

---

**Datum:** 21.01.2020  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 15. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 15 W 433/19  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2020:0121.15W433.19.00

---

**Schlagworte:** Nacherbenvermerk, Entgeltlichkeit, Vorausvermächtnis, Erbschein  
**Normen:** BGB §§ 2110 Abs. 2, 2113; GBO § 51

**Leitsätze:**

Ist mehreren Vorerben durch notarielle Verfügung von Todes wegen ein Vorausvermächtnis an einem Grundstück zugewandt worden und erfolgt die Übertragung dieses Grundstücks in Erfüllung dieses Vorausvermächtnisses, so ist die Entgeltlichkeit dieser Verfügung nachgewiesen.

Bei einer Mehrheit von Vorerben ist das Vorausvermächtnis nicht in dem Erbschein aufzunehmen.

---

**Tenor:**

Die Zwischenverfügung wird aufgehoben.

---

**Gründe:**

- I. 2
- In dem Grundbuch von M Blatt ##32 ist Herr L. H. als Alleineigentümer eingetragen. Aus seiner Ehe mit Frau J. H. sind vier Kinder hervorgegangen, die Beteiligten zu 1) bis 4) dieses Verfahrens. 3
- Mit handschriftlichem Ehegattentestament vom 12.01.2016 setzten die Eheleute L. und J. H. sich gegenseitig zu Alleinerben ein. Für die vier Kinder setzten sie unter I. ihres gemeinschaftlichen Testaments Vorausvermächtnisse aus, u. a. sollte das Grundstück an der 4

X-Straße in M – der hier betroffene Grundbesitz – für den Fall, dass L. H. als Erster versterben würde, zu gleichen Teilen auf die gemeinsamen Kinder übergehen.

Unter II. ihres handschriftlichen Testaments bestimmten die Eheleute H u. a. das Folgende: 5

*“Sollten wir ... in Folge eines einheitlichen Ereignisses versterben oder aber nach dem Tod des Letztversterbenden von uns gilt:* 6

*Unsere gemeinsamen leiblichen Abkömmlinge sind Erben zu gleichen Teilen.* 7

... 8

*Sollte die Ehefrau Letztversterbende sein, so erhalten die Abkömmlinge als Vorabvermächtnis ohne Anrechnung auf ihren Erbteil die Vermächtnisse die unter I. aufgeführt sind.* 9

... 10

*Die Abkömmlinge sind nicht befreite Vorerben bzw. Vorvermächtnisnehmer. Sie sind befreit, soweit das Gesetz eine Befreiung zulässt. Nacherben bzw. Nachvermächtnisnehmer sind deren Abkömmlinge zu gleichen Teilen ...”* 11

Herr L. H. verstarb am 21.11.2018. Das vorgenannte Ehegattentestament wurde am 22.01.2019 eröffnet (AG Tecklenburg 26 IV 27/19). 12

Mit der am 7.02.2019 beim Nachlassgericht eingegangenen notariellen Urkunde vom 6.02.2019 (UR-Nr.##7/2019 der Notarin JUDr. G in M) erklärte Frau J. H. die Ausschlagung der Erbschaft. 13

Auf den Antrag des Beteiligten zu 2) erteilte das Nachlassgericht unter dem 15.04.2019 einen Erbschein, der die Beteiligten zu 1) bis 4) als Miterben zu je  $\frac{1}{4}$  ausweist. Der Erbschein enthält zudem den Hinweis, dass Nacherbfolge angeordnet ist und Nacherben die leiblichen Abkömmlinge der Beteiligten zu 1) bis 4) sind (AG Tecklenburg 26 VI 83/19). 14

In dem notariellen Vertrag vom 17.05.2019 (UR-Nr.##6/2019 der Notarin JUDr. G) haben die Beteiligten zu 1) bis 4) einen “Vertrag über eine Erbauseinandersetzung” geschlossen. Nach der Vorbemerkung, dass sie sich über den weiteren Nachlass schon auseinander gesetzt haben, haben sich die Beteiligten zu 1) bis 4) über die Immobilien, Fondsbeteiligungen und Unternehmen auseinander gesetzt. 15

