

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 179995****letzte Aktualisierung: 30. April 2021****BGB §§ 2038, 2040; GBO § 29****Grundstücksverfügung zur Vermächtniserfüllung aufgrund Mehrheitsbeschlusses der Erbengemeinschaft als Maßnahme ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung; Problematik des grundbuchlichen Nachweises****I. Sachverhalt**

Eine Erbengemeinschaft besteht inzwischen noch aus zwei Miterben. Miterbe A hat Erbanteile von zwei ausgeschiedenen Miterbinnen übernommen und ist jetzt mit einer Quote von $\frac{3}{4}$ beteiligt. Miterbe B hat seinen ursprünglichen Erbanteil von $\frac{1}{4}$. Miterbe A hat weiter einen Vorausvermächtnisanspruch von einer der ausgeschiedenen Miterbinnen hinsichtlich eines $\frac{1}{12}$ - Miteigentumsanteils an einem Grundstück abgetreten bekommen.

A und B sind zerstritten, B ist zu keinen weiteren Mitwirkungs- und/oder Erfüllungshandlungen bereit, insb. auch nicht bzgl. des Vermächtnisses.

Der Anwalt des A befürchtet nunmehr Verjährung des Vorausvermächtnisanspruchs. Um eine Klage zu vermeiden, stellt er sich vor, dass Miterbe A mit seiner Mehrheit in der Erbengemeinschaft beschließt, im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses die Erfüllung des Vermächtnisses vorzunehmen, und sich selbst hierzu zu bevollmächtigt. Dann soll Miterbe A den Vermächtniserfüllungsvertrag im eigenen Namen und zugleich im Namen der Erbengemeinschaft abschließen.

II. Fragen

1. Zählt die Erfüllung eines Vermächtnisses zur ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung?
2. Ist es möglich, dass im Lichte der BGH-Rechtsprechung zur Vornahme einer ordnungsgemäßen Verwaltungshandlung ein Miterbe im Namen der Erbengemeinschaft einen Bruchteil an einem erbengemeinschaftlichen Grundstück überträgt, und zwar hier konkret auf sich selbst, ohne dass die sonstigen Miterben an der Verfügung mitwirken?
3. Oder erfordert § 2040 BGB zwingend die Mitwirkung aller (noch vorhandenen) Miterben?
4. Falls ein Vorgehen nach Frage 2 möglich ist, welche Nachweise wären dem Grundbuchamt zu erbringen? Schließen die Formvorschriften der GBO dieses Vorgehen aus?

III. Zur Rechtslage

1. Grundsätzlich steht die Verwaltung des Nachlasses den Erben gemeinschaftlich zu (§ 2038 Abs. 1 S. 1 BGB). Allerdings kann durch Stimmenmehrheit eine der Beschaffenheit des Nachlasses entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung beschlossen werden. Die Stimmenmehrheit ist hierbei nach der Größe der Erbanteile zu berechnen (§§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 BGB). Eine wesentliche Veränderung des Nachlasses kann nicht beschlossen oder verlangt werden (§§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 3 S. 1 BGB). Die Problematik auf der Ebene des **Verpflichtungsgeschäfts**, ob die Mehrheit der Erben bzw. ein durch Mehrheitsbeschluss Beauftragter im Falle ordnungsmäßiger Nachlassverwaltung den Verpflichtungsvertrag in Vertretung für alle Miterben abschließen kann (bejahend BGH NJW 1971, 1265, 1266; OLG Nürnberg ZIP 2014, 2081, 2083; OLG Stuttgart ZEV 2015, 288 Rn. 7; Palandt/Weidlich, BGB, 80. Aufl. 2021, § 2038 Rn. 5), ist im vorliegenden Fall nicht aufgeworfen. Denn der schuldrechtliche Verpflichtungsgrund ist mit dem aufgrund Erblasseranordnung bestehendem Vermächtnisanspruch gem. § 2174 BGB bereits gegeben und muss nicht erst durch eine Verwaltungshandlung der Miterben begründet werden.
2. Fraglich ist aber, ob auf der **Verfügungsebene** ebenfalls – in Abweichung von der Grundsatznorm des § 2040 Abs. 1 BGB – die Mehrheit der Miterben aufgrund der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 BGB im Fall zu bejahender ordnungsgemäßer Verwaltung Verfügungsgeschäfte (hier konkret: die Grundstücksübereignung) mit Wirkung für alle Miterben vornehmen kann. Die ältere **Rechtsprechung** (BGH NJW 1963, 244) hat insoweit noch angenommen, dass sich § 2038 BGB insgesamt nicht auf Verfügungen beziehe, für welche vielmehr die Sonderregelung des § 2040 Abs. 1 BGB gelte (ausführlicher Überblick BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, Std.: 15.1.2021, § 2038 Rn. 44 ff.).

