



## Testamentsvollstrecker

### Pflegschaft - wer regiert mit?

Unterliegt die Erbschaft eines **beschränkt geschäftsfähigen Erben** (dies kann zum Beispiel ein Minderjähriger sein) der Testamentsvollstreckung, stellt sich die Frage, ob eine Verfügung des Testamentsvollstreckers vom Vormundschaftsgericht / Betreuungsgericht genehmigt werden muss. Insbesondere für die Eltern des Minderjährigen ist diese Frage interessant, wenn sie anstreben, vom Gericht zum Ergänzungspfleger für das Kind bestellt zu werden, um auf diese Weise den Testamentsvollstrecker zu kontrollieren.

#### 1. Grundsatz

Der BGH hat entsprechend der herrschenden Meinung bestätigt, dass ein Testamentsvollstrecker **grundsätzlich unbeschränkt verfügungsbefugt ist** und deshalb in der beschriebenen Situation keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf (*Beschluss* vom 30. 11. 2005 - IV ZR 280/04, ZEV 2006, 262).

#### 2. Ausnahmen

Sind aber die Eltern minderjähriger Kinder zugleich Testamentsvollstrecker und gesetzliche Vertreter, so wird teilweise vertreten, dass zur Prüfung des vorgelegten Nachlassverzeichnisses ein **Ergänzungspfleger** bestellt werden muss (Einzelheiten bei Mayer/Bonfeld/Wälzholz/Weidlich, Testamentsvollstreckung, 2. Aufl., 2005, Rdnr. 91).

**BGH**, *Beschluss* vom 5. 3. 2008 - XII ZB 2/07 NJW-RR 2008, 963:

1. Ist der Vater eines minderjährigen Erben zum (Verwaltungs-) Testamentsvollstrecker bestellt worden, so kommt die Anordnung einer **Ergänzungspflegschaft** zur Wahrnehmung der Rechte des Erben aus den in den Nachlass fallenden Gesellschaftsanteilen auch dann **nicht in Betracht**, wenn der Vater Mitgesellschafter und die Mutter von der Vertretung des Kindes für das ererbte Vermögen ausgeschlossen ist; denn die mit einer solchen Pflegschaft einhergehende Beschränkung der gesetzlichen Vertretungsmacht des Vaters ändert an dessen

**Verwaltungsbefugnissen als Testamentsvollstrecker nichts.**

2. Ob in einem solchen Fall eine **Ergänzungspflegschaft zur Wahrnehmung der Rechte des Minderjährigen gegenüber dem Vater als Testamentsvollstrecker** angeordnet werden muss, ist - im Rahmen der tatrichterlichen Verantwortung - im **Einzelfall** zu entscheiden.

3. Ein „typischer“ Interessengegensatz wird zwar im Regelfall die Annahme rechtfertigen, dass es auch im zu entscheidenden Einzelfall zu Konfliktsituationen kommen kann, denen durch die Bestellung eines Pflegers rechtzeitig vorgebeugt werden sollte. Anderes kann sich jedoch dann ergeben, wenn **auf Grund der bisherigen Erfahrungen und des engen persönlichen Verhältnisses** zwischen Vater und Kind keinerlei Anlass zu der Annahme besteht, der Vater werde unbeschadet seiner eigenen Interessen die Belange des Kindes nicht in gebotener MaÙe wahren und fördern.

Bei einer anderen Fallkonstellation kann es allerdings sehr wohl dazu kommen, dass eine Ergänzungspflegschaft angeordnet wird, und zwar dann, wenn der Erblasser seine zum Zeitpunkt seines Todes minderjährigen Enkel als Erben einsetzt, einen Rechtsanwalt zum Testamentsvollstrecker bestimmt und gleichzeitig anordnet, dass **die Eltern** der zu Erben eingesetzten Enkelkinder im Hinblick auf den Nachlass **von der Vermögenssorge ausgeschlossen** sein sollen, so dass die alleinige Vermögenssorge dem Testamentsvollstrecker obliegen sollte.

Für diesen Fall entschied das OLG Schleswig (Beschluss vom 23.3.2007 – 8 WF 191/06; NJW-RR 23/2007, 1597), dass die vom Amtsgericht angeordnete **Ergänzungspflegschaft** für die minderjährigen Kinder **wirksam** sei.

Durch seine Anordnungen hat der Erblasser in diesem Fall hinsichtlich der Vermögenssorge über das Erbe eine **Vertretungslücke** geschaffen, als er die Eltern der Erben nach § 1638 I BGB von der Vermögenssorge ausschloss. Damit war eine rechtliche Handlungsfähigkeit der minderjährigen Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker nicht mehr gegeben.



Das OLG führt hierzu im Hinblick auf die rechtlichen Möglichkeiten der Eltern, Vermögenssorge zu betreiben, ergänzend aus:

„Ihre Vermögenssorge erstreckt sich nach § 1638 I BGB gerade nicht auf das Vermögen, das sie nicht verwalten sollen, die Ausschließung von der Vermögenssorge durch den Erblasser **nimmt den Eltern** für den vom Erblasser bestimmten Geltungsbereich **die Vermögenssorge** einschließlich des Vertretungsrechts (*Palandt/Diederichsen*, BGB, 66. Aufl., § 1638 Rdnr. 8). Die Eltern können daher z.B. nicht die Entlassung des Testamentsvollstreckers nach § 2227 BGB beantragen (BGHZ 106, 96 = NJW 1989, 984) und haben keine Kontrollbefugnisse, weder als gesetzliche Vertreter (*Huber*, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 1638 Rdnr. 18) noch - mangels gesetzlicher Grundlage - aus eigenem Recht (*Erman/Michalski*, BGB, 10. Aufl., § 1638 Rdnr. 10). Innerhalb der als gesetzliches Schuldverhältnis ausgestalteten Rechtsbeziehung zwischen Testamentsvollstrecker und Erbe (vgl. § 2218 BGB) **müsste der Testamentsvollstrecker sich selbst gegenüber rechtsgeschäftliche Erklärungen abgeben**, was gegen § 181 BGB verstieße, **und sich selbst kontrollieren**, was den Vermögensinteressen der Erben zuwiderliefe. **Ein Erblasser kann daher nicht mit bindender Wirkung bestimmen, dass ein Testamentsvollstrecker zugleich Ergänzungspfleger sein soll** (zur Unvereinbarkeit beider Ämter vgl. *Zimmermann*, in: MünchKomm, § 2215 Rdnr. 9; *Schwab*, in: MünchKomm, § 1917 Rdnr. 5; *OLG Hamm*, FamRZ 1993, 1122). Die Vermögenssorge über das Erbe war mithin vakant, so dass das *FamG* zu Recht die Einrichtung einer Ergänzungspflegschaft nach § 1909 I BGB angeordnet hat.“

Die **Verwaltung des Nachlasses** erfolgt - wie vom Erblasser gewünscht - **ausschließlich durch den Testamentsvollstrecker** (§ 2205 BGB), die Rechte der Kinder werden hingegen von den Ergänzungspflegern wahrgenommen. Auf diese Weise haben die Kinder zum Beispiel auch die Möglichkeit, durch den Ergänzungspfleger über den Erbteil als Ganzes - nicht über einzelne Nachlassgegenstände - zu verfügen.

Es gilt also dann, wenn eine Ergänzungspflegschaft notwendig erscheint, stets genau zu untersuchen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind.