

Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht

Herausgegeben von
KARLHEINZ MUSCHELER

Hereditare

13

Mohr Siebeck

Hereditare –
Jahrbuch für Erbrecht
und Schenkungsrecht

Band 13 (2023)



Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht

herausgegeben von
Karlheinz Muscheler

Mohr Siebeck

Manuskripte bitte an:
Prof. Dr. Katharina Uffmann
Ruhr-Universität Bochum
Juristische Fakultät
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Recht
der Familienunternehmen
Universitätsstr. 150
44801 Bochum
erbrecht@rub.de

Es wird davon ausgegangen, dass es sich bei eingereichten Manuskripten um unveröffentlichte Originalbeiträge handelt, die nicht an anderer Stelle zur Verfügung vorgelegt worden sind. Für Verlust oder Schädigung eingesandter Manuskripte übernehmen Herausgeber und Verlag keine Haftung.

Manuskripte können auch per E-mail eingereicht werden. Bei Postsendungen ist eine digitale Version beizulegen.

Zitiervorschlag: *Autor*, *Hereditare* 13 (2023), S. 1 ff.

ISBN 978-3-16-163628-8 / eISBN 978-3-16-163629-5

ISSN 2192-3795 / eISSN 2569-4049 (*Hereditare*)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Reemers Publishing Services GmbH in Krefeld aus der Minion gesetzt, von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Inhalt

<i>Falk Schulz</i> Dringende Geschäfte nach dem Erbfall	1
<i>Herbert Grziwotz</i> Ausgewählte Fragen des Erbscheinsverfahrens	21
<i>Stephanie Herzog</i> Nachlassschulden und Erbenhaftung	45
<i>Christopher Keim</i> Die lenkende Erbausschlagung	71
<i>Karlheinz Muscheler</i> Verzeihung und Recht	103
<i>Karlheinz Muscheler</i> Das mystische Testament im römischen, deutschen und angelsächsischen Recht	173
<i>Karlheinz Muscheler</i> Die Reformation des Testaments im amerikanischen Recht	253
<i>Christoph Karczewski</i> Aktuelle Entwicklungen im Erbrecht: Neuere Rechtsprechung des BGH und der Obergerichte in Erbsachen	387
<i>Jan Hüchtebrock</i> Diskussionszusammenfassung zu den Vorträgen des 13. Bochumer Erbrechtssymposiums	461
Autorenverzeichnis	469

Falk Schulz

Dringende Geschäfte nach dem Erbfall¹

A. Einführung

Welche Maßnahmen muss der Erbe bzw. müssen die Miterben unmittelbar nach dem Erbfall dringend angehen, um nicht Gefahr zu laufen, den Nachlass zu schmälern? In der nachfolgenden beispielhaften Betrachtung sollen acht ausgewählte Problemkreise beleuchtet werden, die für den Nachlass erhebliche wirtschaftliche Bedeutung haben können. Unterstellt wird hierbei, dass es sich um einen vermögenden Nachlass handelt. Die Frage der Erbausschlagung bzw. von erbrechtlichen Haftungsbeschränkungsmaßnahmen bleibt daher außer Betracht.²

B. Betrachtung ausgewählter Problemkreise

I. Maßnahmen bei unbekanntem Erben

1. Legitimationsproblem im Rechtsverkehr

Zur Veranschaulichung der Problematik soll folgendes Fallbeispiel dienen:

Die Mandantin ist eine Cousine der Erblasserin väterlicherseits. Es soll noch weitere Cousins/Cousinen geben, die ihr allerdings nicht bekannt sind. Die für den Erbnachweis erforderlichen Personenstandsunterlagen liegen nicht vor. Sie sind auch für die zukünftige Erbengemeinschaft schwer zu beschaffen, da die Familie aus Ostpreußen stammte. Die Erblasserin war Eigentümerin einer Immobilie, in die nach Aussage von Nachbarn nach dem Tod schon mehrfach versucht worden sein soll, einzubrechen. Darüber hinaus soll ein Wertpapierdepot bestehen.

Das Fallbeispiel zeigt das Legitimationsproblem der (Mit-)Erbin im Rechtsverkehr: Ein Erbschein ist kurzfristig nicht zu beschaffen, da die für den Erbnachweis

1 Überarbeitete Fassung eines Vortrags zum Leitthema „Der Erbfall als Ernstfall – Erbrecht unmittelbar nach dem Erbfall“, den der Autor auf dem 13. Bochumer Erbrechtssymposium am 05.05.2023 gehalten hat. *Dr. iur. Falk Schulz* ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht und Berufsnachlasspfleger mit spezialisierter Kanzlei für Nachlasspflegschaft & Testamentsvollstreckung in Münster sowie Vorstand des Bund Deutscher Nachlasspfleger (BDN) e.V.