Hiervon ist der BGH seit 2005 (ZEV 2006, 358 Rn. 18 ff. mit ausführlichem Überblick zum bisherigen Meinungsstand) mit der Feststellung abgerückt, dass nach nunmehr vertretener Auffassung Verfügungen über einen Nachlassgegenstand als Maßnahmen ordnungsmäßiger Nachlassverwaltung wirksam dann mit Stimmenmehrheit beschlossen werden könnten, wenn dadurch die auf den Erhalt des Nachlassbestands gerichteten Interessen der anderen Miterben nicht beeinträchtigt werden. Mit einer im Jahr 2009 getroffenen Entscheidung (BGH NJW 2010, 765, 767 f. = ZEV 2010, 36 Rn. 26 ff., 30 f.) verfestigte der BGH diese Abkehr von der früheren Rechtsprechung: Die ordnungsgemäß handelnde Erbenmehrheit könne wirksam verfügen. Eines faktischen „Vetorechts“ durch § 2040 Abs. 1 BGB bedürfe es nicht, da die „widerspenstigen“ Miterben ohnehin hinreichend geschützt seien. Denn ohne das Vorliegen aller Voraussetzungen seien Verfügungen ohnehin unwirksam und eine Rechtsänderung würde nicht begründet. Im Anschluss hieran formulierte der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2014 (ZEV 2015, 339) für die Verfügung über Gestaltungsrechte keinerlei Einschränkungen des Verfügungsrechts der Miterbenmehrheit mehr.

Auch i. Ü. überwiegt in der **Literatur** heute die Auffassung, dass § 2040 BGB keine abschließende Spezialvorschrift sei, sondern auch einzelne Miterben Verfügungen vornehmen können, die zur Umsetzung der nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 BGB im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung wirksam gefassten Mehrheitsbeschlüsse erfolgen (BeckOK-BGB/Lohmann, Std.: 1.2.2021, § 2040 Rn. 2; Palandt/Weidlich, § 2038 Rn. 5; J. Weber, ZEV 2018, 656, 657). Umgekehrt, nämlich i. S. e. Spezialität des § 2040 Abs. 1 BGB gegenüber § 2038 BGB, sieht das Verhältnis beider Gesetzesnormen auch heute noch *Gergen* (MünchKommBGB/Gergen, 8. Aufl. 2020, § 2038 Rn. 54) unter Berufung auf die ältere Rechtsprechung und Literatur: Der Gesetzgeber habe hier eine klare Entscheidung für den Vorrang des § 2040 BGB getroffen. Persönlich erscheint uns diese Parteinahme für einen

Vorrang des § 2040 Abs. 1 BGB aufgrund einfacher grammatischer Gesetzesauslegung durchaus überzeugend. Dennoch wird man heute für die Gestaltungspraxis zu einer gefestigten großzügigeren Ansicht der neueren Rechtsprechung ausgehen dürfen.

