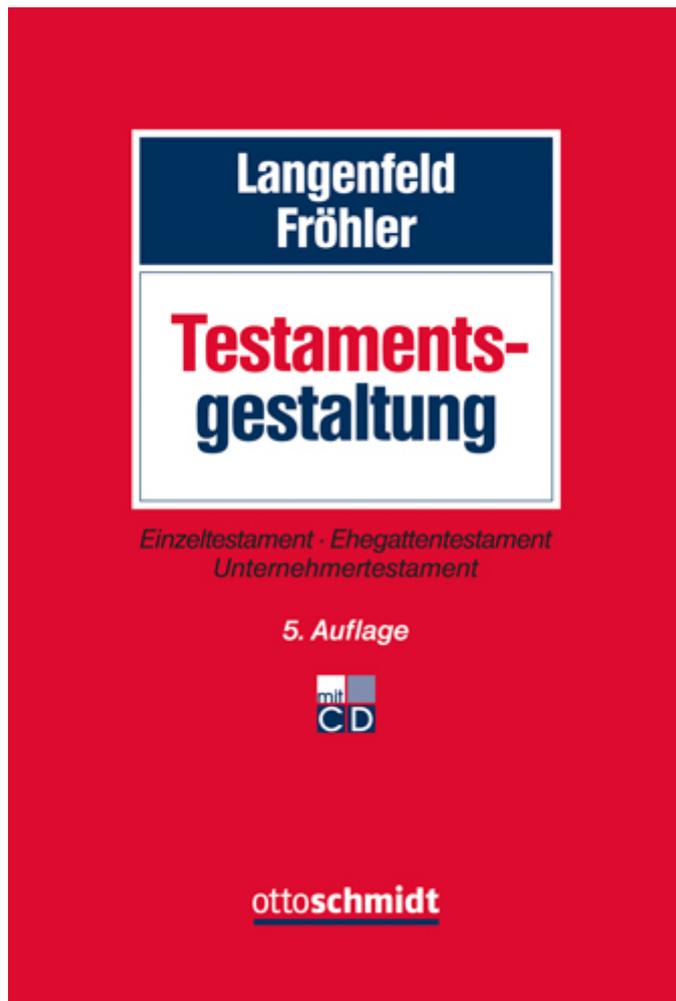


Leseprobe zu



Langenfeld/Fröhler

## Testamentsgestaltung

Einzeltestament, Ehegattentestament, Unternehmertestament

**inkl. CD**

5. neu bearbeitete Auflage, 2015, 944 Seiten, gebunden, Handbuch, 16 x 24cm

ISBN 978-3-504-45674-0

89,90 €

den Staaten des lateinischen Notariats grundsätzlich anerkannt, tritt dort aber häufig in seiner praktischen Bedeutung hinter das notarielle Testament zurück. Im Bereich des Common Law ist ein privatschriftliches Testament ohne Hinzuziehung der erforderlichen Zeugen unwirksam.<sup>1</sup>

#### **b) Verbot von Erbvertrag, gemeinschaftlichem Testament und Erb- und Pflichtteilsverzicht**

- 163 Eine Bindung des Erblassers hinsichtlich seiner Testierfreiheit durch Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament ist in den Ländern des römischen Rechtskreises, den ehemals kommunistischen Ländern sowie dem islamischen Rechtskreis verboten. Gleiches gilt für den Erbverzicht und den Pflichtteilsverzicht. Soweit nach deutschem IPR das materielle Erbrecht eines dieser Staaten anwendbar ist, sind Erbvertrag, gemeinschaftliches Testament und Erb- und Pflichtteilsverzicht auch aus Sicht des deutschen Rechts unzulässig und unwirksam. Dies ist immer dann der Fall, wenn nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB ein Ausländer an dem Rechtsgeschäft beteiligt ist und keine zulässige Rechtswahl vorliegt.
- 164 Für die Praxis gilt, dass an Stelle des Erbvertrags oder des gemeinschaftlichen Testaments zumeist durch jeden Erblasser jeweils ein Einzeltestament zu errichten ist, während ein Erb- bzw. Pflichtteilsverzichtsvertrag bei entsprechender Auslandsberührung als Gestaltungsmittel ausscheidet.

