

Jede urheberrechtliche Nutzung ist grundsätzlich untersagt, insbesondere mit, für oder in KI-Systemen oder KI-Modellen. Die Nutzung zum Text-und-Data-Mining nach § 44b Abs. 3 UrhG wird vorbehalten.

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

EGBGB Art. 235 § 2; ZGB-DDR §§ 390 ff. – Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments unter Geltung des ZGB-DDR; Umfang und Beseitigung der erbrechtlichen Bindung; Vorversterben des einen Schlusserben

EGBGB Art. 15 – England: Gesetzlicher Güterstand; Berechnung der gesetzlichen Erbquoten

Erbbaurecht §§ 26, 27, 28, 29; BGB §§ 873, 875, 883 – Erbbaurecht; Erlöschen durch Zeitablauf; Entschädigungsforderung; dingliche Surrogation; Vormerkung

Rechtsprechung

BGB §§ 1789 Abs. 2, 1815, 1817, 1886 – Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungsbetreibers bei Behindertentestament

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

EGBGB Art. 235 § 2; ZGB-DDR §§ 390 ff.

Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments unter Geltung des ZGB-DDR; Umfang und Beseitigung der erbrechtlichen Bindung; Vorversterben des einen Schlusserben

I. Sachverhalt

Im Grundbuch ist die Erblasserin E als Alleineigentümerin eingetragen. Mit notariellem Testament aus dem Jahr 2024 hatte sie die nicht

mit ihr verwandte D zur alleinigen Erbin benannt. Das Grundbuch soll nun auf D berichtigt werden.

Ihre früheren Verfügungen von Todes wegen hatte E bei der Beurkundung des Testaments im Jahr 2024 jedoch verschwiegen. Es stellte sich nun Folgendes heraus: Im Jahr 1984 hatte sie bereits gemeinsam mit ihrem Ehemann vor dem staatlichen Notariat M (Beitrittsgebiet) ein gemeinschaftliches Testament beurkunden lassen. In dem Testament hatten sich die Eheleute zu alleinigen gegenseitigen Erben eingesetzt sowie bestimmt, dass nach dem Tod des längerlebenden Ehegatten der einseitige Sohn der Ehefrau sowie der Enkel der Ehefrau zu gleichen Teilen erben sollten. Eine Abänderungsbefugnis wurde nicht vorbehalten. Der Ehemann verstarb 1995. Mit notariellem Einzeltestament von 1997 erklärte

E einerseits ausdrücklich die Annahme der Erbschaft nach ihrem Ehemann, andererseits aber „den Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments“. Nach dem Urkundstext sollte dieses Testament dem Amtsgericht übermittelt werden. Der zum hälftigen Schlusserben eingesetzte Sohn der E verstarb sodann zeitlich noch vor E.

Das Grundbuchamt widerspricht dem Antrag auf Grundbuchberichtigung auf D und hält das gemeinschaftliche Testament von 1984 für maßgeblich.

II. Fragen

1. Wirkt es sich auf die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments aus, dass dieses im Jahr 1984 auf dem Gebiet der damaligen DDR errichtet wurde?

2. Wie wirkt sich das Vorversterben des Sohnes auf die Bindungswirkung aus? Konnte E zumindest hinsichtlich dessen Hälfte frei testieren?

III. Zur Rechtslage

1. Bestimmung des auf die Bindungswirkung anwendbaren Rechts

Was die aufgeworfene Frage nach der erbrechtlichen Bindung betrifft, so ist zu berücksichtigen, dass das gemeinschaftliche Testament der Ehegatten im Beitrittsgebiet im Jahr 1984 und damit **unter Geltung des ZGB der DDR** (1.1.1976 bis 2.10.1990) errichtet worden ist. Insoweit ist Art. 235 § 2 S. 1 EGBGB zu beachten, wonach sich die **Errichtung** oder **Aufhebung** einer Verfügung von Todes wegen vor dem Wirksamwerden des Beitritts nach dem bisherigen Recht beurteilt, auch wenn der Erblasser nach dem Wirksamwerden des Beitritts stirbt. Gleiches gilt nach Art. 235 § 2 S. 1 EGBGB auch für die **Bindung** des Erblassers bei einem gemeinschaftlichen Testament, sofern das Testament – wie im vorliegenden Fall – vor Wirksamwerden des Beitritts errichtet worden ist. Es greift vorliegend daher Art. 235 § 2 S. 2 EGBGB ein, sodass sich die Bindung folglich nicht nach dem effektiven Erbstatut, sondern nach dem **Errichtungsstatut** richtet. Sowohl die Frage der **Bindung** als auch die Frage der **Beseitigung der Bindung** zur Wiedererlangung der Testierfreiheit richten sich daher vorliegend nach dem ZGB der DDR, auch wenn Erbstatut nach der Erblasserin (und ihrem erstverstorbenen Ehemann) das BGB ist.

2. Umfang der erbrechtlichen Bindung

Der Umfang der erbrechtlichen Bindung nach

dem ZGB-DDR unterscheidet sich von demjenigen nach dem BGB. § 390 Abs. 2 S. 2 ZGB-DDR bestimmte, dass alle testamentarischen Verfügungen des überlebenden Ehegatten, die dem gemeinschaftlichen Testament widersprechen, nichtig sind. Diese Nichtigkeitsfolge gehört nach einhelliger Auffassung zu den dem alten Recht (hier: ZGB-DDR) unterstellten Bindungswirkungen i. S. d. Art. 235 § 2 Abs. 2 S. 2 EGBGB (BGH NJW 1995, 1087).

Die Bindungswirkung des § 390 Abs. 2 S. 2 ZGB-DDR geht, da sie sämtliche testamentarischen Verfügungen der Ehegatten – und damit auch des Letztversterbenden – erfasst, weiter als jene des BGB; denn nach § 2270 BGB beschränkt sich die erbrechtliche Bindung auf wechselbezügliche Verfügungen. Daher sind **alle im gemeinschaftlichen Testament von der überlebenden Ehefrau verfügten Schlusserbeneinsetzungen in vollem Umfang erbrechtlich bindend**, ohne dass es auf die Frage ankäme, ob es sich hierbei um wechselbezügliche Verfügungen i. S. v. § 2270 BGB handelt (vgl. auch OLG Rostock NJOZ 2022, 651 = FGPrax 2022, 611).

3. Beseitigung bzw. Wegfall der erbrechtlichen Bindung

Auch hinsichtlich der **Beseitigung** der erbrechtlichen Bindung bestehen bei einem unter Geltung des ZGB-DDR errichteten gemeinschaftlichen Testament Unterschiede zum Recht des BGB. Denn nach dem ZGB-DDR gab es auch **nach Annahme der Erbschaft** die Möglichkeit einer **Wiedererlangung der Testierfreiheit gem. § 393 ZGB-DDR** dadurch, dass der Erblasser durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht seine eigenen letztwilligen Verfügungen aufhob, sofern er zusätzlich den seinen gesetzlichen Erbteil übersteigenden Nachlass an die Schlusserben herausgab bzw. diese auf die Herausgabe verzichteten (vgl. dazu Limmer, ZEV 1994, 290 ff.; Janke, NJ 1998, 393, 397; Voltz, in: 10 Jahre Deutsches Notarinstitut, 2003, S. 193 ff.; Trilsch, in: Schlitt/Müller-Engels, Handbuch Pflichtteilsrecht, 3. Aufl. 2024, § 13 Rn. 16 ff.).

Dies ist dann von Bedeutung, wenn dem Überlebenden eine Abänderung seiner Verfügung von Todes wegen nicht mehr möglich war, da das gemeinschaftliche Testament keinen Änderungsvorbehalt i. S. v. § 390 Abs. 1 S. 2 ZGB-DDR enthielt. Einen solchen **Änderungsvorbehalt** enthielt das Testament nach dem mitgeteilten Sachverhalt auch vorliegend **nicht**.

Ausweislich des mitgeteilten Sachverhalts hat die Erblasserin notariell beurkundet im Jahr 1997 (nach dem Tod des Ehemanns) einen **Widerruf** des gemeinschaftlichen Testaments erklärt, der (laut Urkunde) dem Amtsgericht zu übermitteln war. Wir gehen davon aus, dass es sich hierbei um eine **Erklärung gem. § 393 ZGB-DDR** gegenüber dem Nachlassgericht handeln sollte. Weitere Voraussetzung zur Wiedererlangung der Testierfreiheit war jedoch, dass der Erblasser neben der Erklärung zusätzlich den seinen gesetzlichen Erbteil übersteigenden Nachlass **an die Schluss-erben herausgab** bzw. diese **auf die Herausgabe verzichteten**. Für eine Herausgabe bzw. eine Verzichtserklärung der Schluss-erben bietet der mitgeteilte Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Die Herausgabepflicht könnte allerdings vorliegend entfallen sein, wenn der Ehemann keine Abkömmlinge und nähere Verwandten hinterließ und die Ehefrau daher nach § 1931 BGB kraft Gesetzes Alleinerbin geworden wäre (vgl. Voltz, S. 200). Insoweit ist nicht auf die gesetzliche Erbfolge nach den §§ 364 ff. ZGB-DDR abzustellen, da der Ehemann nach dem 3.10.1990 verstorben ist und maßgebliches Erbstatut das BGB war.

Der Sachverhalt enthält hierzu keine Angaben. Jedenfalls hätte die überlebende Ehefrau in diesem Fall nur mit Hilfe ihrer Erklärung ihre Testierfreiheit wiedererlangen können. Ob die Erklärung jedoch auch **dem Nachlassgericht zu Lebzeiten der Erblasserin zugegangen** ist, wie dies zum Wirksamwerden der Aufhebungserklärung erforderlich gewesen wäre, kann dem Sachverhalt nicht entnommen werden und ist Tatfrage.