3. Fallen also prinzipiell auch Verfügungen über Nachlassgegenstände – wie auch Grundstücke – in den Bereich der nach Maßgabe der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 BGB wirkenden Mehrheitsmacht der Miterben, so gilt dies nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB freilich nur dann, wenn es sich bei der Verfügung um eine „**ordnungsmäßige Verwaltung**“ des Nachlasses handelt. Ordnungsmäßig i. S. d. §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 BGB sind nach Auffassung der Rechtsprechung nicht nur notwendige Maßregeln nach § 744 Abs. 2 BGB, sondern alle Maßnahmen, die nach den individuellen Gegebenheiten im Zeitpunkt der Beschlussfassung vernünftig erscheinen (BGH NJW-RR 2010, 1312, 1314; BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, § 2038 Rn. 37). Es findet hierbei keine allgemeine Zweckmäßigkeits- oder Inhaltskontrolle statt. Konkret wurde bereits die Begleichung laufender bzw. regelmäßig wiederkehrender Verbindlichkeiten gegen den Nachlass als Maßnahme der ordnungsmäßigen Verwaltung eingeordnet (BGH FamRZ 1965, 267, 269; Kasuistik: BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, § 2038 Rn. 39.1). Dies wurde bereits einmal auch für die Veräußerung von Grundstücken angenommen (BGH ZEV 2006, 24). Diese Maßstäbe werden auch ansonsten zustimmend referiert (etwa Palandt/Weidlich, § 2038 Rn. 6). Im Anschluss hieran scheint es uns persönlich bedenkenfrei, **auch die Erfüllung eines Vermächtnisanspruchs als in diesem Sinne ordnungsmäßige Nachlassverwaltung einzuordnen**, da die Begleichung von Verbindlichkeiten nicht im Belieben des Schuldners steht und ihre Nichterfüllung bzw. verzögerte Erfüllung bekanntermaßen weitere Rechtsnachteile nach dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht auslösen kann (§§ 280 ff., 286 ff. BGB).

Zu beachten ist noch die weitere materiell-rechtliche Grenze für Mehrheitsbeschlüsse in der Erbengemeinschaft gem. **§§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 3 BGB**, wonach im hier interessierenden Zusammenhang eine wesentliche Veränderung des Gegenstandes nicht beschlossen oder verlangt werden kann. Bezugspunkt dieser wesentlichen Veränderung ist im Rahmen der Verweisung des § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB der Nachlass als Gesamtvermögen und nicht ein konkreter Einzelgegenstand, da ansonsten in jeder Verfügung eine wesentliche Veränderung läge (BGH NJW 2006, 439; Palandt/Weidlich, § 2038 Rn. 6). Im vorliegenden Fall dürfte es naheliegen – ohne dass wir dies letztverbindlich feststellen könnten –, dass die bloße Veräußerung eines 1/12 Miteigentumsanteils an einem einzelnen Nachlassgrundstück keine wesentliche Veränderung in diesem Sinne darstellt.

Auf der Grundlage des bisher Gesagten sind somit – zumindest aus Sicht der Rechtsprechung – die beiden ersten gestellten Rechtsfragen zu bejahen: Die **Erfüllung eines Grundstücksvermächtnisses** durch entsprechende Verfügung zählt zur **ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 BGB**. **Materiell-rechtlich** ist es auch **möglich**, dass der betreffende Miterbe aufgrund **Mehrheitsbeschlusses** die entsprechende Verfügung über den 1/12 Bruchteil an dem Grundstück vornimmt und dieses in Erfüllung des Vermächtnisses auf sich selbst überträgt. Auch wenn man davon ausgehen wollte, dass dies konstruktiv als ein Fall der Stellvertretung des nicht mithandelnden Miterben anzusehen ist, würde § 181 BGB einer solchen Grundstücksverfügung nicht entgegenstehen, da hier lediglich eine bereits begründete Verbindlichkeit erfüllt werden soll (§ 181 a. E. BGB), nämlich der auf die Erblasserordnung zurückgehende Vermächtnisanspruch gem. § 2174 BGB.

