichnet.²⁵²

Die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks bedarf der Bewilligung des Nacherben (§ 19 GBO) oder des grundbuchmäßigen Nachweises gemäss § 29 I 2 GBO, dass das einzutragende Recht auch bei Eintritt der Nacherbfolge wirksam bleibt, das heißt zum Beispiel des Nachweises der Gutgläubigkeit des Gläubigers bei der Hypothekenbestellung.²⁵³ Es ist dann nachzuweisen, dass das eingetragene Recht entgegen § 2113 I BGB auch bei Eintritt der Nacherbfolge wirksam bleibt.²⁵⁴

Fraglich ist zuletzt noch, an welcher Stelle im Grundbuch dieser Vermerk einzutragen ist.

Nach einer Ansicht²⁵⁵ hat die Eintragung bei dem Nacherbenvermerk, also in Abteilung II Spalte 5 zu erfolgen. Damit würde zum Ausdruck gebracht, dass der Nacherbenvermerk nur beschränkte Gültigkeit hat und gegenüber einem bestimmten dinglichen Recht nicht wirkt.

Anderer²⁵⁶ fordern die Eintragung bei dem jeweiligen dinglichen Recht, also anfänglich in Abteilung II Spalte 3 oder in Abteilung III Spalte 4 bzw. nachträglich in den jeweiligen Veränderungsspalten.

Der Wirksamkeitsvermerk sei bei dem entsprechenden Recht einzutragen, nicht in der zum Nacherbenvermerk gehörenden Veränderungsspalte, da die Wirksamkeit des bestellten Rechts verlautbart werde. Der Nacherbenvermerk an sich bleibe unverändert.

Letztlich wird auch vertreten,²⁵⁷ den Vermerk sowohl beim Nacherbenvermerk in der Veränderungsspalte (Abteilung II Spalte 5) als auch bei dem dinglichen Recht (Abteilung II Spalte 3, Abteilung III Spalte 4) einzutragen. Da es sich

²⁵² OLG Hamm Rpfleger 1957, S. 19, 19; Eickmann-KEHE, § 51 RN 16; Böhringer, Meikel, Grundbuchrecht, § 46 RN 21.

²⁵³ KG JFG 16, 234, 237; BayObLG Rpfleger 1997, S. 429.

²⁵⁴ BayObLG Rpfleger 1997, S. 429, 429.

²⁵⁵ LG Düsseldorf Rpfleger 1950, S. 38, 39.

²⁵⁶ KG JFG 13, 111, 114, 115; Haegele, Rpfleger 1957, S. 20; Böhringer, Meikel, § 46 RN 21; Kraiss, Meikel, § 51 RN 102; Haegele, Rpfleger 1957, S. 20.

²⁵⁷ Ripfel, Grundbuchrecht, S. 104; Knothe, Oefele, GBO, § 45 RN 18.

um die Angabe eines Rangverhältnisses handele, sei § 18 GBV entsprechend anzuwenden. Danach sind Angaben über den Rang eines eingetragenen Rechts bei allen beteiligten Rechten zu vermerken.

Die letztgenannte Auffassung verdient den Vorzug, da durch die Eintragung sowohl bei dem dinglichen Recht als auch bei dem Nacherbenvermerk sichergestellt wird, dass das jeweilige Wirksamkeitsverhältnis zueinander deutlich wird. Wenn man schon eine solch klarstellende Eintragung in das Grundbuch zulässt, dann sollte diese auch tatsächlich dem grundbuchrechtlichen Gebot der Klarheit und Eindeutigkeit entsprechen.

3. Zeitpunkt der Eintragung des Nacherbenvermerks

Nach § 51 GBO muss der Nacherbenvermerk gleichzeitig mit der Eintragung des Vorerben eingetragen werden. Der Antrag auf Eintragung des Vorerben anstelle des Erblassers als neuer Berechtigter im Wege der Grundbuchberichtigung ist Anlass für den Nacherbenvermerkeintrag.²⁵⁸ Fraglich erscheint, wie zu verfahren ist, wenn bei der Eintragung des Vorerben der Nacherbenvermerk nicht eingetragen wurde. Das Wort „zugleich“ in § 51 GBO steht einer Nachholung nicht entgegen.²⁵⁹ Dies ergibt sich aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, nach dem das Grundbuchamt zur Eintragung berechtigt und verpflichtet ist, solange der Tatbestand, an den die Eintragung von Amts wegen anknüpft, besteht. Eine Nachholung der Eintragung des Nacherbenvermerks kann somit nur solange der Vorerbe selbst eingetragen ist erfolgen, nicht mehr bei Eintragung des Grundstückserwerbers, da der Nacherbenvermerk nur sichert und kein dingliches Recht am Grundstück ist.²⁶⁰ Verfügt der Vorerbe über ein Nachlassgrundstück durch Veräußerung und ist noch der Erblasser im Grundbuch eingetragen, kommt § 40 I 1. Alt. GBO zur Anwendung mit der Folge, dass eine Voreintragung des Vorerben nicht nötig ist. Konsequenz ist, dass auch der Nacherbenvermerk nicht eingetragen werden

²⁵⁸ Haegele, Rpfleger 1971, S. 121, 128.

²⁵⁹ OLG Hamm Rpfleger 1976, S. 132, 134.

²⁶⁰ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 35; Edenhofer, Palandt, Einf v § 2100 BGB RN 9; Kraiss, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 77, 79.

kann. Allerdings ist, wie oben ausgeführt, zu beachten, dass „die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird“ (§ 39 I, § 40 I GBO) aufgrund des Anwartschaftsrechts auch der Nacherbe ist. Folglich muss das Grundbuchamt durch Zwischenverfügung nach § 18 I 1 GBO die Voreintragung des Vorerben erwirken²⁶¹ bzw. die Rechte des Nacherben dadurch von Amts wegen wahren, dass die Vorlage der Zustimmung des Nacherben verlangt wird.²⁶² Nur hierdurch wird die Schutzfunktion des § 51 GBO erfüllt.

4. Konsequenzen des Nacherbenvermerks im Nacherbfall

Im Nacherbfall möchte sich der Nacherbe als neuer Grundstückseigentümer eintragen lassen. Es ist fraglich, ob der Nacherbenvermerk neben dem Nachweis des Eintritts des Nacherbfalls zum Nachweis der Berufung zur Nacherbfolge beim Grundbuchamt ausreicht oder ob das Grundbuchamt nach § 35 GBO einen Erbschein für den Nacherben verlangen kann.

Nach einer Ansicht²⁶³ weist der Nacherbenvermerk die Berufung zur Nacherbfolge aus, der Nacherbe benötigt keinen neuen Erbschein. Immerhin ist der Nacherbe im Nacherbenvermerk namentlich genannt.

Nach einer vermittelnden Ansicht²⁶⁴ kann das Nacherbenrecht dann als ausreichend nachgewiesen angesehen werden, wenn keinerlei Bedenken gegen das Fortbestehen des Nacherbenrechts in dieser Person bestünden. Wenn keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich seien, dass der im Nacherbenvermerk Genannte nun nicht Nacherbe werden würde, bestehe kein Bedürfnis für den Nachweis durch Erbschein.

Andererseits könnte eingewendet werden, der Nacherbenvermerk im Grundbuch werde ohne Prüfung eingetragen, so dass sich die Richtigkeitsvermutung des § 891 BGB nicht auf ihn erstrecke. Bei der Eintragung des Nacherbenvermerks wurde schließlich nicht vom

²⁶¹ Hill, MDR 1959, S. 359, 359.

²⁶² Eickmann-KEHE, § 51 RN 27; Kraiss, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 126.

²⁶³ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 31.

²⁶⁴ LG Essen Rpfleger 1974, S. 18.

Grundbuchamt geprüft, ob die einzutragende Person tatsächlich Nacherbe ist. Somit solle auch nach Eintritt des Nacherbfalls dieser Eintragung keine Bedeutung zukommen. Der Nacherbe benötige immer einen neuen Erbschein zur Eintragung.²⁶⁵ Ferner diene § 51 GBO wie auch § 2363 BGB nur dem Schutz des Nacherben. Die Stellung als Nacherbe wird dagegen nicht bezeugt.²⁶⁶ Dem schloss sich auch der BGH auf einen Vorlagebeschluss hin an.²⁶⁷ Der Nacherbenvermerk ist lediglich für die Verfügungsbeschränkung des Vorerben von Bedeutung und bezeugt nur das Vorerbenrecht. Der eingetragene Nacherbenvermerk macht beim Grundbuchamt noch nicht offenkundig, wer Nacherbe wird. Offenkundig sind nur zweifelsfrei bekannte Tatsachen.²⁶⁸ Zu beachten ist auch, dass der Nacherbenvermerk auf dem Erbschein für den Vorerben beruht, der aber gerade mit dem Nacherbfall unrichtig geworden und einzuziehen ist. Ein Recht des Nacherben kann so nicht mehr bezeugt werden. Im Grundbuchverfahren besteht außerdem, im Gegensatz zum Erbscheinverfahren nach § 2356 II BGB, nicht die Möglichkeit, eidesstattliche Versicherungen einzuholen. So werden dem Grundbuchamt Änderungen der Person des Nacherben. z. B. sein Tod, nicht bekannt. Es bestünde eine erhebliche Gefahr, dass das Grundbuch unrichtig würde.²⁶⁹

Im Ergebnis ist zum Schutz der Richtigkeit des Grundbuchs auch dann ein Erbschein auf den Nacherbfall zu fordern, wenn der Nacherbenvermerk nach § 51 GBO im Grundbuch vermerkt ist.²⁷⁰ Der Nacherbenvermerk kann aufgrund seiner abweichenden Zweckrichtung nicht das Erbscheinsverfahren und den Nachweis der Erbenstellung durch den Erbschein ersetzen.

5. Der Verzicht auf die Eintragung des Nacherbenvermerks

Problematisch ist, ob der Nacherbe auf die Eintragung eines Nacherbenvermerks im Grundbuch verzichten kann.

²⁶⁵ Hefelmann, DNotZ 1937, S. 111, 115.

²⁶⁶ OLG Celle Rpfleger 1981, S. 432; Schaub, Oefele, GBO, § 35 RN 107.

²⁶⁷ BGH NJW 1982, S. 2499, 2500.

²⁶⁸ Schaub, Oefele, GBO, § 35 RN 43.

²⁶⁹ Bokelmann, Rpfleger 1974, S. 1, 2.

²⁷⁰ Schaub, Oefele, GBO, § 51 RN 31.

a. Verzichtbarkeit

Stellt man mit der h.M. darauf ab, dass der Nacherbenvermerk lediglich zum Schutz des Nacherben existiert, so ist die Verzichtbarkeit zu bejahen.²⁷¹ Wird der Vermerk nicht eingetragen, so kann ein gutgläubiger Erwerb nach §§ 2113 III, 892 I 2 BGB erfolgen. Der Verzicht auf die Eintragung des Nacherbenvermerks berührt nicht die materiell- rechtliche Position des Nacherben und ist keine Ausschlagung der Nacherbschaft und kein Verzicht auf die aus der Nacherbeneinsetzung folgende Rechtsstellung, sondern stellt lediglich einen Verzicht auf den Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs dar.²⁷² Der Verzicht hat zur Folge, dass das weiterhin bestehende Nacherbenrecht aus dem Grundbuch nicht mehr ersichtlich ist und nicht mehr vor gutgläubigem Erwerb geschützt ist.

Abzugrenzen ist eine solche Verzichtserklärung von dem auch möglichen Verzicht auf das Nacherbenrecht selbst zugunsten des Vorerben.²⁷³ Der Verzicht des Nacherben auf sein Nacherbenrecht zugunsten des Vorerben steht einer Übertragung des Anwartschaftsrechts des Nacherben auf den Vorerben gleich. Eine solche Übertragung richtet sich nach § 2033 I BGB analog, da der Nacherbe bei der Verfügung über sein Nacherbrecht gleich schutzwürdig ist wie ein Miterbe bei der Verfügung über seinen Anteil am Nachlass. Der Vertrag bedarf somit der notariellen Beurkundung nach § 2033 I 2 BGB, der eine Warn- und Schutzfunktion hat. Für die Annahme eines Verzichts auf das Nacherbenrecht müssen Anhaltspunkte dafür festgestellt werden, dass der Nacherbe tatsächlich den Willen hatte, das Anwartschaftsrecht bezüglich des Grundstücks auf den Vorerben zu übertragen.

²⁷¹ Schaub, Oefele, GBO, § 51 RN 82; Bühler, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 106; Eickmann-KEHE, § 51 RN 17; Schmidt, Erman, § 2113 BGB RN 19; Johannsen, RGRK, § 2113 BGB RN 45; Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 39; Haegele, Rpfleger 1971, S. 121 129.

²⁷² Pardey, Alternativkommentar, § 2113 BGB RN 19; Grunsky, MüKo, § 2100 BGB RN 35; Haegele, Rpfleger 1971, S. 121, 129; Demharter, GBO, § 51 RN 26; OLG Frankfurt Rpfleger 1980, S. 229.

²⁷³ OLG Frankfurt Rpfleger 1980, S. 229, 229.

Falls der Verzicht auf den Nacherbenvermerk in Zusammenhang mit einer bestimmten Verfügung des Vorerben erklärt wird, ist in dieser Verzichtserklärung auch die Zustimmung zur Verfügung enthalten.²⁷⁴

Die Erklärung des Verzichtes auf Eintragung des Nacherbenvermerks bedarf grundbuchrechtlich der Form des § 29 I 1 GBO.²⁷⁵ Sie ist gegenüber dem Grundbuchamt abzugeben und nach ihrem Eingang dort unwiderruflich.²⁷⁶ Für einen Verzicht auf die Eintragung des gesamten Nacherbenvermerks, ist die Zustimmung aller Nacherben und Ersatznacherben erforderlich.

Es ist auch möglich, dass nur einer von mehreren Nacherben auf die Eintragung des Nacherbenvermerks verzichtet.²⁷⁷ In diesem Falle muss der Nacherbenvermerk als solcher eingetragen werden, wobei dann der Name des Verzichtenden wegzulassen bzw. im nachträglichen Fall zu rüben ist: „Nacherbfolge ist angeordnet für den Fall des Versterbens des Vorerben A. Nacherben sind B und C.“ Ferner muss eingetragen werden: „D und E haben für ihre Person auf die Eintragung des Nacherbenrechts verzichtet.“

b. Keine Verzichtsmöglichkeit

Gegen die Verzichtsmöglichkeit spricht allerdings, dass das Grundbuch bei der Eintragung des Vorerben ohne Eintragung des Nacherbenvermerks unrichtig im Sinne des § 894 BGB wird, da materiell-rechtlich die Nacherbschaft weiterhin Bestand hat. Das Grundbuchamt würde also, indem es den Vorerben einträgt ohne die Nacherbschaft zu verlautbaren, wissentlich das Grundbuch unrichtig machen. Dies steht in Widerspruch zum herrschenden Legalitätsprinzip.²⁷⁸ Danach darf das Grundbuchamt nicht wissentlich die Unrichtigkeit des Grundbuchs herbeiführen. Im weiteren Verlauf verhilft das Grundbuchamt trotz Kenntnis der Nacherbschaftsanordnung einem Erwerber zum gutgläubigen Erwerb. Ferner besteht die Gefahr der Umschreibung des

²⁷⁴ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 40.

²⁷⁵ Demharter, GBO, § 51 RN 26; Eickmann-KEHE, § 51 RN 17; Edenhofer, Palandt; Einf v § 2100 BGB RN 10.

²⁷⁶ Bühler, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 107.

²⁷⁷ Eickmann-KEHE, § 51 RN 17; Schöner, Stöber, HRP, RN 3508.

²⁷⁸ Kraiss, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 111; Bestelmeyer, Rpfleger 1994, S. 189.

Grundstücks auf die Erben des Vorerben, wenn dem Vorerben ein Erbschein über sein Eigenvermögen ausgestellt worden war. Das Grundbuchamt würde also Verfügungen zur Wirksamkeit verhelfen, die der materiell- rechtlichen Rechtslage widersprechen.

Gegen eine Verzichtsmöglichkeit ist ebenfalls anzuführen, dass Sinn und Zweck des § 51 GBO nicht nur der Nacherbenschutz ist, sondern dass auch die Übereinstimmung von grundbuchrechtlicher mit materiell- rechtlicher Rechtslage sichergestellt werden soll. Dieses Ziel des Grundbuchs kommt besonders in den Vorschriften der §§ 20 und 53 GBO zum Ausdruck: In Durchbrechung des Bewilligungsgrundsatzes (§ 19 GBO) ist für die Eintragung das Vorhandensein der Einigung der Beteiligten erforderlich. Hierdurch wird in den praktisch wichtigen Fällen der Auflassung eines Grundstücks die Übereinstimmung von Grundbuchinhalt mit der wahren materiellen Rechtslage sichergestellt. Dies bezweckt auch § 53 GBO durch die Eintragung eines Amtswiderspruchs im Falle der Unrichtigkeit des Grundbuchs. Dem Ziel der Übereinstimmung des Grundbuchs mit der wahren Rechtslage soll auch § 51 GBO dienen.

Ein weiteres Argument ergibt sich aus dem Vergleich mit der Situation bei einem Testamentsvollstrecker, der auf die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks, § 52 GBO, verzichten möchte. Dieser kann unstreitig nicht auf die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks verzichten.²⁷⁹ Dies wird einerseits mit der Tatsache begründet, dass er nicht im eigenen Interesse seine Rechte ausübt. Beim Nacherbenvermerk ist diese Überlegung kein Hindernis, da der Nacherbe seine eigenen Rechte wahrnimmt, wenn er einen Verzicht erklärt. Beim Testamentsvollstrecker wird aber die Nichtverzichtbarkeit auch mit der Wahrung der Übereinstimmung von Grundbuch und tatsächlicher Rechtslage begründet. Nach dieser Ansicht ist somit eine Ungleichbehandlung der Verzichtsmöglichkeit bei § 51 und § 52 GBO nicht gerechtfertigt. Ein Verzicht käme auch bei § 51 GBO nicht in Betracht.²⁸⁰

²⁷⁹ Bestelmeyer, Rpfleger 1994, S. 189, 189.

²⁸⁰ Bestelmeyer, Rpfleger 1994, S. 189, 190.

c. Bewertung

Die Argumente gegen eine Verzichtsmöglichkeit durch den Nacherben erscheinen zwar auf den ersten Blick beachtlich. Ein Auseinanderfallen von Grundbuch und wahrer Rechtslage birgt Gefahren und soll verhindert werden. Der Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB soll dazu dienen, die formelle und materielle Rechtslage in Einklang zu bringen.

Jedoch ist es anzuerkennen, dass der Nacherbe auf die Verwirklichung seiner Rechtsstellung verzichten kann. Schließlich ist nicht einzusehen, warum er als Geschützter nicht auf den Schutz vor gutgläubigem Erwerb verzichten können soll. Nicht das Grundbuchamt, sondern der Nacherbe ermöglicht den gutgläubigen Erwerb. Folglich steht auch das Legalitätsprinzip nach Bewertung der Argumente einem Verzicht auf die Eintragung des Nacherbenvermerks nicht entgegen. Da der Testamentsvollstrecker im Gegensatz zum Nacherben fremde Rechte ausübt, ist eine Ungleichbehandlung der beiden Fälle gerade geboten. Der Nacherbe kann folglich auf die Eintragung des Nacherbenvermerks im Grundbuch verzichten.

d. Verzichtserklärung durch den Testamentsvollstrecker

Der Verzicht auf Eintragung des Nacherbenvermerks im Grundbuch kann auch von einem Nacherbentestamentsvollstrecker nach § 2222 BGB erklärt werden. Für einen Verzicht auf das Nacherbenrecht selbst würde ihm zwar die rechtliche Befugnis fehlen, doch drückt der Verzicht auf die Eintragung des Nacherbenvermerks wie oben gesehen lediglich die Ermöglichung eines gutgläubigen Erwerbs des Grundstücks frei vom Nacherbenrecht aus. Deshalb darf das Grundbuchamt die Nichteintragung auch nicht von einer Prüfung abhängig machen, ob die Verzichtserklärung zweckmäßig ist und die Interessen des Nacherben ordnungsgemäß wahrnimmt. Es erfolgt also keine Prüfung, ob der Testamentsvollstrecker durch die Abgabe der Verzichtserklärung gegen seine Pflicht aus § 2216 I BGB verstößt.²⁸¹

²⁸¹ BayObLG Rpfleger 1989, S. 412, 413; Bühler, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 111; Schaub, Oefele, GBO, § 51 RN 83; BayObLG FamRZ 1989, S. 1123, 1124.

6. Die Löschung des Nacherbenvermerks

a. Löschungsmöglichkeit allein durch die Bewilligung des Nacherben

Die h.M.²⁸² lässt eine Löschung des Nacherbenvermerks auf Bewilligung des Nacherben (§ 19 GBO) als Minus zum Verzicht zu, da sie schon diesen für zulässig hält. Wiederum sollen keine Auswirkungen auf das materielle Recht eintreten. Da § 51 GBO dem Nacherben dienen soll, kann er jederzeit nachträglich die gesicherte Rechtsstellung aufgeben. Das Nacherbenrecht als solches bleibt unberührt. Vielmehr wird das sachlich noch fortbestehende Nacherbenrecht im Grundbuchverkehr nicht mehr beachtet. Die Löschungsbewilligung bedarf der Form des § 29 GBO und ist dem Grundbuchamt gegenüber abzugeben.

Demgegenüber stellt die Mindermeinung hier wie beim Verzicht auf das Legalitätsprinzip ab und erachtet die Bewilligung des Nacherben nicht für ausreichend.²⁸³ Da die Nacherbfolge materiell weiterhin bestehen bleibe, werde das Grundbuch durch die Löschung des Nacherbenvermerks aufgrund der Bewilligung des Nacherben unrichtig. Dies widerspreche dem Legalitätsprinzip. Vielmehr solle eine Löschung nur wegen nachgewiesener Unrichtigkeit des Grundbuchs möglich sein, § 22 GBO. Eine isolierte Löschung des Nacherbenvermerks allein aufgrund einer Löschungsbewilligung sei demnach nicht möglich.

Hier ist konsequenter Weise der oben vertretenen Meinung zu folgen. Wie der Verzicht ist auch die Löschung des Nacherbenvermerks allein durch Bewilligung des Nacherben aus oben genannten Gründen möglich.

b. Löschung aufgrund Grundbuchunrichtigkeit

Im Folgenden sollen verschiedene Fälle der Unrichtigkeit des Grundbuchs bezüglich eines eingetragenen Nacherbenvermerks dargestellt werden.

²⁸² Johannsen, RGRK § 2113 BGB RN 48; Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 36; Schöner, Stöber, HRP, RN 3512; Lange, Kuchinke, Erbrecht, S. 546; Haegele, Rpfleger 1971, S. 121, 129.

²⁸³ Bestelmeyer, Rpfleger 1994, S. 189, 191.

aa. Ausscheiden des Grundstücks aus dem Nachlass

Grundbuchunrichtigkeit liegt dann vor, wenn das Grundstück mit Wirkung gegenüber dem Nacherben aus dem Nachlass ausgeschieden ist.²⁸⁴ Hierbei sind zwei Varianten denkbar.

(1) Zustimmung des Nacherben

Das Grundbuch ist dann unrichtig, wenn der Vorerbe mit Zustimmung des Nacherben endgültig wirksam über das Grundstück verfügt hat, §§ 2113 I, 185 I BGB. Das Grundstück ist dann mit Wirkung gegenüber den Nacherben aus dem Nachlass ausgeschieden.²⁸⁵ Nach § 2113 I BGB ist die Verfügung des Vorerben im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Wenn der Vorerbe mit der Zustimmung des Nacherben über das Nachlassgrundstück verfügt, so beeinträchtigt diese Verfügung gerade nicht das Recht des Nacherben.²⁸⁶ Der Erwerber wird endgültig Rechtsinhaber, ohne dass er im Eintritt des Nacherbfalls sein Recht verliert. Das Grundstück ist somit durch die Zustimmung des Nacherben für immer aus dem der Nacherbfolge unterworfenen Nachlass ausgeschieden.

Der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs, das heißt, die Zustimmungserklärung des Nacherben, muss in der Form des § 29 I GBO beigebracht werden, § 22 I, insbesondere § 22 I 2 GBO. Eine solche Erklärung könnte wie folgt lauten.²⁸⁷ „Die Eigentümerin des im Grundbuch von ... Blatt ... verzeichneten Grundstücks hat dieses als Vorerbin in der Urkunde ... des Notars ... verkauft und aufgelassen. Wir sind im Grundbuch als Nacherben eingetragen, stimmen der Veräußerung zu und bewilligen die Löschung des Nacherbenvermerks.“

(2) Entgeltliche Verfügung des befreiten Vorerben

²⁸⁴ OLG Hamm NJW-RR 1996, S. 1230, 1231.

²⁸⁵ OLG Hamm Rpfleger 1999, S. 385, 386; Johannsen, RGRK § 2113 BGB RN 48.

²⁸⁶ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 6.

²⁸⁷ Faßbender, Kersten, Bühling, Formularbuch FGG, § 85 RN 53 M.

Ein Fall des Ausscheidens des Grundstücks aus dem Nachlass liegt auch dann vor, wenn der Vorerbe, der von der Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB befreit war, § 2136 BGB, entgeltlich über das Grundstück verfügt hat. Der befreite Vorerbe unterfällt trotz der Befreiung der Verfügungsbeschränkung des § 2113 II BGB. Danach wird eine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die unentgeltlich erfolgt, im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam. Erfolgt die Verfügung dagegen entgeltlich, so ist die Verfügung des befreiten Vorerben keinerlei Beschränkung unterworfen, so dass der Erwerb endgültig wirksam ist. Der Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit, hier also der Nachweis der Entgeltlichkeit in der Form des § 29 GBO kann beispielsweise im Fall der Verfügung des befreiten Vorerben über eine Hypothek durch folgende Bescheinigung des Notars erbracht werden:²⁸⁸ „Zu den Grundakten von ... Blatt ... überreiche ich meine Urkunde Nr. ... mit dem Löschantrag des Eigentümers und mit der Quittung des A, der ausweislich des Erbscheins ... befreiter Vorerbe des eingetragenen Gläubigers B ist. Ich bescheinige, dass der Grundstückseigentümer E das Hypothekenkapital von ... € und ... € restliche Zinsen am ... auf mein Anderkonto bei ... überwiesen hat und dass ich den Betrag dem Vorerben A ausgezahlt habe, als dieser am ... die Quittung bei mir unterzeichnete und mir den beigefügten Hypothekenbrief für E übergab. Ich beantrage die Löschung.“

Außer durch eine solche Bescheinigung oder eine beglaubigte Erklärung des Nacherben lässt sich mit den im Grundbuchverfahren zulässigen Beweismitteln nicht mit Sicherheit feststellen, ob die Verfügung des Vorerben entgeltlich war.²⁸⁹ In diesen Fällen kann das Grundbuchamt unter Berücksichtigung der natürlichen Gegebenheiten die gesamten Umstände des Falls unter dem Gesichtspunkt prüfen, ob die Entgeltlichkeit nach § 2113 II BGB im Sinne des § 29 I 2 GBO **offenkundig** ist.²⁹⁰ Ausreichend ist auch, wenn die Unentgeltlichkeit durch die Natur der Sache oder durch die Sachlage

²⁸⁸ Faßbender, Kersten, Bühling, Formularbuch FGG, § 85 RN 50 M.

²⁸⁹ Johannsen, RGRK § 2113 BGB RN 53.

²⁹⁰ BayObLG Rpfleger 1988, S. 525, 525; OLG Hamm NJW-RR 1996, S. 1230, 1231.

ausgeschlossen wird. Zu berücksichtigen sind dabei Wahrscheinlichkeits-erwägungen und allgemeine Erfahrungssätze. Im Rahmen dieser freien Würdigung des Tatsachenstoffs kann das Grundbuchamt sogar ein privatschriftliches Testament berücksichtigen.²⁹¹ Aus dieser erweiterten Prüfungsmöglichkeit des Grundbuchamts folgt aber keine Amtsermittlungspflicht und keine Befugnis zu eigenen Beweiserhebungen. Vielmehr bleibt es bei dem Antragsverfahren nach § 22 I GBO, wobei lediglich die **vorgelegten** Unterlagen zu berücksichtigen sind.

bb. Auseinandersetzung

Der Nacherbenvermerk ist auch dann als unrichtig zu löschen, wenn sich mehrere in Erbengemeinschaft stehende Vorerben auseinandersetzen und dabei ein Vorerbe das Eigentum am Grundstück erhält.²⁹² Der bisher eingetragene Vermerk bezog sich auf die gesamthänderische Mitberechtigung des jeweiligen Vorerben am Grundstück. Diese wurde durch die Erbauseinandersetzung aber beendet. Der Vermerk ist somit zu löschen unabhängig von der Frage, ob das Grundstück selbst nun von der Nacherbschaft erfasst wird. Wäre dies der Fall, so ist ein neuer Nacherbenvermerk einzutragen. Der bisherige Vermerk ist in jedem Fall als unrichtig zu löschen.

²⁹¹ OLG Hamm NJW-RR 1996, S. 1230, 1232.

²⁹² KG Rpfleger 1993, S. 236, 237.

cc. Eintritt des Nacherbfalls ausgeschlossen

Der Nacherbenvermerk entspricht auch dann nicht mehr der Rechtslage, wenn der Nacherbfall nicht oder nicht mehr eintreten kann.²⁹³ Dies kommt dann in Betracht, wenn sämtliche Nacherben die Nacherbschaft ausschlagen, § 2142 I BGB. Nach § 2142 II 1.Hs. BGB verbleibt die Erbschaft dann dem Vorerben, so dass die Nacherbschaft gegenstandslos wird. Der Nacherbfall kann nicht mehr eintreten. In diesem Fall ist der Nacherbenvermerk als unrichtig zu löschen.

Diese Rechtsfolge tritt nur dann nicht ein, wenn der Erblasser ein anderes bestimmt hat, § 2142 II 2.Hs. BGB. Eine solche anderweitige Bestimmung liegt beispielsweise dann vor, wenn der Erblasser Ersatznacherben, § 2096 BGB, bzw. stillschweigend die Abkömmlinge eines weggefallenen Abkömmlings,

§ 2069 BGB, berufen hat.²⁹⁴ In diesen Fällen geht der Erblasserwille dahin, dass der Nachlass bei Ausschlagung der Erbschaft durch den Nacherben nicht an den Vorerben fällt, sondern an den gerade hierfür bestellten Eratzerben.

dd. Bedingungseintritt

Steht die Nacherbfolgeanordnung unter einer auflösenden Bedingung, beispielsweise der Geburt eines Kindes, und soll der Vorerbe bei Bedingungseintritt Vollerbe werden, so ist mit Eintritt der Bedingung der Nacherbenvermerk aufgrund der Unrichtigkeit des Grundbuchs zu löschen. Ein dahin gehender Antrag könnte beispielsweise lauten:²⁹⁵ „Ich bin Eigentümer des Grundstücks Es ist ein Nacherbenvermerk eingetragen. Die Nacherbschaft wurde unter der auflösenden Bedingung angeordnet, dass sie wegfallen solle, wenn ich Vater würde. In den Nachlassakten ... ist ein Erbschein erteilt, wonach ich seit der Geburt meines Sohnes ... am ... Vollerbe bin. Ich beantrage die Löschung des Nacherbenvermerks.“

²⁹³ BayObLG Rpfleger 2000, S. 324, 325.

²⁹⁴ Edenhofer, Palandt, § 2142 RN 3; OLG Zweibrücken, OLGZ 84, 3.

