

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 179045

letzte Aktualisierung: 05. Februar 2021

BGB § 2205; GBO § 20; EGBGB a.F. Art. 25 Abs. 1

Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers; Nachweis; Veräußerungsbeschränkung; Zustimmung der Nacherben; Surrogation; Nachlassspaltung

I. Sachverhalt

Der 2008 verstorbene US-Erblasser hatte keine eigenen Abkömmlinge und hat für sein in Deutschland belegenes Immobilienvermögen testamentarisch seine Großnichte als Vorerbin und deren beiden Kinder als Nacherben eingesetzt. Die Nacherbfolge tritt mit dem Tod der Vorerbin ein. Als Ersatz-Nacherben hat er die Erben der Nacherben benannt. Alle Erben leben in den USA. Auch die Nacherben sind inzwischen volljährig, haben aber noch keine Abkömmlinge. Vermächtnisse sind nicht ausgesetzt. Nachlassverbindlichkeiten bestehen nicht. Der gesamte übrige Nachlass unterfällt einem US-Testament des Erblassers. Der Erblasser hat für sein unbewegliches Vermögen in Deutschland Testamentsvollstreckung für die Dauer von 25 Jahren angeordnet. Es findet sich dazu folgende Formulierung im Testament:

„In dem Bestreben, das deutsche unbewegliche Vermögen möglichst lange der Familie zu erhalten, und in Anbetracht der Schwierigkeit, das den Gegenstand dieses Testament bildende Immobilienvermögen ohne Kenntnis der örtlichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten in F. (Deutschland) zu verwalten, auch im Hinblick auf das geringe Alter der eingesetzten Erben und Nacherben, ordne ich Testamentsvollstreckung auf die Dauer von 25 Jahren, beginnend mit dem Tage meines Ablebens an, die sowohl die Vorerbschaft als auch die Nacherbschaft umfasst. Der Testamentsvollstrecker hat den Nachlass zu verwalten. In der Eingehung von Verbindlichkeiten ist er nicht beschränkt, jedoch soll er über die den Gegenstand dieses Testaments bildenden Immobilien nur verfügen, wenn dies durch zwingende wirtschaftliche Erfordernisse geboten ist.“

Das Testamentsvollstreckerzeugnis enthält den Vermerk der Dauertestamentsvollstreckung für 25 Jahre, jedoch keine weiteren Einschränkungen.

Die Vorerbin und die Nacherben haben keinen Bezug zu Deutschland und wollen den Grundbesitz in Deutschland veräußern. Sie würden den Testamentsvollstrecker bitten, den Grundbesitz zu veräußern und ihn von allen möglichen Schadensersatzansprüchen freistellen.

II. Fragen

1. Kann sich der Testamentsvollstrecker im Einvernehmen mit den Vor- und Nacherben über eine Anordnung des Erblassers im Testament, den Grundbesitz für 25 Jahre nicht zu verkaufen, wirksam hinwegsetzen?
2. Sind mögliche Ersatz-Nacherben an einer solchen Vereinbarung zu beteiligen?
3. Unterliegt eine solche Vereinbarung der Kontrolle des Nachlassgerichts oder des Grundbuchamtes?
4. Unterfällt der Verkaufserlös dann der Vor- und Nacherbschaft?

