

# Die Immobilie im Erbrecht

Krug / Daragan / Bernauer

2. Auflage 2023  
ISBN 978-3-406-79620-3  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

## § 6 Die Immobilie in der Erbengemeinschaft

### Übersicht

	Rn.
I. Die Verwaltung des Nachlasses durch die Miterben .....	1–120
1. Vermögensübergang – Gesamthandsgemeinschaft .....	1–13
a) Der Vonselbsterwerb .....	1/2
b) Der Übergang des Besitzes .....	3
c) Die Nichtrechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft .....	4–13
2. Grundsatz der gemeinschaftlichen Verwaltung .....	14–17
3. Begriff der Verwaltung .....	18–20
4. Die verschiedenartigen Verwaltungsmaßnahmen .....	21–68
a) Verwaltung und Verfügung durch die Miterben .....	21–25
b) Das Innenverhältnis .....	26–60
aa) Maßnahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung .....	27–43
bb) Maßnahmen der außerordentlichen Verwaltung .....	44–47
cc) Maßnahmen der Notverwaltung .....	48–50
dd) Vorschusspflicht, Aufwendungsersatz .....	51–55
ee) Kosten und Lasten .....	56
ff) Früchte .....	57/58
gg) Gebrauchsvorteile .....	59/60
c) Das Außenverhältnis .....	61–68
aa) Verpflichtungsgeschäfte .....	62–67
bb) Verfügungsgeschäfte .....	68
5. Verfügung über Nachlassgrundstücke .....	69–77
a) Grundsatz .....	69/70
b) Begriff .....	71
c) Gesetzliches Vertretungsrecht .....	72/73
d) Die Aufrechnung mit einer Nachlassforderung als Verfügungs- handlung .....	74/75
e) Das Vorausvermächtnis .....	76/77
6. Der Surrogationserwerb .....	78–81
a) Allgemeines .....	78/79
b) Abgrenzung zur schuldrechtlichen Surrogation .....	80/81
7. Nießbrauch an Erbteilen .....	82–93
a) Ausgangssituation .....	82/83
b) Besonderheiten bei Grundstücken im Nachlass .....	84–88
c) Rechtswirkungen .....	89–91
d) Nießbrauchseinräumung an einem Erbteil mit Grundstück im Nachlass .....	93
8. Verpfändung eines Erbteils .....	94–97
a) Formerfordernis .....	94–96
b) Bewilligung und Antrag auf Eintragung eines Verpfändungsvermerks im Grundbuch (Erbteilsverpfändung).....	97
9. Forderungen (Grundbuchberichtigungsansprüche) im Nachlass .....	98–108
a) Grundsatz und Ausnahme .....	98–101
b) Befugnisse des einzelnen Miterben .....	102–104
aa) Außergerichtlich .....	102
bb) Prozessführungsbefugnis .....	103/104
c) Prozessrecht .....	105–107
d) Klage auf Grundbuchberichtigung in Prozessstandschaft .....	108
10. Besitzschutzrechte der Erben .....	109–118
a) Allgemeines .....	109–111
b) Besitzschutzrechte der Erben gegenüber Dritten .....	112
c) Besitzschutzrechte des einzelnen Miterben gegenüber den anderen Miterben .....	113–118
11. Transmortale Vollmacht und Grundstücksrecht .....	119/120
II. Die Erbauseinandersetzung .....	121–228
1. Ausgangssituation .....	121/122
2. Der Erbteilungsvertrag .....	123–141
a) Ausgangslage .....	123/124
b) Freie Vertragsgestaltung .....	125