### **8. Verfügungen von Todes wegen**

#### **a) Deutsches Internationales Erbrecht**

- 165 Im Anwendungsbereich der EuErbVO gewährt in bis einschließlich 16.8.2015 eintretenden Erbfällen Art. 26 EGBGB für die Formerfordernisse einer Verfügung von Todes wegen alternativ mehrere Anknüpfungsmöglichkeiten. Sie richten sich
- entweder nach dem Recht des Staates, dem der Erblasser in dem Zeitpunkt, in dem er letztwillig verfügt hat, oder im Zeitpunkt des Todes angehörte (Doppelstaater können ihr Testament entweder nach dem Recht des einen oder nach dem Recht des anderen Staates errichten),
  - oder nach dem Recht des Ortes, an dem der Erblasser letztwillig verfügt hat,
  - oder nach dem Recht eines Ortes, an dem der Erblasser im Zeitpunkt, in dem er letztwillig verfügt hat, oder im Zeitpunkt seines Todes seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hatte,
  - oder nach dem Recht des Ortes, an dem sich unbewegliches Vermögen befindet, soweit es sich um dieses handelt,

---

<sup>1</sup> Vgl. z.B. BGH v. 7.7.2004 – IV ZR 135/03, MDR 2004, 1423 = FamRZ 2004, 1562 = NJW 2004, 3558 = ZEV 2004, 374.

- oder nach dem Recht, auf das die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwenden ist (Erbstatut, Art. 25 EGBGB) oder im Zeitpunkt der Verfügung anzuwenden wäre.

Nach Art. 26 Abs. 5 Satz 1 EGBGB ist dann jedoch für die Gültigkeit der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen das hypothetische Erbstatut maßgebend, das im Zeitpunkt der diesbezüglichen Errichtung anzuwenden gewesen wäre, so dass bspw. ein durch italienische Ehegatten errichtetes gemeinschaftliches Testament nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB iVm. Art. 589 Codice Civile auch dann unwirksam ist bzw. bleibt, wenn die Eheleute später deutsche Staatsangehörige werden, und auch eine salvatorische Klausel, nach der hilfsweise die jeweiligen Verfügungen als Einzeltestamente aufrecht erhalten gelten, wegen Umgehungsverbot es unwirksam ist.<sup>1</sup> Art. 26 EGBGB hat den wesentlichen kollisionsrechtlichen Inhalt des Haager Übereinkommens über das auf die Form von Verfügungen von Todes wegen anzuwendende Recht vom 5.10.1961 übernommen. Die Regelung gewährleistet deshalb in weitem Umfange<sup>2</sup>, dass die Gültigkeit von Verfügungen von Todes wegen nicht an der Form scheitert.

#### b) Europäische Erbrechtsverordnung

Die materielle Wirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen iSd. Art. 26 EuErbVO bestimmt sich in ab einschließlich 17.8.2015 eintretenden Erbfällen für Einzel- und, wie Art. 3 Abs. 1 Buchst. c bzw. d EuErbVO zeigt, gemeinschaftliche<sup>3</sup> Testamente gem. Art. 24 Abs. 1 iVm. Art. 3 Abs. 1 Buchst. d EuErbVO nach dem hypothetischen Erbstatut zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung<sup>4</sup> vorbehaltlich einer diesbezüglichen Rechtswahl nach Art. 24 Abs. 2 EuErbVO. Dabei ist für gemeinschaftliche Testamente jeweils Wirksamkeit bei jedem Testierer erforderlich, wobei eine Unwirksamkeit direkt nur aus einer materiellen Verbotsnorm resultieren kann, bei einer Formvorschrift hingegen Art. 27 EuErbVO maßgeblich ist.<sup>5</sup>

Für Erbverträge über den Nachlass lediglich einer Person richtet sich die materielle Wirksamkeit nach Art. 25 Abs. 1 EuErbVO ebenfalls nach dem hypothetischen Erbstatut bezüglich des Erblassers zum Zeitpunkt der Erbvertragserrichtung, für Erbverträge über den Nachlass mehrerer Personen nach Art. 25 Abs. 2 EuErbVO hingegen kumulativ nach dem hypothetischen Erbstatut jedes Erblassers. Im Falle derartiger Wirksamkeit ist für materielle Wirksamkeit und Bindungswirkungen jedoch insgesamt das

---

1 OLG München v. 14.3.2012 – 31 Wx 488/11 u. 31 Wx 514/11, FamRZ 2014, 508 = MittBayNot 2014, 370.

2 Vgl. Übersicht über beigetretene Staaten bei *Jayme/Hausmann*, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 17. Aufl. 2014, H 60 Fn. 1.

3 *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393 (2396); zweifelnd *Odersky*, notar 2013, 3 (8).

4 *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393 (2396); Prütting/Helms/Fröhler, § 352 FamFG Rz. 102.

5 *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393 (2396).

Recht der engsten Verbindung des Erbvertrages maßgebend,<sup>1</sup> vorbehaltlich einer diesbezüglichen Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 3 EuErbVO.

