

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 155831

letzte Aktualisierung: 9. August 2017

BGB § 2041

Behindertentestament; Erwerb eines Grundstücks aus Nachlassmitteln durch den Testamentsvollstrecker; Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers; Zustimmung der Nacherben; Eintragung von Testamentsvollstrecker- und Nacherbenvermerk

I. Sachverhalt

Die Ehegatten M und F hatten ein gemeinsames Kind K. Dieses ist seit Geburt 100 % geistig behindert. Weitere Kinder hatten sie nicht. In einem Erbvertrag haben sich Ehegatten für den ersten Todesfall wechselseitig zu 65/100 und das gemeinsame behinderte Kind zu 35/100 zu Erben eingesetzt. Der Längerlebende hat zudem K zu seinem alleinigen Erben eingesetzt. Bei beiden Todesfällen sollte K jeweils nur nicht befreiter Vorerbe sein. Nacherben sind zwei namentlich benannte volljährige Personen, ersatzweise der Überlebende von ihnen alleine. Beide benannten Nacherben leben noch. Zudem wurde für beide Todesfälle Dauertestamentsvollstreckung (§ 2209 BGB) über den jeweiligen Erbteil des behinderten Kindes mit den „üblichen“ Regelungen in einem Behindertentestament angeordnet. Ausdrücklich heißt es: „Der Testamentsvollstrecker hat alle Verwaltungsrechte auszuüben, die dem Vorerben zustehen“. Eine ausdrückliche Regelung zu den Nacherben findet sich bei der Testamentsvollstreckung nicht.

M und F sind mittlerweile verstorben. K, mittlerweile volljährig und unter Betreuung, ist Alleinerbe des gesamten elterlichen Nachlasses geworden. Das Nachlassgericht hat T zum Testamentsvollstrecker ernannt. T ist gleichzeitig Betreuer des K. Zum Nachlass gehört nicht unerhebliches Barvermögen. T möchte nun mit Mitteln des Nachlasses ein Grundstück für K erwerben. Im Grundbuch soll K als Eigentümer eingetragen werden. Zudem soll ein Testamentsvollstrecker- und ein Nacherbenvermerk eingetragen werden.

II. Fragen

1. Darf T mit Mitteln des Nachlasses Grundbesitz entsprechend § 2041 BGB erwerben und wenn ja, welcher Nachweis zur Entgeltlichkeit der Verfügung des Testamentsvollstreckers und zum Surrogationserwerb ist dem Grundbuchamt gegenüber zu erbringen?
2. Als Testamentsvollstrecker handelt T nicht als Vertreter des K, sondern als Partei kraft Amtes. Im Urkundeneingang ist nach Bengel/Dietz, in: Beck'sches Notarhandbuch, Teil C. Rn. 481 lediglich T aufzuführen. Ist zusätzlich klarzustellen, wer Erbe des von T zu verwaltenden Nachlasses ist?

3. Wer ist „Käufer“ des Grundbesitzes und an wen ist die Auflassung zu erklären? Ist es „Der Nachlass nach ...“ oder K oder gar T?
4. Bedarf es der Zustimmung der namentlich genannten Nacherben oder kann T zugleich für die Nacherben handeln?
5. Erfolgt die Eintragung des Testamentsvollstrecker- und des Nacherbenvermerks von Amts wegen oder bedarf es Erklärungen/Anträge der Beteiligten?

III. Zur Rechtslage

1. Befugnis des Testamentsvollstreckers zum Erwerb von Grundbesitz

Wie sich aus § 2205 S. 2 BGB ergibt, steht dem Testamentsvollstrecker grundsätzlich die uneingeschränkte Verfügungsbefugnis über Nachlassgegenstände zu. Diese unbeschränkte Verfügungsbefugnis hat zur Folge, dass Verfügungsbeschränkungen des Erben keine Berücksichtigung finden. Daher bedarf der Testamentsvollstrecker anerkanntermaßen keiner ansonsten für einen geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Erben bzw. Miterben notwendigen familien- oder betreuungsgerichtlichen Genehmigung (BGH ZEV 2006, 262; BayObLGZ 1991, 390, 391; BeckOK-BGB/Lange, Stand: 1.2.2017, § 2205 Rn. 15).

Dies lässt sich mit der fehlenden Verweisung auf § 1821 BGB, wie sie das Gesetz z. B. ausdrücklich für Eltern gem. § 1643 BGB bzw. den Betreuer gem. § 1908i Abs. 1 BGB vorsieht, begründen. Außerdem ist der Testamentsvollstrecker weder Vertreter des Erblassers noch Vertreter des Erben (BGHZ 13, 203).

