
Datum: 20.09.2018
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 140/17
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2018:0920.5U140.17.00

Vorinstanz: Landgericht Hagen, 4 O 12/17

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 14.11.2017 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Hagen unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, die Löschung des für ihn im Grundbuch von X, Blatt XXXX, Amtsgericht B, in Abt. II unter lfd. Nr. 10 eingetragenen Widerspruchs zu bewilligen, soweit der ½-Miteigentumsanteil des ehemaligen Miteigentümers L I1, geboren am 09.09.1907, verstorben am 10.11.1988, mit dem Widerspruch belastet ist.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen; die Widerklage bleibt abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 5 % und der Beklagte zu 95 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 75 % und der Beklagte zu 25 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

A.

Die Parteien streiten um das Eigentum an einem Grundstück. Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Bewilligung der Löschung eines im Grundbuch für ihn und für seinen Bruder eingetragenen Widerspruchs in Anspruch. Widerklagend hat der Beklagte von der Klägerin die Rückübertragung des Eigentums an dem streitgegenständlichen Grundstück begehrt. 3

Das streitgegenständliche Grundstück H-Weg in X (Gemarkung X, Flur 23, Flurstück 113, verzeichnet im Grundbuch von X des Amtsgerichts B, Blatt XXXX) stand ursprünglich im Miteigentum der Eheleute L und M I, je zu 1/2. Am 31.01.1983 verstarb M I und wurde von ihrem Ehemann zu 1/2 und den Kindern, dem Beklagten und dessen Bruder X I, zu je 1/4 beerbt. Am 24.06.1987 wurde das Grundbuch deshalb dahingehend berichtigt, dass L I zu 1/2 Eigentümer des Grundstücks ist aufgrund bisherigen Eigentums und das Eigentum an der anderen Hälfte dem Beklagten, seinem Bruder sowie dem Vater, L I, in Erbengemeinschaft nach M I aufgrund des Erbscheins vom 20.05.1987 zusteht. Am 10.11.1988 verstarb der Vater des Beklagten, L I. Er wurde von seinen Söhnen, dem Beklagten und seinem Bruder, je zu 1/2 beerbt. Der Erblasser ordnete Testamentsvollstreckung an. Am 18.07.1989 wurden der Beklagte und sein Bruder in Erbengemeinschaft aufgrund bisherigen Eigentums und des Erbscheins vom 25.05.1989 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Unter demselben Datum erfolgte in Abteilung II unter der lfd. Nr. 3 die Eintragung "Testamentsvollstreckung ist angeordnet.". Zum Testamentsvollstrecker wurde Rechtsanwalt N ernannt. 4

Der Beklagte nahm den Testamentsvollstrecker in dem Verfahren mit dem Az. 8 O 338/94 vor dem Landgericht Hagen mit dem Ziel in Anspruch, die Immobilie im Wege der Zwangsversteigerung zu verwerten. Dieses Verfahren endete mit Vergleich vom 18.01.1995, in dem sich der Testamentsvollstrecker verpflichtete, die Teilungsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Erbengemeinschaft nach dem Erblasser L I bezüglich des im Grundbuch von X Blatt XXXX des Amtsgerichts B verzeichneten Grundbesitzes (X, H-Weg) zu beantragen und die Auseinandersetzung des Nachlasses durchzuführen. Der Zuschlagsbeschluss in dem nachfolgend durch den Testamentsvollstrecker eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahren wurde auf eine Beschwerde des Beklagten hin aufgehoben. 5

Unter dem 03.01.2001 veräußerte Rechtsanwalt N in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker des Nachlasses nach dem Erblasser L I handelnd, freihändig mit notariellem Vertrag des Notars T das streitgegenständliche Grundstück an die Klägerin. Unter Ziffer II. des Vertrages erklärten die Vertragsparteien die Auflassung und bewilligten und beantragten die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch. Die Klägerin wurde sodann am 21.03.2001 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Der Testamentsvollstrecker beglich von dem Verkaufserlös i.H.v. 250.000,00 DM Nachlassverbindlichkeiten und überwies einen Rest von 89.225,73 DM an den Beklagten. 6

Der Bruder des Beklagten, X I, verstarb am 19.06.2001. 7

Mit Beschluss des Landgerichts Hagen vom 05.01.2006 wurde am 06.06.2005 zu Gunsten des Beklagten sowie seines Bruders ein Widerspruch gegen die Umschreibung des Eigentums an die Klägerin in das Grundbuch eingetragen. In der Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass die Eintragung der Eigentumsumschreibung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften ergangen sei. Der Testamentsvollstrecker sei nicht berechtigt gewesen, auch hinsichtlich des von dem Beklagten und dessen Bruder im Wege der Erbfolge nach M I erworbenen Grundstücksanteils die Auflassung zu erklären und die Eigentumsumschreibung zu bewilligen. Der Testamentsvollstrecker habe nur in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker für den Nachlass des L I gehandelt und sei auch nur 8

diesbezüglich verfügbungsbefugt gewesen.

In der Folge bewohnten und bewirtschafteten die Gesellschafter der Klägerin das Grundstück weiter. Keine der Parteien begehrte die Rückabwicklung des notariellen Kaufvertrages. Der Widerspruch ist nach wie vor im Grundbuch eingetragen. 9

Mit Schreiben vom 28.04.2016 forderte Rechtsanwalt N den Beklagten unter Fristsetzung bis zum 18.05.2016 erfolglos zur Abgabe einer notariellen Löschungsbewilligung im Hinblick auf den für ihn eingetragenen Widerspruch auf. Mit Email vom 10.05.2016 lehnte der Beklagte dies ab. 10

Die Klägerin ist der Ansicht gewesen, der Beklagte handele rechtsmissbräuchlich. Er habe keinerlei Versuche unternommen, das Eigentum an der Immobilie zurück zu erwerben. Infolge einer dann durchzuführenden Rückabwicklung des Kaufvertrages sei er auch verpflichtet, den Kaufpreis zu erstatten, den er aufgrund seiner schlechten Vermögensverhältnisse jedoch nicht zahlen könne. Der Beklagte beharre lediglich auf seiner Rechtsposition. Es sei nicht zu erkennen, was der Beklagte mit dem eingetragenen Widerspruch nach so langer Zeit noch erreichen wolle. Erst die Gesellschafter der Klägerin hätten die Immobilie bewohnbar gemacht und mehrere 10.000,00 € investiert. Im Übrigen sei der Testamentsvollstrecker berechtigt gewesen, das Grundstück freihändig zu veräußern, da er aufgrund des Vergleichs in dem Verfahren mit dem Az. 8 O 338/94 vor dem Landgericht Hagen zur Betreibung der Zwangsversteigerung des Grundstücks verpflichtet gewesen sei. 11

Die Klägerin hat beantragt, 12

1. den Beklagten zu verurteilen, die Löschung des für ihn in Abteilung II unter der lfd. Nr. 10 im Grundbuch von X des Amtsgerichts B in Blatt XXXX eingetragenen Widerspruchs Zug um Zug gegen Erstattung der Notarkosten für die Unterschriftsbeglaubigung zu bewilligen, 13

2. festzustellen, dass sich der Beklagte hinsichtlich der Erstattung der Notarkosten in Annahmeverzug befindet. 14

Der Beklagte hat beantragt, 15

die Klage abzuweisen. 16

Widerklagend hat der Beklagte beantragt, 17

die Klägerin und Widerbeklagte zu verpflichten, dem Beklagten und Widerkläger das Eigentum an dem bebauten Grundstück Gemarkung X, Flur 23, Flurstück 113, Gebäude- und Freifläche, Wohnen, H-Weg, 763 qm groß, verzeichnet im Grundbuch von X des Amtsgericht B in Blatt XXXX, zurück zu übertragen. 18

Die Klägerin hat beantragt, 19

die Widerklage abzuweisen. 20

Der Beklagte hat behauptet, er habe einen Verkauf der Immobilie stets strikt abgelehnt. Der Testamentsvollstrecker sei nicht befugt gewesen, das Grundstück freihändig an die Klägerin zu veräußern. Er sei Rechtsnachfolger bezüglich des Eigentums an der Immobilie und damit berechtigt, die Rückübertragung der Immobilie zu verlangen. 21

Das Landgericht hat die Klage und die Widerklage abgewiesen. Zur Begründung der Abweisung der Klage hat es ausgeführt, der Klägerin stehe kein Anspruch auf Bewilligung der Löschung aus § 894 BGB zu. Der zu Gunsten des Beklagten eingetragene Widerspruch sei nicht unrichtig. Denn die Eintragung der Klägerin als alleinige Eigentümerin des Grundstücks widerspreche der wirklichen Rechtslage. Rechtsanwalt N habe bei der Veräußerung des Grundstücks an die Klägerin nur als Testamentsvollstrecker des Nachlasses des Erblassers L I gehandelt und sei daher hinsichtlich des Grundstücksanteils aus dem Nachlass der verstorbenen M I nicht verfügungsbefugt gewesen. In Bezug auf den von dem Beklagten und seinem Bruder im Wege der Erbfolge erworbenen Grundstücksanteil habe Rechtsanwalt N nicht die erforderlichen Verfügungshandlungen (Auflassungserklärung und Eintragungsbewilligung) zu Gunsten der Klägerin vornehmen können. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem Umstand, dass vor dem freihändigen Verkauf des Grundstücks der Beklagte eine Teilung der Erbengemeinschaft durch Versteigerung des Grundstücks verlangt habe und eine solche auch am 18.01.1995 in dem Verfahren mit dem Az. 8 O3 138/94, Landgericht Hagen, im Wege des Vergleichs vereinbart worden sei. Dieser Vergleich habe auf die Befugnisse des Testamentsvollstreckers keinen Einfluss nehmen können. Da sich der Vergleich lediglich auf den zum Nachlass des Erblassers L I gehörenden Grundstücksanteil bezogen habe, sei damit keine von dem Beklagten ausgesprochene Verfügungsermächtigung gemäß § 185 Abs. 1 BGB für den zum Nachlass nach der Erblasserin M I gehörenden Grundstücksanteil verbunden gewesen. Die Klägerin habe das Grundstück auch nicht gutgläubig zu Alleineigentum erworben. Der gute Glaube der Erwerber hätte sich allenfalls auf die Verfügungsberechtigung des Testamentsvollstreckers bezüglich der Eigentumsübertragung an dem gesamten Grundstück bezogen. Ein Schutz des Glaubens an eine solche Verfügungsberechtigung des Testamentsvollstreckers sehe das Gesetz indes nicht vor. Ein solcher ergebe sich weder aus den Bestimmungen über die Auswirkungen der Anordnung einer Testamentsvollstreckung noch aus § 892 BGB. Da das Eigentum der Klägerin an dem Grundstück durch die Eintragung des zutreffend gegen die fälschlicherweise eingetragene Alleineigentümerstellung der Klägerin protestierenden Widerspruchs nicht beeinträchtigt sei, kämen auch Ansprüche auf Bewilligung der Löschung aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB oder aus § 823 Abs. 1 BGB nicht in Betracht. Auch ein Anspruch aus § 242 BGB scheide aus. Eine gegen § 242 BGB verstoßende Ausübung eines Rechtes oder Ausnutzung einer Rechtsposition sei als Rechtsüberschreitung missbräuchlich und unzulässig. Rechtsmissbrauch bezeichne dabei den Tatbestand der missbilligten Inanspruchnahme des Rechts, unzulässige Rechtsausübung die Rechtsfolge, dass die Ausübung oder Durchsetzung verwehrt sei. Schadensersatz-, Beseitigungs- oder Unterlassungsansprüche gewähre die unzulässige Rechtsausübung als solche jedoch nicht. Das Rechtsinstitut des Rechtsmissbrauchs billige demjenigen, der sich darauf berufen könne, also nur eine Art Abwehrrecht zu. Ein Anspruch auf Erteilung der Löschungsbewilligung könne sich demzufolge bereits dogmatisch nicht aus § 242 BGB ergeben, da das Institut des Rechtsmissbrauchs lediglich ein Abwehrrecht darstelle. Im Übrigen handele der Beklagte auch nicht rechtsmissbräuchlich. Allein die Tatsache, dass der Beklagte aufgrund des zu seinen Gunsten eingetragenen Widerspruchs nicht einen Anspruch aus § 894 BGB verfolgt habe, könne für die Annahme von rechtsmissbräuchlichem Verhalten nicht genügen.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, mit der sie ihr erstinstanzliches Klagebegehren weiterverfolgt und im Rahmen einer Klageänderung Hilfsanträge verfolgt. Zur Begründung führt sie aus, das Landgericht habe übersehen, dass die Testamentsvollstreckung, die den Nachlass des L I betroffen habe, sich selbstverständlich auch auf dessen Erbteil am Nachlass seiner vorverstorbenen Ehefrau erstreckt habe. Wirtschaftlich hätten dem Ehemann mithin 3/4 der Immobilie gehört. Entgegen der Auffassung des Landgerichts enthalte der Vergleich vom 18.01.1995 auch eine