Auf Basis des mitgeteilten Sachverhalts kann daher **nicht abschließend beurteilt** werden, ob die Erblasserin zu Lebzeiten ihre Testierfreiheit auf Basis der notariell beurkundeten Widerrufserklärung wiedererlangt hat.

4. Rechtslage bei fehlender Aufhebung der Bindung

Sollte keine wirksame Aufhebung der Verfügungen der Ehefrau erfolgt sein, wäre die Ehefrau weiterhin an ihre Schlusserbeneinsetzungen erbrechtlich gebunden gewesen.

Dies gilt zumindest hinsichtlich der Schlussmiterbeneinsetzung des Enkelkindes zu $\frac{1}{2}$, die im gemeinschaftlichen Testament vorgenommen worden ist (auf die Frage der Ersatzberufung des Enkelkindes kommt es **insoweit** nicht an, da das

Enkelkind **unmittelbar** zum Schlussmiterben zu $\frac{1}{2}$ eingesetzt worden ist).

Fraglich ist nur, was mit dem hälftigen Erbteil geschieht, der testamentarisch dem eigenen Sohn zugedacht war. Dadurch, dass der Sohn vor der Erblasserin verstorben ist, ist die Erbeinsetzung des Sohnes **gegenstandslos** geworden. Der Wegfall des Sohnes könnte jedoch zu einer Ersatzberufung seiner Abkömmlinge gem. § 2069 BGB bzw. zu einer Anwachsung gem. § 2094 BGB beim mitbedachten Enkelsohn geführt haben. Wäre die Ersatzberufung bzw. Anwachsung als erbrechtlich bindend anzusehen, dann hätte die Erblasserin auch über diesen Erbteil, der ursprünglich dem Sohn zugedacht war, nicht neu testieren können.

Die Frage, ob der Wegfall des Sohnes zu einer Ersatzberufung seiner Abkömmlinge oder einer Anwachsung führen sollte und ob es sich hierbei um eine bindende Verfügung handeln sollte, ist im Testament – soweit ersichtlich – **nicht geregelt** worden. Es handelt sich hierbei um eine **Auslegungsfrage**. Wir haben in der Rechtsprechung die Entscheidung des OLG Rostock (NJOZ 2022, 651 ff. = ErbR 2022, 611) ermitteln können, die in einem vergleichbaren Wiedervereinigungsfall von einer erbrechtlichen Bindung an die nach § 2069 BGB anzunehmende Ersatz-erbenberufung der Enkel des Erblassers ausging.

Letztlich muss eine verbindliche Entscheidung über Auslegungsfragen aber dem ggf. zur Entscheidung berufenen Nachlass- oder Prozessgericht vorbehalten bleiben.

EGBGB Art. 15

England: Gesetzlicher Güterstand; Berechnung der gesetzlichen Erbquoten

I. Sachverhalt

Die Erblasserin ist im Juni 2024 in England verstorben. Sie hinterließ kein Testament. Geboren wurde sie im 1960 im Iran. Als Volljährige zog sie nach Deutschland und spätestens seit 1993 hatte sie die deutsche Staatsangehörigkeit; in diesem Jahr hat sie in Deutschland einen Ägypter geheiratet. Die Eheleute lebten zunächst in Deutschland. 1995 sind sie nach England umgezogen. Der Ehemann nahm sodann die britische Staatsangehörigkeit an, die Erblasserin behielt hingegen die deutsche Staatsangehörigkeit.

Die Erblasserin hat neben ihrem Ehemann eine 1995 geborene Tochter hinterlassen. Zum Nachlass gehört ein Miteigentumsanteil an einer Immobilie. Weitere Vermögensgegenstände hat die Erblasserin in Deutschland nicht hinterlassen. Beziehungen zum Iran bestehen nicht.

Es soll nun ein auf das in Deutschland belegene Vermögen gegenständlich beschränkter Erbschein beantragt werden.

II. Fragen

1. In welchem Güterstand haben die Eheleute gelebt?

2. Wie lautet die gesetzliche Erbfolge?

III. Zur Rechtslage

1. Bestimmung des Güterstatuts

Aus deutscher Sicht unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe gem. **Art. 229 § 47 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB** den Regeln des **Art. 15 EGBGB in der damals geltenden Fassung**, da die Eheleute noch **vor** dem Inkrafttreten der Europäischen Güterrechtsverordnung am **29.1.2019** geheiratet haben.

a) Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB a. F. verweist zunächst auf das Recht des Staates, dessen **Staatsangehörigkeit die Eheleute zum Zeitpunkt der Eheschließung** hatten. 1993 hatte die Ehefrau bereits die deutsche Staatsangehörigkeit. Eine möglicherweise daneben noch bestehende iranische Staatsangehörigkeit wäre jedenfalls gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB nicht zu berücksichtigen. Der Ehemann war zum Zeitpunkt der Eheschließung ägyptischer und später britischer Staatsangehöriger. Damit hatten die Eheleute zum Zeitpunkt der Eheschließung **keine gemeinsame Staatsangehörigkeit**.

b) Ersatzweise ist darauf abzustellen, in welchem Staat die Eheleute zum **Zeitpunkt der Eheschließung** ihren **gewöhnlichen Aufenthalt** hatten, Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB a. F. Es wäre also zu ermitteln, in welchem Staat die Eheleute zum Zeitpunkt der Eheschließung ihren Lebensmittelpunkt hatten. Hier ergibt sich offenbar auf Seiten der Ehefrau ein Lebensmittelpunkt in Deutschland, zumal sie damals bereits deutsche Staatsangehörige war. Hinsichtlich des Ehemanns fehlt es an Informationen, wie lange er zum Zeitpunkt der Eheschließung schon in Deutschland lebte. Jedenfalls ergibt sich aus dem Sachverhalt aber, dass die

Eheleute nach der Eheschließung noch mindestens zwei Jahre lang in Deutschland zusammen gelebt haben. Daher liegt die Vermutung nahe, dass der Ehemann zum Zeitpunkt der Eheschließung seinen Lebensmittelpunkt in Deutschland hatte – selbst dann, wenn er noch nicht lange in Deutschland gelebt haben sollte (vgl. zur Definition des gewöhnlichen Aufenthalts im Rahmen des EGBGB Lorenz, in: Bamberger/Roth/Poseck, 5. Aufl. 2022, Art. 5 EGBGB Rn. 16). Würde sich diese Vermutung bestätigen, hätten die Eheleute zum Zeitpunkt der Eheschließung ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Art. 15 Abs. 1 EGBGB a. F. würde auf das **deutsche Recht** verweisen.

c) Da es sich hierbei um eine **unwandelbare Anknüpfung** (Hausmann, in: Hausmann/Odersky, Das internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 4. Aufl. 2021, § 9 Rn. 58) an die Umstände zum Zeitpunkt der Eheschließung handelt, wirkt sich ein späterer Wechsel der für die Anknüpfung maßgeblichen Umstände (etwa der Staatsangehörigkeit oder des gewöhnlichen Aufenthalts der Eheleute) auf die Anknüpfung bzw. die Ermittlung des Güterstatuts nicht mehr aus. Denkbar wäre allenfalls, dass für im Ausland belegenes Vermögen ggf. ein **sog. vorrangiges Einzelstatut** i. S. v. Art. 3a Abs. 2 EGBGB a. F. entsteht (etwa hinsichtlich in England belegener Immobilien). Das dürfte im vorliegenden Fall allerdings keine Rolle spielen, da der Erbschein ausschließlich für das in Deutschland belegene Vermögen beantragt werden soll.

d) Damit lebten die Eheleute aus deutscher Sicht zuletzt im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft nach den Vorschriften des BGB.

2. Erbstatut

Das auf die Erbfolge anwendbare Recht bestimmt sich nach den Vorschriften der Europäischen Erbrechtsverordnung vom 4.7.2012.

a) Mangels einer Verfügung von Todes wegen mit **Rechtswahl** (vgl. **Art. 22 Abs. 1 EuErbVO**) unterliegt die Erbfolge gem. **Art. 21 Abs. 1 EuErbVO** dem Recht des Staates, in dem der Erblasser zum **Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls seinen gewöhnlichen Aufenthalt** hatte. Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers ist in der Europäischen Erbrechtsverordnung nicht bestimmt. Der EuGH verweist auf eine **erbrechtsspezifische Ermittlung** des gewöhnlichen

Aufenthalts. Es komme darauf an, wo eine Person ihren Lebensmittelpunkt hat, wo sie dauerhaft bleiben möchte etc. (EuGH ZEV 2020, 628 „E.E.“). Im vorliegenden Fall haben die Eheleute die letzten 30 Jahre in England verbracht. Sie hatten offenbar keine Absicht, nach Deutschland zurückzukehren. Damit ist davon auszugehen, dass sie sich in England mit der Absicht aufhielten, dort auch dauerhaft zu verbleiben. Daraus ergibt sich ein gewöhnlicher Aufenthalt i. S. v. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO im Vereinigten Königreich (UK). Eine besonders enge Verbindung zum Recht eines anderen Staates i. S. v. Art. 21 Abs. 2 EuErbVO ist nicht erkennbar.

b) Auf die Verweisung auf das Recht des Vereinigten Königreichs ist auch das dort geltende Internationale Privatrecht anzuwenden, **Art. 34 Abs. 1 EuErbVO**. Insbesondere wäre ggf. eine **Rückverweisung** auf das deutsche Recht zu befolgen.

