

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 141049

letzte Aktualisierung: 13. April 2015

BGB §§ 185, 2205, 2211

Zustimmung zu einer vom Testamentsvollstrecker erklärten Auflassung durch den Erben nach Beendigung der Testamentsvollstreckung

I. Sachverhalt

T ist ausweislich eines entsprechenden Testamentsvollstreckerzeugnisses Testamentsvollstrecker über den Nachlass des E.

Erben des E sind seine fünf Kinder K1 bis K5.

T verkauft in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker ein zum Nachlass gehörendes Grundstück. Unmittelbar nach Abschluss des notariellen Kaufvertrages wird bei T eine tödliche Krankheit festgestellt und T verstirbt, bevor irgendwelche Anträge beim Grundbuchamt gestellt sind. Zu unterstellen ist, dass mit dem Tode des T die Testamentsvollstreckung als solche entfällt.

II. Fragen

1. Können nunmehr die Erben des E die Auflassung, die der T und der Käufer des Grundstücks in dem notariellen Kaufvertrag erklärt haben, genehmigen oder ist eine neue Auflassung durch die Erben des E und den Käufer notwendig?
2. Wie läge es, wenn T (im Hinblick auf seinen unmittelbar bevorstehenden Tod) direkt nach Verkauf das verkaufte Grundstück unter Zustimmung des Käufers und von K1 bis K5 den Erben, zur freien Verfügung überlässt? Könnten K1 bis K5, die den Vertrag mit dem Käufer durchführen wollen, nunmehr die von Käufer K und T erklärte Auflassung „einfach“ genehmigen oder wäre eine erneute Auflassung nötig?

III. Zur Rechtslage

1. Für die **Verfügungsbefugnis**, die Voraussetzung der Wirksamkeit der vom Testamentsvollstrecker als solchem im eigenen Namen erklärten Auflassung ist, kommt es grundsätzlich auf den Zeitpunkt der **Vollendung des Verfügungstatbestandes**, d. h. in der Regel auf den Zeitpunkt des Eintritts der Verfügungswirkungen, an (BGH NJW 1963, 36, 37; Staudinger/Gursky, BGB, 2012, § 873 Rn. 75 f.; Staudinger/Pfeifer, BGB, 2011, § 925 Rn. 112).

Demnach konnte die vom Testamentsvollstrecker erklärte Auflassung hier nicht mehr aufgrund seiner Verfügungsbefugnis gem. § 2205 S. 2 Var. 2 BGB wirksam werden, weil die **Testamentsvollstreckung bereits** vor der Eintragung und auch vor der Antragstellung beim Grundbuchamt (auf die es bei – allerdings streitiger – analoger Anwendung von § 878 BGB ankommen könnte, dazu Kessler, RNotZ 2013, 480) **beendet** war, sodass zu diesem maßgeblichen Zeitpunkt die Erben wegen Wegfalls der Wirkung des § 2211 Abs. 1 BGB wieder selbst verfügungsbefugt sind.

Auch in einem derartigen Fall, bei dem eine zunächst bestehende Verfügungsbefugnis des Verfügenden vor Vollendung des Verfügungstatbestandes weggefallen ist, handelt es sich um die **Verfügung eines Nichtberechtigten** i. S. d. § 185 BGB (MünchKommBGB/Bayreuther, 6. Aufl. 2012, § 185 Rn. 18; MünchKommBGB/Kohler, § 873 Rn. 71). Verfügung i. S. d. § 185 BGB ist nicht nur die Auflassung als dingliche Einigung, sondern die Übereignung, zu der als zweites Element neben der Auflassung die Eintragung im Grundbuch gehört (BGH LM § 185 BGB Nr. 6 = WM 1957, 905, 907 f. = DNotZ 1960, 416 Ls.). Genau genommen kommt hier eine *Genehmigung* gem. § 185 Abs. 2 S. 1, Var. 1 BGB zwar deswegen nicht infrage, weil sie als *nachträgliche* Zustimmung voraussetzen würde, dass der gesamte Verfügungstatbestand bereits vorliegt, also auch die Eintragung (zunächst unwirksam) erfolgt war (vgl. Staudinger/Gursky, BGB, 2014, § 185 Rn. 46 f.). Doch in gleicher Weise wie die Genehmigung gestattet § 185 Abs. 1 BGB die **Einwilligung als vorherige Zustimmung des Berechtigten** zu der tatbestandlich noch nicht vollendeten Verfügung eines Nichtberechtigten (Staudinger/Gursky, ebd.).

Eine solche Einwilligung kann hier durch die Erben also erklärt werden; einer erneuten Vornahme der Auflassung durch sie bedarf es nicht.

Ergänzend sei nur darauf hingewiesen, dass es in schuldrechtlicher Hinsicht für die Begründung von Nachlassverbindlichkeiten durch Abschluss des Kaufvertrages auf Grundlage der Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gem. § 2206 BGB naturgemäß nur auf den Zeitpunkt der Vornahme des schuldrechtlichen Geschäfts ankommt.

2. Die **Freigabe von Nachlassgegenständen**, die als Handlungsmöglichkeit des Testamentsvollstreckers von § 2217 BGB vorausgesetzt wird und auch unabhängig von dieser Vorschrift gegeben ist (freiwillige Freigabe), führt dazu, dass das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers in Bezug auf den freigegebenen Gegenstand grundsätzlich endgültig erlischt (BGHZ 56, 275 = NJW 1971, 1805; KGJ 40, 207, 210 f.; BeckOK-BGB/J. Mayer, Stand: 1.11.2014, Ed. 34, § 2217 Rn. 11). Sie ist nach h. M. ein einseitiges, abstraktes, dingliches Rechtsgeschäft, das durch empfangsbedürftige Willenserklärung zustande kommt (BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2217 Rn. 6 m. w. N.; vereinzelt wird die Freigabe auch als Vertrag zwischen Testamentsvollstrecker und Erbe gesehen, Muscheler, ZEV 1996, 401, 401 f., oder als sog. gemischter Realakt, OLG Hamm OLGZ 1973, 258, 261). Einigkeit besteht demnach darüber, dass es keiner weiteren Anforderungen wie einer Eintragung bedarf. Nur ausnahmsweise ist eine freiwillige Freigabe unter dem Umgehungsgesichtspunkt unwirksam; dies ist etwa denkbar, wenn sie eine unentgeltliche Verfügung des Erben vorbereitet und ermöglicht, mittels deren das Nachlassobjekt dem Nachlass und der diesbezüglich getroffenen Anordnungen, insbesondere einem Vermächtnis, entzogen werden soll (vgl. BGHZ 57, 84, 94; BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2217 Rn. 12).

Mangels Anhaltspunkten dafür wäre davon auszugehen, dass eine **noch während der Fortdauer des Amtes des Testamentsvollstreckers zugegangene Freigabeerklärung bzw. mit den Erben vereinbarte Freigabe**, welche zur Erfüllung des offenbar in ordnungsmässi-

ger Verwaltung des Nachlasses geschlossenen Kaufvertrages dient, **wirksam** ist. Die Freigabe wäre dem Grundbuchamt in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO (öffentliche Beglaubigung) nachzuweisen.

Dadurch erlangen die Erben ihre Verfügungsbefugnis über den verkauften Nachlassgegenstand wieder, ohne dass der Testamentsvollstrecker den Verfügungstatbestand der Übereignung bereits vollendet hätte (durch Eintragung bzw. analog § 878 BGB).

Im Hinblick auf die Zustimmungsmöglichkeit der Erben stellt sich der Fall folglich nicht anders dar als bereits unter Ziff. 1 erörtert. Erteilen die Erben vor Vollendung des Verfügungstatbestandes ihre Einwilligung zu der vom Testamentsvollstrecker erklärten Auflassung, so liegt im maßgeblichen Zeitpunkt der Eintragung die Verfügung eines Nichtberechtigten vor, die dann gem. § 185 Abs. 1 BGB mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt und mithin wirksam ist.