4. **Probleme** ergeben sich jedoch aus der **grundbuchrechtlichen Beweismittelbeschränkung nach § 29 Abs. 1 S. 2 GBO**: Nicht nur müsste hiernach dem Grundbuch-

amt zunächst der gem. §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 BGB erforderliche und ausreichende Mehrheitsbeschluss in öffentlicher Urkunde vorgelegt werden. Vielmehr müsste darüber hinaus in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO auch ein Nachweis darüber erbracht werden, dass es sich bei der Grundstücksveräußerung zum einen nur um eine unwesentliche Veränderung des Nachlasses handelt (s. §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 3 S. 1 BGB). Weiter müsste im Fall des Handels lediglich der die Mehrheit bildenden Miterben nachgewiesen werden, dass die Maßnahme ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung entspricht, da das Beschlussrecht der Mehrheitsmacht gem. §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB nur unter dieser Voraussetzung eröffnet ist (instruktiv insbes. Weber, ZEV 2018, 656 f.).

Die Erfüllung dieser grundbuchrechtlichen Nachweiserfordernisse hat in der bislang letzten einschlägigen Äußerung aus der **Rechtsprechung** (OLG München ZEV 2018, 651 ff.) das befassende Gericht mit ausführlicher Begründung verneint: An dem Nachweiserfordernis gem. § 29 Abs. 1 S. 1 GBO wurde festgehalten. Erklärungen in der notariellen Grundstücksübertragungsurkunde erbringen aus Sicht des OLG München in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO lediglich Beweis dafür, dass die in ihr genannte Person die beurkundende Erklärung abgegeben habe, nicht aber dafür, dass der Erklärungsinhalt mit der Wirklichkeit übereinstimmt und die Tatsachen, über die berichtet wird, so vorliegen (vgl. **§ 415 Abs. 1 ZPO**; hierzu Musielak/Voit/Huber, ZPO, 17. Aufl. 2020, § 415 Rn 10, 13). Sie beweisen erst recht nicht, dass die darin wiedergegebenen Rechtsmeinungen (insbes. zur ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung) zutreffend sind. Privatschriftlich vorgelegte Niederschriften über Beschlüsse reichen nicht aus. Dass eine Verfügung materiell-rechtlich aus Sicht der neueren Rechtsprechung nach Maßgabe der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 BGB mit Mehrheitsbeschluss vorgenommen werden kann, **entbindet nicht von den grundbuchverfahrensrechtlichen Nachweiserfordernissen**. Ein Rückgriff auf allgemeine Erfahrungssätze wurde abgelehnt. Eine Rechtsschutzlücke bestehe durch diese strenge Handhabung des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nicht. Dient nämlich die Übertragung – überhaupt – dem Vollzug eines wirksamen Mehrheitsbeschlusses über eine Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung, so könnten die grundbuchrechtlichen Vollzugsvoraussetzungen geschaffen werden durch Vorlage eines Urteils in einem hierüber vor dem Zivilgericht geführten streitigen Verfahren (OLG München ZEV 2018, 651 Rn. 13 ff., insbes. 21 ff. der Urteilsgründe).

Diese strenge Auffassung ist auch zuvor in neueren Entscheidungen der obergerichtlichen Rechtsprechung vertreten worden (insbes. OLG Hamm ZEV 2014, 419; zustimmend OLG Schleswig ZEV 2015, 101 Rn. 38): Grundbuchverfahrensrechtlich müsse die Zustimmungserklärung jedes einzelnen Miterben in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO nachgewiesen werden. Die materiell-rechtliche Befugnis einer Mehrheit von Miterben, Entscheidungen über die ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses zu treffen, befreie nicht von den grundbuchverfahrensrechtlichen Nachweiserfordernissen.

