



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

**IV ZA 22/14**

vom

3. Dezember 2014

in dem Rechtsstreit

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Vorsitzende Richterin Mayen, die Richter Wendt, Felsch, die Richterin Harsdorf-Gebhardt und den Richter Dr. Karczewski

am 3. Dezember 2014

beschlossen:

Der Antrag des Beklagten auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe wird zurückgewiesen.

Gründe:

- 1 Die beabsichtigte Rechtsverfolgung des Beklagten bietet keine hinreichende Aussicht auf Erfolg (§ 114 ZPO). Gründe, die eine Zulassung der Revision gebieten, liegen nicht vor. Revisionsfehlerfrei hat das Berufungsgericht zunächst angenommen, dass zwischen der Erblasserin und dem Beklagten ein Darlehensvertrag zustande gekommen und ein Erlassvertrag über den restlichen Darlehensrückzahlungsanspruch nicht geschlossen worden ist.
  
- 2 Der Wirksamkeit der vom Kläger und einem weiteren Miterben erklärten Kündigung des Darlehensvertrages steht ferner nicht entgegen, dass ein dritter Miterbe an der Kündigung nicht mitgewirkt hat. Zwar stellt die Kündigung eines Vertrages eine Verfügung i.S. von § 2040 Abs. 1 BGB dar. Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat aber bereits entschieden, dass Erben ein Mietverhältnis über eine zum Nachlass ge-

hörende Sache mit Stimmenmehrheit kündigen können, wenn sich die Kündigung als Maßnahme ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung gemäß § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB darstellt (Urteil vom 11. November 2009 - XII ZR 210/05, BGHZ 183, 131 Rn. 26-31). Das neuere Schrifttum geht ebenfalls vielfach von einem Vorrang des § 2038 BGB in seinem Anwendungsbereich gegenüber § 2040 BGB aus (vgl. etwa Soergel/Wolf, BGB 13. Aufl. § 2038 Rn. 5; Palandt/Weidlich, BGB 73. Aufl. § 2038 Rn. 5; Leipold, Erbrecht 20. Aufl., Rn. 736, 736a; so wohl auch Bamberger/Lohmann, BGB 3. Aufl. § 2040 Rn. 2; FA-Komm-Erbrecht/Tschichoflos, 4. Aufl. § 2038 Rn. 9; Brox/Walker, Erbrecht 26. Aufl. Rn. 507; PWW-Zimmer, BGB 9. Aufl. § 2038 Rn. 9, 9a; anders Staudinger/Werner, BGB (2010) § 2038 Rn. 6, 40 f.; MünchKomm-BGB/Gergen, 6. Aufl. § 2038 Rn. 29, 53; Schütte in jurisPK-BGB, Bd. 5, 7. Aufl. 2014 § 2040 Rn. 15-21). Auch nach Auffassung des Senats ist jedenfalls in Fällen der Ausübung von Gestaltungsrechten im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses eine Mehrheitsentscheidung der Erbengemeinschaft im Rahmen eines Verfügungsgeschäfts gemäß § 2040 Abs. 1 BGB zulässig, wenn es sich um eine Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung

nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB handelt. Das Berufungsgesicht hat revisionsfehlerfrei entschieden, dass sich die hier ausgesprochene Kündigung gegenüber dem Beklagten als Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung darstellt.

Mayen

Wendt

Felsch

Harsdorf-Gebhardt

Dr. Karczewski

Vorinstanzen:

LG Kiel, Entscheidung vom 08.11.2013 - 13 O 228/12 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 18.09.2014 - 3 U 82/13 -