Verfügungsermächtigung im Hinblick auf den in den Nachlass der M I fallenden Grundstücksanteil. Da der Testamentsvollstrecker nach diesem Vergleich berechtigt gewesen sei, die Teilungsversteigerung der Immobilie zu betreiben, sei er auch berechtigt gewesen, die Immobilie freihändig zu veräußern. Jedenfalls aber sei der Testamentsvollstrecker zur Veräußerung des in den Nachlass des L I fallenden Miteigentumsanteils berechtigt gewesen. Im Übrigen habe die Klägerin den in den Nachlass der M I fallenden 1/2 Miteigentumsanteil aufgrund gutgläubigen Erwerbs erworben. Denn den zum Zeitpunkt der Beurkundung des Kaufvertrages vom 03.01.2001 gültigen Eintragungen im Grundbuch sei zu entnehmen gewesen, dass es allein um das Eigentum des Erblassers gegangen sei. Nur Eintragungen nach dem Erblasser seien im Grundbuch zu diesem Zeitpunkt vermerkt gewesen. Irgendwelche Rechte der vorverstorbenen Ehefrau des Erblassers seien zu diesem Zeitpunkt bereits gelöscht gewesen. Demgemäß habe sich auch die Testamentsvollstreckung auf den ursprünglichen 1/2 Miteigentumsanteil der Ehefrau des Erblassers erstreckt. Die Klägerin sei auch gutgläubig gewesen, da in dem notariellen Kaufvertrag ausgeführt sei, dass im Grundbuch die Söhne des am 10.11.1988 verstorbenen Erblassers in Erbengemeinschaft als Eigentümer des Grundstücks eingetragen seien. Zudem bestehe auch ein Anspruch aus § 1004 BGB. Denn jedenfalls gegenwärtig sei der Beklagte wegen der mit dem Widerspruch verbundenen Beeinträchtigung des Eigentums zur Löschung desselben verpflichtet. Der Beklagte habe den verbliebenen Veräußerungserlös aus dem Verkauf der Immobilie vereinnahmt und ausgegeben und überdies auch seit Eintragung des Widerspruchs keinen Versuch unternommen, das Eigentum an der Immobilie zurück zu erlangen. Der Widerspruch sei daher durch das Verhalten des Beklagten nach Abwicklung des Kaufvertrages sowie aufgrund des Zeitablaufes überholt. Der Antrag auf Eintragung des Widerspruchs zu Gunsten des X I hätte überdies von Beginn an zurückgewiesen werden müssen, da dieser im Zeitpunkt der Eintragung des Widerspruchs bereits verstorben war.

- Die Klägerin hat zunächst den Antrag angekündigt, unter Aufhebung des Urteils I. Instanz 24
1. den Beklagten zu verurteilen, Zug um Zug gegen Erstattung der Notarkosten für die 25
Unterschriftsbeglaubigung die Löschung des für ihn in Abteilung II unter der lfd. Nr. 10 im
Grundbuch von X des Amtsgerichts B in Blatt XXXX eingetragenen Widerspruchs zu
bewilligen,
2. festzustellen, dass sich der Beklagte hinsichtlich der Erstattung der Notarkosten in 26
Annahmeverzug befindet,
- in erster Stufe hilfsweise, 27
- den Beklagten zu verurteilen, die Löschung des im Grundbuch von X, Bl. XXXX, Amtsgericht 28
B, in Abteilung II unter laufender Nr. 10 eingetragenen Widerspruchs zu bewilligen,
- in zweiter Stufe hilfsweise, 29
- den Beklagten zu verurteilen, die Löschung des im Grundbuch von X, Bl. XXXX, Amtsgericht 30
B, in Abteilung II unter laufender Nr. 10 eingetragenen Widerspruchs zu bewilligen, soweit der
1/2 Miteigentumsanteil des ehemaligen Miteigentümers L I, geboren am 09.09.1907,
verstorben am 10.11.1988, mit dem Widerspruch belastet ist.
- Sie beantragt nunmehr, unter Abänderung des Urteils I. Instanz 31
- den Beklagten zu verurteilen, die Löschung des im Grundbuch von X, Bl. XXXX, Amtsgericht 32
B, in Abteilung II unter laufender Nr. 10 eingetragenen Widerspruchs zu bewilligen,

in erster Stufe hilfsweise,	33
den Beklagten zu verurteilen, die Löschung des im Grundbuch von X, Bl. XXXX, Amtsgericht B, in Abteilung II unter laufender Nr. 10 eingetragenen Widerspruchs zu bewilligen, soweit der 1/2 Miteigentumsanteil des ehemaligen Miteigentümers L I, geboren am 09.09.1907, verstorben am 10.11.1988, mit dem Widerspruch belastet ist,	34
in zweiter Stufe hilfsweise,	35
1. den Beklagten zu verurteilen, Zug um Zug gegen Erstattung der Notarkosten für die Unterschriftsbeglaubigung die Löschung des für ihn in Abteilung II unter der lfd. Nr. 10 im Grundbuch von X des Amtsgerichts B in Blatt XXXX eingetragenen Widerspruchs zu bewilligen,	36
2. festzustellen, dass sich der Beklagte hinsichtlich der Erstattung der Notarkosten in Annahmeverzug befindet.	37
Der Beklagte beantragt,	38
die Berufung zurückzuweisen.	39
Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, indem er sein erstinstanzliches Vorbringen zusammengefasst und im Übrigen darauf Bezug nimmt.	40
B.	41
Die zulässige Berufung der Klägerin hat teilweise Erfolg.	42
I.	43
1.	44
Es bestehen keine konkreten Anhaltspunkte für eine Prozessunfähigkeit des Beklagten. Der Beklagte war im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat – worüber sich der Senat durch die persönliche Anhörung des Beklagten überzeugt hat – klar und orientiert. Fragen zum Sachverhalt und auch zu Umständen, die weit zurückliegen, konnte er beantworten. Er zeigte auch im Übrigen kein Verhalten, das Zweifel an seiner Prozessfähigkeit aufkommen lassen hat.	45
2.	46
Die erstmals in der Berufungsinstanz durch die Klägerin verfolgten Hilfsanträge sowie die Umstellung eines Hilfsantrages zum Hauptantrag sind als Klageänderungen i.S.v. § 263 ZPO zulässig. Die Klageänderungen sind gem. § 533 ZPO sachdienlich und können auf Tatsachen gestützt werden, die der Senat seiner Verhandlung und Entscheidung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat (vgl. hierzu auch BGH Urt. v. 30.11.1999 – VI ZR 219/98 m. w. N.). Mit den Hilfsanträgen bzw. nunmehrigen Hauptantrag wird nicht nur die Bewilligung der Löschung des Widerspruchs zu Gunsten des Beklagten, sondern auch die Bewilligung der Löschung des Widerspruchs zu Gunsten des Bruders X I begehrt.	47
Die Klage hätte insofern zwar bereits in erster Instanz geändert werden können, durch die Zulassung der Klageänderung in der Berufungsinstanz wird jedoch ein neuer Prozess vermieden. Zudem wird nicht völlig neuer Streitstoff zur Beurteilung und Entscheidung	48

