

Ein Gegenwert, der nicht in den Nachlass gelangt, ist für die Frage der Entgeltlichkeit nicht zu berücksichtigen

a) Da die Entgeltlichkeit nachzuweisen ist, kann nicht lediglich auf die Auflassung abgestellt werden. Die Auflassung ist als abstrakt-dingliches Geschäft neutral. Mit heranzuziehen ist also der der Auflassung zugrundeliegende schuldrechtliche Vertrag. Aus diesem ergibt sich einerseits eine im Verhältnis des Bet. zu 1) zu den Bet. zu 2) und 3) entgeltliche Verfügung, andererseits aber auch, dass der Gegenwert nicht in den Nachlass gelangen, sondern an eine als Vermächtnisnehmer bezeichnete Person gezahlt werden sollte, und, wie sich schon aus der durch den Notar namens des Veräußerers erklärten Eintragungsbewilligung und der Stellung des Eintragungsantrags ergibt, auch gezahlt wurde. Ein Gegenwert, der nicht in den Nachlass gelangt, ist für die Frage der Entgeltlichkeit nicht zu berücksichtigen (vgl. z. B. Burandt/Rojahn/Heckschen, Erbrecht, § 2205 BGB Rn. 9; Staudinger/Reimann, BGB, Neubearb. 2012, § 2205 Rn. 43 m. w. N.). Dies wäre anders zu beurteilen, wenn die Gegenleistung zunächst in den Nachlass gelangen sollte, da es für die Beurteilung der Unentgeltlichkeit ohne Bedeutung ist, wie der Testamentsvollstrecker die Gegenleistung weiter verwendet.

Es kommt auf die Wirksamkeit der in Rede stehenden letztwilligen Verfügung an

b) Damit kommt es darauf an, ob der im Vertrag als solcher bezeichnete Vermächtnisnehmer dies tatsächlich ist. Die Leistung, die zur Erfüllung einer vermeintlichen, in Wahrheit nicht bestehenden Nachlassverbindlichkeit vorgenommen wird, ist objektiv nämlich ebenfalls eine unentgeltliche (vgl. Burandt/Rojahn/Heckschen, § 2205 Rn. 9; Staudinger/Reimann, § 2205 Rn. 44).

Ob xxx Vermächtnisnehmer ist, hängt davon ab, ob das Testament vom 1. 6. 2011 (nach Vortrag des Testamentsvollstreckers vom 3. 6. 2011) – seine Wirksamkeit vorausgesetzt – widerrufen wurde.

Widerrufen werden kann die Einsetzung als Vermächtnisnehmer wiederum durch Testament (§ 2254 BGB). Das mit „Vermächtnis“ überschriebene Schriftstück vom 27. 7. 2011 erfüllt die Formvorschrift des § 2247 BGB. Die Bezeichnung als „Testament“ ist nicht erforderlich (vgl. Staudinger/Baumann, § 2247 Rn. 50). Die Überschrift „Vermächtnis“ entspricht dem Inhalt, nämlich dass Vermächtnisse zugewandt und frühere Vermächtnisse widerrufen werden. Zumindest auf den ersten Blick handelt es sich auch nicht um eine „vorsorglich gefertigte Zweitschrift“ oder lediglich eine Abschrift (vgl. Staudinger/Baumann, § 2247 Rn. 114). Zwar ist das Testament gleichlautend mit dem der Verfügung vom 1. 6. 2011 beigefügten Vermächtnis. Es trägt aber ein späteres Datum. Die schriftlich niedergelegte Erklärung muss außerdem mit Testierwillen abgegeben worden sein, also auf dem ernstlichen Willen des Erblassers beruhen, ein Testament zu errichten und rechtsverbindliche Anordnungen über sein Vermögen nach seinem Tod zu treffen. Bei einem formgerecht abgefassten und inhaltlich vollständigen Testament ist dies aber in der Regel nicht zweifelhaft (vgl. Palandt/

Weidlich, § 2247 Rn. 5; Staudinger/Baumann, § 2247 Rn. 25). Soweit der Bet. zu 1) darlegt, dass die Ast. eine Reihe von Abschriften gefertigt habe, widerlegt dies das Vorhandensein eines Testierwillens nicht.

Zwar ist der Testierwille grundsätzlich nachzuweisen (vgl. Palandt/Weidlich, § 2247 Rn. 17 und § 2084 Rn. 15). Der Bet. zu 1) hat aber darzulegen, dass die Leistung zur Erfüllung eines Vermächtnisses erfolgte, xxx also Vermächtnisnehmer ist. Da sich an der Gültigkeit des Vermächtnisses wegen des im Raum stehenden Widerrufs Zweifel ergeben, hat er diese zur Überzeugung des Senats (siehe § 74 GBO) auszuräumen. Hierfür sind die Darlegungen nicht ausreichend. Das Schriftstück vom 27. 7. 2011 weist ein anderes – späteres – Datum auf. Denkbar wäre zwar, dass die Erblasserin das bereits ihrem anwaltlichen Vertreter übergebene „Vermächtnis“ für einen weiteren Vermächtnisnehmer noch einmal ausfertigen wollte, dem sie das Schriftstück schließlich auch übergeben hat. Die von allen Bet. als testierfähig bezeichnete Erblasserin hat aber unter Einhaltung der Formvorschrift des § 2247 BGB den Text handschriftlich noch einmal niedergelegt unter Aufhebung sämtlicher früheren Testamente – also auch desjenigen vom 1. 6. Als eine Möglichkeit unter vielen ist sicher nicht auszuschließen, dass sie den ihr vorgegebenen Text noch einmal entweder mechanisch abgeschrieben hat oder aber davon ausgegangen ist, dass der Widerruf (nur) die Verfügungen vor dem 1. 6. 2011 erfasst. Sicher feststellen lässt sich dies aber aufgrund der Angaben und Darlegungen des Bet. zu 1) nicht. Der Senat hat als Möglichkeit deshalb auch in Betracht zu ziehen, dass entsprechend der oben genannten Vermutung die ursprüngliche Vermächtniseinsetzung widerrufen wurde. Mit den Erklärungen des Testamentsvollstreckers allein lässt sich ein anderes Ergebnis nicht nachweisen. Ob dies in einem Rechtsstreit möglich ist, in dem andere Beweismittel zur Verfügung stehen – ggf. auch andere Beweisregeln gelten –, ist vom Senat nicht zu entscheiden.

6. Erbrecht – Unwiderruflicher Untergang des Vorkaufsrechts eines Miterben bei Veräußerung seines Erbteils

(*OLG Düsseldorf*, Urteil vom 22. 2. 2013 – 7 U 175/11)

BGB §§ 473; 2034; 2035

- 1. Das Vorkaufsrecht eines Miterben geht bei der Veräußerung seines Erbanteils unabhängig davon, ob sie durch vorweggenommene Erbfolge motiviert ist, nicht auf den Erwerber über und lebt auch dann nicht wieder auf, wenn der Erwerber den Veräußerer beerbt (Anschluss BGH, 19. 1. 2011, IV ZR 169/10, BGHZ 188, 109).**
- 2. Vereinbaren Miterben notariell, dass die Auseinandersetzung des Nachlasses für immer und auch mit Wirkung für und gegen spätere Rechtsnachfolger ausgeschlossen sein soll, liegt darin nicht zugleich die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts zugunsten der Miterben und ihrer Rechtsnachfolger.**

Zur Einordnung:

Nach § 2034 Abs. 1 BGB sind die übrigen Miterben zum Vorkauf berechtigt, wenn ein Miterbe seinen Anteil an einen Dritten verkauft. Ist ein Erbteil vor dem vorkaufsrechtsrelevanten Verkauf bereits durch rechtsgeschäftliche Veräußerung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übergegangen, stellt sich die Frage, ob der rechtsgeschäftliche Erwerber bei Vorliegen eines Vorkaufsfalles vorkaufsberechtigt ist.

Im Anschluss an die Entscheidung des BGH vom 19. 1. 2011 (IV ZR 169/10 – BGHZ 188, 109 = RNotZ 2011, 261) geht nun auch das OLG Düsseldorf davon aus, dass das Vorkaufsrecht eines Miterben bei der Veräußerung seines Erbanteils unabhängig davon, ob sie durch vorweggenommene Erbfolge motiviert ist, nicht auf den Erwerber übergeht. Zwar behält der Miterbe die Erbenstellung, er verliert jedoch infolge der Übertragung seine gesamthänderische Beteiligung am Nachlass, die auf den Erwerber übergeht. Damit verliert der aus der Erbengemeinschaft ausgeschiedene Miterbe zugleich sein Vorkaufsrecht. Dieses Vorkaufsrecht lebt auch nicht wieder für den Fall auf, dass der Erwerber den Veräußerer beerbt.

