

33 Erbrechtspraxis

- 33 Ungewollte Fernwirkungen des Erbverzichts und Gestaltungshinweise zu ihrer Vermeidung  
Von Notar Dr. Maximilian Frhr. v. Proff, *licencié en droit (Universität Paris II-Panthéon-Assas), Köln*
- 38 Testamentsvollstreckung und Dauerverwaltung des Nachlasses  
Von Sebastian Stritter, *Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht, Wiesbaden*

42 Rechtsprechung

- 42 Erneute Einholung eines Sachverständigengutachtens bei Vorliegen eines psychiatrischen Gutachtens aus einem Betreuungsverfahren  
OLG München, Beschluss vom 13. Dezember 2016 – 31 Wx 144/15
- 48 Die Beteiligung am Erbscheinserteilungsverfahren  
OLG München, Beschluss vom 8. November 2016 – 31 Wx 254/16
- 49 Pflicht des Erben zur Einlegung der Beschwerde gem. § 15 Abs. 2 BNotO bei Weigerung des Notars zur Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses  
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Oktober 2016 – I-7 W 67/16
- 51 Kündigung des Mietverhältnisses eines Miterben durch die ungeteilte Erbengemeinschaft  
LG Berlin, Urteil vom 11. Oktober 2016 – 67 S 190/16
- 54 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Aufgebotsverfahren  
BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2016 – IV ZB 37/15

und weitere Rechtsprechung

Herausgeber

Deutsche Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge e.V.

Mitherausgeber

Dr. Marc Jülicher, RA und FASr · Dr. Michael Bonefeld, RA, FAErB und FAFam · Dr. Manuel Tanck, RA und FAErB · Dr. Rembert Süß, RA · Dr. Thomas Wachter, Notar · Dr. Christopher Riedel, LL.M., RA, FASr und StB · Raymond Halaczinsky, RA, Ministerialrat a. D. · Prof. Dr. Knut Werner Lange

Beirat

Walter Krug, Vors. RiLG a.D. · Prof. Dr. Ludwig Kroiß, Vizepräsident des LG · Dr. Hubertus Rohlfing, Notar, RA und FAErB · Prof. Dr. Peter Fischer, Vors. RiBFH a.D. · Prof. Dr. Elmar Wadle · Dr. Dietmar Moench, Ministerialrat a.D. · Michael Rudolf, RA und FAErB · Dr. Herbert Bartsch, RA und FAErB · Norbert Weinmann, Oberamtsrat · Prof. Dr. Rainer Lorz, RA · Michael Ott-Eulberg, RA und FAErB · Prof. Dr. Rainer Frank · Prof. Dr. Ralph Landsittel, RA, FASr und FAErB · Dr. Sebastian Spiegelberger, Notar a.D. · Dieter Gebel, Vizepräsident FG a.D. · Prof. Dr. Christoph Ann LL.M., RiLG · Prof. Dr. Wolfgang Burandt LL.M., M.A., MBA, RA, FAErB und FAFam · Dr. Stephan Scherer, RA und FAErB · Prof. Dr. Ulrich Magnus · Dr. Heinz-Willi Kamps, RA und FASr · Karl-Ludwig Kerscher, RA · Dr. K. Jan Schiffer, RA · Prof. Dr. Georg Jochum · Dr. Andreas Richter M.A. LL.M., RA und FASr · Dr. Heinrich Hübner, RA und StB · Stephan Rißmann, RA und FAErB · Dr. Daniel Lehmann, RA · Mark Pawlytta, RA · Dr. Martin Feick, RA · Thomas Littig, RA und FAErB · Prof. Dr. Stephan Lorenz · Ulrich Gerken, RA, FAErB und FASr · Gerhard Ruby, RA und FAErB · Dr. Andreas Schindler LL.M, RA · Dr. Alexander Wirich, RA und FAErB · Roland Wendt, RiBGH · Prof. Dr. Dr. Thomas Gergen · Dr. Dietmar Kurze, RA und FAErB · Prof. Dr. Dr. h.c. Walter Zimmermann

20. und 21. Oktober 2017  
**20. DEUTSCHES  
ERBRECHTSYMPOSIUM**  
Jetzt schon vormerken!

zerb  
verlag

Fachverlag für die  
Erbrechtspraxis

Stritter & Partner GbR  
Rechtsanwalt  
Sebastian Stritter  
Wettlinerstraße 3  
65189 Wiesbaden