III. Zur Rechtslage

1. Aus der Sicht des Kollisionsrechts ist für die Erbfolge nach dem 2008 verstorbenen US-Erblasser Nachlassspaltung eingetreten. Nach dem bis zum Inkrafttreten der EuErbVO im deutschen IPR geltenden Staatsangehörigkeitsprinzip wurde gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB a. F. für die Beerbung auf das US-amerikanische Heimatrecht des Erblassers verwiesen. Es handelte sich um eine Gesamtverweisung unter Einschluss des in den USA geltenden IPR, sodass zunächst das dortige IPR daraufhin zu prüfen ist, ob es die Verweisung annimmt oder zurück- oder weiterverweist. In den USA gilt aufgrund des *common law* traditionell der Grundsatz der Nachlassspaltung: Immobilienvermögen vererbt sich nach dem Belegenheitsrecht (*lex rei sitae*). Für das bewegliche Vermögen des Erblassers ist aus US-amerikanischer Sicht regelmäßig das Recht des letzten *domicile* des Erblassers maßgeblich. Für das hier interessierende deutsche Immobilienvermögen verwies das US-amerikanische IPR damit auf das deutsche Recht zurück. Dieses nahm die Verweisung gem. Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB an. Insoweit gilt also deutsches Erbrecht. Es kam aus deutscher Sicht zu einer **kollisionsrechtlichen Nachlassspaltung** zwischen dem deutschen Immobilienvermögen des Erblassers einerseits, das deutschem Erbrecht unterliegt, und seinem beweglichen Vermögen und ggf. seinen in den USA belegenen Immobilien andererseits, die dem jeweiligen US-amerikanischen Erbrecht unterliegen. In solchen Fällen kollisionsrechtlicher Nachlassspaltung **kann der Erblasser anerkanntermaßen für jeden Nachlassteil eine selbständige Erbeinsetzung vornehmen** und auch sonst getrennte Anordnungen treffen (s. nur Palandt/Thorn, BGB, 80. Aufl. 2021, Art. 21 EuErbVO Rn. 3; ausführl. Staudinger/Dörner, BGB, 2007, Art. 25 EGBGB Rn. 770 ff.). Dies ist hier hinsichtlich des Nachlassteils, der dem deutschen Erbrecht unterliegt, nämlich der deutschen Immobilien, geschehen.
2. Der Testamentsvollstrecker kann nach deutschem Erbrecht im Grundsatz selbständig über die Nachlassgegenstände verfügen (§ 2205 S. 2 BGB). Er unterliegt jedoch Verfügungsbeschränkungen, kraft Gesetzes zum einen dem dinglich wirkenden Verbot unentgeltlicher Verfügungen nach § 2205 S. 3 BGB. Zum anderen kann auch der Erblasser kraft Anordnung die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers mit dinglicher Wirkung einschränken (§ 2208 Abs. 1 BGB; s. hierzu etwa Bengel/Reimann/Schaub, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Aufl. 2020, § 4 Rn. 128; Palandt/Weidlich, § 2208 Rn. 5). Der Schutzzweck dieser Verfügungsbeschränkungen ist vor allem auf die Erben bezogen. Daher nimmt die std. neuere Rspr. und auch die h. L. an, dass eine unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers i. S. v. § 2205 S. 3 BGB über Pflicht- und Anstandsschenkungen hinaus wirksam ist und dass auch sonstige dem Testamentsvollstrecker auferlegte, **dinglich wirkende Verfügungsbeschränkungen überwunden werden, wenn die Zustimmung**

aller Erben – wozu auch etwaige **Nacherben** gehören – sowie, falls ein Vermächtnisgegenstand betroffen ist, der jeweiligen **Vermächtnisnehmer** vorliegt. **Der Zustimmung der Ersatznacherben bedarf es dagegen nach einhelliger Meinung insoweit nicht** (BGH NJW 1971, 2264, 2266; BGH NJW 1991, 842, 843; BeckOGK-BGB/Grotheer, Stand: 1.10.2020, § 2205 Rn. 86 ff.; Staudinger/Reimann, BGB, 2016, § 2205 Rn. 103; MünchKommBGB/Zimmermann, 8. Aufl. 2020, § 3305 Rn. 71; Palandt/Weidlich, § 2205 Rn. 30).

Falls hier die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers aufgrund der testamentarischen Anordnungen dahingehend mit dinglicher Wirkung eingeschränkt sein sollte, dass er den Grundbesitz für 25 Jahre nicht verkaufen darf, wäre die entsprechende Verfügungsbeschränkung also ebenfalls mit Zustimmung des Erben und des Nacherben überwindbar. Der Zustimmung des Ersatznacherben bedürfte es nicht. Liegt diese Zustimmung vor, kann folglich die Auslegungsfrage dahinstehen, ob dem Testament eine derartige dinglich wirkende Verfügungsbeschränkung zulasten des Testamentsvollstreckers zu entnehmen ist.