Das Gericht schließt sich mit dieser Entscheidung der Rechtsprechung des BGH an, die von der überwiegenden Literatur ebenfalls geteilt wird (vgl. OLG München ErbR 2010, 262; Wendt/Rudy, ErbR 2010, S. 250; Herrler, ZEV 2011, S. 249; Palandt-Weidlich, BGB, 72. Aufl. 2013, § 2034 Rn. 2; Jauernig-Stürner, BGB, 14. Aufl. 2011, § 2034 Rn. 6; a. A. Muscheler, JR 2012, S. 113). Bei einer rechtsgeschäftlichen Abtretung eines Erbteils geht das Vorkaufsrecht des veräußernden Miterben nach § 2034 Abs. 1 BGB endgültig unter.

Die Schriftleitung (AG)

Zum Sachverhalt:

I. Die Kl. sind Erben ihrer Tanten A. und M. N., denen (sowie dem Vater der Kl. R.U. und dessen Vater W.U.) im Juli 1969 von ihrer Mutter E.U. deren halber Erbanteil am Nachlass des C.G. zu je 1/8 im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen wurde. Der andere halbe Erbanteil am Nachlass des C.G. ist von der Miterbin M.I. im März 1969 auf ihre Tochter E. J. übertragen und von dieser durch notariellen Vertrag vom 10. 11. 2010 an die Bekl. verkauft worden.

Im Hinblick auf diesen Verkauf nehmen die Kl. für sich ein Vorkaufsrecht in Anspruch, das sie mit Schreiben vom 29. 11. 2010 gegenüber Frau J. ausgeübt haben.

Das LG, auf dessen Urteil – auch wegen der gestellten Anträge – gem. § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat die Klage abgewiesen und ein Vorkaufsrecht der Kl. nach §§ 2034, 2035 BGB verneint. Den Erblasserinnen der Kl. habe schon, da sie den Erbanteil rechtsgeschäftlich erworben hätten, kein Vorkaufsrecht zugestanden; deshalb stehe auch den Kl. kein solches zu.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Kl., die argumentieren, dass berücksichtigt werden müsse, dass die Erblasserinnen der Kl. den Erbanteil ihrerseits im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erworben hätten. Unter Hinweis auf eine Literaturmeinung sind die Kl. der Auffassung, dass der gesetzliche

Erbe, der einen Erbteil im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erwerbe, kein Dritter i. S. d. § 2034 Abs. 1 BGB sei, so dass der Verkauf an ihn kein Vorkaufsrecht der übrigen Miterben auslöse; jedoch löse umgekehrt ein Verkauf durch einen derartigen Miterben an einen Dritten das Vorkaufsrecht der übrigen Miterben aus.

Die Kl. teilen die Auffassung des BGH im Urteil vom 19. 1. 2011 (BGHZ 188, 109 = ZEV 2011, 248 = RNotZ 2011, 261), der auch das LG gefolgt ist, nicht. Eine Rückkehr in die Erbengemeinschaft sei zumindest dann zuzulassen, wenn der veräußernde Miterbe seinen ursprünglichen Erbteil wiedererwerbe. Zudem hätten die seinerzeit aktuellen und ehemaligen Mitglieder der Erbengemeinschaft in der notariellen Urkunde vom 13. 12. 1973 vereinbart, dass die Auseinandersetzung des Nachlasses für immer ausgeschlossen sein sollte. Damit hätten die damaligen den Erbanteil erwerbenden Erben nach Frau M. und nach Frau E. U. zum Ausdruck gebracht, dass sie zum Schutz der Erbengemeinschaft auch die Abwehrfunktion des Vorkaufsrechts benötigten. Es sei der Wille der Erbengemeinschaft nach Herrn C.G. gewesen, dass die Erbengemeinschaft auf ewig zusammenhalten und bestehen sollte. Die Intention der Bekl. sei es aber, die übrigen Mitglieder der Erbengemeinschaft wirtschaftlich „auszuhungern“, um deren Anteile zu erwerben.

Die Kl. beantragen:

1. Das Urteil des LG Düsseldorf vom 14. 10. 2011 wird „aufgehoben“.
2. Die Bekl. wird verurteilt, den von ihr gehaltenen Erbteil von ½ der Erbengemeinschaft nach dem am 17. 5. 1921 verstorbenen C. G. an sie Zug um Zug gegen Zahlung von 3 151 900,- € zu übertragen und die entsprechende Grundbuchberichtigung im Grundbuch von Q, AG D., Blatt X, Flur Y Nr.Z zu bewilligen.

