

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

EuErbVO Art. 21, 28, 34, 10, 11, 13 – Philippinen: Erbausschlagung nach deutschem Erbrecht bei letztem gewöhnlichem Aufenthalt des Erblassers auf den Philippinen; internationale Zuständigkeit; Notzuständigkeit

BGB § 1856 Abs. 1; ZPO §§ 169, 173, 371a Abs. 3, 415 Abs. 1; FamFG §§ 40 Abs. 2, 41, 46; GBO § 29 Abs. 1 – Einreichen einer elektronisch beglaubigten Abschrift eines gerichtlichen Genehmigungsbeschlusses beim Grundbuchamt

HGB § 49 Abs. 2; BauO NRW § 85 – Umfang einer Prokura; Begründung von Baulasten

BGB §§ 2314, 2325 – Behandlung strittiger Positionen im Nachlassverzeichnis; pflichtteilsrechtliche Behandlung einer Schenkung an den Ehegatten bei Vorversterben des beschenkten Ehegatten; Vermeidung einer doppelten Begünstigung

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### **EuErbVO Art. 21, 28, 34, 10, 11, 13 Philippinen: Erbausschlagung nach deutschem Erbrecht bei letztem ge- wöhnlichem Aufenthalt des Erblassers auf den Philippinen; internationale Zu- ständigkeit; Notzuständigkeit**

##### **I. Sachverhalt**

Es soll eine Erbschaft ausgeschlagen werden. Der Erblasser war ausschließlich deutscher Staatsangehöriger und wohnte bis 2019 Deutschland. Seit 2019 befand sich der Wohnsitz des Erblassers auf den Philippinen in der Provinz Bataan. Der Erblasser ist am 9.1.2024 auf den Philippinen verstorben. Er hat keine Verfügung von Todes wegen

hinterlassen und keine Rechtswahl getroffen. Der Erblasser hat in Deutschland keine aktiven Vermögenswerte hinterlassen.

Der Sohn des Erblassers möchte die Erbschaft ausschlagen. Er ist neben seinen Geschwistern (und ggf. seiner Mutter) als gesetzlicher Erbe berufen.

##### **II. Fragen**

1. Welcher Rechtsordnung unterliegt die Rechtsnachfolge von Todes wegen? Gilt dieses Recht auch für die Erbausschlagung?

2. Welches Gericht ist international und örtlich zuständig für die Entgegennahme der Ausschlagungserklärung?

##### **III. Zur Rechtslage**

###### **1. Erbstatut**

Die Erbfolge richtet sich aus deutscher Sicht nach den Vorschriften der Europäischen Erbrechtsver-

ordnung, weil der Erbfall nach dem 17.8.2015 eingetreten ist (Art. 83 Abs. 1 EuErbVO).

Die Verordnung knüpft das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbare Recht gem. **Art. 21 Abs. 1 EuErbVO** mangels einer vorrangig zu beachtenden Rechtswahl an den **gewöhnlichen Aufenthalt** des Erblassers im **Zeitpunkt seines Todes** an. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts wird in den Erwägungsgründen 23, 24 EuErbVO näher umschrieben. Danach ist eine Gesamtbeurteilung der Lebensumstände vorzunehmen, auch unter Berücksichtigung von Dauer und Regelmäßigkeit von Besuchen, der besonders engen Bindung an einen Staat, der Sprachkenntnisse, der familiären und sozialen Bindungen der betreffenden Person sowie der Lage des Vermögens (vgl. MünchKommBGB/Dutta, 9. Aufl. 2024, Art. 4 EuErbVO Rn. 4 f.; Dutta/Weber/Bauer, Internationales Erbrecht, 2. Aufl. 2020, Art. 21 EuErbVO Rn. 3 ff.; Köhler, in: Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, Internationales Erbrecht, 2. Aufl. 2017, Teil 1 § 4 Rn. 13 ff.). Neben diesen objektiven Elementen zur Begründung eines neuen gewöhnlichen Aufenthalts kommt es auch auf den nach außen manifestierten Bleibe- und Aufenthaltswillen des Erblassers an. Allein der Aufenthaltswille ohne eine regelmäßige körperliche Anwesenheit reicht aber nicht aus, um einen gewöhnlichen Aufenthalt zu begründen (EuGH NJW 2017, 2013 zu Art. 3 u. 8 Brüssel IIa-VO; BeckOGK-EuErbVO/J. Schmidt, Std.: 1.12.2024, Art. 4 Rn. 22; MünchKommBGB/Dutta, Art. 4 EuErbVO Rn. 4).

Letztlich ist zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts der **tatsächliche Lebensmittelpunkt** einer natürlichen Person zu ermitteln, der mittels einer Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers in den Jahren vor seinem Tod und zum Zeitpunkt des Todes festzustellen ist (MünchKommBGB/Dutta, Art. 4 EuErbVO Rn. 4; Köhler, Teil 1 § 4 Rn. 13). Nach Dutta soll der gewöhnliche Aufenthalt in einem Staat jedoch vermutet werden können, wenn sich der Erblasser in diesem Staat über mehrere Jahre körperlich aufgehalten hat (MünchKommBGB/Dutta, Art. 4 EuErbVO Rn. 4).

Im vorliegenden Fall hatte der Erblasser offenbar lange in Deutschland gelebt; die letzten Jahre seines Lebens aber auf den Philippinen verbracht. **Unklar** ist jedoch, ob er auch seinen **gewöhnlichen Aufenthalt** auf die **Philippinen** verlegt hat. Dies könnte insbesondere dann der Fall sein,

wenn der Erblasser dort neue soziale und familiäre Bindungen aufgebaut hat, sodass er auch dort einen entsprechenden dauerhaften Bleibewillen hatte und auch sein Vermögen auf die Philippinen verlegt hat.

Hatte der Erblasser hingegen weiterhin soziale und familiäre Bindungen in seiner deutschen Heimat und hat er diese regelmäßig besucht, oder hatte er die Absicht, wieder nach Deutschland zurückzukehren, so könnte der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt noch in Deutschland beibehalten haben.

Vor diesem Hintergrund lässt sich letztlich aus dem vorliegenden Sachverhalt nicht ermitteln, ob der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland oder auf den Philippinen hatte. **Im Ergebnis** ist dies für die Bestimmung des Erbstatuts im vorliegenden Fall aber auch **nicht entscheidend**, da in beiden Fällen deutsches Erbrecht zur Anwendung gelangt:

Sofern der Erblasser seinen **gewöhnlichen Aufenthalt** zum Zeitpunkt seines Todes in **Deutschland** hatte, wäre **deutsches Recht** nach Art. 21 Abs. 1 EuErbVO das Erbstatut.

Bei letztem **gewöhnlichem Aufenthalt** auf den **Philippinen** würde Art. 21 Abs. 1 EuErbVO auf das **Recht der Philippinen** verweisen. Bei dieser Verweisung handelt es sich nach Art. 34 Abs. 1 EuErbVO um eine **Gesamtverweisung**, sodass weiter zu prüfen ist, ob das philippinische IPR eine **beachtliche Rück- oder Weiterverweisung** ausspricht.

Im philippinischen Recht regelt Art. 16 Abs. 2 des philippinischen Code Civil (im Folgenden: phil. CC), welches Recht auf die gesetzliche Erbfolge anzuwenden ist. Diese Vorschrift lautet in der englischen Übersetzung (abrufbar unter <https://www.officialgazette.gov.ph/1949/06/18/republic-act-no-386/>):

„Art. 16.

*Real property as well as personal property is subject to the law of the country where it is situated.*

*However, intestate and testamentary successions, both with respect to the order of succession and to the amount of successional rights and to the intrinsic validity of testamentary provisions, shall be regulated*

*by the national law of the person whose succession is under consideration, whatever may be the nature of the property and regardless of the country wherein said property may be found.*“

Das philippinische IPR unterstellt offenbar die gesetzliche Erbfolge (*intestate succession*) unfänglich dem Heimatrecht des jeweiligen Erblassers (vgl. hierzu Weishaupt, in: Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht, Std.: 1.7.2004, Länderbericht Philippinen, Grdz. Rn. 15). Insoweit würde das **philippinische Recht** aufgrund der deutschen Staatsangehörigkeit des Erblassers **auf das deutsche Recht zurückverweisen**. Diese Rückverweisung ist auch nach Art. 34 Abs. 1 lit. a EuErbVO aus Sicht der EuErbVO beachtlich, sodass deutsches Recht das Erbstatut ist.

Nach dem Erbstatut richtet sich gem. Art. 23 Abs. 2 lit. e EuErbVO insbesondere auch der Übergang der zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte, einschließlich der Bedingungen für die Annahme und die Ausschlagung der Erbschaft. Das **deutsche Erbrecht gilt** demnach umfassend auch **für die Ausschlagung** der Erbschaft (vgl. auch MünchKommBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1945 Rn. 19).

## 2. Zur Erbausschlagung nach deutschem Recht

Nach § 1942 Abs. 1 BGB geht die Erbschaft auf die Erben unbeschadet des Rechts über, sie auszuschlagen. Bei der Ausschlagung handelt es sich um eine einseitige, empfangsbedürftige materielle Willenserklärung, die nach § 1945 Abs. 1 BGB gegenüber dem Nachlassgericht erklärt werden muss. Diese Willenserklärung wird damit erst mit Zugang beim Nachlassgericht wirksam, § 130 Abs. 1 u. 3 BGB (MünchKommBGB/Leipold, § 1945 Rn. 2).

## 3. Internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte

Die Erbausschlagung muss nach dem deutschen Erbrecht gegenüber dem „Nachlassgericht“ erklärt werden. Damit diese Erklärung vor einem Nachlassgericht in Deutschland erklärt werden kann, müsste indes eine **internationale Zuständigkeit** der deutschen Gerichte bestehen.