0000 / 1309 / 67 / 1 / 1  
PvST, Deutsche Post AG, Entgelt bezahlt, E 52350  
zerb verlag GmbH, Rochusstr. 2-4, 53123 Bonn

 **DVEV**  
Deutsche Vereinigung für Erbrecht  
und Vermögensnachfolge e.V.

33 Erbrechtspraxis

- 33 Ungewollte Fernwirkungen des Erbverzichts und Gestaltungshinweise zu ihrer Vermeidung  
*Von Notar Dr. Maximilian Frhr. v. Proff, licencié en droit (Universität Paris II-Panthéon-Assas), Köln*
- 38 Testamentsvollstreckung und Dauerverwaltung des Nachlasses  
*Von Sebastian Stritter, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht, Wiesbaden*

41 Tagungsbericht

- 41 19. Deutsches Erbrecht-Symposium  
*Von Jaane Kind, Rechtsanwältin., Mannheim*

42 Rechtsprechung

- 42 Erneute Einholung eines Sachverständigengutachtens bei Vorliegen eines psychiatrischen Gutachtens aus einem Betreuungsverfahren  
 OLG München, Beschluss vom 13. Dezember 2016 – 31 Wx 144/15
- 48 Die Beteiligung am Erbscheinserteilungsverfahren  
 OLG München, Beschluss vom 8. November 2016 – 31 Wx 254/16
- 49 Pflicht des Erben zur Einlegung der Beschwerde gem. § 15 Abs. 2 BNotO bei Weigerung des Notars zur Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses  
 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Oktober 2016 – I-7 W 67/16
- 51 Kündigung des Mietverhältnisses eines Miterben durch die ungeteilte Erbengemeinschaft  
 LG Berlin, Urteil vom 11. Oktober 2016 – 67 S 190/16
- 54 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Aufgebotsverfahren  
 BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2016 – IV ZB 37/15
- 57 Synallagmatische Zuwendung der Bezugsberechtigung einer Lebensversicherung als Gegenleistung  
 LG Konstanz, Urteil vom 30. August 2016 – 4 O 453/15
- 59 Keine familiengerichtliche Genehmigung der Gründung einer Gesellschaft bei minderjährigen Erben  
 Amtsgericht Mainz, Beschluss vom 8. Juni 2016 – 39 F 136/15

60 Rezensionen

- 60 NomosKommentar Pflichtteilsrecht, Handkommentar  
*Barbara Dauner-Lieb/Herbert Grziwotz (Hrsg.)*

In idealer Ergänzung: Standardwerk und Internetportal

www.stiftungsrecht-plus.de

4. Auflage 2016

zerb verlag  
 Fachverlag für die Erbrechtspraxis

Die Stiftung in der Beraterpraxis

Werbekunden bei StiftungsrechtPLUS  
 Die Praxisposition 2012 zum BGB  
 Die Praxisposition 2012 zum BGB

### AUF MERK FÜR DEN RECHTSANWALT

In der Literatur ist es umstritten und höchstrichterlich ungeklärt, ob ein Pflichtteilsverzicht oder ein Erbverzicht, der nicht unter Vorbehalt des Pflichtteils erklärt wird, den Verlust von Rechtspositionen des Verzichtenden, insbesondere bei den Verteidigungsrechten nach §§ 2318, 2319, 2328 BGB und im Unterhaltsrecht (nachehelicher bzw. nachpartnerschaftlicher Unterhalt, § 1586 b BGB, ggf. iVm § 16 LPartG)

zur Folge hat. Im Höferecht (Nachabfindungsanspruch nach § 13 HöfeO) ist die Fernwirkung vom BGH anerkannt. In allen diesen Fällen kann, wenngleich auch dies noch nicht höchstrichterlich abgesegnet ist, gestalterisch entweder durch entsprechende Regelung im Pflichtteilsverzichtsvertrag oder durch letztwillige Verfügung die Fernwirkung ausgeschlossen werden.