Die Genehmigungsfreiheit gilt allerdings nur für den Fall, dass der Testamentsvollstrecker sich bei dem Rechtsgeschäft **im Rahmen seiner Verfügungsmacht** und damit innerhalb seiner allgemeinen Aufgabenzuweisung und der daraus folgenden allgemeinen Befugnisse hält.

In der Literatur wird diesbezüglich die Ansicht vertreten, dass der **Zuerwerb von Grundbesitz** bei der Abwicklungstestamentsvollstreckung gem. §§ 2203, 2204 BGB in der Regel nicht in Frage komme, da sich die Aufgabe des Testamentsvollstreckers dort nicht auf die Vermehrung des Nachlasses, sondern auf dessen Abwicklung richte. Ein Zuerwerb von Grundbesitz sei aber insbesondere als Surrogationserwerb bzw. als Erwerb zur Abrundung des bereits vorhandenen Grundbesitzes in Betracht zu ziehen (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3454; Zahn, MittRhNotK 2000, 90, 112).

Die Rechtsstellung des **Dauervollstreckers** (§ 2209 BGB) ist im Regelfall inhaltlich etwas anders ausgestaltet, als die Position eines Abwicklungsvollstreckers. Sie hat den Charakter eines dinglich wirkenden Verwaltungsrechts an fremden Vermögen und umfasst die Verfügungsbefugnis nach § 2205 S. 2 BGB sowie im Regelfall die erweiterte Verpflichtungsbefugnis nach § 2207 BGB (MünchKommBGB/Zimmermann, 7. Aufl. 2017, § 2209 Rn. 10 ff.). Nach § 2206 Abs. 1 BGB ist der Testamentsvollstrecker über dies berechtigt, Verbindlichkeiten für den Nachlass einzugehen, soweit die Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist.

In diesem Rahmen ist durchaus, gerade in der anhaltenden Niedrigzinsphase, der Zuerwerb von Grundbesitz als Verwaltungsmaßnahme des Testamentsvollstreckers denkbar. Ob die Voraussetzungen hier im Einzelnen aber vorliegen, lässt auf der Grundlage der uns zur Verfügung stehenden Tatsachen nicht abschließend beurteilen.

Die Grenzen des § 2205 BGB sind jedenfalls durch den Testamentsvollstrecker einzuhalten. Im Regelfall scheiden daher unentgeltliche Verfügungen des Testamentsvollstreckers gem. § 2205 S. 3 BGB aus. Wird das Grundstück zum Verkehrswert erworben, dürfte es sich jedoch grundsätzlich nicht um eine unentgeltliche Verfügung handeln, so dass ein solcher Erwerber regelmäßig von der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers abgedeckt sein dürfte.

2. Fortsetzung der Testamentsvollstreckung am erworbenen Grundbesitz

Der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt auch, was der Testamentsvollstrecker **mit Mitteln des Nachlasses erworben** hat. Nach einhelliger Auffassung gilt die dingliche Surrogation gem. § 2041 BGB auch für die Testamentsvollstreckung ungeachtet der fehlenden ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung (BGH ZEV 2012, 103; Bengel/Reimann/Schaub, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 6. Aufl. 2017, 4. Kap. IV. Rn. 67 ff.; BeckOK-GBO/Zeiser, Stand: 1.5.2017, § 52 Rn. 16; Meikel/Böhringer, GBO, 11. Aufl. 2015, § 52 Rn. 4, 22 m. w. N.).

In solchen Fällen des Zuerwerbs eines Grundstücks mit Nachlassmitteln ist **mit Nachweis der Erbfolge** gem. § 35 GBO die **Eigentumsumschreibung auf den Erben** vorzunehmen und gleichzeitig von Amts wegen ein **Testamentsvollstreckervermerk gem. § 52 GBO** einzutragen (Schöner/Stöber, Rn. 3454; BeckOK-GBO/Zeiser, § 52 Rn. 17; Meikel/Böhringer, § 52 Rn. 22). Die Funktion des Testamentsvollstreckervermerks besteht darin, den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des Erben zu zerstören. Der Testamentsvollstreckervermerk ist nicht nur bei Grundstücken, Grundstücksrechten und Rechten an solchen, sondern auch bei Vormerkungen, Widersprüchen und Verfügungsbeschränkungen einzutragen (vgl. Meikel/Böhringer, § 52 Rn. 23, 31). Weder der Erblasser kann die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks ausschließen, noch kann der Testamentsvollstrecker selbst auf die Eintragung verzichten, sofern er nicht einen Nachlassgegenstand aus seiner Verwaltung freigegeben hat (vgl. Demharter, GBO, 30. Aufl. 2016, § 52 Rn. 15; Meikel/Böhringer, § 52 Rn. 33).

Hieraus folgt demnach auch, dass, da der **Erbe Eigentümer** wird, in der Urkunde wohl angegeben werden muss, wer Erbe geworden ist. Zudem ist ein entsprechender Erbnachweis dem Grundbuchamt gegenüber zu führen. Einzutragen ist K und nicht etwa T (vgl. hierzu auch Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2015, § 1115 Rn. 28). Die Auflassung kann demgegenüber auch T entgegen nehmen, da er diesbezüglich Verfügungsbefugigt ist.

3. Nachweis über den Surrogationserwerb gegenüber dem Grundbuchamt

Für die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks gem. § 52 GBO hat das Grundbuchamt zu prüfen, ob das Grundstück oder die Vormerkung der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt. Ob ein Gegenstand durch Surrogation unter die Verwaltung des Testamentsvollstreckers gelangt, ist anhand der vorgelegten Urkunden zu prüfen, wobei bloße Erklärungen der Beteiligten nicht genügen, da ein Gegenstand nicht durch rechtsgeschäftliche Erklärungen der Testamentsvollstreckung unterworfen werden kann (Meikel/Böhringer, § 52 Rn. 23).

Aus der Rechtsprechung lässt sich zum Nachweis des Surrogationserwerbs gegenüber dem Grundbuchamt zunächst eine Entscheidung des LG Berlin (Rpfleger 2005, 188, 189) auffinden. Hiernach soll jedenfalls die Bewilligung des (Mit-)Erben als Eigentümer – der durch die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks i. S. d. § 19 GBO betroffen ist, weil

dadurch seine eigene Verfügungsbefugnis gem. § 2211 Abs. 1 BGB beschränkt ist – ausreichend nachweisen, dass ein Grundstück mit Nachlassmitteln erworben wurde und daher kraft Surrogation der Testamentsvollstreckung unterliegt. Das LG Berlin hat damit aber letztlich die – hier interessierende – Frage, mit welchen sonstigen Mitteln sich ggf. der Surrogationserwerb des Testamentsvollstreckers nachweisen ließe, offengelassen.

Demgegenüber geht das OLG Karlsruhe (ZEV 2015, 703 = NJW-RR 2015, 1097) davon aus, dass sich die Angabe des Testamentsvollstreckers, wonach der Kaufpreis zum Erwerb eines Grundstücks (allein) aus den Mitteln des Nachlasses beglichen werden sollte, über den er verfügen darf, mit den im Grundbuchverfahren zur Verfügung stehenden Mitteln (vgl. § 29 GBO) nicht belegen lässt. Ebenso wenig lasse sich mit den Nachweismitteln der Grundbuchordnung feststellen, ob der Erwerb zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich ist und der Testamentsvollstrecker die schuldrechtliche Verpflichtung daher nach § 2206 Abs. 1 S. 1 BGB eingehen durfte (OLG Karlsruhe ZEV 2015, 703 Tz. 12 f.). U. E. kann dieser Entscheidung jedoch nicht entnommen werden, dass es zur Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks am Surrogat überhaupt keines Nachweises der Surrogation bedarf. Das OLG Karlsruhe hat zu dieser Frage nämlich nicht explizit Stellung genommen – die vorstehenden Ausführungen des Gerichts beziehen sich darauf, ob der Surrogationserwerb des Testamentsvollstreckers wegen Minderjährigkeit eines Miterben der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf. Mit den Voraussetzungen der Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks gem. § 52 GBO befasst sich das Gericht nicht. Das OLG Karlsruhe bestätigt jedoch den Grundsatz, wonach das Grundbuchamt bei dem Antrag auf Vollzug der Auflassung nicht zu prüfen hat, ob der Nachlass durch den vom Testamentsvollstrecker abgeschlossenen Erwerbsvertrag gem. § 2206 BGB wirksam verpflichtet worden ist (vgl. OLG Karlsruhe ZEV 2015, 703 Rn. 13).

Ob anhand öffentlicher Urkunden in der Form des § 29 GBO überhaupt nachweisbar ist, dass ein Grundstück aus Nachlassmitteln erworben wurde, erscheint allerdings zweifelhaft. Daher ist ggf. zu erwägen, ob in dieser Konstellation – vergleichbar dem Nachweis der Entgeltlichkeit der Verfügung eines Testamentsvollstreckers (vgl. hierzu Demharter, § 52 Rn. 23 f.; Meikel/Böhringer, § 52 Rn. 63 ff.; Schöner/Stöber, Rn. 3441 jew. m. w. N.) – die Beweismittelbeschränkung des § 29 GBO ausnahmsweise zurücktritt und unter Rückgriff auf Freibeweismittel bzw. allgemeine Erfahrungsgrundsätze das Grundbuchamt von dem Surrogationserwerb – und damit von der Erforderlichkeit der amtswegigen Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks gem. § 52 GBO (s. o.) – überzeugt werden kann. Außerdem hat die Rechtsprechung beim Eigenerwerb bei der Errungenschaftsgemeinschaft entschieden, dass kein Nachweis darüber erforderlich ist, dass die Mittel auf dem Vor der Eheschließung erforderlichen Vermögen stammen (BayObLGZ 1992, 85, 88; OLG München MittBayNot 2013, 404, 405). Wir gehen daher davon aus, dass die Erklärung des Testamentsvollstreckers in der Urkunde ausreichend ist, dass er den Kaufpreis mit Mitteln der Erbschaft bezahlt. Anderes kann gelten, wenn konkrete Anhaltspunkte für das Grundbuchamt bestehen, dass diese Erklärung unrichtig ist.

