

**letzte Aktualisierung:** 10.7.2023

OLG München, Beschl. v. 25.5.2023 – 33 Wx 36/23 e

**BGB §§ 551, 2205, 2227**

**Vermietung einer zum Nachlass gehörenden Immobilie durch den Testamentsvollstrecker**

1. Die Abwicklung des Nachlasses hat bei Abwicklungsvollstreckung mit tunlicher Beschleunigung zu erfolgen (Anschluss an OLG München BeckRS 1994, 30840582). Stellt es der Erblasser dem Testamentsvollstrecker frei, innerhalb welcher Frist eine zum Nachlass gehörende Immobilie zu veräußern ist, führt diese Anordnung nicht dazu, dass Dauertestamentsvollstreckung angeordnet wäre.
2. Vermietet der Testamentsvollstrecker die zum Nachlass gehörende Immobilie und trennt die Mieteinnahmen nicht von seinem persönlichen Vermögen, setzt er die Erben dem Risiko aus, dass Eigengläubiger des Testamentsvollstreckers in den ungeteilten Nachlass vollstrecken können und damit auf eine Haftungsmasse Zugriff haben, die für Eigenverbindlichkeiten des Testamentsvollstreckers grundsätzlich nicht zur Verfügung steht. Eine derartige Pflichtverletzung rechtfertigt grundsätzlich die Entlassung des Testamentsvollstreckers.
3. Richtet der Testamentsvollstrecker, der die zum Nachlass gehörende Immobilie vermietet, für die vom Mieter entrichtete Mietkaution kein separates Konto ein, um diese getrennt von seinem Vermögen zu verwahren, handelt es sich um eine erhebliche Pflichtverletzung, die seine Entlassung aus dem Amt des Testamentsvollstreckers rechtfertigen kann.

**Titel:**

**Erblasser, Beschwerde, Testament, Testamentsvollstreckung, Mieter, Testamentsvollstrecker, Pflichtverletzung, Auslegung, Verschulden, Gutachten, Rechtsmittel, Immobilie, Zeitpunkt, Vermietung, angefochtene Entscheidung, kein Verschulden, Zulassung der Rechtsbeschwerde**

**Normenketten:**

BGB § 2227, § 2205, § 551

ZPO § 747

**Leitsätze:**

1. Die Abwicklung des Nachlasses hat bei Abwicklungsvollstreckung mit tunlicher Beschleunigung zu erfolgen (Anschluss an OLG München BeckRS 1994, 30840582). Stellt es der Erblasser dem Testamentsvollstrecker frei, innerhalb welcher Frist eine zum Nachlass gehörende Immobilie zu veräußern ist, führt diese Anordnung nicht dazu, dass Dauertestamentsvollstreckung angeordnet wäre.
2. Vermietet der Testamentsvollstrecker die zum Nachlass gehörende Immobilie und trennt die Mieteinnahmen nicht von seinem persönlichen Vermögen, setzt er die Erben dem Risiko aus, dass Eigengläubiger des Testamentsvollstreckers in den ungeteilten Nachlass vollstrecken können und damit auf eine Haftungsmasse Zugriff haben, die für Eigenverbindlichkeiten des Testamentsvollstreckers grundsätzlich nicht zur Verfügung steht. Eine derartige Pflichtverletzung rechtfertigt grundsätzlich die Entlassung des Testamentsvollstreckers.
3. Richtet der Testamentsvollstrecker, der die zum Nachlass gehörenden Immobilie vermietet, für die vom Mieter entrichtete Mietkaution kein separates Konto ein, um diese getrennt von seinem Vermögen zu verwahren, handelt es sich um eine erhebliche Pflichtverletzung, die seine Entlassung aus dem Amt des Testamentsvollstreckers rechtfertigen kann.

