

Rechtsprechung

BGB §§ 2202, 185, GBO §§ 29, 53 Abs. 1

Unwirksamkeit einer Verfügung des Testamentsvollstreckers vor Annahme des Amts

1. Die vor Annahme des Amtes des Testamentsvollstreckers getroffene Verfügung ist unwirksam.
2. Sie bedarf zur Erlangung der Wirksamkeit der Genehmigung des Verfügungsbefugten und wird nicht allein dadurch wirksam, dass der Verfügende später das Amt des Testamentsvollstreckers annimmt.
3. Bei einem mehraktigen Verfügungstatbestand muss der Verfügende grundsätzlich im Zeitpunkt des letzten Teilakts noch Verfügungsbefugt sein.

OLG München, Beschl. v. 27.11.2023 – 34 Wx 203/23 e

Problem

Erblasser E errichtete im März 2021 ein notarielles Testament. Darin setzte er sieben Personen zu seinen Erben ein, darunter K zu 1/6 Anteil. Ferner wandte E der Vermächtnisnehmerin V ein Grundstück zu. Zugleich ordnete er Vermächtnisvollstreckung an, setzte V zur Vermächtnisvollstreckerin ein und befreite sie von den Beschränkungen des § 181 BGB. Nach dem Tod des E erklärte V am 7.2.2022 vor einem Notar die Auflassung des Eigentums an dem vermachten Grundstück an sich selbst. In derselben notariellen Urkunde erklärte sie die Annahme des Amtes der Vermächtnisvollstreckerin. Am 10.2.2022 ging die vom Notar übersandte Annahmeerklärung beim Nachlassgericht ein. V wurde als neue Eigentümerin des vermachten Grundstücks in das Grundbuch eingetragen. K hält die Auflassung für unwirksam, weil V zum Zeitpunkt der Abgabe der Auflassungserklärung noch nicht als Vermächtnisvollstreckerin amtiert habe.

Entscheidung

Die Wirksamkeit des Eigentumserwerbs der V nach § 873 Abs. 1, § 925 Abs. 1 BGB hängt davon ab, ob V zur Verfügung über das Nachlassgrundstück befugt

war. Bei einem mehraktigen Erwerbstatbestand muss die Verfügungsbefugnis im Moment des letzten Teilaktes vorliegen. Das OLG München geht davon aus, dass V ihre Verfügungsbefugnis als Vermächtnisvollstreckerin erst mit dem Zugang der Amtsannahmeerklärung beim Nachlassgericht am 10.2.2022 erlangt habe, § 2202 Abs. 1, § 2205 S. 1 BGB. Sie sei deshalb *zum Zeitpunkt der Erklärung der Auflassung* nicht Verfügungsbefugt gewesen. Daher liege eine wirksame Auflassung nicht vor.

Auch die nach Erklärung der Auflassung, aber vor Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch erfolgte Amtsannahme der V habe nicht zu einem Wirksamwerden der Auflassung geführt. Aus einer Entscheidung des BGH (BeckRS 2009, 86948 Rn. 9 = DNotZ 2010, 370) ergebe sich, dass die Verfügungsbefugnis bereits im Zeitpunkt der dinglichen Einigung nach § 873 Abs. 1 BGB vorliegen müsse. Der im Gutachten „DNotI-Report 2020, 153“ [gemeint: DNotI-Report 2022, 153] vertretenen Auffassung sei nicht zu folgen. Nach der in diesem Gutachten zitierten Entscheidung des BGH komme es zwar entscheidend auf die Verfügungsbefugnis zum Zeitpunkt der *Vollendung* des Erwerbstatbestands an (BGH, Urt. v. 22.5.1957 – IV ZR 4/57, BeckRS 1957, 31378952 unter Ziff. 4. b). Das DNotI habe diese Entscheidung jedoch unvollständig zitiert. Der BGH habe sich (nur) zu dem Fall geäußert, dass ein Verfügender seine Verfügungsbefugnis *verliere*, bis der Rechtserwerb vollendet sei. Im hiesigen Fall gehe es aber darum, dass der Verfügende seine Verfügungsbefugnis bis zur Vollendung des Rechtserwerbs *erlange*.

Eine Genehmigung des Testaments- bzw. Vermächtnisvollstreckers nach Amtsannahme (§ 185 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB) sei zwar grundsätzlich möglich; V habe eine solche Erklärung aber nicht abgegeben. Auch eine Konvaleszenz in direkter oder analoger Anwendung des § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB scheide aus. Der Testamentsvollstreckter erwerbe nicht den „Gegenstand“, indem er sein Amt annehme. Eine analoge Anwendung komme (unter Verweis auf BGH ZIP 1999, 447) nicht in Betracht, weil gem. § 2202 Abs. 1 BGB die Verfügungsbefugnis erst *ex nunc* mit Amtsannahme beginne und der der Konvaleszenz zugrundeliegende Gedanke der Treuwidrigkeit hier nicht greife, weil Konvaleszenz nicht zu Lasten eines fremden Vermögens gehen solle.

