Schriften zum Familien- und Erbrecht 25

Jasmin Lassen

Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft

Eine problemorientierte Untersuchung der Verwaltungsbefugnisse von Miterben

Nomos
Stämpfli Verlag
C.H.BECK

Schriften zum Familien- und Erbrecht

herausgegeben von
Prof. Dr. Elisabeth Koch
Prof. Dr. Saskia Lettmaier
Prof. Dr. Dr. h.c. Volker Lipp
Prof. Dr. Karlheinz Muscheler
Prof. Dr. Anne Sanders

Band 25

Jasmin Lassen

Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft

Eine problemorientierte Untersuchung der Verwaltungsbefugnisse von Miterben

Nomos
Stämpfli Verlag
C.H.BECK

Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Kiel, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-6677-2 (Print)
ISBN 978-3-7489-0789-3 (ePDF)

ISBN 978-3-7272-2078-4 (Stämpfli Verlag AG, Print)

1. Auflage 2020
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/19 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner dortigen Tätigkeit als Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung.

Bedanken möchte ich mich an erster Stelle bei meiner Doktormutter, Frau Prof. Dr. Saskia Lettmaier, B.A. (Oxford), LL.M., S.J.D. (Harvard) für die wertvolle und herzliche Unterstützung von der Themensuche bis hin zur endgültigen Fassung der Dissertation, dem abschließenden Rigorosum und schließlich der Veröffentlichung dieser Arbeit. Danken möchte ich ihr vor allem auch für die schöne Zeit als Mitarbeiterin an ihrem Lehrstuhl. Diesbezüglich möchte ich mich zudem bei Herrn Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard) bedanken, an dessen Lehrstuhl ich als studentische Hilfskraft tätig sein durfte und der mich erst auf diesen Weg gebracht hat. Außerdem bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Rudolf Meyer-Pritzl für die zügige und aufmerksame Erstellung des Zweitgutachtens.

Für das sorgfältige Korrekturlesen möchte ich mich bei Timo Andrasch und meiner Schwester Sandra Lassen bedanken.

Der größte Dank gebührt schließlich meinen Eltern Andrea und Dirk Lassen, denen diese Arbeit gewidmet ist. Meine Eltern wie auch meine Schwester standen mir stets verständnis- und liebevoll zur Seite und haben mir mit ihrer bedingungslosen Unterstützung meinen bisherigen Lebensweg erst ermöglicht. Dafür bin ich Ihnen unendlich dankbar.

Kiel, im Februar 2020 *Jasmin Lassen*

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung 13

B. Allgemeines zur Erbengemeinschaft 17

I. Entstehung und Beendigung der Erbengemeinschaft 17
II. Die Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft 18
III. Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft 19
IV. Interessenlagen 22

C. Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft 26

I. Begriff der Nachlassverwaltung 26
II. Innenverhältnis 28
1. Gemeinschaftlichkeitsgrundsatz 28
2. Ausnahmen vom Grundsatz der gemeinschaftlichen Verwaltung 29
a. Mehrheitsverwaltung 29
aa. Ordnungsgemäße Verwaltung 29
bb. Mehrheit und Beschlussfassung 33
cc. Mitwirkungspflicht 34
b. Einzelverwaltung 37
III. Außenverhältnis 40
1. Verpflichtungsgeschäfte 41
a. Verpflichtungsgeschäfte außerhalb der ordnungsgemäßen Verwaltung 42
b. Notverpflichtungsgeschäfte 43
c. Verpflichtungsgeschäfte im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung 43
aa. Zulässigkeit von Mehrheitshandeln 44
(1) Objektiv gerechtfertigte Verpflichtung oder Schweigen der Minderheit als Zustimmung 44
(2) Mitwirkung sämtlicher Miterben 45
(3) Gesetzliche Vertretungsmacht der Mehrheit 46
(4) Stellungnahme 47
(5) Zwischenergebnis 55
bb. Gesamtvertretung oder Einzelvertretungsmacht 56

2. Verfügungsgeschäfte 57
a. Problemstellung 57
b. Verfügungsbegriff 58
c. Meinungsstand 60
aa. Interessenlage im konkreten Fall 60
bb. Wortlautgetreue Anwendung des § 2040 I BGB 61
cc. Anwendung der §§ 2038 II 1, 745 I BGB 62
dd. Notverfügungsrecht gemäß § 2038 I 2 Hs. 2 BGB 63
d. Sonderfall: Grundstücksgeschäfte 64
e. Rechtsprechung: Analyse und Bewertung 68

D. Auslegungsorientierte Erörterung: Zulässigkeit von Mehrheitsverfügungen? 81

I. Wortlaut 81
II. Historie 82
III. Systematik 88
IV. Teleologie 93
1. Schutz der Miterben 94
a. Mehrheitsbeschluss 95
b. Mitwirkungspflicht 95
c. Rechtsschutz 97
d. Dingliche Surrogation 98
e. Bestandsschutz 100
2. Schutz der Nachlassgläubiger – Verkehrsschutz 100
3. Die Erbengemeinschaft als Abwicklungsgemeinschaft 104
4. Schutz des Nachlasses vor Entwertung 105
5. Handlungsfähigkeit der Erbengemeinschaft 108
a. Stimmrechtsausschluss einzelner Miterben 108
b. Anknüpfung an Treuepflichten 116
c. Umwandlung in eine GbR 119
d. Einstweiliger Rechtsschutz für Mehrheitserben 120
e. Zwischenergebnis 123
6. Einstweiliger Rechtschutz für Minderheitserben 123
7. Unterschiedliche Behandlung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften 125
8. Faktische Vornahme bei ausnahmsloser Geltung des § 2040 I BGB 131
9. Zwischenergebnis 132
V. Grenzen der teleologischen Reduktion 134
VI. Ergebnis 135

E. Rechtsvergleichende Aspekte 137

I. Überblick 137
II. Bewertung 147
1. Ausnahmslose Einsetzung eines Nachlassverwalters 147
2. Miterbenantrag auf Einsetzung eines Nachlassverwalters 148
III. Erkenntnisse 152

F. Schluss 154

Literaturverzeichnis 159

A. Einführung

Stirbt eine natürliche Person, tritt deren Erbe im Wege der Gesamtrechtsnachfolge an die Stelle des Erblassers, § 1922 I BGB. In lediglich einem von fünf Fällen handelt es sich jedoch um einen Alleinerben; vielmehr tritt in etwa 80 Prozent aller Erbfälle eine Erbengemeinschaft die Rechtsnachfolge an.[1]

Sämtliche Rechtspositionen, die dem Erblasser zustanden, stehen den Miterben ab dem Zeitpunkt des Erbfalls gemeinschaftlich zu; es entsteht ein gesamthänderisch gebundenes Sondervermögen.[2] Daraus ergeben sich naturgemäß tatsächliche und vor allem rechtliche Probleme, die sich bei dem Eintritt einer einzelnen Person nicht stellen. Denn in der Erbengemeinschaft treffen Erben mit möglicherweise verschiedensten Intentionen, mehr oder weniger enger emotionaler Verbundenheit zum Nachlass und unterschiedlicher finanzieller Lage und demnach auch unterschiedlichen Bedürfnissen aufeinander. Je mehr Beteiligte es gibt und umso umfangreicher der Nachlass ist, desto höher ist tendenziell auch das Konfliktpotenzial.[3]

Im Zusammenhang mit der immensen Bedeutung, die die Erbengemeinschaft in der Praxis hat, erklärt dies das Bedürfnis für eine eindeutige und umfassende gesetzliche Regelung von der Entstehung über die Verwaltung bis hin zur Auseinandersetzung. Ob der Gesetzgeber mit den Regelungen in §§ 2032 ff. BGB diesem Bedürfnis hinreichend nachgekommen ist, ist indes fraglich.

Insbesondere die Verwaltung des Nachlasses durch die Erbengemeinschaft birgt etliche Problematiken. Obgleich die Erbengemeinschaft grundsätzlich auf Auseinandersetzung gerichtet ist und in erster Linie der Befriedigung der Nachlassgläubiger und einer möglichst werthaltigen

---

1 *Greil-Lidl*, Verfügungsverwaltung, S. 6; *Meyer*, Die Bank 08/2011, 28 (30) – Postbank Erbschaftsstudie; vgl. auch *Lange*, Erbrecht, § 55 Rn. 1; *Ann*, FS Spiegelberger, S. 953.

2 *Brox/Walker*, Erbrecht, § 29 Rn. 2; *Michalski*, Erbrecht, Rn. 813; *Löhnig*, JA 2007, 262.

3 Vgl. auch Rißmann/*Kurze*, Die Erbengemeinschaft, § 2 Rn. 19; *Meyer*, Die Bank 08/2011, 28 (30).

Überführung des Nachlasses in das Privatvermögen der Erben dient,[4] kann sich in vielerlei Hinsicht Anlass zu Verwaltungsmaßnahmen ergeben.[5] So kann beispielsweise die Veräußerung einzelner Nachlassgegenstände oder die Vermietung eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks geboten sein. Dieses Bedürfnis besteht umso mehr bei über Jahre hinweg ungeteilt fortbestehenden Erbengemeinschaften.[6]

Fraglich ist zunächst, wie die Entscheidungsfindung im Innenverhältnis abläuft und auf welche Weise die getroffene Entscheidung sodann verwirklicht werden kann, also das Handeln für die Erbengemeinschaft im Außenverhältnis.

Das Gesetz liefert mit § 2038 BGB eine Regelung zur Verwaltung des Nachlasses und mit § 2040 BGB eine Regelung zur Verfügung über Nachlassgegenstände. Eine Differenzierung zwischen Geschäftsführung im Innenverhältnis und Vertretung im Außenverhältnis erfolgt nicht. Ebenso wird auch die Zuordnung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften nicht ohne Weiteres deutlich.

Klärungsbedürftig ist bereits, was unter dem Begriff der Nachlassverwaltung zu verstehen ist. Erfasst dieser nur Maßnahmen im Innenverhältnis? Oder wird zugleich eine Regelung über die Vertretung der Erbengemeinschaft im Außenverhältnis getroffen? So gibt nach einer Ansicht der nach §§ 2038 II 1, 745 I 1 BGB bei ordnungsmäßiger Verwaltung hinreichende Mehrheitsbeschluss der Erbenmehrheit auch die Möglichkeit, die Erben mit dem Nachlass zu verpflichten, während die gesonderte Erteilung einer Vertretungsmacht nicht erforderlich ist.[7] Dem wird entgegengehalten, dass

4 *Eberl-Borges*, Die Erbauseinandersetzung, S. 36; *Lange*, Erbrecht, § 55 Rn. 1, § 57 Rn. 45; *Leipold*, Erbrecht, Rn. 721; *Schlüter/Röthel*, § 32 Rn. 12; *Ann*, MittBayNot 2003, 193 (196); *Gottwald*, ErbR 2007, 11.

5 Vgl. *Eberl-Borges*, NJW 2006, 1313.

6 *Greil-Lidl*, Verfügungsverwaltung, S. 3; *Eberl-Borges*, NJW 2006, 1313 (1314); vgl. auch *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 339.

7 BGHZ 56, 47 = NJW 1971, 1265; OLG Hamm DB 1969, 300; LG Mannheim MDR 1964, 238; MüKo-BGB/*Gergen*, § 2038 Rn. 51; Palandt/*Weidlich*, § 2038 Rn. 5; Soergel/*Wolf*, § 2038 Rn. 11; Staudinger/*Zimmer*, § 2038 Rn. 23, 33; *Brox/Walker*, Erbrecht, § 30 Rn. 18; *Kipp/Coing*, Erbrecht, § 114 IV 2; *Olzen/Looschelders*, Erbrecht, Rn. 1011; *Henrich*, JA 1971, 621 (623); *Johannsen*, WM 1970, 573 (574); *Löhnig*, JA 2007, 262.

für die Vertretung der Erbengemeinschaft die allgemeinen Regeln gälten, da der Mehrheitsbeschluss nur das Innenverhältnis betreffe.[8]

Problematisch und umstritten ist letztlich vor allem, ob die in § 2038 BGB geregelte Nachlassverwaltung auch Verfügungen umfasst, in welchem Verhältnis also § 2038 BGB und § 2040 BGB zueinander stehen. Denn § 2038 I 1 BGB unterstellt die Verwaltung des Nachlasses grundsätzlich dem Erfordernis der Gemeinschaftlichkeit, ordnet dann aber in Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 abgestufte Ausnahmetatbestände an. Gemäß § 2038 II 1 BGB in Verbindung mit § 745 BGB können zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderliche Maßnahmen mit Stimmenmehrheit beschlossen werden und gemäß § 2038 I 2 Hs. 2 BGB kann sogar ein einzelner Miterbe ohne Mitwirkung der anderen die zur Erhaltung des Nachlasses notwendigen Maßnahmen treffen. § 2040 I BGB legt dahingegen ohne die Formulierung von Ausnahmetatbeständen das generelle Erfordernis der Gemeinschaftlichkeit für Verfügungen über Nachlassgegenstände fest.

Ob daher diese Norm als eine gegenüber § 2038 BGB speziellere Regelung zu verstehen ist und demnach Verfügungen nur gemeinschaftlich vorgenommen werden können, sodass einzelne Miterben die Vornahme vereiteln können, ist fraglich.

Zur Lösung des Problems sollen in der nachfolgenden Arbeit die einzelnen Meinungsstände detailliert dargestellt und diskutiert beziehungsweise bewertet werden. Dafür soll eine auslegungsorientierte Untersuchung erfolgen, bei der Wortlaut und Systematik analysiert werden und auch die historische Entwicklung betrachtet und ausgewertet wird, um den Willen des Gesetzgebers zu erschließen. Einzubeziehen ist auch die höchstrichterliche Rechtsprechung, die referiert und einer kritischen Analyse unterzogen werden soll.

Eine zentrale Bedeutung haben schließlich die verschiedenen Interessenlagen, die im Folgenden zunächst allgemein herauszuarbeiten sind und die später im Rahmen einer teleologischen Auslegung detailliert zu ergründen und abzuwägen sind. Inwieweit durch die Regelungen der §§ 2038 ff. BGB ein angemessener Ausgleich geschaffen wird beziehungsweise mit welcher Auslegung oder Anwendung dies am besten gewährleistet werden kann, bleibt klarzustellen. Es soll schwerpunktmäßig untersucht werden, inwiefern die divergierenden Interessen in der einen oder anderen Auslegungsal-

8 OLG Neustadt MDR 1962, 574; *v. Lübtow*, Erbrecht, 2. Halbband, S. 803; *Bartholomeyczik*, FS Reinhardt, S. 13 (22); *ders*., 4. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, S. 120 (191); *Jülicher*, AcP 175 (1975), 143 (156 f.); *Lange*, JuS 1967, 453 (456).

ternative angemessen berücksichtigt oder doch unangemessen benachteiligt werden. Dabei sind häufig hypothetische Erwägungen anzustellen, mit denen verschiedenste Konstellationen durchdacht und jeweils ausgewertet werden.

Abschließend soll ein Vergleich zu ausländischen Rechtsordnungen und den dort statuierten Regelungen zur Nachlassverwaltung innerhalb einer Erbengemeinschaft erfolgen.

Insgesamt hat diese Arbeit das Anliegen, eine fundierte, dogmatisch stimmige und interessengerechte Lösung für die bis heute – insbesondere auf Verfügungsebene – umstrittene Nachlassverwaltung in einer Erbengemeinschaft zu ermitteln.

B. Allgemeines zur Erbengemeinschaft

Zur Einführung in das Recht der Erbengemeinschaft sollen zunächst einige Grundlagen dargestellt werden, die für spätere Diskussionen bedeutsam sind.

I. Entstehung und Beendigung der Erbengemeinschaft

Sind – wie im Regelfall[9] – mehrere Erben vorhanden, bilden diese eine Erbengemeinschaft, § 2032 I BGB. Die Erbengemeinschaft entsteht demnach kraft Gesetzes[10] und zwar zwischen denjenigen gewillkürten (§§ 1937, 1941 BGB) oder gesetzlichen (§§ 1924 ff. BGB) Erben, die die Erbfolge auch tatsächlich antreten.[11] Voraussetzung ist demnach neben der Erbfähigkeit, dass keine Ausschlagung gemäß § 1953 I BGB, kein Erbverzicht gemäß § 2346 I BGB oder sonstige die Erbenstellung ausschließende Gründe vorliegen.[12]

Eine Herbeiführung der Erbengemeinschaft auf andere Weise als durch die gesetzliche Anordnung, beispielsweise durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung, ist indes ausgeschlossen.[13]

Als unfreiwilliger Zusammenschluss ist die Erbengemeinschaft keine Dauer-, sondern vielmehr eine Liquidationsgemeinschaft.[14] Sie endet, sobald die Auseinandersetzung im Sinne von § 2042 I BGB über den letzten Gegenstand erfolgt ist.[15] Die Auseinandersetzung erschöpft sich in erster Linie in der Befriedigung der Nachlassgläubiger (§ 2046 I BGB) und der

---

9 Siehe oben A.

10 NK-BGB/*Ann*, § 2032 Rn. 7; Palandt/*Weidlich*, § 2032 Rn. 1; Soergel/*Wolf*, § 2032 Rn. 3; *Ebenroth*, Erbrecht, Rn. 719; *Muscheler*, Erbrecht II, Rn. 3850.

11 MüKo-BGB/*Gergen*, § 2032 Rn. 2; Soergel/*Wolf*, § 2032 Rn. 2; Staudinger/*Löhnig*, Vorbem. §§ 2032 ff. Rn. 1; Hausmann/Hohloch/*Ann*, Handbuch des Erbrechts, Kap. 20 Rn. 9.

12 Burandt/Rojahn/*Flechtner*, § 2032 Rn. 9; Staudinger/*Löhnig*, Vorbem. §§ 2032 ff. Rn. 2.

13 Erman-BGB/*Bayer*, Vorb. §§ 2032 ff. Rn. 3; NK-BGB/*Ann*, § 2032 Rn. 8; Staudinger/*Löhnig*, Vorbem. §§ 2032 ff. Rn. 1.

14 *Lange*, Erbrecht, § 55 Rn. 1; *Michalski*, Erbrecht, Rn. 863.

15 MüKo-BGB/*Gergen*, § 2032 Rn. 5; *Ebenroth*, Erbrecht, Rn. 719; *Lange*, Erbrecht, § 55 Rn. 10.

Teilung des verbleibenden Nachlasses unter den Miterben, also der Übertragung der Nachlassgegenstände aus dem Sondervermögen in das Privatvermögen der Miterben (§ 2047 I BGB).[16] Solange noch mindestens ein Nachlassgegenstand ungeteilt fortbesteht, bleibt auch die Erbengemeinschaft bestehen.[17] Zur Beendigung der Erbengemeinschaft kommt es zudem dann, wenn sich alle Anteile in einer Hand vereinen.[18] Das Ausscheiden eines einzelnen Miterben ist für das Fortbestehen der Erbengemeinschaft jedoch unerheblich. So tritt bei einer Verfügung über den Miterbenanteil gemäß § 2033 I 1 BGB der Erwerber an die Stelle des vorherigen Miterben. Gleichermaßen tritt beim Tod eines Miterben dessen Erbe oder bei Vorhandensein mehrerer Erben dessen Erbengemeinschaft in die ursprüngliche Erbengemeinschaft ein (sogenannte Erbeserbengemeinschaft).[19] Durch formfreie Vereinbarung mit den anderen Miterben ist weiterhin das Ausscheiden eines einzelnen Miterben gegen Zahlung einer Abfindung möglich (sogenannte Abschichtung); der betroffene Anteil wächst sodann den übrigen Miterben zu.[20]

II. Die Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft

Mit Eintritt des Erbfalls wird der Nachlass gemäß § 2032 I BGB gemeinschaftliches Vermögen der Erben. Bei der Erbengemeinschaft handelt es sich also – wie bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB) und der ehelichen Gütergemeinschaft (§§ 1415 ff. BGB) – um eine Gesamthandsgemeinschaft.[21] Der Nachlass wird zu einem von dem jeweiligen persönlichen Vermögen der einzelnen Miterben zu trennenden Sondervermö-

16 Hausmann/Hohloch/*Ann*, Handbuch des Erbrechts, Kap. 20 Rn. 146; *Brox/Walker*, Erbrecht, § 31 Rn. 1; *Muscheler*, Erbrecht II, Rn. 3926.

17 MüKo-BGB/*Gergen*, § 2032 Rn. 5; NK-BGB/*Ann*, § 2032 Rn. 9; *Ebenroth*, Erbrecht, Rn. 719; *Lange*, Erbrecht, § 55 Rn. 10.

18 RGZ 88, 116 (118); *Brox/Walker*, Erbrecht, § 31 Rn. 8; *Löhnig*, Erbrecht, Rn. 541.

19 OLG Hamburg FamRZ 2016, 1881 (1884); Palandt/*Weidlich*, § 2032 Rn. 2; Soergel/*Wolf*, § 2032 Rn. 2; siehe dazu außerdem *Rather*, Die Erbeserbengemeinschaft. S. 1 ff.

20 BGHZ 138, 8 (10 f.) = NJW 1998, 1557; BeckOK-BGB/*Lohmann*, § 2032 Rn. 3; Krug/Daragan/*Krug*, Immobilie im Erbrecht, § 5 Rn. 99 ff.; *Löhnig*, Erbrecht, Rn. 540; *Schmidt*, Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, S. 224.

21 Palandt/*Weidlich*, § 2032 Rn. 1; PWW-BGB/*Zimmer*, § 2032 Rn. 5; Staudinger/*Löhnig*, Vorbem. §§ 2032 ff. Rn. 2; *Leipold*, Erbrecht, Rn. 721.