gestellt, denn die Frage, ob überhaupt die Löschung des Widerspruchs begehrt werden kann, war bereits Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens.

3. 49

Soweit der Beklagte u. a. mit privatschriftlichem Schreiben vom 13.12.2017 "Rechtsmittel" eingelegt und gleichzeitig Prozesskostenhilfe beantragt hat, hat der Senat dieses Schreiben ausschließlich als Prozesskostenhilfeantrag, über den mit Beschluss vom 08.03.2018 entschieden worden ist, und nicht als unbedingte Berufung im Hinblick auf die Abweisung der Widerklage ausgelegt. Bei der Auslegung ist nicht allein auf den Wortlaut abzustellen; vielmehr ist im Zweifel dasjenige gewollt, was nach Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der wohlverstandenen Interessenlage entspricht (vgl. BGH, Beschl. v. 30.05.2017 – VIII ZB 15/17, Rn. 14 nach juris m. w. N.). Danach ist davon auszugehen, dass die Einlegung einer unzulässigen und damit mit einer Kostenfolge verbundenen Berufung vorliegend durch den Beklagten nicht gewollt war. Die Berufung wäre unzulässig gewesen, da die Berufungsschrift nicht die erforderliche Form eingehalten hätte. Gemäß § 130 Nr. 6 iVm §§ 519 Abs. 4, 520 Abs. 5 ZPO müssen die Berufungsschrift und die Berufungsbegründung als bestimmende Schriftsätze grundsätzlich von einem Rechtsanwalt eigenhändig unterschrieben sein. Dies war vorliegend aber nicht der Fall. 50

II. 51

Die zulässige Klage ist teilweise begründet. 52

Die Klägerin hat entsprechend § 894 BGB einen Anspruch gegen den Beklagten auf Bewilligung der Löschung des für ihn im Grundbuch eingetragenen Widerspruchs, soweit der 1/2 Miteigentumsanteil des ehemaligen Miteigentümers L I mit dem Widerspruch belastet ist. 53

1. 54

Auch die Löschung eines zu Unrecht eingetragenen Widerspruchs kann auf § 894 BGB gestützt werden, der in solchen Fällen entsprechend anzuwenden ist (vgl. BGH, Urteil vom 31.10.1968 - V ZR 117/67). Es kann dahinstehen, ob – wie die Klägerin meint – ein solcher Anspruch auch auf § 1004 BGB gestützt werden kann. Denn Voraussetzung beider Anspruchsgrundlagen ist, dass die Klägerin Eigentümerin des streitgegenständlichen Grundstücks ist. Nach § 1004 BGB muss das Eigentum beeinträchtigt sein. Der Anspruch entsprechend § 894 BGB setzt voraus, dass die Eintragung des Widerspruchs zu Unrecht erfolgt ist (vgl. BGH, Urteil vom 31. Oktober 1968 – V ZR 117/67, Rn. 5 nach juris). Dies ist wiederum der Fall, wenn die Voraussetzungen eines Widerspruchs nach § 899 BGB nicht vorliegen. Gem. § 899 BGB kann ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs in den Fällen des § 894 BGB eingetragen werden. Ein Widerspruch ist mithin materiell nur dann zulässig, wenn wirklich eine Unrichtigkeit des Grundbuchs bzw. eine materielle Rechtslage vorliegt, die nach § 894 BGB einen Anspruch des Widersprechenden gegen den Widerspruchsgegner auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs auslöst (vgl. BeckOK-*Eckert*, BGB, 46. Ed. 2018, § 899, Rn. 2; Staudinger-*Gursky*, BGB, Neubearbeitung 2013, § 899, Rn. 26). Da der Widerspruch gegen die Umschreibung des Eigentums auf die Klägerin eingetragen ist, besteht ein Anspruch der Klägerin auf Bewilligung der Löschung des Widerspruchs demnach nur, soweit sie Eigentümerin des Grundstücks ist. 55

2. 56

57

Die Klägerin ist lediglich zu 1/2 Anteil (Mit)Eigentümerin geworden. Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück ist gem. § 873 Abs. 1 BGB die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung (Auflassung) und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich.

a) 58

Die gem. § 925 Abs. 1 S. 1 BGB zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück nach § 873 BGB erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung) bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle (z. B. Notar) ist vorliegend am 03.01.2001 – wie Ziff. III. des notariellen Kaufvertrages vom selben Tage zu entnehmen ist – durch Herrn Rechtsanwalt N als Testamentsvollstrecker in der Nachlasssache des verstorbenen L I und die Klägerin bezüglich der Übertragung des Eigentums an dem streitgegenständlichen Grundstück erklärt worden. Die Klägerin wurde sodann auch am 21.03.2001 als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen. Ein Widerruf der Auflassung bis zur Eintragung ist nicht erfolgt. 59