- 169 Die Formgültigkeit einer Verfügung von Todes wegen folgt aus Art. 27 EuErbVO, soweit nicht nach Art. 75 Abs. 1 Satz 2 EuErbVO das nicht von allen Mitgliedstaaten ratifizierte HTestformÜ<sup>2</sup> vorrangig ist.
- 170 Für ab einschließlich 17.8.2015 eintretende Erbfälle plant die Bundesregierung im Rahmen der Angleichung des nationalen Rechts an die EuErbVO erfreulicherweise, den jeweiligen Wortlaut der Tatbestände aus § 2270 Abs. 3 bzw. § 2278 Abs. 2 BGB ausdrücklich dahingehend ergänzt, dass künftig auch die Wahl des anzuwendenden Rechts im gemeinschaftlichen Testament wechselbezüglich bzw. im Erbvertrag vertragsmäßig bindend vereinbart werden kann und damit der diesbezügliche bisherige Meinungsstreit<sup>3</sup> entschieden ist (s. dazu nachfolgend 9. Kap. Rz. 96).<sup>4</sup>

### III. Erbstatut kraft Rechtswahl

#### 1. Deutsches Kollisionsrecht

- 171 Ausländer können für in Deutschland belegenes unbewegliches Vermögen gem. Art. 83 Abs. 2 Alt. 2 EuErbVO bis spätestens am 16.8.2015 nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB deutsches Recht wählen, wenn sie zum Zeitpunkt dieser Rechtswahl ungeachtet eventueller späterer diesbezüglicher Veränderungen ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben, während für das übrige Nachlassvermögen ihr Heimatrecht maßgeblich bleibt. In jedem Fall der Nachlassspaltung ist jeder Nachlassteil als selbständiger Nachlass anzusehen mit der Folge, dass er bei der Testamentserrichtung so behandelt wird, als wenn er der ganze Nachlass wäre.<sup>5</sup> Wählt also ein Ausländer, dessen Nachlass einem ausländischen Erbstatut unterliegt, für seinen in Deutschland belegenen Grundbesitz nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB deutsches Recht, so kann er für diesen Grundbesitz als eigenständigen Spaltnachlass auch abweichend von seinem sonstigen Nachlass Erben einsetzen und sich des gesamten deutschen erbrechtlichen Instrumentariums bedienen, als wäre er Deutscher und dieser Grundbesitz sein gesamter Nachlass.
- 172 Da diese Rechtswahlmöglichkeit ausschließlich auf unbewegliches Vermögen beschränkt ist, durchbricht sie im Regelfall den Grundsatz der Nachlasseinheit und führt zu einer Nachlassspaltung.
- 173 Ab einschließlich 17.8.2015 kann ein Erblasser, der nicht spätestens bei seinem Tod zumindest auch die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, für

---

1 *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393 (2396).

2 BGBl. II 1965, S. 1145; BGBl. II 1966, S. 11.

3 S. dazu u.a. bejahend *Döbereiner*, DNotZ 2014, 323 (332 f.) bzw. verneinend *Dörner*, DNotZ 1988, 67 (91).

4 Begr. zum GesetzE der BReg. zu §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 2 BGB, BR-Drucks. 644/14, S. 79; *Fröhler*, BWNNotZ 2015, 47 (49).

5 Palandt/*Thorn*, Art. 25 EGBGB Rz. 9.

die Rechtsnachfolge von Todes wegen kein deutsches Recht mehr wählen.<sup>1</sup> Hat er in Deutschland bei seinem Tod keinen gewöhnlichen Aufenthalt, besteht für seinen Nachlass nach Art. 21 Abs. 1 EuErbVO auch kein gesetzliches deutsches Erbstatut. Daher kann die Möglichkeit einer Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB für ausländische Staatsangehörige ohne gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland auch für Erbfälle ab dem 17.8.2015 von erheblicher praktischer Bedeutung sein, vorausgesetzt, sie wurde bis einschließlich 16.8.2015 formgerecht realisiert.

