

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 170802

letzte Aktualisierung: 9. August 2019

InsO §§ 315 ff.; BGB §§ 2113, 2205

Verfügungsbefugnis des Nachlassinsolvenzverwalters bei angeordneter Nacherbfolge sowie Testamentsvollstreckung

I. Sachverhalt

Über den Nachlass des Erblassers wurde das Nachlassinsolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter will Grundbesitz aus dem Nachlass veräußern. Im Grundbuch ist – bereits vor Insolvenzeröffnung – ein Nacherbenvermerk eingetragen worden des Inhalts, dass eine namentlich benannte Person als Nacherbe genannt ist, dessen nicht namentlich angegebene Abkömmlinge als Ersatznacherben und als Ersatz-Ersatznacherben wieder eine namentlich benannte Person. Des Weiteren ist beim Nacherbenvermerk vermerkt, dass für den Vorerben Testamentsvollstreckung angeordnet ist. Das Testament liegt aktuell nicht vor, ist aber angefordert. Der Insolvenzverwalter ist der Auffassung, er könne problemlos die Immobilie allein verkaufen. Nacherbfall wäre der Tod des Vorerben.

II. Fragen

1. Kann der Nachlass-Insolvenzverwalter frei über Vermögensgegenstände des Nachlasses verfügen, auch wenn Vor- / Nacherbschaft angeordnet ist, der Vorerbe nicht von den Beschränkungen des § 2113 BGB befreit ist und außerdem noch Testamentsvollstreckung angeordnet ist?
2. Wie ist die Löschung des Nacherbenvermerks herbeizuführen?

III. Zur Rechtslage

1. Zur Verfügungsbefugnis des Nachlassinsolvenzverwalters bemerken wir folgendes:
 - a) Hat der Erblasser Vor- und Nacherbschaft angeordnet, so ist der Vorerbe bis zum Eintritt des Nacherbfalls der Rechtsnachfolger des Erblassers. Folglich ist der Vorerbe bis zum Anfall der Nacherbschaft der Schuldner im Nachlassinsolvenzverfahren. **§ 2113 BGB gilt jedoch nur im Verhältnis zwischen Vor- und Nacherben. Daher unterliegt der Nachlassinsolvenzverwalter nicht dieser Verfügungsbeschränkung.** Er ist auch nicht durch §§ 83 Abs. 2 InsO, 2115 BGB in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt (Gottwald/Döbereiner, Insolvenzrechtshandbuch, 5. Aufl. 2015, § 118 Rn. 1). Die weitere Literatur zum allgemeinen Zivilrecht stellt diese Rechtslage vielfach zu undifferenziert und nicht deutlich dar, soweit auf § 2115 BGB eingegangen wird

(etwa Frege/Keller/Riedel, Insolvenzrecht, 8. Aufl. 2015, Teil 7 Kap. 2 Rn. 2339; MünchKommBGB/Grunsky, 7. Aufl. 2017, § 2115 Rn. 8; Staudinger/Avenarius, BGB, 2013, § 2115 Rn. 21 f; BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, Std.: 1.3.2019, § 2115 Rn. 7 f.).

Für das Verständnis der gesetzlichen Regelungen ist es aber entscheidend, strikt zwischen der **Eigeninsolvenz über das Vermögen des Erben**, der als Vorerbe berufen ist, einerseits sowie andererseits dem **Nachlassinsolvenzverfahren über das Vermögen des verstorbenen Erblassers** zu unterscheiden (vgl. auch § 331 InsO). Die Beschränkungen der Verfügungsbefugnis, die in §§ 2115 BGB, 83 Abs. 2 InsO auf den Insolvenzverwalter erstreckt werden, gelten nur für den Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Eigenvermögen des Vorerben, nicht im Nachlassinsolvenzverfahren nach §§ 315 ff. InsO (ebenso MünchKommInsO/Schumann, 3 Aufl. 2013 § 83 Rn. 22; Uhlenbruck/Mock, InsO, 15. Aufl. 2019 § 83 Rn. 31; BeckOK-InsO/Riewe, Std.: 28.1.2019, § 83 Rn. 29). § 2115 BGB dient mit den dort angeordneten Verfügungsbeschränkungen dem haftungsrechtlichen Schutz des Nachlasses vor Eingriffen der Eigengläubiger des Vorerben in den Nachlass. Es sollen nicht Eigenverbindlichkeiten des Vorerben beglichen und damit der Nacherbschaft Vermögenswerte ohne entsprechenden Ausgleich entzogen werden (vgl. NK-BGB/Gierl, 5. Aufl. 2018, § 2115 Rn. 1; BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2115 Rn. 2). Diese Abwehr von Eigengläubigern des Vorerben ist als Schutzzweck im Falle der Eröffnung eines Nachlassinsolvenzverfahrens nach §§ 315 ff. InsO aber hinfällig. Denn im Nachlassinsolvenzverfahren können ohnehin nicht Eigenverbindlichkeiten des (Vor-)Erben, sondern nur Nachlassverbindlichkeiten geltend gemacht werden (§ 325 InsO). Die Verwertung des Nachlasses durch den Nachlassinsolvenzverwalter zugunsten dieser Nachlassgläubiger (§ 1 InsO) muss aber auch der Nacherbe ohne weiteres hinnehmen. Daher ist hier der Nacherbe einleuchtenderweise nicht durch ein besonderes, aus §§ 2115, 2113 BGB abgeleitetes Zustimmungserfordernis schutzbedürftig. Es ist für die Entbehrlichkeit der Zustimmung des Nacherben also auch nicht erforderlich, dass der Nachlassinsolvenzverwalter konkret die Veräußerung des Nachlassgrundstückes an einen Nachlassgläubiger beabsichtigt (vgl. § 2115 S. 2 BGB). Es genügt vielmehr, dass der erlangte Veräußerungserlös entsprechend dem Zweck des Nachlassinsolvenzverfahrens sodann unter den Nachlassgläubigern verteilt wird.

