

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

23

BGB §§ 1638, 2227; FGG §§ 19, 12

- a) Weist das Gericht den einleitenden Verfahrensantrag in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit als unzulässig zurück, weil der minderjährige Antragsteller durch seine Eltern nicht ordnungsmäßig vertreten sei, dann kann den Eltern nicht verwehrt werden, diese Rechtsauffassung durch das Rechtsmittelgericht überprüfen zu lassen. Das zu diesem Zweck von den Eltern eingelegte Rechtsmittel ist nicht aus demselben Grunde unzulässig.
- b) Sind die Voraussetzungen des § 1638 BGB erfüllt, dann können die Eltern einen Antrag auf Entlassung des für das zugewendete Vermögen zuständigen Testamentsvollstreckers nicht für das Kind stellen.
- c) Der in dem Fehlen der gesetzlichen Vertretungsmacht liegende Verfahrensmangel wird rückwirkend geheilt, wenn der für das Kind bestellte Pfleger das bisherige Verfahren genehmigt. Eine solche Genehmigung kann auch noch im Rechtsbeschwerdeverfahren erklärt werden.
- d) Bestehen Bedenken gegen die Zulässigkeit eines Entlassungsantrages gemäß § 2227 BGB, dann ist es zumindest angebracht, daß der Richter darauf hinweist und Gelegenheit gibt, den Bedenken Rechnung zu tragen.

BGH, Beschl. v. 30. November 1988 - IVa ZB 12/88 - OLG Düsseldorf
LG Wuppertal
AG Wuppertal

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IVa ZB 12/88

in der Nachlaßsache

nach dem am 20. Dezember 1986 verstorbenen Kaufmann Karl K., zuletzt wohnhaft in W., S.straße 35,
an der beteiligt sind:

1. die am 11. August 1978 geborene Schülerin Sandra R., Im H. 59, W., gesetzlich vertreten durch ihren Pfleger, Landesoberamtsrat Gerd G., V.straße 115, W.,

Antragstellerin
und Beschwerdeführerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte und Kollegen, W. str. 7, W. -

2. der Steuerberater Walter D., F. 111, W.,

Antragsgegner
und Beschwerdegegner,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und Kollegen, A. M. 5-7, W. -

- 2 -

23

Der IVa-Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch
den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller,
Dr. Lang, Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Ritter

am 30. November 1988

beschlossen:

Auf die Rechtsmittel der Beteiligten zu 1)
werden der Beschluß der 8. Zivilkammer des
Landgerichts Wuppertal vom 16. Dezember 1987
- 8 T 25/87 - und der Beschluß des Amtsgerichts
Wuppertal vom 11. August 1987 - 56 A
VI 6-7/87 - aufgehoben. Die Sache wird zur
anderweiten Behandlung und Entscheidung an
das Amtsgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I. Die Abkömmlinge des am 20. Dezember 1986 verstorbenen
Erblassers sind seine Tochter Marion und deren Kinder
Sandra und Vanessa. Aufgrund Testaments vom 23. Juli 1985
wurde er allein von seiner Enkelin Sandra, der Beteiligten
zu 1), beerbt. Der Erblasser ordnete Testamentsvollstreckung
an. Testamentsvollstrecker ist der Beteiligte zu 2).

Die Eltern der minderjährigen Alleinerbin haben als deren
gesetzliche Vertreter beantragt, den Testamentsvollstrecker
wegen grober Pflichtverletzung aus seinem Amte zu
entlassen. Amtsgericht und Landgericht halten diesen Antrag



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

für nicht wirksam gestellt, weil die Eltern der Alleinerbin diese bei der Stellung des Entlassungsantrages nicht vertreten könnten; sie seien nämlich vom Erblasser gemäß § 1638 BGB von der Verwaltung des dem Kind zugewendeten Nachlasses ausgeschlossen. Das habe zur Folge, daß die Eltern auch den Antrag auf Entlassung des Testamentsvollstreckers nicht für die Alleinerbin stellen könnten. Hiergegen haben die von den Eltern der Beteiligten zu 1) bevollmächtigten Rechtsanwälte weitere Beschwerde eingelegt; sie haben gleichzeitig auch eine Vollmacht des inzwischen bestellten Pflegers (Wirkungskreis: unter anderem "Vertretung der Kindesinteressen gegenüber dem Testamentsvollstreckter") vorgelegt und dabei für diesen erklärt, der Pfleger trete "hiermit" "als weiterer Beteiligter" dem Verfahren bei.

II. Das Oberlandesgericht möchte die Entscheidungen des Landgerichts und des Amtsgerichts aufheben und die Sache an das Amtsgericht zurückverweisen. Es vertritt die Auffassung, die Beteiligte zu 1) werde im vorliegenden Verfahren nunmehr von dem Pfleger als ihrem gesetzlichen Vertreter ordnungsmäßig vertreten. Dessen Erklärung, er trete dem Verfahren als weiterer Beteiligter bei, sei dahin zu verstehen, daß er die zuvor von den Eltern der Beteiligten zu 1) vorgenommenen Prozeßhandlungen genehmige.