2 Diese Fragen sind Gegenstand weiterer Vorträge des 13. Bochumer Erbrechtssymposium.

notwendigen Personenstandsurkunden erst aufwendig beschafft werden müssen. Gleichzeitig bedarf die Immobilie der Fürsorge. Neben der rein tatsächlichen Verhütung von Schäden, ist es im Interesse der zukünftigen Erbengemeinschaft, dass die Immobilie über Versicherungsschutz durch eine Wohngebäudeversicherung verfügt. Aktien in Wertpapierdepots können schwankungsanfällig sein. Auch ein Totalverlust in einzelnen Positionen ist denkbar. Die (Mit-)Erbin wird sich weder gegenüber dem Versicherer noch bei dem depotführenden Kreditinstitut legitimieren können und diesbezügliche Handlungen vornehmen können.

Es handelt sich um den klassischen Fall eines Fürsorgebedürfnisses für den Nachlass. Gelangt dieser Sachverhalt zur Kenntnis des zuständigen Nachlassgerichts greift die staatliche Nachlassfürsorge und das Gericht prüft von Amts wegen, ob es Nachlasssicherungsmaßnahmen, insbesondere durch die Anordnung einer Nachlasspflegschaft und die Bestellung eines Nachlasspflegers einzuleiten hat. Voraussetzungen hierfür ist aber, dass der Erbe unbekannt im Sinne des § 1960 BGB ist.

Bei gesetzlicher Erbfolge soll nach der h.M. diesbezüglich Folgendes gelten³: Ein Erbe ist bereits dann nicht mehr unbekannt, wenn jedenfalls eine hohe Wahrscheinlichkeit für seine Erbenstellung spricht. Eine letzte Gewissheit soll nicht erforderlich sein. Insbesondere soll nicht erforderlich sein, dass bereits ein Erbschein erteilt ist. Es ist nicht einmal erforderlich, dass die Voraussetzungen für die Erteilung eines Erbscheins gegeben sind oder die Erbquoten sicher feststehen.

Dies ist bedenklich: Der Wortlaut des § 1960 BGB spricht nicht von einer „Wahrscheinlichkeit“, sondern nur davon, dass der Erbe „unbekannt“ ist. Weiterhin ist zu beachten, dass die Nachlasspflegschaft eine vorläufige Maßnahme ist. Von umfangreichen und zeitraubenden Ermittlungen darf die Anordnung fürsorglicher Maßnahmen, insbesondere der Nachlasspflegschaft, nicht abhängig gemacht werden, wenn sie ihren Zweck, den Nachlass dem Erben zu sichern, erreichen soll.⁴

Zu bedenken ist aber letztlich immer, dass sämtliche Erben in diesem Sinne bekannt sein müssen. Für die noch nicht bekannten Erben kommt die Anordnung einer Teilnachlasspflegschaft als Sicherungsmittel des Nachlassgerichts in Betracht⁵. Der Nachlasspfleger kann dann Maßnahmen der Nachlasssicherung und -verwaltung mit den voraussichtlichen (bekannten) Miterben nach §§ 2032 ff. BGB abstimmen.

3 OLG Schleswig v. 06.06.2014 – 3 Wx 27/14, BeckRS 2014, 13638 = ZErB 2014, 228 m.w.N.

4 Staudinger/*Mešina* BGB (2017), § 1960 Rn. 9 m.w.N.

5 *Hamberger*, in: Schulz, Handbuch Nachlasspflegschaft, 2. Aufl. 2017, § 1 Rn. 7; vgl. zur Teilnachlasspflegschaft auch: OLG Frankfurt a.M. v. 08.03.2019 – 21 W 123/18, NLPrax 2020, 27; OLG Celle v. 29.08.2019 – 6 W 114/19, NLPrax 2020, 59 (kein weiteres Sicherungsbedürfnis bei bereits überwiegender Teilnachlasspflegschaft; abzulehnen mangels Handlungsfähigkeit der Erbengemeinschaft); keine Teilnachlasspflegschaft lediglich zur Erbauseinandersetzung mit bekannten Miterben des Erblassers: OLG Düsseldorf v. 27.03.2019 – 3 Wx 51/19, NLPrax 2019, 132 = Rpfleger 2019, 595; OLG Braunschweig v. 23.10.2019 – 1 W 26/19, NLPrax 2020, 20 = ZEV 2020, 34 (anders für Auseinandersetzung bei unbekanntem Erbeserben einer Erbengemeinschaft); OLG Düsseldorf v. 23.12.2019 – 3 Wx 106/19, ZEV 2020, 219.

Aber auch im Falle einer vom Erblasser bestimmten Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen, kann eine gerichtliche Nachlassfürsorge angezeigt sein, wie das folgende Fallbeispiel zeigt:

Die Erblasserin hat zwei Testamente hinterlassen. Im ersten Testament wird A zum Alleinerben eingesetzt, im späteren Testament B.

A trägt vor, die Erblasserin sei bei Erstellung des späteren Testaments nicht mehr testierfähig gewesen. Auch hier existieren Immobilie und Depot im Nachlass.