**Schlagworte:**

Erblasser, Beschwerde, Testament, Testamentsvollstreckung, Mieter, Testamentsvollstrecker, Pflichtverletzung, Auslegung, Verschulden, Gutachten, Rechtsmittel, Immobilie, Zeitpunkt, Vermietung, angefochtene Entscheidung, kein Verschulden, Zulassung der Rechtsbeschwerde

**Vorinstanz:**

AG München, Beschluss vom 07.12.2022 – 617 VI 572/19

**Fundstelle:**

BeckRS 2023, 13930

**Tenor**

1. Die Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts München – Nachlassgericht – vom 07.12.2022, Az. 617 VI 572/19, wird zurückgewiesen.
2. Die Beschwerdeführerin trägt die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens und die den Beteiligten zu 2 und 3 erwachsenen notwendigen außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens.
3. Die Festsetzung des Geschäftswertes für das Beschwerdeverfahren bleibt vorbehalten.

**Gründe**

I.

- 1 Der verheiratete Erblasser ist am ... 2018 in M. verstorben. Er hinterließ seine zweite Ehefrau, die Beschwerdeführerin, und seine drei Kinder aus erster Ehe, die Beteiligten zu 2 bis 4.

- 2 Der Erblasser errichtete am ... 2015 ein notarielles Testament, in dem er seine zweite Ehefrau zu 4/10 und seine Kinder zu je 2/10 als Erben einsetzte.
- 3 Die Beschwerdeführerin ernannte er zur Testamentsvollstreckerin. Insoweit heißt es im notariellen Testament vom ... 2015 auszugsweise:
- „Ich ordne zur Abwicklung meines Nachlasses Testamentsvollstreckung an:
- ...
- Mit der Abwicklung des Nachlasses ist die Testamentsvollstreckung beendet. Verkaufsverhandlungen über meine Doppelhaushälfte in Gr., ... führt ausschließlich meine Ehefrau [= Beschwerdeführerin]. Sie legt die Bedingungen des Verkaufs und den Zeitpunkt des Verkaufs eigenverantwortlich fest, ohne dass ihr die anderen Erben Weisungen erteilen können.“
- 4 Die Beschwerdeführerin nahm mit Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht vom ...05.2019 (Bl. 16 d.A.) das Amt der Testamentsvollstreckerin an.
- 5 Wesentlicher Nachlassgegenstand ist die im Testament erwähnte Immobilie in Gr.. Diese soll nach einem von den Beteiligten zu 2 und 3 vorgelegten Gutachten einen Wert von 1.402.000,00 € haben.
- 6 Mit Schriftsatz an das Nachlassgericht vom ... 04.2021 (Bl. ... d. A.) beantragten die Beteiligten zu 2 und 3 die Entlassung der Beschwerdeführerin aus dem Amt der Testamentsvollstreckerin. Sie trugen u. a. vor, dass die Beschwerdeführerin das Amt eigennützig führe, was sich daran zeige, dass sie den Erbteil des Beteiligten zu 4 durch Erbteils- und Übertragungsvertrag vom ... 06.2019 zu einem Preis von 187.000 € und damit deutlich unter Wert erworben habe, denn der Nachlasswert belaufe sich auf 1.295.549,00 €. Die Testamentsvollstreckerin habe die Immobilie zwischenzeitlich vermietet und für die Abwicklung des betreffenden Zahlungsverkehrs kein separates Konto eröffnet, so dass sie Privatausgaben mit Zahlungen, die der Erbengemeinschaft zustünden, vermengen würde.
- 7 Die Beschwerdeführerin ist diesem Antrag entgegengetreten. Angeordnet sei Dauertestamentsvollstreckung, was sich auch aus Äußerungen des Erblassers vor Errichtung der Verfügung belegen lasse. Es sei dem Erblasser wichtig gewesen, dass seine Kinder das Erbe nicht „verschwenden.“ Sie stellte sich auf den Standpunkt, der Erblasser habe keine Abwicklungssondern Dauertestamentsvollstreckung angeordnet, so dass sie zur Vermietung der Immobilie berechtigt sei; wann diese veräußert werde, stünde in ihrem Belieben. Der Verbuchung der Mieten für die Immobilie auf ihrem privaten Konto räumte die Beschwerdeführerin ein, rechtfertigte sich aber damit, als Privatperson kein Anderkonto errichten zu können.
- 8 Das Nachlassgericht hat die Beschwerdeführerin mit Beschluss vom ... 12.2022 (Bl. ... d. A.) aus dem Amt der Testamentsvollstreckerin entlassen. Es sah es als erwiesen an, dass die Nichtveräußerung der Immobilie eine erhebliche Pflichtverletzung der Testamentsvollstreckerin sei, die ihre Entlassung rechtfertige, ohne dass es auf die weiteren geltend gemachten Gründe ankäme.
- 9 Dagegen richtet sich die Beschwerde der Testamentsvollstreckerin vom ... 01.2023 (Bl. 120/123 d. A.), die im Wesentlichen ihren Vortrag wiederholt. Sie ist der Ansicht, dass sie jedenfalls nicht schuldhaft gehandelt habe, da ihr mehrere Fachanwälte für Erbrecht bestätigt hätten, dass der Erblasser Dauertestamentsvollstreckung angeordnet habe, so dass sie insoweit kein Verschulden treffen könne.
- 10 Der Beschwerde hat das Nachlassgericht mit Beschluss vom ... 01.2023 (Bl. ... d. e.A.). nicht abgeholfen und die Akten dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.
- II.
- 11 Die zulässige Beschwerde bleibt im Ergebnis ohne Erfolg. Zu Recht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beschwerdeführerin aus dem Amt der Testamentsvollstreckerin zu entlassen war.
- 12 Die seitens der Beschwerde vorgebrachten Einwände gegen die angefochtene Entscheidung verhelfen dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg.
- 13 1. Nach § 2227 Abs. 1 BGB kann der Testamentsvollstrecker auf Antrag eines Beteiligten aus dem Amt

entlassen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Das Gesetz gibt als Beispiele eine grobe Pflichtverletzung des Testamentsvollstreckers oder dessen Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung an. Neben den im Gesetz genannten Beispielsfällen kann ein wichtiger Grund ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Testamentsvollstreckers auch dann vorliegen, wenn dieser durch sein persönliches Verhalten begründeten Anlass zu der Annahme gibt, dass ein längeres Verbleiben im Amt der Ausübung des letzten Willens des Erblassers hinderlich ist, oder dass sich dadurch eine Schädigung oder eine erhebliche Gefährdung der Interessen der am Nachlass Beteiligten ergeben könnte. Auch ein nicht nur auf subjektiven Gefühlsmomenten, sondern auf Tatsachen beruhendes Misstrauen eines Beteiligten, zu dem der Testamentsvollstrecker Anlass gegeben hat, kann zur Entlassung des Testamentsvollstreckers führen. Schließlich kann auch ein erheblicher Interessengegensatz zwischen Testamentsvollstrecker einerseits und Erben andererseits ein wichtiger Grund zur Entlassung sein (BayObLG, Beschluss vom 13.08.1985, BReg 1Z 10/85, BayObLGZ 1985, 298; BayObLG, Beschluss vom 11.07.2001, 1Z BR 131/00, BayObLGZ 2001, 167; BayObLG, Beschluss vom 28.07.2003, 1Z BR 140/02, FamRZ 2004, 740; Krätzsche in: Krätzsche/Döbereiner/Krätzsche, Nachlassrecht, 12. Aufl. 2022, § 19 Rn. 81 ff.).

- 14 2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze teilt der Senat die Ansicht des Nachlassgerichts, dass die Voraussetzungen des § 2227 BGB für eine Entlassung der Beschwerdeführerin aus dem Amt der Testamentsvollstreckerin vorlagen.
- 15 a) Eine erhebliche Pflichtverletzung der Testamentsvollstreckerin liegt darin, dass sie es bisher unterlassen hat, die Immobilie in Gr. zu veräußern und den Nachlass auseinanderzusetzen, obwohl der Erblasser sie mit der Abwicklung des Nachlasses und des Verkaufs der Immobilie betraut hat.
- 16 Auszugehen ist dabei zunächst davon, dass der Erblasser im notariellen Testament vom ...09.2015 den Regelfall der Testamentsvollstreckung, die Abwicklungsvollstreckung, angeordnet hat. Das folgt aus der Auslegung des notariellen Testaments. Die Auslegungsbedürftigkeit ergibt sich hier aus dem Umstand, dass der Erblasser einerseits die Testamentsvollstreckung zur „Abwicklung des Nachlasses“ angeordnet hat, andererseits aber die Testamentsvollstreckerin „die Bedingungen des Verkaufs und den Zeitpunkt des Verkaufs eigenverantwortlich [festlegt]“, so dass zu ermitteln war, ob es sich tatsächlich um eine Abwicklungs- oder um eine Dauertestamentsvollstreckung handeln sollte.
- 17 aa) Bei der Testamentsauslegung gemäß § 133 BGB kommt es auf die Ermittlung des wirklichen Willens des Erblassers an, ohne am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (BGH, Urteil vom 16.07.1997, IV ZR 356/96, ZEV 1997, 376; MüKoBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 2084 Rn. 1; Burandt/Rojahn/Czubayko, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2084 Rn. 9; Krätzsche in: Krätzsche/Falkner/Döbereiner, Nachlassrecht, 12. Aufl. 2022 § 9 Rn. 10; NK-Erbrecht/Fleindl/Kroiß, 6. Aufl. 2022, § 2084 Rn. 3). Der Auslegung des Testaments steht nicht entgegen, dass es sich um ein notarielles Testament handelt. Auch notarielle Urkunden sind grundsätzlich zur Ermittlung des wahren Erblasserwillens der Auslegung zugänglich (BGH, Urteil vom 06.12.1989, IVa ZR 59/88, NJW-RR 1990, 391; Senat, 33 U 6666/21, ZEV 2022, 659), gleichwohl spricht wegen der Beratungs- und Belehrungspflicht des Notars aus § 17 BeurkG bei der Verwendung juristischer Begriffe in notariellen Testamenten eine gewisse Vermutung dafür, dass objektiver Erklärungsinhalt und Erblasserwille übereinstimmen.
- 18 bb) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist der Senat hier davon überzeugt, dass der Erblasser eine Abwicklungsvollstreckung angeordnet hat.
- 19 (1) Dafür spricht bereits die gewählte Überschrift „zur Abwicklung meines Nachlasses“, die insbesondere in einer notariellen Urkunde ein gewichtiges Indiz dafür ist, dass es dem Erblasser darum gegangen ist, dass der Nachlass nach seinem Tod verwertet, also abgewickelt wird und nicht erhalten bleibt. Auch die weitere Formulierung „mit der Abwicklung“ deutet in diese Richtung. Hätte der Erblasser wirklich eine Dauertestamentsvollstreckung (§ 2209 BGB) anordnen wollen, wäre zu erwarten gewesen, dass der Notar diesen Begriff ausdrücklich verwendet.
- 20 (2) Dem steht nicht entgegen, dass der Erblasser der Beschwerdeführerin das Recht einräumte, „die Bedingungen des Verkaufs und den Zeitpunkt des Verkaufs eigenverantwortlich [festzulegen].“
- 21 Dadurch ist die angeordnete Testamentsvollstreckung nicht zur Dauertestamentsvollstreckung geworden,

vielmehr hat der Erblasser lediglich Verwaltungsanordnungen erteilt (§§ 2205, 2206 BGB), die aber lediglich dem Zweck dienen, die Auseinandersetzung des Nachlasses zu bewirken (MüKoBGB/Zimmermann, 9. Aufl. 2022, BGB § 2203 Rn. 5).

