

- Wenn NFTs nicht als Kunst qualifizieren, ist keine Kulturgüterbefreiung möglich, aber bei Zuordnung zum Betriebsvermögen handelt es sich regelmäßig auch nicht um Verwaltungsvermögen.
 - Aufgrund der verbleibenden Rechtsunsicherheit sollte sowohl im Falle der avisierten Kulturgüterbefreiung als auch im Falle einer durch §§ 13a, 13b, 13c ErbStG erfolgenden Begünstigung vor einer Übertragung von NFT-Sammlungen bzw. Gesellschaftsanteilen an NFT haltenden Gesellschaften eine verbindliche Auskunft eingeholt werden.
11. Die Frage, wann durch Investitionen in Kryptokunst die Schwelle zur Gewerblichkeit überschritten wird, ist bislang völlig ungeklärt. Möglich scheint es hier, dieselben Kriterien wie bei Kryptowährungen anzulegen, damit das „Bild des Kryptohändlers“ einheitlich ausgestaltet ist. Insoweit ist eine Klarstellung durch die Finanzverwaltung zu wünschen.
- Zum Nachweis der ertragsteuerlichen Qualität sollten der Kauf und Verkauf von NFTs nachvollziehbar dokumentiert werden. Auch die Erfüllungsgeschäfte, Haltefristen, Einsatz von Fremdkapital und Umschlagfrequenz sind zu dokumentieren.
12. Der originäre Erwerb von Kryptoassets, die im Rahmen eines Airdrops nicht als unmittelbare Gegenleistung für eine Leistung des Erwerbers herausgegeben werden, ist nicht ertragsteuerbar und auch eine spätere Veräußerung fällt mangels Anschaffung nicht unter § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG, sondern könnte allenfalls im Einzelfall eine schenkungsteuerpflichtige freigebige Zuwendung iSd § 7 Abs. 1 ErbStG darstellen. Insbesondere bei Airdrops von NFTs wird jedoch regelmäßig eine Be- und keine Entreichung des „Airdroppers“ anzunehmen sein: Zum einen wird der Airdrop regelmäßig positive Auswirkungen auf die Reputation, die Bekanntheit oder den Marktwert des Airdroppers oder auf bei diesem verbleibende, ähnliche Kryptoassets haben. Zum anderen wird der „Airdropper“ bei NFTs regelmäßig bei nachgelagerten Verkäufen am Veräußerungserlös partizipieren, da bei Verkäufen im Sekundärmarkt der Urheber des NFT häufig einen Anteil des Veräußerungserlöses erhält. In beiden Konstellationen fehlt es an einer Entreichung des Herausgebers; als Folge liegt keine freigebige Zuwendung iSd § 7 Abs. 1 ErbStG vor.

Zurückweisung und Beanstandung einseitiger Erklärungen „der Erbgemeinschaft“?

– Gedanken zum Nachweis eines wirksamen Mehrheitsbeschlusses im Rechtsverkehr

Dr. Cornel Potthast

Die Rechtsprechung hat sich in den vergangenen Jahren um die Handlungsfähigkeit in der Erbgemeinschaft bemüht. Mit Mehrheit sollen auch Verfügungen möglich sein, etwa Kündigungen von Dauerschuldverhältnissen ausgesprochen werden können. Geht das zu Lasten des Rechtsverkehrs? Müssen sich Vertragspartner auf derartige einseitige Willenserklärungen einlassen oder können sie sich wehren? Dem geht dieser Beitrag nach, der Andreas Frieser zum 65. Geburtstag gewidmet ist.



Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht bei Redeker Sellner Dahs in Bonn.

I. Einführung

Fällt ein Nachlass mehreren Personen an, entsteht eine Erbgemeinschaft, § 2032 BGB. Der Nachlass unterliegt der gesamthänderischen Bindung: Jeder Miterbe kann über seinen Erbteil verfügen, nicht aber über seinen Anteil an den einzelnen Nachlassgegenständen, § 2033 BGB. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass die Erbgemeinschaft nicht rechtsfähig ist.¹ Das Gesetz sieht starre Verwertungsvorschriften

und nur kurze und abstrakte Verwaltungsregeln vor. Hintergrund hierfür ist, dass die Erbgemeinschaft auf (jederzeitige) Auseinandersetzung angelegt ist, § 2042 Abs. 1 BGB. Die bewusst rudimentäre Regelung soll einen „*heilsamen Einiigungsdruck*“ erzeugen und so die Auseinandersetzung beschleunigen² – ein Gedanke, der *Andreas Frieser* nie überzeugen konnte.³ Wer praktisch im Erbrecht tätig ist, weiß, wie aufwändig und belastend Streitigkeiten innerhalb einer Erbgemeinschaft und damit regelmäßig im engsten Familienkreis sein können.⁴ Mit Wohlwollen verfolgt der Jubilar daher die Bemühungen der Rechtsprechung zur Überwindung der

1 BGH Urt. v. 11.9.2002 – XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389; BGH Beschl. v. 17.10.2006 – VIII ZB 94/05, NJW 2006, 3715; Grüneberg/Weidlich, 81. Aufl. 2022, § 2032 Rn. 1; vgl. aber etwa *Eberl-Borges* ZEV 2015, 101 (107); *Eberl-Borges* ZEV 2022, 1 (4) mwN auch zur Gegenauffassung.

2 Vgl. dazu bereits: *Frieser/Potthast* NJW 2021, 124.

3 *Frieser* ErbR 2012, 98 (104); *Frieser/Potthast* ErbR 2020, 2 (3, 11).

„Schwerfälligkeit“⁵ und zur Stärkung einer „*handlungsfähigen Verwaltung und einer größeren Beweglichkeit im Geschäftsverkehr*“.⁶

Mit zunehmender „Beweglichkeit“ stellt sich indes die Frage, ob einige Fragen wirklich gelöst oder nur vom Innen- ins Außenverhältnis verlagert wurden. Dabei mag man sich an die Entwicklung im Personengesellschaftsrecht erinnern fühlen. In einer bahnbrechenden Entscheidung erkannte der BGH im Jahr 2001 die Teilrechtsfähigkeit der Außen-GbR an.⁷ Die Rechtsprechung hat den Gedanken in Folgeentscheidungen weiterentwickelt und versucht, ein stimmiges Gesamtbild zu zeichnen.⁸ Die Entwicklung mündet im MoPeG,⁹ das 2024 in Kraft tritt und die Diskrepanzen zwischen dem geschriebenen Recht und der von Rechtsprechung und Kautelarpraxis geprägten Rechtsanwendung im Interesse der Rechtssicherheit beseitigen soll.¹⁰ Die Außen-GbR wird als rechtsfähig anerkannt (§ 705 BGB nF), sie wird registerfähig (§§ 706 BGB nF) und die Vertretungsmacht der GbR-Gesellschafter soll mit Wirkung nach außen nicht beschränkbar sein (§ 720 Abs. 3 BGB nF), um nur einige Aspekte hervorzuheben. Die Rechtsprechung zur GbR und das MoPeG sind vom Gedanken des Verkehrsschutzes einerseits und vom „*Interesse der Aktionsfähigkeit der Gesellschaften im Rechtsverkehr*“ andererseits geprägt.¹¹

Ob die Erbengemeinschaft diese Rechtsentwicklung nachvollziehen wird, bleibt abzuwarten. Es könnte jedenfalls Aspekte geben, die bereits de lege lata übertragbar sind. Dem soll hier für die Abgabe einseitiger Willenserklärungen durch eine Mehrheit von Miterben nachgegangen werden.

Dazu folgender Beispielfall:

Beispiel: E1 sucht M, den Mieter eines Gewerbeobjekts, auf und erklärt: „*Guten Tag! Unser Vater ist vor drei Wochen verstorben. Meine drei Geschwister (E2, E3 und E4) und ich haben ihn zu gleichen Anteilen beerbt. Wir sind also ihre neuen Vermieter. Um es kurz zu machen: Wir haben mit Mehrheit entschieden, dass wir Sie zum nächstmöglichen Zeitpunkt kündigen müssen. Ich erkläre hiermit auch im Namen von E2 und E3 die Kündigung. Das Mietverhältnis endet also zum (...). Ich bedauere sehr und wünsche einen guten Tag!*“

Abwandlung:

Es erscheint nicht nur E1, sondern es erscheinen E1, E2 und E3, die mitteilen, dass sie M mit Mehrheit kündigen.

Der Mieter wird sich fragen:

„*Dürfen die das? Wer sind die eigentlich? War eine Entscheidung mit Mehrheit möglich? Was kann ich tun?*“

Im Ausgangspunkt ist festzuhalten: Gem. § 1922 Abs. 1 BGB tritt der Erbe bzw. treten die Erben mit dem Erbfall *ipso jure* umfassend in die Rechtsstellung des Erblassers ein (Gesamtrechtsnachfolge und Vonselbsterwerb). Das gilt auch für Mietverhältnisse. Für den Tod eines Vermieters sieht das Gesetz keine Sonderregelung vor.¹² Die Kündigung eines Gewerberaummietverhältnisses bedarf zudem keiner besonderen Form,

wenn der Mietvertrag nichts anderes vorsieht. § 568 BGB gilt nicht.

Aber durften die Erben (im Innenverhältnis) mit Mehrheit entscheiden und durfte dann nur einer von ihnen (im Außenverhältnis) agieren? Besteht die Möglichkeit der Zurückweisung der Kündigung, weil es dem Mieter nicht zumutbar ist, sich ohne Weiteres auf eine solche Kündigung zu verlassen?

Das führt zu zwei Fragen:

- (1) Bedarf es im Rechtsverkehr eines Erbrechtsnachweises und ggf. wie muss das Erbrecht nachgewiesen werden?
- (2) Muss und ggf. wie muss ein wirksames Mehrheitshandeln im Rahmen einer Erbengemeinschaft nachgewiesen werden?

II. Nachweis des Erbrechts im Rechtsverkehr?

Der Vonselbsterwerb nach § 1922 Abs. 1 BGB erfolgt im Verborgenen. Der Übergang bedarf keines Publizitätsakts. Für den Rechtsverkehr ist die Vermögensnachfolge des oder der Erben daher nicht offenkundig. Rechtsunsicherheit ist oft die Folge, was der Gesetzgeber grundsätzlich in Kauf nimmt.

Mit dem Erbschein enthält das Gesetz zwar ein Instrument, das Abhilfe schaffen kann. Der Erbschein ist ein Ausweis über Person und Verfügungsbeschränkungen des Erben. Er hat drei wichtige Funktionen, die Beweisfunktion (§ 2365 BGB – Vermutung der Richtigkeit), die Publizitätsfunktion (§ 2366 BGB – Öffentlicher Glaube) und die Legitimationsfunktion (§ 2367 BGB – Leistung an Erbscheinserben). Die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit (§ 2365 BGB) und der Echtheit (§ 437 ZPO) schützt den gutgläubigen Dritten (§§ 2366, 2367 BGB) und dient damit der Sicherheit des Rechtsverkehrs. Der Erbschein vermittelt die Erbenstellung aber nicht *konstitutiv*. Er erwächst nicht in materielle Rechtskraft. Ist er unrichtig, bleibt die wahre Erbrechtslage unberührt und er ist – auch noch nach längerer Zeit – nach § 2361 BGB von Amts

4 Beiträge wie von *Wendt* ErbR 2017, 58 ff. oder *Eberl-Borges* ErbR 208, 234 ff. lassen erahnen, welche Herausforderungen die Erbengemeinschaft mit sich bringt.