### a) Zuständigkeit aufgrund Art. 4, 10 oder 13 EuErbVO?

Die **internationale Zuständigkeit** der Gerichte in Erbsachen **richtet sich** auch gegenüber Drittstaaten aus deutscher Sicht **ausschließlich nach**

**der EuErbVO**; ein Rückgriff auf §§ 105, 343 FamFG ist nicht möglich (MünchKommBGB/Dutta, Vor. Art. 4 EuErbVO Rn. 30).

Nach **Art. 4 EuErbVO** sind die Gerichte des Mitgliedsstaates zuständig, in dem der Erblasser seinen **letzten gewöhnlichen Aufenthalt** hatte. Hatte der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, so wäre das Gericht international und örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art. 4 EuErbVO und § 47 Nr. 2 IntErbRVG i. V. m. § 343 Abs. 1 FamFG). Sofern der Erblasser im vorliegenden Fall seinen gewöhnlichen Aufenthalt aber auf den Philippinen hatte, ergibt sich aufgrund dieser Vorschrift keine Zuständigkeit der Gerichte eines Mitgliedstaates der EuErbVO.

Vielmehr gilt insoweit **Art. 10 EuErbVO**. Hatte der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt des Todes nicht in einem Mitgliedsstaat, so sind gem. Art. 10 Abs. 1 lit. a EuErbVO die Gerichte des Mitgliedsstaates *international* zuständig, in dem sich **Nachlassvermögen** befindet, wenn der Erblasser die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedsstaates besaß. Dabei werden (zumindest) nach in Deutschland wohl überwiegender Auffassung *Nachlasspassiva* nicht als Vermögen in diesem Sinne behandelt (vgl. insoweit nur BeckOGK-EuErbVO/J. Schmidt, Art. 10 Rn. 8 m. w. N.). *Örtlich* wäre dann nach § 47 Nr. 2 IntErbRVG i. V. m. § 343 Abs. 2 FamFG das Nachlassgericht zuständig, in dessen Bezirk der Erblasser in Deutschland zuletzt seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Da der Erblasser im vorliegenden Fall allerdings keine *aktiven* Vermögenswerte in Deutschland hinterlassen hat, scheidet eine subsidiäre Zuständigkeit nach Art. 10 EuErbVO aber von vornherein aus.

Eine Zuständigkeit deutscher Gerichte aus **Art. 13 EuErbVO** (i. V. m. § 31 IntErbRVG) dürfte ebenfalls nicht bestehen. Nach derzeit herrschender Lesart **setzt** diese konkurrierende Zuständigkeit **voraus, dass die Zuständigkeit der Gerichte eines anderen Mitgliedstaates i. S. d. EuErbVO besteht** (Deixler-Hübner/Schauer/Glitschthaler, EuErbVO, 2. Aufl. 2020, Art. 13 Rn. 4; Emmerling de Oliveira, FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, 2018, S. 765, 772; MünchKommBGB/Dutta, Art. 13 EuErbVO Rn. 3; MünchKommFamFG/Rauscher, 3. Aufl. 2019, Art. 13 EU-ErbVO Rn. 2; Nordmeier, IPRax 2021, 345, 347 ff.; **a. A.** mit beachtlichen Argu-

menten aber Mankowski, ErbR 2020, 548, 550 f.; jurisPK-BGB/Eichel, 10. Aufl. 2023, Art. 13 EuErbVO Rn. 4; offengelassen OLG Köln ErbR 2020, 561). Dies ist – soweit ersichtlich – jedoch nicht der Fall; der Erbfall hat keinerlei Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat i. S. d. EuErbVO. Würde man indes für die Anwendung des § 13 EuErbVO nicht verlangen, dass ein anderer Mitgliedstaat aufgrund der EuErbVO bereits zuständig ist, so wären die deutschen Gerichte für die Entgegennahme der Erbausschlagung – sollte der *Erbe*, wovon wir vorliegend ausgehen, seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben – international zuständig. Örtlich wäre dann nach § 31 S. 1 IntErbRVG das Nachlassgericht zuständig, in dessen Bezirk der *Erbe* seinen gewöhnlichen Aufenthalt derzeit hat.

#### **b) Notzuständigkeit nach Art. 11 EuErbVO**

Da die Voraussetzungen der subsidiären Zuständigkeit nach Art. 10 EuErbVO nicht vorliegen und auch eine Zuständigkeit nach Art. 13 EuErbVO mit der derzeitigen h. M. nicht bestehen dürfte, kann sich eine Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Entgegennahme der Erbausschlagung nur aus der Notzuständigkeit nach Art. 11 EuErbVO ergeben. Nach Art. 11 EuErbVO können die Gerichte eines Mitgliedsstaates in Ausnahmefällen in einer Erbsache entscheiden, wenn es unmöglich oder unzumutbar ist, ein Verfahren in einem dritten Staat einzuleiten, wenn die Gerichte keines anderen Mitgliedsstaates nach der EuErbVO zuständig sind. Die Sache muss dabei einen ausreichenden Bezug zu dem Mitgliedsstaat aufweisen.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Erklärung der **Erbausschlagung auf den Philippinen möglich und zumutbar** ist. Hierfür ist notwendig, dass die Erbausschlagung auf den Philippinen auch aus Sicht des anwendbaren deutschen Erbrechts **wirksam** ist.

Grundsätzlich kennt auch das philippinische Recht die Erbausschlagung (Art. 1041 ff. phil. CC). Nach Art. 1051 phil. CC muss die Ausschlagung der Erbschaft mittels öffentlicher oder als echt feststehender Urkunde oder durch einen Antrag an das für das Nachlassverfahren zuständige Gericht erfolgen. Auch würde wohl eine internationale Zuständigkeit auf den Philippinen bestehen, da die internationale Zuständigkeit der philippinischen Gerichte von der örtlichen abgeleitet wird und nach *Rule 73 Sec. 1* der *Revised Rules of Court – Civil Procedure* das

Gericht der Provinz örtlich zuständig ist, in dem sich der Erblasser (auch ein ausländischer) im Zeitpunkt seines Todes aufgehalten hat (Emmerling de Oliveira, S. 770 ff.).

Die **Erbausschlagung könnte** somit wohl **vor einem philippinischen Gericht erklärt werden**. Allerdings stellt sich die Frage, ob aus Sicht des anwendbaren deutschen materiellen Erbrechts die Erklärung vor einem philippinischen Gericht auch ausreichend ist, um die Erbschaft *wirksam* auszuschlagen.

#### **aa) Keine Wirksamkeit der Erbausschlagung auf den Philippinen aufgrund von Art. 28 lit. b EuErbVO**

Zunächst stellt sich die Frage, ob sich die Wirksamkeit der Erbausschlagung gegenüber einem Gericht auf den Philippinen nicht bereits aus **Art. 28 lit. b EuErbVO** ergibt. Art. 28 lit. b EuErbVO bestimmt, dass eine **Ausschlagungserklärung** hinsichtlich ihrer **Form wirksam** ist, wenn sie den Formerfordernissen des **Rechts des Staates** entspricht, in der der *Erklärende* seinen **gewöhnlichen Aufenthalt** hat.

Vor diesem Hintergrund ist der **Generalanwalt Szpunar** davon ausgegangen, dass die Frage, *gegenüber wem* die erbrechtliche Erklärung abgegeben werden muss, also insbesondere die Frage der **Amtsempfangsbedürftigkeit**, nicht dem Erbstatut unterliege, sondern **vom Formstatut des Art. 28 lit. b EuErbVO erfasst** sei und sich damit nach dem Recht des Staates richte, in dem der Ausschlagende seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts/der Generalanwältin vom 20.1.2022, C-617/20, Celex-Nr. 62020CC0617 Rn. 57 ff.; so auch schon Margonski, ZEV 2015, 141, 145). Auch wäre Art. 28 EuErbVO in Drittstaatenfällen anwendbar (MünchKommBGB/Dutta, Art. 28 EuErbVO Rn. 4). Diese Ansicht hätte daher zur Folge, dass die Erbausschlagung nicht einem Gericht zugehen muss, um wirksam zu sein, wenn das Recht des Staates, in dem der Ausschlagende seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, dies nicht voraussetzt. Auch wenn deutsches Erbrecht anzuwenden ist, wäre die **Erbausschlagung demnach nicht mehr amtsempfangsbedürftig, wenn das Recht des Staates, in dem der Ausschlagende seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, keine Amtsempfangsbedürftigkeit vorsieht** (krit. daher J. P. Schmidt, ErbR 2022, 481, 482 f.: Die Ansicht des Generalanwalts könnte zur Formfreiheit der Erbausschlagung in einem Drittstaat führen).



Im vorliegenden Fall würde dies mithin dazu führen, dass die Erbausschlagung auf den Philippinen keinem Gericht mehr zugehen müsste, wenn der ausschlagende Erbe seinen gewöhnlichen Aufenthalt auf den Philippinen hätte. Denn Art. 1051 phil. CC setzt für die Wirksamkeit der Erbausschlagung lediglich voraus, dass diese in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist.

Der **EuGH** ist dem Generalanwalt in der Entscheidung „T.N./N.N.“ (ZEV 2022, 521) aber nicht (ausdrücklich) gefolgt, sodass **unklar** ist, ob auch er die Frage der **Empfangszuständigkeit als eine Formfrage qualifiziert**. Insoweit ist jedoch zu beachten, dass derzeit die h. M. in der deutschen Literatur davon ausgeht, dass das Erbstatut und nicht das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Ausschlagenden darüber entscheidet, *ob und vor welchem Gericht* die erbrechtliche Erklärung abzugeben ist (K. W. Lange/Holtwiesche, ZErB 2016, 29, 31; J. P. Schmidt/Kottke, ErbR 2021, 10, 12 f.; J. P. Schmidt, ZEV 2014, 455, 458; MünchKommBGB/Dutta, Art. 28 EuErbVO Rn. 5; jurisPK-BGB/Nordmeier, 10. Aufl. 2023, Art. 28 EuErbVO Rn. 21; a. A. Margonski, ZEV 2015, 141, 145).