b) 60

Es liegt jedoch nur eine wirksame Verfügung eines Berechtigten i. S. d. § 873 Abs. 1 BGB hinsichtlich des 1/2 Miteigentumsanteil aus dem Nachlass des L I vor, so dass die Klägerin auch nur hinsichtlich dieses Anteils (Mit)Eigentum erwerben konnte. Nur der Berechtigte im Sinne des § 873 Abs. 1 BGB, mithin der Inhaber des Rechts, das übertragen oder belastet werden soll, oder ein Verfügungsberechtigter können die erforderliche Auflassungserklärung wirksam abgeben (vgl. Staudinger-*Gursky*, BGB, Neubearbeitung 2012, § 873, Rn. 69). Rechtsanwalt N als Testamentsvollstrecker in der Nachlasssache des verstorbenen L I war lediglich verfügungsberechtigt hinsichtlich des 1/2 Miteigentumsanteils an dem Grundstück aus dem Nachlass des L I. Hinsichtlich des weiteren Miteigentumsanteils liegen auch nicht die Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs gem. §§ 892, 893 BGB vor. Ist der Passivbeteiligte der Einigung nur ein Mit- oder Teilberechtigter, so kann die Einigung zusammen mit der korrespondierenden Eintragung den gewollten Rechtserfolg vollständig nur unter den Voraussetzungen der §§ 892, 893 BGB erreichen. Sind diese nicht erfüllt, so kann allenfalls die wirkliche (hinter der behaupteten zurückbleibende) Rechtsposition des Verfügenden von der Verfügung betroffen werden (Staudinger-*Gursky*, BGB, Neubearbeitung 2012, § 873, Rn. 73). 61

aa) 62

Rechtsanwalt N2 als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des L I war gem. § 2205 S. 2 BGB berechtigt, über die Nachlassgegenstände zu verfügen. Vorliegend war allerdings nicht das (ganze) Grundstück in den Nachlasses des L I gefallen, sondern lediglich 1/2 Miteigentumsanteil, so dass der Testamentsvollstrecker auch nur hierüber wirksam verfügen konnte. Der Erblasser war ursprünglich Miteigentümer zu 1/2. Weitere Miteigentümerin zu 1/2 war zunächst die Ehefrau des Erblasser, Frau M I, die jedoch vorverstorben ist. Erben der Frau M I waren der Erblasser (zu 1/2), der Beklagte und X I (zu je 1/4). Der Erblasser ist noch vor Auseinandersetzung dieser Erbengemeinschaft verstorben, so dass in den Nachlass des Erblassers sein Miteigentumsanteil von 1/2 sowie sein Erbteil an dem Nachlass der vorverstorbenen M I gefallen sind. Der Beklagte hat zwar in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 24.10.2017 erklärt, dass nach seinem Wissen nicht davon auszugehen sei, dass die Erbengemeinschaft nach der Erblasserin M I noch nicht auseinandergesetzt gewesen sei. Konkrete Anhaltspunkte für eine solche Auseinandersetzung gibt es jedoch nicht. Vielmehr spricht bereits der Inhalt des Grundbuches gegen eine Auseinandersetzung. 63

Dort ist keine Umschreibung des Eigentums von der Erbengemeinschaft etwa auf die einzelnen Erben erfolgt. Auf die Nachfrage des Vorsitzenden im Senatstermin am 20.09.2018 hat der Beklagte zudem seine damalige Angabe revidiert und erklärt, dass es keine Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft nach seiner Mutter gegeben habe. Über den 1/2 Miteigentumsanteil an dem Grundstück aus dem Nachlass der M I konnte der Testamentsvollstrecker demnach nur gemeinsam mit den weiteren Erben der M I, dem Beklagten und X I, gem. § 2040 Abs. 1 BGB wirksam verfügen. Denn er war nur hinsichtlich des Erbteils der Untererbengemeinschaft (bestehend aus dem Beklagten und seinem Bruder), die durch den Tod des Erblassers im Hinblick auf seinen Erbteil an dem Nachlass der M I gem. § 1922 BGB entstanden ist, gem. § 2205 S. 2 BGB Verfügungsbefugter. Auch wenn die Erben nach L I und die verbliebenen Erben nach M I personenidentisch sind, nämlich der Beklagte und X I, so ist es der Nachlass nach den jeweiligen Erblassern nicht.

bb) 64

Die Auflassung hinsichtlich des 1/2 Miteigentumsanteil an dem Grundstück aus dem Nachlass der M I ist auch nicht gem. § 185 BGB durch Zustimmung des Beklagten wirksam erfolgt. Die Auflassung durch einen Nichtberechtigten, gleich ob er eingetragen ist oder nicht, ist gemäß § 185 Abs. 1 BGB von Anfang an wirksam, wenn der wahre Eigentümer vorher eingewilligt hat. Sie wird gemäß § 185 Abs. 2 BGB wirksam, wenn er sie nachträglich genehmigt (Staudinger-Pfeifer/Diehn, BGB, Neubearbeitung 2017, § 925, Rn. 46). 65

Eine Einwilligung des Beklagten liegt insbesondere nicht in dem vor dem Landgericht Hagen in dem Verfahren mit dem Az. 8 O 338/94 abgeschlossenen Vergleich vom 18.01.1995. Unmittelbar aus dem Vergleich ergibt sich bereits keine Einwilligung des Beklagten, sondern allein eine Verpflichtung des Testamentsvollstreckers. In diesem hat sich der Testamentsvollstrecker, nachdem der Beklagte auf Verwertung des Grundstück im Wege der Teilungsversteigerung in Anspruch genommen hatte, verpflichtet, die Teilungsversteigerung bzgl. des Grundstücks zu beantragen und die Auseinandersetzung des Nachlasses durchzuführen. Aber auch aus dem Umstand, dass der Beklagte offensichtlich eine Veräußerung des Grundstücks wünschte und deshalb das Verfahren mit dem Ziel der Teilungsversteigerung angestrengt hat, kann keine Einwilligung zu einem jeden Eigentumsübergang und erst recht nicht zu dem konkreten Eigentumsübergang durch freihändigen Verkauf an die Klägerin gesehen werden. Denn ein freihändiger Verkauf war zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vergleichs (aus welchen Gründen auch immer) nicht beabsichtigt. Insoweit fehlt es an jeglichen Anhaltspunkten dafür, dass der Testamentsvollstrecker und der Beklagte über Modalitäten eines freihändigen Verkaufs gesprochen haben, etwa über einen Mindestverkaufspreis. Dies wäre nach Ansicht des Senats aber zumindest erforderlich gewesen, um eine konkludente Einwilligung des Beklagten auch mit einem freihändigen Verkauf anzunehmen. Überdies wurde der notarielle Kaufvertrag mit der Klägerin auch erst sechs Jahre nach Abschluss des Vergleiches und nach - aufgrund der Beschwerde des Beklagten - erfolgloser Durchführung des Zwangsversteigerungsverfahrens geschlossen. Schließlich hätte es auch für einen wirksamen Eigentumsübergang an einer Zustimmung des Bruders des Beklagten, X I, gefehlt. Dieser war zum Zeitpunkt des Abschlusses des notariellen Kaufvertrages noch nicht verstorben. Demnach kommt es nicht darauf an, ob der Vergleich – wie durch den Beklagten vorgetragen – mangels Geschäftsfähigkeit des Beklagten (und einem etwaigen dadurch bedingten Mangel der Prozessvollmacht seines damaligen Bevollmächtigten) überhaupt wirksam abgeschlossen worden ist. 66

