

**Herausgeber:**

RA Dr. Wolfram Theiss, RA Jan Bittler, RAin und Notarin Ulrike Czubayko, RA Dr. Hans Hammann, RAin Dr. Stephanie Herzog, RA Dr. Heinz-Willi Kamps, RA und Notar Dr. Hubertus Rohlfing, RA Gerd Uecker

**Schriftleitung:**

RAin Dr. Stephanie Herzog

**Aufsätze**

## Die Erbengemeinschaft – vom Gesetzgeber zur Handlungsunfähigkeit verdammt?

– 10 Jahre höchstrichterliche Rechtsprechung: Rück- und Ausblicke –\*

Roland Wendt, Richter am BGH a.D.\*\*



2015 erschien in der Süddeutschen Zeitung ein Artikel über den Nachlass von Oskar Schlemmer unter der Überschrift „Streit ohne Ende – Nur zwei Erben hat Oskar Schlemmer. Doch alle Versuche, den Nachlass zu teilen, scheiterten bislang.“<sup>1</sup> Darin erfährt der Leser zunächst viel über das umfangreiche, weltweit verteilte Oeuvre des Künstlers, um das sich nach dem Erbfall 1943 seine testamentarisch als Alleinerbin eingesetzte Witwe „rührend und patent“ kümmerte. Nach deren Tod 1987 begann das erbrechtliche Drama: Tochter und Enkelsohn des Erblassers nahmen zunächst allein den Nachlass unter ihre Fittiche; seine verwaiste Enkelin war damals noch zu jung, um sich darum zu kümmern. 2002 erstritt sie – sie fühlte sich von ihrer Tante und ihrem Cousin hintergangen – vor dem OLG Stuttgart ein rechtskräftiges Auskunftsurteil darüber, „welche Kunstwerke Oskar Schlemmers sich an welchem Ort aufgrund welcher Leihverhältnisse“ befinden. Das Urteil blieb folgenlos, weil Tante und Cousin im Vorfeld Leihgaben aus deutschen Museen abzogen und sich durch Wohnsitzwechsel von Deutschland via Schweiz nach Italien der Auskunftserteilung entzogen – die „Hase-und-Igel-Falle“ schlug immer wieder zu. 2007 erhob sie eine Teilauseinandersetzungsklage betreffend 127 teils in öffentlichen Museen nachweisbare Leihgaben und kündigte die Leihverhältnisse. 2008 brachte ihr Cousin eine Auktion zum Platzen durch eine beim OLG München von ihm erwirkte einstweilige Verfügung mit der Begründung, „seine Mutter und er hätten der Auflösung der Leihverträge zustimmen müssen“.

Spätestens beim Lesen dieser Stelle des Artikels, muss sich der Erbrechtler angesprochen fühlen. Zwei Rechtsfragen drängen sich den Lesern auf, wenn sie sich damit beschäftigen, wie eine Erbengemeinschaft im Rechtsleben auftreten kann: 1. Wie setzte sich die Erbengemeinschaft im Zeitpunkt der Kündigungen genau zusammen aus den drei Protagonisten Tochter, Enkelsohn und Enkeltochter? 2. Konnte die Enkeltochter angesichts des bisherigen Vorgehens von Tante und Cousin allein Leihverträge kündigen und die Versteigerung betreiben? So führt ein Artikel aus dem Feuilleton einer bedeutenden Tageszeitung zugleich mitten ins dogmatische Zentrum der Frage, wie Erbengemeinschaften handeln können. Das soll jetzt aufbereitet werden. Vielleicht fühlt sich der Leser dann auch in der Lage, über den noch offenen Ausgang des Schlemmerstreits Prognosen abzugeben: Nach dem Tod der Tochter 2010 besteht die Erbengemeinschaft nur noch aus Enkelsohn und Enkeltochter des Erblassers. Das Hauptverfahren ist weiterhin beim Landgericht anhängig. Das 2012 angeregte Mediationsverfahren dauert noch an. 2013 verloren zwar die Erben die Vervielfältigungs-, Verbreitungs- und Ausstellungsrechte. Die Werke Oskar Schlemmers sind 70 Jahre nach seinem Tod gemeinfrei geworden; seine Erben brauchen nicht mehr bei jeder Abbildung gefragt zu werden, wie der „Zeit“<sup>2</sup> beruhigend zu entnehmen war. Ein Ende der erbrechtlichen Streiterei ist aber noch lange nicht in Sicht.

Also gehen wir sie an die Frage nach der Handlungs[un]fähigkeit der Erbengemeinschaft – Bestandsaufnahme und Ausblick.

### I. Die Verwaltung der Erbengemeinschaft

#### 1. Gesetzliche Regelungen und richterlicher Konkretisierungsbedarf

Leicht hat es der Gesetzgeber dieser durch Tod ohne weitere Formalitäten ins Leben gerufenen, vom Gesetz oder Erblasser eher bunt zusammengewürfelten Gemeinschaft nicht gemacht, um miteinander auszukommen. Ein etwas einfacheres, handhabbareres Instrumentarium als das der §§ 2038, 2039, 2040 BGB hätte er ihren Mitgliedern ruhig an die Hand geben können. Es gilt deren oft stark divergierende Einzelinteressen im Umgang mit dem ihnen ohne ihr Zutun zugefallenen Vermögen zusammenzuführen.

Die in einem nicht gerade unkomplizierten Verfahren bei fehlender Einigkeit schließlich erreichte Auseinandersetzung gem. § 2042 BGB, an der alle mitwirken müssen, hat vielfach

\* Der Beitrag beruht auf dem Eröffnungsvortrag, den der Autor auf dem 11. Deutschen Erbrechtstag am 11.03.2016 in Berlin gehalten hat; die Vortragsform ist weitgehend beibehalten. Der Abdruck erfolgt mit freundlicher Genehmigung der Zeitschrift notar, in der der Beitrag bereits in leicht abgewandelter Fassung erschienen ist.

\*\* Der Autor war von 1999 bis 2014 Mitglied des vor allem auch für das Erbrecht zuständigen IV. Senates des BGH.

1 *Mazzoni*, SZ v. 09.02.2015, S. 17.

2 „Die Zeit“ Nr. 49 v. 13.12.2014.

Erlösungsqualität. Bis dahin müssen sich die Protagonisten im Innenverhältnis zu befrieden versuchen, um dann auch im Außenverhältnis auftreten zu können. Verpflichtende und verfügende Rechtsgeschäfte müssen getätigt werden. Oft ist dabei der Ruf nach einer helfenden richterlichen Hand – am besten mit Erlöserqualitäten – der letzte gemeinsame Ausweg.

Diese Seelsorger müssen zunächst die vom Gesetzgeber und feinsinnigen Rechtsdogmatikern in den ohnehin sehr steinigen Rechtsweg gestellten Stolpersteine aus demselben räumen. Sind sie über die Art der Räumung indes selbst uneins, bedarf es immer wieder des ebenfalls sehr mühseligen Marsches in die Residenz des Rechts. Dort sollen dann Fünfergruppen aus ganz unterschiedlicher fachlicher Provenienz – die fünf wichtigsten der letzten 10 Jahre sind beim BGH: der Landwirtschaftssenat, die beiden Mietrechtssenate, der Auftragsrechtssenat und der Erbrechtssenat – endgültige Räumungsregeln aufstellen, um Licht ins Wegdunkel zu bringen.

Und das ist auch – um es vorweg zu nehmen – während der letzten Dekade ganz gut gelungen. Die zwar noch nicht ganz stolperfreie Wegstrecke ist schon recht gut ausgeleuchtet, damit Rechtsberatern als Scouts die Barrieren überwinden helfen können. Den letzten der lichtstarken Beleuchtungskörper hat im Dezember 2014 der Erbrechtssenat eingeschaltet; möglicherweise von nicht allen berufsbedingt daran Zwangsinteressierten bemerkt. Mit einem kleinen, unscheinbar anmutenden PKH-Ablehnungsbeschluss hat er in Wahrheit eine Leuchtkraft entfacht, die alles – bis auf eine Ecke – erreicht.

Und da sind sie jetzt, die bis Ende 2015 mit Prüfsiegel versehene Scheinwerfer, die ErbR-Lesern sicheres Geleit auf dem unwegsam gestalteten Gelände verschaffen sollen.

## 2. Ausgangsfall Darlehenskündigung<sup>3</sup>

Zunächst zum unscheinbaren Auslöser unserer Betrachtung mit starker Leuchtkraft oder – für technisch Interessierte – hoher Lumenzahl.

### a) Sachverhalt

Schauplatz ist eine viergliedrige Erbengemeinschaft aus vier Brüdern mit je 1/4-Anteil nach ihrer 2001 verstorbenen Mutter. Zehn Monate vor ihrem Tod nahm diese für die Einrichtung der Gaststätte von Bruder 1 ein Bankdarlehen i.H.v. 80.000 DM auf mit von ihm im ersten Jahr übernommenen monatlichen Tilgungsraten. 2002 verwertete die Bank vereinbarungsgemäß die von der Mutter als Sicherheit genommene Lebensversicherung für den fälligen offenen Restbetrag von rd. 36.000 €.

Gut zehn Jahre später beschlossen die Brüder 2 und 3, das Bruder 1 von seiner Mutter gewährte Darlehen zu kündigen. Auf ihre vorherige Aufforderung, der Kündigung zuzustimmen, hatte Bruder 4 nicht reagiert. Mit Anwaltsschreiben kündigte sodann Bruder 2 unter Hinweis auf einen mit Bruder 3 gefassten Beschluss das Darlehen.

### b) Prozessverlauf und Fragestellung

Seine Klage auf Rückzahlung des offenen Restbetrages an die Erbengemeinschaft hatte beim LG Erfolg,<sup>4</sup> die Berufung von Bruder 1 dagegen keine und ohne Revisionszulassung.<sup>5</sup> Jetzt sollte der Erbrechtssenat ihm, der schon vor Prozessbeginn die eidesstattliche Versicherung abgelegt hatte, Prozesskostenhilfe für die Nichtzulassungsbeschwerde gewähren, denn das alles bedürfe dringend revisionsrechtlicher Klärung.

Ist dieses Ansinnen auf den ersten Blick überzogen? Lassen die Regeln der Verwaltung der Erbengemeinschaft – auf den zweiten Blick gefragt – das prozessuale und vor allem vorprozessuale Vorgehen zu, bei dem ein Bruder gar nicht mitwirkt, ein anderer Bruder quasi nur bei der Strategiefestlegung und nur ein Bruder alles von der Idee bis zur forensischen Umsetzung betreibt? Der unbedarfte Blick in das Fünfte Buch des BGB wird – ohne spezielles Coaching – wenig Klarheit bringen. Mit anderen Worten: Selbst Volljuristen benötigen viel Licht, sonst bleiben sie im Dunkeln.

## II. Beleuchtungsstationen

Und das sind die Stationen, die es zu beleuchten gilt, und die nach und nach bis heute aufgebaut wurden.

### 1. Rechtspersönlichkeitsbeleuchtungen – Rechtsfähigkeits-Fälle

Klarheit brauchte als erstes der Umstand, wer überhaupt als Akteur ins rechtliche Rampenlicht treten darf, wenn die Erbengemeinschaft auftritt. Hier hat der XII. Zivilsenat in seiner Eigenschaft als Schutzpatron für das gewerbliche Mietrecht 2002 den ersten Beleuchtungsmast aufgestellt mit Dauerbeleuchtung bis heute.<sup>6</sup>

Auf die Frage nach dem Vertragspartner auf Vermieterseite, wenn im Vertragsformular steht „*Erbengemeinschaft E vertreten durch V*“, hat er die bis dahin bestehende h.M.<sup>7</sup> bestätigt, dass der Mietvertrag nicht mit der Erbengemeinschaft, sondern mit den einzelnen Miterben zustande gekommen ist, da die Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt und daher auch nicht rechtsfähig ist. Sie ist lediglich eine gesamthänderisch verbundene Personenmehrheit, der mit dem Nachlass ein Sondervermögen zugeordnet ist. Ausdrücklich abgelehnt hat es der Senat, die vom II. Zivilsenat ein Jahr zuvor entwickelte Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft<sup>8</sup> auf die Erbengemeinschaft zu übertragen.