Die Legitimation des wahren Erben wird erst nach Abschluss eines möglicherweise langjährigen Erbscheinsverfahrens möglich sein. Das Fürsorgebedürfnis ist wie im vorherigen Fallbeispiel offensichtlich. Sind auch hier die Erben unbekannt im Sinne des § 1960 BGB?

Die Erben sind unbekannt i.S.d. § 1960 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB, wenn das Nachlassgericht sich nicht ohne umfängliche Ermittlungen davon überzeugen kann, wer von mehreren in Betracht kommenden Personen Erbe geworden ist.⁶ Ungewissheit über die Person des Erben besteht u.a., wenn konkrete Zweifel an der Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung bestehen, oder bei einem nicht offensichtlich unbegründeten Streit mehrerer Erbprätendenten über die Erbfolge⁷, ggf. sogar trotz Vorliegen eines Erbscheins bei einem wohlbegründeten Antrag auf Entziehung desselben⁸.

In beiden Fallbeispielen kann aufgrund fehlender Legitimationsmöglichkeit im Rechtsverkehr eine Nachlassgefährdung nicht abgewendet werden. In dieser Situation greift die staatliche Nachlassfürsorge durch die Nachlassgerichte nach § 1960 BGB.

2. Staatliche Nachlassfürsorge

Das Nachlassgericht kann für denjenigen, welcher Erbe wird (genauer wegen des Vonselbsterwerbs nach § 1922 Abs. 1 BGB: der als anfänglicher Erbe ermittelt wird)⁹, einen Pfleger (Nachlasspfleger) bestellen, vgl. § 1960 Abs. 2 BGB. Der Nachlasspfleger ist damit *ein* Mittel der Nachlasssicherung durch das Nachlassgericht. Er wird für einen bestimmten Wirkungskreis bestellt, in der Regel zur Sicherung und Verwaltung des Nachlasses sowie zur Ermittlung der Erben. Auf diese besondere Art der Pflegschaft findet neben §§ 1960–1962 BGB nach § 1888 Abs. 1 BGB Betreuungsrecht (§§ 1814 ff. BGB) entsprechende Anwendung, soweit sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt.

6 Vgl. auch OLG Frankfurt a.M. v. 26.09.2019 – 21 W 65/19, NLPrax 2020, 16; zur amtlichen Erbenermittlungspflicht in Bayern vgl. OLG München v. 28.05.2020 – 31 Wx 164/20, NLPrax 2020, 112.

7 BGH v. 17.07.2012 – IV ZB 23/11, FamRZ 2012, 1869 = ZEV 2013, 36; OLG Brandenburg v. 11.03.2020 – 3 W 67/19, NLPrax 2020, 105 ff. und v. 10.02.2020 – 3 W 137/19, NLPrax 2020, 61.

8 OLG München v. 18.06.2020 – 31 Wx 553/19, NLPrax 2020, 109.

9 Vgl. *Muscheler*, Erbrecht, 2010, Rn. 3096 Fn. 454.

Die Rechtsnatur des Nachlasspflegers ist seit langem streitig.¹⁰ Nach der herrschenden Vertretertheorie ist er gesetzlicher Vertreter der noch unbekanntem, endgültigen Erben, also nicht Vertreter des Nachlasses im Sinne eines selbstständigen Sondervermögens oder Partei kraft Amtes wie der Nachlassverwalter (§ 1975 ff. BGB) oder der Testamentsvollstrecker.

Dem entsprechend hat der Nachlasspfleger ausschließlich die Interessen der endgültigen Erben zu wahren. Diesen gegenüber haftet er auch für seine Handlungen und Unterlassungen (§ 1826 BGB). Er führt die Pflegschaftsgeschäfte selbstständig nach eigenem Ermessen und Zweckmäßigkeit aus.¹¹ Zwar unterliegt der Nachlasspfleger der Überwachung und Aufsicht durch das Nachlassgericht (§ 1862 BGB). Weisungen kann das Gericht aber nur bei Pflichtwidrigkeiten erteilen, in reinen Zweckmäßigkeitsfragen sind sie unzulässig.¹²

Der Nachlasspfleger befindet sich damit nach *Fröhler*¹³ in einem „Spannungsbogen zwischen staatlicher Sicherungsverantwortung für den Nachlass und privatrechtlicher Eigenverantwortung der betroffenen Erben“.

