

<b>Gericht:</b>	OLG Karlsruhe	<b>Quelle:</b>	<b>zerb</b>
<b>Aktenzeichen:</b>	11 Wx 88/12		
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss		
		<b>Fundstelle:</b>	zerb verlag GmbH, Bonn ZErb 2012, 336-339
		<b>Zitiervorschlag:</b>	ZErb 2012, 336-339

## **Titelzeile**

### **Einstweilige Anordnung durch das Nachlassgericht?**

#### **Leitsatz**

Das Nachlassgericht ist ebensowenig wie das Beschwerdegericht befugt, im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in die Amtsführung des Testamentsvollstreckers einzugreifen. Daher kann es keine einstweilige Anordnung erlassen.

#### **Tatbestand**

Der Beteiligte zu 1 wendet sich gegen die Zurückweisung seines Antrags, dem als Testamentsvollstrecker eingesetzten Beteiligten zu 2 im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, das zum Nachlass gehörende Erbbaurecht ...-straße in Heidelberg zu veräußern. Der Beteiligte zu 1 ist Alleinerbe der am 12.7.2006 verstorbenen Erblasserin, der Beteiligte zu 2 ist für die Dauer von 7 Jahren ab dem Todestag zum Testamentsvollstrecker eingesetzt. Der Beteiligte zu 1 hat die Entlassung des Beteiligten zu 2 als Testamentsvollstrecker wegen pflichtwidriger Amtsführung beantragt. Gegen die diesen Antrag zurückweisende Entscheidung des Nachlassgerichts ist beim Senat (Az 11 Wx 6/12) seit dem 24.1.2012 ein Beschwerdeverfahren anhängig.

Mit Schreiben vom 1.6.2012 an den Beteiligten zu 1 teilte der Beteiligte zu 2 mit, dass er sich entschlossen habe, das Erbbaurecht zu verkaufen. Ihm liege das Angebot des Interessenten vor, der für den Kauf des Objekts einen Kaufpreis von 1,89 Mio. € bezahlen wolle. Er halte den Verkauf des Anwesens für wirtschaftlich zwingend notwendig. Das Schreiben enthält nähere Angaben zu den aus der Vermietung des Gebäudes erzielten Einnahmen, zu anstehenden Reparaturarbeiten sowie zum Verkehrswert des Gebäudes. Mit Schriftsatz vom 15.6.2012 hat der Beteiligte zu 1 bei dem Nachlassgericht beantragt, dem Beteiligten zu 2 im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, das Erbbaurecht zu veräußern. Der Verkauf widerspreche dem Erblasserwillen und sei auch nicht erforderlich; die Zins- und Tilgungsleistungen für die Verbindlichkeiten könnten aus den Mieteinnahmen gedeckt werden. Der Beteiligte zu 1 habe seine Zustimmung zum Verkauf des Erbbaurechts nicht erklärt.

Das Nachlassgericht hat den Antrag mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen. Das Nachlassgericht sei für einstweilige Anordnungen im Rahmen des Entlassungsverfahrens nicht mehr zuständig, da das Entlassungsverfahren bereits in 2. Instanz anhängig sei. Der Entlassungsantrag habe im Übrigen auch keine Erfolgsaussichten, weshalb es an einem wichtigen Grund, der eine einstweilige Anordnung rechtfertigen könne, fehle. Gegen diese Entscheidung (...) richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 1 . (...)

#### **Gründe**

Die nach § 58 Abs. 1 FamFG zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Das Nachlassgericht hat es zu Recht abgelehnt, dem Testamentsvollstrecker im Wege der einstweiligen Anordnung den Verkauf des Erbbaurechts zu untersagen.