Die Auflassung ist auch nicht durch eine (konkludente) Genehmigung des Beklagten wirksam geworden. Bloßes Schweigen kann nur unter besonderen Umständen als schlüssiges Erklärungshandeln angesehen werden. Es müssen besondere Tatsachen vorliegen, die zwingend auf den Zustimmungswillen des Schweigenden hinweisen und keine andere Deutung zulassen (Staudinger-*Gursky*, BGB, Neubearbeitung 2014, § 182, Rn. 11). Mindestvoraussetzung in diesem Zusammenhang ist, dass der Handelnde bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennen konnte, dass sein Verhalten als Willenserklärung aufgefasst werden durfte und der andere Teil es tatsächlich auch so verstanden hat (vgl. Palandt-*Ellenberger*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 185, Rn. 10, § 184, Rn. 3, § 133, Rn. 11). Ferner setzt die Genehmigung eines schwebend unwirksamen Geschäfts durch schlüssiges Verhalten regelmäßig voraus, dass der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder zumindest mit ihr rechnet und dass in seinem Verhalten der Ausdruck des Willens zu sehen ist, das bisher als unverbindlich angesehene Geschäft verbindlich zu machen (vgl. BGH, Urteil v. 14.05.2002 – XI ZR 155/01 m. w. N.). Dem vorliegenden Verhalten des Beklagten kann ein solcher Genehmigungscharakter nicht zugemessen werden. Der Umstand, dass dem Beklagten der verbliebene Verkaufserlös überwiesen worden ist, ist nicht ausreichend, da dies auf keiner aktiven Handlung des Beklagten beruht. Wie der Beklagte im Rahmen seiner persönlichen Anhörung im Senatstermin am 20.09.2018 unwidersprochen ausgeführt hat, ist die Zahlung des Betrages zudem nicht einmal direkt an ihn, sondern über seine Anwälte erfolgt. Demnach gab es auch keine Kommunikation in diesem Zusammenhang zwischen dem Beklagten und dem Testamentsvollstrecker. Zwar hat der Beklagte das Geld auch nicht zurückgewiesen und/oder Anstrengungen unternommen, den Kaufvertrag rückabzuwickeln. Allerdings bestehen keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte hätte erkennen können, dass dieses Verhalten durch die Klägerin als Billigung der Auflassung aufgefasst würde. Denn der Beklagte hat im Rahmen seiner persönlichen Anhörung im Senatstermin am 20.09.2018 ausgeführt, dass er mit dem Verkauf des Grundstücks zu keinem Zeitpunkt einverstanden gewesen sei, dies über seine Anwälte auch habe verlautbaren lassen und deswegen nicht davon ausgegangen sei, dass der Verbrauch des Geldes als Einverständnis mit dem Verkauf der Immobilie durch die Klägerin verstanden werden könnte. Tatsächlich wurde dies durch die Klägerin auch so nicht aufgefasst, da diese ohnehin von einer wirksamen Auflassung in Bezug auf das gesamte Grundstück durch den Testamentsvollstrecker im Rahmen des notariellen Vertrages vom 03.01.2001 ausging.

cc) 68

Die Klägerin hat das Eigentum hinsichtlich des 1/2 Miteigentumsanteil an dem Grundstück aus dem Nachlass der M I auch nicht gutgläubig erworben. Zugunsten desjenigen, der ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt nach § 892 BGB der objektiv unrichtige Grundbuchinhalt hinsichtlich der positiven und negativen Voraussetzungen seines Erwerbs „als richtig“ (Staudinger-*Gursky*, BGB, Neubearbeitung 2013, § 892, Rn. 3). 69

Es liegt bereits keine Unrichtigkeit des Grundbuchs vor. Zutreffend sind in Abteilung I unter der lfd. Nr. 3 des Grundbuchs der Beklagte und sein Bruder in Erbengemeinschaft als Eigentümer aufgrund bisherigen Eigentums und des Erbscheins vom 25.05.1989 (nach dem Erbfall L I) eingetragen. Entgegen der Ansicht der Klägerin bezieht sich die Formulierung „aufgrund bisherigen Eigentums“ nicht auf die lfd. Nr. 2 a) der Abteilung I des Grundbuchs, so dass sich aus dem Grundbuch ergeben würde, dass der Beklagte und sein Bruder in Erbengemeinschaft insgesamt aufgrund des Erbfalls nach dem Tode des L I als Eigentümer eingetragen worden sind, wodurch sich auch der Testamentsvollstreckungsvermerk in Abteilung II lfd. Nr. 3 auf das gesamte Eigentum beziehen würde. Vielmehr bezieht sich die 70

Formulierung eindeutig auf die lfd. Nr. 2 b) der Abteilung I des Grundbuchs. Denn dort sind der Beklagte und sein Bruder (neben L I) in Erbengemeinschaft erstmals als Eigentümer eingetragen worden aufgrund des Erbscheins vom 20.05.1987 nach dem Tode von M I. Demgemäß hatte insoweit bei der Eintragung unter der lfd. Nr. 3 nur eine Bezugnahme auf das bisherige Eigentum zu erfolgen. Im Übrigen erfolgte die Eintragung aufgrund des Erbscheins nach dem Tode des L I. Nur auf dieses Erbe bezog sich unzweifelhaft auch der Testamentsvollstreckungsvermerk. Dieser ist unter demselben Datum wie die Eintragung unter der lfd. Nr. 3 der Abteilung I eingetragen worden und konnte sich daher ausschließlich auf den Erbfall L I beziehen. Eines Zusatzes bedurfte es nicht.

