
Datum: 31.01.2023
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 15 W 269/22
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2023:0131.15W269.22.00

Schlagworte: Freigabeerklärung des Testamentsvollstreckers
Normen: GBO §§ 22, 52, BGB § 2217
Leitsätze:

1. Zu den Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Zwischenverfügung im Falle der Grundbuchberichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweis
2. Löschung des Testamentsvollstreckervermerks aufgrund Freigabeerklärung des Testamentsvollstreckers

Tenor:

Die angefochtene Zwischenverfügung wird aufgehoben.

Gründe: 1

I. 2

In dem oben genannten Grundbuch waren zunächst als Miteigentümer B A zu 5/6 – im Folgenden Erblasser genannt – und C A zu 1/6 eingetragen. 3

Der Erblasser verstarb am 00.00.2000 und wurde aufgrund des notariellen Testaments vom 18.07.1996 (UR-Nr. 316/1996 des Notars D mit Amtssitz in E) beerbt von den Beteiligten zu 2) bis 4) zu gleichen Teilen, wobei der Beteiligte zu 2) Vorerbe ist. Als Nacherben bestimmte der Erblasser die leiblichen Abkömmlinge des Beteiligten zu 2) und für den Fall, dass dieser keine leiblichen ehelichen Abkömmlinge hinterlässt, die Beteiligten zu 3) und 4). Der Nacherbfall tritt nach der letztwilligen Verfügung mit dem Tod des Vorerben ein. Ferner schloss der Erblasser für den Grundbesitz die Auseinandersetzung auf die Dauer von 15 4

Jahren aus und ordnete befristet bis zur vollständigen Auseinandersetzung des gesamten Grundbesitzes Testamentsvollstreckung an. Der Testamentsvollstrecker habe die Aufgabe, die Auseinandersetzung unter den Miterben entsprechend den Anordnungen und den gesetzlichen Bestimmungen durchzuführen. Dabei sei er insbesondere berechtigt, die Auseinandersetzung des Nachlasses nach billigem Ermessen (§§ 2204 Abs. 1, 2048 S. 2 BGB) vorzunehmen. Der Testamentsvollstrecker habe das angeordnete Auseinandersetzungsverbot zu beachten. Für die Verwaltung des gesamten Grundbesitzes sollte der Beteiligte zu 2) allein zuständig sein.

Zum Testamentsvollstrecker bestimmte der Erblasser in gesonderter Urkunde vom 18.07.1996 den Beteiligten zu 1) (UR-Nr. 5/1996 des Notars F mit Amtssitz in E), der auch das Amt des Testamentsvollstreckers annahm und dem ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt wurde (Az.: 31 VI 299/00 des AG Münster). 5

Die Beteiligten zu 2) bis 4) sind aufgrund des Testaments am 19.01.2001 als Eigentümer in Erbgemeinschaft hinsichtlich 5/6 Anteils am o.g. Wohnungseigentum eingetragen worden. In Abteilung II ist unter lfd. Nr. 32 hinsichtlich des den Beteiligten zu 2) bis 4) in Erbgemeinschaft zustehenden 5/6 Anteils vermerkt, dass insoweit Testamentsvollstreckung angeordnet ist. Ferner ist in Abt. II unter der lfd. Nr. 33 ein Nacherbenvermerk eingetragen. 6

Mit Schreiben vom 05.03.2021 beantragte der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1) bis 4) in deren Namen die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks. Beigefügt ist die notarielle Urkunde vom 12.02.2021 (UR-Nr. 52/2021 des Notars G, (...) mit Amtssitz in E), in der die Beteiligten zu 1) bis 4) die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch beantragen und bewilligen. Im Rahmen der notariellen Beurkundung wurde der Beteiligte zu 1) durch den Beteiligten zu 2) vertreten. Die Bevollmächtigung war ausweislich der Urkunde zuvor dem Verfahrensbevollmächtigten telefonisch mitgeteilt worden. In § 2 Abs. 3 der Urkunde erklärten die Beteiligten zu 2) bis 4) ausdrücklich das Verlangen der Freigabe des o.g. Wohnungseigentums. Der Beteiligte zu 1), vertreten durch den Beteiligten zu 2), erklärte in § 2 Abs. 4 der Urkunde die Freigabe des o.g. Wohnungseigentums. Am 03.03.2021 beglaubigte der Verfahrensbevollmächtigte sodann die Unterschrift unter der Vollmachtsbestätigung (UR-Nr. 87/2021 des Notars G, (...) mit Amtssitz in E). Der Urkunde ist eine beglaubigte Kopie der dritten Ausfertigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses des Amtsgerichts Münster (Az. 31 VI 299/00 des AG Münster) beigefügt. 7