---

**M 8 Einseitig erklärte Rechtswahl eines Ausländers für Grundbesitz in Deutschland nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB<sup>2</sup>**

*(Form: Verfügung von Todes wegen)*

*Hiermit wähle ich für die Erbfolge hinsichtlich meines gesamten im Inland belegenen unbeweglichen Vermögens das deutsche Recht. Mir sind die Grundzüge des deutschen Erbrechts vom beurkundenden Notar erörtert worden. Ich bin des Weiteren durch den Notar, der das durch die Rechtswahl ausgeschaltete fremde Erbrecht weder kennen muss noch über dessen Inhalt belehrt oder diesbezüglich eine Beratung oder Betreuung übernommen hat, darüber belehrt worden, dass die Rechtswahl im Ausland möglicherweise nicht anerkannt wird, auf Grund der Rechtswahl ggf. eine Nachlassspaltung entstehen kann und sich möglicherweise Schwierigkeiten bei der Zuordnung von Nachlassgegenständen zu der dem deutschen Erbrecht unterliegenden Rechtsordnung und zu der fremden Rechtsordnung ergeben können.*

---

Dagegen dürfte eine entsprechende Rechtswahl eines deutschen Staatsangehörigen gem. Art. 83 Abs. 2 Alt. 2 EuErbVO iVm. Art. 25 Abs. 2 EGBGB für sein in Deutschland belegenes unbewegliches Vermögen nur dann bedeutsam sein, wenn er seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat und für den Fall seines Versterbens nach dem 16.8.2015 ausschließlich den in Deutschland befindlichen Grundbesitz deutschem, jedoch sein übriges Vermögen dem ausländischen Recht seines gewöhnlichen Aufenthalts unterstellen möchte. Andernfalls wird er für seinen gesamten Nachlass gem. Art. 83 Abs. 2 Alt. 1 iVm. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO das deutsche Heimatrecht wählen. 174

Die nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB einem ausländischen Erblasser für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen eröffnete Rechtswahl deutschen Rechts nach deutschem Internationales Privatrecht kann nur durch Verfügung von Todes wegen, somit durch Einzeltestament, gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag, getroffen werden. 175

Umstritten ist, ob eine derartige in einem gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag enthaltene Rechtswahl bindend vorgenommen werden 176

---

1 Odersky, notar 2013, 3 (8).

2 Vgl. dazu Schotten/Schmellenkamp, Rz. 360.

*(5) Die Mitglieder des Kuratoriums dürfen nicht Mitglieder des Stiftungsvorstands sein.*

#### *§ 10 Aufgaben des Kuratoriums*

*(1) Das Kuratorium überwacht die Tätigkeit des Vorstands. Es tritt mindestens einmal im Jahr zusammen.*

*(2) Jedes Mitglied des Kuratoriums hat ein umfassendes Recht auf Auskunft und Prüfung.*

*(3) Der Plan über die Verwendung der Erträge der Stiftung bedarf der Zustimmung des Kuratoriums.*

*(4) Das Kuratorium beschließt mit einfacher Mehrheit. Es ist beschlussfähig, wenn mehr als die Hälfte der Mitglieder selbst oder durch Bevollmächtigte an einer Beschlussfassung teilnimmt. Bei Stimmgleichheit entscheidet die Stimme des Vorsitzenden. Abwesende Kuratoriumsmitglieder können anwesende Mitglieder oder Ersatzmitglieder durch schriftlich nachzuweisende Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts bevollmächtigen. Jedes Kuratoriumsmitglied und jedes Ersatzmitglied dürfen jedoch nur eine Stimme als Bevollmächtigter abgeben. Das Kuratorium gibt sich eine Geschäftsordnung.*

#### *§ 11 Änderung der Satzung*

*(1) Satzungsänderungen sind zulässig, soweit sie zur Anpassung an veränderte Verhältnisse geboten erscheinen. Soweit sie sich auf die Steuerbegünstigung der Stiftung auswirken können, sind sie der zuständigen Finanzbehörde zur Stellungnahme vorzulegen.*

*(2) Änderungen des Stiftungszwecks sind nur zulässig, wenn seine Erfüllung unmöglich wird oder sich die Verhältnisse derart ändern, dass sie in der satzungsgemäßen Form nicht mehr sinnvoll erscheint.*

*(3) Satzungsänderungen werden vom Kuratorium einstimmig beschlossen. Der Vorstand ist anzuhören.*

#### *§ 12 Aufhebung, Auflösung*

*Bei Aufhebung oder Auflösung dieser Stiftung fällt das Restvermögen an die Stadt A-Stadt. Diese hat es unter Beachtung des Stiftungszwecks unmittelbar und ausschließlich für steuerbegünstigte Zwecke zu verwenden.*