Selbst wenn man mit dem Generalanwalt die Frage der Amtsempfangsbedürftigkeit der Ausschlagungserklärung als Formfrage i. S. v. Art. 28 lit. b EuErbVO qualifizieren möchte, führt dies im vorliegenden Fall jedoch nicht zur Wirksamkeit der Erbausschlagung auf den Philippinen. Die **weiteren Voraussetzungen des Art. 28 lit. b EuErbVO liegen** hier jedenfalls **nicht vor**: Der erklärende Erbe hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt nämlich in Deutschland und nicht auf den Philippinen. Selbst nach Ansicht des Generalanwalts *Szpunar* wäre also **deutsches Recht auf die Frage der Empfangszuständigkeit anzuwenden**. Die Wirksamkeit der Erbausschlagung setzt daher nach § 1945 Abs. 1 BGB in jedem Fall den Zugang der Erklärung beim Nachlassgericht voraus.

#### **bb) Das philippinische Gericht als Nachlassgericht i. S. v. § 1945 Abs. 1 BGB**

Es stellt sich daher die Frage, ob eine Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht i. S. v. § 1945 Abs. 1 BGB vorliegt, wenn der Erbe im vorliegenden Fall die Erbausschlagung gegenüber einem Gericht auf den Philippinen erklärt. Nachlassgericht i. S. v. § 1945 Abs. 1 BGB ist im Ausgangspunkt jedoch das örtlich zuständige Nachlassgericht in Deutschland (J. P. Schmidt/Kottke, ErbR

2021, 10, 11; Staudinger/Dörner, 2007, Art. 25 EGBGB Rn. 117). Ob auch die **Erklärung gegenüber einem ausländischen Gericht ausreicht**, ist keine verfahrensrechtliche Frage, sondern eine materiell-rechtliche **Frage der Substitution** (s. zur Substitution allgemein MünchKommBGB/v. Hein, 9. Aufl. 2024, Einl. IPR Rn. 247 ff.).

Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass sich die Substitutionswirkung im vorliegenden Fall nicht aus Art. 13 EuErbVO ergeben kann. Diese Vorschrift begründet nach herrschender Ansicht nicht nur eine internationale Zuständigkeit, sondern bewirkt auch, dass die Abgabe der Erklärung gegenüber dem nach Art. 13 EuErbVO zuständigen Gericht die Abgabe der Ausschlagungserklärung vor einem inländischen Nachlassgericht substituiert (vgl. statt aller BeckOGK-EuErbVO/J. Schmidt, Art. 13 Rn. 31 ff.; Deixler-Hübner/Schauer/Glitschthaler, Art. 13 Rn. 11; K. W. Lange/Holtwiesche, ZErB 2016, 29, 31; Looschelders, IPRax 2019, 510, 511; MünchKommBGB/Dutta, Art. 13 Rn. EuErbVO 11; J. P. Schmidt/Kottke, ErbR 2021, 10, 12 f., jeweils m. w. N.; a. A. jurisPK-BGB/Eichel, Art. 13 EuErbVO Rn. 13). Bei einer Erbausschlagung vor einem drittstaatlichen Gericht kommt die Substitutionswirkung aus Art. 13 EuErbVO aber nicht in Betracht. In diesem Fall entscheidet schlicht das Erbstatut nach **allgemeinen Regeln** über die **Substitutionswirkung** der Erbausschlagung (vgl. hierzu MünchKommBGB/Dutta, Art. 13 EuErbVO Rn. 11; J. P. Schmidt/Kottke, ErbR 2021, 10, 13 f.; so auch Margonski, ZEV 2015, 141, 144).

Es stellt sich mithin die Frage, ob die Erklärung der Erbausschlagung gegenüber dem Gericht auf den Philippinen die Erklärung der Erbausschlagung gegenüber einem inländischen Nachlassgericht substituiert. Hierbei ist schon fraglich, ob § 1945 Abs. 1 BGB überhaupt eine Substitution zulässt, oder schlicht stets die Erklärung gegenüber einem *deutschen* Nachlassgericht erfordert (sog. geschlossene Norm; vgl. MünchKommBGB/v. Hein, Einl. IPR Rn. 252). In jedem Fall müsste der Zugang der Erklärung vor dem philippinischen Gericht nach philippinischem Erbrecht in den **wesentlichen Grundzügen funktional gleichwertig** zum Zugang der Ausschlagungserklärung bei einem deutschen Nachlassgericht sein (vgl. MünchKommBGB/v. Hein, Einl. IPR Rn. 255 ff.).

Nach Art. 1051 phil. CC ist die Erbausschlagung durch öffentliche oder als echt feststehende Ur-

kunde oder durch einen Antrag bei dem für das Nachlassverfahren zuständigen Gericht zu erklären. Nach unserem Verständnis handelt es sich hierbei lediglich um eine Formvorschrift. Diese Vorschrift begründet keine Amtsempfangsbefähigung der Erklärung. Es ist nicht ersichtlich, dass eine Ausschlagungserklärung einem Gericht auf den Philippinen zugehen muss, um wirksam zu werden. Vielmehr scheint nach Art. 1051 phil. CC die Ausschlagung mittels Antrags beim zuständigen Gericht nur *eine* von *mehreren* möglichen Formen der Erbausschlagung zu sein. Auch die Erklärung durch öffentliche oder „als echt feststehende Urkunde“ würde für eine wirksame Erbausschlagung ausreichen. **Anders als im deutschen Recht würde damit die Erklärung also nicht erst dann wirksam, wenn diese dem Nachlassgericht nach § 130 Abs. 3 BGB auch zugegangen ist.**

Insoweit dürfte die Funktion des Gerichts auf den Philippinen eine andere sein: Das Gericht protokolliert lediglich die Erbausschlagung des Erben; es ist aber gerade nicht zwingend Adressat der Ausschlagungserklärung. Es steht damit zu befürchten, dass die Entgegennahme der Ausschlagungserklärung durch ein Gericht auf den Philippinen nicht die in § 1945 BGB vorausgesetzte Funktion erfüllen kann und damit auch **nicht** als **gleichwertig** und **ausreichend** anerkannt werden könnte (so Emmerling de Oliveira, S. 770 ff.).

Sofern daher die Substitutionswirkung der Erklärung abzulehnen ist, erweist sich ein Verfahren vor einem philippinischen Gericht als *unmöglich*, da der Erbe in diesem Forum den für das deutsche Erbrecht erforderlichen Rechtsschutz – eine nach § 1945 Abs. 1 BGB *wirksame* Erbausschlagung – nicht erhalten kann. Diese **rechtfertigt** die Eröffnung einer **Notzuständigkeit nach Art. 11 EuErbVO**. Der von Art. 11 EuErbVO geforderte ausreichende Bezug der Erbsache zu Deutschland würde bereits durch die Anwendbarkeit des deutschen Erbrechts vermittelt werden, sodass dann eine deutsche Notzuständigkeit bestünde.

Örtlich wäre dann nach § 47 Nr. 2 IntErbRVG i. V. m. § 343 Abs. 2 FamFG das Nachlassgericht zuständig, in dessen Bezirk der Erblasser in Deutschland zuletzt seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

#### 4. Praktische Umsetzung

In praktischer Hinsicht würde sich im vorliegen-

den Fall daher folgendes Vorgehen anbieten: Es werden Erbausschlagungserklärungen in deutscher und englischer (evtl. sogar philippinischer) Sprache erstellt, vom Erben unterschrieben und dessen Unterschrift vom Notar beglaubigt. Anschließend wird die eine Erklärung dem deutschen Nachlassgericht unter Hinweis auf die Notzuständigkeit und die andere Erklärung dem philippinischen Gericht übermittelt. Alternativ wäre bei einer beurkundeten Erbausschlagung auch die rechtzeitige Übermittlung je einer Ausfertigung möglich.

---

**BGB § 1856 Abs. 1; ZPO §§ 169, 173, 371a Abs. 3, 415 Abs. 1; FamFG §§ 40 Abs. 2, 41, 46; GBO § 29 Abs. 1**

**Einreichen einer elektronisch beglaubigten Abschrift eines gerichtlichen Genehmigungsbeschlusses beim Grundbuchamt**

---

#### I. Sachverhalt

Die mit notariellem Übergabevertrag vorgenommene Übertragung einer Immobilie an einen Minderjährigen bedurfte der familiengerichtlichen Genehmigung. Die Beteiligten bevollmächtigten den beurkundenden Notar mittels sog. Doppelvollmacht zur Entgegennahme der Genehmigung und deren Mitteilung an den Vertragspartner sowie zur Empfangnahme dieser Mitteilung. Die Genehmigung wurde erteilt und rechtskräftig. Das Familiengericht übersandte dem Notar per beN eine elektronisch beglaubigte Abschrift des Genehmigungsbeschlusses. Das Grundbuchamt verweigert nun die Eigentumsumschreibung, weil dem Notar die Genehmigung in Ausfertigung vorliegen müsse.

#### II. Frage

Muss dem Notar die Genehmigung tatsächlich in Ausfertigung vorliegen?

#### III. Zur Rechtslage

Es ist zu unterscheiden zwischen dem materiellrechtlichen Wirksamwerden des Rechtsgeschäfts durch Erteilung der gerichtlichen Genehmigung (unter Ziff. 1) und den grundbuchverfahrensrechtlichen Anforderungen an den Nachweis der rechtskräftigen Genehmigung, der Bekanntgabe und der Mitteilung an die andere Vertragspartei (unter Ziff. 2).

## 1. Materiell-rechtliche Wirksamkeit des Vertrages durch die Genehmigung

Schließt der gesetzliche Vertreter einen gem. §§ 1850 ff. BGB genehmigungsbedürftigen Vertrag ohne die erforderliche Genehmigung des zuständigen Gerichts ab, ist der Vertrag schwebend unwirksam, solange das Gericht die Genehmigung nicht erteilt, § 1856 Abs. 1 S. 1 BGB. Das Gericht entscheidet durch Beschluss, vgl. § 40 Abs. 2 S. 1 FamFG. Ein im FamFG-Verfahren ergangener **Beschluss** ist den Beteiligten **bekanntzugeben**. Die Bekanntgabe ist stets **Wirksamkeitsvoraussetzung**. Ein Beschluss, der die *Genehmigung eines Rechtsgeschäfts* zum Gegenstand hat, wird zudem nach § 40 Abs. 2 S. 1 FamFG erst **mit Eintritt der Rechtskraft** wirksam.

