

**letzte Aktualisierung:** 27.12.2016

OLG Nürnberg, 22.9.2016 - 15 W 509/16

**BGB §§ 185 Abs. 1 u. 2 S. 1 Var. 2, 1829 Abs. 1, 1984, 2202 Abs. 1 u. Abs. 2 S. 1; FamFG § 40 Abs. 2 S. 1**

**Wirksamwerden einer unwirksamen Verfügung eines Testamentsvollstreckers vor Amtsantritt**

§ 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB (Konvaleszenz) ist weder direkt noch analog anwendbar auf eine unwirksame Verfügung eines Testamentsvollstreckers vor Amtsantritt. Daher wird die vor Amtsantritt getroffene unwirksame Verfügung des zum Testamentsvollstrecker Ernannten nicht dadurch wirksam, dass dieser später das Amt annimmt und damit die Verfügungsbefugnis erlangt.

**Titel:**

**Zurückweisung eines Eigentumsumschreibungsantrags**

**Normenketten:**

BGB § 185 Abs. 1 u. 2 S. 1 Alt. 1, 2 u. 3, § 1829 Abs. 1, § 1984, § 2202 Abs. 1 u. 2 S. 1

FamFG § 40 Abs. 2 S. 1

**Leitsatz:**

**1. § 185 Abs. 2 S. 1 Alt.2 BGB (Konvaleszenz) ist weder direkt noch analog anwendbar auf eine unwirksame Verfügung eines Testamentsvollstreckers vor Amtsantritt. Daher wird die vor Amtsantritt getroffene unwirksame Verfügung des zum Testamentsvollstrecker Ernannten nicht dadurch wirksam, dass dieser später das Amt annimmt und damit die Verfügungsbefugnis erlangt. (amtlicher Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Anfechtung, Grundbuchamt, Eintragung, Verfügungsbefugnis, Konvaleszenz, Testamentsvollstrecker, Genehmigung, Nachlass

**Tenor**

I.

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1) bis 5) wird zurückgewiesen.

II.

Die Beschwerdeführer tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

III.

Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 400.000 EUR festgesetzt.

**Gründe**

- 1 I. Die Beschwerdeführer wenden sich gegen die Zurückweisung eines Eigentumsumschreibungsantrags.
- 2 Mit notarieller Urkunde vom 23.10.2012 (URNr. 22.../201. Notar Dr. N. W.) übertrug D. L. seinem Sohn S. (geb. ...) im Wege der vorweggenommenen Erbfolge seinen im Grundbuch des Amtsgerichts Schwandorf für W. Blatt 82... (Flst. 2.../5..., 2.../5..., 2.../6...), Blatt 1... (Flst. 2.../6) und Blatt 1... (Flst. 5.../1..., 2.../6...) eingetragenen Grundbesitz. Die Beteiligten vereinbarten ein Rückforderungsrecht im Falle des Vorversterbens des Sohnes zugunsten der Eltern als Gesamtberechtigte.
- 3 Mit notarieller Urkunde vom 15.3.2013 setzte S. L. seine minderjährige Tochter H. S. als Alleinerbin ein, ordnete Testamentsvollstreckung an und bestimmte seine Mutter S. L. zur Testamentsvollstreckerin. Am 24.5.2013 verstarb S. L.
- 4 Mit notarieller Urkunde vom 28.5.2013 erklärte D. L., von seinem Recht der Rückforderung des mit Urkunde vom 23.10.2012 an seinen Sohn übertragenen Grundbesitzes, Gebrauch zu machen. S., handelnd im eigenen Namen und als von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Testamentsvollstreckerin über den Nachlass ihres Sohnes, erklärte zugunsten ihres Ehemannes auf ihr Recht auf Ausübung des Rückforderungsrechts zu verzichten. Gleichzeitig erklärte sie, als Testamentsvollstreckerin über den Nachlass ihres verstorbenen Sohnes S., die Erklärungen ihres Ehemannes entgegenzunehmen. Weiter vereinbarten die Beteiligten:  
  