aa) Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass **im Vereinigten Königreich** das materielle Erbrecht ebenso wie das Erbkollisionsrecht **nicht einheitlich geregelt** ist. Vielmehr gilt in den Landesteilen England and Wales, in Nordirland und in Schottland jeweils ein eigenes Rechtssystem. Auch ein einheitliches interlokales Privatrecht i. S. v. Art. 36 Abs. 1 EuErbVO gilt im Vereinigten Königreich nicht. Über Art. 36 Abs. 2 lit. a EuErbVO ist daher unmittelbar das Recht der Gebietseinheit anzuwenden, in der die Erblasserin ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt i. S. d. Europäischen Erbrechtsverordnung hatte. Falls die Erblasserin mit ihrer Familie zuletzt in England gelebt haben sollte, gilt das Recht des Landesteils *England and Wales*.

bb) In sämtlichen Teilen des Vereinigten Königreichs gilt auf dem Gebiet des internationalen Erbrechts aber übereinstimmend das **common law-Prinzip der Nachlassspaltung**, wonach die Erbfolge in den **beweglichen Nachlass** (*movables*) dem Recht des letzten *domicile* des Erblassers, jene in den **unbeweglichen Nachlass** (*immovables*) der *lex rei sitae* untersteht (Staudinger/Dörner, BGB, 2007, Anh. zu Art. 25 f. EGBGB Rn. 278 ff.). Dies gilt sowohl für die testamentarische als auch für die gesetzliche Erbfolge. Hinsichtlich der Qualifikation, ob ein Nachlassgegenstand beweglich oder unbeweglich ist, verweist das internationale Privatrecht des *common law* auf den jeweiligen Belegenheitsort (Qualifikationsverweisung, sog. *auxiliary rule*; vgl. BGHZ

24, 552, 555; NK-BGB/Odersky Bd. V: Erbrecht, 6. Aufl. 2021, Länderbericht Großbritannien Rn. 6 m. w. N.).

cc) Für die Vererbung des beweglichen Nachlasses kommt es demnach darauf an, wo die Erblasserin ihr letztes *domicile* hatte. Ein *domicile* i. S. d. *common law* erfordert eine festere Verbindung mit einem bestimmten Ort, als dies für einen gewöhnlichen Aufenthalt i. S. d. deutschen Rechts erforderlich ist. Anders als beim Wohnsitz deutschen Rechts ist z. B. ein doppeltes *domicile* oder ein fehlendes *domicile* nicht denkbar. Ein *domicile* wird zunächst durch Geburt begründet. Dieses *domicile of origin* ist das *domicile* des ehelichen Vaters. Sobald eine Person volljährig geworden ist, kann sie ein eigenes *domicile* begründen. Voraussetzung für die Begründung eines derartigen *domicile of choice* ist, dass sich die Person an einem Ort tatsächlich aufhält und beabsichtigt, an den Ort des bisherigen *domicile* nicht mehr zurückzukehren. Diese Absicht liegt z. B. vor, wenn die Betroffene die Wohnung an dem neuen Ort zur dauernden und unbefristeten Wohnung machen will (NK-BGB/Odersky, Rn. 7).

Das *domicile* der Erblasserin ist vorliegend nicht mit letzter Sicherheit zu ermitteln. Es liegen allerdings erhebliche Anhaltspunkte dafür vor, dass sie ein *domicile of choice* im Vereinigten Königreich bzw. in England begründet hat. Dies wäre insbesondere auch unter dem Aspekt anzunehmen, dass die Erblasserin nicht aus Deutschland, sondern aus dem Iran stammte, offenbar dort ein *domicile of origin* i. S. d. englischen Rechts erworben hatte und zum Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls keinerlei Beziehung mehr zum Iran hatte. Die Beziehungen nach Deutschland hingegen hätten lediglich ein *domicile of choice* begründet, sodass mit Wegzug aus Deutschland das deutsche *domicile of choice* wieder erloschen wäre.

c) Damit ergibt sich im **vorliegenden Fall eine Nachlassspaltung**: Das bewegliche Vermögen sowie das in England belegene unbewegliche Vermögen der Erblasserin vererbt sich nach dem englischen Recht. Hinsichtlich des in Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögens kommt es dagegen zu einer Rückverweisung auf die deutsche *lex rei sitae*. Da in Deutschland neben unbeweglichem Vermögen kein bewegliches Vermögen hinterlassen wurde, erfasst diese Rückverweisung *de facto* das gesamte in Deutschland belegene Vermögen.

3. Zur Bemessung der Erbquoten

Damit ergibt sich für das in Deutschland belegene Vermögen aufgrund der Rückverweisung die gesetzliche Erbfolge nach den Vorschriften des BGB. Dieses wiederum bestimmt die gesetzlichen Erbquoten abhängig davon, in welchem Güterstand die Erblasserin lebte, § 1931 BGB. Da die Erblasserin im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft des BGB lebte (s. o.), erbt der überlebende **Ehemann** gem. §§ 1931 Abs. 3, 1371 Abs. 1 BGB zu ½. Neben ihm ist die **Tochter ebenfalls zu ½** zur Erbin berufen, §§ 1924, 1931 Abs. 1 BGB.

4. Zur Beantragung des Erbscheins

a) Voraussetzung für die Erteilung eines Erbscheins in Deutschland ist, dass nach den Vorschriften der Europäischen Erbrechtsverordnung die deutschen Gerichte **international zuständig** sind (vgl. die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Oberle, EuGH DNotZ 2018, 699). Da die Erblasserin zum Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls ihren gewöhnlichen Aufenthalt in England, mithin in keinem Mitgliedsstaat i. S. d. Europäischen Erbrechtsverordnung hatte, ergibt sich die internationale Zuständigkeit nicht aus Art. 4 EuErbVO. Daher kommt nur eine **subsidiäre Zuständigkeit nach Art. 10 EuErbVO** in Betracht. Gem. Art. 10 Abs. 1 EuErbVO sind die Gerichte eines Mitgliedsstaates, in dem sich Nachlass befindet, für Entscheidungen in Erbsachen nach einem Erblasser ohne gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedsstaat zuständig, wenn der Erblasser die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedsstaats im Zeitpunkt seines Todes besaß, Art. 10 Abs. 1 lit. a EuErbVO. Da die Erblasserin zum Zeitpunkt ihres Todes deutsche Staatsangehörige war, sind die deutschen Nachlassgerichte international zuständig, und zwar hinsichtlich des gesamten Nachlasses, also auch insoweit, wie sich noch Nachlass in anderen Mitgliedsstaaten oder in einem Drittstaat befinden sollte.

b) Für die örtliche Zuständigkeit ist § 343 FamFG maßgeblich. Hatte der Erblasser zum Zeitpunkt des Todes keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland (§ 343 Abs. 1 FamFG), so ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hatte (Art. 343 Abs. 2 FamFG). Insoweit wäre im vorliegenden Fall also zu ermitteln, in welchem Gerichtsbezirk die Erblasserin gewohnt hatte, bevor sie 1995 aus Deutschland nach England ausgewandert ist.

c) Soll nun – wie im Sachverhalt geschildert – ein „auf das im Inland belegene Vermögen gegenständlich beschränkter Erbschein“ beantragt werden, so ist zu beachten, dass nur für das im Inland belegene Immobilienvermögen deutsches Recht gilt, nicht hingegen für ggf. im Inland belegene bewegliche Gegenstände und Rechte. Daher sollte die Erbin einen auf den **im Inland belegenen unbeweglichen Nachlass beschränkten Eigenrechtserbschein** beantragen (s. Döbereiner, in: Krätzel/Döbereiner/Falkner, Nachlassrecht, 12. Aufl. 2022, § 48 Rn. 49; MünchKommFamFG/Grziwotz, 4. Aufl. 2026, § 352c Rn. 19; Lehmann, in: Schlitt/Müller-Engels, Handbuch Pflichtteilsrecht, 3. Aufl. 2024, § 14 Rn. 230 ff.). Beantragt wird dann nicht ein Erbschein betreffend „die im Inland befindlichen Gegenstände“, sondern es **wäre zu formulieren**, „dass die Erblasserin in Bezug auf das im Inland belegene unbewegliche Vermögen nach deutschem Recht beerbt wurde von ...“ (vgl. Gierl, in: Münchener Prozessformularbuch: Erbrecht, 6. Aufl. 2026, 13. Antrag auf Erteilung eines gegenständlich beschränkten Eigenrechtserbschein; Döbereiner, § 8 Rn. 49).

Der Erbschein wäre daher dahingehend zu formulieren, dass die Erblasserin in Bezug auf den in Deutschland belegenen unbeweglichen Nachlass von ihrem Ehemann und der gemeinsamen Tochter zu je ½ beerbt worden ist.

Erbbaurecht §§ 26, 27, 28, 29; BGB §§ 873, 875, 883

Erbbaurecht; Erlöschen durch Zeitablauf; Entschädigungsforderung; dingliche Surrogation; Vormerkung

I. Sachverhalt

An einem Grundstück ist ein Erbbaurecht bestellt. Das Erbbaurecht erlischt in wenigen Monaten durch Zeitablauf. Der Entschädigungsanspruch nach § 27 Abs. 1 S. 1 Erbbaurechtsgesetz ist nicht ausgeschlossen. Eigentümer und Erbbauberechtigter wünschen allerdings ein Erlöschen des Erbbaurechts, ohne dass die gesetzliche Entschädigungsforderung entsteht. Es ist jedoch nicht zu erwarten, dass die rechtsgeschäftliche Aufhebung des Erbbaurechts vor Zeitablauf im Grundbuch vollzogen werden wird. Insbesondere sind an dem Erbbaurecht Briefgrundschulden eingetragen, hinsichtlich derer infolge Brief-

verlusts ein Aufgebotsverfahren durchgeführt werden muss.