3. Der Testamentsvollstrecker unterliegt keiner allgemeinen Aufsicht des **Nachlassgerichts**. Insbesondere steht dem Nachlassgericht ein allgemeines Mitentscheidungsrecht oder eine Einflussnahme in Fragen der Zweckmäßigkeit der Amtsführung gegenüber dem Testamentsvollstrecker nicht zu. Dem Nachlassgericht sind lediglich bestimmte Einzelaufgaben zugewiesen, wie etwa die Außerkraftsetzung von Verwaltungsanordnungen des Erblassers unter den Voraussetzungen des § 2216 Abs. 2 S. 2, 3 BGB oder die Entlassung des Testamentsvollstreckers aus wichtigem Grund gem. § 2227 BGB (s. nur BeckOGK-BGB/Grotheer, § 2197 Rn. 122 ff.; Bengel/Reimann, § 2 Rn. 119 f.; Palandt/Weidlich, Einführung Vor § 2197 Rn. 4). Dementsprechend dürfte auch die hier in Aussicht genommene Vereinbarung, die im Grundsatz der dem Testamentsvollstrecker zustehenden Nachlassverwaltung unterfällt, nicht der Kontrolle durch das Nachlassgericht unterliegen.

Für das **Grundbuchamt** gilt: Es hat regelmäßig auch die verfahrensrechtliche Bewilligungsbefugnis i. S. v. § 19 GBO des Erklärenden zu prüfen (s. nur Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 206, 101 ff.; Demharter, GBO, 32. Aufl. 2021, Anh. zu § 13 Rn. 45). Diese verfahrensrechtliche Bewilligungsbefugnis ist Ausfluss der sachenrechtlichen Verfügungsbefugnis. Steht letztere einem anderen als dem Eigentümer zu – wie bei der Testamentsvollstreckung aufgrund von § 2205 BGB dem Testamentsvollstrecker –, so ist dieser auch anstelle des Eigentümers Inhaber der verfahrensrechtlichen Bewilligungsbefugnis (Überblick: Demharter, § 19 Rn. 56 ff.). Bei der hier anstehenden Grundstücksveräußerung hat das Grundbuchamt darüber hinaus nach § 20 GBO auch die Auflassung zu prüfen. Wegen der dinglich wirkenden Verfügungsbeschränkung des § 2205 S. 3 BGB unterliegt es dabei der Prüfungskompetenz des Grundbuchamts, ob der Testamentsvollstrecker entgeltlich verfügt hat; hierbei sind gegenüber der regelmäßigen grundbuchrechtlichen Beweismittelbeschränkung des § 29 GBO Beweiserleichterungen anerkannt (s. hierzu mit Einzelheiten nur Schöner/Stöber, Rn 3441; Demharter, § 52 Rn 23 ff.).

Dem Grundbuchamt gegenüber wird die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers hinsichtlich eines Nachlassgegenstandes regelmäßig durch das in § 2368 BGB vorgesehene Testamentsvollstreckerzeugnis nachgewiesen (**§ 35 Abs. 2 Hs. 1 GBO**). Das Testamentsvollstreckerzeugnis ist hierbei in Urschrift oder Ausfertigung vorzulegen; eine beglaubigte Abschrift genügt nicht (BayObLG DNotZ 1991, 548; Schöner/Stöber, Rn. 3462). Ist – wie hier – ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt, so ist das Grundbuchamt zu einer eigenen, ergänzenden oder berichtigenden Auslegung der zugrunde liegenden Verfügung von Todes wegen nicht befugt. Vielmehr ergibt sich die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstre-