- 22** Enthält die Verfügung von Todes wegen keine Vorgaben für den Testamentsvollstrecker zu der Frage, innerhalb welchen Zeitraums die Abwicklung des Nachlasses zu erfolgen hat, kann jeder Miterbe nach den allgemeinen Grundsätzen die Auseinandersetzung des Nachlasses jederzeit verlangen (§ 2042 BGB). Da der Testamentsvollstrecker die Auseinandersetzung nicht aufschieben kann (NK-BGB/ Kroiß, 6. Aufl. 2022, BGB § 2204 Rn. 3), die Auseinandersetzung ohne entgegenstehende Anordnungen des Erblassers zwar nicht sofort, wohl aber mit „tunlicher Beschleunigung“ zu erfolgen hat (OLG München, 15 U 3348/93, juris; BeckOK BGB/Lange, 65. Ed. 01.02.2023, BGB § 2204 Rn. 2), liegt es nahe, dass der Erblasser nach notarieller Beratung anordnen wollte, dass die Testamentsvollstreckerin nicht unverzüglich im vorgenannten Sinne tätig werden musste, sondern einen gewissen zeitlichen Spielraum hat. Entgegen den Ausführungen der Beschwerde (S. 3) geht es nicht darum, dass die Testamentsvollstreckerin gezwungen gewesen wäre, die „Immobilie schnellstmöglich zu veräußern“, wohl aber innerhalb angemessener Zeit. An der Natur der Testamentsvollstreckung als Abwicklungsvollstreckung wollte der Erblasser aber nichts ändern, jedenfalls lassen sich dafür aus der Urkunde keine Anhaltspunkte herleiten, insbesondere weil der Erblasser ausdrücklich immer nur vom Verkauf der Immobilie sprach und sonstige Verwertungsformen (Vermietung) gar nicht erwähnt hat. Dass die Immobilie mehr als 4 Jahre nach dem Erbfall noch nicht veräußert wurde, ohne dass dafür ein plausibler Grund ersichtlich wäre, stellt eine erhebliche Pflichtverletzung der Testamentsvollstreckerin dar.
- 23** (3) Die Pflichtverletzung erfolgte auch schuldhaft. Spätestens seit dem gerichtlichen Hinweis durch das Nachlassgericht vom ... 03.2022, in dem die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen wurde, dass von einer Abwicklungsvollstreckung auszugehen sei, mussten der Beschwerdeführerin Zweifel an den Ratschlägen ihrer Anwälte (vgl. Beschwerdebegründung, S.5) zur Rechtsnatur der angeordneten Testamentsvollstreckung kommen und sie hätte entsprechend reagieren müssen. Gleichwohl hat sie es unterlassen, entsprechende Verkaufsaktivitäten zu entfalten, stattdessen geht sie nach wie vor davon aus, dass eine Verwaltungsvollstreckung vorliegt (zuletzt in der Beschwerdebegründung, S. 5), also nachdem nunmehr sogar eine gerichtliche Entscheidung des Nachlassgerichts vorliegt.
- 24** b) Eine weitere erhebliche Pflichtverletzung der Testamentsvollstreckerin liegt darin, dass sie es – jedenfalls zunächst – unterlassen hat, die vereinnahmten Mieten, die aus der (ohnehin pflichtwidrigen) Vermietung der Immobilie in Gr. resultieren, auf einem Nachlass- bzw. Treuhandkonto einzahlen zu lassen. Der Einwand, es sei der Beschwerdeführerin als natürlicher Person nicht möglich, ein Anderkonto zu errichten, verfängt nicht.
- 25** aa) Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beschwerdeführerin ein Anderkonto eröffnen kann oder nicht. Wohlweislich unterlässt die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang nämlich jede Aussage darüber, welche Anstrengungen sie unternommen hat, um ein Nachlasskonto, d. h. ein Konto, dessen Inhaber ausschließlich die Mitglieder der Erbengemeinschaft sind und hinsichtlich dessen die Beschwerdeführerin Bevollmächtigte wäre, zu eröffnen. Dass ihr Vorgehen zulässig sein könnte, kann die Beschwerdeführerin nicht ernsthaft geglaubt haben.
- 26** bb) Stattdessen wickelte die Testamentsvollstreckerin über ihr persönliches Girokonto bei der Sparkasse M. (Konto-Nr. ...) offensichtlich private Zahlungen (Al., ... €) und Zahlungen die Erbengemeinschaft betreffend ab (vgl. Anlage K... zum Schriftsatz vom ... 04.2021, Bl. ... d. A.), wobei die die Vermietung betreffenden Zahlungen offenbar auch als Bareinzahlungen erfolgen.
- 27** Schon durch diese Handhabung und die fehlende Kennzeichnung des Kontos als Nachlass-/Treuhandkonto hat die Beschwerdeführerin den Nachlass (und damit die Miterben) dem Risiko ausgesetzt, dass ihre Eigengläubiger entgegen § 747 ZPO in den ungeteilten Nachlass vollstrecken können und damit auf eine Haftungsmasse Zugriff haben, die für Eigenverbindlichkeiten der Beschwerdeführerin grundsätzlich nicht zur Verfügung steht.
- 28** cc) Hinzu kommt, dass, wie ebenfalls aus der Anlage K... zum Schriftsatz vom ...04.2021 (Bl. ... d. A.) ersichtlich, die vom Mieter geleistete Kautions über das private Girokonto der Beschwerdeführerin verbucht