„Rückübereignung, Grundbuchanträge  
  
Die Erben nach Herrn S. L. übertragen in Erfüllung des Rückforderungsrechts hiermit den in Abschnitt I.

dieser Urkunde bezeichneten Grundbesitz an Herrn D. L. zum Alleineigentum zurück. Die Vertragsschließenden sind über den vereinbarten Eigentumsübertrag einig. Sie bewilligen und beantragen Herrn D. L. als Alleineigentümer im Grundbuch einzutragen. Zug um Zug mit Eintragung der Auflassung wird hiermit die Löschung der Rückauflassungsvormerkungen zugunsten von Herrn D. L. und Frau S.L. bewilligt und beantragt. (...).“

- 5 Mit Erklärung vom 30.10.2013, beim Nachlassgericht am 31.10.2013 eingegangen (Bl. 57 d. Nachlassakten), erklärte die Beteiligte S. L. gegenüber dem Amtsgericht - Nachlassgericht - die Amtsannahme.
- 6 Mit Schreiben ihres Bevollmächtigten Rechtsanwalt Dr. B. vom 19.11.2013, eingegangen beim Amtsgericht Schwandorf am 20.11.2013, erklärte S. L. die Anfechtung des notariellen Testaments ihres Sohnes vom 15.3.2013, weil die Begünstigte H. S. nicht die leibliche Tochter ihres Sohnes sei. Dieser habe am 18.4.2013 die Vaterschaft angefochten.
- 7 Mit Beschluss vom 12.2.2014 stellte das Nachlassgericht die Tatsachen für die Erteilung eines Erbscheins, der H. S. als Alleinerbin auswies, fest ohne Testamentsvollstreckervermerk unter sofortiger Aussetzung der Wirksamkeit des Beschlusses.
- 8 Mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten Rechtsanwalt N. vom 24.4.2014 beantragte S. L. die Bestellung eines Nachlasspflegers für den unbekannten Erben nach S.L.
- 9 Mit Beschluss vom 17.11.2014 ordnete das Nachlassgericht Schwandorf die Nachlasspflegschaft für die unbekannten Erben nach S. L. an.
- 10 Mit notarieller Urkunde vom 14.1.2015 (URNr. 4.../201...) erklärten D. L., vertreten durch seine Kinder V. und A. L. sowie Rechtsanwalt E..., handelnd als Nachlasspfleger für die unbekannten Erben von S. L. erneut die Auflassung:

„Rückforderungsanspruch nach Ausübung des Rückforderungsrechts

Mit Ausübung des vertraglich vereinbarten Rückforderungsrechts durch Herrn D. L. in der Urkunde des Notars Dr. N., W., vom 28. Mai 2013, URNr. ... und Entgegennahme der Rückforderungserklärung durch Herrn Rechtsanwalt H. E...als Nachlasspfleger über den Nachlass des verstorbenen Sohnes von Herrn D. L., Herrn S. L., ist der Rückforderungsanspruch wirksam entstanden. Hierüber besteht Einvernehmen zwischen den Beteiligten.

Rückübereignung, Grundbuchanträge

Die Erben nach Herrn S. L., vertreten durch den Nachlasspfleger, übertragen in Erfüllung des Rückforderungsanspruchs hiermit den in Abschnitt I. dieser Urkunde bezeichneten Grundbesitz an Herrn D. L. zum Alleineigentum zurück.

Die Vertragsschließenden sind sich über den vereinbarten Eigentumsübertrag einig.