### a) Form der Bekanntgabe des Beschlusses

§ 41 FamFG regelt zum einen das Erfordernis der Bekanntgabe eines Beschlusses, zum anderen aber auch die *Form*, in der der Beschluss bekanntzugeben ist. Die Norm wurde neugefasst mit Gesetz vom 12.7.2024, BGBl. I 2024 Nr. 234 („Gesetz zur weiteren Digitalisierung der Justiz“). Nach § 41 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 FamFG gibt das Gericht den Beschluss gegenüber Abwesenden **in beglaubigter Abschrift** bekannt. Vormalis lautete die Norm lediglich „*Der Beschluss ist den Beteiligten bekannt zu geben.*“, enthielt also keine Aussage zur Form der Bekanntgabe. Der Gesetzgeber will mit der neuen Regelung die **elektronische Bekanntgabe** eines Beschlusses im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit **ermöglichen** (vgl. BT-Drucks. 20/10943, S. 59). Eine **Ausfertigung** erteilt das Gericht **nur auf Antrag**, § 41 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 FamFG. Eine Ausfertigung des Beschlusses kann das Gericht **nur in Papierform** erteilen. Ein elektronisches Pendant zur papiergebundenen Ausfertigung gibt es (derzeit) nicht. Elektronische Dokumente lassen sich beliebig vervielfältigen (MünchKommFamFG/Ulrici, 4. Aufl. 2025, § 41 Rn. 6). Der Rechtsverkehr könnte also bei einer „elektronischen Ausfertigung“ nicht nachvollziehen, ob es sich um das Original oder eine Kopie handelt (s. nur Winkler, in: Winkler, BeurkG, 21. Aufl. 2023, § 49 Rn. 13).

Das – rein deklaratorisch wirkende – **Rechtskraftzeugnis** nach § 46 S. 1 FamFG kann das Gericht auf einer beglaubigten Abschrift des Beschlusses erteilen (BeckOK-FamFG/Obermann, Std.: 1.3.2025, § 46 Rn. 12; MünchKommFamFG/Ulrici, § 46 Rn. 8). Alternativ kann es eine separate Bescheinigung über die Rechtskraft

des Genehmigungsbeschlusses ausstellen, welches keiner besonderen Form bedarf (Weinert, DNotZ 2025, 3, 5).

§ 41 Abs. 1 S. 1 FamFG bestimmt daneben auch, gegenüber wem der Beschluss bekanntzugeben ist. Dies sind die Beteiligten i. S. v. § 7 FamFG.

**§ 1855 BGB** regelt allerdings zwingend für betreuungs- und familiengerichtliche Genehmigungen (im Kontext des § 1644 Abs. 3 BGB), dass das Gericht den **Genehmigungsbeschluss wirksam nur gegenüber dem Betreuer, Vormund oder Pfleger bekannt geben** kann (s. zur Möglichkeit der Erteilung einer Empfangsvollmacht durch den gesetzlichen Vertreter BeckOK-BGB/Kadelbach, Std.: 1.2.2025, § 1855 Rn. 9 a. E.).

### b) Verfahren der Bekanntgabe gegenüber Abwesenden

Von der Form der Bekanntgabe ist das *Verfahren* der Bekanntgabe zu unterscheiden. Das Verfahren der Bekanntgabe regelt im Ausgangspunkt § 15 Abs. 2 S. 1 FamFG. Hiernach steht es grundsätzlich im freien Ermessen des Gerichts, ob es den Beschluss den Beteiligten gem. §§ 166–195 ZPO förmlich zustellen lässt oder ob es ihn zur Post aufgibt (s. nur BGH NJW-RR 2022, 146). § 15 Abs. 2 FamFG (i. V. m. §§ 166–195 ZPO) regelt also, *wie* bekanntzugeben ist, während § 41 Abs. 1 S. 1 FamFG regelt, *was* (Beschluss) und *in welcher Form* (beglaubigte Abschrift) bekanntzugeben ist. Der Verweis auf §§ 166–195 ZPO erfasst auch die Regelungen der §§ 169 Abs. 4, Abs. 5, 173 ZPO, die die Zustellung elektronischer Dokumente regeln.

aa) Gem. **§ 169 Abs. 4 S. 1 ZPO** kann das Gericht ein Schriftstück oder ein elektronisches Dokument **in beglaubigter elektronischer Abschrift zustellen**. Die Zustellung (und damit über § 15 Abs. 2 FamFG die Bekanntgabe) kann also auch dadurch erfolgen, dass dem Empfänger eine beglaubigte elektronische Abschrift zugestellt wird. Welche Art von Dokument (Papierform oder elektronische Form) dem Gericht hierbei im Ausgangspunkt vorliegt, ist für § 169 Abs. 4 S. 1 ZPO unerheblich. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut von § 169 Abs. 4 S. 1 ZPO („Ein *Schriftstück* oder ein *elektronisches Dokument*“). Wählt das Gericht dieses Zustellungs- bzw. Bekanntgabeverfahren, so erfolgt die Beglaubigung *mit* einer qualifizierten elektronischen Signatur des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle, § 169 Abs. 4 S. 2 ZPO.



bb) Gem. **§ 169 Abs. 5 Nr. 2 ZPO** wäre es ferner möglich, dass das Gericht ein **elektronisches Dokument** *ohne* qualifizierte elektronische Signatur und ohne elektronische Beglaubigung zustellt, sofern die Zustellung über einen sicheren Übermittlungsweg i. S. v. § 130a ZPO erfolgt. Hierbei ist ein elektronischer Authentizitäts- und Integritätsnachweis beizufügen, der bei der Nutzung sicherer Übermittlungswege wie dem besonderen elektronischen Notarpostfach (beN) automatisch in Form einer Protokolldatei (XML-Format) generiert wird (MünchKommZPO/Häublein/Müller, 6. Aufl. 2020, § 169 Rn. 17). Dieser Nachweis wird als vertrauenswürdiger Herkunftsnachweis bezeichnet (Weinert, DNotZ 2025, 3, 4). **Eine Zustellung gemäß § 169 Abs. 5 Nr. 2 ZPO scheidet im Fall des § 41 Abs. 1 Hs. 1 FamFG jedoch aus.** Denn § 169 Abs. 5 Nr. 2 ZPO stellt lediglich die Sicherheit des Übertragungsweges sicher, während der Beglaubigungsvermerk gemäß § 41 Abs. 1 Hs. 1 FamFG dazu dient, die *inhaltliche* Vollständigkeit des Dokuments und Übereinstimmung mit dem Ursprungsdokument zu gewährleisten. Nachdem § 41 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 FamFG die Bekanntgabe des Beschlusses aber (mindestens) in beglaubigter Abschrift erfordert, kommt eine Bekanntgabe des Beschlusses nach § 169 Abs. 5 Nr. 2 ZPO, der eine elektronische Zugestellung gerade ohne Beglaubigung vorsieht, nicht in Betracht.

Laut Sachverhalt erfolgte die Bekanntgabe nach der zulässigen Variante des § 15 Abs. 2 S. 1 FamFG i. V. m. § 169 Abs. 4 S. 1 ZPO. Der **Beschluss** ist also **wirksam bekanntgegeben**. Da auch die **Rechtskraft eingetreten** ist, ist er damit **insgesamt wirksam**.

#### c) **Kein Formerfordernis bei der Mitteilung durch den gesetzlichen Vertreter, § 1856 Abs. 1 S. 2 BGB**

Nachdem das Gericht den rechtskräftigen Beschluss wirksam bekannt gegeben hat, muss der gesetzliche Vertreter die **Genehmigung der anderen Vertragspartei mitteilen**, damit diese auch gegenüber der anderen Vertragspartei wirksam wird, § 1856 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Mitteilung gem. § 1856 Abs. 1 S. 2 BGB ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung i. S. d. §§ 130 ff. BGB (BeckOGK-BGB/Kilian, Std.: 1.2.2025, § 1856 Rn. 26). Sie wird folglich gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB durch Zugang beim Empfänger wirksam. Die Mitteilung selbst unterliegt **keinem Formerfordernis** (jurisPK-BGB/M. Herberger, 10. Aufl. 2023, § 1856

Rn. 32). Der gesetzliche Vertreter braucht also nicht dem anderen Teil eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift vorzulegen, um die Genehmigung mitzuteilen. Demnach ergibt sich auch aus § 1856 Abs. 1 S. 2 BGB keine Notwendigkeit, dass dem gesetzlichen Vertreter eine Ausfertigung des Beschlusses des Gerichts vorliegen muss.

#### d) **Bedeutung der Doppelvollmacht des Notars**

Zur effektiven Vertragsabwicklung erteilen die Vertragsparteien üblicherweise dem Notar eine sog. **Doppelvollmacht** (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3739 ff.). Nachdem der rechtskräftige Genehmigungsbeschluss dem Notar seitens des Gerichts bekanntgegeben worden ist, hat dieser – damit der Vertrag wirksam wird – eine Handlung vorzunehmen, durch die er nach außen zu erkennen gibt, dass er in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter des anderen Vertragsteils von der ihm als dem Bevollmächtigten des gesetzlichen Vertreters zugegangenen Genehmigung Kenntnis genommen hat (Staudinger/Veit, 2020, § 1829 Rn. 34). Diese Handlung ist erforderlich, weil der gesetzliche Vertreter ein Wahlrecht hat, ob er die gerichtliche Genehmigung der anderen Vertragspartei mitteilen will oder nicht, vgl. § 1856 Abs. 1 S. 2 BGB. Handelt dieselbe Person (der Notar) bei der Mitteilung der Genehmigung als Erklärungsvertreter des gesetzlichen Vertreters und Empfangsvertreter der anderen Vertragspartei, muss die Ausübung des Wahlrechts durch eine Handlung äußerlich erkennbar werden (BGH NJW 2016, 565 Rn. 37; OLG Hamm NJOZ 2017, 461 Rn. 4). Typischerweise errichtet der Notar eine **notarielle Eigenurkunde** über den Erhalt des Genehmigungsbeschlusses, die Mitteilung an die andere Vertragspartei und die Entgegennahme für diese (Münch/Schaal, FamR-NotGP, 4. Aufl. 2023, § 17 Rn. 221 f.). Damit der Notar die in der Praxis bewährte Doppelvollmacht für die Beteiligten ausüben kann, braucht ihm der gerichtliche Genehmigungsbeschluss nicht in einer besonderen Form vorliegen; in materiell-rechtlicher Hinsicht besteht insoweit also keiner Formerfordernis im Hinblick auf den Genehmigungsbeschluss. Es reicht insofern aus, wenn das Gericht dem Notar eine beglaubigte Abschrift des Genehmigungsbeschlusses (§ 41 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 FamFG) mitsamt Rechtskraftzeugnis übermittelt.