Dem Beschwerdeführer, der sich mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung an das Gericht erster Instanz gewandt hatte, macht mit der Beschwerde ausdrücklich nicht mehr geltend, dass das Nachlassgericht für die Entscheidung über den Antrag zuständig gewesen wäre; er vertritt nunmehr

die Auffassung, dass es dem Nachlassgericht von vornherein an seiner Zuständigkeit gemangelt habe und es den Antrag daher von Amts wegen an das OLG Karlsruhe hätte verweisen müssen. Ob das zutreffend ist, bedarf keiner Vertiefung. (...) Der Erlass einer einstweiligen Anordnung kommt nicht in Betracht, weil das Nachlassgericht ebensowenig wie das Beschwerdegericht befugt ist, im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in die Amtsführung des Testamentsvollstreckers einzugreifen. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung würde nach dem Zweck dieses Verfahrens voraussetzen, dass das Nachlassgericht in einem Hauptsacheverfahren befugt wäre, dem Testamentsvollstrecker eine bestimmte Handlung - hier die Veräußerung eines zum Nachlassvermögen gehörenden Gegenstandes - zu untersagen. Dafür fehlt es aber an einer gesetzlichen Grundlage.

aa) Da der Testamentsvollstrecker sein Amt und seine selbstständige Rechtstellung vom Erblasser ableitet, führt das Nachlassgericht keine Aufsicht über die Verwaltung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker (vgl. J. Mayer in BeckOK, BGB, Edition 23, § 2197, Rn 9). Anders als etwa in § 1837 Abs. 2 Satz 1 BGB für den Vormund angeordnet ist, sieht das Gesetz eine allgemeine Kontrolle der Arbeit des Testamentsvollstreckers nicht vor; eine solche gerichtliche Kontrolle könnte nicht einmal vom Erblasser wirksam angeordnet werden (vgl. Zimmermann in: MüKo BGB, 5. Aufl., § 2205, Rn 13). Das Gesetz hat das Testamentsvollstreckerrecht vielmehr so ausgestaltet, dass es eine Kontrolle durch präventive Maßnahmen nicht vorgesehen hat, sondern dem Nachlassgericht nur die Möglichkeit eingeräumt hat, einen pflichtwidrig handelnden Testamentsvollstrecker zu entlassen.

bb) Fehlt es aber an einem Aufsichtsrecht des Nachlassgerichts, ist dieses auch nicht befugt, durch endgültige Anordnungen oder ihnen vorgelagerte einstweilige Anordnungen in die Verwaltung des Nachlasses dadurch einzugreifen, dass einzelne Handlungen geboten oder untersagt würden (so im Ergebnis auch OLG Köln, Beschluss vom 8.10.1986, 2 Wx 57/86, NJW-RR 1987, 71; zustimmend Bumiller/Harders, FamFG, 10. Aufl., § 355, Rn 10; ebenso OLG Hamm, Beschluss vom 10.5.2010, 15 Wx 40/10, BeckRS 2010, 18316). Ein solches Eingriffsrecht würde auch deshalb zu problematischen Ergebnissen führen, weil nicht nur eine einzelne vom Testamentsvollstrecker geplante oder verweigerte Maßnahme betrachtet werden könnte, sondern diese Teil des bei der Testamentsvollstreckung verfolgten wirtschaftlichen Gesamtkonzepts ist. Dieses zu bestimmen ist aber im Rahmen der Erblasseranordnungen die originäre Aufgabe des Testamentsvollstreckers; das Nachlassgericht kann sie nicht an seiner Stelle übernehmen.

Zimmermann (ZEV 2010, 369; ebenso Reimann in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2012, vor § 2197, Rn 30) hält es unter Geltung des hier bereits anwendbaren Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für zulässig, dass das Nachlassgericht eine einstweilige Anordnung trifft, die dem Testamentsvollstrecker die Verfügung über alle oder bestimmte Nachlassgegenstände untersagt. Dem folgt der Senat nicht. Zwar stehen dem Erlass einer einstweiligen Anordnung keine grundsätzlichen verfahrensrechtlichen Hindernisse entgegen, weil § 49 Abs. 1 FamFG eine solche ausdrücklich vorsieht. Etwas grundsätzlich anderes galt aber auch für das frühere Recht nicht. Dort war der Erlass einer einstweiligen Anordnung allerdings ausdrücklich nur für den zweiten Rechtszug geregelt, indem das Beschwerdegericht in § 24 Abs. 3 FGG ermächtigt wurde, vor der Entscheidung in der Hauptsache eine einstweilige Anordnung zu erlassen. Auch unter Geltung des früheren Rechts war aber die Möglichkeit anerkannt, dass das Gericht erster Instanz eine sogenannte „vorläufige Anordnung“ erlässt, wenn ein dringendes Bedürfnis für ein unverzügliches Einschreiten bestand (vgl. Kahl in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl., § 19, Rn 30). Diese verfahrensrechtlich grundsätzlich bestehende Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung ändert aber nichts daran, dass es einer gesetzlichen Befugnis bedarf, die einstweilen getroffene Regelung auch in Form einer Hauptsacheentscheidung zu erlassen. Eine solche Befugnis ist aber den Gerichten der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus den oben unter a) eingeräumten Gründen nicht eingeräumt. Eine solche Befugnis entsteht auch nicht durch die Befassung des Gerichts mit einem Entlassungsantrag. Solange der Testamentsvollstrecker aus einem Amt nicht entlassen ist, muss er es im Interesse des Nachlasses fortführen, ohne dass er in seiner Ausführung durch einstweilige Anordnung des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit eingeschränkt werden kann.

Diese Beurteilung führt allerdings dazu, dass im Instanzenzug der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch dann keine einstweilige Anordnung erlassen werden kann, wenn die Gefahr besteht, dass der Testamentsvollstrecker bis zur Entscheidung über einen gegen ihn gerichteten Entlassungsantrag noch Verwaltungshandlungen vornimmt, also etwa Vermögensgegenstände veräußert oder sonst Verträge schließt, durch die der Nachlass verpflichtet wird. Der Erbe wird dadurch aber nicht schutzlos gestellt. Zwischen ihm und dem Testamentsvollstrecker besteht ein gesetzliches Verpflichtungsverhältnis. Aufgrund dessen ist es dem Erben möglich, seinen Rechtsanspruch auf ordnungsgemäße Verwaltung gegen den Testamentsvollstrecker im Zivilprozess durchzusetzen (OLG Köln aaO). Der BGH hat in seinem Urteil vom

9.10.1957 (IV ZR 317/57, NJW 1957, 1916, 1917) ausgesprochen, dass jeder Erbe gegen des Testamentsvollstrecker darauf klagen könne, dass dieser seine Pflichten erfülle. Besteht aber eine zivilprozessuale Klagebefugnis, so besteht auch kein verfahrensrechtliches Hindernis, im Verhältnis zu dem Testamentsvollstrecker eine einstweilige Verfügung nach den §§ 935, 940 ZPO zu beantragen (ebenso OLG Schleswig, Beschluss vom 9.3.2010, 3 W 29/10, juris-Rn 5, das lediglich eine einstweilige Untersagung der Amtsausübung durch das Prozessgericht, nicht aber die Untersagung einzelner Verwaltungsmaßnahmen für unzulässig hält). (...) Die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist nach § 70 Abs. 4 FamFG ausgeschlossen.

### **Anmerkung**

Das BGB kennt mehrere Fälle, in denen Vermögen fremdverwaltet wird, z. B. Betreuung, Nachlasspflegschaft, Testamentsvollstreckung. Die Eigentümer des Vermögens sind nicht immer mit dieser Verwaltung zufrieden. Wie sie sich wehren können ist unterschiedlich ausgestaltet. Im vorliegenden Fall wurde 2006 eine Testamentsvollstreckung bis 2013 angeordnet; der Erbe will kurz vor Ablauf, 2012, verhindern, dass der Testamentsvollstrecker ein Erbbaurecht veräußert. Was kann er tun?

1. Zweigleisiger Rechtsschutz. Der Rechtsschutz ist bei Streitigkeiten betreffend die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers (historisch bedingt) zweigleisig ausgestaltet:

a) Prozessgericht. Der Berechtigte (z. B. ein Erbe) kann gegen den Testamentsvollstrecker vor dem Prozessgericht auf Unterlassung der beabsichtigten Handlung, z. B. eines Grundstücksverkaufs, oder auf Verpflichtung zur Vornahme einer nicht geplanten Handlung (z. B. Auskunftserteilung, Rechnungslegung, Erteilung des Nachlassverzeichnisses, Vermietung leer stehender Räume), klagen. Anspruchgrundlage ist in der Regel § 2216 BGB, wonach der Testamentsvollstrecker zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet ist. Zuständig ist je nach Streitwert die Prozessabteilung des AG bzw. LG. Durch Feststellungsklage kann auch ein Streit, ob das Amt des Testamentsvollstreckers beendet ist, entschieden werden. Allerdings kann das Prozessgericht den Testamentsvollstrecker niemals entlassen, es kann ihm nur einzelne Handlungen gebieten oder verbieten.