## Testamentsvollstreckung und Dauerverwaltung des Nachlasses

Kein familiengerichtlicher Genehmigungsvorbehalt bei Aufnahme von minderjährigen Erben als Kommanditisten in eine bestehende Familien-KG mittels Einlage von Nachlassvermögen durch den Vater der Kinder als Dauertestamentsvollstrecker

Von Sebastian Stritter, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht, Wiesbaden

Der Erblasser kann in seiner letztwilligen Verfügung festlegen, dass die Verwaltung und Auseinandersetzung des Nachlasses durch einen Testamentsvollstrecker vorzunehmen ist. Hierdurch wird die Verwaltungs- und Verfügungsmacht der Erben über den Nachlass ausgeschlossen und allein dem weisungsfreien Testamentsvollstrecker übertragen. Ziel ist dabei meist die Vermeidung von Konflikten unter den Erben und die Sicherung der Handlungsfähigkeit des Nachlasses. Bei der Einsetzung von nicht geschäftsfähigen oder minderjährigen Erben wird häufig eine Dauertestamentsvollstreckung angeordnet, sodass der Testamentsvollstrecker den Erbteil dieser Personen über einen gewissen Zeitraum – bei Minderjährigen bis zum Erreichen der Volljährigkeit oder, wie häufig in der Praxis gesehen, bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres – zu verwalten hat. Durch seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung nach § 2216 Abs. 1 BGB ist es dem Dauertestamentsvollstrecker unter sorgfältiger Ausübung seines Ermessens gestattet und geboten, das der Verwaltung unterliegende Nachlassvermögen auf verschiedene Art und Weisen für die Erben anzulegen. Welche Maßnahmen ordnungsgemäß sind, ist im konkreten Einzelfall zu bestimmen.

### I. Aufgaben des Testamentsvollstreckers

Testamentarisch kann konkretisiert werden, welche Aufgaben der Testamentsvollstrecker haben soll. Der gesetzliche Regelfall ist die Abwicklungs-, bzw. Auseinandersetzungsvollstreckung (§§ 2203, 2204 BGB) einschließlich Verwaltungsbefugnis (§ 2205 BGB), um die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen.<sup>1</sup> Der Testamentsvollstrecker hat den Nachlass zu sichern, in Besitz zu nehmen und zu verwalten, er hat ein Nachlassverzeichnis zu erstellen, ggf. jährlich Rechnung zu legen, die Erbschaftsteuern zu begleichen und den Nachlass nach einem zu erstellenden Auseinandersetzungplan abzuwickeln.

Der Erblasser kann einem Testamentsvollstrecker auch die Dauerverwaltung des Nachlasses über einen festgelegten Zeitraum übertragen. Der Dauertestamentsvollstrecker hat dann den Nachlass oder bestimmte Erbteile über diesen Zeitraum ordnungsgemäß mit dem Zweck des Erhalts und Vermehrung des Vermögens zu verwalten. Die Dauer der Verwaltung ergibt sich aus den Anordnungen des Erblassers, wobei die Höchstfristen nach § 2210 BGB zu beachten sind. Soweit ein Testamentsvollstrecker kraft letztwilliger Verfügung zur Verwaltung des Nachlasses ermächtigt wird, legt § 2211 Abs. 1 BGB fest, dass insoweit die den Erben nach §§ 2038, 2040 BGB grundsätzlich zustehende Verfügungsmacht ausgeschlossen ist. Verfügungen der Erben sind (schwebend) unwirksam; gutgläubiger Erwerb bleibt möglich.<sup>2</sup> Gibt der Testamentsvollstrecker allerdings Nachlassgegenstände an die Erben frei,

endet insoweit seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis; § 2217 Abs. 1 S. 2 BGB.

### II. Ordnungsgemäße Vermögensverwaltung und Ermessensspielraum

Nach § 2216 Abs. 1 BGB ist der Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Aufgaben zu einer ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet. Dabei hat der Testamentsvollstrecker vorrangig etwaige durch Auslegung der letztwilligen Verfügung zu ermittelnde Verwaltungsanordnungen des Erblassers zu befolgen.<sup>3</sup> Hat der Erblasser keine (bindenden) Anordnungen getroffen, so hat sich die Verwaltung im gesetzlichen Rahmen am Sinn und Zweck der Testamentsvollstreckung und den Umständen des Einzelfalls zu orientieren.

Bei der Ausführung seiner Aufgaben steht dem Testamentsvollstrecker ein angemessener Ermessensspielraum<sup>4</sup> zu. Eine ordnungsgemäße Verwaltungsmaßnahme wird in aller Regel daran zu bemessen sein, ob sie aus wirtschaftlichen, vernünftigen und allgemein nachvollziehbaren Gründen getätigt wurde. Der Testamentsvollstrecker hat unternehmerische Eigeninitiative zu ergreifen; eine sichere oder mündelsichere Anlage muss er dabei

1) MüKollZimmermann, BGB, Bd. 9, 5. Aufl., § 2203 Rn 1.

2) MüKollZimmermann, BGB, Bd. 9, 5. Aufl., § 2211 Rn 7.

3) BayObLG NJW 1976, 1692.

4) LG München I, Urt. v. 13.1.2006, Az. 30 O 6959/05; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.2.1999, Az. 3 Wx 411/98; BayObLG, Beschl. v. 18.12.1997, Az. 1Z BR 97/97.

im Gegensatz zu einem Betreuer nicht wählen. In der Rechtsprechung des BGH<sup>5</sup> wird das Leitbild des umsichtigen und soliden, jedoch auch dynamischen Geschäftsführers zugrunde gelegt, der die Risiken und Chancen einer Vermögensanlage kalkuliert und dann eingeht/nutzt oder nicht. Er kann daher sogar pflichtwidrig handeln, wenn er – statt die Ertragsmöglichkeiten auszuschöpfen – nur eine mündelsichere Anlage wählt. Auch spekulative Geschäfte sind denkbar. Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der jeweiligen Handlung dürfen nicht ersichtlich sein. Für die Zweckmäßigkeit trägt der Testamentsvollstrecker die alleinige Verantwortung; er entscheidet über die Art und Weise der Verwaltung. Dabei ist er unbeschränkt Verfügungsbefugt und bedarf keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, auch im Hinblick auf einen in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkten Erben.<sup>6</sup>

Der Testamentsvollstrecker ist nach §§ 2206 Abs. 1 BGB auch berechtigt, Verbindlichkeiten für den Nachlass einzugehen, soweit die Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist. Die Vorschrift soll dem Regeltypus der Abwicklungsvollstreckung genügen, bei welcher der Nachlass keine dem Zweck der Abwicklung zuwiderlaufenden Verpflichtungen eingehen soll. Der Erbe ist in diesem Fall nach Abs. 2 verpflichtet, seine Zustimmung für die Eingehung solcher berechtigten Verbindlichkeiten zu erteilen. Im Fall einer Dauertestamentsvollstreckung ist darüber hinausgehend im Zweifel mit der gesetzlichen Auslegungsregel nach §§ 2209 aE iVm 2207 BGB anzunehmen, dass der Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass nicht beschränkt ist – unter Abbedingung der Beschränkung aus § 2206 BGB.<sup>7</sup> Dies erleichtert dem Dauervollstrecker die Erfüllung seiner andauernden Aufgaben im Verhältnis zum Erben. Diese Befreiung, bzw. erweiterte Verpflichtungsermächtigung kann und sollte im Testament ausdrücklich verfügt werden.

Der Dauertestamentsvollstrecker kann im Rahmen seiner Verwaltungstätigkeit nach sorgfältiger Ausübung seines Ermessens im Einzelfall mit den Nachlassmitteln für die Erben beispielsweise Bank- und Vermögensanlagen tätigen, Wertpapierhandel betreiben, Grundstücke erwerben<sup>8</sup> und veräußern oder Dauerschuldverhältnisse eingehen (z. B. Vermietung oder Verpachtung).

Inwieweit der Testamentsvollstrecker Inisichgeschäfte mit sich selbst abschließen darf (§ 181 BGB), hängt von der entsprechenden (rechtlich zulässigen) Befreiung in der letztwilligen Verfügung ab. Diese kann im Testament ausdrücklich erfolgen oder im Rahmen der Auslegung nach Sinn und Zweck der Testamentsvollstreckung ermittelt werden.<sup>9</sup> Letzteres bringt naturgemäß praktische Schwierigkeiten mit sich. Steht dabei ein nicht ausdrücklich befreites Elternteil als Testamentsvollstrecker in einem solchen Interessensgegensatz, können bei konkretem Anlass im Einzelfall die Anordnung einer Einzelpflegschaft und eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich werden.<sup>10</sup>

### III. Vermögensverwaltende Familien-KG

Nach den vorgenannten Grundsätzen kann im Einzelfall auch die Einlage von Nachlassvermögen in eine zugunsten der Erben zu begründende Kommanditbeteiligung an einer bestehenden Familien-Kommanditgesellschaft mit Gesellschaftszweck „Vermögensverwaltung“ eine zweckmäßige und ordnungsge-

mäße Verwaltung durch den Dauervollstrecker darstellen.<sup>11</sup> Eine Dauertestamentsvollstreckung an Kommanditanteilen einschließlich der Verwaltungsrechte ist allgemein rechtlich zulässig.<sup>12</sup> Ein Testamentsvollstreckervermerk kann im Handelsregister eingetragen werden.<sup>13</sup> Die Kommanditisten haften schließlich nur beschränkt und sind nicht an der Geschäftsführung beteiligt. Die Testamentsvollstreckung muss im Gesellschaftsvertrag zugelassen werden, bzw. die Mitgesellschafter müssen ihre Zustimmung hierzu erteilen.