Mit Zwischenverfügung vom 12.03.2021 hat das Amtsgericht Münster – Grundbuchamt – unter Bezugnahme auf seinen Beschluss vom 12.05.2020 mitgeteilt, dass dem Antrag noch nicht entsprochen werden könne, weil die Zustimmung der Nacherben zur erklärten Freigabe des Nachlassgrundstücks durch den Testamentsvollstrecker fehle. In dem in Bezug genommenen Beschluss hat das Amtsgericht darauf hingewiesen, dass das Grundstück gemäß § 2217 Abs. 1 BGB nur dann nicht mehr der Testamentsvollstreckung unterliege, wenn auch die Zustimmung der Nacherben vorliege. Für die unbekanntenen Nacherben könne ein nach § 1913 BGB zu bestellender Pfleger die Zustimmung erklären. 8

Der Verfahrensbevollmächtigte ist dieser Rechtsauffassung entgegengetreten und hat darauf hingewiesen, dass das Freigabeverlangen der Erben – ohne der Nacherben – und die Freigabeerklärung des Testamentsvollstreckers zur Freigabe des Grundstücks aus der Testamentsvollstreckung genügen. 9

Das Grundbuchamt hat mit weiteren Zwischenverfügungen vom 01.06.2021, 10.11.2021 und vom 26.07.2022 an der Zwischenverfügung vom 12.03.2021 festgehalten. 10

Mit Schreiben vom 17.08.2022, eingegangen beim Grundbuchamt am gleichen Tag, haben die Beteiligten zu 1) bis 4) gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts vom 26.07.2022 Beschwerde eingelegt. Wegen des Inhalts wird auf das Schreiben vom 17.08.2022 Bezug genommen.	11
Mit Beschluss vom 16.09.2022 hat es das Grundbuchamt – Amtsgericht Münster – abgelehnt, der Beschwerde abzuhelpen und hat die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.	12
II.	13
Die Beschwerde ist zulässig und begründet.	14
Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung ist statthaft und auch im Übrigen zulässig (§§ 71 Abs. 1, 18 Abs. 1 GBO).	15
Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.	16
1.	17
Bereits aus formellen Gründen hätte die Zwischenverfügung vom 26.07.2022, welche auf die Zwischenverfügungen vom 12.03.2021, vom 01.06.2021 und vom 10.11.2021 Bezug nimmt, nicht ergehen dürfen. Vielmehr hätte das Grundbuchamt – bei Aufrechterhaltung der von ihm eingenommenen Rechtsauffassung – den Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung des Testamentsvollstreckervermerks zurückweisen müssen.	18
Denn eine Zwischenverfügung kommt im Fall der Grundbuchberichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises nur in Betracht, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs schlüssig behauptet wird und lediglich auf die Vorlage eines fehlenden Nachweises der Grundbuchunrichtigkeit hingewirkt werden soll. Wenn jedoch bei einem Berichtigungsantrag das Grundbuch (noch) nicht unrichtig ist, muss der Antrag zurückgewiesen werden (Böttcher in: Meikel, GBO, 12. Auflage 2021, § 18 Rn. 38; Demharter, 32. Auflage 2021, § 18 Rn. 11; Volmer in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht, 8. Auflage 2019, § 18 Rn. 48; BayObLG, Beschluss vom 03.10.1980, Az.: BReg 2 Z 69/79).	19
Unrichtig im Sinne von § 22 Abs. 1 GBO ist das Grundbuch nach der Vorgabe des § 894 BGB dann, wenn sein Inhalt hinsichtlich eines Rechts an einem Grundstück, eines Rechts an einem solchen Recht oder einer Verfügungsbeschränkung der in § 892 Abs. 1 BGB bezeichneten Art mit der wahren, also materiellen Rechtslage nicht übereinstimmt (Demharter, a. a. O., § 22 Rn. 4). Das ist bei einem Testamentsvollstreckervermerk nach § 52 GBO dann der Fall, wenn der betreffende Grundbesitz nicht mehr der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers unterliegt. Das ist insbesondere bei einer wirksamen Freigabe durch den Testamentsvollstrecker hinsichtlich des Grundbesitzes der Fall, da mit ihr der Verlust der Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis einhergeht (§ 2217 Abs. 1 Satz 2 BGB).	20
Nach der vom Grundbuchamt eingenommenen Rechtsauffassung bedarf es für eine wirksame Freigabe des Grundstücks durch den Testamentsvollstrecker auch eines Freigabeverlangens des für die (unbekannten) Nacherben zu bestellenden Pflegers. Da ein entsprechendes Freigabeverlangen unzweifelhaft bislang nicht erklärt worden ist, liegen unter Zugrundelegung dieser Rechtsauffassung keine wirksame Freigabe und damit keine Unrichtigkeit des Grundbuchs vor. Vor diesem Hintergrund konnte den Beteiligten mit einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO nicht aufgegeben werden, erst noch die Erklärungen beizubringen, die nach der Rechtsauffassung des Grundbuchamtes überhaupt erst zur	21

Unrichtigkeit des Grundbuchs führen.