	Rn.
c) Minderjährige Erben .....	126–130
aa) Vertretung .....	126/127
bb) Genehmigung des Familiengerichts oder des Betreuungsgerichts ....	128–130
d) Güterrechtliche Zustimmungserfordernisse nach §§ 1365, 1450 BGB ...	131–133
e) Erbteilungsverträge als kaufähnliche Verträge .....	135–138
f) Erbteilungsvertrag mit Grundstücksübertragung .....	139–141
3. Auseinandersetzung durch Erbteilskauf und -übertragung .....	142–145
4. Die Abschtung einzelner Miterben .....	146–157
a) Begriff .....	146/147
b) Rechtliche Konstruktion der Abschtung .....	148–151
c) Der gesetzliche Auseinandersetzungsanspruch .....	152–157
aa) Jederzeit fälliges Auseinandersetzungsverlangen .....	152–154
bb) Vollzug des klagestattgebenden Urteils .....	155/156
cc) Inhalt des kausalen Rechtsverhältnisses .....	157
5. Die klageweise Durchsetzung des Erbauseinandersetzungsanspruchs .....	158–174
a) Teilungsreife des Nachlasses .....	159
b) Die Teilbarkeit des Restnachlasses nach Erfüllung der Nachlass- verbindlichkeiten .....	160–168
aa) Erster Grundsatz: Teilung in Natur .....	161
bb) Zweiter Grundsatz: der Zwangsverkauf .....	162–166
cc) Das Erfordernis der Teilungsreife aus prozessrechtlichen Gründen	167/168
c) Die Anspruchsberechtigten .....	169–172
aa) Miterben als Anspruchsberechtigte .....	169–171
bb) Weitere Anspruchsberechtigte .....	172
d) Feststellungsklage .....	173/174
6. Weitere Einzelfragen .....	175–224
a) Gerichtsstand .....	175
b) Genehmigungserfordernisse .....	176/177
c) Vertretung minderjähriger Miterben .....	178/179
d) Erlös aus Teilungsversteigerung .....	180
e) Gebührenstreitwert .....	181
f) Prozesskosten .....	182
g) Teilungsanordnungen .....	183–207
aa) Zweck .....	183/184
bb) Rechtswirkung .....	185–189
cc) Die „überquotale“ Teilungsanordnung .....	190–195
dd) Abgrenzung der Teilungsanordnung vom Vorausvermächtnis .....	196–206
ee) Zur Bindungswirkung eines gemeinschaftlichen Testaments bei der Teilungsanordnung .....	207
h) Übernahmerecht .....	208–214
aa) Begriff .....	208–210
bb) Behandlung von Leistungsstörungen .....	211–214
i) Klage auf Zustimmung zum Teilungsplan (mit Teilungsanordnung bzgl. Grundstück) .....	215
j) Die „dingliche Einigung“ nach Verurteilung des Auflassungs- schuldners .....	216/217
k) Eintragung einer Eigentumsübertragungsvormerkung für den Erwerber im Grundbuch .....	218/219
l) Gegenrechte der beklagten Miterben .....	220–224
aa) Verwendungen eines Miterben auf ein Nachlassgrundstück .....	220
bb) Nichterteilung von Auskünften über ausgleichungspflichtige Vor- empfänge als Einrede gegen den Auseinandersetzungsanspruch ....	221/222
cc) Nichterfüllung der Nachlassverbindlichkeiten .....	223
dd) Die Einrede des nicht durchgeführten Aufgebots der Nachlass- gläubiger .....	224
7. Die Teilauseinandersetzung .....	225–228
a) Grundsatz: Kein Anspruch auf Teilauseinandersetzung .....	225/226
b) Nachlassspaltung .....	227
c) Nicht fällige oder unsichere Nachlassverbindlichkeiten .....	228
III. Die Vorerbengemeinschaft .....	229–231

**Schrifttum:** Bengel, Zur Rechtsnatur des vom Erblasser verfügten Erbteilungsverbots, ZEV 1996, 178; Eberl-Borges, Der blockierende Miterbe, ErbR 2008, 234; Findekle, Grundbuchberichtigung nach dem Erbfall?, ZErB 2004, 317; Hadermeier, Die Prozessführungsbefugnis eines Miterben für Gestaltungsprozesse, Gestal-

tungsklagen im Rahmen des § 2039 BGB, ZZZ 105, 182; Krebber, Das Verhältnis von sachenrechtlicher Zuordnung kraft dinglicher Bezugs- und Mittelsurrogation und kraft originären Eigentumserwerbs, FamRZ 2000, 197; Krenz, Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft – Dogmatische, rechtsvergleichende und rechtspolitische Aspekte –, AcP 1995, 362; Krug, Die dingliche Surrogation bei der Miterbengemeinschaft – ein Kunstgriff des Gesetzes zur Werterhaltung des Nachlasses, ZEV 1999, 381; Krug, Die Kaufkraftproblematik bei ausgleichungspflichtigen Vorempfängen in der Erbteilung – eine Kritik an der BGH-Rechtsprechung, ZEV 2000, 41; Mayer, Anrechnung und Ausgleichung im Erb- und Pflichtteilsrecht – eine Einführung anhand von Beispielfällen, ZErB 2007, 130; Merkel, Die Anordnung der Testamentsvollstreckung – Auswirkungen auf eine postmortale Bankvollmacht, WM 1987, 1001 ff.; Michalski, Postmortale Grundstücksvollmacht, WuM 1997, 658; Muscheler, Der Mehrheitsbeschluss in der Erbengemeinschaft, ZEV 1997, 169; Reißmann, Die Erbengemeinschaft, 1. Aufl. 2009; Siegmann, „Überquotale“ Teilungsanordnung und Teilungsversteigerung, ZEV 1996, 47; Steiner, Die Praxis der Klage auf Erbauseinandersetzung, ZEV 1997, 89; Werkmüller, Die Mitwirkungsbefugnisse der Bruchteilsminderheit bei Beschlussfassungen in der ungeteilten Erbengemeinschaft, ZEV 1999, 218.