II. Fragen

1. Ist eine Verpflichtung zum Erlass der Entschädigungsforderung ungeachtet § 27 Abs. 4 ErbbauRG zulässig?

2. Kann diese Verpflichtung bereits jetzt durch Vormerkung gesichert werden, um das Risiko zu verringern, dass bspw. ein Gläubiger des derzeitigen Erbbaurechtsinhabers in das Erbbaurecht vollstreckt?

III. Zur Rechtslage

I. Einordnung: Erlöschen des Erbbaurechts und Entschädigungsforderung

Dieser Fall betrifft Gestaltungsfragen im Hinblick auf künftig ablaufende Erbbaurechte. Das Bedürfnis, einen Anspruch auf Aufhebung von Erbbaurecht *und* gesetzlicher Entschädigungsforderung zu begründen und durch Vormerkung zu sichern, kann sich beispielsweise stellen, wenn für das Erlöschen des Erbbaurechts anstelle der gesetzlichen Entschädigung ein vertragliches Entgelt gezahlt werden soll. Problematisch sind hierbei Fälle, in denen der Ablauf des Erbbaurechts – wie vorliegend – kurz bevorsteht.

1. Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf

Ein Erbbaurecht kann befristet auf eine bestimmte Zeit bestellt werden (vgl. § 27 ErbbauRG; Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 8. Aufl. 2025, § 2 Rn. 141). In diesem Fall erlischt das Erbbaurecht außerhalb des Grundbuchs *ipso iure* mit Ablauf der vereinbarten Zeit.

2. Entstehen der Entschädigungsforderung

Ist nichts anderes vereinbart (s. dazu § 27 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG), ist dem Erbbauberechtigten **bei Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf** eine **Entschädigung für das Bauwerk** zu leisten (§ 27 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG), das mit Erlöschen des Erbbaurechts wieder zum Bestandteil des Grundstücks wird (§ 12 Abs. 3 ErbbauRG).

Erlischt das Erbbaurecht hingegen vorzeitig durch **rechtsgeschäftliche Aufhebung** (§ 26 ErbbauRG), ist § 27 ErbbauRG nach seinem eindeutigen Wortlaut nicht anwendbar. Da § 26 ErbbauRG selbst keine Entschädigungsregelung trifft, ist eine Entschädigung nur zu zahlen, falls eine solche anlässlich der Erbbaurechtsaufhe-

bung vertraglich – mithin schuldrechtlich – vereinbart wird (allg. M., vgl. Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, ErbbauRG, 12. Aufl. 2022, § 26 Rn. 11).

3. Rechtsnatur der Entschädigungsforderung

Die Entschädigungsforderung ist zunächst ein auf Zahlung einer Geldsumme gerichteter Anspruch, dessen Gläubiger der Erbbauberechtigte zum Zeitpunkt des Erlöschens des Erbbaurechts und dessen persönlicher Schuldner derjenige ist, der zu diesem Zeitpunkt Grundstückseigentümer ist (Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, § 27 Rn. 9; BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, Std.: 1.3.2026, § 27 ErbbauRG Rn. 8; Nagel/Schäfer, Erbbaurechtsgesetz, 1. Aufl. 2022, § 27 ErbbauRG Rn. 14; MünchKommBGB/Weiß, 10. Aufl. 2026, § 27 ErbbauRG Rn. 7, § 28 Rn. 6; Staudinger/Rapp, BGB, 2021, § 27 ErbbauRG Rn. 7a; BeckOK-BGB/Maaß, Std.: 1.2.2026, § 27 ErbbauRG Rn. 4; Winkler, MittBayNot 2019, 147, 149; Ott, notar 2015, 75, 79).

Zudem **haftet auch das Grundstück für die Entschädigungsforderung**, § 28 ErbbauRG. Es handelt sich daher um ein **reallastähnliches (OLG Hamm DNotZ 2007, 750, 752) Sicherungsmittel eigener Art** (BGH NJW-RR 2013, 1102).

Dabei geht die **h. M.** von der **Identität des Entschädigungsanspruchs und des der Sicherung dienenden Rechts** aus (BGH NJW-RR 2013, 1102 Rn. 14: „Verdinglichung der Forderung“; die Entschädigungsforderung *ist* ein dingliches Sicherungsmittel; OLG Hamm DNotZ 2007, 750, 752 f.: „Identität zwischen Entschädigungsforderung und eingetragenen Recht“; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, § 27 Rn. 27; Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 237 keine Trennung von Forderung und Sicherungsmittel; DNotI-Report 2020, 25, 26; **a. A.** Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl. 2007, § 28 ErbbauRVO Rn. 1: Sicherungshypothek; BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 27 Rn. 8, der augenscheinlich von einem *akzessorischen* Sicherungsmittel eigener Art ausgeht).

Dementsprechend erfolgen Verfügungen über die Entschädigungsforderung nach **§§ 873 ff. BGB**, nicht aber nach §§ 397 ff. BGB (**h. M.** Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1874: nach Reallastvorschriften; Bauer/Schaub/Maaß, GBO, 5. Aufl. 2023, AT F. Rn. 186; Winkler/Schlögel, § 5. Rn. 241; MünchKommBGB/Weiß,

§ 27 ErbbauRG Rn. 6; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, § 27, Rn. 27; Nagel/Schäfer, § 27 Rn. 58, § 28 Rn. 14; **a. A.** BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 27 Rn. 13; vgl. auch Grüneberg/Wicke, BGB, 85. Aufl. 2026, § 27 ErbbauRG Rn. 2, § 28 ErbbauRG Rn. 1). Materiell-rechtlich müsste es daher zur Aufgabe der reallastähnlichen Entschädigungsforderung einer **Aufgabeerklärung nebst grundbuchlicher Eintragung i. S. d. § 875 Abs. 1 S. 1 BGB** bedürfen (vgl. bereits Gutachten DNotI-Report 2020, 25).

Es ist somit davon auszugehen, dass der Abschluss eines **Erlassvertrags (§ 397 BGB)** nicht möglich ist, sondern vielmehr eine **einseitige Rechtsaufgabe des Gläubigers** ausreicht, andererseits aber eine **konstitutive Eintragung im Grundbuch** erforderlich ist.

Die Entschädigungsforderung tritt mit Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf im Wege der **dinglichen Surrogation an die Stelle des erloschenen Erbbaurechts** und nimmt dessen Rangstelle auf dem Erbbaurechtsgrundstück ein, § 28 ErbbauRG (vgl. BGH NJW-RR 2013, 1102 Rn. 14: „Surrogation und Verdinglichung“; KG ErbbauZ 2022, 19 Rn. 16; OLG Hamm DNotZ 2007, 750, 752; DNotI-Report 2020, 25; Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 9. Aufl. 2020, Rn. 739; BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 28 Rn. 5; Winkler/Schlögel, § 5. Rn. 236; Winkler, MittBayNot 2019, 147, 148; Ott DNotZ 2015, 341, 350; Staudinger/Rapp, § 27 ErbbauRG Rn. 2b; Rapp, MittBayNot 2014, 412, 415). Dazu ist **keine konstitutive Neueintragung des Rechts** nötig, vielmehr kann eine schlichte **Berichtigung mittels eines Umschreibungsvermerks** bei dem bisher gebuchten Erbbaurecht erfolgen (KG ErbbauZ 2022, 19 Rn. 18; KG ErbbauZ 2023, 56 Rn. 10; OLG Hamm DNotZ 2007, 750, 752; vgl. auch Bauer/Schaub/Maaß, AT F. Rn. 185, 191; Winkler/Schlögel, § 5. Rn. 238, 241).

Es handelt sich nach unserem Dafürhalten mithin um **dieselbe dingliche Belastung**, lediglich **mit einem anderen – ipso iure umgewandelten – dinglichen Inhalt**.

Bei der Entschädigungsforderung können die Rechte der bisherigen Grundpfandrechts- sowie Rentenschulden- und Reallastgläubiger am Erbbaurecht gemäß **§ 29 ErbbauRG** eingetragen werden, und zwar als Vermerk bei der Entschädigungsforderung in Abteilung II des Grund-

stücksgrundbuchs. Die Eintragung ist hier ebenso wie bei § 28 ErbbauRG nicht konstitutiv, da die Befriedigungsrechte kraft Gesetzes an der Entschädigungsforderung fortbestehen (vgl. Winkler/Schlögel, § 5. Rn. 245 f.). Bis zur Befriedigung der Drittberechtigten sind wegen des Pfandrechtscharakters etwaige Verfügungen des Erbbauberechtigten über den Entschädigungsanspruch, insbesondere ein „Verzicht“ (h. M.: Rechtsaufgabe i. S. v. § 875 BGB) nur mit deren Zustimmung (vgl. § 876 S. 1, § 877 BGB) zulässig (Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 249).

II. Mögliche schuldrechtliche Vereinbarungen und Vormerkungssicherung

1. Denkbare schuldrechtliche Ansprüche

Eine schuldrechtliche **Verpflichtung zur Aufhebung des Erbbaurechts** ist als schuldrechtliches Grundgeschäft zu § 26 ErbbauRG möglich. Eine solche materiell-rechtlich unbedingte Verpflichtung unterliegt (auch wenn ihr grundbuchlicher Vollzug von einer Zahlung abhängt) nicht dem Verbot des § 1 Abs. 4 S. 2 ErbbauRG (Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 197; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, § 26 Rn. 13).