²⁹⁵ Faßbender, Kersten, Bühling, Formularbuch FGG, § 85 RN 54 M.

ee. Zeitablauf

Der Nacherbenvermerk ist auch dann als unrichtig zu löschen, wenn die Einsetzung des Nacherben mit Ablauf von dreißig Jahren nach dem Erbfall unwirksam wird, § 2109 I 1, II BGB.²⁹⁶ In diesem Fall wird der Nacherbenvermerk 30 Jahre nach dem Erbfall gelöscht. Allerdings sind hier die Ausnahmen des § 2109 I 2 Nr.1 und 2 BGB zu beachten:

Die Anordnung der Nacherbfolge bleibt auch nach Ablauf von 30 Jahren wirksam, wenn die Nacherbfolge für den Fall angeordnet ist, dass in der Person des Vorerben oder des Nacherben ein bestimmtes Ereignis eintritt, und derjenige, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, zur Zeit des Erbfalls lebt (§ 2109 I 2 Nr.1 BGB) bzw. wenn dem Vorerben oder einem Nacherben für den Fall, dass ihm ein Bruder oder eine Schwester geboren wird, der Bruder oder die Schwester als Nacherbe bestimmt ist (§ 2109 I 2 Nr.2 BGB). Die Frist kann in diesen Fällen beliebig überschritten werden.

c. Die Löschung nach Eintritt des Nacherbfalls

Sobald der Nacherbfall eingetreten ist, und der Nacherbe als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist, hat sich der Zweck des Nacherbenvermerks, den Nacherben vor einem gutgläubigen Erwerb des Grundstücks durch Dritte zu schützen, erfüllt. Er ist nach § 84 II lit. b GBO gegenstandslos geworden, da das Nacherbenrecht nun nicht mehr ausgeübt werden kann. Nach § 84 I 1 GBO kann das Grundbuchamt somit gleichzeitig mit der Grundbuchberichtigung auf den Nacherben den Nacherbenvermerk von Amts wegen als gegenstandslos löschen. Das Verfahren nach § 84 GBO ist ein Amtsverfahren, so dass § 12 FGG gilt. Eventuell gestellte Anträge haben damit lediglich die Bedeutung einer Anregung (vgl. § 86 GBO).²⁹⁷

Ein Antrag, eine Eintragung als gegenstandslos zu löschen, kann aber auch als Antrag auf Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises gemäß § 22 I GBO auszulegen sein. Das Grundbuchamt hat daher einen „Antrag“ auszulegen, ob

²⁹⁶ Eickmann-KEHE, § 51 RN 30.

²⁹⁷ Demharter, GBO, § 84 RN 16.

die Löschung wegen Gegenstandslosigkeit oder auch aufgrund einer anderen Rechtsgrundlage, nämlich im Wege der Grundbuchberichtigung gemäß § 22 GBO im Antragsverfahren begehrt wird.²⁹⁸

Eine solche Grundbuchberichtigung gemäß § 22 GBO setzt einen Antrag voraus. In diesem Fall lautet der Antrag auf Löschung des Nacherbenvermerks wie folgt:²⁹⁹

„...Ich beantrage hiermit ebenfalls, den Nacherbenvermerk als nunmehr gegenstandslos zu löschen.“

d. Anhörungsrecht des Nacherben

Ein weiteres Problem ist, ob dem Nacherben vor der Löschung des Nacherbenvermerks ein gesetzlicher Anspruch auf rechtliches Gehör zusteht.

Fraglich ist zunächst, woraus sich ein solcher Anhörungsanspruch ergeben kann.

In Betracht kommt ein solches Recht aus Art. 2 I, 20 III, 19 IV GG. Für die Löschung des Nacherbenvermerks ist gemäß § 3 Nr. 1 lit. h RPflG der Rechtspfleger zuständig. Im Verfahren vor dem Rechtspfleger ergibt sich nach neuerer Rechtsprechung³⁰⁰ ein Anspruch auf Anhörung nicht aus Art. 103 GG, da dieser aufgrund seiner systematischen Stellung unter der Überschrift „Rechtsprechung“ nur für die rechtsprechende Gewalt nach Art. 92 GG durch Richter Geltung hat.³⁰¹ Die Wahrnehmung von Aufgaben durch Richter wird wesentlich durch deren Unabhängigkeit, Art. 97 GG, bestimmt. Diese kommt Rechtspflegern gerade nicht zu.

Bei rechtsfürsorgerischen Verfahren vor dem Rechtspfleger kann sich eine Anhörungspflicht jedoch aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens nach Art. 2 I, 20 III, 19 IV GG ergeben. Das Recht auf ein faires Verfahren gehört zu den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens.³⁰² Da der Einzelne nicht zum bloßen Objekt staatlicher Entscheidungen werden darf,

²⁹⁸ BayObLG NJW-RR 1989, 1495, 1496.

²⁹⁹ Krug, Krug, Erbrecht, § 10 RN 206.

³⁰⁰ BVerfG DNotZ 2000, S. 387, 388.

³⁰¹ Pawlowski, JZ 2000, S. 913, 915, 916.

³⁰² BVerfG DNotZ 2000, S. 387, 388.

muss ihm die Möglichkeit gegeben werden, sich zu dem Verfahren zu äußern und dadurch auf dieses einzuwirken.

Der Rechtspfleger könnte also verpflichtet sein, dem Nacherben rechtliches Gehör zu gewähren. Dafür spricht der Stellenwert, den die Anhörung durch Art. 20 III GG erhält. Das grundgesetzlich vorgesehene Recht auf rechtliches Gehör kann durch den einfachen Gesetzgeber nicht ins Belieben der Rechtsanwender gestellt werden.

Da die Löschung des Nacherbenvermerks dem Nacherben den Schutz vor gutgläubigem Erwerb nimmt, ist der Nacherbe in seinen Rechten beeinträchtigt und damit Beteiligter, dem rechtliches Gehör zu gewähren ist.

Vor allem früher wurde ein Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs aber nicht anerkannt.³⁰³

Es handelt sich bei der Löschung des Nacherbenvermerks im Falle des § 22 GBO um ein Antragsverfahren, in dem der Amtsermittlungsgrundsatz, § 12 FGG, nicht gilt und eine Anhörung somit grundsätzlich nicht erforderlich ist.³⁰⁴

Wenn der Betroffene durch seine Bewilligung nach § 19 GBO zur Löschung wesentlich beiträgt, dann ist eine Anhörung zur Wahrung seiner Rechte überflüssig. Soll dagegen die Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises Dritter erfolgen (§ 22 GBO), ist dem betroffenen Nacherben Gehör zu schenken.³⁰⁵ Da § 22 GBO den Bewilligungsgrundsatz gemäß § 19 GBO durchbricht, sind an die Führung des Nachweises der Unrichtigkeit der Eintragung strenge Anforderungen zu stellen.³⁰⁶ Zu bedenken ist dies vor allem dann, wenn die Unrichtigkeit nicht auf der Zustimmung des Nacherben, § 185 I BGB, beruht, sondern auf einem Umstand, der von seinem Willen unabhängig ist. Als Beispiel kann die Verfügung über ein Grundstück durch den Vorerben zur Erfüllung einer Teilungsanordnung angeführt werden. Diese Verfügung ist, wie unten noch genauer zu prüfen sein wird, dem Nacherben gegenüber endgültig wirksam. In einem solchen Fall gebietet es das Rechtsstaatsprinzip,

³⁰³ BayObLGZ 1956, 54, 55.

³⁰⁴ Schaub, Oefele, GBO, § 51 RN 163.

³⁰⁵ Schöner, Stöber, HRP, RN 3521; Haegele, Rpfleger 1971, S. 121, 130.

³⁰⁶ BayObLGZ 1994, 177, 179; Eickmann-KEHE, § 51 RN 28.

Art. 20 III GG, dass dem Nacherben die Möglichkeit gegeben wird, eine gegenteilige Stellungnahme abzugeben. Zwar ist auch das Grundbuchberichtigungsverfahren nach § 22 GBO ein Antragsverfahren im Sinne des § 13 GBO, doch ist keine Bewilligung des betroffenen Nacherben erforderlich, die hier eben das Gebot des rechtlichen Gehörs erfüllen würde.³⁰⁷ Auch wenn der Amtsermittlungsgrundsatz –anders als beim Verfahren nach § 84 GBO- damit nicht gilt, ist dem Nacherben rechtliches Gehör zu gewähren.³⁰⁸ Dies bestätigt auch eine Entscheidung des OLG Hamm,³⁰⁹ bei der die Ablehnung einer Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs lediglich darauf gestützt wurde, dass eine Anhörung stattgefunden hatte. Die Anhörungspflicht ist folglich von dem Grund der Löschung abhängig. Gestattet man eine Löschung des Nacherbenvermerks durch Bewilligung des Nacherben, erscheint eine Anhörung im Antragsverfahren überflüssig. Erfolgt die Löschung dagegen aufgrund § 84 GBO oder aufgrund des Unrichtigkeitsnachweises eines Dritten, dann ist der Nacherbe als Betroffener zu hören. Die frühere Rechtsprechung,³¹⁰ mit der ein Anhörungsrecht abgelehnt wurde, hat das BayObLG inzwischen ausdrücklich aufgegeben.³¹¹

7. Die Löschung eines von der Nacherbfolge betroffenen Rechts

Der Vorerbe kann über das der Nacherbfolge unterliegende Grundstück trotz des eingetragenen Nacherbenvermerks, § 51 GBO, verfügen, da der Vermerk keine Grundbuchsperrwirkung bewirkt. Weil die Verfügung des Vorerben erst mit dem Eintritt des Nacherbfalls unwirksam wird, kann das Grundbuchamt sämtliche Anträge vollziehen und die entsprechenden Eintragungen vornehmen. Der Nacherbe bleibt auch danach durch den eingetragenen Vermerk geschützt.

³⁰⁷ BayObLG Rpfleger 1995, S. 105, 105.

³⁰⁸ BayObLG Rpfleger 1973, S. 433.

³⁰⁹ OLG Hamm Rpfleger 1999, S. 385, 386.

³¹⁰ BayObLGZ 1956, 54, 55.

³¹¹ BayObLG Rpfleger 1995, S. 105, 105.

Anders stellt sich die Situation dar, wenn der Vorerbe derart über ein unter die Nacherbschaft fallendes Recht verfügt, dass eine Eintragung gelöscht wird, z.B. wenn der Vorerbe eine zugunsten des Vorerben, d.h. des Nachlasses, bestehende Hypothek aufhebt, §§ 875, 1183 S.1 BGB. Die Verfügungsbeschränkung wird dann gegenstandslos. Wenn das Recht gelöscht wird, fällt auch der Nacherbenvermerk weg.³¹² Der Nacherbe wäre nicht mehr geschützt. Da die Aufhebung eine den Nacherben beeinträchtigende Verfügung darstellt, ist sie zwar im Zeitpunkt des Nacherbfalls unwirksam, § 2113 I 2. Alt. BGB. Bis dahin kann aber mangels Nacherbenvermerks ein gutgläubig lastenfreier Grundstückserwerb nach §§ 2113 III, 892 I 1 und 2 BGB stattfinden. Der Grundstückserwerber könnte z.B. das Grundstückseigentum endgültig ohne Belastung durch die Hypothek erwerben.

Da materiell-rechtlich der Vorerbe ohne Zustimmung des Nacherben ein unter die Nacherbfolge fallendes Recht nicht aufheben kann (vgl. Rechtsgedanke des § 876 S.1 BGB), stellt sich deshalb im Folgenden die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein solches Recht im Grundbuch, das den Nacherbenvermerk enthält, gelöscht werden kann.

a. Formelle Zustimmungserklärung des Nacherben erforderlich

Um den Nacherbenschutz auch im Falle einer Löschung eines Rechts am Grundstück zu verwirklichen, wird überwiegend angenommen, dass die Löschung nur dann vorgenommen werden darf, wenn dem Grundbuchamt die formelle Zustimmungserklärung des Nacherben in der Form des § 29 I 1 GBO vorgelegt wird.³¹³ Da mit der Löschung des Rechts auch der Nacherbenvermerk diesbezüglich gegenstandslos wird, ist keine andere Möglichkeit als die Einholung der formellen Zustimmung des Nacherben ersichtlich, um ihn wirksam vor einem gutgläubigen Erwerb bis zum Nacherbfall zu schützen. Aus diesem Grund wird überwiegend eine Löschung

³¹² OLG Düsseldorf Rpfleger 1957, S. 413, 414.

³¹³ Bühler, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 122; Eickmann-KEHE, § 51 RN 9, 21, 25; Schaub, Oefele, GBO, § 51 RN 166; Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 38; Kraiss, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 122; Stöber, GBO, RN 857.

nicht schon auf Antrag des Vorerben vorgenommen bzw. der Lösungsvermerk eingetragen.³¹⁴ Der Vorerbe oder der belastete Grundstückseigentümer (§ 13 I 2 GBO) müsste also im Beispielsfall mit dem Antrag auf Löschung der Hypothek sowie der Lösungsbewilligung (§ 19, 29 I 1 GBO) die formelle Zustimmungserklärung des Nacherben vorlegen. Nur dann kann das Grundbuchamt die Lösung vornehmen, da diese Zustimmung eine Lösungsvoraussetzung darstellt. Will also der Vorerbe ein von der Nacherbschaft betroffenes Recht aufheben und damit löschen lassen, so benötigt er hierzu die materielle und zur Vorlage beim Grundbuchamt die formelle Zustimmung des Nacherben, letztere in der Form des § 29 I 1 GBO. In diesem Fall der Aufhebung eines Rechts wirkt also der Nacherbenvermerk folglich ausnahmsweise faktisch als Grundbuchsperrung.

b. Bedingter Lösungsvermerk

Teilweise wird der Nachweis der Zustimmungserklärung des Nacherben für entbehrlich gehalten. Der Nacherbenschutz könne auch auf andere Weise verwirklicht werden.³¹⁵

Es müsse im Grundbuch verlautbart werden, dass das Erlöschen des Rechts in materiell- rechtlicher Hinsicht nur beschränkt sei. Im Nacherbfall werde die Lösung des Rechts schließlich nach § 2113 I BGB unwirksam. Dies sei grundbuchmäßig wie folgt verlautbarungsfähig:

Das betreffende Recht werde nicht gerötet. Vielmehr werde ein Lösungsvermerk eingetragen, aus dem hervorgehe, dass die Lösung unter einem Vorbehalt stehe. Dieses Vorgehen sei auch nach § 17 II 1, 2 GBV zulässig, da das betreffende Recht nicht „ganz gelöscht“ werde, sondern nur bis zum Eintritt des Nacherbfalls. Im Zeitpunkt des Nacherbfalls sei das Recht im Wege des Grundbuchberichtigungsantrags auf den Nacherben umzuschreiben und der Lösungsvermerk zu röteln. Das nicht gerötete Recht

³¹⁴ Kipp, Coing, Erbrecht, S. 316; Schmidt, Erman, § 2113 BGB RN 19; Lange, Kuchinke, Erbrecht, S. 557; Johannsen, RGRK, § 2113 BGB RN 47.

³¹⁵ Bestelmeyer, Rpfleger, 1994, S. 189, 191; Grunsky, MüKo, § 2113 BGB RN 18.

habe so seine räumliche und zeitliche Rangstellung behalten.³¹⁶ Somit könnte bei der Löschung eines Rechts genau so vorgegangen werden wie bei den sonstigen Verfügungen des Vorerben. Eine Zustimmungserklärung des Nacherben wäre danach nicht erforderlich.

c. Bewertung

Mag die bedingte Löschung auch grundbuchrechtlich durchführbar sein, so ist dem aber entgegenzuhalten, dass es nach § 46 GBO keine bedingte, sondern nur eine endgültige Löschung gibt. Außerdem ist die Rötung (§ 17 II 1, 2 GBV) lediglich ein buchungstechnisches Hilfsmittel, aber weder eine Löschung noch ein teilweiser Löschungsersatz. Daher ist der Lösung der überwiegenden Meinung über die ausnahmsweise erforderliche Zustimmungserklärung des Nacherben zu folgen. Hierfür spricht die Funktion des Grundbuchs als Rechtsscheinsträger. Komplizierte und fehlerträchtige Vorgehensweisen sind ungeeignet für die Grundbuchführung. Wird das Recht dagegen mit der Zustimmungserklärung des Nacherben gelöscht, so ist der Schutz des Nacherben sichergestellt. Das Grundbuch bleibt dabei übersichtlich und bildet eine verlässliche Grundlage für den Rechtsverkehr.

8. Rechtsbehelfe des Nacherben bei Nichteintragung des Nacherbenvermerks

Für die Frage, welche Rechtsbehelfe der Nacherbe erheben kann, wenn der Nacherbenvermerk nicht im Grundbuch eingetragen wurde, sind vier Zeitabschnitte zu unterscheiden.

a. Vor der Eintragung des Vorerben

Wenn sich der Vorerbe nicht im Wege des vorausgehenden Berichtigungsverfahrens ins Grundbuch eintragen lässt, und weiterhin der Erblasser eingetragen bleibt, so kann auch nicht im mitlaufenden Amtsverfahren ein Nacherbenvermerk eingetragen werden. § 51 GBO setzt die Eintragung des Vorerben als Berechtigten voraus. Eine Eintragung des Nacherbenvermerks ohne die Eintragung des Vorerben ist nicht zulässig.³¹⁷ Fraglich ist deshalb, ob

³¹⁶ Bestelmeyer, Rpfleger 1994, S. 189, 192.

³¹⁷ Eickmann-KEHE, § 51 RN 13.

und wie der Nacherbe die Eintragung des Vorerben und damit des Vermerks erreichen kann.

Der Nacherbe hat keinen unmittelbaren Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB auf Eintragung des Vorerben, da im Rahmen des § 894 S.1 BGB aktivlegitimiert unter anderem nur derjenige ist, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen ist. Berechtigter im Sinne des § 894 BGB ist also derjenige, der durch die Unrichtigkeit unmittelbar beeinträchtigt ist.³¹⁸ Diese unmittelbare Betroffenheit ist beim Nacherben nicht gegeben.³¹⁹ Da der Nacherbe kein dingliches Recht an den einzelnen Nachlassgegenständen hat, sondern nur an dem Nachlass in seiner Gesamtheit, ist der Nacherbe bezüglich eines zum Nachlass gehörenden Gegenstandes (z.B. bezüglich eines Grundstücks) kein unmittelbar Betroffener. Vielmehr ist seine Betroffenheit nur mittelbar. Diese mittelbare Betroffenheit ergibt sich daraus, dass die Eintragung des Vorerben als Berechtigter Voraussetzung für die Eintragung des Nacherbenvermerks ist. Dem Nacherben steht gegen den Vorerben daher nur ein Anspruch nach §§ 894, 895 BGB, 894 ZPO zu.³²⁰ Wenn die Berichtigung des Grundbuchs (hier: Eintragung des Nacherbenvermerks) erst erfolgen kann, nachdem das Recht des nach § 894 BGB Verpflichteten (hier: des Vorerben) eingetragen worden ist, so hat dieser auf Verlangen sein Recht eintragen zu lassen.

Noch nicht geklärt ist damit die Frage, ob der Nacherbe ein Antragsrecht auf Eintragung des Vorerben im Rahmen des Berichtigungsverfahrens des Grundbuchamts hat, § 22 II GBO. Nach § 13 I 2 GBO ist als sogenannter gewinnender Teil antragsberechtigt nur derjenige, der durch die Eintragung bezüglich seiner dinglichen Rechtsstellung einen Gewinn erfährt.³²¹ Das Interesse eines mittelbar Beteiligten ist dagegen nicht ausreichend, selbst wenn

³¹⁸ Hagen, Lorenz, Erman, § 894 BGB RN 16.

³¹⁹ Bühler, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 70; LG Berlin Rpfleger 1974, S. 234.

³²⁰ Schöner, Stöber, HRP, RN 3505a; Bühler, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 70; Meyer-Stolte, Rpfleger 1974, S. 234, 235.

³²¹ Demharter, GBO, § 13 RN 42-48.

er eine Eintragung nach §§ 19, 29 GBO zu bewilligen hat.³²²
Antragsberechtigt im Sinne des § 13 GBO ist jedenfalls jeder, der einen Anspruch aus § 894 BGB hat.³²³

Fraglich ist aber, ob auch ein Gläubiger eines Anspruchs nach § 895 BGB ein selbständiges Antragsrecht hat.

aa. Kein Antragsrecht des Nacherben

Überwiegend wird ein selbständiges Antragsrecht des Nacherben abgelehnt.³²⁴ Begründet wird diese Ansicht nur von der Rechtsprechung³²⁵ und zwar damit, dass durch die Nichteintragung des Vorerben dessen Recht unmittelbar beeinträchtigt ist, das des Nacherben aber nur mittelbar. Dem Nacherben stehe nämlich kein dingliches Recht an den einzelnen Nachlassgegenständen zu. Der Nacherbe sei demnach bezüglich eines zum Nachlass gehörenden Gegenstands, z.B. bezüglich des Grundstücks, nicht unmittelbar von der Nichteintragung des Vorerben betroffen. Diese Argumente sind bereits aus der oben dargestellten Ablehnung eines Anspruchs gemäß § 894 BGB bekannt.

Das nur mittelbare Interesse des Nacherben daran, dass der Vorerbe eingetragen wird, weil dann auch der Nacherbenvermerk verlautbart wird, und zwar von Amts wegen nach § 51 GBO, sei nicht ausreichend. Der Nacherbe habe somit kein eigenes Recht, die Eintragung des Vorerben zu beantragen.

Wenn man ein selbständiges Antragsrecht des Nacherben mit dieser Ansicht verneint, bleiben ihm zwei andere Wege, um sein Ziel zu erreichen.³²⁶

Der Nacherbe kann erstens gegen den Vorerben klagen mit dem Antrag, die Eintragung des Nacherbenvermerks zu bewilligen. Mit einem rechtskräftigen Urteil hierüber kann der Nacherbe dann nach § 14 GBO die Eintragung des Vorerben beantragen.

³²² Demharter, GBO, § 13 RN 44.

³²³ Sieveking, Meikel, Grundbuchrecht, § 13 RN 68.

³²⁴ Bühler, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 70; Schöner, Stöber, HRP, RN 3505 a;
LG Berlin Rpfleger 1974, S. 234.

³²⁵ LG Berlin, Rpfleger 1974, S. 234.

³²⁶ Güthe, Triebel, GBO, § 51 RN 6f.

Ein zweiter Weg besteht in der Klage gegen den Vorerben mit dem Antrag, seine Eintragung, die des Vorerben, zu beantragen, § 895 BGB. Der Eintragungsantrag des Vorerben gilt dann nach § 894 ZPO mit Rechtskraft dieses Urteils als gestellt, sofern sich sein Inhalt aus dem Tenor ergibt.³²⁷

Der Nacherbe kann also bei beiden Wegen nicht direkt die Eintragung des Vorerben beim Grundbuchamt beantragen, sondern muss sich einen Titel beschaffen. Nach § 51 GBO wird dann der Nacherbenvermerk von Amts wegen eingetragen, was das Ziel des Nacherben war.

bb. Antragsrecht des Nacherben besteht

Teilweise wird dem Nacherben dagegen ein Antragsrecht zugestanden.³²⁸

Hierfür spreche die Regelung des § 22 II GBO: Danach darf die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers grundsätzlich nur mit Zustimmung des Eigentümers erfolgen. Eine Ausnahme gilt dann, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird. In diesem Fall ist die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich. Der Vorerbe als berechtigter Eigentümer müsste also nicht seiner Eintragung zustimmen. Vielmehr genügt der Nachweis der Unrichtigkeit, § 22 II GBO. Wegen dieser vom Gesetzgeber gewollten Erleichterung erscheine es umständlich, den Nacherben auf eine Klage gegen den Vorerben und die Vorlage des rechtskräftigen Urteils zu verweisen, wenn der gleiche Erfolg durch ein unmittelbares Antragsrecht des Nacherben im Grundbuchberichtigungsverfahren erreicht werden könne.³²⁹

cc. Bewertung

Im Ergebnis ist ein direktes Antragsrecht des Nacherben auf Eintragung des Vorerben aber abzulehnen. Die Schwierigkeit dieses Problemkreises ergibt sich daraus, dass exakt zwischen dem Bestehen des materiellen Anspruchs aus §§ 894, 895 BGB, 894 ZPO und dem formellen Antragsrecht im Grundbuchverfahren differenziert werden muss. Dass die Voraussetzungen der §§ 894, 895 BGB, 894 ZPO vorliegen, wird einhellig bejaht. Der Streit bezieht

³²⁷ Hagen, Lorenz, Erman, § 895 BGB RN 5.

³²⁸ Meyer-Stolte, Rpfleger 1974, S.234, 235; Eickmann-KEHE, § 51 RN 13.

³²⁹ Meyer- Stolte, Rpfleger 1974, S. 234, 235.

sich nur auf das direkte Antragsrecht des Nacherben im grundbuchrechtlichen Verfahren.

Gegen ein selbständiges Antragsrecht des Nacherben spricht § 13 I 2 GBO, wonach jeder antragsberechtigt ist, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll. Der Nacherbe profitiert zwar mittelbar durch die Eintragung des Vorerben, da er durch den dann von Amts wegen einzutragenden Nacherbenvermerk gegen einen gutgläubigen Erwerb Dritter geschützt wird (vgl. § 892 I 2 1. Alt. BGB). Allerdings stellt dies nur ein lediglich mittelbares Interesse dar. Unmittelbar begünstigt durch die Eintragung des Vorerben wird nur dieser selbst. Der Rückschluss aus § 14 GBO zeigt, dass mittelbar Begünstigte grundsätzlich nicht antragsberechtigt sind. § 14 GBO erweitert die Antragsbefugnis für den dort speziell geregelten Fall. Eine darüber hinaus gehende Erweiterung des Antragsrechts ist gesetzlich nicht vorgesehen.

Ferner ist dem Nacherben vom Gesetz auch dann kein Antragsrecht bezüglich des Nacherbenvermerks eingeräumt, wenn der Vorerbe bereits eingetragen ist. Vielmehr sieht § 51 GBO eine Eintragung von Amts wegen vor. Diese Wertung würde missachtet, wenn man dem Nacherben ein Antragsrecht bezüglich der Eintragung des Vorerben zugestehen würde. Der Schutz des Nacherben wird auch dann ausreichend gewährleistet, wenn er darauf verwiesen wird, gegen den Vorerben Klage zu erheben mit dem Antrag, die Eintragung des Vorerben als Grundstückseigentümer zu beantragen. Das stattgebende Urteil kann nach Eintritt der Rechtskraft dem Grundbuchamt vorgelegt werden und ersetzt gemäß § 894 I 1 ZPO die sonst notwendigen Erklärungen des Vorerben. Sobald das Grundbuchamt aufgrund dieses Urteils den Vorerben als Eigentümer eingetragen hat, ist auch der Nacherbenvermerk von Amts wegen einzutragen, § 51 GBO. Durch diese Vorgehensweise ist der Nacherbe ausreichend geschützt.

Daher ist im Ergebnis ein selbständiges Antragsrecht des Nacherben auf Eintragung des Vorerben abzulehnen. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass bei Grundbuchberichtigungen jeder antragsberechtigt ist, der einen Anspruch aus § 894 BGB hat, nicht aber derjenige, dem lediglich ein Anspruch nach § 895 BGB zusteht.

b. Vor einer Verfügung durch den eingetragenen Vorerben

Nach § 51 GBO ist der Nacherbenvermerk zugleich mit der Eintragung des Vorerben ins Grundbuch einzutragen. Wenn nun bei der Eintragung des Vorerben der Nacherbenvermerk nicht eingetragen wurde, so kann das Grundbuchamt von Amts wegen diese Eintragung bis zu dem Zeitpunkt nachholen, in dem das betreffende Grundstück auf einen Dritten umgeschrieben wird. Dies ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz, dass das Grundbuchamt zu einer Eintragung solange berechtigt und verpflichtet ist, wie die Voraussetzungen für die Eintragung vorliegen.³³⁰ In dem Zeitraum, in dem der Vorerbe eingetragen ist, kann folglich die Eintragung des Nacherbenvermerks durch das Grundbuchamt nachgeholt werden. Der Nacherbe kann das Grundbuchamt zu dieser von Amts wegen vorzunehmenden Eintragung anregen. Bleibt das Grundbuchamt dennoch untätig, so kann darin die Ablehnung einer Eintragung gesehen werden. Gegen diese kann der Nacherbe Beschwerde nach §§ 11 I, 3 I Nr. 1 lit. h RPflG, 71 I GBO einlegen mit dem Ziel, die Eintragung des Nacherbenvermerks nachzuholen.³³¹

c. Nach einer Verfügung durch den eingetragenen Vorerben

Hat der Vorerbe bereits über das Grundstück verfügt und ist der Erwerber als neuer Berechtigter eingetragen, so sind die Voraussetzungen des § 51 GBO für eine Eintragung des Nacherbenvermerks nicht mehr gegeben. Der Vorerbe ist nicht mehr im Grundbuch eingetragen.

Wird bei der Eintragung des Vorerben das Recht des Nacherben nicht vermerkt, so steht dem Nacherben nach einer Verfügung des Vorerben gegen die Eintragung des Dritten als Eigentümer deshalb nur noch die beschränkte Beschwerde nach §§ 11 I RPflG, 71 II 2 1. Alt. GBO zu mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 I 1 GBO, wenn das Grundbuch unrichtig ist.³³² Die Beschwerde kann nicht das Ziel haben, den

³³⁰ OLG Hamm Rpfleger 1976, S. 132, 134.

³³¹ Bühler, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 116; Budde, Oefele, GBO, § 71 RN 25; Haegele, Rpfleger 1971, S. 121, 129.

³³² Meincke, Oefele, § 53 RN 32; Demharter, GBO, § 51 RN 20; Bühler, Meikel,

Nacherbenvermerk einzutragen, da dem die Wirksamkeit und Schutzwürdigkeit der Eintragungen vor Bestehen des Nacherbenvermerks entgegen steht, § 71 II GBO. Das Grundbuch wird allerdings meist nicht unrichtig sein, da der Dritte mangels Nacherbenvermerk gutgläubig gemäß §§ 2113 III, 892 I 2 BGB erwerben konnte. Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs liegen dann nicht vor, da der nunmehr als Eigentümer eingetragene Dritte auch materiell- rechtlich endgültig Berechtigter ist. Dem Nacherben stehen in diesem Fall keine Möglichkeiten mehr zu, die Eintragung des Nacherbenvermerks herbeizuführen.

d. Nach Eintritt des Nacherbfalls

Möglich ist auch die Situation, dass der Nacherbenvermerk bei der Eintragung des Vorerben nicht eingetragen wurde, der Vorerbe nicht über das Grundstück verfügte und nun der Nacherbfall eingetreten ist. Da der Vorerbe als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist, besteht für den Nacherben, der jetzt Vollerbe geworden ist, die Gefahr des gutgläubigen Erwerbs durch Dritte nach § 892 I 1 BGB. Ihm steht der Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB zu, mit dem er seine Eintragung als Eigentümer erreichen kann.

Die Eintragung des Nacherbenvermerks ist dagegen nicht mehr zulässig, da die Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB mit dem Eintritt des Nacherbfalls entfallen ist. Durch die jetzige Eintragung des Vermerks würde das Grundbuch unrichtig, da der Nacherbe mittlerweile Vollerbe ist.³³³

Hier ist auch der umgekehrte Fall zu untersuchen, dass der zunächst eingetragene Nacherbenvermerk irrtümlicher Weise gelöscht wurde und nun nach Eintritt des Nacherbfalls der Nacherbe die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Löschung nach § 53 I 1 GBO anregt.³³⁴ Die Löschung müsste im Zeitpunkt der Eintragung des Amtswiderspruchs bestehen. Nach obiger Argumentation kommt ein solcher Widerspruch nicht in Betracht, da nach Eintritt des Nacherbfalls der Vorerbe keinen Beschränkungen mehr unterliegt.

Grundbuchrecht, § 51 RN 116; Schöner, Stöber, HRP, RN 398; Motive, Band V, S. 111.

³³³ Bühler, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 79; Schaub, Oefeke, GBO, § 51 RN 92.

³³⁴ OLG Hamm Rpfleger 1991, S. 59, 60.

Die Beseitigung der Löschung des Nacherbenvermerks würde somit wie seine Eintragung nach dem Eintritt des Nacherbfalls das Grundbuch gerade erst unrichtig machen. Eine Eintragung eines Amtswiderspruchs scheidet damit aus. Hiergegen führt eine Einzelmeinung³³⁵ an, dass ein Amtswiderspruch doch einzutragen sei, da der Nacherbenvermerk auch noch nach Eintritt des Nacherbfalls rechtliche Wirkungen entfalte und damit nicht gegenstandslos würde. Der Nacherbenvermerk solle nämlich den Nacherben nicht nur vor Rechtsbeeinträchtigungen durch den Vorerben, sondern auch durch Grundstücksberechtigte schützen, die ihre Rechtsposition vom Vorerben ableiten. Wenn also zum Beispiel der Vorerbe das Grundstück an den K1 veräußert hat, dann der Nacherbenvermerk irrtümlich gelöscht wird, danach der Nacherbfall eintritt, der Nacherbe noch nicht als Berechtigter eingetragen ist und dann der K1 an K2 weiterveräußert, so erwirbt K2 das Grundstück nacherbenfrei, da das Grundbuch (fälschlicherweise) verlautbart, K1 sei mittlerweile uneingeschränkt Verfügungsbefugte. Die Schutzbedürftigkeit des Nacherben ergebe sich daraus, dass bis zu seiner Eintragung als Berechtigter oftmals viel Zeit vergeht und folglich die Gefahr eines gutgläubigen Erwerbs hoch ist. Nach dieser Ansicht besteht auch nach dem Nacherbfall die Grundbuchunrichtigkeit fort. In diese Richtung weist auch eine ältere Entscheidung des OLG Hamm,³³⁶ in der auf Literatur verwiesen wird bezüglich „der Rechtslage in der Zeit nach Eintritt des Nacherbfalls bis zur Umschreibung des Rechts auf den Nacherben, in der der Nacherbenvermerk wegen des nicht eingetragenen Eigentums des Nacherben aus Gutglaubensgründen nicht ohne weiteres seine Bedeutung verliert“.