Sie bewilligen und beantragen, Herrn D. L. als Alleineigentümer im Grundbuch einzutragen.“

- 11 Am 22.1.2015 verstarb D.L. und wurde gemäß notariellem Testament vom 28.5.2013 i. V. m. der Eröffnungsniederschrift des Amtsgerichts - Nachlassgericht - Weiden i.d.OPf. vom 18.3.2015 von seinen Kindern A., W., V., A. und A. L. beerbt.
- 12 Am 29.4.2015 erfolgte die nachlassgerichtliche Genehmigung der Erfüllung des Rückforderungsanspruchs einschließlich der vom Nachlasspfleger diesbezüglich abgegebenen Willenserklärungen in der notariellen Urkunde vom 14.1.2015 (Bl. 228 d. Nachlassakten), rechtskräftig seit 30.9.2015 (Rechtskraftvermerk Bl. 232, 306 d. Nachlassakten).
- 13 Am 13.8.2015 erteilte das Nachlassgericht Schwandorf der H. Sc... einen Erbschein als Alleinerbin nach S. L. mit dem Vermerk: „Testamentsvollstreckung bis einschließlich 19.4.2036 ist angeordnet.“ (Bl. 273 d. Nachlassakten).
- 14 Mit Schriftsatz vom 7.9.2015 stellte die Beteiligte S. L. Antrag auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, eingegangen bei Gericht am 8.9.2015 und am 23.9.2015, eingegangen

bei Gericht am 25.9.2016 (Bl. 286 d. Nachlassakten) erklärte S. L. erneut die Amtsannahme und beantragte nochmals die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Das Testamentsvollstreckerzeugnis wurde am 2.10.2015 erteilt (Bl. 297 d. Nachlassakten).

- 15 Die Mitteilung der nachlassgerichtlichen Genehmigung gem. § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB erfolgte am 1.10.2015 (Bl. 307 R. d. Nachlassakten).
- 16 Mit Schreiben vom 1.10.2015 beantragte Notar Dr. N. den Vollzug der Urkunden vom 28.5.2013 und 14.1.2015.
- 17 Mit Zwischenverfügung vom 22.1.2016 wies das AG Schwandorf - Grundbuchamt - darauf hin, dass keine wirksame Auflassung vorliege, denn zum Zeitpunkt 28.5.2013 habe keine Verfügungsbefugnis der Testamentsvollstreckerin S. L. vorgelegen und die Verfügungsbefugnis des Nachlasspflegers sei vor Abschluss des Rechtsgeschäfts durch Wirksamwerden der erneut angeordneten Testamentsvollstreckung entfallen. Das Hindernis könne durch Nachgenehmigung durch die Testamentsvollstreckerin beseitigt werden.
- 18 Mit Schriftsatz vom 16.3.2016 hat Notar Dr. N. Beschwerde gegen die Zwischenverfügung eingelegt. Die Beteiligte S. L. hat, vertreten durch RA N. mitgeteilt, dass eine Nachgenehmigung der Erklärungen in der Urkunde vom 28.5.2013 nicht erfolgen werde.
- 19 Mit Beschluss vom 2.2.2016 hat das Amtsgericht - Grundbuchamt - der Beschwerde nicht abgeholfen. Mit Schriftsatz vom 3.5.2016 haben die Beschwerdeführer mitgeteilt, dass Notar Dr. N.. zur Vertretung und Rechtsmitteleinlegung bevollmächtigt gewesen sei.
- 20 Die Nachlassakten des AG Schwandorf - Nachlassgericht - Az. VI 622/13 waren beigezogen.
- 21 II. Die Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet. Zutreffend hat das Amtsgericht Schwandorf - Grundbuchamt - die beantragte Eintragung nicht vollzogen. Auf die Begründung im Beschluss des Amtsgerichts Schwandorf - Grundbuchamt - vom 22.1.2016 und im Nichtabhilfebeschluss vom 9.4.2016 wird verwiesen. Im Hinblick auf die Beschwerdebegründung wird ergänzend ausgeführt:
- 22 1. Eine wirksame Auflassung gemäß Urkunde vom 28.5.2013 liegt nicht vor. Die Erklärung der Beteiligten S. L. war unwirksam, weil sie zu diesem Zeitpunkt das Amt des Testamentsvollstreckers weder konkludent noch ausdrücklich angenommen hatte und damit noch nicht verfügungsbefugt war. Ein Fall des nachträglichen Wirksamwerdens des unwirksamen Rechtsgeschäfts nach § 185 Abs. 1 und 2 BGB ist nicht gegeben.
- 23 a) Eine konkludente Annahme der Testamentsvollstreckung kann zwar in der notariellen Urkunde vom 28.5.2013 gesehen werden. Die Annahme allein genügte aber nicht, denn das Amt des Testamentsvollstreckers mit der damit verbundenen Verfügungsbefugnis (§ 2202 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB) beginnt erst mit der förmlichen Amtsannahme gegenüber dem Gericht. Die förmliche Amtsannahme vom 30.10.2013 (Bl. 57 d. Nachlassakten) gegenüber dem Nachlassgericht erfolgte erst nach der Auflassungserklärung vom 28.5.2013. Die vor der Amtsannahme vorgenommenen Handlungen als Testamentsvollstrecker sind als solche unwirksam und werden als Verfügungen eines Nichtberechtigten angesehen (vgl. bereits KG KGJ 40, 196, 200 m. w. N.).
- 24 b) Ein Fall der Konvaleszenz nach § 185 Abs. 1 und 2 BGB, wonach die Verfügung wirksam wird, wenn der Berechtigte sie genehmigt, ist nicht gegeben, denn die Beteiligte S. L. hat das Rechtsgeschäft weder ausdrücklich noch konkludent nachträglich genehmigt und nach Hinweis des Grundbuchamtes eine Nachgenehmigung ausdrücklich abgelehnt.
- 25 aa) Eine nachträgliche Genehmigung durch schlüssiges Handeln nach § 185 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB wäre zwar möglich gewesen (Kroiß/Ann/Mayer BGB 3. Aufl. § 2202 Rn. 3). In der Amtsannahme vom 30.10.2015 kann eine solche schlüssige Erklärung aber nicht gesehen werden. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass neben der rein nachlassrechtlichen Annahmeerklärung, die gegenüber dem Nachlassgericht abgegeben wurde, ein überschießender grundbuchrechtlicher Erklärungswille mitenthalten war. Die Übermittlung der notariellen Erklärung vom 28.5.2013 an das Gericht erfolgte erst am 1.10.2015, d. h. lange nachdem die Beteiligte S. L. die Anfechtung des Testaments ihres Sohnes erklärt hatte und damit auch ihre Einsetzung als Testamentsvollstreckerin.