Unabhängig davon kann das Nachlassgericht auch selbst Maßnahmen der Nachlasssicherung ergreifen. § 1960 Abs. 2 BGB nennt hier insbesondere die Anlegung von Siegeln, die Hinterlegung von Geld¹⁴, Wertpapieren und Kostbarkeiten sowie die Aufnahme des Nachlassverzeichnisses¹⁵. Auch die Anordnung der Kontosperrung soll hierunter fallen¹⁶. Ob das Nachlassgericht neben diesen Sicherungsmaßnahmen in dringenden Fällen auf Grundlage von §§ 1885, 1888 Abs. 1, 1867 BGB¹⁷ auch selbst alle Maßnahmen vor Bestellung eines Nachlasspflegers treffen darf (z.B. Anweisung an die Bank, vom Konto des Erblassers Berichtigungskosten oder sonstige Gläubiger zu bezahlen), die ein Nachlasspfleger treffen könnte, ist umstritten, zumindest aber bei Kleinstnachlässen i.S. einer pragmatischen Abwicklung zu bejahen.¹⁸

10 Vgl. *Muscheler*, ErbR II, 2010, Rn. 3102 ff. m.w. Nachw.

11 Vgl. OLG Hamm BeckRS 2012, 10096 = NJOZ 2012, 1481 = FamRZ 2012, 1312 (zum Vormundschaftsrecht).

12 Vgl. BayObLG FamRZ 1992, 108 (zum Vormundschaftsrecht).

13 *Fröhler*, Rechtliche Grundlagen und praktische Probleme bei der Führung von Nachlasspflegschaften, BWNotZ 2011, 2.

14 Vgl. OLG Hamm v. 10.07.2014 – I-15 W 73/14, FGPrax 2015, 47 = Rpfleger 2014, 658.

15 Vgl. hierzu *Kroiß*, ErbR, 2013, 110 ff.

16 KG v. 29.01.1982 – 1 W 2023/81, OLGZ 1982, 398 = Rpfleger 1982, 184.

17 Ab 01.01.2023 i.d.F. des Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 04.05.2021 (BGBl. 2021 I 882).

18 So *Bestelmeyer*, Rpfleger 2011, 211; jetzt auch: OLG Rostock v. 25.10.2012 – 3 W 155/12, FuR 2013, 602 = ZEV 2013, 629; OLG Hamburg v. 13.02.2017 – 2 W 64/15, ErbR 2018, 54 = FG-Prax 2017, 228; a.A. OLG Dresden v. 08.06.2010 – 17 W 510/10, Rpfleger 2011, 35 = ZErB 2010, 367 = ZEV 2010, 582; *Zimmermann*, Rpfleger 2014, 1, 3.

3. Anregung der Anordnung einer Nachlasspflegschaft als dringende Maßnahmen

Bei unbekanntem Erben und einem Fürsorgebedürfnis ist es daher als dringende Maßnahmen nach dem Erbfall zu empfehlen, gegenüber dem Nachlassgericht die Bestellung eines Nachlasspflegers (oder sonstiger gezielter Sicherungsmaßnahmen) anzuregen.

Dies hat den Vorteil, dass bei einer Verletzung dieser staatlichen Fürsorgepflicht auch Amtshaftungsansprüche aus Art. 34 GG, § 839 BGB gegen den betreffenden Landesfiskus gegeben sein können wegen verzögerter Maßnahmen der Nachlasssicherung¹⁹, z.B. wenn der Erblasser und Hauseigentümer im Winter verstirbt und das Nachlassgericht trotz Kenntnis des Fürsorgebedürfnisses und der Unbekanntheit der Erben mehrere Wochen braucht, einen Nachlasspfleger zu bestellen, der dann feststellt, dass vor seiner Bestellung die Heizung im Haus ausgefallen ist und strenger Frost die Leitungen im Haus zerstört hat.

Die späteren Erben erhalten die Tätigkeit des Nachlasspflegers nicht auf Staatskosten, wenn kein mittelloser Nachlass vorliegt (vgl. § 1888 Abs. 2 S. 2 BGB). Die Vergütung des Nachlasspflegers ist Nachlassverbindlichkeit und geht zu Lasten der Erben. Gleiches gilt für die Gerichtskosten. Diesem Kostennachteil stehe aber der Vorteil gegenüber, dass sich jemand professionell um die Nachlasssicherung kümmert, der bei Pflichtverletzungen ebenfalls den Erben haftet (§ 1826 BGB).

II. Maßnahmen bezüglich des Bankvermögens

Aus Sicht der Erben ist es dringend geboten, Konten und Depots des Erblassers zu ermitteln und sperren zu lassen. Denn diese bleiben unverändert bestehen und auf den/die Erben gehen das Giroverhältnis und eine eventuelle Einlageforderung bzw. der Wertpapierbestand im Wege der Universalsukzession über.

In der Praxis führt das Kreditinstitut das Konto/Depot dann mit dem Zusatz „Nachlasskonto bzw. Nachlassdepot“, wenn es Gewissheit über den Tod des Kontoinhabers hat. Dazu ist nicht die Vorlage einer Sterbeurkunde erforderlich; vielmehr reicht es aus, wenn die Bank aus anderen Quellen, beispielsweise durch Mitteilung naher Angehöriger oder durch eine Todesanzeige, Kenntnis vom Tod ihres Kunden erlangt.²⁰

Die so vorgenommene Bezeichnung hat aber nur bankinterne Gründe und soll sicherstellen, dass das Kreditinstitut Verfügungen nur von legitimierten Erben akzeptiert, weil die Leistungen ansonsten nicht mit schuldbefreiender Wirkung vorgenommen werden können.²¹

19 Vgl. BeckOK BGB/Reinert BGB § 839 Rn. 152; umfassend auch: Reinert, Das Erbrecht im Lichte des Staatshaftungsrechts, NJOZ 2023, 672 ff.