Das überzeugt. Die Erbengemeinschaft wird anders als die BGB-Gesellschaft nicht rechtsgeschäftlich, sondern durch Gesetz begründet; sie ist nicht darauf angelegt, auf Dauer oder wenigstens einen längeren Zeitraum mit offenem Ende werbend als Außengesellschaft am Rechtsverkehr teilzunehmen; sie ist von vornherein auf Auseinandersetzung gerichtet. Schließlich verfügt sie nicht über Organe, die sie nach außen vertreten. Diese Auffassung des BGH ist im Schrifttum überwiegend auf Zustimmung gestoßen.<sup>9</sup> Ihr ist die Instanzrechtsprechung umgehend gefolgt.<sup>10</sup>

Dem hat sich der für Wohnraummietverhältnisse zuständige VIII. Zivilsenat zunächst 2004 angeschlossen im Rahmen eines Kostenfestsetzungsverfahrens zur Frage der Erhöhungs-

3 BGH, Beschl. v. 03.12.2014 – IV ZA 22/14, ErbR 2015, 196 m. Anm. *Wendt*.

4 LG Kiel, Urt. v. 08.11.2013 – 13 O 228/12, juris.

5 OLG Schleswig, Urt. v. 18.09.2014 – 3 U 82/13, ErbR 2014, 598.

6 BGH, Urt. v. 11.09.2002 – XII ZR 187/00, ZEV 2002, 504 m. Anm. *Marotzke*.

7 BGH; Urt. v. 21.12.1988 – VIII ZR 277/87, NJW 1989, 2134; v. 24.09.1959 – II ZR 46/59, BGHZ 30, 391 (397); statt aller *Staudinger/Werner*, BGB, 1996, § 2032 Rn. 4; *MünchKomm-BGB/Dütz*, 3. Aufl., § 2032 Rn. 12 und *Staudinger/Löhnig*, BGB, 2015, § 2032 Rn. 4; *MünchKomm-BGB/Gergen*, 6. Aufl., § 2032 Rn. 12 m.w.N.

8 BGH, Urt. v. 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341.

9 *MünchKomm-BGB/Gergen*, 6. Aufl., § 2032 Rn. 14, *Brox/Walker*, ErbR, 24. Aufl., Rn. 469; *Leipold*, Erbrecht, 18. Aufl., Rn. 721.

10 LG Berlin, Urt. v. 08.07.2003 – 64 S 106/03, ZEV 2004, 4238 (Ls).

gebührt für mehrere Auftraggeber gem. § 6 Abs. 1 BRAGO.<sup>11</sup> 2006 hat er sodann wegen fehlender Rechts- und Parteifähigkeit der Erbengemeinschaft eine Rechtsbeschwerde als unzulässig verworfen, weil ein Miterbe seinen Wohnsitz in den USA hatte, was nach § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG damaliger Fassung die Unzuständigkeit des angerufenen Landgerichts – als Berufungsgericht – zur Folge hatte.<sup>12</sup> Daran hatte er sich auch dadurch nicht gehindert gesehen, dass der V. Zivilsenat – der Liegenschaftssenat – 2005 die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer als rechtsfähig angesehen hatte, soweit sie bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsverkehr teilnimmt.<sup>13</sup>

2014 war dem Landwirtschaftssenat die Zementierung dieser Rechtsauffassung nur noch eine lakonischen Bezugnahme wert.<sup>14</sup>

Diesem Primat der Mitglieder im Außenauftritt steht bei der GbR der Primat der Gesellschaft gegenüber. Das musste der für die GbR zuständige II. Zivilsenat des BGH ganz aktuell nochmals klarstellen.<sup>15</sup> Nach Anerkennung der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts scheidet die Möglichkeit aus, einen Aktivprozess der Gesellschaft weiterhin von den Gesellschaftern als „GbR“ zu führen. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Gesellschafter könnten in Streitgenossenschaft auf das Gesamthandsvermögen bezogene Prozesse führen, musste kategorisch als nichtzutreffend zurückgewiesen werden. Folgerichtig steht bei Vollstreckungstiteln gegen die GbR als Vollstreckungsschuldnerin nur der Gesellschaft, nicht dagegen den Gesellschaftern die Vollstreckungsgegenklage zu. Das muss bei der Erbengemeinschaft alles anders sein und ist es auch, wie nachfolgend zu lesen.

**Fazit:**

Die Erbengemeinschaft besitzt – im Gegensatz zur GbR und WEG – keinerlei Rechts- und Parteifähigkeit. In Rechts- und Prozessbeziehungen zu Dritten treten nur die in Gesamthand verbundenen Mitglieder der Erbengemeinschaft.

**2. Prozessbeleuchtung – Vollstreckungsgegenklage-Fall<sup>16</sup>**

**a) Sachverhalt**

Zwei Brüder, verbunden in einer zweigliedrigen ungeteilten Erbengemeinschaft, hatten einer Bank zwei Grundschulden an einem Nachlassgrundstück bestellt zur Sicherung eines an eine Dritt-GmbH ausgereichten Kredits. Dieser wurde notleidend. Die Bank betrieb die Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld. Dagegen setzte sich ein Bruder mit der Vollstreckungsgegenklage aus § 767 ZPO zur Wehr. Die Bank habe in Kenntnis der Liquidationsprobleme bei der Grundschuldbestellung sittenwidrig gehandelt.

Das Berufungsgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen; der Kläger sei als einzelner Miterbe allein nicht prozessführungsbefugt. Dazu hätte es aller Miterben bedurft. Das gebiete die Prozessökonomie angesichts sonst möglicher Vervielfachung von Klageverfahren und stehe auch im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsauffassung in BGHZ 14, 251.<sup>17</sup>

**b) Beleuchtungsnotwendigkeit**

Letzteres löste im Senat zunächst ungläubiges Staunen aus. Als dieses drohte, in blankes Entsetzen umzuschlagen, entschloss er sich für eine Reaktion in BGHZ-Format; eine Erleuchtung in Flutlichtqualität erschien angebracht.

In der Sache geht es um nicht weniger, als Regeln festzulegen, wie in einer Erbengemeinschaft prozessual durch Untätigkeit einzelner Miterben drohende Nachteile für den Nachlass abgewendet werden können. Die Auffassung des Berufungsgerichts oder – noch schlimmer – die Möglichkeit, Nachahmer zu finden, hätte Erbengemeinschaften in diesem für sie zentralen Punkt, gerichtlichen Schutz bekommen zu können, nahezu lahmlegen und ihre Existenzgrundlage – den Nachlass zur Auseinandersetzung zu bringen – in Frage stellen können. So stiefmütterlich ist selbst der Gesetzgeber mit ihr nicht umgegangen.

**c) Leuchtmittel**

Und das sind schlagsatzartig die Gründe dafür, dass § 2039 Satz 1 BGB jedem Miterben allein die Möglichkeit eröffnet, Rechte zugunsten der Gemeinschaft gerichtlich auch im Wege von Abwehrklagen wahrzunehmen:

- Die Einzelgeschäftsführungsbefugnis soll ohne unberechtigte Sondervorteile für den betreibenden Miterben den Umständen Weg, auf Zustimmung der übrigen klagen zu müssen, vermeiden. Diese Zielsetzung ist in den Protokollen zu finden und seit RGZ-Zeiten festgeschrieben.<sup>18</sup> Das war auch schon 2005 zur Zeit des Berufungsurteils einhellige Auffassung.<sup>19</sup>
- § 2039 BGB sieht die Einzelberechtigung nur bei begünstigenden Maßnahmen vor, setzt aber keine Dringlichkeit voraus. Beides ist bei der Notgeschäftsführung in § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB anders.<sup>20</sup>
- Der verfolgte Abwehrenspruch gehört – was die Revision vehement zu bekämpfen suchte – unzweifelhaft zum Nachlass. Die Gesamthand – die Miterbengemeinschaft – ist Schuldnerin des Grundpfandrechts. Für den Anspruch, der im Ergebnis auf die Rückabwicklung eben dieser Sicherheitenbestellung abzielt, kann – quasi als *actus contrarius* – nichts Anderes gelten,<sup>21</sup> auch er steht den Miterben zur gesamten Hand zu.
- Damit unterscheidet sich die gesetzliche Prozessstandschaft des Miterben – wie der Gesellschaftsrechtssenat jetzt ausdrücklich hervorgehoben hat – von der Rechtslage der GbR: Danach ist eine in gewillkürter Prozessstandschaft durch einen Gesellschafter erhobene Vollstreckungsabwehrklage grds. unstatthaft.<sup>22</sup>

11 BGH, Beschl. v. 16.03.2004 – VIII ZB 114/03, ZEV 2004, 246.  
 12 BGH, Beschl. v. 27.10.2006 – VIII ZB 94/05, NJW 2006, 3715.  
 13 BGH, Beschl. v. 02.06.2005 – V ZB 32/05, BGHZ 163, 154.  
 14 BGH, Beschl. v. 28.04.2014 – BLw 2/13, ZEV 2014, 242 Rn. 16.  
 15 BGH, Urt. v. 03.11.2015 – II ZR 446/13, juris = WM 2016, 211.  
 16 BGH, Urt. v. 05.04.2006 – IV ZR 139/05, BGHZ 167, 150.  
 17 OLG München, Urt. v. 19.05.2005 – 19 U 5594/04, unveröffentlicht.  
 18 Protokolle zum BGB, Bd. V, S. 864; RGZ 149, 194.  
 19 BGH, Urt. v. 06.10.2004 – XII ZR 323/01, ZEV 2005, 63 unter 1 b; v. 11.01.1966 – V ZR 160/65, BGHZ 44, 367 (370 ff.) (Missbrauch der Prozessführungsbefugnis); RGZ 149, 193 (194); BVerfG, NJW-RR 1998, 1081; BVerfG, Buchholz 424.01, § 149 FlurbG Nr. 5; OLG Düsseldorf, OLG 1995, 301 [Ls]; *Ann.*, Die Erbengemeinschaft, S. 258; Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl., § 2039 BGB Rn. 9; Bamberger/Roth/Lohmann, BGB, 3. Aufl., § 2039 Rn. 2; Staudinger/Werner, BGB, 2002, § 2039 Rn. 25; MünchKomm-BGB/Heldrich, 4. Aufl., § 2039 Rn. 20; Erman/Schlüter, BGB, 11. Aufl., § 2039 Rn. 1; Jauernig/Stürmer, BGB, 11. Aufl., § 2039 Rn. 3; vgl. jetzt statt aller Erman/W. Bayer, BGB, 14. Aufl., § 2039 Rn. 1 und MünchKomm-BGB/Gergen, 6. Aufl., § 2039 Rn. 20.  
 20 BGH, Urt. v. 28.09.2005 – IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181 Rn. 12.  
 21 Vgl. BGH, Urt. v. 30.10.1986 – IX ZR 126/85, NJW 1987, 434 unter II 3 b zu § 2041 BGB.  
 22 BGH, Urt. v. 03.11.2015 – 446/13, juris = WM 2016, 211 Rn. 30 und 10.12.2013 – XI ZR 508/12, juris = ZIP 2014, 118 Rn. 12; BeckOK-ZPO/Pfeuß, § 767 Rn. 34a.

**Fazit:**

§ 2039 Satz 1 BGB berechtigt jeden Miterben in gesetzlicher Prozessstandschaft aller Miterben ohne deren Mitwirkung Rechte – einschließlich von Abwehrrechten – zugunsten der Erbengemeinschaft gerichtlich durchzusetzen. Die Einzelbefugnis gem. § 2039 Satz 1 BGB gilt nur für die Erbengemeinschaft begünstigende Maßnahmen und setzt keine Dringlichkeit voraus.

**3. Innenbeleuchtung**

Das stellt sich bei der Innenbeleuchtung – sprich bei der Verwaltung der Erbengemeinschaft im Verhältnis der Mitglieder zueinander – gänzlich anders dar. Hier hat der Gesetzgeber in § 2038 BGB von allen drei Möglichkeiten Gebrauch gemacht: der Einzelbefugnis, der Mehrheitsberechtigung und dem Einstimmigkeitsprinzip. Und zwar sehen vor:

- Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 die Einzelverwaltung für notwendige Erhaltungsmaßnahmen,
- Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 die Mehrheitsverwaltung für erforderliche Maßnahmen zur ordnungsgemäßen Verwaltung mit dem gesetzlichen Leitbild der so genannten laufenden Verwaltung ohne wesentliche Nachlassänderungen<sup>23</sup> und
- Abs. 1 Satz 1 die Gemeinschaftsverwaltung für alle anderen in Übereinstimmung aller Miterben zu treffenden Maßnahmen, was im Innenverhältnis einen einstimmigen Beschluss und im Außenverhältnis ein einvernehmliches, nicht aber unbedingt gleichzeitiges Auftreten erfordert.<sup>24</sup>

Allen ist gemein, dass es sich überhaupt um eine Verwaltungsmaßnahme handelt. So viel zum rechtlichen Grundkonzept mit folgendem vom BGH angeforderten Erleuchtungsbedarf.

**a) Einzelverwaltung****aa) Mieterhöhungs-Fall<sup>25</sup>**

Dem von einem Miterben – einer Gemeinde – eingesetzten Verwalter wird vorgeworfen, es unterlassen zu haben, die Miete für das Nachlasswohngrundstück nicht erhöht zu haben. Die Klage eines anderen Miterben auf Schadensersatz zugunsten der Erbengemeinschaft hatte in drei Instanzen keinen Erfolg. Der III. Zivilsenat – für das Auftragsrecht zuständig – stellte klar, dass diese in § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB für Miterben ebenso wie in § 744 Abs. 2 BGB für Teilhaber geregelten Notverwaltungsrechte gesetzlich geregelte Fälle einer Geschäftsführungsbefugnis i.S.d. GoA gem. § 677 BGB sind. Diese Befugnis erfasst nicht die von notwendigen abzugrenzenden bloß nützlichen Maßnahmen.<sup>26</sup> Eine Mieterhöhung ist ein lediglich nützliches, nicht aber ein zur Erhaltung des Nachlassgegenstandes notwendiges Vorgehen.<sup>27</sup> Unterbliebene Mieterhöhungen können im Rahmen der allein betroffenen Einzelverwaltung bei einer Notgeschäftsführung keine Pflichtverletzung begründen.

**bb) Auflassungs-Fall<sup>28</sup>**

Bei der Klage eines Testamentsvollstreckers auf Auflassung einer Eigentumswohnung an die Erbengemeinschaft aus einem in den – unter gemeinschaftlicher Testamentsvollstreckung stehenden – Nachlass gefallenem Überlassungsvertrag bemängelte der Beklagte dessen Prozessführungsbefugnis. Der Erbrechtssenat bestätigte durch schlichten NZB-Formularbeschluss die Vorinstanzen. Sie hatten zu Recht die Notgeschäftsführung gem. § 2224 Abs. 2 BGB bejaht anstelle sonst

geltender gemeinschaftlicher Verwaltung für Maßregeln zur Erhaltung von Nachlassgegenständen.

Seit der Grundsatzentscheidung RGZ 98, 173 ist geklärt, dass die Klage auf Herausgabe eines Gegenstandes an den Nachlass eine notwendige Erhaltungsmaßnahme i.S.v. § 2224 Abs. 2 BGB ist, weil dies „*unerlässlich ist, damit die letztwillige Verfügung des Erblassers ausgeführt werden*“ kann. Diese Rechtsprechung wird von sämtlichen Kommentatoren zustimmend zitiert.<sup>29</sup>

Das ist allerdings keine Besonderheit des § 2224 Abs. 2 BGB, sondern gilt gleichermaßen für die parallel gestalteten §§ 2038 Abs. 2 Satz 1 und 744 Abs. 2 BGB. Auf eine der Notverwaltung an sich immanenten Eilbedürftigkeit für Maßnahmen, die keinen Aufschub dulden,<sup>30</sup> kommt es bei derartigen Klagemaßnahmen nicht an. Ihre Notwendigkeit ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass sie bei verweigerter Herausgabe in jedem Fall erfolgen müssen. Bei anderen möglichen Erhaltungsmaßnahmen ist dagegen die Dringlichkeit auch unter dem Blickwinkel einer Eilbedürftigkeit gesondert zu prüfen. Ist die Maßregel indes für die Erhaltung des Nachlasses zwingend erforderlich – also ohne Alternative –, dann ist sie notwendig i.S.d. § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB selbst dann, wenn sie ohne Gefahr aufgeschoben werden könnte, bis die anderen Miterben ihre Zustimmung erteilt hätten. Auch das ist seit den Anfängen des BGH anerkannt<sup>31</sup> und zwar für alle drei der genannten Vorschriften.<sup>32</sup>

**Fazit:**

Die Einzelverwaltung für notwendige Erhaltungsmaßnahmen gem. §§ 2038 Abs. 1 Satz 2, 744 Abs. 2, 2224 Abs. 2 BGB – sog. Notgeschäftsführung – erfordert grds. den Nachweis der Eilbedürftigkeit. Handlungen zur Herstellung eines vollständigen Nachlasses – wie das Betreiben zur Herausgabe von Gegenständen an den Nachlass – sind auch ohne Dringlichkeit stets notwendige Erhaltungsmaßnahmen i.S.v. §§ 2038 Abs. 1 Satz 2, 744 Abs. 2, 2224 Abs. 2 BGB.

**b) Mehrheitsverwaltung – Ferienhausveräußerungs-Fall<sup>33</sup>**

Komplizierter stellen sich die Fragen bei der Mehrheitsverwaltung. Hier hat zunächst der Erbrechtssenat für bessere Beleuchtung der Mitwirkungspflichten von Miterben wiederum in BGHZ-Form gesorgt.

23 MünchKomm-BGB/*Gergen*, 6. Aufl., § 2038 Rn. 34.

24 MünchKomm-BGB/*Gergen*, ebenda Rn. 24.

25 BGH, Urt. v. 06.03.2008 – III ZR 219/07, ZERB 2008, 315.

26 Staudinger/*Werner*, BGB, 2002 und 2010, § 2038 Rn. 28, 30; Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2015, § 2038 Rn. 21 ff. 22a.

27 BGH, Urt. v. 06.03.2008 – III ZR 219/07, ZERB 2008, 315 = juris Rn. 11.

28 BGH, NZB-Beschl. v. 20.09.2006 – IV ZR 38/06, nicht veröffentlicht.

29 MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, 4. und 6. Aufl. § 2224 Rn. 16; Staudinger/*Reimann*, BGB, 2003, § 2224 Rn. 41; Soergel/*Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 224 Rn. 20; Erman/*M.Schmidt*, BGB, 11. u. 14. Aufl., § 2224 Rn. 8; Bamberger/*Roth/J. Mayer*, BGB, 3. Aufl., § 2224 Rn. 13; Palandt/*Weidlich*, BGB, 75. Aufl., § 2224 Rn. 8.

30 Vgl. statt aller MünchKomm-BGB/*Gergen*, 6. Aufl. § 2038 Rn. 56 m.w.N.

31 BGHZ 6, 76 (83); vgl. ferner nur MünchKomm-BGB/*Heldrich*, 4. Aufl., u. MünchKomm-BGB/*Gergen* 6. Aufl., § 2038 Rn. 56 m.w.N.

32 Vgl. *Wrede*, in: Deutscher Erbrechtskommentar, § 2038 Rn. 2; Soergel/*Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2038 Rn. 13; Staudinger/*Werner*, BGB, 2002 u. 2010, § 2038 Rn. 27; Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2015, § 2038 Rn. 21-23; aus der weiteren Rechtsprechung vgl. ferner BVerfG, NJW 1998, 552 Klage gegen die Restitution eines Nachlassgegenstandes; BGHZ 108, 21 (30) Klage gegen den Gesellschafterbeschluss, falls der Erbengemeinschaft ein Geschäftsanteil an einer GmbH zusteht, m.w.N.

33 BGH, Urt. v. 28.09.2005 – IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181.

**aa) Sachverhalt und Ausgangsrechtslage**

Ein Miterbe verweigerte die Veräußerung eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks mit einem Ferienhaus für 144.000 €. Der Nachlass bestand aus Barvermögen und weiteren Immobilien mit einem Gesamtwert von über 800.000 €. Später wurde das Grundstück mit dem Ferienhaus für 100.000 € veräußert. Ein anderer Miterbe erhob daraufhin Feststellungsklage mit dem Ziel, die Schadensersatzpflicht des sich weigernden Miterben feststellen zu lassen.

Die Klage konnte nur Erfolg haben, wenn die beabsichtigte Ferienhausveräußerung nicht ohnehin zu den gemeinschaftlich zu tätigen Maßnahmen gehört gem. § 2038 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil sie nicht einklagbar mitwirkungspflichtig i.S.v. § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB war. Dann müsste das Vorgehen eine Verwaltungsmaßnahme sein, die den Erfordernissen der Ordnungsgemäßheit und der Erforderlichkeit genügt. Das hatten die Vorinstanzen grundlegend verkannt.

**bb) Senatsgrundsätze**

Der Senat hat das dann mit folgenden Grundsätzen geradegezo-gen oder – um nur im Vortragsbild zu bleiben – erhellt:

- Gemeinschaftliche Verwaltung des Nachlasses i.S.v. § 2038 Abs. 1 Satz 1 BGB umfasst alle Maßregeln zur Verwahrung, Sicherung, Erhaltung und Vermehrung sowie zur Gewinnung der Nutzungen und Bestreitung der laufenden Verbindlichkeiten<sup>34</sup>.
- Wortlaut, systematische Stellung und Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift belegen, dass Verfügungen, die einer Erbauseinandersetzung vorangehen und sie eventuell vorbereiten sollen einschließlich solcher über Nachlassgrundbesitz, derartige Verwaltungsmaßnahmen sein können.<sup>35</sup>
- Eine Veräußerung wird, was die Vorinstanzen grds. missverstanden haben, nicht erst durch besondere Umstände zur Verwaltungsmaßnahme, vielmehr bedarf es besonderer Umstände, damit sie im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung als erforderlich bewertet werden kann.
- Wesentliche Veränderungen des gesamten Nachlasses – nicht nur einzelner Nachlassgegenstände – genügen Letzterem nie; § 745 Abs. 3 Satz 1 BGB setzt der Ordnungsgemäßheit und Erforderlichkeit eine nicht zu überwindende Grenze.
- Diese bis dahin sehr umstrittene Frage hat der Senat erstmalig höchstrichterlich beantwortet mit der Folge, dass bloße Umschichtungen von Bar- zu Grundvermögen und umgekehrt allein die Wesentlichkeitsgrenze nicht zu überschreiten vermögen.
- Die Ordnungsmäßigkeit einer Maßnahme beurteilt sich objektiv nach dem Standpunkt eines vernünftig und wirtschaftlich denkenden Beurteilers;<sup>36</sup> ihre Erforderlichkeit nach sonst zu besorgenden wirtschaftlichen Beeinträchtigungen, wobei die Übergänge dieser beiden Tatbestandsmerkmale fließend sind.

**Fazit:**

Zu den gemeinschaftlicher Nachlassverwaltung gem. § 2038 Abs. 1 Satz 1 BGB unterliegenden Maßregeln können auch Verfügungen wie die Veräußerung von Nachlassgegenständen gehören. Wesentliche Veränderungen des Nachlasses sind gem. § 745 Abs. 3 Satz 1 BGB keine gem. § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BGB mitwirkungspflichtige den Grundsätzen der Ordnungsgemäßheit und Erforderlichkeit

genügenden Verwaltungsmaßnahmen. Bezugspunkt für wesentliche Veränderungen i.S.v. § 745 Abs. 3 Satz 1 BGB ist der gesamte Nachlass, nicht einzelne Nachlassgegenstände. Umstrukturierungen i.S.v. bloßen Veränderungen des Verhältnisses von Bar- und Grundvermögen ist regelmäßig keine wesentliche Nachlassveränderung.

**c) Fremdverwaltung – Vorerbengemeinschafts-Fall<sup>37</sup>**

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollten alle Innenverwaltungsprobleme mit diesem Dreierinstrumentarium zu bewältigen sein:

Ist Einigkeit nicht herzustellen, unterbleibt die von einzelnen vorgesehenen Maßnahmen, es sei denn, es ist eine notwendige, dann kann sie jeder Miterbe allein treffen, oder sie kann durch Stimmenmehrheit gem. § 2038 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 745 Abs. 1 Satz 1 BGB erfolgen, wenn es um eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstands entsprechende ordnungsgemäße Verwaltung und Benutzung geht.

Was ist aber, wenn die personelle Struktur und die Stimmenverhältnisse in der Erbengemeinschaft dieses gesetzliche Konzept lahmlegen und damit jegliche Verwaltung unterbinden können? Auch das hat der Erbrechtssenat gelöst:

**aa) Sachverhalt und Problemstellung**

Die beiden nach Anteilen gleichberechtigten in einer ungeteilten Vorerbengemeinschaft verbundenen Brüder konnten sich über Grundsätze einer gemeinsamen Verwaltung nicht einigen. Die Divergenzen führten zu solchen Auswüchsen, dass Mieten aus sechs Großstadtimmobilen nicht mehr auf das Gemeinschaftskonto der Erbengemeinschaft mit den Miterben als gemeinschaftlich Verfügungsbefugte eingingen. Stattdessen liefen sie auf ein vom Beklagten allein geführtes sog. Notkonto. Von diesem veranlasste er dann die von ihm – selbstherrlich – für erforderlich gehaltenen Auszahlungen betreffend die Verwaltung des Nachlasses.

Die von seinem Bruder schließlich verlangte Zustimmung, die Verwaltung ganz in neutrale Hände zu geben, lehnte er ab. Dessen Klage auf Zustimmung hatte in allen Instanzen Erfolg.<sup>38</sup>

**bb) Senatslösung**

Vor etwa drei Dekaden hatte der Senat bereits entschieden, dass eine Fremdverwaltung nur dann erforderlich ist, wenn die Miterben selbst nicht in der Lage oder bereit sind, den Nachlass ordnungsgemäß zu verwalten.<sup>39</sup> Die grundsätzliche Zulässigkeit einer Fremdverwaltung wurde und wird auch im Schrifttum durchweg befürwortet.<sup>40</sup>

34 BGH, Urt. v. 22.02.1965 – III ZR 208/63, FamRZ 1965, 267.

35 BGH, Urt. v. 04.05.1987 – II ZR 211/86, BGHZ 101, 24 (26 f.); v. 16.11.1998 – II ZR 68/98, BGHZ 140, 63 (68 f.); ebenso *Langel/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 I 3 a; Staudinger/*Werner*, BGB, 2002 u. 2010, § 2038 Rn. 6 f.; Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2015, § 2038 Rn. 6.

36 BGH, Urt. v. 20.12.1982 – II ZR 13/82, NJW 1983, 932 unter II 4 d; v. 22.02.1965 – III ZR 208/63, FamRZ 1965, 267 unter 3; KG, OLGE 30, 184.

37 BGH, NZB-Beschl. v. 20.07.2011 – IV ZR 273/10, nicht veröffentlicht.

38 OLG Hamm, Urt. v. 19.10.2010 – 10 U 79/10, juris = ZEV 2011, 538; LG Essen, Urt. v. 14.04.2010 – 8 O 44/08, nicht veröffentlicht.

39 BGH, Urt. v. 09.02.1983 – IVa ZR 144/81, NJW 1983, 2142.

40 Statt aller vgl. MünchKomm-BGB/*Gergen*, 6. Aufl., § 2038 Rn. 21; Staudinger/*Werner*, BGB, 2002 u. 2010, § 2038 Rn. 17; Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2015, § 2038 Rn. 17; Erman/*Schlüter*, BGB, 12. Aufl., § 2038 Rn. 5; Erman/*W. Bayer*, BGB, 14. Aufl., § 2038 Rn. 5a; jeweils m.w.N.

Daran war festzuhalten. Das Erfordernis gemeinschaftlicher Willensbildung bei der Ausgestaltung der Verwaltung – wie vom Gesetz vorausgesetzt – kann zu deren Erschwerung bis hin zur Lähmung führen, wenn Miterben untereinander unüberbrückbar verfeindet sind.<sup>41</sup> Die vom Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten der regelmäßigen Auflösung derartiger Problemfälle greifen bei einer zweigliedrigen, paritätisch besetzten Erbengemeinschaft dann nicht mehr. In derartigen Fällen kann die Lähmung der Verwaltung zwar häufig durch eine Auseinandersetzung vermieden werden, die jeder Miterbe gem. § 2042 Abs. 1 BGB jederzeit verlangen kann. Dieser Weg ist aber beispielsweise versperrt, wenn die Parteien – wie in diesem Fall – lediglich Miterben einer Vorerbengemeinschaft sind, die Erbschaft mithin nach dem Tod des letzten Vorerben den Nacherben zuzufießen hat. Auch andere Auseinandersetzungssperren – ggf. nur temporär wirkende nach entsprechenden Erblasseranordnungen – kommen in Betracht.

Bei dem nicht unerheblichen Aufwand, den eine Verwaltung gerade von sechs Mietimmobilien mit sich bringt, hatten sich die Miterben im Streitfall gegenseitig unauflösbar blockiert. Durch die vom Gesetz dann vorgesehene Notgeschäftsführung konnte das nach den tatrichterlichen Feststellungen nicht kompensiert werden. Der Versuch eines Miterben, den anderen durch Maßnahmen wie der Beeinflussung von Mietzahlungen auf ein Konto unter seiner alleinigen Verfügungsberechtigung von der Nachlassverwaltung auszuschließen, spricht ebenso für sich, wie die allein von ihm vorgenommenen Abschlüsse von Mietverträgen und Aufträge über Modernisierungs- und Reparaturmaßnahmen.

Fehlt es auch an letztwilligen Anordnungen, die eine wenigstens partielle Verwaltungsvollstreckung gem. § 2209 BGB ermöglichen könnte, bleibt nur der Weg zur Fremdverwaltung – ggf. auf Zeit. Die dazu verweigerte, gem. § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB aber geschuldete Mitwirkung, muss durch gerichtliche Entscheidung ersetzt werden. Die Übertragung der gesamten Verwaltung des Nachlasses auf einen Dritten verbleibt als einzige zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderliche Maßregel.

Daraus ergibt sich – wenn auch nur durch schlichten NZB-Formularbeschluss – für das Erbrecht eine sehr wichtige Ergänzungsregel zu dem gesetzlichen Konzept der Verwaltung von Erbengemeinschaften.

#### Fazit:

Das Mehrheitsprinzip gem. §§ 2038 Abs. 2 Satz 1, 745 Abs. 1 Satz 1 BGB für eine ordnungsgemäße Verwaltung und Benutzung von Nachlassgegenständen kann aufgrund der personellen Zusammensetzung und Beteiligungsverhältnisse – wie etwa bei einer zweigliedrigen, paritätisch besetzten Erbengemeinschaft – weitgehend leerlaufen. Fremdverwaltung durch externe Dritte ist erforderlich, wenn Miterben eine ordnungsgemäße Nachlassverwaltung nicht möglich und die Lähmung der Verwaltung auch durch eine Auseinandersetzung nicht zu überwinden ist. Eine verweigerte, aber gem. § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB geschuldete Zustimmung zu einer Fremdverwaltung kann durch gerichtliche Entscheidung ersetzt werden.

#### d) Gerichtliche Verwaltung – Vor- und Nacherbschafts-Fall<sup>42</sup>

Ein Sonderproblem zur Frage gerichtlich bestimmter Fremdverwaltung stellt sich im Rahmen von Schutzrechten des

Nacherben, wenn er den Nachlassbestand aufgrund der Verwaltung durch den Vorerben in Gefahr sieht. Auch hier hat der BGH nach glänzender Vorarbeit des OLG Schleswig jüngst für Klarheit sorgen können.

#### aa) Sachverhalt und Problemstellung

Der 1972 verstorbene Erblasser hatte seine zweite Ehefrau zu seiner Vorerbin und seine sechs Kinder aus beiden Ehen zu Nacherben eingesetzt. Der umfangreiche Nachlass besteht wesentlich aus Gewerbe- und Wohnimmobilien, einem Bauunternehmen und Bankguthaben. Nach zwischenzeitlich beendeter 30-jähriger Testamentsvollstreckung nahm die Vorerbin die Nachlassverwaltung selbst in die Hand.

Ein Nacherbe wirft ihr vor, sich zu Unrecht als befreite Vorerbin zu gerieren und ihre Vorerbenpflichten zu verletzen, wodurch der Nachlassbestand gefährdet und die Verletzung von Nacherbenrechten zu besorgen sei.

Seine unter anderem auf die Stellung von Sicherheiten gerichtete Klage hatte beim Berufungsgericht Erfolg; nicht dagegen sein weiterer Antrag, der Vorerbin die Verwaltung über den Nachlass zu entziehen und an einen gerichtlich bestimmten Verwalter herauszugeben. Das hat der BGH wie folgt bestätigen können:

#### bb) Rechtsgrundsätze

- Gem. § 2128 Abs. 1 BGB kann der Nacherbe Sicherheitsleistung verlangen, wenn durch das Verhalten des Vorerben oder durch seine ungünstige Vermögenslage die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben begründet ist.
- § 2128 Abs. 2 BGB verweist insoweit auf das Nießbrauchrecht gem. § 1052 BGB.
- Um zu einer Fremdverwaltung für die Ausübung des Nießbrauchs zu gelangen, ist ein sog. gestuftes Verfahren einzuhalten:
- Leistet der Nießbraucher trotz rechtskräftiger Verurteilung und Ablauf der gesetzten Frist die Sicherheiten nicht, kann der Eigentümer statt der Sicherheitsleistung verlangen, dass die Ausübung des Nießbrauchs für Rechnung des Nießbrauchers einem von dem Gericht zu bestellenden Verwalter übertragen wird. Die Anordnung der Verwaltung ist unzulässig, wenn die Sicherheitsleistung vor dem Ablauf der Frist geleistet wird. Sie ist aufzuheben, wenn die Sicherheit nachträglich geleistet wird.
- Nach einhelliger Ansicht folgt aus der Verweisung des § 2128 Abs. 1 BGB auf § 1052 BGB, dass auch der Nacherbe dieses gestufte Verfahren einzuhalten hat, um zu der von ihm gewünschten Fremdverwaltung zu kommen.<sup>43</sup>
- Dem Nacherben steht jedoch *kein* Anspruch auf eine Fremdverwaltung unabhängig von einer Sicherheitsleistung zu, wie dies § 1054 BGB dem Eigentümer zugesteht,

<sup>41</sup> Vgl. zu dieser Problematik MünchKomm-BGB/Gergen, 6. Aufl., § 2038 Rn. 24.

<sup>42</sup> BGH, NZB-Beschl. v. 17.06.2015 – IV ZR 410/14, nicht veröffentlicht, zu OLG Schleswig, Urt. v. 14.10.2014 – 3 U 7/14, ErbR 2015, 23 m. Anm. Wendt, S. 32.

<sup>43</sup> RGZ 98, 24 (27); OLG Celle, HRR 1934 Nr. 1683; Staudinger/Avenarius, BGB, 2013, § 2128 Rn. 11; MünchKomm-BGB/Grunsky, 6. Aufl., § 2128 Rn. 4; FAKomm-Erbrecht/Kummer, § 2128 Rn. 10; Erman/M. Schmidt, BGB, 14. Aufl., § 2128 Rn. 3; Damrau/Bothe, Erbrecht, 3. Aufl., § 2128 Rn. 5; Palandt/Weidlich, BGB, 75. Aufl., § 2128 Rn. 2; Kohler, ZZP 102, 58 (72).

wenn der Nießbraucher dessen Rechte in erheblichem Maß verletzt und dies trotz Abmahnung fortsetzt. Das ergibt sich aus der Gesetzessystematik, Entstehungsgeschichte und dem Gesetz gewordenen Sinn und Zweck der Regelung.

- § 2128 Abs. 2 BGB verweist allein auf § 1052 BGB, nicht dagegen auf § 1054 BGB; eine analoge Anwendung scheidet aus.
- Die Entstehungsgeschichte belegt, dass der Gesetzgeber von der zunächst erwogenen generellen Verweisung auf das Nießbrauchrecht, – weil der Vorerbe gegenüber dem Nacherben als Nießbraucher erscheint<sup>44</sup> – abgerückt ist zugunsten einer Einzelverweisung. Das hat er mit den erheblichen Unterschieden zwischen Nießbrauch und Vorerbschaft so begründet:<sup>45</sup>  
*„Der Vorerbe ist Erbe und nur in gewissen Richtungen beschränkt, so daß man ihn eher dem Eigentümer einer belasteten Sache als dem Nießbraucher vergleichen kann. Ferner ist der Gegenstand der Vorerbschaft die Erbschaft als ein Universum jus, während der Nießbrauch, selbst wenn er an einem ganzen Vermögen bestellt ist, auf die zu dem Vermögen gehörenden einzelnen Gegenständen sich bezieht.“*
- Der Nacherbe ist zudem bis zur Bestellung einer Sicherheitsleistung nicht schutzlos: Er kann im Wege der einstweiligen Verfügung eine vorläufige gerichtliche Verwaltung erreichen, wenn ein im Einzelfall bestehendes besonderes Sicherungsbedürfnis das an sich vorgesehene gestufte Verfahren in § 2128 Abs. 2 i.V.m. § 1052 BGB nicht erlaubt.<sup>46</sup>

Diese allgemein anerkannten Grundsätze hat der 3. Zivilsenat des OLG Schleswig in seiner – für diesen Senat typisch – anerkennenswert fundierten Begründung angewandt und zusätzlich in Ausnahmefällen eine sofortige Fremdverwaltungsanordnung im Hauptsacheverfahren gem. § 242 BGB erwogen – etwa wenn eine Sicherheitsleistung offensichtlich ungeeignet oder unzumutbar ist. Dem konnte der Erbrechtsrat des BGH durch schlichten NZB-Formularbeschluss seinen Segen erteilen, um so die Grundsätze für eine Fremdverwaltung zugunsten von Nacherben festzuschreiben.

#### e) Vorerbenverwaltung

Einem weiteren Nacherbenschutz hat der für das private Mietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des BGH 2015 unter dem Gesichtspunkt der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung Konturen verliehen.<sup>47</sup>

Dem Nacherben steht bei einem vom Vorerben begründeten Mietverhältnis über ein Nachlassgrundstück ein außerordentliches Kündigungsrecht innerhalb der gesetzlichen Kündigungsfrist zu. Das ergibt sich aus § 2135 BGB mit seiner Verweisung auf das Nießbrauchrecht in § 1056 Abs. 2 BGB. Das gilt selbst bei einem zwischen Vorerben und Mieter vereinbarten Ausschluss des Rechts des Vermieters zur ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses.<sup>48</sup> Dieses Kündigungsrecht ist jedoch nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB ausgeschlossen – Achtung: jetzt kommen die Verwaltungsgrundsätze für Erbengemeinschaften ins Spiel –, wenn der Abschluss eines unkündbaren Mietverhältnisses über den Nacherbfall hinaus einer ordnungsgemäßen Verwaltung entsprochen hat, weil dann – jetzt wieder Achtung: jetzt kommt der Einfluss des Mehrheitsprinzips aus § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB – der Nacherbe verpflichtet gewesen wäre, diesem Mietvertrag zuzustimmen. Das regelt § 2120 BGB, der dem Vorerben die ordnungsgemäße Verwaltung ermöglichen will.<sup>49</sup>

Mit diesen Grundsätzen sind nicht nur der Mehrheitsverwaltung bis hin zur Fremdverwaltung Konturen gegeben, sondern – wie

sogleich zu zeigen sein wird – auch Maßstäbe für die bislang kniffligste Frage zum Verhältnis zu § 2040 BGB gesetzt worden.

#### Fazit:

Gerichtlich angeordnete Fremdverwaltung zum Schutz von Nacherbenrechten kommt gem. §§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB regelmäßig erst in Betracht, wenn das Verlangen nach Sicherheitsleistung gem. § 2128 Abs. 1 BGB erfolglos geblieben ist. Eine sofortige Fremdverwaltung unabhängig von Sicherheitsleistungen nach § 2128 Abs. 1 BGB kann im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gem. §§ 916 ff. ZPO oder in Ausnahmefällen gem. § 242 BGB zu erreichen sein, wenn die Erfolglosigkeit von Sicherheitsanordnungen greifbar ist. Nacherben steht gem. §§ 2135, 1056 Abs. 2 BGB bei vom Vorerbenvermieter an sich unkündbar begründeten Mietverhältnissen über Nachlassgrundstücke ein außerordentliches Kündigungsrecht innerhalb gesetzlicher Kündigungsfrist zu. Das Kündigungsrecht aus §§ 2135, 1056 Abs. 2 BGB kann gem. § 242 BGB ausgeschlossen sein, wenn der Abschluss eines unkündbaren Mietverhältnisses über den Nacherbfall hinaus ordnungsgemäßer Verwaltung gem. § 2120 BGB entsprochen hat.

Damit nähern wir uns langsam dem Ausgangsfall, der erst aber noch im Vorfeld weiter erhellt werden muss.

## 4. Außenbeleuchtung

### a) Problemstellung

Eigentlich sollte diese Lichtquelle keiner besonderen Verstärkung bedürfen. Denn nach ganz überwiegender Ansicht kommt einem wirksamen Mehrheitsbeschluss auch Außenwirkung zu mit der Folge, dass Mehrheitsbeauftragte auch Vertretungsmacht haben, für die übrigen Miterben zu handeln. Verkehrsschutzgründe sprechen dafür wie auch, dass eine sinnvolle Vertretungsregelung zur ordnungsgemäßen Verwaltung gehört.<sup>50</sup>

So gesehen bestimmen die §§ 2038, 745 BGB vom Innenausschuss das Außenverhältnis. Für Verpflichtungsgeschäfte bestehen insoweit auch keine Besonderheiten,<sup>51</sup> der Mehrheitsbeschluss im Inneren vermittelt die Vertretungsmacht im Äußeren.<sup>52</sup>

Das wäre also alles ganz einfach, wenn es nicht die Regelung in § 2040 Abs. 1 BGB gäbe, die Verfügungen über Nachlass-

44 Motive V 12.

45 Motive V 93.

46 OLG Celle, HRR 1934 Nr. 1683; MünchKomm-BGB/*Grunsky*, 6. Aufl., § 2128 Rn. 5; Staudinger/*Avenarius*, BGB, 2013, § 2128 Rn. 13, 17; *Erman/Schmidt*, BGB, 14. Aufl., § 2128 Rn. 3; *Damrau/Bothe*, BGB, 3. Aufl., § 2128 Rn. 6; *Palandt/Weidlich*, BGB, 75. Aufl., § 2128 Rn. 2; a.A. *Kohler*, ZJP 102, 58 (72).

47 BGH, Urt. v. 01.07.2015 – VIII ZR 278/13, ErbR 2015, 560.

48 BGH, Urt. v. 12.10.2012 – VIII ZR 50/11, ZEV 2012, 160 Rn. 12.

49 MünchKomm-BGB/*Grunsky*, 6. Aufl., § 2135 Rn. 5; *Palandt/Weidlich*, BGB, 75. Aufl., § 2135 Rn. 2; *BeckOK-BGB/Litzenburger*, Stand 01.05.2015, § 2135 Rn. 1.

50 MünchKomm-BGB/*Gergen*, 6. Aufl., § 2038 Rn. 51.

51 Vgl. BGH, Urt. v. 29.03.1971 – III ZR 255/68, BGHZ 56, 47 (52).

52 Statt aller MünchKomm-BGB/*Gergen*, 6. Aufl., § 2038 Rn. 51 m.w.N. zum Meinungsbild.

gegenstände dem Gemeinschaftlichkeitsprinzip unterwirft. Das stellt die über § 2038 BGB mühevoll gerade erreichte Handlungsfähigkeit der Erbengemeinschaft bei der Umsetzung in Frage und droht sie auch mit Blick auf die letztlich zu bewirkende Auseinandersetzung weitgehend zu lähmen. Das gilt vor allem, wenn es um vorbereitende Teilschritte zur Auseinandersetzung geht, die ohne Verfügungen nicht zu machen sind.

Zugespitzt stellt sich die Frage, ob § 2040 BGB als verdrängende Sondervorschrift im Bereich von Maßnahmen mit Verfügungscharakter aufzufassen ist, was den Auftritt der Gesamthandsgemeinschaft im Rechtsverkehr zumindest außerordentlich erschwert, und die Vollendung der Abwicklungsgemeinschaft – ihre Beendigung – stark behindern, zumindest aber ganz erheblich heraus zögern kann.

Hier ist Höchststrichterliches mit Erlöserqualität dringend gefragt und diesem Bedarf hat sich der BGH auch bisher mit Bravour gestellt. Und das führt uns dann zum Ausgangsfall und erklärt, warum er so unspektakulär zu lösen war.

## b) Problemlösungen

Die neuere Entwicklung in Rechtsprechung und Lehre hat sich von der bis dahin geltenden Auffassung, § 2040 Abs. 1 BGB verdränge als *lex specialis* § 2038 BGB<sup>53</sup> Schritt für Schritt gelöst.

### aa) Erbrechtssenat – II. Zivilsenat

Frühzeitig hat der II. Zivilsenat – damaliger Erbrechtssenat – den Anfang gemacht und Notgeschäftsführern auch die Notverfügungsmacht zugesprochen.<sup>54</sup> Das ist heute einhellig Allgemeingut.<sup>55</sup>

### bb) Landwirtschaftssenat

Bei dem Mehrheitsgeschäftsführer begann alles mit dem Landwirtschaftssenat des BGH 2006, der in der Kündigung eines Pachtvertrages über zum Nachlass gehörende Grundstücke unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung aus 1951<sup>56</sup> eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand gesehen hatte – so der Leitsatz.<sup>57</sup> Das Bemerkenswerteste ist jedoch seine Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von § 2038 BGB zu § 2040 BGB. Sie gipfelt darin, dass zwar Praktikabilitätsgründe hinter dem Schutzzweck des § 2040 BGB, Nachlassentwertungen entgegenzuwirken, zurückstehen müssen.<sup>58</sup> Die in § 2040 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommende gesamthänderische Bindung von Miterben spräche aber nicht zwingend dafür, Verfügungen ausnahmslos nur gemeinschaftlich zuzulassen. Vielmehr zeige gerade die Durchbrechung des Gesamthandsprinzips in § 2038 i.V.m. § 745 BGB – also gerade die besprochene Mehrheitsverwaltung im Inneren –, dass bei ordnungsgemäßer und dringend notwendiger Nachlassverwaltungen Ausnahmen zuzulassen sind, wenn sich Verfügungen nicht nachteilig auf den Nachlassbestand auswirken.<sup>59</sup>

Damit war – auch wenn es sich nur um ein obiter dictum gehandelt hat – der Weg frei, den Regelungsgehalt des § 2040 Abs. 1 BGB dem des § 2038 BGB anzupassen.

### cc) Senat für das gewerbliche Mietrecht – XII. Zivilsenat

#### (1) Kündigung eines gewerblichen Mietverhältnisses

Der Senat für das gewerbliche Mietrecht – XII. Zivilsenat – ging 2009 einen ganz erheblichen Schritt weiter.<sup>60</sup>

Der Erblasser hatte 1980 ein Grundstück an die Staatliche Kunstsammlung in Sachsen zum Preis von 399,25 DDR-Mark monatlich vermietet. Nach Eintritt des Erbfalls betrug der Mietzins 2002 zuletzt monatlich 204,13 €. Zwei von drei Mitgliedern der Erbengemeinschaft mit Nachlassanteilen von 3/4 kündigten daraufhin den Mietvertrag.

Der Senat sah in der Kündigung des Mietverhältnisses eine Verfügung.<sup>61</sup> Jedenfalls in diesem Bereich habe § 2038 BGB Vorrang vor § 2040 BGB.<sup>62</sup> Die Mehrheitskündigung ist danach wirksam, wenn sie sich als Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung darstellt. Das hat der Senat ein Jahr später noch einmal bestätigt.<sup>63</sup> Damit war erstmals höchstrichterlich entscheidungserheblich ausgesprochen, dass unter den Voraussetzungen der Mehrheitsverwaltung eine Mehrheitsverfügung wirksam sein kann.

#### (2) Ermächtigung zur Einziehung von Nachlassforderungen

Konsequent hat dieser Senat den eingeschlagenen Weg 2012 fortgesetzt und der Erbengemeinschaft ermöglicht, mit Stimmenmehrheit ein Mitglied zur Einziehung von Nachlassforderungen zu ermächtigen, wenn dies ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht.<sup>64</sup> Was für Mietverhältnisse gelte, müsse auch hier zum Tragen kommen.<sup>65</sup>

Das ist eine klare Anwendungsausdehnung in Richtung auf Anerkennung von allen Arten von Mehrheitsverfügungen, zumal der Senat die Frage, ob Forderungsermächtigungen bzw. Einziehungsermächtigungen überhaupt Verfügungen sind, sogar offengelassen hat.

Von der Instanzrechtsprechung ist das jedenfalls so verstanden und angewandt worden – etwa für die Kündigung eines Girovertrages,<sup>66</sup> eines Sparkontos<sup>67</sup> und eines Darlehensvertrages.<sup>68</sup> Die ganz überwiegende Meinung im neueren Schrifttum folgt dem.<sup>69</sup>

#### (3) Bewertung der Ausdehnung

Diese umfassende Ausdehnung überzeugt auch: Zwar scheint das „Totschlagsargument“, wenn die Mehrheit ein Mietver-

53 Staudinger/Werner, BGB, 2010, § 2038 Rn. 6, 40 f.; Staudinger/Löbnig, BGB, 2015, § 2038 Rn. 33a; MünchKomm-BGB/Gergen, 6. Aufl., § 2038 Rn. 29, 53; Schütte, in: jurisPK-BGB, Bd. 5, 7. Aufl., § 2040 Rn. 15–21.

54 BGH, Urt. v. 12.06.1989 – II ZR 246/88, BGHZ 108, 2130.

55 Vgl. nur MünchKomm-BGB/Gergen, 6. Aufl., § 2038 Rn. 62.

56 BGH, Beschl. v. 30.06.1951 – V BLW 36/50, LM BGB, § 2038 Nr. 1.

57 BGH, Urt. v. 28.04.2006 – LwZR 10/05, ZEV 2006, 358 = juris.

58 Ebenda, juris Rn. 19, 20.

59 Ebenda, juris Rn. 22.

60 BGH, Urt. v. 11.11.2009 – XII ZR 210/05, BGHZ 183, 131.

61 Ebenda, Rn. 13.

62 Ebenda, Rn. 26 ff.

63 BGH, Urt. v. 20.10.2010 – XII ZR 25/09, FamRZ 2011, 95.

64 BGH, Urt. v. 19.09.2012 – XII ZR 151/10, ErbR 2013, 46 = NJW 2013, 166.

65 Ebenda, Rn. 13.

66 OLG Brandenburg, ZEV 2012, 261 Rn. 44–46.

67 Ebenda.

68 OLG Frankfurt am Main, ZEV 2012, 258 Rn. 35.

69 Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl., § 2038 Rn. 5; Palandt/Weidlich, BGB, 75. Aufl., § 2038 Rn. 5; Leipold, Erbrecht, 20. Aufl., Rn. 736, 736a; so wohl auch Bamberger/Lohmann, BGB, 3. Aufl., § 2040 Rn. 2; FA-Komm-Erbrecht/Tschichoflos, 4. Aufl., § 2038 Rn. 9; Brox/Walker, Erbrecht, 26. Aufl., Rn. 507; PWW-BGB/Zimmer, 9. Aufl., § 2038 Rn. 9, 9a.

hältnis begründen könne, müsse sie es auch wieder auflösen können, auf Verfügungen im Rahmen bestehender schuldrechtlicher Beziehungen beschränkt zu sein. Die Gründe, die für die generelle Unterstellung von ordnungsgemäßen Verwaltungsmaßnahmen und solche darstellende Verfügungen gleichermaßen unter das Mehrheitsprinzip sprechen, verweisen die Gegner auf bloße Rückzugsechte. Der Minderheitenschutz und die Werterhaltungsinteressen sind gewahrt, wie Muscheler so treffend nachgewiesen hat.<sup>70</sup> Die notwendige – ordnungsgemäße – Handlungsfähigkeit der Erbengemeinschaft wird dadurch so, wie sie von der Gesetzesfassung in Frage gestellt wird, vom Richterrecht wiederhergestellt. Das hat doch Erlösungsqualität!

Und doch liegt hier ein nicht zu gering einzuschätzendes Problem, das verschwiegen werden darf: Werden damit nicht die Kompetenzen des Richterrechts überschritten? Wie weit darf das Richterrecht gehen, ohne die ihm vom Gesetz gesteckten Grenzen zu überschreiten? Diese Frage ist schon bis zum Senatstisch gelangt und dort kontrovers, aber nicht abschließend diskutiert worden; sie stellte sich noch nicht als entscheidungserheblich. Eine persönliche Ansicht muss der Verfasser aber jetzt nicht mehr unterdrücken; es hat auch Vorteile außer Diensten zu sein: Nur wenn wir dem § 2040 BGB seines Gesetzeszwecks vollständig beraubten, überschritten wir den „Rubikon“. Das muss aber gemessen an dem durch § 2040 BGB angestrebten Werterhaltungsinteresse zum Schutz aller Miterben nicht zwangsläufige Konsequenz sein. Bei verantwortungsvollem Umgang mit den Voraussetzungen der §§ 2038, 745 BGB haben auch Minderheitsmiterben keine substantiellen Verluste zu befürchten durch eine Zulassung von isolierten – also nicht in ein Schuldverhältnis eingebundenen – Mehrheitsverfügungen. Das hat v.a. *Muscheler* nachgewiesen.<sup>71</sup> Dann scheinen mir indes bei entsprechend verantwortungsvollen Vorgaben aus der Residenz des Rechts die Gefahren richterlicher Grenzüberschreitungen gebannt. An diesen Vorgaben würde ich basteln. Die Leser der *ErbR* sind eingeladen dabei mitzuwirken.

#### dd) Erbrechtssenat – IV. Zivilsenat

Wo bleibt denn nun der für das Erbrecht speziell zuständige oberste Hüter, werden sich manche wohl fragen? Hat er die Zeichen der Zeit verschlafen? Die Antwort ist simpel: von Schlaf keine Spur. Wer die von ihm gebilligte Instanzjudikatur verfolgt hat, wird das bestätigen können. Der Verfasser war weit vor dem XII. und dem Landwirtschaftssenat auf dieser Spur. Das können allerdings nur Insider mit der Lizenz zum Votenlesen bestätigen. Uns fehlte bislang schlicht die entsprechende Falllage, um der Diskussion früher auch insoweit unseren Stempel aufzudrücken. Das soll hier an einigen Stichproben verdeutlicht werden und das erklärt auch, warum wir mit dem Ausgangsfall nicht spektakulärer an die Öffentlichkeit treten konnten.

#### (1) Mietnomaden-Fall<sup>72</sup>

In einer zweigliedrigen Geschwistererbengemeinschaft betätigte sich die Schwester mit 1/4-Anteil als Mietnomadin. Sie nahm das Nachlasshausgrundstück mit ihrer Familie in Besitz und verweigerte Herausgabe und Nutzungsentschädigung. Ihr Bruder wollte mit seinem 3/4-Anteil das Anwesen für die Erbengemeinschaft vermieten.

Das stieß beim Berufungsgericht zwar auf offene Ohren. Seine Lösung über Grundsätze der Bruchteilsgemeinschaft

gem. §§ 741 ff. BGB und eine Teilauseinandersetzung vermochte uns allerdings nicht zu überzeugen. Das Ergebnis ist aber – wie jetzt unschwer ableitbar – über die Verweisung in § 2038 Abs. 2 Satz 1 BGB auf die Regeln der §§ 743, 745 BGB richtig.

Der Kläger kann als Mehrheitsmiterbe und Mehrheitsverwalter diese Rechte verfolgen. Die Inbesitznahme von Erbschaftsgegenständen für die Erbengemeinschaft, die Vermietung von Nachlassgrundstücken und die Einziehung von Mietzins respektive Nutzungsentschädigung gehört zur ordnungsgemäßen Verwaltung.<sup>73</sup> Der Ausschluss der Selbstnutzung aller Miterben steht dem nicht entgegen.<sup>74</sup> Das allein kann durch Mehrheitsentscheidung festgelegt werden. Fehlt es an der Niederlegung eines entsprechenden Beschlusses, kann dieser im Klageantrag konkludent gesehen werden. Die fehlende Mitwirkung der Minderheitenerbin hindert die Wirksamkeit dieser konkludenten Beschlussfassung nicht. Dies kann allenfalls Schadensersatzansprüche auslösen.<sup>75</sup>

Ferner kann jeder Miterbe bei Alleinnutzung eines anderen einen Interessen aller Teilhaber nach billigem Ermessenentsprechenden Verwaltung und Benutzung verlangen – so die §§ 2038 Abs. 2 Satz 1, 745 Abs. 2 BGB. Dann steht aber den weichen, selbst nicht nutzenden Miterben eine Nutzungsentschädigung zu allerdings erst von dem Zeitpunkt an, ab dem sie eine Neuregelung der Verwaltung verlangen können und dies auch tun. Das hat der Senat 2015 ausdrücklich klargestellt.<sup>76</sup>

Das PKH-Ansinnen der Beklagten im Mietnomaden-Fall musste schmucklos wegen fehlender Erfolgsaussicht zurückgegeben werden – wie in aller Regel ohne nähere Begründung.

#### (2) Aktienverkaufs-Fall<sup>77</sup>

Hier hatte ein Miterbe den aus sog. Ost- und Westvermögen im Wesentlichen aus Wertpapieren bestehenden Nachlass an sich genommen, weil er – vereinfachend dargestellt – davon ausging, dass seine beiden Kinder bezüglich der streitgegenständlichen Aktien nicht als Erben eingesetzt waren. Sie begeherten jetzt Schadensersatz, weil er das Aktienpaket verkauft hatte, die Herausgabe an die Erbengemeinschaft ihm daher unmöglich geworden war.

Kernaussagen des Senats für das hiesige Thema war, dass

- das Zahlungsverlangen an sich selbst steht § 2039 BGB nicht entgegensteht, weil es sich insoweit um eine zulässigerweise vorweggenommene gegenständliche Teilerbauseinandersetzung gehandelt hat,<sup>78</sup> die auch gegen den

70 *Muscheler*, Erbrecht, 2010, Rn. 3876.

71 Ebenda.

72 BGH, PKH-Beschl. v. 25.06.2008 – IV ZA 20/07, nicht veröffentlicht zu LG Frankfurt/Oder, Urt. v. 15.11.2007, nicht veröffentlicht.

73 Statt aller MünchKomm-BGB/*Gergen*, 6. Aufl. § 2038 Rn. 16.

74 BGH, Urt. v. 29.03.1971 – III ZR 255/68, BGHZ 56, 47 (50) und v. 14.11.1994 – II ZR 209/93, DNotZ 1995, 694; MünchKomm-BGB/*Gergen*, 6. Aufl. § 2038 Rn. 32.

75 BGH, Urt. v. 29.03.1971 ebenda, S. 55 f.; MünchKomm-BGB/*Gergen*, 6. Aufl., § 2038 Rn. 21, 38, 45.

76 BGH, Urt. v. 10.06.2015 – IV ZR 69/14, ZEV 2015, 519 = *ErbR* 2015, 581 (Ls); vgl. ferner BGH, Urt. v. 13.01.1993 – XII ZR 212/90, FamRZ 1993, 676 unter B I 1 a; Palandt/*Sprau*, BGB, 75. Aufl., § 745 Rn. 5.

77 BGH, PKH-Beschl. v. 21.06.2008 – IV ZR 286/07, nicht veröffentlicht, zu OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.09.2007 – 12 U 1126/06, ZErB 2008, 305.

78 MünchKomm-BGB/*Gergen*, 6. Aufl., § 2039 Rn. 16.

Willen anderer Miterben verlangt werden kann, etwa, wenn Nachlassverbindlichkeiten nicht mehr bestehen und berechnete Belange der Gemeinschaft oder einzelner Miterben nicht gefährdet werden<sup>79</sup> und

- dass ein Aktienverkauf insb. angesichts des Zeitpunktes zur ordnungsgemäßen Verwaltung gehören kann gem. § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB, was hier im Rahmen der Schadensersatzbemessung auch mit Blick auf seinen Verfügungscharakter vom Senat anerkannt worden ist.

Nur konnten beide Erkenntnisse wegen der Einkleidung in ein PKH-Verfahren nicht der Rechtsöffentlichkeit in Anwendungstendenz zugänglich gemacht werden.

### (3) Erbengemeinschaftskonto-Fall I<sup>80</sup>

In der bis dahin seit 46 Jahren bestehenden ungeteilten völlig zerstrittenen Erbengemeinschaft aus zwei Brüdern mit 3/4- und 1/4-Anteil suchte der Minderheitenmiterbe so ziemlich alles zu verhindern, was der Mehrheitsmiterbe an Verwaltungsmaßnahmen sich vornahm. Nach dem Tod der Mutter 2008 verfügte die Erbengemeinschaft nicht mal mehr über eine Kontoverbindung.

Die streitgegenständliche Einrichtung eines Gemeinschaftskontos hat der Senat als eine im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung erforderliche Maßnahme eingestuft, für die der Mehrheitsmiterbe und -verwalter auch die entsprechende Verfügungsmacht besitzt. Damit hat der Senat unter Berücksichtigung seiner sachlichen Vorbefassung insb. im Vollstreckungsgegenklage- und im Mietnomaden-Fall die Mehrheitsverfügungsbefugnis anerkennen können unter den beiden Voraussetzungen der Ordnungsgemäßheit und Erforderlichkeit.

Auch das hätten wir gern der Öffentlichkeit präsentiert, nur hatte der XII. Zivilsenat mit seiner 2012 ergangenen Entscheidung<sup>81</sup> mit dem Recht zur Einziehung von Mietzins und Verbuchung auf ein Konto mit der Zweckbestimmung „Erbengemeinschaft“ in der Sache die Brisanz herausgenommen. Schwerer wiegt allerdings, dass die Beschwer durch Errichtung eines Kontos schwerlich die Zulassungshürde von 20.000 € gem. § 26 Nr. 8 EGGVG übersteigt. Ob über diesem Konto einmal weit höhere Kontobewegungen abgewickelt werden, ist dafür entgegen der Ansicht des Minderheitenmiterben unerheblich.

### (4) Erbengemeinschaftskonto-Fall II<sup>82</sup>

Auch im Erbengemeinschaftskonto-Fall II ging es um ein Konto, auf dem ein Mehrheitserbe Konten der Erblasserin bündeln wollte. Die beklagte Sparkasse verwehrte sich gegen die verlangte Auflösung der zum Nachlass gehörenden bei ihr geführten Konten. Das sahen die Vorinstanzen und wir ebenso.

Dem Mehrheitsverwalter ging es damit nicht um Maßnahmen der laufenden Verwaltung, die wurden über andere Konten abgewickelt. Es ging wohl nicht so sehr um die behauptete Nachlasswertsteigerung durch höhere Zinserträge, sondern eher um eine versteckte Teilauseinandersetzung angesichts des Streits unter den Miterben, wie der Nachlass aufzuteilen war und ob noch Ansprüche untereinander bestanden. Dann fehlte es indes jedenfalls an der Erforderlichkeit dieses Verwaltungsvorhabens, wenn es nicht schon an der Ordnungsgemäßheit scheiterte, was angesichts der geltend gemachten unterschiedlichen Zinserträge auf dem neuen Konto zweifelhaft gewesen sein konnte.

Für lichtvolle Ausführungen zum Verhältnis von Verwaltungs- und Verfügungsmacht bei dieser Streitkonstellation war aber wieder kein Raum; es scheiterte schon an der fehlerfreien Festsetzung des Streitwerts unter 20.000 €.

### (5) Verjährungseinrede-Fall<sup>83</sup>

Gegen die Gesamthandsklage gem. § 2059 Abs. 2 BGB auf Erfüllung eines Vermächtnisses gegen die Mitglieder einer ungeteilten Erbengemeinschaft bestehend aus erstens unbekanntem Erben und zweitens einer bekannten Miterbin erhoben erstere die Einrede der Verjährung. Damit hatten sie in den Instanzen Erfolg.

Die an den BGH im Rahmen der NZB gestellte Frage, ob Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft nur gemeinschaftlich die Verjährungseinrede erheben können, war zu verneinen. Der Verjährungseinrede fehlt der Charakter unmittelbar auf ein Recht einzuwirken, es also entweder auf einen Dritten überträgt oder mit einem Recht belastet oder das Recht aufhebt oder es sonst wie in seinem Inhalt verändert.<sup>84</sup> Vielmehr bleibt der Anspruch des Gläubigers in seinem Umfang erhalten und der Schuldner ist gem. § 214 Abs. 1 BGB lediglich berechtigt, die Leistung zu verweigern. Dieses Leistungsverweigerungsrecht lässt indessen den Anspruch als solchen unverändert bestehen.

Damit handelte es sich nicht um eine Verfügung, für die gem. § 2040 BGB das Gemeinschaftlichkeitsprinzip hätte herangezogen werden können, soweit es nicht durch § 2038 BGB überlappt wird. Als Verfügungen sind zum Beispiel anerkannt der Rücktritt vom Vertrag<sup>85</sup> oder die Anfechtung eines Vertrages,<sup>86</sup> nicht dagegen etwa der Widerruf eines Vergleichs mit Widerrufsvorbehalt.<sup>87</sup>

Auch aus prozessualen Gründen ist für die Verjährung keine Einstimmigkeit der Miterben zu verlangen. Zwar sind bei einer Gesamthandsklage die Miterben notwendige Streitgenossen.<sup>88</sup> Sie bleiben aber auch in Fällen des § 62 ZPO selbstständige Streitparteien in jeweils besonderen Prozessrechtsverhältnissen zum gemeinsamen Gegner; die Prozesshandlungen sind grds. jedoch gesondert zu beurteilen. Das hindert also die Erhebung dieser Einrede durch nur einen Streitgenossen nicht.

Erleuchtende, über einen ablehnenden Formularbeschluss hinausgehende Ausführungen zur Anerkennung von Mehrheitsverfügungen waren uns wieder nicht möglich.

79 BGH, Urt. v. 14.03.1984 – IVa ZR 87/82, NJW 1985, 51 unter 4; MünchKomm-BGB/Gergen, 6. Aufl., § 2042 Rn. 19.

80 BGH, NZB-Beschl. v. 10.07.2013 – IV ZR 7/13, nicht veröffentlicht zu LG Gießen, Urt. v. 12.12.2012 – 1 S 384/11, juris = NJW spezial 2013, 583.

81 BGH, Urt. v. 19.09.2012 – XII ZR 151/10, ErBR 2013, 28.

82 BGH, Beschl. v. 11.09.2013 – IV ZA 11/13 (Notarwahl) nicht veröffentlicht zu KG, Urt. v. 17.04.2013 – 11 U 16/12 und LG Berlin, Urt. v. 18.01.2012 – 10 O 185/11, nicht veröffentlicht.

83 BGH, NZB-Beschl. v. 23.07.2014 – IV ZR 45/14, nicht veröffentlicht, zu KG, Urt. v. 17.01.2014 – 7 U 20/13, nicht veröffentlicht.

84 BGH, Urt. v. 15.03.1951 – IV ZR 9/50, BGHZ 1, 294 (304); v. 04.05.1987 – II ZR 211/86, BGHZ 101, 24 (26); MünchKomm-BGB/Gergen, 6. Aufl. § 2040 Rn. 4; Staudinger/Werner, BGB, 2010, § 2040 Rn. 5; Staudinger/Löhnig, BGB, 2015, § 2040 Rn. 4.

85 RGZ 151, 304 (312).

86 RGZ 107, 238 (239); OLG Düsseldorf, NJW 1954, 1041 (1042).

87 BGH, Urt. v. 18.11.1966 – IV ZR 235/65, BGHZ 46, 277 (281).

88 BGH, Urt. v. 12.01.1996 – V ZR 246/94, BGHZ 131, 376 (379).

**(6) Vermietungs-Fall<sup>89</sup>**

In diesem Fall – wir nähern uns jetzt dem Jahresende 2014 – konnte der Senat bestätigen, dass es dem Abschluss eines Miet- und eines Darlehensvertrages über ein Nachlasshausgrundstück durch einen Miterben mit 1/2-Anteil mit seiner Ehefrau – neben seinem Bruder ebenfalls mit 1/2-Anteil – dem erforderlichen Mehrheitsbeschluss mangelt, § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB. Damit ist aber nicht zwangsläufig ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 280, 276 BGB wegen Verletzung der internen Pflichten eines gesetzlichen Schuldverhältnisses verbunden. Das setzte voraus, dass die Vermietung an die Ehefrau sich nicht als Maßnahme einer ordnungsgemäßen Verwaltung darstellte und dabei ist zu beachten, dass anerkanntermaßen bei Vermietungen nicht erforderlich ist, dass die Interessen der Eigentümergemeinschaft zwingend in bestmöglicher Weise gewährt werden.<sup>90</sup>

Unter diesem Gesichtspunkt schied – wie trichterlich festgestellt – ein Schaden der Eigentümergemeinschaft aus. Zu diesem Problembereich konnten wir mithin ebenso wenig etwas Grundsätzliches auf den Markt werfen wie zu der Frage, ob der Miterbe bei einer Beschlussfassung über den Vertrag mit seiner Ehefrau überhaupt stimmberechtigt gewesen wäre, weil er entsprechend den Grundsätzen der §§ 34 BGB, 47 Abs. 4 GmbHG ausgeschlossen gewesen wäre. Nach der Rechtsprechung ist das zwar grds. nicht der Fall.<sup>91</sup> Hier fehlte aber dem nur gleichanteilig berechtigten Kläger auch ohne dies die Mehrheitsverwaltungscompetenz.

**(7) Vermächtnis-Fall<sup>92</sup>**

Dieser Fall hätte an sich Gelegenheit geboten, noch einmal darzulegen, dass auch ein Miterbe den anderen auf Erfüllung eines Vermächtnisses gem. § 2038 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 BGB gerichtlich in Anspruch nehmen kann.<sup>93</sup> Zur ordnungsgemäßen Verwaltung gehört insb. die Berichtigung von Nachlassverbindlichkeiten gem. § 2046 BGB<sup>94</sup> mit allen daran zu knüpfenden Konsequenzen. Aber auch das scheiterte am Zulassungsrecht.

Erst im April 2015 hat sich die Hoffnung des Erbrechtssenats doch noch erfüllt, die Rechtsöffentlichkeit mit dieser Thematik beglücken zu können, auch wenn sie etwas verwickelt erscheinen muss.

**(8) Darlehenskündigung-Fall<sup>95</sup>**

Es geht um die Kündigung eines Darlehens durch eine Miterbin gegen einen anderen Miterben, das dieser vom Erblasser erhalten hatte, mit anschließender Rückzahlungsklage. Zunächst hatte ein Erbschein die Parteien zu Miterben mit je 1/2 ausgewiesen, der später durch einen Erbschein ersetzt wurde mit je 1/3 neben einer dritten Person, die an den Darlehensvorgängen nicht unmittelbar beteiligt worden war. Zwar war der beklagte 1/3-Miterbe an einer Mitwirkung ausgeschlossen – arg. e. § 34 BGB, § 47 Abs. 4 GmbHG –, die Klägerin hatte aber die Mehrheit mit dem neuen Erbschein eingebüßt, von der Sie auf der Grundlage des ersten Erbscheins bei der Kündigung 1999 noch ausgehen durfte.

Daher könnte es darauf ankommen, ob die von ihr behauptete mittelbare Einbeziehung der dritten Person eine Zustimmung gem. §§ 182 ff. BGB zu der Kündigung zu sehen ist; weil dann von einem gemeinschaftlichen Vorgehen gem. § 2040 Abs. 1 BGB ausgegangen werden könnte.

Durch die Gutgläubensvorschriften der Erbscheinsregelungen in §§ 2366, 2367 BGB könnte diese Frage allerdings die Erheb-

lichkeit einbüßen, wenn sie auf Kündigungen unter Miterben anzuwenden sind. Das haben die Vorinstanzen bejaht und daraus die Wirksamkeit der Kündigung auf der Grundlage des ersten Erbscheins abgeleitet. Das trifft aber nicht zu. Im Rahmen einer Erbaueinandersetzung hat der Senat auch schon entschieden, dass unter Miterben kein gutgläubiger Erwerb möglich ist.<sup>96</sup> Ebenso hat der V. Zivilsenat – der Liegenschaftssenat – der Anwendung von Gutgläubensvorschriften innerhalb einer Gesamthandsgemeinschaft eine klare Absage erteilt.<sup>97</sup>

Das konnte der Erbrechtssenat jetzt bestätigen mit folgenden Antworten: Übersehen haben die Vorinstanzen, dass die §§ 2366, 2367 BGB – wie die anderen Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb auch (§§ 932 ff., 892 BGB) – ein Rechtsgeschäft in der Form eines Verkehrsgeschäfts erfordern. Veräußerer und Erwerber dürfen daher weder rechtlich noch wirtschaftlich – auch nur teilweise – identisch sein.<sup>98</sup> Auch im Bereich der erbrechtlichen Gutgläubensvorschriften gem. §§ 2366, 2367 BGB ist anerkannt, dass diese nur bei Vorliegen eines Verkehrsgeschäfts Anwendung finden.<sup>99</sup>

Dass es sich hier um ein von der Erbscheinserin dem Miterben gegenüber vorgenommenes Rechtsgeschäft mit Verfügungscharakter gem. § 2367 Alt. 2 BGB handelt, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Die Gutgläubensvorschriften müssen hinsichtlich des Begriffs des Verkehrsgeschäfts einheitlich ausgelegt werden, unabhängig davon, um welches Rechtsgeschäft es im Einzelnen geht. Der öffentliche Glaube wirkt grds. nicht zugunsten des im Erbschein als Erben Bezeichneten.<sup>100</sup> Für die Anwendung der Gutgläubensvorschriften innerhalb einer Gesamthandsgemeinschaft ist daher von vornherein kein Raum, da lediglich der rechtsgeschäftliche Erwerb durch einen Dritten geschützt werden soll<sup>101</sup>.

Damit wartete die Frage nach einer wirksamen Kündigung im Streitfall weiterhin auf eine Antwort. Angesichts der gleichen

89 BGH, NZB-Beschl. v. 24.09.2014 – IV ZR 90/14, nicht veröffentlicht, zu KG, Urt. v. 12.02.2014 – 25 U 81/13 und LG Berlin, Urt. v. 07.06.2013 – 19 O 603/11, nicht veröffentlicht.

90 BGH, Urt. v. 29.03.1971 – III ZR 255/68, BGHZ 56, 47 (56); OLG München, Beschl. v. 23.11.2010 – 7 U 36/61/10, juris Rn. 3.

91 BGH, ebenda.

92 BGH, NZB-Beschl. v. 26.11.2014 – IV ZR 168/14, nicht veröffentlicht, zu OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.04.2014 – 14 U 149/12 und LG Freiburg, Urt. v. 30.07.2012 – 1 O 394/10, nicht veröffentlicht.

93 BGH, Urt. v. 08.05.1952 – IV ZR 208/51, BGHZ 6, 76 (82).

94 Vgl. statt aller Palandt/Weidlich, BGB, 75. Aufl., § 2038 Rn. 7.

95 BGH, Urt. v. 08.04.2015 – IV ZR 161/14, ErbR 2015, 556 m. Anm. Wendt, S. 559 und Beschl. v. 17.12.2014 – IV ZR 161/14 (Revisionszulassung), juris = WM 2015, 737, zu OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 31.03.2014 – 1 U 35/13, juris = WM 2015, 737 und LG Frankfurt am Main, Urt. v. 21.12.2012 – 2-07 O 262/09, juris.

96 BGH, Urt. v. 13.12.2000 – IV ZR 239/99, ZEV 2001, 116.

97 BGH, Urt. v. 29.01.2007 – V ZR 5/07, BGHZ 173, 71 Rn. 23.

98 BGH, Urt. v. 29.06.2007 – V ZR 5/07, BGHZ 173, 71 Rn. 22; Beschl. v. 13.07.1959 – V ZB 6/59, BGHZ 30, 255 (256) jeweils für den gutgläubigen Erwerb nach § 892 BGB.

99 BGH, Urt. v. 13.12.2000 – IV ZR 239/99, ZEV 2001, 116 unter 2 b; OLG Hamm, FamRZ 1975, 510 (513 f.); MünchKomm-BGB/Mayer, 6. Aufl., § 2366 Rn. 11; Staudinger/Schilken, BGB, 2004, § 2366 Rn. 10; Staudinger/Herzog, BGB, 2016, § 2366 Rn. 25, 29; RGRK/Kregel, §§ 2147–2385 BGB, 12. Aufl., § 2366 Rn. 8; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl., § 2366 Rn. 8.

100 So ausdrücklich Staudinger/Schilken, BGB, 2004, § 2366 Rn. 10.

101 BGH, Urt. v. 29.06.2007 – V ZR 5/07, BGHZ 173, 71 Rn. 23.

Anteile der verbliebenen stimmberechtigten beiden Miterben schied eine wirksame Mehrheitsentscheidung durch nur eine von ihnen aus. Also kam es auf die unter Beweisantritt aufgestellte Behauptung an, die Miterbin hätte der Kündigung zugestimmt, da sämtliche damals ergriffenen Maßnahmen stets in Zusammenarbeit und im Einvernehmen erfolgt seien. Dem hatten die Berufungsrichter im neuen Durchgang nachzugehen.

Hier sei für die intimen Freunde und Kenner des Ersten Buches des BGB – des Allgemeinen Teils – angemerkt, dass eine Zustimmung in Form der erst nach Kündigung erklärten Genehmigung gem. §§ 185 Abs. 2 Nr. 1, 184 Abs. 1 BGB ausscheidet. Bei der Kündigung handelt es sich um ein einseitiges Verfügungsgeschäft. Dieses bedarf der Zustimmung der übrigen Miterben in Form der Einwilligung gem. § 183 BGB, muss also vor der Kündigung erteilt werden – § 182 Abs. 3 BGB. Die Wirksamkeit einseitiger Rechtsgeschäfte kann schon im Interesse des Erklärungsgegners – wie sich auch aus der Wertung von §§ 180 Satz 1, 111 Satz 1 BGB ergibt – nicht bis zur Erteilung der Genehmigung nach § 184 BGB mit der Folge der Rückwirkung in der Schwebe bleiben.<sup>102</sup>

Damit endet die Beschreibung der Beleuchtungsstationen und wie sie im Detail ausgeleuchtet sind und ermöglicht nunmehr die

### III. Lösung des Ausgangsfalles.

Zur Erinnerung: Viergliedrige Erbengemeinschaft zu je 1/4, Kündigung eines Bruder 1 vom Erblasser zugewandten Darlehens und Rückzahlungsklage zehn Jahre nach dem Erbfall durch Bruder 2, vorbereitende Beteiligung von Bruder 3, keine Teilnahme von Bruder 4.

Die Lösung ergibt sich nach der vorgestellten revisionsrichterlichen Aufbereitung fast wie von selbst. Und das sind steno-grammartig die entscheidenden Begründungsweichen:

- § 2039 Satz 1 BGB gibt Bruder 2 allein die Klageberechtigung.
- Die Ausübung des Gestaltungsrechts der Kündigung des Darlehensvertrages ist eine Verfügung.
- § 2040 Abs. 1 BGB fordert daher Einstimmigkeit.
- § 2038 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 i.V.m. § 745 Abs. 1 BGB erlaubt aber für diese Verfügung mehrheitliches Vorgehen.
- Bruder 1 ist nicht stimmberechtigt wegen §§ 34 BGB und 47 Abs. 4 GmbHG analog.
- Bruder 4 hat nicht mitgestimmt, sein Schweigen auf die entsprechende Aufforderung ist nicht als Zustimmung zu werten.
- Die vorbereitende gemeinsame Entschließung von Bruder 2 und Bruder 3 und dessen Duldung der Umsetzung durch Bruder 2 führt zu einer Mehrheitsverwaltung und Mehrheitsverfügung.
- Die Ordnungsgemäßheit dieser Verwaltungsmaßnahme ergibt sich bereits aus dem Gesichtspunkt der Werterhaltung des Nachlasses.

Das alles war bereits – wie zuvor herausgearbeitet – im rechtlichen Ansatz höchstrichterlich festgeklopft. Es war – um im Bild zu bleiben – bereits ausgeleuchtet, nur nicht ausdrücklich vom Erbrechtssenat des BGH. Mehr hätte der aber auch nicht zur Begründung ausführen können. Das ist der Grund, warum er es bei einem – was ohnehin sehr selten vorkommt – ablehnenden, aber kurz begründeten PKH-Beschluss belassen

hat. Steuerzahlergeld sollte für eine weitgehend bloße Wiederholung von Bekanntem – und sei es auch höchstrichterlichem – in Urteilsform nicht ausgegeben werden.

Etwaige Unsicherheiten von Instanzgerichten und Rechtsberatern bezüglich der Linie des Erbrechtssenats sollten damit endgültig beseitigt sein. Verfügungen im Rahmen von obligatorischen Vertragsverhältnissen unterliegen auch nach Ansicht des Erbrechtssenats dem Mehrheitsprinzip.

Am Einstimmigkeitsprinzip ist dagegen festzuhalten, soweit die Voraussetzungen der Mehrheitsberechtigung nicht in einem streitigen gerichtlichen Verfahren geklärt werden können. Die Löschung eines Grundpfandrechts bedarf beispielsweise deswegen der Zustimmung sämtlicher Miterben, da im Grundbuchverfahren insoweit eine Prüfung nicht stattfindet.<sup>103</sup>

#### Fazit:

Mehrheitsverfügungen im Rahmen bestehender Schuldverhältnisse sind trotz des vom Gesetz für Verfügungen in § 2040 Abs. 1 BGB vorgesehen Gemeinschaftlichkeitsprinzips nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung zulässig, wenn sie ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen.

Mehrheitsverfügungen mit Nachlassbezug sind bislang insb. anerkannt im Zusammenhang mit

- Kündigungen von Pacht-, gewerblichen und privaten Miet- sowie Darlehens-, Spar- und Giroverträgen,
- Ermächtigungen zur Einziehung von Nachlassforderungen, Einziehungen von Mietzinsen und Nutzungsent-schädigungen,
- Abschlüssen von Miet- und Darlehensverträgen,
- Berichtigungen von Nachlassverbindlichkeiten,
- Veräußerungen von Aktienpaketen,
- Errichtungen und Auflösungen von Konten der Erbengemeinschaft.

Am Gemeinschaftlichkeitsprinzip des § 2040 Abs. 1 BGB ist festzuhalten, wenn eine Mehrheitsberechtigung nicht im gerichtlichen streitigen Verfahren – wie etwa im Grundbuchverfahren – geklärt wird.

Bei der der Mehrheitsbeschlussfassung über Maßnahmen ordnungsgemäßer Verwaltung ist ein davon betroffener Miterbe gem. § 34 BGB, § 47 Abs. 4 GmbHG analog ausgeschlossen.

Die Mehrheitsbeschlussfassung kann auch konkludent in der Einreichung einer Klageschrift gesehen werden.

### IV. Dämmerecke

Ist jetzt im Übrigen wirklich alles ausgeleuchtet? Besonders Aufmerksamen wird aufgefallen sein, dass eben bei der Lö-

<sup>102</sup> RG, Beschl. v. 23.02.1935 – V B 2/35, RGZ 146, 314 (316); BGH, Urt. v. 29.05.1991 – VIII ZR 214/90, BGHZ 114, 360 (366); MünchKommBGB/*Gergen*, 6. Aufl., § 2040 Rn. 14; Staudinger/*Werner*, BGB, 2004 u. 2010, § 2040 Rn. 14; Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2015, § 2040 Rn. 13; Palandt/*Weidlich*, BGB, 75. Aufl., § 2040 Rn. 4; Palandt/*Ellenberger*, BGB, 75. Aufl., § 182 Rn. 5; ferner ausdrücklich für den Fall der Kündigung einer Nachlassforderung nur durch einen Miterben v. *Lübtow*, ErbR II, S. 805 f.

<sup>103</sup> OLG Hamm, ZEV 2014, 419.

sungsskizze des Ausgangsfalles die Zulässigkeit von Mehrheitsverfügungen nur von der „Ordnungsgemäßheit“ des Verwaltungshandelns abhängig gemacht bzw. geprüft worden ist. Wo ist die „Erforderlichkeit“, auf in den vorgestellten Voten so viel Wert gelegt wurde? Das könnte in der Tat noch ein verbliebener Raum sein, in dem es noch an ausreichendem Licht fehlen könnte.

Daher jetzt abschließend zu dieser Dämmerecke: Das Berufungsgericht hat die „Erforderlichkeit“ insoweit als unerheblich abgetan – entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung, die in der Erforderlichkeit eine weitere einschränkende Voraussetzung nach der Ordnungsgemäßheit erkennt.<sup>104</sup> Beide Ansichten berufen sich auf die höchstrichterliche Rechtsprechung und damit sind genau auch unsere Judikate gemeint, die zuvor erläutert wurden.

Ob dies so klar ist, wie die jeweiligen Auffassungen meinen, ist nicht unzweifelhaft, denn viele der Entscheidungsgründe enthalten keinen ausdrücklich dahingehenden Bezug. Diese Frage ist auch nicht rein akademisch, selbst wenn – wie bereits dargelegt – die Übergänge fließend sind und oft durch ordnungsgemäßes Verwaltungshandeln auch erforderliches belegt wird. Die Kündigung eines Darlehensvertrages etwa kann für die Erbengemeinschaft durchaus nützlich sein, muss aber – jedenfalls zu diesem Zeitpunkt – (noch) nicht unbedingt erforderlich<sup>105</sup> sein; das müsste gesondert festgestellt werden.

In den Voten ist jedenfalls stets beides untersucht. Das hat gute Gründe: Die restriktive Behandlung von § 2040 Abs. 1 BGB zur Herstellung der Handlungsfähigkeit einer Erbengemeinschaft im Außenverhältnis – im Rechtsverkehr – ist aus den Regeln der im Rahmen des § 2038 BGB bestehenden Handlungsfähigkeit im Innenverhältnis entwickelt. Dort ist „Erforderlichkeit“ ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal, das nicht durch den Verweis auf § 745 Abs. 1 BGB, der nur die Ordnungsmäßigkeit nennt, obsolet wird. Das vertritt niemand.

Hindert aber fehlende Erforderlichkeit die Mitwirkungspflicht von Miterben an der Verwaltungsmaßnahme, erscheint eine dahingehende Mehrheitsverfügungsbefugnis ohne einleuchtende Grundlage. Dass § 2038 BGB nur das Innenverhältnis beleuchtet und nicht die davon völlig unabhängige, für Verfügungen typische Außenbeziehung vermag diesen Wertungsunterschied nicht zu erklären. Wenn aber § 2038 BGB den § 2040 BGB beherrscht, ist nicht zu erklären, warum an Mehrheitsverfügungen geringere Anforderungen zu stellen sein sollten als an die Mehrheitsverwaltung im Innenverhältnis.

Der Erbrechtssenat konnte sich 15 Jahre über die Formel verständigen: „Jedenfalls wenn Verwaltungsmaßnahmen ordnungsgemäß und erforderlich sind, sind auch entsprechende Mehrheitsverfügungen zugelassen.“ Leider hat er nie den entsprechenden Fall bekommen, um das darzulegen. Sonst hätte er früher und umfassender als alle anderen diese Richtung bestimmt. Vieles Spätere hätte sich dann erübrigt. Aber, auch so entsteht Recht.

Rechtsberater sind jedenfalls mit dieser Formel auf der sicheren Seite. Daher der Ratschlag: Stets die Erforderlichkeit gesondert prüfen, damit Richter nicht auf dumme Gedanken

kommen. Principii obsta! Vielleicht lässt sich auf diese Weise eine Entscheidung über diese Frage bis zum Sankt Nimmerleinstag verschieben.

#### Fazit:

Eine Ausdehnung der Mehrheitsberechtigung durch die Rechtsprechung auf isolierte Verfügungen jedweder Art sollte die dem Richterrecht gesetzten Grenze nicht überschreiten, wenn im Einzelfall durch verantwortungsvollen Umgang mit den Mehrheitsvoraussetzungen der von § 2040 Abs. 1 BGB verfolgte Schutzzweck gegenüber Minderheitenrechten gewahrt bleibt.

Solange höchstrichterlich nicht geklärt ist, ob die Anerkennung von Mehrheitsverfügungen nur „ordnungsgemäßes“ oder zusätzlich auch „erforderliches“ Verwaltungshandeln der Miterben verlangt, empfiehlt sich beides – Ordnungsgemäßheit und Erforderlichkeit – zu prüfen.

#### Schlussbetrachtung:

Damit sind die Leser der ErbR am Ende der neuesten erbrechtlichen Rechtsprechungslinien des BGH angekommen und können ihre Meinung zur Nachlasssache Schlemmer überprüfen: Wird die Enkelin Schlemmers mit ihrem Alleingang durchkommen zur Teilauseinandersetzung der 127 Leihgabenexponate? Die Diskussion ist eröffnet und müsste jetzt auf einer noch fundierteren Rechtsgrundlage und einem hohen rechtlichen Niveau geführt werden können.

Dieser Auszug aus der höchstrichterlichen Sammlung zur Handlungsfähigkeit der Erbengemeinschaft sollte ausreichen, um den immer noch bestehenden Schwierigkeitsgrad im Umgang mit dieser im wahren Wortsinn eigenartigen Gemeinschaft zu belegen. Insoweit können präzise Vorgaben von Testatoren hilfreich sein. Diese werden allerdings erst durch sehr fachkundige Beratung zu erhalten sein. Erst das ermöglicht dann die Befolgung der mahnenden Worte des österreichischen Justizministers 2015 – auch zum Wohle der nachfolgenden Generationen in unserer Welt „*Willst' ruhig und gesellig sterben, so Sorge für die richt'gen Erben.*“<sup>106</sup> Das ratsuchende Publikum wird zweifellos bestens aufgehoben sein bei den durch die ErbR im Selbststudium gestärkten Erbrechtsexperten. Ihnen gilt der Dank für die Ausdauer beim Lesen. Die Erkenntnis zur Unverzichtbarkeit von qualifizierten Rechtsberaterinnen und Rechtsberatern hat der Verfasser schon einmal in epische Form zu gießen versucht und dabei auch auf die Ausgewogenheit der Geschlechter – für ihn selbstverständlich – geachtet.<sup>107</sup>

104 Stützel, NJW 2013, 3543 ff.; FA-Komm-Erbrecht/Tschichoff, 4. Aufl., § 2038 Rn. 9; Damrau/Rißmann, Praxiskommentar Erbrecht, 3. Aufl., § 2038 Rn. 15, 69; Rißmann, Die Erbengemeinschaft, 2. Aufl., § 4 Rn. 72–75, 46.

105 Vgl. OLG Frankfurt am Main, ZEV 2012, 258.

106 ORF 2, Zeit im Bild, 20.03.2015.

107 Wendt, ErbR 2015, 475.