- 26** bb) Es liegt auch kein Fall der Konvaleszenz nach § 185 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB vor, wonach die Verfügung wirksam wird, wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt. Diese Vorschrift ist unmittelbar nicht anwendbar, weil der Testamentsvollstrecker den Gegenstand, über den er verfügt hat, nicht durch die Erlangung des Amtes „erwirbt“ (Soergel/Damrau BGB 13. Aufl. § 2202 Rn. 5; Erman/M. Schmidt BGB 14. Aufl. § 2202 Rn. 5). Auch eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift kommt nicht in Betracht, so dass die vor Amtsantritt getroffene unwirksame Verfügung des zum Testamentsvollstrecker Ernannten nicht dadurch wirksam wird, dass dieser später das Amt annimmt und damit die Verfügungsbefugnis erlangt (so BGH ZIP 1999, 447 Rn. 27 nach juris m. w. N.; Staudinger/Gursky BGB Neubearb. 2014 § 185 Rn. 74 f.; Soergel/Damrau a. a. O. § 2202 Rn. 5; Soergel/Leptien BGB 13. Aufl. § 185 Rn. 28; Palandt/Ellenberger BGB 74. Aufl. § 185 Rn. 11, 11b; Palandt/Weidlich a. a. O. § 2202 Rn. 1; Kroiß/Ann/Mayer a. a. O. § 2202 Rn. 3; Schulze u. a./Hoeren BGB 8. Aufl. § 2202 Rn. 10; Erman/M. Schmidt a. a. O. § 2202 Rn. 5; BeckOK/Lange BGB § 2202 Rn. 13; Erman/Maier-Reimer BGB 14. Aufl. § 185 Rn. 24; BeckOK/Bub BGB § 185 Rn. 14; MünchKommBGB/Bayreuther 7. Aufl. § 185 Rn. 52; Frensch in: Prütting/Wegen/Weinreich BGB 11. Aufl. § 185 Rn. 10; Schiemann in: Prütting/Wegen/Weinreich a. a. O. § 2202 Rn. 3; Trautwein in jurisPK-BGB 7. Aufl. § 185 Rn. 37; BGB-RGRK/Steffen 12. Aufl. § 185 Rn. 13; BGB-RGRK/Kregel a. a. O. § 2202 Rn. 4; Mayer, in: Mayer/Bonefeld Testamentsvollstreckung 4. Aufl. Abschn. C Rn. 11; Bork ZIP 2006, 589, 594). Eine Ausdehnung des in § 185 Abs. 2 BGB enthaltenen Grundsatzes auf diesen Fall ist ausgeschlossen (so bereits OLG Colmar OLGE 26, 349, 350).
- 27** Allerdings wird in Teilen der Rechtsprechung und der Kommentarliteratur eine entsprechende Anwendung des § 185 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB auf den Fall der vor Erklärung der Amtsannahme getroffenen Verfügungen einer zum Testamentsvollstrecker ernannten Person bejaht, die mit dem Amtsantritt des Testamentsvollstreckers von selbst und ex nunc wirksam würden (so LG Saarbrücken Rpfleger 2009, 375 Rn. 17 nach juris; MünchKommBGB/Zimmermann, 6. Aufl. § 2202 Rn. 4 m. w. N.; Staudinger/Reimann, BGB Neubearb. 2015, § 2202 Rn. 33 unter Hinweis auf RGZ 111, 250; 149, 19; ebenso - ohne weitere Begründung - OLG München Rpfleger 2005, 661 Rn. 21 nach juris; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung 4. Aufl. Abschn. E Rn. 136; Heckschen in: Burandt/Rojahn Erbrecht 2. Aufl. 2014 § 2202 Rn. 4).
- 28** Zum Teil wird dies damit begründet, dass die Testamentsvollstreckung schon vor der Annahme des Amtes mit dem Erbfall beginne und durch die Annahmeerklärung des Ernannten sich das Testamentsvollstreckeramt in seiner Person nur noch konkretisiere (LG Saarbrücken Rpfleger 2009, 375 Rn. 17 nach juris mit zustimmender Anm. Roglmeier jurisPR-FamR 16/2009 Anm. 5; MünchKommBGB/Zimmermann, a. a. O. § 2202 Rn. 4 m. w. N.). Diese Argumentation überzeugt nicht. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung hat zwar bereits mit dem Erbfall die in § 2211 Abs. 1 BGB genannte Verfügungsbeschränkung des Erben zur Folge. Gemäß ausdrücklicher Regelung in § 2202 Abs. 1 BGB beginnt das Amt des (im vorliegenden Fall bereits im Testament in seiner Person konkretisierten) Testamentsvollstreckers jedoch erst mit der Annahme.
- 29** Zum Teil nimmt die Kommentarliteratur (Staudinger/Reimann, a. a. O. § 2202 Rn. 33) Bezug auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, die allerdings nicht den Fall von Verfügungen des Testamentsvollstreckers vor Amtsantritt betrifft. Dieses hat eine analoge Anwendung des § 185 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB für möglich erachtet in dem Sinne, dass dem nachträglichen Erwerb des Gegenstandes der Verfügung durch den Verfügenden der Fall gleichzustellen sei, dass jemand, der in der Verfügungsmacht beschränkt war und während dieses Zustandes eine Verfügung getroffen hat, nachträglich das Verfügungsrecht erlangt, und der Genehmigung der Verfügung des Nichtberechtigten durch den Berechtigten der Fall, dass der Verfügende selbst die von ihm im Zustande beschränkter Verfügungsmacht getroffene Verfügung nach Erlangung des Verfügungsrechts genehmigt (RGZ 111, 247, 250). In einer weiteren Entscheidung hat das Reichsgericht diese Rechtsprechung, wonach § 185 BGB entsprechende Anwendung auch bei Verfügungen desjenigen finde, der in der Verfügung beschränkt war, demnächst aber das Verfügungsrecht wieder erlangt hat, bestätigt. Dies könne beispielsweise beim Gemeinschaftschuldner zutreffen, aber auch bei Verfügungen des Vorerben nach dem Wegfall der Beschränkung durch Fortfall des Nacherben (unter Hinweis auf RGZ 110, 94, 95) sowie dann, wenn Verfügungen eines noch nicht Berechtigten in Betracht kommen. Allerdings dürfe es sich zur Zeit der Verfügung nicht um völlig ungewisse

