

## Buchbesprechung

Faßbender/Grauel/Kemp/Ohmen/Peter/Roemer, Notariatskunde, 13. Aufl. 2000, Merkur Verlag Rinteln, Deutscher Anwalt Verlag, 812 Seiten, 82,- DM

Die „Notariatskunde“ von Faßbender/Grauel u.a. ist nunmehr in 13. Auflage erschienen. Bereits die Zahl der Auflagen zeigt, in welchem Maße das Werk von der Praxis angenommen ist. Und das zu Recht: Es bringt die Grundlagen des Notarrechts und der Bürotätigkeit ebenso wie die Abwicklung schwieriger Geschäfte. Ein Buch von Praktikern für Praktiker des Notariats geschrieben. Die in klarer, verständlicher Sprache gehaltenen Darstellungen werden in vorbildlicher Weise durch Muster und Beispiele verdeutlicht und durch Aufstellungen, Listen und Tabellen ergänzt. So bringt es beispielsweise eine Aufstellung, für welche ausländischen Staaten welche Form der Überbeglaubigung erforderlich ist, eine Übersicht, wann bei Veräußerung von Gemeindeeigentum eine Genehmigung der Aufsichts-

behörde benötigt wird, nach Ländern geordnet eine Übersicht über die Genehmigungspflichten sowie über die Vorkaufsrechte nach BBauG und anderen Gesetzen. Auf diese Weise ersetzt das Buch ganze Bibliotheken von Nachschlagewerken und Gesetzbütttern.

Besonderen Wert erhält die Neuauflage dadurch, daß es die zahl- und umfangreichen Gesetzesänderungen der letzten Zeit auf dem Gebiet des Notariats- und Beurkundungsrechts sowie des Familien-, Gesellschafts- und Währungsrechts berücksichtigt und darüber unterrichtet.

Die neue Auflage gehört deshalb in die Hand der Auszubildenden ebenso wie in diejenige der erfahrenen, selbständig arbeitenden Notariatsfachkraft. Sie sollte in keiner Notariatskanzlei fehlen.

Gerhard Menzel, VRiLG u. Notarrevisor a.D., Berlin

## Personalien

### 1. Bestellung zum Notar

Notarassessorin *Stefanie Steinkamp* (Notar Frischen, Krefeld) wurde mit Wirkung vom 1. 3. 2000 zur Notarin in Wuppertal-Ronsdorf ernannt.

### 2. Entlassung aus dem Amt

Notar *Leonhard Huken* in Wuppertal-Ronsdorf ist mit Ablauf des 29. 2. 2000 aus dem Amt des Notars entlassen worden.

Notar *Herbert Schönheit* in Euskirchen ist mit Ablauf des 31. 3. 2000 aus dem Amt des Notars entlassen worden.

### 3. Verstorben

Notar a.D. *Hermann Cramer* in Erkrath ist am 2. 3. 2000 verstorben.

### 4. Sonstige Veränderungen

Der Amtsitz von Notar *Bernd Rebach* wurde mit Wirkung vom 1. 3. 2000 von Gummersbach nach Düsseldorf verlegt (Notarstelle Dr. Tieves).

Notarassessorin *Ute Weyland* (Notar Maschke, Waldbröl) wurde mit Wirkung vom 1. 3. 2000 zur Notariatsverwalterin an Stelle des Notars Bernd Rebach in Gummersbach bestellt.

Notarassessor *Dr. Andre Fisch* (Notariatsverwalter an Stelle des Notars Dr. Tieves, Düsseldorf) wurde am 2. 3. 2000 Notar Dr. Karl-Josef Flatten in Mettmann zur Ausbildung zugewiesen.

Notarassessor *Peter Dobberahn* (Notar Peter, Jülich) wurde mit Wirkung vom 1. 4. 2000 zum Notariatsverwalter an Stelle des Notars Herbert Schönheit in Euskirchen bestellt.

# Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Nr. 4

MittRhNotK

April 2000

## Testamentsvollstreckung im Grundbuchverkehr

(von Notarassessor Dr. Markus Zahn, Leichlingen)

- A. Grundzüge der Testamentsvollstreckung bei Nachlaß mit Grundbesitz
- I. Einleitung
  - II. Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers
    1. Das Amt des Testamentsvollstreckers
      - a) Amtstheorie
      - b) Beginn des Amtes
      - c) Rechtsgeschäfte vor Amtsbeginn
      - d) Beendigung des Amtes
    2. Rechtsstellung im Verhältnis zu den Erben
    3. Rechtsstellung im Verhältnis zum Nachlaßgericht und zum Vormundschaftsgericht
    4. Rechtsstellung im Verhältnis zum Notar und zum Grundbuchamt

III. Aufgaben des Testamentsvollstreckers

    1. Gesetzlicher Aufgabenkreis (Abwicklungsvollstreckung)
    2. Gewillkürter Aufgabenkreis
      - a) Beschränkter Aufgabenkreis
      - b) Erweiterter Aufgabenkreis
      - c) Besondere Arten der Testamentsvollstreckung

IV. Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis in bezug auf Grundstücke und Grundstücksrechte

    1. Verfügungsgeschäfte
    2. Verpflichtungsgeschäfte
    3. Besonderheiten bei Vor- und Nacherfolge
      - a) Testamentsvollstreckung nur für den Nacherben ab Eintritt des Nacherfalles
      - b) Testamentsvollstreckung nur für den Vorerben
      - c) Testamentsvollstreckung für Vor- und Nacherben
    4. Besonderheiten bei sonstigen Anordnungen des Erblassers
    5. Entgeltliche und unentgeltliche Verfügungen
    6. Verbot des Selbstkontrahierens
    7. Erteilung von Vollmachten durch den Testamentsvollstrecker
      - a) General- und Spezialvollmacht
      - b) Befreiung von § 181 BGB
      - c) Erlöschen der Vollmacht

V. Testamentsvollstreckung und Vollmachten des Erblassers

    1. Fortgeltung der Vollmacht über den Tod hinaus
    2. Form
    3. Umfang und Wirkung
      - a) Vollmacht an den Testamentsvollstrecker
      - b) Vollmacht an den Erben
      - c) Vollmacht an einen Dritten
    4. Erlöschen der Vollmacht

B. Die Verlautbarung der Testamentsvollstreckung

    - I. Verlautbarung im Grundbuch
      1. Funktion und Inhalt des Testamentsvollstreckervermerks
      2. Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks
      3. Löschen des Testamentsvollstreckervermerks
    4. Reichweite des öffentlichen Glaubens
    5. Sonderfälle

II. Verlautbarung im Erbschein

    1. Funktion und Inhalt
    2. Reichweite des öffentlichen Glaubens

III. Testamentsvollstreckezeugnis

    1. Funktion und Arten
    2. Inhalt
    3. Reichweite des öffentlichen Glaubens
    4. Nachlaßgerichtliches Zeugnis über die Fortdauer des Amtes?
    5. Erteilung einer weiteren Ausfertigung gemäß §§ 84, 85 FGG
    6. Schlußfolgerungen für die kautelarjuristische Praxis

C. Grundbuchverfahren

    - I. Legitimation des Testamentsvollstreckers
      1. Testamentsvollstreckezeugnis
      2. Ausweis durch öffentliche Urkunde
      3. Vollmacht des Erblassers
    - II. Nachweis der Antrags- und Bewilligungsberechtigung
      1. Nachweis der Entgeltlichkeit
      2. Nachweis der Erfüllung letztwilliger Verfügungen
      3. Nachweis bei In-Sich-Geschäften
      4. Nachweis der Zustimmung der Erben und Vermächtnisnehmer
    - III. Anwendbarkeit von § 878 BGB bei Wegfall der Verfügungsbefugnis
      1. Rechtslage
      2. Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

D. Einzelne Grundstücksgeschäfte

    - I. Freigabe von Nachlaßgrundstücken an die Erben
      1. Freigabepflicht
      2. Nachweis im Grundbuchverfahren
      3. Freigaberecht
      4. Nachweis im Grundbuchverfahren
    - II. Vollzug des Teilungsplanes oder Auseinandersetzungsvertrages
      1. Teilungsplan
      2. Grundbuchverfahren
      3. Auseinandersetzungsvertrag
    - III. Erfüllung von Vermächtnissen
    - IV. Veräußerung von Grundbesitz
    - V. Erwerb von Grundbesitz
    - VI. Belastung eines Nachlaßgrundstücks mit Grundpfandrechten
      1. Eigentümergrundschuld
      2. Fremdgrundschuld
      3. Belastung durch Dritte aufgrund Vollmacht
    - VII. Sonstige Verfügungsgeschäfte
      1. Gewährung einer Grundstücksausstattung
      2. Hof- und Betriebsübergabe
      3. Löschung, Freigabe Rangrücktritt, Rangvorbehalt
      4. Grundstücksvereinigung und Bestandteilszuschreibung

## A.

### Grundzüge der Testamentsvollstreckung bei Nachlaß mit Grundbesitz

#### I. Einleitung

Die Testamentsvollstreckung ist ein wirkungsvolles Instrument in der Hand des Erblassers, um über den Tod hinaus auf sein Vermögen einwirken und den Nachlaß „regieren“ zu können. Das deutsche Erbrecht räumt dem Testamentsvollstrecker eine besonders starke und unabhängige Position ein: Seine Legitimation und seine Befugnisse leitet er unmittelbar vom Willen des Erblassers ab. Von Weisungen der Erben ist er grundsätzlich unabhängig. Er unterliegt nicht der Aufsicht durch das Nachlaßgericht. Auch in zeitlicher Hinsicht sind die Grenzen der Einflußnahme des Erblassers sehr weit gezogen. § 2210 S. 1 BGB gestattet die Anordnung einer Verwaltungsvollstreckung bis zu einer Höchstdauer von 30 Jahren und unter bestimmten Umständen sogar darüber hinaus (§ 2210 S. 2 BGB). Ordnet der Erblasser in einem solchen Fall nicht von sich aus besondere Kontroll- und Mitspracherechte der Erben an, ist die „diktatorische Stellung“ des Testamentsvollstreckers<sup>1</sup> nahezu vollkommen.

Um seine Aufgaben erfüllen zu können, steht dem Testamentsvollstrecker die umfassende Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlaß zu. Zwar werden die Erben mit dem Erbfall Eigentümer aller zum Nachlaß gehörenden Sachen und Träger aller zum Nachlaß gehörenden Rechte. Jedoch gehen wesentliche Rechte und Befugnisse in bezug auf den Nachlaß nicht auf sie sondern den Testamentsvollstrecker über. Dieser kann den Nachlaß in Besitz nehmen und über Nachlaßgegenstände verfügen (§ 2205 S. 2 BGB), Verbindlichkeiten mit Wirkung für und gegen den Nachlaß eingehen (§§ 2206, 2207 BGB), die Art und Weise der Verwaltung des Nachlasses bestimmen und zum Nachlaß gehörende Rechte gerichtlich geltend machen. Der Nachlaß wird dadurch zu einem „Sondervermögen“<sup>2</sup> getrennt vom übrigen Vermögen der Erben, das auch dem Zugriff der Gläubiger entzogen ist (§ 2214 BGB). Besonders deutlich zeigt sich dies bei der Testamentsvollstreckung über Nachlaßgrundbesitz: Mit dem Erbfall geht das Grundstückseigentum auf die Erben über. Das Grundbuch wird insoweit unrichtig und ist auf Antrag hin und ausnahmsweise sogar von Amts wegen (§ 82 a GBO) zu berichtigen. Unterliegt der Grundbesitz der Verwaltung des Testamentsvollstreckers, ist ein entsprechender Testamentsvollstreckervermerk gemäß § 52 GBO von Amts wegen miteinzutragen.

#### II. Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers

##### 1. Das Amt des Testamentsvollstreckers

###### a) Amtstheorie

Die Unabhängigkeit der Stellung des Testamentsvollstreckers zeigt sich weiter darin, daß die Rechtsprechung und die in der Literatur heute ganz herrschende Meinung den Testamentsvollstrecker nicht als gesetzlichen Vertreter der Erben (oder des Erblassers oder des Nachlasses) ansieht, sondern als Inhaber eines privaten Amtes<sup>3</sup> (*Amtstheorie*). Dieses Amt übt der Testamentsvollstrecker im eigenen Namen aus, kraft eigenen Rechts und unabhängig vom Willen der Erben, aber in deren Interesse und im Rahmen der letztwilligen Anordnungen des Erblassers. Jedoch ist anerkannt, daß die Rechtsposition des Testaments-

vollstreckers in weiten Bereichen der eines gesetzlichen Vertreters angenähert ist. §§ 207, 278, 254 BGB und die Vorschriften über die Stellvertretung können daher grundsätzlich entsprechend angewandt werden. Soweit dies bislang zu entscheiden war, hat die Rechtsprechung eine entsprechende Anwendung angenommen<sup>4</sup>. Auch im Bereich der Rechtscheinswirkungen des § 172 BGB ergeben sich keine Unterschiede. Es ist unstrittig, daß diese Vorschrift weder auf gesetzliche Vertreter noch auf Verwalter fremden Vermögens entsprechend anwendbar ist<sup>5</sup>. Entsprechend anwendbar ist auch § 164 Abs. 2 BGB: Will der Testamentsvollstrecker wirksam den Nachlaß und nicht sich selbst verpflichten, muß er nach außen erkennbar als Testamentsvollstrecker auftreten<sup>6</sup>.

###### b) Beginn des Amtes

Zu unterscheiden ist zwischen der Anordnung der Testamentsvollstreckung, der Ernennung des Testamentsvollstreckers, dem Eintritt der Wirkungen der Testamentsvollstreckung und dem Beginn des Testamentsvollstreckeraumes.

Das Gesetz verwendet den Begriff der Anordnung selbst nicht. Es spricht lediglich von der Ernennung. In der Ernennung einer bestimmten Person zum Testamentsvollstrecker durch den Erblasser (§ 2197 BGB) liegt zugleich die Anordnung der Testamentsvollstreckung. Der Erblasser kann sich jedoch darauf beschränken, die Testamentsvollstreckung zunächst lediglich abstrakt anzuronnen und die Ernennung einer bestimmten Person zum Testamentsvollstrecker entweder zu einem späteren Zeitpunkt selbst vorzunehmen oder die Ernennung durch einen Dritten (§ 2198 BGB) oder das Nachlaßgericht (§ 2200 BGB) vornehmen zu lassen. In der Bezeichnung eines Bestimmungsberechtigten liegt dann zugleich die Anordnung der Testamentsvollstreckung<sup>7</sup>. Anordnung und Ernennung durch den Erblasser erfolgen „durch Testament“, also durch eine einseitige letztwillige Verfügung. In einem gemeinschaftlichen Testament können sie nicht als wechselseitige Verfügungen im Sinne von § 2270 Abs. 1 BGB ausgestaltet werden; in einem Erbvertrag nicht als vertragsmäßige Verfügung<sup>8</sup>. Zur Ernennung durch einen bestimmungsberechtigten Dritten ist dessen Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht in öffentlich beglaubigter Form erforderlich<sup>9</sup>. Das Nachlaßgericht ernennt den Testamentsvollstrecker durch Beschuß. Die Entscheidung trifft der Richter (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 RpflG).

Die Wirkungen der Testamentsvollstreckung treten ein mit dem Erbfall. Das Amt, aus dem der Testamentsvollstrecker seine konkreten Befugnisse herleitet, beginnt hingegen gemäß § 2202 Abs. 1 BGB erst mit dem Zeitpunkt, in dem der Ernannte das Amt annimmt. Vor der Annahme des Amtes hat der Testamentsvollstrecker keine Verwaltungsbefugnisse. Der Erbe ist aber bereits von Anfang an von der Verwaltung ausgeschlossen. Zwischen dem Erbfall und der Amtsnahme durch den Testamentsvollstrecker kann einige Zeit liegen. Verzögerungen können sich zum Beispiel daraus ergeben, daß die Wirksamkeit der Anordnung zweifelhaft ist. Auch die Ernennung durch das Nachlaßgericht oder einen bestimmungsberechtigten Dritten nimmt erfahrungsgemäß einige Zeit in Anspruch<sup>10</sup>. Während dieser Zeit kann niemand für den Nachlaß handeln, wenn nicht der Erblasser Vorsorge getroffen hat durch die Erteilung einer postmortalen Vollmacht und diese von den Erben nicht widerrufen worden ist. In dieser Phase einer Testamentsvollstreckung ohne Testamentsvollstrecker<sup>11</sup> kann sich das dringende Bedürfnis

1 Lange, JuS 1970, 101.

2 BGHZ 48, 214, 219; BGH NJW 1983, 2247; MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), 3. Aufl. 1997, § 2211, Rn. 2).

3 RGZ und BGH in st. Rspr.: RGZ 56, 327, 330; 132, 138; BGHZ 13, 203, 205/206 = DNotZ 1954, 399, 400; 25, 275, 279; OLG Köln MittRhNotK 1981, 139, 140; Staudinger/Reimann, BGB (1996), Vorber. 14 zu §§ 2197 ff.; MünchKomm/Brandner, BGB, Band 9, 3. Aufl. 1997, Vor § 2197, Rn. 5; Palandt/Edenhofer, BGB, 59. Aufl. 2000, Einf. v. § 2197 Rn. 2; zu den einzelnen Theorien vgl. Sorgel/Damrau, BGB, Band 9, 12. Aufl. 1992, Vor § 2197, Rn. 2–14.

4 RGZ 80, 416, 418 (entsprechende Anwendung von § 177 BGB auf den vermeintlichen Testamentsvollstrecker); BGHZ 51, 209, 214 f. (entsprechende

Anwendung des § 181 BGB bei In-Sich-Geschäften des Testamentsvollstreckers).

5 MünchKomm/Schramm, BGB, Band 1, 3. Aufl. 1993, § 172, Rn. 18 m.w.N.

6 Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), Einf. v. § 2197, Rn. 2; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), Vorber. 15 zu §§ 2197 ff.

7 Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2197, Rn. 2.

8 OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 123.

9 Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2198, Rn. 7, 13.

10 Zu den möglichen Verzögerungen: Damrau, ZEV 1996, 81f.

11 Haegeler/Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 15. Aufl. 1999, Rn. 111a.

nis für eine Notgeschäftsführung bezüglich des Nachlasses ergeben. Einigkeit besteht darin, daß dieses Problem über die Bestellung eines Pflegers zu lösen ist. Streitig ist, ob in einem solchen Fall eine Pflegschaft für den unbekannten Testamentsvollstrecker analog § 1913 BGB vom Vormundschaftsgericht anzurufen<sup>12</sup> oder ein Nachlaßpfleger analog § 1960 BGB durch das Nachlaßgericht zu ernennen ist<sup>13</sup>.

### c) Rechtsgeschäfte vor Amtsbeginn

Eine andere Frage ist, ob Rechtsgeschäfte, die der Testamentsvollstrecker vor Amtsbeginn selbst vorgenommen hat, mit Beginn des Amtes ohne weitere Erklärung wirksam werden. Die Erben können solchen Geschäften auch durch ihre Zustimmung nicht zur Wirksamkeit verhelfen, weil diese weder verfügbungs- noch verpflichtungsbefugt sind. Es ist heute ganz herrschende Meinung, daß der Testamentsvollstrecker nach Amtsbeginn bereits zuvor von ihm vorgenommene schuldrechtliche Rechtsgeschäfte wirksam analog §§ 177, 184 BGB genehmigen kann<sup>14</sup>. Für vorzeitige Verfügungsgeschäfte wird vertreten, daß diese mit Amtsbeginn des Testamentsvollstreckers ohne weiteres – ex nunc – wirksam werden gemäß § 185 Abs. 2 S. 1 Fall 2 BGB<sup>15</sup>. Nach anderer Ansicht ist auch hier eine Genehmigung erforderlich entsprechend § 185 Abs. 2 S. 1 Fall 1 BGB, die dann auf den Zeitpunkt der Vornahme der Verfügung zurückwirkt, § 184 BGB<sup>16</sup>. Der Testamentsvollstrecker sollte daher alle von ihm vor Amtsbeginn etwa vorgenommenen Rechtsgeschäfte vorsorglich genehmigen. Die Genehmigung ist formfrei möglich, im Grundbuchverkehr dem Grundbuchamt jedoch in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Vorzeitige einseitige Rechtsgeschäfte des Testamentsvollstreckers sind gemäß § 180 S. 1 BGB grundsätzlich nichtig und müssen deshalb nach Amtsbeginn bestätigt werden (§ 141 BGB).

### d) Beendigung des Amtes

Zu unterscheiden ist zwischen der Beendigung des Amtes des jeweiligen Testamentsvollstreckers und der Beendigung der Testamentsvollstreckung insgesamt. Die Beendigung der Testamentsvollstreckung hat zwingend auch die Beendigung des Amtes zur Folge. Umgekehrt gilt dies nur dann, wenn der Erblasser keinen Ersatztestamentsvollstrecker ernannt hat.

Mit der Erledigung aller dem Testamentsvollstrecker zugewiesenen Aufgaben endet die Testamentsvollstreckung und damit auch das Amt von selbst<sup>17</sup>. Ein gesonderter Beendigungsakt (Entlassung aus dem Amt, Amtsniederlegung oder eine Aufhebung der Testamentsvollstreckung durch das Nachlaßgericht) ist dazu nicht erforderlich. Auch nicht die Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses durch das Nachlaßgericht. Eine formelle Einziehung entsprechend § 2361 Abs. 1 BGB scheidet ohnehin aus, da das Zeugnis mit Erlöschen des Amtes von selbst kraftlos wird, § 2368 Abs. 3 HS 2 BGB. Das Nachlaßgericht hat das kraftlos gewordene Zeugnis lediglich aus dem Verkehr zu ziehen, um eine mißbräuchliche Verwendung zu verhüten. Als weitere Beendigungsgründe kommen in Betracht:

- Ablauf der vom Gesetz (§ 2210 BGB) oder vom Erblasser bestimmten Frist,
- Eintritt der vom Erblasser angeordneten auflösenden Bedingung,
- Wegfall des Testamentsvollstreckers, wenn der Erblasser keine Ersatztestamentsvollstreckung angeordnet hat und sich dies auch nicht im Wege der ergänzenden Auslegung der letztwilligen Verfügung ergibt<sup>18</sup>.

Das Amt des Testamentsvollstreckers endet in folgenden Fällen:

- Mit dem Tod des Testamentsvollstreckers gemäß § 2225 Fall 1 BGB; ist der Testamentsvollstrecker eine juristische Person so endet das Amt mit dem Verlust deren eigener Rechtsfähigkeit.
- Durch den nachträglichen Eintritt der Geschäftsunfähigkeit, der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Testamentsvollstreckers oder durch die Bestellung eines Betreuers zur Bevormundung seiner Vermögensangelegenheiten (§ 2225 Fall 2 BGB in Verbindung mit §§ 2201, 1896 BGB). Ausreichend ist bereits, daß durch die einstweilige Anordnung gemäß § 69 f. FGG ein vorläufiger Betreuer für diesen Wirkungskreis bestellt wird<sup>19</sup>.
- Mit Zugang der Kündigungserklärung des Testamentsvollstreckers beim Nachlaßgericht gemäß § 2226 BGB. Eine solche Kündigung ist grundsätzlich jederzeit möglich<sup>20</sup>.
- Durch Zustellung des Entlassungsbeschlusses des Nachlaßgerichts an den Testamentsvollstrecker (§§ 2227 BGB, 16 Abs. 1 FGG). Eine Beschwerde gegen die Entlassungsverfügung hat keine aufschiebende Wirkung.

## 2. Rechtsstellung im Verhältnis zu den Erben

Zwischen Erben und Testamentsvollstrecker besteht ein gesetzliches Schuldverhältnis, auf das einige Vorschriften des Auftragsrechts entsprechend anzuwenden sind (§ 2218 Abs. 1 BGB). Der Testamentsvollstrecker hat danach Anspruch auf Ersatz seiner notwendigen Aufwendungen (§§ 2218 Abs. 1, 670 BGB). Darüber hinaus kann er eine angemessene Vergütung verlangen (§ 2221 BGB). Auf einen wesentlichen Unterschied zum Auftragsrecht wurde bereits hingewiesen: Der Testamentsvollstrecker leitet seine Rechtsposition nicht vom Erben ab, sondern unmittelbar vom Erblasser. Er ist Vollstrecker des Erblasserwillens und steht als solcher selbstständig und weisungsunabhängig neben den Erben. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung Mitwirkungsrechte der Erben begründet hat.

## 3. Rechtsstellung im Verhältnis zum Nachlaßgericht und zum Vormundschaftsgericht

Der Grundsatz der Unabhängigkeit des Testamentsvollstreckers gilt auch im Verhältnis zum Nachlaßgericht und zum Vormundschaftsgericht. Eine nachlaßgerichtliche Aufsicht über den Testamentsvollstrecker sieht das Gesetz nicht vor, im Gegensatz zur gerichtlichen Aufsicht über Vormünder, Betreuer, Pfleger (§§ 1837, 1908 i, 1915 BGB), Insolvenzverwalter, Zwangsverwalter und Nachlaßpfleger (§§ 58 InsO, 153 ZVG; 1960 Abs. 2, 1962, 1837 BGB). Der Testamentsvollstrecker untersteht selbst dann nicht der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts, wenn der Erbe minderjährig ist<sup>21</sup>. Für die Testamentsvollstreckung über Nachlaßgrundbesitz bedeutet das: Weder für Grundstücksverfügungen oder Verfügungen über Grundstücksrechte noch für die Eingehung eines darauf gerichteten Verpflichtungsgeschäfts oder den Abschluß eines Grundstückskaufvertrages bedarf der Testamentsvollstrecker der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1821 Abs. 1 BGB. Das soll selbst dann gelten, wenn der Testamentsvollstrecker ein solches Rechtsgeschäft aufgrund einer postmortalen Vollmacht des Erblassers als Bevollmächtigter des minderjährigen Erben vornimmt<sup>22</sup>.

12 Damrau, Festschrift für Lange 1992, 797 ff.; ders. ZEV 1996, 81, 83; Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), § 2200, Rn. 5.

13 Bengel/Reimann/Bengel, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 1998, S. 5 Rn. 15; Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 111a.

14 Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2202 Rn. 5; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2202, Rn. 32; MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), § 2202, Rn. 4; Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 109.

15 Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2202, Rn. 32 unter Berufung auf RGZ 111, 250; 149, 19; MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), § 2202, Rn. 4.

16 Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2202, Rn. 5; Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 109.

17 BGHZ 41, 23, 25; BayObLG ZEV 1995, 370/371.

18 BayObLG ZEV 1995, 63, 64/65.

19 BayObLG ZEV 1995, 63, 64.

20 Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2226, Rn. 4.

21 Reimann, FamRZ 1995, 588, 589; Damrau, ZEV 1994, 1, 2 m.w.N.

22 RGZ 106, 185, 186/187; MünchKomm/Schwab, BGB, Band 8, 3. Aufl. 1992, § 1821, Rn. 13; Palandt/Diederichsen, a.a.O. (Fn. 3), § 1812, Rn. 2 a.E., § 1821, Rn. 5.

Überwachungs- und Einflußnahmемöglichkeiten durch das Nachlaßgericht bestehen nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen (§§ 2216 Abs. 2 S. 2, 2224 Abs. 1 und 2227 Abs. 1 BGB). Anders als im Verhältnis zu den Erben kann der Erblasser eine solche Aufsicht auch nicht wirksam anordnen. Die Aufgaben des Nachlaßgerichts werden durch öffentliches Recht festgeschrieben und können durch Private weder eingeengt noch erweitert werden.

#### 4. Rechtsstellung im Verhältnis zum Notar und zum Grundbuchamt

Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers zum Notar und Grundbuchamt ergibt sich aus seiner Position einer Partei kraft Amtes: Der Testamentsvollstrecker handelt für den Nachlaß. Eine Mitwirkung der Erben ist grundsätzlich nicht erforderlich. Das gilt auch für Beurkundungen, an denen der Testamentsvollstrecker als Beteiligter im Sinne von § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BeurkG mitwirkt<sup>23</sup>. Auch wenn nach dem Wortlaut des § 19 GBO auf die Bewilligung desjenigen abgestellt wird, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, ist im Grundbuchverfahren die Bewilligung ausschließlich vom verfügberechtigten Testamentsvollstrecker abzugeben<sup>24</sup>.

### II. Aufgaben des Testamentsvollstreckers

Inhalt und Umfang der Testamentsvollstreckung und insbesondere die Aufgaben und Befugnisse des Testamentsvollstreckers richten sich in erster Linie nach den Anordnungen des Erblassers und ergänzend nach den gesetzlichen Vorschriften, insbesondere den §§ 2197 ff. BGB.

#### 1. Gesetzlicher Aufgabenkreis (Abwicklungsvollstreckung)

Der vom Gesetz angenommene Regelfall ist die sogenannte Abwicklungsvollstreckung oder Auseinandersetzungsvollstreckung. Hat der Erblasser die Testamentsvollstreckung lediglich angeordnet, ohne die Aufgaben und Befugnisse des Testamentsvollstreckers näher zu bestimmen, gilt folgendes: Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist es, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszuführen (§ 2203 BGB). Dabei hat er den Nachlaß entsprechend dem Willen des Erblassers abzuwickeln, Nachlaßverbindlichkeiten zu erfüllen und Vermächtnisse und Auflagen auszuführen. Den danach verbleibenden Rest hat der Testamentsvollstrecker den Erben auszuhändigen und dabei unter Miterben die Auseinandersetzung durchzuführen (§ 2204 BGB).

#### 2. Gewillkürter Aufgabenkreis

Davon abweichend kann der Erblasser die gesetzlichen Befugnisse und Aufgaben des Testamentsvollstreckers sowohl einschränken als auch erweitern. § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB bestimmt dazu, daß die in §§ 2203 bis 2206 BGB genannten Rechte dem Testamentsvollstrecker nur vorbehaltlich eines anderslautenden Willen des Erblassers zustehen.

#### a) Beschränkter Aufgabenkreis

§§ 2203 ff. BGB gehen vom Leitbild des Gesamtvolstreckers aus, der für den gesamten Nachlaß entsprechend dem gesetzlichen Aufgabenkreis eingesetzt ist. Beschränkungen des Wirkungskreises des Testamentsvollstreckers kann der Erblasser in nahezu jeder Hinsicht, irrtümlich, gegenständlich und zeitlich anordnen. Möglich ist insbesondere die Beschränkung auf einzelne Nachlaßgegenstände, zum Beispiel auf ein bestimmtes Nachlaßgrundstück<sup>25</sup>, auf die Erfüllung einer bestimmten Auflage oder eines Vermächtnisses oder auf den Erbteil eines von mehreren Erben. In dem letztgenannten Fall ergeben sich die rechtlichen Grenzen des Testamentsvollstreckers aus den Vor-

schriften über die Erbengemeinschaft, §§ 2033 ff. BGB<sup>26</sup>. Die Testamentsvollstreckung über einen bloßen Erbteil ist im Grundbuch beim Gesamthandseigentum der Erben zu vermerken<sup>27</sup>. Nach der Auseinandersetzung erstreckt sich das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers dann auf die dem Miterben zugewiesenen Gegenstände. Ist dies ein Grundstück, wäre nunmehr der Testamentsvollstreckervermerk als Verfügungsbeschränkung in Abteilung II des Grundbuchs einzutragen.

#### b) Erweiterter Aufgabenkreis

Bestimmte Erweiterungen des Aufgabenkreises sind gesetzlich vorgesehen, wie die Erweiterung der Verpflichtungsbefugnis (§ 2207 BGB) und die Anordnung einer Verwaltungs- oder Dauervollstreckung (§ 2209 BGB). Die Grenze möglicher Aufgabenerweiterungen zieht § 2220 BGB. Danach kann der Erblasser den Testamentsvollstrecker von bestimmten Mindestpflichten und Beschränkungen nicht befreien, insbesondere nicht von der Rechnungslegungs- und Inventarisierungspflicht, von der Verpflichtung zur – objektiv – ordnungsgemäßen Nachlaßverwaltung und der Verschuldenshaftung gegenüber Erben und Vermächtnisnehmern. Insbesondere kann der Erblasser den Testamentsvollstrecker nicht von dem Verbot befreien, über Nachlaßgegenstände unentgeltlich zu verfügen (§ 2205 S. 3 BGB) und darauf gerichtete Verpflichtungen einzugehen (§ 2207 S. 2 BGB).

#### c) Besondere Arten der Testamentsvollstreckung

Von der Abwicklungsvollstreckung als dem gesetzlichen Regelfall der Testamentsvollstreckung werden üblicherweise folgende Arten der Testamentsvollstreckung unterschieden:

Der Erblasser kann den Wirkungskreis des Testamentsvollstreckers dahin erweitern, daß er ihm auch für die Zeit nach Erledigung seiner sonstigen Aufgaben die Verwaltung des Nachlasses überträgt (sog. **Dauer-Testamentsvollstreckung**), § 2209 S. 1 HS 2 BGB. In diesem Fall endet die Testamentsvollstreckung nach erfolgter Auseinandersetzung nicht durch Aufgabenerledigung, sondern setzt sich als Verwaltungsvollstreckung fort. Diese dauert an bis zum Ablauf der vom Erblasser angeordneten oder der gesetzlichen Befristung. Abwicklungs- und Verwaltungsvollstreckung werden so zeitlich hintereinander geschaltet.

Die Aufgaben des Testamentsvollstreckers können ausschließlich auf die Verwaltung des Nachlasses ohne dessen Auseinandersetzung begrenzt sein (sog. **reine Verwaltungs-Testamentsvollstreckung**), § 2209 S. 1 HS 1 BGB). Beispiel: Entbung eines Abkömlings in guter Absicht, §§ 2338 Abs. 1, 2214 BGB, § 863 ZPO).

Die Testamentsvollstreckung beschränkt sich nicht auf den Kreis der Erben. Auch ein Vermächtnisnehmer kann durch eine Testamentsvollstreckung beschwert werden (**Vermächtnis-Testamentsvollstreckung**). Das ergibt sich aus § 2223 BGB, wonach ein Testamentsvollstrecker auch (nur) zu dem Zweck ernannt werden kann, für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen zu sorgen. Solche Beschwerungen können Untervermächtnisse (§§ 2147, 2186 BGB), Nachvermächtnisse (§ 2191 BGB) oder Auflagen (§ 2192 BGB) sein. Darüber hinaus kann die Testamentsvollstreckung auch allgemein für die Verwaltung eines Vermächtnisgegenstandes angeordnet werden. Schließlich ist es möglich, die beiden Fälle zu kombinieren, indem der Testamentsvollstrecker zunächst die Beschwerungen des Vermächtnisnehmers zu erfüllen und anschließend den Vermächtnisgegenstand zu verwalten hat<sup>28</sup>.

Beides sind Fälle der Vermächtnis-Testamentsvollstreckung. Davon zu unterscheiden ist die Ausführung von Vermächtnis-

23 Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2203, Rn. 31 f.

24 Demharter, Grundbuchordnung, 23. Aufl. 2000, § 19, Rn. 56.

25 BayObLG Rpfleger 1982, 226.

26 BGH NJW 1997, 1362, 1363.

27 Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2208, Rn. 5.

28 BGHZ 13, 203, 206 = DNotZ 1954, 399, 401; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2223, Rn. 8; Lindemann, DNotZ 1951, 215; Kraß, BWNotZ 1986, 12).

sen zur Auseinandersetzung des Nachlasses und Ausführung des Erblasserwillens als gewöhnliche Aufgabe des Testamentsvollstreckers im Rahmen der Auseinandersetzungsvollstreckung. Während im letzteren Fall die Erben beschränkt sind, bewirkt die Ernennung eines Vermächtnisvollstreckers eine Beschränkung des Vermächtnisnehmers. Die §§ 2197 BGB gelten grundsätzlich entsprechend. Das gilt auch für § 2206 BGB, wobei der Vermächtnisvollstrecker Verbindlichkeiten nur mit Wirkung für den vermachten Gegenstand eingehen kann<sup>29</sup>.

Bei der **Nacherben-Testamentsvollstreckung** nach § 2222 BGB beschränkt sich die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers darauf, die Rechte des oder der Nacherben für die Dauer der Vorerbschaft auszuüben und deren Pflichten zu erfüllen. Sie ist eine Sonderform der Testamentsvollstreckung, bei der sich die Aufgaben und Befugnisse des Testamentsvollstreckers aus dem Recht der Nacherfolge ergeben und nicht aus den §§ 2203 ff. BGB. Der Nacherbenvollstrecker hat nicht die üblichen Befugnisse eines Testamentsvollstreckers, insbesondere kein allgemeines Verwaltungs- und Verfügungsrecht<sup>30</sup>. Die Nacherbentestamentsvollstreckung bietet sich zum Beispiel an, wenn der Nacherbe unter der elterlichen Gewalt des Vorerben steht oder erst durch ein künftiges Ereignis bestimmt werden und die Bestellung eines Pflegers für den minderjährigen oder den unbekannten Nacherben nach Möglichkeit vermieden werden soll<sup>31</sup>.

Die Nacherbenvollstreckung beschränkt den Nacherben. Dieser kann für die Dauer der Vorerbschaft seine Kontroll-, Sicherungs- und Mitwirkungsrechte nicht selbst ausüben, insbesondere seine Zustimmung zu einer Verfügung des Vorerben nicht erteilen oder verweigern (§§ 2113 ff. BGB). Die Anordnung der Nacherbenvollstreckung ist daher bei der Eintragung des Nacherbenvermerks (§ 51 GBO) im Grundbuch mit einzutragen. Auf die Eintragung kann der Nacherbenvollstrecker – im Gegensatz zum Testamentsvollstrecker bei der „normalen“ Testamentsvollstreckung – verzichten. Ersatznacherben müssen dabei allerdings mitwirken<sup>32</sup>.

Von der Nacherbenvollstreckung zu unterscheiden sind die sonstigen Fälle, in denen Vor- und Nacherfolge mit der Testamentsvollstreckung zusammentreffen. Folgende Anordnungen des Erblassers sind möglich:

- Anordnung der Testamentsvollstreckung nur für den Vorerben für die Dauer der Vorerbschaft
- Anordnung der Testamentsvollstreckung nur für den Nacherben ab Eintritt des Nacherbfalles für die Dauer der Nacherbschaft
- Anordnung der Testamentsvollstreckung sowohl für Vor- als auch für den Nacherben jeweils im vorgenannten Sinne. Es liegen dann zwei aufeinanderfolgende Testamentsvollstreckungen vor, für die dieselbe Person bestellt werden kann.

Möglich ist schließlich, daß der Erblasser zusätzlich zu den „normalen“ Testamentsvollstreckungen in den vorgenannten Beispielen zugleich eine Nacherbenvollstreckung im Sinne von § 2222 BGB angeordnet hat.

Fehlt es an einer eindeutigen Bestimmung des Aufgabenkreises durch den Erblasser, so ist dieser durch Auslegung zu ermitteln. Die Rechtsprechung hat folgende Vermutungen aufgestellt: Grundsätzlich liegt in der Anordnung einer Testamentsvollstreckung nicht auch die Anordnung einer Nacherbenvoll-

streckung im Sinne des § 2222 BGB. Im Zweifel ist daher anzunehmen, daß dem allgemein ernannten Testamentsvollstrecker nicht auch die Befugnisse eines Nacherbenvollstreckers zustehen sollen<sup>33</sup>.

#### IV. Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis in bezug auf Grundstücke und Grundstücksrechte

##### 1. Verfügungsgeschäfte

Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers umfaßt auch und insbesondere die Befugnis, über Nachlaßgegenstände zu verfügen (§ 2205 S. 2 BGB). Was Verfügung im Sinne von § 2205 BGB ist, bestimmt sich nicht nach der wirtschaftlichen Betrachtung, sondern nach rein rechtlichen Kriterien. Es gilt hier wie auch sonst im Zivilrecht folgende Definition: Eine Verfügung ist jedes einseitige oder vertragliche Rechtsgeschäft, durch das ein Recht unmittelbar übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird<sup>34</sup>. Anders als die Verpflichtungsbefugnis ist die Verfügungsbefugnis nicht auf solche Rechtsgeschäfte beschränkt, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind. Widerspricht also eine Verfügung den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung und handelt der Testamentsvollstrecker im übrigen im Rahmen seiner Verfügungsmacht, so ist sie gleichwohl wirksam. Die Erben sind auf Schadensersatzansprüche gegen den Testamentsvollstrecker verwiesen und können – unter den Voraussetzungen des § 2227 Abs. 1 BGB – einen Entlassungsantrag beim Nachlaßgericht stellen. Insoweit entspricht die Rechtslage der Situation, in der der Vertreter zwar im Rahmen seines rechtlichen Könnens handelt, dabei aber die Grenzen seines rechtlichen Dürfens überschreitet.

Das rechtliche Können des Testamentsvollstreckers findet seine Grenze im Verbot von unentgeltlichen Verfügungen (§ 2205 S. 3 BGB), In-Sich-Geschäften (§ 181 BGB) und aus einschränkenden letztwilligen Anordnungen des Erblassers (§ 2208 BGB). Innerhalb dieses Rahmens ist die Verfügungsbefugnis sowohl gegenständlich als auch inhaltlich (kausal) unbeschränkt. Die Verfügungsbefugnis erstreckt sich regelmäßig auf alle verwaltungsfähigen Nachlaßgegenstände, bewegliche wie unbewegliche. Was der Testamentsvollstrecker aus Nachlaßmitteln erwirbt, fällt in den Nachlaß und unterliegt seiner Verwaltung (dingliche Surrogation). Zwar ist das Surrogationsprinzip in den Vorschriften über die Testamentsvollstreckung – im Gegensatz zur Miterbengemeinschaft und zur Vorerbschaft – nicht ausdrücklich erwähnt. Doch ist allgemeine Meinung, daß §§ 2041, 2111 BGB entsprechend anzuwenden sind<sup>35</sup>. Erwirbt der Testamentsvollstrecker also aus Nachlaßmitteln Grundbesitz, so wird der Erbe Eigentümer. Gemäß § 52 GBO ist ein Testamentsvollstreckervermerk von Amts wegen einzutragen. An der entgeltlichen Verfügung über Grundstücke oder Grundstücksrechte kann der Testamentsvollstrecker nur durch Anordnung des Erblassers, aber nicht durch die Erben gehindert werden. Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers unterliegt auch keinen familienrechtlichen Schranken. Es verdrängt das Verwaltungsrecht des gesetzlichen Vertreters minderjähriger oder sonst beschränkt geschäftsfähiger Erben<sup>36</sup>.

Gemäß § 2208 BGB kann der Erblasser das Verwaltungsrecht und damit auch die Verfügungsbefugnis auf einen Teil des Nachlasses und auch auf einzelne oder einen einzigen Nachlaßgegenstand begrenzen, z.B. auf ein Grundstück. In der Anordnung einer Verwaltungsvollstreckung ist grundsätzlich nicht der Entzug der Verfügungsbefugnis zu sehen. Auch dem Verwaltungsvollstrecker gemäß § 2209 BGB stehen – mangels an-

29 Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2223 Rn. 8. Zur Zulässigkeit eines Nachvermächtnis-Testamentsvollstreckers: Dieterich, NJW 1971, 2017; Staudinger/Reimann, § 2223, Rn. 10.

30 Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2222, Rn. 11.

31 Vgl. Bengel/Reimann/Mayer, a.a.O. (Fn. 13), S. 237 Rn. 284.

32 BayObLG DNotZ 1990, 56; OLG Köln NJW 1955, 633; Haegele, Rpfleger 1971, 121, 129; Kuntze/Ertl/Hermann/Eickmann, Grundbuchrecht, 5. Aufl. 1999, § 51, Rn. 17 m.w.N.

33 BayObLG FamRZ 1995, 124; LG Oldenburg, Rpfleger 1981, 197.

34 BGHZ 1, 294, 304; 75, 221, 226; 101, 24, 26; MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 52.

35 BayObLG DNotZ 1993, 399, 401; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 10; MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 4; Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 290.

36 Dazu bereits oben, A. II. 3.; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 10; Paland/Diederichsen, a.a.O. (Fn. 3), § 1638, Rn. 3; Damrau, ZEV 1994, 1ff.

derslautender letztwilliger Anordnung des Testamentsvollstreckers – die gesamten in § 2205 BGB genannten Befugnisse zu<sup>37</sup>.

## 2. Verpflichtungsgeschäfte

Nach § 2206 Abs. 1 BGB ist der Testamentsvollstrecke grundsätzlich berechtigt, Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen. Die so begründeten Verbindlichkeiten sind Nachlaßverbindlichkeiten im Sinne des § 1967 BGB. Der Erbe haftet also zunächst persönlich mit seinem gesamten Vermögen, aber mit der Möglichkeit der Beschränkung seiner Haftung<sup>38</sup>. Nachlaßverbindlichkeiten, also Eigenschulden der Erben, kann der Testamentsvollstrecke nur aufgrund besonderer Bevollmächtigung durch die Erben unmittelbar begründen. Er handelt dann allerdings nicht als Testamentsvollstrecke, sondern als Bevollmächtigter für die Erben.

Im Gegensatz zur Verfügungsbefugnis ist die Verpflichtungsbefugnis von Gesetzes wegen beschränkt. § 2206 Abs. 1 BGB unterscheidet zwischen (1) Verpflichtungsgeschäften zur Verfügung über einen Nachlaßgegenstand und (2) sonstigen Verpflichtungsgeschäften. Sonstige Verpflichtungsgeschäfte kann der Testamentsvollstrecke nur eingehen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich ist (S. 1), die Verpflichtung zu einer Verfügung über einen Nachlaßgegenstand dagegen auch dann, wenn er zu einer Verfügung berechtigt ist (S. 2). Die Verpflichtungsbefugnis in bezug auf Verfügungen geht damit über die allgemeine Verpflichtungsbefugnis hinaus. Soweit der Testamentsvollstrecke wirksam über Nachlaßgegenstände verfügen kann, ist er also auch berechtigt, den Nachlaß zu einer solchen Verfügung zu verpflichten. Insoweit decken sich Verpflichtungs- und die Verfügungsbefugnis. Fraglich ist, ob der Gleichlauf auch in umgekehrter Richtung besteht, der Testamentsvollstrecke den Nachlaß also nur insoweit verpflichten kann, als er zu einer entsprechenden Verfügung berechtigt ist.

Über das Verhältnis zwischen der Verpflichtungsermächtigung nach S. 1 und S. 2 von § 2206 Abs. 1 BGB besteht in der Literatur Unklarheit. Trotz des eindeutigen Wortlauts des S. 2 („kann der Testamentsvollstrecke für den Nachlaß auch dann eingehen, wenn er zu der Verfügung berechtigt ist“) wird in der Literatur – soweit diese Frage überhaupt erörtert wird – überwiegend davon ausgegangen, daß die Verpflichtungsbefugnis zu Verfügungen stets eine entsprechende Verfügungsbefugnis voraussetzt<sup>39</sup>. Die Verpflichtungsermächtigung in bezug auf Verfügungen und die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers sind aber nicht notwendig deckungsgleich. Zwar wird man regelmäßig davon ausgehen können, daß unentgeltliche Verfügungen nicht den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen<sup>40</sup>, denn der Testamentsvollstrecke ist gehalten, Nachlaßgegenstände zu einem möglichst guten Preis und nicht unter Wert zu verkaufen. Zwingend ist dies jedoch nicht. So sind Situationen denkbar, in denen ein Testamentsvollstrecke ein Nachlaßgrundstück wissentlich unter Wert verkauft und dies unter den konkreten Umständen ausnahmsweise zu einer ordnungsgemäßen Nachlaßverwaltung erforderlich ist<sup>41</sup>. Etwa deshalb, weil das nur schwer veräußerbare Grundstück Kosten verursacht, die der Nachlaß nicht aufbringen kann oder weil der Testamentsvollstrecke dringend Geld zur Erfüllung von Nachlaßverbindlichkeiten benötigt und dieses nur durch den raschen Verkauf von Nachlaßgrundbesitz beschaffen kann. Das Verpflichtungsgeschäft ist in solchen Fällen gemäß § 2206 Abs. 1 S. 1 BGB wirksam, das Verfügungsgeschäft hingegen gemäß

§ 2205 S. 3 schwebend unwirksam. Es geht auch nicht an, in solchen Fällen aus der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung auf die Entgeltlichkeit der Verfügung schließen zu wollen<sup>42</sup>. Dieser Sachverhalt ist über § 2206 Abs. 2 BGB durch die Einwilligungspflicht der Erben zu lösen<sup>43</sup>. Mit Einwilligung der Erben werden auch unentgeltliche Verfügungen des Testamentsvollstreckers gemäß § 2205 S. 3 BGB wirksam. Soweit im konkreten Fall dazu auch die Zustimmung der Vermächtnisnehmer erforderlich ist, wird man diese in entsprechender Anwendung von § 2206 Abs. 2 BGB für einwilligungsverpflichtet halten müssen.

Probleme können sich allerdings daraus ergeben, daß eine Verbindlichkeit gemäß § 2206 Abs. 1 S. 1 BGB nach unbestritten Meinung in Rechtsprechung und Literatur bereits dann zustande kommt, wenn der Vertragspartner bei Vertragsschluß angenommen hat und ohne Fahrlässigkeit annehmen durfte, daß die Eingehung der Verbindlichkeit zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist<sup>44</sup>, der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis und folglich auch an die auf der Verfügungsbefugnis beruhende Verpflichtungsbefugnis jedoch nicht geschützt wird. In dieser Situation hat der Verkehrsschutz hinter dem Schutz der Erben vor unentgeltlichen Verfügungen zurücktreten. Das folgt aus der Wertung, die den §§ 2206 Abs. 2, 2207 Abs. 2 BGB zugrunde liegt.

Weiter kompliziert wird die Rechtslage dadurch, daß die Verpflichtungsbefugnis nach § 2206 Abs. 1 S. 2 BGB nur die Verpflichtung zur Verfügung, aber keine weiteren Verpflichtungen deckt, die der Testamentsvollstrecke in dem betreffenden Schuldvertrag eingeht<sup>45</sup>. Veräußert der Testamentsvollstrecke beispielsweise ein Nachlaßgrundstück an einen Dritten und schließt mit diesem als künftigem Eigentümer einen Mietvertrag ab, so bemüht sich die Verpflichtungsermächtigung für den Mietvertrag allein nach § 2206 Abs. 1 S. 1 BGB. Das dürfte wohl unstrittig sein. Teilweise wird die Verpflichtungsermächtigung des § 2206 Abs. 1 S. 2 BGB aber noch enger ausgelegt. Danach sollen keine Verpflichtungen mehr darüber gedeckt sein, die über die gesetzliche Haftung bei Verträgen der fraglichen Art hinausgehen; bei einem Kaufvertrag zum Beispiel die Übernahme der Gewähr für die Freiheit eines Nachlaßgrundstücks von öffentlichen Abgaben und anderen öffentlichen Lasten entgegen § 436 BGB<sup>46</sup>. Eine so weitgehende Differenzierung ist abzulehnen. Entscheidend ist, ob es sich um eine entgeltliche oder um eine unentgeltliche Verfügung handelt. Das beurteilt sich nach dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis. Hierbei kann – naturgemäß – nicht nur auf die isolierte Verpflichtung zur Verfügung abgestellt werden. Vielmehr sind die Gesamtumstände des Geschäfts und damit sämtliche Vertragsklauseln im Zusammenhang zu sehen. Ist die Verfügung danach als (vollständig) entgeltliche zu qualifizieren, so ist von der Verpflichtungsbefugnis nach § 2206 Abs. 1 S. 2 BGB folglich auch das gesamte schuldrechtliche Rechtsgeschäft erfaßt.

## 3. Besonderheiten bei Vor- und Nacherbfolge

Besonderheiten ergeben sich bezüglich der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers dann, wenn der Erblasser Vor- und Nacherbfolge angeordnet hat. Unstreitig ist, daß das Verwaltungs- und Verfügungsrecht nicht dem Vorerben oder dem Nacherben zusteht, sondern, bei entsprechender Anordnung der Testamentsvollstreckung, dem Testamentsvollstrecke. Das gilt auch bei befreiter Vorerbschaft<sup>47</sup>. Die Frage lautet, ob und in welchem Umfang die allgemeine Verfügungsbefugnis des

37 BGHZ 56, 275, 279; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 12 m.w.N.

38 MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), § 2206, Rn. 14; Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), § 2206, Rn. 4; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2206, Rn. 17.

39 Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2206, Rn. 12; MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), § 2206, Rn. 5; anders wohl Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), § 2206, Rn. 2.

40 Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 144 Rn. 90.

41 So für unentgeltliche Verfügungen im Rahmen des § 2113 Abs. 2 BGB; MünchKomm/Grunsky, a.a.O. (Fn. 3), § 2113, Rn. 22.

42 Für Verfügungen des befreiten Vorerben im Rahmen des § 2113 Abs. 2; Harder, DNotZ 1994, 822, 833/834, 837.

43 So wohl auch Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), § 2206, Rn. 3.

44 BGH NJW 1983, 40; Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), § 2206, Rn. 2; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2206, Rn. 7; Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 142 Rn. 81; Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 193.

45 MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), § 2206, Rn. 4.

46 Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2206, Rn. 9 unter Hinweis auf Planck/Flad, Anm. 5.

47 BayObLG NJW 1959, 1920, 1921; Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 215.

Testamentsvollstreckers durch die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben gegenüber dem Nacherben eingeschränkt wird. Bei der Beantwortung ist danach zu differenzieren, in welchem Umfang der Erblasser Testamentsvollstreckung angeordnet hat:

#### a) Testamentsvollstreckung nur für den Nacherben ab Eintritt des Nacherbfalles

Keine Besonderheiten ergeben sich bei der Anordnung der Testamentsvollstreckung nur für den Nacherben ab Eintritt des Nacherbfalles. Es handelt sich um eine „normale“ Testamentsvollstreckung. Das Recht des Vorerben ist mit Eintritt des Nacherbfalles erloschen und die Erbschaft fällt dem Nacherben von selbst an (§ 2139 BGB).

#### b) Testamentsvollstreckung nur für den Vorerben

Anders ist dies bei Anordnung der Testamentsvollstreckung nur für den Vorerben. Unbestritten ist, daß der Testamentsvollstrecker, der zugleich Mitvorerbe oder als alleiniger Vorerbe Mittestamentsvollstrecker ist, wie ein Vorerbe in der Verfügungsmacht beschränkt ist<sup>48</sup>. Im übrigen ist die Frage umstritten: Nach einer Auffassung unterliegt der Testamentsvollstrecker nur den nach dem Recht der Testamentsvollstreckung bestehenden Verfügungsbeschränkungen. Die weitergehenden Verfügungsbeschränkungen nach §§ 2113, 2114 BGB sollen nur im Verhältnis zwischen Vor- und Nacherbe gelten und den Testamentsvollstrecker nicht beschränken<sup>49</sup>. Nach dieser Ansicht kann der Testamentsvollstrecker bei nicht befreiter Vorerbschaft über Grundbesitz entgeltlich – wie ein befreiter Vorerbe – wirksam verfügen, ohne daß eine Zustimmung des Nacherben erforderlich wäre. Nach der Gegenmeinung unterliegt der Testamentsvollstrecker auch in dieser Konstellation denselben Beschränkungen wie der Vorerbe. Seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis leite der Testamentsvollstrecker aus der Rechtsposition des Vorerben ab. Solange ihm daneben keine Nacherbenbefugnisse zustehen, könne er gegenüber dem Nacherben nicht mehr Rechte haben als ein Vorerbe ohne Testamentsvollstreckung hätte<sup>50</sup>.

Die Argumentation der letztgenannten Meinung ist nur auf den ersten Blick überzeugend. Ob der Testamentsvollstrecker des Vorerben gegenüber dem Nacherben mehr Rechte haben kann, als der Vorerbe ohne Anordnung der Testamentsvollstreckung hätte, ist nicht die Frage. Selbstverständlich kann er das. Denn der Testamentsvollstrecker leitet seine Befugnisse gerade nicht vom Erben oder Vorerben ab, sondern unmittelbar vom Willen der Erblassers<sup>51</sup>. Es ist Sache des Erblassers, Inhalt und Dauer sowie die Art und Weise der Beschränkungen der von ihm angeordneten Testamentsvollstreckung festzulegen<sup>52</sup>. Die Frage lautet also richtig: „Mit welchem Inhalt hat der Erblasser Testamentsvollstreckung über die Vorerbschaft angeordnet?“. Fehlt eine eindeutige Erblasseranordnung, ist die letztwillige Verfügung insoweit auslegungsbedürftig. Dabei geht es letztlich darum, zu ermitteln, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte<sup>53</sup>. Erst wenn die Frage auch durch ergänzende Testamentsauslegung im Einzelfall nicht zu beantworten ist, wird man auf eine allgemeine Auslegungsregel zurückgreifen können. Diese Regel lautet: Enthält die letztwillige Verfügung des Erblassers keine abweichenden Anordnungen, so stehen dem Testamentsvollstrecker die gesetzlichen Regelbefugnisse zu. In seiner Verfügungsbefugnis ist er nur durch § 2205 S. 3 BGB beschränkt. Beschränkungen des Vorerben gelten für den Testamentsvollstrecker nur, wenn der Erblasser

dies angeordnet hat. Ergibt die Auslegung eine entsprechende Einschränkung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers, so stellt sich die weitere Frage, ob dies im Testamentsvollstreckerzeugnis zu vermerken ist. Für die Aufnahme spricht, daß es sich um eine Beschränkung der Verwaltungsbefugnis handelt, die sich nicht aus den §§ 2203 ff. BGB ergibt und die somit eine Abweichung vom gesetzlichen Regelfall darstellt.

Im Hinblick auf die bestehenden Unsicherheiten kann der Praxis nur empfohlen werden, die Zustimmung des oder der Nacherben – auch bedingten oder weiteren Nacherben – bei Grundstücksverfügungen in grundbuchtauglicher Form – vorsorglich einzuholen. Die Zustimmung der Ersatznacherben ist nicht erforderlich<sup>54</sup>.

#### c) Testamentsvollstrecker für den Vor- und Nacherben

Einhelligkeit herrscht wiederum, wenn der Testamentsvollstrecker sowohl für den Vor- als auch für den Nacherben eingesetzt ist. In diesem Fall unterliegt er unstreitig nicht den Beschränkungen des Vorerben gegenüber dem Nacherben, unabhängig davon, ob der Vorerbe gemäß § 2136 BGB befreit ist oder nicht<sup>55</sup>. Erst recht muß dies gelten, wenn der Testamentsvollstrecker zugleich Nacherbenvollstrecker (§ 2222 BGB) ist. Der Testamentsvollstrecker kann in diesen Fällen somit über Nachlaßgrundbesitz und Grundstücksrechte wirksam entgeltlich verfügen, ohne daß es dazu einer Zustimmung des Nacherben bedarf. Veräußert der Testamentsvollstrecker ein Nachlaßgrundstück, so scheidet dies mit der Eintragung des neuen Eigentümers aus dem Nachlaß und damit aus der „Nacherbenbefangenheit“ aus. Das Grundbuch wird in bezug auf den Nacherbenvermerk unrichtig, so daß dieser im Wege der Grundbuchberichtigung zu löschen ist. Eine Bewilligung des Nacherben ist deshalb nicht erforderlich<sup>56</sup>.

Sind für den Vorerben und den Nacherben verschiedene Personen zum Testamentsvollstrecker ernannt, so ist der verfügende Testamentsvollstrecker wiederum nur TV des Vorerben. Ist für den Nacherben lediglich „normale“ Testamentsvollstreckung angeordnet, also beginnend mit Eintritt des Nacherbfalles, so unterscheidet sich die Situation nicht von der derjenigen der Anordnung der TV nur für den Vorerben. Ist daneben auch Nacherbenvollstreckung angeordnet und sind Nacherbenvollstrecker und Testamentsvollstrecker des Vorerben verschiedene Personen gilt nichts anderes. Die Zustimmungserklärung ist hier allerdings vom Nacherbenvollstrecker und nicht vom Nacherben abzugeben.

#### 4. Besonderheiten bei sonstigen Anordnungen des Erblassers

Der Erblasser kann die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers mit dinglicher Wirkung einschränken und zwar auch insoweit, als der oder die betreffenden Nachlaßgegenstände seiner Verwaltung unterstehen. Fraglich kann sein, ob in der Erblasseranordnung eine nur schuldrechtlich wirkende Verwaltungsanordnung im Sinne von § 2216 Abs. 2 S. 1 BGB oder eine dinglich wirkende Anordnung im Sinne von § 2208 BGB zu sehen ist. Entscheidend ist, was der Erblasser gewollt hat. Ist der Testamentsvollstrecker durch Anordnungen des Erblassers gehalten, über Nachlaßgegenstände in bestimmter Weise zu verfügen, dann ist seine Befugnis zu Verfügungen, die dazu in Widerspruch stehen in der Regel auch dinglich ausgeschlossen<sup>57</sup>. Praktisch wird die Problematik der Auslegung des Erblasserwillens verlagert in das Verfahren über die Erteilung des

48 BGHZ 40, 115, 119 = DNotZ 1964, 623, 625; MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 55 m.w.N.

49 KGG 13, 252; OLG Neustadt NJW 1956, 1881; OLG Stuttgart BWNotZ 1980, 92; Haegeli/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 215; Bengel/Reimann/Mayer, a.a.O. (Fn. 13), S. 236 Rn. 281; Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 58; Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 28, § 2213, Rn. 9, van de Loo, MittRhNotK 1989, 233, 245/246.

50 Ermann/M. Schmidt, BGB, Band 2, 9. Aufl. 1993, § 2205 Rn. 17; MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), § 2205 Rn. 55; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 156 unter ausdrücklicher Aufgabe der Gegenmeinung in der Voraufage; Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 162 Rn. 198

m.w.N. Friederich, Rechtsgeschäfte zwischen Vorerben und Nacherben, 1999, S. 47 in Fn. 244; Kessel, MittRhNotK 1991, 137, 143.

51 Ganz herrschende Meinung, siehe nur BGHZ 25, 275, 279/280.

52 BayObLG ZEV 1995, 63, 65.

53 BGH NJW 1993, 256, std. Rspr.

54 Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 162 Rn. 199.

55 BGHZ 40, 115, 119 = DNotZ 1964, 623, 625; BayObLG MittBayNot 1991, 122; 1983, 229, 230; LG Köln, MittRhNotK 1981, 140, 141; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, a.a.O. (Fn. 32), § 52, Rn. 11 m.w.N.

56 Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 161 Rn. 194.

57 BGH NJW 1984, 2464, 2465.

Testamentsvollstreckeरzeugnisses. Gemäß § 2368 Abs. 1 S. 2 BGB sind die dinglich wirkenden Beschränkungen des § 2208 BGB im Zeugnis anzugeben. Daran knüpft § 2368 Abs. 3 BGB i.V.m. § 2365 BGB eine negative Vermutungswirkung dahin, daß andere als die im Testamentsvollstreckeरzeugnis angegebenen Beschränkungen nicht bestehen. Diese Vermutungswirkung gilt auch gegenüber dem Grundbuchamt<sup>58</sup>.

## 5. Entgeltliche und unentgeltliche Verfügungen

Eine absolute Beschränkung findet die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers in § 2205 S. 3 BGB. Danach ist der Testamentsvollstreckeर zu unentgeltlichen Verfügungen nur befugt, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Diese Beschränkung wirkt dinglich. Verfügungen des Testamentsvollstreckers, die gegen § 2205 S. 3 BGB verstößen, sind unwirksam<sup>59</sup>. Es handelt sich nach heute ganz herrschender Meinung um eine schwedende Unwirksamkeit, da die Erben (und gegebenenfalls die Vermächtnisnehmer) die Möglichkeit haben, die unentgeltliche Verfügung zu genehmigen.

Für die Testamentsvollstreckung im Grundbuchverkehr bedeutet das: Verfügt der Testamentsvollstreckeर unentgeltlich über Grundbesitz, so verbleibt das Eigentum trotz Auflassung und Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch bei den Erben. Eine vom Testamentsvollstrecker getroffene Verfügung ist auch dann in vollem Umfang unwirksam, wenn sie nur zu einem Teil unentgeltlich war. Die Erben haben den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB sowie den Anspruch auf Einwilligung in die Grundbuchberichtigung; der Erwerber erwirbt lediglich eine Buchposition. Auch wenn der Erwerber in dem guten Glauben war, ein voll entgeltliches Geschäft mit dem Testamentsvollstreckeर zu tätigen, ändert dies nichts. Den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers schützt das BGB nicht<sup>60</sup>.

Der Begriff „unentgeltlich“ ist gesetzlich nicht definiert. Nach der Definition des BGH liegt eine unentgeltliche Verfügung dann vor, wenn der Testamentsvollstreckeर „objektiv ohne gleichwertige Gegenleistung ein Opfer aus der Erbmasse erbringt und subjektiv entweder weiß, daß dem Opfer keine gleichwertige Gegenleistung an die Erbmasse gegenübersteht, oder doch bei ordnungsgemäßer Verwaltung der Masse unter Berücksichtigung seiner künftigen Pflicht, die Erbschaft an den Erben herauszugeben, das Fehlen oder die Unzulänglichkeit hätte erkennen müssen“<sup>61</sup>. Unentgeltlich ist eine Verfügung dann dann, wenn das zugrundeliegende Rechtsgeschäft unentgeltlich ist, denn nur danach bestimmt sich, welche Gegenleistung in den Nachlaß fließt. Weiter folgt aus der Definition des BGH, daß unentgeltlich nicht nur die schenkweise Verfügung im Sinne von § 516 BGB ist. Für die objektive Unentgeltlichkeit im Sinne des § 2205 BGB reicht es bereits aus, daß keine vollständig gleichwertige Gegenleistung in den Nachlaß fließt. Maßgebend ist der Zeitpunkt der Vornahme der Verfügung<sup>62</sup>. Eine nach dem Verfügungszeitpunkt eintretende Veränderung ist unbeachtlich. Zur objektiven Unentgeltlichkeit muß als subjektives Merkmal hinzukommen, daß der Testamentsvollstreckeर die Unentgeltlichkeit zumindest hätte erkennen müssen<sup>63</sup>. Auf die Erkennbarkeit aus der Sicht des Vertragspartners kommt es dagegen nicht an. Eine gewisse Objektivierung er-

fährt das Merkmal der Unentgeltlichkeit dadurch, daß nicht auf die persönlichen Fähigkeiten des Testamentsvollstreckers abzustellen ist, sondern darauf, wie dieser unter dem Gesichtspunkt einer ordnungsgemäßen Nachlaßverwaltung die Verfüfung treffen durfte<sup>64</sup>.

Die Gegenleistung muß schließlich in den Nachlaß gelangen (sog. Zuflußprinzip)<sup>65</sup>. Gelangt sie nicht in den Nachlaß, bleibt sie bei der Ermittlung der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung außer Betracht. So z.B. ein Gegenwert, der in das freie Vermögen eines einzelnen Miterben gelangt<sup>66</sup>. Ob die Gegenleistung dort verbleibt oder ob der Testamentsvollstreckeर sie dem Nachlaß wieder entzieht, z.B. veruntreut, ist insoweit unbeachtlich<sup>67</sup>.

Nach heute einhelliger Rechtsprechung und überwiegender Ansicht in der Literatur kann der Testamentsvollstreckeर auch unentgeltliche Verfügungen wirksam treffen, wenn alle Erben (Vor- und Nacherben) sowie alle Vermächtnisnehmer zustimmen, deren Vermächtnisse noch nicht erfüllt oder sonst erledigt sind<sup>68</sup>. Die Zustimmung der Vermächtnisnehmer soll unabhängig davon erforderlich sein, ob sich die unentgeltliche Verfügung auf den Vermächtnisgegenstand bezieht oder nicht. Zur Begründung wird angeführt, daß Vermächtnisnehmer wie die Erben aber anders als sonstige Nachlaßgläubiger zu dem Kreis der vom Erblasser Bedachten im engeren Sinne gehören, die etwas vom Nachlaß erhalten sollen<sup>69</sup>. Das führt zu dem merkwürdig anmutenden Ergebnis<sup>70</sup>, daß zur unentgeltlichen Veräußerung eines Nachlaßgrundstückes auch die Zustimmung des Vermächtnisnehmers einzuholen ist, dem vom Erblasser lediglich ein Gegenstand mit ideellem Wert zugewendet worden ist, auch wenn alle Erben und der Testamentsvollstreckeर einig sind. Zwar kann der Testamentsvollstreckeर die Zustimmung dadurch umgehen, daß er dem Vermächtnisnehmer die Kuckucksuhr übereignet und das Vermächtnis damit erfüllt. Er darf jedoch nicht vergessen, sich eine grundbuchtaugliche (!) Quittung geben zu lassen, denn die Erfüllung ist dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachzuweisen<sup>71</sup>.

## 6. Verbot des Selbstkontrahierens

§ 181 BGB wird nach heute allgemeiner Meinung auf den Testamentsvollstreckeर entsprechend angewendet<sup>72</sup>. Dem ist zu zustimmen. Mit der Stellvertretung vergleichbare Interessenkonflikte bestehen dann, wenn der Testamentsvollstreckeर Rechtsgeschäfte für den Nachlaß vornimmt, an denen er auf der anderen Seite als Vertreter eines Dritten oder im eigenen Namen beteiligt ist. Denkbar ist auch eine Situation, in der eine Person auf beiden Seiten eines Rechtsgeschäfts als Testamentsvollstreckeर für verschiedene Nachlässe auftritt. Auch hier müßte man § 181 BGB entsprechend anwenden. Verglichen mit der Situation Vertreter/Vertretener resultieren aus einer solchen Interessenkollosion für die Erben sogar besonders nachhaltig Gefahren, weil das Testamentsvollstreckeर anders als die Vollmacht von den Erben nicht widerrufen werden kann. Für die Testamentsvollstreckung mit Grundbesitz folgt daraus: Der Testamentsvollstreckeर kann ohne Verstoß gegen § 181 BGB auf beiden Seiten eines Rechtsgeschäfts nur dann auftreten, wenn es ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht oder er durch den Erblasser von diesen Beschränkungen befreit wurde (Gestattung).

58 Bauer/v. Oefele/Schaub, Grundbuchordnung, 1999, § 52, Rn. 94.

59 Allgemeine Meinung. Siehe nur MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 38, 47; Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 3; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3) jeweils m.w.N.

60 Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 40.

61 BGHZ 5, 173, 182; 7, 274, 278/279; BGH NJW 1963, 1613, Z 57, 84, 89/90.

62 BGH NJW 1977, 1631; OLG Hamm Rpfleger 1991, 59.

63 BGH NJW 1963, 1613, 1614; BGHZ 57, 84, 90.

64 Jung, Rpfleger 1999, 204, 205 m.w.N.

65 MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 66; Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 152 Rn. 133; a.A. Müller WM 1982, 466, 473.

66 BGHZ 7, 274, 277 = NJW 1953, 219.

67 Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 43; MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 66.

68 BGHZ 57, 84, 92-95; BayObLG Rpfleger 1989, 200; MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 61; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 40; Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 34.

69 BGHZ 57, 84, 94.

70 Zu Recht lehnen das Erfordernis der Zustimmung der Vermächtnisnehmer ab: Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 79; Bengel/Reimann/Bengel, a.a.O. (Fn. 13), S. 26 Rn. 135.

71 Dazu näher unten, C. II. 4.

72 BGHZ 30, 67, 68; 51, 209, 214; BayObLG DNotZ 1983, 176; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 60.

In Erfüllung einer (Nachlaß-)Verbindlichkeit handelt der Testamentsvollstrecker dann, wenn er zur Ausführung eines Vermächtnisses ein Grundstück an sich selbst aufläßt<sup>73</sup>. Eine Auffassung an sich selbst kommt ferner in Betracht, wenn der Testamentsvollstrecker mit dem Erblasser zu Lebzeiten einen Grundstückskaufvertrag mit der Verpflichtung zur späteren Auffassung geschlossen hat. Hier handelt der Testamentsvollstrecker ausschließlich in Erfüllung einer Erblasserschuld<sup>74</sup>.

Bei rechtsgeschäftlicher Vertretung kann das Selbstkontrahieren dem Vertreter vom Vertretenen gestattet sein. Bei der Testamentsvollstreckung muß sich die Gestattung aus der letztwilligen Verfügung des Erblassers zumindest durch Auslegung ergeben. Ist der Testamentsvollstrecker zugleich Miterbe und hat der Erblasser dessen Verwaltungsrechte trotz der erkennbaren Gefahr eines Interessenkonflikts nicht eingeschränkt, so liegt darin ein besonderer Vertrauensbeweis. Dieser rechtfertigt die Auslegung des Testaments dahin, daß der Erblasser dem Testamentsvollstrecker auch den Abschluß von In-Sich-Geschäften in weitem Umfang gestatten wollte<sup>75</sup>. Eine entsprechende Gestattung ist für den Testamentsvollstrecker jedoch kein „Freibrief“. Der Abschluß von Rechtsgeschäften muß sich stets im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses halten. Selbst wenn – was regelmäßig nicht anzunehmen ist – die Gestattung nach dem Erblasserwillen über diesen Umfang hinaus reichen sollte, wäre die Gestattung insoweit unwirksam (§§ 2216, 2220 BGB) und § 181 BGB käme wieder zum Tragen<sup>76</sup>. In-Sich-Geschäfte des Testamentsvollstreckers, die gegen das Gebot einer ordnungsgemäßen Verwaltung verstößen sind daher stets unwirksam<sup>77</sup>. Die Befolgung von Weisungen und Anordnungen des Erblassers deckt grundsätzlich jedes Selbstkontrahieren von Seiten des Testamentsvollstreckers<sup>78</sup>. Daß der Erblasser den Testamentsvollstrecker darüber hinaus in einem weiten Umfang von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien wollte, dürfte regelmäßig nicht anzunehmen sein.

In den sonstigen Fällen ist dem Testamentsvollstrecker der Abschluß von In-Sich-Geschäften grundsätzlich nicht gestattet<sup>79</sup>. Demgegenüber wird in der Literatur vertreten, dem Testamentsvollstrecker sei im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses regelmäßig auch das Selbstkontrahieren und die Mehrvertretung gestattet<sup>80</sup>. Beweispflichtig für die Gestattung ist der Testamentsvollstrecker, nicht der Geschäftsgegner. Der Testamentsvollstrecker soll den Nachweis dadurch führen können, daß er die Ordnungsmäßigkeit des Geschäfts im Sinne von § 2216 BGB nachweist<sup>81</sup>. Dem kann nur mit Einschränkung zugestimmt werden. In vielen Fällen des Selbstkontrahierens wird der Testamentsvollstrecker in Erfüllung einer Verbindlichkeit handeln (Erfüllung der eigenen Vermächtnisforderung oder einer sonstigen Forderung einschließlich seines Vergütungsanspruches aus § 2221 BGB). § 181 BGB greift tatsächlich nicht ein, so daß es der Herleitung einer Gestattung im Wege der Auslegung nicht bedarf. Nur soweit der Testamentsvollstrecker darüber hinaus auch im eigenen Namen oder zugleich als Vertreter eines Dritten tätig wird, kommt es auf die Gestattung durch den Erblasser an. Hier kann keineswegs davon ausgegangen werden, daß der Erblasser dem Testamentsvollstrecker die Vornahme solcher Geschäfte im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung generell gestatten wollte. Im Einzelfall müssen schon besondere Umstände hinzutreten, die den Schluß rechtfertigen, der Erblasser habe damit die Erwartung zum Ausdruck gebracht, der Testa-

mentsvollstrecker werde auch angesichts solcher Interessenkonflikte seine Aufgabe unter Hinterstellung persönlicher Interessen erfüllen. Dieses Ergebnis wird gestützt durch einen Vergleich mit der Situation eines Generalbevollmächtigten. Ist dieser von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht ausdrücklich befreit, vertritt, soweit ersichtlich, niemand, daß eine solche Gestattung insoweit in die Vollmacht hineinzulesen ist, als sich der Bevollmächtigte im Rahmen seines rechtlichen Dürfens bewegt. Selbst eine denkbar weit gefaßte Vollmacht, die zu allen Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen ermächtigt, soweit die Gesetze eine Vertretung zulassen, enthält damit noch keine Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens<sup>82</sup>.

**Unzulässige In-Sich-Geschäfte des Testamentsvollstreckers** sind schwebend unwirksam. Durch Genehmigung aller Erben (einschließlich aller etwaigen Nacherben) entsprechend § 177 BGB wird das Rechtsgeschäft wirksam; durch Verweigerung der Genehmigung endgültig unwirksam.

Eine besondere Situation ergibt sich schließlich dann, wenn ein Elternteil der zu Erben eingesetzten minderjährigen Kinder zum Testamentsvollstrecker ernannt worden ist. Hier ist unbestritten, daß der betreffende Elternteil nicht zugleich als Testamentsvollstrecker und als gesetzlicher Vertreter seiner Kinder handeln kann<sup>83</sup>. Dem stehen jedenfalls §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2 BGB entgegen, wonach das Verbot des Selbstkontrahierens auch im Verhältnis Eltern und Kinder gilt. In Betracht kommt hier die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft. Ein rechtliches Handeln des anderen Elternteils, der nicht Testamentsvollstrecker ist, kommt nicht in Betracht, denn die Eltern vertreten das Kind gemeinschaftlich, § 1629 Abs. 1 S. 2 BGB.

## 7. Erteilung von Vollmachten durch den Testamentsvollstrecker

### a) General- und Spezialvollmacht

Der Testamentsvollstrecker kann einem Dritten grundsätzlich sowohl eine General- als auch eine Spezialvollmacht erteilen. Die Erteilung einer Vollmacht für einzelne Rechtsgeschäfte ist auch ohne besondere Ermächtigung im Testament stets für zulässig erachtet worden<sup>84</sup>. Allerdings muß der Testamentsvollstrecker stets in der Lage sein, neben dem Bevollmächtigten persönlich Rechtsgeschäfte für den Nachlaß vorzunehmen. Aus dem Grundsatz der persönlichen Amtsausübung folgt weiter, daß die Erteilung einer unwiderruflichen Generalvollmacht auch aus diesem Grunde nicht zulässig wäre. Fraglich ist, ob die Erteilung einer unwiderruflichen Spezialvollmacht mit dem Grundsatz der persönlichen Amtsausübung zu vereinbaren ist. Diese Frage wird man anhand der Umstände des Einzelfalles beantworten müssen. Soweit es im Rahmen dieser Untersuchung von Interesse ist, gilt: Vollmachten, die der Testamentsvollstrecker im Hinblick auf den Vollzug eines von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfts erteilt, können unwiderruflich erteilt werden. Ihnen liegt eine entsprechende Verpflichtung zugrunde, zu deren Eingehung der Testamentsvollstrecker gemäß § 2206 BGB befugt ist. Dazu gehören die üblichen Vollzugsvollmachten an den Notar oder dessen Mitarbeiter wie zum Beispiel Auflassungsvollmacht und Löschungsvollmacht. Soweit die Vollmachten auf den Abschluß eines Vertrages gerichtet sind, ist Zurückhaltung geboten. Hier wird jedoch ohnehin nur selten ein praktisches Bedürfnis für eine unwiderrufliche Erteilung bestehen.

73 BayObLG DNotZ 1983, 176. Eine Gestattung durch den Erblasser nehmen in diesem Fall an: Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 222 unter unzutreffender Berufung auf BayObLG, a.a.O.; Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht/Graf zu Castell, 7. Aufl. 1998, VI.9, S. 766 Anm. 5; wohl auch Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 30.

74 Bauer/v. Oefele/Schaub, a.a.O. (Fn. 58), § 52, Rn. 83.

75 BGHZ 30, 67, 70; Bauer/von Oefele/Schaub, a.a.O. (Fn. 58), § 52, Rn. 79; Haegele/Winkler, a.a.O., Rn. 221.

76 BGHZ 30, 67, 70/71; Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 157/158, Rn. 168.

77 Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 30.

78 Soergel/Leptien, BGB, Band 1, 12. Aufl. 1987, § 181, Rn. 32.

79 BGHZ 30, 67, 69/70.

80 Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2205 Rn. 62; MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), § 2205 Rn. 76; Bengel/Reimann/Mayer, a.a.O. (Fn. 13), S. 58/59 Rn. 56; Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 221.

81 Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 73.

82 Soergel/Leptien, a.a.O. (Fn. 78), § 181, Rn. 37; Staudinger/Schilken, BGB, 13. Bearbeitung (1995), § 181, Rn. 50; Palandt/Heinrichs, a.a.O. (Fn. 3), § 181, Rn. 17.

83 OLG Hamm Rpflieger 1993, 340, 341; BayObLG, Rpflieger 1977, 440; LG Frankfurt Rpflieger 1990, 207; Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 220.

84 Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2218, Rn. 3 m.w.N.

## b) Befreiung von § 181 BGB

Bei der Erteilung von Vollmachten unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB ist zu beachten, daß derjenige, der selbst keine Erlaubnis zum Selbstkontrahieren hat, In-Sich-Geschäfte des (Unter-)Bevollmächtigten weder gestatten noch genehmigen kann<sup>85</sup>. Auf den Testamentsvollstrecker ist § 181 BGB entsprechend anzuwenden. Von einer generellen Gestattung von In-Sich-Geschäften kann, wie bereits dargelegt, nicht ausgegangen werden. Auch der Testamentsvollstrecker kann folglich Vollmachten unter Befreiung von § 181 BGB nur insoweit erteilen, wie er selbst befreit ist oder das in Rede stehende Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Das ist bei Vollzugs- und Auflassungsvollmachten in Grundstückskaufverträgen regelmäßig der Fall. Bei der Beleihungsvollmacht ergeben sich regelmäßig keine Probleme, da Eigentümer/Verkäufer und künftiger Eigentümer/Käufer auf derselben Seite des Rechtsgeschäfts stehen.

## c) Erlöschen der Vollmacht

Die vom Testamentsvollstrecker erteilten Vollmachten erlöschen mit der Beendigung seines Amtes<sup>86</sup>. Das mit Blick auf §§ 168, 672, 675 BGB zunächst merkwürdig anmutende Ergebnis erklärt sich daraus, daß der Bevollmächtigte den Testamentsvollstrecker vertritt und nicht den Erben und es eine Rechtsnachfolge im Amt nicht gibt<sup>87</sup>. Die mit dem Amt des Testamentsvollstreckers verbundene Verwaltungs- und Verfügbefugnis erlischt mit dem Amt. Auch zugunsten gutgläubiger Dritter gelten die Befugnisse nicht fort. Das Testamentsvollstreckerzeugnis wird von selbst kraftlos. Daraus folgt, daß § 172 Abs. 2 BGB auf die von einem Testamentsvollstrecker erteilten Vollmachten keine Anwendung finden kann. Ebenso wie der gute Glaube an den Fortbestand des Testamentsvollstreckerauges nicht geschützt wird (§ 2368 Abs. 3 HS 2 BGB) muß dies auch für Befugnisse gelten, die Dritte vom Testamentsvollstrecker ableiten. In der Praxis sollte daher von Vollmachten des Testamentsvollstreckers nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn der Fortbestand des Amtes zuvor festgestellt worden ist.

## IV. Testamentsvollstreckung und Vollmachten des Erblassers

### 1. Fortgeltung der Vollmacht über den Tod hinaus

Anstelle oder neben der Anordnung einer Testamentsvollstreckung kann der Erblasser zur Erfüllung der einem Testamentsvollstrecker obliegenden Aufgaben auch entsprechende Vollmachten erteilen. Eine Vollmacht kann ausdrücklich mit Geltung über den Tod des Vollmachtgebers hinaus (sog. transmortale Vollmacht) oder mit Geltung ab dem Todesfall (sog. postmortale Vollmacht) erteilt werden. Das ist unstreitig<sup>88</sup>. Auch wenn dies in der Vollmachtsurkunde nicht ausdrücklich gesagt wird, gilt, daß der Tod des Vollmachtgebers regelmäßig nicht zum Erlöschen der Vollmacht führt. Liegt der Vollmacht ein Auftrag oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag zugrunde, ergibt sich dies aus §§ 168, 672, 675 BGB. Handelt es bei der Vollmacht um eine sogenannte isolierte Vollmacht ohne zugrundeliegendes Rechtsverhältnis, wird die Fortgeltung aus dem Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge abgeleitet<sup>89</sup>. Das Vorgesagte gilt unabhängig vom Umfang der Vollmacht, also gleichviel ob es sich um eine General- oder eine Spezialvollmacht handelt.

## 2. Form

Für Vollmachten über den Tod hinaus gelten keine besonderen Formvorschriften. Sie sind also grundsätzlich formfrei möglich, § 167 Abs. 2 BGB. Im Grundstücksverkehr ist § 29 GBO zu beachten, wonach die Vollmacht dem Grundbuchamt in öffentlich beglaubigter Form nachzuweisen ist. Unwiderruflich erteilte Vollmachten zum Grundstücksverkauf und -erwerb bedürfen der notariellen Beurkundung.

Wegen § 29 GBO scheidet für den Bereich des Grundstücksverkehrs die Erteilung von postmortalen Vollmachten in privatschriftlichen Testamenten aus. Die Erteilung in einem öffentlichen Testament oder einem Erbvertrag unterliegt dagegen keinen Bedenken. Das gilt auch dann, wenn der Bevollmächtigte an der Errichtung nicht beteiligt ist, sofern der Erblasser dafür Sorge trägt, daß die Vollmachtserklärung nach seinem Tode dem Vertreter zugeht<sup>90</sup>. Bei öffentlichen Testamenten ist über §§ 2260, 2262 BGB schon von Gesetzes wegen für den Zugang gesorgt, da der Bevollmächtigte als Beteiligter anzusehen ist. Allerdings kann sich der Bevollmächtigte erst nach der Eröffnung der letztwilligen Verfügung legitimieren. Aus diesem Grunde ist die Beurkundung oder Beglaubigung einer separaten Vollmachtsurkunde grundsätzlich vorzuziehen<sup>91</sup>. Wird die Vollmacht in einem notariellen Testament oder in einem Erbvertrag erteilt, sollte sich der beurkundende Notar anweisen lassen, zusätzlich zu der in die Urkundensammlung zu nehmende beglaubigte Abschrift eine Ausfertigung zu nehmen und diese dem Bevollmächtigten auf dessen Ersuchen hin auszuhändigen. Andernfalls gibt es ein Nachweisproblem, denn Testament und Erbvertrag bleiben nach Eröffnung in den Nachlaßakten.

Zur Formbedürftigkeit gelangt man ausnahmsweise dann, wenn in der Vollmachtseitelung eine Umgehung der Vorschriften über die Anordnung einer Testamentsvollstreckung (§ 2197 BGB) zu sehen ist. So könnte man z.B. in der Erteilung einer postmortalen Vollmacht an den Vermächtnisnehmer, die Erklärung der Auflassung an sich selbst vorzunehmen, durchaus auch die auf eine einzige Verwaltungsaufgabe beschränkte Anordnung der Testamentsvollstreckung (§ 2208 BGB) sehen.

### 3. Umfang und Wirkung

Allgemein gilt folgendes: Die Vollmacht über den Tod hinaus kann grundsätzlich sowohl als General- als auch als Spezialvollmacht wirksam erteilt werden. Mit dem Erbfall vertritt der Bevollmächtigte die Erben<sup>92</sup>, wobei sich die Vertretungsmacht nur auf den Nachlaß erstrecken kann. Der Bevollmächtigte kann die Erben deshalb – ohne deren Zustimmung – nicht persönlich mit ihrem Eigenvermögen verpflichten<sup>93</sup>. Innerhalb dieser Grenzen bestimmt der Vollmachtgeber (Erblasser) bei der Erteilung der Vollmacht, in welchem Umfang der Bevollmächtigte die Erben vertreten kann<sup>94</sup>. Im Rahmen seiner Vertretungsmacht kann der Bevollmächtigte grundsätzlich alle Rechtsgeschäfte so vornehmen, wie sie der Erblasser hätte vornehmen können. Für den Bereich des Grundbuchrechts hat das Reichsgericht daraus den Schluß gezogen, daß der Bevollmächtigte ein Grundstück des Erblassers veräußern und seine Umschreibung im Grundbuch veranlassen könne, ohne den Nachweis der Erbfolge durch Vorlage eines Erbscheins oder des öffentlichen Testaments mit Eröffnungsniederschrift führen zu müssen<sup>95</sup>. Ausreichend ist also die Vorlage der Vollmachtsurkunde in der Form des § 29 GBO. Weiter folgt daraus, daß der Bevollmächtigte zu Grundstücksverfügungen eine Geneh-

85 BayObLG Rpfleger 1993, 441, 442 für das Verhältnis Hauptbevollmächtigter/Unterbevollmächtigter; Palandt/Heinrichs, a.a.O. (Fn. 3), § 181, Rn. 18.

86 KG J 41, 79; Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2218, Rn. 3; Schaub ZEV 2000, 49, 51.

87 Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2218, Rn. 3 m.w.N.

88 BGHZ 87, 19, 25; OLG Köln Rpfleger 1992, 299 = MittRhNotK 1992, 88; Palandt/Heinrichs, a.a.O. (Fn. 3), § 168, Rn. 4; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), Vorbem. 53 zu §§ 2197 ff.; Trapp ZEV 1995, 314 ff.; Damrau ZEV 1996, 81 ff.; Reimann ZEV 1996, 420 ff.

89 Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), Vorbem. 53 zu §§ 2197 ff.; Bengel/Reimann a.a.O. (Fn. 13) S.10 Rn. 43.

90 RGZ 65, 274; 170, 380; OLG Köln NJW 1950, 702 = DNotZ 1951, 36; Rpfleger 1992, 299; Lindemann DNotZ 1951, 215; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), Vorbem. 56 zu §§ 2197 ff.

91 Lukowsky, MittRhNotK 1963, 115, 118; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), Vorbem. 60 zu §§ 2197 ff.; Bengel/Reimann, a.a.O. (Fn. 13), S. 11 Rn. 47.

92 BGHZ 87, 19, 25.

93 BGH FamRZ 1983, 477.

94 Lukowsky, MittRhNotK 1963, 115, 119.

95 RGZ 88, 345; 106, 185; OLG Hamburg DNotZ 1967, 30, 31 für eine Anmeldung zum Handelsregister aufgrund einer Generalvollmacht über den Tod hinaus; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), Vorbem. 66 zu §§ 2197 ff.

migung des Vormundschaftsgerichts für den minderjährigen Erben nicht benötigt<sup>96</sup>.

Mit der Verfügung des Bevollmächtigten scheiden die Nachlaßgegenstände aus dem Nachlaß aus. Bei Nachlaßgrundbesitz ist folglich der Testamentsvollstreckervermerk im Grundbuch zu löschen. Die Gegenleistung fällt aufgrund Surrogation gemäß § 2041 BGB in den Nachlaß<sup>97</sup>. Ist Testamentsvollstreckung angeordnet, so unterfällt die Gegenleistung dem Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers. Erwirbt der Bevollmächtigte also z.B. mit Nachlaßmitteln ein Grundstück, so ist grundsätzlich der Testamentsvollstreckervermerk im Grundbuch einzutragen<sup>98</sup>. Es sei denn, der Bevollmächtigte erwirbt das Grundstück für den Erben zum Zwecke der Auseinandersetzung des Nachlasses.

Bei Vor- und Nacherbschaft, ist der Bevollmächtigte befugt, neben den Vorerben auch die Nacherben zu vertreten. Die Nacherben sind als künftige Rechtsnachfolger des Erblassers an die Wirkungen der von diesem erteilten Vollmacht gebunden<sup>99</sup>. Der Bevollmächtigte kann über Nachlaßgegenstände im Namen der Vorerben verfügen und im Namen der Nacherben die Zustimmung gemäß § 2113 Abs. 1 BGB erteilen. Im übrigen ist der Bevollmächtigte nur durch die allgemeinen Regeln zum Vollmachtmissbrauch beschränkt.

### a) Vollmacht an den Testamentsvollstreckern

Der Testamentsvollstrecke kann zugleich postmortal Bevollmächtigter sein und zwar sowohl aufgrund einer Spezial- als auch aufgrund einer Generalvollmacht. Die Vertretungsmacht wird durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung – auch der nachträglichen Anordnung – nicht beeinträchtigt. Handelt der Testamentsvollstrecke als Bevollmächtigter, so unterliegt er nicht den Beschränkungen, denen er als Testamentsvollstrecke unterworfen ist<sup>100</sup>. Die Vollmachtteilung an den Testamentsvollstrecken bedeutet also eine Erweiterung dessen Befugnisse. Der Testamentsvollstrecke kann bereits vor Amtsbeginn über Nachlaßgegenstände verfügen. Das Verbot unentgeltlicher Verfügungen (§ 2205 S. 3 BGB) gilt für ihn nicht. Ein Schutz der Erben ist insoweit nicht erforderlich, da diese die Vollmacht jederzeit widerrufen können<sup>101</sup>.

Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht soll das Verbot des § 2205 S. 3 BGB für den Bevollmächtigten dann gelten, wenn sich eine entsprechende Einschränkung der Vertretungsmacht aus dem Vollmachtszweck ergibt<sup>102</sup>. Eine solche Einschränkung wird man aber nur in Ausnahmefällen annehmen können. Zum Beispiel dann, wenn der Erblasser dem Testamentsvollstrecken eine zeitliche befristete Vollmacht auf den Todestfall bis zum Beginn des Testamentsvollstreckeraumes erteilt. Hier wird der Erblasser den Testamentsvollstrecken regelmäßig lediglich in Lage versetzen wollen, bereits in dieser Zwischenzeit für den Nachlaß handeln zu können, ohne dessen Befugnisse im übrigen zu erweitern.

### b) Vollmacht an den Erben

Auch Erben können postmortal Bevollmächtigte sein. Zulässig ist es auch, daß eine Person zugleich Miterbe, Testamentsvollstrecke und Generalbevollmächtigter ist<sup>103</sup>. Umstritten ist, ob die Vollmacht dann erlischt, wenn die Stellung des Bevollmächtigten und des Erben in einer Person zusammenfallen. Praktisch relevant wird diese Frage dann, wenn der Alleinerbe durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung oder einer Vor-

und Nacherbschaft beschränkt ist. Die Frage ist höchstrichterlich noch nicht entschieden. Rechtsprechung dazu gibt es kaum. Einerseits wird der Standpunkt vertreten, der Erbe könne sich nicht selbst vertreten, so daß die Vollmacht mit dem Tod des Erblassers in jedem Fall erlösche<sup>104</sup>. Die in der Literatur heute überwiegend vertretene Gegenansicht stellt demgegenüber auf die Legitimationswirkung der Vollmacht ab und läßt diese auch zugunsten des Alleinerben fortbestehen<sup>105</sup>.

### c) Vollmacht an einen Dritten

Umstritten ist, in welchem Verhältnis die einem Dritten vom Erblasser über den Tod hinaus erteilte Vollmacht zur Anordnung der Testamentsvollstreckung steht. Die Rechtsprechung und die im Schrifttum wohl überwiegende Meinung gehen davon aus, daß Testamentsvollstreckung und Bevollmächtigung unabhängig nebeneinander bestehen. Die Wirkungen der Vollmacht – insbesondere der Umfang der Vertretungsmacht – werden danach von der Anordnung der Testamentsvollstreckung grundsätzlich nicht beeinträchtigt, gleich ob diese vor, mit oder nach Erteilung der Vollmacht angeordnet wurde<sup>106</sup>. In seiner Entscheidung vom 18.6.1962 hatte sich der BGH unmittelbar nur mit der Erteilung einer Generalvollmacht an den Testamentsvollstrecken zu befassen<sup>107</sup>. Die Ausführungen des BGH wird man wohl auf die Erteilung einer Generalvollmacht an einen Dritten übertragen können. Das Fehlen von Entscheidungen aus der jüngeren Zeit und die anhaltende Diskussion im Schrifttum machen es jedoch erforderlich, auf die vertretenen Ansichten näher einzugehen.

*Reimann* meint, die Vollmacht über den Tod hinaus werde in ihren Wirkungen durch die Rechte des Testamentsvollstreckers mit Beginn des Testamentsvollstreckeraumes eingeschränkt<sup>108</sup>. Da der Bevollmächtigte nach dem Erbfall nur die Erben vertrete, könne er auch nicht mehr Rechte haben als diese. Soweit die Erben von der Verfügungsbefugnis über Nachlaßgegenstände ausgeschlossen seien, gelte dies auch für den Bevollmächtigten. Nach dieser Auffassung kann der Bevollmächtigte folglich nur diejenigen Rechte wahrnehmen, die den Erben neben dem Testamentsvollstrecken verbleiben. *Brandner* vertritt die Auffassung, es entspreche im allgemeinen nicht dem mutmaßlichen Willen des Erblassers, in der Person des Bevollmächtigten und des Testamentsvollstreckers voneinander unabhängige Machtbefugnisse mit der Möglichkeit der gegenseitigen Störung zu schaffen<sup>109</sup>. Den Kompetenzkonflikt will *Brandner* wie folgt lösen: Entweder soll die Vollmacht dahin ausgelegt werden, daß sie nur Vermögensteile erfasse, die nicht der Testamentsvollstreckung unterliegen, oder es sei anzunehmen, daß der Machtbereich des Testamentsvollstreckers im Umfang der Vollmacht nach § 2208 Abs. 1 BGB eingeschränkt sei. Nach einer dritten Ansicht schließlich soll das Verhältnis zwischen Testamentsvollstreckung und Vollmacht mittels Auslegung im Einzelfall beantwortet werden<sup>110</sup>. *Bengel* stellt für die Auslegung auf die zeitliche Reihenfolge ab und gelangt so zu folgenden Auslegungsregeln: Wird die postmortale Vollmacht zeitgleich mit oder nach der Anordnung der Testamentsvollstreckung erteilt, so soll der Bevollmächtigte nur an die Beschränkungen gebunden sein, die sich aus der Vollmacht selbst ergeben und in der Erteilung der Vollmacht „regelmäßig eine Beschränkung der Rechte des Testamentsvollstreckers“ zu sehen sein. Folgt die Anordnung der Testamentsvollstreckung der Vollmachtteilung zeitlich nach, so soll diese grundsätzlich die Vollmacht verdrängen, das heißt, der Bevollmächtigte kann nur im Rahmen der Verfügungsmacht der Erben handeln. Bei

96 RG a.a.O. (Fn. 95); Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 62; MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), vor § 2197, Rn. 14.

97 Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 62, MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), vor § 2197 Rn. 14.

98 Andere Ansicht: Bengel/Reimann/Bengel, a.a.O. (Fn. 13), S. 11 Rn. 49.

99 Lukowsky, MittRhNotK 1963, 115, 119.

100 BGH NJW 1962, 1718.

101 BGH NJW 1962, 1718, 1719; Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 61.

102 MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), vor § 2197, Rn. 14.

103 BayObLG ZEV 1995, 366, 367.

104 OLG Stuttgart NJW 1947/48, 627.

105 MünchKomm/Schramm, a.a.O. (Fn. 5), § 168, Rn. 18 in Fn. 18; Palandt/Heinrichs, a.a.O. (Fn. 3), § 168, Rn. 4; Soergel/Leptien, a.a.O. (Fn. 78), § 168 Rn. 30.

106 RGZ 88, 345; 106, 186; OLG Hamburg DNotZ 1967, 31; Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), vor § 2197, Rn. 16; Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 62; Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 253; Haegele, RPfleger 1968, 345, 346; Merkel WM 1987, 1002, 1003/1004.

107 NJW 1962, 1718.

108 Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), Vorber. 68 zu §§ 2197 ff.

109 MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), vor § 2197, Rn. 15.

110 Bengel/Reimann/Bengel, a.a.O. (Fn. 13), S. 9 Rn. 38 ff.; DNotl-Report 1998, 171, 172/173.

einer Vollmachtseteilung auf den Tod des Erblassers und anschließender Anordnung der Testamentsvollstreckung, sollen beide Institute nebeneinander bestehen. Das *DNotI* schließt sich der Auffassung von *Bengel* im Grundsatz an, differenziert aber zusätzlich danach, ob die Anordnung der Testamentsvollstreckung oder die Vollmacht speziellere Regelungen enthält<sup>111</sup>.

Allen vorgenannten Ansichten sollte nicht gefolgt werden. Reimann ist entgegenzuhalten, daß der Bevollmächtigte seine Vollmacht vom Erblasser herleitet und nicht vom Erben. Außerdem ist es nicht konsequent, die Beschränkung der Vertretungsmacht erst mit Beginn des Testamentsvollstreckeraumes eintreten zu lassen, da die Wirkungen der Testamentsvollstreckung bereits mit dem Erbfall eintreten. Die übrigen Ansichten gehen von der Prämisse aus, die Überschneidungen zwischen Bevollmächtigung und Testamentsvollstreckung seien nach dem mutmaßlichen Erblasserwillen durch Auslegung zu beseitigen. Das führt in der Praxis nicht nur zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Es ist auch in der Sache nicht gerechtfertigt. Richtig ist zwar, daß es durch das Nebeneinander von Vollmacht und Testamentsvollstreckung zu Überschneidungen und Störungen in der Nachlaßabwicklung kommen kann<sup>112</sup>. Die Störung ist jedoch dadurch behebbar, daß der Testamentsvollstrecker die Vollmacht widerruft. Das ist zumindest bei der Auslegung zu berücksichtigen. Außerdem führt die Prämisse in dem praktisch häufigen Fall der Generalvollmacht über den Tod hinaus zu geradezu widersinnigen Ergebnissen: Wenn in der zeitlich späteren Erteilung einer Generalvollmacht eine Einschränkung der Rechte des Testamentsvollstreckers zu sehen sein soll, müßte man konsequenterweise zu einem völligen Entzug der Verwaltungsrechte des Testamentsvollstreckers, mithin zu einer bloß beaufsichtigenden Testamentsvollstreckung gelangen. Das ist wohl kaum anzunehmen. Widerrufen dann die Erben die Vollmacht, dürfte der Erblasserwille gänzlich ad absurdum geführt worden sein. Weiter ist zu berücksichtigen, daß Beschränkungen der Testamentsvollstreckung vom Erblasser letztwillig verfügt, sich also aus einer letztwilligen Verfügung ausdrücklich oder im Wege der Auslegung ergeben müssen. Eine dinglich wirkende Beschränkung müßte zudem im Testamentsvollstreckerausweis vermerkt werden. Schließlich ist anzumerken, daß die vorgenannten Ansichten in der Praxis zu einer erheblichen Erschwerung des Rechtsverkehrs führen. Grundbuchamt und Notar müssen die Vertretungsbefugnis prüfen. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist aus der Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch ersichtlich. Nicht aber, ob die Anordnung zeitlich vor oder nach der Erteilung der Vollmacht lag. Sollen Notar und Grundbuchamt nun in jedem Einzelfall die Nachlaßakten einsehen, um die zeitliche Reihenfolge feststellen zu können?

Mit der Rechtsprechung ist davon auszugehen, daß Vollmacht und Testamentsvollstreckung grundsätzlich selbständig und unabhängig nebeneinander bestehen.

#### 4. Erlöschen der Vollmacht

Vollmachten über den Tod hinaus sind wie Vollmachten unter Lebenden grundsätzlich widerruflich. Das Widerrufsrecht geht gemäß § 1922 BGB auf die Erben über. Bei einer Erbgenmeinschaft ist jeder Miterbe für seine Person widerrufberechtigt<sup>113</sup>. Widerrufen einzelne Miterben, bleibt die Vollmacht gegenüber den nicht widerrufenden Miterben bestehen. In diesem Fall kann daher die Rückgabe der Vollmachtsurkunde von den Widerrufenden nicht verlangt werden, sondern nur die Eintragung eines einschränkenden Vermerks<sup>114</sup>. Aufgrund einer teilweise widerrufenen Vollmacht kann der Bevollmächtigte wegen

der gemeinschaftlichen Verwaltung des Nachlasses durch alle Miterben nicht mehr allein über Nachlaßgegenstände verfügen. Sofern der Nachlaßgegenstand der Testamentsvollstreckung unterliegt, braucht er dazu die Zustimmung des Testamentsvollstreckers, im übrigen die Zustimmung derjenigen Miterben, die widerrufen haben. Daneben kann auch der Testamentsvollstrecker die Vollmacht des Erblassers widerrufen, es sei denn, der Erblasser hat dem Testamentsvollstrecker diese Befugnis gemäß § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB entzogen<sup>115</sup>.