4. Zustimmung der Nacherben

K ist lediglich als nicht befreiter Vorerbe eingesetzt. Gem. § 2112 BGB kann der Vorerben über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände verfügen, soweit sich nicht aus den Vorschriften der §§ 2113 – 2115 BGB etwas anderes ergibt.

a) Handlungsbefugnis des Testamentsvollstreckers für die Nacherben

T ist zwar Testamentsvollstrecker, allerdings soll er ausweislich des Wortlauts des Testamentes die Verwaltungsrechte ausüben, die dem Vorerben zustehen. Er ist also nicht ausdrücklich als Nacherbentestamentsvollstrecker eingesetzt. Nach Rechtsprechung des OLG München ist bei Anordnung von Testamentsvollstreckung für den Vorerben nicht ohne Weiteres von einer umfassenden Verfügungsbefugnis auch für den Nacherben auszugehen. Vielmehr sei durch Auslegung der letztwilligen Verfügung zu ermitteln, in welchem Umfang der Erblasser dem Testamentsvollstrecker Befugnisse einräumen wollte (OLG München FamRZ 2016, 1302 m. Anm. Weber = ZEV 2016 m. 325 m. Anm. Reimann).

Da die Nacherbentestamentsvollstreckung nicht zu den Regelaufgaben eines Testamentsvollstreckers gehört, soll sie nur bei Vorliegen besonderer Umstände anzunehmen sein (BeckOK-BGB/Lange, Stand: 1.2.2017, § 2222 Rn. 3 m. w. N.).

b) Zustimmungsbedürftigkeit

Hier soll mit Mitteln des Nachlasses ein Grundstück erworben werden. Es handelt sich insoweit nicht um eine Verfügung über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück i. S. d. § 2113 Abs. 1 BGB, da das Grundstück erst nach Vollzug des Kaufvertrages als Surrogationsgegenstand Erbschaftsbestandteil wird. § 2113 Abs. 2 BGB erfasst auch andere Nachlassgegenstände, betrifft allerdings nur unentgeltliche Verfügungen und dürfte daher einen Erwerb mittels Kaufvertrag grundsätzlich nicht erfassen.

Einem Erwerb des Grundstücks mit Mitteln des Nachlasses müssen die Nacherben und die Ersatznacherben daher nicht zustimmen, da der Grundstückserwerb keinen Fall der §§ 2113 ff. BGB darstellt (vgl. MünchKommBGB/Grunsky, 7. Aufl. 2017, § 2113 Rn. 7). Erfolgt der Erwerb mit Mitteln des Nachlasses, so erstreckt sich die Nacherbschaft gem. § 2111 BGB auch auf diesen. Die Rechte des Nacherben werden also durch einen solchen Erwerb nicht berührt.

c) Nacherbenvermerk im Grundbuch

Demzufolge erscheint es zulässig, dass der Vorerbe (bzw. für diesen Testamentsvollstrecker) Grundbesitz für den Nachlass erwirbt. Dabei dürfte es ausreichend sein, dass in der Urkunde zum Ausdruck kommt, dass das Grundstück mit Mitteln des Nachlasses erworben und die Eintragung eines Nacherbenvermerks beantragt wird. Der Nacherbenvermerk ist von Amts wegen einzutragen (§ 51 GBO).

Dem Grundbuchamt gegenüber ist kein Nachweis zu führen, dass der Erwerb mit Mitteln der Erbschaft erfolgt (vgl. zum Eigenerwerb bei Gütergemeinschaft BayObLGZ 1992, 85, 88; OLG München MittBayNot 2013, 404, 405). Die Eintragung dürfte nur dann nicht erfolgen, wenn sicher feststeht, dass der Vorerbe das Grundstück nicht für den Nachlass erwerben kann (vgl. zum Erwerb durch die Erbengemeinschaft Böhringer, NotBZ 2011, 317, 322; Schöner/Stöber, Rn. 3137). Es ist nicht ausgeschlossen, dass das Grundbuchamt erneut die Vorlage des Erbscheins als Nachweis dafür verlangen wird, dass es sich um Vermögen der Erbschaft handelt (§ 29 Abs. 1 S. 2 GBO, vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3137).