---

## **G. Das Testament des Apothekeninhabers**

### **I. Problemstellung**

- 188 Gehört eine Apotheke zum Nachlass eines Erblassers, unterliegt ihre Verwertbarkeit verschiedenen schwerwiegenden apothekenrechtlichen Beschränkungen, die bei der Gestaltung von letztwilligen Verfügungen zu berücksichtigen sind. Dies gilt insbesondere für die Erteilung einer Be-

triebserlaubnis und die Zulässigkeit einer Verpachtung durch einen am Eigenbetrieb gehinderten Inhaber einer Apotheke. Insoweit kann es auch in letztwilligen Verfügungen eines verheirateten Apothekers mit Kindern erforderlich sein, eine im Grundsatz vollumfänglich gewünschte Verfügungsfreiheit der Erben einzuschränken. Dabei sind insbesondere die diesbezüglichen gesetzlichen Rahmenvorgaben und eine Skizzierung möglicher letztwilliger Gestaltungsansätze unter besonderer Berücksichtigung des Interessenausgleichs zwischen Verfügungsfreiheit und Schutz der Erben praxisrelevant. Im Vordergrund steht dabei die Ermöglichung der Verpachtung einer im Nachlass des Erblassers befindlichen Apotheke bis zur Klärung deren eventueller Übernahme durch einen Erben, der beim Erbfall seine Berufsausbildung noch nicht abgeschlossen hat.

## II. Normative Vorgaben nach dem Apothekengesetz

### 1. Erfordernis einer Betriebserlaubnis

Der Betrieb einer Apotheke setzt gem. § 1 Abs. 2 ApoG<sup>1</sup> eine entsprechende behördliche Erlaubnis voraus. Sie kann nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ApoG ausschließlich einem nach deutschem Recht approbierten Apotheker erteilt werden. Die weiteren Erlaubnisvoraussetzungen ergeben sich aus den übrigen Regelungen des § 2 ApoG. Hierzu gehört insbesondere die gesundheitliche Eignung des Apothekers zur Leitung einer Apotheke. Nach § 1 Abs. 2 i. V. m. § 2 Abs. 5 ApoG darf ein Apotheker höchstens *eine* (von ihm persönlich zu leitende) Hauptapotheke und (jeweils über einen anderen verantwortlichen Apotheker) drei Filialapotheken betreiben. Eine apothekenrechtliche Betriebserlaubnis hat zudem nach § 1 Abs. 3 ApoG höchstpersönlichen Charakter und ist auf die in der Erlaubnisurkunde benannten Räume beschränkt. 189

### 2. Nichtvererblichkeit der Betriebserlaubnis

Aus dem vorstehend beschriebenen Höchstpersönlichkeitsgrundsatz folgt zugleich die Nichtvererblichkeit der Apothekenbetriebserlaubnis, die gem. § 3 Nr. 1 ApoG mit dem Tod des Erlaubnisinhabers erlischt, während der Gewerbe- und Handelsbetrieb der Apotheke gleichwohl vererbt werden kann. Ein Erbe des bisherigen Betriebserlaubnisinhabers bedarf vielmehr seinerseits einer eigenen Betriebserlaubnis, um die geerbte Apotheke leiten zu dürfen. Hierzu muss er die diesbezüglichen Voraussetzungen selbst in seiner Person erfüllen. Ist dies der Fall, kann er die Apotheke unabhängig davon betreiben, ob er sie als Erbe, Vermächtnisnehmer oder durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben hat<sup>2</sup>. 190

<sup>1</sup> Gesetz über das Apothekenwesen in Deutschland, neu gefasst durch Bek. v. 15.10.1980, BGBl. 1980 I, S. 1993; zuletzt geändert durch Artikel 1 Gesetz v. 15.7.2013, BGBl. I, S. 2420.

<sup>2</sup> Eine diesbezügliche Differenzierung ist ausschließlich für die strengen Voraussetzungen einer Verpachtungsberechtigung eines am Eigenbetrieb gehinderten Inhabers relevant.

### 3. Apothekenverwaltung nach dem Tod des Erlaubnisinhabers

- 191 Solange der Erbe (noch) keine Betriebserlaubnis besitzt, eröffnet ihm § 13 Abs. 1 ApoG die Möglichkeit, die Apotheke für höchstens zwölf Monate durch einen approbierten Apotheker in seinem (des Erben) Namen verwalten zu lassen. Dieses Verwaltungsrecht ist ausdrücklich nur Erben eröffnet. Ein Vermächtnisnehmer hat dieses Privileg somit nicht.