## I. Die Verwaltung des Nachlasses durch die Miterben

### 1. Vermögensübergang – Gesamthandsgemeinschaft

a) **Der Vonselbsterwerb.** Die Erben als Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers, § 1922 BGB (**Universalsukzession**), werden mit Eintritt des medizinischen Todes des Erblassers Inhaber aller vermögensrechtlichen Positionen, die dieser innehatte, gleichgültig, ob sie oder einzelne von ihnen Kenntnis vom Tod des Erblassers oder gar vom Berufungsgrund haben.

Entscheidend ist auch nicht, ob die Erben die einzelnen Vermögensgegenstände kennen, deren Rechtsträger sie – gleichsam über Nacht – geworden sind. Es bedarf insbesondere nicht einer ausdrücklichen Annahme oder des „Antritts“ der Erbschaft. Unabhängig davon kann jeder Erbe nach erfolgtem Anfall die Erbschaft – mit Rückwirkung auf den Erbfall – für seinen Anteil ausschlagen.

b) **Der Übergang des Besitzes.** Kraft ausdrücklicher Regelung in § 857 BGB geht auch der Besitz als die tatsächliche Sachherrschaft auf den Erben über. Weil er eine rein faktische Position darstellt, wäre er vom universalen Rechtsübergang des § 1922 BGB nicht erfasst.<sup>1</sup> Die Folge wäre, dass diejenigen Gegenstände, die der Erblasser in Besitz hatte, besitzlos würden und deshalb nicht vor verbotener Eigenmacht geschützt wären. Mehrere Erben werden **Mitbesitzer** gem. § 866 BGB.<sup>2</sup>

c) **Die Nichtrechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft.** Eine Mehrzahl an Erben organisiert das BGB als **Gesamthandsgemeinschaft**, an der jeder Miterbe mit einem bestimmten Anteil, seinem „Erbteil“, beteiligt ist (§ 1922 Abs. 2 BGB). Eine gesetzliche Norm, aus der sich die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft ablesen lassen könnte, kennt das BGB nicht. Allenfalls § 2033 Abs. 2 BGB, wonach der Miterbe über seinen Anteil am einzelnen Nachlassgegenstand nicht verfügen kann – entsprechend den Regeln bei der GbR und der Gütergemeinschaft in §§ 719 Abs. 1 und 1419 Abs. 1 BGB – kennzeichnet das Charakteristikum der Gesamthandsgemeinschaft.

Die seit dem Urteil des BGH vom 29.1.2001<sup>3</sup> (zur Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft) viel diskutierte Frage, ob auch die Erbengemeinschaft rechtsfähig sei, hat der BGH mit Urteil vom 11.9.2002<sup>4</sup> entschieden und im Beschluss vom 17.10.2006<sup>5</sup> bestätigt: **Die Erbengemeinschaft ist nicht rechtsfähig.**

Das Urteil vom 11.9.2002 erging zur Frage der Schriftform eines Mietvertrags gem. § 566 BGB aF.

Dazu der BGH: Ein von einem Vertreter einer Erbengemeinschaft abgeschlossener Mietvertrag kann mangels Rechtsfähigkeit derselben nicht mit der Erbengemeinschaft als solcher, sondern nur mit den einzelnen Miterben zustande kommen.

<sup>1</sup> AnwK-BGB/Hoeren, 2. Aufl. 2007, § 857 Rn. 1.

<sup>2</sup> BGHZ 4, 77 (78) = NJW 1952, 303.

<sup>3</sup> NJW 2001, 1056 = BB 2001, 374.

<sup>4</sup> NJW 2002, 3389 = FamRZ 2002, 1621.

<sup>5</sup> NJW 2006, 3715 = FamRZ 2007, 41 = ZErB 2007, 1 = ZNotP 2007, 68 = Rpfleger 2007, 75 = DNotZ 2007, 134.

- 8 Der Beklagte mietete durch schriftlichen Mietvertrag Gewerberäume an. Der Vertrag wurde von S.K. für die Vermieter unterzeichnet. In dem Vertragsformular ist als Vermieter „die Erbengemeinschaft Sa. vertreten durch S.K.“ aufgeführt.
- 9 Dazu der BGH NJW 2002, 3389 (3390): ((Fundstelle bitte als neue Fn. ausweisen))
- „..... Aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft durch die Entscheidung des II. Zivilsenates (Urteil vom 29. Januar 2001 – II ZR 331/00 – NJW 2001, 1056 f.) ergibt sich für die Erbengemeinschaft keine andere Rechtsstellung. Die Rechtsfähigkeit und damit auch die Parteifähigkeit jeglicher Gesamthand, etwa in der Form einer Innengesellschaft oder der Erbengemeinschaft, ist damit nicht anerkannt worden (Armbrüster GE 2001, 821, 823; a. A. Grunewald aaO 306 f.). Die Entscheidung des II. Zivilsenates läßt sich zudem nicht auf die Erbengemeinschaft übertragen, da sie allein den besonderen Bedürfnissen des Rechtsverkehrs im Bereich des Gesellschaftsrechtes Rechnung getragen hat..... „Erbengemeinschaften tendieren zur Auflösung, sie sind „geborene“ Liquidationsgemeinschaften, weil § 2042 I BGB jedem Miterben – und sei sein Anteil noch so gering – das Recht gibt, „jederzeit die Auseinandersetzung des Nachlasses“ zu verlangen.“
- 10 Das bedeutet auch, dass ein Grundstück niemals an die Erbengemeinschaft aufgelassen werden darf, sondern bspw. an „A, B, C in Erbengemeinschaft.“<sup>6</sup>
- 11 Die Erbteilsquoten können nicht im Grundbuch eingetragen werden.<sup>7</sup>
- 12 Die Erbengemeinschaft ist auch **nicht parteifähig**, so dass nur die einzelnen Erben – nicht die Erbengemeinschaft als solche – klagen können.<sup>8</sup>
- 13 **BGH:**<sup>9</sup>

„Die Erbengemeinschaft ist weder rechtsfähig noch parteifähig. Die Grundsätze zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGH, Urt. v. 29. Januar 2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341) und zur Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (BGH, Beschl. v. 2. Juni 2005 – V ZB 32/05, BGHZ 163, 154) sind nicht auf die Erbengemeinschaft zu übertragen.“

## 2. Grundsatz der gemeinschaftlichen Verwaltung

- 14 Grundsätzlich ist die Erbengemeinschaft auf Auseinandersetzung angelegt. Sie dient in erster Linie dem Zweck, nach Erfüllung der Nachlassverbindlichkeiten und Versilberung der Nachlassgegenstände durch Verteilung des Überschusses an die Erben aufgelöst zu werden. Sie hat – im Gegensatz zu anderen Gesamthandsgemeinschaften – keinen werbenden Zweck.
- 15 Zwischen dem Erbfall und der endgültigen Auflösung der Gemeinschaft muss der Nachlass trotzdem sinnvoll verwaltet werden.
- 16 Diese Verwaltungsbefugnis kommt den Miterben zu, es sei denn, der Erblasser hätte sie einem Testamentvollstrecker übertragen.
- 17 Nur wenige Bestimmungen hat das Gesetz über die Nachlassverwaltung vorgesehen, nämlich die §§ 2038–2040 BGB. Im Übrigen verweist es in § 2038 Abs. 2 BGB auf einzelne Vorschriften der Bruchteilsgemeinschaft.

## 3. Begriff der Verwaltung

- 18 Die Verwaltung umfasst alle Maßnahmen zur Erhaltung oder Vermehrung des Nachlasses, gleichgültig, ob es sich um Maßnahmen des Innenverhältnisses oder des Außenverhältnisses handelt. Nach außen gilt grundsätzlich das Prinzip **gesamthänderischen Handelns**,

<sup>6</sup> Eine Erbengemeinschaft kann nicht als solche Gläubigerin einer Grundschuld sein: BayObLG NJW 2003, 70; OLG Celle ZIP 2006, 620.

<sup>7</sup> Für die GbR entschieden: OLG München DNotZ 2005, 923.

<sup>8</sup> LG Berlin ZEV 2004, 428 im Anschluss an BGH NJW 2002, 3389 (3390).

<sup>9</sup> NJW 2006, 3715 = FamRZ 2007, 41 = Rpfleger 2007, 75 = DNotZ 2007, 134.

das nur ausnahmsweise durch Fälle gesetzlicher Stellvertretung bei Notmaßnahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung durchbrochen wird.

#### Beispiele für Verwaltungsmaßnahmen:

- Abschluss von Miet- und Pachtverträgen,<sup>10</sup>
- Begleichung laufender Verbindlichkeiten,<sup>11</sup>
- Abschluss eines Grundstückskaufvertrags,<sup>12</sup>
- Durchsetzung von Forderungen im Klageweg und der Abschluss eines Vergleichs hierüber.<sup>13</sup>

**Keine Verwaltungshandlung** ist der Widerruf einer Erblässervollmacht,<sup>14</sup> die jeder Miterbe mit Wirkung gegen sich alleine widerruft.

#### 4. Die verschiedenartigen Verwaltungsmaßnahmen

a) **Verwaltung und Verfügung durch die Miterben.** Anders als das Recht der Personengesellschaft unterscheidet das Recht der Erbengemeinschaft bei der Strukturierung ihrer Organisation nicht zwischen Geschäftsführung als Berechtigung und Verpflichtung im Innenverhältnis einerseits und Vertretung im Außenverhältnis andererseits, sondern spricht von **Verwaltung und Verfügung** über Nachlassgegenstände. **Für die Verwaltung gilt grundsätzlich das Mehrheitsprinzip** (§§ 2038 Abs. 2, 745 Abs. 1 BGB), während **für Verfügungen gemeinschaftliches Handeln** vorgesehen ist (§ 2040 Abs. 1 BGB) – freilich nicht gleichzeitiges und gleichartiges: Eine frühere Einwilligung oder eine spätere Genehmigung eines Miterben reicht aus.

Nach hM berechtigt ein wirksamer Mehrheitsbeschluss die Mehrheit der Erben zwar grundsätzlich, mit Wirkung für und gegen die Gesamthandsgemeinschaft zu handeln, sie sind jedoch bei Verfügungen über Nachlassgegenstände auf die Mitwirkung der überstimmten Miterben angewiesen mit der Konsequenz, dass diese Mitwirkungspflicht notfalls gem. § 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB einzuklagen ist.<sup>15</sup>

Die neuere Rechtsprechung des BGH und das jüngere Schrifttum haben sich jedoch inzwischen auch bei § 2040 Abs. 1 BGB dem Mehrheitsprinzip des § 2038 BGB angenähert,<sup>16</sup> obwohl der BGH seine bisherige Meinung, dass die überstimmten Miterben notfalls zu verklagen sind, noch nicht aufgegeben zu haben scheint.

Für das **Außenverhältnis** gegenüber Dritten ergeben sich dadurch enorme Probleme, weil der Dritte nicht beurteilen kann, ob die Mehrheit handeln darf oder nicht. Aus Gründen der Rechtssicherheit wird der Dritte die Zustimmung aller Erben verlangen.

Das Mitwirkungserfordernis aller Erben bei einer Verfügung ist allerdings auch gerechtfertigt, weil dem andererseits die gesamtschuldnerische Haftung jedes einzelnen Miterben gegenüber steht (§ 2058 BGB).<sup>17</sup> Und solange jedem Miterben die Haftung für Nachlassverbindlichkeiten droht, muss er ein wirksames Mitspracherecht haben, wenn durch eine Verfügung der Nachlass als Haftungsmasse geschmälert wird.

b) **Das Innenverhältnis.** Bei Verwaltungsmaßnahmen der Miterben im Innenverhältnis ist **in dreifacher Hinsicht** zu unterscheiden zwischen

- ordnungsmäßigen Verwaltungsmaßnahmen,
- außerordentlichen Verwaltungsmaßnahmen und
- Notverwaltungsmaßnahmen.

<sup>10</sup> BGHZ 56, 50 = NJW 1971, 1265.

<sup>11</sup> BGH FamRZ 1965, 269.

<sup>12</sup> BGHZ 164, 181 = FamRZ 2006, 192 = NJW 2006, 439 = ZNotP 2006, 68 = ZEV 2006, 24 = ZErB 2006, 95; Anm. Ann MittBayNot 2006, 247.

<sup>13</sup> BGHZ 46, 280 = NJW 1967, 440.

<sup>14</sup> BGHZ 30, 397 = NJW 1959, 2114 (2116).

<sup>15</sup> Vgl. MüKoBGB/Gergen § 2038 Rn. 44, 55.

<sup>16</sup> BGHZ 108, 21 (30) = NJW 1989, 2694 (2697) = FamRZ 1989, 963; BGH NJW 2010, 765 (767); NJW 2013, 166 (167); ErbR 2015, 196.

<sup>17</sup> AA Eberl-Borges NJW 2006, 1313.

- 27 *aa) Maßnahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung.* **Begriff:** Die ordnungsmäßige Verwaltung umfasst Maßnahmen, die der Beschaffenheit des betreffenden Nachlassgegenstandes im konkreten Fall und dem objektiven Interesse aller Miterben entsprechen unter Ausschluss wesentlicher Veränderungen (§ 745 Abs. 1 BGB).
- 28 Zu Entscheidungen für Maßnahmen ordnungsgemäßer Verwaltung lässt § 2038 Abs. 1 S. 2 BGB iVm § 745 BGB einen Mehrheitsbeschluss der Miterben genügen, weil jeder Miterbe den anderen gegenüber verpflichtet ist, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich sind.
- 29 **Beispiele für ordnungsgemäße Verwaltung:**
- Maßnahmen zur Wahrnehmung der Verkehrssicherungspflicht,
  - Abschluss von Werkverträgen für erforderliche Reparaturen an einem im Nachlass befindlichen Gebäude.
- 30 (1) *Mehrheitsbeschluss.* Maßnahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung können von den Miterben mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden. Die Stimmen berechnen sich nach der Größe der Erbteile (§§ 2038 Abs. 2, 745 Abs. 1 S. 2 BGB). Hat die Mehrheit der Miterben eine ordnungsgemäße Maßnahme zur Verwaltung des Nachlasses – nicht Verfügung – beschlossen, so kann sie die Maßnahme auch ohne die Mitwirkung der überstimmten Miterben mit Wirkung für und gegen die Erbengemeinschaft ausführen.<sup>18</sup>
- 31 **Stimmrechtsausschluss eines Miterben:** Bei der Beschlussfassung in der Erbengemeinschaft besteht Stimmverbot für einen Miterben immer dann, wenn er in einem Konflikt zwischen eigenen Interessen und seiner Pflicht zur Mitwirkung an einer ordnungsgemäßen Verwaltung befangen ist, der so stark ist, dass die begründete Befürchtung besteht, der Miterbe werde seinen Eigeninteressen den Vorrang geben. Eine trotz Stimmverbots abgegebene Stimme ist nichtig. Ein Miterbe ist von der Ausübung des Stimmrechts bei der Verwaltung des Nachlasses jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn ihm selbst der Vorwurf nicht ordnungsgemäßer Verwaltung gemacht wird.<sup>19</sup>
- 32 Auf die **Rechtsstellung** der Miterben wirken sich Ausgleichsrechte und -pflichten grundsätzlich nicht aus.<sup>20</sup> Das Stimmrecht bei Maßnahmen der Verwaltung gemäß §§ 2038 Abs. 2, 745 BGB richtet sich bis zur Auseinandersetzung nach den gesetzlichen (oder im Falle des § 2052 BGB den letztwillig verfügten) Erbquoten.<sup>21</sup> Nur die Verteilung des Reinertrages nach § 2038 Abs. 2 S. 3 BGB erfolgt bereits nach den gemäß §§ 2050 ff. BGB bereinigten Teilungsquoten.
- 33 **Nachlassgläubigern** gegenüber haften ausgleichspflichtige und ausgleichsberechtigte Miterben bei Beschränkung der Haftung auf den Nachlass gemäß § 2059 S. 1 BGB vor der Teilung mit ihrem nicht bereinigten Erbteil.<sup>22</sup> **Pfändet** der Gläubiger den Anteil allerdings im Wege der Zwangsvollstreckung, erlangt er hinsichtlich der Ausgleichsrechte und -pflichten dieselbe Stellung, die der Erbe hatte.<sup>23</sup>
- 34 (2) *Anspruch auf Zustimmung.* Der Mitwirkungsanspruch kann notfalls im Klagewege durchgesetzt werden, wobei der Klagantrag auf Zustimmung zu einer bestimmten Maßnahme zu richten ist, die dem Interesse aller Miterben nach billigem Ermessen entsprechen muss.<sup>24</sup> Die Mitwirkungspflicht ist dann von Bedeutung, wenn die erforderliche Stimmenmehrheit nicht erreicht wurde. Weigern sich nur einzelne Miterben, so sind nur sie zu verklagen. Für eine Klage gegen die anderen würde das Rechtsschutzbedürfnis fehlen.
- 35 Streitig ist, inwieweit die Minderheitserben ein Recht auf Anhörung im Rahmen der Mehrheitsentscheidung haben.<sup>25</sup>

<sup>18</sup> BGHZ 56, 47 = NJW 1971, 1265.

<sup>19</sup> BGH FamRZ 2007, 1644 = ZEV 2007, 486. Vgl. auch Löhnig FamRZ 2007, 1600.

<sup>20</sup> MüKoBGB/Gergen § 2038 Rn. 37.

<sup>21</sup> OLG Rostock ZEV 2018, 517 (518); Grüneberg/Weidlich BGB § 2038 Rn. 9.

<sup>22</sup> MüKo BGB/Fest § 2055 Rn. 14.

<sup>23</sup> MüKoBGB/Fest § 2050 Rn. 3.

<sup>24</sup> Grüneberg/Weidlich BGB § 2038 Rn. 8.

<sup>25</sup> S. Werkmüller ZEV 1999, 218; Muscheler ZEV 1997, 169.

**Hinweis:**

Die Verletzung der Mitwirkungspflicht kann gem. § 280 BGB zur Schadensersatzverpflichtung führen.<sup>26</sup> 36

In einem vom BGH<sup>27</sup> entschiedenen Fall hatte ein Miterbe der Veräußerung eines Nachlassgrundstücks zu einem verkehrswertgerechten Preis nicht zugestimmt. Der BGH hat im Grundsatz die Frage bejaht, dass durch den späteren Verkauf zu einem niedrigeren Preis eine Schadensersatzverpflichtung des die Zustimmung verweigernden Miterben in Höhe der Erlösdifferenz angenommen werden kann. 37

**Beispiel für eine zustimmungspflichtige Verwaltungsmaßnahme:**

An einem im Nachlass befindlichen vermieteten Mehrfamilienhaus ist ein Balkon schadhaft. Die Bauordnungsbehörde hat allen drei Miterben, die zu je einem Drittel berechtigt sind, bereits die Auflage erteilt, den Balkon zu reparieren. Die Erben konnten sich darauf bisher nicht einigen, weil zwei von ihnen der Meinung sind, das Haus sollte ohnehin verkauft werden, damit die Erbteilung vorgenommen werden kann. Bei der Beschlussfassung über eine Auftragserteilung (Abschluss eines Werkvertrags) kam eine Stimmenmehrheit nicht zu Stande. Da es sich bei der Erteilung des Auftrags zur Ausführung der Reparatur um eine ordnungsmäßige Verwaltungsmaßnahme handelt, hat der „Minderheits-Miterbe“ Anspruch gegen die beiden anderen Miterben auf Zustimmung zur Auftragserteilung (Abschluss eines Werkvertrags). Rein praktisch sollten in einem solchen Fall mindestens drei Angebote eines Fachbetriebes eingeholt werden. Die Zustimmung muss zum Abschluss eines konkreten Werkvertrags („..... gemäß Angebot des XY vom .....“) erteilt werden. Mittels Hilfsanträgen könnten dann alle drei Angebote zum Streitgegenstand gemacht werden. 38

(3) *Erfüllung von Nachlassverbindlichkeiten als ordnungsgemäße Verwaltung.* Die Erfüllung von Nachlassverbindlichkeiten ist grundsätzlich eine Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses,<sup>28</sup> deshalb sind alle Erben gem. § 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB zur Mitwirkung dabei verpflichtet. 39

Außerdem hat jeder Miterbe gegenüber den anderen Miterben Anspruch auf Mitwirkung bei der Tilgung von Nachlassverbindlichkeiten mit Mitteln des Nachlasses auf der Grundlage von § 2046 Abs. 1 S. 1 BGB – gleichgültig, ob die Auseinandersetzung des Nachlasses bevorsteht oder nicht. Allerdings hat diese Vorschrift nur Wirkung im Innenverhältnis zwischen den Miterben, nicht auch im Verhältnis zu den Nachlassgläubigern.<sup>29</sup> 40

In dritter Linie hat jeder Miterbe gegenüber den anderen Anspruch auf Mitwirkung bei der Erfüllung von Nachlassverbindlichkeiten aus dem Gesamtschuldverhältnis, das sich aus §§ 2058, 426 BGB ergibt.<sup>30</sup> 41

Reichen allerdings die Nachlassmittel nicht aus, um alle Nachlassverbindlichkeiten zu erfüllen, so wäre die gegen die Pflicht zur Beantragung des Nachlassinsolvenzverfahrens aus § 1980 BGB verstoßende Erfüllung einzelner – evtl. sogar letztrangiger – Nachlassverbindlichkeiten (etwa Vermächtnisse) keine Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung; und in einem solchen Fall wären die übrigen Miterben auch nicht zur Mitwirkung bei der Erfüllung verpflichtet.<sup>31</sup> 42

<sup>26</sup> BGHZ 164, 181 = FamRZ 2006, 192 = NJW 2006, 439 = ZNotP 2006, 68 = ZEV 2006, 24 = ZErB 2006, 95.