ckers allein aus dem Testamentsvollstreckerzeugnis (OLG München ZEV 2011, 195; Gutachten DNotI-Report 2011, 135, 136; BeckOK-GBO/Wilsch, Stand: 1.10.2020, § 35 Rn. 140 m. w. N.). Das Grundbuchamt hat allenfalls die Möglichkeit, von Amts wegen beim Nachlassgericht die Einziehung des Zeugnisses als unrichtig anzuregen. Bei Ablehnung durch das Nachlassgericht bleibt das Grundbuchamt aber an den Inhalt des Zeugnisses gebunden (Schöner/Stöber, Rn. 3463). Im Testamentsvollstreckerzeugnis sind unter anderem auch die für den Rechtsverkehr relevanten dinglich wirkenden Abweichungen von der regelmäßigen Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nach §§ 2203 ff. BGB anzugeben. Interne Verwaltungsanordnungen (§ 2216 Abs. 2 BGB) sind als lediglich schuldrechtlich bindende Direktiven dagegen nicht in das Testamentsvollstreckerzeugnis aufzunehmen (s. BayObLGZ 1969, 138; Firsching/Graf/Krätzschel, Nachlassrecht, 11. Aufl. 2019, § 19 Rn. 61; Bengel/Reimann, § 2 Rn. 312). Nach Angaben im Sachverhalt hat das Nachlassgericht hier – über den Vermerk hinsichtlich der Dauertestamentsvollstreckung hinaus – keine weiteren Einschränkungen hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers in das Zeugnis aufgenommen. Insbesondere enthält das Zeugnis nicht den Vermerk, dass dem Testamentsvollstrecker die Veräußerung von Grundbesitz auf die Dauer von 25 Jahren verboten sei.

Nach den dargestellten Grundsätzen ist dieser Inhalt des Testamentsvollstreckerzeugnisses gegenüber dem Rückgriff auf die Verfügung von Todes wegen für das Grundbuchamt vorrangig. Wir gehen daher davon aus, dass hier im Hinblick auf das möglicherweise im Wege der Auslegung dem Testament zu entnehmende befristete Veräußerungsverbot die Zustimmung durch die beteiligten Vor- und Nacherben dem Grundbuchamt gleichwohl nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden muss, da das entscheidende Testamentsvollstreckerzeugnis keine dahingehende Beschränkung bezeugt. Anderes würde nur gelten, wenn das Grundbuchamt – wie eben angedeutet – die Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses wegen Unrichtigkeit von Amts wegen beim Nachlassgericht anregen und daraufhin ein neues Zeugnis mit Beschränkung erteilt werden würde. Dass es hierzu kommt, erscheint jedoch fernliegend. Bleibt es aber bei der Maßgeblichkeit des Testamentsvollstreckerzeugnisses, so sind **dem Grundbuchamt** – über das **in Urschrift oder Ausfertigung vorzulegende Testamentsvollstreckerzeugnis** (Schöner/Stöber Rn 3462) sowie den wegen **§ 2205 S. 3 BGB ohne Bindung an § 29 GBO zu führenden Entgeltlichkeitsnachweis** hinaus (s. dazu bereits oben) – **keine weiteren Nachweise vorzulegen**. Nur dann, wenn kein Entgeltlichkeitsnachweis geführt werden würde, wäre ersatzweise die Zustimmung der Vor- und Nacherben in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO vorzulegen.

Da die in Ziffer 1 behandelte Zustimmung durch die Erben und Vermächtnisnehmer aus Sicht des Testamentsvollstreckerzeugnisses dann nur erbengemeinschaftsinterne, schuldrechtliche Bedeutung hat, genügt es, wenn sie in rein privatschriftlicher Form vorgelegt wird. Da sie für das Grundbuchamt unerheblich ist, unterliegt sie nicht dem Formerfordernis des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO.