Insoweit spricht – in den allgemeinen Grenzen (§§ 138, 242, 305 ff. BGB) – auch nichts gegen eine schuldrechtliche **Verpflichtung zur Aufhebung der Entschädigungsforderung**. Die fehlende Verfügungsmöglichkeit vor Fälligkeit der Entschädigungsforderung (vgl. § 27 Abs. 4 ErbbauRG) steht einer entsprechenden **schuldrechtlichen** Verpflichtung nicht entgegen (vgl. allgemein BGH NJW 2000, 504; BeckOGK-BGB/Mössner, Std.: 1.3.2025, § 93 Rn. 45 m. w. N.).

Vor Zeitablauf des Erbbaurechts kann die Entschädigungsforderung dinglich durch Inhaltsänderung des Erbbaurechts ausgeschlossen werden, § 877 BGB. Daher könnte man darüber nachdenken, einen entsprechenden schuldrechtlichen **Anspruch auf Inhaltsänderung des Erbbaurechts** zu vereinbaren und durch Vormerkung am Erbbaurecht zu sichern. Dabei wären grundsätzlich die Vorgaben des § 27 Abs. 2 ErbbauRG zu beachten.

2. Sicherung der Ansprüche durch Vormerkung?

a) Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Inhaltsänderung des Erbbaurechts?

Mit einer Vormerkung gesichert werden könnte zunächst ein Anspruch auf **Inhaltsänderung** des

Erbbaurechts (Ausschluss der Entschädigungsforderung).

Das Schicksal des Anspruchs auf Inhaltsänderung und der Vormerkung wäre allerdings bei Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf fraglich. Eine Inhaltsänderung des Erbbaurechts (Ausschluss der Entschädigungsforderung i. S. v. § 27 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG) ist, nachdem das Erbbaurecht erloschen ist, auf den ersten Blick nicht mehr möglich. Allerdings ließe sich überlegen, ob der Anspruch sich dann auf eine entsprechende Inhaltsänderung des Surrogats, d. h. der reallastähnlichen Entschädigungsforderung richtet.

Zu dieser Frage ließen sich keine Ausführungen in Rechtsprechung oder Literatur auffinden. Nach unserem Dafürhalten erscheinen indes folgende Erwägungen sachgerecht: Es könnte beispielsweise ein Anspruch auf Inhaltsänderung des Erbbaurechts dahingehend vereinbart werden, dass die Entschädigung auf einen „symbolischen Euro“ herabgesetzt wird. In diesem Fall erschiene es konsequent, dass dieser Anspruch identisch mit einem Anspruch auf eine entsprechende Inhaltsänderung der Entschädigungsforderung ist, also der Anspruch auf Inhaltsänderung des Erbbaurechts „fortbesteht“ und durch eine Inhaltsänderung der reallastähnlichen Entschädigungsforderung (als Surrogat für das Erbbaurecht) weiterhin erfüllt werden kann.

Fraglich ist, ob dies auch bei einem Anspruch auf vollständigen Ausschluss der Entschädigung gelten würde („Herabsetzung der Entschädigung auf null Euro“). Während eine solche Inhaltsänderung des (noch bestehenden) Erbbaurechts möglich ist, dürfte eine entsprechende Verfügung hinsichtlich des dinglichen Rechts „Entschädigungsforderung“ **nicht als Inhaltsänderung** zu qualifizieren sein, da die Entschädigungsforderung nicht null Euro betragen kann. Vielmehr würde es insoweit um einen Anspruch auf **Aufhebung** der Entschädigungsforderung gehen. Ob der Anspruch auf Inhaltsänderung des Erbbaurechts (Ausschluss einer Entschädigung, § 27 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG) mit einem Anspruch auf Aufhebung der zwischenzeitlich entstandenen Entschädigungsforderung identisch wäre, ist jedenfalls unklar. Die Ansprüche gehen **formal** auf unterschiedliche dingliche Rechtsänderungen (Inhaltsänderung **versus** Rechtsaufgabe). Andererseits ist im Ergebnis **materiell dieselbe dingliche Rechtsänderung** (Abbedingung der Entschädigungsforderung) geschuldet. Dabei gehen

die rechtlichen Anforderungen des § 873 Abs. 1 BGB (Einigung und Eintragung) über die des § 875 BGB (einseitige Aufgabenerklärung und Eintragung) hinaus. In beiden Fällen bedarf es der Mitwirkung von Drittberechtigten i. S. v. § 876 BGB. Dies lässt es gerechtfertigt erscheinen, die in Rede stehenden Rechtsänderungen (Inhaltsänderung des Erbbaurechts in Gestalt des Ausschlusses einer Entschädigung **versus** Aufgabe der Entschädigungsforderung) als **wesensgleich** anzusehen. Eine unterschiedliche Behandlung im Vergleich zu dem Beispiel der Herabsetzung auf einen Euro würde als Förmerei anmuten.

Problematisch bliebe allerdings mit Blick auf den richtigen „Belastungsgegenstand“, dass ein Anspruch auf Inhaltsänderung des Erbbaurechts im Erbbaurechtsgrundbuch vorgemerkt würde (vgl. BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, Std.: 1.3.2026, § 14 Rn. 11 m. w. N.), das Erbbaurechtsgrundbuch aber mit Zeitablauf des Erbbaurechts geschlossen wird. Die Vormerkung müsste also bei Schließung des Erbbaurechtsgrundbuchs bei der Entschädigungsforderung im Grundstücksgrundbuch vermerkt werden.

Nach unserem Dafürhalten sprechen gute Gründe dafür, dass sich die Vormerkung am Erbbaurecht *ipso iure* am dinglichen Surrogat fortsetzt und dort – ebenso wie Rechte i. S. v. § 29 ErbbauRG – **deklaratorisch** verlaubarbar werden kann. Die pauschale Aussage in der Literatur, dass Vormerkungen am Erbbaurecht mit Zeitablauf ersatzlos untergehen (vgl. BeckOK-BGB/Maaß, Std.: 1.2.2026, § 29 ErbbauRG Rn. 1 m. w. N. auch zur Gegenansicht), erscheint jedenfalls nicht überzeugend, sofern der vormerkungsgesicherte Anspruch auch in Ansehung der Entschädigungsforderung verwirklicht werden kann.

Im Ergebnis verbleiben dennoch erhebliche Unsicherheiten dieses Vorgehens.

b) Eintragung einer Vormerkung auf Aufhebung der Entschädigungsforderung nach grundbuchlicher Verlautbarung der Entschädigungsforderung

Gegen die Eintragung einer **Vormerkung an der Entschädigungsforderung** zur Sicherung eines **Anspruchs auf Aufgabe der Entschädigungsforderung** (nach Zeitablauf des Erbbaurechts) dürften – wenngleich diese Möglichkeit soweit ersichtlich nirgends erörtert wird – **keine Bedenken** bestehen. Da die Entschädigungsforderung ein reallastähnliches dingliches Recht ist, richtet

sich der Aufhebungsanspruch auf eine dingliche Rechtsänderung i. S. v. § 883 Abs. 1 BGB. Die Vormerkung sollte u. E. nicht anders zu behandeln sein als eine Vormerkung auf Aufhebung einer Reallast.

Eine solche Vormerkung kann allerdings **nur gegen spätere Verfügungen** Schutz über die Entschädigungsforderung bieten, § 883 Abs. 2 BGB, nicht gegen Verfügungen hinsichtlich des Erbbaurechts vor dessen Erlöschen (oder Verfügungen, die mit zeitlicher Priorität vor Eintragung der Vormerkung erfolgen würden).

c) Eintragung einer Vormerkung auf Aufhebung der Entschädigungsforderung am Erbbaurecht vor Eintragung der Entschädigungsforderung

Weiterhin ist fraglich, ob man auch einen Anspruch auf Aufgabe der Entschädigungsforderung (nicht des Erbbaurechts) schon am Erbbaurecht absichern könnte. Es würde sich dann um einen auf Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf aufschiebend befristeten (§ 883 Abs. 1 S. 2 BGB) Anspruch handeln.

Problematisch wäre hier, dass die Entschädigungsforderung vor Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf noch nicht als sonderrechtsfähiges Recht besteht und auch noch nicht im Grundstücksgrundbuch verlaubar ist.

In der Literatur wird ausgeführt, dass das dingliche Recht, auf das sich der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch bezieht, bereits bestehen muss (BeckOGK-BGB/Assmann, Std.: 1.2.2026, § 883 Rn. 44, nicht erforderlich ist jedoch, dass es bereits in der konkreten Ausgestaltung vorhanden ist, auf die sich der Anspruch richtet, vgl. Rn. 44.1, mit dem Beispiel des Anspruchs auf Übertragung eines noch nicht existenten Miteigentumsanteils). Vor diesem Hintergrund scheint der Anspruch auf Aufhebung der Entschädigungsforderung vor Entstehen derselben noch nicht vormerkbar zu sein.

Die Vormerkung sichert zudem die anfängliche Erfüllungsfähigkeit des Schuldners, weshalb der **Schuldner zunächst** (also im Moment der Eintragung der Vormerkung) die **Erfüllungsfähigkeit besessen haben muss** (BGH NJW 1997, 861, 863; KG FGPrax 2011, 109; OLG Stuttgart NJW-RR 2018, 1169 Rn. 14; Staudinger/Kessler, § 883 Rn. 74; BeckOGK-BGB/Assmann, § 883 Rn. 87; MünchKommBGB/Lettmaier,

§ 883 Rn. 38; Grüneberg/Herrler, § 883 Rn. 13). So führt der BGH aus, das sog. Identitätsgebot auf Schuldnerseite solle gerade eine zu weite Vorverlagerung des Vormerkungsschutzes verhindern (BGH NJW 1997, 861, 863). Hier **fehlt** dem Schuldner aber **vor Erlöschen des Erbbaurechts die Erfüllungsfähigkeit** hinsichtlich der Aufhebung der zu diesem Zeitpunkt noch nicht sonderrechtsfähigen Entschädigungsforderung. Es ist daher davon auszugehen, dass der Anspruch auf Aufhebung der Entschädigungsforderung **derzeit noch nicht durch Vormerkung abgesichert werden kann**. In Betracht käme indessen, sofern ein derartiger Anspruch vereinbart und durch Vormerkung abgesichert sein sollte, ggf. eine Umdeutung in Sinne von lit. a) bzw. lit. d).

d) Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung des Erbbaurechts?

aa) Der Anspruch auf **Aufhebung des Erbbaurechts** kann durch Vormerkung abgesichert werden (vgl. BeckOGK-BGB/Assmann, § 883 Rn. 33). Diese ist nach h. M. **jedenfalls im Grundstücksgrundbuch** einzutragen, da nur dieses für Bestand und Dauer des Erbbaurechts maßgeblich ist (BeckOGK-BGB/Maaß, § 26 ErbbauRG Rn. 3.1; Bauer/Schaub/Maaß, AT F. Rn. 195; BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 14 Rn. 5; Schöner/Stöber, Rn. 1725, 1729; Böhringer, Rpfleger 2019, 557, 559; Böttcher, Rn. 699; DNotI-Internetgutachten Nr. 70742). Im Übrigen wird die Eintragung „**zweckmäßigerweise**“ im Grundstücks- **und** Erbbaurechtsgrundbuch empfohlen (Winkler/Schlögel, § 5. Rn. 197; Ingens-tau/Hustedt/Bardenhewer, § 26 Rn. 13; Münch-KommBGB/Weiß, § 26 ErbbauRG Rn. 4).

Der Umstand, dass für die vorgemerkte Rechtsänderung (Erlöschen des Erbbaurechts) das Grundstücksgrundbuch maßgeblich ist, spricht zunächst dafür, dass die Eintragung der Vormerkung im Grundstücksgrundbuch erfolgen sollte. Von der Frage, wo die konstitutive Eintragung der Rechtsaufgabe des Erbbaurechts zu erfolgen hat, wo also die vorgemerkte Rechtsänderung einzutragen ist, ist freilich der richtige Belastungsgegenstand zur Wahrung des nach § 883 Abs. 2 BGB vermittelten Vormerkungsschutzes zu unterscheiden. Eine Vormerkung **soll gem. § 883 Abs. 2 BGB vor Verfügungen, die den vorgemerkten Anspruch verteilen oder beeinträchtigen könnten, schützen**. Dies sind u. a. Sonderrechtsnachfolgen auf der Ebene des Erbbaurechts (z. B. Veräußerung des Erbbaurechts oder eines Miteigentumsanteils hieran) oder Belastungen des

Erbbaurechts. Es erscheint daher sachgerecht, dass die Vormerkung betreffend die Aufhebung des dinglichen Rechts „Erbbaurecht“ eben dort, also **(auch) im Erbbaurechtsgrundbuch verlaublich wird**. Denn für Verfügungen über das Erbbaurecht ist das Erbbaurechtsgrundbuch der maßgebliche Rechtsscheinträger (§§ 891 ff. BGB, § 14 Abs. 3 S. 1 ErbbauRG). Wenn die Vormerkung nur im Grundstücksgrundbuch eingetragen sein sollte, gilt zu befürchten, dass Dritte an dem (bestehenden) Erbbaurecht möglicherweise Rechte (gutgläubig) erwerben könnten, es sei denn, man könnte einem gutgläubigen Dritten entgegenhalten, dass für ihn auch der Inhalt des Grundstücksgrundbuch maßgeblich sei.

Im Hinblick auf den mit der Vormerkung intendierten Schutz gem. § 883 Abs. 2 BGB sollte daher vorsorglich **auch** eine Eintragung im Erbbau-rechtsgrundbuch erfolgen.

bb) Ein lückenloser Vormerkungsschutz setzt voraus, dass eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung des Erbbaurechts auch nach Zeitablauf des Erbbaurechts fortbesteht. Denn würde die Vormerkung zwar zeitlich nach der vormerkungswidrigen Verfügung, aber vor Verwirklichung des gesicherten Anspruchs erlöschen, könnte sie keine Wirkungen mehr entfalten. In diesem Fall würde eine zunächst relativ unwirksame Verfügung voll wirksam werden (BGH NJW 1992, 1683; BeckOGK-BGB/Assmann, § 883 Rn 185). Wenn etwa nach Eintragung der Vormerkung der Erbbauberechtigte über das Erbbaurecht verfügt oder die Zwangsvollstreckung in das Erbbaurecht erfolgt, wäre dies dem Vormerkungsberechtigten gegenüber zwar zunächst relativ unwirksam, § 883 Abs. 2 BGB. Falls allerdings die Vormerkung auf Aufhebung des Erbbaurechts mit Zeitablauf des Erbbaurechts erlöschen sollte, würden solche Verfügungen nachträglich voll wirksam werden. Entscheidend ist daher die Frage, **ob der Anspruch auf Aufhebung des Erbbaurechts und die zu dessen Sicherung eingetragene Vormerkung auch nach Zeitablauf des Erbbaurechts als Belastung der reallastähnlichen Entschädigungsforderung fortbestehen** können.

e) Fortbestand der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung des Erbbaurechts nach Erlöschen desselben durch Zeitablauf?

Nach unserem Dafürhalten ist diese Frage zu bejahen. Allerdings wird die Frage in der Recht-

sprechung und Literatur, soweit ersichtlich, nicht erörtert. Daher muss die Rechtslage als **ungeklärt** betrachtet werden. Voraussetzungen für den Fortbestand der Vormerkung sind, dass der vormerkungsgesicherte Anspruch nicht mit Zeitablauf des Erbbaurechts (vollständig) untergeht und die Vormerkung als Sicherungsmittel ebenfalls nicht durch Zeitablauf des Erbbaurechts erlischt.

aa) Zunächst ist demnach entscheidend, ob eine **rechtliche (Teil-)Identität** zwischen dem Anspruch auf Aufhebung des Erbbaurechts und dem Anspruch auf Aufhebung der Entschädigungsforderung anzunehmen ist. Dann würde ein Anspruch auf Aufhebung des Erbbaurechts nicht mit Zeitablauf des Erbbaurechts erlöschen, sondern sich auf die Aufhebung der Entschädigungsforderung richten.

Nach der Rechtsprechung ist ein einziger, d. h. ein und derselbe materiell-rechtliche Anspruch gegeben, wenn ein einheitlicher Lebenssachverhalt zugrunde liegt und über den Anspruch nur einheitlich verfügt werden kann (BayObLGZ 2002, 350, 352; BayObLG DNotZ 2002, 293).

Nach unserem Dafürhalten dürfte es sich vorliegend um denselben materiell-rechtlichen Anspruch handeln, bei dem das **Anspruchsziel „Aufhebung der Entschädigungsforderung“ im Anspruchsziel „Aufhebung des Erbbaurechts“ als „Minus“ enthalten** ist (und auch schon während der Laufzeit des Erbbaurechts enthalten war).

Es ist insoweit zu berücksichtigen, dass die Entschädigungsforderung bereits mit Entstehen des Erbbaurechts als bedingtes dingliches Recht entsteht (BGH NJW-RR 2013, 1102 Rn. 14; BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 27 Rn. 9; MünchKommBGB/Weiß, § 27 Rn. 5). Sie ist bis zu dessen Erlöschen **dinglicher Rechtsinhalt des Erbbaurechts** (MünchKommBGB/Weiß, § 27 Rn. 5; Winkler/Schlögel, § 5. Rn. 208). Es handelt sich damit nicht um ein völlig anderes Recht (zutr. BGH NJW-RR 2013, 1102 Rn. 14), sondern um einen bereits während der Laufzeit des Erbbaurechts in diesem enthaltenen Teilaspekt, welcher nach Zeitablauf im Wege der Surrogation an die Stelle des Vollrechts tritt und als dessen „Rest“ verbleibt.

Der Anspruch auf Aufhebung des Erbbaurechts wird **nicht** mit Erlöschen des Erbbaurechts

insgesamt unmöglich, sondern richtet sich auf die Aufhebung der Entschädigungsforderung als „umgewandeltem Rest des Erbbaurechts“ (Formulierung bei Winkler, MittBayNot 2019, 147, 148). Mit anderen Worten: Der Anspruch auf Aufhebung des Erbbaurechts ist, **soweit die Entschädigungsforderung** als überbleibender Teilinhalt des Erbbaurechts noch besteht, **gerade nicht unmöglich geworden, sondern ist insoweit noch erfüllbar und besteht fort**.

Der schuldrechtliche Anspruch auf Aufhebung des Erbbaurechts umfasst demzufolge auch die Aufgabe des ihm innewohnenden Entschädigungsanspruchs mit der Folge, dass nach Untergang des Erbbaurechts durch Zeitablauf der vormerkungsgesicherte Anspruch auf den übrig gebliebenen Rest, nämlich auf die Rechtsaufgabe der Entschädigungsforderung gerichtet ist.

bb) Des Weiteren gehen wir davon aus, dass das **dingliche Sicherungsmittel „Vormerkung“ nicht mit Zeitablauf des Erbbaurechts untergeht**.