in der Luft schwebende Zukunftshoffnungen handeln, es müssten vielmehr Ansprüche sein, die sich aus einer in sicherer Aussicht stehenden Fortentwicklung des Rechts in naher Zukunft ergeben werden (RGZ 149, 19, 22). Diese Rechtsprechung kann nicht auf den Testamentsvollstrecker übertragen werden, da sie - darauf deuten die angeführten Beispiele hin - Fallgestaltungen betrifft, in denen der Verfügende die Verfügungsmacht über einen ihm gehörenden Gegenstand erlangt. Damit ist nicht der Fall einer Verfügung des Testamentsvollstreckers, ebenso wie eines Konkursverwalters oder anderer Vertreter im Amt vor Amtsantritt gleichzusetzen. Für diese bedarf es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nach Erlangung der Verfügungsmacht immer noch einer besonderen Genehmigung nach § 185 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB aus dem Recht des Berechtigten, um das Rechtsgeschäft wirksam werden zu lassen. Zur Begründung weist der Bundesgerichtshof zutreffend darauf hin, dass der der Konvaleszenz zugrundeliegende Gedanke der Treuwidrigkeit (vgl. hierzu Staudinger/Gursky a. a. O.. § 185 Rn. 60) hier nicht greift, weil die Konvaleszenz nicht zulasten eines fremden Vermögens gehen soll (BGH ZIP 1999, 447 Rn. 27 nach juris m. w. N.; so auch MünchKommBGB/Bayreuther a. a. O.. § 185 Rn. 52; Staudinger/Gursky a. a. O.. § 185 Rn. 74; Frensch in: Prütting/Wegen/Weinreich a. a. O.. § 185 Rn. 10; Bork ZIP 2006, 589, 594). Dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt zugrunde, dass § 185 BGB nur Fälle betrifft, in denen ein Nichtberechtigter im eigenen Namen über ein fremdes Recht verfügt, also selbst Geschäftspartner ist. Handelt derjenige, der dieses Verfügungsgeschäft vornimmt, dagegen im Namen des wirklichen Rechtsinhabers, liegt ein Fall der Stellvertretung vor, in dem der Vertretene Geschäftspartner sein soll. Ob das Geschäft gegen diesen wirkt, richtet sich allein nach den §§ 164 ff. BGB (Staudinger/Gursky a. a. O.. § 185 Rn. 1 m. w. N.). Dies gilt auch für Verfügungen eines amtlichen Vertreters einer Vermögensmasse (wie Insolvenzverwalter, Zwangsverwalter, Nachlassverwalter, Testamentsvollstrecker), da die Wirkungen ihres Handelns nicht sie selbst, sondern den Inhaber des Vermögens treffen (so zu Recht Staudinger/Gursky a. a. O.. § 185 Rn. 1).