Die Linie der neueren Rechtsprechung zu § 29 Abs. 1 S. 1, 2 GBO ist auch in der **Literatur** weit überwiegend zustimmend aufgenommen worden, auch wenn deren Standpunkt für die Praxis misslich sei (so ausdrücklich Weber, ZEV 2018, 656, 657; ebenso zuvor Ann, ZEV 2010, 39, 40; Münch, FamRZ 2010, 1128, 1129; Ruhwinkel, MittBayNot 2016, 343, 344; Gegenansicht: Schäuble, ZEV 2013, 589, 592 f.).

Wird überhaupt auf der Verfügungsebene eine Durchbrechung des § 2040 Abs. 1 BGB in Fällen ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung gem. §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB befürwortet, erscheint uns persönlich der Standpunkt der neueren Rechtsprechung zwar grundbuchverfahrensrechtlich durchaus nicht zwingend. Denkbar wäre es auch, die

etwa bei der Entgeltlichkeitsprüfung des Grundbuchamts im Testamentvollstreckerrecht gem. §§ 2205 S. 3 BGB, 20 GBO entwickelten Leitlinien zum Rückgriff auf allgemeine Erfahrungssätze (hierzu Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3441 m. w. N.) weiter zu denken und entsprechend zu übertragen. In diesem Zusammenhang wurde bereits anerkannt, dass der Nachweis dafür, dass der Testamentsvollstrecker eine Verfügung in Erfüllung eines in einem privatschriftlichen Testament enthaltenen Vermächtnisses und somit i. S. d. § 2205 BGB entgeltlich vorgenommen hat, durch Vorlage des privatschriftlichen Testaments geführt werden kann (OLG München RNotZ 2015, 359; s. auch Demharter, GBO, 32. Aufl. 2021, § 52 Rn. 24). Wir hätten demgegenüber bereits den logisch vorgreiflichen Schritt der Zurückdrängung des Grundsatzes gem. § 2040 Abs. 1 BGB auf der Verfügungsebene in Fällen ordnungsgemäßer Mehrheitsverwaltung durch die neuere Rechtsprechung und Literatur dogmatisch nicht für vorzugswürdig gehalten.

5. Orientiert man sich jedoch auch in der Nachweisfrage gem. § 29 Abs. 1 GBO wiederum an der praxisentscheidenden Rechtsprechung, so bleibt im Ergebnis zu konstatieren, dass die Etablierung entsprechender Beweiserleichterungen bislang in der Judikatur keinerlei Gefolgschaft gefunden hat. Solcher Beweiserleichterungen bedürfte es jedoch auch im unterbreiteten Sachverhalt, da dem regelmäßigen Standard des § 29 Abs. 1 GBO insoweit nicht genügt werden kann. Wir gehen im Ergebnis daher davon aus, dass beim gegenwärtigen Stand von Rechtsprechung und Literatur **die grundbuchverfahrensrechtliche Beweismittelbeschränkung des § 29 Abs. 1 GBO im praktischen Ergebnis den Vollzug einer Grundstücksverfügung lediglich aufgrund Handelns einer Miterbenmehrheit zum Scheitern bringt**. Ein derartiges Vorgehen ist bislang aus grundbuchverfahrensrechtlichen Gründen nicht möglich (vgl. zum Parallelproblem bei außenwirksam bedingten Vorsorgevollmachten: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn 273 ff.). Beharrt also B auf seiner blockierenden Haltung, so müsste er – falls in der zu Grunde liegenden Verfügung von Todes wegen keine anderweitige Sicherung der Vermächtniserfüllung vorgesehen ist (Testamentsvollstreckung, Vollmacht) – auf die Erfüllung des Vermächtnisses verklagt werden. Das entsprechende Urteil, das die Auflassungserklärung des Miterben B gem. § 894 ZPO ersetzen würde, würde sodann dem Formerfordernis gem. § 29 Abs. 1 GBO genügen (allgemein zur Auflassung aufgrund Urteils: Schöner/Stöber, Rn. 745 ff.).