5 *Müßig* JZ 2011, 481 (483); *Staudinger/Löhnig* BGB, 2020, § 2038 Rn. 35.

6 OLG Schleswig ZEV 2015, 101 (104).

7 BGH Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, NJW 2001, 1056.

8 Vgl. etwa BGH Urt. v. 23.10.2001 – NJW 2002, 368; BGH Urt. v. 9.11.2001 – LwZR 4/01, NJW 2002, 1194; BGH Urt. v. 25.9.2006 – II ZR 218/05, NJW 2006, 3716; BGH Beschl. v. 4.12.2008 – V ZB 74/08, NJW 2009, 594.

9 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts vom 10.8.2021, tritt in Kraft zum 1.1.2024.

10 *Noack* NZG 2020, 581.

11 Vgl. etwa *K. Schmidt* ZHR 185 (2021), 16 (32, 34).

12 Das Gesetz enthält ergänzende Regelungen für den „umgekehrten Fall“, des Todes des Mieters: §§ 563 ff., 580 BGB; näher hierzu jüngst *Horst* NZM 2022, 233.

wegen einzuziehen. Mit der Einziehung wird der Erbschein kraftlos.

Das Gesetz schreibt nur an wenigen Stellen einen bestimmten Erbrechtsnachweis vor.¹³ Relevant ist § 35 Abs. 1 GBO: Der Nachweis des Erbrechts kann gegenüber dem Grundbuchamt grundsätzlich nur durch einen Erbschein oder ein Europäisches Nachlasszeugnis geführt werden. (Nur) in der Regel ist alternativ ein öffentliches Testament nebst Eröffnungsprotokoll ausreichend, § 35 Abs. 1 S. 2 GBO.¹⁴ § 12 Abs. 1 S. 4 HGB bestimmt: Rechtsnachfolger eines Beteiligten haben die Rechtsnachfolge soweit tunlich durch öffentliche Urkunden nachzuweisen.

Grundsätzlich ist gesetzlich aber kein besonderer Erbrechtsnachweis vorgeschrieben. Ein Vertragspartner wird bei *Neuabschluss* daher abwägen, ob er sich auf einen Geschäftsabschluss (nur) mit einer Mehrheit von Erben einlässt oder aber die Zustimmung aller Erben verlangt.¹⁵ Praktisch führt das möglicherweise dazu, dass sich ein sinnvolles Geschäft zerschlägt.

Die „freie Wahl“ hat ein *Nachlassschuldner* nicht. Eine Vertragsbeziehung besteht bereits. Hier ist man sich vor dem geschilderten Hintergrund (dennoch) einig, dass der Nachlassschuldner grundsätzlich kein Leistungsverweigerungsrecht bis zur Vorlage eines Erbscheins hat.¹⁶ Gegen die Ungewissheit, die aus einem Erbfall resultiert, kann sich der Schuldner in einem gewissen Rahmen schützen, indem er mit dem Gläubiger vereinbart, dass er nur gegen Vorlage bestimmter, qualifizierter Nachweise zur Leistung verpflichtet ist.¹⁷ Das hat jedoch Grenzen: 2005 entschied der BGH mit Blick auf die allgemeine Leistungstreuepflicht (§ 242 BGB) im Verhältnis eines Erben zu einer Bank, dass der Erbe nicht verpflichtet sei, sein Erbrecht durch einen Erbschein nachzuweisen. Er habe auch die Möglichkeit, den Nachweis seines Erbrechts in anderer Form zu erbringen. Die Bank, die sich geweigert hatte, den Erben als Verfügungsberechtigt anzuerkennen, sei zum Ersatz der entstandenen Erbscheinskosten verpflichtet.¹⁸ 2013 und 2016 legte der BGH vor einem AGB-rechtlichen Hintergrund nach:¹⁹ Wollen Banken und Sparkassen in AGB einen besonderen Erbrechtsnachweis verlangen, so müssen sie grundsätzlich – wie auch das Grundbuchamt gem. § 35 Abs. 1 S. 2 GBO – auch ein eröffnetes öffentliches Testament als Erbrechtsnachweis akzeptieren,²⁰ weitergehend sogar auch ein eröffnetes eigenhändiges Testament, wenn dieses die Erbfolge mit der im Rechtsverkehr „erforderlichen Eindeutigkeit“ nachweise. Dem Interesse der Banken, nicht mehrfach in Anspruch genommen zu werden, stehe das Kosten- und „Beschleunigungsinteresse“ der Erben gegenüber.²¹

Die zitierten Entscheidungen befassen sich mit Leistungen an den Erben. Im Beispielsfall geht es dagegen um ein *einseitiges Rechtsgeschäft eines Erben bzw. einer Mehrheit von Erben*. Nach herrschender Meinung hängt die Wirksamkeit einseitiger Rechtsgeschäfte konsequenterweise ebenfalls nicht von der Vorlage eines Erbrechtsnachweises ab.²² Die Zurückweisung einer Kündigung ist danach jedenfalls bei der Kündigung durch einen Alleinerben nicht möglich, nur weil kein Erbrechtsnachweis vorgelegt wird.

Hier tritt aber ein Weiteres hinzu: Es handelt nicht ein Alleinerbe, sondern ein (angeblicher) Miterbe beruft sich auf einen (angeblichen) Mehrheitsbeschluss in der Erbengemeinschaft. Die Bewertung dieser Konstellation erfordert zunächst einen näheren Blick auf die Verwaltungsregelungen in der Erbengemeinschaft²³ und sodann auf die allgemeinen Regeln der Vertretungsmacht.²⁴

III. Mehrheitshandeln in der Erbengemeinschaft

In der Erbengemeinschaft gilt ein dreifach abgestuftes Verwaltungsmodell:²⁵

- Im Grundsatz gilt die Gemeinschaftsverwaltung, die im Innenverhältnis einen einstimmigen Beschluss und im Außenverhältnis ein einvernehmliches, nicht aber unbedingt gleichzeitiges Auftreten erfordert.
- Jeder Miterbe ist gem. § 2038 Abs. 1 S. 2 BGB den anderen gegenüber verpflichtet, an Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich und mit denen keine wesentlichen Nachlassänderungen verbunden sind. Diese Maßnahmen unterliegen gem. §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 2 und Abs. 3 BGB der Mehrheitsverwaltung.
- Die zur Erhaltung notwendigen Maßnahmen kann jeder Erbe gem. § 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB allein treffen (Notverwaltung).

Der herrschende Verwaltungsbegriff umfasst sowohl das Innenverhältnis als auch das Außenverhältnis betreffende Rechtshandlungen. Im Gegensatz zum Gesellschaftsrecht unterscheidet das Gesetz bei der Erbengemeinschaft also grundsätzlich nicht zwischen Geschäftsführung (Innenverhältnis) und Vertretung (Außenverhältnis).²⁶ § 2040 Abs. 1 BGB bestimmt allerdings, dass *Verfügungen* über Nachlassgegen-

13 Vgl. den Überblick bei Staudinger/Herzog BGB, 2016, Einl. zu §§ 2353–2370 Rn. 24 ff.

14 Vgl. hierzu etwa BGH Beschl. v. 2.6.2016 – V ZB 3/14, ErbR 2016, 700 (zum Erfordernis der Vorlage eines Erbscheins gegenüber dem Grundbuchamt bei einer Verwirkungsklausel; im konkreten Fall bejaht) und BGH Beschl. v. 17.2.2022 – V ZB 14/21, NJW-RR 2022, 657 (zum Erfordernis der Vorlage eines Erbscheins gegenüber dem Grundbuchamt bei einer Scheidungsklausel; im konkreten Fall verneint).

15 Vgl. etwa Lassen Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft D. IV. 2.

16 BGH Urt. v. 7.6.2005 – XI ZR 311/04, NJW 2005, 2779 (2780); MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 1922 Rn. 219; Staudinger/Herzog BGB, 2016, Einl. zu §§ 2353–2370 Rn. 30, § 2365 Rn. 6.

17 Regenfuß JA 2017, 81 (83).

18 BGH 7.6.2005 – XI ZR 311/04, NJW 2005, 2779; zuvor bereits BGH Urt. v. 10.12.2004 – V ZR 120/04, NJW-RR 2005, 599.

19 Vgl. neben den nachfolgenden Fundstellen zum Bankrecht auch KG Urt. v. 15.1.2018 – 8 U 169/16, NJOZ 2018, 1450 (Unwirksame AGB in Mietverträgen über allgemeine Bevollmächtigung unter mehreren Mietern).

20 BGH Urt. v. 8.10.2013 – XI ZR 401/12, NJW 2013, 3716.

21 BGH NJW 2016, 2409 mzustAnm Kroiß. Offen bleibt, wann eine solche „Eindeutigkeit“ gegeben sein soll. Nachweise zur Gegenauffassung bei Staudinger/Herzog BGB, 2016, Einl. zu §§ 2353–2370 Rn. 30.

22 MüKoBGB/Grziwotz, 8. Aufl. 2020, § 2365 Rn. 32; Rißmann/Maaß Erbengemeinschaft, 3. Aufl. 2019, § 19 Rn. 81; Staudinger/Herzog BGB, 2016, Einl. zu §§ 2353–2370 Rn. 28; § 2365 Rn. 6; Tanck ZEV 2020, 402 (405).