Ist das Widerrufsrecht vom Erblasser ausgeschlossen worden, gelten die Regeln zur Widerruflichkeit einer als unwiderruflich erteilten Vollmacht unter Lebenden entsprechend<sup>116</sup> mit folgenden Besonderheiten:

**Generalvollmachten** können nicht nur wegen des Prinzips der Privatautonomie, sondern auch im Hinblick auf die Umgehung der Vorschriften über die Testamentsvollstreckung nur als unwiderruflich wirksam erteilt werden. Die unwiderruflich erteilte Generalvollmacht – kausale wie abstrakte – ist in eine unwiderrufliche Vollmacht umzudeuten, sofern anzunehmen ist, daß der Erblasser sie auch ohne Verzicht auf das Widerrufsrecht erteilt hätte<sup>117</sup>. Bei **Spezialvollmachten** ist zu unterscheiden: Vollmachten ohne ein zugrundeliegendes Rechtsverhältnis können stets frei widerrufen werden<sup>118</sup>. Liegt der Vollmacht ein Auftragsverhältnis zugrunde und hat der Erblasser auf das Widerrufsrecht verzichtet, so liegt in der Sache eine Ernennung zum Testamentsvollstrecker vor, die nur in der Form letztwilliger Verfügung wirksam getroffen werden kann<sup>119</sup>. Ob die unwiderrufliche kausale Spezialvollmacht in eine unwiderrufliche umgedeutet werden kann, ist Auslegungsfrage:

#### B.

#### Die Verlautbarung der Testamentsvollstreckung und ihre Folgen

Die Wirkungen der Anordnung Testamentsvollstreckung, insbesondere das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers, entstehen sofort mit dem Erbfall und unabdingig davon, ob ein Testamentsvollstrecker bereits ernannt und dieser das Amt angenommen hat. Zur Unterrichtung und zum Schutz des Rechtsverkehrs muß die Testamentsvollstreckung nach außen bekanntgemacht werden. Neben der Erteilung eines Testamentsvollstreckerausweises, mit dem sich der Testamentsvollstrecker legitimieren kann, kommen als Mittel der Bekanntmachung in Betracht der Erbschein, das Grundbuch (Schiffs- und Schiffsbauregister, §§ 55, 74 Schiffsregisterordnung, Register für Pfandrechte an Luftfahrzeugen, § 86 Luftfahrzeugregisterordnung) sowie das Handelsregister. Die Verlautbarung der Testamentsvollstreckung im Handelsregister spielt im Rahmen dieser Abhandlung keine Rolle. Auf die damit zusammenhängenden und zum Teil noch nicht abschließend geklärten Fragen<sup>120</sup> wird daher im folgenden nicht eingegangen.

#### I. Verlautbarung im Grundbuch

##### 1. Funktion und Inhalt des Testamentsvollstreckervermerks

Die Erben können gegen Nachweis ihres Erbrechts gemäß § 35 GBO im Wege der Grundbuchberichtigung als Eigentümer eingetragen werden. Hat der Erblasser Testamentsvollstrecker angeordnet, sind die Erben nicht verfügbungsbefugt. Die Entziehung der Verfügungsbefugnis wirkt dinglich<sup>121</sup>. Verfügt der Erbe trotzdem, so ist die Verfügung gegenüber jedermann, also absolut, unwirksam<sup>122</sup>. Jedoch läßt § 2211 Abs. 2 BGB die

111 DNotI-Report 1998, 171, 172 f.

112 Vgl. z.B. den Sachverhalt, der dem Gutachten des DNotI zugrunde lag, DNotI-Report 1998, 171.

113 Haegeler/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 8.

114 BGH NJW 1990, 507, 508.

115 DNotI-Report 1998, 172, 173 m.w.N.

116 Bengel/Reimann/Bengel, a.a.O. (Fn. 13), S. 13 Rn. 54.

117 Haegeler/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 8.

118 Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), Vorbem. 72 zu §§ 2197 ff. m.w.N.

119 RGZ 139, 41; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), Vorbem. 71 zu §§ 2197 ff.; Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 63.

120 Dazu näher Haegeler/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 317 mit weiterführenden Nachweisen.

121 BGHZ 56, 275, 279.

122 KG DNotZ 1941, 127; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2211, Rn. 2.

Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von dem im Grundbuch eingetragenen Erben zu (§§ 892 f. BGB). Um der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers gegenüber den Wirkungen des öffentlichen Glaubens materiell-rechtlich Geltung zu verschaffen, bricht § 52 GBO mit dem Antragsgrundsatz und ordnet die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks – von Amts wegen – gleichzeitig mit der Eintragung des Erben an.

## 2. Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks

§ 52 GBO ist zwingend. Weder kann der Erblasser die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch wirksam verbieten noch kann der Testamentsvollstrecker darauf verzichten<sup>123</sup>. Erst recht nicht die Erben. Allerdings ist die isolierte Eintragung, also die Eintragung nur des Testamentsvollstreckervermerks in das Grundbuch, ohne gleichzeitige Eintragung der Erben, nicht zulässig; ein entsprechender Antrag wäre vom Grundbuch-Rechtspfleger zurückzuweisen<sup>124</sup>. Die Eintragung erfolgt bei Grundstücken in Abteilung II Spalten 1 bis 3 nach § 10 Abs. 1 Buchstabe b) Abs. 2 bis 4 GBV. Betrifft die Testamentsvollstreckung im Grundbuch eingetragene Rechte an Grundstücken, so wird der Vermerk in der jeweiligen Spalte „Veränderungen“ in der Abteilung II und bei Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden in der Abteilung III (§ 10 Abs. 5 Buchstabe a), § 11 Abs. 6 GBV) eingetragen. Die Eintragung erfolgt auch bei Vormerkungen, Widersprüchen und Verfügungsbeschränkungen<sup>125</sup>.

Zur Eintragung müssen dem Grundbuchamt die Anordnung der Testamentsvollstreckung und der Umfang des Verwaltungsrechts des Testamentsvollstreckers gemäß § 35 GBO nachgewiesen werden, also entweder durch Testamentsvollstreckerverzeugnis oder durch öffentlich beurkundete Verfügung von Todes wegen nebst Eröffnungsniederschrift. Ein Erbschein genügt nicht. Zwar ist dort die Ernennung des Testamentsvollstreckers zu vermerken (§ 2346 Abs. 1 BGB), nicht aber etwaige Beschränkungen des Verwaltungsrechts. Das Grundbuchamt kann deshalb anhand des Erbscheins nicht prüfen, ob der betreffende Grundbesitz oder das betreffende Grundstücksrecht der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt.

Im Grundbuch ist lediglich die Tatsache der Anordnung der Testamentsvollstreckung zu vermerken, nicht aber der Name des Testamentsvollstreckers oder etwaige Beschränkungen seiner Verfügungsbefugnis<sup>126</sup>.

## 3. Löschung des Testamentsvollstreckervermerks

Die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks erfolgt grundsätzlich nur auf Antrag. Dem Grundbuchamt muß dazu nachgewiesen werden, daß das betreffende Grundstück/Grundstücksrecht der Verwaltung des Testamentsvollstreckers nicht mehr unterliegt, das Grundbuch somit unrichtig ist. Eine bloße Berichtigungsbewilligung genügt nicht, da der Testamentsvollstreckervermerk von Amts wegen einzutragen ist und der Testamentsvollstrecker auf die Eintragung auch nicht verzichten kann<sup>127</sup>. Die Unrichtigkeit kann wie folgt nachgewiesen werden:

- Die Testamentsvollstreckung hat in Wahrheit nie bestanden oder ist beendet. Diesen Nachweis kann der Testamentsvollstrecker durch Vorlage eines Testamentsvollstreckerverzeugnisses führen, wenn darin die Befristung oder die auflösende Bedingung vermerkt ist. Der Bedingungseintritt ist

dem Grundbuchamt gesondert nachzuweisen und zwar durch Vorlage eines Erbscheins ohne Testamentsvollstreckervermerk<sup>128</sup>. Nicht ausreichend ist die Vorlage einer Ausfertigung des Testamentsvollstreckerverzeugnisses, auf dem das Nachlaßgericht die Beendigung der Testamentsvollstreckung vermerkt hat<sup>129</sup>, da dieser Vermerk nur die Beendigung des Amtes des im Zeugnis ausgewiesenen Testamentsvollstreckers, nicht aber die Beendigung der Testamentsvollstreckung bezeugen kann.

- Das Grundstück ist aus dem Nachlaß ausgeschieden, etwa durch Veräußerung an einen Dritten oder im Zuge der Auseinandersetzung durch Vollzug eines Teilungsplanes oder eines Auseinandersetzungsvertrages, ohne daß eine Dauervollstreckung angeordnet ist. Hier ist die Unrichtigkeit für das Grundbuchamt offensichtlich, da es bei Vornahme der Eintragung des Eigentumswechsels die entsprechende Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers geprüft und bejaht hat und die Tatsache einer Dauervollstreckung sich aus dem Testamentsvollstreckerverzeugnis oder aus der eröffneten Verfügung von Todes wegen ergibt.

## 4. Reichweite des öffentlichen Glaubens

Der Testamentsvollstreckervermerk macht lediglich die Verfügungsbeschränkung der Erben bekannt, zerstört dadurch den guten Glauben an deren Verfügungsbefugnis und bewirkt eine Grundbuchsperre. Verfügungen der Erben dürfen nicht eingetragen werden, solange der Testamentsvollstreckervermerk nicht gelöscht ist. Er bezeugt nicht, daß die Testamentsvollstreckung besteht.

## 5. Sonderfälle

Kein Testamentsvollstreckervermerk ist einzutragen, wenn ein **Grundstück im Eigentum einer Personengesellschaft** (Gesellschaft bürgerlichen Rechts, OHG, KG, EWIV) steht und die Testamentsvollstreckung über den Anteil eines Gesellschafters angeordnet ist<sup>130</sup>.

Ist **Vermächtnisvollstreckung** angeordnet gemäß § 2223 BGB kann der Vermächtnisnehmer in entsprechender Anwendung von § 2211 Abs. 1 BGB über den vermachten Gegenstand nicht verfügen. Zum Schutz der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers vor einem gutgläubigen Erwerb Dritter, ist an dem vermachten Nachlaßgrundbesitz mit Eigentumsumschreibung auf den Vermächtnisnehmer von Amts wegen ein Testamentsvollstreckervermerk einzutragen. § 52 GBO ist hier entsprechend anwendbar<sup>131</sup>. Dasselbe gilt im Falle eines sogenannten Verschaffungsvermächtnisses, wenn also der vermachte Grundbesitz vom Testamentsvollstrecker erst noch erworben werden muß<sup>132</sup>.

Ist ein **Nacherbenvermerk** gemäß § 51 GBO eingetragen und **Nacherbenvollstreckung** (§ 2222 BGB) angeordnet, so ist dies ebenfalls im Grundbuch zu vermerken<sup>133</sup>.

Wird ein Erblasser nach **ausländischem Recht** beerbt und hat der Erblasser Testamentsvollstreckung angeordnet, so ist ein Testamentsvollstreckervermerk in entsprechender Anwendung von § 52 GBO einzutragen, wenn dem Erbe nach dem anwendbaren ausländischen Recht die Verfügungsbefugnis über den betreffenden Grundbesitz in einer § 2211 BGB vergleichbaren Weise entzogen ist. Das ist zum Beispiel bei der Willensvollstreckung nach Schweizer Recht der Fall<sup>134</sup>.

123 Bauer/von Oefele/Schaub, a.a.O. (Fn. 58), § 52 Rn. 33.

124 So die einhellige Rechtsprechung und Literatur: BayObLG DNotZ 1996, 99, 101 = ZEV 1996, 150 m. Anm. Schaub sowie Anm. Bestelmeyer ZEV 1996, 261; Bauer/von Oefele/Schaub, a.a.O. (Fn. 58), § 52, Rn. 30.

125 Bauer/v. Oefele/Schaub, a.a.O. (Fn. 58), § 52, Rn. 28; Demharter, a.a.O. (Fn. 23), § 52, Rn. 14.

126 Allg. Meinung., vgl. nur Demharter, a.a.O. (Fn. 23), § 52, Rn. 12; Bauer/v. Oefele/Schaub, a.a.O. (Fn. 58), § 52, Rn. 24.

127 OLG Hamm Rpfleger 1958, 15; AG Starnberg Rpfleger 1985, 57; Demharter, a.a.O. (Fn. 23), § 52, Rn. 27.

128 Bauer/v. Oefele/Schaub, a.a.O. (Fn. 58), § 52, Rn. 102.

129 Demharter, a.a.O. (Fn. 23), § 52, Rn. 3; zur Zulässigkeit eines Beendigungsvermerks vgl. KG NJW 1964, 1905, 1906; OLG Stuttgart DNotZ 1981, 294, 296.

130 LG Hamburg Rpfleger 1979, 26; Bauer/v. Oefele/Schaub, a.a.O. (Fn. 58), § 52, Rn. 34; Meikel/Kraiss, Grundbuchrecht, Band 3, 8. Aufl. 1997, § 52, Rn. 20; Damrai BWNotZ 1990, 69; a.A.: Hörer, BWNotZ 1990, 16.

131 BayObLG Rpfleger 1990, 365; Demharter, a.a.O. (Fn. 23), § 52, Rn. 5.

132 Meyding, ZEV 1995, 100, 101.

133 Meikel/Kraiss, a.a.O. (Fn. 130), § 52, Rn. 21.

134 BayObLG Rpfleger 1990, 363.

## II. Verlautbarung im Erbschein

Gemäß § 2364 Abs. 1 BGB ist die Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch den Erblasser im Erbschein anzugeben.

### 1. Funktion und Inhalt

Die Funktion entspricht der des Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch, § 52 GBO. Die Verfügungsbeschränkung soll Dritten gegenüber bekanntgemacht werden, um so den gutgläubigen Erwerb vom Erbscheinserben (§ 2366 BGB) auszuschließen. Es wird lediglich die Anordnung der Testamentsvollstreckung oder die Ernennung eines Testamentsvollstreckers verlautbart, nicht auch dessen Name<sup>135</sup>. Nach überwiegender Meinung sind gegenständliche Beschränkungen des Testamentsvollstreckers nicht zu vermerken<sup>136</sup>. Die aufschließend bedingte oder befristete Ernennung des Testamentsvollstreckers soll nach verbreiteter Ansicht im Erbschein nicht kenntlich gemacht werden<sup>137</sup>. Allerdings sei die Angabe der Testamentsvollstreckung unter Hinweis auf die Bedingung oder den Zeitpunkt, zu dem sie eintritt „zuzulassen“<sup>138</sup>. Eine solche Angabe sollte stets erfolgen. Mit Eintritt der Bedingung wird der Erbschein zwar unrichtig und ist vom Nachlaßgericht einzuziehen. Einstweilen entfaltet der unrichtige Erbschein jedoch die Gutgläubensvermutung, daß der im Erbschein als Erbe bezeichnete nicht durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung beschränkt ist, also wirksam verfügen kann.

Ist der Testamentsvollstrecke lediglich Vermächtnisvollstrecke nach § 2223 BGB, so ist er im Erbschein ebenfalls nicht zu vermerken, denn er greift in den Rechtskreis des Erben nicht ein<sup>139</sup>. Die Testamentsvollstreckung ist in dem Erbschein für den Vorerben nicht anzugeben, wenn lediglich ein Nacherbenvollstrecke für die Zeit nach Eintritt des Nacherbfalles ernannt worden ist<sup>140</sup>. Anders dagegen im Falle der Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB. Zwar stellt diese keine – weitere, eigenständige – Verfügungsbeschränkung des Vorerben dar. Sie ist jedoch für die aus der Nacherbschaft herrührenden Verfügungsbeschränkungen bedeutsam, weil sie die Befugnisse des Nacherben überlagert. Würde die Nacherbentestamentsvollstreckung nicht auch im Erbschein des Vorerben angegeben, so würde dieser den Nacherben mit einer ihm nicht zustehenden Rechtsstellung bezeichnen.

### 2. Reichweite des öffentlichen Glaubens

Die Funktion des Testamentsvollstreckervermerks im Erbschein erschöpft sich darin, den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis der Erbscheinserben zu zerstören, um so dem Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers gegenüber § 2366 BGB materiell-rechtlich Geltung zu verschaffen. Es gibt keine Vermutung dahin, daß die im Erbschein vermerkte Testamentsvollstreckung tatsächlich besteht<sup>141</sup>. Mit dem Erbschein kann sich der Testamentsvollstrecke somit auch nicht legitimieren.

## III. Testamentsvollstreckezeugnis

### 1. Funktion und Arten

Das Testamentsvollstreckezeugnis weist den Testamentsvollstrecke im Rechtsverkehr aus. In ihm wird die Gültigkeit der Ernennung einer bestimmten Person zum Testamentsvollstrecke amtlich bescheinigt. Im rechtsgeschäftlichen Verkehr kann stets die Vorlage eines Testamentsvollstreckezeugnisses verlangt werden. Ein solches Begehr löst keine Schadenser-

satzansprüche aus<sup>142</sup>, insbesondere keinen Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Erteilung. Das Testamentsvollstreckezeugnis wird nur auf – formfreien – Antrag hin erteilt. Antragsbefugt sind neben dem Testamentsvollstrecke auch die Nachlaßgläubiger (§§ 792, 896 ZPO), nach h.M. jedoch nicht die Erben<sup>143</sup>. Das ist nicht einzusehen. Im Verfahren über die Erteilung des Testamentsvollstreckezeugnisses wird – inzidenter – auch über die Wirksamkeit der Anordnung/Ernennung und über den Umfang der Befugnisse des Testameritsvollstreckers entschieden. An diesen Feststellungen haben die Erben ein unmittelbares Interesse.

Folgende Arten von Testamentsvollstreckezeugnissen sind zu unterscheiden: Der Normalfall ist die Erteilung eines Einzelzeugnisses an den – einzigen – Testamentsvollstrecke. Sind mehrere Testamentsvollstrecke ernannt, so kann jedem von ihnen ein Teilzeugnis nur für seine Person erteilt werden. In diesem Teilzeugnis sind die Personen des oder der Mitvollstrecke/s anzugeben, es sei denn, der Testamentsvollstrecke ist nach außen allein zum Handeln für den Nachlaß berechtigt (Abweichung von § 2224 Abs. 1 BGB)<sup>144</sup>. Statt dessen ist auch die Erteilung eines gemeinschaftlichen Zeugnisses für alle ernannten Testamentsvollstrecke gemeinsam oder ein gemeinschaftliches Teilzeugnis z.B. für zwei von drei ernannten Testamentsvollstreckern zulässig. In Betracht kommt schließlich auch die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Testamentsvollstreckezeugnisses in entsprechender Anwendung von § 2369 BGB<sup>145</sup>.

### 2. Inhalt

Im Testamentsvollstreckezeugnis sind namentlich anzugeben der Erblasser und der oder die Testamentsvollstrecke. Weitere Angaben sind nur erforderlich, wenn und soweit der Erblasser Abweichungen von den gesetzlichen Regelbefugnissen angeordnet hat<sup>146</sup>. Enthält ein Testamentsvollstreckezeugnis über die namentliche Bezeichnung des Erblassers und des Testamentsvollstreckers hinaus keine weiteren Angaben, so bezeugt es damit – negativ – daß dem Testamentsvollstrecke die Befugnisse nach §§ 2203 ff. BGB zustehen.

Anzugeben ist demgegenüber jede von der gesetzlichen Regelbefugnis abweichende Anordnung des Erblassers, soweit sie für den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Dritten bedeutsam ist, und nicht nur die in § 2368 Abs. 1 S. 2 BGB genannten beiden Sonderfälle<sup>147</sup>. Anzugeben sind also sowohl Beschränkungen als auch Erweiterungen der Regelbefugnisse, wie zum Beispiel:

- Gegenständliche Beschränkungen, also die Beschränkung der Testamentsvollstreckung auf bestimmte Gegenstände oder einen einzigen Gegenstand, Herausnahme bestimmter Gegenstände von der allgemeinen Anordnung der Testamentsvollstreckung, Beschränkung der Testamentsvollstreckung auf den Erbteil eines Miterben.
- Beschränkungen des Aufgabenkreises: Beschränkung darauf, den Nachlaß nur zu verwalten, § 2209 S. 1 HS 1 BGB, Überwachungsvollstreckung, § 2208 Abs. 2 BGB, Überwachung des Vollzugs einer Auflage gegenüber dem Alleinerben<sup>148</sup> oder gegenüber einem Vermächtnisnehmer<sup>149</sup>, und zwar auch als alleiniger Inhalt der Testamentsvollstreckung. Bei der lediglich beaufsichtigenden Testamentsvollstreckung gem. §§ 2208 Abs. 2, 2194 BGB stehen dem Testamentsvollstrecke die allgemeinen Verwaltungs- und

135 Graf, Nachlaßrecht, 8. Aufl. 2000, Rn. 4.305 ff.

136 Siehe nur Haegeler/Winkler, a.a.O. (Fn. 11) Rn. 723.

137 MünchKomm/Promberger, a.a.O. (Fn. 3), § 2364, Rn. 5 f.; Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), § 2364, Rn. 1.

138 MünchKomm/Promberger, a.a.O. (Fn. 3), a.a.O., Rn. 6 m.w.N.

139 MünchKomm/Promberger, a.a.O. (Fn. 3), § 2364, Rn. 4.

140 MünchKomm/Promberger, a.a.O. (Fn. 3), § 2364, Rn. 8.

141 OLG Frankfurt WM 1993, 803; Haegeler/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 724.

142 BGH WM 1961, 479.

143 OLG Hamm NJW 1974, 505; BayObLG ZEV 1995, 22, 23; MDR 1978, 142;

Graf, Nachlaßrecht, a.a.O. (Fn. 135), Rn. 4.453; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2368, Rn. 4 m.w.N.; andere Ansicht: MünchKomm/Promberger, a.a.O. (Fn. 3), § 2368, Rn. 20 m.w.N.; Haegeler/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 687.

144 Graf, a.a.O. (Fn. 135), Rn. 4.450.

145 BayObLGZ 1965, 377, 383; Soergel/Darau, a.a.O. (Fn. 3), § 2368, Rn. 3.

146 BGH NJW 1996, 1284, 1285.

147 BayObLG Pfleger 1999, 25.

148 BayObLG MittRhNotK 1991, 59, 61.

149 BayObLG DNotZ 1986, 549.

- Verfügungsbefugnisse nicht zu. Nacherbenvollstreckung, § 2222 BGB. Vermächtnisvollstreckung, § 2223 BGB.
- Zeitliche Beschränkungen und Bedingungen, also die Verwaltung nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt oder einem bestimmten Ereignis<sup>150</sup> oder die Anordnung der Testamentsvollstreckung unter einer auflösenden Bedingung. Erfolgt die Anordnung unter einer aufschiebenden Bedingung, besteht das Amt vor Eintritt der Bedingung nicht, selbst wenn der Ernannte die Annahme schon erklärt hat, was zulässig ist. Ein Zeugnis kann folglich nicht unter Angabe der aufschiebenden Bedingung erteilt werden<sup>151</sup>.
  - Untersagung der Auseinandersetzung auf Dauer oder auf Zeit,
  - Beschränkungen durch Mit-Testamentsvollstrecker,
  - Unbeschränkte Verpflichtungsbefugnis,
  - Erweiterung des Aufgabenkreises durch Dauervollstreckung im Sinne von § 2209 S. 1 HS 2 BGB, also die Fortdauer der Verwaltung nach Erledigung der sonstigen Aufgaben. Gemäß § 2209 S. 2 BGB wird eine erweiterte Verpflichtungsbefugnis des Dauer-Testamentsvollstreckers im Zweifel vermutet. Daraus wird der Schluß gezogen, die Angabe der unbeschränkten Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers sei entgegen § 2368 Abs. 1 S. 2 BGB in diesem Fall entbehrlich<sup>152</sup>. Dem ist zu widersprechen. § 2209 S. 2 BGB begründet keine gesetzliche Regelbefugnis des Testamentsvollstreckers, sondern ist lediglich eine Auslegungsregel. Die Abweichung von der Regelbefugnis des § 2206 Abs. 1 S. 1 BGB ist deshalb zusätzlich zur Dauervollstreckung im Testamentsvollstreckerzeugnis zu vermerken.

Eine Besonderheit gilt für diejenigen Beschränkungen der Befugnisse bei der Testamentsvollstreckung über Gesellschaftsbeteiligungen, die sich aus Gesellschaftsrecht oder Gesellschaftsvertrag ergeben. Solche Beschränkungen sind nach dem Vorlagebeschuß des BGH vom 10.1.1996<sup>153</sup> im Zeugnis nicht anzugeben. Für zulässig hält der BGH aber den Zusatz im Testamentsvollstreckerzeugnis, daß zu den Aufgaben des Testamentsvollstreckers „insbesondere die Verwaltung der Anteile des Erblassers an der Grundstücksgesellschaft“ gehören.

### 3. Reichweite des öffentlichen Glaubens

Ist ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt, so ist für die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Verfügung über ein Grundstück oder ein Grundstücksrecht oder dessen sonstige Rechtsstellung allein das Zeugnis maßgebend<sup>154</sup>. Gemäß § 2368 Abs. 3 HS 1 BGB finden die Vorschriften über den Erbschein auf das Testamentsvollstreckerzeugnis entsprechend Anwendung. Das Zeugnis enthält daher die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit (§ 2365 BGB) und entfaltet in diesem Rahmen Gutgläubensschutz (§ 2366 BGB). Gemäß §§ 2368 Abs. 3, 2365 BGB wird vermutet, daß

- der durch das Zeugnis Ausgewiesene rechtsgültig Testamentsvollstrecker geworden ist,
- diesem das Testamentsvollstreckeramt in seinem regelmäßigen gesetzlichen Umfang, gegebenenfalls mit dem im Zeugnis angegebenen Erweiterungen, ursprünglich zu stand und

- daß er nur durch die Anordnungen des Erblassers in seinem Amt beschränkt ist, die im Zeugnis angegeben sind.

Verfügt der Testamentsvollstrecker unter Vorlage des Testamentsvollstreckerzeugnisses über Nachlaßgrundbesitz, obwohl er tatsächlich nicht wirksam zum Testamentsvollstrecker ernannt worden ist oder ihm die Verfügungsbefugnis nach den Anordnungen des Erblassers tatsächlich nicht zusteht (und dies im Zeugnis nicht vermerkt ist), wird diese Rechtsmacht zugunsten des gutgläubigen Erwerbers fingiert. Gutgläubenschutz entfaltet das Testamentsvollstreckerzeugnis allerdings nur zugunsten Dritter im Verhältnis zum Nachlaß. Er gilt nicht für Geschäfte zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Erben<sup>155</sup>. Der Gutgläubenschutz umfaßt auch Verpflichtungsgeschäfte des Testamentsvollstreckers und geht insoweit über den Verkehrsschutz des Erbscheins hinaus.

Das Zeugnis sagt – wie der Erbschein – nichts dazu, ob ein bestimmter Gegenstand zum Nachlaß gehört und der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt<sup>156</sup>. Der gute Glaube an die Zugehörigkeit eines Grundstücks zum Nachlaß und an das Eigentum der Erben wird nur nach den allgemeinen Vorschriften geschützt<sup>157</sup>.

Eine wesentliche **Einschränkung** des Verkehrsschutzes gegenüber dem Erbschein ergibt sich aus **§ 2368 Abs. 3 HS 2 BGB**. Danach führt jede Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes automatisch – ipso iure – zur Kraftlosigkeit des Zeugnisses und damit zum Wegfall des öffentlichen Glaubens. Weitere Schritte sind dazu nicht erforderlich, insbesondere nicht – wie z.B. beim Erbschein – die Einziehung (§ 2361 Abs. 1 BGB), die Kraftloserklärung (§ 2361 Abs. 2 BGB) oder die Herausgabe an das Nachlaßgericht (§ 2362 Abs. 1 BGB). Eine förmliche Einziehung (§§ 2368 Abs. 3, 2361 Abs. 1 BGB) ist unzulässig<sup>158</sup>. Allerdings besteht ein praktisches Bedürfnis, das Zeugnis aus dem Verkehr zu ziehen, um einem Mißbrauch vorzubeugen. Das wirkungslos gewordene Zeugnis ist deshalb vom Nachlaßgericht zu den Akten zurückzufordern<sup>159</sup>. Soll gegenüber dem Grundbuchamt die Wirksamkeit einer vom bisherigen Testamentsvollstrecker während der Dauer seines Amtes vorgenommenen Rechtshandlung nachgewiesen werden, so kann auf der Ausfertigung ein Vermerk angebracht werden, daß und seit wann das Amt erloschen ist<sup>160</sup>.

Die Vermutung geht also nicht dahin, daß das Amt im Zeitpunkt der Vorlage des Testamentsvollstreckerzeugnisses noch besteht. Das ist unbestritten. Streitig ist in diesem Zusammenhang, ob der öffentliche Glaube an den Fortbestand des Amtes dann besteht, wenn die Beendigung auf einer vom Erblasser angeordneten Befristung oder auflösenden Bedingung beruht, die im Zeugnis hätte angegeben werden müssen, aber nicht angegeben worden ist. Die h.M. bejaht in diesem Fall den öffentlichen Glauben<sup>161</sup>. Nach anderer Ansicht<sup>162</sup> ist auch in diesem Fall Gutgläubenschutz ausgeschlossen. § 2368 Abs. 3 HS 2 BGB sei die vorrangig anzuwendende Sondervorschrift, die für jeden Fall der Beendigung des Amtes ordne, daß das Zeugnis kraftlos wird. Diese Ansicht ist abzulehnen. Zwar ist es richtig, daß § 2368 Abs. 1 HS 2 BGB nicht danach differenziert, aus welchem Grund das Amt beendet ist und ein kraftlos gewordenes Zeugnis keinen Verkehrsschutz mehr entfalten kann. Die Besonderheit des Falles besteht aber darin, daß dem Zeugnis – jedenfalls ursprünglich – die Vermutung innewohnt, daß eine Befristung oder auflösende Bedingung der Testamentsvollstreckung vom Erblasser nicht angeordnet wor-

<sup>150</sup> Dazu näher Bestelmeyer, ZEV 1997, 316.

<sup>151</sup> MünchKomm/Promberger, a.a.O. (Fn. 3), § 2368, Rn. 4; MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), § 2202, Rn. 3; Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2368, Rn. 8.

<sup>152</sup> MünchKomm/Promberger, a.a.O. (Fn. 3), § 2368, Rn. 9.

<sup>153</sup> NJW 1996, 1284, 1285.

<sup>154</sup> BayObLG Pfleger 1999, 25.

<sup>155</sup> BGHZ 41, 23, 30.

<sup>156</sup> BGH NJW 1981, 1271, 1272.

<sup>157</sup> Soergel/Damrau a.a.O. (Fn. 3), § 2368, Rn. 12.

<sup>158</sup> OLG Köln Pfleger 1986, 261 m.w.N.; Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), § 2368, Rn. 10; allg. Meinung.

<sup>159</sup> KG, NJW 1964, 1905/1906; BayObLGZ 1953, 357, 361; OLG Köln, a.a.O. (Fn. 158), geht offenbar von einem Ermessen des Nachlaßgerichts aus; im Sinne einer Verpflichtung: Graf, a.a.O. (Fn. 135), Rn. 4.470; Haegeler/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 707.

<sup>160</sup> KG, NJW 1964, 1905, 1906; OLG Stuttgart, DNotZ 1981, 294, 295.

<sup>161</sup> Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2368, Rn. 26; MünchKomm/Promberger, a.a.O. (Fn. 3), § 2368, Rn. 41; Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), § 2368, Rn. 10; Erman/Schlüter, BGB, § 2368, Rn. 4; Haegeler/Winkler a.a.O. (Fn. 11), Rn. 704.

<sup>162</sup> Bestelmeyer, ZEV 1997, 316, 319/320.

den ist und das Amt folglich aus einem solchen Grund nicht enden kann. Dieser Konflikt läßt sich sinnvoll nur über eine teleologische Reduktion des § 2368 Abs. 3 HS 2 BGB lösen. Sinn und Zweck des Testamentsvollstreckerzeugnisses ist es, den Testamentsvollstrecker im Rechtsverkehr zu legitimieren und zwar in gleicher Weise, also ob dieser dem Vertragspartner die seine Ernennung enthaltende letztwillige Verfügung mit Eröffnungsvermerk vorlegen würde. Der Rechtsverkehr darf sich deshalb darauf verlassen, daß alle diejenigen Anordnungen des Erblassers, die eine Abweichung vom gesetzlich geregelten Grundtyp der Testamentsvollstreckung darstellen, im Zeugnis genannt sind. Das gilt auch für die Befristung oder die auflösende Bedingung. Von diesem Grundsatz will § 2368 Abs. 3 HS 2 BGB nicht abweichen. Diese Vorschrift regelt ihrem Sinn und Zweck nach deshalb nur die Folgen der Beendigung des Amtes, soweit das Testamentsvollstreckerzeugnis selbst keinen entgegenstehenden Rechtsschein geschaffen hat.

Eine weitere Einschränkung des öffentlichen Glaubens kann sich schließlich daraus ergeben, daß die Testamentsvollstreckung im Erbschein entgegen § 2364 BGB nicht vermerkt ist. Nach der Rechtsprechung des BGH entfällt bei einem Widerspruch zwischen Erbschein und Testamentsvollstreckerzeugnis der öffentliche Glaube beider Zeugnisse, soweit ein Widerspruch besteht<sup>163</sup>. Ein gutgläubiger Erwerb vom Erben ist danach nicht möglich, soweit die Testamentsvollstreckung reicht. Da der Widerspruch die Anordnung der Testamentsvollstreckung insgesamt erfaßt, könnte das Testamentsvollstreckerzeugnis folglich keinerlei Gutglaubenswirkungen entfalten. Es ist daher unverzichtbar, bei Vorliegen von Testamentsvollstreckerzeugnis und Erbschein beide Zeugnisse auf Widersprüche hin zu überprüfen.

#### **4. Nachlaßgerichtliches Zeugnis über die Fortdauer des Amtes?**

Aus dem eingeschränkten Gutglaubensschutz des Testamentsvollstreckerzeugnisses folgt eine erhebliche Beeinträchtigung der Sicherheit des Rechtsverkehrs, derer sich die Vertragsbeteiligten häufig gar nicht bewußt sein werden: Jeder, der mit einem Testamentsvollstrecker Rechtsgeschäfte tätigt, muß sich auf eigene Gefahr vergewissern, daß der im Zeugnis Ausgewiesene im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch Testamentsvollstrecker ist. Bei Grundstücksgeschäften mit dem Testamentsvollstrecker kommt hinzu, daß der überwiegende Teil der Rechtsprechung § 878 BGB hier nicht anwenden will<sup>164</sup>. Der Vertragspartner trägt also das Risiko, daß der Testamentsvollstrecker bis zum Vollzug der rechtsändernden Eintragung im Grundbuch seine Verfügungsbefugnis infolge Amtsbeendigung verliert. Wie diesem Problem aus kautelarjuristischer Sicht beizukommen ist, wird, soweit ersichtlich, bislang nicht näher erörtert. Die vor dem Hintergrund der Nichtanwendbarkeit des § 878 BGB regelmäßig zu empfehlende Abwicklung des Kaufvertrages über Notaranderkonto und die Auszahlung an den Testamentsvollstrecker erst nach grundbuchlichem Vollzug des Eigentumswechsels<sup>165</sup> löst das Problem nicht. Stellt sich nach der Eigentumsschreibung und nach der Auszahlung des Kaufpreises vom Anderkonto heraus, daß das Amt vorher erloschen ist, schützt das Testamentsvollstreckerzeugnis den Käufer nicht und verhilft ihm auch dann nicht zu einem gutgläubigen Eigentumserwerb, wenn es dem Grundbuchamt unmittelbar vor dem Vollzug erneut vorgelegt wurde und der Testamentsvollstreckervermerk im Zuge der Eigentumsumschreibung gelöscht wird. Im günstigsten Fall (Amtsbeendigung nach Abschluß des schuldrechtlichen Vertrages) hat der Käufer einen Anspruch auf erneute Auflassung oder Genehmigung der Verfügung gemäß

§ 185 Abs. 2 S. 1 1. Fall BGB durch den Erben oder den Er-satz-Testamentsvollstrecker. Auch eine vom ursprünglichen Te-stamentsvollstrecker im Kaufvertrag erteilte und unwiderrufene Auflassungsvollmacht hilft nicht weiter, weil diese Vollmacht mit der Beendigung des Amtes erlischt und § 172 BGB auf die von einem Testamentsvollstrecker stammenden Vollmachtsurkun-den nicht anwendbar ist<sup>166</sup>. War das Amt im Zeitpunkt der Beur-kundung des Kaufvertrages bereits erloschen, bleibt dem Käu-fer neben der persönlichen Haftung des Testamentsvoll-streckers aus § 179 BGB nur der Bereicherungsanspruch ge-gen den Erben.

Soweit die Problematik des § 2368 Abs. 3 BGB überhaupt ge-sehen wird, geht die Empfehlung dahin, sich das Fortbestehen des Testamentsvollstreckeramtes vom Nachlaßgericht bestäti-gen zu lassen<sup>167</sup>. Die Einzelheiten einer solchen Bestätigung sind aber noch nicht geklärt. So ist zu fragen, wer eine solche Bestätigung beantragen kann, weiter, ob es einen Anspruch auf Erteilung gibt und schließlich, welche Rechtsqualität einer solchen Bestätigung zukommt. In der Literatur wird vorgeschla-gen, die Lücke im Gutglaubensschutz des § 2368 Abs. 3 BGB durch ein sogenanntes nachlaßgerichtliches Fortbestandszeugnis zu schließen<sup>168</sup>. Ob der Testamentsvollstrecker auch einen Anspruch auf Erteilung hat, wird ausdrücklich nur von *Haegeler/Winkler*<sup>169</sup> vertreten. Die übrigen zitierten Stellen sind insoweit unklar. Auch zu der Frage, ob und welche Rechts-scheinswirkungen einem solchen Fortbestandszeugnis zukom-men, finden sich kaum Ausführungen. *Promberger* vertritt, daß die §§ 2368 Abs. 3 i.V.m. 2365 f. BGB Anwendung finden, da die Feststellung des Bestehens des Amtes des Testamentsvoll-streckers auch einem späteren Zeugnis innewohnen würde<sup>170</sup>. Dagegen vertritt *Bestelmeyer* die Auffassung, daß die Erteilung eines Fortbestandszeugnisses unzulässig sei<sup>171</sup>. Er hält ledig-lich die Erteilung einer formlosen nachlaßgerichtlichen Bestäti-gung für zulässig, wonach sich aus den Nachlaßakten keine Umstände ergeben, die auf eine Beendigung des Amtes hin-deuten.

Eine gefestigte nachlaßgerichtliche Praxis besteht, soweit dies zu ermitteln war, nicht. Dem Verfasser wurde auf telefonische Anfrage bei den Nachlaßabteilungen in mehreren Großstädten im Bereich der Rheinischen Notarkammer mitgeteilt, daß Fort-bestandszeugnisse bislang nicht erteilt, aber wohl auch nicht beantragt worden seien. Berichtet wurde allerdings, daß Grundbuchämter gelegentlich um eine Bestätigung baten, ih-nen mitzuteilen, ob das Amt noch bestehe. Solche Mitteilungen würden in der Regel formlos erteilt. Die Auskünfte bezügen sich naturgemäß nur auf die Tatsachen, die dem Nachlaßgericht be-kannt seien.

Das praktische Bedürfnis nach einer solchen, mit Gutglaubens-schutz ausgestatteten Bescheinigung ist evident. Wenn dem Testamentsvollstrecker auf der einen Seite die Auseinanderset-zung des Nachlasses als gesetzliche Regelaufgabe obliegt, dann darf die Veräußerung von Nachlaßgegenständen für den Rechtsverkehr auf der anderen Seite nicht durch Rechtsunsicherheit unnötig erschwert werden. Ein mit den Gutglaubens-schutzregelungen der §§ 2368 Abs. 3, 2366 BGB ausgestat-te tes Fortbestandszeugnis wäre aus der Sicht des Rechtsver-kehrs und der Vertragspraxis wünschenswert: Ausgestellt im Anschluß an den grundbuchlichen Vollzug des Kaufvertrages und als weitere Voraussetzung für die Auszahlung des Kauf-preises vom Notaranderkonto (oder für die Freigabe alternativ gestellter Sicherheiten) wäre der Eigentumserwerb des Käufers endgültig gesichert.

163 BGH DNotZ 1991, 545.

164 Dazu näher unten, C. III.

165 Zu dieser Gestaltung und alternativer Sicherungsmittel aus der Sicht des Käufers: Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 184, Rn. 15; Schaub, ZEV 2000, 49, 51; Reimann, ZEV 1999, 69.

166 Dazu näher oben, A. IV. 8.

167 Keidel/Winkler, Beurkundungsgesetz, 14. Aufl. 1999, § 12, Rn. 12 in Fn. 2; Pa-land/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), 59. Aufl. 2000, Rn. 11.

168 MünchKomm/Promberger, a.a.O. (Fn. 3), § 2368, Rn. 13; Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2368, Rn. 5; Graf, a.a.O. (Fn. 135), Rn. 4.472 Haegeler/Wink-ler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 708.

169 A.a.O., Fn. 168.

170 A.a.O., Fn. 168.

171 ZEV 1997, 316, 317.

## **5. Erteilung einer weiteren Ausfertigung gemäß §§ 84, 85 FGG**

Anstelle des gesetzlich nicht geregelten Fortbestandszeugnisses kommt die Erteilung einer weiteren Ausfertigung gemäß §§ 85, 84 S. 2 FGG in Betracht. Danach kann jeder, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, verlangen, daß ihm eine Ausfertigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses erteilt wird. Damit wird der Kreis derjenigen, die ein Recht auf Erteilung einer Ausfertigung haben, über den Kreis der Antragsteller für die Erteilung des Erstzeugnisses erweitert. Liegen die Voraussetzungen vor, muß das Nachlaßgericht die Ausfertigung erteilen. Ein Ermessen besteht insoweit nicht<sup>172</sup>. Es ist evident, daß der Käufer eines Nachlaßgrundstücks ein rechtliches Interesse an der Erteilung einer Ausfertigung hat<sup>173</sup>. Das gilt wegen § 2368 Abs. 3 HS 2 BGB auch dann, wenn der Testamentsvollstrecker bereits ein Zeugnis vorgelegt hat und das Grundbuchamt auf dieser Grundlage die beantragte Eintragung vornehmen würde. Denn anders als das Grundbuchamt für die Zwecke des Grundbuchverfahrens<sup>174</sup> darf der Käufer materiellrechtlich nicht auf den Fortbestand des Zeugnisses vertrauen.

In der Erteilung einer weiteren Ausfertigung wird man aber kaum die begehrte Feststellung des Fortbestandes des Amtes sehen können. Zwar soll eine Ausfertigung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, die gleich wieder als kraftlos aus dem Verkehr gezogen werden müßte, nicht erst erteilt werden<sup>175</sup>. Eine Erteilung der Ausfertigung kommt somit nicht in Betracht, wenn dem Nachlaßgericht die Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes bekannt ist. Eine Verpflichtung, den Fortbestand des Amtes des Testamentsvollstreckers vor der Erteilung jeder weiteren Ausfertigung erneut festzustellen, folgt daraus jedoch nicht. Denn durch den Ausfertigungsvermerk wird neben dem Tag und dem Ort der Erteilung und der Person, der die Ausfertigung erteilt wird, vom Nachlaßgericht lediglich die Übereinstimmung der Ausfertigung mit der Urschrift bestätigt.

## **6. Schlußfolgerungen für die kautelarjuristische Praxis**

Der fehlende Gutgläubensschutz an den Fortbestand des Testamentsvollstreckeramtes stellt die kautelarjuristische Praxis vor Probleme, die noch nicht befriedigend gelöst sind.

Unproblematisch ist die Vertragsgestaltung und -abwicklung lediglich dann, wenn alle Erben mitwirken und keine Ersatztestamentsvollstreckung angeordnet ist. Endet in einem solchen Fall das Amt vor dem Grundbuchvollzug, lebt die Verfügungsbefugnis der Erben wieder auf. Das Grundbuchamt kann den Vertrag dann wegen der Mitwirkung der Erben vollziehen. In allen übrigen Fällen trägt der Vertragspartner das Risiko, den Ersatztestamentsvollstrecker oder die Erben auf Auflassung oder Genehmigung der Auflassung des ursprünglichen Testamentsvollstreckers gemäß § 185 BGB verklagen zu müssen. Es mag sein, daß der Vertragspartner trotz Belehrung über die damit möglicherweise verbundenen Risiken, diese als gering einschätzt und bereit ist, sie zu übernehmen. Ist er es nicht, bleibt zu seiner Sicherheit nur die Abwicklung der Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto, wobei der Kaufpreis erst dann ausgezahlt werden darf, wenn im Anschluß an den grundbuchlichen Vollzug der Fortbestand des Amtes festgestellt worden ist. Als Alternative kommt die Stellung einer Bürgschaft in Betracht, die nach einer entsprechenden Feststellung vom Käufer zurückzugeben ist. Es fragt sich, wie eine solche Feststellung zu treffen ist.

Im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs wäre ein nachlaßgerichtliches Fortbestandszeugnis die beste Lösung, sofern es mit den gleichen Gutgläubensschutzwirkungen ausgestattet ist wie das ursprüngliche Testamentsvollstreckerzeugnis. Da

ein solches Zeugnis gesetzlich nicht geregelt ist und auch eine einheitliche Übung der Nachlaßgerichte, solche Zeugnisse zu erteilen, nicht besteht, wäre es sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen der Erteilung als auch hinsichtlich Form und Inhalt und damit auch hinsichtlich der Rechtswirkungen weitreichenden Unsicherheiten ausgesetzt. Der kautelarjuristischen Praxis kann daher nicht empfohlen werden, auf ein nachlaßgerichtliches Fortbestandszeugnis als Sicherungsmittel für den Käufer zu vertrauen. Auf die Erteilung einer weiteren Ausfertigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses an den Käufer besteht ein gesetzlicher Anspruch. Die Erteilung einer weiteren Ausfertigung beinhaltet aber nicht die begehrte Feststellung des Fortbestandes des Amtes und bringt dem Vertragspartner des Testamentsvollstreckers somit nicht die gewünschte Rechts sicherheit.

In Betracht kommt die Einholung einer Bestätigung des Nachlaßgerichts, wonach sich aus den Nachlaßakten die Beendigung des Amtes nicht ergibt, die Nachlaßakten also weder eine Kündigungserklärung des Testamentsvollstreckers noch einen Entlassungsbeschuß des Nachlaßgerichts enthalten. Erteilt das Nachlaßgericht eine solche Bestätigung nicht, wird dem Notar nichts anderes übrig bleiben, als die Nachlaßakten selbst zu prüfen. Weiter bliebe zu prüfen, ob das Amt nicht aus Gründen beendet ist, die sich nicht aus den Nachlaßakten ergeben. Die Amtsbeendigung infolge Aufgabenerledigung kann regelmäßig ausgeschlossen werden, solange der Testamentsvollstrecker noch den Veräußerungserlös auseinanderzusetzen und an die Erben auszukehren hat. Ob und inwieweit Befristungen und auflösende Bedingungen zu prüfen sind, ist eine Frage des Einzelfalles. Was bleibt ist die Feststellung, daß der Testamentsvollstrecker im Zeitpunkt des grundbuchlichen Vollzuges noch lebte. Nachträgliche Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit des Testamentsvollstreckers gehören wohl zum allgemeinen Vertragsrisiko, die mangels konkreter Anhaltspunkte im Einzelfall, nicht gesondert geprüft und festgestellt werden können.

## **C.**

### **Grundbuchverfahren**

#### **I. Legitimation des Testamentsvollstreckers**

Die Befugnis des Testamentsvollstreckers, über das Nachlaßgrundstück/Grundstücksrecht zu verfügen kann gegenüber dem Grundbuchamt entweder nach § 35 Abs. 2 HS 1 GBO durch Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses oder nach § 35 Abs. 2 HS 2, Abs. 1 S. 2 GBO durch eine in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen nachgewiesen werden.

#### **1. Testamentsvollstreckerzeugnis**

Das Testamentsvollstreckerzeugnis ist in Ausfertigung vorzulegen. Die Vorlage in Urschrift ist nicht möglich, da diese stets bei den Nachlaßakten verbleibt. Die Vorlage einer einfachen Kopie oder einer beglaubigten Abschrift genügt nicht, da diese in beliebiger Zahl gefertigt werden und vom Nachlaßgericht im Falle der Beendigung nicht zurückgefordert werden können. Wie bei der Vollmacht genügt es allerdings auch, daß der beurkundende Notar bescheinigt, daß ihm das Testamentsvollstreckerzeugnis in Ausfertigung bei der Beurkundung vorgelegt wurde, er der Niederschrift eine beglaubigte Abschrift beifügt und diese dem Grundbuchamt im Ausfertigung oder beglaubigter Form einreicht<sup>176</sup>. Das Grundbuchamt hat dann von der im Zeitpunkt der Beurkundung bestehenden Verfügungsmacht auszugehen<sup>177</sup>. Die erneute Vorlage des Zeugnisses soll das Grundbuchamt dann verlangen können, wenn zwischen der Beurkun

172 Großkommentar FGG, 1970, § 85 Rn. 3.

173 Großkommentar FGG, § 85, Rn. 3; Bassenge/Herbst, FGG, 8. Aufl. 1998, § 85, Rn. 2.

174 Meikel/Roth, Grundbuchrecht, Band 2, 8. Aufl. 1998, § 35, Rn. 168.

175 KG, NJW 1964, 1604, 1605; BayObLGZ 1956, 186, 190.

176 Beck'sches Notarhandbuch/Brambring, 2. Auflage 1997, S. 147 Rn. 291; Bengal/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 186 Rn. 26.

177 Haegeler/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 713.

dung und dem Eingang beim Grundbuchamt ein längerer Zeitraum verstrichen ist<sup>178</sup>. Die erneute Vorlage macht beim Erbschein Sinn<sup>179</sup>, nicht aber beim Testamentsvollstreckezeugnis wegen § 2368 Abs. 3 aE BGB. Die erneute Vorlage beweist lediglich, daß das Zeugnis zwischenzeitlich nicht zu den Akten des Nachlaßgerichts zurückgereicht worden ist, nicht aber den Fortbestand des Testamentsvollstreckeraumes. Bei Zweifeln kann das Grundbuchamt entweder eine (formlose) Bestätigung des Nachlaßgerichts verlangen, daß das Amt noch fortbesteht oder aber, im Wege der Zwischenverfügung die Vorlage einer erneuten Ausfertigung jüngeren Datums. Befinden sich Grundbuchamt und Nachlaßgericht bei demselben Amtsgericht, genügt auch der Verweis auf die Nachlaßakten, die das Testamentsvollstreckezeugnis enthalten<sup>180</sup>.

Ist der verfahrensrechtliche Nachweis erbracht, hat das Grundbuchamt vom Fortbestand des Zeugnisses auszugehen, sofern nicht besondere Gründe die Annahme rechtfertigen, daß das Amt zwischenzeitlich beendet ist<sup>181</sup>. § 2368 Abs. 3 HS 2 BGB findet also keine Entsprechung im Grundbuchverfahrensrecht. Die Vorlage eines sogenannten Fortbestandszeugnisses kann demnach vom Grundbuchamt nicht gefordert werden.

Ist ein Testamentsvollstreckezeugnis erteilt, so ist für die Befugnis des Testamentsvollstreckers allein das Zeugnis maßgebend<sup>182</sup>. An die Auslegung der letztwilligen Verfügung des Erblassers durch das Nachlaßgericht ist das Grundbuchamt gebunden<sup>183</sup>. Auch wenn das Grundbuchamt die Auslegung durch das Nachlaßgericht und, als Folge davon, den Inhalt des Testamentsvollstreckezeugnisses für falsch hält, ist es nicht zu einer eigenständigen ergänzenden oder berichtigenden Auslegung berechtigt. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn das Grundbuchamt Kenntnis von Tatsachen erlangt, die der Ernennung entgegenstehen und die dem Nachlaßgericht im Zeitpunkt der Erteilung des Zeugnisses nicht bekannt waren<sup>184</sup>.