Die Bekl. beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Bekl. verteidigt das zu ihren Gunsten ergangene Urteil des LG und führt ergänzend aus, der – auch vom LG zitierten – Entscheidung des BGH (ZEV 2011, 248 = RNotZ 2011, 261) habe die gleiche Konstellation wie hier zugrunde gelegen, dass der lebzeitige Erbteilserwerber später auch Erbe geworden sei, was nicht zum Aufleben eines Vorkaufsrechts habe führen können. Die in der Literatur gegen diese Entscheidung vorgebrachten Argumente seien nicht tragfähig. Die Rechtsposition des bereits unter Lebenden mit dem Erbanteil Begünstigten sei keineswegs mit derjenigen gleichzusetzen, die er von Todes wegen erwarten könne. Der hier vertraglich vereinbarte Ausschluss der Erbauseinandersetzung führe weder zu einer „Rekonstruktion“ des durch rechtsgeschäftliche Veräußerung erloschenen gesetzlichen Vorkaufsrechts noch zur Annahme eines vertraglichen Vorkaufsrechts.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen ergänzend Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II. Die zulässige Berufung der Kl. hat in der Sache keinen Erfolg.

Wie das LG zutreffend erkannt hat, steht ihnen kein Vorkaufsrecht nach § 2034 Abs. 1 BGB zu, so dass sie nicht in entsprechender Anwendung des § 2035 Abs. 1 S. 1 BGB (vgl. dazu Damrau-Rißmann, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl., § 2035 Rn. 7) von der Bekl. als Erwerberin des halben Erbanteils der Frau E. J. die Rückübertragung verlangen können.

Durch rechtsgeschäftliche Abtretung des Erbanteils ist das Vorkaufsrecht endgültig untergegangen

Durch die Erbfolge nach ihren Tanten A. und M. N. konnten die Kl. kein Vorkaufsrecht erwerben, weil schon die Erblasserinnen kein solches hatten. Diese sind nämlich nicht durch Erbfolge, sondern durch rechtsgeschäftliche (zu Lebzeiten erfolgte) Abtretung des Erbanteils von ihrer Mutter E. U. „im Wege der vorweggenommenen Erbfolge“ in die Erbengemeinschaft eingetreten, wodurch das Vorkaufsrecht, das E. U. als Miterbin ursprünglich hatte, endgültig untergegangen ist und von A. und M. N., als sie später ihre Mutter beerbten, auch nicht mehr im Wege der Erbfolge erworben werden konnte. Die Erblasserinnen sind somit nicht „übrige Miterben“ und damit nicht vorkaufsberechtigt i. S. v. § 2034 Abs. 1 BGB gewesen.

Der BGH hat in der bereits zitierten Entscheidung ausgeführt, dass das Vorkaufsrecht eines Miterben bei der Veräußerung eines Erbanteils unabhängig davon, ob sie durch vorweggenommene Erbfolge motiviert sei, nicht auf den Erwerber übergehe. Der Miterbe behalte zwar die Eigenschaft und Stellung als Erbe, er verliere aber infolge der Übertragung seine gesamthänderische Beteiligung am Nachlass, die auf den Erwerber übergehe. Damit verliere der vollständig aus der Erbengemeinschaft ausgeschiedene Miterbe zugleich sein Vorkaufsrecht. Er bedürfe keines Schutzes mehr vor dem Eindringen Dritter in die Erbengemeinschaft oder einer Verstärkung ihrer Beteiligung hieran. Das Vorkaufsrecht sei zwar gemäß § 2034 Abs. 2 S. 2 BGB vererbbar, es sei aber nicht durch Rechtsgeschäft unter Lebenden übertragbar. Die Anerkennung der Vorkaufsberechtigung, wenn der – rechtsgeschäftliche – Erbteilserwerber später als Erbe des veräußernden Miterben in die Erbengemeinschaft eintrete, bedeutete indes eine vom Gesetz gerade ausgeschlossene Öffnung der Verkehrsfähigkeit des Vorkaufsrechts. Dieses gesetzliche Gestaltungsrecht sei lediglich dem ursprünglichen Miterben und ihren Erbeserben vorbehalten, die es im Erbgang erhielten. Der Erbteilserwerber und spätere Erbeserbe habe kein schutzwürdiges Interesse an der Abwehrfunktion des Vorkaufsrechts, weil er zunächst aus freiem Entschluss in die Erbengemeinschaft eingetreten sei und das Risiko künftigen Gemeinschafterwechsels tragen müsse. Daran ändere seine nachfolgende Erbenstellung nach dem veräußernden Miterben nichts. Wer – durch Rechtsgeschäft – vorzeitig in die Erbengemeinschaft eintreten wolle, habe es hinzunehmen, dass er dies ohne den Schutz des Vorkaufsrechts, das für ihn endgültig untergegangen sei, tun müsse (BGH ZEV 2011, 248 = RNotZ 2011, 261 m. w. N.).