### 4. Apothekenverpachtung nach dem Tod des Erlaubnisinhabers

#### a) Allgemeines

- 192 Kommt eine derartige vorübergehende Verwaltung nicht in Betracht oder wurde dem Erben auch nach Ablauf einer übergangsweisen Verwaltung keine Betriebserlaubnis erteilt und soll die Apotheke gleichwohl wirtschaftlich genutzt werden, bleibt regelmäßig – zumal ein Verkauf zumindest dann, wenn ein erbendes Kind die spätere Approbation als Apotheker anstrebt, häufig aus wirtschaftlichen Gründen zumeist nicht gewünscht sein wird<sup>1</sup> – ausschließlich deren Verpachtung. Das gesetzliche Leitbild geht hingegen vom Prinzip des „Apothekers in seiner Apotheke“<sup>2</sup> aus und verbietet daher grundsätzlich eine Verpachtung mit der Folge der Nichtigkeit entsprechender Rechtsgeschäfte nach § 12 ApoG.
- 193 Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1, 2 und 3 ApoG kann eine Apothekenverpachtung jedoch ausnahmsweise durch einen aus besonderen persönlichen Gründen am Weiterbetreiben der Apotheke gehinderten (anderen) Erlaubnisinhaber, die erbberechtigten Kinder und/oder den erbberechtigten Ehegatten bzw. Lebensgefährten des verstorbenen Apothekers zulässig sein. In diesen Fällen gebietet der durch das verfassungsrechtlich in Art. 20 Abs. 1 GG verankerte Sozialstaatsprinzip gesicherte Versorgungsscharakter einer Apothekenverpachtung zugunsten dieser betroffenen Personen eine Durchbrechung des grundsätzlichen Verpachtungsverbotes.<sup>3</sup> Der Pächter bedarf nach § 9 Abs. 2 Satz 1 ApoG seinerseits einer Betriebserlaubnis iSd. § 1 ApoG. Stirbt der Verpächter vor Ablauf der vereinbarten Pachtzeit, ohne dass der Erbe verpachtungsberechtigt ist, kann das Pachtverhältnis nach § 9 Abs. 1a ApoG zugunsten des Pächters zur Vermeidung unbilliger Härten aus der Nichtigkeitsfolge des § 12 ApoG zwischen dem Pächter und dem Erben für die Dauer von höchstens zwölf Monaten fortgesetzt werden.
- 194 Ein bloßer Gesellschaftsanteil an einer Apotheke iSd. § 8 Satz 1 ApoG ist hingegen nicht verpachtbar.<sup>4</sup> Umgekehrt begründet aber regelmäßig das Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person bereits eines Gesell-

---

1 *Maier*, Das Testament des Apothekers, 1983, S. 50.

2 BVerfG v. 13.2.1964 – 1 BvL 17/61, NJW 1964, 1067 (1070).

3 *Schiedermair/Pieck*, § 9 ApoG Rz. 37.

4 *Berberich/Köster*, Pachten und Verpachten von Apotheken, 3. Aufl. 1994, S. 34; *Holland*, DNotf-Report 1998, 151; *Schiedermair/Pieck*, § 8 ApoG Rz. 62 bzw. § 9 ApoG Rz. 77.

schafters iSd. § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ApoG ein Verpachtungsrecht an der durch die Gesellschaft geführten Apotheke.<sup>1</sup>

## **b) Verpachtungsberechtigter Personenkreis**

### **aa) Anderer Erlaubnisinhaber**

Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ApoG iVm § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BApo darf 195 derjenige, der seinerseits Erlaubnisinhaber ist, eine Apotheke nur dann verpachten, wenn und solange er seine Apotheke aus einem in seiner Person liegenden wichtigen Grund nicht weiter betreiben kann oder mangels gesundheitlicher Eignung seine Erlaubnis widerrufen bzw. durch Widerruf der Approbation erloschen ist. Als in der Person des Erlaubnisinhabers liegender wichtiger Grund gelten ausschließlich zeitlich beschränkte und solche Verhinderungen, die erst nach einem bereits aufgenommenen Betreiben der Apotheke eintreten,<sup>2</sup> insbesondere ein längerer Forschungs- oder Lehrauftrag<sup>3</sup>, ein nach den Ruhestandsaltersgrenzen des Beamtenrechts hohes Alter des Apothekers<sup>4</sup> bzw. die vorübergehende Wahl in ein Amt der Berufsorganisation der Apotheker.<sup>5</sup> Wird beispielsweise ein approbierter Apotheker als Alleinerbe, Vermächtnisnehmer<sup>6</sup> oder durch rechtsgeschäftlichen Erwerb von einem Erben bzw. Vermächtnisnehmer Eigentümer einer Apotheke eines verstorbenen Erlaubnisinhabers, kann er diese, soweit er nicht bereits eine andere Apotheke besitzt und beibehält,<sup>7</sup> auch ohne Kind oder Ehegatte bzw. Lebenspartner des verstorbenen Erlaubnisinhabers zu sein, verpachten, sobald er nach Aufnahme des Betriebes das Ruhestandsalter eines Beamten erreicht hat. Kann der Erwerber den Apothekenbetrieb etwa aus gesundheitlichen Gründen von vorneherein nicht aufnehmen, kommt ihm das Privileg des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ApoG hingegen nicht zu Gute.<sup>8</sup>