2. 22
- In der Sache weist der Senat – ohne Rechtsbindung – auf das Folgende hin: 23
- Allein die Freigabeerklärung des Testamentsvollstreckers ist zum Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich des Testamentsvollstreckervermerks ausreichend (vgl. Böhlinger in: Meikel, a.a.O., § 52 Rn. 74, 80). 24
- Der für die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks erforderliche Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 GBO) ist daher bereits durch die Freigabeerklärung des Beteiligten zu 1), die dieser vertreten durch den Beteiligten zu 2) in § 2 Abs. 4 der Urkunde vom 12.02.2021 abgegeben hat, geführt worden. Denn sowohl diese Erklärung als auch die zuvor erteilte Vollmacht, deren Bestätigung am 03.03.2021 öffentlich beglaubigt wurde, sind dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen worden. Der Beteiligte zu 1) konnte die Vollmacht zur Freigabe des auch wirksam erteilen. Der Vollmachtserteilung steht § 2218 Abs. 1 BGB i.V.m. § 664 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach der Beauftragte im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen darf, nicht entgegen. Denn § 664 Abs. 1 Satz 1 BGB findet auf die Erteilung einer Spezialvollmacht keine Anwendung, weil es sich schon nicht um eine „Übertragung“ der Geschäfte, auf die sich die Vollmacht bezieht, im Sinne dieser Norm handelt (Dutta in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2021, § 2218 Rn. 15; KG Berlin, Beschluss vom 13.11.2018, Az.: 1 W 323/18 - Juris). Eine solche setzt vielmehr voraus, dass der Erst-Beauftragte unter Substituierung eines anderen (partiell) aus seiner Stellung ausscheidet. Demgegenüber hat die Erteilung einer Vollmacht keine verdrängende Wirkung, so dass der Testamentsvollstrecker nicht durch den Bevollmächtigten ersetzt wird (Strobel, Die Vollmacht des Testamentsvollstreckers, ZEV 2020, 589 f.). 25
- Auch § 181 BGB steht der wirksamen Stellvertretung des Beteiligten zu 1) durch den Beteiligten zu 2) – der nicht nur Vertreter, sondern auch Empfänger der Freigabeerklärung ist – nicht entgegen, da die Vollmacht gem. §§ 133, 157 BGB dahingehend auszulegen ist, dass eine Befreiung vom Verbot des Inschlaggeschäfts vorliegt. Anderenfalls liefe die Bevollmächtigung ins Leere. 26
- Die in § 2 Abs. 4 der Urkunde vom 12.02.2021 enthaltene Formulierung, dass gem. § 2217 BGB die Freigabe des im Wohnungsgrundbuch des Amtsgerichts Münster von Roxel Blatt Bl01 verzeichneten Grundbesitzes aus der Testamentsvollstreckung erklärt wird, macht auch hinreichend deutlich, dass der Beteiligte zu 1) den Grundbesitz endgültig zugunsten der Erben in der Weise aufgeben wollte, dass diese im Rechtsverkehr ohne seine Inanspruchnahme darüber verfügen können (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 19.12.1972, Az.: 15 W 286/72, MDR 1973, 500). 27
- Allein infolge der Freigabeerklärung des Beteiligten zu 1) unterliegt der oben genannte Grundbesitz nicht mehr dessen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (§ 2217 Abs. 1 Satz 2 BGB). Bei der Freigabe handelt es sich um ein einseitiges, abstraktes, dingliches Rechtsgeschäft, das in einer empfangsbedürftigen Verzichtserklärung des Testamentsvollstreckers auf sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht über den Nachlassgegenstand besteht (Weidlich, Die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks, ZEV 2021, 492, 497; Keim, Die freiwillige Freigabe von Nachlassgegenständen durch den Testamentsvollstrecker, ZEV 2012, 450; Weidlich in: Grüneberg, 81. Auflage 2022, § 2217 Rn. 5, Demharter, a.a.O., § 52 Rn. 29; a.A.: Senat, Beschluss vom 19.12.1972, 15 W 286/72, MDR 1973, 500; gemischter Realakt). Die Freigabe wirkt damit dinglich und ist im 28

Außenverhältnis ohne Rücksicht auf ihre Zulässigkeit wirksam (vgl. Bauer/Schaub, GBO, 4.Auflage 2018, § 52 Rn. 105). Ihre Wirkung tritt unabhängig davon ein, ob die Voraussetzungen des § 2217 Abs. 1 Satz 1 BGB vorgelegen haben. Denn diese Norm betrifft lediglich die Freigabeverpflichtung des Testamentsvollstreckers, nicht aber seine Berechtigung zur Freigabe von Nachlassgegenständen an die Erben, so dass die dingliche Wirkung der Freigabeerklärung auch bei einem pflichtwidrigen Handeln des Testamentsvollstreckers eintritt (BGH, Beschluss vom 10.05.2017, Az. XII ZB 614/16 – Juris; Zimmermann in: Müko, BGB, 9. Auflage 2022, § 2217 Rn. 13; Weidlich, Die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks, ZEV 2021, 492, 497) und das Grundbuch hinsichtlich des Testamentsvollstreckervermerks unrichtig wird.

Auf die Frage, ob die Freigabe des Grundstücks durch den Beteiligten zu 1) durch ein entsprechendes Freigabeverlangen der Erben (hier: Vor- und Nacherben) legitimiert war, kommt es damit ebenso wenig an, wie auf die Frage, ob der Beteiligte zu 1) den freigegebenen Nachlassgegenstand zur Erfüllung seiner Aufgaben noch benötigte oder nicht. Auch letzteres ist zweifelhaft, weil der Beteiligte zu 1) ausweislich des Testaments und des Testamentsvollstreckerzeugnisses die Erbaueinandersetzung vorzunehmen hatte, sodass er grundsätzlich sämtliche Nachlassgegenstände bis zur Schlussverteilung benötigt, wenn nicht die Erben die Teilung durch Vereinbarung dauerhaft ausschließen (Keim, Die freiwillige Freigabe von Nachlassgegenständen durch den Testamentsvollstrecker, ZEV 2012, 450; Zimmermann in: Müko, BGB, 9. Auflage 2022, § 2217 Rn. 3). Das ist jedoch nach § 2 Abs. 2 der Urkunde vom 12.02.2021 ausdrücklich nicht gewollt. Aber auch bei Kenntnis der Pflichtwidrigkeit der Freigabeerklärung kann das Grundbuchamt die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks nicht verweigern (Keim, Die freiwillige Freigabe von Nachlassgegenständen durch den Testamentsvollstrecker, ZEV 2012, 450, 454; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Auflage 2020, Rn. 3456; Zeiser in: BeckOK, GBO, 47. Edition, Stand: 30.09.2022, § 52 Rn. 94).

Die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers hinsichtlich der Freigabeerklärung ist auch nicht durch die Nacherbeneinsetzung beschränkt (vgl. § 2113 BGB); das gilt jedenfalls dann, wenn – wie hier – anzunehmen ist, dass die Testamentsvollstreckung allgemein, d.h. auch für die Nacherben, angeordnet ist (vgl. BayObLG, Beschluss vom 13.06.1986, Az.: BReg 2 Z 47/86). Die Belange des Nacherben sind bereits durch den nach § 51 GBO eingetragenen Nacherbenvermerk geschützt.

Vorliegend ist eine Zustimmung sämtlicher Erben – einschließlich etwaiger Nacherben – zur dinglichen Wirksamkeit der Freigabeerklärung auch nicht ausnahmsweise deswegen erforderlich, weil vom Erblasser angeordnete Verbote und Einschränkungen der Freigabebefugnis des Testamentsvollstreckers als dinglich wirkende Verfügungsbeschränkungen im Sinne von §§ 2208 Abs. 1 S. 1, 2205 BGB zu verstehen sind (so: Keim, Die freiwillige Freigabe von Nachlassgegenständen durch den Testamentsvollstrecker, ZEV 2012, 450, 454; AG Starnberg, Beschluss vom 11.07.1984, Rechtspfleger 1985, 57 f.; vgl. auch BGH, Beschluss vom 18.06.1971, Az.: V ZB 4/71). Denn entsprechende Anordnungen des Erblassers fehlen. Insbesondere ist der Zeitraum von 15 Jahren für das von ihm angeordnete Auseinandersetzungsgebot abgelaufen, weil der Erblasser bereits am 00.00.2000 verstarb.

3. 32

Eine Entscheidung über die Kosten und den Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens sowie über die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist wegen des Erfolgs des Rechtsmittels nicht veranlasst. 33