<sup>27</sup> BGHZ 164, 181 = FamRZ 2006, 192 = NJW 2006, 439 = ZNotP 2006, 68 = ZEV 2006, 24 = ZErB 2006, 95.

<sup>28</sup> OLG Celle FamRZ 2003, 1224 mit Anm. Schindler FamRZ 2004, 139 = ZEV 2003, 203; Grüneberg/Weidlich BGB § 2038 Rn. 7.

<sup>29</sup> BGHZ 57, 84 (93) = NJW 1971, 2264(2266).Grüneberg/Weidlich BGB § 2046 Rn. 1.

<sup>30</sup> MüKoBGB/Fest § 2058 Rn. 36.

<sup>31</sup> OLG Celle FamRZ 2003, 1224 mAnm Schindler FamRZ 2004, 139 = ZEV 2003, 203.



(4) *Klage gegen Miterben auf Zustimmung zu einer Verwaltungsmaßnahme***Muster:**

43

An das  
 Amtsgericht  
 – Zivilabteilung –  
 .....

## Klage

der Frau .....

– Klägerin –

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt .....

gegen

1. Herrn .....

2. Herrn .....

– Beklagte –

wegen Zustimmung.

Namens und in Vollmacht der Klägerin erhebe ich Klage gegen die Beklagten und werde in dem zu bestimmenden Termin beantragen, für Recht zu erkennen:

Die Beklagten werden verurteilt, dem Abschluss eines Werkvertrags betreffend die Reparatur des Balkons am Haus ..... mit der Firma ..... als Auftragnehmerin gemäß deren Angebot vom ..... zuzustimmen.

Falls die Voraussetzungen des § 331 Abs. 3 bzw. § 307 ZPO vorliegen, bitte ich um Erlass eines Versäumnis- bzw. Anerkenntnisurteils ohne mündliche Verhandlung.

## Begründung:

Es handelt sich um eine Erbrechtsstreitigkeit, bei der die Klägerin, eine von drei Erben, ihren Anspruch auf Zustimmung zu einer ordnungsmäßigen Verwaltungsmaßnahme für den gemeinsamen Nachlass, nämlich zum Abschluss eines Werkvertrags betreffend die Reparatur eines Balkons am gemeinschaftlichen Gebäude ....., geltend macht. Die Prozessparteien sind Geschwister.

Am ..... ist Herr ....., zuletzt wohnhaft in ....., der Vater der Parteien, gestorben. Die Klägerin und ihre beiden Brüder, die Beklagten, sind die einzigen Kinder, die der Erblasser hinterlassen hat. Es ist gesetzliche Erbfolge eingetreten, so dass alle drei Kinder gesetzliche Erben zu je einem Drittel wurden, § 1924 BGB. Ein Erbschein ist bisher weder erteilt noch beantragt.

Beweis: Beglaubigte Abschrift des Familienbuchs des Erblassers – Anlage K 1 –

Im Nachlass befindet sich das vermietete Sechs-Familien-Haus in ..... Einer der Balkone im ..... OG zur ..... Straße gelegen, ist so schadhaft, dass die Bauordnungsbehörde der Stadt ..... mit Bescheid vom ..... alle Miterben aufgefordert hat, einen bauordnungsmäßigen Zustand wieder herzustellen.

Beweis: Begl. Kopie des bezeichneten Bescheids – Anlage K 2 –

Weil die Beklagten sich nicht um die Angelegenheit gekümmert haben, hat die Klägerin verschiedene Angebote für die erforderliche Reparatur eingeholt und hat versucht, sich mit den Beklagten zu einigen.

Als dies misslang, hat sie versucht, einen Mehrheitsbeschluss nach § 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 iVm § 745 Abs. 1 BGB herbeizuführen. Auch dies ist nicht gelungen, weil die Beklagten sich gegen die Sanierungsmaßnahme ausgesprochen haben. Sie wollen die Reparatur nicht mehr vornehmen, weil das Haus verkauft werden soll. Dieser beabsichtigte Verkauf zieht sich jedoch auch schon über zwei Jahre lang hin, ohne dass abzusehen wäre, wann ein Abschluss erfolgen könnte.