Praxishinweis

Folgt man der Ansicht des OLG München, so sollte der berufene Testamentsvollstreckter zunächst die Annahme seines Amtes und erst anschließend (nach Wirksamwerden der Annahmeerklärung) die Auflassung des Grundstücks erklären. Gibt er beide Erklärungen in

derselben notariellen Urkunde ab, so soll er das anfängliche Fehlen seiner Verfügungsbefugnis durch Abgabe einer Genehmigungserklärung selbst (!) heilen können, § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB. Zum Grundbuchvollzug müsste diese Erklärung in öffentlich beglaubigter Form vorliegen, § 29 Abs. 1 S. 1 GBO.

Das DNotI rückt nicht von seiner im Reportgutachten 2022, 153 vertretenen Auffassung ab. Das OLG München verkennt, dass die Übertragung des Eigentums am Grundstück einen mehraktigen Verfügungstatbestand darstellt, der neben der Erklärung der Auflassung auch die Eintragung voraussetzt (statt aller Grüneberg/Herrler, 83. Aufl. 2024, § 873 Rn. 1 und § 925 Rn. 21). Es ist unstreitig, dass die Verfügungsbefugnis erst mit Vollendung aller Tatbestandsmerkmale der mehraktigen Verfügung vorliegen muss (BeckOGK-BGB/Regenfus, Std.: 1.2.2024, § 185 Rn. 33 m. w. N.). Es ist daher nicht zutreffend, dass – so aber das OLG München – die *Auflassungserklärung*, die lediglich einen Teilakt der Verfügung darstellt, wegen des Fehlens der Verfügungsbefugnis unwirksam sein soll.

Auch die zitierten Belegstellen stützen die Rechtsmeinung des OLG München nicht. Die Entscheidung des BGH aus 1998 zum DDR-Volkseigentum (ZIP 1999, 447) enthält überhaupt keine Aussagen zur Testamentsvollstreckung. Den Ausführungen von Weidlich (in: Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, § 2202 Rn. 1) lässt sich keine Aussage zur Verfügungsbefugnis *bei mehraktigen Verfügungstatbeständen* entnehmen. Weiter zitiert das OLG München als Beleg dafür, dass die Verfügungsbefugnis bereits im Zeitpunkt der Einigung vorliegen müsse, BeckOK-BGB/Lange, § 2202 Rn. 13 [Kosten der Amtsannahmebestätigung]. In Rn. 17 der Kommentierung von Lange heißt es jedoch jedenfalls seit der 65. Edition (Stand 1.2.2023), also zeitlich schon vor der Entscheidung des OLG München am 27.11.2023, dass es bei mehraktigen Verfügungstatbeständen *auf den letzten Teilakt* ankomme und daher § 185 Abs. 2 S. 2 Var. 1 BGB nicht anwendbar sei, wenn der Testamentsvollstreckter sein Amt vor Eintragung im Grundbuch angenommen habe.

Im Übrigen enthält das seitens des DNotI im Gutachten DNotI-Report 2022, 153 zitierte Urteil des BGH (Urt. v. 22.5.1957 – IV ZR 4/57 Ziff. 4b) abstrakt-generelle Aussagen, die *sowohl* für den späteren Verlust *als auch* für die spätere Erlangung der Verfügungsbefugnis gelten. Der BGH führt **wörtlich** aus: „Für die Frage der Berechtigung zur Verfügung kann es grds. **nur** auf den Zeitpunkt ankommen, in dem sich der Verfügungstatbestand vollendet (...)“ (Hervorhebung durch DNotI).

Diese Aussagen lassen sich auf den hiesigen Fall anwenden, so dass es nach Ansicht des DNotI vorliegend gar nicht auf § 185 BGB ankommt, da V im entscheidenden Zeitpunkt *als Berechtigte* verfügt hat.

Diskutabel wäre die vom OLG München vertretene Ansicht u. E. nur dann, wenn auch die Eintragung vor Amtsannahme erfolgt wäre. Nur dann läge die Verfaltung eines Nichtberechtigten i. S. d. § 185 BGB vor, sodass es u. a. auf die Frage nach der Konvaleszenz gem. § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB ankäme. Insoweit entspricht die Ablehnung der Konvaleszenz der wohl h. M. (vgl. die Anmerkung von Zimmermann, ZEV 2024, 95, 98 f.). Gegen die Ansicht des OLG München und auch im Übrigen für eine analoge Anwendung des § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB auf Verfügungen durch den Testamentsvollstrecker, die dieser tatsächlich (anders als hier) nicht als Berechtigter vornimmt, spricht, dass es befremdlich erscheint, dass der Testamentsvollstrecker sein eigenes Rechtsgeschäft genehmigen muss und kann. Gerade für diese Fälle dürfte der Automatismus der Konvaleszenz nach § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB gedacht sein. Diese Vorschrift stellt nicht auf den Erwerb eines Gegenstands, sondern auf den Erwerb einer Rechtsposition ab (vgl. BeckOGK/Regenfus, Std.: 1.11.2023, BGB § 185 Rn. 15). Erwirbt der Verfügende nachträglich das Eigentum an einer Sache, wird eine bereits getätigte Verfügung nachträglich wirksam. Das Eigentum beinhaltet als dingliches Vollrecht die Befugnis, über eine Sache zu verfügen. Dann muss die Vorschrift des § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB erst recht gelten, wenn ein Verfügender nachträglich die Verfügbefugnis über ein Recht erlangt.

Für die Praxis sollte gleichwohl die anderslautende Entscheidung des OLG München im Blick behalten werden.