Das Oberlandesgericht schließt sich der Meinung der Vorinstanzen an, daß der Erblasser die Eltern der Beteiligten zu 1) durch letztwillige Verfügung von der Verwaltung seines Nachlasses im Sinne von § 1638 BGB - unabhängig von der Testamentsvollstreckung - habe ausschließen wollen. Infolgedessen seien die Eltern der Beteiligten zu 1) von der

Vermögenssorge für den Nachlaß ausgeschlossen. Dieser Ausschluß erstreckte sich auch auf die Wahrnehmung der Rechte des Kindes in einem Verfahren, in dem es um die Entlassung des Testamentsvollstreckers aus seinem Amt gehe (§ 2227 BGB). Dieser Mangel des Verfahrens sei aber durch die von dem Pfleger im dritten Rechtszug erklärte Genehmigung geheilt.

An dieser Entscheidung sieht sich das Oberlandesgericht durch die auf weitere Beschwerde ergangenen Beschlüsse des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 23. April 1965 - 6 W 136/65 - (DNotZ 1965, 482 m. Anm. von Baur) und des Kammergerichts vom 25. Januar 1935 (JFG 12, 107 = DJ 1935, 1070 m. Anm. von Maßfeller) gehindert, in denen eine rückwirkende Heilung eines entsprechenden Verfahrensmangels verneint wird.

Das Berufungsgericht hat die Sache deshalb dem Bundesgerichtshof vorgelegt. Gegen die Zulässigkeit der Vorlage bestehen keine Bedenken. Demgemäß hat der Bundesgerichtshof über die weitere Beschwerde zu entscheiden (§ 28 FGG).

III. Die weitere Beschwerde, bei der es sich entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht um eine sofortige (vgl. §§ 81, 29 Abs. 2, 27 FGG), sondern um eine unbefristete (einfache) handelt, ist statthaft und in rechter Form (§ 29 Abs. 1 Satz 1 FGG) eingelegt. Die Beteiligte zu 1) ist beschwerdeberechtigt (§ 20 Abs. 1 FGG) und wird - jedenfalls seitdem der Pfleger bestellt ist - in dem vorliegenden Verfahren allein von diesem (§ 1630 Abs. 1 BGB) ordnungsmäßig vertreten.

IV. Die weitere Beschwerde ist auch begründet.

1. Das Landgericht hält die zu ihm eingelegte Beschwerde ohne Begründung für zulässig, obwohl es gleichzeitig die Auffassung vertritt, die Eltern könnten das Kind in dem Entlassungsverfahren gemäß § 1638 BGB nicht wirksam vertreten. Das ist zutreffend.

Leidet der einleitende Verfahrensantrag an einem Mangel, etwa weil der Antragsteller nicht verfahrensfähig oder nicht ordnungsmäßig vertreten ist, und weist das Gericht den Antrag aus diesem Grunde zurück, dann kann es dem Antragsteller nicht verwehrt werden, diese Auffassung durch das Rechtsmittelgericht überprüfen zu lassen. Ein zu diesem Zweck eingelegtes Rechtsmittel kann daher nicht ohne Sachprüfung als unzulässig verworfen werden, weil es an demselben Mangel leide, der auch dem einleitenden Antrag an das erstinstanzliche Gericht anhafte. Vielmehr ist das Rechtsmittel gerade zum Zweck der sachlichen Prüfung, ob der Mangel nun vorliegt oder nicht, als zulässig zu behandeln. Das ist für den Fall der Verneinung der Verfahrensfähigkeit (Prozeßfähigkeit) seit langem anerkannt (BGHZ 18, 184, 190; vgl. aber auch BGHZ 35, 1, 6) und kann - auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit - nicht anders sein, wenn es um eine Frage der (Reichweite der) gesetzlichen Vertretung geht.

2. Rechtlich zutreffend ist es auch, wenn das Landgericht annimmt, daß die Vermögenssorge der Eltern (§ 1626 Abs. 1 BGB für solches Vermögen, das ihrem minderjährigen Kind gemäß § 1638 BGB zugewendet wird, gänzlich ausgeschlos-

sen ist, und zwar einschließlich der gesetzlichen Vertretung (§ 1629 Abs. 1 Satz 1 BGB). Liegen die Voraussetzungen des § 1638 BGB vor, wie die Vorinstanzen und das vorlegende Oberlandesgericht hier mit guten Gründen angenommen haben, dann können die Eltern daher einen Antrag gemäß § 2227 BGB auf Entlassung des für das zugewendete Vermögen zuständigen Testamentsvollstreckers nicht für das Kind stellen, auch nicht "in Sorge für das Vermögen des Kindes". Die Vermögenssorge ist ihnen insoweit gerade genommen, so daß ihnen auch eine entsprechende gesetzliche Vertretungsmacht fehlt. Wenn dieser im Schrifttum weithin gebilligten Auffassung von Baur entgegengehalten wird (DNotZ 1965, 484; zustimmend Palandt/Edenhofer, BGB 47. Aufl. § 2227 Anm. 3; wie Senat BayObLGZ 1916 Nr. 1553; dahingestellt BayObLGZ 1976, 67, 70), das Recht, die Entlassung des Testamentsvollstreckers zu beantragen, folge nicht aus der Verwaltung des Nachlasses, sondern aus der Erbenstellung, dann ist das an sich richtig. Übersehen ist dabei aber, daß § 1638 Abs. 1 BGB zwar eine Anordnung voraussetzt, wonach die Eltern das zugewendete Vermögen nicht verwalten sollen, daß aber die von § 1638 Abs. 1 BGB für diesen Fall angeordnete Rechtsfolge darüber hinausgeht und den Eltern nicht nur die Verwaltung, sondern auch die Sorge für das Zugewendete insgesamt nimmt. Das ist durchaus sinnvoll. Auf diese Weise lassen sich nicht nur Abgrenzungsschwierigkeiten im Bereich der §§ 2215-2219 BGB vermeiden, sondern auch unnötige Reibereien etwa mit einem Testamentsvollstrecker hintanhalten. Daß dies im Sinne des Gesetzes liegt, zeigt sich auch an § 1917 BGB, durch den das sonst gegebene Recht der Eltern, einen Pfleger für ihr Kind zu benennen (§§ 1909, 1776, 1915 BGB), zurückgedrängt ist. Ob die Eltern gleichwohl berechtigt sind, die gemäß § 1638

BGB zugewendete Erbschaft anzunehmen oder sogar auszuschlagen, wie im Schrifttum vielfach angenommen wird (z.B. Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts 3. Aufl. S. 766), ist hier nicht zu entscheiden.

3. Ein Mangel der gesetzlichen Vertretung in den Vorinstanzen ist jedoch infolge der konkludenten Genehmigung des bisherigen Verfahrens durch den Pfleger inzwischen mit Rückwirkung geheilt.

Das vorlegende Gericht hat die für den Pfleger abgegebene Erklärung zutreffend in diesem Sinne verstanden. Der auch von dem Pfleger bevollmächtigte Rechtsanwalt der Beteiligten zu 1) ist dieser Auslegung seiner Erklärung nicht entgegengetreten.

Der Auffassung des Oberlandesgerichts, daß eine derartige Genehmigung auch noch im dritten Rechtszug möglich ist und den Mangel rückwirkend heilt, ist beizutreten. Das ist für den Zivilprozeß seit RGZ 126, 261, 263 (vgl. auch BGHZ 41, 104, 106) unzweifelhaft. Hergeleitet wird diese Auffassung aus dem Umstand, daß das Gesetz selbst in §§ 551 Nr. 5 und 579 Nr. 4 ZPO die nachträgliche Genehmigung der Prozeßführung durch eine im Verfahren nicht ordnungsmäßig vertretene Partei kennt und ihr die Rechtswirkung beilegt, daß der zugrundeliegende Verfahrensmangel als geheilt anzusehen ist. Da § 551 ZPO kraft der ausdrücklichen Verweisung in § 27 Satz 2 FGG auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend anzuwenden ist, bestehen keine Bedenken, diesen Rechtsgedanken grundsätzlich auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Geltung zu bringen. Daß sogar ein völlig

fehlender Erbscheinsantrag noch während des Rechtsbeschwerdeverfahrens mit der Folge nachgeholt werden kann, daß der in seinem Fehlen liegende Verfahrensmangel als geheilt anzusehen ist, hat die Rechtsprechung anerkannt (OLG Stuttgart, Die Justiz - Baden-Württemberg - 1979, 437; BayObLGZ 1963, 19, 25; vgl. auch BayObLGZ 1964, 313, 316; RPfleger 1980, 289).

4. Überdies hätten schon das Amtsgericht und auch das Landgericht die Beteiligten auf die gegen die Unzulässigkeit des Entlassungsantrages sprechenden Gründe hinweisen und Gelegenheit geben sollen, den Bedenken Rechnung zu tragen. Derartige Hinweise sind für den vorliegenden Fall zwar nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Sie sind aber schon im Hinblick auf die Effektivität, die Wirtschaftlichkeit und auch das Ansehen der Rechtspflege zumindest angebracht.

Unter diesen Umständen sind die angefochtenen Beschlüsse des Landgerichts und des Amtsgerichts aufzuheben. Das Amtsgericht wird den gestellten Entlassungsantrag nunmehr sachlich zu prüfen haben.

Beschwerdewert: 5.000 DM

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dr. Lang

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Ritter