### **bb) Nichterlaubnisinhaber**

#### **(1) Kinder des Erlaubnisinhabers**

Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ApoG sind erbberechtigte Kinder eines Erlaubnisinhabers hinsichtlich einer zum Nachlass gehörenden Apotheke 196 bis zu dem Zeitpunkt verpachtungsberechtigt, in dem das jüngste Kind

---

1 Hoffmann, § 9 ApoG Rz. 36; aA Berberich/Köster, S. 34: Der wichtige Grund müsse bei allen Gesellschaftern vorliegen.

2 Schiedermair/Pieck, § 9 ApoG Rz. 38 bzw. 44.

3 Hoffmann, § 9 ApoG Rz. 37.

4 Schiedermair/Pieck, § 9 ApoG Rz. 39.

5 Schiedermair/Pieck, § 9 ApoG Rz. 44.

6 Das Verpachtungsprivileg folgt hier alleine aus der eigenen Betriebserlaubnis des Erwerbers nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ApoG, so dass eine konkrete Erbberechtigung iSd § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG nicht erforderlich ist.

7 Zum Verbot des Apothekenmehrbesitzes BVerfG v. 13.2.1964 – 1 BvL 17/61, NJW 1964, 1067 (1069 ff.).

8 Schiedermair/Pieck, § 9 ApoG Rz. 38.

das 23. Lebensjahr vollendet. Trotz des primären Gesetzeszwecks der Erhaltung der Apotheke innerhalb der Familie aus Versorgungsgründen bis zum durchschnittlich zu erwartenden Berufsausbildungsabschluss des jüngsten Kindes verkürzt sich die Verpachtungsberechtigungsdauer auch dann nicht, wenn alle erbenden Kinder noch vor Vollendung des 23. Lebensjahr des jüngsten von ihnen einen anderen als den Apothekerberuf ergriffen haben.<sup>1</sup>

- 197 Darüber hinaus kann diese Frist auf Antrag zugunsten aller Kinder bis zu dem Zeitpunkt verlängert werden, in dem dasjenige Kind, das vor Vollendung des 23. Lebensjahres den Apothekerberuf ergreift, in seiner Person die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis erfüllen kann. Diese Regelung verfolgt das am Sozialstaatsprinzip<sup>2</sup> aus Art. 20 Abs. 1 GG und am Grundrecht auf Schutz der Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG ausgerichtete gesetzgeberische Ziel, die Kinder eines verstorbenen Apothekeninhabers durch gesetzliche Einschränkung der Verpachtbarkeit einer geerbten Apotheke nicht unverhältnismäßig zu beschränken, sondern diesen daraus vielmehr eine hinreichende Versorgung zuteilwerden zu lassen und zugleich eine Erhaltung des Apothekenbetriebes in der Familie zu ermöglichen. Für diese zusätzliche Fristverlängerungsoption gilt der Apothekerberuf dabei im Sinne des o.g. Gesetzes als ergriffen, wenn das Kind die Berufsausbildung zum Apotheker beginnt. Insofern wird einerseits teilweise auf den Zeitpunkt, in dem die Zuteilung eines Studienplatzes für das diesbezügliche Hochschulstudium beantragt und dadurch die Berufswahl dokumentiert wird,<sup>3</sup> andererseits teilweise auf den tatsächlichen Studienbeginn<sup>4</sup> abgestellt. Angesichts des Schutzzwecks, die Versorgung und den Apothekenerhalt in der Familie möglichst bis zum Abschluss der Berufsausbildung der Kinder zu gewährleisten, erscheint die erstgenannte Ansicht vorzugswürdig.
- 198 Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen vor und wurde ein entsprechender Antrag, zu dem nicht nur das den Apothekerberuf ergreifende, sondern jedes verpachtungsberechtigte Kind berechtigt ist,<sup>5</sup> gestellt, dürfte im Hinblick auf die diesbezügliche Sozialstaatsprinzips- und Grundrechtsbindung eine behördliche Ermessensreduzierung dergestalt anzunehmen sein, dass die Fristverlängerung regelmäßig zu gewähren ist.<sup>6</sup>
- 199 Im Rahmen dieses Ausnahmetatbestandes nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 ApoG ist von ganz entscheidender Bedeutung, dass die Verpachtung insoweit ausschließlich Kindern, – aufgrund Ablehnung einer entsprechend beantragten Aufnahme in den hiesigen Tatbestand während des Gesetzgebungsver-

---

1 *Schiedermair/Pieck*, § 9 ApoG Rz. 57.