#### e) **Zwischenergebnis**

Folglich kann das Gericht eine elektronisch beglaubigte Abschrift des (rechtskräftigen) Genehmigungsbeschlusses dem doppelbevollmächtigten



Notar mittels beN wirksam elektronisch übermitteln. Der *Beschluss* wird hierdurch bekanntgegeben und damit *wirksam*. Der Notar kann die Genehmigung sodann unter Nutzung der Doppelvollmacht formfrei der anderen Vertragspartei *mitteilen* und für diese die Mitteilung entgegennehmen. Infolgedessen wird das genehmigungsbedürftige *Rechtsgeschäft wirksam*. Im hier geschilderten Fall dürfte die Bekanntgabe durch Zustellung der elektronisch beglaubigten Abschrift des Genehmigungsbeschlusses an den doppelbevollmächtigten Notar über dessen beN gem. §§ 169 Abs. 4 S. 1, 173 Abs. 1, 172 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 15 Abs. 2 FamFG wirksam erfolgt sein. Mit Ausübung der Doppelvollmacht des Notars wurde der Vertrag also materiell-rechtlich wirksam.

## 2. Grundbuchverfahrensrechtliche Lage

Nun stellt sich die Frage, welche Anforderungen das Grundbuchverfahrensrecht an die *Nachweise* der Existenz der gerichtlichen Genehmigung (lit. a), des Eintritts der Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses (lit. b), der Bekanntgabe der Genehmigung (lit. c) und der Mitteilung der Genehmigung an die andere Vertragspartei (lit. d) stellt (vgl. zu dieser Differenzierung Schöner/Stöber, Rn. 3747; Weinert, DNotZ 2025, 3, 6).

### a) Nachweis der Existenz der gerichtlichen Genehmigung

Im Falle der Auffassung nach § 925 Abs. 1 BGB gilt **§ 20 GBO**: Nachzuweisen ist die nach dem Sachenrecht notwendige wirksame Einigung beider Teile (sog. materielles Konsensprinzip; BeckOK-GBO/Hügel, Std.: 9.12.2024, § 20 Rn. 1, 3). Wenn die Einigung zur ihrer Wirksamkeit einer Genehmigung bedarf, so ist auch das **Vorliegen dieser Genehmigung nachzuweisen** (Demharter, in: Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 20 Rn. 41). Für die **Form** des Nachweises einer gerichtlichen Genehmigung gilt **§ 29 Abs. 1 S. 2 GBO**. Danach bedürfen andere Voraussetzungen der Eintragung, soweit sie nicht offenkundig sind, des **Nachweises durch öffentliche Urkunden**. Bei der gerichtlichen Genehmigung handelt es sich um eine solche andere Voraussetzung der Eintragung (s. nur Schöner/Stöber, Rn. 3746).

Gem. **§ 415 Abs. 1 ZPO** liegt eine öffentliche Urkunde vor, wenn sie eine öffentliche Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder eine mit öffentlichem Glauben versehene Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufnimmt. Diese Legaldefinition **gilt auch für das Grundbuch-**

**verfahren** (BGH NJW 1957, 1673; Lemke/Krause/Stavorinus, GBO, 3. Aufl. 2022, § 29 Rn. 27). Soweit eine Behörde nach dem jeweiligen Fachgesetz zuständig ist, kann sie selbst öffentliche Urkunden ausstellen (OLG Naumburg FGPrax 2004, 202; Demharter, § 29 Rn. 34). Auch ein **Gericht kann Behörde i. d. S. sein** (Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer, GBO, 5. Aufl. 2023, § 29 Rn. 112; BeckOK-GBO/Otto, Std.: 1.3.2025, § 29 Rn. 186). Für die Erteilung einer gerichtlichen Genehmigung gegenüber dem jeweiligen gesetzlichen Vertreter ist das Amtsgericht – Familien-, Betreuungs- oder Nachlassgericht – zuständig, s. §§ 1850 ff., 1643 Abs. 1, 1644 Abs. 1, 1813 Abs. 1, 1799 Abs. 1, 1962 BGB. Das Gericht nimmt also bei Erlass des **Genehmigungsbeschlusses** als öffentliche Behörde eine **öffentliche Urkunde** i. S. d. § 415 Abs. 1 ZPO auf. Es existiert damit eine öffentliche Urkunde i. S. v. § 415 ZPO, § 29 Abs. 1 S. 2 GBO, mit der der Nachweis einer anderen Voraussetzung i. S. v. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO (hier: Erteilung der Genehmigung) geführt werden kann.

Der Nachweis kann allerdings **nicht nur** durch unmittelbare Vorlage der **Urschrift** oder einer **Ausfertigung** geführt werden, vgl. § 435 ZPO. Die Norm ist im Grundbuchverfahren entsprechend anwendbar (Meikel/Böttcher/Hertel, GBO, 12. Aufl. 2021, § 29 Rn. 577). Sie statuiert eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass öffentliche Urkunden zu Beweis Zwecken grundsätzlich in Urschrift vorzulegen sind (MünchKommZPO/Schreiber, 6. Aufl. 2020, § 435 Rn. 1). Demnach reicht es grundsätzlich aus, wenn die Beteiligten dem Grundbuchamt eine **beglaubigte Abschrift der Urschrift** der öffentlichen Urkunde vorlegen (Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer, § 29 Rn. 158; s. auch OLG Naumburg FGPrax 2015, 61, 62).

### aa) Papierbasierter Rechtsverkehr mit dem Grundbuchamt

Findet der Rechtsverkehr mit dem Grundbuchamt nicht elektronisch statt, so gilt Folgendes: Müssen die Beteiligten einen Nachweis nach § 29 Abs. 1 S. 2 GBO erbringen, so benötigen sie entweder die **Urschrift** oder eine **Ausfertigung** der öffentlichen Urkunde oder – wegen § 435 ZPO – eine (öffentlich) **beglaubigte Abschrift** der öffentlichen Urkunde, die sie dem Grundbuchamt vorlegen (OLG Naumburg FGPrax 2015, 61, 62; Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer, § 29 Rn. 162). Folgende Konstellationen sind deswegen zu unterscheiden:

(1) Wird dem Notar die **Urschrift** oder eine **Ausfertigung** der öffentlichen Urkunde vorgelegt, so kann dieser hiervon eine beglaubigte Abschrift fertigen (Weinert, DNotZ 2025, 3, 7). Die Vorlage der **vom Notar gefertigten beglaubigten Abschrift** weist gem. § 435 ZPO gegenüber dem Grundbuchamt hinreichend nach, dass eine öffentliche Urkunde existiert, die ihrerseits unmittelbar Beweis über das Vorliegen der „anderen Voraussetzungen“ i. S. v. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO erbringt, und dass diese öffentliche Urkunde dem Notar im Urschrift oder Ausfertigung vorlag (zum Ganzen BeckOK-GBO/Otto, § 29 Rn. 137).

(2) Wird dem Notar dagegen eine **beglaubigte Abschrift** einer öffentlichen Urkunde vorgelegt und **erstellt er davon eine beglaubigte Abschrift**, soll dies nach einer Auffassung in der Literatur nicht als Nachweis i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO i. V. m. § 435 ZPO ausreichen (MünchKommZPO/Schreiber, § 435 Rn. 2 m. w. N.). Dies ist u. E. jedoch nicht überzeugend: Zwar erbringt die Beglaubigung durch den Notar keinen Mehrwert im Sinne eines höheren Beweiswerts, allerdings führt sie auch nicht zu einer diesbezüglichen Verschlechterung. Ist die Beglaubigungskette nicht unterbrochen, so liegt dem Grundbuchamt auch bei einer *öffentlich beglaubigten Abschrift einer öffentlich beglaubigten Abschrift einer öffentlichen Urkunde* eine öffentliche Urkunde i. S. v. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO, § 435 ZPO vor (vgl. auch KG FGPrax 1998, 7).

(3) **Erstellt** das **genehmigende Gericht selbst** eine **beglaubigte Abschrift** der öffentlichen Urkunde (Genehmigungsbeschluss), so weist die Vorlage dieser beglaubigten Abschrift die Existenz der öffentlichen Urkunde gegenüber dem Grundbuchamt ebenfalls nach. Die Anforderungen von § 435 S. 1 ZPO („*beglaubigt[e] Abschrift, die hinsichtlich der Beglaubigung die Erfordernisse einer öffentlichen Urkunde an sich trägt*“) sind auch bei einer *gerichtlich beglaubigten Abschrift* gewahrt. Eine beglaubigte Abschrift im Sinne von § 435 S. 1 ZPO kann nicht nur ein Notar anfertigen, sondern auch die ausstellende Behörde selbst (MünchKommZPO/Schreiber, § 435 Rn. 2). Im FamFG-Verfahren erteilt der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle den einsichtsberechtigten Beteiligten Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften, § 13 Abs. 3 FamFG (Sternal/Sternal, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 13 Rn. 72).

Folglich brauchen die Beteiligten und der Notar u. E. auch bei papierbasiertem Rechtsverkehr mit dem Grundbuchamt vom Gericht keine Ausfertigung des Genehmigungsbeschlusses zu erhalten. Vielmehr können sie die gem. § 41 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 FamFG erteilte (papierförmige) beglaubigte Abschrift der Urschrift des Genehmigungsbeschlusses als Nachweismittel verwenden. Ebenso könnte der Notar selbst eine (papierförmige) beglaubigte Abschrift der durch das Gericht elektronisch übersandten elektronisch beglaubigten Abschrift herstellen (s. § 42 Abs. 4 BeurkG) und zum Grundbuchamt einreichen.

## **bb) Elektronischer Rechtsverkehr mit dem Grundbuchamt**

Ist der elektronische Rechtsverkehr mit dem Grundbuchamt eröffnet, ist wie folgt zu differenzieren:

(1) Übersendet das genehmigende Gericht dem Notar eine **Ausfertigung** des Genehmigungsbeschlusses, so greift § 137 Abs. 1 **S. 1** GBO. Demnach kann der **Notar** eine **elektronisch beglaubigte Abschrift** der Ausfertigung des Beschlusses gem. § 39a Abs. 1, Abs. 2 BeurkG **fertigen** und dem Grundbuchamt elektronisch übermitteln. Mit dieser vom Notar hergestellten elektronisch beglaubigten Abschrift wird der Nachweis der Existenz der Genehmigung geführt.

(2) **Leitet der Notar** hingegen eine ihm **vom Gericht übermittelte elektronisch beglaubigte Abschrift** direkt an das Grundbuchamt **weiter**, so richtet sich die Tauglichkeit als Nachweis nach § 137 Abs. 1 **S. 2** GBO. Hiernach können die Beteiligten den Nachweis auch durch die Übermittlung eines öffentlichen elektronischen Dokuments (§ 371a Abs. 3 S. 1 ZPO) führen. § 371a Abs. 3 S. 1 ZPO definiert öffentliche elektronische Dokumente als solche elektronischen Dokumente, die von einer Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form erstellt worden sind. Bei einer vom Gericht selbst erstellten elektronisch beglaubigten Abschrift handelt es sich jedenfalls um ein solches **öffentliches elektronisches Dokument**. § 137 Abs. 1 S. 2 GBO verlangt allerdings zusätzlich, dass das öffentliche elektronische Dokument eine **qualifizierte elektronische Signatur mitsamt Amtsattribut** enthält. Fehlt es daran, so erbringt die beglaubigte elektronische

Abschrift des Genehmigungsbeschlusses nicht den erforderlichen Nachweis im Grundbuchverfahren (Weinert DNotZ 2025, 3, 7 f.).

Das Grundbuchamt kann in dieser Konstellation nicht verlangen, dass dem Notar eine Ausfertigung des Beschlusses vorliegt (bzw. hierüber Nachweis erbracht wird). Insoweit schenkt es § 435 ZPO zu geringe Beachtung. Auch durch die Übermittlung einer **gerichtlich hergestellten elektronisch beglaubigten Abschrift** mit qualifizierter elektronischer Signatur mitsamt **Amtsattribut** wird die **Existenz des Genehmigungsbeschlusses** durch öffentliche Urkunden i. S. v. §§ 29 Abs. 1 S. 2, 137 Abs. 1 S. 2 GBO **nachgewiesen**. Ein solches Dokument dürfte im geschilderten Fall vorliegen.

#### b) Nachweis des Eintritts der Rechtskraft

Darüber hinaus müssen die Beteiligten dem Grundbuchamt auch den Eintritt der Rechtskraft (§ 40 Abs. 2 S. 1 FamFG) durch öffentliche Urkunde i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nachweisen (Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer, § 29 Rn. 52 m. w. N.). Diesen Nachweis führen sie mittels des **Rechtskraftzeugnisses** i. S. d. § 46 S. 1 FamFG. Dieses entfaltet **Beweiskraft nach § 418 ZPO** (Demharter, § 19 Rn. 69). Prozessrechtlich kann das Gericht das Zeugnis separat von dem Beschluss ausstellen (BGH NJW-RR 2021, 1653 Rn. 25). Grundbuchverfahrensrechtlich verlangt § 29 Abs. 1 S. 2 GBO keine Verbindung mit dem Beschluss. Soweit sich die Rechtskraft aus der elektronisch beglaubigten Abschrift des Genehmigungsbeschlusses bereits ergibt, ist der Nachweis als geführt anzusehen. Abweichende oder gar höhere Anforderungen als im Hinblick auf den Nachweis des Beschlusses selbst gibt es insoweit nicht.

#### c) Nachweis der Bekanntgabe der Genehmigung

Nach der unter dem FGG geltenden Rechtslage mussten die Beteiligten dem Grundbuchamt zudem nachweisen, dass das Gericht den Genehmigungsbeschluss dem gesetzlichen Vertreter bekanntgegeben hatte, sodass dieser wirksam wurde, vgl. § 16 Abs. 1 FGG. Nach der aktuell geltenden Rechtslage unter § 40 Abs. 2 FamFG wird der Beschluss aber erst wirksam, wenn (zusätzlich zur Bekanntgabe) seine Rechtskraft eintritt. Das **KG** (MittBayNot 2018, 340 Rn. 4) zieht daraus den Schluss, dass die **Bekanntgabe nicht mehr** in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO

**nachzuweisen** sei; das Rechtskraftzeugnis weise die Wirksamkeit des Genehmigungsbeschlusses nach (ebenso Meikel/Böttcher/Hertel, § 29 Rn. 156). **Teile der Literatur** verlangen dagegen nach wie vor, dass die Beteiligten auch die **Bekanntgabe** gegenüber dem gesetzlichen Vertreter (§ 1855 BGB) dem Grundbuchamt durch öffentliche Urkunde **nachweisen** (Schöner/Stöber, Rn. 3747; wohl auch BeckOK-GBO/Otto, § 29 Rn. 110; Demharter, § 19 Rn. 70). Selbst wenn das Grundbuchamt aber (abstrakt) den **Nachweis der Bekanntgabe** verlangt, so ist er u. E. konkret schon dadurch als **erbracht** anzusehen, dass der **Notar den Beschluss einreicht**. Ist der Notar nämlich – wie vorliegend – aufgrund der Doppelvollmacht zur Entgegennahme der Genehmigung bevollmächtigt, hat man aus der Einreichung des Beschlusses durch den Notar u. E. zu folgern, dass der Beschluss dem gesetzlichen Vertreter – vertreten durch den Notar – wirksam bekanntgegeben wurde.

#### d) Nachweis der Mitteilung der Genehmigung

Zuletzt ist die gem. § 1856 Abs. 1 S. 2 BGB erforderliche Mitteilung der gerichtlichen Genehmigung an die andere Vertragspartei eine andere Eintragungsvoraussetzung i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO (Lemke/Krause/Stavorinus, § 29 Rn. 20; Demharter, § 19 Rn. 70 und § 20 Rn. 41). Erteilen die Vertragsbeteiligten dem Notar die **Doppelvollmacht**, so nimmt der Notar die Genehmigung für den gesetzlichen Vertreter entgegen, teilt sie für diesen der anderen Vertragspartei mit und nimmt sie auch für diese andere Vertragspartei entgegen. Zum **Nachweis der Mitteilung** errichtet der Notar eine **Eigenurkunde** (s. nur BeckOK-GBO/Otto, § 29 Rn. 110). Diese erbringt als öffentliche Urkunde i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO den erforderlichen Nachweis der Mitteilung des gesetzlichen Vertreters und des Zugangs der Mitteilung bei der anderen Vertragspartei.

### 3. Ergebnis

*Materiell-rechtlich* bewirkt die elektronische Übermittlung einer vom Gericht hergestellten beglaubigten Abschrift des rechtskräftigen Genehmigungsbeschlusses an den doppelbevollmächtigten Notar, dass das genehmigungspflichtige Rechtsgeschäft wirksam wird, sobald der Notar von der Doppelvollmacht Gebrauch macht. *Grundbuchverfahrensrechtlich* muss wegen § 29 Abs. 1 S. 2 GBO der Genehmigungsbeschluss als öffentliche Urkunde in Papierform (§ 415 Abs. 1 ZPO) oder als öffentliches elektronisches Doku-



ment (§ 371a Abs. 3 S. 1 ZPO) existieren. Gegenüber dem Grundbuchamt können die Beteiligten diese Existenz nachweisen, indem sie die vom Gericht erstellte elektronisch beglaubigte Abschrift beim Grundbuchamt einreichen. Erforderlich ist jedoch, dass das Dokument über eine qualifizierte elektronische Signatur mitsamt Amtsattribut verfügt (§ 137 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 u. 2 GBO). Das hier gefundene Ergebnis ist u. E. auch unter Wertungsgesichtspunkten schlüssig: Es ergibt sich keine Verringerung der Nachweisqualität im Grundbuchverfahren, wenn diesem von einer zuständigen Stelle errichtete beglaubigte Abschriften öffentlicher Urkunden eingereicht werden. Es werden zudem Medienbrüche vermieden. Dies dient der Verwirklichung des elektronischen Rechtsverkehrs.

---

## HGB § 49 Abs. 2; BauO NRW § 85 Umfang einer Prokura; Begründung von Baulasten

---

### I. Sachverhalt

Grundstückseigentümerin ist eine OHG. Diese will eine Baulast gemäß § 85 BauO NRW begründen. Die OHG wird durch zwei Prokuristen (Gesamtprokura) vertreten. Eine besondere Befugnis nach § 49 Abs. 2 HGB zur Belastung von Grundstücken ist den Prokuristen nicht erteilt. Die Gesellschafter selbst leben in der Schweiz und sind nicht ohne Aufwand zu erreichen.

### II. Frage

Kann ein Prokurist, der nicht zur Belastung von Grundstücken befugt ist (§ 49 Abs. 2 HGB), die Erklärung zur Begründung einer Baulast abgeben?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Umfang der Vertretungsmacht eines Prokuristen

§ 49 HGB bestimmt den gesetzlichen Umfang der Prokura. Nach **§ 49 Abs. 1 HGB** ermächtigt die Prokura zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb (*irgend-*)eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Der Umfang der **Prokura hängt also nicht von dem konkreten Zuschnitt des Handelsgewerbes ab** (Staub/Fischinger, HGB, 6. Aufl. 2023, § 49 Rn. 6; Teichmann, in: Horn/Balzer/Borges/Harald, HGB, 3. Aufl. 2019, § 49 Rn. 2, 6). Die hier geplante Begründung einer Baulast ist bei einem grund-

besitzhaltenden Unternehmen eine Rechtshandlung, die im Betrieb eines Handelsgewerbes vorkommen kann.

#### 2. Ausnahme bei Grundstücksgeschäften, § 49 Abs. 2 HGB

Der (Regel-)Umfang einer Prokura umfasst nach **§ 49 Abs. 2 HGB** jedoch **nicht** die **Veräußerung** und **Belastung von Grundstücken** des Kaufmanns; hierzu bedarf es vielmehr einer ausdrücklichen Erweiterung der Prokura (MünchKommHGB/Krebs, 6. Aufl. 2025, § 49 Rn. 10). Unter **Belastung** eines Grundstücks ist unzweifelhaft die **Einräumung eines dinglichen Rechts am Grundstück** wie z. B. einer Hypothek, Grundschuld, Reallast oder Dienstbarkeit zu verstehen (Staub/Fischinger, § 49 Rn. 34; MünchKommHGB/Krebs, § 49 Rn. 45; BeckOK-HGB/Meyer, Std.: 1.10.2024, § 49 Rn. 44). Nach einhelliger Auffassung in der Literatur wird auch das solchen dinglichen Belastungen zugrunde liegende **schuldrechtliche Grundstücksgeschäft** vom Anwendungsbereich des § 49 Abs. 2 HGB umfasst (Oetker/Schubert, HGB, 8. Aufl. 2024, § 49 Rn. 28; Weber, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 5. Aufl. 2024, § 49 Rn. 17). Mietverträge, Pachtverträge und andere **auf Nutzung gerichtete schuldrechtliche Verträge fallen** nach überwiegender Meinung in der Literatur hingegen **nicht unter § 49 HGB** (Roth/Stelmaszyk, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, 10. Aufl. 2023, § 49 Rn. 7; krit. BeckOGK-HGB/Schärfl, Std.: 15.10.2024, § 49 Rn. 28; MünchKommHGB/Krebs, § 49 Rn. 46).

#### 3. Anwendung der vorgenannten Grundsätze auf die Erklärung zur Begründung einer Baulast nach § 85 BauO NRW

Bei einer Baulast handelt es sich nach § 85 Abs. 1 S. 1 BauO NRW um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zu einem baurechtsrelevanten Tun, Dulden oder Unterlassen, welches sich nicht schon aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergibt. Die Baulasten sind in einem speziellen Baulastenverzeichnis eingetragen, vgl. § 85 Abs. 1 S. 3 BauO NRW. Berechtigter der Baulast ist die Bauaufsichtsbehörde und Begünstigter ein Dritter. Die Baulast wirkt nach Eintragung im Baulastenverzeichnis auch zulasten etwaiger Rechtsnachfolger des Grundstückseigentümers, § 85 Abs. 1 S. 3 BauO NRW. Gängige Beispiele einer Baulast sind insbesondere eine Abstandsflächenbaulast, eine Grenzbebauungsverpflichtung oder eine Stellplatzflächenbaulast (Wenzel, in: Gädtke/Johlen/Wenzel/Hanne/

Kaiser/Koch/Plum, BauO NRW, 15. Aufl. 2024, § 85 Rn. 33 f.; Tyczewski/Schröder, in: Spannowsky/Saurenhaus, BauO NRW, 2020, § 85 Rn. 41–53).

Zu untersuchen ist, ob ein Prokurist in Vertretung des Grundstückseigentümers eine **Erklärung zur Begründung einer Baulast** ohne ausdrückliche Erweiterung der Prokura i. S. d. § 49 Abs. 2 HGB gegenüber der Bauaufsichtsbehörde nach § 85 Abs. 1 S. 1 BauO NRW abgeben kann. Literatur oder Rechtsprechung zu dieser Frage existiert – soweit ersichtlich – nicht.

Zwar wirkt die Abgabe der (einseitigen) **Erklärung** zur Begründung einer Baulast gegenüber der Bauaufsichtsbehörde zunächst **lediglich schuldrechtlich**. Mit der (konstitutiv wirkenden) **Eintragung** der Baulast (durch Verwaltungsakt der Bauaufsichtsbehörde) entsteht nach h. M. jedoch eine **dinglich wirkende verwaltungsrechtliche Verpflichtung** des Grundstückseigentümers zu einem grundstücksbezogenen Tun, Dulden oder Unterlassen (Burbulla, ZfIR 2018, 717, 719 m. w. N.; BeckOK-GBO/Wilsch, Std.: 9.12.2024, § 54 Rn. 21). Unseres Erachtens gebietet der **Schutzzweck** von § 49 Abs. 2 HGB die Einbeziehung derartiger Fallgestaltungen in den Anwendungsbereich der Norm. § 49 Abs. 2 HGB misst **Grundstücken** eine **besondere Bedeutung** zu, da sie typischerweise einen **beträchtlichen Wert** aufweisen und § 49 Abs. 2 HGB vor diesem Hintergrund der besonderen **Schutzbedürftigkeit des Kaufmanns** Rechnung trägt (BeckOGK-HGB/Schärtl, § 49 Rn. 26; BeckOK-HGB/Meyer, § 49 Rn. 40; Staub/Fischinger, § 49 Rn. 28). Durch die Abgabe der Erklärung zur Begründung einer Baulast und deren spätere Eintragung im Baulastenverzeichnis wird eine nicht einseitig widerrufliche, gegenüber dem Rechtsnachfolger öffentlich-rechtlich wirkende Belastung des Grundstücks des Kaufmanns begründet. Dieses kann mit den Mitteln des öffentlichen Zwangs durch die Bauaufsichtsbehörde durchgesetzt werden. Auch sind **Baulasten** gerade **mit** den (ohnehin in den Anwendungsbereich des § 49 Abs. 2 HGB fallenden) **(Grund-)Dienstbarkeiten vergleichbar**. Mit anderen Worten könnte die Baulast typischerweise auch durch eine (Grund-)Dienstbarkeit ersetzt werden, welche unstreitig in den Anwendungsbereich des § 49 Abs. 2 HGB fallen würde (so etwa in Bundesländern wie Bayern, in denen Baulasten nicht existieren; eingehend zu den Unterschieden und

Gemeinsamkeiten vgl. BeckOGK-BGB/Kazele, Std.: 1.2.2025, § 1018 Rn. 100–105).

Da die **Rechtslage** als **nicht geklärt** anzusehen ist, ist bereits aus notarieller Vorsicht von der Geltung des § 49 Abs. 2 HGB auszugehen, sodass den Prokuristen zumindest (Einzel)Vollmacht nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB zur Erklärung der Baulast gegenüber der Bauaufsichtsbehörde im Namen der Gesellschaft zu erteilen wäre.

---

## BGB §§ 2314, 2325

### Behandlung strittiger Positionen im Nachlassverzeichnis; pflichtteilsrechtliche Behandlung einer Schenkung an den Ehegatten bei Vorversterben des beschenkten Ehegatten; Vermeidung einer doppelten Begünstigung

---

#### I. Sachverhalt

Der Notar wurde mit der Erstellung eines Nachlassverzeichnisses nach den Ehegatten E und F, in dem auch der fiktive Nachlass zu verzeichnen ist, beauftragt. Er konnte folgenden Sachverhalt ermitteln:

Im März 2009 übertrug die Ehefrau F, die Alleineigentümerin mehrerer Grundstücke war, im Wege der Schenkung Miteigentumsanteile von jeweils 1/2 an diesen Grundstücken im Wert von insgesamt 75.000,00 € an ihren Ehemann E. Im Jahr 2020 haben die Eheleute diesen Grundbesitz an fremde Dritte verkauft. Für die zugewandten 1/2-Miteigentumsanteile konnte E 96.800,00 € Erlösen. Im Jahr 2021 verstarb E; F wurde Alleinerbin. S, das einzige Kind der Eheleute, machte seinen Pflichtteil nach E geltend. Der Kaufpreis war noch im Nachlass des E vorhanden und erhöhte somit den Pflichtteilsanspruch.

Im Jahr 2023 verstarb F. Der enterbte S macht nunmehr auch seinen Pflichtteil nach F geltend. Der Notar will im Hinblick auf § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB die Zuwendung an den Ehegatten E erneut im Rahmen des fiktiven Nachlasses der F verzeichnen. Der Anwalt der Erben weist darauf hin, dass der Pflichtteilsberechtigte nach dem Tod seines Vaters an diesen Vermögenwerten bereits partizipiert habe, da der hälftige Verkaufserlös dieser Grundstücke noch im Nachlass vorhanden war und dies den Pflichtteilsanspruch des Sohnes bereits erhöht habe. Er ist der Rechtsauffassung, dass dieser Wert daher im Wege einer teleologi-

sche Reduktion zur Vermeidung einer doppelten Begünstigung nicht erneut im Rahmen der Pflichtteilsergänzung zu berücksichtigen sei.

## II. Frage

Ist § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB im vorliegenden Fall teleologisch zu reduzieren, um eine Doppelbegünstigung des S zu vermeiden?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Behandlung strittiger Positionen im Nachlassverzeichnis

Im Hinblick auf streitige Positionen – wie hier die Berücksichtigung der im Jahre 2009 übertragenen Miteigentumsanteile im fiktiven Nachlass der 2023 verstorbenen Schenkerin F – gilt regelmäßig der Grundsatz, dass in das **Nachlassverzeichnis** nach § 2314 BGB grundsätzlich **auch** derartige **unklare** oder **strittige Positionen aufzunehmen** sind. Denn der Erbe hat ein vollständiges Verzeichnis vorzulegen. Es ist hierbei nicht Aufgabe des Notars, tatsächlich oder rechtlich umstrittene Punkte endgültig für die Beteiligten zu klären (s. nur Müller-Engels, in: Schlitt/Müller-Engels, Handbuch Pflichtteilsrecht, 3. Aufl. 2024, § 10 Rn. 171; Gutachten DNotI-Report 2007, 105, 106 f.; Braun, MittBayNot 2008, 351, 352; Staudinger/Herzog, 2021, § 2314 Rn. 178). Die **strittigen Punkte** sind entsprechend zu **kennzeichnen** (Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2314 Rn. 56 m. w. N.). Im gleichen Sinn äußert sich zur Problematik ausführlich auch *Schreinert* (RNotZ 2008, 61, 72): Das Nachlassverzeichnis solle sich auch über Gegenstände verhalten, die möglicherweise gar nicht dem Pflichtteilsanspruch unterliegen, da der Pflichtteilsberechtigte selbst überprüfen können solle, ob insofern ein Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsanspruch bestehe. Dies gelte etwa für Anstandsschenkungen nach § 2330 BGB. Hier solle vermieden werden, dass der Pflichtteilsverpflichtete durch eigene Subsumtion unter die privilegierten Tatbestände verhindere, dass der Pflichtteilsberechtigte überhaupt von der Existenz dieser Gegenstände Kenntnis erlange und somit selbst den Umfang seiner Auskunftspflicht bestimme.