4. Der Erblasser hatte hier **Vor- und Nacherbfolge** angeordnet. Für die Vorerbschaft gilt nach Maßgabe des § 2111 BGB der Surrogationsgrundsatz. Dementsprechend gehört u. a. zu der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft, was der Vorerbe durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, sofern nicht der Erwerb ihm als Nutzung gebührt (**§ 2111 Abs. 1 S. 1 Var. 3 BGB; Mittelsurrogation**). Dementsprechend unterliegt der ersatzweise für das Nachlassgrundstück erlangte Kaufpreis, da hierfür Nachlassmittel aufgewendet wurden, wiederum der Vor- und Nacherbfolge. Daraus folgt allerdings u. E. noch nicht direkt, dass der Verkaufserlös sodann an die Vorerbin ausbezahlt wäre.

Denn auch für die **Testamentsvollstreckung** ist die Geltung des Surrogationsprinzips auf der Grundlage einer analogen Anwendung des § 2041 BGB auf die der Testamentsvollstreckung unterliegende Vermögensmasse selbst ohne dahingehende gesetzliche Regelung einhellig anerkannt (BGH ZEV 2012, 103; Bengel/Reimann/Schaub, § 4 Rn. 67 ff.; Meikel/Böhringer, GBO, 12. Aufl. 2021, § 52 Rn. 22; Schöner/Stöber, Rn. 3426 a. E.). Der Verkaufserlös unterliegt also – neben der Geltung der Nacherbfolge – zunächst wiederum der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers. Eine Freigabe (Herausgabe an die Vorerbin) wäre nach Maßgabe des § 2217 Abs. 1 BGB möglich. Bezieht man – wie wegen der Geltung des Surrogationsgrundsatzes naheliegend – die hier angeordnete Dauervollstreckung auch auf den ersatzweise erlangten Kaufpreiserlös, so wäre dessen Freigabe im Grundsatz ausgeschlossen, da die Verwaltung des Erlöses hier zum Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers gehört (vgl. Bengel/Reimann/Pauli, § 6 Rn. 170). Freilich ist insoweit die – unsichere - individuelle Testamentsauslegung vorrangig, die auch ergeben könnte, dass der Erblasser die Testamentsvollstreckeranordnung nur auf den von den USA aus schwer zu verwaltenden deutschen Immobilienbesitz, dagegen nicht auf monetäre Surrogate hierfür bezogen wissen wollte. Unterstellt man vorsichtshalber den Fortbestand der Testamentsvollstreckung hinsichtlich des Kaufpreiserlöses, so wäre die Freigabe dinglich allerdings auch dann wirksam, wenn die sachlichen Voraussetzungen für einen Freigabeanspruch des Erben nach § 2217 Abs. 1 BGB nicht vorgelegen haben. Eine pflichtwidrige Freigabe kann (lediglich) zu einer Schadensersatzverpflichtung des Testamentsvollstreckers gegenüber Erben und Vermächtnisnehmern nach § 2219 BGB führen (Bengel/Reimann/Pauli, § 6 Rn. 182). Darüber hinaus ist eine Freigabe auch aus schuldrechtlicher Betrachtung zulässig, wenn Vor- und Nacherbe zustimmen. Dies gilt nach Auffassung der Rechtsprechung selbst dann, wenn die Freigabe einer Erblasseranordnung nach § 2208 BGB widersprechen sollte (vgl. BGH NJW 1971, 2264 ff.; Bengel/Reimann/Pauli, § 6 Rn. 211 m. w. N.). Besondere gesetzliche Formerfordernisse bestehen für die Zustimmung insoweit nicht, da § 29 GBO für den Kaufpreis keine Rolle spielt.

Sind insbesondere auch die **Nacherben mit der Herausgabe des Verkaufserlöses aus der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers an die Vorerbin einverstanden** und stimmen dem zu, so wäre mithin die **Herausgabe an die Vorerbin möglich**, ohne dass der Testamentsvollstrecker deswegen Schadensersatzansprüche zu gewärtigen hätte. Eine **Herausgabepflicht** des Testamentsvollstreckers hinsichtlich des Kaufpreises **besteht wegen der analogen Geltung des § 2041 BGB für die der Testamentsvollstreckung unterliegenden Vermögensmasse aber nicht, falls nicht die konkrete Testamentsauslegung Abweichendes ergibt**.