Dingliche Rechte, die das Erbbaurecht selbst belasten, gehen **grundsätzlich** mit dem Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf unter; denn ihr Belastungsobjekt erlischt mit dem Endtermin (OLG Hamm NJOZ 2018, 806 Rn. 51; Staudinger/Rapp, § 29, Rn. 1; MünchKommBGB/Weiß, § 29 Rn. 2; Nagel/Schäfer, § 29 Rn. 3).

Für Verwertungsrechte gilt nach § 29 ErbbauRG, dass den Gläubigern Befriedigungsrechte an der Entschädigungsforderung zustehen (s.o. Ziff. I. 3. a. E.). Vormerkungen sollen nach teilweise vertretener Ansicht nicht erlöschen, wenn sie sich auf Eintragung einer Grundschuld oder Hypothek beziehen (Nagel/Schäfer, § 29 Rn. 3; MünchKommBGB/Weiß, § 29 Rn. 2; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, § 29 Rn. 3; Neumann, ZfBR 2020, 211, 215; a. A. BeckOK-BGB/Maaß, § 29 ErbbauRG Rn. 1; Bauer/Schaub/Maaß, AT F. Rn. 187 mit Verweis auf § 33 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG; BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 29 Rn. 7).

Die ansonsten in der Literatur anzutreffenden Erwägungen, dass Rechte im Übrigen (also außerhalb des § 29 ErbbauRG) untergehen, beziehen sich v. a. auf Nutzungsrechte (beispielsweise wenn ausgeführt wird, dass diese erforderlichenfalls am Grundstück neu bestellt werden müssen, sich aber nicht hieran fortsetzen,

BeckNotar-HdB/Graf Wolffskeel v. Reichenberg, 8. Aufl. 2024, § 4. Rn. 195). Insoweit ist einleuchtend, dass einerseits ein Nutzungsrecht nicht sinnvoll an der Entschädigungsforderung fortbestehen kann und andererseits nach der gesetzgeberischen Entscheidung in § 29 ErbbauRG die Entschädigungsforderung nicht für den Wert vormaliger Nutzungsrechte haften soll.

Damit ist jedoch **keine Aussage** über den Fortbestand von Vormerkungen getroffen, die den Bestand des Erbbaurechts selbst betreffen. Hier geht es nicht wie bei Belastungen des Erbbaurechts darum, ob der Berechtigte nach Zeitablauf ein Befriedigungsrecht an der Entschädigungsforderung erhält. Vielmehr sichert eine *Aufhebungsvormerkung* (anders als etwa eine Vormerkung auf Bestellung einer Belastung am Erbbaurecht) einen Anspruch auf eine Rechtsänderung ab, die **sowohl vor als auch nach** Erlöschen des Erbbaurechts (dann hinsichtlich der Entschädigungsforderung) **in gleicher Weise** erfolgen kann. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass eine Vormerkung auf Aufhebung des Erbbaurechts nach h. M. (zumindest auch) im Grundstücksgrundbuch eingetragen wird und insoweit von der Schließung des Erbbaugrundbuchs unberührt bleibt.

Die Kommentierungen zu § 26 ErbbauRG betonen lediglich einhellig, dass der Anspruch auf Aufhebung durch Vormerkung abgesichert werden kann, äußern sich aber nicht zum Schicksal dieser Vormerkung bei Zeitablauf.

Die **Gesetzesbegründung zur ErbbauVO** von 1919 (abrufbar auf der Website des DNotI unter Informationen/Gesetzesmaterialien) äußert sich nur knapp. Die Rechte des Entschädigungsberechtigten sollten auch den Realgläubigern zugutekommen. Insgesamt zielte die ErbbauVO 1919 darauf, die **Marktgängigkeit und Beleihbarkeit des Erbbaurechts** zu steigern. Dieses Ziel verfolgte der Gesetzgeber insbesondere mit § 29 ErbbauRG. Ein **gesetzgeberischer Regelungswille hinsichtlich des rechtlichen Schicksals einer Vormerkung, die den Anspruch auf rechtsgeschäftliche Aufhebung des Erbbaurechts sichert, ist der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen**. Vielmehr dürfte davon auszugehen sein, dass sich der Gesetzgeber hierzu keine Gedanken gemacht hat.

Nach der **Systematik** der §§ 27 ff. ErbbauRG ist u. E. keineswegs zwingend, dass solche Vor-

merkungen erlöschen. Denn zwar fällt mit dem Erbbaurecht auf den ersten Blick das Belastungsobjekt weg. Allerdings tritt die zuvor im Belastungsobjekt „Erbbaurecht“ als Minus enthaltene Entschädigungsforderung im Wege der dinglichen Surrogation an dessen Stelle. Aus dem Fehlen einer dem § 29 ErbbauRG entsprechenden Regelung kann u. E. nach dem Gesagten kein Umkehrschluss gezogen werden. Vielmehr handelt sich bei der Entschädigungsforderung im Verhältnis zum Erbbaurecht um **dieselbe dingliche Belastung** des Grundstücks, lediglich mit einem anderen – *ipso iure* umgewandelten – dinglichen Inhalt. Mit dem Verstreichen des Befristungstermins reduziert sich der Inhalt des Erbbaurechts auf den ihm innewohnenden Entschädigungsanspruch, sodass sich zwar der **Charakter** des dinglichen Rechts wandelt, **nicht** aber ein konstitutiv „**neues**“ dingliches Recht entsteht.

Maßgeblich ist hinsichtlich der Aufhebungsvormerkung daher die **wertende Frage**, ob der „Wegfall“ (genauer gesagt: die **inhaltliche** Änderung) des Belastungsobjekts zum Erlöschen der Vormerkung führt, oder ob **infolge der dinglichen Surrogation** nunmehr die Entschädigungsforderung das Belastungsobjekt der Vormerkung ist. **Letzteres überzeugt**.

Teleologisch erscheint die Möglichkeit einer das Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf überdauernden Aufhebungsvormerkung **stimmig**. Die zuvor als Rechtsinhalt im Erbbaurecht enthaltene Entschädigungsforderung tritt mit Zeitablauf dinglich an dessen Stelle. Ob die Entschädigungsforderung auch **als Belastungsobjekt** an die Stelle des Erbbaurechts treten kann, kann nicht pauschal beantwortet werden. Für Verwertungsrechte, die auf dem Erbbaurecht lasten, trifft das Gesetz insoweit eine Entscheidung (§ 29 ErbbauRG).

Für eine den Bestand des Erbbaurechts betreffende Aufhebungsvormerkung erscheint es u. E. überzeugend, dass sich diese an der Entschädigungsforderung fortsetzt. Die (zuvor aufschiebend bedingte) **Entschädigungsforderung bleibt als Minus des ursprünglichen Belastungsobjekts übrig** und tritt an die Stelle des Erbbaurechts (dingliche Surrogation). Daher ist es u. E. wertungsmäßig richtig, dass sie auch weiterhin Belastungsobjekt der Löschungsvormerkung ist.

Es muss insbesondere Beachtung finden, dass die dingliche Surrogation im Immobiliarsachenrecht

eine Besonderheit darstellt. Ihre Auswirkungen müssen mit anderen Instituten des Sachenrechts – etwa der Möglichkeit, Ansprüche auf dingliche Rechtsänderung durch eine Vormerkung abzusichern – **in Einklang gebracht** werden. Da der Gesetzgeber die vorliegende Frage nicht bedacht und nicht geregelt hat, kann dieser Konflikt u. E. nicht einseitig zulasten des Vormerkungsschutzes aufgelöst werden. Denn es entstünde eine Schieflage, wenn das Gesetz dem Erbbauberechtigten und den Realgläubigern durch die dingliche Surrogation **Kontinuität** verschaffen würde, während hinsichtlich des Vormerkungsschutzes eine **harte zeitliche Zäsur** einträte – zumal es häufig (wie hier) von **Zufällen** abhängen wird, ob eine rechtsgeschäftliche Aufhebung des Erbbaurechts noch vor Zeitablauf realisierbar ist oder nicht. Wollte man dies anders sehen, so würden **vormerkungswidrige Verfügungen über das Erbbaurecht** durch das Prinzip der Surrogation den Zeitablauf des Erbbaurechts überdauern, während der Vormerkungsschutz gem. § 883 Abs. 2 BGB, der gerade vor Verfügungen über das Erbbaurecht schützen soll, hinfällig würde. Dies erscheint wenig sachgerecht und nicht überzeugend. Vielmehr erscheint es uns stimmiger, dass sich die Vormerkung an der Entschädigungsforderung als Surrogat fortsetzt.

Insbesondere würden die Rechte vor- oder nachrangiger Realgläubiger hierdurch nicht unzulässig beeinträchtigt:

- Hinsichtlich der **vorrangigen Gläubiger** gilt, dass diese ihre Rechte zu einer Zeit erworben haben, als das Erbbaurecht noch nicht mit einer Löschungsvormerkung belastet war. Ihre Rechte setzen sich aufgrund **Priorität** (§ 883 Abs. 2 S. 1 BGB) gegenüber der Löschungsvormerkung durch.