23 Dazu unter Ziffer III.

24 Dazu unter Ziffer IV.

25 Dazu bereits: Frieser/Potthast ErbR 2020, 2 (3 ff.); Frieser/Potthast NJW 2021, 124; vgl. auch Grüneberg/Weidlich BGB, 81. Aufl. 2022, § 2038 Rn. 3 ff.; Wendt ErbR 2017, 58 (61).

stände nur gemeinschaftlich erfolgen können. Die Kündigung eines Mietverhältnisses wird als eine solche Verfügung angesehen.²⁷

Nach mittlerweile gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung ist § 2038 BGB gleichwohl, dh trotz des recht klaren Wortlauts und der systematischen Stellung, vorrangig zu § 2040 Abs. 1 BGB. Soweit eine Verfügung zugleich eine Maßnahme der Notverwaltung oder eine erforderliche Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung darstellt, können Verfügungen auch ohne Mitwirkung aller Erben wirksam sein und – hierauf soll hier der Fokus liegen – allein von der Mehrheit durchgeführt werden.²⁸ Diese Rechtsprechung knüpft an eine ältere Rechtsprechung an, nach der die Mehrheit der Miterben eine beschlossene ordnungsgemäße Maßnahme zur Verwaltung des Nachlasses auch ohne die Mitwirkung der überstimmten Miterben mit Wirkung für und gegen die Erbengemeinschaft ausführen kann.²⁹ Während seinerzeit Verfügungen noch ausdrücklich ausgeschlossen waren, wird das heute im Interesse der Handlungsfähigkeit in der Erbengemeinschaft anders gesehen.³⁰

Die Rechtsprechung des BGH hat seinerzeit Zustimmung gefunden, wurde aber auch kritisiert.³¹ Ob sie auf alle Verfügungen gem. § 2040 Abs. 1 BGB zu übertragen ist, wird zum Teil noch als offen bezeichnet³² und zum Teil wird die Rechtsprechung weiterhin vollständig abgelehnt.³³ Mit der (mittlerweile wohl) hM soll an dieser Stelle davon ausgegangen werden, dass Mehrheitsverfügungen oder Verfügungen nur eines Miterben zulässig sind, wenn die Voraussetzungen an ein Mehrheitshandeln bzw. an eine Notverwaltungsmaßnahme gem. § 2038 BGB erfüllt sind, insoweit besteht ein Vorrang zu § 2040 BGB.³⁴

Im Rahmen der seinerzeitigen Diskussion um die Frage, ob ein Mehrheitshandeln auch im Rahmen von § 2040 Abs. 1 BGB zugelassen werden sollte, wurden Aspekte des Verkehrsschutzes ausdrücklich als Gegenargument angeführt. Lasse man Verfügungen der Erbenmehrheit zu, führe dies zu Abgrenzungsschwierigkeiten, die dem Verfügungsgegner, der regelmäßig keinen Einblick in das Innenverhältnis habe, nicht zugemutet werden könnten.³⁵ Ein Mehrheitshandeln sei dann bei *erforderlichen* Maßnahmen der *ordnungsmäßigen* Verwaltung möglich, sonst aber nicht. Eine solche Rechtsprechung verlagere interne Streitigkeiten der Erbengemeinschaft in das Außenverhältnis. Der Vertragspartner könne in aller Regel nicht sicher beurteilen, ob die ihm erklärte Kündigung wirksam sei oder nicht.³⁶

Unter Verweis auf die Regeln zur fehlenden Vertretungsmacht wurde dem entgegengetreten. Liegen die Voraussetzungen für ein Mehrheitshandeln nicht vor, sei die Maßnahme gem. § 2040 Abs. 1 BGB unwirksam. Der Geschäftspartner sei – so wurde und wird vertreten – über § 179 BGB geschützt.³⁷ Die Norm greift unmittelbar allerdings nur bei *vertraglichen* Verfügungen.³⁸ Die Kündigung stellt demgegenüber eine *einseitige* Willenserklärung dar. Der BGH äußert sich in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2009 zur Wirksamkeit einer Kündigung eines Mietverhältnisses durch eine Erbenmehrheit hierzu nicht. Er hält dort mit Fokus auf den Minderheitenschutz (nur) fest:³⁹ „Dass eine etwa notwendig werdende Rückab-

wicklung mitunter Schwierigkeiten bereiten kann, muss im Interesse der Verkehrsfähigkeit des Nachlasses hingenommen werden, zumal Schadensersatzansprüche gegen die Mehrheits-erben hinreichenden Schutz gewähren.“

Wenn sich § 2038 Abs. 1 BGB gegen § 2040 Abs. 1 BGB durchsetzt, muss man aber wohl auch bezüglich Verfügungen festhalten was der BGH bereits 1971 formulierte:⁴⁰ „*Fehlt es an einem Mehrheitsbeschluss, so ist die Mehrheit nicht ermächtigt, für die Erbengemeinschaft zu handeln, denn diese Ermächtigung wird gerade aus dem – gültigen – Mehrheitsbeschluss hergeleitet. Liegt er in Wirklichkeit nicht vor, so handeln diejenigen, die namens der Erbengemeinschaft auftreten, als Vertreter ohne Vertretungsmacht, und die Rechtsfolgen dieses Handelns bestimmen sich nach §§ 177 ff. BGB“.*

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Entscheidung, ob ein Mietverhältnis gekündigt wird, in einer Erbengemeinschaft im Rahmen von § 2038 Abs. 1 BGB mit Mehrheit gefasst und mit Mehrheit im Außenverhältnis umgesetzt werden kann. Rechtsschutz im Außenverhältnis gewähren die allgemeinen

26 Grüneberg/Weidlich BGB, 81. Aufl. 2022, § 2038 Rn. 4; Frieser/Potthast ErbR 2020, 2 (4).

27 BGH Beschl. v. 3.12.2014 – IV ZA 22/14, ErbR 2015, 196; Burandt/Rojahn/Flechtnner Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2040 BGB Rn. 8; MüKo-BGB/Gergen, 8. Aufl. 2020, § 2040 Rn. 11.

28 BGH Urt. v. 28.9.2005 – IV ZR 82/04, NJW 2006, 439; BGH Urt. v. 11.11.2009 – XII ZR 210/05, NJW 2010, 765; BGH Urt. v. 19.9.2012 – XII ZR 151/10, NJW 2013, 166 (167); OLG München Beschl. v. 3.8.2018 – 34 Wx 196/18, ZEV 2018, 651 (652); OLG Saarbrücken Urt. v. 11.4.2018 – 5 U 41/17, ErbR 2018, 597 (598); OLG Rostock Beschl. v. 19.3.2018 – 3 U 67/17, ErbR 2019, 117 (118).

29 BGH Urt. v. 29.3.1971 – III ZR 255/68, NJW 1971, 1265.

30 BGH Urt. v. 11.11.2009 – XII ZR 210/05, NJW 2010, 765: Die Erben können ein Mietverhältnis über eine zum Nachlass gehörende Sache wirksam mit Stimmenmehrheit kündigen, wenn sich die Kündigung als Maßnahme ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung darstellt.

31 Zustimmung seinerzeit etwa bei Muscheler LMK 2009, 295205; kritisch etwa Leipold ZEV 2013, 81 (82 ff.); Müßig JZ 2011, 481 (483 ff.).

32 Die Rechtsprechung ist ursprünglich zur Begründung und Aufhebung von Schuldverhältnissen ergangen; Damrau/Tanck/Rißmann Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl. 2014, § 2040 BGB Rn. 8; Grüneberg/Weidlich BGB, 81. Aufl. 2022, § 2038 Rn. 5; Eberl-Borges NJW 2020, 3137 f.; Eberl-Borges ZEV 2022, 1 (2) Fn. 14.

33 Kritisch etwa MüKoBGB/Gergen, 8. Aufl. 2020, § 2038 Rn. 54 und § 2040 Rn. 3 (der einen Vorgang nur für Notmaßnahmen akzeptiert); unklar NK-BGB/Roth/Gerhardt/Ann, 6. Aufl. 2022, § 2038 Rn. 25 (ablehnend) einerseits und § 2040 Rn. 13 (zustimmend) andererseits.

34 Damrau Der Minderjährige im Erbrecht, 3. Aufl. 2019, Kap. 9 Rn. 233; Eberl-Borges NJW 2006, 1313; Frieser/Potthast ErbR 2020, 2 (4, 11); Grüneberg/Weidlich BGB, 81. Aufl. 2022, § 2038 Rn. 5; Muscheler Erbrecht II Rn. 3876; NK-Erbrecht/Ann, 5. Aufl. 2018, § 2038 BGB Rn. 25; Staudinger/Löhning BGB, 2020, § 2038 Rn. 49; Wendt ErbR 2017, 58 (69).

35 Etwa: Lange/Kuchinke Erbecht, 5. Aufl. 2001, § 43 Abs. 3 6c.

36 Damrau/Tanck/Rißmann Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl. 2014, § 2038 BGB Rn. 69; Lassen Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2020, D IV 2.; Litznerburger FD-ErbR 2009, 294984; MüKoBGB/Gergen, 8. Aufl. 2020, § 2040 Rn. 7; Müßig JZ 2011, 478 (483 f.); wohl auch Hetterich JA 2017, 178 (183); Zimmer NotBZ 2019, 71.

37 Das dürfte heute der hM entsprechen: Damrau Der Minderjährige im Erbrecht, 3. Aufl. 2019, Kap. 9 Rn. 251; Eberl-Borges NJW 2006, 1313 (1315); Grüneberg/Weidlich BGB, 81. Aufl. 2022, § 2038 Rn. 1; Lassen Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2020, D. IV. 2.; Muscheler Erbrecht, Bd. II Rn. 3872; FormB ErbR/Rißmann, 4. Aufl. 2020, § 3 Rn. 61; Wetzels/Odersky/Götz/Siebert Handbuch Erbengemeinschaft § 24 Rn. 41.

38 Vgl. zur Unterscheidung auch Lassen Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2020, D. IV. 2.

39 BGH Urt. v. 11.11.2009 – XII ZR 210/05, NJW 2010, 765 (767).

40 BGH Urt. v. 29.3.1971 – III ZR 255/68, NJW 1971, 1265 (1266).

Regeln. Kann sich der Mieter im Beispielsfall unter Berufung auf diese Normen verteidigen? Bezüglich einseitiger Willenserklärungen rücken damit § 174 S. 1 BGB, § 180 S. 2 BGB und § 182 Abs. 3 BGB in den Fokus.

IV. Zurückweisung und Beanstandung

1. Abgrenzung von Zurückweisung gem. § 174 S. 1 BGB und Beanstandung gem. § 180 S. 2 BGB

Bei einseitigen Rechtsgeschäften kommen *bei einem Handeln unter fremden Namen* grundsätzlich eine Zurückweisung gem. § 174 S. 1 BGB und/oder eine Beanstandung gem. § 180 S. 2 BGB in Betracht.⁴¹ Das erfordert eine Abgrenzung.⁴²

a) Beanstandung gem. § 180 S. 2 BGB

Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegeben wird, ist gem. § 180 S. 1 BGB grundsätzlich nichtig. § 180 BGB gilt für einseitige Rechtsgeschäfte unabhängig davon, ob die Stellvertretung eine gewillkürte, gesetzliche oder organschaftliche ist.⁴³ Eine Beanstandung durch den Empfänger führt zur Nichtigkeit; eine nachträgliche Heilung ist ausgeschlossen.⁴⁴ Beanstandet der Erklärungsempfänger die behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts jedoch nicht oder ist damit einverstanden gewesen, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt, so finden gem. § 180 S. 2 BGB die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung. Das Rechtsgeschäft ist dann entgegen § 180 S. 1 BGB schwebend unwirksam und der Vertretene kann es gem. § 177 Abs. 1 BGB gegenüber dem Vertreter oder dem Erklärungsempfänger genehmigen.⁴⁵ Die Genehmigung wirkt gem. § 184 Abs. 1 auf die Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück.⁴⁶ Bei *Zweifeln über den Bestand der Vertretungsmacht selbst* kann und muss der Erklärungsempfänger deren Fehlen also gem. § 180 S. 2 BGB rügen.⁴⁷ Der Vertreter ohne Vertretungsmacht haftet nicht gem. § 179 BGB, auch nicht analog. In Betracht kommt aber eine Haftung wegen unerlaubter Handlung und aus *culpa in contrahendo* gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 und 3, 241 Abs. 2 BGB.⁴⁸

b) Zurückweisung gem. § 174 S. 1 BGB

§ 174 S. 1 BGB räumt dem Erklärungsgegner neben § 180 S. 2 BGB und *unabhängig vom tatsächlichen Bestehen der Vollmacht* ein Zurückweisungsrecht ein, wenn weder eine Vollmachtsurkunde vorgelegt noch der Empfänger über das Bestehen der Vollmacht in Kenntnis gesetzt ist.⁴⁹ § 174 S. 1 BGB knüpft an § 180 S. 1 BGB an, wonach es im dringenden Interesse des Erklärungsempfängers liegt, zu wissen, ob der als Vertreter Auftretende bevollmächtigt ist oder nicht.⁵⁰ Er soll nicht nachforschen müssen, welche Stellung der Erklärende hat und ob er bevollmächtigt ist, das Rechtsgeschäft vorzunehmen.⁵¹ § 174 S. 1 BGB erfordert, dass das Rechtsgeschäft *aus diesem Grunde unverzüglich* zurückgewiesen wird, dass die Zurückweisung also gerade wegen eines *fehlenden Vollmachtsnachweises* erfolgt. Ein entsprechender konkludenter Hinweis ist ausreichend, allerdings muss die Zurückweisung insoweit eindeutig sein.⁵² § 174 BGB schützt den Empfänger also nicht davor, dass er der Mitteilung über die Vertretungsverhältnisse keinen Glauben schenkt, sondern will ihm nur die Nachforschung darüber ersparen.⁵³

c) Zwischenfazit

Eine Abgrenzung ist damit insbesondere dann bedeutsam, wenn Vertretungsmacht tatsächlich besteht. Wird nur ihr Vorliegen gem. § 180 S. 2 BGB in Zweifel gezogen, ist die Erklärung des Vertreters gleichwohl wirksam; dagegen ist sie (endgültig) unwirksam, wenn das Rechtsgeschäft zugleich wegen der fehlenden Vorlage der Vollmachtsurkunde zurückgewiesen wird (§ 174 S. 1 BGB).⁵⁴

Unterstellt, im Beispielsfall lagen die Voraussetzungen für ein wirksames Mehrheitshandeln vor, bestand Vertretungsmacht. Dann käme allenfalls eine Zurückweisung gem. § 174 S. 1 BGB in Betracht.

§ 174 S. 1 BGB setzt allerdings grundsätzlich eine *rechtsgeschäftliche* Bevollmächtigung voraus, gilt dagegen nicht im Rahmen gesetzlicher oder organschaftlicher Vertretung.⁵⁵ Bei einer gesetzlichen Vertretung beruht die Rechtsmacht nicht auf einer Willensentscheidung des Vertretenen. Sie kann nicht durch eine Vollmachtsurkunde nachgewiesen werden. § 174 BGB mutet die mit der Inanspruchnahme gesetzlicher Vertretung verbundene Unsicherheit über deren Wirksamkeit dem Erklärungsempfänger zu. Bei einer organschaftlichen Vertretung wird eine Ungewissheit über das Bestehen der in Anspruch genommenen Vertretungsmacht grundsätzlich durch die vorgeschriebene Eintragung der Organstellung des Vertreters in einem öffentlichen Register beseitigt.⁵⁶

2. Zurückweisung gem. § 182 Abs. 3 iVm § 111 S. 2 BGB

Ein rechtsgeschäftliches Handeln mit Fremdwirkung erlaubt auch die „*Ermächtigung*“ (§ 185 Abs. 1).⁵⁷ Im Unterschied zum Stellvertreter handelt der Ermächtigte hier *im eigenen Namen* und agiert somit nicht offenkundig für einen Drit-

41 BGH Beschl. v. 25.10.2012 – V ZB 5/12, NJW 2013, 297 (298) Rn. 9; *Lingemann/Steinhauser* NJW 2018, 840 (842).

42 Ausführlich zu beiden Rügerechten und deren Abgrenzung *Spelge* RdA 2016, 309 (311 ff.).

43 MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 180 Rn. 2.

44 BGH NJW 2013, 297 (298) Rn. 9.

45 BAG Urt. v. 6.9.2012 – 2 AZR 858/11, NJW 2013, 2219 (2220); *Lingemann/Steinhauser* NJW 2018, 840 (842).

46 Besteht für das Rechtsgeschäft (etwa eine Kündigung) eine Frist, muss die Genehmigung allerdings innerhalb dieser Frist erfolgen, BAG Urt. v. 26.3.1986 – 7 AZR 585/84, NJW 1987, 1038 (1039); *Grüneberg/Ellenberger* BGB, 81. Aufl. 2022, § 180 Rn. 1.

47 BAG Urt. v. 24.9.2015 – 6 AZR 492/14, NJW 2016, 345 (347) Rn. 25.

48 BeckOK BGB/Schäfer, 62. Ed. 1.5.2022, § 180 Rn. 4; MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 180 Rn. 5; Staudinger/Schilken BGB, 2019, § 180 Rn. 3.

49 jurisPK-BGB/Weinland, 9. Aufl. (Stand: 3.6.2022), § 174.

50 BGH Versäumnisurt. v. 30.3.2022 – VIII ZR 283/21, BeckRS 2022, 11899 Rn. 61.

51 Zum Ganzen: BAG Urt. v. 24.9.2015 – 6 AZR 492/14, NJW 2016, 345 (347) Rn. 23 f. mwN.

52 Staudinger/Schilken BGB, 2019, § 174 Rn. 10.

53 BAG Urt. v. 24.9.2015 – 6 AZR 492/14, NJW 2016, 345 (347); *Spelge* RdA 2016, 309 (312).

54 BGH Beschl. v. 25.10.2012 – V ZB 5/12, NJW 2013, 297 (298).

55 BGH Urt. v. 9.11.2001 – LwZR 4/01, NJW 2002, 1194; BGH Urt. v. 20.2.2014 – III ZR 443/13, NJW 2014, 1587; *Grüneberg/Ellenberger* BGB, 81. Aufl. 2022, § 174 Rn. 3 f.; NK-BGB/Ackermann, 4. Aufl. 2021, § 174 Rn. 4.

56 BGH Urt. v. 9.11.2001 – LwZR 4/01, NJW 2002, 1194 (1195); BGH Urt. v. 20.2.2014 – III ZR 443/13, NJW 2014, 1587; BAG Urt. v. 5.12.2019 – 2 AZR 147/19, NJW 2020, 1456 (1458); BeckOK BGB/Schäfer, 62. Ed. 1.5.2022, § 174 Rn. 5; NK-BGB/Ackermann, 4. Aufl. 2021, § 174 Rn. 5.

ten.⁵⁸ Die Ermächtigung ist *gegenstandsbezogen* (auf ein bestimmtes Geschäft), während die Stellvertretung *personenbezogen* ist (auf eine bestimmte Person).⁵⁹ Die Ermächtigung begründet nur die Befugnis zu einer Verfügung oder einer Einziehung; eine Verpflichtungsermächtigung ist dagegen unzulässig.⁶⁰

Im Beispielsfall bleibt nach der Erklärung von E1 offen, ob E2 und E3 ihn bevollmächtigt haben, sich um alles Weitere im Verhältnis zu M zu kümmern und eine Erklärung in ihrem Namen auszusprechen, oder ob sie eine Einwilligung im Sinne des § 183 BGB zu einer eigenen Kündigungserklärung des E1 erklären wollten. Denkbar ist in entsprechenden Fällen auch, dass E1 im eigenen Namen und zugleich namens und kraft Vollmacht von E2 und E3 handelt.⁶¹ Soweit eine Erklärung im eigenen Namen abgegeben wird, ist sie an § 182 Abs. 3 BGB zu messen und könnte gem. § 182 Abs. 3 iVm § 111 S. 2 BGB zurückgewiesen werden, wenn die Einwilligung der Miterben nicht in schriftlicher Form vorgelegt wird und die Kündigung aus diesem Grunde unverzüglich zurückgewiesen wird.⁶²

Das „Verteidigungsrecht“ gem. § 182 Abs. 3 iVm § 111 S. 2 BGB würde mithin in der Ausübung der Zurückweisung gem. § 174 S. 1 BGB entsprechen.

Umstritten ist, ob § 180 S. 2 BGB analog anzuwenden ist, wenn der Erklärungsempfänger um die fehlende Zustimmung weiß, dies aber nicht beanstandet.⁶³

3. Rechtsnatur des Mehrheitsbeschlusses – rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung?

Da § 174 S. 1 BGB eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung voraussetzt,⁶⁴ kann die Norm nur dann *unmittelbar* zur Anwendung kommen, wenn eine solche bei einem Mehrheitsbeschluss vorliegt. Bei der Einordnung eines Handelns aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses in der Erbengemeinschaft sind – wie der vorliegende Beispielsfall zeigt – zwei Ebenen zu unterscheiden:

- Ebene 1 (Beschlussfassung): Einer von vier Miterben wurde (angeblich) überstimmt. Muss der Mieter darauf ohne Weiteres vertrauen?
- Ebene 2 (Abgabe der Erklärung): Die Kündigung sprechen nicht alle drei (Mehrheits-)Erben aus, sondern (nur) einer von ihnen handelt. Muss der Mieter sich darauf einlassen?

Zur ersten Ebene: Wie wirkt ein Mehrheitsbeschluss? Wenn es richtig ist, dass die Erbengemeinschaft nicht rechtsfähig ist, dann kann dogmatisch wohl kein Fall einer organschaftlichen Vertretungsmacht vorliegen.⁶⁵

Ein Fall der rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung scheidet mE ebenfalls aus, auch wenn in diesem Zusammenhang von „*Bevollmächtigung*“ gesprochen⁶⁶ oder eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung verlangt wird.⁶⁷ Die *überstimmten Miterben* wollen die Mehrheit nicht bevollmächtigen und erteilen regelmäßig auch keine Vollmacht. Nach herrschender Meinung führt im Übrigen selbst die Unterlassung der Anhörung eines Miterben nicht zur Ungültigkeit des Mehrheitsbeschlusses,⁶⁸ es ist also noch nicht einmal zwingend, dass die Minderheit an der Beschlussfassung beteiligt wurde.

Richtigerweise dürfte daher ein Fall *gesetzlicher* Vertretungsmacht vorliegen,⁶⁹ auch wenn sich die Voraussetzungen für ein Mehrheitshandeln nicht aus dem Gesetz selbst ergeben, die Handlungsmacht selbst vielmehr erst aus dem entsprechenden Mehrheitsbeschluss folgt.⁷⁰ Hiervon geht wohl auch der BGH aus, der von „*ermächtigen*“, nicht von „*bevollmächtigen*“ spricht,⁷¹ damit aber wohl keine „Ermächtigung“ im Sinne einer Zustimmung (Einwilligung) gem. § 182 BGB meint, da diese ihrerseits wiederum eine entsprechende positive Willenserklärung der überstimmten Miterben voraussetzen würde.⁷²

Die Annahme einer gesetzlichen Vertretungsmacht entspricht der Einordnung der Vertretungsmacht im Rahmen der Notgeschäftsführung.⁷³ Auch im Rahmen von § 745 BGB scheint sich die Ansicht einer (unabhängig von einer erteilten Bevollmächtigung) *gesetzlichen* Vertretungsmacht im Außenverhältnis auch für Verfügungsgeschäfte durchzusetzen.⁷⁴ Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass § 174 S. 1 BGB auf der Ebene der Beschlussfassung jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar ist. Damit kommt allenfalls eine *analoge* Anwendung in Betracht.

Zur (zweiten) Ebene der Abgabe der Erklärung: Soweit – wie hier – gesetzliche Vertretungsmacht angenommen wird, wird überwiegend davon ausgegangen, dass hierin eine gesetzliche

57 Den Begriff verwendet oder definiert das Gesetz nicht; er soll hier als Handeln mit Einwilligung verstanden werden, vgl. dazu NK-BGB/Staffhorst, 4. Aufl. 2021, § 182 Rn. 2.

58 MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 66 f.

59 MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 67; Staudinger/Schilken BGB, 2019, Vor § 164 Rn. 64.

60 Grüneberg/Ellenberger BGB, 81. Aufl. 2022, Einf. v. § 164 Rn. 13.

61 Vgl. den Fall bei BGH Urt. v. 14.11.1996 – I ZR 201/94, NJW 1997, 1150; vgl. hierzu auch bereits *Muscheler* ZEV 1997, 222 (229).

62 BGH Urt. v. 10.12.1997 – XII ZR 119/96, NJW 1998, 896 (898); offengelassen in BAG Urt. v. 27.2.2020 – 2 AZR 570/19, NZA 2020, 1405.

63 So Grüneberg/Ellenberger, BGB, 81. Aufl. 2022, § 182 Rn. 5; MüKoBGB/Bayreuther, 9. Aufl. 2021, § 182 Rn. 34; NK-BGB/Staffhorst, 4. Aufl. 2021, § 182 Rn. 63; aA BeckOK BGB/Bub, 62. Ed. 1.5.2022, § 184 Rn. 3.

64 Siehe oben bei Fn. 55.

65 NK-BGB/Stoffels, 4. Aufl. 2021, § 164 Rn. 81.

66 Burandt/Rojahn/Flehtner Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2038 BGB Rn. 28; Rißmann/Rißmann Erbengemeinschaft, 3. Aufl. 2019, § 4 Rn. 115; Wetzel/Odersky/Götz/Siebert Handbuch Erbengemeinschaft § 24 Rn. 41.

67 *Börstinghaus* Miethöhe-HdB, 2. Aufl. 2016, Kap. 10 Rn. 15.

68 OLG Rostock Beschl. v. 19.3.2018 – 3 U 67/17, ErbR 2019, 117 (119).

69 So bereits *Muscheler* ZEV 1997, 222 (229, 231); ausführlich auch *Ruhwinkel* Die Erbengemeinschaft, 2. Aufl. 2021, Rn. 28 ff.; vgl. zudem BGH Urt. v. 20.2.2014 – III ZR 443/13, NJW 2014, 1587 (1588) Rn. 17; FormB-ErbR/Rißmann, 4. Aufl. 2020, § 3 Rn. 81; *Stüttgen* NJW 2013, 3543 (3456); vgl. auch die Nachweise bei *Lassen* Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, C. III. 1. c. aa. (3); alternativ könnte man von einem Fall gesetzlicher Rechtsfolgenstreckung bzw. Rechtsmacht *sui generis* wie im Rahmen von § 1357 BGB sprechen, vgl. dazu MüKoBGB/Roth, 9. Aufl. 2022, § 1357 Rn. 10; Staudinger/Schilken BGB, 2019, Vorb. zu §§ 164 ff. Rn. 24.

70 Darauf weist *Lassen* Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, C. III. 1. c. aa. (3) hin.

71 BGH Urt. v. 19.9.2012 – XII ZR 151/10, NJW 2013, 166 f.; BGH Beschl. v. 7.11.2012 – XII ZB 229/11, NJW 2013, 166 f.; so bereits auch BGH Urt. v. 29.3.1971 – III ZR 255/68, NJW 1971, 1265 (1266).

72 NK-BGB/Staffhorst, 4. Aufl. 2021, § 182 Rn. 7.

73 *Lange* Erbrecht, 2011, § 57 Rn. 66; *Lange/Kuchinke*, 5. Aufl. 2001, § 43 Abs. 4 S. 3.; MüKoBGB/Gergen, 8. Aufl. 2020, § 2038 Rn. 62.

74 Die Diskussion ist indes nicht abgeschlossen. Vgl. BeckOK BGB/Gebrein, 62. Ed. 1.5.2022, § 745 Rn. 8; Grüneberg/Sprau BGB, 81. Aufl. 2022, § 745 Nr. 4; MüKoBGB/K. Schmidt, 8. Aufl. 2020, § 745 Rn. 32; Staudinger/Schilken BGB, 2019, Vorb. zu §§ 164 ff. Rn. 24; wohl auch NK-BGB/J. Kuhn, 4. Aufl. 2021, § 745 Rn. 7; HK-BGB/Saenger, 11. Aufl. 2021, § 745 Rn. 5.

Vertretungsmacht der Mehrheit liegt, nicht auch eine gesetzliche (Einzel-)Vertretungsbefugnis jedes einzelnen Miterben.⁷⁵ Das dürfte richtig sein, weil sich die Rechtsmacht erst aus der Mehrheit ergibt. In der Absprache zwischen den drei Mehrheitserben, dass nur einer im Außenverhältnis handeln solle, liegt mithin eine gesonderte rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung oder aber eine Zustimmung im Sinne von § 182 BGB. Hier sind § 174 S. 1 BGB unmittelbar bzw. §§ 182 Abs. 3, 111 S. 2 BGB anwendbar. Wollen nicht alle Mehrheitserben handeln, müssen sie mithin entsprechende Vollmachten der anderen Mehrheitserben erteilen und vorlegen bzw. schriftliche Einwilligungserklärungen oder (wie in der Abwandlung des Beispielsfalls) selbst handeln, um keine Zurückweisung zu riskieren.

4. Zurückweisung gem. § 174 S. 1 BGB analog in der GbR und der WEG – ein übertragbarer Gedanke?

Die hM spricht sich im Rahmen der (organschaftlichen) Vertretung einer GbR für eine analoge Anwendung von § 174 BGB aus. § 174 BGB finde analoge Anwendung auf einseitige Rechtsgeschäfte, die ein abweichend von der gesetzlichen Grundregel der §§ 709, 714 BGB allein vertretungsberechtigter Gesellschafter im Namen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts vornehme. Eine derartige einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung könne von dem Empfänger zurückgewiesen werden, wenn ihr weder eine Vollmacht der anderen Gesellschafter noch der Gesellschaftsvertrag oder eine Erklärung der anderen Gesellschafter beigelegt sei, aus der sich die Befugnis des handelnden Gesellschafters zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft ergebe.⁷⁶

Zur Begründung wird angeführt, dass beim Erklärungsgegner eine vergleichbare Unsicherheit wie bei einer rechtsgeschäftlichen Vertretung bestehe und ein öffentliches Register für die GbR nicht existiere.⁷⁷ Handele ein Geschäftsführer der Gesellschaft allein, sei es ihm – so der BGH – ohne Weiteres möglich, entweder eine Vollmacht der übrigen Gesellschafter vorzulegen oder die von ihm aus dem Gesellschaftsvertrag in Anspruch genommene Vertretungsmacht durch dessen Vorlage oder die Vorlage einer Erklärung aller oder der übrigen Gesellschafter über eine von §§ 709, 714 BGB abweichende Regelung der Vertretung der Gesellschaft zu belegen.⁷⁸

Das BAG schließt sich dem an: Eine unzumutbare „*Beengung des Verkehrs*“ sei nicht zu besorgen, weil die Alleinvertretungsmacht auf einer Willensentscheidung der Gesellschafter beruhe und diese – auch wenn keine Vollmacht der übrigen Gesellschafter erteilt sei – entweder durch Vorlage des Gesellschaftsvertrags (gegebenenfalls in Auszügen) oder durch eine Erklärung der anderen Gesellschafter belegt werden könne.⁷⁹ Hierin liege auch kein faktischer Zwang, einen Gesellschaftsvertrag schriftlich abzuschließen oder der weiteren Gesellschafter, doch an der Geschäftsführung mitzuwirken; die analoge Anwendung von § 174 BGB habe allein zur Folge, dass die weiteren Gesellschafter dafür Sorge tragen müssten, dass die zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter Entscheidungen im Außenverhältnis rechtssicher allein „*exekutieren*“ können.⁸⁰

2014 hat der BGH die Rechtsprechung auf einseitige Erklärungen eines WEG-Verwalters im Rahmen von § 27 Abs. 3

Nr. 7 WEG aF übertragen: § 174 S. 1 BGB sei hier anwendbar. Abgestellt wurde auf eine vergleichbare Schutzwürdigkeit des Rechtsverkehrs, zudem auf § 27 Abs. 6 WEG, wonach der Verwalter von den Wohnungseigentümern die Ausstellung einer Vollmachten- und Ermächtigungsurkunde verlangen konnte, aus der der Umfang seiner Vertretungsmacht ersichtlich ist.⁸¹

5. Zurückweisung gem. § 174 S. 1 BGB (analog) in der Erbengemeinschaft?

a) Rechtsprechung

Eindeutige Rechtsprechung liegt – soweit ersichtlich – noch nicht vor. Das OLG Brandenburg⁸² hat die Frage in einem neueren Urteil gestreift, musste sie letztlich aber nicht entscheiden. Aus den Gründen dürfte (nur) hervorgehen, dass § 174 S. 1 BGB anwendbar ist, soweit nach einer Mehrheitsentscheidung nicht auch die Mehrheit selbst handelt. Mehr lässt sich aus den ergangenen Entscheidungen des BGH zur Zulässigkeit von Kündigungen durch die Mehrheit⁸³ und den Entscheidungen aus den Vorinstanzen ebenfalls nicht ableiten.⁸⁴

b) Stellungnahmen in der Literatur

Tanck betont im Ausgangspunkt zu Recht, dass grundsätzlich keine Pflicht besteht, einen Erbrechtsnachweis vorzulegen und eine Zurückweisung einer einseitigen Erklärung wegen Fehlens des Erbnachweises gesetzlich nicht vorgesehen ist. Er empfiehlt bei einem Mehrheitshandeln bei der Ausübung von Gestaltungsrechten durch eine Mehrheit gleichwohl die Vorlage etwa eines Erbscheins, damit der Empfänger die Mehrheit

75 So aber *Ruhwinkel* Die Erbengemeinschaft, 2. Aufl. 2021, 15 f. der hier- von auch im Falle der Bestellung eines Erbenverwalters ausgehen möchte. Aus der dort in Bezug genommenen Entscheidung des OLG Nürnberg ErbR 2014, 578 (581) ergibt sich das aber nicht. Dort heißt es: „*Ein nach § 2038 Abs. 2 Satz 1, 745 Abs. 1 BGB ergangener Mehrheitsbeschluss gibt den die Stimmenmehrheit vertretenden Erben Vertretungsmacht zur Durchführung des Mehrheitsbeschlusses. (...) Er kann jedenfalls dann ohne weiteres von der Mehrheit ausgeführt werden, wenn sonst vollendete Tatsachen entstanden. (...) Die Erbengemeinschaft hat den Kläger zu 2. nach diesen Grundsätzen wirksam (...) bestellt und (...) bevollmächtigt.*“.

76 BAG Ur. v. 5.12.2019 – 2 AZR 147/19, NJW 2020, 1456; BGH Ur. v. 9.11.2001 – LwZR 4/01, NJW 2002, 1194; OLG Brandenburg Ur. v. 23.10.2012 – 6 U 29/12, BeckRS 2012, 24712; Grüneberg/Ellenberger BGB, 81. Aufl. 2022, § 174 Rn. 4; MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 174 Rn. 16; *Spelge* RdA 2016, 309 (311).

77 Vgl. aber die anstehenden Änderungen des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG. Zukünftig ist eine Anmeldung der GbR zum Gesellschaftsregister möglich, § 707 BGB nF; die Voraussetzungen für eine Analogie werden nach erfolgter Registrierung entfallen, MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 174 Rn. 16.

78 BGH Ur. v. 9.11.2001 – LwZR 4/01, NJW 2002, 1194 (1195).

79 BAG Ur. v. 5.12.2019 – 2 AZR 147/19, NJW 2020, 1456 (1459); Zustimmung auch in der Literatur: *Spelge* RdS 2016, 309 (311).

80 BAG Ur. v. 5.12.2019 – 2 AZR 147/19, NJW 2020, 1456 (1459).

81 BGH Ur. v. 20.2.2014 – III ZR 443/13, NJW 2014, 1587 (1588). Mit der Reform des WEG hat sich diese Rechtsprechung überlebt. In § 9b WEG ist jetzt bestimmt, dass die Vertretungsmacht des Verwalters gesetzlich unbeschränkt und unbeschränkbar ist, vgl. MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 174 Rn. 18.

82 OLG Brandenburg Ur. v. 2.4.2019 – 3 U 33/18 = BeckRS 2019, 6704 Rn. 49.

83 Vgl. die Nachweise in Fn. 28.

84 Vgl. etwa OLG Dresden Ur. v. 30.11.2005 – 6 U 1072/05, BeckRS 2009, 87697 als Vorinstanz zu BGH Ur. v. 11.11.2009 – XII ZR 210/05, NJW 2010, 765.

der Erbteile errechnen könne und die Erklärung nicht (möglicherweise auch nur zu Unrecht) mit Blick auf § 180 S. 2 BGB zurückweise. Von der Möglichkeit einer Zurückweisung gem. § 174 S. 1 BGB geht *Tanck* nicht aus.⁸⁵

Muscheler verweist darauf, dass § 174 S. 1 BGB auf gesetzliche Vertreter keine Anwendung findet und verneint daher ebenfalls eine Anwendung von § 174 S. 1 BGB.⁸⁶

Stützel geht auch davon aus, dass § 174 S. 1 BGB nach dem Wortlaut nicht anwendbar ist, weil die Norm eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung voraussetzt, spricht sich jedoch mit Blick auf die Vergleichbarkeit zur Lage in der GbR für eine *analoge Anwendung* der Norm aus; es liege ebenfalls eine Ausnahme von der gesetzlichen Einstimmigkeit vor.⁸⁷ Dabei solle an die Stelle der Vorlage des Gesellschaftsvertrags die Vorlage eines Erbscheins treten, aus dem das Handeln durch die Erbenmehrheit erkennbar sei, bzw. als „*Surrogat*“ eine notarielle Verfügung von Todes wegen in Verbindung mit der Eröffnungsniederschrift des Nachlassgerichts. *Stützel* scheint mithin einen Nachweis über die Mehrheit (der Erbquoten) zu verlangen, indes keinen inhaltlichen Nachweis an ein wirksames Mehrheitshandeln.

Lassen spricht sich ebenfalls für ein Zurückweisungsrecht bei einseitigen Rechtsgeschäften gem. § 174 S. 1 BGB aus, sofern Ungewissheit über die Legitimation des handelnden Miterben bestehe und die Ausübung nicht ausnahmsweise als unzulässige Rechtsausübung einzuordnen sei.⁸⁸ Unter welchen Voraussetzungen eine Zurückweisung im Einzelnen möglich sein soll, bleibt offen. *Lassen* betont aber, dass der Empfänger einer einseitigen Erklärung nach dem Willen des Gesetzgebers nicht der Ungewissheit über deren Wirksamkeit ausgesetzt sein soll. Das spricht dafür, dass die Autorin einen weiten Anwendungsbereich für die Vorschrift sieht.

Maaß konstatiert, dass der Kündigungsempfänger die Kündigung bei einem Mehrheitshandeln gem. § 174 BGB zurückweisen könne. Er führt ebenfalls nicht aus, unter welchen konkreten Voraussetzungen dies möglich sein soll.⁸⁹

Auch *Schütte* spricht sich unter Hinweis auf die Rechtsprechung zur GbR für eine Anwendung von § 174 S. 1 BGB aus:⁹⁰ Die Rechtsgedanken seien übertragbar. Der Vertragspartner könne daher eine Kündigung durch eine Erbengemeinschaft in Ermangelung einer von allen Erben unterzeichneten Vollmachtsurkunde oder anderer Unterlagen, aus denen sich die Befugnis zum Mehrheitshandeln bzw. zur Verfügung mit Mehrheit zweifelsfrei ergebe, zurückweisen. *Schütte* verlangt ausdrücklich auch einen „*zweifelsfreien*“ Nachweis zu Erforderlichkeit und Ordnungsmäßigkeit, hält gleichzeitig fest, dass diese Tatbestandsmerkmale erhebliche Wertungselemente enthielten⁹¹ und äußert auf dieser Grundlage eine düstere (und unter diesen Prämissen zutreffende) Prognose: „*Aus Sicht der Erbengemeinschaft bedeutet das zwar, dass dann uU im Ergebnis doch wieder alle Miterben mitwirken müssen und die Maßnahme im praktischen Ergebnis nicht mit Mehrheit ausgeführt werden kann, aber das ist bei Meinungsstreitigkeit innerhalb der Gemeinschaft ihr Risiko und kann nicht unausweichlich dem Geschäftsgegner aufgebürdet werden.*“

In der *gesellschaftsrechtlichen Literatur* wird die Problematik ebenfalls angerissen: § 18 Abs. 1 GmbHG bestimmt, dass die

Rechte aus einem Geschäftsanteil nur gemeinschaftlich ausgeübt werden können, wenn der Geschäftsanteil mehreren Mitberechtigten ungeteilt zusteht (wie dies bei einem in den Nachlass gefallenen Geschäftsanteil der Fall ist). In diesem Kontext gilt: Die (vorgelagerte) Willensbildung innerhalb der Erbengemeinschaft (nach den insoweit geltenden Regeln) und die anschließende einheitliche Rechtsausübung gegenüber der Gesellschaft.⁹² Nach hM schreibt § 18 Abs. 1 GmbHG kein „*einstimmiges*“ Handeln gegenüber der Gesellschaft vor, sondern ordnet (nur) an, dass keine Teilrechte unterschiedlich ausgeübt werden können. Soweit nach dem Recht der jeweiligen Gemeinschaft ein Mehrheitshandeln im Außenverhältnis zugelassen sei (wie nach neuerer Rechtsprechung innerhalb der Erbengemeinschaft), gelte das auch gegenüber der Gesellschaft.⁹³ Damit gilt grundsätzlich aber auch an dieser Stelle, dass eine Willenserklärung, die ein Miterbe „für“ alle Miterben abgibt, ohne dass er hierzu nach dem maßgeblichen Innenrecht berechtigt wäre, unwirksam ist.⁹⁴ In diesem Zusammenhang wird diskutiert, ob und unter welchen Voraussetzungen dann eine Genehmigung möglich ist; die hM spricht sich für die Möglichkeit einer Genehmigung aus, wenn die Voraussetzungen des § 180 S. 2 BGB vorliegen und insoweit wird dann auch auf die Möglichkeit einer Zurückweisung gem. § 174 BGB verwiesen.⁹⁵ Unter welchen Voraussetzungen eine solche Zurückweisung konkret möglich sein soll, wird nicht näher ausgeführt. Richtigerweise wird festgehalten, dass der Anwendungsbereich der Norm unproblematisch eröffnet sein dürfte, wenn der handelnde Miterbe angibt, von den weiteren Miterben bevollmächtigt zu sein.⁹⁶

c) Eigene Stellungnahme

aa) Kein Nachweis erforderlich

Eine Anwendung von § 174 S. 1 BGB wäre einigen Autoren im Interesse des Rechtsverkehrs sympathisch. Dabei wird zum Teil ausdrücklich, zum Teil eher zwischen den Zeilen ein Nachweis der Legitimation verlangt. Wer einen Nachweis verlangt, muss allerdings beantworten, welche Art von Nachweis warum erforderlich sein soll:

- Ein Nachweis über die Mehrheit der Erbanteile und damit mittelbar ein Nachweis des Erbrechts, etwa in Form eines Testaments oder eines Erbscheins?

⁸⁵ *Tanck* ZEV 2020, 402 (405).

⁸⁶ *Muscheler* ZEV 1997, 222 (231) (dort Rn. 77).

⁸⁷ *Stützel* NJW 2013, 3543 (3546).

⁸⁸ *Lassen* Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft C. III. 2. e. und D. IV. 2.

⁸⁹ *Rißmann/Maaß* Erbengemeinschaft, 3. Aufl. 2019, § 19 Rn. 29.

⁹⁰ *jurisPK-BGB/Schütte*, 9. Aufl., Stand: 3.4.2020, § 2040 Rn. 17, 29.

⁹¹ *Schütte* verweist insoweit beispielhaft auf eine Entscheidung des LG Berlin Urt. v. 11.10.2016 – 67 S 190/16, ErbR 2017, 105 zur Kündigung eines Mietverhältnisses durch eine ungeteilte Erbengemeinschaft mit Stimmenmehrheit.

⁹² *Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Ebbing* GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 18 Rn. 42; *Schmidt* NZG 2015, 1049 (1051).

⁹³ *Altmeppen* GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 18 Rn. 14 mwN; aA *Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Ebbing* GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 18 Rn. 44.

⁹⁴ *MüKoGmbHG/Reichert/Weller*, 4. Aufl. 2022, § 18 Rn. 56.

⁹⁵ Vgl. etwa *Habersack/Casper/Löbbe/Löbbe* GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 18 Rn. 24; *MüKoGmbHG/Reichert/Weller*, 4. Aufl. 2022, § 18 Rn. 56; *Schmidt* NZG 2015, 1049 (1051).

⁹⁶ *Bayer/Sarakinis* NZG 2018, 561 (563).

- Ein Nachweis (auch) darüber, dass ein entsprechender Mehrheitsbeschluss gefasst wurde (etwa für eine Kündigung); durch Erklärung der Mehrheit der Erben oder durch Erklärung aller Miterben?
- Ein Nachweis (weiter auch) darüber, dass es sich um eine erforderliche Maßregel der ordnungsmäßigen Verwaltung handelt?

Das wird nicht immer klar beantwortet. Die Frage ist noch (zu) wenig diskutiert.

Nach hier vertretener Ansicht ist kein Nachweis notwendig, wenn die Mehrheitserben mit Mehrheit im Außenverhältnis handeln (so in der Abwandlung des Beispielsfalls). § 174 S. 1 BGB bzw. §§ 182 Abs. 3, 111 S. 2, 3 BGB sind hingegen anzuwenden, wenn nach erfolgtem Mehrheitsbeschluss im Außenverhältnis sodann nur einzelne Miterben im eigenen Namen oder für die Mehrheit (so im ursprünglichen Beispielsfall) auftreten.

bb) *Kein Anspruch auf Erklärungen der überstimmten Miterben*

Mit Blick auf die herrschende Meinung zur Anwendung von § 174 S. 1 BGB in der GbR lässt sich zwar festhalten, dass der Empfänger einseitiger Erklärungen einer Mehrheit von Erben ebenfalls schutzwürdig ist. Allerdings ist es den Erben – anders als in der GbR – nicht ohne Weiteres möglich, ihr Erbrecht, die Mehrheit der Erbteile und/oder Erforderlichkeit und Ordnungsmäßigkeit des Beschlusses nachzuweisen.

Beruhet die Vertretungsmacht nicht auf der Erteilung einer Vollmacht durch den Vertretenen sondern auf gesetzlicher Grundlage, scheidet eine Zurückweisung grundsätzlich aus, weil die Vertretungsmacht (aus Sicht der überstimmten Miterben) nicht auf einer Willensentscheidung des Vertretenen beruht und daher nicht durch eine Vollmachtsurkunde nachgewiesen werden kann.⁹⁷

In der GbR gibt es in diesen Fällen eine Willensentscheidung aller Gesellschafter, auch derer, die nicht handeln; sie haben sich ihre Gesellschafter ausgesucht und haben einstimmig eine Abweichung der gesetzlichen Vertretungsregelungen beschlossen. Den „willigen“ Gesellschaftern, die einen gemeinsamen Zweck verfolgen, ist es zumutbar, über ihre Beschlüsse einen Nachweis vorzulegen. Die Rechtsprechung verlangt insoweit Erklärungen aller bzw. der übrigen Gesellschafter oder aber eine (auszugsweise) Vorlage des Gesellschaftsvertrags.⁹⁸ Würde man dementsprechend von allen (mithin auch von den „unwilligen“, überstimmten) Miterben Erklärungen dazu verlangen, dass ein wirksamer Mehrheitsbeschluss gefasst wurde, würde das im Außenverhältnis doch wieder zu einem Mitwirkungserfordernis *aller* Miterben führen und damit zu einer „*unzumutbare(n) Beengung des Verkehrs*“,⁹⁹ die durch die zur Erbengemeinschaft ergangene Rechtsprechung¹⁰⁰ doch gerade überwunden werden sollte. Darin liegt ein relevanter Unterschied, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigt.

Die Rechtslage in der WEG ist ebenfalls nur bedingt vergleichbar. Nach § 27 WEG aF war der Verwalter zu diversen Maßnahmen gesetzlich ermächtigt. Soweit der BGH im Rahmen von § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG eine Anwendbarkeit von

§ 174 BGB bejaht hat, konnte die gegebene Begründung – der Verweis auf die Möglichkeit der Einholung einer Vollmacht gem. § 26 Abs. 6 WEG, die indes im Streitfall nur im Klageverfahren hätte verlangt werden können – bereits für diese Konstellation nicht überzeugen.¹⁰¹ Die Entscheidung konnte vor dem Hintergrund der im Übrigen bestehenden Rechtsmacht des Verwalters möglicherweise dennoch hingenommen werden. In der Erbengemeinschaft würde der Mehrheit durch eine Anwendung von § 174 BGB indes die Blockade bzgl. aller einseitiger Erklärungen drohen.

cc) *Kein Anspruch auf einen Erbrechtsnachweis*

Es ist auch kein Erbrechtsnachweis erforderlich. Dabei mag man sich vor Augen führen, dass die Voraussetzungen an die Vorlage einer Vollmachtsurkunde im Rahmen von § 174 S. 1 BGB nicht gering sind. Die Vollmachtsurkunde muss urschriftlich oder in Ausfertigung vorgelegt werden; die Vorlage muss tatsächlich erfolgen. Ein bloßer Hinweis darauf, dass eine solche Vollmachtsurkunde existiere, genügt ebenso wenig wie die Vorlage einer – einfachen oder auch beglaubigten – Abschrift oder Fotokopie, einer Telefaxübermittlung oder einer E-Mail; das bloße Angebot, die Vollmachtsurkunde beim Vollmachtgeber oder andernorts einsehen zu können, soll ebenfalls nicht genügen.¹⁰² Auch wenn der Inhalt der Vollmacht unklar ist, ist eine Zurückweisung möglich.¹⁰³ Würde man unter diesen Voraussetzungen einen Nachweis des Erbrechts verlangen, gingen damit erhebliche Belastungen für die Miterben einher. Die Beantragung eines Erbscheins ist mit finanziellem und zeitlichem Aufwand verbunden. Wenn tatsächlich die Vorlage einer *Ausfertigung* (nicht auch eine Abschrift) des Erbscheins verlangt würde, wäre es nochmals aufwendiger.

Selbst wenn man die Auffassung vertreten wollte, dass die Vorlage eines eröffneten Testaments nebst Eröffnungsniederschrift ausreichend sein soll, könnte das überhaupt nur dann eine Alternative darstellen, wenn eine solche existiert. Im Übrigen stellt sich die Frage, wie mit „unklaren“, auslegungsbedürftigen Testamenten umzugehen wäre.

Einseitige Rechtsgeschäfte durch den Alleinerben hängen nach zutreffender herrschender Ansicht grundsätzlich nicht von der Vorlage eines Erbrechtsnachweises ab. Auch alle Miterben einer Erbengemeinschaft können gemeinschaftlich kündigen, ohne einen Erbrechtsnachweis vorzulegen. Wenn das richtig ist und der Rechtsverkehr das – letztlich als Folge der Gesamterbrechtsnachfolge und des Vonselbsterwerbs gem. § 1922 Abs. 1 BGB – jeweils hinnimmt bzw. hinnehmen muss, wäre es widersprüchlich, in einer Konstellation, in der nur drei von vier Miterben handeln, doch die Vorlage eines Erbscheins oder eines anderen Erbrechtsnachweises zu verlangen. Wenn ein

97 BAG Urt. v. 20.9.2006 – 6 AZR 82/06, NZA 2007, 377 (379).

98 Letzteres wird kritisch gesehen, vgl. dazu MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 174 Rn. 16 mwN.

99 BAG Urt. v. 5.12.2019 – 2 AZR 147/19, NJW 2020, 1456 (1459).

100 Vgl. die Nachweise in Fn. 28.

101 Kritisch etwa auch Jacobi ZWE 2019, 20, 24; Müller, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 6. Aufl. 2015, Teil 9 Rn. 216.

102 Vgl. zum Ganzen BeckOK BGB/Schäfer, 62. Ed. 1.5.2022, § 174 Rn. 7 mwN.

103 MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 174 Rn. 20.

Erbrechtsnachweis grundsätzlich nicht verlangt wird, dann kann er hier nicht mittelbar (doch) zur Bestimmung der Mehrheitsverhältnisse verlangt werden. Eine größere Schutzbedürftigkeit liegt hier nicht vor.

dd) *Kein Anspruch auf einen Nachweis an die Wirksamkeit eines Beschlusses, dh zu Erforderlichkeit und Ordnungsmäßigkeit*

Wenn eine Mehrheit angibt, aufgrund eines wirksamen Mehrheitsbeschlusses aus eigener (gesetzlicher) Macht zu handeln, dann steht dieser Beschluss im Fokus. Gleichwohl kann kein Nachweis der *Wirksamkeit* des Beschlusses verlangt werden.

Die Frage, ob ein gefasster Beschluss wirksam ist, ist für den Rechtsverkehr oftmals kaum zu beantworten. § 174 BGB schützt den Empfänger aber grundsätzlich nicht davor, dass er der Mitteilung über die Vertretungsverhältnisse keinen Glauben schenkt, sondern will ihm nur die Nachforschung darüber ersparen.¹⁰⁴ Er kann die Vorlage einer Vollmachtsurkunde verlangen, aber keinen Nachweis darüber, dass die Vollmacht (noch) den Tatsachen entspricht bzw. wirksam ist.¹⁰⁵ Entsprechende Zweifel berühren den Rechtskreis von § 180 S. 2 BGB. Zweifel über die Kriterien der „Erforderlichkeit“ bzw. „Ordnungsmäßigkeit“ oder auch Zweifel hinsichtlich der Mehrheitsverhältnisse betreffen diese Ebene, nicht § 174 S. 1 BGB.

ee) *Zwischenfazit*

Wurde ein Mehrheitsbeschluss gefasst und wollen nicht alle Mehrheitserben selbst handeln, müssen sie den oder die im Außenverhältnis Handelnden schriftlich bevollmächtigen oder ermächtigen. Im vorliegenden Beispielsfall könnte das ein durch E1, E2 und E3 unterzeichnetes Schriftstück sein, in dem angegeben wird, dass dem Mieter mit Mehrheit gekündigt wird und dass E1 insoweit im eigenen Namen und/oder im Namen von E2 und E3 handeln darf. Das wäre für den Empfänger ohne einen weitergehenden Nachweis des Erbrechts, auf dessen Grundlage der Beschluss gefasst wurde, zwar nur bedingt aussagekräftig. Das Gesetz verlangt in § 174 S. 1 bzw. §§ 182 Abs. 3, 111 S. 2 BGB aber nicht mehr.

Das führt zu einer gewissen Belastung für die Mehrheit, da Beschlüsse in der Erbengemeinschaft an sich formfrei gefasst werden können und die Erben sich nicht zwingend an einem Ort aufhalten müssen. Ein solcher Nachweis ist der Mehrheit aber – wie sich aus § 174 S. 1 bzw. §§ 182 Abs. 3, 111 S. 2 BGB ergibt – zuzumuten.

Handeln dagegen alle Mehrheitserben selbst, so bedarf es weder der Vorlage zusätzlicher Erklärungen der überstimmten Miterben noch der Vorlage eines Erbrechtsnachweises. Zweifelt der Erklärungsempfänger an der materiellen Berechtigung der Erklärenden, so muss er die fehlende Vertretungsmacht gem. § 180 S. 2 BGB beanstanden und sich ggf. verklagen lassen, was – darüber muss Klarheit herrschen – sicherlich für beide Seiten kein optimales Ergebnis ist. Insbesondere für den Erklärungsempfänger ist das jedoch misslich, gerade wenn er keinen Einblick ins Innenverhältnis hat. Eine Prognose über den Ausgang des Rechtsstreits ist ihm schwerlich möglich. Über § 93 ZPO lässt sich dieses Ergebnis nur hinsichtlich der Prozesskosten abmildern. Nach hM gibt ein Schuldner gegebenenfalls keinen Anlass zur Klage iSd § 93 ZPO, wenn er nicht an den Erben des Gläubigers leistet, bevor dieser ihm seine

Erbenstellung nachgewiesen hat.¹⁰⁶ In der Literatur wird zudem auf § 94 ZPO (Kosten bei übergegangenem Anspruch) abgestellt.¹⁰⁷

Schlussbetrachtung

Nach hM können Miterben im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung Verwaltungsmaßnahmen beschließen und diese im Außenverhältnis sodann auch mit Mehrheit umsetzen, auch soweit Verfügungen iSv § 2040 Abs. 1 BGB in Rede stehen. Die Minderheit soll die Umsetzung nicht blockieren können. Es ist nicht erforderlich, die Minderheit erst auf Mitwirkung zu verklagen.

Die (hinzunehmende) Folge ist, dass die Frage, ob Mehrheitsbeschlüsse wirksam sind, ins Außenverhältnis getragen wird. Dem kann bei der Abgabe einseitiger Erklärungen durch die Miterben nicht über ein Zurückweisungsrecht gem. § 174 S. 1 BGB bzw. §§ 182 Abs. 3, 111 S. 2 BGB begegnet werden, indem man den Miterben auferlegt, ihr Erbrecht (etwa in Form eines Erbscheins) nachzuweisen oder Erklärungen der überstimmten Minderheit beizubringen. § 174 S. 1 BGB ist nicht unmittelbar anwendbar, weil mit einem Mehrheitsbeschluss keine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung einhergeht. Auch eine analoge Anwendung der Norm scheidet aus. Eine Anwendung von § 182 Abs. 3 BGB scheidet aus, weil die Wirksamkeit der Erklärung der Mehrheit gerade nicht von einer Zustimmung der überstimmten Minderheit abhängt. Eine Zurückweisung gem. § 174 S. 1 BGB bzw. § 182 Abs. 3 BGB kommt nur in Betracht, insoweit bei der Abgabe im Außenverhältnis nicht alle Mehrheitserben selbst handeln, sondern etwa einen Miterben „vorschicken“.

Zweifeln über den Bestand der Vertretungsmacht (dh die Erbenstellung und die Wirksamkeit des Beschlusses) kann der Erklärungsempfänger (nur) mit einer Beanstandung gem. § 180 S. 2 BGB begegnen. Er muss es dann auf einen Prozess ankommen lassen. Vor dem Hintergrund, dass ein solches Verfahren auch für die Miterben mit Unsicherheiten und Belastungen einhergeht, sind sie gut beraten, „freiwillig“ doch alle Nachweise beizubringen, die für sie greifbar sind, um so eine Zurückweisung möglichst zu vermeiden.¹⁰⁸ GmbHs sind gut beraten, die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters zwingend vorzuschreiben.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Vgl. oben bei Fn. 53.

¹⁰⁵ BAG Urt. v. 24.9.2015 – 6 AZR 492/14, NJW 2016, 345 (347) Rn. 25; *Spelge RdA* 2016, 309 (312).

¹⁰⁶ KG ZEV 2009, 256 unter Verweis auf OLG Hamburg OLGR 2003, 101; zustimmend: MüKoZPO/Schulz, 6. Aufl. 2020, § 93 Rn. 27; Musielak GK ZPO/Flockenhaus, 19. Aufl. 2022, § 93 Rn. 18; HK-ZPO/Gierl, 9. Aufl. 2021, § 93 Rn. 20; Zöller/Herget, 34. Aufl. 2022, ZPO § 93 Rn. 6.19. Klarstellend: Aus der Berechtigung des Schuldners insoweit einen Erbrechtsnachweis zu verlangen, folgt keine Pflicht, einen solchen vorzulegen. Es handelt sich um eine Obliegenheit, die auf die Wirksamkeit der abgegebenen Erklärung – wie dargelegt – ohne Einfluss ist.

¹⁰⁷ MüKoZPO/Schulz, 6. Aufl. 2020, § 94 Rn. 4; MüKoBGB/Grziwotz, 8. Aufl. 2020, § 2365 Rn. 32; Staudinger/Herzog BGB, 2016, Einl. zu § 2353–2370 Rn. 32.

¹⁰⁸ So auch *Tanck ZEV* 2020, 402 (406).

(Nachgelagerten) Rechtsschutz bieten die allgemeinen Regeln, insoweit als dass eine Haftung der Handelnden gegenüber dem Erklärungsempfänger aus unerlaubter Handlung oder *culpa in contrahendo* in Betracht kommt, wenn Vertretungsmacht tatsächlich nicht bestand (wobei die Haftungsnormen verschuldensabhängig sind). Zudem sind die Kosten eines Rechtsstreits gem. § 93 ZPO den klagenden Erben aufzuerlegen, wenn sie erstmals in der Klageschrift nachvollziehbar darlegen, dass und warum die Erklärung wirksam ist und der Erklärungsempfänger daraufhin anerkennt.

Dieses Ergebnis ist auf der Grundlage der hM (folge)richtig, zeigt aber auf, welche Herausforderungen mit Erbengemeinschaften einhergehen, die am Rechtsverkehr teilnehmen, aber

nicht rechtsfähig sind. „Besser“ wäre es im Übrigen auch nicht, wenn man der hier vertretenen Lösung nicht folgt und ein Zurückweisungsrecht gem. § 174 S. 1 BGB analog annehmen würde. Die Handlungsfähigkeit, die man der Erbengemeinschaft geben wollte, würde man ihr auf diese Weise wieder nehmen. Das mag ein weiterer Anstoß dazu sein, doch „größer zu denken“ und das derzeitige Konzept der (nicht-rechtsfähigen) Erbengemeinschaft insgesamt auf den Prüfstand zu stellen.

109 Das ist zulässig. Bis zur Bestellung ruht das Stimmrecht aus dem betreffenden Geschäftsanteil, Habersack/Casper/Löbke/Löbke, 3. Aufl. 2019, GmbHG § 18 Rn. 20; MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 4. Aufl. 2022, GmbHG § 18 Rn. 69; Rowedder/Pentz/Pentz, 7. Aufl. 2022, GmbHG § 18 Rn. 10

ErbR-Report

Zur Unentgeltlichkeit gem. § 2113 Abs. 2 S. 1 BGB bei der Veräußerung von Bruchteilseigentum an Grundstücken durch den befreiten Vorerben

Dr. Werner Renaud

Nach § 2113 Abs. 1 BGB sind Verfügungen eines Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden. Das Gleiche gilt gem. § 2113 Abs. 2 S. 1 BGB für die Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die unentgeltlich erfolgt. Während der Vorerbe von den Beschränkungen des § 2113 Abs. 1 BGB durch den Erblasser aufgrund der Bestimmung des § 2136 BGB befreit werden kann, gilt dies für die aus § 2113 Abs. 2 S. 1 BGB resultierende Beschränkung nicht. Unentgeltliche Verfügungen über Erbschaftsgegenstände werden also unter den Voraussetzungen des § 2113 Abs. 1 BGB unwirksam. Dies gilt auch für teilweise unentgeltliche Verfügungen.¹

Erbschaftsgegenstand kann ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück sein. Die nachstehenden Ausführungen befassen sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Verfügung eines Vorerben über einen zum Nachlass gehörenden Miteigentumsanteil an einem Grundstück unwirksam wird. Zu klären ist, ob der Wert des Gesamtgrundstücks zu ermitteln und daraus durch einfache Division der Wert des Miteigentumsanteils abzuleiten ist, oder ob eine differenzierte Betrachtungsweise erforderlich ist.



Der Autor ist Rechtsanwalt und Notar a.D. sowie Partner der BRP Renaud & Partner mbB Rechtsanwälte Patentanwälte Steuerberater, Stuttgart/Frankfurt a.M. Er befasst sich im Wesentlichen mit gesellschaftsrechtlichen Fragen und mit Nachfolgefragen.

I. Bewertung von Miteigentumsanteilen an Grundstücken durch die Rechtsprechung

Mit der Frage, ob der Wert eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück durch einfache Division aus dem Wert des Grundstücks abgeleitet werden kann oder nicht, hat sich die Rechtsprechung in unterschiedlichen Fallgestaltungen befasst.

Der Bundesgerichtshof hat in einem Urteil vom 13.5.2015² zur Berechnung des Pflichtteilsanspruchs die Auffassung vertreten, die in den Nachlass fallende Miteigentumshälfte an einem Hausgrundstück sei mit dem hälftigen Wert des Grundstücks anzusetzen, wenn der Alleinerbe bereits Eigentümer der anderen ideellen Miteigentumshälfte sei. Begründet hat

der BGH seine Auffassung damit, die Verwertung des Miteigentumsanteils sei bei dieser Sachlage problemlos möglich; gemeint ist damit offensichtlich, dass der durch den Erbfall zum Alleineigentümer Gewordene das vollständige Eigentum an der Immobilie ohne Bewertungsabschlag veräußern könne, so dass bei der Berechnung des Pflichtteils der Wert des Miteigentumsanteils durch einfache Division aus dem Grundstückswert zu ermitteln sei.

Die Entscheidung des BGH ist in der Literatur zum Teil auf erhebliche Kritik gestoßen, so etwa in der Urteilsanmerkung von Lange,³ der darauf hinweist, dass der Nachlasswert objektiv „für jedermann“ zu ermitteln sei und nicht vom konkreten Erben in seiner ganz spezifischen Situation abhängig sein könne.

Der Ansatz von Lange, dass der Nachlasswert objektiv zu ermitteln sei, ist zwar zutreffend. Der Wert einer Sache

1 Vgl. BGH Ur. v. 10.10.1984 – IV a ZR 75/83, NJW 1985, 382; MüKo-BGB/Lieder, 8. Aufl. 2020, § 2113 Fn. 185 mzn.

2 IV ZR 138/14, ErbR 2015, 436 = ZEV 2015, 482 mAnm Lange.

3 ZEV 2015, 482.