## 2. Ausweis durch öffentliche Urkunde

Im Grundbuchverfahren gilt die Legitimationserleichterung des § 35 Abs. 2 HS 2 GBO. Danach kann sich der Testamentsvollstrecke auch durch Vorlage einer öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen legitimieren, die seine Ernennung enthält. Erforderlich ist daneben die Eröffnungsniederschrift und der Nachweis der Annahme des Amtes in grundbuchtauglicher Form. Der Nachweis kann durch ein Zeugnis des Nachlaßgerichts über die Annahme des Amtes<sup>185</sup> oder durch eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift des Protokolls der Annahmeerklärung erbracht werden. Hierauf kann wiederum verwiesen werden, wenn die Nachlaßakten bei demselben Amtsgericht geführt werden. Enthalten die Nachlaßakten nur eine privatschriftliche Annahmeerklärung, kann dadurch die Amtsnahme dem Grundbuchamt nicht nachgewiesen werden. Hat der Erblasser die Ernennung des Testamentsvollstreckers einem Dritten oder dem Nachlaßgericht überlassen, müssen auch diese Ernennungen in öffentlich beglaubigter Form nachgewiesen werden. Der Beschuß des Nachlaßgerichts über die Ernennung ist ferner mit einem Rechtskraftzeugnis vorzulegen<sup>186</sup>.

Kann der Testamentsvollstrecke sich durch Vorlage öffentlicher Urkunden legitimieren, so ist das Grundbuchamt nur aus besonderen Gründen berechtigt, gleichwohl die Vorlage eines Testamentsvollstreckezeugnisses zu verlangen. Ein berechtigtes Interesse an der Vorlage eines Zeugnisses kann zum Beispiel dann bestehen, wenn die Beurteilung der Verfügungsbe-

fugnis besonders zweifelhaft und schwierig ist<sup>187</sup>. Eine andere Frage ist, ob auf die Beweiserleichterung zurückgegriffen werden sollte, etwa um Zeit, Mühen oder die Kosten für die Erteilung des Testamentsvollstreckezeugnisses zu sparen. Davon ist dringend abzuraten. Stellt sich z.B. bei der Veräußerung von Nachlaßgrundbesitz nachträglich heraus, daß die vorgelegte öffentlich beurkundete Verfügung von Todes vom Erblasser entweder gänzlich oder in bezug auf die Anordnung der Testamentsvollstreckung oder die Ernennung des Testamentsvollstreckers abgeändert worden ist, hat ein Nichtberechtigter die Auflösung/Bewilligung erklärt. Ein gutgläubiger Erwerb vom vermeintlichen Testamentsvollstrecke gemäß §§ 2368 Abs. 3, 2366 BGB ist mangels Testamentsvollstreckezeugnisses ausgeschlossen. Verlangt der wirklich Verfügungsberchtigte, etwa der wirkliche Testamentsvollstrecke unter Vorlage eines entsprechenden Zeugnisses oder der Erbe unter Vorlage eines Erbscheins in dem die Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht vermerkt ist, die Herausgabe des Grundstücks und die Zustimmung zur Grundbuchberichtigung, wird der Erwerber in seinem guten Glauben nicht geschützt<sup>188</sup>.

Nach einer in der Literatur vereinzelt vertretenen, aber nicht näher begründeten Ansicht, sollen hier allerdings die zur Duldungs- oder Anscheinsvollmacht entwickelten Grundsätze heranzuziehen sein<sup>189</sup>. Soweit ersichtlich, sind dieser Ansicht bislang weder die Rechtsprechung noch weitere Stimmen in der Literatur beigetreten. Zu Recht, denn die zur rechtsgeschäftlichen Vertretung von der Rechtsprechung entwickelten Rechtscheinsgrundsätze passen auf den Testamentsvollstrecke nicht und können daher nicht entsprechend angewendet werden. Die Rechtscheinsgrundsätze finden ihre Rechtfertigung in dem allgemeinen, den §§ 170 ff. BGB zugrundeliegenden Rechtssatz, der besagt, daß dem Geschäftsgegner die Nachprüfung einer Bevollmächtigung nicht zuzumuten ist, wenn das Verhalten des Vertretenen auf das Bestehen einer Vollmacht schließen läßt<sup>190</sup>. Dieses Verhalten rechtfertigt es, die Rechtscheinsvollmacht wie eine rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht zu behandeln<sup>191</sup>. Beim rechtsgeschäftlichen Handeln des vermeintlichen Testamentsvollstreckers fehlt es aber an einem, vom „Vertretenen“ zurechenbar gesetzten Rechtsschein. Der Testamentsvollstrecke handelt für die Erben. Als Rechtscheinsgrundlage kommt allenfalls die eröffnete Verfügung von Todes wegen in Betracht. Diese stammt aber vom Erblasser. Einen auf die „Vertretung“ der Erben gerichteten Rechtsschein wird man in der Ernennung eines Testamentsvollstreckers ohnehin nicht sehen können. An die Feststellungen des Nachlaßgerichts in der Eröffnungsverhandlung knüpft sich ebenfalls – materiell-rechtlich – kein guter Glaube. § 35 Abs. 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 S. 2 GBO ordnen lediglich an, daß Testamentsvollstreckezeugnis und die in einer öffentlichen Urkunde enthaltene Anordnung der Testamentsvollstreckung nebst der Niederschrift über ihre Eröffnung verfahrensrechtlich gleichstehen.

## 3. Vollmacht des Erblassers

Es gelten die allgemeinen Regeln für den Nachweis der Vertretungsmacht aufgrund Vollmacht gegenüber dem Grundbuchamt. Bescheinigt der Notar, daß die Vollmacht bei Beurkundung in Urschrift oder Ausfertigung vorlag, besitzt dieses Feststellung öffentlichen Glaubens. Die Vorlage einer beglaubigten Abschrift der Urkunde mit beigefügter beglaubigter Abschrift der Vollmachturkunde genügt dann zum Nachweis der Vertretungsbefugnis im Zeitpunkt der Beurkundung. Das gilt auch dann, wenn sich der Bevollmächtigte auf eine Vollmacht beruft, die bei dem das Rechtsgeschäft beurkundenden Notar verwahrt wird<sup>192</sup>.

178 Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 713.

179 KG DNotZ 1972, 615 (9 Monate bei einem Erbschein).

180 Meikel/Roth, a.a.O. (Fn. 174), § 35 Rn. 166; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 3462.

181 Meikel/Roth, a.a.O. (Fn. 174), § 35, Rn. 168; Bestelmeyer, ZEV 1997, 316, 319.

182 BayObLG Rpflieger 1999, 25.

183 BayObLG Rpflieger 1990, 365 = MittRhNotK 1991, 124; LG Köln Rpflieger 1977, 29; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2368, Rn. 36.

184 Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 715.

185 Graf, Nachlaßrecht, a.a.O. (Fn. 135), Rn. 4.459.

186 Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 719.

187 Bauer/von Oefele/Schaub, a.a.O. (Fn. 58), § 52, Rn. 18.

188 Zu der vergleichbaren Situation beim Erwerb vom Scheinerben: Vollhard, MittBayNot 1986, 114–115.

189 Bengel/Reimann/Bengel, a.a.O. (Fn. 13), S. 43 Rn. 241; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2197, Rn. 75.

190 Siehe nur Palandt/Heinrichs, a.a.O. (Fn. 3), § 173, Rn. 9.

191 BGHZ 86, 273, 276.

192 OLG Stuttgart DNotZ 1999, 138; Keidel/Winkler, a.a.O. (Fn. 167), § 12, Rn. 18.

## **II. Nachweis der Antrags- und Bewilligungsberechtigung**

Antragsberechtigt im Sinne von § 13 GBO ist nur der unmittelbar Beteiligte, dessen dingliche Rechtsstellung durch die Eintragung einen Verlust erleidet oder einen Gewinn erfährt<sup>193</sup>. Weitere Voraussetzung für die Eintragung von Grundstücken und Grundstücksrechten ist die Bewilligung des Betroffenen gemäß § 19 GBO und der Nachweis der Einigung im Falle des § 20 GBO. Verfügt ein Testamentsvollstrecker über Nachlaßgrundbesitz, so sind die Erben betroffen und nicht der Testamentsvollstrecker. Dennoch entspricht es allgemeiner Meinung, daß in diesen Fällen die Bewilligung allein vom Verfügungsberichtigen, also vom Testamentsvollstrecker, abzugeben ist. Die Zustimmung der Erben ist daneben nicht erforderlich<sup>194</sup>. Im Eintragungsverfahren prüft das Grundbuchamt daher allein die Antrags- und Bewilligungsberechtigung des Testamentsvollstreckers<sup>195</sup>.

### **1. Nachweis der Entgeltlichkeit**

Zu unentgeltlichen Verfügungen fehlt dem Testamentsvollstrecker die Verfügungsmacht. Das Grundbuchamt muß die Frage der Entgeltlichkeit deshalb stets von Amts wegen prüfen<sup>196</sup>. Die unterlassene Prüfung ist ein Verfahrensfehler, der die Eintragung eines Amtswiderspruchs zur Folge hat<sup>197</sup>.

Die Beurteilung der Entgeltlichkeit/Unentgeltlichkeit ist ausschließlich Sache des Grundbuchamtes. Der Nachweis der Entgeltlichkeit ist entsprechend § 35 Abs. 2 GBO vom Testamentsvollstrecker zu führen<sup>198</sup>. Dieser Nachweis kann durch öffentliche Urkunden regelmäßig nicht erbracht werden. Die Rechtsprechung hat daher Beweiserleichterungen zugelassen, wenn und soweit es praktisch unmöglich ist, Urkunden beizubringen<sup>199</sup>. Das Grundbuchamt darf seine Überzeugung aus Umständen jeder Art unter Berücksichtigung allgemeiner Erfahrungssätze gewinnen. Auch Wahrscheinlichkeitserwägungen über die Unentgeltlichkeit sind zulässig. Die Erklärungen der Beteiligten sind als wahr zu unterstellen, solange keine Zweifel an der Richtigkeit erkennbar sind<sup>200</sup>. Eigene Ermittlungen darf das Grundbuchamt jedoch nicht anstellen. Es kann lediglich durch Zwischenverfügung verlangen, daß die von ihm für erforderlich gehaltenen Unterlagen beigebracht werden. In der Praxis haben sich folgende Grundsätze herausgebildet:

Regelmäßig führt der Testamentsvollstrecker den Beweis der Entgeltlichkeit dadurch, daß er „die Beweggründe seiner Maßnahme im allgemeinen angibt, diese verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und irgendwelche begründeten Zweifel an der Pflichtmäßigkeit seiner Maßnahme nicht ersichtlich sind“<sup>201</sup>. So muß der Testamentsvollstrecker zum Beispiel bei der Bestellung einer Fremdgrundschuld an einem Nachlaßgrundstück das Grundgeschäft gegenüber dem Grundbuchamt darlegen und die maßgeblichen Beweggründe darstellen. Bei der Veräußerung von Nachlaßgrundbesitz an einen unbeteiligten Dritten genügt die Vorlage des Kaufvertrages. Denn ein allgemeiner Erfahrungssatz besagt, daß ein Kaufvertrag mit einem unbeteiligten Dritten ein entgeltlicher Vertrag und keine verschleierte Schenkung ist<sup>202</sup>. Dieser Erfahrungssatz muß dann auch für die Mitwirkung des Testamentsvollstreckers bei der Bestellung von Fremdgrundschulden am verkauften Nachlaßgrundbesitz für den Käufer für die Zwecke der Kaufpreiszah lung gelten.

193 Demhaber, a.a.O. (Fn. 23), § 13, Rn. 42.

194 Haegeler/Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 180), Rn. 101; Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 182/183 Rn. 5.

195 Haegeler/Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 180), Rn. 101.

196 BayObLG Rpfleger 1989, 200.

197 OLG Zweibrücken Rpfleger 1968, 88; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 52.

198 Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 95.

199 BGHZ 57, 84, 95.

200 BGHZ 57, 84, 95.

201 St. Rspr.: BGHZ 57, 84, 95; KG DNotZ 1954, 470; 1968, 669; OLG Köln Mitt-RhNotK 1989, 172, 173.

### **2. Nachweis der Erfüllung letzwilliger Verfügungen**

Eine unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers liegt nicht vor, wenn die Verfügung in Erfüllung einer letzwilligen Verfügung des Erblassers vorgenommen ist<sup>203</sup>. Der Nachweis, daß es sich um die Erfüllung einer letzwilligen Erblasserverfügung handelt, schließt die Unentgeltlichkeit aus. Zum Nachweis ist dem Grundbuchamt zunächst eine beglaubigte Abschrift der die entsprechende Erblasseranordnung enthaltende letzwillige Verfügung – mit Eröffnungsvermerk – vorzulegen. Auch bei einem privaten Testament ist dies ausreichend und möglich (§ 2264 BGB). Befinden sich die Nachlaßakten bei demselben Amtsgericht, genügt – wie stets – die Verweisung auf die Nachlaßakten. Daß der Testamentsvollstrecker die Erblasseranordnung auch pflichtgemäß erfüllt hat, kann nicht durch öffentliche Urkunde nachgewiesen werden. Dieser Nachweis braucht daher nicht in der Form des § 29 GBO geführt werden. Es genügt, daß im Wege der freien Beweiswürdigung des Grundbuchamtes Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Verfügungen des Testamentsvollstreckers ausgeräumt werden können<sup>204</sup>. Dazu wird das Grundbuchamt die Erblasseranordnung mit der Verfügung des Testamentsvollstreckers vergleichen und die letzwillige Verfügung im Wege der freien Beweiswürdigung erforderlichenfalls auslegen.

### **3. Nachweis bei In-Sich-Geschäften**

Bei In-Sich-Geschäften des Testamentsvollstreckers ist dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachzuweisen, daß dieser das Rechtsgeschäft entweder ausschließlich in Erfüllung einer Verbindlichkeit vorgenommen hat (§ 181 HS 2 BGB) oder ihm die Vornahme eines solchen Geschäfts vom Erblasser gestattet war. Der weitere Nachweis, daß die Vornahme des Geschäfts eine ordnungsgemäße Nachlaßverwaltung (§ 2216 BGB) darstellt, kann nicht durch öffentliche Urkunde geführt werden. Hier gelten die für den Nachweis der Entgeltlichkeit der Verfügung entwickelten Grundsätze entsprechend: Es genügt also, wenn die Beweggründe für die Vornahme des Rechtsgeschäfts vom Testamentsvollstrecker substantiiert vorgetragen werden, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und wenn irgendwelche Zweifel an der Pflichtmäßigkeit nicht ersichtlich sind<sup>205</sup>.

Der Nachweis der Gestattung kann problematisch sein, weil die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB im Testamentsvollstreckerzeugnis nicht vermerkt sein wird. Soweit ersichtlich, wird allgemein davon ausgegangen, daß eine solche Gestattung auch nicht im Testamentsvollstreckerzeugnis gemäß § 2368 Abs. 1 S. 2 BGB zu vermerken ist. Liegt ein öffentliches Testament oder ein Erbvertrag vor, so kann der Testamentsvollstrecker durch Vorlage einer beglaubigten Abschrift – oder Verweis auf die bei demselben Amtsgericht geführten Nachlaßakten – nachweisen, daß er in Ausführung einer Erblasseranordnung handelt. Bei einem privatschriftlichen Testament wird die Vorlage einer beglaubigten Abschrift mit Eröffnungsvermerk genügen müssen<sup>206</sup>. Sofern sich der Testamentsvollstrecker auf eine Gestattung aufgrund konkludenten Erblasserwillens beruft, kann das Grundbuchamt die letzwillige Verfügung im Wege der freien Beweiswürdigung auslegen<sup>207</sup>.

202 Meikel/Brambring, a.a.O. (Fn. 174), § 29, Rn. 302; Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 95.

203 St. Rspr.: RGZ 105, 246–248; BGH NJW 1963, 1613; BayObLG Rpfleger 1989, 200.

204 BayObLG, Rpfleger 1989, 200; Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 189 Rn. 43.

205 Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 73.

206 Bauer/v. Oefele/Schaub, a.a.O. (Fn. 58), § 52, Rn. 90.

207 Bauer/v. Oefele/Schaub, a.a.O. (Fn. 58), § 52, Rn. 90.

#### 4. Nachweis der Zustimmung der Erben und Vermächtnisnehmer

Seit dem Urteil des BGH vom 24.9.1971<sup>208</sup> ist für die Praxis entschieden, daß der Testamentsvollstrecker mit Zustimmung aller Erben und Vermächtnisnehmer immer – also auch unentgeltlich – verfügen kann. Die Zustimmungserklärungen sind in der Form § 29 GBO nachzuweisen, ebenso die Erbenstellung. Befruht die Erbfolge auf einer in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen, kann diese in beglaubigter Abschrift nebst einer Auffertigung oder beglaubigten Abschrift des Eröffnungsprotokolls zum Nachweis vorgelegt werden. In allen anderen Fällen geschieht dies entweder durch Vorlage einer Ausfertigung des Erbscheins oder durch Verweisung auf die den Erbschein enthaltenden Nachlaßakten bei demselben Amtsgericht oder durch ein sogenanntes Überweisungszeugnis (§ 36 GBO). Ist Nacherfolge angeordnet, müssen auch die Nacherben zustimmen. Ist der Testamentsvollstrecker zugleich Nacherbenvollstrecker (§ 2222 BGB), kann (nur) er die erforderlichen Zustimmungen ohne weiteres erteilen. Schwierigkeiten ergeben sich, wenn ein Nacherbenvollstrecker nicht ernannt ist und die Nacherben der Person nach noch nicht bekannt sind. Hier muß für die unbekannten Nacherben ein Pfleger gemäß § 1913 BGB zustimmen, der bei Verfügungen über Grundstücke oder Grundstücksrechte gemäß §§ 1821, 1822, 1915 BGB wiederum der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.

Praktisch mühsam und unter Umständen auch problematisch ist der Nachweis der Zustimmung aller Vermächtnisnehmer. Da diese im Erbschein nicht genannt werden, muß das Grundbuchamt zur Feststellung der Vermächtnisse und der Vermächtnisnehmer die Nachlaßakten beziehen<sup>209</sup>. Werden nicht die Zustimmungserklärungen von allen Vermächtnisnehmern beigebracht, weil Vermächtnisse etwa bereits erfüllt sind oder sich auf sonstige Weise erledigt haben, ist auch dies dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Die Erfüllung eines Grundstücksvermächtnisses oder der Tod des Vermächtnisnehmers sowie die unterbliebene Anordnung eines Ersatzvermächtnisnehmers können unschwer durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden. Bei der Erfüllung eines Barvermächtnisses ist dies schon schwieriger. Hier wird man eine öffentlich beglaubigte Quittung des Vermächtnisnehmers fordern müssen, auf deren Erteilung der Testamentsvollstrecker notfalls klagen muß (§ 368 S. 2 BGB). Eine praktisch ungelöste Frage ist, wie der Nachweis der Ausschlagung gemäß § 2180 Abs. 2 BGB gegenüber dem Grundbuchamt zu führen ist, wenn der ausschlagende Vermächtnisnehmer seine Zustimmung verweigert.

### III. Anwendbarkeit von § 878 BGB bei Wegfall der Verfügungsbefugnis

#### 1. Rechtslage

Stark umstritten ist die Anwendbarkeit von § 878 BGB auf den Fall, in dem der Testamentsvollstrecker die Auflassung erklärt und nach der Antragstellung aber noch vor Eintragung im Grundbuch die Amtsstellung des Testamentsvollstreckers und damit seine Verfügungsmacht insgesamt endet. Die Frage stellt sich gleichermaßen für den Insolvenzverwalter (§ 80 Abs. 1 InsO), den vorläufigen Insolvenzverwalter (§ 22 Abs. 1 InsO), den Nachlaßverwalter (§ 1985 BGB) und den staatlichen Verwalter nach §§ 11 Abs. 2, 15 Abs. 3 VermG). Unmittelbar ist § 878 BGB nicht anwendbar, da die Vorschrift tatbeständlich eine Beschränkung der Verfügungsmacht voraussetzt. In der

Rechtsprechung wird überwiegend die Auffassung vertreten, § 878 BGB sei auf den Verlust der Verfügungsbefugnis eines Testamentsvollstreckers nicht entsprechend anzuwenden<sup>210</sup>. Als Begründung wird angeführt, der Fortfall der Verfügungsbefugnis sei anders zu behandeln als der Eintritt einer Verfügungsbeschränkung. Dies mag systematisch zu rechtfertigen sein, läuft aber dem Schutzzweck des § 878 BGB und den berechtigten Interessen des Rechtsverkehrs in eklatanter Weise zuwider. Die dadurch verursachte Rechtsunsicherheit tritt dort besonders deutlich zutage, wo lange Bearbeitungsfristen im Grundbuchverfahren die Regel sind. Es verwundert daher nicht, daß zwei jüngere Entscheidungen von Gerichten aus den Neuen Bundesländern von der herrschenden Rechtsprechung abweichen<sup>211</sup> und mit der mittlerweile ganz herrschenden Lehre<sup>212</sup> aus Gründen des Verkehrsschutzes § 878 BGB auf den Wegfall der Verfügungsbefugnis bei Beendigung der Amtsstellung annehmen.

#### 2. Konsequenzen für die Vertragsgestaltung:

Die Praxis hat sich an der Rechtsprechung zu orientieren. Bei der Urkundsgestaltung ist also zu berücksichtigen, daß die Vorrückung des § 878 BGB zum Schutze des Erwerbes nicht eingreifen und der Wegfall des Amtes oder der Testamentsvollstreckung auch nach Antragstellung unmittelbaren Einfluß auf den grundbuchlichen Vollzug haben. Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen<sup>213</sup>.

Veräußert der Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Befugnisse **ohne Zustimmung der Erben**, so ist zu empfehlen, die Kaufpreiszahlung über Anderkonto abzuwickeln und den grundbuchlichen Vollzug zur Auszahlungsvoraussetzung zu machen<sup>214</sup>. Weitere Auszahlungsvoraussetzung muß sein, daß der Fortbestand des Amtes des Testamentsvollstreckers im Zeitpunkt des Grundbuchvollzuges nachgewiesen ist<sup>215</sup>. Das berechtigte Sicherungsinteresse (§ 54a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG) ergibt sich hier im Unterschied zum Erwerb vom Eigentümer daraus, daß § 878 BGB den Käufer – jedenfalls nach der herrschenden Rechtsprechung – nicht schützt. Alternativ kommt die Sicherung des Rückzahlungsanspruches durch Bürgschaften oder vergleichbare Sicherheiten in Betracht, die solange aufrechterhalten bleiben, bis der Eigentumswechsel im Grundbuch vollzogen ist. Wünschen die Beteiligten eine solche Gestaltung nicht, empfiehlt es sich, dies in der Niederschrift ausdrücklich zu vermerken, und zwar mit dem ausdrücklichen Hinweis darauf, daß die Kaufpreiszahlung bis zur Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch eine ungesicherte Vorleistung des Käufers darstellt. Der Schutz des Käufers läßt sich auch nicht dadurch erreichen, daß der Testamentsvollstrecker den Notar oder einen Dritten zur Abgabe der Bewilligungserklärung ermächtigt. Vollmachten des Testamentsvollstreckers erlöschen mit Beendigung des Amtes. Die Vertretungsmacht wirkt auch nicht gemäß § 172 Abs. 2 BGB bis zur Rückgabe der Vollmachtsurkunde oder ihrer Kraftloserklärung fort<sup>216</sup>. Keinesfalls dürfte es – bei unmittelbarer Kaufpreiszahlung – angehen, als Kaufpreisfähigkeit voraussetzung bereits die Sicherstellung der Eintragung einer Vormerkung als Fälligkeitsvoraussetzung ausreichen zu lassen. Da § 878 BGB von der Rechtsprechung nicht angewendet wird, kann der Notar die Sicherstellung erst nach Eintragung bestätigen.

Die gleiche Problematik ergibt sich, wenn der Testamentsvollstrecker als Verkäufer bei der Bestellung von Finanzierungsgrundschulden für den Käufer mitwirkt und von ihm – zur Beschleunigung der Abwicklung – die Abgabe einer Bestätigung über die rangrichtige Eintragung des Grundpfandrechts (Notar-

208 BGHZ 57, 84.

209 Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 189 Rn. 47.

210 OLG Köln MittRhNotK 1981, 139 f.; BayObLG MittBayNot 1975, 228 f.; OLG Celle DNotZ 1953, 158 f.; KG OLGE 26, 4 f.; 29, 398 f. und aus jüngster Zeit: BayObLG, Rpfleger 1999, 25, 26 in einem obiter dictum.

211 OLG Brandenburg VIZ 1995, 365, 366 (für den staatlichen Verwalter nach VermG) und LG Neubrandenburg MDR 1995, 491 (für den Konkursverwalter).

212 MünchKomm/Wacke, BGB, Band 6, 3. Aufl. 1993, § 878, Rn. 13; Paland/Bassenge, a.a.O. (Fn. 3), § 878, Rn. 11; Staudinger/Gursky (1995) § 878, Rn. 52;

Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 180), Rn. 124; Meikel/Böttcher, a.a.O. (Fn. 174), Anh. zu §§ 19,20, Rn. 72; Bauer/v. Oefele/Kössinger, a.a.O. (Fn. 58), § 19, Rn. 172; eingehend Böhringer BWNotZ 1984, 137, 139 ff.; 1985, 102, 103.

213 Dazu auch Schaub, ZEV 2000, 49.

214 So auch Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 184 Rn. 15; Schaub, ZEV 2000, 49, 51, Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 180), Rn. 124.

215 Sieht dazu näher oben, B. III. 6.

216 Dazu näher oben, A. IV. 7. c).

bestätigung oder Rangattest) verlangt wird. Eine solche Bestätigung sollte der Notar mangels Vorwirkungsschutzes gemäß § 878 BGB nicht abgeben<sup>217</sup>. Denkbar wäre zwar, die Rangbescheinigung mit einem entsprechenden einschränkenden Hinweis zu versehen. Es erscheint jedoch äußerst fraglich – und wäre in jedem Fall vorab zu klären – ob die Grundpfandrechtsgläubigerin auf der Grundlage einer solchen, eingeschränkten Rangbescheinigung das Darlehen auszahlt.

**Wirken die Erben** bei der Beurkundung **mit**, so ist wie folgt zu unterscheiden:

Endet nicht die Testamentsvollstreckung als solche, sondern nur das Amt des Testamentsvollstreckers, der die Bewilligungserklärung abgegeben hat, ist für die Zwecke des § 878 BGB nichts gewonnen. Die Erben bleiben gem. § 2211 Abs. 1 BGB von der Verfügungsbefugnis ausgeschlossen. Der Vollzug hängt dann davon ab, ob der Ersatzvollstrecker die Bewilligung abgibt: Ist ein Ersatzvollstrecker nicht bestimmt und endet mit dem Amt des Testamentsvollstreckers auch die Testamentsvollstreckung als solche, lebt die Verfügungsbefugnis der Erben wieder auf. Die bei der Beurkundung abgegebene Bewilligung heilt das Geschäft entsprechend § 185 Abs. 2 BGB.

## D.

### Einzelne Grundstücksgeschäfte

#### I. Freigabe von Nachlaßgrundstücken an die Erben

##### 1. Freigabepflicht

Nachlaßgegenstände, die der Testamentsvollstrecker zur Erfüllung seiner Aufgaben offenbar nicht mehr benötigt, hat er dem Erben auf Verlangen zu überlassen, § 2217 Abs. 1 S. 1 BGB, Freigabepflicht. Welche Gegenstände das sind, richtet sich nach dem Aufgabenkreis des Testamentsvollstreckers: Bei einer Dauervollstreckung ist die Freigabepflicht regelmäßig ausgeschlossen, denn alle der Dauervollstreckung unterliegenden Gegenstände müssen in der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers bleiben<sup>218</sup>. Hat der Testamentsvollstrecker die Auseinandersetzung unter mehreren Miterben vorzunehmen, so benötigt er dazu alle von der Auseinandersetzung erfaßten Nachlaßgegenstände bis zur Schlußverteilung<sup>219</sup>. Bei der Abwicklungsvollstreckung ohne Auseinandersetzung benötigt der Testamentsvollstrecker vor allem die Nachlaßgegenstände, mit denen er Vermächtnisse und Auflagen zu erfüllen hat, sowie die Mittel, die zur Tilgung der Nachlaßverbindlichkeiten erforderlich sind<sup>220</sup>.

Rechtsfolge der Freigabe (Überlassung) ist, daß das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an dem betreffenden Gegenstand erlischt; § 2217 Abs. 1 S. 2 BGB. Rechtsträgerschaft und Verfügungsbefugnis vereinigen sich in der Person der Erben. Die Freigabeerklärung ist, auch wenn sie sich auf Grundstücke bezieht, materiellrechtlich formfrei. Dem Grundbuchamt ist sie in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Mit dem Wirksamwerden der Freigabe eines Nachlaßgrundstückes, bei dem ein Testamentsvollstreckervermerk eingetragen ist, wird das Grundbuch unrichtig. Sowohl die Erben als auch der Testamentsvollstrecker können die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch verlangen<sup>221</sup>. Der Testamentsvollstrecker ist dem Erben gegenüber verpflichtet, die Löschung des Vermerks im Wege der Grundbuchberichtigung zu bewirken<sup>222</sup>. Im Falle der Freigabe vor Umschreibung

des Eigentums auf die Erben kann die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks von vornherein unterbleiben<sup>223</sup>.

Die Freigabe wirkt insoweit dinglich. Die Rechtslage an dem überlassenen Gegenstand im übrigen bleibt jedoch unberührt. Die Freigabe ändert insbesondere nicht die Eigentumsverhältnisse und nicht den Fortbestand der Erbgemeinschaft an einem Nachlaßgrundstück<sup>224</sup>. Durch die Freigabe wird der Testamentsvollstrecker bei einer Erbgemeinschaft von der Auseinandersetzungspflicht (§ 2204 Abs. 1 BGB) frei. Die Miterben haben die Auseinandersetzung selbst vorzunehmen<sup>225</sup>.

Umstritten ist die Rechtsnatur der Freigabe. Die herrschende Meinung sieht in der Freigabe ein einseitiges dingliches Rechtsgeschäft, das durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Testamentsvollstreckers zustande kommt<sup>226</sup>. Inhalt der Willenserklärung ist die Aufgabe des Verwaltungsrechts an einem bestimmten Nachlaßgegenstand. Die Freigabe wird nach dieser Auffassung wirksam mit Zugang beim Erben und bei einer Mehrheit von Erben bei allen Erben. Nach einer anderen, in der Literatur vertretenen Ansicht ist die Freigabe ein dinglicher Vertrag, an dessen Abschluß alle Erben mitwirken müssen<sup>227</sup>. Folgt man dieser Ansicht, so ist für die Durchführung der Freigabe die Bestellung eines Pflegers erforderlich, wenn minderjährige Erben vorhanden sind und der Testamentsvollstrecker zugleich gesetzlicher Vertreter dieser Erben ist<sup>228</sup>. Die Rechtsprechung sieht in der Freigabe einen gemischten Realakt<sup>229</sup>. Erforderlich für eine wirksame Freigabe ist dann lediglich die tatsächliche Verschaffung der freien Verfügungsgewalt an den Erben und der Wille des Testamentsvollstreckers, den oder die betreffenden Nachlaßgegenstände aus seiner Verfügungsgewalt zu entlassen<sup>230</sup>.

##### 2. Nachweis im Grundbuchverfahren

Die vorstehend vertretenen Auffassungen haben Auswirkungen auf das Grundbuchverfahren: Sieht man mit der Rechtsprechung in der Freigabe einen gemischten Realakt, so hat das Grundbuchamt nur zu prüfen, ob der Testamentsvollstrecker die Freigabeerklärung in Bezug auf den betreffenden Grundbesitz oder das betreffende Grundstücksrecht in der Form des § 29 GBO abgegeben hat. Ausreichend ist die Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt. Ob die Erklärung sämtlichen Erben zugegangen ist, braucht das Grundbuchamt nicht zu prüfen<sup>231</sup>. Sieht man in der Freigabe eine empfangsbedürftige Willenserklärung, so ist dem Grundbuchamt neben der Freigabeerklärung des Testamentsvollstreckers grundsätzlich auch der Zugang bei (sämtlichen) Erben in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Diesen Nachweis wird man als erbracht ansehen können, wenn die Erben die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks beantragen. Einen Löschungsantrag des Testamentsvollstreckers dürfte das Grundbuchamt dagegen, ohne einen entsprechenden Zugangs nachweis, nicht vollziehen. Gleiches gilt im Ergebnis, wenn man in der Freigabe einen dinglichen Vertrag sieht. Im Antrag der Erben liegt zugleich die Annahmeerklärung. Ihren Zugang beim Testamentsvollstrecker und folglich einen entsprechenden Nachweis im Grundbuchverfahren wird man gemäß § 151 BGB für entbehrlich halten können.

Ob die Freigabe mit den Pflichten des Testamentsvollstreckers im Einklang steht, also zulässig war, ist unerheblich<sup>232</sup>. Die Zulässigkeit der Freigabe muß und darf das Grundbuchamt daher nicht prüfen<sup>233</sup>.

<sup>217</sup> Schaub ZEV 2000, 49, 51.

<sup>218</sup> BGHZ 56, 275, 284; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2217, Rn. 10; Bengel/Reimann/Klumpp, a.a.O. (Fn. 13), S. 315 Rn. 170; Weidlich, Anm. zu BayObLG, Beschl. v. 14.11.1991, DNotZ 1993, 403, 404.

<sup>219</sup> MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), § 2217, Rn. 3; Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 495.

<sup>220</sup> Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 495.

<sup>221</sup> Demharter, a.a.O. (Fn. 23), § 52, Rn. 27.

<sup>222</sup> Muscheler, ZEV 1996, 401, 405.

<sup>223</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), § 2217, Rn. 6; Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 285.

<sup>224</sup> OLG Hamm, DNotZ 1973, 428.

<sup>225</sup> Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2217, Rn. 8; Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 498 in Fn. 7.

<sup>226</sup> MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), § 2217, Rn. 7; Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), § 2217, Rn. 6; Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2217, Rn. 5.

<sup>227</sup> Muscheler, ZEV 1996, 401, 403.

<sup>228</sup> Muscheler, a.a.O. (Fn. 227), Damrau, FamRZ 1992, 606.

<sup>229</sup> BayObLG DNotZ 1993, 399, OLG Hamm DNotZ 1973, 428, 429; KG, KGJ 40, 207, 211.

<sup>230</sup> OLG Hamm, a.a.O. (Fn. 229), 429.

<sup>231</sup> OLG Hamm DNotZ 1972, 428.

<sup>232</sup> BayObLG DNotZ 1993, 399, 401.

<sup>233</sup> KGJ 40, 207, 212; Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2217, Rn. 8; Meikel/Kraiss, a.a.O. (Fn. 130), § 52 Rn. 19; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2217, Rn. 20; Bengel/Reimann/Klumpp, a.a.O. (Fn. 13), S. 318 Rn. 186.

### 3. Freigaberecht

§ 2217 BGB regelt nur den Fall, daß der Testamentsvollstrecker zur Freigabe verpflichtet ist. In diesem Fall ist die Freigabe ohne weiteres dinglich wirksam. Das gilt auch dann, wenn der Testamentsvollstrecker bei der Freigabe irrtümlich annimmt, er sei gemäß § 2217 BGB dazu verpflichtet<sup>234</sup>. Unter welchen Voraussetzungen der Testamentsvollstrecker berechtigt ist, den Erben Nachlaßgegenstände unverlangt zu überlassen, wird unterschiedlich beantwortet<sup>235</sup>.

Mit der Freigabe – ob zulässig oder nicht – erlischt regelmäßig das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers endgültig<sup>236</sup>. Verstößt der Testamentsvollstrecker mit der Freigabe allerdings gegen eine Anordnung des Erblassers (§ 2208 BGB), bedarf es zur Wirksamkeit der Zustimmung der Erben<sup>237</sup>. Die Mitwirkung von Vermächtnisnehmern ist grundsätzlich nicht erforderlich. Eine Ausnahme soll dann gelten, wenn der Testamentsvollstrecker mit der Freigabe eine unentgeltliche Verfügung der Erben ermöglichen und damit das Verbot des § 2205 S. 3 BGB umgehen will<sup>238</sup>. Nach einer vereinzelt vertretenen Auffassung soll in jeder bewußten Freigabe von Nachlaßgegenständen ohne Freigabepflicht eine unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers über den betroffenen Nachlaßgegenstand liegen<sup>239</sup>. Diese sei nur mit Zustimmung aller Erben und, soweit es sich bei dem freigegebenen Nachlaßgegenstand um einen Vermächtnisgegenstand handelt, auch des Vermächtnisnehmers, wirksam. Zur Begründung wird angeführt, dem Nachlaß fließe für die Freigabe kein entsprechender Gewinnwert zu. Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen. § 2205 S. 3 BGB will den Erben vor einem Entzug von Nachlaßsubstanz durch den Testamentsvollstrecker schützen. Substanz wird dem Nachlaß bei der Freigabe aber nicht entzogen. Die Eigentumslage bleibt unverändert. Die Freigabe nimmt dem Erben nichts, sondern gibt ihm etwas, nämlich die Verfügungsbeauftragung. In einer solchen Situation ist kein Raum für eine Anwendung von § 2205 S. 3 BGB.

### 4. Nachweis im Grundbuchverfahren

Ermittlungen dahin, ob der Testamentsvollstrecker mir der Freigabe gegen eine dinglich wirkende Erblasseranordnung (§ 2208 BGB) verstößt, muß und kann das Grundbuchamt nicht anstellen. Ein ihm bekanntes, vom Erblasser angeordnetes Freigabeverbot muß das Grundbuchamt allerdings beachten<sup>240</sup>. Im übrigen gelten die Ausführungen zum Nachweis bei der Freigabepflicht entsprechend.

## II. Vollzug des Teilungsplanes oder Auseinandersetzungsvorvertrages

### 1. Teilungsplan

Gemäß § 2204 Abs. 1 BGB hat der Testamentsvollstrecker bei der Abwicklungsvollstreckung die Aufgabe, unter mehreren Erben die Auseinandersetzung zu bewirken. Zu diesem Zweck stellt der Testamentsvollstrecker einen Teilungsplan auf und hört die Erben dazu an (§ 2204 Abs. 2 BGB). Anschließend wird der Plan vom Testamentsvollstrecker unter Mitwirkung der Erben vollzogen.

Dem Auseinandersetzungsvorvertrag – auch Teilungsplan genannt – kommt lediglich schuldrechtliche Wirkung zu. Er ist kein Vertrag, sondern ein einseitig feststellendes Rechtsgeschäft, auf

das § 313 BGB nicht anwendbar ist<sup>241</sup>. Zu beachten ist jedoch, daß der Plan der zuständigen Behörde gemäß § 2 GrdstVG zur Genehmigung vorgelegt werden muß, wenn ein land- oder forstwirtschaftliches Grundstück zum Nachlaß gehört<sup>242</sup>. Inhaltlich sind für den Teilungsplan maßgebend an erster Stelle die vom Erblasser getroffenen Anordnungen und ergänzend die Vorschriften §§ 2042 bis 2046 und §§ 750 bis 758 BGB. Die Erben sind lediglich anzuhören. Ihre Genehmigung ist nicht erforderlich, sofern die im Plan vorgesehene Auseinandersetzung einer möglichen Auslegung des Erblasserwillens entspricht<sup>243</sup>. Das ist der Fall, solange der Testamentsvollstrecker nicht einseitig und willkürlich von den Anordnungen des Erblassers oder von den gesetzlichen Regelungen über die Auseinandersetzung abweicht. Liegt eine solche Abweichung vor, ist der Teilungsplan unwirksam, wenn nicht sämtliche Erben zustimmen. Die Zustimmung bedarf keiner Form. Sie kann auch stillschweigend erklärt werden, etwa dadurch, daß die Erben den Plan nicht beanstanden<sup>244</sup> oder sich an seiner Ausführung beteiligen. Für die Auseinandersetzung von Grundbesitz bedeutet das: Bebaute Grundstücke sind grundsätzlich nicht teilbar. Auch die Begründung von Wohnungs- und Teileigentum begründet keine Teilbarkeit im Sinne des § 752 BGB<sup>245</sup>. Der Testamentsvollstrecker darf ein solches Grundstück einem einzelnen Miterben nur dann zuweisen, wenn der Erblasser dies angeordnet hat oder alle Erben einverstanden sind<sup>246</sup>. Fehlt eine solche Zustimmung, muß der Testamentsvollstrecker das Grundstück versilbern und den Erlös teilen.

Der Teilungsplan wird bindend mit Zugang bei den Erben. Er verpflichtet die Erben, einander die ihnen zugeteilten Nachlaßgegenstände zu übertragen bzw. bei der Übertragung durch den Testamentsvollstrecker mitzuwirken. Ein wirksamer Teilungsplan kann ohne Rücksicht auf etwaige Einwendungen der Erben vollzogen werden<sup>247</sup>. Soll ein Nachlaßgrundstück in Vollzug des Auseinandersetzungsvorvertrages an einen Miterben übertragen werden, sind dazu Auflösung und Eigentumsumschreibung im Grundbuch erforderlich (§§ 873, 925 BGB). Ein gesonderter schuldrechtlicher Übertragungsvertrag, der dann gemäß § 313 BGB zu beurkunden wäre, muß nicht abgeschlossen werden. Das gilt unabhängig davon, ob die Zuweisung im Auseinandersetzungsvorvertrag auf einer Anordnung des Erblassers beruht oder auf einer Entscheidung des Testamentsvollstreckers<sup>248</sup>.

### 2. Grundbuchverfahren

Im Grundbuchverfahren hat sich der Testamentsvollstrecker durch Vorlage des Testamentsvollstreckerausweises oder gemäß § 35 Abs. 2 GBO zu legitimieren. Der Testamentsvollstrecker erklärt die Auflösung und bewilligt die Eintragung für den Nachlaß im Rahmen seiner allgemeinen Verfügungsbeauftragung (§ 2205 BGB). Zur Entgegennahme der Auflösung ist die Mitwirkung des Erben erforderlich. Dieser muß seine Erbenseistung in der Form des § 35 GBO und gegebenenfalls § 36 GBO nachweisen. Das Grundbuchamt hat zu prüfen, ob sich der Testamentsvollstrecker in den Grenzen seiner Verfügungsbeauftragung hält und insbesondere, ob eine unentgeltliche Verfügung vorliegt. Nach ganz überwiegender Ansicht ist auch im Rahmen der Erbauseinandersetzung das Verbot des § 2205 S. 3 BGB zu beachten<sup>249</sup>. Eine unentgeltliche Verfügung liegt vor, wenn – objektiv – einzelne Miterben mehr erhalten, als es ihrer Erbquote entspricht und – subjektiv – der Testamentsvollstrecker dies weiß oder hätte erkennen müssen<sup>250</sup>. Die von der Recht-

234 Muscheler, ZEV 1996, 401, 405.

235 BGHZ 56, 275, 284 einerseits und Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2217, Rn. 3, 9; Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2217, Rn. 4 andererseits.

236 BGHZ 56, 275, 284; BayObLG DNotZ 1993, 399, 401; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2217, Rn. 9.

237 BGHZ 56, 275, 284; BGHZ 57, 84, 87; MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), § 2217, Rn. 12; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2217, Rn. 5; Bengel/Reimann/Klumpp, a.a.O. (Fn. 13), S. 323 Rn. 211; Haegeler/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 503.

238 BGHZ 57, 84, 89; Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), § 2217, Rn. 3.

239 Muscheler, ZEV 1996, 401, 405.

240 AG Starnberg, Rpfleger 1985, 57.

241 Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 166 Rn. 222.

242 Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2204, Rn. 22.

243 OLG Köln ZNotP 1999, 82.

244 Haegeler/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 529.

245 OLG Hamm NJW-RR 1992, 665; Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13) S. 67 Rn. 231 m.w.N.

246 Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2204, Rn. 9; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2204, Rn. 18; a.A. Haegeler/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 512.

247 Haegeler/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 519.

248 Haegeler/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 525.

249 Siehe nur Haegeler/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 516 ff. m.w.N.; a.A.: OLG Düsseldorf BB 1987, 526.

250 BGH NJW 1963, 1613 = Rpfleger 1964, 49; KG Rpfleger 1972, 58 = DNotZ 1972, 176; BayObLGZ 1986, 208, 210; Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 85; Haegeler/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 516.

sprechung anerkannten Beweiserleichterungen gelten auch hier. Ausreichend ist die Erklärung des Testamentsvollstreckers, daß das Grundstück dem Miterben in Ausführung des Teilungsplanes und in Anrechnung auf seinen Erbteil übertragen wird<sup>251</sup>. Die Gegenleistung besteht dann in der Aufgabe der Berechtigung am Nachlaß und dem Erlöschen des Auseinandersetzungsanspruchs<sup>252</sup>. Beruht die Übertragung und die entsprechende Zuteilung des Grundstücks im Auseinandersetzungspunkt auf einer Anordnung des Erblassers, sollte dies gegenüber dem Grundbuchamt ausdrücklich erklärt werden, denn die Erfüllung einer Erblasseranordnung oder -verfügung ist stets entgeltlich<sup>253</sup>. Liegt eine unentgeltliche Verfügung im Sinne von § 2205 BGB vor, ist diese nur wirksam mit Zustimmung aller Erben und Vermächtnisnehmer, soweit diese noch nicht befriedigt sind.

Bei der Prüfung der Entgeltlichkeit wird das Grundbuchamt von dem allgemeinen Erfahrungssatz auszugehen haben, daß Verfügungen zur Ausführung eines Teilungsplanes vollständig entgeltlich sind. Das rechtfertigt sich daraus, daß die Erben gemäß § 2204 Abs. 2 BGB vor der Ausführung des Planes zu hören sind und dadurch Gelegenheit erhalten, dem Testamentsvollstrecker die Ausführung durch einstweilige Verfügung zu untersagen<sup>254</sup>. Folgende Besonderheiten sind zu beachten: Bei der Prüfung der Gleichwertigkeit der Gegenleistung sind auch solche Ausgleichsleistungen zu berücksichtigen, die der begünstigte Miterbe unmittelbar an die übrigen Miterben zu erbringen hat. Ein Zufluss in den Nachlaß ist nicht erforderlich<sup>255</sup>. Das ist sachgerecht. Es wäre ein unnötiger Formalismus, wollte man eine Leistung an den Testamentsvollstrecker fordern, der dann die Zahlung an die berechtigten Miterben weiterleiten müßte<sup>256</sup>. Auch Ausgleichszahlungen, die erst in Zukunft zu bewirken sind, sind zu berücksichtigen, sofern die Realisierung der Ausgleichsforderung gesichert ist, entweder an dem übertragenen Grundbesitz oder durch eine sonstige, gleichwertige Sicherheit<sup>257</sup>. Der Testamentsvollstrecker kann zu diesem Zweck Grundpfandrechte an dem zu übertragenden Nachlaß bestellen und diese als Sicherheit für den Ausgleichsanspruch in seiner Verwaltung belassen<sup>258</sup>. Zulässig und vorzugswürdig erscheint es in diesem Fall jedoch, das Grundpfandrecht unmittelbar für den Ausgleichsberechtigten selbst zu bestellen<sup>259</sup>.

Die Wirksamkeit des Teilungsplanes hat das Grundbuchamt nicht zu prüfen. Mit der Eintragung des Eigentumswechsels oder der Rechtsänderung im Grundbuch endet regelmäßig<sup>260</sup> die Testamentsvollstreckung an den zugewiesenen Gegenständen. Der Testamentsvollstreckervermerk ist zu löschen. Eine besondere Freigabeerklärung des Testamentsvollstreckers ist nicht erforderlich<sup>261</sup>.

### 3. Auseinandersetzungsvertrag

Statt durch (einseitigen) Teilungsplan kann die Auseinandersetzung auch durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Testamentsvollstrecker auf der einen und den Erben auf der anderen Seite geregelt werden, sogenannter Teilungs- oder Auseinandersetzungsvertrag. Dazu müssen alle Erben zustimmen, wodurch ein gegenseitiger schuldrechtlicher Vertrag zustande kommt. Der Auseinandersetzungsvertrag tritt an die Stelle des Teilungsplans<sup>262</sup>. Ihm kommt ebenfalls nur schuldrechtliche Wirkung zu. Gehört zum Nachlaß Grundbesitz, ist er notariell zu beurkunden gemäß § 313 BGB. Die dingliche Übertragung ist gesondert zu vereinbaren. Die Vorteile eines solchen Vertrages sind evident:

251 Haegeler/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 527.

252 BayObLGZ 1986, 208, 210.

253 BayObLG Rpfleger 1989, 200; OLG Düsseldorf NJW-RR 1991, 1056; Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 32.

254 Zu dieser Möglichkeit: MünchKomm/Brandner, a.a.O. (Fn. 3), § 2204, Rn. 7.

255 KG Rpfleger 1972, 58 = DNotZ 1972, 176.

256 So auch Haegeler/Winkler, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 517.

257 KG, a.a.O. (Fn. 255), 58; Haegeler/Winkler, a.a.O. (Fn. 256).

258 KG, a.a.O. (Fn. 255), 58.

259 Haegeler, Rpfleger 1972, 49; Staudinger/Reimann, a.a.O. (Fn. 3), § 2204, Rn. 39.

- Testamentsvollstrecker und Erben können eine Auseinandersetzung wirksam vereinbaren, die von den Anordnungen des Erblassers abweicht und in Gestalt eines Teilungsplans nicht wirksam wäre;
- Abweichungen von den Erbquoten stellen vor dem Hintergrund des Verbots unentgeltlicher Verfügungen dann kein Problem dar, wenn an dem Vertrag auch die Vermächtnisnehmer beteiligt sind<sup>263</sup>.

Im Grundbuchverfahren erübrigts sich der Nachweis der Entgeltlichkeit, wenn der – beurkundete – Teilungsvertrag vorgelegt wird.

### III. Erfüllung von Vermächtnissen

Verfügungen, die vom Testamentsvollstrecker aufgrund eines wirksamen Vermächtnisses vorgenommen werden, sind stets entgeltlich. Die Gegenleistung für den Nachlaß besteht in der Befreiung von einer Verbindlichkeit<sup>264</sup>. Daraus folgt, daß eine Verfügung in Erfüllung eines in Wirklichkeit nicht bestehenden Vermächtnisses stets unentgeltlich und damit unwirksam ist. Wird beispielsweise nach Umschreibung des Eigentums auf den vermeintlichen Vermächtnisnehmer im Grundbuch ein weiteres Testament des Erblassers aufgefunden, in welchem dieser das Vermächtnis widerrufen hat, so ist der vermeintliche Vermächtnisnehmer zur Herausgabe des Grundbesitzes und zur Einwilligung in die Grundbuchberichtigung verpflichtet.

Da Vermächtnisse im Erbschein nicht aufgeführt werden, kann der Testamentsvollstrecker dem Grundbuchamt den Nachweis der Vermächtniserfüllung nur durch Vorlage einer beglaubigten Abschrift der letztwilligen Verfügung(en) mit Eröffnungsvermerk führen. Damit ist aus der Sicht des Grundbuchamtes aber noch nicht der Nachweis erbracht, daß das betreffende Vermächtnis nicht widerrufen ist. Weiter erforderlich ist daher die Bescheinigung des Nachlaßgerichts, daß sich weitere Testamente oder Erbverträge im Nachlaßbalkt nicht befinden<sup>265</sup>. Die Vorlage einer beglaubigten Abschrift oder einer Ausfertigung des Eröffnungsprotokolls reicht dazu nicht aus, da ein möglicherweise erst später abgeliefertes und eröffnetes Testament darin nicht erfaßt wäre. Bei privatschriftlichen Testamenten ist ein Nachweis in der Form des § 29 GBO nicht möglich. Der Nachweis muß nicht in der Form des § 29 GBO geführt werden, wenn dieser Nachweis nicht möglich ist. Dann genügt es, daß das Grundbuchamt sich im Wege der freien Beweiswürdigung die Überzeugung davon verschaffen kann, daß begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Verfügung des Testamentsvollstreckers entweder nicht ersichtlich oder ausgeräumt sind<sup>266</sup>.