- Bezüglich etwaiger **nachrangiger Gläubiger** oder Erwerber des Erbbaurechts gilt, dass die Vormerkung **im Grundstücks- und Erbbaugrundbuch verlautbart** ist. Jeder Dritte kann aus dem Grundbuch ersehen, dass er Rechte an dem Erbbaurecht (und damit an der Entschädigungsforderung) nur relativ unwirksam erwerben kann. Die Grundbuchpublizität ist insoweit gewahrt. Zwar wollte der Gesetzgeber mit der ErbbauRVO 1919 die Stellung der Realgläubiger im Interesse der Marktgängigkeit und Beleihbarkeit des Erbbaurechts stärken. Es besteht vor diesem gesetzgeberischen Ziel allerdings kein

Grund, demjenigen, der nach Eintragung einer Aufhebungsvormerkung am Erbbaurecht relativ unwirksam ein Grundpfandrecht (oder die Inhaberschaft am Erbbaurecht) erlangt, die „Flucht in den Zeitablauf des Erbbaurechts“ zu ermöglichen. Dies wäre kein sinnvolles Ergebnis, sondern eine u. E. ungerechtfertigte Privilegierung aufgrund zeitlicher Zufälligkeiten.

cc) Nach unserem Dafürhalten spricht daher viel dafür, dass der vormerkungsgesicherte Anspruch auf Aufhebung des Erbbaurechts nach dessen Zeitablauf als (teil-)identischer vormerkungsgesicherter Anspruch auf Aufhebung der reallastähnlichen Entschädigungsforderung an ebendiesem reallastähnlichen Recht fortbesteht.

III. Ergebnis

Es ist unseres Erachtens **überzeugend**, dass sich eine **Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf rechtsgeschäftliche Aufhebung des Erbbaurechts** an der Entschädigungsforderung als dessen Surrogat fortsetzen und so einen lückenlosen Schutz vor vormerkungswidrigen Verfügungen bzgl. Erbbaurecht und Entschädigungsforderung leisten kann.

Wir weisen jedoch nochmals darauf hin, dass hierzu keine Literatur und Rechtsprechung existiert und die **Rechtslage** insgesamt als **ungeklärt** zu betrachten ist.

Rechtsprechung

BGB §§ 1789 Abs. 2, 1815, 1817, 1886
Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungsbetreuers bei Behindertentestament

a) Seit der zum 1.1.2023 in Kraft getretenen Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts ist die isolierte gerichtliche Entziehung der Vertretungsbefugnis des Betreuers wegen erheblichen Interessengegensatzes nicht mehr zulässig. § 1789 Abs. 2 BGB ist nicht analog anwendbar.

b) Das Bestehen eines Interessenkonflikts zwischen Betroffenen und Betreuer ist bei der Erstanordnung der Betreuung zu berücksichtigen und kann Grund zur Anordnung einer geteilten Mitbetreuung nach § 1817 Abs. 1 S. 2 BGB geben. Diese kann auch nachträglich im Wege der teilweisen Entlassung des Betreu-

ers nach § 1868 Abs. 1 BGB unter Bestellung eines weiteren Betreuers erfolgen.

c) Die Doppelfunktion als Betreuer und Testamentsvollstrecker löst für sich genommen noch keine Notwendigkeit einer gesonderten Bestellung eines weiteren Betreuers aus (Fortführung des Senatsbeschlusses NJW-RR 2008, 963 = FamRZ 2008, 1156).

BGH, Beschl. v. 25.6.2025 – XII ZB 157/24

Problem

Die im Jahr 1967 geborene Betroffene B leidet an einer mittelgradigen Intelligenzminderung bei Morbus Down. Für sie ist seit 2004 eine rechtliche Betreuung mit dem Aufgabenkreis Gesundheits- und Behördenangelegenheiten eingerichtet. Bis Anfang 2023 war ihre Mutter zur Betreuerin und ihre Schwester S zur Verhinderungsbetreuerin bestellt.

Die Mutter hatte im Jahr 2011 ein notarielles Testament errichtet und hierin die B als Alleinerbin, allerdings nur als nicht befreite Vorerbin, eingesetzt. Zu Nacherben wurden die drei Kinder von S (also die Neffen und Nichten der B) eingesetzt. Die Schwester S wurde zur Testamentsvollstreckerin bestimmt. Das Testament enthält ansonsten die für ein Behindertentestament üblichen Bestimmungen hinsichtlich der Testamentsvollstreckung (insbesondere zu Verwaltungsanordnungen und Vergütungsregelungen).

Nach dem Tod der Mutter Anfang 2023 wird die S zur Betreuerin und deren Tochter, die Nichte N, zur Verhinderungsbetreuerin bestellt. Die Nichte N lebt seit einer Verschlechterung des gesundheitlichen Zustands von B mit ihr in häuslicher Gemeinschaft und versorgt und pflegt sie. N wohnt bei B und erhält für ihre Pflegeleistungen monatliche Vergütungen.

Das Amtsgericht bestellt einen Rechtsanwalt zum Ergänzungsbetreuer und überträgt ihm den Aufgabenkreis „Wahrnehmung der Rechte der Betroffenen gegenüber der Testamentsvollstreckerin sowie Abschluss einer Miet- und Pflegevereinbarung mit der Verhinderungsbetreuerin N“.

Dagegen legt B Beschwerde ein, die zurückgewiesen wird. Das Beschwerdegericht geht davon aus, dass die Bestellung des Ergänzungsbetreuers zurecht entsprechend § 1789 Abs. 2 BGB

(§ 1796 BGB a. F.) erfolgt sei, da ein erheblicher Interessengegensatz vorliege. Dieser bestehe darin, dass S, die Schwester der B, zugleich rechtliche Vertreterin der Betroffenen (= Betreuerin), nicht berücksichtigter Abkömmling sowie Testamentsvollstreckerin für die B sei. Zudem sei sie auch Testamentsvollstreckerin für die Nacherben, die ihre eigenen Abkömmlinge seien. Eine konkrete Interessenkollision sei hinsichtlich des Abschlusses eines Miet- und Pflegevertrages mit N (eine der Nacherben) gegeben. Dies gehe über eine typische Interessenkollision hinaus, auch wenn keinerlei konkreter Anlass ersichtlich sei, der ein Eingreifen erforderlich oder eine Überprüfung dringend notwendig erscheinen lasse.

Gegen die Zurückweisung der Beschwerde legt B die zugelassene Rechtsbeschwerde zum BGH ein, mit der sie weiterhin die Aufhebung der Ergänzungsbetreuung erstrebt.

Entscheidung

Die Rechtsbeschwerde der B ist erfolgreich. Der BGH hebt die vom Amtsgericht angeordnete Ergänzungsbetreuerbestellung ersatzlos auf. Der BGH begründet dies u. a. damit, dass eine isolierte gerichtliche Entziehung der Vertretungsmacht des Betreuers wegen erheblichen Interessengegensatzes nicht gem. § 1789 Abs. 2 BGB zulässig sei. Die Vorschrift sei auf den Betreuer seit Inkrafttreten der Betreuungsrechtsreform zum 1.1.2023 **weder direkt noch analog anwendbar**. Bestehe ein Interessenkonflikt zwischen dem Betroffenen und dem Betreuer, sei dieser Umstand bereits bei der **Bestellung des Betreuers** zu berücksichtigen. Dieser Umstand kann Grund zur Anordnung einer geteilten Mitbetreuung nach § 1817 Abs. 1 S. 1 BGB sein. Entsteht zu einem späteren Zeitpunkt ein Interessenkonflikt, kann diesem nachträglich durch **teilweise Entlassung des Betreuers** nach § 1868 Abs. 1 BGB und die Bestellung eines weiteren Betreuers Rechnung getragen werden.

Für die notarielle Praxis bedeutsam ist die Entscheidung vor allem hinsichtlich des letzten Punktes, der in erster Linie das Behindertentestament betrifft: Die **Doppelfunktion als Betreuer und Testamentsvollstrecker** löst für sich betrachtet noch keine Notwendigkeit der Bestellung eines weiteren Betreuers aus. Insoweit schließt sich der BGH seiner vorherigen Rechtsprechung im Beschluss vom 5.3.2008 (BGH DNotZ 2008, 782 = NJW-RR 2008, 963 = ZEV 2008, 330) an, wo es um die **Doppelstellung des gesetzlichen**

Vertreters eines Minderjährigen, der zugleich Testamentsvollstrecker ist, ging. Dort hatte der BGH bereits entschieden, dass diese Doppelstellung nicht zwangsläufig bedinge, dass zur Wahrnehmung der Rechte des Minderjährigen gegenüber dem Vater als Testamentsvollstrecker ein Ergänzungspfleger bestellt werden müsse.

Praxishinweis

Indem der BGH die aus dem elterlichen Sorgerecht stammende Rechtsprechung für die Betreuungsfälle aufgegriffen und fortgeführt hat, ist nunmehr geklärt, dass auch bei Behindertentestamenten, bei denen der Betreuer des Behinderten und der Testamentsvollstrecker personenidentisch sind, nicht zwangsläufig ein weiterer oder überhaupt ein anderer Betreuer für den Behinderten bestellt werden muss. Dies erleichtert in der Regel die Gestaltung, da oftmals nur wenige nahe Bezugspersonen des Behinderten vorhanden sind und eine Vermeidung der Ämterhäufung mangels Vorhandenseins geeigneter Personen häufig Schwierigkeiten bereitet. In Fällen, in denen konkrete Interessengegensätze zwischen dem Betreuer und dem Testamentsvollstrecker bei Wahrnehmung der Ämter absehbar sind, wird man gleichwohl besser weiterhin eine Doppelstellung von Testamentsvollstrecker und gesetzlichem Vertreter vermeiden.

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 Internet: 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 Constantin Lotz

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

Jahresabonnement 170,00 € zzgl. 7 % MwSt. 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