Die hier in Rede stehende Immobilie sollen die Beteiligten zu 1) und 4) zu je  $\frac{1}{2}$  Miteigentumsanteil erhalten. Sodann haben die Beteiligten zu 1) bis 4) als Erbengemeinschaft nach L. H. je  $\frac{1}{2}$  Miteigentumsanteil auf die Beteiligten zu 1) und 4) übertragen und die Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch beantragt. 16

Mit Zwischenverfügung vom 5.08.2019 hat das Grundbuchamt den Vollzug der Eigentumsumschreibung davon abhängig gemacht, dass die Beteiligten zu 1) bis 4) entweder nachweisen, dass die Verfügung über das Grundstück nicht unentgeltlich nach § 2113 Abs. 2 BGB erfolgt ist, oder aber die Zustimmung der Nacherben zu dieser Verfügung in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Gegen diese Verfügung richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1) bis 4) vom 22.10.2019, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 23.10.2019 nicht abgeholfen und die es dem Senat zur Entscheidung vorgelegt hat. 17

## II.

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1) bis 4) gegen die Zwischenverfügung ist zulässig (§ 71 GBO) und führt in der Sache zu deren Aufhebung. 19

Entgegen der vom Grundbuchamt in der Zwischenverfügung vertretenen Rechtauffassung kann der Vollzug der Eigentumsumschreibung nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Entgeltlichkeit der Verfügung nachgewiesen wird, was regelmäßig nicht in der Form des § 29 GBO, sondern nur im Wege des Freibeweises erfolgen kann, oder eine grundbuchmäßige Zustimmung der Nacherben zu dieser Verfügung erfolgt. 20

Das Grundbuchamt hat bei seiner rechtlichen Beurteilung nicht beachtet, dass der hier relevante Grundbesitz nicht der Nacherbfolge unterliegt, weil er den Beteiligten zu 1) bis 4) im Wege des Vorausvermächtnisses zugewandt worden ist (§ 2110 Abs. 2 BGB), und zwar zu freiem Recht (vgl. dazu nur Staudinger/Otte (2013), § 2110 Rn. 10). Da die Übertragung des Grundbesitzes letztlich in Erfüllung des Vorausvermächtnisses erfolgt, ist sie entgeltlich. 21

Das Nachlassgericht ist bei der Erteilung des Erbscheins im Wege der Auslegung zutreffend zu dem Ergebnis gekommen, dass der Erblasser die Beteiligten zu 1) bis 4) nicht nur für die Fälle des gleichzeitigen Todes und des Zuletztversterbens des Erblassers zu seinen anteiligen Erben eingesetzt hat, sondern auch für den hier eingetretenen Fall, dass die Erbschaft der Ehefrau aufgrund der von ihr erklärten Ausschlagung nicht anfällt. Dabei hat das Nachlassgericht die Beteiligten zu 1) bis 4) in dem erteilten Erbschein zutreffend nur als Vorerben ausgewiesen. 22

Das bedeutet aber nicht, dass zwangsläufig alle Nachlassgegenstände dem Nacherbenrecht unterliegen. Nach § 2110 Abs. 2 BGB erstreckt sich das Recht der Nacherben im Zweifel nicht auf ein dem Vorerben zugewandtes Vorausvermächtnis. Ob dem Vorerben / den Vorerben ein Vorausvermächtnis zu freiem Recht zugewandt worden ist, ist im Wege der Auslegung zu klären. 23

Die dem Grundbuchamt mögliche Auslegung des Ehegattentestaments ergibt, dass der Erblasser den vier Beteiligten den hier relevanten Grundbesitz im Wege des Vorausvermächtnisses zu freiem Recht zugewandt hat. 24