Im Falle eines Grundstücksvermächtnisses wirkt bei der Beurkundung der Auflösung auf Seiten des Nachlasses nur der Testamentsvollstrecker mit. Er ist im Urkundeingang als Beteiligter (§ 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG), handelnd als Vertreter kraft Amtes aufzuführen. Hat der Erblasser den Testamentsvollstrecker auch zum Vermächtnisvollstrecker gemäß § 2223 BGB bestimmt, kann dieser die Auflösung an sich selbst für den Vermächtnisnehmer entgegennehmen<sup>267</sup>. Im Grundbuch ist dann mit der Eigentumsumschreibung auf den Vermächtnisnehmer ein Testamentsvollstreckervermerk gemäß § 52 GBO einzutragen. Ist der Testamentsvollstrecker gleichzeitig der Vermächtnisnehmer, kann er das Grundstück an sich selbst auflösen. In der Ernennung zum Testamentsvollstrecker und der Anordnung des Vermächtnisses durch den Erblasser ist ohne weiteres eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB.

260 Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2204, Rn. 28; anders aber dann, wenn über die Auseinandersetzung hinaus Verwaltungsvollstreckung vom Erblasser angeordnet worden ist.

261 BGHZ 56, 275, 285.

262 BayObLG ZEV 1995, 370, 371.

263 Bengel/Reimann/Klumpp, a.a.O. (Fn. 13), S. 172 Rn. 260.

264 RGZ 105, 246, 248; Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 84.

265 Haegeler/Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 180), Rn. 3439.

266 BayObLG, Rpfleger 1989, 200; Rpfleger 1970, 22; Demharter, a.a.O. (Fn. 24), § 52, Rn. 11 c; Kuntze/Ertl/Hermann/Eickmann, a.a.O. (Fn. 32), § 52, Rn. 16.

267 BGHZ 13, 203, 206; Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13) S. 197 Rn. 90.

#### IV. Veräußerung von Grundbesitz

Die Auflösung eines Nachlaßgrundstücks darf das Grundbuchamt nur eintragen, wenn ihm die Einigung über den Rechtsübergang, also die Auflösung, § 925 BGB, nachgewiesen ist. Bei der Veräußerung von Nachlaßgrundbesitz muß das Grundbuchamt neben der Legitimation des Testamentsvollstreckers stets auch dessen Verfügungsbeauftragte prüfen und in diesem Zusammenhang insbesondere auch die Entgeltlichkeit der Verfügung<sup>268</sup>. Der Nachweis der Entgeltlichkeit ist entsprechend § 35 Abs. 2 GBO vom Testamentsvollstrecker zu führen. Da der Nachweis praktisch nicht in der Form des § 29 GBO geführt werden kann, ist es nach ständiger Rechtsprechung ausreichend, wenn der Testamentsvollstrecker gegenüber dem Grundbuchamt die Beweggründe seiner Maßnahme im allgemeinen angibt, diese verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und irgendwelche begründeten Zweifel an der Pflichtmäßigkeit seiner Handlung nicht ersichtlich sind<sup>269</sup>. Die Erklärungen der Beteiligten sind als wahr zu betrachten, solange nicht Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit vorhanden sind<sup>270</sup>. Versichert also der Testamentsvollstrecker in der notariellen Kaufvertragsurkunde, daß der Wert dem Kaufpreis entspricht, so darf und hat das Grundbuchamt davon auszugehen, solange es keine konkreten Anhaltspunkte für das Gegenteil hat<sup>271</sup>.

Ist über den Anteil an einer OHG oder KG Testamentsvollstreckung angeordnet und gehört der Gesellschaft Grundbesitz, so ist an diesem Grundbesitz ein Testamentsvollstreckervermerk nicht einzutragen<sup>272</sup>. An der Vertretung der Gesellschaft ändert sich nichts. Zu einer Veräußerung oder Belastung von Grundbesitz bedarf es, wie zu Geschäftsführungsmaßnahmen generell, keiner Zustimmung des Testamentsvollstreckers.

Veräußert der Testamentsvollstrecker Grundbesitz, der mit Grundpfandrechten belastet ist, so ist eine Regelung hinsichtlich der gesicherten Verbindlichkeiten zu treffen. Diese Regelungen unterscheiden sich inhaltlich nicht vom Normalfall der Veräußerung belasteten Grundbesitzes. Bei der Übernahme von Grundpfandrechten und gegebenenfalls Darlehensforderungen ist – wie stets in diesen Fällen – darauf zu achten, daß eine befreieende Schuldübernahme die Zustimmung der Gläubiger voraussetzt und die Erben aus der persönlichen Schuldhaft entlassen werden müssen.

#### V. Erwerb von Grundbesitz

Der Erwerb von Grundbesitz kommt bei der Abwicklungsvollstreckung im Rahmen einer ordnungsgemäßen Nachlaßverwaltung im allgemeinen nicht in Frage<sup>273</sup>. Etwas anderes gilt bei der Anordnung eines entsprechenden Grundstücks-Verschaffungsvertrages oder wenn der Zuerwerb zur Vorbereitung der Auseinandersetzung des bereits vorhandenen Grundbesitzes benötigt wird. Der mit Nachlaßmitteln erworbene Grundbesitz fällt in den Nachlaß (Surrogation). Die Erben sind in Erbengemeinschaft als Eigentümer einzutragen, wobei das Erbrecht in der Form des § 35 GBO nachzuweisen ist. Gleichzeitig ist ein Testamentsvollstreckervermerk von Amts wegen mit einzutragen.

#### VI. Belastung eines Nachlaßgrundstücks mit Grundpfandrechten

##### 1. Eigentümergrundschuld

Unproblematisch ist die Bestellung von Eigentümergrundschulden an Nachlaßgrundstücken. Diese können vom Testaments-

vollstrecker für die Erben ohne weiteres wirksam bestellt werden. Die Eigentümergrundschuld fällt in den Nachlaß. Sie steht dem Erben oder den Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft zu. Bei einer solchen Verfügung „an sich selbst“ greift das Verbot unentgeltlicher Verfügungen (§ 2205 S. 3 BGB) schon tatbestandlich nicht. Hält man dagegen § 2205 S. 3 BGB auch in diesem Fall für anwendbar<sup>274</sup>, ergibt sich die Entgeltlichkeit ohne weiteres aus dem für den Nachlaß begründeten dinglichen Recht. Das Grundbuchamt kann und muß die Grundschuld ohne weitere Prüfung der Entgeltlichkeit eintragen. Mit der Eintragung der Grundschuld ist ein Testamentsvollstreckervermerk einzutragen, da die Grundschuld dem Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers unterliegt und die Verfügungsbeauftragte der Erben insoweit ausgeschlossen ist (§ 2211 BGB).

##### 2. Fremdgrundschuld

Anders ist die Situation bei der Bestellung von Fremdgrundschulden. Hier stellt sich die Frage der Entgeltlichkeit der Verfügung. Der Testamentsvollstrecker hat daher gegenüber dem Grundbuchamt die Beweggründe und den Zweck des Geschäfts glaubhaft so darzulegen, daß nach der wirtschaftlichen Erfahrung die Entgeltlichkeit des Geschäfts angenommen werden kann<sup>275</sup>. Die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung liegt bei einer Finanzierungsgrundschuld, bei der der Nennbetrag der Grundschuld der Darlehensvaluta entspricht, auf der Hand. Allerdings ist erforderlich – und dem Grundbuchamt darzulegen –, daß die Valuta dem Nachlaß zufließt und nicht etwa den Erben persönlich oder dem Testamentsvollstrecker<sup>276</sup>. Hier könnte es sich empfehlen, in die Grundschuldbestellungsurkunde die unwiderrufliche Anweisung aufzunehmen, die Darlehensvaluta auf ein Konto des Erben/der Erbengemeinschaft einzuzahlen, über das nur der Testamentsvollstrecker verfügen kann. Ist die Valuta dem Nachlaß zugeflossen, so ist die weitere Verwendung für die Frage der Entgeltlichkeit der Grundschuldbestellung unerheblich. Das Grundbuchamt kann also keine Angaben dazu verlangen, wie der Testamentsvollstrecker die Darlehensmittel verwenden will<sup>277</sup>. Selbst wenn der Testamentsvollstrecker das Darlehen für sich selbst verwenden sollte, würde die Grundschuldbestellung dadurch nicht zu einem – für den Nachlaß – unentgeltlichen Geschäft.

Bei der Sicherungsabrede (Zweckbestimmungserklärung) ist darauf zu achten, daß die Grundschuld dem Gläubiger nur als Sicherheit für gegen den Nachlaß gerichtete Forderungen dient. Forderungen des Gläubigers gegen die Erben persönlich (oder den Testamentsvollstrecker persönlich) dürfen nicht abgesichert werden. Zu Nachweiszwecken im Grundbuchverfahren sollte deshalb auch eine entsprechend eingeschränkte Sicherungszweckerklärung in die Grundschuldbestellungsurkunde aufgenommen werden. Die Einschränkung des Sicherungszwecks kann zeitlich auf die Dauer der Testamentsvollstreckung in Bezug auf das Grundstück begrenzt werden. Will der Testamentsvollstrecker bereits bestehende Grundschulden revalutieren, ist an eine entsprechende Einschränkung der ursprünglichen Sicherungszweckerklärung zu denken<sup>278</sup>. Die von den Banken und Sparkassen regelmäßig geforderte Angabe eines abstrakten Schuldversprechens mit (sogenannter persönlicher) Zwangsvollstreckungsunterwerfung kann der Testamentsvollstrecker für die Erben nur insoweit abgeben, als er diese mit dem Nachlaßvermögen verpflichtet. Eine Haftung der Erben mit deren gesamten Vermögen kann der Testamentsvollstrecker nur mit deren Zustimmung begründen.

268 Siehe nur BayObLG, Rpfleger 1989, 200; Rpfleger 1986, 470.

269 BGHZ 57, 85, 95; BayObLG DNotZ 1956, 304; KG DNotZ 1968, 669; LG Köln, MittRhNotK 1989, 172; Kuntz/Ertl/Hermann/Herrmann, a.a.O. (Fn. 32), § 29, Rn. 137.

270 BGHZ 57, 84, 95.

271 LG Köln, a.a.O. (Fn. 269), 173.

272 Soergel/Damrau, a.a.O. (Fn. 3), § 2205, Rn. 93.

273 Haegeler/Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 180), Rn. 3454.

274 Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 193 Rn. 69.

275 LG Aachen, Rpfleger 1984, 98; Haegeler/Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 180), Rn. 3443.

276 LG Aachen, a.a.O. (Fn. 275).

277 LG Aachen, a.a.O. (Fn. 275); Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 193 Rn. 70.

278 Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 193 Rn. 71.

Die gleichen Grundsätze gelten, wenn der Testamentsvollstrecker eine für den Nachlaß bestellte Eigentümergrundschuld an einen Dritten abtritt<sup>279</sup>.

### 3. Belastung durch Dritte aufgrund Vollmacht

In der Praxis ist es verbreitete Übung, daß der Verkäufer dem Käufer im Grundstückskaufvertrag die Vollmacht erteilt, den Kaufgrundbesitz zur Finanzierung des Kaufpreises mit Grundpfandrechten zu beladen. Zur Erteilung einer solchen Vollmacht ist grundsätzlich auch der Testamentsvollstrecker befugt. Soweit der Grundpfandrechtsgläubiger vom Darlehnsnehmer unwiderruflich angewiesen wird, die Darlehensvaluta nur für die Kaufpreiszahlung zu verwenden – also entweder zur Ablösung von auf dem verkauften Nachlaßgrundbesitz eingetragenen Grundrechtsgläubigern in Höhe der von diesen geforderten Ablösebeträgen oder zur Zahlung an den Verkäufer auf ein Konto der Erbgemeinschaft – und die Vollmacht insoweit beschränkt ist, bestehen unter dem Gesichtspunkt der Entgeltlichkeit keine Bedenken. Vorausgesetzt, der Sicherungszweck ist bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung auf die tatsächlich und vertragsgemäß ausgezahlte Valuta begrenzt und weiter vorausgesetzt, der Kaufvertrag ist selbst ein entgeltliches Geschäft.

## VII. Sonstige Verfügungsgeschäfte

### 1. Gewährung einer Grundstücksausstattung

Was einem Kind von einem Elternteil als Ausstattung gewährt wird, gilt gemäß § 1624 Abs. 1 BGB nur insoweit als Schenkung, als die Ausstattung das den Umständen entsprechende Maß übersteigt. Die Ausstattung ist jedoch stets objektiv unentgeltlich, da eine Gegenleistung vom Kind nicht erbracht wird. Sofern der Erblasser eine Grundstücksausstattung nicht angeordnet hat, ist der Testamentsvollstrecker dazu wegen § 2205 S. 3 BGB weder berechtigt noch in der Lage<sup>280</sup>. Daß die Ausstattung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht, dürfte im Grundstücksverkehr eine praktisch zu vernachlässigende Ausnahme darstellen.

### 2. Hof- und Betriebsübergabe

Hier können sich Probleme daraus ergeben, daß die Übergabe eines Betriebes oder eines Hofs an einen Miterben unter dem Verkehrswert nach örtlichem Brauch insbesondere in der Landwirtschaft allgemein oder in der überwiegenden Zahl der Fälle üblich ist. Der betreffende Miterbe erhielt dadurch mehr, als ihm nach seiner Erbquote zustünde. Eine solche Verfügung wäre folglich – ohne entsprechende Erblasseranordnung oder die Zustimmung aller übrigen Erben und Vermächtnisnehmer – unentgeltlich und gemäß § 2205 S. 3 BGB grundsätzlich unwirksam. Aus einer entsprechenden örtlichen Übung allein wird man aber im Zweifel nicht auf einer niedrigeren Verkehrswert schließen können<sup>281</sup>, da der Verkehrswert sich auf Geschäfte mit beliebigen Dritten bezieht. Sofern die Übergabe unterhalb des sonst unter Anwendung der betreffenden landesrechtlichen Vorschriften sich ergebenden Ertragswertes regional üblich ist, dürfte dies vielmehr auf einen entsprechenden Erblasserwillen deuten. Ob die Übergabe unter Verkehrswert im Einzelfall einer sittlichen Pflicht entspricht, hängt von den Umständen ab<sup>282</sup>.

### 3. Löschung, Freigabe, Rangrücktritt, Rangvorbehalt

Löschen, Freigaben und Rangrücktritte von für den Nachlaß eingetragenen Grundstücksrechten bewirken eine Aufgabe oder eine Rangverschlechterung und damit eine Wertminde-

rung aus Sicht des Nachlasses. Sie können vom Testamentsvollstrecker deshalb nur dann wirksam bewilligt werden, wenn dem Nachlaß eine objektiv gleichwertige Gegenleistung zufießt.

Unproblematisch ist die Löschung von Grundpfandrechten oder in Abteilung II des Grundbuchs eingetragenen Rechten im Zusammenhang mit dem (entgeltlichen) Verkauf eines Nachlaßgrundstücks an einen Dritten, da das Grundstück gemäß § 434 BGB lastenfrei zu übereignen ist<sup>283</sup>. Ebenso, wenn der Testamentsvollstrecker wegen § 27 GBO der Lösung eines Grundpfandrechts in Erfüllung einer sonstigen Löschungsverpflichtung zustimmt. Die Gegenleistung besteht jeweils in der Befreiung des Nachlasses von der Verbindlichkeit. Das gleiche gilt für Freigabeerklärungen und Rangrücktrittserklärungen.

Bei Rangvorbehalten ist zu unterscheiden: (1) Der Testamentsvollstrecker kann bei der Belastung eines Nachlaßgrundstücks ohne weiteres einen Rangvorbehalt (§ 883 BGB) vereinbaren. Der Rangvorbehalt bietet dem Erben lediglich die Möglichkeit, zu einem späteren Zeitpunkt vorrangige Belastungen eintragen zu lassen. Der Rangvorbehalt wirkt sich für den Nachlaß nicht wertmindernd aus; er benachteiligt lediglich den Inhaber des Grundstücksrechts. Eine unentgeltliche Verfügung kann darin aus der Sicht des Nachlasses somit nicht liegen<sup>284</sup>. Erst bei der Ausnutzung des Rangvorbehaltes durch den Testamentsvollstrecker stellt sich die Frage der Entgeltlichkeit. Die Ausnutzung ist Bestandteil der Bestellung des Grundstücksrechts – meist des Grundpfandrechts – und daher im Rahmen der Entgeltlichkeitsprüfung dort zu berücksichtigen. (2) Stimmt hingegen der Testamentsvollstrecker der Eintragung eines Rangvorbehaltes bei einem zum Nachlaß gehörenden Grundstücksrecht an einem fremden Grundstück zu, ergibt sich aus der Möglichkeit der Rangverschlechterung ein wirtschaftlicher Nachteil. Ob diese Verfügung entgeltlich oder unentgeltlich ist, beurteilt sich wiederum nach den allgemeinen Regeln.

### 4. Grundstücksvereinigung und Bestandteilszuschreibung

Zur Vereinigung zweier oder mehrerer Nachlaßgrundstücke zu einem rechtlich selbständigen Grundstück gemäß § 890 Abs. 1 BGB ist der Testamentsvollstrecker ohne weiteres befugt. Die Vereinigung stellt auch dann keine unentgeltliche Verfügung dar, wenn die Grundstücke belastet sind. Da die Einzelbelastungen sich nach der Vereinigung nicht auf den unbelasteten Teil des (neuen) Grundstücks erstrecken, wird dem Berechtigten aus dem Nachlaß nichts zugewendet<sup>285</sup>.

Anders ist die Lage, wenn der Testamentsvollstrecker eine Bestandteilszuschreibung bei Nachlaßgrundstücken gemäß § 890 Abs. 2 BGB erklärt. Ist das Grundstück, dem zugeschrieben wird (Hauptgrundstück), mit Grundpfandrechten belastet, bewirkt die Bestandteilszuschreibung eine Haftersetzung auf das zuzuschreibende Grundstück (§ 1131 S. 1 BGB). Der Wert des zuzuschreibenden Grundstücks wird dadurch gemindert, und zwar so, als ob die Eintragung der auf dem Hauptgrundstück lastenden Grundpfandrechte dort vom Testamentsvollstrecker zur Eintragung bewilligt worden wäre. Steht dieser Wertminderung keine entsprechende Gegenleistung gegenüber, ist die Bestandteilszuschreibung unentgeltliche Verfügung im Sinne von § 2205 S. 3 BGB. Im umgekehrten Fall der Zuschreibung eines belasteten Grundstücks zu einem Hauptgrundstück gilt dies nicht, weil eine Haftersetzung in diese Richtung nicht erfolgt. In Bezug auf Belastungen in Abteilung II des Grundbuchs gilt dies nicht, denn diese Belastungen bleiben stets Einzelbelastungen des betreffenden Grundstücks-teils<sup>286</sup>.

279 Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 194 Rn. 74.

280 Hägele/Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 180), Rn. 3448; Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 191 Rn. 60.

281 So offenbar Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 192 Rn. 63.

282 Keller, BWNotZ 1970, 50.

283 KG DNotZ 1968, 669; Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13) S. 195 Rn. 80.

284 Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 196 Rn. 85.

285 Bengel/Reimann/Schaub, a.a.O. (Fn. 13), S. 198 Rn. 97 m.w.N.

286 Stöber, GBO-Verfahren und Grundstückssachenrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 592.

# Anmerkung zum Vorlagebeschuß des X. Senates des BFH vom 10.11.1999<sup>1</sup>

(von Notar Dr. Thilo Weimer, Leverkusen)

## 1. Einführung

Der X. Senat des BFH hat dem Großen Senat folgende Rechtsfrage zur Beantwortung vorgelegt:

Sind im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe zur Vorwegnahme der Erbfolge vereinbare abänderbare Versorgungsleistungen auch dann als dauernde Last (Sonderausgabe nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG) abziehbar, wenn sie nicht aus den laufenden Nettoerträgen des übergebenen Vermögens gezahlt werden können („Typus 2“ i.S. von Tz. 17 bis 19, 38 bis 40 des BMF-Schreibens vom 23. Dezember 1996, BStBl. I 1996 S. 1508)?

Mit diesem Vorlagebeschuß wird eine der letzten Fragen im Hinblick auf die Neuordnung der wiederkehrenden Bezüge demnächst vom Großen Senat des BFH entschieden werden.

Die Relevanz des Vorlagebeschlusses soll anhand der Systematik der Besteuerung der wiederkehrenden Bezüge durch den BFH nachfolgend kurz skizziert werden.

## 2. Die steuerliche Behandlung der wiederkehrenden Bezüge vor den Beschlüssen des Großen Senates aus den Jahren 1990 und 1991

Wiederkehrende Bezüge werden in Renten, dauernde Lasten und sonstige wiederkehrende Bezüge unterteilt<sup>2</sup>. Des Weiteren kann nach Leibrenten, Zeitrenten, abgekürzten Leibrenten, verlängerten Leibrenten und ähnlichem unterschieden werden. Je nach Einordnung unter diese Begriffe hatte nach der älteren Rechtsprechung die steuerliche Behandlung zu erfolgen. Die Rechtsfolgen richteten sich somit nach der äußeren Form der Zahlungen<sup>3</sup>. Diese ganze Begrifflichkeit kann selbst aber nur historisch erklärt werden. Unter materiellen Gesichtspunkten war die alte Rechtsprechung nach der äußeren Form der Zahlungen nicht nachzuvollziehen.

## 3. Neuordnung der wiederkehrenden Bezüge

Der Große Senat des BFH hat die Besteuerung der wiederkehrenden Bezüge nach der äußeren Form in seinen Beschlüssen vom 5.7.1990<sup>4</sup> und vom 15.7.1991<sup>5</sup> aufgegeben.

Unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes darf die Vereinbarung von wiederkehrenden Bezügen nicht eigenständigen Regelungen unterfallen, sondern ist nach den allgemeinen Grundsätzen insbesondere im Hinblick auf die Entgeltlichkeit und die Unentgeltlichkeit zu beurteilen<sup>6</sup>. Diesen Ansatzpunkt hat der X. Senat des BFH in seiner Folgerechtsprechung konsequent weiterverfolgt. Beispielhaft sei hierbei eine neuere Entscheidung des BFH zum Verzicht auf das gesetzliche Erbe gegen wiederkehrende Bezüge genannt<sup>7</sup>. Dementsprechend begründet der X. Senat seinen Vorlagebeschuß auch ausschließlich aus materiellen Gesichtspunkten und nicht mehr nach der äußeren Form der Zahlungen.

Die zugrundeliegenden materiellen Prinzipien der wiederkehrenden Bezüge lassen sich wie folgt einteilen:

### a.) Entgelt

Stellen die wiederkehrenden Bezüge eine „Verrentung“ eines Einmalbetrages dar, handelt es sich nach den Grundsätzen zur Vereinbarung eines Einmalbetrages um Entgelt. Der vorliegende Senat spricht hierbei von „einer von zwei Entwicklungslinien“

nien“ bei der Neuordnung der wiederkehrenden Bezüge<sup>8</sup>. Richtiger Ansicht nach kann dies sogar als die Grundentscheidung der Neuordnung angesehen werden<sup>9</sup>.

Der abgezinste Barwert der wiederkehrenden Bezüge führt in diesem Fall zu Anschaffungskosten, soweit der Vermögensgegenstand zur Einkünftezielung eingesetzt wird. Bei Betriebsvermögen kommt es gegebenenfalls zur Auflösung von stillen Reserven. Wird das Wirtschaftsgut nicht zur Einkünftezielung eingesetzt, so handelt es sich um eine steuerlich unbedeutende Vermögensumschichtung.

Ein Unterschied ergibt sich gegenüber der Vereinbarung eines Einmalbetrages nur insoweit, als in den wiederkehrenden Bezügen ein Zinsanteil steckt, der steuerlich zu erfassen ist.

Der Zinsanteil entspricht in der Sache der Ertragsanteilsbesteuerung der Leibrente nach § 22 Nr. 1 S. 3 B. a EStG. Der Ertragsanteil ist aufgrund der Sterbetafel und eines Zinssatzes von 5,5 % berechnet. Eine Leibrente ist dann anzunehmen, wenn eine nicht abänderbare Zahlung vereinbart wird. Sie unterscheidet sich von Kaufpreisraten, die ebenfalls nicht abänderbar sind, lediglich dadurch, daß sie nicht mit einem bestimmten Zeitpunkt enden, sondern an die Lebenszeit der Berechtigten geknüpft sind.

Idealiter liegt damit der Leibrente ein entgeltlicher Vorgang zugrunde, wobei der Barwert der Rentenverpflichtung als Gegenleistung für das übertragene Wirtschaftsgut und der Ertragsanteil das Entgelt für die zeitliche Streckung der Zahlungen darstellt.

Erreicht der Barwert der wiederkehrenden Bezüge nicht den Verkehrswert des übertragenen Vermögens, liegt ein sog. teilentgeltliches Rechtsgeschäft vor. Die Rechtsfolgen bestimmen sich im Bereich eines Betriebsvermögens nach der Einheitsmethode und im Bereich eines Privatvermögens nach der Aufteilungsmethode<sup>10</sup>. Die Einheitsmethode stellt den Barwert der wiederkehrenden Bezüge dem Kapitalkonto gegenüber. Die Aufteilungsmethode spaltet das teilentgeltliche Rechtsgeschäft in einen entgeltlichen und in einen unentgeltlichen Teil<sup>11</sup>.

### b.) Unterhaltszahlungen

Unterhaltszahlungen stellen demgegenüber kein Entgelt dar, auch wenn sie anlässlich einer Vermögensübergabe vereinbart werden. Unterhaltszahlungen hängen von der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten und der Bedürftigkeit des Berechtigten ab. Sie sind somit abänderbar und unterliegen begrifflich der dauernden Last. Unterhaltszahlungen sind steuerlich unbedeutend. Sie können beim Verpflichteten wegen § 12 Nr. 2 EStG nicht als Sonderausgaben abgezogen werden und sind beim Berechtigten steuerlich nicht zu erfassen. Es handelt sich hierbei um unbeachtliche private Vermögensverwendung. Eine Berücksichtigung kann nur als außergewöhnliche Belastung erfolgen.

### c.) Das Sonderrecht der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen

In diesem Spannungsfeld zwischen Entgeltlichkeit und privater Vermögensverwendung ist das Sonderrecht der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen anzusiedeln.

Mit Hilfe dieses Rechtsinstitutes soll eine möglichst schonende Vermögensnachfolge ermöglicht werden.

1 Die Entscheidung ist in diesem Heft S.127 abgedruckt.

2 Tiedtke, Einkommensteuer- und Bilanzsteuerrecht, 2. Aufl. S. 186 ff.

3 Fischer in Kirchhof/Söhn § 22, Rn. A. 24 f.

4 BStBl. 1990 II S. 847 ff.

5 BStBl. 1992 II S. 78 ff.

6 Zu den unterschiedlichen Fallgruppen vgl. Weimer, MittRhNotK 1997, S. 164.

7 DStR 2000 S. 196.

8 Vorlagebeschuß S. 127

9 So bereits richtig, Niepoth, Renten und rentenähnliche Leistungen im Einkommensteuerrecht, Diss. 1992, dies. DB 1991 S. 249.

10 BMF-Schreiben vom 13.1.1993 Tz. 14,15 und 35–38.

11 Der Erlass vom 23.12.1996, a.a.O., Tz. 42–49 gewährt teilweise die Möglichkeit einer nachträglichen Versteuerung der wiederkehrenden Bezüge ähnlich der Veräußerung von Betriebsvermögen nach R 139 EStR.

Läßt sich der Vermögensübergeber Versorgungsleistungen versprechen, sind die Zahlungen kein Entgelt für die Übertragung des Vermögens. Nach Auffassung des Großen Senats stellen die Versorgungsleistungen in der Sache typischerweise vorbehaltene Vermögenserträge dar<sup>12</sup>. Ähnlich der Vereinbarung eines Vorbehaltsnießbrauchs ist damit die Vermögensnachfolge in einem spezifisch einkommensteuerrechtlichen Sinne unentgeltlich.

Obwohl eine unentgeltliche Leistung versprochen wird, kann der Vermögensübernehmer nach der Rechtsprechung des BFH die laufenden Zahlungen als Sonderausgabe nach § 10 Abs. 1 EStG abziehen. § 12 Nr. 2 EStG steht dem nicht entgegen. § 12 Nr. 2 EStG will die Abziehbarkeit von Unterhaltszahlungen verhindern<sup>13</sup>. Davon ist die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen nicht berührt. Die Unanwendbarkeit des § 12 Nr. 2 EStG ist seit dem Grundsatzurteil vom 16.9.1965<sup>14</sup> ständige Rechtsprechung des BFH.

Des weiteren kommt es einkommensteuerrechtlich zu einer Abziehbarkeit der Leistungen in voller Höhe beim Verpflichteten und der Versteuerung der Zahlungen in voller Höhe beim Berechtigten. Auf diese Weise kann eine Verlagerung der Einkünfte vorgenommen werden, wobei eine unterschiedliche Tarifprogression innerhalb der Familie ausgenutzt werden kann.

Als Versorgungsleistung i.S. vorbehaltener Vermögenserträge hängen die laufenden Zahlungen grundsätzlich von der Ertragslage des übergebenen Vermögens ab. Die Zahlungen sind abänderbar und unterliegen somit begrifflich der dauernden Last.

#### 4. Der Anwendungsbereich des Sonderrechtes der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen

Das Rechtsinstitut der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistung stellt eine Privilegierung gegenüber den sonstigen Grundsätzen des Einkommensteuerrechtes dar. Es durchbricht den Grundsatz der persönlichen Zurechnung der Einkünfte<sup>15</sup>. Nicht jede Vermögensnachfolge verdient diese Privilegierung. Dies macht es erforderlich, den Anwendungsbereich dieses Sonderrechtes genau zu definieren.

a.) Das Vorliegen einer existenzbegründenden Wirtschaftseinheit

Der Große Senat<sup>16</sup> verlangt für die Anwendbarkeit dieser Rechtsfigur, daß es sich bei dem übertragenen Vermögen um eine wenigstens teilweise existenzsichernde Wirtschaftseinheit im Sinne eines für eine generationsübergreifende dauerhafte Anlage geeigneten und bestimmten Vermögens handelt. Dies ist etwa bei einem Betrieb oder einer vermieteten Immobilie der Fall<sup>17</sup>.

Keine Wirtschaftseinheiten sind dagegen von Natur aus ertraglose Vermögensgegenstände wie eine Briefmarkensammlung<sup>18</sup>. Das BMF-Schreiben nennt Hausrat, Wertgegenstände, Kunstgegenstände, Sammlungen und unbebaute Grundstücke (Brachland)<sup>19</sup>. Dies folgt aus der Begründung des Sonderrechtes. Die Vermögensübergaben gegen Versorgungsleistungen stellen in der Sache typischerweise vorbehaltene Vermögenserträge dar. Können Erträge gar nicht erwirtschaftet werden, fehlt es an einem Grund zur Privilegierung.

Bisher galt auch das selbstgenutzte Eigenheim als taugliches Übergabeobjekt<sup>20</sup>. Dies hatte für die notarielle Praxis erhebliche Bedeutung. Der X. Senat hat allerdings nunmehr entschieden, daß die vom Übernehmer selbstgenutzte Eigentumswohnung als teilweise existenzsichernde Wirtschaftseinheit ausscheidet. Begründet wird dies damit, daß nach Wegfall der

Nutzungswertbesteuerung es sich in der Sache um ertragloses Vermögen handelt<sup>21</sup>. Das Urteil ist abzulehnen, da es bei der Frage der existenzsichernden Wirtschaftseinheit nicht auf die konkrete Verwendung ankommen kann. Die Selbstnutzung erspart die entsprechenden Aufwendungen.

Geldvermögen im weitesten Sinne (Wertpapiere, Forderungen, typisch stille Beteiligungen u.a.) ist kein taugliches Übergabeobjekt, obwohl mit ihm Erträge erwirtschaftet werden können. Es liegen in diesen Fällen darlehensähnliche Geschäfte vor.

#### b.) Der Personenkreis

Das Rechtsinstitut der vorbehalteten Vermögenserträge privilegiert die Vermögensübergabe. Dieser Ansatzpunkt ist ebenfalls bei dem Kreis der Zahlungsberechtigten und Zahlungsverpflichteten zu berücksichtigen. Als Zahlungsberechtigter kommt dabei wohl nur der Vermögensübergeber und/oder dessen Ehefrau in Betracht. Zahlungen an Geschwister sind nicht privilegiert. Geschwister wollen nicht versorgt, sondern gleichgestellt werden. Dies hat zur Folge, daß bei Zahlungen an Geschwister im Regelfall Entgelt anzunehmen ist.

Beim Zahlungsverpflichteten kann dagegen großzügiger vorgegangen werden. Dies ist zu begrüßen, da gerade bei Übergabe von Betriebsvermögen die leiblichen Abkömmlinge nicht immer die erforderliche Qualifikation aufweisen.

#### c.) Die Höhe der Versorgungsleistungen/Abgrenzung von Unterhaltszahlungen

Diese Problematik ist Gegenstand der Vorlage des X. Senates.

Wird eine wenigstens teilweise existenzsichernde Wirtschaftseinheit übertragen und eine dauernde Last vereinbart, stellt sich die Frage nach der Abgrenzung zwischen der Vereinbarung einer Unterhaltszahlung und der Vereinbarung von Versorgungsleistungen. Beide Zahlungen sind der Höhe nach schwankend und damit abänderbar. Sie unterfallen beide begrifflich der dauernden Last.

Nach Ansicht des XI. Senates des BFH läßt sich die Abgrenzung anhand von objektiven Kriterien ermitteln. Liegt der gemeinsame Wert des übertragenen Vermögens unter 50 % des Barwertes der wiederkehrenden Bezüge, wird vermutet, daß eine Unterhaltsusage gegeben ist<sup>22</sup>. Umgekehrt soll das Sonderrecht der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen Anwendung finden, wenn der Wert des übertragenen Wirtschaftsguts (i.S. einer teilweisen existenzsichernden Wirtschaftseinheit) über der Hälfte des Barwertes der wiederkehrenden Bezüge liegt. Sind danach keine Unterhaltszahlungen gegeben, so handelt es sich unabhängig von der Höhe der Ertragslage um Versorgungsleistungen im Sinne des Sonderrechtes. Die Finanzverwaltung hat diese Auffassung mit der Einführung des Typus 2 im Rentenerlaß berücksichtigt.

Nach Auffassung des vorlegenden X. Senates müssen sich die Versorgungsleistungen im Grundsatz auch der Höhe nach aus den Erträgen erzielen lassen. Damit steht der die Unentgeltlichkeit rechtfertigende Gedanke der vorbehalteten Vermögenserträge im Vordergrund und ist somit als ein konstitutives Element des Sonderrechtes anzusehen. Die Auffassung des X. Senates führt auf der anderen Seite dazu, daß das Vorliegen von Versorgungsleistungen anerkannt werden kann, obwohl das übergebene Vermögen weniger als die Hälfte der kapitalisierten wiederkehrenden Bezüge ausmacht, aber dennoch genügend Erträge erwirtschaftet werden können<sup>23</sup>.

12 GrS v. 5.7.1990 BStBl. 1990 II S. 847, 852; GrS v. 15.7.1991 BStBl. 1992 II S. 78, 84.

13 Vgl. Arndt in Kirchhof/Söhn § 12, Rn. A 38.

14 BFH v. 16.9.1965 BStBl. 1965 III S. 705.

15 Vgl. Tipke/Lang, Steuerrecht 16. Aufl., Rz. 150 ff.

16 GrS v. 5.7.1990 BStBl. 1990 II S. 847, 850.

17 BMF-Schreiben vom 23.12.1996 Tz. 6.

18 Fischer, Wiederkehrende Bezüge und Leistungen, Rz. 188 ff.

19 BMF-Schreiben vom 23.12.1996 Tz. 10.

20 BMF-Schreiben vom 23.12.1996 Tz. 11, 13 und 14.

21 BFH ebenfalls vom 10.11.1999 DStR 2000 S. 379.

22 BFH v. 23.1.1992 BStBl. 1992 II S. 526.

23 So auch FG Düsseldorf DStR 1997 S. 60, Revision eingeleget, Az. BFH: X R 147/96.

## 5. Bewertung der Vorlage

Dem X. Senat ist zuzustimmen. Das Abstellen auf den Wertvergleich anhand der genannten 50 %-Grenzen kann systematisch nicht begründet werden.

Die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen soll eine möglichst schonende Vermögensnachfolge sicherstellen. Grundfall ist die schonende Betriebsübergabe. Die existenzsichernde Wirtschaftseinheit soll mit keinen zusätzlichen Steuern anlässlich der Betriebsnachfolge belastet werden. Dies heißt aber auch, daß die Versorgungsleistungen so zu bemessen sind, daß der Betrieb als Organisationseinheit auch weitergeführt werden kann. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn die Versorgungsleistungen so bemessen sind, daß sie auch aus den Erträgen erwirtschaftet werden können. Behält sich der Vermögensübernehmer aber mehr als die Erträge vor, so müssen die Zahlungen andere Zwecke haben. Zum einen kann es sich um Unterhaltszahlungen handeln, deren Abziehbarkeit das Einkommensteuerrecht im Grundsatz nicht zuläßt. Zum anderen kann es sich um Entgelt handeln, da der Übergeber auf die Substanz zurückgreift. Greift er auf die Substanz zurück, hat er aber auch die bei ihm angefallene latente Steuerlast im Bereich eines Betriebsvermögens zu tragen.

Soweit Geck in seiner Anmerkung zu dem Vorlagebeschuß darauf hinweist, daß in der Praxis von dem Typus 2 reger Gebrauch gemacht wurde, so kann dies daher meines Erachtens nur darin begründet liegen, daß durch dieses Rechtsinstitut die Familienprogression steuergünstig ausgenutzt wurde und allenfalls in zweiter Linie existenzsicherndes Vermögen schonend übertragen werden sollte<sup>24</sup>. Aber gerade dies sollte nicht privilegiert werden.

Diese Systematik ist nicht nur Grund genug zu einer teleologischen Reduktion des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG<sup>25</sup>, sondern verfassungsrechtlich geboten. Der vorlegende Senat weist wiederholt darauf hin, daß es mit dem Verfassungsgebot der steuerrechtlichen Gleichbehandlung nicht zu vereinbaren sei, wenn Unterhaltszahlungen von Kindern an ihre Eltern allein deshalb steuerlich abziehbar wären, weil die Eltern in der Lage seien, ihren Kindern Vermögen zu übertragen<sup>26</sup>. Mit der Verwendung des Typus 2 wird aber gerade dies erreicht.

## 6. Leibrente bei Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen?

Nicht unmittelbar Gegenstand der Anfrage des X. Senates, aber sachlich zusammenhängend, ist die Frage, ob eine nicht

abänderbare Leibrente dem Sonderrecht der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen unterliegen kann. Die Finanzverwaltung und der BFH sehen die Vereinbarung einer Leibrente bei einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen als zulässig an<sup>27</sup>. Dies hat zur Folge, daß der Erwerber bei Vereinbarung einer Leibrente nur den Ertragsanteil abziehen kann und der Übergeber diesen zu versteuern hat.

Dies begegnet Bedenken. Sollte der Große Senat der Anfrage des X. Senates folgen, so handelt es sich bei dem Gedanken der „vorbehaltenen Vermögenserträge“ um ein konstitutives Element des Sonderrechtes. Die Ertragslage ist aber in jedem Fall schwankend. Die Vereinbarung von nicht abänderbaren Zahlungen widerspricht diesem konstitutiven Element der vorbehaltenen Vermögenserträge.

Des weiteren ist die Zulassung des Abzugs nur des Ertragsanteiles bei Vereinbarung einer Leibrente im Rahmen des Sonderrechtes inkonsistent. Die Parteien haben damit die Wahl, selbst zu entscheiden, ob es steuerlich sinnvoller ist, den Ertragsanteil oder die Zahlung in voller Höhe abzuziehen. In der Sache stellt dies eine Besteuerung nach der äußersten Form der wiederkehrenden Bezüge dar. Eine systematische Rechtfertigung ist nicht zu erkennen.

## 7. Ausblick

Von der Vereinbarung einer steuerlichen dauernden Last in notariellen Verträgen, die auf dem Typus 2 basiert, sollte abgesehen werden.

Des weiteren sollte keine Leibrente im Rahmen der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen vereinbart werden. Insbesondere sollte man dem Vorbehaltensnießbraucher nicht das Recht einräumen, auf die Leibrente oder die dauernde Last gegen Aufgabe des Nießbrauchs zu wechseln<sup>28</sup>. Die Leibrente ist nach ihrer Struktur (teil)entgeltlichen Vorgängen vorbehalten. Dem Bedürfnis der Vertragsbeteiligten nach gewisser Absicherung im Hinblick auf die künftig zu leistenden Zahlungen wird mit dem Abstellen auf die Ertragslage des übergebenen Vermögensgegenstandes Rechnung getragen<sup>29</sup>.

Folgt der Große Senat der Vorlage des X. Senates, wird das Steuerrecht weiter systematisiert, freilich auf Kosten vermeintlicher Gestaltungsmodelle. Als Rechtsanwender sollte man dies begrüßen. Soweit man sich bei der Vertragsgestaltung am Leitbild der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen orientiert, bereitet die Einordnung der wiederkehrenden Bezüge keine Schwierigkeiten<sup>30</sup>.

24 Vgl. Geck, ZEV 2000 S. 136, 137 f.

25 A.A. Geck, ZEV 2000 S. 136, 139. Ihm ist entgegenzuhalten, daß die Vorschrift zu weit gefaßt ist und ohnehin in vielen Bereichen bereits verfassungskonform ausgelegt wird. Man denke etwa an die Anwendung des Verbots des privaten Schuldzinsenabzugs auf die Leibrente und die dauernde Last.

26 Vorlagebeschuß S. 127

27 BMF-Schreiben v. 3.1.1993, BStBl. 1993 I S. 80 Tz. 6; Fischer, Wiederkehrende Bezüge und Leistungen, Rz. 355; ders., MittBayNot 1996 S. 137, 138.

28 So aber der Formulierungsvorschlag von Langenfeld, Grundstückszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht, 4. Aufl. 1999, S. 159 f.

29 Vgl. zu Eingrenzungsmöglichkeiten, Weimer, NotBZ 1998 S. 1.

30 Insofern a.A.: Reich DNotl-Report 2000 S. 42; Geck ZEV 2000 S. 136.

## Rechtsprechung

### 1. Liegenschaftsrecht / Erbrecht – Nachweis der Erbfolge in Grundbuchverfahren; hier: Nichtvorhandensein weiterer Erben

(OLG Schleswig, Beschuß vom 15. 7. 1999 – 2 W 113/99)

BGB § 2356

GBO § 35 Abs. 1 S. 2

Zum Nachweis des Nichtvorhandenseins weiterer Erben genügt im Rahmen von § 35 Abs. 1 S. 2 GBO im Regelfall die eidesstattliche Versicherung des Erben.

(Leitsatz nicht amtlich)

#### Zum Sachverhalt:

Die Bet. hat ihre Eintragung als Eigentümerin nach ihrer verstorbenen Mutter beantragt. Dazu hat sie außer Grundstücksverkehrsgenehmigung und Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes beglaubigte Ablichtung des mit Eröffnungsvermerk versehenen notariell beurkundeten Berliner Testaments ihrer Eltern vom 26. 3. 1985 und notariell beurkundeten Erbauseinandersetzungsvortrag mit ihrem Bruder vom 13. 12. 1998 vorgelegt. Zu dem Berliner Testament findet sich unter II. die Regelung:

„Zu Erben des Zuletztverstorbenen von uns setzen wir ein die beim Tode des Zuerstverstorbenen von uns vorhandenen gemeinsamen Abkömmlinge zu gleichen Teilen“

und unter III.:

„Sollte eines unserer gemeinsamen Abkömmlinge vor uns versterben, so soll dessen Anteil den anderen Abkömmlingen von uns zu gleichen Teilen zufallen ...“

Zu dem Erbauseinandersetzungsvortrag hat der Bruder der Bet. u.a. das alleinige Eigentum an dem betroffenen Grundstück übertragen. Beide haben die Auflösung erklärt und die Eintragung dieser Rechtsänderung im Grundbuch beantragt.

Nachdem der Rechtsanwalt mit der angefochtenen Zwischenverfügung die Vorlage eines Erbscheins verlangt hatte, hat die Bet. beglaubigte Kopien ihrer und der Geburtsurkunde ihres Bruders sowie beglaubigte Kopie einer eidesstattlichen Versicherung der beiden Geschwister vom 17. 1. 1999 vorgelegt, in der sie erklären, daß sie die einzigen Abkömmlinge ihrer Eltern seien.

Der Rechtsanwalt hat auf Vorlage eines Erbscheins bestanden und die Sache auf die förmliche Erinnerung der Bet. vom 24. 3. 1999 dem LG als Beschwerde vorgelegt. Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen.

#### Aus den Gründen:

Die Begründung des LG ist rechtsfehlerhaft (§§ 78 GBO, 550 ZPO), der Beschuß und die zugrundeliegende Zwischenverfügung – da sie auch mit anderer Begründung nicht zu halten sind (§ 563 ZPO) – sind daher aufzuheben.

Die vom LG gezogenen Schlüsse zur Begründung von Zweifeln am Fehlen weiterer Abkömmlinge der Erblasserin verstoßen nach Auffassung des Senats gegen Denkgesetze und berücksichtigen naheliegende Erfahrungssätze nicht (Keidel-Kahl, Rn. 47 zu § 27 FGG). Warum die Wahl der allgemeinen Formulierung ohne konkrete Aufzählung der 1985 vorhandenen Abkömmlinge dafür sprechen soll, daß „weitere Abkömmlinge“, also mehr als die Bet. und ihr Bruder, schon damals vorhanden waren, ist nicht nachvollziehbar.

Für derartige Schlußfolgerungen aus einem Indiz oder mehreren feststehenden Indizien wird denkgesetzlich ein Erfahrungssatz benötigt, der eine Aussage über einen empirisch gesicherten (100 %igen oder wahrscheinlichen) oder einen geschätzten Zusammenhang zwischen dem Indiz und der gesuchten Haupttat (hier etwa: Zahl der Abkömmlinge) erlaubt (Bender/Nack, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Band I, Glaubwürdig-

keits- und Beweislehre, 2. Aufl. 1995, S. 195 ff., insbes. Rn. 366, 370, 371, 378 ff.). Ein solcher Erfahrungssatz müßte also logisch etwas aussagen über das gleichzeitige Vorliegen zwischen der gewählten allgemeinen Formulierung (Indiz) und (irgendeiner) Zahl von Abkömmlingen. Schon diese Kontrollüberlegung verweist den gezogenen Schluß aus dem Bereich des denkgesetzlich Zulässigen.

Auch wenn die angegebene Begründung für die allgemeine Formulierung im Testament beim damaligen Lebensalter der Verfügenden (56 und 48 Jahre) nicht eben wahrscheinlich erscheint, begründet dieser Umstand keine Zweifel am Wahrheitsgehalt der eidesstattlichen Versicherung. Naheliegend ist vielmehr die bekannte Übung der Notare, vorhandene Textbausteine zu nehmen und möglichst wenig konkretes Schreibwerk durch Änderungen und Ergänzungen zu verursachen.

Aus dem übrigen dem GBA vorliegenden Material läßt sich ebenfalls nichts für ein – damit ja unterstelltes – unredliches Vorgehen der Bet. und ihres Bruders herleiten. Konkrete Zweifel gibt es also nicht, der Rechtsanwalt hat sich also mit der eidesstattlichen Versicherung zur Schließung der Lücke zwischen Berliner Testament (§ 35 Abs. 1 S. 2 GBO) und beglaubigter Kopie der Geburtsurkunden der Erbvertragsparteien zu begnügen. Diese Rechtsauffassung des LG teilt der Senat mit der überwiegenden Rechtsprechung. Der vom Rechtsanwalt wiederholt als rechtsdogmatisch gerechtfertigt bezeichnete Verweis auf das Erbscheinsverfahren des Nachlaßgerichts in jedem Fall kommt nicht in Betracht.

Der vorliegende Fall macht deutlich, daß dem Nachlaßgericht keine weiteren Feststellungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Das Familienbuch begründet Beweis allenfalls für die Existenz der eingetragenen Abkömmlinge, nicht für das Fehlen nicht eingetragener (OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 434), und welche Zeugen das Nachlaßgericht vernehmen sollte, ist nicht ersichtlich. Vielmehr wird es sich ebenfalls mit einer eidesstattlichen Versicherung nach § 2356 BGB zufrieden geben.

### 2. Liegenschaftsrecht – Gutgläubiger Erwerb bei vorwegengenommener Erbfolge

(OLG Zweibrücken, Beschuß vom 30. 8. 1999 – 3 W 125/99 – mitgeteilt vom 3. Zivilsenat)

BGB §§ 892; 900; 1029

GBO § 53

Der Senat hält daran fest, in Fällen der vorwegengenommenen Erbfolge einen Gutgläubenschutz auszuschließen. Zu prüfen ist aber im Einzelfall, ob nach der Gestaltung des Vertrages und dem Willen der Vertragsparteien tatsächlich eine Vorwegnahme der Erbfolge vorliegt (hier für einen Übergabevertrag bejaht).

Gegenstand einer Buchersitzung kann auch eine Grunddienstbarkeit sein; Voraussetzung ist dreißigjähriger Rechtsbesitz nach Maßgabe des § 1029 BGB.

#### Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag haben die Bet. zu 1) und 2) das Grundstück erworben. In Abteilung II. ist zugunsten des Nachbargrundstücks der Bet. zu 3) und 4) eine Grunddienstbarkeit eingetragen, nach der die Eigentümer verpflichtet sind, für den Fall, dass beide Grundstücke mit einem gemeinschaftlichen Haus (Doppelhaus) bebaut werden, den jeweiligen Eigentümern des Nachbargrundstücks (derzeit die Bet. zu 3) und 4)) einen Zugang von der Straße her auf den hinteren Teil des herrschenden Grundstücks zu gestatten.

Die Dienstbarkeit ist seit 1920 im Grundbuch eingetragen, und zwar auf Grundlage eines notariellen Vertrages vom 26. 1. 1920. In

diesem Vertrag ist u.a. das herrschende Grundstück auf die Eheleute A, Großeltern der Bet. zu 3) und 4), übertragen worden. Deren Mutter erwarb das herrschende Grundstück im Wege der Erbaus-einandersetzung. Mit notariellem Übergabevertrag vom 16. 1. 1995 hat diese schließlich das Grundstück auf ihre Kinder, die Bet. zu 3) und 4), zu je ½ übertragen.

Nachdem die Bet. zu 1) und 2) auf dem belasteten Grundstück ein Mehrfamilienhaus errichtet haben, forderte der Bet. zu 3) in einem Zivilverfahren beim LG u.a., die angeblich dadurch eingetretene Störung des Wegerechts zu beseitigen. Die Bet. zu 1) und 2) vertreten demgegenüber die Auffassung, dass das Grundbuch hinsichtlich der auf ihrem Grundstück eingetragenen Dienstbarkeit falsch sei.

#### Aus den Gründen:

1. Im Ausgangspunkt rechtlich nicht zu beanstanden ist die Annahme des LG, die Mutter der Bet. zu 3) und 4) habe diesen das herrschende Grundstück mit Übergabevertrag vom 16. 1. 1995 „in Vorwegnahme der Erbfolge“ übertragen.

a) Unter vorweggenommener Erbfolge versteht man die Übertragung des Vermögens bzw. eines Teiles davon durch den (künftigen) Erblasser auf einen oder mehrere als Erben in Aussicht genommenen Empfänger (vgl. BGH NJW 1995, 1349, 1350 = DNotZ 1996, 640 = MittRhNotK 1995, 172; Schmitz, WM Sonderbeilage Nr. 3 zu Heft 49/1998, S. 3). Die Übertragung erfolgt aufgrund eines Übergabevertrages zwischen den Erblassern und solchen Personen, die diese Vermögensmasse im Erbfall voraussichtlich aufgrund gesetzlicher Erbfolge oder letztwilliger Verfügung erhalten hätten. In aller Regel enthält der Vertrag neben der Übertragung des Vermögens oder eines Vermögensteils auf den begünstigten Erben Abfindungsregelung zugunsten der weichenden Erben oder Erbverzichtserklärungen, eine Versorgung und Sicherstellung des Erblassers sowie die Bestimmung dessen künftiger Rechtsstellung hinsichtlich der vorzeitig übertragenen Erbmasse (vgl. Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge, 1984, S. 21 ff.).

b) All diese Elemente sind in dem notariellen Übergabevertrag vom 16. 1. 1995 enthalten. Mit ihm hat nämlich die Mutter der Bet. zu 3) und 4) das herrschende Grundstück auf ihren Sohn und ihre Tochter als künftige gesetzliche Erben übertragen. Offenbleiben kann, ob die Annahme einer vorweggenommenen Erbfolge in jedem Fall voraussetzt, dass ein wesentlicher Teil des Vermögens übertragen wird (vgl. etwa BGH NJW a.a.O. einerseits; RGZ 1936, 148, 159 f.; RGRK/August, 12. Aufl., § 892 BGB, Rn. 42; Soergel/Stürner, 12. Aufl., § 892 BGB, Rn. 20 andererseits). Denn hier ist davon auszugehen, dass das den Bet. zu 3) und 4) von ihrer Mutter übertragene – mit einem Wohnhaus bebaute – Grundstück einen wesentlichen Teil ihres Vermögens ausgemacht hat.

Der Annahme einer vorweggenommenen Erbfolge steht des Weiteren nicht entgegen, dass dieser Begriff nicht ausdrücklich in die Urkunde aufgenommen worden ist. Zum einen ist der Übergabevertrag auch nicht als Schenkung bezeichnet. Zum anderen erschließt sich der Wille einer vorweggenommenen Erbfolge aus dem sonstigen Inhalt des Vertrages. Den Eltern der Bet. zu 3) und 4) wird nämlich ein lebenslängliches Wohnungsrecht an einem Teil des Wohnhauses eingeräumt. Zu dessen Sicherstellung haben sich die Bet. zu 3) und 4) verpflichtet, den Grundbesitz nicht ohne Zustimmung ihrer Eltern weiter zu übertragen bzw. zu belasten. Schließlich werden Pflichtteilsanrechnung und Ausgleichung geregelt. Hinsichtlich eines weiteren Sohnes ist im Übergabevertrag darauf hingewiesen, dass dieser bereits durch erhaltene Geldbeträge abgefunden wurde. Bezuglich dessen Erbfolge wird im Übrigen ausdrücklich auf eine gesonderte notarielle Urkunde Bezug genommen. Sonstige zu erbringende Gegenleistungen – wie hier etwa die Übernahme von Grundschulden – stehen einer Vorwegnahme der Erbfolge nicht entgegen (vgl. BGH a.a.O.) Das gilt jedenfalls, wenn keine äquivalente Gegenleistung erbracht wird (vgl. dazu Olzen, a.a.O., S. 40 ff.). Anhaltspunkte für

eine Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung sind hier jedoch nicht gegeben. Im Gegenteil gehen die Bet. zu 3) und 4) als Erwerber selbst von einer Schenkung des Grundstücks aus.

2. Liegt danach ein Fall der vorweggenommenen Erbfolge vor, kommt entgegen der Ansicht des LG gutgläubiger Erwerb aufgrund des Übergabevertrages vom 16. 1. 1995 nicht in Betracht. Die Frage, ob ein gutgläubiger Erwerb bei Übertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge möglich ist, wird in Rspr. und Lit. nicht einheitlich behandelt. Während dies ganz überwiegend – unter Hinweis auf die Rspr. des RG – verneint wird (vgl. RGZ 123, 52, 56; 136, 148, 150; BayObLG DNotZ 1988, 781, 782; NJW-RR 1986, 882; MittBayNot 1990; 309, 312; KG JR 1931, 1756; LG Würzburg, Beschl. v. 4. 4. 1978, 4 T 136/78; Palandt/Bassenge, 58 Aufl., § 892 BGB, Rn. 3; RGRK/Augustin, a.a.O., § 892 BGB; Soergel/Stürner, a.a.O., § 892 BGB, Rn. 20; Staudinger/Gursky, 13. Aufl., § 892 BGB, Rn. 69, je m.w.N.), wird teilweise die Auffassung vertreten, der Erwerb im Wege der vorweggenommenen Erbfolge stelle ein von der regulären Erbfolge zu unterscheidendes Verkehrsgeschäft dar, bei dem Gutgläubenschutz eingreife (zuletzt LG Bielefeld RPfleger 1999, 22; Olzen, a.a.O., S. 287 ff.; Heinsheimer, Gruchot, 72, 174, 179; Hildesheim, RPfleger 1997, 12, je m.w.N.). Der BGH hat die Frage bislang offengelassen (vgl. BGH NJW 1982, 761 = DNotZ 1983, 38). Der in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständige Senat ist in seiner Entscheidung vom 30. 12. 1980 (OLGZ 1981, 139, 145) der Auffassung des RG gefolgt. Hieran wird festgehalten.

Dabei werden die – auch vom LG dargestellten – Unterschiede zwischen der Gesamtrechtsfolge nach dem Tod eines Erblassers und der Einzelübertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge nicht verkannt, insbesondere dass bei Vorwegnahme der Erbfolge den Erwerber in der Regel Verpflichtungen treffen. Hierauf kann jedoch nicht entscheidend abgestellt werden. Abgesehen davon, dass der Erbe gleichfalls für Verbindlichkeiten des Erblassers haftet, besteht bei einer Schenkung, also einer Übertragung ohne Gegenleistung, auch Gutgläubenschutz. Entscheidend für die herrschende – vom Senat geteilte – Meinung spricht, dass es keinen Grund gibt, den Erwerber in Fällen der vorweggenommenen Erbfolge besser zu stellen, als wenn es zum Erbgang gekommen und das Vermögen durch Universalsukzession auf ihn übergegangen wäre. Insoweit ist es aufgrund der Nähe der am Geschäft beteiligten Personen bedenklich, von einem alltäglichen Verkehrsgeschäft auszugehen. Insbesondere wäre dadurch die Möglichkeit eröffnet, durch die Wahl einer vorweggenommenen Erbfolge einen ansonsten nicht eingreifenden Gutgläubenschutz zu erreichen (vgl. Lutter, AcP 164, 122, 161 f.). Dem lässt sich nicht etwa entgegenhalten, bei bewußter Umgehung durch die Parteien liege Bösgläubigkeit i.S. des § 892 BGB bzw. ein Fall des § 138 BGB vor (so Olzen, a.a.O., 291). Denn ein dahingehender Nachweis wäre – wie auch der vorliegende Fall zeigt – von dem betroffenen Dritten kaum zu erbringen. Der Senat hält deshalb daran fest, in Fällen der vorweggenommenen Erbfolge einen Gutgläubenschutz auszuschließen. Zu prüfen ist aber im Einzelfall, ob nach der Gestaltung des Vertrages und dem Willen der Vertragsparteien tatsächlich eine Vorwegnahme der Erbfolge vorliegt (vgl. RGZ 136, 148, 150; Staudinger/Gursky, a.a.O., § 892, Rn. 69 a.E.). Letzteres ist hier – wie unter Ziff. 1. ausgeführt – der Fall. Danach scheidet auf Grundlage des Übergabevertrages vom 16. 1. 1995 ein gutgläubiger Erwerb der Dienstbarkeit aus, so dass die angefochtene Entscheidung keinen Bestand haben kann.

3. Eine Vorlage an den BGH gem. § 79 Abs. 2 GBO ist nicht veranlasst. Der Senat folgt der Auffassung des RG. Der BGH hat die Frage – wie bereits dargelegt – bislang nicht entschieden. Das BayObLG und das KG sind – ebenso wie der Senat – der Auffassung des RG gefolgt. Die Entscheidungen des OLG Braunschweig (AufwRspr. 1927 Sdh VI, 43) und des OLG Rostock (MeckeZ 44, 193) gebieten bereits deshalb keine Vorlage, weil sie nicht auf weitere Beschwerde ergangen sind (vgl. dazu Demharter, 22. Aufl. § 79 GBO, Rn. 12).

Ob demnach die Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 S. 1 GBO vorzunehmen ist, kann der Senat nach derzeitiger Sachlage immer noch nicht selbst entscheiden. Nicht auszuschließen sind weitere Erwerbsvorgänge. Was jedoch den „Auseinandersetzungsvorvertrag“ vom 3. 5. 1972 betrifft, wird vorsorglich darauf hingewiesen, dass auch im Fall eines Erbauseinandersetzungsvorvertrages kein gutgläubiger Erwerb stattfindet (vgl. RGZ 136, 148, 150; Staudinger/Gursky, § 892 BGB, Rn. 64 und 82).

Ungeachtet etwaiger weiterer rechtsgeschäftlicher Übertragungen kommt hier zudem ein Erwerb der Grunddienstbarkeit durch Buchersitzung in Betracht, § 900 Abs. 2 S. 1 BGB. Zu den nach dieser Vorschrift geschützten Rechten gehören auch Grunddienstbarkeiten (vgl. Palandt/Bassenge, a.a.O., § 900, Rn. 2; Staudinger/Gursky, a.a.O., § 900, Rn. 21). Insoweit bedarf es der Feststellung, ob in der Vergangenheit dreißigjähriger Rechtsbesitz nach Maßgabe des § 1029 BGB vorgelegen hat (vgl. Palandt/Bassenge, a.a.O., § 900, Rn. 3; auch zur Beweislast Staudinger/Gursky, a.a.O., § 900, Rn. 22 je m.w.N.).

### **3. Liegenschaftsrecht / Erbbaurecht – Erbbauzinsreallastsicherung durch Vormerkung – Bestimmbarkeit bei Angabe einer Höchstgrenze**

(OLG Zweibrücken, Beschuß vom 9. 12. 1999 – 3 W 252/99 – mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG Zweibrücken)

#### **BGB § 883**

#### **ErbbauVO §§ 9; 9a Abs. 1 und 3**

Haben die Parteien eines Erbbaurechtsvertrages schuldrechtlich vereinbart, daß unter bestimmten – näher festgelegten – Umständen eine Erhöhung des zu zahlenden Erbbauzinses verlangt werden kann, setzt die Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer entsprechenden Reallast durch Vormerkung hinreichende Bestimmbarkeit der Höhe voraus. Ist danach – wie hier – die Verdoppelung des gegenwärtig geschuldeten Erbbauzinses möglich, muß innerhalb des durch diese Höchstgrenze vorgegebenen Rahmens zusätzlich jede einzelne künftig mögliche Erhöhung durch Bestimmung konkreter Wertmaßstäbe in der Weise überschaubar sein, daß nicht einerseits eine Erhöhung des Erbbauzinses, andererseits aber keine entsprechende Wertsteigerung des Erbbaurechts eintritt.

#### **Zum Sachverhalt:**

Die Bet. zu 1) und 2) haben mit notariellem Vertrag vom 25. 4. 1997 von der Bet. zu 4) ein Erbbaurecht erworben und am selben Tag mit der Bet. zu 3) als Grundstückseigentümerin eine Änderung des Erbbaurechts beurkundet. In § 2 Ziff. 1 und § 3 der Änderungsurkunde ist die Höhe des Erbbauzinses nebst einer Wertsicherungsklausel geregelt. Nach § 2 Ziff. 3 der Urkunde behält sich der Grundstückseigentümer – die Bet. zu 3) – vor, die Erhöhung des Erbbauzinses bei einer Zustimmung zur Änderung des Verwendungszwecks (§ 1), zur baulichen Erweiterung oder zur Veränderung bzw. Übertragung zu verlangen. Weiter ist in § 2 Ziff. 3 geregelt:

„Zur Sicherung dieses Anspruchs des Grundstückseigentümers bestellt der Erbbauberechtigte eine Vormerkung gem. § 883 BGB am Erbbaurecht zugunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers und bewilligt und beantragt deren Eintragung in das Erbbaugrundbuch. Die Vormerkung soll Gleichrang mit dem Erbbauzins erhalten.“

In einer weiteren Änderung gem. notarieller Urkunde vom 7. 10. 1998 heißt es zu § 2 Ziff. 3:

„Diese Vereinbarung ist Inhalt des Erbbaurechtsvertrages, nicht aber dinglicher Inhalt des Erbbaurechts.“

Die Vormerkung wird bestellt zur Sicherung des Anspruchs des Grundstückseigentümers auf Bestellung einer Reallast für den Erhöhungsbetrag bis höchstens zur Höhe des gegenwärtigen Erbbauzinses.“

Mit Zwischenverfügung hat der Rechtsanwalt des GBA u.a. beanstandet, die Vormerkung gem. § 2 Ziff. 3 der Urkunde sei mangels

Bestimmbarkeit nicht eintragbar. Da eine Ergänzung nicht erfolgt ist, hat der Rechtsanwalt sodann mit Beschluss sämtliche Anträge zurückgewiesen. Erinnerung und Beschwerde sind ohne Erfolg geblieben.

#### **Aus den Gründen:**

In der Sache führt die weitere Beschwerde nicht zum Erfolg, da der angefochtene Beschluss nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 78 S. 1 GBO).

(...)

2. Ohne Rechtsfehler sind AG und LG des Weiteren zu dem Ergebnis gelangt, dass auch nach den mit notarieller Urkunde vom 7. 10. 1998 erfolgten „Änderungen“ die Eintragung der Vormerkung an der fehlenden hinreichenden Bestimmbarkeit der schuldrechtlichen Anpassungsverpflichtung scheitert.

a) Nach allgemeiner Meinung in Rspr. und Lit. kann neben einem fest bestimmten Erbbauzins eine schuldrechtliche Verpflichtung vereinbart werden, nach der die Höhe des Erbbauzinses unter bestimmten Voraussetzungen veränderten Umständen angepaßt werden soll. Dabei ist es zulässig, den Anspruch auf Eintragung einer entsprechenden Reallast in das Erbbaugrundbuch durch eine Vormerkung nach § 883 BGB zu sichern (vgl. BGHZ 22, 220, 222 = DNotZ 1957, 300; NJW-RR 1987, 74, 75 = DNotZ 1987, 360; Senat, Beschluss vom 25. 6. 1963 – 3 W 72/63 –; BayObLG RPfleger 1969, 241 = DNotZ 1969, 492; OLG Düsseldorf DNotZ 1976, 537, 538 und RPfleger 1989, 231 = DNotZ 1989, 578 = MittRhNotK 1989, 115; KG MittBayNot. 1976, 135, 136 = MittRhNotK 1976, 161; OLG Hamm FG-Prax 1995, 136, 137 = MittRhNotK 1995, 317; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 11. Aufl., Rn. 1830; Bauer/von Oefele, GBO AT VI 219; MünchKomm/von Oefele, BGB, 3. Aufl., § 9 ErbbauVO, Rn. 60; Staudinger/Ring [1994] § 9 ErbbauVO, Rn. 21; Palandt/Bassenge, BGB 58. Aufl., § 9 ErbbauVO, Rn. 15 je m.w.N.). Dies hat der Gesetzgeber in der Neufassung des § 9 a Abs. 3 ErbbauVO anerkannt. Im Übrigen stehen die Neufassungen der ErbbauVO durch Art. 2 § 1 SachenRÄndG vom 21. 9. 1994 (BGBI. I 2455) und Art. 11 a EuroEG vom 9. 6. 1998 (BGBI. I 1242) der Zulässigkeit einer durch Vormerkung gesicherten schuldrechtlichen Wertsicherung jedenfalls dann nicht entgegen, wenn – wie hier – die Erhöhungsverlangen unter Umständen erfolgen kann, die von einer Gleitklausel als Inhalt der Reallast nicht erfasst werden (vgl. dazu Bauer/von Oefele, a.a.O., AT I 69 und Maaß, AT VI 229). Der durch die Vormerkung gesicherte künftige Anspruch muss aber nach Inhalt und Gegenstand genügend bestimmt oder bestimmbar sein (vgl. BGHZ 22, 220, 224 ff. = DNotZ 1957, 300; Senat, a.a.O.; OLG Hamm FG-Prax 1995, 136, 137 = MittRhNotK 1995, 317, zuletzt NJW-RR 1999, 1176 = DNotZ 1999, 823 = MittRhNotK 1999, 111; Palandt/Bassenge, a.a.O., § 9 ErbbauVO, Rn. 15). Hinreichende Bestimmbarkeit setzt voraus, dass die Höhe der Anpassung ebenso wie die Voraussetzungen einer Anpassung konkretisierbar sind (vgl. zusammenfassend etwa Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1833; MünchKomm/von Oefele, a.a.O., § 9 ErbbauVO, Rn. 64; OLG Hamm FG-Prax 1995, 136, 137 = MittRhNotK 1995, 317).

b) Ausgehend von diesen Voraussetzungen haben AG und LG zutreffend die Eintragung der Vormerkung abgelehnt. Auch wenn hier die verschiedenen Anspruchsvoraussetzungen für eine Erhöhung geregelt sind, fehlt hinsichtlich ihres Umfangs die Angabe eines geeigneten Maßstabes. Allein die Benennung einer Höchstgrenze reicht insoweit grundsätzlich nicht aus (vgl. LG Bochum NJW 1960 153, 154; MünchKomm/von Oefele, a.a.O., § 9 ErbbauVO, Rn. 64; von Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, Rn. 186; Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1833). Das gilt jedenfalls dann, wenn – wie hier – eine Verdoppelung des gegenwärtigen Erbbauzinses möglich sein soll. Das Bestimmtheitserfordernis dient dem Interesse der gegenüber einer Vormerkung nachrangigen Gläubiger. Ihnen soll eine Prüfung der Beleihbarkeit ermöglicht werden, was zugleich die Kreditmöglichkeiten zugunsten des Erbbauberechtig-

ten erweitert (vgl. KG MittBayNot 1976, 135, 136 = MittRhNotK 1976, 161). Anhand der Höchstgrenze lässt sich zwar das wirtschaftliche Gewicht des vorgemerkten Anspruchs abschätzen (vgl. OLG Düsseldorf RPfleger 1989, 231 = DNotZ 1989, 578 = MittRhNotK 1989, 115). Ist jedoch eine beträchtliche Erhöhung zulässig – hier: Steigerung bis zu 100 % des gegenwärtigen Erbbauzinses –, muss zusätzlich innerhalb des durch die Höchstgrenze vorgegebenen Rahmens jede künftige Erhöhung überschaubar sein. Das gilt hier umso mehr, als sogar für drei in ihren Voraussetzungen und Auswirkungen völlig unterschiedliche Fälle eine Erhöhung ermöglicht wird. Nur durch die summenmäßige Bestimmbarkeit ist gewährleistet, dass nicht einerseits eine Erhöhung des Erbbauzinses, andererseits aber keine entsprechende Wertsteigerung des Erbbaurechts eintritt (vgl. OLG Düsseldorf DNotZ 1969, 297, 298; BGHZ 22, 225, 226 = DNotZ 1957, 300). Die Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Reallast durch Vormerkung setzt deshalb eine Festlegung derjenigen Faktoren voraus, nach denen im Einzelfall ein Erhöhungsverlangen aufgrund Zustimmung zur Änderung des Verwendungszwecks, zur baulichen Erweiterung oder zur Veräußerung bewertet werden kann (vgl. auch OLG Düsseldorf RPfleger 1989, 231 = DNotZ 1989, 578 = MittRhNotK 1989, 115). An solchen Bezugsgrößen, wie etwa Wert des Erbbaugrundstücks oder amtliche Preisindizes, fehlt es hier insgesamt.

c) Etwas anderes lässt sich auch nicht aus § 9 a Abs. 1 ErbbauVO herleiten. Die von der Rechtsbeschwerde zitierte Entscheidung des OLG Hamm (FG-Prax 1995, 136 = MittRhNotK 1995, 317) befasst sich in erster Linie mit der Frage, ob es im Hinblick auf die gesetzliche Regelung in § 9 a Abs. 1 S. 5 ErbbauVO weiterhin einer Abrede bedarf, in welchen zeitlichen Abständen ein Erhöhungsverlangen frühestens geltend gemacht werden darf. Auf diesen Gesichtspunkt kommt es hier nicht an, weil es – im Unterschied zu dem vom OLG Hamm entschiedenen Sachverhalt – nicht um eine Anpassung aufgrund Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse geht. Ob und gegebenenfalls wann der Nutzungszweck geändert wird, eine bauliche Erweiterung bzw. Veräußerung erfolgt, ist in zeitlicher Hinsicht völlig ungewiss, so dass auf die Vorschrift von vornherein nicht abgestellt werden kann. Ob § 9 a Abs. 1 ErbbauVO im Übrigen dahin zu verstehen ist, dass der Bestimmtheitsgrundsatz des § 883 BGB für Erbbaurechte zu Wohnzwecken nur eingeschränkt anzuwenden ist (vgl. KG MittBayNot 1976, 135, 136 f. = MittRhNotK 1976, 161; Staudinger/Ring, a.a.O., § 9 a ErbbauVO, § 9 ErbbauVO, Rn. 21; Haegeler/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1833 einerseits sowie Münch-Komm/von Oefele, a.a.O., § 9 a ErbbauVO, Rn. 14 andererseits), bedarf hier keiner Erörterung. Denn es fehlt – wie oben dargelegt – jegliche Festlegung einer Bezugsgröße zur Bewertung des Erhöhungsverlangens.

#### **4. Erbrecht – Kein Widerruf der Rücknahme eines Erbscheinantrags im Beschwerdeverfahren**

(OLG Köln, Beschuß vom 16. 12. 1999 – 2 Wx 35/99 – mitgeteilt von Richter am OLG Werner Sternal, Köln)

**BGB § 2353**  
**FGG § 27**

**Ein Erbscheinantrag kann bis zum Abschluß des Erbscheinsverfahrens jederzeit auch durch eine Erklärung gegenüber dem Beschwerdegericht zurückgenommen werden.**

**Die Rücknahme des Erbscheinantrages kann weder widerrufen noch wegen Willensmängel angefochten werden. Das Vorliegen der Verfahrensvoraussetzungen für die Erteilung eines Erbscheins ist auch durch das Rechtsbeschwerdegericht eigenständig zu prüfen.**

#### **Zum Sachverhalt:**

Mit notarieller Urkunde vom 25. 1. 1993 hat der Bet. zu 1) beim AG die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der ihn als Alleinerben nach der Erblasserin ausweist.

Das AG hat den Bet. zu 2) als Pfleger für die unbekannten gesetzlichen Erben nach der Erblasserin gem. § 1913 BGB Pflegschaft mit dem Wirkungskreis der Vertretung der unbekannten gesetzlichen Erben im Erbscheinsverfahren bestellt. Durch Vorbescheid hat das AG angekündigt, einen Erbschein entsprechend dem Antrag des Bet. zu 1) zu erteilen.

Die hiergegen von der Bet. zu 2) eingelegte Beschwerde hat das LG zurückgewiesen.

Während des Beschwerdeverfahrens hat der Bet. zu 1) mit einem an das LG gerichteten Schreiben vom 25. 4. 1999 mitgeteilt, er „verzichte hiermit auf den im Januar 1993 beantragten Erbschein“. Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 10. 5. 1999 hat der Bet. zu 1) erklärt:

„In der Nachlaßsache ... hat uns unser Mandant mitgeteilt, daß er gegenüber dem Gericht mit Schreiben vom 25. 4. 1999 den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins zurückgenommen habe. Nach Rücksprache mit unserem Mandanten will er nunmehr das Verfahren doch weiter fortsetzen. . .“

Gegen die Entscheidung des LG hat der Bet. zu 2) weitere Beschwerde eingelegt.

#### **Aus den Gründen:**

Die in formeller Hinsicht (§§ 27, 29 FGG) nicht zu beanstandende weitere Beschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und des Vorbescheides des Nachlaßgerichts. Die angefochtene Entscheidung des LG beruht auf einer Verletzung des Gesetzes (§§ 27 Abs. 1 S. 2 FGG, 550 ZPO).

Der Beschl. des LG muß schon deshalb aufgehoben werden, weil der Bet. zu 1) mit dem Scheiben vom 25. 4. 1999 auf den von ihm am 25. 1. 1999 beantragten Erbschein verzichtet und mithin inzidenter den Antrag auf Erteilung zurückgenommen hat. Insoweit war für eine Sachentscheidung kein Raum mehr. Für den vom Nachlaßgericht angekündigten Erbschein ist eine wesentliche Verfahrensvoraussetzung entfallen, nämlich der gem. § 2353 BGB vorgeschriebene Antrag.

Obwohl die Antragsrücknahme nicht in dem Tatbestand des angefochtenen Beschlusses des Beschwerdegerichts festgestellt worden ist, durfte der Senat diese Tatsachen bei seiner Entscheidung berücksichtigen. Zwar sind nach § 561 ZPO für die Entscheidung des Gerichts der weiteren Beschwerde die in der angefochtenen Entscheidung festgestellten Tatsachen und somit der Sachverhalt zur Zeit des Erlassens der Beschwerdeentscheidung maßgebend, so daß in der Regel eine Nachprüfung der tatsächlichen Verhältnisse in der dritten Instanz ausgeschlossen ist (Keidel/Kuntze/Winkler/Kahl, 14. Aufl. 1999, § 27 FGG, Rn. 42 m.w.N. in FN. 247). Das Rechtsbeschwerdegericht hat aber von Amts wegen solche nicht festgestellte, sich aus dem Akteninhalt unzweifelhaft ergebende Tatsachen heranzuziehen, die darauf schließen lassen, daß das Gesetz in Bezug auf die Verfahrensvorschriften verletzt worden ist (Bay-OBLG FamRZ 1991, 230, 231; Keidel/Kuntze/Winkler/Kahl, a.a.O., § 27 FGG, Rn. 45). Hierzu gehört insbesondere auch die Prüfung, ob in einem Antragsverfahren der erforderliche Antrag (noch) vorliegt. Dabei kommt es auf den Sachverhalt zum Zeitpunkt der Entscheidung über die weitere Beschwerde an (Jansen, 2. Aufl. 1969, § 27 FGG, Rn. 38, 42).

Die von dem Bet. zu 1) erklärte Rücknahme ist wirksam. Der Bet. zu 1) war als Testamentserbe berechtigt, jederzeit den von ihm gestellten Antrag wieder zurückzunehmen. Eine entsprechende Erklärung konnte bis zur Erteilung durch das Nachlaßgericht abgegeben werden, denn der Erbschein wird erst zu diesem Zeitpunkt wirksam (vgl. allgem.: Staudinger/Schilken, 13. Aufl. 1997, § 2353 BGB, Rn. 58; Keidel/Kuntze/Winkler/Kayser, a.a.O., § 12, Rn. 15), wobei die Antragsrücknahme vor Abschluß des Verfahrens auch gegenüber dem Beschwerdege-

richt erfolgen konnte (BayObLG FamRZ 1991, 230, 231 für eine Abgabe gegenüber dem Rechtsbeschwerdegericht; Keidel/Kuntze/Winkler/Kahl, a.a.O., § 27 FGG, Rn. 45; Jansen, a.a.O., § 27 FGG, Rn. 42).

Der Bet. zu 1) hat die von ihm mit Schreiben vom 25. 4. 1999 abgegebene Erklärung nicht wirksam mit anwaltlichem Schriftsatz vom 10. 5. 1999 widerrufen. Die von dem Bet. zu 1) gegenüber dem Beschwerdegericht erklärte Antragsrücknahme war endgültig. Sie hat das Verfahren in der Hauptsache beendet (Lindacher, Jus 1978, 577, 579). Nach ihrem Eingang bei Gericht konnte sie – ebenso wie die Rücknahme einer Berufung oder Beschwerde – weder widerrufen noch als eine verfahrensgestaltende Erklärung wegen eines Willensmangels angefochten werden (OLG München RdL 1963, 243; Keidel/Kuntze/Winkler/Kayser, a.a.O., § 12 FGG, Rn. 13).

Da nach der Rücknahme des Antrags auf die Erteilung eines Erbscheins kein Raum mehr für eine Sachentscheidung war, ist die Sachentscheidung des LG und des Nachlaßgerichts aufzuheben. Inwieweit der Schriftsatz der Verfahrensbevollmächtigten des Bet. zu 1) vom 10. 5. 1999 als neuer Antrag auf Erteilung eines Erbscheins zu werten ist, bedarf vorliegend keiner weiteren Erörterung. Ein neuer Antrag kann nur beim Nachlaßgericht, nicht aber beim Gericht der ersten oder der weiteren Beschwerde gestellt werden. Gegenstand der Beschwerdeentscheidung ist gem. § 19 FGG „die Verfügung des Gerichts erster Instanz“. Dies gilt auch für das Rechtsbeschwerdeverfahren. Nur in echten FGG-Streitsachen ist es möglich, auch in der Beschwerdeinstanz den Sachantrag zu ändern, zu erweitern oder auch einen neuen Antrag zu stellen, nicht aber in Erbscheinsverfahren (Senat OLGZ 1994, 334, 335; BayObLG FamRZ 1990, 649; BayObLG NJW-RR 1994, 1032; OLG Frankfurt OLGR 1997, 82; KG OLGZ 1990, 407, 410; Keidel/Kuntze/Winkler/Kahl, a.a.O., § 25 FGG, Rn. 3 m.w.N.; Jansen, a.a.O., § 27 FGG, Rn. 38).

## 5. Gesellschaftsrecht – Außenhaftung der Gesellschafter der Vor-GmbH

(BSG, Urteil vom 8. 12. 1999 – B 12 KR 10/98 R)

### GmbHG §§ 11; 13 Abs. 2

1. Die Gründergesellschaft einer Vor-GmbH, deren Eintragung in das Handelsregister unterbleibt, haften für die Verluste der Gesellschaft grundsätzlich anteilig und der Höhe nach unbeschränkt nur im Innenverhältnis zur Vor-GmbH.
2. Bei Vermögenslosigkeit der Vor-GmbH haften die Gründergesellschafter ausnahmsweise unmittelbar im Verhältnis ihrer Anteile, wenn sie mit der Geschäftsaufnahme vor Eintragung in das Handelsregister einverstanden waren.
3. Im Falle der unechten Vor-GmbH, bei der die Eintragung in das Handelsregister nicht ernstlich betrieben wird, haften die Gesellschafter bei Einverständnis mit der Aufnahme der Geschäftstätigkeit in vollem Umfang persönlich und gesamtschuldnerisch.

(Leitsätze nicht amtlich)

### Zum Sachverhalt:

Streitig ist die Haftung eines Gesellschafters für Beitragsschulden der Vor-GmbH.

Der Kl. ist selbständiger Steuerberater und war als solcher für das Einzelunternehmen C. W. tätig. Am 11. 8. 1992 schloß er mit dessen Alleininhaber C. W. einen notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag über die Gründung der C. W. GmbH. Vom Stammkapital in Höhe von 50.000,- DM übernahmen C. W. 37.000,- DM und der Kl. 13.000,- DM. C. W. wurde zum alleinigen Geschäftsführer bestellt. Er beantragte am 13. 8. 1992 die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Der Eintragungsantrag wurde durch Beschl. v. 2. 4. 1993 mit der Begründung zurückgewiesen, die bereits jetzt

stark verschuldete Gründungsfirma habe den Nachweis der Einzahlungen auf das Stammkapital nicht fristgemäß erbringen können.

Die Allgemeine Ortskrankenkasse (AOK) stellte am 3. 12. 1992 anlässlich einer Betriebspprüfung beim Kl. fest, daß das Einzelunternehmen C. W. zum 1. 10. 1992 in die GmbH überführt worden war und damit die Beschäftigungen der Arbeitnehmer H. S. und M. W. der GmbH zuzurechnen sind. Sie berechnete die rückständigen Gesamtsozialversicherungsbeiträge für Oktober 1992 nach und setzte die Beiträge für November 1992 fest, insgesamt 9.448,60 DM. Am 12. 1. 1993 versuchte sie vergeblich, diese Beiträge zuzüglich Mahngebühr und Säumniszuschlägen, insgesamt 9.687,40 DM, bei der GmbH in Gründung (iGr) beizutreiben.

Am 9. 3. 1993 beantragte die AOK die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der GmbH iGr. Das Amtsgericht eröffnete am 6. 4. 1993 das Konkursverfahren. Das Konkursverfahren wurde durch Beschl. v. 8. 12. 1993 mangels einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Masse eingestellt (§ 204 der Konkursordnung – KO –).

Die AOK nahm mit Haftungsbescheid vom 25. 1. 1993 den Kl. als Gesellschafter auf Zahlung der von der GmbH iGr. geschuldeten Beiträge, insgesamt 9.756,- DM, in Anspruch. Den Widerspruch des Kl. wies sie zurück.

Das SG hat die Klage abgewiesen. Das Landessozialgericht (LSG) hat auf die Berufung des Kl. das Urt. des SG und den Bescheid der AOK vom 25. 1. 1993 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides aufgehoben.

### Aus den Gründen:

Die Revision der Bekl. ist i.S.d. Aufhebung des angefochtenen Urt. und der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet (§ 170 Abs. 2 S. 2 SGG).

(1. ...)

2. Der Senat vermag aufgrund des vom LSG festgestellten Sachverhalts nicht abschließend zu entscheiden, ob der Kl. mit dem angefochtenen Haftungsbescheid zu Recht unmittelbar und in voller Höhe auf Zahlung der Beitragsforderung in Anspruch genommen worden ist. Die Rechtmäßigkeit des Haftungsbescheides scheitert zwar entgegen der Auffassung des LSG hier nicht daran, daß die Gründergesellschafter einer Vor-GmbH, deren Eintragung im Handelsregister unterbleibt, grundsätzlich für die Verluste der Gesellschaft nur im Innenverhältnis haften (a). Es liegt jedenfalls Vermögenslosigkeit der GmbH iGr. vor, bei der ausnahmsweise eine unmittelbare anteilige Haftung der Gesellschafter in Betracht kommt; für die Entscheidung hierüber fehlt aber die Feststellung, daß der Kl. mit der Geschäftsaufnahme der Vor-GmbH vor Eintragung in das Handelsregister einverstanden war (b). Schließlich kann nach dem bisher festgestellten Sachverhalt nicht ausgeschlossen werden, daß es sich bei der GmbH iGr. um eine sogenannte unechte Vor-GmbH handelt, für deren Verbindlichkeiten Gesellschafter wie der Kl. in vollem Umfang gesamtschuldnerisch haften (3.).

a) Der Senat folgt im Grundsatz der vom LSG seiner Entscheidung zugrunde gelegten neueren Rspr. des BGH. Danach können Gesellschafter einer Vor-GmbH bei Scheitern der Eintragung in der Regel von den Gläubigern der Gesellschaft nicht unmittelbar in Anspruch genommen werden, wie hier der Kl. mit dem angefochtenen Haftungsbescheid.

Der 2. Senat des BSG hatte in zwei Urteilen vom 28. 2. 1986 (2 RU 21/85 = BSGE 60, 29 = SozR 2200 § 723 Nr. 7 und 2 RU 22/85) entschieden, daß Gesellschafter einer Vor-GmbH, die nicht in das Handelsregister eingetragen worden ist, für deren Beitragsverpflichtungen zur Sozialversicherung unmittelbar gesamtschuldnerisch und unbeschränkt haften. Das Fehlen einer Haftungsbegrenzung ist damit begründet worden, dass die Beitragsforderungen eines Sozialversicherungsträgers unabhängig von einem rechtsgeschäftlichen Handeln des Geschäftsführers der Vor-GmbH kraft Gesetzes entstehen und darüber hinaus der Deckung eines ebenfalls gesetzlich entstandenen Ver-

sicherungsrisikos dienen (BSGE 60, 29, 32/33 = SozR 2200 § 723 Nr. 7 S. 18). Diese Rspr. des BSG stand, soweit sie eine gesamtschuldnerische Außenhaftung der Gesellschafter der Vor-GmbH annahm, mit der damaligen Rspr. des BGH in Einklang (BGHZ 65, 378, 382; BGHZ 72, 45, 48, 49 = DNotZ 1978, 689). Anders als das BSG ging der BGH allerdings grundsätzlich von einer Haftung nur bis zur Höhe der Einlageverpflichtung aus (vgl. BGHZ 65, 378, 382; BGHZ 72, 45, 49; BGHZ 80, 129, 144 und BGHZ 80, 182, 184 = DNotZ 1981, 506). Diese Haftungsbegrenzung, die auf ein rechtsgeschäftliches Handeln abstellt, hielt das BSG bei den kraft Gesetzes entstandenen Beitragsverpflichtungen nicht für gerechtfertigt (BSGE 60, 29, 33 = SozR 2200 § 723 Nr. 7 S. 18).

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) vermochte sich der Auffassung des BSG zum Fehlen einer Haftungsbegrenzung nicht anzuschließen und legte die Frage, ob die Gesellschafter einer Vor-GmbH für nicht rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft unbeschränkt haften, dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes zur Entscheidung vor (Beschl. v. 23. 8. 1995, BAGE 80, 335). Noch bevor hierüber entschieden war, rief der für Fragen des Gesellschaftsrechts zuständige II. Zivilsenat des BGH seinerseits den Gemeinsamen Senat zur Entscheidung der Frage an, ob die Gesellschafter einer Vor-GmbH für Verbindlichkeiten dieser Gesellschaft unbeschränkt und grundsätzlich nur im Verhältnis zur Vorgesellschaft haften (NJW 1996, 1210). Der in diesem Beschuß dargelegten Rechtsauffassung zur Haftung der Gesellschafter einer Vor-GmbH für sowohl rechtsgeschäftliche als auch sonstige Verbindlichkeiten dieser Gesellschaft schlossen sich der 2. Senat des BSG (Beschl. v. 31. 5. 1996 – 2 S (U) 3/96) und das BAG an (Beschl. v. 10. 7. 1996, NZA 1996, 1101). Die Vorlageverfahren wurden daraufhin für erledigt erklärt bzw. eingestellt (vgl. WiB 1996, 934).

Die nunmehr vom BGH vertretene Haftungsverfassung der Vor-GmbH zielt auf einen weitgehenden Gleichlauf der Haftung vor und nach der Eintragung der GmbH. Der BGH ist bereits seit seiner Entscheidung v. 9. 3. 1981 (BGHZ 80, 129) davon ausgegangen, daß mit der Eintragung sämtliche Aktiva und Passiva der Vorgesellschaft auf die GmbH übergehen (Aufgabe des sogenannten Vorbelastungsverbots; BGHZ 80, 129, 140). Um die Unversehrtheit des Stammkapitals im Augenblick der Eintragung zu gewährleisten, nimmt der BGH seither eine Differenz- oder Unterbilanzhaftung (Vorbelastungshaftung) der Gründergesellschafter an, wie sie in § 9 GmbHG für die Sacheinlage ausdrücklich normiert ist. Die Gesellschafter, die es zugelassen haben, daß die Vorgesellschaft die Geschäftstätigkeit aufnimmt, haften der GmbH entsprechend dem Verhältnis ihrer Anteile für die Differenz zwischen dem Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens im Zeitpunkt der Eintragung (BGHZ 80, 129, 141), wenn infolge der Geschäftsaufnahme das bei der Eintragung vorhandene Gesellschaftsvermögen hinter dem Stammkapital (abzüglich der Gründungskosten) zurückbleibt. Zu dieser anteiligen, der Höhe nach unbeschränkten Haftung nach Eintragung der GmbH stand die bisherige Rspr. zur beschränkten Außenhaftung der Gründergesellschafter bei Scheitern der Eintragung in Widerspruch. Der BGH hält es nunmehr für geboten, von einer einheitlichen Gründerhaftung auszugehen, die sich in eine Verlustdeckungshaftung (bei Scheitern der Eintragung) und eine Vorbelastungshaftung (nach Eintragung) aufspaltet, jedoch auf den gleichen, der jeweiligen Gründungsphase angepaßten Anspruchsvoraussetzungen beruht (BGHZ 134, 333, 338 unter II 2 d = DNotZ 1998, 142 = MittRhNotK 1997, 312). Der weitgehende Gleichlauf der Verlustdeckungshaftung mit der Vorbelastungshaftung hat den BGH auch dazu bewogen, dieses Rechtsinstitut als Innenregel auszuformen (a.a.O., S. 339 unter III 2 a). Der BGH hat zur Begründung ausgeführt, den Gläubigern entstünden dadurch keine unzumutbaren Nachteile, weil sie den Verlustdeckungsanspruch der Vorgesellschaft gegen die Gründer im Wege der Pfändung verwerten könnten (a.a.O.). Zwar könnte dieses Haftungskonzept im Vergleich zu einer gesamtschuld-

nerischen Außenhaftung den Gläubigern die Durchsetzung ihrer Ansprüche erschweren. In Abwägung der Interessen der Gläubiger und der Gesellschafter seien diese Erschwernisse jedoch für die Gläubiger nicht unzumutbar (a.a.O., S. 340). Dabei sei zu berücksichtigen, daß dem Gläubiger dann der unmittelbare Zugriff auf das Vermögen der Gründergesellschafter gestattet werden könne, wenn keine Abwicklungsschwierigkeiten zu befürchten seien.

Diesem Haftungskonzept, das von einer anteiligen, der Höhe nach unbeschränkten und im Grundsatz nur im Innenverhältnis zur Vor-GmbH bestehenden Haftung der Gründer ausgeht, haben sich der 10. und der 9. Senat des BAG angeschlossen (Urt. v. 22. 1. 1997 – 10 AZR 908/94, BAGE 85, 94, 99 unter II 1 a.E.; Urt. v. 27. 5. 1997 – 9 AZR 483/96, BAGE 86, 38, 41 unter I 2 b). Dieser Rspr. ist der Bundesfinanzhof (BFH) trotz der im Schrifttum und in der Rspr. vorgetragenen Kritik schon aus Gründen der Wahrung der Einheitlichkeit der Rspr. der obersten Bundesgerichte gefolgt (Urt. v. 7. 4. 1998, BFHE 185, 356, 360). Dem schließt sich der erkennende 12. Senat wie vor ihm schon der 2. Senat des BSG (Beschl. v. 31. 5. 1996) an. Die grundsätzlich unbeschränkte Gründerhaftung für die Anlaufverluste der Vor-GmbH entspricht der bisherigen Rspr. des BSG zur Haftung für Beitragsforderungen der Sozialversicherungsträger (BSGE 60, 29, 32/33). Sie ist inzwischen allgemein anerkannt (vgl. Lutter, JuS 1998, 1073, 1077 m.w.N.; Ulmer, ZIP 1996, 733, 734 m.w.N.; LAG Köln, Urt. v. 21. 3. 1997, ZIP 1997, 1921; LSG Baden-Württemberg v. 25. 7. 1997, ZIP 1997, 1651). Dagegen hat das Konzept der Innenhaftung neben Zustimmung (Kort, ZIP 1996, 109, 116; Lutter, JuS 1998, 1073, 1077; Ulmer, ZIP 1996, 733, 739) auch Kritik erfahren (Altmeppen, NJW 1997, 1509 und 3272; Flume, DB 1998, 45; Hauck, NZS 1997, 262, 267; Michalski/BARTH, NZS 1998, 525; Karsten Schmidt, ZIP 1997, 671; Wilhelm, DB 1996, 461 und DStR 1998, 457; LAG Köln v. 21. 3. 1997, ZIP 1997, 1921; LSG Baden-Württemberg v. 25. 7. 1997, ZIP 1997, 1651). Die vorgebrachten dogmatischen Bedenken, auf die sich auch die Revision stützt, hat der BGH jedoch bereits erwogen und ist ihnen nicht gefolgt (vgl. dazu Goette, DStR 1998, 178, 180; Ulmer, ZIP 1996, 733, 737 ff.). Aus sozialrechtlicher Sicht ergeben sich gegen das Konzept der Innenhaftung im Grundsatz keine Bedenken.

b) Die Innenhaftung wird den berechtigten Gläubiger- und Gesellschafterinteressen jedoch nur bei geordneten Verhältnissen der Gesellschaft gerecht, solange also die Vor-GmbH noch besteht und die Eintragung weiterhin betrieben wird oder sie sich zwar in Liquidation oder im Konkurs befindet, aber nicht massenlos ist (vgl. auch BGHZ 134, 333, 340 unter III 2 a = DNotZ 1998, 142 = MittRhNotK 1997, 312; Ensthaler, BB 1997, 1209, 1211; Ulmer, ZIP 1996, 733, 736). In diesem Fall ist für den Gläubiger noch erkennbar, an wen er sich halten und wie er seine Ansprüche durchsetzen kann (Pfändung von Ansprüchen der Vor-GmbH oder Anmeldung der Forderung im Konkurs). Die Verweisung auf eine Innenhaftung ist dem Gläubiger jedoch unzumutbar, wenn die Vor-GmbH vermögenslos ist. Der Senat stimmt daher der Rspr. des BAG und des BFH zu, die unter Bezugnahme auf Erwägungen des BGH (vgl. BGH NJW 1996, 1210, 1212 unter II 2 a.E. und 3 und BGHZ 134, 333, 341, 342 = DNotZ 1998, 142 = MittRhNotK 1997, 312 unter III 2 b und III 4) entschieden haben, daß dem Gläubiger ausnahmsweise der unmittelbare Zugriff auf das Vermögen der Gründergesellschafter gestattet ist, wenn die Vor-GmbH vermögenslos ist, insbesondere keinen Geschäftsführer mehr hat und auch ein Konkursantrag keine Aussicht auf Erfolg verspricht, oder wenn weitere Gläubiger nicht vorhanden sind (BAGE 85, 94, 100 unter II 2; BFHE 185, 356, 360, 361, 362, 363 unter II 2 b und 3 a). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier vor.

Die GmbH iGr. war vermögenslos in dem genannten Sinne. Entscheidend für diese Feststellung ist die Einstellung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft mangels einer kostendeckenden Masse. Der BFH hat bereits entschieden, daß Vermögenslosigkeit anzunehmen ist, wenn ein Kon-

kursverfahren mangels Masse nicht eröffnet werden kann (BFHE 185, 356, 362, 363 unter II 3 a). Dieses muß erst recht gelten, wenn ein Konkursverfahren eingeleitet worden war, die Ermittlungen des Konkursverwalters aber nicht zur Feststellung verwertbaren Vermögens geführt haben und das Verfahren aus diesem Grunde eingestellt wird. Das BAG hat allerdings bei einem Sachverhalt, bei dem die Eröffnung des Konkursverfahrens mangels Masse abgelehnt worden war, aber geltend gemacht wurde, der Betrieb der Vor-GmbH sei im wesentlichen vom Vater eines Mitgesellschafters geführt und dann an einen anderen Ort verlegt worden, den Rechtsstreit zur Überprüfung der Vermögenslosigkeit an die Vorinstanz zurückverwiesen. Solche Zweifel an dem Vorliegen von Vermögenslosigkeit sind nach Ablehnung der Eröffnung des Konkursverfahrens oder dessen Einstellung mangels Masse allenfalls ausnahmsweise gerechtfertigt. Hier besteht für eine solche Annahme kein Anlaß.

Die hier durch die Einstellung des Konkursverfahrens belegte Vermögenslosigkeit der GmbH iGr. ist für die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Haftungsbescheids nicht deshalb bedeutsungslos, weil dieser Bescheid bereits am 25. 1. 1993 erlassen worden ist, also vor Zurückweisung des Eintragungsantrages am 2. 4. 1993 und Einstellung des Konkursverfahrens am 8. 12. 1993, und weil der Widerspruchsbescheid v. 27. 5. 1993 während des laufenden Konkursverfahrens ergangen ist. Dagegen bleibt offen, ob die Verlustdeckungsansprüche der Vor-GmbH und damit die Innenhaftung der Gründer erst mit dem Scheitern der Eintragung entstehen (so BGHZ 134, 333, 341 = DNotZ 1998, 142 = MittRhNotK 1997, 312 unter III 2 b; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 11 Rn. 95 – Stand 1. 9. 1989; a. A. Ulmer, ZIP 1996, 733, 738) und ob frhestens ab diesem Zeitpunkt auch eine Außenhaftung der Gründer bei Vermögenslosigkeit der Gesellschaft in Betracht kommt. Die Vermögenslosigkeit als Voraussetzung der unmittelbaren Inanspruchnahme der Gesellschafter muß jedenfalls vorliegen, wenn die Außenhaftung geltend gemacht wird. Auf „vollständige Vermögenslosigkeit“ zur Zeit der Gründung, wie das LSG angenommen hat, kommt es hingegen nicht an. Maßgebend waren hier die Verhältnisse im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung der AOK, das heißt bei Erlaß des Widerspruchsbescheides am 27. 5. 1993. Zu dieser Zeit war die Eintragung der GmbH bereits gescheitert. Es lag rückblickend auch Vermögenslosigkeit vor. Die GmbH iGr. hatte ihre Geschäftstätigkeit eingestellt. Die Vollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft am 12. 1. 1993 war erfolglos geblieben. Dem Registergericht wurde der geforderte Nachweis der Einzahlungen auf das Stammkapital bis zum 2. 4. 1993 nicht erbracht. Das Konkursverfahren deckte kein verwertbares, der GmbH iGr. zurechenbares Vermögen auf. Daß zum Zeitpunkt der Widerspruchentscheidung das Konkursverfahren noch anhängig war, steht der Annahme von Vermögenslosigkeit in diesem Zeitpunkt nicht entgegen. Die Ablehnung der Eröffnung des Konkursverfahrens oder wie hier die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Masse sind zwar die entscheidenden Indizien für die Vermögenslosigkeit, nicht aber deren Tatbestandsmerkmal.

Die Vermögenslosigkeit rechtfertigt allerdings die unmittelbare Inanspruchnahme der Gesellschafter nur im Verhältnis ihrer Anteile (BAGE 85, 94, 100 unter II 2; BFHE 185, 356, 361 unter II 2 b a.E.; ebenso Ulmer, ZIP 1996, 733, 737; Wiegand, BB 1998, 1065, 1069; offen gelassen vom 9. Senat des BAG, BAGE 86, 38, 41 unter I 2 b; a.A. LAG Frankfurt NZA-RR 1998, 339; Ensthaler, BB 1997, 1209, 1211 a.E.). Hiervon geht auch der Senat aus; denn die Außenhaftung kann nicht weiter gehen als die nach der Rspr. des BGH zwar der Höhe nach unbeschränkte, aber anteilige Haftung im Innenverhältnis der Gesellschafter zur Vor-GmbH. Der Kl. haftet demnach wegen der Vermögenslosigkeit der GmbH iGr. für die Beitragsforderung der Bekl. allenfalls anteilig entsprechend seiner Beteiligung am Stammkapital von 26 v.H., also auf Zahlung von 2.536,56 DM (26 v.H. von 9.756,- DM). Gegen diese Forderung könnte er nicht, wie in der Berufungsinstanz geschehen, einwenden, er habe bereits andere Gläubiger der GmbH iGr. über seinen An-

teil an der Haftung für deren Ansprüche hinaus befriedigt. Die quotale Haftungsbeschränkung führt zu Teilschulden i.S.d. § 420 BGB. Befriedigt ein Gesellschafter einen der Gesellschaftsgläubiger über seine anteilige Haftung hinaus, hat das keine Erfüllungswirkung zugunsten der anderen Gesellschafter. Er kann sich daher auch nicht zum Ausschluß seiner anteiligen Haftung für andere Gesellschaftsverbindlichkeiten auf eine Entschuldung der Mitgesellschafter im Übrigen berufen. Da aber jedenfalls in Höhe von 2.536,56 DM eine unmittelbare Haftung des Kl. für die Beitragsforderung der Bekl. in Betracht kommt, wird das LSG zu prüfen haben, ob der Kl. mit der Geschäftsaufnahme der GmbH iGr. einverstanden war (vgl. BGHZ 134, 333, 342 unter IV = DNotZ 1998, 142 = MittRhNotK 1997, 312). Er hat dies schon im Berufungsverfahren bestritten. Die bei der Betriebsprüfung erteilten Auskünfte und der von ihm im Eintragsverfahren geführte Schriftwechsel, wie er sich insbesondere aus den beigezogenen Handelsregister-Akten ergibt, könnten aber einen anderen Schluß zulassen.

3. Das LSG wird ferner prüfen müssen, ob es sich bei der GmbH iGr. um eine sogenannte unechte Vorgesellschaft handelt; denn dann haftet der Kl. persönlich, unbeschränkt und gesamtschuldnerisch (also nicht nur anteilig) für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Eine Vor-GmbH wird als unechte Vorgesellschaft behandelt, wenn sie nicht ins Handelsregister eingetragen wird, weil unter anderem die Gründer von vornherein nicht die Absicht hatten, die Eintragung als GmbH zu erreichen, oder wenn der Eintragungsantrag nicht ernsthaft weiter betrieben wird, insbesondere bestehende Eintragungshindernisse nicht beseitigt oder Eintragungsunterlagen nicht unverzüglich beschafft werden, oder wenn die Eintragung aus anderen Gründen scheitert und die Gesellschaft trotzdem ihre Geschäfte weiter betreibt (vgl. BFHE 185, 356, 359 unter II 2 a m.w.N. = DNotZ 1998, 142 = MittRhNotK 1997, 312; BAGE 86, 38, 42 unter I 2 c; BGHZ 22, 240, 244, 245; BGH BB 1998, 862, 863 = DNotZ 1998, 883). Die Übertragung von Haftungsprivilegien bei der eingetragenen GmbH auf die Vor-GmbH ist nur gerechtfertigt, wenn die Eintragung angestrebt wird. Ist das nicht der Fall, wird die Geschäftstätigkeit aber fortgesetzt, sind die Regelungen einer zivilrechtlichen Personengesellschaft anzuwenden. Betreibt die (unechte) Vorgesellschaft ein Handelsgewerbe i.S.d. § 1 Abs. 2 HGB oder hat sie ein solches betrieben, gelten die Grundsätze der Haftung in der offenen Handelsgesellschaft (§ 123 Abs. 2, § 128 HGB), andernfalls das Haftungsrecht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 718 i.V.m. §§ 427, 431 BGB; vgl. dazu jetzt BGH NJW 1999, 3483 = MittRhNotK 1999, 353). Wird die Eintragungsabsicht erst nach Aufnahme der Geschäftstätigkeit aufgegeben, werden von dieser Haftung auch die Altschulden erfaßt (vgl. BAGE 86, 38, 43 unter I 2 e m.w.N.).

Hiernach wird das LSG Feststellungen dazu treffen müssen, ob das Eintragsverfahren ernstlich betrieben worden ist, ob und ggf. wann die Eintragungsabsicht aufgegeben und ob gleichzeitig auch die Geschäftstätigkeit beendet oder danach noch fortgesetzt worden ist. Der in den Handelsregister-Akten befindliche Schriftwechsel des Registergerichts und der am Eintragsverfahren beteiligten Handwerkskammer mit der GmbH iGr., dem beurkundenden Notar und den beiden Gründergesellschaftern legt einen solchen Sachverhalt nahe. Sollte die GmbH iGr. nach den Feststellungen des LSG als unechte Vorgesellschaft zu behandeln sein, hinge die persönliche und gesamtschuldnerische Haftung des Kl. für deren Verbindlichkeiten wie die Außenhaftung bei Vermögenslosigkeit davon ab, dass er mit der Aufnahme der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft einverstanden war (vgl. BFHE 185, 356, 362 unter II 2 c = DNotZ 1998, 142 = MittRhNotK 1997, 312). Bei Vorliegen auch dieser Voraussetzung ist der Haftungsbescheid insgesamt rechtmäßig.

Da der Senat als Revisionsgericht die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen nicht treffen kann, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und der Rechtsstreit an das LSG zurückzuverweisen.

## **6. Gesellschaftsrecht – Umstellung des Stammkapitals einer GmbH auf Euro**

(LG Bonn, Beschuß vom 25. 1. 2000 – 11 T 12/99 – mitgeteilt von Notar Dr. Karl-Oskar Schmittat, Siegburg)

**GmbHG §§ 55 Abs. 4; 5 Abs. 1 u. 3; 57 h Abs. 1 S. 2; 86 EG-Euroverordnung I vom 17. 6. 1997 Art. 4; 5**

**Der sich bei der Umstellung des Stammkapitals einer GmbH von DM auf Euro durch Umrechnung in den festgesetzten Kurs von Euro in DM 1 : 1,95583 ergebende „krumme Betrag“ ist auf den nächstliegenden Cent auf- oder abzurunden.**

**Liegen die Voraussetzungen für eine Kapitalerhöhung gegen Einlage durch Aufstockung der Geschäftsanteile vor, kann diese auch aus Anlaß der Glättung des Eurobetrages in dem Umfang durchgeführt werden, den die Gesellschafter beschließen.**

**Da bei der (auch) zur Glättung des Eurobetrages dienenden Kapitalerhöhung ein krummer Aufstockungsbetrag zwangsläufig ist, ist von den Voraussetzungen der §§ 55 Abs. 4, 5 Abs. 1 und 3 GmbHG abzusehen.**

**(Leitsätze nicht amtlich)**

### **Zum Sachverhalt:**

Die Bf. hat die Umstellung des Stammkapitals von 50.000,- DM auf 25.564,59 Euro sowie die gleichzeitige Kapitalerhöhung um 4.435,41 Euro auf 30.000,- Euro durch Aufstockung des bisherigen einzigen Geschäftsanteils zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet.

Das AG hat mit Verfügung vom 27. 11. 1999 Bedenken erhoben. Es hält die im Rahmen der Umstellung auf Euro vorgenommene Kapitalerhöhung für rechnerisch nicht korrekt. Da die Bf. zuerst umgestellt, d.h. den DM-Betrag durch den Umrechnungskurs 1,95583 dividiert habe, habe sie als Zwischenergebnis einen „krummen“ Betrag, eine endlose Zahlenfolge nach dem Komma, erhalten und müsse deshalb im nächsten Schritt, um eine Kapitalerhöhung durchführen zu können, auf- oder abrunden. Es gebe keine Rundungsvorschriften für Zwischenergebnisse. Rechnerisch korrekte Ergebnisse seien dagegen zu erzielen, wenn zunächst eine Kapitalerhöhung in DM erfolge, und zwar auf einen Betrag, der dem nächstmöglichen glatten Euro-Betrag entspreche, und danach umgestellt werde. Zwar erfülle das so ermittelte „Zwischenergebnis“ (erhöhter Geschäftsanteil in DM) nicht die gesetzlichen Anforderungen des § 57 h Abs. 1 S. 2 GmbHG, dem Gesetz werde aber durch die im nächsten Schritt erfolgende Umstellung auf einen durch zehn teilbaren Euro-Betrag Genüge getan.

Das AG hat deshalb vorgeschlagen, zunächst das Stammkapital um 10,5731 DM auf 50.010,5731 DM zu erhöhen, diesen Betrag dann auf 25.570 Euro umzustellen und die beabsichtigte größere Kapitalerhöhung danach in Euro durchzuführen.

Hiergegen wendet sich die Bf. mit ihrer Eingabe.

### **Aus den Gründen:**

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet.

Die von der Bf. gewählte Methode der Umstellung des Stammkapitals auf Euro nebst Kapitalerhöhung ist zulässig und entspricht den gesetzgeberischen Vorgaben. Sie führt zu zutreffenden Ergebnissen und gewährleistet eine möglichst unkomplizierte Umstellung, wie sie offensichtlich vom Gesetzgeber auch gewollt ist.

Gem. Art. 4 der Euroverordnung I vom 17. 6. 1997, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 162/1 ist davon auszugehen, daß die Umrechnung zu dem festgesetzten Umrechnungskurs von Euro zu DM 1 : 1,95583 „mit 6 signifikanten Stellen“ zu erfolgen hat. Der Kurs wird bei der Umrechnung nicht gerundet oder um eine oder mehrere Stellen gekürzt. Der Umrechnungskurs wird für Umrechnungen sowohl der Euroeinheit in nationale Währungseinheiten als auch umgekehrt verwendet.

Das Ergebnis dieser Umrechnung ist nach den Rundungsregeln der Euroverordnung I (Art. 5) zu runden, d.h., bei Umrechnung von Euro auf DM ist auf den nächstliegenden Pfennig, bei Umrechnung von DM auf Euro auf den nächstliegenden Cent auf- oder abzurunden.

„Die Einführung des Euro erfordert das Runden von Geldbeträgen“, heißt es im Vorwort der EG-Euroverordnung I. Dem entspricht auch die vom AG eingeholte Auskunft des Bundesministers der Finanzen, wonach das aus der Umrechnung gewonnene Ergebnis „kaufmännisch auf volle Cent auf- oder abgerundet“ wird.

Diesen Vorgaben entspricht die Umstellung der Bf., indem sie das Stammkapital von 50.000,- DM unter Zugrundelegung des festgelegten Umrechnungskurses auf (abgerundet) 25.564,59 Euro umgerechnet hat.

Die gegen diese Berechnungsmethode geäußerten Bedenken des Amtsrichters vermag die Kammer nicht zu teilen.

Daß sich bei der für die Umstellung des DM-Betrages auf Euro erforderlichen Division durch 1,95583 ein „krummer Betrag“ mit einer endlosen Zahlenfolge nach dem Komma ergibt, hat der Gesetzgeber, der in Art. 4 Abs. 3 Euroverordnung I ausdrücklich bestimmt hat, daß der Umrechnungskurs für beide Umrechnungsarten – d.h. von Euro in die nationale Währungseinheit und von der nationalen Währungseinheit in Euro – zu verwenden ist, in Kauf genommen. Die Verordnung enthält keinen Hinweis dahin, daß eine Division nur vorgenommen werden dürfe, wenn als Ergebnis ein „glatter Betrag“ erreicht werde.

Da das Ergebnis der Umrechnung „auf den nächstliegenden Cent“, d.h. auf zwei Stellen hinter dem Komma, auf- oder abzurunden ist, wirkt sich der Endlosbruch nicht aus.

Die Kammer vermag das Ergebnis der Umrechnung des Stammkapitalbetrages von DM in Euro auch nicht lediglich als ein „Zwischenergebnis“ zu werten, für das es nach Meinung des AG keine Rundungsvorschrift gebe. Der mit Hilfe des festgelegten Umrechnungskurses in Euro errechnete Stammkapitalbetrag ist vielmehr das durch die Umrechnung gewonnene Endergebnis. Dieses Ergebnis entspricht, wie dargelegt, den Vorgaben des Gesetzgebers und ist korrekt ermittelt.

Demgegenüber ist die vom AG vorgeschlagene und allein für zutreffend gehaltene Methode – zunächst eine Kapitalerhöhung in DM, hier 10,5731 DM, vorzunehmen, um für die danach erforderliche Division zur Umstellung auf Euro einen „glatten“ Eurobetrag zu erhalten – nicht nur komplizierter und rechenaufwendiger, sie entspricht auch nicht der Euroverordnung I, die die Umrechnung in beide Richtungen zuläßt, und sie führt zu einem Ergebnis, das auch nach Ansicht des AG dem geltenden Recht (§ 57 h Abs. 1 S. 2 GmbHG) nicht entspricht. Danach hat bei einer Kapitalerhöhung durch Aufstockung des Geschäftsanteils der neue Geschäftsanteil einen „durch 10 teilbaren Betrag“ zu ergeben.

Auch die von der Bf. angemeldete Kapitalerhöhung durch Aufstockung des Nennwertes des bisherigen Geschäftsanteils von 50.000,- DM = 25.564,59 Euro um 4.435,41 Euro, im Wege einer Bareinlage auf 30.000,- Euro ist gesetzesgemäß.

Die Kammer hält es nicht für erforderlich, zunächst eine geringfügige Erhöhung zur Glättung des Eurobetrages, d.h. auf den nächstmöglichen glatten Eurobetrag, hier 25.570,- Euro, vorzunehmen, um danach die beabsichtigte Kapitalerhöhung auf 30.000,- Euro durchzuführen.

Nach H.M. in Lit. und Rspr. ist eine Kapitalerhöhung gegen Einlage durch Aufstockung der Geschäftsanteile zulässig, wenn diese voll eingezahlt sind und eine Nachschußpflicht nicht besteht oder der Inhaber des Geschäftsanteils Gründungsgesellschafter ist. In diesen Fällen kann ein Übergang des Geschäftsanteils auf den Rechtsvorgänger des ausgeschlossenen säumigen Gesellschafters gem. § 22 Abs. 4 GmbHG nicht erfolgen, besteht mithin für einen Fortbestand des alten Geschäftsanteils kein Bedürfnis.

Die Inhaberin des Geschäftsanteils ist zugleich Gründungsge-sellschafterin. Diese hat zudem schon bei der Gründung am 14. 3. 1995 versichert, daß das Stammkapital voll eingezahlt sei.

Ist mithin davon auszugehen, daß die Voraussetzungen für eine Kapitalerhöhung gegen Einlage durch Aufstockung gegeben sind, kann diese auch aus Anlaß der Glättung des Eurobetrages durchgeführt werden, und zwar nicht nur bis zum nächsten glatten Eurobetrag, sondern in dem Umfang, den die Gesellschafter beschließen. Die Höhe der Aufstockung ist grundsätzlich in das Belieben der Gesellschafter gestellt. Es ist kein Grund ersichtlich, daß sie insoweit in ihrer Entscheidungsfreiheit eingeschränkt sein sollen, wenn die Kapitalerhöhung, die oben angegebenen Voraussetzungen als gegeben unterstellt, auch zur Glättung des Eurobetrages erfolgt.

Auch das dient der Erleichterung des Vorganges „Euroumstellung nebst Kapitalerhöhung“. Gläubigerschutzgesichtspunkte stehen nicht entgegen. Die vom AG befürwortete Zweistufigkeit – Erhöhung zur Glättstellung auf den nächstmöglichen Betrag und danach weitere Erhöhung in dem beschlossenen Umfang – kompliziert dagegen den Ablauf, ohne daß hierfür beachtenswerte Gründe erkennbar sind.

Schließlich steht der angemeldeten Kapitalerhöhung auch nicht entgegen, daß es sich bei dem Erhöhungsbetrag von 4.435,41 Euro um einen „krummen Betrag“ handelt. Da die Kapitalerhöhung auch der Euroglättung dient, ist ein krummer Aufstockungsbetrag zwangsläufig. Dem steht § 55 Abs. 4 i.V.m. § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG nicht entgegen. Zwar wäre danach erforderlich, daß der Aufstockungsbetrag „in Euro durch 50 teilbar“ ist. Wird jedoch eine Kapitalerhöhung zur Glättstellung des Eurobetrages zugelassen – die Kammer hat insoweit keine Bedenken –, ist entscheidend, daß dieses Ziel erreicht wird und daß sich Geschäftsanteile in glatten, durch 10 teilbaren Eurobeträgen ergeben, die mindestens 50 Euro betragen müssen. Dieses Ergebnis ist nur bei einer Aufstockung mit einem „krummen Betrag“ erreichbar.

Die Kammer hält es deshalb auch insoweit zur Erleichterung der Umstellung auf Euro für gerechtfertigt, im Rahmen einer hiermit verbundenen Kapitalerhöhung von den Voraussetzungen der §§ 55 Abs. 4, 5 Abs. 1 und 3 GmbH abzusehen.

## 7. Steuerrecht/Erbschaftssteuerrecht – Anwendbarkeit von § 15 Abs. 3 ErbStG zugunsten des Schlußberben bei Änderungsbefugnis des überlebenden Ehegatten

(BFH, Urteil vom 16. 6. 1999 – II R 57/96)

**ErbStG (in der bis 31. 12. 1995 geltenden Fassung) §§ 3 Abs. 1 Nr. 1; 6 Abs. 2; 15 Abs. 1 und Abs. 3 BGB §§ 2255 S. 1; 2269**

**Haben Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament, durch das sie sich gegenseitig als Erben einsetzen (Berliner Testament), dem überlebenden Ehegatten das Recht eingeräumt, die Schlußberbenfolge sowie die Verteilung des Nachlasses zu ändern, so bleibt § 15 Abs. 3 ErbStG zugunsten des Schlußberben insoweit anwendbar, als der überlebende Ehegatte durch eine spätere Verfügung von Todes wegen die Erbquote des Schlußberben nicht verändert hat.**

**Macht der überlebende Ehegatte von seinem Recht auf Änderung dadurch Gebrauch, daß er abweichend vom gemeinschaftlichen Testament einem Schlußberben, dessen Erbquote als solche unverändert bestehen bleibt, ein Vorausvermächtnis aussetzt, kann für diesen Vermächtniserwerb § 15 Abs. 3 ErbStG nicht angewandt werden.**

### Zum Sachverhalt:

Die Kl. wurde zu 1/8 Miterbin der 1993 verstorbenen Erblasserin, der Ehefrau des vorverstorbenen Onkels der Kl. Die Erblasserin hatte mit ihrem Ehemann 1972 gem. § 2269 des Bürgerlichen Ge-

setzbuches (BGB) ein handschriftliches sog. Berliner Testament mit folgendem Wortlaut aufgesetzt:

„Gemeinsames Testament.

Wir setzen uns gegenseitig zu Erben ein und sind uns darüber einig, daß unser gesamtes Vermögen nach dem Tode des Letztlebenden ausschließlich der Familie des Ehemannes zufallen soll.

Als Richtlinie für die Verteilung des Vermögens soll das anliegende „Testament“ bezeichnete Schriftstück vom 18. 12. 1969 gelten, wobei Streichungen und Änderungen dem Letztlebenden vorbehalten bleiben.“

In dieser in Bezug genommenen Aufstellung waren u.a. die Kl. und ihre Schwester als Erben zu je 1/8 des Letztversterbenden bestimmt.

Die Erblasserin machte nach dem Tode ihres Ehemannes von ihrem Umgestaltungsrecht Gebrauch. In ihrer letztwilligen Verfügung vom 5. 9. 1989 ergänzte die Erblasserin ihre „bisher errichteten Testamente“ u.a. insoweit, als sie die Kl. und ihrer Schwester „im Wege des Vorausvermächtnisses“ je eine Eigentumswohnung „zusätzlich zu den den Begünstigten zustehenden Erbteilen“, die unverändert blieben, vermachte.

Der Bekl. (das Finanzamt) setzte zunächst mit vorläufigem Bescheid vom 8. 6. 1994 gegen die Kl. Erbschaftsteuern fest. Dabei legte es der Steuerfestsetzung die im Verhältnis zur Erblasserin maßgebende Steuerklasse IV gem. § 15 Abs. 1 des Erbschaftsteuergesetzes (ErbStG) in der bis zum 31. 12. 1995 geltenden Fassung zugrunde. Die Anwendung der im Verhältnis zum vorverstorbenen Ehemann der Erblasserin maßgebenden Steuerklasse III gem. § 15 Abs. 3 ErbStG lehnte das FA ab, da die Erblasserin das ursprüngliche gemeinsame Testament hinsichtlich des der Kl. zustehenden Anteils verändert habe.

Die hiergegen nach erfolglosem Einspruch erhobene Klage hatte Erfolg.

Das FA beantragt, unter Aufhebung des Urteils der Vorinstanz die Klage abzuweisen.

### Aus den Gründen:

Die Klage ist insoweit begründet, als der Erwerb des Erbteils von 1/8 nicht nach Maßgabe der Steuerklasse IV, sondern gem. § 15 Abs. 3 ErbStG nach Maßgabe der Steuerklasse III zu besteuern ist. Haben Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament, durch das sie sich gegenseitig als Erben einsetzen (Berliner Testament), dem überlebenden Ehegatten das Recht eingeräumt, die Schlußberbenfolge sowie die Verteilung des Nachlasses zu ändern, so bleibt § 15 Abs. 3 ErbStG zugunsten des Schlußberben insoweit anwendbar, als der überlebende Ehegatte durch eine spätere Verfügung von Todes wegen die Erbquote des Schlußberben nicht verändert hat. Macht jedoch der überlebende Ehegatte von seinem Recht auf Änderung dadurch Gebrauch, daß er abweichend vom gemeinschaftlichen Testament einem Schlußberben, dessen Erbquote als solche unverändert bestehen bleibt, ein Vorausvermächtniserwerb § 15 Abs. 3 ErbStG nicht angewandt werden.

a) Im Streitfall hatten die Erblasserin und ihr vorverstorbener Ehemann in ihrem gemeinschaftlichen Testament bestimmt, daß der Nachlaß nach dem Tode des Überlebenden an Dritte fallen soll (sog. Berliner Testament). Bürgerlich-rechtlich ist bei einer derartigen Gestaltung im Zweifel anzunehmen, daß die Dritten für den gesamten Nachlaß als Erben des zuletzt Versterbenden eingesetzt sind (§ 2269 Abs. 1 BGB). Erbschaftsteuerrechtlich sind hingegen nach § 15 Abs. 3 ErbStG die mit dem zuletzt versterbenden Ehegatten näher verwandten Erben und Vermächtnisnehmer als dessen Erben anzusehen, soweit der überlebende Ehegatte an die Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments gebunden und soweit Vermögen des zuerst verstorbenen Ehegatten beim Tode des überlebenden Ehegatten noch vorhanden ist. Diese Vorschrift beruht auf der Überlegung, daß es unbillig ist, allein auf das Verwandtschaftsverhältnis zu dem zuletzt versterbenden Ehegatten abzustellen, soweit das dem Schlußberben anfallende Vermögen

von dem zuerst verstorbenen Ehegatten stammt und der Erbe aufgrund seines Verwandtschaftsverhältnisses zu diesem Ehegatten in eine günstigere Steuerklasse fällt (vgl. BT-Drucks VI/3418, S. 69); denn beim gemeinschaftlichen Testament mit Bindung des zuletzt versterbenden Ehegatten erwirbt der Schlußerbe nach dem Tode dieses Ehegatten die Erbschaft aufgrund des Willens beider Ehegatten. Aus dem Sinn und Zweck dieser Regelung hat der BFH in seiner Entscheidung (BFHE 136, 552 = BStBl II 1983, 44) gefolgt, daß die Anwendung des § 15 Abs. 3 ErbStG nicht ausgeschlossen ist, wenn dem überlebenden Ehegatten das Recht eingeräumt wurde, nach dem Tode des zuerst Versterbenden anderweitig zu testieren, er von dieser Möglichkeit aber keinen Gebrauch gemacht hat. Denn auch in diesem Fall ist die Rechtsgrundlage für die Erbschaft des Schlußerben der in dem gemeinschaftlichen Testament niedergelegte Wille beider Ehegatten (BFHE 162, 97 = BStBl II 1990, 1067). An dieser Rechtsprechung hält der erkennende Senat fest.

Im Streitfall bildet das gemeinschaftliche Testament der Erblasserin und ihres Ehemannes von 1972 insoweit die Rechtsgrundlage für den Erwerb der Kl., als diese den Nachlaß zu 1/8 geerbt hat (§§ 2253, 2258 Abs. 1 BGB). Zwar hat die Erblasserin von ihrem Recht, an der in diesem Testament vorgesehenen Verteilung des – von dem vorverstorbenen Ehemann ererbten – Vermögens Streichungen und Änderungen vorzunehmen, nach dem Tode ihres Ehemannes durch vier, in den Jahren 1984 bis 1991 notariell beurkundete letztwillige Verfügungen Gebrauch gemacht und das gemeinschaftliche Testament mehrfach geändert. Sie hat jedoch die im gemeinschaftlichen Testament von 1972 festgelegte Erbquote der Kl. von 1/8 nicht verändert. Die Erblasserin hat sich vielmehr trotz der ihr eingeräumten Änderungsbefugnis nicht von der mit dem vorverstorbenen Ehemann getroffenen Regelung der Erbquote gelöst, so daß die Bindung insoweit bestehen blieb. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Erblasserin die im gemeinschaftlichen Testament enthaltene Teilungsanordnung bezüglich des Grundbesitzes in ihrer letztwilligen Verfügung vom 5. 9. 1989 durch ein Vorausvermächtnis ersetzt hat. Soweit der Entscheidung in BFHE 162, 97 = BStBl II 1990, 1067 die Auffassung zu entnehmen wäre, daß die Abänderung des gemeinschaftlichen Testaments durch die Einsetzung einer im gemeinschaftlichen Testament nicht genannten Person zur Schlußerbin stets dazu führe, daß die Erbeinsetzung auch insoweit auf einer eigenständigen Entschließung des letzterversterbenden Ehegatten und nicht auf dem gemeinschaftlichen Testament beruhe, als die (unveränderte) Erbeinsetzung nach Person und Quote der im gemeinschaftlichen Testament getroffenen Regelung entspricht, hält der Senat hieran nicht mehr fest. Entscheidend ist vielmehr, daß der im gemeinschaftlichen Testament bestimmte jeweilige Erwerber und seine Erbquote bestehen bleiben, so daß ein Widerruf des Testaments in seiner Gesamtheit nicht anzunehmen ist (vgl. § 2255 S. 1 BGB). Sind diese Voraussetzungen – wie im Streitfall – erfüllt, ist bezüglich dieses Erbanfalls § 15 Abs. 3 ErbStG mit der Folge anzuwenden, daß der Besteuerung die im Verhältnis zum erstverstorbenen Ehemann geltende Steuerklasse III zugrunde zu legen ist.

b) Die Klage ist jedoch insoweit unbegründet, als die Kl. die Anwendung der Steuerklasse III auch für den Erwerb des Wohnungseigentums aufgrund des ihr von der Erblasserin mit letztwilliger Verfügung vom 5. 9. 1989 ausgesetzten Vorausvermächtnisses begeht. Denn dieses Vorausvermächtnis beruht auf einer eigenständigen Verfügung der Erblasserin, die damit der Kl. zusätzlich zu ihrem Erbanteil von 1/8 Wohnungseigentum zuwenden wollte. Im gemeinschaftlichen Testament von 1972 fehlte eine entsprechende Regelung; dieses Testament enthält bezüglich des Grundbesitzes nur eine gemeinsam verfügte Teilungsanordnung, an die sich die Erblasserin jedoch nicht gehalten hat.

Entgegen der Auffassung des FG ändert hieran auch der Umstand nichts, daß nach dem gemeinschaftlichen Testament von 1972 das gesamte Vermögen nach dem Tode des Letztleben-

den ausschließlich der Familie des Ehemannes zufallen sollte. Denn diese Regelung ließ die Möglichkeit offen, daß die überlebende Ehefrau – wie im Streitfall – zugunsten der Angehörigen des Ehemannes eigenständige letztwillige Verfügungen treffen konnte.

Für die Besteuerung des Erwerbs aufgrund des Vorausvermächtnisses scheidet folglich die Anwendung des § 15 Abs. 3 ErbStG aus. Der Erwerb ist vielmehr nach dem persönlichen Verhältnis der Kl. zur Erblasserin gem. § 15 Abs. 1 ErbStG nach Maßgabe der Steuerklasse IV zu versteuern.

c) Die Erbschaftsteuer ist neu zu berechnen und der Erbschaftsteuerbescheid vom 25. 9. 1996 entsprechend zu ändern. Da der Erwerb der Kl. von Todes wegen gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG aus dem unter die Steuerklasse III fallenden Erwerb des Anteils von 1/8 am Nachlaß sowie aus dem unter die Steuerklasse IV fallenden Erwerb durch Vorausvermächtnis besteht, ist gem. § 15 Abs. 3 S. 2 ErbStG die Vorschrift des § 6 Abs. 2 S. 3 bis 5 ErbStG entsprechend anzuwenden.

## 8. Steuerrecht/Grunderwerbsteuer – Zusammenhang von Grundstücksübertragung und Veränderung der Gesellschafterstellung bei § 5 Abs. 2 GrEStG 1983

(BFH, Beschuß vom 4. 8. 1999 – II B 3/99)

### GrEStG 1983 § 5 Abs. 2

**Die Grundstücksübertragung auf eine Gesamthand kann auch dann mit einer Aufgabe oder Minderung der Gesellschafterstellung des bisherigen Alleineigentümers zeitlich und sachlich zusammenhängen und daher von der Anwendung des § 5 Abs. 2 GrEStG 1983 ganz oder teilweise ausgeschlossen sein, wenn beides nicht Teil eines einzigen, in seinen einzelnen Elementen aufeinander abgestimmten Plans ist. Es reicht aus, daß die Grundstücksübertragung zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem die Veränderung der Gesellschafterstellung des bisherigen Alleineigentümers bereits zwischen den Gesamthändlern abgesprochen war.**

#### Zum Sachverhalt:

An der Kl. und Bf., einer KG, waren eine GmbH als Komplementärin und deren einziger Gesellschafter als alleiniger Kommanditist beteiligt. Die GmbH hatte keine Kapitaleinlage zu leisten und war am Vermögen der Kl. nicht beteiligt. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 17. 8. 1993 erwarb die Kl. von ihrem Kommanditisten ein Grundstück. Am 5. 10. 1993 übertrug der Kommanditist seine Kommanditeinlage zu 98 v.H. auf eine zur selben Firmengruppe gehörende AG. Diese Übertragung war bereits im Juni 1993 zwischen den Gesellschaftern der AG und der Kl. abgesprochen worden.

Im Hinblick auf diese Minderung der Gesellschaftsbeteiligung setzte der Bekl. und Beschwerdegegner (das Finanzamt – FA – ) wegen der Grundstücksübertragung durch endgültigen Bescheid vom 27. 3. 1997 Grunderwerbsteuer gegen die Kl. fest. In Höhe einer anteiligen Bemessungsgrundlage von 2 v.H. ließ er den Erwerb gem. § 5 Abs. 2 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) 1983 steuerfrei. Einspruch und Klage blieben erfolglos.

Mit der Beschwerde wegen Nichtzulassung der Revision macht die Kl. geltend, der Rechtssache komme grundsätzliche Bedeutung zu. Außerdem weiche die Vorentscheidung von dem Urteil des BFH (BFHE 181, 344 = BStBl II 1997, 87) ab.

Von grundsätzlicher Bedeutung soll die Rechtsfrage sein, ob ein sachlicher Zusammenhang zwischen Grundstücksübertragung und Übertragung bzw. Minderung der Gesellschaftsbeteiligung auch dann vorliege, wenn die Grundstücksübertragung und die Veränderung in der Gesellschafterstellung nicht aufeinander bezogen gewesen, sondern lediglich zufällig zeitlich zusammengetroffen seien.

## Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist unbegründet.

Die von der Kl. für grundsätzlich bedeutsam gehaltene Rechtsfrage nach der Auslegung des Merkmals des sachlichen Zusammenhangs zwischen Grundstücks- und Anteilsübertragung ist bereits höchststrichterlich entschieden.

1. Der BFH hat mit Urteil (BFHE 138, 97 = BStBl II 1983, 429 = MittRhNotK 1983, 179) entschieden, Sinn und Zweck einer Befreiungsvorschrift wie der des § 5 Abs. 2 GrEStG 1983 setzen voraus, daß der das Grundstück übertragernde Alleineigentümer über seine Gesamthandsberechtigung weiter am Wert des Grundstücks beteiligt bleibt. Diesem Erfordernis sei nicht genügt, wenn und soweit der einbringende Gesamthänder entsprechend einem vorgefaßten Plan in zeitlichem und sachlichem Zusammenhang mit der Grundstücksübertragung auf die Gesamthand seine Gesellschafterstellung auf einen anderen überträgt. In einem solchen Falle würde nämlich der bisherige Alleineigentümer nicht weiter über seine gesamthändische Berechtigung am Grundstückswert partizipieren. Mit Entscheidung (BFHE 163, 246 = BStBl II 1991, 374, 376) hat der BFH ergänzend ausgeführt, der sachliche Zusammenhang i.S. seiner Rechtsprechung zur Nichtigkeit des § 5 Abs. 2 GrEStG 1983 ergebe sich daraus, daß der das Grundstück Übertragende seine vermögensmäßige Beteiligung in Verwirklichung des von Anfang an bestehenden Plans tatsächlich verringert hat. Damit wird auf zweierlei abgestellt, nämlich einmal darauf, daß der in § 5 Abs. 2 GrEStG 1983 vorausgesetzte Fortbestand der Beteiligung des bisherigen Alleineigentümers am Grundstückswert fehlt, und zum anderen darauf, daß die Veränderung in der Gesellschafterstellung des bisherigen Alleineigentümers bereits im Zeitpunkt der Grundstücksübertragung zwischen allen an der Gesamthand Beteiligten abgesprochen war.

Der Fortbestand der Teilhabe des bisherigen Alleineigentümers am Grundstückswert fehlt danach auch dann, wenn die Grundstücksübertragung einerseits und die Veränderung in der Gesellschafterstellung andererseits auf voneinander unabhängigen Vereinbarungen zwischen allen Beteiligten beruhen. Da ferner das Erfordernis eines bereits im Zeitpunkt der Grundstücksübertragung bestehenden Plans lediglich die Funktion hat, die tatsächliche Veränderung in der Gesellschafterstellung des bisherigen Alleineigentümers auf den Zeitpunkt der Grundstücksübertragung zurückzubeziehen (so BFH-Urteil in BFHE 181, 344 = BStBl II 1997, 87), müssen die Grundstücksübertragung und die Veränderung in der Gesellschafterstellung des bisherigen Alleineigentümers nicht Teile eines einzigen, in seinen einzelnen Elementen aufeinander abgestimmten Plans sein. Es reicht vielmehr aus, daß die Grundstücksübertragung zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem die Veränderung der Gesellschafterstellung des bisherigen Alleineigentümers bereits abgesprochen ist. Grundstücksübertragung und Veränderung in der Gesellschafterstellung brauchen nicht – wie die Kl. meint – aufeinander bezogen zu sein. Dies ergibt sich auch aus dem Urteil in BFHE 181, 344 = BStBl II 1997, 87 = MittRhNotK 1983, 179; dem auch in dieser Entscheidung noch verwendeten Begriff des sachlichen Zusammenhangs kommt keine darüber hinausgehende Bedeutung zu. Durch die genannten Entscheidungen überholt ist damit das Urteil in BFHE 138, 97 = BStBl II 1983, 429, soweit dort von Teilen einer Gesamtvereinbarung die Rede ist und daraus gefolgt werden könnte, die Grundstücksübertragung und die Veränderung in der Gesellschafterstellung müßten der Verwirklichung eines einheitlichen Gesamtplans dienen.

2. Die Divergenzfrage ist bereits deshalb unzulässig, weil die angeführten Rechtssätze des BFH und des FG keine Abweichung erkennen lassen (vgl. BFHE 138, 152 = BStBl II 1983, 479). In dem Urteil des BFH ist nicht von wirtschaftlichen Zielen der Beteiligten die Rede, sondern davon, daß ein Plan im Sinne der Rechtsprechung zu § 5 Abs. 2 GrEStG 1983 Vereinbarungen zwischen allen Gesellschaftern der Gesamthand erfordert,

auf die das Grundstück übertragen wird, und daß eine Absicht lediglich des bisherigen Alleineigentümers am Grundstück, seine Gesellschafterstellung alsbald zu verändern, nicht ausreicht. Von diesen Aussagen des BFH weichen die wiedergegebenen Rechtssätze aus der Vorentscheidung nicht ab.

## 9. Steuerrecht / Einkommensteuer – Versorgungsleistungen bei Vermögensübergabe ohne ausreichende Erträge (Typus 2)

(BFH, Beschuß vom 10. 11. 1999 – X R 46/97 – m. Anm. Notar Dr. Thilo Weimer, Leverkusen, in diesem Heft, S. 114)

EStG §§ 10 Abs. 1 Nr. 1a; 22 Nr. 1 S. 1; 12 Nrn. 1 und 2  
GG Art. 3 Abs. 1

Dem Großen Senat wird folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt:

Sind im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe zur Vorwegnahme der Erbfolge vereinbare abänderbare Versorgungsleistungen auch dann als dauernde Last (Sonderausgabe nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a S. 1 EStG) abziehbar, wenn sie nicht aus den laufenden Nettoerträgen des übergebenen Vermögens gezahlt werden können („Typus 2“ i.S. von Tz. 17 bis 19, 38 bis 40 des BMF-Schreibens vom 23. 12. 1996, BStBl I 1996, 1508 = MittRhNotK 1997, 97 ff.)

### Zum Sachverhalt:

Die Kl. und Revisionsbekl. (Kl.) sind Eheleute und wurden im Streitjahr 1993 zur Einkommensteuer zusammenveranlagt. In ihrer Einkommensteuererklärung für 1993 beantragten sie den Abzug einer dauernden Last (Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a des Einkommensteuergesetzes – EStG –) in Höhe von 12.000,- DM. In einem notariell beurkundeten „Schenkungsvertrag“ hatte die damals 84 Jahre alte Tante der Kl. dieser ein Grundstück (Hof- und Gebäudefläche) übertragen, das sie zum Kaufpreis von 320.000,- DM erworben hatte. Die Kl. verpflichtete sich, „aufgrund des ihr übertragenen Grundbesitzes an die Veräußerin zu deren Lebzeiten monatlich nachträglich, jeweils am letzten Tage eines jeden Monats, erstmals am 30. 9. 1993, einen Betrag von monatlich 3.000,- DM“ zu zahlen. Diese Zahlungsverpflichtung sollte durch Eintragung einer Reallast gesichert werden. Ferner wurde vereinbart, „daß sowohl die Erwerberin als auch die Veräußerin eine Erhöhung oder Minderung der Rente entsprechend den Regeln des § 323 Zivilprozeßordnung (ZPO)“ verlangen können. Vor Abschluß des Vertrages hatte die Tante den Grundbesitz mit aufstehendem Einfamilienhaus für 1.200,- DM monatlich vermietet. Die Kl. ihrerseits vermietete das Grundstück für 1.500,- DM monatlich zuzüglich Nebenkosten.

Die Kl. leistete im Streitjahr die folgenden Zahlungen: 5.000,- DM (20. 8. 1993), 9.000,- DM (5. 11. 1993) und 6.000,- DM (31. 12. 1993).

Der Bekl. und Revisionskl. (das Finanzamt – FA –) versagte die steuerrechtliche Anerkennung der als Sonderausgaben (dauernde Last i.S.d. § 10 Abs. 1 Nr. 1a S. 1 EStG) geltend gemachten Beträge in Höhe von 12.000,- DM im wesentlichen unter Hinweis darauf, daß der Vertrag nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sei.

Das Finanzgericht (FG) hat der dagegen gerichteten Klage stattgegeben. Sein Urteil ist veröffentlicht in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 1997, 658.

Mit der Revision rügt das FA Verletzung materiellen Rechts.

### Aus den Gründen:

#### I. Voreilige Rechtsfragen

Der Senat geht davon aus, daß

- eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen mit steuerlicher Wirkung auch im Verhältnis von Tante und Nichte (BFHE 173, 152 = BStBl II 1996, 669 = MittRhNotK 1994, 357) und sogar unter Familienfremden stattfinden kann (BFHE 185, 208 = BStBl II 1998, 718);

- durch die ausdrückliche Bezugnahme auf die Änderungsmöglichkeit nach § 323 der Zivilprozeßordnung (ZPO) eine Abänderbarkeit der Zahlungen und damit eine dauernde Last vereinbart worden ist. Nach dem Beschl. des Großen Senats (BFHE 165, 225 = BStBl II 1992, 78, unter C. II. 4. b = MittRhNotK 1991, 322) genügt für eine steuerrechtlich zu beachtende Änderungsklausel der „Vorbehalt der Rechte aus § 323 ZPO“, weil dies so zu verstehen ist, daß der Vertrag nach Maßgabe des materiellen Rechts, auf das diese Vorschrift Bezug nimmt, abänderbar sein soll. Anhaltspunkte dafür, daß der „Vorbehalt der Rechte aus § 323 ZPO“ lediglich den Charakter einer Wertsicherungsklausel hat (BFHE 184, 337 = BStBl II 1997, 813), sind hier nicht ersichtlich;
- die Unregelmäßigkeit der Zahlungen für sich allein die Anerkennung einer dauernden Last nicht hindert. Das FG hat ausgeführt, es halte im Streitfall die zeitlichen und zahlenmäßigen Abweichungen „in Anbetracht des kurzfristig aufgetretenen und unter Berücksichtigung der Gesamtauflaufzeit des Versorgungsvertrages zeitlich eingeschränkten erhöhten Versorgungsbedürfnisses der Berechtigten für gerade noch hinnehmbar“. Für dieses Ergebnis spreche auch der Umstand, daß sich die Vertragsparteien in Anbetracht der konkreten Durchführung in den Jahren 1993 und 1994 bei einer Gesamtschau in ausreichendem Umfang an die Vereinbarung gehalten haben. Diese Erwägungen des FG sind revisionsrechtlich (§ 118 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung – FGO) nicht zu beanstanden. Denn nicht jede Abweichung vom Üblichen schließt notwendigerweise die steuerliche Anerkennung des Vertragsverhältnisses aus (vgl. – zur Durchführung eines zwischen nahen Angehörigen geschlossenen Mietvertrags – BFHE 180, 377 = BStBl II 1997, 196);
- im Streitfall die geschuldete dauernde Last in Höhe von monatlich 3.000,- DM nicht aus dem Bruttoertrag des übergebenen Einfamilienhauses in Höhe von 1.500,- DM zuzüglich Nebenkosten gezahlt werden kann.

Indes steht der Kl. der Sonderausgabenabzug – entgegen der Ansicht des FG – aus Rechtsgründen nicht zu. Der erkennende Senat folgt nicht der im BMF-Schreiben in BStBl I 1996, 1508 (Tz. 38 ff.) vertretenen Auffassung, nach welcher die Übertragung von „ihrem Wesen nach ertragbringenden Wirtschaftseinheiten“, deren Erträge aber nicht ausreichen, um abänderbare wiederkehrende Leistungen zu erbringen, als „Typus 2“ mit der steuerrechtlichen Folge einer abziehbaren dauernden Last anzuerkennen ist.

## II. Rechtsprechung, Verwaltungsregelung und Literaturmeinungen zur einkommensteuerrechtlichen Behandlung der privaten Versorgungsrente

### 1. Die Rechtsgrundlagen

Nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG sind als Sonderausgaben abziehbar die „auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Renten und dauernden Lasten, die nicht mit Einkünften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben.“ Bei Leibrenten kann nur der Ertragsanteil abgezogen werden. Nach § 22 Nr. 1 S. 1 EStG sind als „sonstige Einkünfte“ steuerbar die „Einkünfte aus wiederkehrenden Bezügen, soweit sie nicht zu den in § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 bezeichneten Einkünften gehören“. Zu diesen Einkünften gehören auch „Leibrenten insoweit, als in den einzelnen Bezügen Einkünfte aus Erträgen des Rentenrechts enthalten sind“ (§ 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a EStG). Der Ertragsanteil der Leibrenten ergibt sich aus der gesetzlichen Ertragswerttabelle: Er wird abweichend von den Grundsätzen der Finanzmathematik über die gesamte Laufzeit gleichbleibend und unter Berücksichtigung biometrischer Durchschnittswerte nach der Allgemeinen Deutschen Sterbetafel und eines Rechnungszinsfußes von 5,5 v.H. gesetzlich pauschaliert.

### 2. Rechtsentwicklung bis zu den Entscheidungen des Großen Senats

Das Recht der wiederkehrenden Leistungen und Bezüge galt früher als eines der schwierigsten Gebiete des Einkommensteuerrechts. Der Grund hierfür lag darin, daß sich die Rspr. des Reichsfinanzhofs (RFH) und des BFH durch den Gesetzeswortlaut zur Annahme einer Steuerbarkeit bzw. – im Bereich der Sonderausgaben – Abziehbarkeit allein „nach der äußeren Form der Wiederkehr“ verpflichtet sah. Dies führte dazu, daß anfangs die nach Interessenlage und Sachstruktur so unterschiedlichen Regelungsbereiche wie Kaufpreisenrenten und private Versorgungsrenten (insbesondere Altentleilsleistungen) einheitlich nach diesem Rechtsgrundsatz behandelt wurden. Die spätere Berücksichtigung einer Gegenleistung mittels „Wertverrechnung“ – dies allerdings nur bei kauf- und darlehensähnlichen Verträgen, nicht bei Hof- und Geschäftsübergaben zur Vorwegnahme der Erbfolge – war zwar ein dogmatischer Fortschritt, der dem rechtlichen Gesichtspunkt der Nichtsteuerbarkeit von Vermögensumschichtungen Rechnung trug, indes (noch) nicht zu einer systematisch zutreffenden Behandlung des sich aus der zeitlichen Streckung ergebenden Zinsanteils führte. Weil die Rechtsprechung der Vertragspraxis gestattete, eine Abziehbarkeit der dauernden Last zu gestalten, kam es auch beim Bezieher von wiederkehrenden Leistungen zu steuerrechtssystematisch nicht erklärbaren Rechtsfolgen, die den Grundsätzen der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit, der grundsätzlichen Nichtsteuerbarkeit von Vermögensumschichtungen in der Privatsphäre, sowie dem objektiven Nettoprinzip – Notwendigkeit der Abziehbarkeit von erwerbssichern dem Aufwand (Finanzierungskosten und Absetzung für Abnutzung – AfA –) – und dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes – GG –) widersprachen. Zugleich wurde – der Unterscheidung zwischen den in vollem Umfang abziehbaren/steuerbaren abänderbaren wiederkehrenden Leistungen („dauernde Last“) und den nur mit dem Ertragsanteil steuerlich relevanten, der Höhe nach gleichbleibenden Leibrenten folgend – für die Frage der Abänderbarkeit ausschließlich darauf abgestellt, ob § 323 ZPO – an sich ein prozessuales Instrument zur Abänderung von Unterhaltsleistungen – für anwendbar „erklärt“ worden war oder nicht.

Die Rechtsentwicklung – auch zur Abgrenzung zwischen der abziehbaren/steuerbaren Versorgungsrente und der nicht abziehbaren/nichtsteuerbaren Unterhaltsrente – ist im einzelnen dargestellt im Beschuß des Großen Senats des BFH in BFHE 165, 225 = BStBl II 1992, 78 (unter C. I. 1. bis 6. = MittRhNotK 1991, 322).

### 3. Rechtsprechung des Großen Senats zur Vermögensübertragung gegen Versorgungsleistungen

Hauptanwendungsfall der in vollem Umfang abziehbaren dauernden Last und der steuerbaren wiederkehrenden Bezüge sind Versorgungsleistungen, die in sachlichem Zusammenhang mit einem Vermögensübergabevertrag vereinbart worden sind. Der Große Senat hat in seinen Beschlüssen (BFHE 161, 317 = BStBl II 1990, 847 = MittRhNotK 1990, 261) und in BFHE 165, 225 = BStBl II 1992, 78 = MittRhNotK 1991, 322 zur privaten Versorgungsrente und ihrer Abgrenzung zur nichtabziehbaren/nichtsteuerbaren Unterhaltsrente Stellung genommen.

a) In seinem Beschl. in BFHE 161, 317 = BStBl II 1990, 847 (unter C. II. 1. c = MittRhNotK 1991, 261) hat der Große Senat des BFH an der überkommenen Rechtsprechung festgehalten, daß Versorgungsleistungen, die anlässlich der Übertragung von Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge vom Übernehmer zugesagt werden, weder Veräußerungsentgelt noch Anschaffungskosten, sondern wiederkehrende Bezüge (§ 22 Nr. 1 EStG) und Sonderausgaben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG) darstellen. Der Große Senat leitet dieses Ergebnis u.a. auch aus der Gesetzesentwicklung ab: In den EStG 1920, 1925 und 1934 ist das Leibgedinge als Erscheinungsform der sonstigen Einnahmen bzw. der wiederkehrenden Bezüge eigens erwähnt worden. Damit ist auf ein Institut des Zivilrechts verwie-

sen worden, das Versorgungsleistungen nicht nur bei der Übergabe eines Hofes, sondern auch bei der Übergabe eines Gewerbebetriebs und von Grundvermögen betrifft. An diesem Rechtszustand hat das Steuerneuordnungsgesetz (StNOG) 1954 nichts ändern sollen. Die Rechtsprechung hat Versorgungsleistungen aus einer Vermögensübergabe generell den wiederkehrenden Bezügen und Sonderausgaben zugerechnet, ohne im Einzelfall zu prüfen, ob die zivilrechtlichen Voraussetzungen eines Leibgedinges erfüllt waren. Auch hieran ist, so der Große Senat, festzuhalten. Weiterhin heißt es in der genannten Entscheidung:

„Denn die steuerrechtliche Zurechnung der Versorgungsleistungen zu den wiederkehrenden Bezügen und Sonderausgaben beruht auf dem Umstand, daß sich der Vermögensübergeber in Gestalt der Versorgungsleistungen typischerweise Erträge seines Vermögens vorbehält, die nunmehr allerdings vom Vermögensübernehmer erwirtschaftet werden müssen. Abzug und Versteuerung der Versorgungsleistungen führen hierbei zu einem ähnlichen Ergebnis wie der Vorbehalt eines gegenständlich beschränkten Nießbrauchs durch den Übergeber, der mit einer entgeltlichen Nutzungsüberlassung an den Vermögensübernehmer verbunden ist .... Diese Gegebenheiten können aber auch vorliegen, wenn der Begriff des Leibgedinges in Einzelheiten nicht erfüllt ist. Durch ihre Charakterisierung als vorbehaltene Vermögenserträge unterscheiden sich Versorgungsleistungen von Unterhaltsleistungen i.S.v. § 12 Nr. 1 EStG; sie enthalten deshalb auch keine Zuwendungen des Vermögensübernehmers aufgrund freiwillig begründeter Rechtspflicht i.S.v. § 12 Nr. 2 EStG. Da die Versorgungsleistungen, wie hervorgehoben, keine Gegenleistung des Übernehmers beinhalten, müssen sie auch nicht vorab mit dem Wert des übertragenen Vermögens verrechnet werden ....“

b) Im Beschuß in BFHE 165, 225 = BStBl II 1992, 78 (unter C. II. 3. = MittRhNotK 1991, 322) hat der Große Senat hieran angeknüpft und entschieden: Versorgungsleistungen, die anlässlich der Übertragung von Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge vom Übernehmer des Vermögens zugesagt werden, unterscheiden sich durch ihre Charakterisierung als vorbehaltene Vermögenserträge von Unterhaltsleistungen. Die nach bisheriger Rspr. für die Abziehbarkeit einer dauernden Last vorausgesetzte Vereinbarung der Abänderbarkeit wird „im Normalfall“ durch eine Bezugnahme auf § 323 ZPO erfüllt; dadurch wird eine Rechtslage hergestellt, die dem Regelungswillen des StNOG 1954 – grundsätzliche Abziehbarkeit der Versorgungsleistungen – entspricht.

Zur Kennzeichnung des Vermögensübergabevertrages führt der Große Senat (C. II. 4. b, c) unter Bezugnahme auf die ständige Rechtsprechung aus, daß

- die einkommensteuerrechtliche Behandlung der familien- und erbrechtlichen Natur des Vertragstyps folgt,
- die Vermögensübertragung die Vorwegnahme der künftigen Erbregelung und die wirtschaftliche Sicherung der alternden Eltern bewirkt,
- die Rente nicht nach dem Wert der Gegenleistung, sondern nach dem Versorgungsbedürfnis des Berechtigten und nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Verpflichteten bemessen wird und daß
- die Beteiligten sich von dem Gedanken leiten lassen, den übertragenen Betrieb der Familie zu erhalten.