2 *Schiedermair/Pieck*, § 9 ApoG Rz. 37.

3 *Schiedermair/Pieck*, § 9 ApoG Rz. 58.

4 *Holland*, DNotI-Report 1997, 222; *Berberich/Köster*, Pachten und Verpachten von Apotheken, 3. Aufl. 1994, S. 29.

5 *Hoffmann*, § 9 ApoG Rz. 44.

6 *Schiedermair/Pieck*, § 9 ApoG Rz. 59 unter Hinweis auf BVerwG v. 18.8.1960 – I C 42/59, BVerwGE 11, 95 = NJW 1961, 793.

fahrens zum ApoG<sup>1</sup> – nicht jedoch Enkeln des Erlaubnisinhabers eröffnet ist und unter dem Begriff „Kinder“ damit insoweit nicht auch weitere Abkömmlinge zu verstehen sind.<sup>2</sup> Dies dürfte auch dann gelten, wenn beispielsweise Enkel anstelle von – insbesondere durch Vorversterben bzw. Ausschlagung – weggefallenen Kindern als (Ersatz-)Erben berufen sind. Insoweit sind ggf. im Rahmen der Gestaltung letztwilliger Verfügungen eines Apothekenerlaubnisinhabers entsprechende Vorsichtsmaßnahmen zu treffen, damit das Verpachtungsrecht weder bei Vorversterben eines Kindes und damit verbundener Ersatzerbenberufung noch bei dessen Nachversterben durch den Eintritt der Erben des Kindes in die Erbengemeinschaft erlischt.

Aus dem Umkehrschluss zur gesetzlichen Regelung des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ApoG und aus dem Versorgungszweck des § 9 Abs. 1 ApoG ergibt sich, dass die erbberechtigten Kinder iSd. § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ApoG anders als der längstlebende Ehegatte bzw. Lebenspartner des verstorbenen Erlaubnisinhabers das Verpachtungsrecht mangels entsprechender ausdrücklicher Anordnung im Gesetzestext nicht durch das Erhalten einer eigenen konkreten Betriebserlaubnis iSv. § 1 ApoG auf Seiten eines oder mehrerer von ihnen verlieren, aufgrund derer sie nur unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ApoG verpachtungsberechtigt wären. Durch die Altersgrenze des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ApoG ist faktisch zugleich der gesetzgeberisch ungewollte<sup>3</sup> dauerhafte Mehrbesitz von Apotheken ausgeschlossen.<sup>4</sup>

## (2) Ehegatte bzw. Lebenspartner des Erlaubnisinhabers

Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ApoG ist der erbberechtigte Ehegatte bzw. Lebenspartner bis zum Zeitpunkt seiner erneuten Heirat bzw. Begründung einer Lebenspartnerschaft verpachtungsberechtigt, sofern bzw. bis er nicht selbst konkret eine Erlaubnis gemäß § 1 ApoG erhält, kraft derer er dann jedoch nur bei Vorliegen eines in seiner Person liegenden wichtigen Grundes nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ApoG verpachtungsberechtigt ist. Dabei ist der Tatbestand des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ApoG bereits dann nicht erfüllt, wenn der erbberechtigte Ehegatte bzw. Lebenspartner eine Betriebserlaubnis für eine andere – sei es eigene oder gepachtete – Apotheke besitzt bzw. seit Eintritt des Erbfalls wenigstens zwischenzeitlich besessen hat.<sup>5</sup> Auch ein späterer Verzicht auf eine erteilte Betriebserlaubnis lässt das Verpachtungsprivileg aus § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ApoG mangels erbfallbedingter sozialer Notlage selbst dann nicht wieder aufleben, wenn der erbberechtigte Ehegatte oder Lebenspartner durch den Verzicht zusätzlich auch das Verpachtungsprivileg nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ApoG verliert.<sup>6</sup>

1 *Schiedermair/Pieck*, § 9 ApoG Rz. 51.

2 *Hoffmann*, § 9 ApoG Rz. 43, *Schiedermair/Pieck*, § 9 ApoG Rz. 51.

3 BVerfG v. 13.2.1964 – 1 BvL 17/61, NJW 1964, 1067 (1069 ff.).

4 *Berberich/Köster*, Pachten und Verpachten von Apotheken, 3. Aufl. 1994, S. 32.

5 *Hoffmann*, § 9 ApoG Rz. 45.

6 *Schiedermair/Pieck*, § 9 ApoG Rz. 73 iVm. Rz. 74.