20 Joerges/Menges, in: Ellenberger/Bunte, Bankrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2022, § 14 Rn. 31.

21 Vgl. Ott-Eulberg/Schebesta, Erbrecht und Banken, 3. Aufl. 2018, § 3 Rn. 16.

Eine Sperrung des Kontos tritt aber dadurch nicht automatisch ein; vielmehr kann das Nachlasskonto durch Schecks²² und Überweisungsaufträge²³, die noch vom verstorbenen Kontoinhaber ausgestellt bzw. unterzeichnet worden sind, belastet werden.

Vom Erblasser erteilte Daueraufträge müssen bis zum Widerruf durch die legitimierten Erben ausgeführt werden, da Aufträge gemäß § 672 BGB beim Tode des Auftraggebers im Zweifel nicht erlöschen. Gleiches gilt für die Einlösung von Lastschriften.²⁴

Auch ein Bevollmächtigter kann kontobezogene Handlungen vornehmen, es sei denn, er hat in ersichtlich verdächtiger Weise von der Vollmacht Gebrauch gemacht oder ein schriftlicher Widerruf wurde von einem Erben erklärt, der sich auf Verlangen der Bank als solcher legitimieren muss.²⁵ Der Vertretene hat nämlich das Risiko eines Vollmachtsmissbrauchs zu tragen. Das Kreditinstitut hat keine Prüfungspflicht, ob und inwieweit der Vertreter im Innenverhältnis gebunden ist, von einer nach außen unbeschränkten Vertretungsmacht nur begrenzten Gebrauch zu machen. Der Vertretene ist gegen einen erkennbaren Missbrauch der Vertretungsmacht im Verhältnis zum Vertragspartner nur dann geschützt, wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch gemacht hat, so dass beim Vertragspartner begründete Zweifel entstehen mussten, ob nicht ein Treueverstoß des Vertreters gegenüber dem Vertretenen vorliege.²⁶ Notwendig ist dabei eine massive Verdachtsmomente voraussetzende objektive Evidenz des Missbrauchs.²⁷ Eine solche Evidenz folgt nach der Rechtsprechung noch nicht einmal daraus, dass ein Bevollmächtigter Vermögenswerte des Vollmachtgebers auf eigene Konten übertragen lässt.²⁸ Denn eine postmortale Vollmacht kann gerade den Sinn haben, es dem Bevollmächtigten im Todesfall des Vollmachtgebers zu ermöglichen, über Konten und Depot wirksam in Vollziehung einer Schenkung unter Lebenden zu verfügen.²⁹

Vor diesem Hintergrund sind dringende Maßnahmen des/der Erben, sich unverzüglich bei den konto- und depotführenden Kreditinstituten durch Vorlage einer Testamentsabschrift mit Eröffnungsprotokoll des Nachlassgerichts oder einer Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des Erbscheins erbrechtlich zu legitimieren, die Konten zu sperren und eventuelle Vollmachten zu widerrufen. Der Widerruf von bankmäßig erteilten Vollmachten kann dabei durch

22 Vgl. *Ott-Eulberg/Schebesta*, Erbrecht und Banken, 3. Aufl. 2018, § 3 Rn. 25.

23 Vgl. *Ott-Eulberg/Schebesta*, Erbrecht und Banken, 3. Aufl. 2018, § 3 Rn. 20.

24 Vgl. *Ott-Eulberg/Schebesta*, Erbrecht und Banken, 3. Aufl. 2018, § 3 Rn. 22 ff.

25 BGH v. 25.10.1994 – XI ZR 239/93, NJW 1995, 250.

26 BGH v. 25.10.1994 – XI ZR 239/93, NJW 1995, 250.

27 Vgl. BGH v. 28.04.1992 – XI ZR 164/91, NJW-RR 1992, 1135; BGH v. 19.09.1994 – XI ZR 18/93, NJW 1994, 2082 m.w. Nachw.

28 BGH v. 15.02.1984 – III ZR 188/81, BeckRS 1982, 31070342.

29 Vgl. BGH v. 25.10.1994 – XI ZR 239/93, NJW 1995, 250 m.w. Nachw.

jeden einzelnen Miterben für sich erfolgen.³⁰ Ab dem Widerruf kann der Bevollmächtigte seine Vollmacht nur noch im Zusammenwirken mit dem Bevollmächtigten ausüben.³¹