Nach Bewertung der vorgebrachten Argumente erscheint die letzte Ansicht nicht überzeugend. Nach Eintritt des Nacherbfalls soll zwar kein Nacherbenvermerk erstmalig eingetragen werden können, doch gegen eine erfolgte Löschung soll ein Amtswiderspruch möglich sein. Für diese Ungleichbehandlung ist ein ausreichender Grund nicht erkennbar. Die Schutzwürdigkeit des Nacherben besteht in dem Fall, dass ein

³³⁵ Alff, Rpfleger 1991, S. 243, 243.

³³⁶ OLG Hamm Rpfleger 1975, S. 134, 135.

Nacherbenvermerk erstmals nach Eintritt des Nacherbfalls eingetragen werden soll in gleichem Maße. Da in diesem Fall aber die Möglichkeit der Eintragung eines Nacherbenvermerks abzulehnen ist, ist auch die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen die Löschung des Nacherbenvermerks abzulehnen.

9. Der Nacherbenvermerk im Erbschein

Ergänzend soll noch darauf hingewiesen werden, dass nach § 2363 BGB eine angeordnete Nacherbschaft in dem Erbschein für den Vorerben anzugeben ist. Die Notwendigkeit hierfür ergibt sich aus § 2365 BGB. Danach wird bei einem Inhaber eines Erbscheins vermutet, dass er nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen beschränkt sei. Um den Nacherben vor dieser Legitimationswirkung eines unbeschränkten Erbscheins, § 2365 BGB, zu schützen, wird die Nacherbfolge als Beschränkung des Erbrechts des Vorerben angegeben.

Kennzeichnend für diesen Vermerk auf dem Erbschein ist, dass er die Rechtsstellung des Vorerben beschränkt, er stellt dagegen kein Zeugnis über die Nacherbfolge dar.³³⁷

Anzugeben sind die Anordnung der Nacherbschaft, die Voraussetzungen des Eintritts der Nacherbfolge, also der vorgesehene Nacherbfall und eventuelle Bedingungen, eventuelle Befreiungen des Vorerben und die Person des Nacherben.

³³⁷ Promberger, MüKo, § 2363 BGB RN 1.

IV. Der Verzicht auf das Nacherbenrecht

Folgender Fall soll in die Problematik einführen.³³⁸ Die Eheleute A und B setzen sich gegenseitig in einem Testament als Erben ein, wobei sie eine Wiederverheiraturungsklausel mit aufnehmen. Danach sollte der überlebende Ehegatte im Falle seiner Wiederheirat verpflichtet sein, $\frac{3}{4}$ des dann noch vorhandenen Nachlasses des zuerst versterbenden Ehegatten an das einzige gemeinsame Kind C als Nacherbe herauszugeben. Der Nacherbfall sollte also mit der Wiederheirat des Überlebenden eintreten. A stirbt. B will nach einiger Zeit erneut heiraten. Deshalb fühlte sich die überlebende B aufgrund der Wiederverheiraturungsklausel in ihrer Verfügungsfreiheit über den Nachlass ihres Mannes A beschränkt. Sie bewegte daher ihre Tochter C zur Abgabe folgender Erklärung:

Verzicht auf den Herausgabeanspruch von $\frac{3}{4}$ des zur Zeit der Wiederverheiraturung noch vorhandenen Nachlasses zugunsten der Mutter B für den Fall ihrer Wiederverheiraturung

Gleichzeitig erklärte die Mutter B, sie nehme diese Verzichtserklärung ausdrücklich an.

Die Mutter B heiratete und schloss mit ihrem neuen Ehemann einen neuen Erbvertrag. Nach dem Tod der Mutter B macht nun die Tochter C die Unwirksamkeit ihres Verzichts geltend.

1. Dogmatische Konstruktion

Zur Beurteilung der Wirksamkeit des Verzichts ist zunächst dessen dogmatische Konstruktion zu untersuchen.³³⁹

Es handelt sich nicht um einen bloßen Verzicht auf den Herausgabeanspruch der Nacherbin C gegen ihre Mutter B, während C die Nacherbstellung weiterhin behält. Der Herausgabeanspruch nach § 2130 I BGB ist erbrechtlicher Natur und ist lediglich eine Folge aus dem Anfall der Nacherbschaft, § 2139 BGB.

³³⁸ KG DNotZ 1942, S. 145 ff.

³³⁹ KG DNotZ 1942, S. 145, 146.

Vorliegend handelte es sich auch nicht um eine Ausschlagung der Nacherbschaft durch die Tochter C. Zwar ist eine Ausschlagung bereits ab dem Erbfall, also schon vor dem Nacherbfall möglich, § 2142 I BGB. Eine solche Erklärung der Ausschlagung nach § 1945 I BGB hätte aber nur gegenüber dem Nachlassgericht, nicht gegenüber der Vorerbin B erklärt werden können. Ferner hätte die Erklärung der Ausschlagung nicht an die Bedingung geknüpft werden können, dass die Mutter B sich wieder verheirate, da die Ausschlagung nach

§ 1947 BGB bedingungsfeindlich ist.

In Betracht kommt auch ein Erbverzichtsvertrag nach § 2346 I BGB. Jedoch kann ein solcher Vertrag nur von dem Verzichtenden mit dem Erblasser, nicht mit dem Vorerben geschlossen werden.³⁴⁰

Der Verzicht der Nacherbin C auf ihr Nacherbenrecht stellt vielmehr eine Übertragung der erbrechtlichen Stellung hinsichtlich des Nacherben-Anwartschaftsrechts auf die Vorerbin B dar.³⁴¹ Durch den Verzicht auf das Nacherbenrecht zugunsten der Vorerbin gehen alle Rechte und Pflichten auf diese über. Damit wird die Vorerbin zur Vollerbin.

Die Übertragbarkeit des Anwartschaftsrecht des Nacherben ist gesetzlich nicht geregelt, jedoch heute allgemein anerkannt.³⁴² Wie bei jedem sonstigen Vermögensrecht muss der Inhaber des Nacherben-Anwartschaftsrechts befugt sein, es durch Veräußerung an einen Dritten zu verwerten. Der Übertragbarkeit stehen keine gesetzlichen Wertungen entgegen.³⁴³ § 2108 II BGB normiert zwar nur die Vererblichkeit des Anwartschaftsrechts. Daraus kann aber nicht auf die Unübertragbarkeit geschlossen werden. Durch § 2108 II BGB sollte lediglich die Anwendung der Grundsätze des § 2074 BGB, also der Wegfall der Erbeinsetzung für den Fall des Nichterlebens ausgeschlossen werden. Auch aus § 2317 II BGB, der ausdrücklich neben der Vererblichkeit des

³⁴⁰ Edenhofer, Palandt, Überbl v § 2346 BGB RN 3.

³⁴¹ KG DNotZ 1942, S. 145, 146.

³⁴² Kersten, Bühling, Formularbuch FGG, § 124 RN 29; RGZ 101, 185, 187; BayObLG 1970, 137, 141; Edenhofer, Palandt, § 2108 BGB RN 6.

³⁴³ RGZ 101, 185, 188.

Pflichtteilsanspruchs auch dessen Übertragbarkeit regelt, kann kein Umkehrschluss gezogen werden.³⁴⁴ Der Gesetzgeber ging im Gegensatz zu dem Pflichtteilsanspruch bei dem Nacherben-Anwartschaftsrecht immer von dessen Übertragbarkeit aus.

Ferner besteht für die Übertragbarkeit des Anwartschaftsrecht ein praktisches Bedürfnis.³⁴⁵ Der Nacherbe ist nämlich an der Verfügung über die einzelnen Nachlassgegenstände durch das Recht des Vorerben gehindert. Nur durch eine Übertragung seines Nacherben-Anwartschaftsrechts kann der Nacherbe sein Nacherbenrecht verwerten.

Auch der erbrechtliche Grundsatz, dass –außer bei der gesetzlichen Erbfolge– niemand ohne Willen des Erblassers die Erbenstellung erlangen kann, steht der Übertragbarkeit des Nacherben-Anwartschaftsrechts nicht entgegen.³⁴⁶

Überträgt der Nacherbe C sein Anwartschaftsrecht auf den Dritten X so fällt die Erbschaft mit Eintritt des Nacherbfalls bei X an, obwohl der Erblasser den C als Nacherben bestimmt hatte. Dadurch wird jedoch nicht gegen den Erblasserwillen verstoßen. Vielmehr ist die Möglichkeit des Erwerbs der Erbschaft nach § 2139 BGB zunächst mit dem Willen des Erblassers dem Nacherben C eingeräumt worden. Diese Möglichkeit geht dann auf den Erwerber X im Wege der Rechtsnachfolge über.

Die Übertragung des Nacherben-Anwartschaftsrechts ist folglich möglich.

2. Analoge Anwendung des § 2033 BGB

Übereinstimmend³⁴⁷ wird auf die Übertragung des Anwartschaftsrecht durch den Nacherben § 2033 BGB analog angewendet. Danach kann ein Miterbe über seinen Anteil an dem Nachlass verfügen, wobei ein Vertrag, durch den ein Miterbe über seinen Anteil verfügt, der notariellen Beurkundung bedarf. Ebenso wie ein Miterbe durch die anderen Miterben ist der Nacherbe durch die Rechte des Vorerben gehindert, über die einzelnen Gegenstände zu verfügen.

³⁴⁴ RGZ 101, 185, 188.

³⁴⁵ RGZ 101, 185, 189.

³⁴⁶ RGZ 101, 185, 190.

³⁴⁷ RGZ 101, 185, 190; Haegeler, Rpfleger 1971, S. 121, 130; Edenhofer, Palandt, § 2108 BGB RN 7.

Es besteht daher eine vergleichbare Ausgangslage. § 2033 BGB kann nicht nur auf den Mitnacherben, sondern auch auf den Einzelnacherben entsprechend angewendet werden, da die mangelnde Verfügungsmöglichkeit des Nacherben nicht auf den Mitnacherben beruht, sondern auf den Rechten des Vorerben. Diese Beeinträchtigung ist somit bei einem Einzelnacherben in gleichem Maße vorhanden wie bei einem Mitnacherben.

Der Verzicht auf das Nacherbenrecht bedarf folglich als Übertragung des Nacherben-Anwartschaftsrechts nach § 2033 I 2 BGB der notariellen Beurkundung.

3. Folgen für den Erbschein nach Eintritt des Nacherbfalls

Zuletzt stellt sich noch die Frage, ob nach erfolgtem Verzicht des Nacherben auf sein Nacherbrecht und nach Eintritt des Nacherbfalls der Nacherbe oder der Erwerber des Anwartschaftsrechts in den Erbschein aufzunehmen ist. Hat zum Beispiel der Nacherbe A sein Anwartschaftsrecht auf den Dritten X übertragen, und tritt nun der Nacherbfall ein, so ist fraglich, ob der Nacherbe A oder der Erwerber X in den Erbschein als Erbe aufzunehmen ist.

a. Erwerber in Erbschein aufnehmen

Nach einer vereinzelt Auffassung³⁴⁸ ist in dem nach dem Nacherbfall zu erteilenden Erbschein der Erwerber des Nacherben-Anwartschaftsrechts als Erbe aufzuführen. Dies sei die logische Folge daraus, dass der Erwerber durch die Übertragung des Anwartschaftsrechts unmittelbar in die Rechtsstellung des ursprünglichen Nacherben eintrete und damit mit dem Eintritt des Nacherbfalls ohne Durchgangserwerb bei dem ursprünglichen Nacherben zum Rechtsinhaber des Nachlasses werde. Da der Erwerber als neuer Inhaber des Nacherben-Anwartschaftsrechts im Nacherbfall direkt vom Erblasser die Erbschaft erhalte, müsse dieser auch in dem Erbschein als Erbe bezeichnet werden. Der ursprünglich eingesetzte Nacherbe habe durch die Übertragung gerade seine Stellung als (Nach-)Erbe verloren.

³⁴⁸ Bestelmeyer, Rpfleger 1994, S.189, 193.

b. Ursprünglichen Nacherben in Erbschein aufnehmen

Die überwiegende Meinung³⁴⁹ geht überzeugender Weise dagegen davon aus, dass trotz des Verzichts auf sein Nacherbenrecht und der darin zu sehenden Übertragung des Anwartschaftsrechts der ursprüngliche Nacherbe in dem Erbschein als Erbe aufzunehmen ist. Der Erwerber leite seine Rechtsstellung lediglich rechtsgeschäftlich von dem Nacherben ab. Das Nachlassgericht müsse in dem Erbscheinsverfahren nicht die Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Übertragung prüfen. Würde man den Erwerber als Erben in den Erbschein aufnehmen, so erstreckte sich der öffentliche Glaube nach §§ 2366, 2365 BGB damit auch auf die Wirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Übertragung. Dies ginge über die Funktion des Erbscheins, das Erbrecht zu bezeugen, hinaus.

V. Der Nachnacherbe

Testamentarisch können mehrere Nacherben als aufeinander folgend bestimmt werden.³⁵⁰ Ein Fall der mehrfachen Nacherbschaft liegt beispielsweise vor, wenn Eltern in ihrem Testament die gemeinsame Tochter A als Vorerbin, die Enkelkinder B und C als Nacherben und deren Abkömmlinge D und E als weitere Nacherben einsetzen.

Wenn der Erblasser eine mehrfache Nacherbschaft angeordnet hat, wenn also der erste Nacherbe nach Eintritt des ersten Nacherbfalls zum Vorerben gegenüber dem zweiten Nacherben wird, so ist auch bezüglich des zweiten Nacherben ein Vermerk in das Grundbuch einzutragen.³⁵¹ So müsste ein Grundbucheintrag in obigem Beispiel lauten: „A ist Vorerbin. Für den Fall des Versterbens der A sind B und C Nacherben. Für den Fall des Versterbens von B und C sind D und E weitere Nacherben.“ Die Eintragung der weiteren

³⁴⁹ Kersten, Böhling, Formularbuch FGG, § 124 RN 30; Edenhofer, Palandt, § 2363 BGB RN 10; Promberger, MüKo, § 2363 BGB RN 23; Kraiss, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 91.

³⁵⁰ Johannsen, RGRK, § 2100 BGB RN 20; OLG Zweibrücken Rpfleger 1975, S. 305; BayObLG Rpfleger 1983, S. 104; OLG Hamm Rpfleger 1975, S. 134, 135.

³⁵¹ Johannsen, RGRK § 2113 BGB RN 42; OLG Hamm Rpfleger 1975, S. 134, 135.

Nacherben ist nötig, um sie vor der drohenden Beeinträchtigung durch gutgläubigen Erwerb zu schützen. Stimmt nämlich der erste Nacherbe einer Verfügung des Vorerben zu, so wird dann diese Verfügung dem zweiten Nacherben gegenüber bei Eintritt des zweiten Nacherbfalls unwirksam. Deshalb ist bei der Eintragung des Vorerben auch ein Nacherbenvermerk bezüglich des zweiten Nacherben, also des Nachnacherben einzutragen.

VI. Der Ersatznacherbe

1. Die rechtliche Stellung des Ersatznacherben

Nach § 2096 BGB kann der Erblasser für den Fall, dass ein Erbe vor oder nach dem Eintritt des Erbfalls wegfällt (vgl. § 1953 I BGB), einen anderen als Erben einsetzen (Ersatzerbe). Diese Bestimmung gilt auch für die Einsetzung eines Ersatznacherben. Wenn keine Bestimmung hinsichtlich eines Ersatznacherben getroffen wird, greift die Regelung des § 2069 BGB, so dass im Zweifel anzunehmen ist, dass die Abkömmlinge des Nacherben als Ersatznacherben bedacht sind. Fällt der Nacherbe vor Eintritt des Nacherbfalls weg, so tritt der vom Erblasser eingesetzte Ersatzerbe in die Rechtsstellung des Nacherben ein. Zur Veranschaulichung soll folgendes Beispiel dienen:³⁵² In einem gemeinschaftlichen Testament setzen sich die Eheleute gegenseitig als Erben ein in der Weise, dass der Überlebende Vorerbe ist. Ihre Tochter wird als Nacherbin eingesetzt. Für den Fall, dass die Tochter den Nacherbfall nicht erlebt, sollen ihre Abkömmlinge als Ersatznacherben an ihre Stelle treten. Wenn keine Bestimmung für den Fall getroffen wird, dass die Tochter den Nacherbfall nicht überlebt, dann gelten gemäß § 2069 BGB deren Abkömmlinge insoweit als bedacht, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an deren Stelle treten würden.

Im Unterschied zu einem Nacherben, der zeitlich nach dem Vorerben Erbe wird, kommt der Ersatzerbe erst dann zum Zuge, wenn ein vorher berufener Erbe weggefallen ist, also zu keinem Zeitpunkt die Erbenstellung erlangt

³⁵² OLG Hamm Rpfleger 1966, S. 19, 19.

hat.³⁵³ Näher zu untersuchen ist die rechtliche Stellung des Ersatznacherben vor Eintritt des Ersatznacherbfalls.³⁵⁴ Diese rechtliche Stellung wird bei einer Verfügung des Vorerben relevant: Der Vorerbe A überträgt ein Grundstück aus dem Nachlass mit der Zustimmung des Nacherben B auf den Erwerber X. Muss der Ersatznacherbe zu dieser Verfügung zustimmen, um dem X endgültig wirksam Eigentum zu übertragen ?

Die Beantwortung dieser Frage hängt von der Rechtsstellung, insbesondere den Rechten des Ersatznacherben vor Eintritt des Ersatznacherbfalls und des Nacherbfalls ab.

Nach einhelliger Meinung³⁵⁵ hat der Ersatznacherbe vor Eintritt des Ersatznacherb-/Nacherbfalls keine dem Nacherben vergleichbare Rechtsstellung. Es ist daher zur endgültigen Wirksamkeit der Verfügung des Vorerben **keine** Zustimmung des Ersatznacherben erforderlich. Dies folgt daraus, dass der Ersatznacherbe vor Eintritt des Ersatzfalls noch keine Rechte in Bezug auf den Nachlass hat.³⁵⁶ Deshalb kann er die Wirksamkeit einer mit Zustimmung des Nacherben erfolgten Verfügung nicht verhindern. Auf die dingliche Rechtslage der im Nachlass vorhandenen Grundstücke hat er keinen Einfluss. Erst wenn der Ersatznacherbe in die durch den Ersatzfall frei gewordene Stellung des Nacherben eingetreten ist, hat er die Rechte eines Nacherben.³⁵⁷

Folglich wird der Ersatznacherbe durch die Zustimmung des Nacherben zu einer Verfügung des Vorerben gebunden.³⁵⁸

Andererseits ist der Ersatznacherbe bis zum Eintritt des Ersatzfalls nicht gänzlich ohne Rechte.³⁵⁹

³⁵³ KG DNotZ 1940, S. 286, 287.

³⁵⁴ BayObLG Rpfleger 1993, S. 148 f.; BayObLG 1970, 137 ff.

³⁵⁵ KG DNotZ 1940, S. 286 f.; BayObLG Rpfleger 1993, S. 148 f.; BayObLG 1970, 137 ff.; Edenhofer, Palandt, § 2113 BGB RN 7; Maurer, DNotZ 1981, S. 223, 233.

³⁵⁶ BayObLG Rpfleger 1993, S. 148, 149; KG DNotZ 1940, S. 286, 287.

³⁵⁷ KG DNotZ 1940, S. 286, 287.

³⁵⁸ BayObLG 1970, 137, 142.

³⁵⁹ KG DNotZ 1940, S. 286, 287.

Der Ersatznacherbe hat bis zu dem Eintritt des Ersatznacherbfalls nach §§ 2130 I, 2138 II BGB einen Anspruch auf ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses, woraus sich bei einem Verstoß nur Ansprüche auf Schadensersatz ergeben. Ob dem Ersatznacherben bereits ein Anwartschaftsrecht zusteht, wird auf S. 117 ff. behandelt werden.

2. Der Ersatznacherbenvermerk

Ist für den Nacherben ein Ersatznacherbe eingesetzt worden, § 2096 BGB, so ist in das Grundbuch bereits gleichzeitig mit der Eintragung des Nacherbenvermerks auch ein Ersatznacherbenvermerk einzutragen.³⁶⁰ Dies ergibt sich daraus, dass der Ersatznacherbe, der erst in Zukunft und unter bestimmten Voraussetzungen (Ersatznacherbfall) die Stellung eines Nacherben erlangt, bereits vorher, also schon bei der Eintragung des Vorerben, schutzwürdig ist.³⁶¹ Der Ersatznacherbenvermerk vermeidet nämlich, dass ein Dritter gutgläubig Rechte erwirbt, obwohl in Wahrheit schon der Ersatzfall eingetreten und der Ersatzerbe in die Nacherbenstellung eingerückt ist. Wenn der Ersatznacherbe nicht im Grundbuch bei dem Nacherbenvermerk mit aufgenommen würde, dann wäre die weitere Verfügungsbeschränkung des Vorerben nach Eintritt des Ersatzfalls nicht aus dem Grundbuch ersichtlich, so dass ein gutgläubiger Erwerb durch Dritte nach §§ 2113 III, 892 I 2 BGB entsprechend möglich wäre.

Um die künftigen Rechte zu schützen und um die bei Eintritt des Ersatznacherbfalls nunmehr zugunsten des Ersatznacherben fortdauernde Verfügungsbeschränkung des Vorerben ersichtlich zu machen, ist folglich auch ein entsprechender Grundbuchvermerk einzutragen. Gemäss § 15 I lit. a GBV ist folglich als Berechtigter auch der Ersatznacherbe mit Name, Beruf, Wohnort und Geburtsdatum anzugeben.

³⁶⁰ Krug, Krug, Erbrecht, § 10 RN 193; KG DNotZ 1940, S. 286, 287; OLG Hamm Rpfleger 1966, S. 19, 19; BayObLG 1970, 137, 140; Schöner, Stöber, HRP, RN 3513; Kraiss, Meikel, Grundbuchrecht, § 51 RN 91; Edenhofer, Palandt, Einf v § 2100 BGB RN 9; Maurer, DNotZ 1981, S. 223, 233; Johannsen, RGRK § 2113 BGB RN 42.

³⁶¹ KG DNotZ 1940, S. 286, 287.

3. Die Zustimmung bezüglich des Verzichts auf das Nacherbenrecht

Im Rahmen der Ersatznacherbfolge ist letztlich noch zu erörtern, ob der Verzicht auf das Nacherbenrecht durch den Nacherben nur dann endgültig wirksam ist, wenn der Ersatznacherbe zustimmt. Wie auf S. 109 ff. gesehen, stellt der Verzicht auf das Nacherbenrecht eine Übertragung des Anwartschaftsrechtes des Nacherben auf den Vorerben dar.

Im Unterschied zu dem eben behandelten Fall der Verfügung des Vorerben über ein Nachlassgrundstück geht es nun um den Fall der Verfügung des Nacherben über sein Anwartschaftsrecht. Folgendes Beispiel soll der Betrachtung zugrunde liegen: Der einzige Nacherbe B überträgt sein Nacherben-Anwartschaftsrecht auf den Vorerben A. C ist als Ersatznacherbe eingesetzt.

a. Keine Zustimmung erforderlich

Nach vereinzelter Auffassung³⁶² muss der Ersatznacherbe C zu einem Verzicht des Nacherben B auf sein Nacherbenrecht zugunsten des Vorerben A nicht zustimmen. Mit der Übertragung aller Anwartschaftsrechte auf den Vorerben würde dieser zum Vollerben. Dies hänge nicht von der Zustimmung des Ersatznacherben ab, da die „Warteposition“³⁶³ des Ersatzerben damit gegenstandslos geworden sei.

b. Zustimmung erforderlich

Nach anderer Meinung³⁶⁴ muss der Ersatznacherbe bei der Übertragung des Nacherben-Anwartschaftsrechts auf den Vorerben zustimmen, um dem Vorerben endgültig die Stellung eines Vollerben zukommen zu lassen. Durch

³⁶² Becher, NJW 1969, S. 1463, 1466.

³⁶³ Becher, NJW 1969, S. 1463, 1466.

³⁶⁴ BayObLG 1970, 137, 141; Kersten, Böhling, Formularbuch FGG, § 124 RN 29, 32.

die Übertragung erlange der Vorerbe das Anwartschaftsrecht des Nacherben nur in dem Umfang, in dem der Nacherbe selbst es inne gehabt habe. Sei eine Ersatznacherbfolge angeordnet, so sei das Nacherbenrecht durch den Eintritt des Ersatzfalls, häufig den Tod des Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalls, auflösend bedingt. Der Vorerbe habe nur dieses auflösend bedingte Anwartschaftsrecht erwerben können, so dass der Ersatznacherbe auch nach der Übertragung schutzwürdig sei. Ohne den fortwährenden Ersatznacherbenvermerk im Grundbuch wäre der Ersatzerbe bei Eintritt des Ersatzfalls nicht vor einem gutgläubigen Erwerb durch einen Dritten geschützt.

Die Zustimmungserklärung des Ersatznacherben könnte wie folgt lauten:³⁶⁵
 „...Der Nacherbe überträgt mit dinglicher Wirkung sein Nacherbenrecht dem dies annehmenden Vorerben. Der Ersatznacherbe überträgt ihm seine Anwartschaft ebenfalls.“

c. Bewertung

Aufgrund der Verwechslungsgefahr der beiden Konstellationen sei nochmals der Unterschied klargestellt: Vorliegend geht es um die Zustimmungsbedürftigkeit des Verzichts des Nacherben auf sein Nacherbenrecht, also um die Übertragung des Nacherben-Anwartschaftsrechts auf den Vorerben, nicht um die Zustimmung des Ersatzerben zu einer Verfügung des Vorerben über ein Nachlassgrundstück.

Für die Zustimmungsbedürftigkeit der Übertragung des Nacherben-Anwartschaftsrechts durch den Nacherben auf den Vorerben spricht, dass allgemein der Erwerber nur das erwerben kann, was der Veräußerer selbst inne hatte. Der Nacherbe kann auf den Vorerben das Anwartschaftsrecht nur in dem Umfang übertragen, in dem es ihm selbst zusteht. Mit Eintritt des Ersatzfalls würde der Nacherbe normaler Weise seine Rechtsstellung an den Ersatznacherben verlieren. Dies bedeutet, dass das Nacherben-Anwartschaftsrecht in der Hand des Nacherben im Falle der Anordnung einer Ersatznacherbschaft unter der auflösenden Bedingung des Eintritts des Ersatzfalls vor dem Eintritt des Nacherbfalls steht, § 158 II BGB. Daran kann

³⁶⁵ Kersten, Bühling, Formularbuch FGG, § 124 RN 33 M.

sich nichts ändern, wenn der Nacherbe seine Rechtsstellung auf den Vorerben übertragen hat: Auch in diesem Fall muss der Vorerbe diese Rechtsstellung an den Ersatznacherben bei Eintritt des Ersatzfalls verlieren. Ansonsten stünde ein Vorerbe, dem das Nacherben-Anwartschaftsrecht übertragen worden war, besser als ein sonstiger Nacherbe. Die Rechtsstellung des Ersatznacherben kann aber nicht davon abhängig sein, ob der Nacherbe sein Anwartschaftsrecht behält oder an einen anderen überträgt. In jedem Fall ist das Anwartschaftsrecht des Nacherben durch die Einsetzung eines Ersatznacherben auflösend bedingt.

Daher erlischt das Nacherbenrecht nicht in jedem Fall bei der Übertragung auf den Vorerben. Bei angeordneter Ersatznacherbschaft kann diese Folge gerade nicht eintreten. Hierfür wäre die Zustimmung des Ersatznacherben erforderlich.

VII. Die Beeinträchtigung des Nacherben

Eine Verfügung des Vorerben über ein Grundstück wird im Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge nach § 2113 I BGB nur dann unwirksam, wenn sie das Nacherbenrecht beeinträchtigen würde. Es sind Fälle denkbar, in denen aufgrund besonderer Umstände von einer Beeinträchtigung nicht ausgegangen werden kann.

1. Die Verfügung aufgrund einer vom Erblasser eingegangenen Verpflichtung

Hier geht es um den Fall, dass der Vorerbe über ein Nachlassgrundstück verfügt, um damit eine Verbindlichkeit zu erfüllen, die der Erblasser begründete. Hat zum Beispiel der Erblasser sich zur Übereignung des Nachlassgrundstücks verpflichtet oder ein Vermächtnis angeordnet, § 2174 BGB, so ist fraglich, ob zur endgültigen Wirksamkeit der Übereignung dieses Grundstücks durch den Vorerben die Zustimmung des Nacherben erforderlich ist oder ob diese Verfügung nicht von § 2113 I BGB erfasst wird.

a. Keine Zustimmung erforderlich

In dem Fall der Verfügung über ein Nachlassgrundstück in Erfüllung einer vom Erblasser eingegangenen Verpflichtung ist der Nacherbe nach der

überwiegenden Meinung³⁶⁶ nicht beeinträchtigt, da der Vorerbe einer Verbindlichkeit nachkommt, die den Nachlass schon im Vorerbfall schmälerte. Ein solcher Fall liegt beispielsweise vor, wenn der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung dem Vorerben ein Vermächtnis auferlegt. Das Nacherbenrecht ist deshalb nicht betroffen, da der Nachlass gleichzeitig als Gegenwert von der Nachlassschuld befreit wird. Die Forderung gegen den Nachlass könnte vom Gläubiger zu beliebiger Zeit durchgesetzt werden; ist der Nacherbfall eingetreten, könnte der Anspruch auch gegenüber dem Nacherben geltend gemacht werden.³⁶⁷ Es fehlt an einer rechtlichen Beeinträchtigung des Nacherbenrechts.

Ferner ist der Vorerbe bezüglich solcher Grundstücksverfügungen als konkludent durch den Erblasser befreit anzusehen.³⁶⁸ Die Befreiung muss nicht ausdrücklich angeordnet sein, da sie sich aus dem Sinn und Zweck der letztwilligen Verfügung ergibt. Der Erblasser hat durch die Anordnung des Vermächtnisses gerade zum Ausdruck gebracht, dass er eine Übertragung eines bestimmten Grundstücks auf einen Dritten wünscht. Es handelt sich hierbei um eine gegenständlich beschränkte Befreiung nur hinsichtlich des Nachlassgegenstands, der von der Verpflichtung des Erblassers betroffen ist. Bezüglich der restlichen Nachlassgegenstände soll der Vorerbe nicht befreit sein. Das Argument der konkludenten Befreiung des Vorerben ist dem Einwand ausgesetzt, dass die Befreiung nach § 2136 BGB die Rechtsstellung des Vorerben bezüglich des gesamten Nachlasses ausdrückt und nicht auf einen einzelnen Gegenstand beschränkt sein kann.³⁶⁹ Vereinzelt wird eine Beschränktheit der Befreiung auf einzelne Gegenstände, allerdings ohne

³⁶⁶ BayObLG DNotZ 1975, S. 417; OLG Hamm NJW-RR 1995, S. 1289, 1290; OLG Hamm ZEV 1995, S. 336, 337; BayObLG 1974, 312, 314; BayObLG FamRZ 1992, S. 728, 729; Beck, DNotZ 1961, S. 565, 573; Schlüter, Erbrecht, FN 752; Johannsen, RGRK, § 2113 BGB RN 50; Steinbacher, Krug, Erbrecht, § 14 RN 63.

³⁶⁷ Schlüter, Erbrecht, RN 752.

³⁶⁸ OLG Hamm ZEV 1995, S. 336, 337; BayObLG DNotZ 1975, S. 417; BayObLG 1974, 312, 314; BayObLG FamRZ 1992, S. 728, 729.

³⁶⁹ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2136 BGB RN 3.

Begründung, für möglich gehalten.³⁷⁰ Das Argument einer konkludenten Befreiung des Vorerben ist im Ergebnis folglich nur wenig überzeugend.

Für die Zustimmungsfreiheit der Verfügung spricht aber auch die Intention des Gesetzgebers. Der Vorerbe sollte bei der Abwicklung von Verbindlichkeiten des Erblassers und solchen, die sich aus dem Testament ergeben, wie zum Beispiel einer Teilungsanordnung, möglichst ungehindert handeln können.³⁷¹

Dementsprechend ist dem Gesetz eine Zustimmungsbedürftigkeit solcher Geschäfte nicht zu entnehmen.³⁷² Die Verfügung über ein Grundstück aufgrund einer vom Erblasser begründeten Verbindlichkeit ist folglich den Nacherben gegenüber auch ohne ihre Zustimmung endgültig wirksam.

b. Zustimmung erforderlich

Vereinzelt³⁷³ wird jedoch eine Zustimmung auch zu einer Verfügung, welcher eine Verbindlichkeit des Erblassers zugrunde liegt, für erforderlich gehalten, damit sie endgültig wirksam bleibt. Der Nacherbe soll Vorhandensein und Fälligkeit der Verpflichtung aus einem berechtigten Interesse heraus selbst überprüfen können. Er ist allerdings nach § 2120 BGB zur Zustimmung verpflichtet. Ferner sei die Frage der Beeinträchtigung des Nacherben durch die Verfügung des Vorerben abstrakt, ohne Berücksichtigung des Wegfalls einer Verbindlichkeit zu betrachten.

Der Meinung, eine Zustimmung sei nach § 2120 S.1 BGB erforderlich, kann entgegengehalten werden, dass diese Vorschrift lediglich einen späteren Streit über das Bestehen der Nachlassverbindlichkeit verhindern soll,³⁷⁴ was auf S. 129 ff. noch näher erörtert werden wird. Aus der Existenz des § 2120 S. 1 BGB kann somit nicht auf ein Zustimmungserfordernis geschlossen werden.

³⁷⁰ Johannsen, RGRK, § 2113 BGB RN 51.

³⁷¹ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 54.

³⁷² Schmidt, Erman, § 2113 BGB RN 4.

³⁷³ v. Lübtow, Erbrecht, S. 893; Ebenroth, Erbrecht, RN 564.

³⁷⁴ Schlüter, Erbrecht, S. 282.

c. Ergebnis

Im Ergebnis ist folglich eine Verfügung zur Erfüllung einer Nachlassverbindlichkeit ohne Zustimmung des Nacherben endgültig wirksam. Hierfür spricht, dass die nachteilige Wirkung der Verfügung des Vorerben durch den Wegfall der Verpflichtung ausgeglichen wird. Die Beeinträchtigung des Nacherben ist zwar grundsätzlich ohne Beachtung der Gegenleistung festzustellen, doch wird im vorliegenden Fall die Beeinträchtigung wegen einer rechtlichen, nicht wegen einer wirtschaftlichen Kompensation verneint. Der Wegfall der Verpflichtung, aus dem Nachlass das Grundstück zu leisten, führt dazu, dass das Recht des Nacherben durch die Verfügung hierüber nicht beeinträchtigt wird. Eine Zustimmung des Nacherben ist folglich nicht notwendig. Behauptet der Nacherbe im Falle einer Verfügung, die lediglich der Berichtigung von Nachlassverbindlichkeiten dient, die Zustimmungsbedürftigkeit, kann der Vorerbe eine Klärung im Wege der Feststellungsklage herbeiführen.³⁷⁵

2. Die Verfügung über ein Grundstück zur Erfüllung einer Teilungsanordnung

Die vorstehenden Ausführungen gelten insbesondere auch für eine Verfügung über ein Nachlassgrundstück, die allein der Erfüllung einer Teilungsanordnung des Erblassers im Sinne des § 2048 S. 1 BGB dient.³⁷⁶ Schließlich stellt eine Teilungsanordnung eine Verbindlichkeit dar, die durch letztwillige Verfügung auferlegt wurde. Auch hier ist anzunehmen, dass der Erblasser den Vorerben für solche Verfügungen von der Beschränkung des § 2113 I BGB befreien wollte.³⁷⁷ Werden zum Beispiel zwei Erben zu gleichen Teilen eingesetzt und bezüglich beider Erbteile Nacherben bestimmt und liegt eine Teilungsanordnung des Erblassers vor, nach der einer der Vorerben das Grundstück zu Alleineigentum erhalten soll, so ist jeder Vorerbe zu Verfügungen, die er zur Erfüllung einer Teilungsanordnung vornimmt, unbeschränkt in der Lage.

³⁷⁵ Steinbacher, Krug, Erbrecht, § 14 RN 63.

³⁷⁶ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 54.

³⁷⁷ OLG Hamm NJW-RR 1995, S. 1289, 1290.

Ferner ist auch hier zu berücksichtigen, dass die Erfüllung der letztwilligen Verfügung des Erblassers das Recht des Nacherben nicht beeinträchtigen kann.³⁷⁸ Der Umfang der Position des Nacherben wird nämlich erst vom Erblasser festgelegt.

Ein weiterer Begründungsansatz dafür, dass die der Erfüllung einer Teilungsanordnung dienende Verfügung nicht der Zustimmung des Nacherben bedarf, liegt auch in der Überlegung, dass der Erblasser dem Vorerben gerade diese Verbindlichkeit auferlegt hatte und daher nach dem Sinn und Zweck der letztwilligen Anordnung von einer Befreiung des Vorerben gemäß § 2113 I BGB ausgegangen werden muss.³⁷⁹

Die Teilungsanordnung zugunsten eines Vorerben steht auch nicht in Widerspruch zu der Einsetzung als bloßer Vorerbe.³⁸⁰ Sogar in dem Fall, dass das gesamte Vermögen nach der Teilungsanordnung unter den Vorerben aufgeteilt werden soll, behält die Nacherbeneinsetzung ihre Bedeutung. Wenn die Nacherbfolge schon vor der Teilung des Nachlasses unter den Vorerben eintritt und wenn eine Auseinandersetzung gemäss der Teilungsanordnung nicht zustande kommt, kommt die Nacherbeneinsetzung zum Zuge.

Eine Zustimmung der entsprechenden Nacherben ist nicht notwendig, da das Nacherbenrecht im Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalls nicht beeinträchtigt wird.

3. Nacherbschaft an durch Erfüllung einer Teilungsanordnung erlangten Grundstücken

Im weiteren Verlauf ist fraglich, ob Grundstücke, die der Vorerbe durch Auseinandersetzung gemäss einer Teilungsanordnung, § 2048 BGB, erlangt hat, unter die Nacherbschaft fallen. Diese Konstellation ist von dem gerade abgehandelten Fall zu unterscheiden und folgt zeitlich nach dieser: nachdem nun geklärt wurde, dass die Verfügung des Vorerben zur Erfüllung einer

³⁷⁸ Beck, DNotZ 1961, S. 565, 573.

³⁷⁹ BayObIG 1974, 312, 314; Johannsen, RGRK, § 2113 BGB RN 50; OLG Hamm NJW-RR 1995, S. 1289.

³⁸⁰ Beck, DNotZ 1961, S. 565, 574.

Teilungsanordnung nicht der Zustimmung des Nacherben bedarf, soll nun der Frage nachgegangen werden, ob das Grundstück, das der Vorerbe auf diesem Wege erworben hat, nun noch von der Anordnung der Nacherbschaft erfasst wird.

Das Grundstück könnte im Wege der Surrogation nach § 2111 BGB vom Nacherbenrecht betroffen werden.

Erstens könnte der Vorerbe das Grundstück auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts erworben haben, § 2111 I 1 1. Alt. BGB.

Diese Alternative des § 2111 BGB setzt voraus, dass der Erwerb aufgrund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts erfolgt.

Der Erwerb des Grundstücks wird bei dem Vollzug der Teilungsanordnung auf den Erbteil, den der Vorerbe erhalten soll, angerechnet. Das Grundstück tritt also, zumindest teilweise, an die Stelle des Erbteils. Dieser Erbteil ist aber kein zur Erbschaft gehörendes Recht, sondern ein Recht am Nachlass.³⁸¹ § 2111 I 1 1. Alt. BGB ist auch nicht erweiternd auszulegen. Erlangt der Vorerbe ein Grundstück aufgrund einer Teilungsanordnung nach § 2048 BGB, so beruht der Erwerb auf einem Rechtsgeschäft, also auf Willenserklärungen. Ein solcher durch Rechtsgeschäft des Vorerben vermittelter Erwerb fällt aber gerade nicht unter § 2111 I 1 1. Alt. BGB.³⁸² Vielmehr muss der Erwerb allein auf einem zur Erbschaft gehörenden Recht beruhen und darf nicht durch ein Rechtsgeschäft vermittelt werden. Folglich würde das Grundstück nach Vollzug der Teilungsanordnung nicht kraft Surrogation zum Nachlass gehören. Es würde demnach nicht von der Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB erfasst. Eine Eintragung eines Nacherbenvermerks wäre hiernach bei einer den Nacherben gegenüber wirksamen Auseinandersetzung unzulässig. Bei diesem Ergebnis kann jedoch entgegen einer vereinzelt Auffassung³⁸³ nicht stehen geblieben werden.

Vielmehr ist eine weitere Variante zu prüfen. Die Gegenstände, die der Vorerbe durch Erbauseinandersetzung erwirbt, könnten nämlich mit Mitteln

³⁸¹ Beck, DNotZ 1961, S. 565, 574.

³⁸² Edelmann, Beschränkungen des Vorerben, S. 121.

³⁸³ Beck, DNotZ 1961, S. 565, 574.

der Erbschaft gemäß § 2111 I 1 3. Alt. BGB erworben sein.³⁸⁴ Als rechtsgeschäftliches Surrogat für den Erbteil fällt der dem Vorerben im Wege der Auseinandersetzung zugewiesene Gegenstand nach gefestigter Ansicht³⁸⁵ in das Nachlassvermögen und damit unter die Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Erblasserwillen. Bei der Aufnahme einer Teilungsanordnung in das Testament wird meist wohl nicht das endgültige Erlöschen des Nacherbenrechts bedacht oder gar bezweckt. Ferner entspricht diese Lösung auch dem Schutz des Nacherben, der ohne die Surrogation sein Anwartschaftsrecht verlieren würde. Folglich fällt das Grundstück in den Nachlass und wird dort von der Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB erfasst. Eine Zustimmung ist somit erforderlich.

Nachdem das Grundstück, das der Vorerbe aufgrund einer Teilungsanordnung erlangt hat, also in den von § 2113 I BGB betroffenen Nachlass fällt, ist im Grundbuch ein Nacherbenvermerk bei dem Grundstück, das dem Vorerben aufgrund der erfüllten Teilungsanordnung zugekommen ist, einzutragen. Folgendes Beispiel soll den Fall verdeutlichen:

A und B sind Vorerben. Der Erblasser hat C als Nacherben bezüglich A, und D als Nacherben bezüglich B bestimmt. Ferner hat er in einer Teilungsanordnung festgelegt, dass das zum Nachlass gehörende Grundstück dem A zukommen soll. Wie oben ausgeführt, kann nun das Eigentum an dem Grundstück durch übereinstimmende Willenserklärungen (§§ 2040 I, 873 I, 925 I BGB) von A und B auf A übertragen werden, ohne dass es einer Zustimmung der Nacherben C und D bedarf, da es sich um die Erfüllung einer Teilungsanordnung handelt. Nach obigen Ausführungen fällt nun aber das Grundstück in den Händen des A gemäß § 2111 I 1 3. Alt. BGB als Surrogat unter die Nacherbschaftsanordnung. Kraft Surrogation nach § 2111 I 1 3. Alt. BGB ist das Volleigentum am Grundstück in der Hand des Vorerben A an die Stelle des Anteils an der Vorerbengemeinschaft getreten und somit von der Anordnung der Nacherbfolge erfasst. Deshalb ist im Grundbuch bezüglich dieses Grundstücks ein Nacherbenvermerk einzutragen, § 51 GBO.

³⁸⁴ OLG Hamm NJW-RR 1995, S. 1289, 1290.

³⁸⁵ BGH FamRZ 2001, S. 220, 221; Edelmann, Beschränkungen des Vorerben, S. 123.

Zu nennen ist hierbei nur C als Nacherbe des A. Nicht einzutragen ist dagegen D, da ihm gegenüber die Verfügung gemäss der Teilungsanordnung wirksam war. Sein Nacherbenrecht ist erloschen. Die Surrogation und die deshalb erfolgende Eintragung des Nacherbenvermerks dient lediglich dem Schutz des Nacherben bezüglich des Vorerben, der das Grundstück im Rahmen der Teilungsanordnung erhält. Der Nacherbe D ist dagegen nicht schutzbedürftig, da ihm gegenüber –genauso wie gegenüber seinem Vorerben B- die Verfügung zur Erfüllung der Teilungsanordnung endgültig wirksam ist.

Etwas anderes ergibt sich, wenn ein Vorausvermächtnis, § 2150 BGB, angeordnet ist.³⁸⁶ Erwirbt der Vorerbe aufgrund der Erfüllung eines Vorausvermächtnisses ein Grundstück, so fällt dies nicht nach § 2111 I 1 3. Alt. BGB in den Nachlass, da das Grundstückseigentum nicht auf den Erbteil des Vorerben angerechnet wird. Der Vorerbe soll den Vermögensgegenstand nach dem Willen des Erblassers gesondert, unabhängig von seiner Quote, sozusagen „voraus“ (vgl. §§ 2046 I BGB im Unterschied zu § 2047 I BGB) erhalten. Der Gegenstand soll demnach nicht das Schicksal des übrigen Nachlasses teilen und soll daher nicht von der Anordnung der Nacherbschaft erfasst werden. Das Nachlassgrundstück, das der Vorerbe aufgrund eines solchen Vorausvermächtnisses erlangt hat, ist somit nicht von der Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB erfasst.

4. Vorzeitige Erfüllung einer Teilungsanordnung

Von obigem Fall zu unterscheiden ist die Situation, dass der Vorerbe eine den Nacherben auferlegte Teilungsanordnung durch Verfügung über ein Grundstück vorzeitig erfüllt. Dies ist der Fall, wenn der Erblasser Vor- und Nacherbschaft angeordnet hat, und bezüglich der Auseinandersetzung der Nacherben eine Teilungsanordnung getroffen wurde. Der Vorerbe verfügt nun über ein Grundstück im Sinne der den Nacherben auferlegten Teilungsanordnung, um spätere Verfügungen zu vermeiden. Zur Verdeutlichung des Falles soll folgendes Beispiel dienen:

³⁸⁶ Deimann, Rpfleger 1978, S. 244, 244.

A ist Vorerbe, B und C sind Nacherben. Gemäß der Teilungsanordnung des Erblassers soll im Rahmen der Erbaueinandersetzung zwischen den Nacherben C das Grundstück erhalten. Nach Eintritt des Vorerbfalls überträgt A nun als Vorerbe das Grundstückseigentum an C.

Diese Verfügung beeinträchtigt das Recht des Nacherben B. Der Vorerbe hat den Nachlass nämlich so an die Nacherben herauszugeben, wie er nach ordnungsgemäßer Verwaltung vorhanden ist, § 2130 I 1 BGB. Zur ordnungsgemäßen Verwaltung gehört aber nur die Erfüllung der dem Vorerben selbst auferlegten Verpflichtungen, nicht auch die Durchführung einer den Nacherben nach Eintritt des Nacherbfalls obliegenden Erbaueinandersetzung. Die in der Teilungsanordnung liegende Befreiung des Vorerben, § 2136 BGB, kann nur für solche Verfügungen angenommen werden, die der Vorerbe bei einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses zu erfüllen hat, nicht aber für Verfügungen, die der Vorerbe aufgrund eines eigenen Entschlusses vornimmt.³⁸⁷ Vielmehr sollte die Teilungsanordnung in diesem Fall erst von den Nacherben ausgeführt werden. Folglich beeinträchtigt eine Verfügung durch den Vorerben das Recht der übrigen Nacherben und fällt unter die Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB. Im oben gebildeten Beispielfall müsste daher der Nacherbe B der Verfügung des A zur Übertragung des Grundstückseigentums an C zustimmen, um der Verfügung endgültige Wirksamkeit zu verleihen.

5. Zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderliche Verfügung
Fraglich ist, ob eine Verfügung, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist, das Nacherbenrecht beeinträchtigt und damit der Zustimmung des Nacherben bedarf. Der Regelung dieses Punktes dient § 2120 BGB: *„Ist zur ordnungsgemäßen Verwaltung, insbesondere zur Berichtigung von Nachlassverbindlichkeiten, eine Verfügung erforderlich, die der Vorerbe nicht mit Wirkung gegen den Nacherben vornehmen kann, so ist der Nacherbe dem Vorerben gegenüber verpflichtet, seine Einwilligung zu der Verfügung zu erteilen.“*

³⁸⁷ BayObLG DNotZ 1975, S.417, 418.

a. Der Begriff der „ordnungsgemäßen Verwaltung“

Voraussetzung für die Anwendung des § 2120 BGB ist zunächst, dass es sich um eine zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderliche Verfügung handelt. Zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses gehören „solche Verfügungen, die nach den Regeln einer gesunden Wirtschaftsführung unter den gegebenen Verhältnissen erforderlich und zweckmäßig sind.“³⁸⁸

Entscheidend sind nicht die persönlichen Anschauungen des Vorerben, sondern vielmehr die Sicht eines sorgfältigen Verwalters. Da § 2120 BGB zu den Vorschriften der §§ 2113 ff. BGB gehört, die dem Schutz des Nacherben dienen, ist eine Verfügung nur dann als zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich anzusehen, wenn sie das Interesse des Nacherben an Substanzerhaltung und –erlangung, also das Erbschaftsinteresse wahrt.³⁸⁹ Als Beispiel kann die Veräußerung eines Nachlassgrundstücks dienen, welche die Erfüllung von Nachlassverbindlichkeiten, z.B. Geldschulden, ermöglichen soll, soweit nicht genügend Barmittel im Nachlass vorhanden sind.³⁹⁰

Ein weiteres Beispiel, das in der Rechtsprechung häufiger eine Rolle spielt,³⁹¹ ist die Frage, ob die Aufnahme eines Kredites eine Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung darstellt. Die Rechtsprechung bejaht dies dann, wenn bei der Aufnahme eines Kredites zur Erhaltung des Grundstücks (Baukredit) zusätzliche Vorkehrungen getroffen werden, die eine Schädigung des Nacherben verhindern sollen.³⁹² So stellt die Rechtsprechung³⁹³ z.B. das Erfordernis auf, dass die Zinsen und die Tilgungsleistungen nicht die Substanz des Grundstücks aufzehren dürfen, d.h., dass diese Leistungen aus dem Eigenvermögen des Vorerben, aus den laufenden Einnahmen oder aus dem Vermögen der für den Kredit mithaftenden Personen geleistet werden können

³⁸⁸ Schmidt, Erman, § 2120 BGB RN 1.

³⁸⁹ OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, S. 905, 906; BGH NJW 1993, S. 1582, 1583; Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2120 BGB RN 2.

³⁹⁰ Grunsky, MüKo, § 2120 BGB RN 4; Harder, Wegmann, Soergel, § 2120 BGB RN 7; Schmidt, Erman, § 2120 BGB RN 1.

³⁹¹ BGH NJW 1990, S. 1237, 1238; BGH NJW 1993, S. 1582, 1583.

³⁹² BGH NJW 1993, S. 1582, 1583; BGH NJW 1990, S. 1237, 1238.

³⁹³ BGH NJW 1990, S. 1237, 1238.

müssen. Andernfalls würde die Substanz der Erbschaft durch die anwachsenden Kreditverbindlichkeiten aufgezehrt, was dem Interesse des Nacherben nicht entsprechen könne.

In einer anderen Entscheidung³⁹⁴ wird noch weitergehend die Einsetzung eines zuverlässigen Treuhänders, der die Verwendung des Kredites überwacht, verlangt. Bei der Aufnahme z.B. eines Baukredites, welcher der Erhaltung und Verbesserung des der Nacherbfolge unterliegenden Grundstücks dienen soll, bestehe ansonsten die Gefahr, dass der Vorerbe den Kredit für andere, eigennützige Zwecke verwende. Eine Verfügung über die Kreditmittel wäre dann von der Zustimmung dieses Treuhänders abhängig.

In der Literatur³⁹⁵ wird darauf hingewiesen, dass diese beiden zusätzlichen Vorkehrungen nicht in jedem Fall erforderlich sind, damit die Kreditaufnahme zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich ist. Vielmehr könne die Kreditaufnahme auch dann einer ordnungsgemäßen Verwaltung entsprechen, wenn die Zins- und Tilgungsleistungen nicht durch die Erträge des Nachlasses oder durch das Eigenvermögen des Vorerben gedeckt werden. Dies gelte z.B. dann, wenn die Kreditaufnahme weitere, noch größere Wertverluste des Grundstücks verhindern könne. Auch sei die Verwaltung des Nachlasses grundsätzlich Sache des Vorerben, der keinen Treuhänder beauftragen müsse.

b. Wirkung des § 2120 BGB

Liegt eine Verfügung im Sinne des § 2120 BGB vor, stellt sich die Frage, welche Folge dies für deren Wirksamkeit hat.

Hierbei ist fraglich, ob „Einwilligung“ im Sinn des § 2120 BGB die materiellrechtliche Zustimmung nach §§ 184 bzw. 185 BGB³⁹⁶ oder ein bloß deklaratorisches Einverständnis³⁹⁷ meint. Bei der ersten Alternative fällt also auch eine Verfügung, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses

³⁹⁴ BGH NJW 1993, S. 1582, 1583.

³⁹⁵ Grunsky, MüKo, § 2120 BGB RN 4a.

³⁹⁶ Grunsky, MüKo, § 2113 BGB RN 13; RGZ 90, 91, 96.

³⁹⁷ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2120 BGB RN 2; Harder, Wegmann, Soergel, § 2120 BGB RN 14; Harder, DNotZ 1994, S. 822 ff; Steinbacher, Krug, Erbrecht, § 14 RN 63; Schlüter, Erbrecht, S. 282.

erforderlich ist, unter die Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB. Der Nacherbe ist jedoch verpflichtet, seine Zustimmung zu erteilen und der Verfügung damit zur endgültigen Wirksamkeit zu verhelfen. Bei der zweiten Alternative wird eine solche Verfügung nicht von § 2113 I BGB erfasst. Die Verfügung ist also auch ohne Zustimmung des Nacherben materiell- rechtlich endgültig wirksam. Die Zustimmung nach § 2120 BGB hätte lediglich deklaratorischen Charakter.

Für die Beantwortung dieser Frage ist im Folgenden der Aussagegehalt des § 2120 BGB näher zu untersuchen.

aa. Zustimmung zur endgültigen Wirksamkeit erforderlich

Man könnte aus § 2120 BGB den Schluss ziehen, dass auch eine Verfügung, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist, der Zustimmung des Nacherben bedarf, um endgültig wirksam zu sein. § 2120 BGB geht gerade davon aus, dass es Verfügungen gibt, die zwar zur ordnungsgemäßen Verwaltung notwendig, dem Nacherben gegenüber aber nicht endgültig wirksam sind. Würde man bei einer Verfügung, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich ist, eine Beeinträchtigung des Nacherben ablehnen und diese nicht unter § 2113 I BGB fallen lassen, so scheint die Vorschrift des § 2120 BGB überflüssig zu sein. Es würde eine Pflicht zur Zustimmung zu einer Verfügung aufgestellt, die auch ohne Mitwirkung des Nacherben wirksam wäre. Aus § 2120 BGB könnte somit der Rückschluss gezogen werden, dass eine Beeinträchtigung des Nacherben vorliegt, eine Zustimmung erforderlich ist, aber der Nacherbe zur Abgabe dieser Zustimmung verpflichtet ist, um eine ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses zu ermöglichen.³⁹⁸ Wegen § 2113 I BGB wirkt die Verfügung solange nicht gegen den Nacherben, wie er nicht zustimmt, unabhängig davon, ob der Nacherbe zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet ist oder nicht. Die Regelung des § 2120 BGB regelt hiernach nur das Innenverhältnis zwischen Vor- und Nacherbe, hat aber auf die Verfügungsbefugnis des Vorerben und die endgültige Wirksamkeit der Verfügung keine Auswirkung. Auch die zur

³⁹⁸ Grunsky, MüKo, § 2120 BGB RN 1.

ordnungsgemäßen Verwaltung notwendige Verfügung über ein Grundstück wäre somit als Beeinträchtigung im Sinne des § 2113 I BGB anzusehen.³⁹⁹ Lediglich um dem Vorerben eine ordnungsgemäße Verwaltung zu ermöglichen, gibt § 2120 BGB diesem einen Anspruch gegen den Nacherben auf Zustimmung.

bb. Zustimmung nicht zur endgültigen Wirksamkeit erforderlich

Im Wege einer historischen Auslegung kann man jedoch zu dem Ergebnis gelangen, dass bei Verfügungen, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich sind, keine Beeinträchtigung des Nacherben vorliegt, und somit eine Zustimmung des Nacherben materiell- rechtlich unnötig ist. Beleuchtet man die Entstehungsgeschichte der §§ 2113 ff. BGB so ist nämlich zu erkennen, dass der Gesetzgeber bei Verfügungen zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses nie ein Zustimmungserfordernis aufstellen wollte. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der entsprechenden Vorschriften:

E I § 1823: *„Zu jeder Verfügung, welche zur ordnungsgemäßen Verwaltung der der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstände, ...erforderlich ist, ..., ist der Vorerbe berechtigt, auch wenn er die Verfügung nach den Vorschriften der [heutigen § 2113 f. BGB] nicht ohne Einwilligung des Nacherben vornehmen dürfte.“*

E I § 1828 Abs. 2 : *„ Die Verfügung wird nicht unwirksam, wenn sie nach den Vorschriften der §§ 1815- 1824 [also auch im Fall des § 1823] von dem Vorerben ohne Einwilligung des Nacherben vorgenommen werden kann.“*

E I § 1828 Abs. 3: *„Der Nacherbe ist verpflichtet, die Einwilligung oder Genehmigung zu solchen Verfügungen zu erteilen, welche nach den Vorschriften des zweiten Absatzes im Falle der Nacherbfolge nicht unwirksam werden.“*

Verfügungen, die der ordnungsgemäßen Verwaltung dienen, sollten also von der Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB ausgenommen bleiben.⁴⁰⁰ Es ist von einem „materiell- rechtlichen Vorrang des Gebots ordnungsgemäßer

³⁹⁹ Schlüter, Erbrecht, S.283.

⁴⁰⁰ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2120 BGB RN 1.

Verwaltung vor dem Verbot“⁴⁰¹ bezüglich Grundstücksverfügungen auszugehen. Dies geht auch eindeutig aus den Motiven hervor, in denen es heißt: „Die Befugnis des Vorerben zu jeder Verfügung, welche zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich ist, muss den beschränkenden Vorschriften vorgehen.“⁴⁰² Mit der Erweiterung der Befugnisse des Vorerben sollte einem praktischen Bedürfnis und der damals herrschenden Rechtspraxis entsprochen werden.

Leider entstand im Verlauf der Beratungen die heutige Formulierung des § 2120 S.1 BGB, die genau das Gegenteil vom Beabsichtigten ausdrückt. Statt „...die der Vorerbe mit Wirkung gegen den Nacherben vornehmen kann,“ wurde formuliert: „...die der Vorerbe nicht mit Wirkung gegen den Nacherben vornehmen kann,“.⁴⁰³ Diese Entwicklung zu dem heutigen Wortlaut könnte auf sprachlichen, insbesondere grammatikalischen Versehen beruhen und ein Redaktionsversehen sein. Eine inhaltliche Änderung war mit den sprachlichen Änderungen jedenfalls nicht beabsichtigt.⁴⁰⁴

Die Zustimmung in § 2120 BGB hat mit der materiellen Wirksamkeit der Verfügung gegenüber dem Nacherben demnach nichts zu tun. Dies ergibt sich auch aus Gesichtspunkten der Logik. Wenn eine Verwaltungsmaßnahme zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich ist, vereitelt sie das Recht des Nacherben nicht und bleibt deshalb wirksam.

Die Regelung des § 1828 Abs. 3 (heute § 2120 S. 1 BGB) wurde als erforderlich angesehen, um dem Vorerben die Möglichkeit zu geben, sich gegenüber seinem Vertragsgegner oder gegenüber dem Grundbuchamt zu legitimieren.⁴⁰⁵ Es sollte nicht das Risiko und die Pflicht des Vertragspartners oder des Grundbuchamtes sein, das Vorliegen der Voraussetzungen einer endgültig wirksamen Verfügung darzutun. Vielmehr sollte dies Aufgabe des Vorerben sein und ihm durch die Einholung einer deklaratorischen

⁴⁰¹ Harder, DNotZ 1994, S. 822, 841.

⁴⁰² Motive, Band V, S. 107.

⁴⁰³ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2120 BGB RN 1; Harder, DNotZ 1994, S. 822, 833.

⁴⁰⁴ Harder, DNotZ 1994, S. 822, 836.

⁴⁰⁵ Harder, DNotZ 1994, S. 822, 830.

Zustimmung des Nacherben erleichtert werden.⁴⁰⁶ In § 2120 BGB sollte folglich nach der Entstehungsgeschichte ein Zustimmungserfordernis zu Verfügungen aufgestellt werden, die gegenüber dem Nacherben endgültig wirksam sind.⁴⁰⁷ Die sich aus § 2120 BGB scheinbar ergebende Aussage, dass Verfügungen, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind, dem Nacherben gegenüber unwirksam sein können, beruht folglich auf einem Irrtum. Eine Verfügung über ein Grundstück wirkt daher ausnahmsweise auch ohne Zustimmung des Nacherben endgültig gegen diesen, wenn die Verfügung über das Grundstück zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist. Da die Verfügung gerade dem Erbschaftsinteresse und der Substanzerhaltung dienen muss, um von § 2120 BGB erfasst zu werden, ist der Nacherbe insoweit auch nicht schutzbedürftig. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nach der historischen Auslegung die Zustimmung des Nacherben nach § 2120 BGB nicht die dingliche Wirksamkeit der Verfügung des Vorerben herbeiführt, sondern diese bereits voraussetzt.⁴⁰⁸

cc. Bewertung

Die Entscheidung, ob aus § 2120 S. 1 BGB auf ein materiell- rechtliches Zustimmungserfordernis geschlossen werden muss oder ob Verfügungen, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind, auch ohne Zustimmung mit Wirkung gegen den Nacherben endgültig wirksam sind, fällt zugunsten der letztgenannten Alternative aus.⁴⁰⁹ Mag der Wortlaut der heutigen Fassung des § 2120 S. 1 BGB auch anderes nahe legen, so ist der Sinn und Zweck der Vorschrift nach der historischen Auslegung eindeutig der, dem Vorerben einen Nachweis seiner Befugnis, auch mit Wirkung gegen den Nacherben wirksam zu verfügen, zu ermöglichen. Die historische Auslegung ist gegenüber der Wortlautauslegung vorrangig. Denn es ist nicht ersichtlich,

⁴⁰⁶ Harder, DNotZ 1994, S. 822, 839.

⁴⁰⁷ Harder, DNotZ 1994, S. 822, 833, 834.

⁴⁰⁸ Köster, Rpfleger 2000, S. 90, 95, 96.

⁴⁰⁹ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2120 BGB RN 2; Harder, Wegmann, Soergel, § 2120 BGB RN 14; Harder, DNotZ, 1994, S. 822 ff.

dass durch die Umformulierung auch inhaltlich eine Änderung herbeigeführt werden sollte. Zu bedauern ist, dass sich die wenigsten Kommentierungen⁴¹⁰ zu § 2120 BGB mit diesem Problem kritisch auseinandersetzen.

c. Erlangung der Zustimmungserklärung des Nacherben

Um eine Zustimmungserklärung gemäss § 2120 BGB zu erlangen, hat der Vorerbe folgendermaßen vorzugehen:⁴¹¹

Der Vorerbe muss den Nacherben zunächst zur Abgabe der Zustimmung auffordern. Dies ist erforderlich, um bei einer späteren Klage gegen den Nacherben die Kostenfolge des § 93 ZPO zu vermeiden. Wird die Zustimmung zur Veräußerung eines Nachlassgrundstücks begehrt, so ist die Aufforderung auf eine notariell beurkundete Zustimmung zu richten, § 311 b I BGB.

Wegen § 2120 S. 3 BGB hat sich der Vorerbe bei dieser Aufforderung zur Übernahme der Beurkundungskosten zu verpflichten.

Die Verfügung, welche der Vorerbe vornehmen will, ist möglichst genau zu bezeichnen, am besten durch Beifügung eines Vertragsentwurfs, so dass die Einwilligung für den Nacherben nachprüfbar ist.

Schließlich sind die Gründe aufzuführen, aus denen sich die Erforderlichkeit der Verfügung für die ordnungsgemäße Verwaltung ergibt. Der Nacherbe soll hierdurch die Möglichkeit erhalten, zu prüfen, ob die Verfügung über das Grundstück die einzige Möglichkeit ist, den wesentlichen Teil des Nachlasses zu erhalten.

Verweigert der Nacherbe die Zustimmung, kann der Vorerbe gegen ihn Klage erheben mit dem Antrag, den Beklagten zu verurteilen, die Zustimmung zur Übertragung des Eigentums an dem näher bezeichneten Grundstück zu erteilen und die Umschreibung des Eigentums an dem bezeichneten Grundstück auf Herrn/Frau X zu bewilligen.⁴¹²

⁴¹⁰ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2120 BGB RN 2; Harder, Wegmann, Soergel, § 2120 BGB RN 14.

⁴¹¹ Steinbacher, Krug, Erbrecht, § 14 RN 68; OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, S. 905, 906.

⁴¹² Steinbacher, Krug, Erbrecht, § 14 RN 72.

VIII. Der Eigenerwerb des Vorerben

Aus unterschiedlichen Gründen kann in der Praxis der Wunsch des Vorerben entstehen, das unter die Nacherbschaft fallende Grundstück als nacherbenfreies, unbeschränktes Eigenvermögen zu erlangen. Dies kommt beispielsweise dann in Betracht, wenn der Vorerbe über das Grundstück endgültig frei verfügen oder für seine eigenen Erben volles Eigentum erwerben möchte.

Dieses Begehren steht auch nicht in Widerspruch zu Sinn und Zweck des Instituts der Nacherbfolge. Die Regelung des § 2113 BGB mit seiner Zustimmungsmöglichkeit stellt klar, dass der Nacherbenschutz nur dann eingreifen soll, wenn dies dem Willen des Nacherben auch entspricht.

Eine gesetzliche Regelung dieses Falles fehlt, denn die §§ 2112 ff. BGB treffen nur Regelungen bezüglich der Veräußerung durch den Vorerben an Dritte, nicht an sich selbst.⁴¹³ Um den gewünschten Erfolg des nacherbenfreien Eigentumserwerbs des Vorerben zu erreichen, kommen unterschiedliche rechtliche Wege in Betracht.

1. Das Insichgeschäft des Vorerben

Fraglich ist, ob der Vorerbe die dingliche Einigung über den Übergang des Grundstücks von seinem Nacherbschaftsvermögen in sein freies Eigenvermögen mit sich selbst vornehmen kann. Es könnte ein nach § 181 BGB ausnahmsweise wirksames Insichgeschäft vorliegen. § 181 BGB setzt aber voraus, dass eine Person für zwei unterschiedliche Rechtsträger handelt. Im vorliegenden Fall würde aber der Vorerbe lediglich als Träger von zwei Vermögensmassen auftreten. Rechtsträger, nämlich Eigentümer ist allein der Vorerbe. Durch eine Insichverfügung kann folglich der Vorerbe kein nacherbenfreies Eigentum am Grundstück erwerben.⁴¹⁴

⁴¹³ Maurer, DNotZ 1981, S. 223, 225.

⁴¹⁴ Maurer, DNotZ 1981, S. 223, 226.

2. Übertragung des Anwartschaftsrechts

Eine weitere Möglichkeit für den Vorerben, ein Nachlassgrundstück ohne Nacherbenbindung zu erwerben, könnte die Übertragung des Anwartschaftsrechts des Nacherben auf den Vorerben sein.⁴¹⁵

Allerdings ist dieser Lösungsansatz für das vorliegende Problem nicht weiterführend, da der Nacherbe, wie auf S. 140 ff. im Rahmen des deliktischen Nacherbenschlutzes noch näher auszuführen sein wird, ein Anwartschaftsrecht lediglich bezüglich der Erbschaft als Ganzes hat. Ein Anwartschaftsrecht an den einzelnen Nachlassgegenständen, insbesondere an einem einzelnen Nachlassgrundstück besteht dagegen nicht. Somit kann die Übertragung des Anwartschaftsrechtes nicht zu einem nacherbenfreien Erwerb eines einzelnen Grundstücks durch den Vorerben führen.

3. Doppelübereignung

Da ein direkter Erwerb des nacherbenbelasteten Grundstücks durch den Vorerben zu freiem Eigenvermögen auf die eben dargestellten Weisen nicht möglich ist, kann das Ziel nur auf Umwegen erreicht werden. Die Beteiligten könnten die folgende Doppelübereignung vornehmen:⁴¹⁶

Der Vorerbe veräußert das Grundstück an den Nacherben. Hierzu erteilt der Nacherbe seine Zustimmung gemäß §§ 2113 I, 183, 184 BGB. Somit erhält der Nacherbe Eigentum an dem Grundstück. Die Auflassung ist aufgrund der durch den Nacherben erteilten Zustimmung endgültig wirksam, so dass das Grundstück nun nicht mehr dem Nacherbenrecht unterliegt. Der Vorerbe kann nun seinerseits in einem zweiten Schritt nacherbenfreies Eigentum an dem Grundstück durch eine Rückübereignung erlangen.

Diese beiden dinglichen Einigungen können in einem einheitlichen, notariellen Vertrag erklärt werden: der Vorerbe und der Nacherbe geben die zur Übertragung des Eigentums auf den Nacherben erforderlichen Willenserklärungen ab und der Nacherbe erklärt die Zustimmung hierzu. Ferner geben die Beteiligten zugleich die Willenserklärungen ab, die zur Rückübertragung

⁴¹⁵ Maurer, DNotZ 1981, S. 223, 228.

⁴¹⁶ Maurer, DNotZ 1981, S. 223, 230.

auf den Vorerben erforderlich sind. Im Zeitpunkt der Abgabe dieser Willenserklärungen handelt der Nacherbe zwar bezüglich der Rückübertragung als Nichtberechtigter (er ist noch nicht Eigentümer), jedoch kann der Vorerbe als (noch) Berechtigter hierzu seine Einwilligung gemäß § 185 I BGB erteilen.

4. Bloße Zustimmung des Nacherben

Vereinzelt⁴¹⁷ wird ein solcher Umweg über eine doppelte Übereignung für überflüssig erachtet.

Vielmehr soll bereits allein die Zustimmungserklärung sämtlicher Nacherben zu einer Entlassung des Grundstücks aus der Nacherbenbindung führen. Begründet wird dies damit, dass es möglich ist, dem alleinigen Vorerben ein Grundstück als Vorausvermächtnis ohne weitere Handlungen als nacherbenfreies Vermögen zukommen zu lassen. Der Erblasser hat die Möglichkeit, bezüglich der Erbschaft Nacherbfolge anzuordnen, ein einzelnes Grundstück jedoch dem Vorerben als Vorausvermächtnis, und damit als nacherbenfreies Vermögen zuzuwenden, § 2150 BGB. Wenn der Vorerbe so ein Grundstück, bezüglich dessen Nacherbschaft angeordnet ist, zu freiem Vermögen erhalten könne, dann müsse dies auch nachträglich bezüglich einzelner Gegenstände durch Zustimmung des Nacherben herbeigeführt werden können. Diese Zustimmung des Nacherben stelle eine Freigabe dar, die der Freigabe von Nachlassgegenständen durch den Testamentsvollstrecker im Sinne des § 2217 I BGB ähnlich sei. Wie der Testamentsvollstrecker könne auch der Nacherbe den Verzicht auf sein Recht erklären. Ein Bedürfnis für eine Hin- und Herübergabe sei daher nicht gegeben.

5. Eigene Bewertung

Als diskussionswürdige Alternativen verbleiben der nacherbenfreie Erwerb des Vorerben einerseits durch Doppelübergabe und andererseits durch bloße Zustimmung des Nacherben.

⁴¹⁷ Schöner, Stöber, HRP, RN 3529a.

Dem Schutz des Nacherben wäre zwar mit der Lösung über die Zustimmung des Nacherben sicher ausreichend genüge getan. Auch mag der Vergleich mit der Situation bei einem Vorausvermächtnis auf den ersten Blick überzeugen.

Allerdings ist die Lösung über die Doppelübereignung vorzugswürdig, da sie dogmatisch einwandfrei nachvollziehbar den nacherbenfreien Erwerb des Vorerben begründet. Mittels den Vorschriften des BGB, insbesondere des § 2113 BGB, kann der nacherbenfreie Erwerb des Grundstücks durch den Vorerben herbeigeführt werden.

Dagegen ist bei der Lösung über eine bloße Zustimmung des Nacherben zu der Entlassung des Grundstücks aus der Nacherbenbindung nicht ersichtlich, welchen Charakter diese Erklärung in rechtlicher bzw. dogmatischer Hinsicht haben soll. Das Gesetz jedenfalls sieht eine solche Möglichkeit nicht vor. Vielmehr ist die Zustimmung des Nacherben, die zu einem Wegfall der Nacherbenbindung führt, immer an eine Verfügung des Vorerben gebunden, § 2113 I BGB. Nur in diesem Zusammenhang kann die Nacherbenbindung entfallen. Eine isolierte Zustimmung ist dagegen nicht vorgesehen.

Da das Ziel mittels der im BGB vorgegebenen Regeln möglich ist, sollte dieser Weg, auch wenn er umständlicher ist, aus dogmatischen Gründen bevorzugt werden.

IX. Schadensersatzansprüche des Nacherben

1. Spezielle Anspruchsgrundlagen für den Nacherben

Wie bereits auf S. 20 erwähnt, stehen dem Nacherben die Ansprüche aus §§ 2130, 280, 281, 2131 und 2138 II 2. Alt. BGB zu. Auf die strengen Haftungsvoraussetzungen wurde an dieser Stelle bereits hingewiesen.

Ein weiterer Nachteil dieser Ansprüche besteht darin, dass sie erst mit dem Nacherbfall entstehen.⁴¹⁸ Vorher kann nämlich nicht beurteilt werden, ob der Vorerbe seine Herausgabepflicht gemäß § 2130 BGB verletzt hat, da die Ordnungsgemäßheit der Verwaltung erst anhand des endgültigen Verwaltungsergebnisses im Zeitpunkt des Nacherbfalls beurteilt werden kann.

Auf diese gesetzlich speziell für den Nacherben vorgesehenen Schadensersatzansprüche soll hier nicht näher eingegangen werden. Vielmehr wird im Folgenden der Frage nachgegangen, ob dem Nacherben darüber hinaus ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 I BGB zustehen kann.

2. Der deliktische Nacherbenschutz

Die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs des Nacherben gegen den Vorerben gemäß § 823 I BGB bedürfen im Einzelnen einer genaueren Betrachtung.

a. Anwendbarkeit des § 823 I BGB

Bevor die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen geprüft werden können, muss die grundsätzliche Frage geklärt werden, ob das Deliktsrecht im Verhältnis von Vor- und Nacherbe überhaupt angewendet werden kann.

Allein das Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen Vor- und Nacherbe hindert noch nicht die Anwendbarkeit des Deliktsrechts. Vielmehr können Schadensersatzansprüche aus Verletzung des Schuldverhältnisses und solchen aus Delikt miteinander konkurrieren. Trotzdem könnte die Anwendung des § 823 I BGB an gesetzgeberischen Wertungen, die sich aus den Regelungen über das Verhältnis von Vor- und Nacherbe ergeben, §§ 2130, 2138 BGB, scheitern.

Der befreite Vorerbe haftet nach §§ 2136, 2138 II BGB nur in den dort genannten zwei Fällen unter besonderen Voraussetzungen. Nur bei einer unentgeltlichen Verfügung oder bei der Verfügung mit Benachteiligungsabsicht soll der befreite Vorerbe dem Nacherben zum Schadensersatz verpflichtet sein. Bei einem befreiten Vorerben muss der Nacherbe nach dem Erblasserwillen in größerem Umfang Benachteiligungen hinnehmen. Eine deliktische Haftung des befreiten Vorerben gegenüber dem Nacherben würde dieser Wertung zuwiderlaufen.⁴¹⁹

⁴¹⁸ Wiech, Nacherbenschutz, S. 45.

⁴¹⁹ Wiech, Nacherbenschutz, S. 47.

Die weitere Betrachtung betrifft deshalb lediglich die deliktische Haftung des nicht befreiten Vorerben.

b. Rechtsgutsverletzung

Der Vorerbe müsste durch die Verfügung über das Nachlassgrundstück ein dem Nacherben zustehendes Rechtsgut im Sinne des § 823 I BGB verletzen.

Da im maßgeblichen Zeitraum zwischen Vor- und Nacherbfall das Eigentum am Grundstück dem Vorerben zusteht und nicht dem Nacherben, und folglich das Eigentum des Nacherben nicht betroffen wird, kommt nur die Verletzung eines sonstigen Rechts nach § 823 I BGB in Frage.⁴²⁰ Als solches kommt das dem Nacherben schon vor dem Nacherbfall zustehende Anwartschaftsrecht in Betracht.

Problematisch ist, ob dem Nacherben ein Anwartschaftsrecht in Bezug auf das Grundstück als einzelnen Nachlassgegenstand zusteht⁴²¹ oder in Bezug auf die Erbschaft als Ganzes.⁴²² Nur im ersten Fall läge ein tauglicher Verletzungsgegenstand vor: Veräußert der Vorerbe ein Grundstück oder beschädigt er dieses in seiner Substanz, so könnte hierdurch ein an diesem einzelnen Nachlassgegenstand bestehendes Anwartschaftsrecht verletzt werden; ein auf die Erbschaft als Ganzes bezogenes Anwartschaftsrecht bliebe dagegen durch solche Handlungen unberührt.

Von einem Anwartschaftsrecht kann immer dann gesprochen werden, wenn von einem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechts schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, dass von einer gesicherten Rechtsposition des Erwerbers gesprochen werden kann, die der Veräußerer/Besteller nicht mehr einseitig zerstören kann.⁴²³

aa. Anwartschaftsrecht an den einzelnen Grundstücken

⁴²⁰ Wiech, Nacherbenschutz, S. 51, 52.

⁴²¹ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 26, § 2100 RN 57; v. Lübtow, Erbrecht, S. 630; Wiech, Nacherbenschutz, S. 86, 87.

⁴²² Harder, Wegmann, Soergel, § 2100 BGB RN 13; Kipp, Coing, Erbrecht, S. 304; Lange, Kuchinke, Erbrecht, S. 569: RGZ 101, 185, 188.

⁴²³ Heinrichs, Palandt, vor § 158 BGB RN 9.

Vereinzelt⁴²⁴ wird dem Nacherben ein Anwartschaftsrecht an einem einzelnen Nachlassgrundstück zugesprochen.

Dass sich das Anwartschaftsrecht auf das einzelne Grundstück bezieht, könnte deshalb vertreten werden, da durch § 2113 I BGB die freie Verfügungsmöglichkeit des Vorerben –im Unterschied zu sonstigen Nachlassgegenständen- eingeschränkt wird, und deshalb das Grundstück in dem Nachlass bis zum Eintritt des Nacherbfalls verbleibt. Dem Nacherben sei folglich bezüglich des Grundstücks „kraft § 2113 I BGB ein bereits gegenständlich konkretisierbares Anwartschaftsrecht zugeordnet“.⁴²⁵

Dieser Betrachtungsweise kann jedoch nicht gefolgt werden. Sie lässt außer Betracht, dass auch durch die Verfügungsbeschränkung des § 2113 I BGB die Rechtsstellung des Nacherben bezogen auf einen einzelnen Gegenstand noch nicht ausreichend gesichert ist, um von einem Anwartschaftsrecht sprechen zu können. Einige Beispiele für eine Verfügungsmöglichkeit des Vorerben ohne Mitwirkung des Nacherben ergeben sich aus der vorliegenden Arbeit, so zum Beispiel die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderliche Verfügung.

Ferner fällt dem Nacherben gemäß § 2139 BGB die Erbschaft wie einem normalen Erben im Wege der Universalsukzession zu. Nur diesbezüglich kann auch ein Anwartschaftsrecht bestehen. Eine Aufspaltung in Anwartschaftsrechte auf einzelne Gegenstände würde das Anfallsprinzip und den Grundsatz der Universalsukzession des BGB in Frage stellen.

bb. Anwartschaftsrecht bezüglich der Erbschaft als Gesamtheit

Nach überwiegender Ansicht⁴²⁶ bezieht sich das Anwartschaftsrecht auf die Erbschaft als Ganzes. Dies wird mit der freien Verfügungsbefugnis des Vorerben hinsichtlich der einzelnen Gegenstände nach § 2112 BGB begründet, infolgedessen der Nacherbe diesbezüglich keine gesicherte Erwerbsaussicht

⁴²⁴ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 26; v. Lübtow, Erbrecht, S. 630; Wiech, Nacherbenschutz, S. 86, 87.

⁴²⁵ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 26.

⁴²⁶ Harder, Wegmann, Soergel, § 2100 BGB RN 13; Kipp, Coing, Erbrecht, S. 304; Lange, Kuchinke, Erbrecht, S. 569; RGZ 101, 185, 188.

habe. Bezüglich der Gegenstände selbst bestehe kein Anwartschaftsrecht. § 2113 I BGB würde demnach lediglich eine Einzelsicherung des Gesamtanwartschaftsrechts auf die Erbschaft darstellen. Das Anwartschaftsrecht zeige sich hinsichtlich des Grundstücks als einzelner Nachlassgegenstand lediglich in der Form einer Verfügungsbeschränkung, §§ 2113 I, 892 I 2 BGB.

Dieser Ansicht ist zu folgen. Hierfür sprechen die Gründe, aus denen die gegenteilige Ansicht bereits abgelehnt wurde: Allein das Bestehen einer Verfügungsbeschränkung bezüglich der Nachlassgrundstücke führt noch nicht zu einer derart gesicherten Rechtsposition des Nacherben, dass von einem Anwartschaftsrecht bezüglich des einzelnen Grundstücks gesprochen werden könnte. Vielmehr besteht lediglich eine gesicherte Erwerbsposition bezüglich des Nachlasses (insgesamt) in dem Zustand, der sich bei einer ordnungsgemäßen Verwaltung ergibt, § 2130 I BGB. Ob hierzu ein ursprünglich im Nachlass vorhandenes Grundstück gehört oder nicht, liegt nicht allein in der Hand des Nacherben.

cc. Folgen für die Rechtsgutsverletzung

Da hier der Ansicht gefolgt wird, dass ein Anwartschaftsrecht lediglich bezüglich der Erbschaft insgesamt gegeben ist, wird bei der Verfügung des Vorerben über ein einzelnes Nachlassgrundstück der rechtliche Bestand dieses Anwartschaftsrechts des Nacherben nicht berührt. Eine Rechtsgutsverletzung ist konsequenter Weise zu verneinen.

3. Ergebnis

Nach der hier vertretenen Auffassung stellt die Verfügung des Vorerben über ein einzelnes Grundstück keine Rechtsgutsverletzung dar. Daher kann dem Nacherben ein deliktischer Schadensersatzanspruch nicht zustehen. Eine Betrachtung der weiteren Voraussetzungen eines Anspruchs gemäß § 823 I BGB erübrigt sich somit.

Soweit ein deliktischer Schutz des Nacherben angenommen wird,⁴²⁷ beruht dies gerade auf der abweichenden Ansicht, das Anwartschaftsrecht beziehe sich auf das einzelne Nachlassgrundstück.

X. Zivilprozessuales und Fragen der freiwilligen Gerichtsbarkeit

1. Die Feststellungsklage des Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalls

Veräußert der Vorerbe ein Nachlassgrundstück so ist diese Verfügung für die Dauer der Vorerbschaft wirksam.⁴²⁸ Schon in dieser Zeit könnte der Nacherbe ein Interesse daran haben, die Unwirksamkeit der Verfügung für den Fall des Eintritts des Nacherbfalls feststellen zu lassen, falls hierüber zwischen dem Vorerben und dem Nacherben Streit besteht. Fraglich ist, ob dem Nacherben eine Feststellungsklage nach § 256 I ZPO gegen den Vorerben bzw. gegen den

⁴²⁷ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2100 BGB RN 57, § 2113 RN 73; v. Lübtow, Erbrecht, S. 630.

⁴²⁸ BGHZ 52, 269, 270; Hoeren, HK-BGB, § 2113 RN 11.

Erwerber des Grundstücks zur Verfügung steht. Dies wird allgemein bejaht,⁴²⁹ doch sind bei näherer Betrachtung die einzelnen Voraussetzungen nicht unproblematisch. Da es sich hierbei nicht um spezifische Problemstellungen des § 256 I ZPO, sondern um Auswirkungen des materiellen Rechts handelt, finden die Probleme rund um die Feststellungsklage des Nacherben keine Erwähnung in der ZPO-Literatur.⁴³⁰

a. Rechtsverhältnis

Im Rahmen von § 256 I ZPO kann nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt werden. Hierunter fällt unter anderem jede rechtlich geregelte Beziehung zwischen Personen.⁴³¹ Abzugrenzen ist das Rechtsverhältnis von abstrakten Rechtsfragen, z.B. Wirksamkeit eines Testamentes, und rein tatsächlichen Zuständen, z.B. Vornahme von Zahlungen. Da das Verhältnis zwischen Vor- und Nacherbe durch die §§ 2100 ff. BGB, insbesondere der Umfang der Verfügungsmacht des Vorerben durch §§ 2112 ff. BGB umfassend geregelt ist, liegt ein Rechtsverhältnis zwischen Vor- und Nacherbe vor, dessen Bestehen oder Nichtbestehen festgestellt werden kann.

b. Gegenwärtigkeit des Rechtsverhältnisses

Eine Feststellungsklage gemäß § 256 I ZPO ist nur statthaft zur Feststellung von gegenwärtigen Rechtsverhältnissen. Künftige Rechtsverhältnisse sind dagegen nicht feststellungsfähig.⁴³² Ausreichend ist es jedoch, wenn das Substrat einer Rechtsbeziehung, aus der sich die festzustellende Rechtsfolge ableiten lässt, gegenwärtig schon vorhanden ist.

⁴²⁹ Johannsen, RGRK, § 2113 BGB RN 14; Harder, Wegmann, Soergel, § 2113 BGB RN 15; Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 43; Schmidt, Erman, § 2113 BGB RN 7;

Grunsky, MüKo, § 2113 BGB RN 10.

⁴³⁰ Schumann, Stein, Jonas, ZPO, § 256; Foerste, Musielak, ZPO, § 256 RN 21; Lüke, MüKo § 256 ZPO; Hartmann, Baumbach, ZPO, § 256.

⁴³¹ Wassermann, Alternativkommentar, § 256 ZPO RN 3.

⁴³² Foerste, Musielak, ZPO, § 256 RN 4; Lüke, MüKo § 256 ZPO RN 28, 29.

Fraglich ist, ob das Rechtsverhältnis zwischen Vor- und Nacherbe vor Eintritt des Nacherbfalls in diesem Sinne bereits gegenwärtig ist, denn die Verfügung des Vorerben wird erst mit Eintritt des Nacherbfalls, also in der Zukunft unwirksam.

Hierbei ist zu beachten, dass dem Nacherben in der Zeit zwischen Erbfall und Nacherbfall aufgrund der Verfügungsbeschränkungen des BGB eine gesicherte, gegenwärtige Position zukommt, so dass ihm ein Anwartschaftsrecht –nach der hier vertretenen Auffassung an der Erbschaft als Ganzes- zusteht. Zwar wird, wie in dem Kapitel des deliktischen Nacherbenschutzes (S. 140 ff.) aufgezeigt, durch eine Verfügung des Vorerben über ein einzelnes Nachlassgrundstück das Gesamtanwartschaftsrecht des Vorerben nicht berührt. Somit kann konsequenter Weise auch bei der Verfügung über ein Nachlassgrundstück ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis nicht mit diesem Anwartschaftsrecht begründet werden. In diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung des OLG Celle⁴³³ zu sehen, wonach das Bestehen eines erbrechtlichen Anwartschaftsrechts bezüglich der Erbschaft als Ganzes nicht genügt, d.h. dass hieraus kein gegenwärtiges Rechtsverhältnis abgeleitet werden kann. Seine Wirkung ginge nicht über die Sicherungsmöglichkeiten der §§ 2127ff. BGB hinaus. Insbesondere käme ihm keine sachenrechtliche Bedeutung zu, so dass der Nacherbe nicht Klage erheben könne mit dem Ziel der Feststellung der Zugehörigkeit eines einzelnen Gegenstands zur Vorerbschaft.

Allerdings muss meines Erachtens die Frage nach der Gegenwärtigkeit des Rechtsverhältnisses von der Frage des Gegenstandes des Anwartschaftsrechts getrennt werden. Die Gegenwärtigkeit ergibt sich vorliegend daraus, dass es sich bei der Verfügung durch den Vorerben nicht um eine rein zukünftige Schädigung handelt, sondern dass die gegenwärtige Position des Nacherben im konkreten Einzelfall bereits beeinträchtigt ist. Diese gegenwärtige Position stellt zwar kein Anwartschaftsrecht dar, da nicht generell ein Anwartschaftsrecht bezüglich eines einzelnen Nachlassgrundstücks gegeben ist. Überträgt der befreite Vorerbe aber ein Grundstück an einen Dritten und

⁴³³ OLG Celle MDR 1954, S. 547.

behauptet der Nacherbe zum Beispiel, dass diese Verfügung unentgeltlich erfolgt ist, so hängt die endgültige Wirksamkeit dieser Verfügung lediglich von der Frage ab, ob die Verfügung gemäß § 2113 II BGB entgeltlich erfolgte oder nicht. In diesem konkreten Fall ist das Verhältnis des Vorerben zu dem Nacherben durch § 2113 II BGB geregelt und ist bereits gegenwärtig, da der Vorerbe im Zeitpunkt der Verfügung bereits von einer endgültigen Wirksamkeit ausgeht, während der Nacherbe der Ansicht ist, dass die Verfügung mit Eintritt des Nacherbfalls unwirksam wird und ihm das Grundstück zufallen wird.

Für die Frage der Gegenwärtigkeit ist es unerheblich, ob die weiteren Folgen (Unwirksamkeit der Verfügung) erst später eintreten. Unerheblich ist deshalb auch, dass vor Eintritt des Nacherbfalls noch nicht sicher ist, ob derjenige, der jetzt die Feststellungsklage erhebt, auch tatsächlich Nacherbe wird.⁴³⁴ Der derzeitige Inhaber der Nacherbenstellung ist schon vor Eintritt des Nacherbfalls in seiner -meines Erachtens im konkreten Einzelfall anzunehmenden- gefestigten Rechtsstellung betroffen.⁴³⁵

Die Gegenwärtigkeit des Rechtsverhältnisses ist somit im Ergebnis zu bejahen.

c. Feststellungsinteresse

Ferner ist als Sachurteilsvoraussetzung das Bestehen eines rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung nötig. Dies ist der Fall, wenn dem Recht des Klägers eine gegenwärtige, aktuelle Gefahr der Unsicherheit droht und das Feststellungsurteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen.⁴³⁶ Hat der Vorerbe über ein Nachlassgrundstück verfügt, so besteht ein rechtliches Interesse des Nacherben an der Feststellung der Unwirksamkeit dieser Verfügung für den Fall der Nacherbschaft, wenn das spätere Unwirksamwerden vom Vorerben bestritten wird. Diese gegenwärtige Gefährdung des Nacherben kann durch das

⁴³⁴ RGZ 139, 343, 347, 348.

⁴³⁵ RGZ 139, 343, 348.

⁴³⁶ Lüke, MüKo § 256 ZPO RN 37, 46; Wassermann, Alternativkommentar, § 256 ZPO RN 5; Schumann, Stein, Jonas, ZPO, § 256 RN 63.

Feststellungsurteil auch beseitigt werden, da dann sowohl der Vor- als auch der Nacherbe die später eintretende Unwirksamkeit kennen und beachten. Ohne Feststellungsklage könnte das Nacherbenrecht endgültig vereitelt sein.⁴³⁷

d. Ergebnis

Der BGH hat sich bisher nicht direkt mit einer Feststellungsklage des Nacherben auseinandergesetzt. In einem Verfahren,⁴³⁸ in dem der Vorerbe die Wirksamkeit der Bestellung eines Erbbaurechts feststellen lassen wollte, kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass die Bestellung eines Erbaurechts in dem konkreten Fall ohne Zustimmung des Nacherben nicht endgültig wirksam ist. Jedoch sei zum jetzigen Zeitpunkt der Entscheidung (vor Eintritt des Nacherbfalls) die Verfügung voll wirksam. Auch wenn die Verfügung später unwirksam werde und „hierüber der Nacherbe unter Umständen schon vor Eintritt des Nacherbfalls mag Feststellungsklage erheben können“, ändere dies nichts an dem Ergebnis, dass die Verfügung zunächst wirksam sei. Die Möglichkeit einer Feststellungsklage des Nacherben ist damit zwar von der Rechtsprechung nicht ausdrücklich bejaht worden, sie wird aber wohl als zulässig vorausgesetzt. Jedenfalls lassen sich keine Argumente gegen die Zulässigkeit einer solchen Feststellungsklage erkennen.

Um im Verhältnis zwischen Vor- und Nacherbe auch schon vor Eintritt des Nacherbfalls Streitigkeiten beizulegen und um klare Verhältnisse zu schaffen, ist dem Nacherben das Mittel der Feststellungsklage an die Hand zu geben.

2. Die Feststellungsklage des Vorerben

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der Vorerbe gegen den Nacherben ebenfalls eine Feststellungsklage erheben kann und zwar mit dem Antrag festzustellen, dass die von ihm getroffene Verfügung nicht der Beschränkung des § 2113 BGB unterliegt bzw. dem Beklagten als Nacherben gegenüber endgültig wirksam sei. Voraussetzung ist, dass der Nacherbe eine Verfügungsbeschränkung behauptet oder dass sonst ein rechtliches Interesse gegenüber

⁴³⁷ Schmidt, Erman, § 2113 BGB RN 7.

⁴³⁸ BGHZ 52, 269, 271.

dem Nacherben begründet ist.⁴³⁹ In dieser Fallkonstellation sind die Voraussetzungen der Feststellungsklage unproblematisch. In einem Fall, in dem die Klägerin als Vorerbin das Grundstück übereignet hatte und der Beklagte als Nacherbe die Ansicht vertrat, die Verträge verstießen gegen § 2113 II BGB, da die Verfügung unentgeltlich erfolgt sei, trat das Gericht⁴⁴⁰ ohne auf die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 256 I ZPO einzugehen, in die materiell-rechtliche Prüfung der Frage der Entgeltlichkeit ein.

3. Möglichkeit einer Arrestvollziehung nach §§ 916 ff. ZPO

Es stellt sich weiter die Frage, ob bezüglich des zukünftig vom Vorerben nach §§ 2130, 280, 281, 249 ff. BGB bzw. nach § 2138 II 2. Alt. BGB zu leistenden Schadensersatzes zur Sicherung des Nacherben bis zum Eintritt des Nacherbfalls ein Arrest angeordnet und vollzogen werden kann. Schon vor Eintritt des Nacherbfalls kann nach der hier vertretenen Auffassung mit obiger Begründung eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses die Verpflichtung des Vorerben zur Schadensersatzleistung durch Urteil festgestellt werden.⁴⁴¹ Eine Sicherung dieses Urteils durch Arrest gemäß § 916 I ZPO erscheint jedoch fraglich.

a. Abgrenzung zu § 2128 BGB

Nach § 2128 I BGB kann der Nacherbe vom Vorerben eine Sicherheitsleistung verlangen, wenn durch das Verhalten des Vorerben die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben begründet ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Vorerbe im Rahmen seiner Verwaltung die Beschränkung des § 2113 I BGB verletzt. Zwar wird diese Verfügung mit Eintritt des Nacherbfalls unwirksam, doch muss der Nacherbe für den Fall gesichert werden, dass das Grundstück von einem Käufer z.B. wegen Fehlens des Nacherbenvermerks im Grundbuch gemäß §§ 892 I 2 BGB analog, 51

⁴³⁹ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 42.

⁴⁴⁰ BGHZ 7, 274, 275, 276.

⁴⁴¹ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2138 BGB RN 19.

GBO gutgläubig erworben wurde und er deshalb nicht mehr Eigentümer des Grundstücks wird.

Neben diesem Anspruch auf Sicherheitsleistung kann der Nacherbe sich auch des allgemeinen Sicherungsmittels des Arrests gemäß §§ 916 ff. ZPO bedienen.⁴⁴² Nach § 916 I ZPO findet der Arrest zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung statt. Hiernach könnte sich der Nacherbe seinen zukünftigen Schadensersatzanspruch, z.B. aus § 2138 II BGB, sichern.

b. Der nicht befreite Vorerbe

Es müsste ein Arrestgrund nach § 917 I ZPO vorliegen. Dies erfordert Zweifel an der Fähigkeit des Vorerben zur Leistung des Schadensersatzes. Es muss eine Gefährdung der Rechtsverwirklichung im Hauptverfahren bestehen.⁴⁴³ Gegenüber den Voraussetzungen des § 2128 I BGB ist dies enger, da dort nur die Besorgnis der erheblichen Verletzung des Nacherbenrechts bestehen muss.⁴⁴⁴

Folglich wird eine Arrestvollziehung gemäß §§ 928 ff ZPO nur in besonderen Fallkonstellationen in Betracht kommen, worauf nicht näher eingegangen werden soll.

c. Befreiter Vorerbe

Gegenüber einem befreiten Vorerben bestehen wegen der Befreiung von der Sicherheitsleistung nach § 2136 BGB gegen eine Arrestvollziehung Bedenken. Die §§ 916 ff. ZPO könnten im Widerspruch zu den §§ 2136, 2128 BGB stehen.⁴⁴⁵ Allerdings ergeben sich die Voraussetzungen für die Sicherungsmöglichkeit durch Arrest nur aus der ZPO, so dass der Umstand, dass es sich um einen befreiten Vorerben handelt, unerheblich ist.⁴⁴⁶ Gerade in diesem Fall ist dies die einzige Möglichkeit für den Nacherben, eine Sicherheit

⁴⁴² Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2128 BGB RN 17.

⁴⁴³ Heinze, MüKo § 917 ZPO RN 1.

⁴⁴⁴ Wiech, Nacherbenschutz, S. 43.

⁴⁴⁵ Wiech, Nacherbenschutz, S. 43.

⁴⁴⁶ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2128 BGB RN 17.

zu erlangen. Um einen Widerspruch zum materiellen Recht jedoch zu verhindern, sind für eine Arrestanordnung gegenüber einem befreiten Vorerben zusätzlich besondere Umstände erforderlich, welche die Anordnung rechtfertigen. Als Beispiel sei die Veräußerung aller Nachlassgrundstücke durch einen auswanderungswilligen Vorerben genannt.⁴⁴⁷

d. Ergebnis

Die Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes in Form des Arrests nach §§ 916 ff. ZPO steht dem Nacherben bezüglich seiner im Klagewege geltend gemachten Schadensersatzansprüche gegen den Vorerben wie jedem anderen Gläubiger einer Geldforderung auch zu. Besonderheiten ergeben sich nicht.

4. Die Zwangsvollstreckung gegen den Vorerben

Zu untersuchen ist im Folgenden, ob und wie der Nacherbe vor dem Verlust des Nachlassgrundstücks durch Vollstreckungsmaßnahmen wegen Geldforderungen gegen den Vorerben geschützt ist.

In Nachlassgegenstände darf auch wegen persönlichen Schulden des Vorerben zwangsweise vollstreckt werden, denn das Nachlassgrundstück gehört vollwertig zum Vermögen des Vorerben. Die von der Nacherbschaft betroffenen Gegenstände können also durch Eigengläubiger des Vorerben gepfändet werden, ohne dass dem Nachlass ein Gegenwert zufließt. Da durch diese Zwangsvollstreckung der Nachlass aber ausgehöhlt werden könnte, ist nach § 2115 S. 1 BGB zum Schutz der Rechte des Nacherben die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung insoweit unwirksam als sie den Nacherben beeinträchtigen würde. Verfügung in diesem Sinne ist aber erst die Zwangsversteigerung des Grundstücks bzw. die Eintragung einer Zwangshypothek. Nach § 773 ZPO ist somit lediglich diese Vollzugshandlung unwirksam.⁴⁴⁸ Wird das Verwertungsverbot nicht berücksichtigt, steht dem Nacherben die Drittwiderspruchsklage zu, §§ 773 S. 2, 771 I ZPO. Gegen die Pfändung an sich kann er dagegen nichts unternehmen.⁴⁴⁹ Der

⁴⁴⁷ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2138 BGB RN 18.

⁴⁴⁸ Kipp, Coing, Erbrecht, S. 295.

⁴⁴⁹ Gutbell, ZEV 2001, S. 260, 261; Lange, Kuchinke, Erbrecht, S. 555.

Zwangsvollstreckungsschutz des § 2115 I BGB gilt sowohl bei der Zwangsvollstreckung durch Eigengläubiger eines nicht befreiten Vorerben als auch eines befreiten Vorerben: § 2115 BGB ist nicht bei den Normen aufgeführt, von denen der Erblasser den Vorerben befreien kann, § 2136 BGB. Gerade bei der Zwangsvollstreckung in Grundstücke hat der Vollstreckungsschutz des § 2115 I BGB Bedeutung, da (im Gegensatz zur Situation bei sonstigen Nachlassgegenständen) die Zugehörigkeit des Grundstücks zum Sondervermögen des Vorerben durch den Nacherbenvermerk im Grundbuch ersichtlich ist, so dass das Verwertungsverbot auch in der Praxis beachtet werden kann.⁴⁵⁰

Der Zwangsvollstreckungsschutz des Nacherben durch § 2115 BGB erstreckt sich nicht auf die Erträge des Nachlasses.⁴⁵¹ So können die Gläubiger des Vorerben zum Beispiel ungehindert auf Mietzinsen zugreifen, insbesondere durch Anordnung einer Zwangsverwaltung, §§ 146 ff. ZVG oder durch Pfändung und Überweisung, §§ 829, 857 ff., 930 ZPO.

Der Schutz des Nacherben besteht folglich auch gegen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, allerdings in beschränktem Umfang und zu einem späten Zeitpunkt.

In einem von der Rechtsprechung entschiedenen Fall⁴⁵² wird deutlich, dass der Schutz des Nacherben durch § 2115 ZPO im Einzelfall auch schon vor einer Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung eingreifen kann: Ein Gläubiger wollte mit einer Teilungsversteigerung gemäß §§ 180 ff. ZVG die Erbauseinandersetzung zwischen zwei Miterben, von denen einer sein Schuldner war, vorbereiten. Der Schuldner war bezüglich seines Erbanteils lediglich Vorerbe. Der Gläubiger beabsichtigte, sich aus dem auf den Schuldner entfallenden Teil des Versteigerungserlöses aufgrund eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses zu befriedigen. Die Teilungsversteigerung, die noch keinen Akt der Zwangsvollstreckung darstellt, wird eigentlich nicht von § 2115 BGB erfasst. Da die Einziehung der

⁴⁵⁰ Gutbell, ZEV 2001, S. 260, 261.

⁴⁵¹ Gutbell, ZEV 2001, S. 260, 261.

⁴⁵² OLG Celle NJW 1968, S. 801, 802.

Auseinandersetzungsforderung aber eine Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung darstellt, und da der Erlös bei der Teilungsvollstreckung gemäß § 2111 BGB an die Stelle der bisherigen Beteiligung tritt und somit von der Nacherbfolge erfasst wird, würde letztlich die Befriedigung des Gläubigers an § 2115 BGB scheitern. Da im vorliegenden Fall auch damit zu rechnen war, dass der Nacherbe gemäß §§ 773, 771 ZPO der Einziehung widersprechen würde, kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass gemäß § 242 BGB bereits die Teilungsvollstreckung unzulässig sei, da das mit ihr angestrebte Ziel, nämlich die Befriedigung des Gläubigers, nicht erreichbar sei.

Somit kann § 2115 BGB im konkreten Einzelfall eine gewisse Vorwirkung zukommen.

5. Die Rechtskrafterstreckung gemäß § 326 ZPO

Wenn ein Urteil zwischen dem Vorerben und einem Dritten ergeht, z.B. der Anspruch des Dritten auf Übereignung des Nachlassgrundstücks gegen den Vorerben titulierte wird, wirkt dieses Urteil gemäß § 326 I, II ZPO nicht gegen den Nacherben, außer wenn der Vorerbe innerhalb seiner freien Verfügungsbefugnis handelte, §§ 2112, 2136 BGB. So schützt § 2113 I BGB den Nacherben in Verbindung mit § 326 II ZPO vor Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aus einem gegen den Vorerben vor Eintritt des Nacherbfalls rechtskräftig gewordenen Urteil.

6. Die Bestellung eines Pflegers für den unbekanntem Nacherben

Ist die Person des Nacherben noch nicht bekannt, so besteht ein Bedürfnis, einen Pfleger zu bestellen, § 1913 BGB, der das Zustimmungsrecht nach § 2113 I BGB ausüben kann. Die Bestellung eines solchen Pflegers ist zur Wahrung der Rechte von bisher unbekanntem Nacherben notwendig.⁴⁵³ Es handelt sich nicht um eine Sachpflegschaft, sondern um eine Personenpflegschaft, das heißt sie kommt nur dann in Betracht, wenn feststeht, dass ein Rechtsträger vorhanden ist oder vorhanden sein wird.⁴⁵⁴ Der Pfleger

⁴⁵³ BayObLG DNotZ 1998, S. 206, 206.

⁴⁵⁴ Schwab, MüKo, § 1913 BGB RN 22; Holzhauser, Erman, § 1913 BGB RN 1, 3.

ist innerhalb des ihm zugewiesenen Wirkungskreises gesetzlicher Vertreter des unbekanntes Nacherben, §§ 1915 I, 1793 I 1 BGB.⁴⁵⁵

a. Sinn und Zweck des § 1913 BGB

Aus den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch ergibt sich, dass durch § 1913 BGB das Prinzip der Nachlasspflegschaft auf andere Angelegenheiten ausgedehnt werden sollte.⁴⁵⁶ Hierdurch sollte der Schutz des unbekanntes Nacherben lückenlos gewährleistet werden.

b. Die Abgrenzung zur Nachlasspflegschaft

Die Bestellung eines Pflegers nach § 1913 BGB ist subsidiär und kommt als allgemeinere Pflegschaft nur dann in Betracht, wenn die Rechte des Unbekanntes nicht durch einen Nachlasspfleger gewahrt werden.⁴⁵⁷ Deshalb ist eine Abgrenzung vorzunehmen zu der Nachlasspflegschaft nach § 1960 BGB, die einen speziellen Fall der Pflegschaft für unbekanntes Beteiligte darstellt. Entscheidendes Kriterium ist hierbei das Fürsorgebedürfnis für den Nachlass. Ein solches ist immer dann gegeben, wenn einer Gefährdung des Nachlasses abgeholfen werden soll.⁴⁵⁸ Die Pfleger haben eine unterschiedliche Aufgabenstellung: Besteht ein Bedürfnis, den Nachlass zu verwalten, weil zum Beispiel eine Forderung für den Nachlass geltend gemacht werden soll, so ist nach § 1960 BGB ein Nachlasspfleger zu bestellen, auch wenn am Nachlass ein Unbekanntes beteiligt ist. Der Nachlasspfleger hat dabei z.B. nicht die Aufgabe, zu klären, wer von mehreren Erbanwärtern wirklicher Erbe ist.⁴⁵⁹ Vielmehr ist es seine Aufgabe, den Nachlass vor allen möglichen Erben in Schutz zu nehmen. Durch § 1960 BGB soll der Nachlass als Sachgesamtheit gesichert werden. Dagegen ist § 1913 BGB einschlägig, wenn lediglich die

⁴⁵⁵ OLG Hamm NJW 1974, S. 505, 505; Motive, Band IV, S. 1265; Bienwald, Staudinger, § 1913 BGB RN 1.

⁴⁵⁶ Motive, Band IV, S. 1265.

⁴⁵⁷ Leipold, MüKo, § 1960 BGB RN 32; Bienwald, Staudinger, § 1913 BGB RN 1.

⁴⁵⁸ Holzhauser, Erman, § 1913 BGB RN 6.

⁴⁵⁹ BGH NJW 1983, S. 226, 226.

Rechte und Interessen des Unbekannten wahrgenommen werden sollen.⁴⁶⁰

§ 1913 BGB soll die Interessen einer unbekannt Person sichern. Folglich ist in dem Fall, dass ein Nacherbe unbekannt ist, zum Beispiel weil er noch nicht erzeugt ist, zur Ausübung dessen Zustimmungsrechts bezüglich der Verfügung des Vorerben über ein Nachlassgrundstück ein Pfleger nach § 1913 BGB zu bestellen.

c. Die Abgrenzung zum Nacherbenvollstrecker

Gemäß § 2222 BGB kann der Erblasser einen Testamentsvollstrecker auch zu dem Zweck ernennen, dass dieser bis zu dem Eintritt einer angeordneten Nacherbfolge die Rechte des Nacherben ausübt und dessen Pflichten erfüllt. Im Gegensatz zu der Bestellung eines Pflegers nach § 1913 BGB ist die Person des Nacherben in diesem Fall bekannt. Der Nacherbe war dem Erblasser bekannt, doch möchte er, dass die Rechte und Pflichten von einem anderen wahrgenommen werden. Der Nacherbenvollstrecker steht also neben einem bekannten Nacherben und beschränkt diesen. An Stelle des bekannten Nacherben nimmt der Nacherbenvollstrecker die Rechte gegenüber dem Vorerben wahr. Somit gehört insbesondere die Erteilung der nach § 2113 I BGB erforderlichen Zustimmung zu seinem Aufgabenkreis.⁴⁶¹

d. Zuständigkeit

Die Bestellung eines Pflegers nach § 1913 BGB ist von Amts wegen einzuleiten. Entsprechende Anträge sind als bloße Anregungen zu beachten.

Sachlich zuständig für die Bestellung eines Pflegers nach § 1913 BGB ist nach § 35 FGG das Amtsgericht als Vormundschaftsgericht. Gemäss § 41 FGG ist das Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk das Bedürfnis der Fürsorge hervortritt. Bei einem noch nicht erzeugten Nacherben ist dies der Ort, an dem sich der Nachlass befindet. Maßgebend für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit ist der Zeitpunkt, in dem die Pflugschaft angeordnet wird.⁴⁶²

⁴⁶⁰ Bienwald, Staudinger, § 1913 BGB RN 11; Leipold, MüKo § 1960 BGB RN 19.

⁴⁶¹ Reimann, Staudinger, § 2222 BGB RN 12.

⁴⁶² Kuntze, Keidel, FGG, § 41 RN 2.

Die funktionelle Zuständigkeit ergibt sich aus §§ 3 Nr.2a, 14 RPflG, so dass der Rechtspfleger entscheidet.

e. Die Unbekanntheit des Nacherben

Fraglich ist hierbei, wann ein Nacherbe „unbekannt“ im Sinne des § 1913 BGB ist.

Aus dem Wortlaut des § 1913 S. 2 BGB ergibt sich zunächst, dass ein Nacherbe dann unbekannt ist, wenn er noch nicht gezeugt ist, § 1913 S. 2, 1.Alt. BGB, oder wenn seine Persönlichkeit erst durch ein künftiges, also nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt wird, § 1913 S.2, 2.Alt. BGB. Unproblematisch als unbekannt ist ein Nacherbe anzusehen, wenn ein noch nicht vorhandener Abkömmling berufen sein soll.⁴⁶³ Problematisch sind die Anordnungen, nach denen sich die Person des Nacherben aus dem Eintritt anderer zukünftiger Ereignisse ergibt.

Bei dem Eintritt eines zukünftigen Ereignisses im Sinne des § 1913 S. 2 BGB ist lediglich der positive Eintritt eines bestimmten Ereignisses gemeint, z.B. die Heirat einer bisher unverheirateten Person. Dagegen ist der Nichteintritt von Umständen, z.B. einer Scheidung, also das Verheiratetbleiben, kein zukünftiges Ereignis in diesem Sinne.⁴⁶⁴ Ansonsten wäre bei jeder Anordnung von Vor- und Nacherbschaft ein Pfleger zu bestellen, da nie sicher ist, ob die vom Erblasser als Nacherbe eingesetzte Person nicht zwischenzeitlich wegfällt.⁴⁶⁵ Es ist aber sicherlich nicht Sinn des § 1913 BGB, in jedem Fall der Nacherbfolge den zukünftigen Nacherben als unbekannt zu behandeln und einen Pfleger zu bestellen.

Das Problemfeld soll zunächst anhand von Beispielen veranschaulicht werden:⁴⁶⁶

Die erste Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, dass der Kreis der möglichen Nacherben noch völlig offen ist. Ein Erblasser setzt z.B. den zum Zeitpunkt des

⁴⁶³ BayObLG NJW 1960, S. 965, 966.

⁴⁶⁴ Zimmermann, Soergel, § 1913 BGB RN 3.

⁴⁶⁵ Kanzleiter, DNotZ 1970, S. 326, 331.

⁴⁶⁶ Ludwig, Ingo, DNotZ 1996, S. 995 ff.; Kanzleiter, DNotZ 1970, S. 326 ff.

Nacherbfalls im Amt befindlichen Förster der Stadt X ein. Der Kreis der möglichen Amtsinhaber lässt sich vor dem Nacherbfall nicht eingrenzen.

In der zweiten Fallgruppe ist der Personenkreis der möglichen Nacherben geschlossen. Der Erblasser setzt z.B. dasjenige Vereinsmitglied als Nacherbe ein, das im nächsten Jahr Schützenkönig werden wird.

Es kommen unterschiedliche Kriterien in Betracht, nach denen über die Bekanntheit bzw. Unbekanntheit des Nacherben entschieden wird.

aa. Namentliche Bezeichnung des Nacherben

Die Rechtsprechung⁴⁶⁷ stellt darauf ab, ob der Nacherbe in dem Testament durch den Erblasser namentlich bezeichnet ist oder nicht.

In beiden obigen Beispielfällen wären die Nacherben nach dieser Ansicht unbekannt im Sinne des § 1913 BGB, da die Nacherben nicht namentlich bezeichnet sind. Diese Ansicht stellt also allein auf die Fassung des Testaments ab und betrachtet den Nacherben nur dann als bekannt, wenn dieser im Testament ausdrücklich namentlich bezeichnet wird. Hierfür spreche, dass sich in allen anderen Fällen der Personenkreis noch ändern könne. So sei z.B. nicht sicher, ob der derzeitige Förster auch im Nacherbfall noch im Amt sei bzw. wer dieses Amt im Nacherbfall inne habe.

Nach dieser Ansicht hat es der Erblasser in der Hand, ob der Nacherbe unbekannt ist und somit ein Pfleger zu bestellen ist oder nicht. Hierfür spricht die Testierfreiheit des Erblassers, die ihm in weitreichendem Umfang zusteht.⁴⁶⁸ Die §§ 1937 ff. BGB ermöglichen eine umfassende Bestimmung über das weitere Schicksal des Vermögens des Erblassers.

bb. Objektive Sichtweise

Die Ansicht, nach der die namentliche Bezeichnung entscheidend ist, wurde zunächst von Kanzleiter⁴⁶⁹ kritisiert: Wäre der Wille des Erblassers maßgeblich, so könnte der Erblasser durch die Formulierung des Testaments

⁴⁶⁷ BayObLG DNotZ 1998, S. 206, 208; BayObLG FamRZ 1967, S. 695, 696; OLG Hamm FamRZ 1997, S. 1368, 1369; KG FamRZ 1972, S. 323.

⁴⁶⁸ Haegele, Rpfleger 1971, S. 121, 123; Haegele, Rpfleger 1969, S. 348, 349.

⁴⁶⁹ Kanzleiter, DNotZ 1970, S. 326 ff.

selbst festlegen, ob der Nacherbe bekannt ist oder nicht. Benennt er einen Nacherben namentlich, so kann dieser seine Rechte sicher selbst ausüben. Jedoch bestehe zwischen den Formulierungen objektiv kein Unterschied. Anstatt z.B. die Abkömmlinge des Vorerben einzusetzen, könnte der Erblasser genauso die bereits vorhandenen Abkömmlinge namentlich bezeichnen. Umgekehrt könnte sich, wenn der Erblasser den Nacherben namentlich bezeichnet, die Person des Nacherben nachträglich, z.B. durch Tod, ändern. Diese Unsicherheit bezüglich der Person des Nacherben bis zum Eintritt des Nacherbfalls besteht daher in jedem Fall der Nacherbschaft.

Der Begriff „unbekannt“ in § 1913 S. 1 BGB sei deshalb nicht subjektiv nach dem Erblasserwillen, sondern objektiv auszulegen. Denn wenn die Person nach objektiven Kriterien bekannt ist, bestehe kein Bedürfnis für eine Vertretung durch einen Pfleger, auch wenn der Erblasser davon ausging, die Person sei unbekannt. Ferner seien dem Erblasser die unterschiedlichen Folgen der zwei Formulierungsvarianten nicht bekannt. Ein Wille, die Ausübung der Sicherungsrechte dem Nacherben zu entziehen und auf einen Pfleger zu übertragen, bestehe wohl auch bei fehlender namentlicher Bezeichnung nicht. Sollte ein solcher Wille zu ermitteln sein, ist im Regelfall von einer Anordnung einer Nacherbentestamentsvollstreckung, § 2222 BGB, auszugehen, da meist aus Sicht des Erblassers der Nacherbe zwar bekannt ist, aber ein anderer die Rechte und Pflichten wahrnehmen soll.⁴⁷⁰ Für den Fall, dass der Erblasser subjektiv einen Pfleger für erforderlich halte, sei vom Gesetz gerade die Nacherbentestamentsvollstreckung vorgesehen. Dagegen knüpfe § 1913 BGB an die objektive Unbekanntheit des Nacherben an.

Ferner solle die Ausübung eines Rechtes nur ausnahmsweise einem Pfleger übertragen werden, nämlich dann, wenn niemand festgestellt werden kann, der dem Recht näher steht. Sei die Person des Nacherben daher objektiv bekannt, könnte und müsste diese ihre Rechte selbst wahrnehmen.

Dieser objektiven Sichtweise haben sich inzwischen einige Vertreter der Literatur⁴⁷¹ angeschlossen. Die Kriterien „unbekannt“ und „ungewiss“ würden

⁴⁷⁰ Kanzleiter, DNotZ 1970, S. 326, 329, 333.

⁴⁷¹ Bienwald, Staudinger, § 1913 BGB RN 5; Zimmermann, Soergel, § 1913 BGB RN 3;

bereits nach der Bedeutung des Wortes objektive Kriterien darstellen. Die Formulierung der letztwilligen Verfügung könne hierauf keinen Einfluss haben.

Überträgt man diese objektive Sichtweise auf obiges Beispiel, so ergibt sich folgendes Ergebnis: In dem Fall, in dem der im Zeitpunkt des Nacherbfalls als Förster der Stadt X Beschäftigte als Nacherbe eingesetzt ist, handelt es sich bei dem gegenwärtigen Förster um einen bekannten Nacherben, so dass für diesen kein Pfleger zu bestellen ist. Er erfüllt derzeit das Merkmal „Förster der Stadt X“. Der Umstand, dass nicht sicher ist, ob er noch im Zeitpunkt des Nacherbfalls Förster ist, sei unerheblich, da die Wahrscheinlichkeit des Verlustes dieser Eigenschaft genauso hoch sei wie des Wegfalls des Nacherben generell. Selbst wenn der Antritt durch die im Testament bezeichnete Person unwahrscheinlich sei, so sei diese doch bekannt. Ein Wahrscheinlichkeitsvergleich setzt gerade das Vorhandensein mehrerer bekannter Nacherben voraus.⁴⁷² Ist dagegen die Person noch nicht bekannt, so reicht es nicht aus, dass die bestehende Ungewissheit zu ihren Gunsten behoben wird.⁴⁷³ Auch wenn es zum Beispiel unwahrscheinlich sein sollte, dass der derzeitige Förster auch zum Zeitpunkt des Nacherbfalls im Amt ist, so ist doch die Person des Nacherben bekannt.

Es würde konstruiert wirken, einen Pfleger zu bestellen, obwohl ein Förster vorhanden ist, der seine Rechte selbst wahrnehmen könne. Nach der Ansicht Kanzleiters⁴⁷⁴ ist allerdings daneben ein Pfleger für den (möglichen) zukünftigen Förster zu bestellen, da dieser derzeit noch unbekannt sei. Für die endgültige Wirksamkeit einer Veräußerung eines Nachlassgrundstücks durch den Vorerben müssten somit sowohl der derzeitige Förster als auch der zu bestellende Pfleger ihre Zustimmung erklären.

Nieder, Testamentsgestaltung, RN 632; Dicescheid, RGRK, § 1913 BGB RN 2.

⁴⁷² Kanzleiter, DNotZ, 1970, S. 326, 330.

⁴⁷³ Motive, Band V, S. 114.

⁴⁷⁴ Kanzleiter, DNotZ 1970, S. 326, 333, 334.

Von dieser Lösung wird allerdings dann eine Ausnahme gemacht, wenn es sich um ein Merkmal handelt, das erfahrungsgemäß häufig wechselt.⁴⁷⁵ Ist z.B. der „ärmste und der jüngste Bürger“ einer Stadt als Nacherbe eingesetzt, so werden die Personen, die derzeit das Merkmal erfüllen, nicht als bekannt angesehen, da sie bald ihre Nacherbenstellung wieder verlieren werden. Daher sei nur ein Pfleger gemäß § 1913 BGB zu bestellen, der die Rechte der unbekanntem Nacherben wahrnehme.

Ebenfalls wird im zweiten Ausgangsbeispiel eine Ausnahme von dieser Lösung gemacht: Hat der Erblasser dasjenige Vereinsmitglied als Nacherben eingesetzt, das im nächsten Jahr Schützenkönig wird, so sind nicht alle Vereinsmitglieder als bekannte Nacherben anzusehen. Sie verwirklichen zwar im Zeitpunkt des Vorerbfalls ein Merkmal (Vereinsmitgliedschaft), doch sind die Nacherben dadurch noch nicht derart vorindividualisiert, dass sie als bekannt gelten müssen.⁴⁷⁶ Der Nacherbe wird vielmehr hauptsächlich durch das zweite Merkmal „Sieg“ gekennzeichnet. Dieses Merkmal überwiegt gegenüber der Begrenzung des Kreises auf Vereinsmitglieder. In diesem Fall wäre also von einem unbekanntem Nacherben auszugehen.

cc. Wille des Erblassers

Das bloße Abstellen auf die namentliche Nennung des Nacherben im Testament wird auch von Ludwig⁴⁷⁷ kritisiert, der einen dritten Lösungsansatz aufzeigt.

In einem ersten Schritt müsse man unter Auslegung des Erblasserwillens feststellen, ob die Person überhaupt als Nacherbe eingesetzt werden sollte. In einem zweiten Schritt könne dann nach § 1913 BGB entschieden werden, ob ein Pfleger zu bestellen ist, da die Person noch nicht individualisierbar ist.

Habe der Erblasser z.B. den Förster eingesetzt, der im Zeitpunkt des Nacherbfalls in einer bestimmten Stadt Förster ist, so müsse also zunächst geprüft werden, ob der Erblasserwille auch auf die Einsetzung des

⁴⁷⁵ Kanzleiter, DNotZ 1970, S. 326, 335.

⁴⁷⁶ Kanzleiter, DNotZ 1970, S. 326, 335.

⁴⁷⁷ Ludwig, Ingo, DNotZ 1996, S. 995, 1002, 1003.

gegenwärtigen Inhabers des Försteramtes als Nacherben gerichtet war. Allein das Abstellen auf die Begriffspaare „bekannt“ und „unbekannt“ verstelle oft den Blick auf den wahren Erblasserwillen. Stelle man nur auf die namentliche Nennung ab, so würden die Grundsätze der Auslegung von letztwilligen Verfügungen anhand des Erblasserwillens nicht genügend beachtet.⁴⁷⁸ Entscheidend müsse demnach sein, ob der Erblasser denjenigen, der ein Merkmal, an das die Nacherbeinsetzung geknüpft ist, derzeit erfüllt, auch wirklich als Nacherben einsetzen wollte.⁴⁷⁹ Im vorliegenden Fall ergebe die Auslegung, dass der gegenwärtige Förster nicht Nacherbe sein soll. Da die Persönlichkeit, die im Nacherbfall Förster sein wird, derzeit nicht individualisierbar ist, sei der Nacherbe unbekannt und ein Pfleger gemäß § 1913 BGB zu bestellen. In dem Fall, in dem der Erblasser die Abkömmlinge des Vorerben als Nacherben einsetzt, ergebe dagegen die Auslegung, dass die derzeit vorhandenen Abkömmlinge des Vorerben nach dem Willen des Erblassers Nacherben sein sollen. Sie sollten auf jeden Fall die Nacherbenstellung erhalten, weiter hinzukommende Abkömmlinge sollten lediglich daneben ebenfalls Nacherben werden.

In dem Beispiel des Schützenkönigs kommt auch Ludwig zu dem Ergebnis, dass ein Pfleger zu bestellen ist, da der Nacherbe unbekannt ist. Unschädlich sei zwar, dass der Nacherbe nicht namentlich genannt sei. Jedoch ergebe die Auslegung des Erblasserwillens, dass zum jetzigen Zeitpunkt noch keines der Vereinsmitglieder als Nacherbe bestimmt sei.

⁴⁷⁸ Ludwig, Ingo, DNotZ 1996, S. 995, 1002, 1005.

⁴⁷⁹ Ludwig, Ingo, DNotZ 1996, S. 995, 1002, 1007.

dd. Eigene Bewertung

Da es sich bei der Wahrnehmung der Sicherungsrechte des Nacherben lediglich um eine vorläufige Rechtsstellung zur Sicherung des voraussichtlichen Nacherben handelt, sind an die Bekanntheit des Nacherben keine zu strengen Anforderungen zu stellen.

Somit erscheint das Abstellen auf die namentliche Nennung im Testament nicht als interessengerecht. Ob der Erblasser die Abkömmlinge des Vorerben oder A, B und C und weitere Abkömmlinge als Nacherben einsetzt, kann für A, B und C keinen Unterschied machen: Sie sind als Nacherben eingesetzt, bekannt und können ihre Rechte selbst wahrnehmen.

Sicher unbekannt sind die Nacherben in dem häufigen Fall, dass als Nacherben die „bei Eintritt des Nacherbfalls lebenden Abkömmlinge des Vorerben“ eingesetzt sind,⁴⁸⁰ wenn im Zeitpunkt der Anordnung der Nacherbfolge der Vorerbe noch kinderlos ist.

Das Abstellen auf objektive Kriterien erscheint daher insgesamt geeignet, die Abgrenzung zwischen „bekannt“ und „unbekannt“ vorzunehmen. Allerdings sollte zur Kontrolle des Ergebnisses immer anhand des Erblasserwillens überprüft werden, ob der Erblasser denjenigen, der derzeit das Merkmal erfüllt, als Nacherbe einsetzen wollte. Für den Fall, dass der Förster der Stadt X im Zeitpunkt des Nacherbfalls eingesetzt wurde, ist davon auszugehen, dass der derzeitige Amtsinhaber nicht als Nacherbe eingesetzt sein sollte. Daher hat ein Pfleger gemäß § 1913 BGB die Rechte des unbekanntem, zukünftigen Försters wahrzunehmen. Ist dagegen der Mann eingesetzt worden, der im Zeitpunkt des Nacherbfalls mit der als Vorerbin eingesetzten Tochter des Erblassers verheiratet ist, so ist anzunehmen, dass der derzeitige Ehemann als Nacherbe eingesetzt sein soll. Der Unterschied besteht darin, dass einmal der Zeitpunkt entscheidend sein sollte (Förster im Zeitpunkt des Nacherbfalls), während im zweiten Fall die Eigenschaft (Schwiegersohn) entscheidendes Anknüpfungsmerkmal sein sollte.

⁴⁸⁰ BayObLG Rpfleger 1997, S. 429, 429.

Im Ergebnis ist daher der Ansicht von Ludwig aufgrund der Kombination von objektiver Abgrenzung und Berücksichtigung des Erblasserwillens zu folgen.

f. Der Pfleger bei Vorhandensein von bekannten und unbekanntem Nacherben

Der Fall des Nebeneinanders von bekannten und unbekanntem Nacherben kommt häufig vor. Beispielsweise setzt ein Vater seinen Sohn als Vorerben und die im Zeitpunkt des Nacherbfalls vorhandenen Kinder des Vorerben als Nacherben ein. Hat der Vorerbe nun im Zeitpunkt, in dem er über das Nachlassgrundstück verfügt, zum Beispiel zwei Kinder, so sind zwei Nacherben bekannt. Jedoch sind die möglichen weiteren Nacherben unbekannt. Der Schutz des § 2113 I BGB und des § 51 GBO soll gerade auch diese möglichen, derzeit noch nicht bekannten Nacherben erfassen.⁴⁸¹

Sind neben bekannten auch unbekanntem Nacherben vorhanden, so ist fraglich, ob der Pfleger nur die Sicherungsrechte der unbekanntem Nacherben wahrnimmt oder auch die Interessen der bekannten Nacherben.

Vereinzelt wird vertreten,⁴⁸² dass nicht sicher sei, ob die bekannten Nacherben bis zum Nacherbfall bestehen bleiben würden. Aus diesem Grund solle der Pfleger auch sie vertreten. Auch in Bezug auf die gegenwärtig vorhandenen Nacherben sei ungewiss, ob sie jemals an der Nacherbfolge teilnehmen werden.

Durch die Hintertür wird damit aber erneut die Diskussion geführt, wann die Person des Nacherben als unbekannt anzusehen ist. Wie oben erörtert, ist eine solche Ungewissheit jeder Nacherbfolgeanordnung immanent. Die bestehende Ungewissheit, ob ein bekannter Nacherbe den Nacherbfall erleben wird, rechtfertigt noch keine Pflegerbestellung.⁴⁸³

Daher vertritt ein Pfleger nach der überzeugenden Auffassung in Literatur⁴⁸⁴ und Rechtsprechung⁴⁸⁵ gemäß § 1913 BGB nur die Interessen der unbekanntem

⁴⁸¹ BayObLG DNotZ 1983, S. 318, 319, 320.

⁴⁸² KG FamRZ 1972, S. 323, 324.

⁴⁸³ Damrau, Soergel, § 1913 BGB RN 4; Dikescheid, RGRK, § 1913 BGB RN 10.

⁴⁸⁴ Zimmermann, Soergel, § 1913 BGB RN 4; Bienwald, Staudinger, § 1913 BGB RN 7; Holzhauser, Erman, § 1913 BGB RN 10; Goerke, MüKo, § 1913 BGB RN 27.

⁴⁸⁵ OLG Hamm Rpfleger 1969, S. 347, 348.

Nacherben. Die daneben vorhandenen, bekannten Nacherben können ihre Rechte selbst wahrnehmen.

Ein Bedürfnis für die Vertretung auch der bekannten Nacherben besteht gerade nicht.

g. Das Fürsorgebedürfnis

Für die Bestellung eines Pflegers nach § 1913 BGB ist das Vorhandensein eines Fürsorgebedürfnisses nötig. Ein solches besteht immer dann, wenn nicht schon anderweitig ausreichend für die Belange des unbekanntem Nacherben gesorgt werden kann. Zu verneinen ist das Fürsorgebedürfnis deshalb zum Beispiel, wenn für den Nacherben Testamentsvollstreckung angeordnet ist.⁴⁸⁶ Über das Fürsorgebedürfnis entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen.⁴⁸⁷

Geht es im hier konkret interessierenden Fall um die Zustimmung für den unbekanntem Nacherben zu einer Grundstücksverfügung des Vorerben, so ist ein Fürsorgebedürfnis dann anzunehmen, „wenn nicht von der Hand zu weisen ist, dass das vorzunehmende Geschäft für die unbekanntem Beteiligten vorteilhaft ist.“⁴⁸⁸ Die genaue Abwägung der Interessen des unbekanntem Nacherben ist dann dem Pfleger selbst vorbehalten. Für die Bejahung des Fürsorgebedürfnisses ist die Möglichkeit der Vorteilhaftigkeit der Zustimmung zur Verfügung ausreichend, da ansonsten die Arbeit des Pflegers in das Einleitungsverfahren verlagert würde.

h. Die Auswahl des Pflegers und das Verhältnis zur elterlichen Fürsorge

Fraglich ist, welche Person als Pfleger für den unbekanntem Nacherben auszuwählen ist.

Grundsätzlich richtet sich die Auswahlentscheidung nach den §§ 1915 I, 1779 ff. BGB. Danach sind geeignete Verwandte zunächst zu berücksichtigen.

Geht es um die Pflegschaft für ein noch nicht gezeugtes Kind, das als Nacherbe eingesetzt ist, wird vereinzelt vertreten,⁴⁸⁹ die Fürsorge stehe den Eltern zu, §

⁴⁸⁶ Schwab, MüKo, § 1913 BGB RN 17.

⁴⁸⁷ OLG Düsseldorf Rpfleger 1976, S. 358, 359.

⁴⁸⁸ KG FamRZ 1972, S. 323, 325; Bienwald, Staudinger, § 1913 BGB RN 10.

⁴⁸⁹ Holzhauser, Erman, § 1913 BGB RN 7a.

§ 1912 II BGB analog, wenn das künftige gemeinschaftliche Kind des Ehepaars als Nacherbe bestimmt ist. § 1912 BGB regelt die Pflegschaft für eine Leibesfrucht. Nach Absatz 2 steht die Fürsorge den Eltern insoweit zu, als ihnen die elterliche Sorge zustünde, wenn das Kind bereits geboren wäre. Ein gesonderter Pfleger nach § 1913 BGB wäre nach dieser Ansicht damit nicht zu bestellen.

Dagegen führt die überwiegende Meinung⁴⁹⁰ an, dass es bereits an der für eine Analogie nötigen planwidrigen Regelungslücke fehle. § 1913 BGB enthalte gerade im Unterschied zu § 1912 BGB keinen Absatz 2, der ausdrücklich den Fall regle, dass das Kind bei seiner (unterstellten) Geburt unter elterlicher Sorge steht. Daraus könne geschlossen werden, dass eine Pflegschaft nach § 1913 BGB auch in diesem Fall angeordnet werden kann.

Dem folgt auch die Rechtsprechung.⁴⁹¹ Die Eltern seien durch eine Pflegerbestellung für noch nicht gezeugte Kinder nicht unmittelbar in ihren Rechten beeinträchtigt, da sich das Elternrecht nicht auf die Fürsorge für Angelegenheiten künftig möglicher Nachkommen erstrecke. Aufgrund der Beziehung der Fürsorge auf eine oft ferne Zukunft sei deren Zweck von der Vertretung vorhandener Kinder bzw. der Wahrnehmung der Rechte einer Leibesfrucht wesentlich verschieden. Daher habe das Gesetz dem künftigen Elternverhältnis in § 1913 BGB bewusst nicht die Bedeutung verliehen, eine Pflegerbestellung auszuschließen.

Aus einer Gesamtschau der Argumente ist die letzt genannte Ansicht vorzuziehen. Ein Pfleger nach § 1913 BGB ist also auch dann zu bestellen, wenn als Nacherbe ein noch nicht gezeugtes Kind eingesetzt ist, das bei seiner Geburt unter der Fürsorge seiner Eltern stehen wird. Eine Pflegerbestellung ist in diesem Fall auch angemessen: § 1912 BGB regelt den Fall betreffend eines bereits erzeugten Nasciturus, während § 1913 BGB den Fall des noch nicht gezeugten Kindes betrifft. Hierin liegt ein entscheidender Unterschied zwischen den Voraussetzungen der beiden Vorschriften, aufgrund dessen die

⁴⁹⁰ DICKESCHIED, RGRK, § 1913 BGB RN 7; ZIMMERMANN, SOERDEL, § 1913 BGB RN 6; BIENWALD, STAUDINGER, § 1913 BGB RN 8; SCHWAB, MÜKO, § 1913 BGB RN 7.

⁴⁹¹ OLGZ 1969, 410, 414; BayObLGZ 3, 1, 3.

Interessenlage unterschiedlich ist: Ist das Kind bereits gezeugt, so soll den Eltern bereits bezüglich dieses Nasciturus eine besondere Stellung zustehen. Ist das Kind dagegen noch nicht einmal gezeugt, ist nicht ersichtlich, warum das spätere, elterliche Sorgerecht einer Pflegerbestellung entgegenstehen sollte. Das Ziel der Gegenauffassung, den Stellenwert von Eltern und Familie nach Art. 6 GG hochzuhalten, kann auch bei der Auswahl des zu bestellenden Pflegers beachtet werden. Dem Schutz des Art. 6 GG ist Genüge getan, wenn in dieser Konstellation zwar ein Pfleger bestellt wird, aber besonders die Eltern bei der Auswahl vorrangig berücksichtigt werden.⁴⁹² Sollten die Eltern allerdings gleichzeitig als Vorerben eingesetzt sein, ist bei der Auswahlentscheidung der durch die Bestellung der Eltern als Pfleger entstehende Interessenkonflikt zu berücksichtigen.

Das Recht der Eltern aus § 1912 II BGB, die künftigen Rechte der Leibesfrucht wahrzunehmen wird nicht beeinträchtigt, auch wenn schon vorher eine Pflegerbestellung nach § 1913 BGB erfolgt war. Letztere beschränkt sich nämlich auf die Angelegenheiten des noch nicht Erzeugten und betrifft nicht den schon erzeugten Nasciturus.⁴⁹³ Nach einer Ansicht⁴⁹⁴ endet die Pflegschaft automatisch mit der Zeugung des Kindes, da dann nach § 1918 III BGB die Besorgung der Angelegenheiten erledigt sei. Dagegen geht eine andere Ansicht⁴⁹⁵ zutreffend davon aus, dass die Pflegerbestellung nach § 1913 BGB dann, wenn der Nacherbe erzeugt wurde, aufzuheben ist, da dann der Anordnungsgrund für die Pflegschaft weggefallen ist, § 1919 BGB. Der Zeitpunkt der Zeugung ist für ein Ende der Pflegschaft kraft Gesetzes zu unbestimmt.

i. Das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung

Nach §§ 1915 I, 1821 I Nr.1 BGB bedarf der Pfleger zur Verfügung über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück der Genehmigung des

⁴⁹² Schwab, Müko, § 1913 BGB RN 23; Holzhauser, Erman, § 1913 BGB RN 7a.

⁴⁹³ BayObLGZ 3, 1, 4.

⁴⁹⁴ Zimmermann, Soergel, § 1913 BGB RN 9.

⁴⁹⁵ Schwab, MüKo § 1913 BGB RN 7.

Vormundschaftsgerichts. Die Hauptaufgabe eines Pflegers für einen unbekanntem Nacherben besteht in der Entscheidung über die Erteilung der Zustimmung nach § 2113 I BGB. Dies stellt eigentlich keine Verfügung über ein Grundstück im wortlautgetreuen Sinn des § 1821 I Nr. 1 BGB dar.

Trotzdem bedarf der Pfleger zu der Erteilung der Zustimmungserklärung im Rahmen des § 2113 I BGB die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.⁴⁹⁶ §§ 1915, 1821 I Nr. 1 BGB sind analog anzuwenden. Dies ergibt sich aus der gleichermaßen bestehenden Schutzbedürftigkeit des Nacherben:

Wird die Zustimmung zu der Verfügung des Vorerben über das Nachlassgrundstück erteilt, so verliert der Nacherbe sein künftiges Recht vollständig, das Grundstück scheidet wirksam und endgültig aus der Vor- und Nacherbschaftsmasse aus.⁴⁹⁷ Folge der Zustimmungserteilung ist also die endgültige Wirksamkeit der Verfügung des Vorerben auch gegenüber dem Nacherben.

j. Praktische Probleme

Die Bestellung eines Pflegers nach § 1913 BGB könnte in der Praxis häufig zu Problemen führen. Zu bedenken ist nämlich, dass der Pfleger die im Gesetz vorgesehenen Rechte der künftigen Nacherben verfolgen soll.⁴⁹⁸ Insbesondere geht es hierbei um die Erklärung der Zustimmung zu einer Verfügung über ein Nachlassgrundstück. Dabei soll der Pfleger die Interessen des noch unbekanntem Nacherben abwägen, §§ 1915 I, 1793 S. 1 BGB.⁴⁹⁹ Dies ist für den Pfleger jedoch kaum möglich, denn auch ihm sind ja die Person und deren Interessen nicht bekannt. Deshalb stellt sich die Frage, ob die Bestellung eines Pflegers in diesem Fall überhaupt sinnvoll ist.

Eine Befragung einer Rechtspflegerin am Amtsgericht Bochum hat allerdings gezeigt, dass dort keine Schwierigkeiten bei der Bestellung eines Pflegers für unbekanntem Nacherben bestehen. Bezüglich des angesprochenen Problems

⁴⁹⁶ BayObLG NJW 1960, S. 965, 966.

⁴⁹⁷ KG HRR 1931 Nr. 838; BayObLG DNotZ 1983, S. 318, 320; BayObLG DNotZ 1993, S. 404, 405; BayObLG DNotZ 1996, S. 50, 51.

⁴⁹⁸ Bienwald, Staudinger, § 1913 BGB RN 4.

⁴⁹⁹ Ludwig, Ingo, DNotZ 1996, S. 995, 996; Bienwald, Staudinger, § 1913 BGB RN 10.

fehlte schon jegliches Problembewusstsein. Erstens komme eine solche Pflegerbestellung sehr selten vor. Zweitens müsse der Pfleger sich bei der Wahrnehmung der Interessen des unbekanntes Nacherben von dem leiten lassen, was objektiv erforderlich ist, um dem Nacherben den Nachlass zu erhalten. Zu einer Grundstücksverfügung dürfe der Pfleger folglich nicht zustimmen. Probleme bestünden diesbezüglich nicht, so dass die Bestellung eines Pfleger für unbekanntes Nacherben sinnvoll sei.

7. Der minderjährige Nacherbe

Ist der Nacherbe minderjährig und sein gesetzlicher Vertreter Vorerbe, so ergeben sich einige Besonderheiten.

Der minderjährige Nacherbe kann die nicht lediglich rechtlich vorteilhafte Zustimmungserklärung zur Verfügung über ein Nachlassgrundstück nur mit Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters abgeben, § 107 I BGB. Der gesetzliche Vertreter bedarf wiederum nach §§ 1643 I, 1821 I Nr.1 BGB einer Genehmigung des Familiengerichts.⁵⁰⁰ Die Zustimmungserklärung kann nun entweder gegenüber dem Vorerben oder gegenüber dem Vertragspartner erfolgen, § 182 I BGB. Ist der gesetzliche Vertreter gleichzeitig auch Vorerbe, so droht in seiner Person ein Interessenkonflikt.

Sicher wäre nach §§ 1629 II 1, 1795 II, 181 BGB der gesetzliche Vertreter als Vorerbe bezüglich der Zustimmungserklärung sich selbst gegenüber als Vorerbe durch § 181 BGB von der Vertretung ausgeschlossen: Dies ergibt sich aus § 181 1. Alt. BGB, wonach ein Vertreter (= Vorerbe) ein Rechtsgeschäft nicht im Namen des Vertretenen (= minderjähriger Nacherbe) mit sich im eigenen Namen (als Vorerbe) vornehmen kann.

Fraglich ist nun, ob dies auch für den Fall gilt, dass die Zustimmung gegenüber dem Vertragspartner erklärt wird. § 181 BGB ist in diesem Fall nicht direkt anwendbar.

⁵⁰⁰ Schmidt, Erman, § 2113 BGB RN 5.

a. Ausschluss von der Vertretung entsprechend § 181 BGB

§ 181 BGB könnte vom Sinn und Zweck her anzuwenden sein, da ein Interessenkonflikt auch in dieser Konstellation besteht.⁵⁰¹ Dieser wird besonders deutlich, wenn man die Zustimmungserklärung zusammen mit dem zustimmungspflichtigen Rechtsgeschäfts sieht.⁵⁰² Der Vorerbe könnte durch die Wahl des Erklärungsempfängers, die ihm das Gesetz ohne an die Folgen bei Insichgeschäften zu denken ermöglicht, das Vertretungsverbot des § 181 BGB umgehen.⁵⁰³ § 181 BGB würde so in wesentlichen und häufigen Konstellationen nicht greifen, obwohl die gesetzgeberische Intention auch diesen Fall erfasst.⁵⁰⁴ Die hinter § 181 BGB stehende materielle Wertung ist in beiden Varianten gleich.⁵⁰⁵ Deshalb ist nach dieser Betrachtungsweise § 181 BGB auch auf Vertretungen, bei denen kein Insichgeschäft vorliegt, anzuwenden, wenn gegenüber dem anderen möglichen Erklärungsempfänger ein Insichgeschäft vorliegen würde.⁵⁰⁶

Als Konsequenz ist nach § 1909 I BGB ein Ergänzungspfleger zu bestellen, der in diesem Fall an statt des gesetzlichen Vertreters für den Minderjährigen handelt.

b. Kein Ausschluss nach § 181 BGB

Dem ist entgegenzuhalten, dass § 181 BGB nicht auf jeden Fall eines Interessenwiderstreits angewendet werden kann. Vielmehr ist die formale Betrachtung ausschlaggebend. Danach ist § 181 BGB nur anwendbar, wenn der gesetzliche Vertreter des Nacherben die Zustimmungserklärung sich selbst gegenüber erklärt.⁵⁰⁷ Gibt der Vorerbe die Zustimmungserklärung gegenüber dem Vertragspartner ab, so liegt formal betrachtet dagegen kein Insichgeschäft vor. Ein Interessenwiderstreit ist weder notwendige noch ausreichende

⁵⁰¹ BayObLG FamRZ 1995, S. 1297, 1298; Schmidt, Erman, § 2113 BGB RN 5.

⁵⁰² Thiele, MüKo, § 181 BGB RN 25.

⁵⁰³ Schilken, Staudinger, § 181 BGB RN 41.

⁵⁰⁴ BayObLGZ 1913, 22, 27.

⁵⁰⁵ Hübner, JZ 1985, S.745, 746.

⁵⁰⁶ Palm, Erman, § 181 BGB RN 17; Coing, NJW 1985, S. 6, 8.

⁵⁰⁷ Harder, Wegmann, Soergel, § 2113 BGB RN 11.

Voraussetzung für die Tatbestandsverwirklichung. § 181 BGB kommt somit nicht zur Anwendung.⁵⁰⁸

c. Sonderfall

In einem Sonderfall ist der gesetzliche Vertreter von der Erklärung der Zustimmung des Nacherben unabhängig von obiger Streitfrage nicht ausgeschlossen. Der zugrundeliegende Fall⁵⁰⁹ wird zur Herausarbeitung des Kerns vereinfacht:

A und B sind als Eigentümer eines Grundstücks in Erbengemeinschaft eingetragen. A ist nur Vorerbe. Nacherbe für den Fall der Wiederverheiratung des A ist B. Ferner ist A als Elternteil gesetzlicher Vertreter des minderjährigen B. A und B veräußern nun das Grundstück an X. Sowohl bei dem Kaufvertrag als auch bezüglich der Auflassung und der Bewilligung der Löschung des Nacherbenvermerks handelt der A als Vertreter für B. Die familiengerichtliche Genehmigung wird für alle drei Erklärungen erteilt, §§ 1643, 1821 I Nr. 1, 4 BGB.

Fraglich ist hierbei, ob A als gesetzlicher Vertreter die in der Bewilligung liegende Zustimmung zu der Verfügung des Vorerben wirksam im Namen des B erklären kann.

Die Besonderheit liegt darin, dass B Nacherbe ist und gleichzeitig als Miterbe auf Verkäuferseite steht.

Beim Kaufvertrag bestehen keine Probleme mit § 181 BGB, da A lediglich sowohl in eigenem als auch in fremden Namen eine Willenserklärung gegenüber X abgab und kein Rechtsgeschäft mit sich selbst abschloss. Aufgrund dieses wirksamen Kaufvertrags ist B nach § 433 I 1 BGB verpflichtet, dem X das Eigentum am Grundstück frei von Rechten Dritter zu verschaffen, also auch frei vom Recht des Nacherben. Mit der Erklärung der Zustimmung nach § 2113 I BGB im Namen des B hat A folglich nur die

⁵⁰⁸ BGHZ 94, 132, 137; OLG Hamm NJW 1965, S. 1489, 1490; LG Berlin Rpfleger 1987, S. 457, 457.

⁵⁰⁹ BayObLG DNotZ 1996, S. 50 ff.

Verpflichtung des B aus dem Kaufvertrag erfüllt.⁵¹⁰ § 181 BGB findet gemäß seinem letzten Halbsatz im Falle seiner solchen Erfüllung einer Verbindlichkeit keine Anwendung.

Eine Gesamtbetrachtung von Kaufvertrag, Auflassung und Zustimmungserklärung nach § 139 BGB mit der Folge, dass A gemäss § 181 BGB von der Vertretung insgesamt ausgeschlossen ist, scheidet an der Geltung des Trennungsprinzips. Jedes einzelne Rechtsgeschäft ist jeweils für sich zu beurteilen.

Unabhängig von der obigen Streitfrage kann A folglich die Zustimmung wirksam erteilen. Ein Ergänzungspfleger muss nicht bestellt werden.

d. Ergebnis

Gerade in der Rechtsprechung lässt sich bei § 181 BGB eine seit langem durchgängige Linie der rein formalen Betrachtungsweise erkennen. Bei der Erklärung der Bewilligung der Löschung einer Hypothek durch den Grundstückseigentümer für sich und als Vertreter des Hypothekengläubigers gegenüber dem Grundbuchamt, hat die Rechtsprechung einmal eine entsprechende Anwendung von § 181 BGB wie folgt befürwortet:⁵¹¹ Der Grundsatz, dass bei § 181 BGB ein Interessengegensatz zwar gesetzgeberisches Motiv, aber zur Tatbestandserfüllung weder erforderlich noch ausreichend ist, erlaube im Falle von unbefriedigenden Ergebnissen Ausnahmen. So sei es nicht zu rechtfertigen, den bei der Erklärung der Bewilligung gegenüber dem Grundstückseigentümer eingreifenden Schutz des § 181 BGB bei der Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt nicht zu gewähren. In beiden Fällen sei nämlich der Grundstückseigentümer der materiell Begünstigte, so dass dieser sachlich in beiden Fällen der eigentliche Erklärungsempfänger sei. Der Umstand, ob er es auch formal ist, könne keinen Unterschied machen.

Entscheidender Unterschied dieses Falls zu der vorliegend untersuchten Frage der Zustimmungserklärung gegenüber dem Vorerben bzw. gegenüber dem

⁵¹⁰ BayObLG DNotZ 1996, S. 50, 52.

⁵¹¹ BGHZ 77, 7, 9, 10.

Vertragspartner ist aber, dass der Vertragspartner, anders als das Grundbuchamt, auch in materieller Hinsicht Erklärungsempfänger ist. Daher beruht die Ungleichbehandlung der beiden Konstellationen (Erklärung gegenüber dem Vorerben bzw. Erklärung gegenüber dem Vertragspartner) nicht darauf, dass formal ein zweiter Erklärungsempfänger vorhanden ist. Vielmehr sind auch in sachlicher Hinsicht zwei Erklärungsempfänger alternativ vorgesehen. Die Argumente dieser einzelnen Entscheidung der Rechtsprechung sind auf den hier untersuchten, auf S. 158 dargestellten Fall somit nicht übertragbar.

Daher soll hier der grundsätzlichen Linie der Rechtsprechung⁵¹² gefolgt werden.

Im Ergebnis kann § 181 BGB auf die Zustimmungserklärung des Vorerben als gesetzlichem Vertreter des Nacherben gegenüber dem Vertragspartner nicht angewendet werden.

XI. Die Rückabwicklung nach Eintritt des Nacherbfalls

Mit Eintritt des Nacherbfalls wird die vom Vorerben vorgenommene Verfügung über das Grundstück unwirksam. Fraglich ist, welche Ansprüche der Nacherbe zur Durchsetzung seiner Rechte nun gegen den Erwerber hat, und welche Gegenrechte bestehen.

1. Frühere Auffassung

Der BGH⁵¹³ sprach früher von einer Auflassungsklage nach § 2113 I BGB, die der Nacherbe bei Eintritt des Nacherbfalls erheben könnte und verneinte die Möglichkeit einer Grundbuchberichtigungsklage. Allerdings erfolgte dies unter Hinweis auf eine Entscheidung des Reichsgerichts,⁵¹⁴ die gerade nicht zu dem Ergebnis eines Auflassungsanspruchs, sondern zu einem Grundbuchberichtigungsanspruch gemäß § 894 BGB kam:

⁵¹² BGHZ 94, 132, 137; OLG Hamm NJW 1965, S. 1489, 1490; LG Berlin Rpfleger 1987, S. 457.

⁵¹³ BGH NJW 1963, S. 1150.

⁵¹⁴ RG Warn. 1929, 44.

Der Kläger hatte mehrere Grundstücke an die Beklagten veräußert. In der notariellen Urkunde war unter anderem ein Grundstück versehentlich aufgeführt worden, das der Kläger nicht mitveräußern wollte. Die Beklagten wurden als Eigentümer aller in der Urkunde aufgeführten Grundstücke eingetragen und nahmen auch das streitgegenständliche Grundstück als mitverkauft in Anspruch. Der Kläger erhob gegen die Beklagten eine Rückauflassungsklage. Das Reichsgericht kam durch Auslegung der Vertragsumstände zu dem Ergebnis, dass nach dem Willen beider Vertragsparteien das streitgegenständliche Grundstück nicht verkauft werden sollte. Daher sei der Kläger noch Eigentümer dieses Grundstücks und könne als solcher nach § 894 BGB eine entsprechende Grundbuchberichtigung verlangen.

Das Reichsgericht formulierte dann, dass diese Feststellungen den Klageanspruch rechtfertigen, auch wenn mit ihm Auflassung verlangt ist. Soweit hiermit gemeint sein sollte, dass der Kläger einen Anspruch auf Auflassung bezüglich des streitgegenständlichen Grundstücks haben soll, kann dem nicht gefolgt werden. Wenn der Kläger noch selbst Grundstückseigentümer ist, kann er denotwendiger Weise nicht eine Auflassung an sich verlangen. Die Beklagten sind, da eine Einigung über den Grundstückserwerb nicht vorlag, gerade nicht Eigentümer geworden und sind daher auch bezüglich einer Auflassung des Grundstücks Nichtberechtigte. Vielmehr hat der Kläger, der Eigentümer des Grundstücks geblieben ist, nur einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung gemäß § 894 BGB. Lediglich der Inhalt des Grundbuchs steht mit der wirklichen Rechtslage nicht in Einklang. Eine Durchsetzung des Anspruchs auf Auflassung würde aber eine Änderung der wirklichen Rechtslage mit sich bringen, die nicht nötig ist (der Kläger ist ja noch Eigentümer).

Daher könnte die Formulierung des Reichsgerichts auch so verstanden werden, dass die Klage auf Rückauflassung lediglich als Klage auf Grundbuchberichtigung ausgelegt werden kann.

Im Nacherbfall wird die Verfügung des Vorerben unwirksam, § 2113 I BGB und der Nacherbe erwirbt außerhalb des Grundbuchs gemäß §§ 2139, 1922 I BGB das Eigentum an dem Nachlassgrundstück. Die Situation ist mit dem vom

Reichsgericht entschiedenen Fall daher vergleichbar. Der Nacherbe ist Grundstückseigentümer, im Grundbuch ist derjenige als Eigentümer eingetragen, der das Grundstück vom Vorerben erworben hatte. Eine Auflassungsklage gegen den bisherigen Grundstückseigentümer scheidet somit aus den gleichen Gründen aus wie bei dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall.

2. Heutiger Standpunkt

Nach heute zutreffender Ansicht,⁵¹⁵ hat der Nacherbe gegen den Erwerber einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB, d.h. auf Erteilung einer Berichtigungsbewilligung (§§ 19, 29 I 1 GBO), da durch den Nacherbfall außerhalb des Grundbuchs eine Rechtsänderung eingetreten ist, die mit dem Grundbuchinhalt nicht mehr in Einklang steht. Ferner hat der Nacherbe auch einen Anspruch aus § 985 BGB, da er mit Eintritt des Nacherbfalls automatisch Eigentum am Grundstück erlangt hat und der Erwerber damit nicht berechtigter Besitzer geworden ist. Behandelt man § 2113 I BGB als Verfügungsbeschränkung, die im Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge zur absoluten Unwirksamkeit der Verfügung führt, entspricht allein die Rückabwicklung nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 894, 985 BGB der Dogmatik des Zivilrechts.

3. Gegenrechte

Derjenige, der das Nachlassgrundstück vom Vorerben erworben hat, hat den Ansprüchen aus §§ 894, 985 BGB nachzukommen. Allerdings hat er an den Vorerben einen Kaufpreis für das Grundstück gezahlt und unter Umständen Verwendungen auf das Grundstück gemacht. Fraglich ist, ob der Erwerber bzw. der Vorerbe deshalb Ansprüche gegen den Nacherben geltend machen kann.

⁵¹⁵ Hoeren, Dörner, HK-BGB, § 2113 RN 12; Harder, Wegmann, Soergel, § 2113 BGB RN 16;

Schmidt, Erman, § 2113 BGB RN 8.

a. Gezahlter Kaufpreis

Nach einer Ansicht⁵¹⁶ kann der Erwerber des Grundstücks dem Herausgabeverlangen des Nacherben im Wege des Zurückbehaltungsrechtes gemäß § 273 BGB einen Anspruch gegen den Nacherben auf Herausgabe des Kaufpreises für das Grundstück entgegenhalten.

Den an den Vorerben gezahlten Kaufpreis könnte der Erwerber, der nun das Grundstück an den Nacherben herauszugeben hat, dann von dem Nacherben verlangen, wenn der Kaufpreis sich in dessen Vermögen befinden würde.

Der Kaufpreis könnte sich aufgrund der Surrogation des § 2111 I 1 BGB im Vermögen des Nachlasses befinden. Wenn er nun das Grundstück vom Erwerber erhalten würde, hätte der Nacherbe einen Vermögenszuwachs, um den er ungerechtfertigt bereichert wäre. Ihm käme neben dem Grundstück auch der nach § 2111 I 1 BGB in den Nachlass fallende Veräußerungserlös zugute. § 2113 BGB soll aber den Nacherben nur vor Beeinträchtigungen schützen; eine Besserstellung ist nicht beabsichtigt.

Nach anderer Ansicht⁵¹⁷ steht dem Grundstückserwerber aufgrund des gezahlten Kaufpreises kein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Nacherben zu.

Es sei schon die Feststellung unrichtig, der Nacherbe sei ungerechtfertigt bereichert, wenn er das Grundstück bekäme und den Kaufpreis nicht herausgeben müsse. Denn eine Surrogation nach § 2111 I 1 3. Alt. BGB würde begriffsnotwendig voraussetzen, dass das Grundstück aus dem Nachlass ausgeschieden ist und der Vorerbe hierfür im Wege eines rechtsgeschäftlichen Erwerbs den Kaufpreis erhalten hat. Wegen § 2113 I BGB ist dies jedoch im Nacherbfall nicht gegeben. Das Grundstück ist dem Vermögen des Nacherben erhalten geblieben. Folglich hat der Nacherbe den Kaufpreis nicht kraft Surrogation erworben. Vielmehr ist der Erlös freies Vorerbenvermögen geworden.⁵¹⁸

⁵¹⁶ Harder, Wegmann, Soergel, § 2113 BGB RN 17; BGH WM 1985, S. 206.

⁵¹⁷ Schmidt, Erman, § 2113 BGB RN 8.

⁵¹⁸ Wiech, Nacherbenschutz, S. 101.

Da der Kaufpreis folglich nicht in das Vermögen des Nacherben geflossen ist, hat der Erwerber gegen den Nacherben, der von ihm das Grundstück herausverlangt, keinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises, den er dem Nacherben entgegenhalten könnte. Im Rückabwicklungsverhältnis wegen des unwirksamen Grundstücksgeschäfts sind der Vorerbe bzw. dessen Erben Anspruchsgegner. Es fehlt an der für § 273 BGB erforderlichen Gegenseitigkeit der Ansprüche. Aus diesem Grund kann der Dritterwerber dem Herausgabeverlangen des Nacherben den gezahlten Kaufpreis nicht entgegenhalten. Eine Herausgabe des Grundstückskaufpreises kann er vielmehr nur vom Vorerben als seinem Vertragspartner bzw. dessen Erben gemäß §§ 280 III, 283, 275 I, 433 I 2 BGB verlangen.⁵¹⁹ Dieses Ergebnis ist auch mit dem Grundgedanken des § 273 BGB vereinbar: Ein Zurückbehaltungsrecht soll dann gegeben sein, wenn es gegen Treu und Glauben verstieße, wenn der eine Anspruch ohne Rücksicht auf den anderen geltend gemacht und verwirklicht werden könnte.⁵²⁰ Eine Rückabwicklung in einem Dreiecksverhältnis (Grundstückserwerber, Vorerbe, Nacherbe) ist vorliegend aber dadurch gerechtfertigt, dass der Grundstückserwerber sich an seinen unmittelbaren Vertragspartner zu halten hat, und kein Anspruch besteht, den Kaufpreis direkt von dem Nacherben zurückzuerhalten. Das Ergebnis erscheint daher nicht unbillig.

b. Verwendungen

Wenn der Vorerbe bis zum Eintritt des Nacherbfalls Verwendungen auf das Grundstück gemacht hat, kann er diese vom Nacherben in gewissem Umfang zurückverlangen.

Der Umfang der vom Nacherben zu tragenden, vor dem Eintritt der Nacherbfolge gemachten Verwendungen bestimmt sich nach den §§ 2124 – 2126 BGB.⁵²¹

⁵¹⁹ Behrends, Avenarius, Staudinger, § 2113 BGB RN 27.

⁵²⁰ Dütz, NJW 1967, S. 1105, 1105.

⁵²¹ Harder, Wegmann, Soergel, § 2113 BGB RN 17.

Gemäß § 2124 II BGB hat der Nacherbe dem Vorerben, der die Verwendungen mit seinem Eigenvermögen beglichen hat, dann Ersatz zu leisten, wenn es sich um Aufwendungen handelt, die der Vorerbe zum Zweck der Erhaltung der Erbschaftsgegenstände den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Hierunter fallen vor allem Investitionen, die langfristig eine wertsteigernde Wirkung haben. Hierzu gehören zum Beispiel die Erneuerung des Hausdaches oder der Fassade.⁵²²

Handelt es sich nicht um Erhaltungskosten, so ist der Nacherbe nur nach §§ 2125 I, 683 ff. BGB zum Ersatz verpflichtet. Es kommt dann auf den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Nacherben und sein Interesse an.

c. Ergebnis

Dem Dritterwerber steht kein Anspruch wegen Kaufpreisrückzahlung gegen den Nacherben zu, den er gegenüber den Ansprüchen des Nacherben aus §§ 985, 894 BGB geltend machen könnte.

Verlangt der Nacherbe vom Vorerben das Grundstück heraus, so hat der Vorerbe Anspruch auf Ersatz der Verwendungen in oben beschriebenem Umfang, den er nach § 273 BGB den Ansprüchen des Nacherben aus §§ 985, 894 BGB entgegen halten kann.

4. Grundbuchrechtliche Verwirklichung

Da gemäss § 2139 BGB der Nachlass kraft Gesetzes mit Eintritt des Nacherbfalls auf den Nacherben übergeht, wird das Grundbuch bezüglich der auf den Vorerben als Eigentümer eingetragenen Grundstücke unrichtig. Der Nacherbe hat deshalb einen Antrag auf Grundbuchberichtigung zu stellen.

Der Nacherbe ist gemäß § 13 I 2 2.Alt. GBO antragsberechtigt, da zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll. Ferner ist der Nachweis der Bewilligung der Erben des Vorerben gemäß §§ 19, 29 I GBO bzw. der Unrichtigkeitsnachweis gemäß § 22 GBO erforderlich. Der Vorerbe muss grundsätzlich voreingetragen sein, da gemäß § 39 I GBO eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als der

⁵²² Edenhofer, Palandt, § 2124 BGB FN 3.

Berechtigte eingetragen ist. Unter den Voraussetzungen des § 40 I GBO kann der Nacherbe auch ohne Voreintragung des Vorerben als Eigentümer des Grundstücks eingetragen werden. Der Nacherbe wird in Abteilung I, Spalte 2 als Eigentümer des Grundstücks eingetragen, § 9 lit. b GBV. In Abteilung I Spalte 4 wird die Grundlage der Eintragung, z.B. Testament, eingetragen, § 9 lit. d GBV. Die Löschung des Nacherbenvermerks wird in Abteilung II, Spalte 7 eingetragen, § 10 VI GBV.

Der Antrag auf Grundbuchberichtigung könnte folgendermaßen lauten:⁵²³

Antrag auf Berichtigung dahingehend, dass anstelle des (verstorbenen) Vorerben der Nacherbe als Eigentümer des bezeichneten Grundstücks im Grundbuch eingetragen wird. Der Nacherbenvermerk ist als nun gegenstandslos zu löschen.

C. Schluss

§ 2113 I BGB ist die zentrale Vorschrift für den Schutz des Nacherben bei der Veräußerung von Grundstücken aus dem Nachlass. Eine Verfügung des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder Recht an einem Grundstück ist im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Die vorliegende Arbeit hat gezeigt, dass sich bereits bei dem Merkmal „Grundstück“ bzw. „Recht an einem Grundstück“, also bei dem Verfügungsgegenstand die Frage stellt, in welchen Fällen § 2113 I BGB entsprechend anzuwenden ist (vgl. S.20 ff.). In diesem Zusammenhang ist die Behandlung von Grundstücken als Bestandteil eines Gesamthandsvermögens besonders umstritten. Die hier erfolgte Zusammenfassung des Streitstandes und Auswertung der jeweiligen Argumente zeigte, dass in diesen Fällen der Schutz des Nacherben bei der Veräußerung von Grundstücken nicht durch eine entsprechende Anwendung des § 2113 I BGB gewährleistet werden kann. Aus den in der Arbeit dargestellten Gründen, insbesondere aus Gründen der

⁵²³ Krug, Krug, Erbrecht, § 10 RN 207.

Rechtsklarheit und –sicherheit sowie aufgrund von gegenläufigen Schutzinteressen (einerseits Schutz des Nacherben, andererseits Schutz der Gesamthand) musste festgestellt werden, dass es an dieser Stelle keinen Schutz des Nacherben bei der Veräußerung von Grundstücken aus dem Nachlass geben kann.

Ein großer Teil der Arbeit wurde der Eintragung des Nacherbenvermerks im Grundbuch und den damit zusammenhängenden Fragestellungen gewidmet (vgl. S.62 ff.), da das Zusammenspiel von materiellen und grundbuchrechtlichen Vorschriften charakteristisch ist für die Regelung des Nacherbenschutzes. Der materiell-rechtlich in § 2113 I BGB vorgesehene Schutz des Nacherben bei der Veräußerung von Grundstücken aus dem Nachlass ist durch entsprechende Eintragungen im Grundbuch umzusetzen. Daher wurde in der vorliegenden Arbeit die Bewertung der Argumente unterschiedlicher Meinungen bei Fragestellungen bezüglich des Nacherbenvermerks im Grundbuch anhand der dahinter stehenden materiellen Rechtslage vorgenommen. Insbesondere die Fragen, ob der Nacherbe auf die Eintragung des Nacherbenvermerks verzichten kann (vgl. S.85 ff.), ob die Löschung des Nacherbenvermerks allein aufgrund der Bewilligung des Nacherben erfolgen kann (vgl. S.89 ff.) und ob für die Löschung eines von der Nacherbfolge betroffenen Rechts die Zustimmungserklärung des Nacherben erforderlich ist (vgl. S.97 ff.), wurden auf Grund dieser Betrachtungsweise bejaht.

Bei der Darstellung des Verzichts auf das Nacherbenrecht (vgl. S.109 ff.), der Darstellung des Nachnacherben (vgl. S.113 ff.) und des Ersatznacherben (vgl. S.114 ff.) ergaben sich keine Besonderheiten im Hinblick auf den Schutz des Nacherben.

Im Rahmen der Frage, in welchen Fällen eine Beeinträchtigung des Rechts des Nacherben durch eine Verfügung des Vorerben im Sinne des § 2113 I BGB vorliegt bzw. nicht vorliegt (vgl. S.119 ff.), ist die Betrachtung des § 2120 S.1 BGB hervorzuheben. Anhand der historischen Auslegung zeigte sich, dass

entgegen des heutigen Wortlauts des § 2120 S.1 BGB eine Verfügung, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist, nicht der Zustimmung des Nacherben bedarf, um endgültig wirksam zu sein. Da eine Maßnahme des Vorerben, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich ist, nicht das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt, ist der Schutz des Nacherben auch ohne ein Zustimmungserfordernis gewährleistet. An dieser Stelle zeigte sich die Bedeutung der historischen Auslegung, ohne die der heutige Wortlaut des § 2120 S.1 BGB nicht richtig verstanden werden könnte.

Die Darstellung der Möglichkeit des Eigenerwerbs des Vorerben (vgl. S.135 ff.), also des Erwerbs des unter die Nacherbschaft fallenden Grundstücks durch den Vorerben als nacherbenfreies, unbeschränktes Eigenvermögen, zeigte, dass auch in diesem Fall der Schutz des Nacherben –unabhängig von der bevorzugten, dogmatischen Abwicklung– gewährleistet ist.

Ein Schutz des Nacherben bei der Veräußerung von Grundstücken aus dem Nachlass durch Schadensersatzansprüche besteht nur in dem sehr eingeschränkten Maß der §§ 2130, 280, 281, 2131 und 2138 II 2. Alt. BGB (vgl. S.139 ff.). Darüber hinaus gehende deliktische Schadensersatzansprüche sind zwar erörterungswürdig, im Ergebnis aber abzulehnen. Insgesamt sind die vorhandenen Schadensersatzansprüche des Nacherben lediglich als Ergänzung zu dem sonstigen Schutz des Nacherben bei der Veräußerung von Grundstücken aus dem Nachlass gemäß § 2113 I BGB anzusehen. Hierin kommt zum Ausdruck, dass das BGB den Nacherben grundsätzlich primär vor einem Verlust des Grundstücks schützen und den Nacherben nicht auf Sekundäransprüche verweisen will. Dies hat wiederum seinen Grund darin, dass vor allem früher ein konkretes Grundstück und der hieran gebundene Betrieb von zentraler Bedeutung für die Erwirtschaftung des Lebensunterhalts einer Familie waren. Schadensersatzansprüche sind daher für einen wirksamen Schutz des Nacherben kaum geeignet und nur in den geregelten Spezialfällen vorgesehen.

Im Rahmen der Behandlung der zivilprozessualen Fragen und der Fragen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. S.143 ff.) zeigten sich keine Lücken im System des Nacherbenschutzes.

Schließlich setzt sich der Schutz des Nacherben nach Eintritt des Nacherbfalls in dem ihm zustehenden Grundbuchberichtigungsanspruch gemäß § 894 BGB und Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB gegen den Erwerber des Grundstücks fort (vgl. S.171 ff.).

Auf den ersten Blick überrascht es, dass die knappen Regelungen zum Schutz des Nacherben bei der Veräußerung von Grundstücken aus dem Nachlass, insbesondere §§ 2113 I BGB und 51 GBO, so zahlreiche Fragestellungen und Problemkreise in Literatur und Rechtsprechung aufgeworfen haben und weiterhin aufwerfen. Dies ist allerdings verständlich vor dem Hintergrund, dass sich der Schutz des Nacherben in ausgewogener Form in die grundsätzlich angeordnete Verfügungsfreiheit des Vorerben (§ 2112 BGB) einfügen muss, und sich somit in jedem Fall von Verfügungen des Vorerben über Grundstücke die Frage stellt, wie viel Schutz des Nacherben möglich und nötig ist.

Auf der anderen Seite erscheint die Situation *de lege lata* auch heute und für die Zukunft geeignet, das Wechselspiel von Verfügungsfreiheit des Vorerben einerseits und Schutz des Nacherben andererseits zu regeln. Die in dieser Arbeit aufgezeigten Problemkreise betreffen Spezialfälle, die zur Erhaltung der Übersichtlichkeit nicht abschließend gesetzlich geregelt werden können und müssen. Dies entspricht dem Grundgedanken des BGB, die grundsätzlichen Strukturen –und nicht detaillierte, jeweils aktuell werdende Einzelfälle– zu regeln.

Es besteht ein umfassender Schutz des Nacherben bei der Veräußerung von Grundstücken aus dem Nachlass, in Form der gegebenen gesetzlichen Regelungen. Diese konnten und können auch in Zukunft durch Literatur und Rechtsprechung jeweils auf neu auftretende Fragestellungen (entsprechend) angewendet werden.

Insgesamt muss die knappe Kodifizierung des § 2113 I BGB zum Schutz des Nacherben vor Verfügungen über Grundstücke aus dem Nachlass daher beeindrucken.

Literaturverzeichnis

- Alff, Erhard
Anmerkung zu OLG Hamm, Beschluss vom 8.10.1990
in: Der Deutsche Rechtspfleger, S. 243
Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH
Bielefeld 1991
zit.: Alff, Rpfleger 1991
- Alternativkommentare
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Reihe Alternativkommentare
1. Auflage, Band 6, §§ 1922 – 2385
Hermann Luchterhand Verlag
Neuwied 1990
zit.: „Autor“, Alternativkommentar
- Kommentar zur Zivilprozessordnung
Hermann Luchterhand Verlag
Neuwied 1987
zit.: „Autor“, Alternativkommentar ZPO
- Andres, Ingrid
Der Erbrechtsentwurf von Friedrich Mommsen
Ein Beitrag zur Entstehung des BGB
Duncker & Humblot Verlag
Berlin 1996
zit.: Andres, Erbrechtsentwurf
- Banck, Mathias
Vor- und Nacherbfolge im Gesellschaftsrecht
Dissertation, Christian-Albrechts-Univ. zu Kiel
Schleswig 1983
zit.: Banck, Vor- und Nacherbfolge
- Batsch, Karl-Ludwig
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.02.1970
in: Neue Juristische Wochenschrift, S. 1314 ff.
C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
München und Frankfurt 1970
zit.: Batsch, NJW 1970
- Baur, Fritz; Stürner, Rolf
Lehrbuch des Sachenrechts
17. Auflage
C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
München 1999
zit.: Baur, Stürner
- Baumbach, Adolf; Lauterbach, Wolfgang;
Albers, Jan; Hartmann, Peter
Zivilprozessordnung
Beck'sche Kurz- Kommentare, Band 1
63. Auflage
Verlag C. H. Beck

München 2005
 zit.: "Autor", Baumbach, ZPO

Becher, Hans

Kein Anwartschaftsrecht des Ersatznacherben
 in: Neue Juristische Wochenschrift, S. 1463 ff.
 C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
 München und Frankfurt 1969
 zit.: Becher, NJW 1969

Beck, Emil

Grenzen der Teilungsanordnung
 in: Deutsche Notar- Zeitschrift, S. 565 ff.
 C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
 München und Berlin 1961
 zit.: Beck, DNotZ 1961

Bestelmeyer, Horst

"Herrschende Meinungen" im Bereich des
 Nacherbenrechts
 in: Der Deutsche Rechtspfleger
 Verlag Ernst und Werner Giesecking GmbH
 Bielefeld 1994
 zit.: Bestelmeyer, Rpfleger 1994

Die Rechtsfolgen eines ohne gleichzeitige
 Verlautbarung der Erbfolge im Grundbuch
 eingetragenen Nacherben- oder
 Testamentsvollstreckervermerks
 in: Zeitschrift für Erbrecht und
 Vermögensnachfolge, S. 261f.
 Verlag C. H. Beck
 München 1996
 zit.: Bestelmeyer, ZEV 1996

Böttcher, Roland

Beeinträchtigungen der Verfügungsbefugnis
 in: Der Deutsche Rechtspfleger, S. 49 ff.
 Verlag Ernst und Werner Giesecking
 Bielefeld 1983
 zit.: Böttcher, Rpfleger 1983

Bokelmann, Gunther

Nachweis des Erbrechts des Nacherben für
 Grundbucheintragung
 in: Der Deutsche Rechtspfleger, S. 1f.
 Verlag Ernst und Werner Giesecking
 Bielefeld 1974
 zit.: Bokelmann, Rpfleger 1974

Buschmann, Walter

Erbfolge und Nacherbfolge bei letztwilliger
 Zuwendung von Grundstücken
 in: Blätter für Grundstücks-, Bau- und
 Wohnungsrecht, S. 107 ff.
 Hermann Luchterhand Verlag
 Neuwied 1970

III

zit.: Buschmann, BIGBW 1970

Coing, Helmut

Die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern bei der Ausschlagung einer Erbschaft
in: Neue Juristische Wochenschrift, S. 6 ff.
C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
München und Frankfurt 1985
zit.: Coing, NJW 1985

Deimann, Ernst

Eintragung des Nacherbenrechts nach erfolgter Nachlassauseinandersetzung zwischen den Vorerben
in: Der Deutsche Rechtspfleger, S. 244 f.
Verlag Ernst und Werner Gieseking
Bielefeld 1978
zit.: Deimann, Rpfleger 1978

Demharter, Johann

Grundbuchordnung,
Beck'sche Kurzkommentare Band 8
25. Auflage
C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
München 2005
zit.: Demharter, GBO

Dörner, Heinrich; Ebert, Ina;
Eckert, Jörn; Kemper, Rainer;
Schulze, Reiner; Staudinger, Ansgar

Bürgerliches Gesetzbuch
Handkommentar
Nomos Verlagsgesellschaft
Baden- Baden 2001
zit.: "Autor", Dörner, HK-BGB

Dütz, Wilhelm

Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs.1 BGB bei Erbauseinandersetzungen
in: Neue Juristische Wochenschrift, S. 1105 ff.
C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
München und Frankfurt 1967
zit.: Dütz, NJW 1967

Ebenroth, Carsten Thomas

Erbrecht
Juristische Kurzlehrbücher für Studium und Praxis
C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
München 1992
zit.: Ebenroth, Erbrecht

Edelmann, Wolfgang

Beschränkungen des Vorerben nach § 2113 BGB bei Verfügungen über Gegenstände eines Gesamthandsvermögens
Dissertation Johannes Gutenberg- Universität Mainz 1975
zit.: Edelmann, Beschränkungen des Vorerben

- Erman, Walter
 Bürgerliches Gesetzbuch
 11. Auflage, Band II, §§ 812 – 2385
 10. Auflage, Band I, §§ 1 - 853
 Köln 2004
 Aschendorff Rechtsverlag
 zit.: “Autor”, Erman
- Förster, Franz; Eccius, M.
 Preußisches Privatrecht
 III. Band (Das Sachenrecht)
 6. Auflage
 Georg Reimer
 Berlin 1892
 zit.: Förster, Eccius, Preußisches Privatrecht
- Gaius
 Die Gaiianischen Institutionen-Commentarien
 übersetzt von Dr. Friedrich Wilhelm Konrad
 Beckhans
 Verlag von Henry & Cohen
 Bonn 1857
 zit.: Gaianische Institutionen
- Gutbell, Mechthild
 Schutz des Nachlasses gegen
 Zwangsvollstreckungsmaßnahmen bei
 Testamentsvollstreckung und Vorerbschaft
 in: Zeitschrift für Erbrecht und
 Vermögensnachfolge, S. 260 ff.
 Verlag C. H. Beck
 München 2001
 zit.: Gutbell, ZEV 2001
- Haegele, Karl
 Anmerkung zu OLG Hamm,
 Beschluss vom 16.04.1956
 in: Der Deutsche Rechtspfleger, S. 20
 Verlag Ernst und Werner Giesecking
 Bielefeld 1957
 zit.: Haegele, Rpfleger 1957
- Anmerkung zu OLG Hamm,
 Beschluss vom 09.05.1969
 in: Der Deutsche Rechtspfleger, S. 348
 Verlag Ernst und Werner Giesecking
 Bielefeld 1969
 zit.: Haegele, Rpfleger 1969
- Rechtsfragen zur Vor- und Nacherbschaft
 in: Der Deutsche Rechtspfleger, S. 121 ff.
 Verlag Ernst und Werner Giesecking
 Bielefeld 1971
 zit.: Haegele, Rpfleger 1971

- Nacherben- und Testamentsvollstrecker- Vermerk bei Mitglied an einer BGB-Gesellschaft?
in: Der Deutsche Rechtspfleger, S. 50 ff.
Verlag Ernst und Werner Giesecking
Bielefeld 1977
zit.: Haegele, Rpfleger 1977
- Haimberger, Anton
Reines Römisches Privat-Recht nach den Quellen und den Auslegungen der vorzüglichsten Rechtsgelehrten
I. und III. Theil
Verlage der k.k. Schulbücher- Verschleiß-Administration bej St. Anna in der Johannis-Gasse
Wien 1835
zit.: Haimberger, reines röm. Privat-Recht
- Harder, Manfred
Unentgeltliche Verfügungen und ordnungsgemäße Nachlassverwaltung des Vorerben
in: Deutsche Notar-Zeitschrift, S. 822
Verlag C.H. Beck
München 1994
zit.: Harder, DNotZ 1994
- Hausmaninger, Herbert; Selb, Walter
Römisches Privatrecht
Böhlau- Studien- Bücher
Grundlagen des Studiums
9. Auflage
Böhlau Verlag
Wien, Köln, Weimar 2001
zit.: Hausmaninger, Selb, röm. PrivatR
- Hefelmann, Fritz
Bedarf der Nacherbe, dessen Nacherbenrecht im Grundbuch vermerkt ist, zur Eintragung als Eigentümer eines neuen Erbscheins ?
in: Deutsche Notar- Zeitschrift, S. 111 ff.
Gebauer- Schwetschke Verlag Nachf. Jaeger & Co. K.G.
Halle (Saale) 1937
zit.: Hefelmann, DNotZ 1937
- Hefermehl, Wolfgang
Vor- und Nacherbfolge bei der Beteiligung an einer Personenhandelsgesellschaft
Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag, S. 223 ff.
Verlag C.F. Müller
Karlsruhe 1974
zit.: Hefermehl, Vor- und Nacherbfolge
- Hesse, William
Der Rang von Verfügungsbeschränkungen

- in: Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit
Verlag Franz Vahlen
Berlin 1938
zit.: Hesse, DFG 1938
- Hill, Herbert Die Übertragung eines Rechts durch Vorerben
und seine grundbuchmäßige Behandlung
in: Monatsschrift für Deutsches Recht, S. 359 f.
Verlag Dr. Otto Schmidt KG
Köln- Hamburg 1959
zit.: Hill, MDR 1959
- Honsell, Heinrich; Mayer-Maly Theo;
Selb, Walter Römisches Recht
4. Auflage
Springer Verlag
Berlin, Heidelberg 1987
zit.: Honsell, Enzyklopädie der Rechts- und
Staatswissenschaft
- Hübner, Ulrich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27.03.1985
in: Juristenzeitung 1985, S. 745
J.C.B. (Paul Siebeck) Tübingen
zit.: Hübner, JZ 1985
- Jakobs, Horst Heinrich; Schubert, Werner Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in
systematischer Zusammenstellung der
unveröffentlichten Quellen
Sachenrecht III: Grundbuchordnung
Walter de Gruyter
Berlin, New York 1982
zit.: Jakobs, Schubert, Beratungen
- Jung, Peter Nacherbenvermerk trotz Unanwendbarkeit des
§ 2113 BGB
in: Der Deutsche Rechtspfleger, S. 9 ff.
Verlag Ernst und Werner Giesecking GmbH
Bielefeld 1995
zit.: Jung, Rpfleger 1995
- Kanzleiter, Rainer Der "unbekannte" Nacherbe
in: Deutsche Notar- Zeitschrift, S. 326 ff.
C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
Nördlingen 1970
zit.: Kanzleiter, DNotZ 1970
- Keidel, Theodor; Kuntze, Joachim;
Winkler, Karl Freiwillige Gerichtsbarkeit
Kommentar zum Gesetz, Teil A
13. Auflage
C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung
München 1992
zit.: "Autor", Keidel, FGG

- Kersten, Fritz; Bühling, Selmar
 Formularbuch und Praxis der Freiwilligen
 Gerichtsbarkeit
 21. Auflage
 Carl Heymanns Verlag KG
 Köln 2001
 zit.: „Autor“, Kersten, Bühling, Formularbuch
 FGG
- Kipp, Theodor; Helmut Coing
 Erbrecht, Ein Lehrbuch
 14. Bearbeitung
 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)
 Tübingen 1990
 zit.: Kipp, Coing, Erbrecht
- Köster, Heike
 Vor- und Nacherbschaft im Erbscheinsverfahren
 (Teil I)
 in: Der Deutsche Rechtspfleger, S. 90 ff.
 Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH
 Bielefeld 2000
 zit.: Köster, Rpfleger 2000
- Krug, Walter; Rudolf, Michael;
 Kroiß, Ludwig
 Erbrecht
 Anwaltsformulare, Deutscher Anwaltsverein
 Deutscher Anwalt Verlag
 Bonn 2001
 zit.: „Autor“, Krug, Erbrecht
- Kuntze, Joachim; Herrman Hans;
 Eickmann, Dieter; Erber-Faller, Sigrun;
 Munzig, Jörg
 Grundbuchrecht, Kommentar
 5. Auflage
 Walter de Gruyter
 Berlin, New York 1999
 zit.: „Autor“-KEHE
- Lange, Heinrich; Kuchinke, Kurt
 Lehrbuch des Erbrechts
 5. Auflage
 C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
 München 2001
 zit.: Lange, Kuchinke, Erbrecht
- Liebs, Detlef
 Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter
 6. Auflage
 Wissenschaftliche Buchgesellschaft
 Darmstadt 1997
 zit.: Liebs, Lateinische Rechtsregeln
- Ludwig, Ingo
 Der „unbekannte“ Nacherbe
 in: Deutsche Notar- Zeitschrift, S. 995 ff.
 Verlag C.H. Beck
 München 1996
 zit.: Ludwig, Ingo, DNotZ 1996

VIII

- Ludwig, Georg
Anmerkung zu OLG Köln, Beschluss vom 22.10.1986
in: Der Deutsche Rechtspfleger, S. 155 ff.
Verlag Ernst und Werner Giesecking GmbH
Bielefeld 1987
zit.: Ludwig, Rpfleger 1987
- Anmerkung zu OLG Saarland, 03.05.1999
in: Deutsche Notar- Zeitschrift, S. 67 ff.
Verlag C.H. Beck
München 2000
zit.: Ludwig, DNotZ 2000
- v. Lübtow, Ulrich
Erbrecht
2. Halbband
Duncker & Humblot Verlag
Berlin 1971
zit.: v. Lübtow, Erbrecht
- Maurer, Axel
Fragen des (Eigen-)Erwerbs von
Nachlassgegenständen durch den Vor- oder
Nacherben
in: Deutsche Notar- Zeitschrift, S. 223 ff.
Verlag C.H. Beck
München 1981
zit.: Maurer, DNotZ 1981
- Meikel
Bestelmeyer, Horst; Böhringer Walter;
Kraiss, Harro; Morvilius, Theodor;
Streck, Edgar
Grundbuchrecht
Band 3, §§ 45 – 81; 8. Auflage
Luchterhand Verlag
Neuwied 1997
zit.: "Autor", Meikel, Grundbuchrecht
- Meischer, E.
Reich
Die letztwilligen Verfügungen nach dem
Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche
Reich
Verlag von Beit & Comp.
Leipzig 1900
zit.: Meischer, letztwillige Verfügungen
- Mertens, Hans-Georg
Die Entstehung der Vorschriften des BGB über
die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht
Walter de Gruyter & Co
Berlin 1970
zit.: Mertens, Entstehung des BGB
- Meyer-Stolte, Klaus
Anmerkung
in: Der Deutsche Rechtspfleger, S. 234
Verlag Ernst und Werner Giesecking GmbH
Bielefeld 1974
zit.: Meyer-Stolte, Rpfleger 1974

- Michalski, Lutz
Die Vor- und Nacherbschaft in einen OHG(KG)-
und GmbH- Anteil
in: Der Betrieb; Beilage Nr. 16
Verlagsgruppe Handelsblatt
Düsseldorf und Frankfurt 1987
zit.: Michalski, DB 1987, Beil.16
- Münchener Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 9, §§ 1922 – 2385, 3. Auflage
München 1997
Band 5, §§ 1297 – 1921, 1. Auflage
München 1978
Band 5, §§ 1589 – 1921, 2. Auflage
München 1987
Band 4, §§ 854 - 1296, 2. Auflage
München 1986
Band 1, §§ 1 – 240, 3. Auflage
München 1993
Band 6, §§ 854 - 1296, 3. Auflage
München 1997
C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
zit.: "Autor", MüKo
- Münchener Kommentar zur
Zivilprozessordnung
Band I §§ 1 – 354
2. Auflage
München 2000
Band III §§ 803 – 1048
München 1992
Verlag C.H. Beck
zit.: "Autor", MüKo
- Musielak, Hans-Joachim
Kommentar zur Zivilprozessordnung
2. Auflage
Verlag Franz Vahlen
München 2002
zit.: „Autor“, Musielak, ZPO
- Nelson, H.L.W.
Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai
Institutiones
E.J. Brill Verlag
Leiden 1981
zit.: Nelson, Gai Institutiones
- Nieder, Heinrich
Handbuch der Testamentsgestaltung
2. Auflage
C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
München 2000

- zit.: Nieder, Testamentsgestaltung
- Freiherr von Oefele, Helmut;
Bauer, Hans- Joachim
Grundbuchordnung, Kommentar
Verlag Franz Vahlen
München 1999
zit.: "Autor", Oefele, GBO
- Palandt, Otto
Beck'sche Kurz-Kommentare, Bürgerliches
Gesetzbuch
64. Auflage
Verlag C.H. Beck
München 2005
zit.: "Autor", Palandt
- Pawlowski, Hans-Martin
„Effektiver Rechtsschutz“ versus „effektive
Vormundschaft“?
in: Juristenzeitung 2000, S. 913 ff.
J.C.B. (Paul Siebeck) Tübingen
zit.: Pawlowski, JZ 2000
- Prölss, Jürgen
Die Stellung des Vorerben bei beendeter
Gütergemeinschaft
in: Juristenzeitung 1970, S. 95 ff.
J.C.B. (Paul Siebeck) Tübingen
zit.: Prölss, JZ 1970
- Reichsgerichtskommentar
Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer
Berücksichtigung der Rechtsprechung des
Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs
Kommentar
12. Auflage, Band V, 1. Teil, §§ 1922 – 2146
Berlin, New York 1974
12. Auflage, Band IV, 4. Teil, §§ 1741 - 1921
Berlin, New York 1999
12. Auflage, Band III, 1. Teil, §§ 854 - 1011
Berlin, New York 1979
Walter de Gruyter
zit.: "Autor", RGRK
- Reimann, Wolfgang; Bengel, Manfred
Testament und Erbvertrag
Handkommentar mit Gestaltungsvorschlägen für
die kautelarjuristische Praxis
3. Auflage
Hermann Luchterhand Verlag GmbH
Neuwied 2000
zit.: "Autor", Reimann, Testament
- Ripfel, Franz
Grundbuchrecht
Verlag Konkordia AG
Bühl-Baden 1961
zit.: Ripfel, Grundbuchrecht

- Scharr, Erwin
 Römisches Privatrecht
 Lateinisch und Deutsch
 Artemis-Verlag
 Zürich und Stuttgart 1960
 zit.: Scharr, röm. Privatrecht
- Schaub, Bernhard
 Nacherbenvermerk bei Grundstücken im
 Gesamthandsvermögen
 in: Zeitschrift für Erbrecht und
 Vermögensnachfolge, S. 372 ff.
 Verlag C. H. Beck
 München 1998
 zit.: Schaub, ZEV 1998
- Schlüter, Wilfried
 Erbrecht
 Kurzlehrbücher für das juristische Studium
 14. Auflage
 C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
 München 2000
 zit.: Schlüter, Erbrecht
- Schmidt, Karsten
 Nacherbenschutz bei Vorerbschaft an
 Gesamthandsanteilen
 in: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
 Ernst und Werner Gieseking Verlag
 Bielefeld 1976
 zit.: Schmidt, FamRZ 1976
- Schöner, Hartmut ; Stöber, Kurt
 Grundbuchrecht
 Handbuch der Rechtspraxis Band 4
 12. Auflage
 Verlag C.H. Beck
 München 2001
 zit.: Schöner, Stöber, HRP
- Soergel, Th.
 Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer
 Kommentar
 13. Auflage, Band 22, §§ 2064 – 2273
 Stuttgart 2003
 12. Auflage, Band 7, §§ 1297 – 1588
 Stuttgart 1989
 12. Auflage, Band 8, §§ 1589 – 1921
 Stuttgart 1987
 Verlag W. Kohlhammer
 zit.: "Autor", Soergel
- Sohm, Rudolph
 Institutionen
 Geschichte und System des Römischen
 Privatrechts
 13. Auflage

Verlag von Duncker & Humblot
Leipzig 1908
zit.: Sohm, röm. PrivatR

J. von Staudinger

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
13. Auflage, fünftes Buch, §§ 2087 – 2196
Berlin 1996
13. Auflage, viertes Buch, §§ 1896 – 1921
Berlin 1999
13. Auflage, erstes Buch, §§ 164 – 240
Berlin 1995
14. Auflage, drittes Buch, §§ 854 - 882
Berlin 2000
Sellier - de Gruyter
zit.: "Autor", Staudinger

Stein, Friedrich; Jonas

Kommentar zur Zivilprozessordnung
Band 3, §§ 253 – 299a
21. Auflage
J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)
Tübingen 1997
zit.: „Autor“, Stein, Jonas, ZPO

Stöber, Kurt

GBO- Verfahren und Grundstückssachenrecht
2. Auflage
C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
München 1998
zit.: Stöber, GBO

Timmann, Jan

Vor- und Nacherbschaft innerhalb der
zweigliedrigen OHG und KG
Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht
Band 85
Verlag Recht und Wirtschaft GmbH
Heidelberg 2000
zit.: Timmann, Vor- und Nacherbschaft

Triebel, Franz

Güthes Grundbuchordnung für das deutsche
Reich
erster Band, 6. Auflage
Verlag Franz Vahlen
Berlin 1936
zit.: Güthe, Triebel, GBO

Tröster, Herbert

Die grundbuchrechtliche Behandlung des
Ersuchens nach § 19 ZVG bei Vorliegen
unerledigter Eintragungsanträge
in: Der Deutsche Rechtspfleger, S. 337 ff.
Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH
Bielefeld 1985
zit.: Tröster, Rpfleger 1985

Voigt, Moritz

Römische Rechtsgeschichte

Band 2

Neudruck der Ausgabe Stuttgart 1899, J.G.

Cotta'sche Buchhandlung Nachf. GmbH Stuttgart

Scientia Verlag

Aalen 1963

zit.: Voigt, röm. Rechtsgeschichte

Wiech, Tilo

Der Nacherbenschutz gemäß § 823 BGB

Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 228

Duncker & Humblot Verlag

Berlin 1999

zit.: Wiech, Nacherbenschutz