Ferner konnte sich die Klägerin – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – im Hinblick auf die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen. § 892 Abs. 1 S. 2 BGB bietet nur einen negativen Vertrauensschutz hinsichtlich relativer Verfügungsbeschränkungen. Vom öffentlichen Glauben des Grundbuch ist hingegen nicht das Vertrauen umfasst, dass solche Verfügungsbeschränkungen tatsächlich noch bestehen und ein etwaiger aufgrund dessen Verfügungsberechtigter tatsächlich (noch) Verfügungsberechtigter ist (vgl. Staudinger-*Gursky*, BGB, Neubearbeitung 2013, § 892, Rn. 238; BeckOK-*Eckert*, BGB, 46. Ed. 2018, § 892, Rn. 16).

3. 72

Der Anspruch der Klägerin auf Bewilligung der Löschung des Widerspruch besteht auch nicht etwa, weil der Beklagte den seinem Widerspruch zu Grunde liegenden Anspruch nach § 894 BGB verwirkt hätte oder die Ausübung eines solchen Anspruch als treuwidrig anzusehen wäre. Grundsätzlich kann nach Ansicht des Senates ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs in der Form der Bewilligung der Löschung des Widerspruchs zwar bestehen, auch wenn das Grundbuch entsprechend dem Widerspruch tatsächlich unrichtig ist und dem Widersprechenden damit grundsätzlich ein Anspruch nach § 894 BGB zusteht, der Widersprechende aber diesen Anspruch verwirkt hat oder ein Verlangen des Widersprechenden treuwidrig wäre. Der Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB kann zwar - ebenso wie Ansprüche aus einem im Grundbuch eingetragenen dinglichen Recht - nicht verjähren, § 898 BGB. Er kann aber verwirken. Ebenso kann ein solches Berichtigungsverlangen treuwidrig sein (vgl. BGH, Urteil vom 23.03.1979 - V ZR 163/75, Rn. 23 f. nach juris; BGH, Urteil vom 30.04.1993 - V ZR 234/91). In diesem Fall ist kein schutzwürdiges Interesse des Widersprechenden erkennbar, den Widerspruch bestehen zu lassen. Wenn der Anspruch nach § 894 BGB verwirkt wäre bzw. ein Berufen hierauf als treuwidrig anzusehen wäre, dann würde dies auch für sämtliche dem Inhaber des gesicherten Rechts, vorliegend dem Eigentum an dem Grundstück, zustehenden Ansprüche gelten. Zwar unterliegen die dem Inhaber eines im Grundbuch eingetragenen dinglichen Rechts jeweils zustehenden Ansprüche gem. § 902 Abs. 1 BGB nicht der Verjährung, wobei ein Recht, wegen dessen ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist, einem eingetragenen Recht gleich steht. Sie können allerdings ebenso verwirken (vgl. BGH, Urteil vom 16.03.2007 - V ZR 190/06; Staudinger-*Gursky*, BGB, Neubearbeitung 2013, § 902, Rn. 3 m. w. N.). Insoweit kann nichts anderes gelten, als wenn das durch den Widerspruch gesicherte Recht untergeht und damit auch der dem Widerspruch zu Grunde liegende Berichtigungsanspruch erlischt. In diesen Fällen besteht ein Berichtigungsanspruch auf Bewilligung der Löschung des Widerspruchs (vgl. Staudinger-*Gursky*, BGB, Neubearbeitung 2013, § 899, Rn. 88 ff.; MüKo-*Kohler*, BGB, 7. Aufl. 2017, § 899, Rn. 27 ff.).

a) 74

75

Der dem Widerspruch des Beklagten zu Grunde liegende Anspruch nach § 894 BGB ist vorliegend nicht verwirkt. Ein Recht ist verwirkt, wenn sich der Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, und deswegen die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt. Entscheidend sind dabei die Umstände des Einzelfalls, wobei der Art und der Bedeutung des Rechts, um dessen Verwirkung es geht, besondere Bedeutung zukommt (vgl. BGH, Urteil vom 30.04.1993 - V ZR 234/91; BGH, Urteil vom 16.03.2007 - V ZR 190/06). Grundlage des vorliegenden Berichtigungsanspruchs, der dem Widerspruch zu Grunde liegt, ist das (Mit)Eigentum des Beklagten an dem streitgegenständlichen Grundstück. Da das dingliche Recht selbst nicht der Verwirkung unterliegt, muss auch die Annahme einer Verwirkung seiner dinglichen Durchsetzungsansprüche auf Extremfälle beschränkt bleiben, da diese auf eine inhaltliche Schmälerung des dinglichen Rechts selbst hinausläuft. Im Falle des Grundbuchberichtigungsanspruchs kommt hinzu, dass das mit der Verwirkung verbundene langfristige Auseinanderfallen von Buchlage und Rechtslage jedenfalls nicht wünschenswert ist (OLG Karlsruhe Urt. v. 20.08.2013 – 12 U 41/13; vgl. BGH, Urteil vom 16. 3. 2007 - V ZR 190/06; BGH, Urteil vom 16.05.2014 - V ZR 181/13, Rn. 17 nach juris). Vorliegend sind die Voraussetzungen einer Verwirkung nicht gegeben. Es ist nach Ansicht des Senates bereits fraglich, ob das für eine Verwirkung erforderliche Zeitmoment erfüllt ist. Der Zeitraum von etwa vier Jahren zwischen der Eintragung der Klägerin als Eigentümerin im Grundbuch am 21.03.2001 und der Eintragung des Widerspruch des Beklagten und seines Bruders am 06.06.2005 ist hierfür eindeutig nicht ausreichend. Bis zu der Beantwortung des außergerichtlichen Schreibens der Klägerin vom 28.04.2016, durch welches der Beklagte aufgefordert worden ist, die Löschung des Widerspruchs zu bewilligen, mit Email vom 10.05.2016 sind zwar weitere elf Jahre vergangen. Insoweit mangelt es aber jedenfalls an dem für eine Verwirkung ebenfalls erforderlichen Umstandsmoment. Denn es sind keine Umstände neben dem Zeitablauf dafür ersichtlich sind, dass der Beklagte seinen Berichtigungsanspruch nicht mehr geltend machen würde. Durch die Eintragung des Widerspruchs hat der Beklagte eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass er an der ihm aus seiner Sicht zustehenden Rechtsposition festhalten will. Auf das außergerichtliche Schreiben im April 2016 hat er das Begehren der Klägerin eindeutig zurückgewiesen. Vor diesem Hintergrund wäre es erforderlich, dass Umstände hinzutreten, die darauf schließen lassen, dass er nunmehr nicht mehr daran festhalten will. Solche Umstände sind weder vorgetragen, noch sonst ersichtlich.

b)