Ausdrücklich hat der Erblasser den Beteiligten zu 1) bis 4) die Vorausvermächtnisse nur für den Fall zugewandt, dass die Ehefrau Letztversterbende ist. Für den Fall, dass die Ehefrau Erbin geworden wäre, hätte sie die Vermächtnisse gegenüber den Beteiligten zu 1) bis 4) erfüllen müssen (I. des gemeinschaftlichen Testaments). Aus der Zusammenschau dieser Verfügungen ergibt sich eindeutige Wille des Erblassers, dass die vier Kinder den hier relevanten Grundbesitz in jedem Fall als Vorausvermächtnis und ohne Einschränkung gegenüber ihren Nacherben erhalten sollten. Im Falle des Letztversterbens der Ehefrau macht die Zuwendung eines Vorausvermächtnisses an die Vorerben zu freiem Recht nur noch in deren Verhältnis zu den Nacherben Sinn. Entsprechendes gilt, wenn die Ehefrau aufgrund der von ihr erklärten Ausschlagung nicht Erbin wird und deshalb die Vermächtnisse nicht erfüllen kann. Die testierenden Eheleute haben in dem von ihnen errichteten Testament auch deutlich zwischen Vor- und Nacherbschaft auf der einen Seite und Vorausvermächtnis / Nachvermächtnis auf der anderen Seite differenziert. 25

Die Beteiligten zu 1) bis 4) hatten daher einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die aus ihnen bestehende Erbengemeinschaft auf Übertragung des hier relevanten Grundbesitzes im Wege des Vorausvermächtnisses. Dieser Anspruch unterlag nicht dem 26

Zustimmungsvorbehalt der Nacherben. Vorliegend haben die Beteiligten zu 1) bis 4) als Erbengemeinschaft aufgrund der zwischen ihnen erzielten Einigung den Grundbesitz nicht erst an alle Miterben übertragen, sondern nur an die beiden von ihnen gemeinsam bestimmten Miterben. Dieses ist nicht zu beanstanden. Zustimmungsvorbehalte der Nacherben hätten sich auch bei einer Übertragung des Eigentums auf alle vier Miterben und die nachfolgende Übertragung von diesen auf die Beteiligten zu 1) und 4) nicht ergeben. Konstruktiv kann in dem Verzicht auf die Übertragung des Vermächtnisgegenstands auch auf die Beteiligten zu 2) und 3) als Vermächtnisnehmer eine Ausschlagung dieses Vermächnisses gesehen werden. Dass die Beteiligten zu 1) bis 4) die ihrer dinglichen Übertragung zugrunde liegende schuldrechtliche Grundlage als Erbauseinandersetzung bezeichnet haben, stellt die Wirksamkeit der Übertragung nicht in Frage.

Der Erbschein vom 15.04.2019 steht der entsprechenden Auslegung nicht entgegen. 27

Nach der überwiegenden Rechtsprechung und Literatur ist ein Vorausvermächtnis nur dann ausdrücklich im Erbschein auszuweisen, wenn es einen einzigen Vorerben gibt (BGHZ 32, 60; Senat Z Erb 2015, 288; OLG Hamburg FGPrax 2016, 133; Burandt/Rojahn/Lang, BGB, 3. Auflage, § 2110 Rn.7; BeckOK-Litzenburger, BGB, 51. Edition 2019, § 2110 Rn.5). Bei einer Mehrheit von Vorerben hat der Miterbe / haben die Miterben, dem / denen ein Vorausvermächtnis zusteht, einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Erbengemeinschaft auf Übertragung des Vermächtnisgegenstands (Burandt/Rojahn/Lang, a. a. O.). Allerdings unterliegt auch in diesem Fall die Verfügung der Vorerben in Erfüllung des Vorausvermächnisses nicht den Beschränkungen des § 2113 BGB, weil sie entgeltlich erfolgt. Das Bestehen des Vorausvermächnisses ist aber nicht in den Erbschein aufzunehmen. 28

Eine Kostenentscheidung, eine Entscheidung zur Wertfestsetzung und eine Entscheidung zur Zulassung der Rechtsbeschwerde sind wegen des Erfolgs der Beschwerde nicht veranlasst. 29