Auch im unterbreiteten Sachverhalt ist folglich die **Zuwendung an E** – wie vom Notar geplant – jedenfalls **im Nachlassverzeichnis der F beim fiktiven Nachlass aufzuführen**, gleich, wie man sich zu der durch den Anwalt aufgeworfenen Problematik positioniert. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass das notarielle Nach-

lassverzeichnis, welches der Erfüllung des *Auskunftsanspruchs* gem. § 2314 Abs. 1 S. 1 BGB, dagegen nicht des *Wertermittlungsanspruchs* gem. § 2314 Abs. 1 S. 2 Var. 2 BGB dient, Wertangaben anerkanntermaßen nicht enthalten muss (so u. a. OLG Düsseldorf ErbR 2020, 509 m. Anm. Horn; Staudinger/Herzog, § 2314 Rn. 250; Grüneberg/Weidlich, BGB, 84. Aufl. 2025, § 2314 Rn. 8).

### 2. Pflichtteilsergänzungsansprüche bei Ehegattenschenkungen

Lebzeitige Schenkungen lösen Pflichtteilsergänzungsansprüche gem. §§ 2325 ff. BGB aus. Regelmäßig sind derartige Schenkungen nicht mehr zu berücksichtigen, wenn zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind (§ 2325 Abs. 3 S. 2 BGB). Im vorhergehenden Zeitraum – während des Laufs der Zehn-Jahres-Frist – greift die Abschmelzungsregelung des § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB ein. Für **Schenkungen an den Ehegatten** enthält **§ 2325 Abs. 3 S. 3 BGB** jedoch eine **Sonderregel**: Ist die Schenkung an den Ehegatten erfolgt, so beginnt die Frist nicht vor der Auflösung der Ehe.

**§ 2325 Abs. 3 S. 3 BGB erweitert** damit für Schenkungen unter Ehegatten den **Umgehungsschutz zeitlich**, weil der schenkende Ehegatte i. d. R. die Folgen der Zuwendung so lange noch nicht wirklich spürt, als er noch weiter die faktische Nutzungsmöglichkeit hat, und weil die Gefahr der Benachteiligung anderer Pflichtteilsberechtigter hier folglich besonders groß ist (vgl. BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.11.2024, § 2325 Rn. 62; BeckOGK-BGB/A. Schindler, Std.: 1.2.2025, § 2325 Rn. 301). Die Regelung ist rechtspolitisch umstritten, da durch sie Ehegatten gegenüber anderen Beschenkten benachteiligt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungswidrigkeit der Bestimmung allerdings zweimal verneint (BVerfG NJW 1991, 217; DNotZ 2019, 462 ff.).

### 3. Besonderheit des vorliegenden Sachverhalts: Vorleben des beschenkten Ehegatten

Besonderheit des vorliegenden Sachverhalts ist, dass die Auflösung der Ehe nicht durch den Tod der Schenkerin und nunmehrigen Erblasserin F im Jahre 2023 erfolgt ist, sondern bereits zuvor durch den Tod des beschenkten Ehegatten E im Jahre 2021. Die Handhabung des § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB bei einer derartigen Fallgestaltung wurde durch die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, bislang nicht explizit entschieden. An sich lässt



sich aber auch die hier vorliegende **Fallkonstellation** unter den Wortlaut des **§ 2325 Abs. 3 S. 3 BGB subsumieren**; entsprechend wird die Fallgestaltung auch von der wohl einhelligen Auffassung in der Literatur beurteilt:

Liegt also der Eheauflösungszeitpunkt beim Tod des Erblassers (hier: der F) durch Vorableben des beschenkten Ehegatten (hier: E) mehr als zehn Jahre zurück, dann bleiben die Schenkungen des Erblassers an den früheren Ehegatten unberücksichtigt (so etwa BeckOGK-BGB/A. Schindler, § 2325 Rn. 303; jurisPK-BGB/Birkenheier, 10. Aufl. 2023, § 2325 Rn. 213; MünchKommBGB/Lange, 9. Aufl. 2022, § 2325 Rn. 84; Grüneberg/Weidlich, § 2325 Rn. 29; Soergel/Beck, BGB, 14. Aufl. 2020, § 2325 Rn. 62). In dem Zeitraum dazwischen – **während des Laufs der Zehn-Jahres-Frist** – **greift die jährliche Abschmelzung des Geschenks gem. § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB** (de Leve, FPR 2011, 252, 255; BeckOGK-BGB/A. Schindler, § 2325 Rn. 303; implizit auch jurisPK-BGB/Birkenheier, § 2325 Rn. 213; Soergel/Beck, § 2325 Rn. 62).

Folgt man dementsprechend dem einhelligen Standpunkt der Literatur, dann wäre die **Zuwendung** der hälftigen Miteigentumsanteile aus dem Jahre 2009 durch die Erblasserin F an ihren Mann E nunmehr grundsätzlich gem. § 2325 Abs. 3 S. 2, 3 BGB **mit 8/10 ihres Wertes anzusetzen**; denn die Ehe wurde durch Tod des beschenkten Ehegatten E im Jahre 2021 aufgelöst. Seither sind bis zum Ableben der nunmehrigen Erblasserin F im Jahre 2023 zwei Jahre verstrichen, sodass dementsprechend gem. § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB 2/10 des Wertes „abgeschmolzen“ sind. Der maßgebliche Wert hinsichtlich der Grundstückshälfte wäre vorab noch nach den Grundsätzen des Niederstwertprinzips (§ 2325 Abs. 2 S. 2 BGB) zu ermitteln (dazu etwa BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2325 Rn. 36 ff.).

#### **4. Teleologische Reduktion des § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB zur Vermeidung einer doppelten Begünstigung?**

Eine noch darüber hinausgehende teleologische Reduktion des § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB mit dem Ziel, den Wert der seinerzeitigen Ehegattenschenkung aus dem Jahre 2009 gänzlich aus der Bemessungsgrundlage eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs zu eliminieren, wird – soweit wir sehen – in Rechtsprechung und Literatur nirgends vertreten. Letztlich ist der Umstand, dass **derselbe Vermögensgegenstand** (im Fal-

le von Ehegatten als Erblassern und Kindern als Pflichtteilsberechtigten) **zweimal in die Bemessungsgrundlage eines Pflichtteilsanspruchs eingehen kann**, keine Besonderheit des Pflichtteilsergänzungsrechts oder speziell der Regelung des § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB. Diese Eigenart des Pflichtteilsrechts tritt vielmehr auch schon dann zutage, wenn nur ordentliche Pflichtteilsansprüche gegeben sind, weil – unterstellt – die Eltern-Ehegatten jegliche lebzeitige Schenkung unterließen. Errichten sie nun ein klassisches Berliner Testament mit einfacher Pflichtteilsstrafklausel, dann erhalten anerkanntermaßen **systembedingt** die den Pflichtteil bereits nach dem erstversterbenden Elternteil fordernden Kinder den Pflichtteil aus dem Nachlass des Erstversterbenden wirtschaftlich doppelt. Diese Tatsache wird aber auch in diesem Zusammenhang, soweit wir sehen, nirgends als Anlass dazu verstanden, Vorschriften des Pflichtteilsrechts – wie insbesondere § 2311 BGB – teleologisch zu reduzieren. Bei entsprechendem Parteiwillen liegt darin vielmehr lediglich ein Auftrag an die vorsorgende Vertragsgestaltung, diesem Effekt der doppelten Begünstigung nach Möglichkeit entgegenzuwirken. Hierfür wären dann die Vor- und Nachteile der für diese Problematik empfohlenen Jastrow'schen Klausel zu erwägen (dazu etwa Müller-Engels, in: Schlitt/Müller-Engels, § 10 Rn. 217 ff.).

Zwar liegt eine weitere Eigenheit des unterbreiteten Sachverhalts darin, dass die schenkende Ehefrau Alleinerbin nach ihrem vorverstorbenen Ehemann wurde, sodass die verschenkten Miteigentumsanteile – wären sie im Eigentum des Ehemannes verblieben – durch Erbfolge wieder ins Eigenvermögen der Ehefrau gefallen wären. Die Miteigentumsanteile wären in diesem Fall also für die Bemessungsgrundlage des Pflichtteilsanspruchs beim ersten Erbfall (Ehemann) im realen Nachlass als Eigentum des Ehemannes, beim zweiten Erbfall (Ehefrau) ebenda als Eigentum der Ehefrau *und* zugleich nach Maßgabe der in Ziff. 3 geschilderten Abschmelzung in deren fiktiven Nachlass (wegen der vorangegangenen Schenkung an den Ehemann) zu berücksichtigen gewesen. Für das Postulat, im Hinblick auf diese Überlegung nun erbfallübergreifend das weitere Schicksal des als Surrogat zunächst vorhandenen Kaufpreises bis zum Jahr 2023 (Ableben der Ehefrau) zu verfolgen und damit ggfs. eine Ergebniskorrektur zu begründen, bieten die gesetzlichen Vorschriften u. E. auch bei teleologischer Auslegung keine belastbare Grundlage.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**www.dnoti.de**

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Maximilian Pechtl

**Bezugsbedingungen:**

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

**Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Druck:**

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice  
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn