

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : ja

BGB §§ 2208, 2211, 137; 1822 Nr. 1, 1915, 2217

Testamentsvollstrecker und Erben gemeinsam können über einen Nachlaßgegenstand auch dann verfügen, wenn der Erblasser durch Anordnung von Todes wegen eine Verfügung verboten hat (Ergänzung zu BGHZ 40, 115).

Die Verfügung bedarf bei Grundstücken der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, wenn unter Vormundschaft oder Pflegschaft stehende Erben beteiligt sind.

Setzen Testamentsvollstrecker und Erben gemeinsam den Nachlaß bei Grundstücken derart (teilweise) auseinander, daß sie das Gesamthandseigentum der Erbengemeinschaft in Bruchteilseigentum der Erben umwandeln, so ist der Testamentsvollstreckervermerk im Grundbuch zu löschen, auch wenn die Voraussetzung des § 2217 BGB nicht erfüllt ist.

BGH, Beschl. v. 18. Juni 1971 - V ZB 4/71 - (OLG Hamm)

LG Bochum

AG Wattenscheid

BUNDESGERICHTSHOF

V ZB 4/71

BESCHLUSS

in der Grundbuchsache

betreffend die im Grundbuch von W [REDACTED] Band 23 Blatt 708
verzeichneten Grundstücke,

eingetragener Eigentümer:

der verstorbene Landwirt Wilhelm V [REDACTED] jun. in W [REDACTED],

hier: Teilerbauseinandersetzung und Grundbuchberichtigung.

Beteiligte:

- 1.) Witwe Gerda H [REDACTED] geb. V [REDACTED], K [REDACTED], Haus B [REDACTED],
vertreten durch ihren Pfleger Dipl.-Landwirt Hubertus
Ka [REDACTED], Bu [REDACTED], Haus Bo [REDACTED];
- 2.) Ingeborg V [REDACTED], Landeskrankenhaus E [REDACTED], vertreten
durch ihren Vormund Chefarzt Dr. med. Georg V [REDACTED],
Wa [REDACTED], Ba [REDACTED] str. [REDACTED],

zu 1) und 2) als Vorerbinnen,

- 3.) Rechtsanwalt und Notar T [REDACTED], Wa [REDACTED], Ho [REDACTED] str. [REDACTED] a

als Testamentsvollstrecker,

zu 1) bis 3) Antragsteller und Be-
schwerdeführer im Verfahren der Be-
schwerde und der weiteren Beschwerde,

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED], [REDACTED],
Dr. [REDACTED] und Dr. [REDACTED], Ha [REDACTED],

- 4.) Landwirt Georg H [REDACTED], K [REDACTED], Haus B [REDACTED],

- 5.) Ehefrau Gisela Ka [REDACTED] geb. Herbert, Bu [REDACTED], Haus Bo [REDACTED],

zu 4) und 5) als Nacherben

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 18. Juni 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Freitag, Dr. Mattern und Dr. Grell

beschlossen:

Auf die weitere Beschwerde der Antragsteller werden die Beschlüsse der 7. Zivilkammer des Landgerichts Bochum vom 22. Oktober 1969 (~~7 T 280/69~~
~~7 T 281/69~~) und des Amtsgerichts Watten-
scheid vom 31. Juli 1969 aufgehoben.

Das Amtsgericht wird angewiesen, von den Bedenken gegen die Verfügungsfähigkeit der Beteiligten hinsichtlich der Umwandlung des Gesamthandeigentums in Miteigentum (A II der Urkunde 111/69 vom 27. März 1969) abzusehen.

Der Geschäftswert für die weitere Beschwerde wird auf 30 000 DM festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Der 1968 verstorbene Erblasser hat im notariellen Testament vom 3. August 1965 seine zwei Töchter, die



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Beteiligten zu 1) und 2), zu nichtbefreiten Vorerben und seine zwei Enkel, die Beteiligten zu 4) und 5), sowie ersatzweise deren Abkömmlinge zu Nacherben eingesetzt, ferner eine Testamentsvollstreckung bis zum Tode der einen Vorerbin derart angeordnet, daß der Testamentsvollstrecker "alle Rechte" haben sollte, jedoch nicht über die Nachlaßgrundstücke (mit Ausnahme von zweien) verfügen könne; sein letzter Wille sei allein davon bestimmt, den Lebensunterhalt der beiden Töchter sicherzustellen und sein Grundvermögen zu erhalten.

Die beiden durch Pfleger oder Vormund vertretenen Vorerben, die beiden Nacherben und der vom Nachlaßgericht ernannte Testamentsvollstrecker, der Beteiligte zu 3), haben in notarieller Urkunde vom 27. März 1969 (Urkundsrolle 111/69) unter anderem erklärt:

A) mit Bezug auf 29 Nachlaßgrundstücke:
die Vorerben und der Testamentsvollstrecker: die Umwandlung der Erbengemeinschaft zwischen den Vorerben in eine Bruchteilsgemeinschaft zwischen ihnen zu je 1/2, mit Nacherbenvermerk (A I), nebst entsprechender Auflassung und Grundbucheklärungen (A II),
der Testamentsvollstrecker: die Freigabe aus der Testamentsvollstreckung und die Bewilligung der Löschung des Testamentsvollstreckervermerks (A III);
die Nacherben: ihre Zustimmung zu diesen Vereinbarungen und Erklärungen, "soweit erforderlich" (A V);

B) hinsichtlich der übrigen Nachlaßgrundstücke:
der Testamentsvollstrecker: den Antrag auf berichtigende
Eigentumsumschreibung vom Erblasser auf die Erbenge-
meinschaft zwischen den zwei Vorerben, mit Testaments-
vollstreckervermerk und Nacherbenvermerk.

Der Urkundsnotar hat gemäß § 15 GBO den grundbuch-
lichen Vollzug dieser Urkunde beantragt.

Das Amtsgericht hat die Eintragungsanträge insgesamt
abgelehnt.

Das Landgericht hat die Beschwerden des Urkunds-
notars und des Testamentsvollstreckers dagegen zurückge-
wiesen, weil Erben und Testamentsvollstrecker hinsichtlich
der 29 Nachlaßgrundstücke nicht Verfügungsbefugt seien
und deshalb die erklärte Überführung der Erbengemeinschaft
in eine Bruchteilsgemeinschaft rechtsunwirksam sei.

Mit der weiteren Beschwerde verfolgen Vorerben und
Testamentsvollstrecker ihre Anträge auf Vollzug der
notariellen Urkunde weiter.

Das Oberlandesgericht Hamm möchte die weitere Be-
schwerde zurückweisen. Es sieht sich daran jedoch durch
das Senatsurteil vom 25. September 1963 V ZR 130/61 (BGHZ
40, 115) gehindert und hat deshalb gemäß § 79 Abs. 2 GBO
die weitere Beschwerde dem Bundesgerichtshof vorgelegt.

II.

Die Voraussetzungen des § 79 Abs. 2 GBO sind gegeben. Die Vorlegung betrifft die Frage, ob dann, wenn Testamentvollstreckung angeordnet, dem Testamentvollstrecker jedoch durch Erblasseranordnung (§ 2208 BGB) die Verfügungsmacht über Nachlaßgegenstände entzogen ist, Testamentvollstrecker und Erben gemeinsam über die Nachlaßgegenstände verfügen können. Das vorlegende Oberlandesgericht möchte mit Amts- und Landgericht die Frage verneinen, wenn die Erblasseranordnung, wie hier, dem Verwaltungstestamentvollstrecker allgemein die Verfügungsbefugnis über einen Teil der Nachlaßgegenstände abspricht. Diese Auffassung steht im Widerspruch zu dem genannten Senatsurteil. In jenem Entscheidungsfall lautete die Erblasseranordnung auf einen Ausschluß der Erbauseinandersetzung; ob jener Fall mit dem heutigen gleichzusetzen ist, kann offen bleiben; denn der Senat hat dort allgemein ausgesprochen, daß im Fall einer Verfügungsbeschränkung des Testamentvollstreckers Erben und Testamentvollstrecker zusammen über den Nachlaßgegenstand dinglich verfügen können, weil sonst eine derartige Verfügung überhaupt nicht möglich wäre und dies gegen § 137 Abs. 1 BGB verstie und die Entscheidung beruht auf dieser Rechtsauffassung.

Gegen die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde (§ 78 GBO) bestehen keine Bedenken.

Das Rechtsmittel ist entgegen der Auffassung des vorlegenden Oberlandesgerichts auch begründet.

III.

Der beschließende Senat hält daran fest, daß Verfügungen des Testamentsvollstreckers über einen Nachlaßgegenstand, die einer Anordnung des Erblassers von Todes wegen widersprechen, durch Zustimmung der Erben wirksam werden können.

Ohne Rechtsirrtum geht das Landgericht davon aus, daß es sich bei der Umwandlung des den beiden Vorerbinnen an den 29 Nachlaßgrundstücken zustehenden Gesamthandseigentums in Bruchteilseigentum um Verfügungen handelt, zu denen die Erben im Regelfall wegen der Testamentsvollstreckung nicht in der Lage sind (§ 2211 BGB), sowie daß die Erblasserordnung dem Testamentsvollstrecker die ihm sonst nach § 2205 Satz 2 BGB zustehende Befugnis zur Verfügung über die 29 Nachlaßgrundstücke allgemein und daher auch zum Zweck der am 27. März 1969 beurkundeten Teilauseinandersetzung (Umwandlung vom Gesamthandseigentum in Bruchteilseigentum der Vorerben) abspricht (§ 2208 BGB).

Nach § 137 Satz 1 BGB kann die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen oder beschränkt werden. Im Regelfall steht diese Befugnis dem Rechtsinhaber selbst zu; Rechtsträgerschaft und Verfügungsbefugnis sind in einer Hand vereinigt. Ob sich dies aus § 137 BGB oder aus allgemeinen Erwägungen ergibt, mag dahingestellt bleiben. Die genannte Regel ist jedenfalls vom Gesetz mehrfach durchbrochen, so gerade

für den Fall der Testamentsvollstreckung: durch deren Anordnung wird die Verfügungsbefugnis des Erben, der Rechtsinhaber ist und bleibt, für den Normalfall mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen und dem Testamentsvollstrecker anvertraut. Der Inhalt des § 137 Satz 1 BGB geht jedenfalls dahin: Wenn ein Recht seinem Charakter nach veräußerlich ist - und das ist die Regel - , so soll ihm diese Eigenschaft (die Möglichkeit für den Rechtsträger, das Recht zu veräußern oder zu belasten) nicht durch Rechtsgeschäft genommen werden können. Nach der Vorschrift soll eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung nicht die Wirkung haben, daß über einen Gegenstand weder vom Rechtsträger noch von einem (etwa an sich Verfügungsbefugten) Dritten und damit überhaupt nicht verfügt werden kann, so daß der Gegenstand dem Rechtsverkehr entzogen wird. Die Vorschrift verbietet also, kraft Parteiautonomie mit dinglicher Wirkung Gegenstände "extra commercium" zu stellen, und will damit eine Erstarrung des Güterverkehrs verhindern (Erman, BGB 4. Aufl. § 137 Anm. 1 a; Hefermehl bei Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. § 137 Anm. 1).

Das in § 137 Satz 1 BGB enthaltene Verbot rechtsgeschäftlichen Verfügungsausschlusses mit dinglicher Wirkung erfährt allerdings eine Modifikation in § 399 Halbsatz 2 BGB dahin, daß die Abtretung einer (ihrer Natur nach veräußerlichen) Forderung durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner ausgeschlossen werden kann (mit Auswirkung auf die Pfändbarkeit, § 851 ZPO). Die dogmatische Streitfrage, ob hierin eine Durch-

brechung des § 137 BGB oder nicht vielmehr die Regelung eines ihm von vornherein nicht unterstehenden Falles liegt (vgl. schon Protokolle zum BGB III 257; auch BGHZ 19, 355, 359; 40, 156, 160), spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Denn auch wenn die Bestimmung des § 399 eine Durchbrechung des § 137 darstellen sollte, ergibt sie nichts dafür, daß auch in dem hier zu entscheidenden Fall (Verfügungsausschluß durch Erblasserordnung) eine Durchbrechung möglich oder gar geboten wäre. Eine entsprechende Anwendung des § 399 über § 413 BGB scheidet schon deswegen aus, weil der eine Unveräußerlichkeit aussprechende Erblasser und der von ihr betroffene Erbe oder Testamentsvollstrecker zueinander nicht in einer Beziehung stehen, die der von Gläubiger und Schuldner einer Forderung vergleichbar ist.

Die das Gebot der Verfügungsfreiheit (§ 137 BGB) dinglich durchbrechende Norm könnte allenfalls im Erbrecht zu suchen sein, nämlich in den Bestimmungen über die Testamentsvollstreckung (§§ 2197 ff BGB). Aber auch diese Vorschriften ergeben dafür entgegen der Meinung des Oberlandesgerichts nichts. Zwar steht bei einer Verwaltungs-Testamentsvollstreckung, wie sie die Vorinstanzen hier ohne Rechtsirrtum annehmen, die Verfügung über Nachlaßgegenstände grundsätzlich dem Testamentsvollstrecker zu (§ 2205 BGB); soweit der Testamentsvollstrecker hiernach Verfügungsbefugt ist, ist dem Erben die Verfügungsbefugnis mit dinglicher Wirkung entzogen (§ 2211 BGB). Hierin liegt aber nur die - ausnahmsweise - Verlagerung der Verfügungsbefugnis vom Rechtsträger auf

einen Dritten und nicht auch der Ausschluß der Verfügungsmöglichkeit überhaupt. Auch sonstige Bestimmungen des Erbrechts geben dem Erblasser die Möglichkeit, die gesetzliche Verfügungsbefugnis der Erben einzuschränken, sei es in deren eigenem Interesse oder im Interesse anderer Personen; aber auch hier ist die Verfügbarkeit nicht überhaupt ausgeschlossen, sondern nur entweder einem andern als dem Rechtsträger zugewiesen oder der Einigung der Beteiligten überlassen. Das gilt insbesondere in dem vom Landgericht angeführten Fall der Vorerbschaft, wo der Mangel der Verfügungsbefugnis des Vorerben (§ 2113 BGB) durch Zustimmung des Nacherben geheilt werden kann (BGHZ 40, 115, 119). Es gilt aber auch im Fall der Testamentsvollstreckung. Daß hier die Einigung zwischen Testamentsvollstrecker und Erben als denjenigen Personen, die allein von der Verfügung unmittelbar berührt sind, stärker ist als eine entgegenstehende Erblasseranordnung, hat der Senat für den Fall der Teilungsanordnung (§ 2044 BGB) in BGHZ 40, 115, 118 ausgesprochen; er hält daran fest (ebenso Bartholomey, Erbrecht 9. Aufl. § 39 II 2; Kipp/Coing Lehrbuch des Erbrechts 12. Bearb. § 69 I 3; Palandt/Keidel BGB 30. Aufl. § 2044 Anm. 1). Vom dortigen Rechtsstandpunkt aus muß dasselbe aber auch für die Frage gelten, ob der Erblasser bei Anordnung einer Testamentsvollstreckung deren Umfang so gestalten kann, daß über einen einzelnen Nachlaßgegenstand von überhaupt niemandem verfügt werden kann; auch sie ist zu verneinen:

Was die Verfügbarkeit über einen Nachlaßgegenstand bei Testamentsvollstreckung anbelangt, so spricht schon der Wortlaut des § 2211 BGB dafür, daß das Gesetz nur die Person des Verfügungsbefugten bestimmen, aber nicht

die Verfügungsmöglichkeit überhaupt ausschließen will: dem Erben wird die Verfügungsbefugnis über einen Nachlaßgegenstand genommen, weil (und soweit) dieser der Verwaltung des Testamentsvollstreckers und damit (im Regelfall) dessen Verfügung (§ 2205 Satz 2 BGB) unterliegt. Ob die Verfügungsbefugnis dann, wenn sie dem Testamentsvollstrecker ausnahmsweise nicht zusteht, wieder dem Erben allein zukommt, mag nach der Verschiedenheit der einzelnen Fallgruppen (Verwaltungsbeschränkung durch den Erblasser nach § 2208 BGB, Schenkungsverbot nach § 2205 Satz 3 BGB, Testamentsvollstreckerausschluß wegen eigener Beteiligung) verschieden zu beantworten sein und bedarf hier keiner Entscheidung (vgl. BGHZ 40, aaO S. 118; die einschlägigen Zitate der weiteren Beschwerde betreffen den Fall der persönlichen Verhinderung des Testamentsvollstreckers in einem Einzelfall wegen eines Interessenwiderstreits). Vielmehr ist zu entscheiden über eine von Testamentsvollstrecker und Erben gemeinsam getroffene Verfügung. Ob ein solches Zusammenwirken im Hinblick auf § 137 BGB auch eine gesetzliche Verfügungsschranke wie etwa die des Schenkungsverbots (§ 2205 Satz 3 BGB) zu durchbrechen vermag, kann (ebenso wie im Senatsurteil vom 15. Mai 1963, V ZR 141/61, NJW 1963, 1613) dahingestellt bleiben. Für den hier gegebenen Fall, daß die Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers auf einer Erblasseranordnung beruht (§ 2208 BGB), ist jedenfalls weder eine gesetzliche Bestimmung noch ein innerer Grund ersichtlich, der für eine Durchbrechung des Grundsatzes des § 137 BGB dahin spräche, daß der Erblasser die Verfügung über den

Nachlaßgegenstand sollte überhaupt unmöglich machen können. Die sonst allerdings vom Gesetz betonte Bindung des Testamentsvollstreckers an den Willen des Erblassers und nicht des Erben muß hier hinter das Gebot des § 137 BGB zurücktreten.

Die früher in der Rechtsprechung vorherrschende gegenteilige Auffassung (grundlegend KGJ 33 A 164, 172; ohne eigene Begründung folgend KG HRR 1933, Nr. 19 und JFG 20, 261; OLG Düsseldorf NJW 1963, 162 und JMBL NRW 1966, 272) beruht auf der Erwägung, daß sich die Verfügungsmacht von Erben und Testamentsvollstrecker gegenseitig ausschließe (so sind offenbar die Worte: "schließt ... zeitlich aus" in KGJ 33 A 164, 172 zu lesen; mit § 137 BGB setzt sich die Entscheidung in diesem Zusammenhang nicht auseinander). Diese Erwägung ist jedoch nicht zwingend. Sie muß bei einer notwendigerweise am Gesetzeszweck ausgerichteten Betrachtung zurücktreten hinter der Erwägung, daß die Testamentsvollstreckung - im Rahmen zulässiger Erblasseranordnungen - den Interessen des Erben dienen soll und diese Interessen durch Überschreitung von Rechtsmachtschranken des Testamentsvollstreckers dann nicht beeinträchtigt werden, wenn der Erbe selbst zustimmt. Das Reichsgericht, auf dessen Entscheidung RGZ 74, 215, 218 sich die Gegenmeinung beruft, hat schon dort die Möglichkeit rechtsgültigen Zusammenwirkens von Testamentsvollstrecker und Erben nicht schlechthin verneint, sondern sich nur gegen ihre generelle Bejahung ("in dieser Allgemeinheit") gewandt, und zwar im Hinblick auf das Schenkungsverbot des

§ 2205 Satz 3 BGB (es handelte sich um den extremen Fall einer Untreue des Testamentsvollstreckers, wo zudem die erforderliche Zustimmung der Nacherben fehlte); das Reichsgericht hat später, in DR 1939, 1949, die Frage auch für den Fall des § 2205 Satz 3 BGB offen gelassen.

Mit dieser Auffassung setzt sich der Senat nicht in Widerspruch zum Urteil des IV. Zivilsenats vom 29. April 1954, IV ZR 152/53 (BGHZ 13, 203, 206) und zu seinem eigenen Beschluß vom 13. Januar 1956, V ZB 49/55 (BGHZ 19, 355, 359). Das Urteil vom 29. April 1954 betrifft andere erbrechtliche Bestimmungen als § 2208 und § 2211, nämlich §§ 2205 und 2209 BGB. Und die Bemerkung im Senatsbeschluß vom 13. Januar 1956, § 2211 habe Vorrang vor § 137 BGB, betrifft nach ihrem Zusammenhang nur das (dort aus § 137 BGB entnommene) Verbot des personellen Auseinanderfallens von Rechtsträgerschaft und Verfügungsbefugnis, nicht aber das im vorliegenden Fall maßgebende Verbot, die Verfügungsbefugnis über ein Recht überhaupt zu beseitigen.

Von den in den Erörterungen zum Schenkungsverbot (§ 2205 Satz 3 BGB) vielfach geforderten zwei weiteren Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer gemeinsamen Verfügung von Testamentsvollstrecker und Erben wird das Erfordernis der Vereinbarkeit mit dem Erblasserwillen hier durch § 137 BGB ausgeschaltet. Ob weiter zu fordern ist, daß keine Interessen von Nachlaßgläubigern beeinträchtigt werden, kann offen bleiben; denn es ist

nicht ersichtlich, wieso die Umwandlung des Gesamthandseigentums in Miteigentum nach Bruchteilen in der Hand derselben Personen Interessen der Nachlaßgläubiger beeinträchtigen könnte.

Die Bejahung der Wirksamkeit gemeinschaftlicher Verfügungen von Testamentsvollstrecker und Erben wird auch nicht durch die Hinweise auf § 2216 Abs. 2 Satz 2 und § 2217 BGB entkräftet. § 2216 eröffnet allerdings einen Weg zur Ausschaltung von nachlaßgefährdenden Erblasseranordnungen, nämlich ihre Außerkraftsetzung durch das Nachlaßgericht; aber diese Bestimmung bezieht sich auf Erblasseranordnungen verschiedenartigsten Inhalts und besagt nichts dagegen, daß eine Erblasseranordnung bereits auf Grund Gesetzes, nämlich des § 137 BGB, unwirksam sein kann, so daß es ihrer Außerkraftsetzung durch das Nachlaßgericht nicht bedarf. Und § 2217 BGB trifft bei der Verwaltungsvollstreckung auf Zeit für die der Verwaltung unterliegenden Gegenstände im allgemeinen nicht zu (unten IV 2).

IV.

Dies ergibt für den vorliegenden Fall:

1. Was den Antrag auf Eintragung der Umwandlung des Gesamthandseigentums der beiden Vorerbinnen an den 29 Grundstücken in Miteigentum nach Bruchteilen anlangt (Auflassung mit Grundbucherklärungen), so sind die

Bedenken des Landgerichts gegen den beim Grundbuchamt gestellten Eintragungsantrag unbegründet. Denn in materiell-rechtlicher Hinsicht ist die im Veräußerungs- und Belastungsverbot des Erblassers liegende Verfügungsbeschränkung des Testamentsvollstreckers dadurch behoben, daß die Erben die Verfügung mitgetroffen oder ihr zugestimmt haben. Notwendig war die - vorliegende - Mitwirkung sowohl der beiden Vorerbinnen als auch die der beiden Nacherben; einer Mitwirkung auch der Ersatznacherben bedurfte es nicht (BGHZ 40 aaO). Und in grundbuchrechtlicher Hinsicht sind die Bedenken, die das Landgericht auf die Verlautbarung der Verfügungsbeschränkung des Testamentsvollstreckers im Testamentsvollstreckerzeugnis stützt, deshalb nicht stichhaltig, weil sich die Verfügungsbefugnis von Testamentsvollstrecker und Erben zusammen bereits aus dem Gesetz (§ 137 BGB) ergibt.

Infolgedessen kommt es jetzt auf die vom Landgericht offen gelassene Frage an, ob die Umwandlung der Gesamthandsgemeinschaft in eine Bruchteilsgemeinschaft zu ihrer Wirksamkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, weil daran Personen beteiligt sind, die unter Vormundschaft oder Pflegschaft stehen.

Dies ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer zu bejahen.

Nach §§ 1821 Abs. 1 Ziff. 1, 1915 BGB ist eine solche Genehmigung zur Verfügung über ein Grundstück erforderlich. Auf Grund der vom Erblasser angeordneten

Verfügungsbeschränkung konnte der Testamentsvollstrecker aber nicht allein verfügen, sondern bedurfte dazu der Mitwirkung der Erben. In diesem Fall muß auch der Testamentsvollstrecker die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts einholen, denn die Auseinandersetzung beruht sodann nicht nur auf der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers, sondern auch auf der Vereinbarung (Zustimmung) der Erben (vgl. Staudinger/Dittmann BGB 10./11. Aufl. § 2204 Anm. 13).

Der Prüfung bedarf weiter, ob Hubertus Kammer, der Pfleger der einen Vorerbin (Beteiligte zu 1), nicht nach §§ 1795 Abs. 1 Nr. 1, 1915 BGB von der Vertretung des Mündels ausgeschlossen ist. Das wird von seinem familienrechtlichen Verhältnis zur Nacherbin Gisela Kammer (Beteiligte zu 5) sowie davon abhängen, ob die im Vertrag enthaltene Zustimmungserklärung der Nacherben als (nur) dem Testamentsvollstrecker oder (auch) den Vorerben gegenüber abgegeben auszulegen ist (vgl. in letzterer Hinsicht RGZ 76, 89, 92/93, auch BGHZ 41, 104, 107). Diese Prüfung wird dem Amtsgericht überlassen.

2. Was die übrigen Eintragungsanträge anlangt, so hat sie der angefochtene Beschluß des Landgerichts deshalb als unbegründet angesehen, weil sie sämtlich in einem inneren Zusammenhang mit dem Antrag auf Eigentumsumschreibung stünden. Indem die Zurückweisung des Umschreibungsantrags als rechtsirrtümlich befunden wurde, ist auch jene Begründung für die Ablehnung der übrigen Anträge entfallen. Sollte sich der Umschreibungsantrag hinsichtlich der 29 Grundstücke wiederum

als unbegründet erweisen, so wird das Amtsgericht erneut darüber zu befinden haben, ob die übrigen Anträge schon wegen ihres inneren Zusammenhangs damit ebenfalls zurückzuweisen sind.

Gegebenenfalls bedarf es einer Prüfung der übrigen Anträge im einzelnen. Dazu ist in rechtlicher Hinsicht bezüglich des Antrags auf Löschung (oder Nichteintragung) des Testamentsvollstreckervermerks bei den 29 Grundstücken auf Folgendes hinzuweisen:

Der Antrag stützt sich auf die in der notariellen Urkunde vom 27. März 1969 enthaltene Freigabeerklärung des Testamentsvollstreckers. Die Vorschrift des § 2217 BGB über die Freigabe von Nachlaßgegenständen an den Erben ist allerdings bei einer Verwaltungs-Testamentsvollstreckung in der Regel nicht anwendbar, weil es hier an der gesetzlichen Voraussetzung fehlt, daß der Testamentsvollstreckter der Gegenstände zur Erfüllung seiner Obliegenheiten offenbar nicht bedürfe (RG HRR 1929 Nr. 1652; vgl. hierzu Lange, JuS 1970, 101, 106). Aber § 2217 BGB regelt die Frage, wann ein Erbe vom Testamentsvollstreckter die Freigabe verlangen kann; nur eine Freigabeverpflichtung ist von jener bei einer Dauervollstreckung in der Regel fehlenden Voraussetzung abhängig gemacht. Darüber, ob der Testamentsvollstreckter zur Freigabe berechtigt ist, besagt § 2217 BGB nichts (vgl. Kammergericht in KGJ 40, 207, 210/211). Das entscheidet sich vielmehr wiederum nach der allgemeinen Erwägung, daß die Interessen des Erben, denen die

Testamentsvollstreckung dient, durch die Nichtbeachtung einer vom Erblasser für den Testamentsvollstrecker gesetzten Verfügungsschranke dann nicht rechtserheblich beeinträchtigt werden, wenn der Erbe selbst zustimmt. Im vorliegenden Fall steht die Freigabeerklärung des Testamentsvollstreckers in engem äußerem und innerem Zusammenhang mit der von ihm und den Erben gemeinsam getroffenen Grundstücksveräußerungsverfügung. Hätten Testamentsvollstrecker und Erben zusammen die Nachlaßgrundstücke an dritte Personen veräußert, so hätte diese Verfügung nicht nur einen Eigentumsübergang auf die Erwerber, sondern auch das Freiwerden der übereigneten Gegenstände von der Testamentsvollstreckung und damit die Lösungsreife des Testamentsvollstreckervermerks bewirkt. Es ist nicht einzusehen, weshalb dies dann anders sein sollte, wenn die Erben selbst die Erwerber sind wie hier (als Bruchteilseigentümer zu je 1/2 statt als Eigentümer zur gesamten Hand in Erbengemeinschaft). Vielmehr muß angenommen werden, daß auch in diesem Falle mit der im Rahmen der Veräußerungsverfügung erklärten Freigabe der Nachlaßgrundstücke das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers mit Bezug auf diese Grundstücke endgültig erloschen ist (KG aaO S. 211/212).

V.

Auf die weitere Beschwerde waren somit die Beschlüsse des Landgerichts Bochum und des Amtsgerichts Wattenscheid aufzuheben und das Grundbuchamt anzuweisen, von seinen Bedenken gegen die Verfügungsfähigkeit der Beteiligten hinsichtlich der Umwandlung des Gesamthandseigentums in Miteigentum bei der erneuten Prüfung der beantragten Eintragungen abzusehen.

Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf
§ 131 Abs. 2, 30 KostO.

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Freitag

Mattern

Dr. Grell

~~502~~