- 30** Ein Sonderfall, der die vom Senat vertretene Ansicht nicht in Frage stellt, liegt einer weiteren Entscheidung des Reichsgerichts zugrunde. Danach könne dann, wenn der (bereits im Amt befindliche) Testamentsvollstrecker später das belastete Grundstück zu einem Bruchteil erwirbt, die getroffene Verfügung hinsichtlich dieses Bruchteils konvaleszieren (RG HRR 1939 Nr. 1462). Das Reichsgericht hat insoweit ausgeführt: „Der Umstand, dass Dr. K. zugleich in Vertretung seiner Mitvollstrecker gehandelt hatte, hinderte die Heilung nicht, weil sie sich nur auf den Anteil erstreckt, den er später selbst erwarb, bei dem sich also s e i n e Verfügung und s e i n Eigentum deckten. Dies muss umso mehr gelten, als Dr. K. und auch der Kl. bei der Hypothekenbestellung gerade auf einen Verlauf gerechnet hatten, wie er später eintrat, dass ein Bruchteil von 7/72 als Eigentum des Dr. K. ausgeschieden werden würde.“ Auch wenn der Testamentsvollstrecker als amtlicher Vertreter einer Vermögensmasse gehandelt hat, hat er den Gegenstand später somit selbst erworben. Diese Konstellation ist mit dem vom Senat zu entscheidenden Fall nicht vergleichbar.
- 31** Die von den Beschwerdeführern herangezogene und vom Oberlandesgericht München (Rpfleger 2005, 661 Rn. 21 nach juris) zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs betrifft ebenfalls nicht die vorliegende Fallgestaltung, sondern die Frage, ob eine entsprechende Anwendung des § 185 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 oder 3 BGB (Erwerb, Beerbung) in Betracht kommt, wenn die Erben ihre aufgrund einer bestehenden Nachlassverwaltung beschränkte Verfügungsbefugnis (§ 1984 BGB) mit deren Aufhebung wiedererlangen. Dies hat der Bundesgerichtshof im konkreten Fall für die Frage der Verjährungsunterbrechung durch eine Klageerhebung verneint, da letztere keine Verfügung im Sinne des § 185 BGB darstellt (BGHZ 46, 221 Rn. 15 nach juris). Unabhängig hiervon betrifft auch dies nicht eine Handlung des Testamentsvollstreckers vor Amtsantritt, sondern eine solche der durch die Nachlassverwaltung beschränkten Erben.
- 32** 2. Die Auflassungserklärung des Nachlasspflegers in der Urkunde vom 14.1.2015 konnte wegen zwischenzeitlich wirksam gewordener Testamentsvollstreckung keine Rechtswirkung mehr entfalten.
- 33** Diese Auflassungserklärung konnte erst mit Rechtskraft der gerichtlichen Genehmigung wirksam werden (§ 1829 Abs. 1 BGB i. V. m. § 40 Abs. 2 S. 1 FamFG). Die am 29.4.2015 erfolgte nachlassgerichtliche Genehmigung der Erfüllung des Rückforderungsanspruchs einschließlich der vom Nachlasspfleger diesbezüglich abgegebenen Willenserklärungen wurde am 30.9.2016 rechtskräftig.

- 34** Am 7.9.2015, eingegangen bei Gericht am 8.9.2015 hatte die Beteiligte S. L. bereits die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses beantragt, gestützt auf den Beschluss des Nachlassgerichts vom 13.8.2015, und damit die erneute Amtsannahme gemäß Erbscheinserteilung mit Testamentsvollstreckervermerk des Nachlassgerichts vom 13.8.2015 erklärt.
- 35** Spätestens mit Wirksamwerden der Testamentsvollstreckung am 8.9.2015 entfiel die Verfügungsbefugnis des Nachlasspflegers ohne weiteres (vgl. §§ 2211, 2212 BGB) und die Auflassungserklärung vom 14.1.2015 konnte nicht mehr wirksam werden. Weil die Rechte des Nachlasspflegers nicht weitergehen, als die der unbekannten Erben, die er vertritt, geht die Befugnis des Testamentsvollstreckers vor (vgl. Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft 3. Aufl. 2013 Rn. 243).
- 36** III. 1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG.
- 37** 2. Die Festsetzung des Geschäftswertes für das Beschwerdeverfahren findet ihre Grundlage in § 61 Abs. 1, § 40 Abs. 1 GNotKG. Aufgrund der Angaben in der beigezogenen Nachlassakte geht der Senat von einem Wert von 400.000 EUR aus.
- 38** 3. Die Voraussetzung für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 70 Abs. 2 FamFG) liegen nicht vor, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordern.

Erlass des Beschlusses (§ 38 Abs. 3 Satz 3 FamFG):

Übergabe an die Geschäftsstelle am 26.09.2016.