76

Das Berufen des Beklagten auf einen Anspruch nach § 894 BGB ist auch nicht treuwidrig, § 242 BGB. Eine Rechtsausübung kann auch dann unzulässig sein, wenn sie mit einem früheren Verhalten in Widerspruch steht, welches kein schutzwürdiges Vertrauen des anderen Teils begründet hat, der Berechtigte jedoch aus seinem früheren Verhalten Vorteile gezogen oder sich hierzu in einen „unlösbaren Widerspruch“ gesetzt hat (BeckOK-Suschet, BGB, 46. Ed. 2018, § 242, Rn. 125; vgl. auch BGH, Urteil vom 22.05.1985 – IVa ZR 153/83, Rn. 31 nach juris). Vorliegend hat der Beklagte zwar den an ihn ausgezahlten Erlös aus dem durch die Klägerin gezahlten Kaufpreis erhalten und auch verwendet, so dass sich das Verlangen des Beklagten als unzulässige Rechtsausübung im vorgenannten Sinne darstellen könnte, wenn er nunmehr die Bewilligung der Löschung des Widerspruch betreffend das Grundstück, in das zwischenzeitlich durch die Klägerin jedenfalls durch Sanierung der Immobilie investiert worden ist, verweigert. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte am Abschluss des Kaufvertrages nicht beteiligt war, so dass ihm insofern kein widersprüchliches Verhalten durch ein aktives Verhalten gegenüber der Klägerin vorzuwerfen

77

ist. Zwar könnte die Entgegennahme und Verwendung des Erlöses als schwerer wiegend im Sinne einer Treuwidrigkeit zu bewerten sein, wenn weitere Umstände hinzutreten, so etwa wenn durch den Erwerber erhebliche Investitionen in das Grundstück getätigt worden sind (vgl. BGH Urteil vom 23.03.1979 - V ZR 163/75). Hierzu fehlt es jedoch bereits an einem substantiierten Vortrag der Klägerin. Zwar ist mit der Klageschrift vorgetragen worden, dass Investitionen in Höhe mehrerer 10.000 € in die Immobilie geflossen seien. Dies ist zum einen aber durch den Beklagten bestritten worden und die Klägerin hat ihren diesbezüglichen Vortrag nicht unter Beweis gestellt. Zum anderen ist der Vortrag nicht hinreichend konkret, um feststellen zu können, dass es sich insbesondere im Vergleich zum Kaufpreis des Grundstückes um erhebliche Investitionen handelte. Denn die Annahme einer Treuwidrigkeit muss - aus den bereits angeführten Gründen - auf Extremfälle beschränkt sein. Ein Extremfall kann aber aus den vorstehenden Gründen hier nicht festgestellt werden.

c) 78

Die durch die Klägerseite beantragte Schriftsatzfrist war nicht zu gewähren. Bereits 79
erstinstanzlich war die Frage, ob der Beklagte seinen Anspruch verwirkt hat oder ob die Ausübung eines solchen Anspruchs treuwidrig ist, Kern der Auseinandersetzung zwischen den Parteien. Dabei ist es unerheblich, dass insbesondere die Klägerin dies unter dem Begriff Rechtsmissbrauch bzw. Rechtswidrigkeit subsumiert hat. Die Klägerin hat ihr Begehren bereits in der Klageschrift maßgeblich darauf gestützt, dass bereits die Eintragung des Widerspruchs rechtsmissbräuchlich gewesen sei und der Beklagte sich in vollständigem Widerspruch zu seiner eigenen Vorgehensweise verhalte. Auch hat sie ihr Begehren maßgeblich auf eine Verwirkung gestützt und zum Vorliegen eines Umstands- und eines Zeitmoments vorgetragen, auch wenn sie dies unter den Begriff der Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB subsumiert hat. Mit weiterem Schriftsatz vom 15.09.2017 hat die Klägerin zudem ausdrücklich ausgeführt, dass sie selbst nicht davon ausgehe, dass die Testamentsvollstreckung nach dem verstorbenen L I die Befugnis hergegeben habe, die gesamte Immobilie zu veräußern. Vielmehr hat sie den geltend gemachte Anspruch auch hier maßgeblich auf eine Verwirkung und einen Rechtsmissbrauch gestützt. Der Beklagte hat hingegen bereits in der Klageerwiderung ausgeführt, dass er einen Verkauf der Immobilie immer strikt abgelehnt habe, und den Vortrag der Klägerin, soweit dieser konkreten Tatsachenvortrag enthielt, bestritten. Insbesondere hat er in diesem Zusammenhang auch bestritten, dass die Klägerin Investitionen in dem von ihr vorgetragenen Umfang getätigt habe. Vor diesem Hintergrund hätte es der Klägerin obliegen, erstinstanzlich Tatsachen vorzutragen bzw. zu substantiieren und unter Beweis zu stellen, die eine Verwirkung oder Treuwidrigkeit begründen würden.

4. 80

Ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Bewilligung der Löschung des zu 81
Gunsten des (verstorbenen) Bruders des Beklagten, X I eingetragenen Widerspruchs besteht nicht. Dieser Anspruch könnte nur dann bestehen, wenn der Beklagte als Erbe Rechtsnachfolger des X I geworden wäre. Nach dem eigenen Vortrag der Klägerin ist dies allerdings bereits nicht feststellbar. Demnach haben zwar die beiden Kinder des Bruders das Erbe ausgeschlagen, bezüglich eines zum Zeitpunkt des Erbfalls noch nicht geborenen Enkelkinds soll dies aber nicht geschehen sein. Der Beklagte hat auf die Nachfrage des Vorsitzenden im Senatstermin am 20.09.2018 lediglich geäußert, dass er davon ausgehe, Alleinerbe seines Bruders geworden zu sein.

5. 82

83

Einer Zug um Zug-Verurteilung sowie der Feststellung des Annahmeverzuges im Hinblick auf die Notarkosten bedurfte es nicht, da eine zusätzliche notarielle Beglaubigung der Löschungsbewilligung des Beklagten nicht erforderlich ist. Das entsprechende Urteil mit Rechtskraftvermerk ersetzt die erforderliche Erklärung des Beklagten und genügt als öffentliche Urkunde auch der Form des § 29 Abs. 1 GBO.

III.	84
Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO, § 26 Nr. 8 S. 1 EGZPO.	85
Der Senat hat von der Zulassung der Revision abgesehen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung veranlasst ist (§ 543 ZPO).	86