- b) Klar wird die Rechtslage wiederum für eine vom Erblasser angeordnete Testamentsvollstreckung dargestellt: Sie bleibt zwar auch nach Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens bestehen. Sie wirkt gegenüber dem Erben bereits ab dem Erbfall als absolute Verfügungsentziehung (§§ 2205, 2211 BGB). **Jedoch geht die beim Testamentsvollstrecker angesiedelte Verfügungsbefugnis über den Nachlass als Insolvenzmasse auf den Nachlassinsolvenzverwalter über** (Frege/Keller/Riedel, Teil 7 Kap. 2 Rn. 2343; Gottwald/Döbereiner, § 112 Rn. 13; Schmidt/Böhm, Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2019, Vorbem. zu §§ 315 ff. InsO Rn. 15).
 - c) Im Ergebnis **bedarf der Nachlassinsolvenzverwalter** zur Veräußerung eines zur Nachlassinsolvenzmasse gehörenden Grundstückes also **weder der Zustimmung des Nacherben noch derjenigen des Testamentsvollstreckers**.
2. Zur Herbeiführung der **Löschung des Nacherbenvermerkes** äußert sich die uns zugängliche Literatur bezogen auf den von Ihnen geschilderten Sachverhalt nicht eigens. Allgemein

ist aber anerkannt, dass das Grundbuch hinsichtlich des noch nach § 51 GBO eingetragenen Nacherbenvermerkes nachträglich unrichtig wird, wenn feststeht, dass ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück endgültig aus dem Nachlass ausgeschieden ist (BayObLG DNotZ 1993, 404; OLG Hamm Rpfleger 1984, 312; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3516 m. w. N.). Dieser Fall liegt bei der Veräußerung eines Nachlassgrundstücks durch den Nachlassinsolvenzverwalter u. E. ebenfalls vor. Da der Nachlassinsolvenzverwalter – wie oben dargestellt – nicht den Verfügungsbeschränkungen nach §§ 2113 ff. BGB unterliegt, ist das Grundstück mit Eigentumsumschreibung auf den Käufer endgültig aus dem Nachlass ausgeschieden. Die Löschung des Nacherbenvermerkes kann daher nach unserer Auffassung im Wege des Unrichtigkeitsnachweises gem. § 22 GBO Zug um Zug mit Eigentumsumschreibung auf den Käufer mit Vorlage des Kaufvertrages und der Bestellungsurkunde des Nachlassinsolvenzverwalters beim Grundbuchamt erwirkt werden.

Dieselbe Einschätzung gilt übrigens auch für die **Löschung des Testamentsvollstreckervermerks** nach § 52 GBO, die im Fall der Veräußerung durch den Nachlassinsolvenzverwalter nach unseren Recherchen wiederum nicht speziell in Rechtsprechung und Literatur behandelt wird. Geklärt ist jedoch, dass der Testamentsvollstreckervermerk mit wirksamer Veräußerung eines Grundstückes durch den Testamentsvollstrecker (Vollzug der Auflassung) zu löschen ist, da dann der Nachlassgegenstand nicht mehr der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt (BGH NJW 1971, 1805; Schöner/Stöber Rn. 3474; Demharter, Grundbuchordnung, 31. Aufl. 2018 § 52 Rn 29). Tritt nun der Nachlassinsolvenzverwalter unter Verdrängung des Testamentsvollstreckers für die Dauer des Nachlassinsolvenzverfahrens hinsichtlich der Verfügungsbefugnis an dessen Stelle, so muss nach unserer Einschätzung dasselbe für die ohne Zustimmung des Testamentsvollstreckers wirksame Veräußerung eines Nachlassgrundstückes durch den Nachlassinsolvenzverwalter gelten: Es unterliegt ab Eigentumsumschreibung auf den Käufer endgültig nicht mehr der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, sodass der Testamentsvollstreckervermerk ebenso wie der Nacherbenvermerk zu löschen ist.

Nacherbenbindung und Testamentsvollstreckung würden sich nur an dem als Surrogat erlangten Kaufpreis fortsetzen (§ 2111 Abs. 1 S. 1, Var. 3 BGB; für die Testamentsvollstreckung: § 2041 BGB analog, s. BGH ZEV 2012, 103; hier: § 2041 S. 1, 3. Var. BGB). Bedeutung erlangt dies allerdings nur in dem rein theoretischen Fall, dass nach Verteilung der Masse, soweit zur Befriedigung der Nachlassgläubiger erforderlich, und Aufhebung des Nachlassinsolvenzverfahrens (§ 200 InsO) noch zumindest ein Teil des Kaufpreises übrig bliebe.