Wenn insoweit mit Einbringung von Nachlassmitteln der minderjährigen Erben durch deren Vater als Dauertestamentsvollstrecker eine Aufnahme bzw. Beitritt der Kinder als Kommanditisten in eine bereits bestehende Familien-KG herbeigeführt wird, bedarf diese Verwaltungsmaßnahme, bzw. der Abschluss des Beitrittsvertrags, weder einer familiengerichtlichen Genehmigung noch der Anordnung einer Einzelpflegschaft.<sup>14</sup> Dies gilt nach dem vorliegenden Beschluss des Amtsgericht Mainz, Familiengericht, vom 8.6.2016, Az. 39 F 136/15 = ZErb 2017, 59, jedenfalls für einen Dauertestamentsvollstrecker, der testamentarisch von allen gesetzlichen Beschränkungen befreit (insbesondere Befreiung von § 181 BGB) und in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass nicht beschränkt ist (erweiterte Verpflichtungsbefugnis nach § 2207 BGB).

Der Testamentsvollstrecker ist Treuhänder und Inhaber eines privaten Amtes, also weder Vertreter des Erblassers noch der Erben. Da die Eltern nicht zur Verwaltung des der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlasses berechtigt sind, finden die §§ 1822 Nr. 3, 1643 BGB folglich keine Anwendung.<sup>15</sup> Der Testamentsvollstrecker ist allein unbeschränkt Verfügungsbefugt und unterliegt selbst keinem familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalt.<sup>16</sup> Auch einem vom Erblasser über den Tod hinaus Bevollmächtigten ist es rechtlich gestattet, ferner solche Geschäfte genehmigungsfrei vorzunehmen, die sonst ein Vormund für den Mündel nicht ohne Genehmigung hätte abschließen können.<sup>17</sup> Gleichermaßen bedarf der Erwerb eines Grundstücks durch einen Testamentsvollstrecker, der den Nachlass für einen minderjährigen Alleinerben verwaltet, nicht der familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1821 BGB.<sup>18</sup>

5) BGH, Urt. v. 3.12.1986, Az. IV a ZR 90/85; Staudinger/Reimann, § 2216, Rn 2 ff. 7.

6) BGH, Beschl. v. 30.11.2005, Az. IV ZR 280/04.

7) MüKoll/Zimmermann, BGB, Bd. 9, 5. Aufl., § 2206 Rn 1, § 2207 Rn 1.

8) OLG Karlsruhe, Beschl. v. 1.6.2015, Az. 11 Wx 29/15.

9) BGH, Urt. v. 29.4.1959, Az. V ZR 11/58; OLG Hamm, Beschl. v. 23.3.2004, Az. 15 W 75/04.

10) BGH, Beschl. v. 5.3.2008, Az. XII ZB 2/07; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 21.12.2006, Az. 5 UF 190/06.

11) MüKoll/Zimmermann, BGB, Bd. 9, 5. Aufl., § 2205 Rn 56.

12) BGHZ 108, 187 = NJW 1989, 3152 ff.

13) BGH, Beschl. v. 14.2.2012, Az. II ZB 15/11.

14) Amtsgericht Mainz, Familiengericht, Beschl. v. 8.6.2016, Az. 39 F 136/15.

15) OLG Karlsruhe, Beschl. v. 1.6.2015, Az. 11 Wx 29/15; BayObLG NJW-RR 1992, 328; OLG Hamburg DNotZ 1983, 381 zum Erwerb Kommanditanteil; Staudinger/Veit, 2014, Vorb. zu §§ 1821, 1822, Rn 20; MüKoll/Wagenitz, BGB, 6. Aufl., § 1821, Rn 13; BeckOK BGB/Bettin, Edition 34, § 1812, Rn 2; Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentgestaltung, 4. Aufl., § 15, Rn 53; Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 4. Aufl., Kap. 1, Rn 26.

16) Amtsgericht Mainz, Familiengericht, Beschl. v. 8.6.2016, Az. 39 F 136/15; BGH, Beschl. v. 30.11.2005, Az. IV ZR 280/04.

17) RGZ 106, 185.

18) OLG Karlsruhe, Beschl. v. 1.6.2015, Az. 11 Wx 29/15; Lafontaine in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 1821, Rn 14.

Zugunsten der (minderjährigen) Erben als Kommanditisten tritt die Haftungsbeschränkung nach §§ 161 Abs. 1, 171 Abs. 1 HGB ein, die eine über die Einlage hinausgehende persönliche Haftung ausschließt. Die Einlage ist ausschließlich aus Nachlassmitteln<sup>19</sup> unter entsprechender Fortsetzung der Testamentsvollstreckung zu erbringen. Um eine persönliche Haftung der Erben entfallen zu lassen und die Ordnungsmäßigkeit der Verwaltungsmaßnahme zu wahren, ist die Einlage vor Eintragung im Handelsregister oder anderweitiger Kundgabe nach § 172 Abs. 2 HGB vollständig zu leisten.

Die fortlaufenden Jahresabschlüsse bzw. Gewinn- und Verlustrechnungen können sogar zur Erfüllung der jährlichen Rechnungslegungspflicht des Testamentsvollstreckers herangezogen werden.

#### IV. Prüfungspflicht des Registergerichts und Werthaltigkeitsnachweis

Zum Schutz der Erben ist der Testamentsvollstrecker nach § 2205 Abs. 3 BGB zu unentgeltlichen Verfügungen nur berechtigt, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Im Übrigen sind Schenkungen oder unentgeltliche Verfügungen durch den Testamentsvollstrecker grundsätzlich unzulässig.

Bei Verfügungen über Grundstücke hat der Testamentsvollstrecker die Entgeltlichkeit gegenüber dem Grundbuchamt nachzuweisen.<sup>20</sup> Entsprechendes gilt bei der Einlage des Nachlassvermögens in die Kommanditgesellschaft. Im Rahmen der Anmeldung zum Handelsregister unter Vorlage des Beitrittsvertrags mit entsprechender Zustimmung der Mitgesellschafter kann zusätzlich die Beibringung einer aussagekräftigen Werthaltigkeitsbescheinigung eines Steuerberaters oder eines Gutachters eines Wirtschaftsprüfers erforderlich sein. Grundbuchämter und Registergerichte haben von Amts wegen eine entsprechende Prüfungspflicht<sup>21</sup>, zumindest wenn Anhaltspunkte für eine unentgeltliche Verfügung vorliegen. Solche Hinweise können in den engen verwandtschaftlichen Verhältnissen der an einer Familiengesellschaft beteiligten Personen liegen. Eine Schenkung bzw. unentgeltliche Verfügung kann angenommen werden, soweit die wirtschaftliche Situation der Familiengesellschaft zu einer Wertlosigkeit der eingelegten Nachlassmittel führt.

Alternativ kann der Beitritt ohne Werthaltigkeitsnachweis erfolgen, wenn er für den Minderjährigen durch einen gericht-

lich eingesetzten Einzelpfleger erklärt und anschließend durch das Familiengericht genehmigt wird. Einem unentgeltlichen, rechtsgeschäftlichen Handeln des Testamentsvollstreckers iSv § 2205 BGB wird dadurch wirksam zugestimmt. Zu beachten ist allenfalls, dass – dem Schutzzweck des § 2205 Abs. 3 BGB folgend – möglicherweise weitere am Nachlass berechnete Personen (etwa noch nicht befriedigte Vermächtnisnehmer oder Nacherben) ebenfalls ihre Zustimmung erteilen müssen, um unentgeltliche Verfügungen des Testamentsvollstreckers aus dem Nachlass zu ermöglichen.<sup>22</sup>

#### V. Haftung des Testamentsvollstreckers

Zum Schutz der Erben und Vermächtnisnehmer haftet der Testamentsvollstrecker nach § 2219 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz, wenn er schuldhaft die ihm obliegenden Verpflichtungen, insbesondere die Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung, verletzt. Selbst wenn der Testamentsvollstrecker im Außenverhältnis wirksame Verwaltungsmaßnahmen vornimmt, stellt sich im Innenverhältnis die Haftungsfrage hinsichtlich deren Ordnungsmäßigkeit oder Pflichtwidrigkeit. Für die Ordnungsmäßigkeit seiner Verwaltungsentscheidung ist er nach den zuvor unter II. dargestellten Grundsätzen verantwortlich. War die Maßnahme ordnungsgemäß, begründet dies auch keine Haftung. War sie hingegen nicht ordnungsgemäß, so haftet er für einen etwa eingetretenen Schaden.

Über die gesetzliche Haftungsregel nach § 2219 BGB wird der Schutz von minderjährigen Erben bei angeordneter Testamentsvollstreckung sogar erweitert. Denn ohne Testamentsvollstreckung sind kraft Gesetzes die Eltern zur Vermögenssorge und Verwaltung des geerbten Vermögens berufen und können bei eingetretenen Schäden unter Umständen die Haftungserleichterungen aus § 1664 BGB Abs. 1 einwenden.<sup>23</sup> Hiernach haben Eltern bei der Ausübung der elterlichen Sorge dem Kind gegenüber nur für die Sorgfalt einzustehen, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Der Testamentsvollstrecker haftet hingegen für jede Stufe der Fahrlässigkeit (und natürlich bei Vorsatz), wodurch der Minderjährigenschutz erweitert wird.

19) Zur Einlagenerhöhung: BGH, Beschl. v. 14.2.2012, Az. II ZB 15/11 Rn 20; MüKollZimmermann, BGB, Bd. 9, 5. Aufl., § 2205 Rn 44.

20) Keim ZEV 2007, 470 ff.

21) OLG Zweibrücken, Rpfleger 2001, 173; MüKollZimmermann, BGB, Bd. 9, 5. Aufl., § 2205 Rn 100.

22) MüKollZimmermann, BGB, Bd. 9, 5. Aufl., § 2205 Rn 80.

23) Palandt/Götz, BGB, 74. Aufl., § 1664 Rn 3.

#### ANMERKUNGEN

Die Frage der Ordnungsmäßigkeit einer Verwaltungsmaßnahme des Dauertestamentsvollstreckers ist stets im Einzelfall zu beurteilen, wobei dem Testamentsvollstrecker ein angemessener, dynamisch-solider Ermessensspielraum zur Verfügung steht. Nach Abwägung der konkreten Umstände im Einzelfall kann die Einbringung von Nachlassmitteln in eine bestehende vermögens- und immobilienverwaltende Familien-KG zugunsten der minderjährigen Erben als Kommanditisten zweckmäßig sein, wenn sich die Anlagemöglichkeit als wirtschaftliche, vernünftige und allgemein nachvollziehbare Maßnahme zum Erhalt und zur Vermehrung des

geerbten Vermögens darstellt. Eine Werthaltigkeitsbescheinigung über das Vermögen der Gesellschaft schützt und stützt den Testamentsvollstrecker. Eine frühzeitige Einbindung des zuständigen Familiengerichts ist jedenfalls anzuraten, dient diese neben der gerichtlichen Überprüfung des Minderjährigenschutzes bei angefallenen Erbschaften (vgl. Vermögensverzeichnis nach § 1640 BGB) doch auch dem Schutz der Entscheidungen des Testamentsvollstreckers, selbst wenn sich dabei im Ergebnis herausstellt, dass weder eine Pflegschaft noch eine familiengerichtliche Genehmigung für das Handeln des Testamentsvollstreckers erforderlich sind.



Herrn ... gerechnet. Er habe gemeint, es sei ja selbstverständlich, die Beklagte als Bezugsberechtigte einzusetzen. Im April 2013 – also zweieinhalb Jahre später – sei die Lebensversicherung von Frau ... abgeschlossen worden, die ihrerseits Herrn ... als Bezugsberechtigten eingesetzt hätte. Eine unwiderrufliche Bezugsberechtigung hätte er aus seiner professionellen Sicht nicht empfohlen, da ja immer unvorhersehbare Dinge passieren könnten und demgemäß eine Trennung ja nicht ausgeschlossen gewesen wäre. Der Zeuge räumte aber ebenfalls ein, dass im Fall einer einseitigen Änderung der Bezugsberechtigung und keinem Einverständnis mit der Benachrichtigung des anderen Teils von ihm dann eben die Bezugsberechtigung einseitig geändert worden wäre, ohne den anderen Teil zu benachrichtigen.

Demgemäß steht unter Würdigung dieser Aussage zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die Einräumung der widerrufenen Bezugsberechtigung schon nicht der Altersvorsorge des jeweils anderen Teils diene, sondern vielmehr ein Ausdruck des gegenseitigen Vertrauens war, und dass zum anderen sowohl für die Beklagte als auch dem Erblasser es weiterhin möglich

war, einseitig die Bezugsberechtigung – ohne den anderen Teil hiervon zu informieren – zu ändern, weswegen eine synallagmatische Verbindung der beiden Bezugsberechtigungen gerade nicht vorlag.

Vielmehr konnten beide zu Lebzeiten faktisch frei über die Lebensversicherung bzw. die Bezugsberechtigung disponieren, weswegen nach dem oben Dargelegten bereits keine lebzeitige gemeinschaftsbezogene Zuwendung vorlag, welche im Rahmen des § 2325 BGB und der dargestellten Ausnahmen ausnahmsweise nicht auszugleichen wäre.

Demgemäß ist der hälftige Wert der Lebensversicherung in Höhe von 71.153,45 € nach § 2325 BGB auszugleichen, weswegen der Pflichtteilsanspruch und der Pflichtteilergänzungsanspruch zusammen 148.508,89 € betragen, wovon wiederum 80.000,00 € unstreitig in Abzug zu bringen sind. Hieraus errechnet sich der zugesprochene Betrag in Höhe von 68.508,89 €.

(...)

## Keine familiengerichtliche Genehmigung der Gründung einer Gesellschaft bei minderjährigen Erben

*Amtsgericht Mainz, Beschluss vom 8. Juni 2016 – 39 F 136/15*

### Leitsatz

Die Gründung einer Gesellschaft durch den Testamentsvollstrecker mit Mitteln aus dem Nachlass bedarf auch bei Minderjährigkeit der Erben keiner familiengerichtlichen Genehmigung. Der Testamentsvollstrecker ist als Treuhänder des Nachlasses und Inhaber eines vom Erblasser übertragenen privaten Amtes nicht Vertreter des Erblassers oder der Erben und daher unbeschränkt Verfügungsberechtigter.

### Gründe

(...) Soweit der Testamentsvollstrecker für die minderjährigen Erben sich mit Mitteln des Nachlasses an der Gründung einer Gesellschaft beteiligen will, unterliegt er hierfür keiner familiengerichtlichen Genehmigung (OLG Karlsruhe, FamRZ 2015, 2086 ff).

Der TV ist Treuhänder und Inhaber eines privaten Amtes, also weder Vertreter des Erblassers noch der minderjährigen Erben.

Die Vorschrift der §§ 1643, 1822 Nr. 3 BGB findet daher keine Anwendung, wenn der TV mit Mitteln des Nachlasses eine Gesellschaft mitbegründet, da nur der TV und nicht die Eltern zur Verwaltung über den Nachlass berechtigt ist.

Nicht nachgewiesen ist, dass der TV die Mittel freigegeben hätte und diese damit zu jeweils Kindesvermögen geworden wären, welches dann grundsätzlich der Vermögenssorge der Eltern unterläge.

Aber auch in diesem Fall wäre die Genehmigung zu versagen, da dann der Gründung der Gesellschaft mit den Eltern selbst

als Mitgesellschafter ein Vertretungshindernis entgegenstände (§§ 1909, 1915 BGB), was einen Ergänzungspfleger erfordern würde, nur dem gegenüber dann eine Genehmigung erforderlich würde (§§ 1915, 1822 Nr. 3 BGB).

Der TV ist unbeschränkt Verfügungsberechtigter und unterliegt selbst keinem familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalt (BGH ZEV 2006, 262, juris RZ 2).

Ein Antrag der Eltern auf familiengerichtliche Genehmigung zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrags mit Mitteln des Nachlasses, bei dem die Kinder Erben sind, ist daher unzulässig. Da ein „Negativattest“ einer Genehmigung in seiner Rechtswirkung nicht gleichsteht, war durch die Versagung einer solchen zu entscheiden. Im Zusammenhang braucht nicht entschieden zu werden, ob es dem TV überhaupt zugelassen ist, mit sich und seiner Ehefrau einen Gesellschaftsvertrag zu begründen. Registerrechtlich wird zu bewerten sein, ob die Befreiung des TV von § 181 BGB auch insoweit Anwendung findet oder nicht.

(...)