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass Kontobevollmächtigte bis zum Vollmachtswiderruf Abhebungen tätigen und später behaupten, der Erblasser habe ihnen das Geld geschenkt oder sie hätten dem Erblasser „Geld geliehen“ und durch die Abhebung selbst für eine Rückführung des Darlehens gesorgt. Zunächst ist festzuhalten, dass allein durch die Kontovollmacht keine Berechtigung des Bevollmächtigten besteht, abgehobenes Geld zu behalten. Der Bevollmächtigte muss vielmehr einen Rechtsgrund haben, das Geld behalten zu dürfen. Dies kann entweder eine Schenkung des Erblassers sein oder aber ein Darlehen. Wer gestützt auf eine Bankvollmacht Beträge vom Konto des Vollmachtgebers abgehoben hat, trägt im Rückforderungsprozess die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der angeblichen Schenkungsvereinbarung.³²

Ist insbesondere bei gesetzlicher Erbfolge eine erbrechtliche Legitimation des/der Erben bei dem kontoführenden Kreditinstitut nicht unverzüglich möglich, muss erwogen werden, beim Nachlassgericht die Sperrung der Konten/Depots³³ oder die Bestellung eines Nachlasspflegers zu beantragen (§ 1960 Abs. 2 BGB). Allerdings wird man dort ggf. auf Probleme stoßen, wenn das Nachlassgericht die Erben nicht für unbekannt hält, und so die Voraussetzungen der Anordnung einer Nachlasspflegschaft verneint.

Eine weitere dringende Maßnahme ist der Widerruf von Übermittlungsaufträgen bei Bezugsberechtigungen an Kontovermögen zugunsten Dritter³⁴. Problematisch ist allerdings, dass die üblichen Bankformulare vorsehen, dass auch der Begünstigte den Vertrag zugunsten Dritter schon zu Lebzeiten unterschreibt.³⁵ Dann ist der Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Anspruchs auf Guthabenauszahlung schon zu Lebzeiten entstanden und ein Widerruf geht ins Leere.³⁶

Einen besonderen Blick sollten die Erben auch auf ein vorhandenes Wertpapierdepot haben; darin enthaltene Wertpapiere (Einzelaktien, Fonds etc.) können sehr schwankungsanfällig sein. Da die Versteuerung nach dem Depotwert am Todestag erfolgt (Stichtagsprinzip, §§ 11, 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG)³⁷ sollten

30 BGH v. 26.02.1988 – V ZR 231/86, NJW 1988, 2603.

31 *Ott-Eulberg*, in: *Ott-Eulberg/Schebesta, Erbrecht und Banken*, 3. Aufl. 2018, § 10 Rn. 52.

32 BGH v. 11.03.2014 – X ZR 150/11, NJW 2014, 2275 = ZEV 2014, 555; BGH v. 14.11.2006 – X ZR 34/05, NJW-RR 2007, 488 = MDR 2007, 704 = ZErB 2007, 301 = ZEV 2007, 182; vgl. auch zu typischen Prozesssituationen: *Pamp*, *ErbR* 2009, 108 ff.

33 *Muster bei Eulberg*, in: *Ott-Eulberg/Schebesta, Erbrecht und Banken*, 3. Aufl. 2018, § 22 Rn. 92.

34 Zur abweichenden Rechtskonstruktion im Depotbereich vgl. *Ott-Eulberg/Schebesta, Erbrecht und Banken*, 3. Aufl. 2018, § 5 Rn. 74 ff.

35 Vgl. ausführlich: *Ott-Eulberg/Schebesta, Erbrecht und Banken*, 3. Aufl. 2018, § 5 Rn. 24.

36 *Ott-Eulberg/Schebesta, Erbrecht und Banken*, 3. Aufl. 2018, § 5 Rn. 34.

37 *Gottschalk*, in: *Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, ErbStG*, 65. EL Februar 2023, § 11 Rn. 210 m.w. Nachw.

eventuelle zukünftige Kursverlust im Auge behalten werden. Notwendig ist eine Risikoanalyse des Depotbestandes und die Vermeidung sogenannter Klumpenrisiken.

III. Maßnahmen bezüglich Mietverhältnissen

Soweit kein gesetzliches Eintrittsrecht nach dem Tod des Mieters besteht (§ 563 BGB) oder ein überlebender Mitmieter vorhanden ist (§ 563a BGB), geht das Wohnraummietverhältnis im Wege der Universalsukzession auf den/die Erben über und wird mit diesen fortgesetzt (§ 564 S. 1 BGB).

Mieter und Vermieter haben dann nach §§ 564 S. 2, 573d BGB die Möglichkeit, das Mietverhältnis außerordentliche innerhalb eines Monats mit gesetzlicher Frist nach Kenntnis vom Tod zu kündigen, ohne dass der Vermieter ein berechtigtes Interesse i.S.d. § 573 BGB an der Beendigung des Mietverhältnisses nachweisen muss.

Wird im Mietvertrag ohnehin auf die gesetzliche Kündigungsfrist abgestellt, ist die Versäumung der vorgenannten außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit für die Mieterseite zwar ärgerlich und kostet die Erben eine weitere Monatsmiete. Sie können dann aber mit der gesetzlichen Kündigungsfrist (§ 574d BGB) kündigen.