wurde. In dieser Vermengung der vom Mieter geleisteten Kautions mit dem Privatvermögen der Beschwerdeführerin liegt ein Verstoß gegen § 551 Abs. 3 S. 2 BGB, der ausdrücklich die getrennte Anlage der Mietkaution vom Vermögen des Vermieters fordert. Allein dieser Verstoß, der die gesamte Erbengemeinschaft erheblichen Haftungsrisiken aussetzt, begründet einen derartigen Pflichtwidrigkeitsvorwurf, der die Entlassung der Beschwerdeführerin aus dem Amt der Testamentsvollstreckerin rechtfertigen würde. Damit hat sie zugleich eine durch Gesetz begründete Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB verletzt (vgl. BGH, Beschluss vom 02.04.2008, 5 StR 354/07, NJW 2008, 1827), was nach Ansicht des Senats ebenfalls eine erhebliche und weitere Pflichtverletzung im Sinne des § 2227 BGB darstellt, ohne dass der Senat an dieser Stelle zu klären hätte, ob die Voraussetzungen des § 266 StGB damit bereits vollständig vorliegen.

- 29** 3. Aus den vorgenannten Gründen liegen erhebliche schuldhaftes Pflichtverletzungen der Beschwerdeführerin vor, die, jede für sich, aber vor allem in ihrer Zusammenschau die Entlassung der Beteiligten aus dem Amt der Testamentsvollstreckerin rechtfertigen.
- 30** Überwiegende Gründe, die für den Verbleib der Beschwerdeführerin im Amt sprechen würden (KG, 1 W 434/10, NJW-RR 2011, 511), vermag der Senat nicht zu erkennen.

III.

- 31** Die Kostenentscheidung beruht auf § 81, 84 FamFG.
- 32** Die Festsetzung des Geschäftswertes für das Beschwerdeverfahren bleibt bis zur Ermittlung des Nachlasswertes durch das Nachlassgericht vorbehalten. Sie hat auf der Grundlage § 65 GNotKG zu erfolgen. Danach ist der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens auf 10% des reinen Nachlasswertes festzusetzen.
- 33** Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.