Der Große Senat fährt fort:

„Bereits der RFH hat in seinem Urt. in RStBl 1933, 583 ausgesprochen, „bis zur Grenze des versuchten Mißbrauchs zur Umgehung des § 15 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 EStG“ (scil.: einer Vorläfer-Vorschrift des § 12 Nr. 2 EStG) müsse in diesen Fällen regelmäßig anerkannt werden, „daß Sinn und Zweck nicht die (selbständige) Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht ist, sondern die „Folgerung aus der Übergabe von Vermögen seitens der Eltern an die Kinder“. Nach dem BFH-Urteil in BFHE

79, 516 = BStBl III 1964, 422 liegt eine nicht abziehbare Unterhaltsleistung dann vor, wenn unter Berücksichtigung der Gegenleistung der Unterhaltscharakter offensichtlich überwiegt“. Nach dieser Entscheidung kann ein wesentlicher Anhaltspunkt für das Überwiegen im allgemeinen darin gesehen werden, daß der Wert der Gegenleistung (z.B. des übernommenen Betriebsvermögens) bei überschlägiger und großzügiger Berechnung weniger als die Hälfte des Wertes der Rentenverpflichtung beträgt. Auch das BFH-Urteil (BFHE 139, 367 = BStBl II 1984, 97) sieht in dieser Vergleichsrechnung, die in Abschn. 123 Abs. 3 EStR (a.F.) ihren Niederschlag gefunden hat, einen – wenn auch für Hofübergabeverträge praktisch nicht bedeutsamen – „Anhaltspunkt“ für die Bestimmung der nach § 12 EStG nicht abziehbaren Unterhaltsleistungen. Dem stimmt der Große Senat zu.“

#### 4. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)

Das BVerfG hat in seinem Beschl. (Deutsches Steuerrecht – DStR – 1993, 315) entschieden: Bei einer Prüfung am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) ist es weder dem Gesetzgeber noch der Rechtssprechung bei der Auslegung der gesetzlichen Vorgaben verwehrt, bei Übergabeverträgen inhaltlich von zwei miteinander – allerdings ohne wirtschaftlich berechnete Gegenleistung – verknüpften Rechtsvorgängen auszugehen: von der Schenkung des die Erwerbsgrundlagen darstellenden Vermögens einerseits und des Anspruchs auf die Versorgungsleistungen andererseits. Auch ist es nicht sachwidrig, wenn die Rechtsprechung die Versorgungsleistungen als wiederkehrende Bezüge deutet, „weil in diesen Fällen ein bedeutsamer Transfer wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit stattfindet; denn der Sache nach fordern die Eltern einen bestimmten Ertrag des bereits übergebenen Vermögens in regelmäßig wiederkehrenden Zahlungen zurück“. Bedenken dagegen, daß eine Verrechnung der Werte des übertragenen Vermögens und der Versorgungsleistungen nicht vorgenommen werde, sei letztlich nicht Rechnung zu tragen. Zu einer solchen Verrechnung sei die Rechtsprechung nicht verpflichtet, „weil es typischerweise den Beteiligten darauf ankommt, daß die Kinder nur aus dem Ertrag, den die übertragene Erwerbsgrundlage abwirft, die Versorgungsleistungen erbringen sollen. Es ist gerade nicht Kennzeichen der Übergabeverträge, daß das übertragene Vermögen als solches ggf. durch Verkauf dazu dienen soll, die vereinbarten Versorgungsleistungen abzudecken.“

#### 5. Nachfolgende Rechtsprechung zu entgeltlichen wiederkehrenden Leistungen und Bezügen

Eine von zwei Entwicklungslinien – neben der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen – betrifft die wiederkehrenden Leistungen/Bezügen im Austausch mit einer Gegenleistung.

a) Gegenleistungen in der Form abänderbarer wiederkehrender Leistungen gehören nicht zum Anwendungsbereich der in vollem Umfang steuerbaren und abziehbaren wiederkehrenden Leistungen („dauernde Last“); auch hier gibt es keine Steuerbarkeit/Abziehbarkeit „nach der äußeren Form der Wiederkehr“, schon gar nicht wegen eines formalhaften „Vorbehalt der Rechte aus § 323 ZPO“ (BFHE 167, 344 = BStBl II 1993, 15; und BFHE 184, 337 = BStBl II 1997, 813). Diese werden nunmehr nach dem – für Kaufpreisraten und Leibrenten ohnehin schon immer geltenden – einheitlichen Rechtsprinzip beurteilt: Ihr Zinsanteil wird von der steuerrechtlich nicht relevanten Vermögensumschichtung getrennt und entsprechend seiner materiell-rechtlichen Rechtsnatur behandelt. Der Zinsanteil gehört beim Bezieher zu den Einkünften aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG). Beim Verpflichteten sind die in den einzelnen Leistungen enthaltenen Schuldzinsen als Werbungskosten (§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 EStG) abziehbar, wenn und soweit sie im Zusammenhang mit dem Erwerb eines ertragbringenden Wirtschaftsguts stehen. Für einen Erwerber ist es grundsätzlich nicht von Interesse, ob das Entgelt die Versorgung des Veräußerers sicherstellt (BFHE 176, 19 = BStBl II 1996, 676 = MittRhNotK 1995, 238). Eine Aufteilung in einen

Zins- und einen steuerneutralen Rückzahlungsanteil ist auch rechtlich geboten bei jeglicher „darlehensähnlichen“, d.h. zeitlich gestreckten Rückzahlung. Damit ist die Rechtslage angeglichen worden an die Behandlung der wiederkehrenden Bezüge und Leistungen im betrieblichen Bereich, wo der Aktivtausch und der Passivtausch nicht die Gewinn- und Verlustrechnung berühren und die Sonderung von Zinsanteilen für Zwecke einer erfolgswirksamen Erfassung schon immer selbstverständlich war.

Der definitionsgemäß um die Zinsanteile bereinigte Barwert der wiederkehrenden Leistungen ist beim Erwerb von ertragbringendem Vermögen Bernessungsgrundlage für die AfA (BFHE 175, 212 = BStBI II 1995, 47 = MittRhNotK 1995, 73). Die in den wiederkehrenden Leistungen enthaltene Vermögensumschichtung ist – außerhalb des Regelungsbereichs der Spekulationsgeschäfte (§ 23 EStG) – steuerrechtlich irrelevant. Ein privater Ertragsanteil ist ungeachtet des § 10 Abs. 1 Nr. 1a S. 2 EStG wegen seines materiellen Zinscharakters nicht als Sonderausgabe abziehbar (BFHE 170, 82 = BStBI II 1996, 666).

b) Diese Grundsätze sind im BMF-Schreiben in BStBI I 1996, 1508 („C. Entgeltliche Vermögensübertragung gegen wiederkehrende Leistungen“) als Auffassung der Verwaltung übernommen worden.

c) Der aus der Rechtsprechung des RFH überkommene, vorkonstitutionelle Grundsatz von der „Steuerbarkeit/Abziehbarkeit um der äußeren Form der Wiederkehr willen“ ist aufgegeben worden. Dies hat u.a. dazu geführt, daß eine Mehrbedarfsrente nach § 843 Abs. 1, 2 Alt. BGB nicht – auch nicht mit einem Zinsanteil – steuerbar ist (BFHE 175, 439 = BStBI II 1995, 121). Im Falle der zeitlichen Streckung einer Gegenleistung oder darlehensähnlichen (Rück-)Zahlung sind steuerrechtliche Folgerungen lediglich insofern zu ziehen, als ein in den einzelnen Leistungen etwa enthaltener Zinsanteil seiner materiell-rechtlichen Rechtsnatur entsprechend zu behandeln ist. Dies bewährt sich auch bei entgeltlichen Rechtsgeschäften im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge (Gleichstellungsgelder) und der Erbauseinandersetzung. Ist die Auszahlung eines Vermächtnisses in einem Einmalbetrag beim Verpflichteten nicht abziehbar, gilt für eine entsprechende Vermächtnisrente grundsätzlich nichts anderes (BFHE 167, 381 = BStBI II 1992, 612); dementsprechend sind diese wiederkehrenden Leistungen beim Empfänger allenfalls mit einem Zinsanteil steuerbar.

6. Rechtsprechung des erkennenden Senats zur privaten Versorgungsrente und ihrer Abgrenzung gegenüber der nichtabziehbaren/nichtsteuerbaren Unterhaltsrente

a) Nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats wird die rechtliche Charakterisierung der Versorgungsleistungen als vorbehaltene Vermögenserträge rechtstechnisch verwirklicht durch den Abzug als Sonderausgaben beim Verpflichteten und durch die Steuerbarkeit der Einkünfte aus wiederkehrenden Bezügen beim Berechtigten. Im Rahmen dieses „Transfers von Einkünften“ fordert der Übergeber einen bestimmten Ertrag des übergebenen Vermögens in regelmäßig wiederkehrenden Zahlungen zurück. Dieser Transfer bedingt einen gegenständlich beschränkten Grundsatz der materiell-rechtlichen Korrespondenz. Dem liegt auch die Erwägung zugrunde, daß es nach der Systematik des Einkommensteuerrechts für die Zu-rechnung von dem Übergeber zugewendeten Leistungen als steuerbare Einkünfte keinen anderen rechtlichen Grund gibt als den, daß diese Einkünfte beim Verpflichteten dem Grund und der Höhe nach abziehbar sind (BFHE 179, 34 = BStBI II 1996, 157). Der rechtliche Gesichtspunkt des Vorbehalts von Vermögenserträgen ist konstitutiv für gleichheitsrechtlich begründungsbedürftige Ausnahmen vom Abzugsverbot für Unterhaltsleistungen und freiwillige Zuwendungen bzw. Zuwendungen aufgrund einer freiwillig begründeten Rechtspflicht (§ 12 Nr. 1 und 2 EStG) und von der Nichtsteuerbarkeit zugewendeter Bezüge.

b) Eine Auslegung des § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG mit der Wirkung, daß übertragenes Vermögen beim Übernehmer in steu-

erlich abziehbare Unterhaltsleistungen umgewandelt werden kann, hält der Senat für nicht verfassungskonform. Eine steuermindernde Berücksichtigung von Privataufwendungen ist abweichend vom Grundsatz des § 12 Nrn. 1 und 2 EStG nur zulässig, wenn das Gesetz dies – ausnahmsweise – vorsieht, und zwar insbesondere bei den Sonderausgaben und bei den außergewöhnlichen Belastungen. Die Belastung von Eltern mit Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern wird durch Kinderfreibeträge (§ 32 Abs. 6 EStG) und das Kindergeld (§§ 62 ff. EStG) sowie durch vergleichbare Leistungen abgegolten. Den Abzug von typischen Unterhaltsaufwendungen sieht der Gesetzgeber – unter bestimmten Voraussetzungen und der Höhe nach begrenzt – in § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG (Unterhaltsleistungen an den geschiedenen oder getrennt lebenden Ehegatten – Realsplitting –) und – u.a. für Leistungen von Kindern an die Eltern – in § 33a Abs. 1 EStG (außergewöhnliche Belastung in besonderen Fällen) vor. Es wäre mit dem Verfassungsgebot der steuerrechtlichen Gleichbehandlung nicht zu vereinbaren, wenn Unterhaltszahlungen von Kindern an ihre Eltern allein deshalb steuerlich abziehbar wären, weil die Eltern in der Lage sind, ihren Kindern Vermögen zu übertragen (BFHE 172, 324 = BStBI II 1994, 19 und BFHE 181, 72 = BStBI II 1997, 315). Die steuerrechtlich neutrale Verwendung eigenen Vermögens zur Versorgung im Alter kann nicht dadurch steuerrechtliche Bedeutung erlangen, daß Angehörige in den Vorgang der Substanzverwertung eingeschaltet werden (BFHE 181, 72 = BStBI II 1997, 315; BFHE 186, 280). Dies ist offenbar auch die Rechtsauffassung des BVerfG (oben 4.).

c) Diese Erwägungen liegen bereits folgenden Entscheidungen des erkennenden Senats zugrunde:

- Der Typus der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn der Übergeber sich alle Erträge mittels Nießbrauchs vorbehält und zusätzlich vereinbarte Versorgungsleistungen deshalb typischerweise aus der Substanz des übertragenen Vermögens bestritten werden müssen. Erwirbt jemand Vermögen unter Vorbehalt des Nießbrauchs und sagt er aus diesem Anlaß dem Übergeber zusätzlich Versorgungsleistungen zu, sind die Aufwendungen hierfür bei verfassungskonformer Auslegung des § 10 Abs. 1 Nr. 1a S. 1 EStG i.d.R. nicht als dauernde Last abziehbar (BFHE 168, 243 = BStBI II 1992, 803 und BFHE 172, 324 = BStBI II 1994, 19).
- Wird existenzsicherndes Vermögen, das im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen wurde, zum Zwecke der Weiterveräußerung übergeben (BFHE 181, 72 = BStBI II 1997, 315) oder wird das Vermögen vom Übernehmer aufgrund eines nachträglich gefaßten Entschlusses veräußert, sind im Zusammenhang mit der Übertragung vereinbarte Unterhaltszahlungen, die wiederkehrend auf die Lebenszeit des Übergebers zu leisten sind, nicht (mehr) als Sonderausgaben (Rente oder dauernde Last) abziehbar (BFHE 186, 280; BFH/NV 1999, 294). Dies gilt auch dann, wenn der Vermögensübernehmer ein Ersatzgrundstück erwirbt.
- Wird ein ertragloses Wirtschaftsgut, z.B. ein Grundstück mit aufstehendem Rohbau, im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen, sind im Zusammenhang hiermit vereinbarte Unterhaltszahlungen, die wiederkehrend auf die Lebenszeit des Übergebers zu leisten sind, nicht als Sonderausgaben (Rente oder dauernde Last) abziehbar (BFHE 184, 337 = BStBI II 1997, 813). Insoweit ist der Begriff der „existenzsichernden Wirtschaftseinheit“ teleologisch eingeschränkt worden.
- Versorgungsleistungen sind – mangels einer diesbezüglichen Vereinbarung – jedenfalls dann nicht „nach der Rechtsnatur des Versorgungsvertrages“ abänderbar, wenn die vereinbarten Leistungen nicht aus den Erträgen des übergebenen Vermögens erbracht werden können (Urt. in BFHE 173, 152 = BStBI II 1996, 669 = MittRhNotK 1994, 357; BFH/NV 1994, 848).

Das Senatsurteil in BFHE 173, 152 = BStBl II 1996, 669 = MittRhNotK 1994, 357 stützt sich auf den allgemeinen Grundsatz, daß sich eine Abänderbarkeit wiederkehrender Leistungen aus der Rechtsnatur des typischen Versorgungsvertrages ergeben kann. Dies setze allerdings voraus, daß es sich um eine dem zivilrechtlichen Typus des „Versorgungsvertrages“/„Altanteilsvertrages“ (MünchKomm zum BGB/Pecher Art. 96 EGBGB, Rz. 8, 16, 17) in wesentlichen Zügen vergleichbare Vereinbarung handele (BFHE 166, 564 = BStBl II 1992, 499 unter 4.; BFHE 167, 375 = BStBl II 1992, 609). Dazu gehöre vor allem, daß die vereinbarten Leistungen letztlich als zurückbehaltene Erträge aus dem übergebenen Vermögen angesehen und deshalb aus dessen Erträgnissen bezahlt werden könnten. Andernfalls verbleibe es bei der Würdigung als Leibrente. Das Senatsurteil hat sich hierfür auf das Urteil des XI. Senats (BFHE 167, 86 = BStBl II 1992, 526 – hierzu unten 6. a.) bezogen, das bei der Schaffung des „Typus 2“ Pate gestanden hat. Der XI. Senat hatte in jener Entscheidung wiederkehrende Zahlungen, die nicht aus Erträgen des übergebenen, teils von der Übergeberin, teils von den KI. selbst bewohnten Zweifamilienhauses bezahlt werden konnten, als Leibrente beurteilt. Dem erkennenden Senat erschien es bei Berücksichtigung dieser Entscheidung vertretbar, eine Überleitung von Erträgen im betragsmäßigen Umfang des Ertragsanteils anzunehmen. Eine Divergenz zur Entscheidung des XI. Senats in BFHE 167, 86 = BStBl II 1992, 526 konnte damit für jenen Streitfall vermieden werden. Zur Abziehbarkeit einer dauernden Last mit ihrem vollen Betrag hat sich der XI. Senat des BFH nicht geäußert. Insofern wird Tz. 17 ff. des BMF-Schreibens in BStBl I 1996, 1508 durch die Rechtsprechung des XI. Senats nicht gestützt.

Im vorliegenden Rechtsstreit haben die Beteiligten ausdrücklich eine Abänderbarkeit vereinbart. Daher ist die Frage entscheidungserheblich, ob der hier einschlägige Typus 2 eine Rechtsgrundlage in der Entscheidung des Großen Senats in BFHE 165, 225 = BStBl II 1992, 78 = MittRhNotK 1991, 322 findet.

d) Nach Auffassung des Senats widerstreitet die dogmatische Figur der vorbehaltenen Vermögenserträge der auf einen Vergleich von Vermögenspositionen bezogenen Rechnung der „50-v.H.-Grenze“, wenn ein Unternehmen übergeben wird, das – nach herkömmlicher substanzwertorientierter Betrachtung (vgl. BFH/NV 1986, 597 – „Mittelmethode“) – keinen oder nur einen geringen Substanzwert hat, das aber ausreichend Erträge abwirft, aus denen Versorgungsleistungen an den Übergeber gezahlt werden können. Zwar hat das BFH-Urteil in BFH/NV 1986, 597 unter Bezugnahme auf Busse von Colbe (Steuerberater-Jahrbuch – StB.Jb – 1981/82, 257) und Moxter (Grundsätze ordnungsmäßiger Unternehmensbewertung, 2. Aufl. 1983, S. 42) offengelassen, ob ausschließlich oder vornehmlich auf den Ertragswert abzustellen ist oder ob der Substanzwert weiterhin eine nicht zu vernachlässigende Bewertungsgröße ist (so u.a. Raupach/Werndl, Werte und Wertermittlung im Steuerrecht, Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft, 1984, 399, 409 ff.). Der XI. Senat des BFH hat in seinem Urteil v. 10. 4. 1991 XI R 25/89 (BFH/NV 1991, 720) für den Fall der Übergabe eines „alteingesessenen Geschäfts“ mit einem in der Bilanz ausgewiesenen Minuskapital gegen eine Rente mit einem Barwert von ca. 213.000,- DM entschieden, der Wert des übernommenen Betriebsvermögens liege eindeutig unter der Hälfte dieses Wertes, so daß es einer genaueren Wertermittlung, wie sie in dem BFH-Urteil in BFH/NV 1986, 597 dargelegt sei, nicht bedürfe. Demgegenüber neigt der Senat zu der Auffassung, daß es auch in einem solchen Falle ausschließlich darauf ankommt, ob mit dem übertragenen Unternehmen ausreichend Erträge erwirtschaftet werden, aus denen eine Versorgungsrente gezahlt werden kann. Dies ist in einem beim Senat anhängigen Revisionsverfahren (X R 147/96) entscheidungserheblich, in welchem eine anläßlich der Übergabe einer gepachteten Gaststätte vereinbarte Rente zu beurteilen ist.

7. Rechtsprechung des IV., VIII., IX. und XI. Senats des BFH und der FG; Auffassung des BMF; Meinungsstreit im Schrifttum

a) Der XI. Senat des BFH hat im Urteil in BFHE 167, 86 = BStBl II 1992, 526 (BFH/NV 1992, 734) – unter Bezugnahme auf das zu einem Fall des „Totalnießbrauchs“ ergangene, zwischenzeitlich aufgehobene Urteil des FG Rheinland-Pfalz EFG 1991, 666; vgl. Senatsurteil in BFHE 172, 324 = BStBl II 1994, 19; hierzu oben 6. c) – ausgeführt, es sei nicht Voraussetzung für die Anerkennung einer privaten Versorgungsrente als dauernde Last, daß sie aus Erträgen des übertragenen Vermögens geleistet werden könne; der Große Senat habe „lediglich auf die typischerweise gegebene Situation abgestellt, ohne daß es insoweit auf die Verhältnisse des Einzelfalles ankäme“. Ob es sich um Versorgungsleistungen nach der Art vorbehaltener Erträge handele, ergebe ein Vergleich des Kapitalwerts der Leistungen mit dem Wert des übertragenen Vermögens. Mit dieser Begründung hat der XI. Senat dem Antrag der KI. auf Anerkennung von Anschaffungskosten nicht entsprochen, sondern die wiederkehrenden Leistungen als mit ihrem Ertragsanteil abziehbare Leibrente zum Abzug als Sonderausgaben zugelassen. Eine mit ihrem vollen Betrag abziehbare dauernde Last hat der XI. Senat seinerzeit nicht in Betracht gezogen.

Zu der Bemerkung des Großen Senats zur Vergleichsrechnung des Abschn. 123 Abs. 3 der Einkommensteuer-Richtlinien (EStR) a.F. (oben 3. b) und ihrer Bedeutung für die dauernde Last haben sich der erkennende Senat und der XI. Senat nicht geäußert. Allerdings lassen Begründungsansätze der beiden Spruchkörper tendenziell unterschiedliche Auffassungen über die Auslegung des Beschlusses des Großen Senats in BFHE 165, 225 = BStBl II 1992, 78 = MittRhNotK 1991, 322 erkennen. Dies ist durch die Schaffung des „Typus 2“ im BMF-Schreiben in BStBl I 1996, 1508 (Tz. 38 ff.) offenbar geworden.

b) Der VIII. Senat ist in seinem Urteil (BFHE 167, 515 = BStBl II 1992, 809) davon ausgegangen, daß nach ständiger Rechtsprechung des BFH eine Unterhaltsrente vorliegt, wenn auch unter Berücksichtigung einer etwaigen Gegenleistung der Unterhaltscharakter der Zahlungen offensichtlich überwiegt. Das sei regelmäßig dann anzunehmen, wenn bei überschlägiger und großzügiger Ermittlung ihres Werts die Gegenleistung weniger als die Hälfte des Werts der Rentenverpflichtung betrage und deshalb als Zuwendung i.S.d. § 12 Nr. 2 EStG anzusehen sei. In diesem Fall sei die Rente bei einheitlicher Betrachtung insgesamt als Unterhaltsrente zu behandeln. Entscheidungserheblich war indes nur seine Aussage, daß die Rechtsprechung „für den Erb- und Pflichtteilsverzicht gegen Abfindung stets eine Unterhaltsrente abgelehnt hat, ohne auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung einzugehen“.

c) Der IV. Senat des BFH hat in dem zum Wirtschaftsüberlassungsvertrag ergangenen Urteil (BFHE 170, 553 = BStBl II 1993, 546; ferner BFHE 170, 557 = BStBl II 1993, 548; IV R 51/92, BFH/NV 1994, 14; offengelassen im Urteil BFHE 187, 42 = BStBl II 1999, 55, unter 3. b) entschieden: In seinem Beschuß in BFHE 165, 225 = BStBl II 1992, 78 = MittRhNotK 1991, 322 habe der Große Senat des BFH die seinerzeit in Abschn. 123 Abs. 3 EStR übernommene Vergleichsrechnung im Anschluß an das Urteil in BFHE 139, 367 = BStBl II 1984, 97 als einen „Anhaltspunkt“ für die Abgrenzung der Altanteilsleistungen von den nichtabziehbaren Unterhaltsleistungen angesehen, sie für Hofübergabeverträge aber als praktisch nicht bedeutsam erachtet. Für den Fall des Wirtschaftsüberlassungsvertrags könne auf die genannte Vergleichsrechnung nicht verzichtet werden. Dies folge aus der Vorläufigkeit des Vertragsstyps als einer Vorstufe zur Hofübergabe.

d) Der IX. Senat des BFH hat sich in seinem Urteil (BFHE 181, 175 = BStBl II 1997, 47 = MittRhNotK 1997, 95) unter Bezugnahme auf den Beschuß des Großen Senats in BFHE 161, 317, 328 = BStBl II 1990, 847 = MittRhNotK 1990, 261 und die Senatsurteile in BFHE 172, 324, 328 = BStBl II 1994, 19 BFH/NV 1994, 704 wie folgt geäußert: Die anläßlich einer Vermögensübergabe zugesagten Versorgungsleistungen sind grundsätzlich als vom Übergeber vorbehaltene Vermögenserträge zu charakterisieren, die der Übernehmer aus dem über-

tragenen Vermögen zu erwirtschaften hat. In jenem Streitfall könnte dahingestellt bleiben, inwieweit dieser dem Rechtsinstitut der Vermögensübergabe zugrundeliegende Gedanke die Abziehbarkeit von Versorgungsleistungen begrenze, insbesondere, ob lediglich auf die typischerweise gegebene Situation abzustellen sei, oder ob Zahlungen nicht als dauernde Lasten berücksichtigt werden dürfen, soweit der Übergeber nach der Vermögensübergabe offenkundig mehr an Mitteln zur Verfügung hat als zuvor aus dem übergebenen Vermögen zu erwirtschaften war. Denn bei den in jenem Fall zugesagten Versorgungsleistungen handelte es sich nicht um Geldzahlungen, sondern um im Rahmen einer Vermögensübergabe typische Pflege- und Sachleistungen, die ihrer Natur nach ohnehin nicht aus dem übertragenen Miteigentumsanteil an dem Wohnhaus zu erwirtschaften, sondern von der Übernehmerin als persönliche Dienstleistung zu erbringen waren.

e) Die FG haben sich überwiegend auf den Boden der „Doktrin der vorbehaltenen Vermögenserträge“ gestellt (z.B. FG Baden-Württemberg EFG 1996, 696; FG Münster EFG 1996, 1214; FG Baden-Württemberg EFG 1996, 425; Thüringer FG EFG 1997, 469).

f) Das BMF hat unter Bezug auf die Entscheidung des XI. Senats in BFHE 167, 86 = BStBl II 1992, 526 in seinem Schreiben in BStBl I 1996, 1508 (Tz. 17 f., 38 ff.) einen „Typus 2“ anerkannt: Hier nach kann Gegenstand der Vermögensübergabe auch eine existenzsichernde und ihrem Wesen nach ertragbringende Wirtschaftseinheit sein, deren Erträge aber nicht ausreichen, um die wiederkehrenden Leistungen zu erbringen. Wirtschaftseinheiten in diesem Sinne sind typischerweise Betriebe mit geringen Gewinnen oder Mietwohngrundstücke mit geringen oder negativen Einkünften. In Fortführung der Verwaltungsanweisung in R 123 S. 3 EStR 1996 (und der Vorläuferregelungen) heißt es (Tz. 18): „Voraussetzung für eine Vermögensübergabe in diesen Fällen ist, daß der Wert des Vermögens im Zeitpunkt der Vermögensübergabe bei überschlägiger und großzügiger Berechnung mindestens die Hälfte des Kapitalwerts der wiederkehrenden Leistungen beträgt.“ Diese Versorgungsleistungen sind regelmäßig nicht abänderbar; sie sind ausnahmsweise mangels Gleichmäßigkeit als dauernde Lasten zu behandeln, wenn die Vertragsparteien ausdrücklich auf § 323 ZPO oder eine gleichwertige Änderungsklausel Bezug nehmen (Tz. 39).

g) In der Literatur wird die Kontroverse umfänglich fortgesetzt. Die Rechtsprechung der BFH-Senate wird als nicht einheitlich empfunden (statt vieler Brandenberg, Freundesgabe für Haas, 1996, 39 ff.). Die Bandbreite der Meinungen reicht von Ablehnung des „Typus 2“, weil R 123 S. 3 EStR a.F. (jetzt: Tz. 17 ff. des BMF-Schreibens in BStBl I 1996, 1508) „kein sachgerechtes Kriterium“ an die Hand gebe und sich infolgedessen unter Gleichheitsgesichtspunkten nicht mehr zu rechtfertigende Gestaltungsmöglichkeiten eröffneten (so Hörger/Stephan, Die Vermögensnachfolge im Erbschafts- und Ertragsteuerrecht, 1998, Rn. 187; ders., Der Betrieb – DB – 1997, Beilage Nr. 4 S. 11), bis zur ungeteilten Zustimmung zur Entscheidung des XI. Senats in BFHE 167, 86 = BStBl II 1992, 526 (z.B. Weber-Grellet, Finanz-Rundschau – FR – 1996, 415; ders., DStR 1993, Beiheft zu Heft 31 S. 7). Schmidt/Heinicke (Einkommensteuergesetz, 18. Aufl. 1999, § 22, Rn. 86; s.a. Rn. 79, 81) vertritt die Auffassung, die „Wohltat des Typus 2“ gehe „weit über die Rechtsprechung hinaus“. Demgegenüber weist Hutter in Blümich (Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, § 10 EStG, Rn. 143) darauf hin, der Große Senat habe der Vergleichsrechnung in R 123 S. 3 EStR a.F. ausdrücklich zugestimmt. Wacker (Neue Wirtschafts-Briefe – NWB – Fach 3, S. 9933, 9946 f.) hält zwar die Ansicht des X. Senats für systemgerecht. Indes habe die Finanzverwaltung nicht außer Acht lassen dürfen, daß die 50-v.H.-Grenze auf einer langen Rechtstradition beruhe und zumindest nicht ausgeschlossen werden könne, daß der Große Senat in seiner Entscheidung in BFHE 165, 225 = BStBl II 1992, 78 = MittRhNotK 1991, 322 die Wahrung dieses Schwellenwerts nicht nur als zu-

sätzliches Abgrenzungskriterium gegenüber einer Unterhaltsrente, sondern „partiell typusbegründend“ angesehen habe. Damit sei die Entscheidung der Finanzverwaltung, beide Rechtsprechungslinien zu akzeptieren, vorgezeichnet gewesen.

### III. Rechtsauffassung des erkennenden Senats

Nach Auffassung des erkennenden Senats ist die Bemerkung des Großen Senats zur Vergleichsrechnung des Abschn. 123 Abs. 3 EStR a.F. (oben III. 3. b) mit dem Ergebnis auszulegen, daß sie kein zusätzliches typusbegründendes Tatbestandsmerkmal ist.

1. Der Große Senat des BFH hat in seinen Beschlüssen in BFHE 161, 317 = BStBl II 1990, 847 = MittRhNotK 1990, 261 und BFHE 165, 225 = BStBl II 1992, 78 (oben III. 3. = MittRhNotK 1991, 322)

- die Privilegierung des Vermögensübergabevertrages aus der Entstehungsgeschichte seit dem EStG 1920 hergeleitet,
- die steuerliche Rechtsfigur des „Vorbehalt von Vermögenserträgen“ als tragend angesehen,
- die sachliche Nähe der privaten Versorgungsrente zu dem in Vorläuferbestimmungen des § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG erwähnten Leibgedingvertrag betont,
- auf den familialen- und erbrechtlichen Charakter der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen hingewiesen sowie auf
- die Funktion des Vermögensübergabevertrags als Instrument eines generationenübergreifenden Erhalts von Familienermögen und zugleich der Versorgung der weichenden Generation und
- die Ähnlichkeit einerseits des Vorbehaltensnißbrauchs – durch Vorbehaltensnißbrauch wird höchstens der Ertrag eines Wirtschaftsguts vorbehalten – und andererseits des Transfers von Einkünften mittels der privaten Versorgungsrente herausgestellt.

Eine Gesamtwürdigung dieser rechtlichen Gesichtspunkte zwingt zu der Annahme, daß mit der Zuweisung der Vermögensübergabe zu einem derart gekennzeichneten Rechtsinstitut der rechtliche Rahmen abgesteckt ist, innerhalb dessen der rechnerische Vergleich des Barwertes der Rente und des Wertes des übergebenen Vermögens von Bedeutung sein kann. Gerade eine Übertragung wie die vorliegend zu beurteilende hat mit dem Typus des Hof- und Geschäftsübergabevertrages nichts gemein, weil sie darauf angelegt ist, die Substanz des geschenkten Vermögens unter Ausnutzung eines Progressionsgefälles in Unterhaltsansprüche „umzuwandeln“ und letztlich im Interesse des Übergebers zu verwerten. Um dieses wirtschaftlichen Effektes willen brauchte das Vermögen nicht zum Zwecke einer Vorwegnahme der Erbfolge übergeben werden. Vielmehr wäre es widersinnig, wenn dem Übergeber das übertragene Vermögen nunmehr steuerbar zurückflösse. Die steuerliche Privilegierung der Vermögensübergabe verlöre ihren Sinn und unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 1 GG ihre gleichheitsrechtliche Rechtfertigung. Auch der Hinweis des Großen Senats in BFHE 165, 225 = BStBl II 1992, 78 (unter C. II. 4. b) unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des RFH darauf, daß die Versorgungsleistungen „Folgerung aus der Übergabe von Vermögen seitens der Eltern an die Kinder“ sind, ist nur unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der vorbehalteten Vermögenserträge sinnvoll. Die 50-v.H.-Grenze kann nicht als „typusbildend“ anerkannt werden, ohne daß die vorangegangenen Ausführungen des Großen Senats und ihre sinnstiftende und legitimierende Bedeutung für das Recht der privaten Versorgungsrente entwertet würden.

2. Nach Auffassung des erkennenden Senats ist die Vergleichsrechnung kein selbständiges tatbestandsähnliches Unterscheidungskriterium, sondern setzt voraus, daß überhaupt

dem Typus nach eine Vermögensübergabe zur Vorwegnahme der Erbfolge vorliegt. Unter dieser Voraussetzung wird die Vergleichsrechnung zwar nur selten praktische Relevanz haben. Dies stimmt indes mit dem Umstand überein, daß RFH und BFH dieses Abgrenzungsmerkmal im Zusammenhang mit Hof- und Geschäftsübergaben zwar erwähnt, aber nicht tatsächlich angewendet haben. Bis zum Beschl. des Großen Senats in BFHE 165, 225 = BStBl II 1992, 78 = MittRhNotK 1991, 322 gibt es keine Entscheidung des BFH, in der dieses Kriterium streitentscheidend gewesen wäre. Der Große Senat verweist ausdrücklich auf das BFH-Urteil in BFHE 139, 367 = BStBl II 1984, 97, das in der Vergleichsrechnung, die in Abschn. 123 Abs. 3 EStR a.F. ihren Niederschlag gefunden hat, „einen – wenn auch für Hofübergabeverträge praktisch nicht bedeutsamen – ‚Anhaltspunkt‘ für die Bestimmung der nach § 12 EStG nicht abziehbaren Unterhaltsleistungen“ sieht.

3. Liegt, wie vorstehend ausgeführt, keine „Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen“ vor, und kommt deshalb ein Abzug der wiederkehrenden Leistungen (Renten und dauernde Lasten) als Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG nicht in Betracht, gelten § 12 EStG und die allgemeinen Grundsätze des Einkommensteuerrechts uneingeschränkt (ausführlich BFHE 184, 554 = BStBl II 1998, 190; BFHE 186, 280). Haben wiederkehrende Leistungen keinen Bezug zu einem dafür erhaltenen Vermögenswert, sind sie – weil nicht durch die Anschaffung veranlaßt – als Zuwendungen aufgrund freiwillig begründeter Rechtpflicht i.S.d. § 12 Nr. 2 EStG nicht abziehbar. Insoweit kann nichts anderes gelten als beim Erwerb gegen Einmalzahlung.

Stehen die wiederkehrenden Leistungen in sachlichem Zusammenhang mit der erhaltenen Gegenleistung, gelten die für kauf- und darlehensähnliche Rechtsgeschäfte maßgeblichen Grundsätze. Die Aufwendungen dürfen nur berücksichtigt werden, wenn sie entweder Werbungskosten oder Betriebsausgaben sind oder sonst ausdrücklich gesetzlich (z.B. § 10e EStG) zum Abzug zugelassen sind (BFHE 167, 375 = BStBl II 1992, 609; ausführlich BFHE 170, 82 = BStBl II 1996, 666, m.w.N.). Handelt es sich bei der Übertragung von Vermögen um ein Veräußerungsgeschäft oder zumindest einen „veräußerungähnlichen Vorgang“, sind die Aufwendungen grundsätzlich Anschaffungskosten, die, sofern ein sachlicher Zusammenhang mit einer Einkunftsart besteht, – ggf. – über die AfA sowie mit dem in den laufenden Zahlungen enthaltenen Zinsanteil (ausführlich hierzu BFHE 175, 212 = BStBl II 1995, 47 = MittRhNotK 1995, 73; BFHE 177, 36 = BStBl II 1996, 680 = MittRhNotK 1995, 244) als Betriebsausgaben/Werbungskosten berücksichtigt werden können. Auch in dieser Hinsicht kann steuerrechtlich nichts anderes gelten als bei einer Einmalzahlung; die zeitliche Streckung erfordert lediglich, den Zinsanteil steuerlich zutreffend zu behandeln.

4. Aus den vorstehend unter III. 6. b, IV. 1. dargelegten Gründen hält der Senat eine verfassungskonforme Auslegung des § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG des Inhalts für geboten, daß die auf die Wertrelation von übergebenem Vermögen und Rente abhebende Vergleichsrechnung keine selbständige Tatbestandsfunktion hat. Hinzu kommt, daß dort, wo der verfassungsrechtlich legitimierende Rechtsgedanke der vorbehaltenen Erträge nicht mehr trägt, beim Erwerb von ertragbringendem Vermögen der Bereich der entgeltlichen Anschaffungsgeschäfte unter Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips, welches die Abziehbarkeit von erwerbssicherndem Aufwand gebietet, ohne Grund eingeschränkt wird. Nach Auffassung des Senats liegt im Streitfall ein typisches Anschaffungsgeschäft vor. Unterstellt, die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des Eigenheimzulagensgesetzes (EigZulG) lägen vor, gäbe es keinen Grund, die für entgeltliche Anschaffungsgeschäfte gesetzlich vorgesehene Förderung zu versagen.

#### IV. Entscheidungserheblichkeit der Vorlage

Die Beantwortung der Vorlagefrage ist für die Entscheidung über die Revision erheblich. Bejaht man die Vorlagefrage, so

wäre die Revision des FA unbegründet. Andernfalls wäre das Rechtsmittel erfolgreich, weil eine als Sonderausgabe abziehbare dauernde Last nicht vorläge. Vielmehr hätte die Kl. das Grundstück entgeltlich angeschafft. Die Sache müßte an das FG zurückverwiesen werden, welches die Bemessungsgrundlage der AfA und die Höhe der bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehbaren Schuldzinsen zu ermitteln hätte.

#### V. Rechtsgrund der Vorlage

Der vorlegende Senat stützt die Anrufung des Großen Senats auf § 11 Abs. 4 FGO.

1. Die Vorlagefrage ist – wie vorstehend (III. 7.) dargelegt – innerhalb der Rechtsprechung des BFH nicht geklärt und im Schrifttum umstritten. Die divergierenden Rechtsauffassungen ergeben sich aus einer jeweils unterschiedlichen Interpretation der Grundaussage des Beschlusses des Großen Senats in BFHE 165, 225 = BStBl II 1992, 78 = MittRhNotK 1991, 322. Ein Anfrageverfahren auf der Rechtsgrundlage des § 11 Abs. 3 FGO hält der Senat deswegen nicht für zweckdienlich, weil ein angefragter Senat über den strittigen Inhalt der Aussage dieses Beschlusses nicht disponieren könnte.

2. Nach Auffassung des vorlegenden Senats ist eine Auslegung, aufgrund derer nicht nur der Ertrag des übergebenen Vermögens rechtstechnisch transferiert, sondern dessen Substanz in steuerlich abziehbare Unterhaltsaufwendungen „umgewandelt“ wird, nicht verfassungsgemäß. Ergäben sich aus § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG diejenigen Rechtsfolgen, wie sie – im Streitfall einschlägig – durch den „Typus 2“ beschrieben werden, müßte der Senat das Normenkontrollverfahren nach Art. 100 GG einleiten. Ob eine dies ausschließende verfassungskonforme Auslegung möglich ist, muß indes aus verfassungsprozeßualen Gründen vorab vom BFH als Fachgericht geklärt werden. Der Große Senat hat bislang zu der verfassungsrechtlichen Problematik der Vergleichsrechnung keine Stellung genommen. Diese Verfassungsfrage war bis zu seiner Entscheidung in BFHE 165, 225 = BStBl II 1992, 78 = MittRhNotK 1991, 322 weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum erörtert worden. Im Hinblick hierauf hält der erkennende Senat eine erneute Befassung des Großen Senats (vgl. hierzu Hübschmann/Hepp/Spitaler/Sunder-Plassmann, Abgabenordnung-Finanzgerichtsordnung, § 11 FGO, Rn. 44 f.) für erforderlich.

3. Nach der Rechtsprechung des Großen Senats ist eine erneute Vorlage derselben Rechtsfrage an ihn nur zulässig, falls in der Zwischenzeit neue rechtliche Gesichtspunkte aufgetreten sind, die bei der ursprünglichen Entscheidung nicht berücksichtigt werden konnten, und/oder neue Rechtserkenntnisse eine andere Beurteilung der entschiedenen Rechtsfrage rechtfertigen könnten (vgl. BFHE 101, 13 = BStBl II 1971, 207; BFHE 144, 124 = BStBl II 1985, 587; weitergehend Gräber/Ruban, Finanzgerichtsordnung, 4. Aufl. 1987, § 11, Rn. 16). Diese Voraussetzung bejaht der erkennende Senat zum einen aus den vorstehend unter 1. dargelegten Gründen. Zum anderen hat er seit 1992 aus der rechtstatsächlichen Ansicht eines großen Fallmaterials die Überzeugung gewonnen, daß, solange der Gesetzgeber nicht durch eine Streichung des § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG die einkommensteuerrechtliche Bemessungsgrundlage verbreitert, durch eine konsequente Ausrichtung der privaten Versorgungsrente am gleichheitsrechtlich legitimierenden Rechtsgedanken des „Vorbehalts der Vermögenserträge“ eine grundlegende Rechtsvereinfachung bewirkt werden könnte.

Generell sind Rechtsvereinfachung und so auch Steuervereinigung nur unter der Voraussetzung denkbar, daß der Zweck der Normen ohne weiteres plausibel ist und ihre Anwendungsergebnisse nachvollziehbar und in sinnfälliger Weise gleichheitsgerecht sind. Bezogen auf die hier erörterten Rechtsfragen hätte eine Auslegung des § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG strikt am Maßstab eines zum Rechtsprinzip erhobenen „Vorbehalt der Vermögenserträge“ die folgenden Vereinfachungseffekte:

- Die Begrenzung auf die vom Vermögensübernehmer jeweils erzielten Nettoerträge hätte nicht nur einen ähnlichen, sondern denselben Effekt wie ein gegenständlich beschränkter (Vorbehalt-)Nießbrauch. Ein anzuerkennendes Bedürfnis für gestaltbare steuerliche Unterschiede sieht der Senat nicht.
- Die Rechtsfrage, zu welchem Zeitpunkt ausreichend Erträge vorhanden sein müssen (hierzu BMF-Schreiben in BStBl I 1996, 1508, Tz. 15), würde sich nicht mehr stellen.
- Ist die private Versorgungsrente im Verhältnis zum dinglich wirkenden Vorbehaltsnießbrauch ihrem Rechtscharakter nach lediglich ein „obligatorisch“ wirkender Transfer von Einkünften, verliert die Frage danach, was eine „existenzsichernde Wirtschaftseinheit“ ist, an Bedeutung. Derzeit führt die Unterscheidung zwischen Geldvermögen und vergleichbaren Wirtschaftsgütern und steuerlich privilegiert übertragbaren Wirtschaftseinheiten an der Schnittstelle zu wenig plausiblen Ergebnissen. Eine Unterscheidung etwa zwischen Wertpapieren und typisch stillen Beteiligungen (BMF-Schreiben in BStBl I 1996, 1508, Tz. 10) und „Anteilen an Kapitalgesellschaften“ (a.a.O., Tz. 8) liegt zumindest nicht auf der Hand. Sie erschließt sich allenfalls aus der Notwendigkeit, überhaupt eine Trennlinie zwischen zwei historisch gewachsenen, grundlegend verschiedenen Systembereichen zu ziehen. Bereits im Jahre 1963 hatte der

BFH das Steuersparmodell des „Unterhaltskaufs“ nicht akzeptiert (vgl. BFHE 77, 287 = BStBl III 1963, 424; zuletzt BFHE 167, 375 = BStBl II 1992, 609 – Übergabe von 30.000,- DM gegen eine Rente mit dem unter Anwendung der „50-v.-H.-Regel“ errechneten Barwert von 59.866,- DM). Hingegen ist das „Sonderrecht der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen“ durch das Grundsatzurteil (BFHE 83, 568 = BStBl III 1965, 706 – landwirtschaftlicher Hofübergabevertrag gegen Altenteilsleistungen) begründet worden. Hierauf geht die bis heute fortwährende Unterscheidung zwischen Geldvermögen und „existenzsichernden Wirtschaftseinheiten“ zurück. Diese Differenzierung nach dem Objekt der Übergabe würde bedeutsamlos werden, wenn, was der Senat vorschlägt, mit einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen maximal der mit einem Vorbehaltsnießbrauch bewirkte steuerliche Effekt erzielt werden kann.

4. Eine Anrufung des Großen Senats ist auch dann geboten, wenn die Entscheidung über die vorgelegte Rechtsfrage zu einer rückwirkenden Verschärfung der Steuerrechtsprechung führen kann. Ggf. obliegt es der Verwaltung, durch den Erlass von Übergangsregelungen den Belangen des Vertrauenschutzes und der „Übergangsgerechtigkeit“ (vgl. BVerfGE 76, 256, 359 f.) Rechnung zu tragen (BFHE 141, 405 = BStBl II 1984, 751, unter C. I. 1.1. = MittRhNotK 1984, 251; BFHE 163, 478 = BStBl II 1991, 610).

## Mitteilungen

### 1. Steuerrecht/Grunderwerbsteuer – Zeitpunkt der Verwirklichung eines Erwerbsvorganges

(OFD Hannover – Verfügung vom 28. 9. 1999 – S 4500 – 173 – StH 563)

Nach § 23 Abs. 4 GrEStG i.d.F. des Jahressteuergesetzes 1997 (BGBl 1996 I S. 2049) sind die §§ 8 Abs. 2 und 11 Abs. 1 GrEStG erstmals auf Erwerbsvorgänge anzuwenden, die nach dem 31. 12. 1996 verwirklicht werden. Vorher verwirklichte Erwerbsvorgänge sind nach der bisherigen Gesetzesfassung zu besteuern. Zur Frage, zu welchem Zeitpunkt Erwerbsvorgänge verwirklicht sind, in denen beim Abschluss eines Grundstückskaufvertrages ein vollmachtloser Vertreter beteiligt war, gilt Folgendes:

Ein Erwerbsvorgang ist i.S.d. § 23 GrEStG verwirklicht, wenn die Vertragspartner im Verhältnis zueinander gebunden sind (BFH-Urteil vom 17. 9. 1986, BStBl 1987 II S. 35). Unabhängig von der zivilrechtlichen Rückwirkung einer Genehmigung (§ 184 Abs. 1 BGB) tritt die nach dieser Rechtsprechung erforderliche Bindung beider Beteiligten erst im Zeitpunkt der Genehmigung des schuldrechtlichen Geschäfts durch den Vertretenen ein. Entscheidend ist damit, zu welchem Zeitpunkt die Genehmigung wirksam wird und ob für die Genehmigung besondere Formerfordernisse gelten.

Als empfangsbedürftige Willenserklärung setzt die Genehmigung den Zugang beim Dritten oder beim Vertreter voraus (MünchKomm zum BGB/Schramm, § 177 BGB, Rn. 22). Das bis dahin schwedend unwirksame Rechtsgeschäft wird damit unwiderruflich wirksam (Schramm, § 182 BGB, Rn. 26). Die Genehmigung bedarf vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Formvorschriften oder besonderer Abmachungen in dem genehmigungsbedürftigen Vertrag nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form (Schramm, § 184 BGB, Rn. 2, sowie § 182 BGB, Rn. 13 ff., 16). Sie kann daher ggf. auch mündlich erteilt werden.

§ 29 GBO gehört nicht zu den besonderen gesetzlichen Formvorschriften der Genehmigung. Nach dieser Bestimmung müssen die zur Grundbucheintragung erforderlichen Erklärungen zwar durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden

nachgewiesen werden. Dieses Formerfordernis betrifft jedoch nur den dinglichen Vollzug der Eigentumsübertragung, nicht aber die Wirksamkeit des ihr zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrages.

Tragen die Vertragspartner eines im Jahr 1996 durch einen vollmachtlosen Vertreter abgeschlossenen Vertrages vor, die Genehmigung sei noch vor dem 1. 1. 1997 erteilt worden, kann der erhöhte Steuersatz nur dann angewendet werden, wenn die Finanzbehörde das Gegenteil nachweist. Sie trägt nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislage für steuerbegründende Tatsachen. Sofern aufgrund besonderer oder im genehmigungsbedürftigen Vertrag festgelegter Formerfordernisse eine genaue Bestimmung des Genehmigungszeitpunkts möglich ist, bleibt dieser für die Anwendung des Steuersatzes maßgebend.

Zusatz der OFD:

1. Das Niedersächsische Finanzgericht hat durch Urteil vom 27. 4. 1999 VII 377/98 (bisher nicht veröffentlicht) entschieden: Werde ein Grundstückskaufvertrag auf der Veräußererseite durch einen Handlungsbevollmächtigten in vollmachtloser Vertretung unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch sein Unternehmen geschlossen, erlange das Vertragsverhältnis erst mit der Genehmigung Bindungswirkung. Bis dahin habe die Verkäuferin es in der Hand, den Vertrag wirksam werden zu lassen oder sein Wirksamwerden zu verhindern. Gegen das Urteil wurde Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt. Die beim Gericht unter den Aktenzeichen VII 397/98 und 402/98 anhängigen weiteren Klagen sind noch nicht entschieden.
2. Der BFH hat durch Urteil vom 18. 5. 1999 II R 16/98 (BB 1999, S. 1644, DB 1999, S. 1685) entschieden, durch den Abschluss eines Kaufvertrages mit einem Nachlasspfleger über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück werde i.S.v. § 23 Abs. 1 GrEStG ein Erwerbsvorgang nicht verwirklicht, bis die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erteilt sei und der Nachlasspfleger dem anderen Vertragsteil hiervon Mitteilung gemacht habe. Wegen dieser Frage eingelegte Rechtsbehelfe bitte ich auf dieser Grundlage abzuwickeln.

3. Bei Umwandlungen löst nicht der Gesellschafterbeschluss bzw. der Vertrag die Steuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG aus, sondern der mit der Eintragung der Rechtsänderung im Handelsregister eintretende Vermögensübergang, und zwar nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG. Erst zu diesem Zeitpunkt wird der Erwerbsvorgang verwirklicht.

4. Meine nicht in die Kartei aufgenommene Rundverfügung vom 23. 7. 1998 – S 4500 – 173 – StH 563/S 4500 – 156 – StO 243 V – ist überholt.

## **2. Steuerrecht/Schenkungsteuer – Bewertung des Nutzungsvorteils bei unverzinslichen und niedrig verzinslichen Darlehen**

(FinMin Baden-Württemberg – Erlaß vom 20. 1. 2000 – S 3104/6)

Zu der Frage, wie der Nutzungsvorteil eines unverzinslichen oder niedrig verzinslichen Darlehens zu bewerten ist, wenn der marktübliche Zinssatz für derartige Darlehen unter 5,5 v.H. liegt, bitte ich die folgende Auffassung zu vertreten:

Nach § 15 Abs. 1 BewG beträgt der Jahreswert der Nutzung einer Geldsumme, wenn kein anderer Wert feststeht, 5,5 v.H.

der überlassenen Geldsumme. Weist ein Steuerpflichtiger nach, dass der marktübliche Zinssatz für eine gleichartige Kapitalanlage unter dem gesetzlich festgelegten Zinssatz von 5,5 v.H. liegt, kann für die Bewertung des Nutzungsvorteils von dem nachgewiesenen Zinssatz ausgegangen werden.

Bei einem niedrig verzinslichen Darlehen ist in diesen Fällen der schenkungsteuerlich maßgebende Nutzungsvorteil aus der Differenz zwischen dem nachgewiesenen marktüblichen Kapitalzinssatz und dem vereinbarten Zinssatz zu berechnen. Liegt der vereinbarte Zinssatz nur unwesentlich unter dem marktüblichen Zins, ist eine freigiebige Zuwendung nicht anzunehmen.

Entsprechend ist bei unverzinslichen Darlehen zu verfahren. Hier ergibt sich der Nutzungsvorteil aus der Höhe des nachgewiesenen marktüblichen Kapitalmarktzinses.

Dieser Erlass ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder.

## **Personalien**

### **1. Bestellung zum Notar**

Notarassessor *Dr. René Zöller* (Notariatsverwalter an Stelle des Notars Christoph Möller) wurde mit Wirkung vom 3. 4. 2000 zum Notar in Köln ernannt.

### **3. Bestellung zum Notarassessor**

Rechtsanwalt *Dr. Matthias Neuhausen* (Köln) wurde am 4. 4. 2000 zum Notarassessor ernannt (Notar Kiesgen, Hennef).

### **2. Verstorben**

Notar a.D. *Dr. Hans Adolf Guillaume* in Viersen ist am 11. 4. 2000 verstorben.