Zu beachten ist aber, dass auch solche Mietverhältnisse nach § 564 S. 2 BGB gekündigt werden können, bei denen die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist (befristete Mietverhältnisse nach § 575 Abs. 1 Satz 1 BGB, Mietverhältnisse mit vereinbartem Kündigungsausschluss). Hierin liegt die praktische Bedeutung der Vorschrift. Wird die Monatsfrist versäumt, läuft das Mietverhältnis dann möglicherweise über die gesamte Restlaufzeit weiter. Bei Mietverhältnissen mit vereinbartem Kündigungsausschluss ist allerdings zu fragen, ob lediglich das Recht zur ordentlichen Kündigung oder auch die außerordentlichen Kündigungsrechte ausgeschlossen sind. Die Vermutung spricht für die erste Annahme. Für einen weiteren Kündigungsausschluss der Erben müssen stets konkrete Anhaltspunkte vorliegen.³⁸

Besteht nun die Notwendigkeit für den/die Erben, ein Mietverhältnis zu kündigen, um weitere Nachlassverbindlichkeiten³⁹ in Form von Forderungen des Vermieters aus dem Mietverhältnis zu vermeiden, stellt sich noch die Frage nach den formellen Anforderungen an die Kündigungserklärung.

Hat der verstorbene Mieter mehrere Erben, können diese die Kündigung grundsätzlich nur gemeinschaftlich (§ 2040 Abs. 1 BGB) gegenüber dem Ver-

³⁸ Blank/Börstinghaus, in: Blank/Börstinghaus, 6. Aufl. 2020, BGB § 564 Rn. 32.

³⁹ Nachlasserschulden oder Eigenverbindlichkeiten der Erben können entstehen, wenn sie nach wirksamer Beendigung des Mietverhältnisses ihrer (fälligen) Pflicht aus §§ 546 Abs. 1, 985 BGB zur Herausgabe der Mietsache nicht nachkommen, vgl. BGH v. 25.09.2019 – VIII ZR 122/18, NJW-RR 2020, 6 ff. sowie BGH v. 25.09.2019 – VIII ZR 138/18, NZFam 2019, 955 mit Anm. Papenmeier = ZEV 2020, 29 mit. Anm. Joachim.

mieter erklären,⁴⁰ der seine Kündigung wegen des Grundsatzes der Unteilbarkeit des Mietverhältnisses⁴¹ seinerseits ebenfalls gegenüber allen Erben auszusprechen hat.⁴² Bei mehreren Erben ist die Kenntniserlangung im Sinne des § 564 BGB und die damit verbundene Ausschlussfrist des letzten Erben maßgeblich.⁴³

Der Erbe muss sich gegenüber dem Vermieter nicht durch Vorlage eines Erbscheins oder auf ähnliche Weise legitimieren, wenn er die Kündigung ausspricht.⁴⁴ Maßgeblich ist allein, dass der Kündigende tatsächlich Erbe geworden ist.

IV. Maßnahmen bezüglich Lebensversicherungen

Häufig war der Erblasser Versicherungsnehmer einer Lebensversicherung, bei der er eine Bezugsberechtigung zugunsten Dritter verfügt hatte.⁴⁵ Kannte der Bezugsberechtigte die Bezugsberechtigung nicht, kann und sollte/n der Erbe/die Erben versuchen, diesbezügliche Ansprüche zu sichern. Denn der Begünstigte benötigt im Verhältnis zu den Erben einen Rechtsgrund, die Leistung aus der Versicherung behalten zu dürfen.⁴⁶

Rechtsgrund in dieser Konstellation ist im Regelfall eine Schenkung.⁴⁷ Ein wirksamer Schenkungsvertrag kommt aber erst postmortal zustande: die Versicherung muss den Begünstigten von der Bezugsberechtigung benachrichtigen⁴⁸ und übermittelt hierdurch nach Ansicht der Rechtsprechung ein Schenkungsangebot an den Begünstigten, das dieser stillschweigend annimmt (§§ 130 Abs. 2, 153, 151 BGB).

Der Erbe sollte als dringende Maßnahme dafür sorgen, dass dieser Rechtsgrund nicht entsteht.

Er kann hierzu gegenüber der Versicherung den Übermittlungsauftrag nach § 671 BGB widerrufen, den Begünstigten über die Bezugsberechtigung zu in-

40 Vgl. *Streyl*, in: Schmidt-Futterer, MietR, 15. Aufl. 2022, § 564 Rn. 8 m.w. Nachw.

41 Vgl. BGH v. 16.03.2005 – VIII ZR 14/04, NJW 2005, 1715; *Streyl*, NZM 2011, 377, 382.

42 BGH v. 10.12.2014 – VIII ZR 25/14, BeckRS 2015, 00557 = NJW 2015, 473, 474.

43 MüKoBGB/Häublein, BGB § 564 Rn. 11.

44 *Streyl*, in: Schmidt-Futterer, MietR, 15. Aufl. 2022, § 564 Rn. 9 m.w. Nachw.

45 Gleiches gilt für Bezugsberechtigungen bei Bankkonten, s. o. Ziff II. 2 sowie auch OLG Schleswig v. 20.03.2013 – 3 U 62/12 BeckRS 2013, 17424.

46 Vgl. ausführlich: *Schulz*, in: *Schulz*, Handbuch Nachlasspflegschaft, 2013, § 2 Rn. 271 ff. sowie *Muscheler*, Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall und Erbenwiderruf, WM 1994, 921 ff.

47 Bei Ehegatten und in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft kommt auch eine unbenannte Zuwendung in Betracht. Hier sind nach Trennung die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage anwendbar, vgl. BGH v. 14.11.2012 – IV ZR 219/12, FamRZ 2013, 376 = FPR 2013, 333 = FuR 2013, 330 = NJW-RR 2013, 404 = VersR 2013, 302 sowie OLG Köln v. 15.06.2012 – 20 U 160/11, BeckRS 2012, 18439 = FamFR 2012, 456 mit Anm. *Grziwotz*.

48 Zu den Anforderungen an die Pflicht des Versicherers, den Bezugsberechtigten zu ermitteln vgl. BGH v. 10.04.2013 – IV ZR 38/12, FamRZ 2013, 1220 = NJW 2013, 2588 = VersR 2013, 1029 = ZEV 2013, 519.

formieren; dann kann die Versicherung kein den Erben zurechenbares Schenkungsangebot mehr übermitteln; sie ist lediglich noch „Pseudobotin“.⁴⁹

Gleichzeitig empfiehlt es sich, gegenüber dem Bezugsberechtigten den Widerruf des Schenkungsangebots zu erklären.

Dies ist entscheidend für den Fall, dass die Mitteilung der Versicherung an den Bezugsberechtigten bereits unterwegs ist und gleichzeitig der Widerruf des Schenkungsangebots eingeht. Denn dann greift § 130 Abs. 1 S. 2 BGB und das Schenkungsangebot wird unwirksam.

Aus den Ausführungen wird deutlich, dass die Maßnahmen eilbedürftig sind; es findet ein in der Literatur kritischer „Wettlauf zwischen dem Bezugsberechtigten und den Erben statt“.⁵⁰

Kaum erörtert wird die Frage, wer genau bei einer aus mehreren Miterben bestehenden Erbengemeinschaft den Widerruf erklären muss:⁵¹ Regelmäßig wird es im Interesse aller Erben liegen, die Todesfalleistung noch zum Nachlass zu ziehen, so dass alle Erben den Widerruf erklären werden. Anders mag dies aber dann sein, wenn die Erben untereinander zerstritten sind oder der Bezugsberechtigte sogar selbst Mitglied der Erbengemeinschaft ist. Nach §§ 2040, 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 BGB ist der Widerruf von der Mehrheit der Erbteile zu erklären⁵²; ein Einstimmigkeitserfordernis besteht nicht. Ist der Bezugsberechtigte sogar Mitglied der Erbengemeinschaft, muss nach den Grundsätzen der BGH-Rechtsprechung zur Geltendmachung eines Anspruchs der Erbengemeinschaft gegenüber einem Miterben dessen Stimmenanteil konsequenterweise außer Acht bleiben. Es wäre nämlich treuwidrig, wenn der Schuldner die Geltendmachung des gegen ihn gerichteten Anspruchs im Rahmen der §§ 2038, 2040 BGB vereiteln könnte.⁵³

V. Maßnahmen bezüglich Vollmachten

1. Widerruf der Vollmacht

Hat der Erblasser einem Dritten eine trans- oder postmortale Vollmacht⁵⁴ erteilt, werden seine Erben im Regelfall wegen der mit ihr verbundenen Gefahren, daraus verpflichtet zu werden, ein Interesse daran haben, die Vollmacht zu widerrufen und das Grundverhältnis zwischen Bevollmächtigten und Erblasser (meist ein Auftrag) zu beenden. Ansonsten vertritt der Bevollmächtig-

49 BGH v. 21.05.2008 – IV ZR 238/06, FamRZ 2008, 1516 = NJW 2008, 2702 = VersR 2008, 1054 = ZErB 2008, 355 = ZEV 2008, 392 mit Anm. *Leipold*.

50 Vgl. eingehend *Muscheler*, WM 1994, 921, 930 ff.; *Dallwig*, r+s 2021, 1 ff.

51 *Dallwig*, r+s 2021, 1, 4.

52 *Muscheler*, WM 1994, 921, 927; a.A. *Leitzen*, RNotZ 2009, 129, 136; *Winkens*, VersR 2018, 133, 134.

53 BGH v. 29.03.1971 – III ZR 255/68, NJW 1971, 1265, 1267; *Lohmann*, in: *Bamberger/Roth*, § 2038 Rn. 6.

54 Zur begrifflichen Unschärfe: *Kurze*, ZErB 2008, 399.