Dieser Auffassung schließt sich der Senat an (ebenso OLG München ErbR 2010, 262; Wendt/Rudy, ErbR 2010, 250; Herrler, ZEV 2011, 249; Palandt-Weidlich, BGB, 72. Aufl., § 2034 Rn 2; JurisPK-BGB/Otto, 6.A. 2012, § 2034 Rn 7; Jauernig-Stürner, BGB, 14. Aufl., § 2034 Rn. 6). § 2034 Abs. 2 S. 2 BGB trifft nur im Hinblick auf die Vererblichkeit für das Miterben-Vorkaufsrecht eine andere Bestimmung als § 473 S. 1 BGB, der regelt, dass das Vorkaufsrecht grundsätzlich nicht übertragbar ist und nicht auf die Erben des Berechtigten übergeht. Aus dieser Sonderregelung ergibt sich,

dass es im Übrigen bei der Unübertragbarkeit bleiben soll.

Dadurch, dass der Erbteilsveräußerer aus der Erbengemeinschaft ausscheidet, erfüllt er nicht mehr die Anspruchsvoraussetzungen des § 2034 Abs. 1 BGB, so dass er seine Vorkaufsberechtigung verliert und auch später nicht mehr im Wege der Erbfolge weitergeben kann.

Dem Vorschlag Muschelers (JR 2012, 113), das Vorkaufsrecht auf Seiten des Erbteilsveräußerers nicht untergehen zu lassen, sondern es in eine Art Ruhezustand zu versetzen, mit der Folge, dass noch etwas, und sei es auch nur eine „leere Hülse“, vorhanden ist, was beim Tod des Veräußerers dann auf den Erben übergehen und durch die Wiedervereinigung von Miterbenstellung und Erbteil zum Wiederaufleben des Vorkaufsrechts führen kann, vermag der Senat nicht zu folgen. Es ist völlig ungewiss, ob und wann es zu einem solchen Zusammenfall kommen wird. Gerade der vorliegende Fall, in dem alle Miterben durch rechtsgeschäftliche Übertragung ihrer Anteile die ursprüngliche Erbengemeinschaft zu einer ausschließlich aus Erbteilserwerbern bestehenden Erbengemeinschaft gemacht hatten, verdeutlicht, dass eine solche Erbengemeinschaft keines Schutzes durch ein Vorkaufsrecht mehr bedarf, wenn dann irgendwann später Erbteilserwerber zu Erben berufen werden.

Soweit sich die Kl. in der Berufungsbegründung auf eine ihrer Auffassung nach abweichende Literaturmeinung von Herrler (ZEV 2010, 72) berufen, übersehen sie, dass Herrler in seiner aktuelleren Anmerkung (ZEV 2011, 249) zu der zitierten BGH-Entscheidung dieser zustimmt.

Der Ausschluss der Auseinandersetzung enthält nicht zugleich die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts

Eine andere Beurteilung ergibt sich im vorliegenden Fall auch nicht dadurch, dass sämtliche Erbteilserwerber und die Erbinnen im Dezember 1973 durch notariell beurkundeten Vertrag vereinbart haben, dass die Auseinandersetzung des Nachlasses nach den Eheleuten C. und A. G. für immer und auch mit Wirkung für und gegen spätere Rechtsnachfolger ausgeschlossen sein sollte. Im Verhältnis der Parteien dieses Rechtsstreits wäre diese Vereinbarung, die grundsätzlich nur schuldrechtliche Wirkung zwischen den an ihr Bet. hat, nur dann erheblich, wenn sie zu einem Vorkaufsrecht nach § 2034 führen würde, so dass die Kl. in entsprechender Anwendung des § 2035 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Rücküberweisung gegen die Bekl. als Erwerberin hätten. Selbst wenn man die Vereinbarung vom 13. 12. 1973 als Veräußerungsverbot oder vertragliches Vorkaufsrecht auslegen würde, was der Senat für zu weitgehend hielte, hätten die Kl. als Rechtsnachfolger von A. und M. N. hieraus keine Rechte gegenüber der Bekl. sondern allenfalls gegenüber der Veräußerin Frau I. Über den Ausschluss einer Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft konnten die Rechtsfolgen, die die rechtsgeschäftliche Übertragung der Erbanteile im Jahre 1969 erzeugt hat, nicht rückgängig gemacht werden, und es konnte somit kein gesetzliches Vorkaufsrecht generiert werden.