Als einstweiliger Rechtsschutz steht die einstweilige Verfügung (§§ 935 ff ZPO) zur Verfügung (Mayer/Bonefeld, Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2011, § 44 Rn 36). Voraussetzung sind ein Verfügungsgrund (z. B. die Eilbedürftigkeit) und ein Verfügungsanspruch. Der Anspruch kann sich z. B. aus § 2216 BGB ergeben, wonach der Testamentsvollstrecker den Nachlass ordnungsmäßig zu verwalten hat. Der Antrag muss aber auf Vornahme bzw. Unterlassung einer bestimmten Handlung gerichtet werden, die allerdings auch pauschal einen bestimmten Kreis von Geschäften erfassen kann (z. B. Unterlassung der Veräußerung bestimmter Gegenstände, da sie von einer Teilungsanordnung des Erblassers erfasst seien; Unterlassung der Erbaueinandersetzung, da der Nachlass noch nicht teilungsreif sei). Keinesfalls können dem Testamentsvollstrecker „alle Rechtshandlungen“ durch eine einstweilige Verfügung verboten werden, (OLG Schleswig ZEV 2010, 367), weil dies faktisch eine (zumindest zeitweise) Entlassung des Testamentsvollstreckers wäre, die § 2227 BGB ausdrücklich nur dem Nachlassgericht gestattet, nicht dem Prozessgericht und auch keinem Schiedsgericht.

b) Nachlassgericht. Beim Nachlassgericht kann auf Antrag die Entlassung des Testamentsvollstreckers aus wichtigem Grund erfolgen (§ 2227 BGB). Im Übrigen ist zu beachten, dass das Nachlassgericht kein allgemeines Aufsichtsrecht über Testamentsvollstrecker hat, deshalb gegen ihn auch kein Zwangsgeld verhängen darf (OLG Zweibrücken NJW-RR 2004, 941), wenn er dem Erben kein Nachlassverzeichnis vorlegt, anders als z. B. gegenüber einem Nachlasspfleger.

Als einstweiliger Rechtsschutz steht der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Verfügung. Seit 1.9.2009 sind solche Anordnungen in §§ 49 ff FamFG ausdrücklich geregelt. Voraussetzung sind auch hier ein Anordnungsgrund (Eilbedürftigkeit) und ein „Anspruch“ (§ 2227 BGB, Prütting/Helms/Stöber, FamFG, 2. Aufl. 2011, § 49 Rn 5). Ein Verfahren der einstweiligen Anordnung ist selbstständig (§ 51 IV FamFG), die „für das Rechtsverhältnis maßgebende Vorschrift“ (§ 49 I FamFG) ist aber § 2227 BGB, weshalb parallel ein auf Antrag eines Berechtigten laufendes Entlassungsverfahren existieren muss. Was das Nachlassgericht tun könnte, folgt aus § 49 FamFG: Es könnte z. B. dem Testamentsvollstrecker durch einstweilige Anordnung die Verfügung über alle oder bestimmte Nachlassgegenstände verbieten (Staudinger/Reimann, 2011, Rn 30 vor § 2197). Folge ist, dass vorübergehend niemand, auch nicht der Erbe, darüber verfügen kann (Lösung im Notfall über § 1913 BGB). Allerdings setzt das eine cursorische Prüfung voraus, ob die beabsichtigte Handlung zusammen mit allen Vorwürfen, die im Übrigen im Entlassungsverfahren vorgebracht wurden oder sich sonst dort aus der Amtsermittlung (Staudinger/Rei-

mann, 2011, § 2226 Rn 28) ergeben, höchstwahrscheinlich die Entlassung des Testamentsvollstreckers rechtfertigen würden.

Das OLG Karlsruhe hält den Erlass einer solchen einstweiligen Anordnung für unzulässig, seine knappe Begründung überzeugt nicht. Das Nachlassgericht sei nicht befugt, in die Amtsführung des Testamentsvollstreckers einzugreifen, wird behauptet. Das ist der Stand der Rechtsprechung vor Einfügung der §§ 49 ff FamFG (z. B. OLG Köln NJW-RR 1987, 71). Wenn das Nachlassgericht aber den Testamentsvollstrecker entlassen kann, also faktisch alle Handlungen als Testamentsvollstrecker verhindern kann, dann kann es erst recht als Vorstufe eine bestimmte Einzelhandlung, die für den Erben besonders gefährlich wäre, verbieten. Andernfalls käme man zum Ergebnis, dass die §§ 49 ff FamFG in Sachen der Testamentsvollstreckung nicht anwendbar sind; das behauptet bisher niemand (Keidel/Giers FamFG 17. Aufl. 2011 § 49 Rn 15). Es war auch nicht das Konzept der FGG-Reform (BT-Drucks. 16/6308). Das OLG Karlsruhe vertritt aber offenbar diese Meinung. Als Argument bringt das OLG ferner, durch die Untersagung einer einzelnen Handlung würde in das vom Testamentsvollstrecker verfolgte „wirtschaftliche Gesamtkonzept“ eingegriffen; das ist indes eine Frage der Begründetheit, nicht der Zulässigkeit einer einstweiligen Anordnung.

2. Zuständigkeitsstreit. Für den Anwalt des Erben entsteht eine missliche Lage. Beantragt er eine einstweilige Verfügung, kann es sein, dass sie abgelehnt wird, weil wegen des möglichen FamFG-Verfahrens das Rechtsschutzbedürfnis fehle (so Keidel/Giers FamFG 17. Aufl. 2011, § 49 Rn 3). Beantragt er eine einstweilige Anordnung, kann das Prozessgericht in Anlehnung an das OLG Karlsruhe dies ablehnen, weil so etwas in Fragen der Testamentsvollstreckung nicht zulässig sei. Hierbei wird verkannt, dass der Gesetzgeber in Nachlasssachen aus historischen Gründen oft ein zweigleisiges Verfahren angeordnet hat, um maximalen Rechtsschutz zu gewährleisten: so kann z. B. anstelle des Erbscheinsantrags eine Erbenfeststellungsklage erhoben werden (BGH ZEV 2010, 468; dazu Zimmermann ZEV 2010, 457) und anstelle der Erbscheinseinziehungsanregung (§ 2361 BGB) eine Klage vor dem Prozessgericht nach § 2362 BGB. Der Erbe kann wählen, sogar nach Misserfolg des einen Weges den zweiten beschreiten. Wer freilich eine Erbenfeststellungsklage erhebt, stößt in der Praxis häufig auf den unzutreffenden Hinweis, das sei unzulässig, er möge doch einen Erbschein beantragen.

3. Rechtswegverweisung. Wenn das OLG Karlsruhe einen einstweiligen Rechtsschutz gegen Testamentsvollstrecker nur im Zivilprozess für möglich erachtet, nicht aber im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dann hätte es § 17 a VI GVG, der ebenso wie das FamFG am 1.9.2009 eingeführt wurde, beachten müssen. Auch hier ist die Rechtslage anders als früher, was in der Praxis noch weitgehend unbekannt ist. Nach § 17 a VI GVG ist die Abgrenzung zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit eine Rechtswegfrage, auf die § 17 a GVG anzuwenden ist. Das OLG Karlsruhe hätte darauf hinweisen müssen, dass es den Rechtsweg zum Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit für unzulässig hält, und letztlich hätte es (außer bei Antragsrücknahme) zur Verweisung an das LG bzw OLG als Gericht der streitigen Gerichtsbarkeit kommen müssen, was auch Kostenvorteile für den Antragsteller gehabt hätte. Keinesfalls hätte also die Beschwerde (wie nach früherer Rechtslage) einfach zurückgewiesen werden dürfen.

Prof. Dr. Walter Zimmermann, Vizepräsident des LG a.D., Passau

© zerb verlag GmbH, Bonn

**zerb**